

**Delphi**

# **Kommissionens vitbok om de snedvridande effekterna av utländska subventioner på den inre marknaden**

**Elisabeth Eklund** / Partner / Advokat & **Madeleine Kristoferson** / Associate



# Kommissionens vitbok om de snedvridande effekterna av utländska subventioner på den inre marknaden

Elisabeth Eklund / Partner / Advokat & Madeleine Kristoferson / Associate

Den 17 juni 2020 antog Kommissionen en s.k. vitbok (Eng. White Paper) angående de snedvridande effekterna av utländska subventioner på den inre marknaden. Vitboken är inget konkret lagförslag utan snarast en probleminventering och förslag på möjliga regleringar. Förslagen i vitboken syftar till att förbättra konkurrensen och åtgärda snedvridande effekter på den inre marknaden som orsakas av utländska subventioner, dvs. från tredje land utanför EU, särskilt med sikte på Kina men alla tredje länder omfattas. De mycket långtgående förslagen innebär i korthet krav på återbetalning i vissa statsstödsliknande situationer, förslag på anmälningsplikt och möjligheter att förbjuda vissa förvärv som har inslag av subventioner från offentliga organ utanför EU, samt vissa möjligheter till uteslutning ur offentliga upphandlingar av företag som tar emot sådana subventioner. Vitboken är nu föremål för en publik konsultation t.o.m. den 23 september 2020 och förväntas innebära en rad röster både för och emot de långtgående förslagen.

## Introduktion

Kommissionen anger i vitboken att även om EU fortsatt ska vara öppet för global handel och investeringar så är det viktigt att säkerställa rättvisa konkurrensvillkor

och lika villkor för alla ekonomiska aktörer på EU:s inre marknad. Kommissionen anser bland annat att det är viktigt att förhindra att utländska subventioner snedvrider konkurrensen inom EU.

Bakgrunden är att Europeiska rådet i sina slutsatser vid mötet den 21 och 22 mars 2019 gav Kommissionen i uppdrag att identifiera nya verktyg för att hantera utländska subventioners snedvridande effekter på den inre marknaden.

Enligt Kommissionen finns det luckor i de befintliga regelverken för situationer där utländska subventioner underlättar förvärv av företag i EU, direkt stödjer driften av ett företag i EU eller snedvrider anbudsgivningen i en offentlig upphandling, till skada för företag som inte har fått något stöd.

Inom EU finns regler om **statligt stöd** vilka omfattar stöd från medlemsstaterna. Subventioner som offentliga organ i länder utanför EU beviljar företag i EU faller dock utanför EU:s kontroll av statsstöd.

De befintliga EU-reglerna om **handelspolitiska skyddsåtgärder** som anti-dumpningsregler omfattar vidare endast export av varor från tredje länder och ger därför inte möjlighet att åtgärda alla snedvridningar som orsakas av utländska subventioner från stater utanför EU.

**Konkurrensreglerna** behandlar förvisso alla typer av konkurrensbegränsande ageranden på marknaden, men tar inte hänsyn till om agerandet är relaterat till subventioner som beviljas av en medlemsstat eller av ett offentligt organ utanför EU.

EU: s befintliga regelverk för **offentlig upphandling** innehåller inte heller specifika regler avseende snedvridningar av offentliga upphandlingar orsakade av att anbudsgivare drar nytta av utländska subventioner.

Förordningen om upprättande av en ram för **granskning av utländska direktinvesteringar** i unionen (Eng: *Foreign Direct investment*, även kallad FDI-förordningen) möjliggör bedömning av hot mot säkerhet och allmän ordning, men reglerar inte snedvridningarna av den inre marknaden som orsakas av investeringar från tredje länder. Dessutom omfattar inte FDI-förordningen sådana utländska subventioner som kanske inte kan kopplas till en investering.

Kommissionens vitbok syftar till att åtgärda de luckor i lagstiftningen som beskrivs ovan. Enligt Kommissionen händer det allt oftare att utländska företag tycks ha underlättat förvärv av EU-företag eller snedvridit mottagarnas investeringsbeslut, marknadstransaktioner eller prissättning, eller också har snedvridit budgivning vid offentlig upphandling, till skada för företag som inte har fått stöd.

