



Juridiskt PM om
commons för
innovations-
ekosystem

Innehållsförteckning

Sammanfattning	3
Bakgrund	4
Syfte	4
Hur påverkar EU:s regelverk utvecklingen av systemgemensamma utvecklingstillgångar?	5
Hantera systemgemensamma utvecklingstillgångar - förvaltning	7
Potentiella vidareutveckling av tillgångarna	14
Bedömning av slutsatserna i förstudien	17
Slutsatser och framåtblick	17
Bilaga - Något om EU-rättens statsstödsregler	18
• EU:s statsstödsregler	18
• Ekonomisk fördel till företag (eller viss produktion)	19
• Företagsbegreppet	20
• Ekonomisk fördel	22
• Market economy investor principle	22
• Begreppen "statliga medel" och "hänförlig till staten"	24
• Statliga medel	24
• Hänförlig till staten	26
• Selektivitetskriteriet – vissa företag eller viss produktion	27
• Påverkan på konkurrens och handel	30
• Undantag från förbudet för statsstöd	32
• Ekonomisk respektive icke-ekonomisk verksamhet	33

Juridiskt PM om commons för innovationsekosystem

Stiftelsen Compare. Karlstad, 2024.

Publicerad under Creative Commons licens [CC0 1.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Författare: Anders G Nilsson, Ideon Science Park, Per Danielsson, Lina Svensberg, Jakob Lindvall, Stiftelsen Compare/DigitalWell Arena.

Rapporten producerades under förstudien Innovation Commons – Systemgemensamma utvecklingstillgångar, finansierad av Vinnova inom utlysningen "Strategiska projekt 2023 inom Systeminnovationsforskning".

Sammanfattning

Detta PM beskriver komplexiteten och utmaningarna inom EU:s statsstödsregler med fokus på deras tillämpning på finansiering av systemgemensamma utvecklingstillgångar inom ramen för svenska innovationsstödssystemet. Huvudsyftet med PM:et är att klargöra hur EU:s statsstödsregler interagerar med sådan finansiering, vilket är av stor vikt för utvecklingen av hållbara och innovativa lösningar i enlighet med transformativa innovationspolicyer.

Den svenska modellen för innovationsstöd står inför utmaningar i att finansiera utvecklingen och förvaltningen av så kallade 'commons', det vill säga gemensamt nyttjade resurser, på ett sätt som skapar långsiktigt värde. Vinnova initierade en förstudie under hösten 2023 för att utforska dessa utmaningar, vilket har lett till flera förslag som granskas ur ett statsstödsrättsligt perspektiv i detta PM.

Statsstödsreglerna under EU-rätten kräver noggrann analys för att avgöra om offentlig finansiering kan erbjudas utan att snedvrider konkurrensen. Detta PM belyser tre typfall av finansiering:

- Privat finansiering, som inte omfattas av statsstödsreglerna.
- Offentligt stöd som kan kvalificeras som statsstöd men som kan undantas enligt specifika regler som GBER (Allmänna gruppundantagsförordningen) eller de minimis-regeln.
- Offentligt finansierade projekt som inte räknas som statsstöd på grund av deras icke-ekonomiska natur eller särskilda syften, vilket kan inkludera forskningsverksamhet och projekt som främjar allmännyttan.

Denna text undersöker även potentialen för att utveckla och förvalta dessa gemensamma tillgångar inom ramarna för offentlig upphandling, vilket kan vara ett alternativ till bidragssystemet för att undvika frågor kring otillåtet statsstöd.

Slutligen argumenteras det för att Sverige och andra EU-länder bör vara proaktiva i sin dialog med EU-kommissionen för att säkerställa att innovation och utveckling av systemgemensamma tillgångar kan fortsätta att blomstra utan att stöta på hinder från statsstödsreglerna. Denna sammanfattning efterlyser en ökad förståelse och anpassning av statsstödsreglerna för att stödja sådana initiativ effektivt.

Bakgrund

I det svenska innovationsstödssystemet idag saknas generellt modeller för att finansiera utveckling, vidareutveckling och förvaltning av *commons*, på ett sätt som resulterar i långsiktigt värdeskapande. Vinnova beviljade under hösten 2023 en [förstudie](#) i ämnet med motiveringen att det är en utmaning som Vinnova och aktörerna i stödssystemet brottats med under en längre tid. Man skriver också att frågan har aktualiserats under den senaste tiden, då transformativ innovation blivit ett hett policyämne och att det är ett avgörande ämne för utvecklingen av lösningar för innovationsutveckling i allmänhet, och för den gröna och digitala samhällsomställningen i synnerhet.

Syfte

Syftet med denna PM är att beskriva statsstödsregelverket samt att bedöma de förslag som framkommit under projektet ur en statsstödsrättslig synvinkel. En beskrivning av relevanta delar av det immaterialrättsliga regelverket återfinns också. För att uppnå detta syfte är tanken att besvara följande frågeställningar.

Hur påverkar EU:s regelverk relationen mellan den potentiellt icke-ekonomiska verksamheten att utveckla och hantera systemgemensamma utvecklingstillgångar, och nyttjandet, och den potentiella vidareutveckling av tillgångarna, som nyttjandet kan resultera i?

I den kommande framställningen kommer följande utgångspunkter att beröras i olika omfattning beroende på i vilken utsträckning det är aktuellt att göra en särskild bedömning av aktiviteter eller projekt i förhållande till statsstödsreglerna.

Hur påverkar EU:s regelverk utvecklingen av systemgemensamma utvecklingstillgångar?

Vi har i detta PM fokuserat på tre grundläggande situationer när det gäller finansieringen av utveckling av en systemgemensam utvecklingstillgång, att detta sker med helt privata medel eller med helt eller delvis offentliga medel.

1. Typfall 1

Utvecklingen sker helt och hållet med privat finansiering. Det kan tyckas självklart och överflödigt att en helt privat finansierad utveckling inte påverkas av statsstödsreglerna – och det stämmer. När inga offentliga medel används är inte heller statsstödsreglerna aktuella. Det bör dock uppmärksammas att indirekt stöd kan förekomma i vissa fall exempelvis om privata medel används för att finansiera uppdragsforskning som utförs av högskola, universitet, forskningsinstitut eller annan verksamhet som delvis är offentligt finansierad. I dessa fall behöver uppdragstagaren (ex universitetet) säkerställa att den inte ger beställaren (den privata finansören) ett indirekt stöd. Vi har med typfallet trots allt för att uppmärksamma att det inte alltid krävs offentliga medel för värdeskapande utveckling. Det finns exempel på commons som utvecklats med helt privata medel som exempelvis Linux och Bluetooth, Wikipedia. Vidare är det inte ovanligt att en grupp av företag går samman för att utveckla standarder (exempelvis HDMI och USB) som kan användas av flera och har en typ av förvaltning som kan liknas vid förvaltning av en commons. Det är emellertid svårt att i efterhand bedöma om denna typ av commons erhållit någon form av statligt stöd under dess utveckling eller förvaltning.