## Definitionen av ”utländsk subvention”

I Kommissionens vitbok anges att definitionen av en utländsk subvention är följande “a financial contribution by a government or any public body of a non-EU State, which confers a benefit to a recipient and which is limited, in law or in fact, to an individual undertaking or industry or to a group of undertakings or industries.” För en fullständig definition se Annex 1 till vitboken.

Definitionen av en utländsk subvention omfattar:

- utländska subventioner som beviljas direkt till företag som är etablerade i EU,
- utländska subventioner som beviljas ett företag som är etablerat i ett tredje land där sådant stöd används av ett närstående företag (t.ex. ett dotterbolag) som är etablerat i EU, och

- utländska subventioner som beviljas ett företag som är etablerat i ett tredje land där sådan subvention används för att underlätta förvärvet av ett företag inom EU eller delta i förfaranden för offentlig upphandling.

Vidare gäller att en utländsk subvention endast ska omfattas av vitbokens föreslagna reglering i fall då subventionen direkt eller indirekt leder till en snedvridning av den inre marknaden.

## Förslaget i korthet

Som nämnts ovan anser Kommissionen att det finns luckor i nuvarande regelverk. Kommissionen har därför lämnat förslag till lösningar.

De tre första alternativen (som kallas **moduler**) syftar till att hantera de snedvridande effekterna av utländska subventioner:

- i) på den inre marknaden i allmänhet (modul 1)
- ii) vid förvärv av företag inom EU (modul 2)
- iii) vid förfaranden om offentlig upphandling (modul 3)

Dessa moduler kan komplettera varandra i stället för att vara alternativa.

Utöver ovanstående moduler innehåller vitboken ett fjärde förslag om en allmän strategi för utländska subventioner i samband med EU-finansiering

## Närmare om de föreslagna regleringarna

### **Modul 1: Allmänt instrument för att fånga upp snedvridande effekter orsakade av utländska subventioner – med långtgående korrigerande åtgärder vid snedvridningar**

#### Kort om förslaget

Genom modul 1 föreslår Kommissionen att det inrättas ett allmänt instrument för marknadsgranskning för att fånga upp alla tänkbara marknadssituationer där utländska subventioner kan ge upphov till snedvridningar på den inre marknaden, som därmed bland annat skulle komplettera det existerande statsstödsrättsliga regelverket. Enligt detta förslag ska tillsynsmyndigheterna (en nationell myndighet eller Kommissionen) kunna agera om det finns tecken på eller uppgifter om att ett företag i EU gynnas av en utländsk

subvention. Kommissionen och nationella myndigheter föreslås ha delad kompetens.

#### *Tillämplighet*

Modul 1 ska kunna tillämpas på företag som är etablerade i EU och som drar nytta av utländska subventioner. Kommissionen anger vidare att det kan övervägas om modul 1 också ska gälla för vissa företag som annars är verksamma inom EU och som drar nytta av utländska subventioner. Motsvarande de minimis-regel som för statsstöd föreslås gälla, dvs. stöd som understiger 200 000 euro under en period av tre år kommer inte att utredas.

#### *Bedömning avseende snedvridning av marknaden*

Efter att det har konstaterats att en utländsk subvention föreligger ska tillsynsmyndigheten bedöma om subventionen faktiskt eller potentiellt orsakar en snedvridning på den inre marknaden. Vissa kategorier av utländska subventioner anses sannolikt orsaka snedvridningar på den inre marknaden. Dessa listas nedan:

- Subventioner i form av exportfinansiering, såvida inte exportfinansieringen tillhandahålls i enlighet med OECD-arrangemanget om officiellt stödda exportkrediter.
- Subventioner (såsom skuldförlåtelse) till företag som inte kan erhålla långsiktig finansiering eller investeringar från oberoende kommersiella källor, såvida det inte finns en omstruktureringsplan som leder till mottagarens långsiktiga livskraft och som inkluderar ett betydande eget bidrag från stödmottagaren. Bidrag som beviljas för att avhjälpa en allvarlig nationell eller global störning av ekonomin faller inte in under denna kategori, under förutsättning att de är begränsade i tid och står i proportion till att avhjälpa den aktuella störningen.
- Subventioner där en stat utfärdar skuldgarantier för vissa företag utan någon begränsning av beloppet på dessa skulder eller varaktigheten för en sådan garanti.
- Driftssubventioner i form av skattelättnader, som inte utgör en så kallad allmän åtgärd (dvs. åtgärden är inte selektiv).

- Utländska subventioner som direkt underlättar ett förvärv.

Alla andra utländska subventioner kräver en mer detaljerad utvärdering enligt kriterier som hjälper till att avgöra om en utländsk subvention faktiskt eller potentiellt orsakar en snedvridning av den inre marknaden funktion. Sådana kriterier kan exempelvis vara den relativa storleken på subventionen i fråga, mottagarens situation (risken är t.ex. större om det rör sig om ett stort bolag), situationen på den berörda marknaden (risken är t.ex. större om marknaden är koncentrerad) och omfattningen av de berörda företagens aktiviteter på EU-marknaden.

#### *Bedömning av snedvridning*

Bedömningen enligt modul 1 föreslås ske genom ett tvåstegssystem där det första steget utgörs av en preliminär granskning av en eventuell snedvridning på den inre marknaden till följd av en utländsk subvention. För det fall misstankar kvarstår efter den preliminära granskningen ska tillsynsmyndigheten kunna starta en djupgående undersökning.

Det föreslås inte något anmälningsförfarande avseende utländska subventioner. Granskningar kan dock komma att ske på grundval av klagomål eller genom att Kommissionen eller en nationell myndighet på eget initiativ initierar ett ärende. Däremot föreslår Kommissionen att det ska finnas mekanismer för att se till att tillsynsmyndigheten kan samla in nödvändig information. Tillsynsmyndigheten ska t.ex. kunna använda sanktioner så som böter vid underlåtenhet att tillhandahålla efterfrågad information samt kunna genomföra gryningsräder för att söka efter bevisning.

Tillsynsmyndigheten kan finna att den subventionerade verksamheten eller investeringen har en positiv inverkan som uppväger snedvridningen. Om tillsynsmyndigheter finner att så är fallet kan den välja att inte gå vidare med undersökningen (det s.k. testet av om det finns ett EU-intresse).

#### *Sanktioner*

Om det konstateras att det föreligger en utländsk subvention som snedvrider konkurrensen ska tillsynsmyndigheten kunna ålägga stödmottagaren

att avhjälpa de snedvridande effekterna. Ett sådant avhjälpande kan exempelvis ske genom kompensierande betalningar. Alternativa rekommenderade åtgärder inkluderar strukturella och beteendemässiga korrigerande åtgärder, såsom avyttring av tillgångar, förbud mot ett specifikt beteende, nyttjanderätter och förbud mot investeringar.

#### **Modul 2: Utländska subventioner som underlättar förvärvet av företag inom EU – anmälningsplikt och i vissa fall förbud mot snedvridande förvärv**

##### *Kort om förslaget*

Modul 2 är avsedd att specifikt hantera snedvridningar orsakade av utländska subventioner som underlättar förvärv av vissa företag inom EU. Kort sagt syftar modul 2 till att säkerställa att utländska subventioner inte ger en orättvis fördel för sina mottagare när de förvärvar andra företag. Modul 2 är därmed smalare i omfattning än modul 1 och föreslås gälla parallellt med nuvarande regler avseende kontroll av företagskoncentrationer.

Kommissionen anger att utländska subventioner kan leda till en snedvridning av den inre marknaden genom att underlätta förvärv av ett företag inom EU. Detta kan ske antingen (1) direkt genom att tillhandahålla ett företag en subvention uttryckligen kopplat till ett visst förvärv eller (2) indirekt genom att de facto öka den finansiella styrkan hos förvärvaren, vilket i sin tur underlättar ett förvärv.