2. Typfall 2

Består egentligen av två (eller flera) varianter beroende på om man utvecklingen kan bedömas som (a) statsstöd eller (b) icke statsstöd för att vissa nödvändiga kriterier inte är uppfyllda:

2 (a): Statsstödsfinansierad, enligt undantag i t.ex. GBER (Allmänna gruppundantagsförordningen) eller de minimis eller efter särskilt godkännande av EU-kommissionen. Utvecklingen av systemgemensamma tillgångar med offentligt stöd kan ofta finansieras genom undantag i GBER eller enligt de minimis-regeln. Förutom regelverken bör de offentliga bidragen även uppfylla utlysningarnas ramar eller den givande organisationens möjligheter att ge bidrag enligt andra regelverk, ex.vis. kommunallagen. På så sätt kan projekt genomföras med nödvändigt finansiellt stöd samtidigt som man efterlever EU:s statsstödsregler.

2 (b): Offentligt finansierat som inte räknas som statsstöd på grund av organisationens status eller utvecklingens natur eller syfte.

För att offentligt finansierade projekt inte ska klassificeras som statsstöd kan det bygga på flera faktorer, som organisationens status, utvecklingens syfte eller hur finansieringsutlysningen är utformad. I fall där organisationen är en icke-kommersiell enhet, där projektet kan ses som icke-ekonomisk verksamhet eller om det handlar om ett forskningsinstitut vars primära mål är att bedriva oberoende FoU, kan finansieringen ses som icke statsstöd. Likaså, om projektets syfte är att främja tillhandahållandet av allmän välfärd, utbildning, forskning eller andra samhällsnyttiga mål, kan det också undantas från statsstödsreglerna.

För finansieringsutlysningar kan en noggrant utformad ansökningsprocess, som garanterar att alla potentiella mottagare har lika tillgång och att urvalskriterierna är tydliga, objektiva och förutsebara, bidra till att undvika klassificering som statsstöd. Sannolikt krävs dock att det redan i utlysningen är bestämt att resultaten från det finansierade projektet är fritt tillgängliga för allmänheten eller hela industrisektorer utan restriktioner, för att argumentera för att finansieringen inte utgör statsstöd, eftersom det inte ger någon selektiv ekonomisk fördel till specifika företag eller aktörer. Denna öppenhet och allmän tillgänglighet säkerställer ofta att projektet bidrar till allmän kunskapsutveckling och innovation, vilket är i linje med offentliga intressen. Med största sannolikhet så krävs det även att inga avtal om immaterialrättsligt skydd ingås inom ramen för ett sådant projekt, det vill säga att fullständig öppenhet råder inom projektet. Nyttan av projektet måste också rent faktiskt kunna användas av alla. Vi anser att detta är ett tillvägagångsätt som förtjänar att prövas i något fall vid framtida bidragsgivning till utvecklingen av en systemgemensam tillgång. Det är dock viktigt att ett sådant projekt inte innehåller delar där företagshemligheter är nödvändiga för att kunna skapa nytta.

3. Upphandling

En fråga som bör ställas är om utveckling och förvaltning av en systemgemensam utvecklingstillgång inte kan upphandlas enligt regelverket för offentlig upphandling istället för att finansieras genom ett bidragssystem?

Rent regelmässigt finns det inget som hindrar att en offentlig aktör (så länge som den agerar inom sitt författningsenliga uppdrag) väljer att genomföra en offentlig upphandling av en systemgemensam utvecklingstillgång. En sådan upphandling kan då även inkludera förvaltning och utveckling av tillgången. Förslagsvis genomförs en sådan upphandling i delar eller så upphandlas förvaltning och utveckling separat efter att den första delen färdigställts.

En av de stora poängerna med att genomföra en upphandling är att det i de allra flesta fall utesluter förekomsten av otillåtet statsstöd.

Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd (2016/C 262/01):

"Om försäljningen och inköpet av tillgångar, varor och tjänster (eller andra jämförbara transaktioner) genomförs efter ett konkurrensutsatt, transparent och villkorslöst anbudsförfarande i enlighet med EUF-fördragets principer om offentlig upphandling ... kan det antas att dessa transaktioner ligger i linje med marknadsvillkoren."

Den omständighet att det är legalt möjligt att genomföra en offentlig upphandling innebär inte att det alltid är önskvärt eller lämpligt men det kan i vissa fall vara en möjlighet för berörda aktörer att utforska i samband med utveckling och förvaltning av systemgemensamma tillgångar. Med hänvisning till förstudiens omfattning så berörs frågan om upphandling inte ytterligare än såhär.

Hantera systemgemensamma utvecklingstillgångar - förvaltning

Förvaltning av immateriella tillgångar innebär vanligtvis att hantera och upprätthålla dessa tillgångar. Detta kan inkludera uppgifter som att säkerställa tillgångens tillgänglighet, upprätthålla dess kvalitet och integritet, samt att reglera och övervaka användningen av tillgången. Om dessa aktiviteter inte innebär att tillgångarna erbjuds på en konkurrensutsatt marknad, och att hanteringen (management) i sig inte erbjuds på en marknad, kan de klassificeras som icke-ekonomiska och därmed undantas från reglerna om statsstöd. Dessa aktiviteter är ofta inriktade på att bevara resursen för allmänheten eller en specifik gemenskap utan vinstsyfte.

Offentlig aktör

Förvaltning av tillgångar eller tjänster inom offentlig sektor omfattar vanligtvis drift, underhåll och administration av offentliga resurser eller tjänster. Denna typ av verksamhet betraktas ofta som icke-ekonomisk, särskilt när den utförs av myndigheter eller offentligt ägda enheter som tillhandahåller grundläggande samhällstjänster utan vinstsyfte. Förvaltning i detta sammanhang kan inkludera hantering av offentliga infrastrukturprojekt, offentlig transport, och andra tjänster som är av betydelse för allmänheten. Eftersom dessa tjänster vanligtvis inte utförs i en konkurrensutsatt miljö, faller de ofta utanför omfattningen av EU:s statsstödsregler.