##### *Vissa förvärv ska anmälas till Kommissionen*

Enligt modul 2 ska företag som får en finansiell subvention från en stat utanför EU behöva anmäla sina förvärv av företag inom EU till Kommissionen (som föreslås vara tillsynsmyndighet). Detta förslag är än så länge mycket mer långtgående än reglerna om kontroll av företagskoncentrationer eftersom det inte bara omfattar förändringar av kontroll utan även minoritetsförvärv. När anmälan är tänkt att ske är inte heller klart utan Kommissionen öppnar upp för en rad olika alternativ. Ett förslag är över ett visst tröskelvärde. Som exempel på tröskelvärde anges förvärv av företag vars omsättning överstiger 100 miljoner euro, men även andra trösklar kan komma att föreslås. Anmälningsplikten föreslås begränsas till fall där subventioner har erhållits under de tre föregående åren

innan anmälan eller upp till ett år efter closing.

I vitboken diskuteras även att anmälningsplikt endast ska krävas för utländska subventioner som överstiger ett visst (ännu inte angivet) belopp eller en viss procentsats av anskaffningspriset.

##### *Bedömning av snedvridning*

Kommissionen skulle för att vidta åtgärder behöva visa att ett förvärv skulle underlättas genom en utländsk subvention samt att det resulterar i en snedvridning av den inre marknaden

Kommissionen föreslår i vitboken att bedömningen av om ett subventionerat förvärv snedvrider konkurrensen på marknaden ska ske enligt ett flertal kriterium. Exempel på sådana kriterium är den relativa storleken på subventionen i fråga, mottagarens situation (risken är t.ex. större om det rör sig om ett stort bolag), situationen på den berörda marknaden (risken är t.ex. större om marknaden är koncentrerad) och omfattningen av de berörda företagens aktiviteter på EU-marknaden.

En transaktion ska inte få avslutas så länge som Kommissionens granskning pågår (s.k. stand-still, vilket även tillämpas vid vanliga konkurrensrättsliga förvärvsanmälningar).

##### *Sanktioner*

Om Kommissionen konstaterar att förvärvet underlättas genom den utländska subventionen samt leder till att den inre marknaden snedvrider, skulle den antingen kunna godta åtaganden från den anmälande parten som verkningsfullt avhjälpes snedvridningen eller, som en sista utväg, förbjuda förvärvet. I situationer där parterna har underlåtit att anmäla ett anmälningspliktigt förvärv ska Kommissionen ha möjlighet att undersöka anmälningspliktiga förvärv på eget initiativ. Underlåtenhet att anmäla ska kunna leda till böter och även krav på avyttring.

Även enligt denna modul ska Kommissionen kunna tillämpa ett test av om det finns ett EU-intresse.

#### **Modul 3: Utländska subventioner vid offentliga upphandlingar – anmälningsplikt och i vissa fall uteslutningar av anbud**

##### *Kort om förslaget*

Modul 3 är specifikt avsedd att ta itu med de snedvridande effekterna av utländska subventioner vid offentliga upphandlingar och att säkerställa lika villkor mellan anbudsgivarna och innefattar både en anmälningsplikt och möjligheter till uteslutningar av anbud.

*Vissa utländska subventioner måste anmälas*

Genom denna modul föreslås en mekanism som innebär att en anbudsgivare måste anmäla finansiella subventioner som anbudsgivaren, eventuella konsortiemedlemmar, eller underleverantörer har mottagit från stater utanför EU de senaste tre åren eller om dessa aktörer förväntas få ett sådant bidrag under genomförandet av kontraktet, till den upphandlande myndigheten. Denna anmälningskyldighet ska endast gälla när värdet på det kontrakt som anskaffas och beloppet för den utländska subventionen överskrider vissa trösklar, vilka ännu inte har fastställts.

*Bedömning och sanktioner*

Kommissionen anger att genom utländska subventioner kan anbudsgivare vinna en otillbörlig fördel, t.ex. genom att lämna anbud som är lägre än marknadspriset eller till och med under kostnadsnivån, vilket gör det möjligt för dem att vid offentlig upphandling få kontrakt som de annars inte skulle ha fått.