Privat aktör

Förvaltning av systemgemensamma tillgångar som en "commons" av en privat aktör är en komplex situation när det gäller att bedöma om verksamheten kan ses som icke-ekonomisk verksamhet inom EU:s statsstödsregler. Generellt sett är det svårare att klassificera verksamhet utförd av privata aktörer som icke-ekonomisk, eftersom dessa aktörer ofta drivs av vinstsyften och verkar på konkurrensutsatta marknader. Dock finns det specifika omständigheter där även en privat aktörs förvaltning av en commons kan anses vara icke-ekonomisk:

1. *Uppdrag av allmänt intresse:* Om en privat aktör utför uppgifter som är klart definierade som av allmänt intresse och dessa uppgifter normalt inte skulle tillhandahållas av marknaden, kan verksamheten betraktas som icke-ekonomisk. Detta kan vara fallet om den privata aktören till exempel hanterar en naturresurs eller en kulturell tillgång som av staten anses vara viktig att bevara för allmänheten utan syfte att generera vinst.
2. *Statlig kontroll och finansiering:* Om den privata aktörens förvaltning av tillgångarna strikt regleras och övervakas av staten, och om finansieringen huvudsakligen kommer från offentliga medel som syftar till att täcka kostnaderna för förvaltningen utan att skapa vinstmöjligheter, kan detta också peka mot en icke-ekonomisk verksamhet. Det är viktigt att de offentliga medlen inte ger företaget en ekonomisk fördel gentemot andra konkurrenter.
3. *Ingen konkurrens på marknaden:* Om det inte finns någon relevant marknad för de tjänster eller de tillgångar som förvaltas eller om verksamheten utförs under villkor som är sådana att de inte kan attrahera annat kommersiellt intresse, kan verksamheten betraktas som icke-ekonomisk.
4. *Öppen tillgång och icke-diskriminering:* Verksamheten bör ge öppen och icke-diskriminerande tillgång för allmänheten. Om den privata aktören tillhandahåller tillgång på ett sätt som är jämförbart med offentliga myndigheters tillhandahållande av allmännyttiga tjänster, kan detta stödja klassificeringen som icke-ekonomisk.

För att formellt klassificera sådan verksamhet som icke-ekonomisk inom EU:s ramar krävs det dock en noggrann juridisk bedömning av verksamhetens specifika natur och villkor, i enlighet med EU:s statsstödsregler och relevant rättspraxis. Det är också avgörande att ingen konkurrensnedvridning sker på grund av verksamheten.

- Nyttjandet av den systemgemensamma tillgången, hantering av rättigheter samt tillgängliggörande av materialet.

I Sverige och internationellt kan immateriella rättigheter delas in i två huvudkategorier, registrerade och oregistrerade rättigheter. Registrerade immateriella rättigheter kräver en formell registreringsprocess hos en myndighet. Dessa inkluderar varumärken och designskydd. Dessa rättigheter ger innehavaren exklusiva rättigheter att använda och kommersiellt utnyttja dessa immateriella tillgångar, ofta i upp till 20 år för patent och obegränsad tid för varumärken (så länge de förnyas). Oregistrerade immateriella rättigheter kräver ingen formell registrering och gäller automatiskt den viktigaste är upphovsrätten, företagshemligheter (skyddar konfidentiell affärsinformation som recept eller affärsmetoder, så länge den hålls hemlig) men även det oregistrerade designskyddet och skyddet för inarbetade varumärken kan nämnas.

I den fortsatta framställningen belyser vi dock främst upphovsrättens betydelse för förvaltning av commons.

I Sverige regleras upphovsrätten av upphovsrättslagen (1960:729), som syftar till att skydda skaparens rättigheter till sina verk. Det bör i detta sammanhang påpekas att inom immaterialrätten finns både registrerade och oregistrerade rättigheter. Upphovsrätten omfattar litterära och konstnärliga verk, såsom texter, musik, konstverk, och dataprogram. Den ger uphovspersonen exklusiva rättigheter att bestämma över verket, inklusive rätten till ekonomisk ersättning vid användning av verket. Commons, eller gemensamma resurser, inom immaterialrätt innefattar initiativ där verk delas mer fritt, exempelvis genom licenser som tillåter viss användning under förutbestämda villkor, såsom Creative Commons.

Det svenska upphovsrättsliga systemet grundar sig på principen om att skydda uttrycken – alstren - av skaparens intellektuella prestationer. Upphovsrätten uppstår automatiskt när ett verk skapas och behöver inte registreras för att gälla. Den varar i huvudregeln till 70 år efter uphovspersonens död, varefter verket blir allmängods och fritt att använda av vem som helst.

Som grund för hela förstudien refererar konceptet *commons* till resurser som delas gemensamt av en grupp människor, vilka kan innefatta allt från naturliga resurser som skogar och vattendrag till digitala resurser som programvara och data, men även processer och arbetssätt. Begreppet *innovation commons* är mer specifikt och fokuserar på kunskap och verktyg som är tillgängliga för gemensamt bruk i syfte att främja innovation. Juridiska rättigheter i detta sammanhang spelar en stor roll i hur dessa resurser förvaltas, tillgängliggörs och skyddas.

1. **Tillgänglighet och användning:** Rättigheter bestämmer vem som får tillgång till en resurs och hur den får användas. För *innovation commons* är detta särskilt viktigt eftersom fri tillgång till information, data och verktyg kan accelerera teknologisk och vetenskaplig utveckling. Om rättigheterna är för restriktiva kan det begränsa tillgängligheten och därmed hämma innovation.
2. **Skydd mot exploatering:** Samtidigt behöver *commons* skyddas från överexploatering. Detta är särskilt relevant för naturresurser men gäller även digitala commons där det kan handla om att förhindra att information blir monopoliserad eller används på ett sätt som skadar gemenskapen. Rättigheter och regleringar, som upphovsrätt för digitalt skapande, är viktiga för att balansera användning och bevarande.
3. **Incitament för bidrag:** Inom *innovation commons* kan rättigheter också skapa incitament för individer och organisationer att bidra till gemensamma resurser. Genom att till exempel tillåta en viss nivå av upphovsrättsligt skydd, även inom öppen källkodsprogramvara, kan skapare känna att deras bidrag erkänns och värderas, vilket kan motivera ytterligare bidrag.
4. **Styrning och förvaltning:** Effektiv styrning av commons kräver ofta att rättigheter är tydligt definierade. Detta inkluderar vem som är ansvarig för underhåll, hur beslut fattas och hur resurser ska användas på ett hållbart sätt. I fallet med *innovation commons* kan detta omfatta policyer för hur data delas, hur bidrag till gemensamma kunskapsbaser hanteras och hur intellektuella egendomsrättigheter tillämpas.

Under förstudien har diskuterats organisering, förvaltning och finansiering av system-gemensamma utvecklingstillgångar. Det har väckts viktiga frågor om hur dessa tillgångar bör hanteras, spridas och finansieras, särskilt med tanke på EU:s regler om statsstöd. Hur kan man på ett effektivt sätt överföra och/eller tillgängliggöra information och tillgångar, genom exempelvis försäljning, uthyrning, och olika former av licensiering under Creative Commons-licenser. För det som är skyddat av upphovsrätten får systemet med CC-licenser beskrivas som väl fungerande men liknande skydd finns inte för andra rättigheter. I det följande fokuseras främst på ideella rättigheter av immateriella artefakter, även om mycket är tillämpligt även på materiella tillgångar

Hur kan ideella rättigheter hanteras i ett commonsperspektiv

Immateriella tillgångar, såsom varumärken, patent, upphovsrättigheter och affärshemligheter, är till sin natur icke-fysiska och överläts eller upplåts på olika sätt som skiljer sig från överlåtelse av fysiska tillgångar.