Kommissionen föreslår att det ankommer på de behöriga upphandlande myndigheterna och tillsynsmyndigheterna att bedöma om det finns en utländsk subvention och om den har gjort att upphandlingsförfarandet har blivit orättvist. I ett sådant fall skulle anbudsgivaren uteslutas från upphandlingsförfarandet.

I vitboken diskuteras även en möjlighet att utesluta sådana anbudsgivare från framtida offentliga upphandlingar under en tid av högst 3 år. Under den perioden ska anbudsgivaren ha möjlighet att visa att den inte längre drar nytta av en snedvridande utländsk subvention vid deltagande i en offentlig upphandling. I sådant fall ska anbudsgivaren tillåtas delta i framtida upphandlingsförfaranden.

Nuvarande regelverk för offentlig upphandling innehåller inte en specifik uteslutningsgrund för mottagare

av statligt stöd som är oförenligt med EU:s regler. Kommissionen uppmärksammar därför att för att säkerställa icke-diskriminering och likabehandling måste möjligheten att tillämpa en sådana uteslutningsgrund när det gäller mottagare av otillåtet statligt stöd enligt de nuvarande statsstödsreglerna också utredas.

#### **Allmän strategi för utländska subventioner i samband med EU-finansiering – anmälningsplikt och i vissa fall uteslutningar av anbud/ansökningar**

I vitboken redogörs också för en allmän strategi för att hantera snedvridningar som har skapats av utländska subventioner i samband med EU-finansiering. För att säkerställa att alla aktörer har tillgång till och tävlar om EU:s ekonomiska stöd på lika villkor, och för att se till att upphandlingsförfarandena inte äventyras av orättvisa fördelar som ges till subventionerade ekonomiska aktörer, föreslås i vitboken att en strategi som liknar modul 3 ska tillämpas för EU-institutionernas upphandlingsförfaranden och för EU-finansiering. Vitboken föreslår en obligatorisk anmälningsmekanism och uteslutning av anbudsgivare om subventionen bedöms snedvrída upphandlings-/tilldelningsprocessen.

I vitboken betonas också vikten av att se till att internationella finansinstitut som genomför projekt som stöds av EU-budgeten, t.ex. EIB eller EBRD, följer en motsvarande strategi avseende utländska subventioner.

#### **Nästa steg**

Offentliga samråd – där olika intressenter som företag, medborgare, medlemsstater, intresseorganisationer och akademiker kan uttala sig – kommer att pågå t.o.m. den 23 september 2020. För att underlätta finns det ett frågeformulär som intressenter kan besvara, se [länk](#).

Kommentarerna kommer sedan att publiceras på Kommissionens hemsida men det finns möjlighet att begära sekretess för hela eller delar av svaren. Kommissionen anger att den efter analys av de offentliga samråden kommer att återkomma med närmare förslag redan under 2021. För det fall Kommissionen lägger fram ett konkret förslag tar lagstiftningsprocessen inom EU, där Kommissionen, Parlamentet och Rådet ska komma överens, relativt lång tid. Delphi kommer att återkomma med uppdatering framöver.

#### **Avlutande kommentarer**

Vitboken innebär mycket långtgående förslag som kan förväntas bli föremål för många diskussioner och lobbying från aktörer som är för respektive mot förslaget. Om förslagen genomförs i konkret lagstiftning kommer de att påverka många aktörer inom EU som får olika typer av finansiella subventioner från tredje länder. Även om lagstiftningsprocessen ofta drar ut på tiden kan det vara viktigt att redan nu känna till att dessa regler är på gång för att kunna planera inför framtiden.

I detta skede innebär Kommissionens förslag att en rad frågor infinner sig angående den närmare omfattningen av regelverket, processuella regler och hur de föreslagna reglerna kommer att förhålla sig till redan existerande regelverk. Olika definitioner i det nya regelverket kommer att få stor betydelse och tolkningen av dessa kommer ytterst att bli en fråga för EU-domstolarna. Frågan om proportionalitet kommer säkerligen diskuteras både i lagstiftningsprocessen och vid tillämpning av reglerna.

Kontakt:

Elisabeth Eklund / Partner / Advokat  
elisabeth.eklund@delphi.se

Madeleine Kristoferson / Associate  
madeleine.kristoferson@delphi.se