Vid hantering av immateriella tillgångar är det viktigt att tydligt definiera rättigheternas omfattning, användningsområden och eventuella begränsningar i de avtal som upprättas. Det är också viktigt att dessa tillgångar hanteras med respekt för gällande lagstiftning. Här kan den nämnas att den ideella delen¹ av upphovsrätten inte kan avtalas bort vilket kan leda till utmaningar i vissa fall.

Här presenteras de huvudsakliga metoderna som diskuterats under förstudien

Överlåtelse (exklusive den ideella rätten) – att ge bort eller sälja? Detta kan ske antingen gratis eller mot ersättning. Ersättningen kan vara i pengar eller i andra former. Överlåtelsen kan specificeras till en specifik mottagare eller vara öppen för alla som är intresserade. Vid överlåtelse utsläcks givarens rättigheter när mottagarens rättigheter tar vid, och överlåtelsen kan villkoras på många sätt.

Upplåtelse – att låna ut eller hyra ut. Liksom med överlåtelse, kan detta ske gratis eller mot ersättning. Ersättningen kan också här vara i pengar eller i andra former. Upplåtelsen kan riktas till en specifik mottagare eller vara öppen för alla. Till skillnad från överlåtelse lever "ägandet" eller andra rättigheter parallellt med andras nyttjande. Licensiering är en form av upplåtelse.

Upplåtelse av upphovsrätt under Creative Commons-licenser

En Creative Commons-licens (CC-licens) är en offentlig licens som möjliggör delning av kreativa verk under förutbestämda villkor, som inkluderar erkännande av upphovspersonen.

CC-licenser varierar i restriktioner, exempelvis gällande kommersiell användning och bearbetning, och syftar till att förenkla användningen och spridningen av kreativt material.

1 Ideell rätt enligt upphovsrättslagen avser upphovsmannens rätt att bli erkänd som verkets skapare och att skydda verkets integritet, inklusive rätten att motsätta sig ändringar eller framställningar som förvränger eller på annat sätt skadar verket. Dessa rättigheter är oöverlåtliga och följer upphovsmannen livet ut.

De viktiga skillnaderna mellan en vanlig licens och en Creative Commons-licens kan sammanfattas utifrån några centrala aspekter. Först och främst är Creative Commons-licenser standardiserade och utformade för att vara användarvänliga och lätta att förstå. Detta står i kontrast till vanliga licenser, som ofta är skraddarsydda och kan variera avsevärt i både komplexitet och innehåll.

Ett annat viktigt skiljande drag är syftet med licenserna. Creative Commons-licenser är avsedda att främja tillgänglighet och delning av kreativt material, medan vanliga licenser kan ha målet att både tillåta och begränsa användning, beroende på upphovsmannens intentioner.

Användarvänligheten skiljer sig också. Creative Commons-licenser kräver inte direkt kontakt med upphovsmannen efter att villkoren är fastställda, vilket förenklar processen för användare. Vanliga licenser, å andra sidan, kan kräva mer detaljerade förhandlingar och juridisk granskning.

Slutligen är vanliga licenser generellt mer flexibla när det gäller att anpassa specifika villkor för unika behov. Creative Commons-licenser, å andra sidan, följer en mer enhetlig modell som passar många situationer men kanske inte alla. Creative Commons-licenser är särskilt praktiska i digitala miljöer där innehåll skapas och delas snabbt, medan vanliga licenser kan vara mer lämpliga för mer reglerade eller kommersiella kontexter.

Följande är exempel på standardiserade Creative Commons-licenser

- *Attribution (CC BY)*: Kräver att användaren ger erkännande till upphovsmannen.
- *ShareAlike (CC SA)*: Tillåter modifieringar så länge nya verk sprids under samma villkor.
- *NonCommercial (CC NC)*: Användning endast tillåten i icke-kommersiella sammanhang.
- *NoDerivatives (CC ND)*: Tillåter delning men inte modifieringar av verket.
- Kombinationer av ovanstående, som *Attribution-NonCommercial-ShareAlike (CC BY-NC-SA)* och *Attribution-NonCommercial-NoDerivatives (CC BY-NC-ND)*.

Dessa metoder för hantering av rättigheter erbjuder flexibla tillvägagångssätt för att dela och sprida tillgångar inom ramen för gemensamma utvecklingsprojekt och syftar till att främja samarbete, innovation och tillgängliggörande av information och infrastruktur.

En gång utfärdad kan en Creative Commons-licens (CC-licens) inte återkallas. När en upphovsman väljer att licensiera sitt verk under en CC-licens, ger de i princip tillstånd till alla att använda verket enligt de villkor som specificeras i licensen. Denna licensiering är oåterkallelig, vilket betyder att även om upphovsmannen senare ändrar sig eller vill stoppa distributionen, kan de inte dra tillbaka tillståndet för användning som redan beviljats under CC-licensen. Denna typ av villkor har såvitt kunnat bedömas under förstudien inte prövats i svensk domstol. Svensk rätt har för det mesta tidsbegränsningar gällande avtal och andra rättshandlingar. Exempelvis är upphovsrätten för ett verk för det mesta begränsad till 70 år från upphovspersonens död.

En tydligare rättslig vägledning kring användningen av Creative Commons-licenser och andra former av commons kan bidra till att minska osäkerheten och främja en mer öppen delning av kunskap och kultur. I denna del skulle statliga myndigheter kunna bidra med ytterligare arbete.

Roller i att hantera gemensamma utvecklingstillgångar

Att känna till olika roller är avgörande för att säkerställa en effektiv och strukturerad hantering av gemensamma utvecklingstillgångar. Genom tydlig ansvarsfördelning vet varje part exakt vilka uppgifter de har, vilket minimerar förvirring och ökar effektiviteten. Specifika roller möjliggör även effektivare samarbete eftersom varje part kan bidra med sina specifika kompetenser. Dessutom optimerar klart definierade roller resursanvändningen genom att rätt kompetenser och verktyg placeras där de gör mest nytta, vilket förbättrar både produktivitet och kostnadseffektivitet. Följande roller har identifierats som möjliga i en commons-situation, även om det inte alla rollerna behöver vara tillämpliga i samtliga fall och ibland kan en aktör ikläda sig flera roller.

- **Tillgängliggörare:** Denna roll innebär att göra tillgångar tillgängliga för andra, antingen genom överlåtelse eller upplåtelse.
- **Licensgivare:** En aktör som ger andra rätt att använda en tillgång under bestämda villkor, ofta genom olika typer av licensavtal, inklusive Creative Commons-licenser.
- **Skapare:** De individer eller organisationer som ursprungligen skapar tillgången, vilket kan innefatta allt från data och forskningsresultat till uppfinningar och kreativt innehåll.
- **Uppfinnare:** En specifik typ av skapare som utvecklar nya tekniska lösningar eller produkter.
- **Upphovsmän:** Skapare av konstnärligt eller litterärt verk. Denna term används ofta för att beskriva rättighetshavare inom områden som litteratur, musik, film och bildkonst.

- **Användare:** Individer eller organisationer som använder tillgången. Denna användning kan omfattas av specifika licensvillkor beroende på vilka rättigheter som upplåtits eller överlåts.
- **Licenstagare:** En användare som har erhållit licensrättigheter till en tillgång och använder den enligt de villkor som licensgivaren har fastställt.
- **Vidareutvecklare:** Aktörer som tar emot en tillgång och vidareutvecklar eller modifierar den för nya användningsområden eller för att skapa nya produkter eller tjänster.

Dessa roller samverkar inom ramen för "Innovation Commons" för att främja innovation och utveckling genom gemensam användning och hantering av tillgångar. Varje roll bidrar på sitt sätt till att skapa och upprätthålla ett dynamiskt och produktivt ekosystem för innovation. En förutsättning i exempelvis en utlysning bör vara att frågan om rollerna är hanterade.

Potentiella vidareutveckling av tillgångarna, som nyttjandet (a) eller förvaltningen (b) kan resultera i:

- * Utveckling av befintliga immateriella tillgångar innebär förbättring av produkter, processer eller tekniker. Denna typ av verksamhet kan vara mer benägen att betraktas som ekonomisk verksamhet, särskilt om resultatet av utvecklingsaktiviteten är avsedd att kommersialiseras eller om den sker i konkurrens med andra aktörer på marknaden. Om så är fallet, faller dessa aktiviteter under EU:s statsstödsregler, vilket innebär att eventuellt statligt stöd för dessa aktiviteter måste godkännas av Europeiska kommissionen för att säkerställa att de inte snedvrider konkurrensen inom EU. Dock är verksamheten som utgångspunkt icke-ekonomisk om den anses som en del av ett offentligt finansierat forskningsinstitut eller lärosätets icke-ekonomiska verksamhet. FoU hos ett institut, som inte är uppdragsforskning, är t ex icke-ekonomisk upp till höga TRL-nivåer.

Det kan finnas situationer där det inte är helt tydligt om en verksamhet bör klassificeras som ekonomisk eller icke-ekonomisk. I dessa fall är det viktigt att detaljerat analysera verksamhetens natur, dess syfte, hur den finansieras, och dess inverkan på marknaden. Europeiska kommissionen kan ytterst behöva göra en individuell bedömning för att bestämma om statsstödsreglerna är tillämpliga.

Innovationskluster?

I [Manual för finansiering av commons för innovationsekosystem](#) nämns möjligheten att tolka en "commons" som ett innovationskluster i enlighet med EU:s Gruppundantagsförordning (GBER). Detta är i sig en intressant fråga och svaret kan bero på flera faktorer, inklusive hur "commons" och "innovationskluster" definieras och används i specifika sammanhang.

Definitioner och kontext

Commons refererar traditionellt till resurser som är tillgängliga för alla medlemmar av en gemenskap att använda, utan uteslutande ägande, och kan även innefatta digitala resurser och delad intellektuell egendom.

Innovationskluster, å andra sidan, definieras inom EU:s ramar som strukturer eller organiserade grupperingar av oberoende parter (såsom innovativa nystartade företag, små, medelstora och stora företag, forskningsinstitut, organisationer för kunskapsspridning, icke-vinstdrivande organisationer och andra relaterade ekonomiska aktörer) som är avsedda att stimulera innovativ verksamhet genom att främja intensiv samverkan, gemensam användning av utrustning och kunskapsutbyte och genom att bidra effektivt till kunskapsöverföring, nätverksbyggande, informationsspridning och samarbete mellan företagen och de andra organisationerna i klustret. Innovationskluster innehåller vanligen företag och institutioner som samverkar för att förbättra sin konkurrenskraft, främja innovation och skapa nya affärsmöjligheter.

Gruppundantagsförordningen

EU:s Allmänna Gruppundantagsförordning (GBER) och andra gruppundantag möjliggör vissa typer av statsstöd under förutsättning att de uppfyller specifika kriterier och inte snedvrider konkurrensen på ett oacceptabelt sätt. Inom GBER finns det speciella undantag som rör stöd till forskning, utveckling och innovation, inklusive stöd till forskningsinfrastrukturer, forskningsprojekt och innovationskluster.

Tolkningsmöjligheter

För att tolka en commons som ett innovationskluster enligt GBER, skulle det krävas att:

1. *Samarbete*: Det finns en strukturerad form av samarbete mellan olika aktörer (företag, akademiska institutioner, etc.) inom commons.
2. *Innovationsfokus*: Aktiviteterna inom commons är inriktade på forskning, utveckling och innovation.²
3. *Geografisk och funktionell koncentration*: Aktörerna inom commons är geografiskt eller funktionellt länkade eller är strukturer eller organiserade grupperingar av oberoende parter på ett sätt som främjar delning av resurser, kunskap och teknik.
4. *Öppenhet och tillgång*: Det finns mekanismer för att dela fördelarna av innovation brett inom klustret, vilket kan inkludera öppen tillgång till viss infrastruktur eller forskningsresultat.

Om dessa villkor är uppfyllda, kan en commons potentiellt betraktas som ett innovationskluster under GBER. Detta skulle tillåta tillämpningen av undantag från normala statsstödsrestriktioner för att främja dess utveckling och drift. Det är dock viktigt att varje specifik situation analyseras noggrant för att säkerställa att den överensstämmer med regleringen och inte leder till otillbörlig konkurrensnedvridning. I avsaknad av vägledande avgöranden får rättsläget anses vara oklart i denna del och det är vanskligt att uttala sig om hur utfallet skulle bli vid en prövning av en sådan tolkning som beskrivits ovan. Förvaltning av systemgemensamma utvecklingstillgångar får anses vara av stor vikt och som framgår av förstudien i övrigt är det av stor vikt att innovationssystemet på ett bättre sätt adresserar denna frågeställning. I annat fall riskerar viktig kunskap att gå om inte (och det kan med rätta ifrågasättas om offentliga medel överhuvudtaget ska läggas på projekt där inte ett värde säkras över tid.)

Mot bakgrund av ovan beskrivna utmaningar bör det övervägas om initiativ bör tas av berörda myndigheter till en utveckling av gruppundantagsförordningen som möjliggör det som efterfrågas. Ett sådant klagörande av regelverket skulle undanröja de tvivel och risker som finns. I detta sammanhang kan det nämnas att olika finansiärer förefaller ha olika uppfattning om vad som är möjligt.

2 Då det i definitionen står "[...] avsedda att stimulera innovativ verksamhet och nya samarbetsätt, t.ex. på digital väg, genom att dela och/eller främja gemensam användning av utrustning och utbyte av kunskap och expertis och genom att bidra effektivt till kunskapsöverföring, nätverksbyggande [...]".

Tillväxtverket anser till exempel att "allmänna främjandeinsatser" vari ingår systemutvecklande samverkan (Tillväxtverkets statsstödsbox 3b³) kan fullfinansierats under vissa förutsättningar. Ett likande ställningstagande som Tillväxtverket har gjort i denna fråga har inte kunnat återfinnas på någon annan myndighets hemsida. Samordning och dialoger mellan finansiärer skulle kunna bidra till ytterligare klarhet.

I de fall där behovet av en commons uppstår bör det övervägas om en offentlig upphandling skulle vara ett bättre sätt än bidragsgivning.

Bedömning av slutsatserna i förstudien

I förstudien anges att det finns två centrala aspekter för att uppnå effektivare innovationsekosystem. För det första, utvecklingen och implementeringen av finansieringsstrukturer som främjar utveckling, vidareutveckling och förvaltning av commons. Denna förändring innebär en övergång från traditionell projektfinansiering till en mer dynamisk investeringslogik som även tillämpas på andra typer av tillgångar och verksamheter, inte bara commons. För det andra, en fördjupad förståelse för commons som organisatorisk form och dess relation till utfall inom innovationsekosystemet.

En övergång till en mer dynamisk investeringslogik bör inte hindras av EU-rättens statsstödsregler. Såvitt gäller förståelse för commons som organisatorisk form och dess relation till utfall inom innovationsekosystemet är frågan om statsstöd i nuläget inte relevant. Beroende på utfallet kan en ny bedömning behöva göras. En bedömning av statsstödsfrågan behöver dock göras i samband med beviljandet av bidrag.

Slutsatser och framåtblick

Svenska myndigheter och aktörer inom det innovationstödande systemet måste våga utmana EU-rättens statsstödsbestämmelser och i en större utsträckning än idag våga konsultera EU-kommissionen. Sammantaget bör inte EU-rättens statsstödsregler hindra en utveckling i linje med det som föreslagits i slutrapporten. Som tillägg kan avslutningsvis nämnas att spåret om upphandling bör kunna utforskas i eventuellt kommande arbeten.

³ "[...] informationsspridning och samarbete mellan företag och andra organisationer i klustret.", är det är inte helt klart att/till vilken grad som forskning/utveckling måste ingå.

³ Följ EU:s regler för statsstöd (programperioden 2021-2027) - Tillväxtverket ([tillvaxtverket.se](https://www.tillvaxtverket.se))

Bilaga 1 till juridiskt PM om commons för innovationsekosystem - Något om EU-rättens statsstödreger

EU:s statsstödsregler

Unionens reglering av statligt stöd utgör en del av fördragets konkurrensregler och återfinns i artiklarna 107 - 109 FEUF. Av artikel 107.1 FEUF 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. Artikel 107 FEUF tar ingen hänsyn till orsaken eller syftet med de aktuella åtgärderna, utan definierar dem i förhållande till deras verkningar. Därför omfattar statsstödsbegreppet inte bara positiva förmåner, såsom bidrag, utan också t ex skattelättnader och investeringar med offentliga medel som inte sker på marknadsmässiga villkor och som, utan att vara bidrag i ordets strikta bemärkelse, är av samma slag och har samma effekt.

Artikel 107.2 FEUF räknar upp tre typer av stödåtgärder som automatiskt anses vara förenliga med den inre marknaden, däribland visst socialt stöd till enskilda konsumenter och stöd för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella omständigheter. Vidare listas i artikel 107.3 FEUF sådana stödåtgärder som kan anses vara förenliga med den inre marknaden efter prövning av kommissionen, så som stöd för att främja genomförandet av viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi.

Fördraget innehåller inte någon detaljerad beskrivning av rekvisiten i statsstödsförbudet och själva tolkningen av desamma, inte heller går det att finna en tydlig definition av stödbegreppet. Istället har Domstolen genom omfattande praxis efterhand definierat de olika delarna av art 107.1. I mål 30/59 förespråkade Domstolen att begreppet stöd ska tolkas vitt. Domstolen uttalade:

"I fördraget definieras inte uttryckligen begreppen subvention eller stödåtgärd som avses i artikel 4 c.

Enligt normalt språkbruk betraktas en subvention som en kontant- eller naturaförmån som beviljas till stöd för ett företag vid sidan av betalningen, från köparen eller användaren, för varor eller tjänster som företaget producerar.

Stödåtgärder är ett mycket närliggande begrepp där emellertid den målinriktade karaktären betonas så att stödåtgärder framstår som särskilt avsedda för att uppnå ett bestämt mål, vilket i allmänhet inte skulle kunna uppnås utan bistånd utifrån.

Begreppet stödåtgärd är dock mer allmänt än begreppet subvention eftersom det omfattar inte enbart konkreta förmåner som själva subventionerna utan även ingripanden som på olika sätt minskar de kostnader som normalt belastar företagets budget och som därigenom, utan att det är fråga om subventioner i strikt bemärkelse, är av samma karaktär och har identiskt lika effekter.

Dessa definitioner, som inte finns i fördraget, kan godtas endast om de bekräftas innehållsmässigt genom bestämmelserna i fördraget eller genom de däri uppställda målen."

I praktiken innebär uttalandet att det mesta kan ses som stöd i den del resurser eller fördelar ges till företag "oavsett i vilken form det än må vara". Begreppet stöd enligt art. 107.1 bedöms alltid på objektiva grunder och definitionen är helt objektivt kopplad till den faktiska effekt ett stöd får eller kan få.

Statsstödsriterierna

Det får numera anses klarlagt i praxis att för att art. 107 ska vara tillämplig krävs att samtliga villkor i art. 107.1 på ett stöd är uppfyllda. För att en åtgärd ska träffas av förbudet så måste det sammanfattningsvis:

1. Vara tal om ett stöd i meningen att det ger en ekonomisk fördel för ett företag,
2. Stödet ska direkt, eller indirekt, ges med offentliga medel och måste vara hänförlig till staten,
3. Utgöra en selektiv ekonomisk förmån, d.v.s. gynna visst företag eller viss produktion och,
4. Stödet måste, faktiskt eller potentiellt snevrida konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstaterna – (samhandelskriteriet)

Ekonomisk fördel till företag (eller viss produktion)

Artikel 107.1 är genom sin lydelse endast tillämplig på företag eller till förmån för vissa produkter, "gynna vissa företag eller viss produktion". I produktfallet kopplas dock alltid stödet i slutändan till ett, eller, vilket är det mest sannolika i produktfallet, en grupp av företag inom ett visst område eller en viss bransch.

Med företag avses inte endast privata företag utan rekvisitet omfattar även offentliga företag. Tillika måste dessa företag erhålla någon form av fördel eller förmån som de inte skulle ha erhållit i sin löpande verksamhet.

Företagsbegreppet

Inom konkurrensrätten har det i praxis utvecklats en mycket vid definition på begreppet företag, och vad som i konkurrensrättens mening kan motsvara ett företag. Definitionen av ett företag är betydligt mer omfattande av vad man vid första anblicken kan uppfatta. Inom ramen för konkurrensrätten har Domstolen bland annat i Höfner definierat företag att omfatta varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering. Vidare har Domstolen i Kommissionen mot Italien [1987] uttalat att det är oviktigt på vilket sätt eller under vilka nationella regler en viss enhet uppkommit, då det skulle vara möjligt för medlemsstaterna att underminera EU-rätten genom att skapa olika förutsättningar för att kringgå densamma. Alla aktiviteter som medför att man erbjuder varor eller tjänster på en given marknad ska anses som ekonomisk aktivitet.

I flera fall har Domstolen fastslagit att begreppet företag i art 107 ska ges samma tillämpning som i konkurrensrätten i tolkning av art. 101, 102 och 106. Det råder i litteraturen både enighet och oklarhet om definitionen ska vara densamma inom den allmänna konkurrensrätten och statsstödsrätten, vilket anförd praxis indikerar. Hancher⁴ pekar på att Domstolen i mål C-480/09P ACEA-Electrabel anförde:

"Förstainstansrätten gjorde nämligen en riktig bedömning när den, i punkterna 135, 137 och 138 i den överklagade domen, angav att begreppet ekonomisk enhet på området för statligt stöd kan ha en annan innebörd än det begrepp som är tillämpligt på andra områden inom konkurrensrätten."

Detta indikerar att företagsbegreppet inom statsstödsrätten inte är detsamma som inom konkurrensrätten. En fortsatt analys visar att Domstolen snarare utvidgat begreppet enhet i statsstödsrätten i förhållande till konkurrens-rätten. I allt väsentligt finns dock anledning att anta att likheterna är väsentligt större än skillnaderna.

Den omfattande praxis som finns på området visar tydligt att det är den ekonomiska aktiviteten som är av avgörande betydelse och inte den legala statusen av sammanslutningen som avgör huruvida en enhet kommer att klassas som företag eller ej i lagtextens mening.

³ (HANCHER, 2012)

Aktiviteter som är förbehållna staten och regeringen att utöva såsom inre och yttre säkerhet, rättsväsende, och annan myndighetsutövning räknas inte som ekonomisk aktivitet. Inte heller de delar av offentlig förvaltning som utövar myndighetsutövning, eller utövar aktiviteter i allmänhetens intresse,⁵ omfattas av begreppet företag. Allmänna tjänster i den del de är under statens kontroll kan därför inte träffas av statsstödsreglerna. Om en organisation utför både ekonomiska och icke-ekonomiska aktiviteter kommer verksamheten i den del som utför ekonomiska aktiviteter att ses som ett företag och bedömas enligt art 107.1 i den delen. Att i ett enskilt fall avgöra om ett stöd ska bedömas ha gynnat ett företag kan vara snårigt då det trots en väl utvecklad praxis på området måste avgöras ifrån fall till fall. De flesta domar ger inte en entydig beskrivning av begreppet ekonomisk verksamhet utan definierar det i negativ mening.⁶

Artikel 107.1 omfattar ej privatpersoner och därför är stöd till en enskild person normalt sett inte statsstöd, undantaget en enskild person bedriver näringsverksamhet i enskild firma eller motsvarande. Det finns dock situationer där det skulle kunna ses som statsstöd till förmån för ett företag som i andra hand drar nytta av stödet till en grupp privatpersoner. Exempel på det skulle vara offentliga subventioner riktade mot konsumenter som endast kan utnyttjas av ett eller några företag.⁷

Det kan i vissa enskilda fall vara komplext att ex ante avgöra om ett visst förhållande leder till att en enhet kommer att bedömas som ett företag under art. 107.1, men i de flesta fall är det en ganska okomplicerad bedömning. I praktiken är samtliga privata bolag, vinstdrivande eller icke vinstdrivande, företag, enligt definitionen, så länge de är engagerade på marknaden eller har för avsikt att vara aktiva på marknaden. Det saknar i praktiken betydelse om de ägnar sig åt aktiviteter utan betalning, då det inte finns något krav på att finansieringen för verksamheten ska komma från något särskilt håll.

I svensk konkurrensrätt återfinns definitionen av företag i 1:5 KonKL. Definitionen i KonKL är avsedd att motsvara den definition som uppkommit genom praxis inom EU:s konkurrensrätt.

⁵ Notera skillnaden mot tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. SGEL som kan omfattas av statsstödsreglerna beroende på om kriterierna uppfyller Altmarkkriterierna eller ej. Mål C-280/00 Altmark, p 89-95, där Domstolen fastslog, i fallet av subventioner för utförande av allmänna busstransporter skulle anses vara statsstöd, fyra kriterier för när tjänster av allmänt intresse inte anses utgöra statsstöd.

⁶ Indén, 2013, s 93 (INDÉN, 2013).

⁷ Bacon, 2013 sid 28.

Ekonomisk fördel

För att stöd ska omfattas av art 107.1 krävs det att företaget som erhållit stöd uppnått en fördel i ekonomisk eller finansiell situation som företaget inte skulle ha fått under normala marknadsmässiga förhållanden. I det fall där staten agerar på marknaden och överför medel till företag som skulle kunna utgöra otillåtet stöd finns det normalt sett en privat marknad att jämföra statens agerande mot. När det gäller till exempel utställande av statliga lånegarantier till företag eller investeringar av statligt riskkapital finns det en privat marknad att jämföra dessa mot, denna princip kallas market economy investor principle och är en de grundläggande principerna inom statsstödsrätten, se mer nedan. I de fall när staten agerar som myndighet eller lagstiftare, saknas det en relevant marknad jämförelse och då gäller att den genomförda åtgärden eller lagstiftningen får bedömas utifrån den objektiva effekten.⁸

För att kunna avgöra vad som utgör en fördel är det nödvändigt att ta reda på i vilken kontext fördelen ska undersökas. En fördel kan bara undersökas om den sätts i relation till förhållandena i ett relevant område, vilket normalt sett utgör den inom det egna medlemslandet. Att göra en jämförelse med andra marknader i andra länder är intetsägande då olika nationella förhållande och regelverk skapar olika faktiska och rättsliga förutsättningar. Detta har bland annat lett till att Domstolen underkänt stöd som varit ägnat åt att kompensera företag i ett medlemsland för den faktiska nackdel de haft gentemot sina konkurrenter i annat medlemsland, med hänvisning till att det på den relevanta marknaden är en icke marknadsmässig fördel.⁹

Den ekonomiska fördelen måste även bedömas utifrån tidpunkten när stödet ges. Ett stöd som tidigare varit accepterat kan på grund av ändrade förhållanden på marknaden eller bland konkurrenterna leda till att det i en ny situation ses som en fördel som tidigare inte funnits.

Market economy investor principle

I ett antal rättsfall utvecklade Domstolen i mitten på 1980-talet en princip för hur statens agerande på marknaden ska bedömas.

Principen benämns vanligen [*the*] *Market economy investor principle*, MEIP, och är ett test för att avgöra om ett företag har erhållit en fördel eller förmån när ett offentligt organ genomför en transaktion enligt normala marknadsvillkor med företaget.¹⁰

⁸ Jämför tribunalens dom T-335/08 BNP Paribas mot Kommissionen, [2010], ECR II-3323, p 169.

⁹ Sammanslagna målen 6 och 11/69, Kommissionen mot Frankrike, [1969], ECR 277, p2.

¹⁰ Jfr KOMs Notice on State Aid p. 74 ff.

I stora drag svarar testet av MEIP på om en fördel som ett företag erhållit är något som företaget skulle kunna ha fått från en kommersiell aktör, under det att stödgivaren förväntar sig normal avkastning. Av MEIP följer naturligt att om det kan visas att staten agerat på ett sätt som en privat aktör har gjort eller skulle kunna förväntas göra så omfattas heller inte åtgärden av art 107.1 då det inte kan ses som en ekonomisk fördel. MEIP är i första hand utvecklat för och tillämpligt på de situationer då ett medlemsland på olika sätt investerat i företag eller tillfört kapital till företag de redan äger.¹¹ Då testet även kan komma i fråga då det inte finns en privat aktör i liknande situation blir ofta undersökningen teoretisk och komplicerad och MEIP har även kritiserats i det hänseendet.¹²

Principen utvecklades tidigt att även omfatta staten som kreditgivare i marknadsmässiga förhållanden och the private creditor test har motsvarande funktion men omfattar istället statens agerande och villkor som utgivare av krediter och om de sker på marknadsmässiga villkor eller ej. I de fall det går att uppbringa en privat aktör som på samma villkor som staten investerar eller ger krediter till ett företag, pari passu, innebär principen att den statliga åtgärden automatiskt ses som marknadsmässig.

En viktig skillnad mellan de privata aktörerna och staten som marknadsaktör är att det är accepterat att staten kan ha ett betydligt långsiktigare perspektiv på en investering eller kredit är den normala privata marknaden har. Det kan därför visa sig att statens insatser kan bedömas som marknadsmässiga även om en privat aktör normalt sett inte skulle genomföra den. Även denna skillnad lägger ytterligare en dimension av komplexitet till bedömningen.

Sedan införandet har MEIP utvecklats och omfattar i dagsläget inte bara investeringar och krediter. Principen tillämpas även på försäljning av offentliga tillgångar, statliga lånegarantier, privatiseringar av offentlig verksamhet, övriga statliga garantier, undantag och avskrivning av skulder och inköp av varor och tjänster av allmän karaktär, såväl som tjänster av allmänt intresse.

Även om det vore en intressant tillämpning kommer sannolikt inte MEIP i fråga vid finansiering av utveckling eller förvaltning av innovations commons, då det är svårt att fastställa vilka de marknadsekonomiska villkoren skulle vara för en sådan investering och att det offentliga - även om sådana villkor kan fastställas - nog inte skulle lägga upp finansieringen här på ett sådant sätt.

¹¹ Normalt kallat private investor test.

¹² Bacon, 2013, s 38, Hancher et al, 2013, s 105 (BACON, 2013) (HANCHER, 2012).

MEIP torde i allmänhet inte kunna användas då privata företag agerar på egen hand eller under otydlig offentlig styrning med statliga medel (jfr nedan om hänförlighet till staten). Inte heller finns stöd för att samhällsekonomisk avkastning, till exempel långsiktigt ökade skatteintäkter, är godtagbar som långsiktig avkastningsmodell för investeringar av offentliga medel.

Begreppen ”statliga medel” och ”hänförlig till staten”

Artikel 107.1 stipulerar att den berör stöd som ges av en stat eller via statliga medel, vilket indikerar att rekvisiten ska uppfattas som alternativa. Praxis och litteratur på området har varit tvetydig och utvecklades i två riktningar, dels mot att rekvisiten ska bedömas som alternativa i enlighet med deras lydelse, dels att de ska bedömas kumulativt så att båda rekvisiten måste vara uppfyllda för att hela villkoret ska vara uppfyllt. Genom Preussen Elektra fastslog Domstolen en gång för alla att rekvisiten ska vara kumulativa. I rättsfallet fastslog Domstolen att en statlig lag som tvingade vissa regionala eldistributörer att köpa förnybar el till ett statligt fastställt lägsta pris och som översteg den producerade elens värde inte utgjorde statligt stöd. Det var ingen tvekan om att lagregleringen var en statlig åtgärd som gynnade producenter av förnybar el framför andra producenter och leverantörer, men Domstolen fastslog att eftersom det inte innebar en direkt eller indirekt överföring av statliga resurser så kunde det inte heller vara fråga om statsstöd. Det måste därför visas att ett stöd både innebär en överföring av statliga medel och att beslutet är hänförligt till staten då båda rekvisiten bedömer det offentliga ursprunget för stödet.

Statliga medel

I och med Domstolens dom i Preussen Elektra fastställdes att det alltid måste vara fråga om en påverkan genom statliga medel. Begreppet stat i art 107.1:s mening omfattar inte bara de nationella offentliga sektorn utan även regionala och kommunala myndigheter och offentliga organ. Det har ingen betydelse om det offentliga organet är självständigt eller ej. Det innebär att samtliga företags, kontrollerade av det offentliga, medel räknas som offentliga medel. Likaledes kan privata och offentliga företag som bildats eller utsetts av staten särskilda fall ses som statens företrädare i de fall de på olika sätt hanterar offentliga resurser till förmån för företag. Statsstöd kan därför hänföras till stödaktiviteter av en mängd olika organ i samhället.

I Preussen Elektra berördes bisatsen i art 107.1; ”stöd av vilket slag det än är,” inte av Domstolen men har stor betydelse för tolkningen av rekvisitet statliga medel. Den huvudsakliga och normala formen för stöd är direkta

bidrag eller subventioner. Det råder ingen tvekan om att dessa former av stöd direkt omfattas av art. 107.1. Det är dessutom så att omfattningen av åtgärder som kan anses vara stöd har i statsstödsrätten fått en väldigt vid definition och Domstolen har genomgående upphållt ståndpunkten att stöd fortsättningsvis ska tolkas extensivt. Konsekvensen är att alla former av åtgärder från en stat som på ett eller annat sätt vidtas av en stat eller dess företrädare, direkt eller indirekt utgör stöd om övriga rekvisit i art 107.1 är uppfyllda. Vissa av dessa stödformer kan vara svåra att identifiera och särskilja att de utgör stöd. Exempel på åtgärder som kan utgöra stöd är direkta och indirekta åtgärder som; statliga (låne-)garantier, skatteundantag, undervärderingar av tillgångar och underprissättningar, kostnadsreduktioner för offentlig service, etc. Det handlar i sammanhanget om åtgärder som får likvärdig effekt som direkt statsstöd. Av det uppräknade framgår att det inte behöver vara en övergång av statliga medel till en stödmottagare direkt utan att det likväl kan röra sig om subventionerade förmåner. Även att staten avstår från inkomster är att räkna som överföring av statliga medel. Garantier har en särskild ställning då dessa inte [ännu] medfört någon överföring av statliga medel, men den ekonomiska bördan behöver inte vara realiserad för att det ska anses som stöd utan det räcker med den potentiella bördan för staten även om den aldrig realiseraras.

Statens medel och tillgångar är alltid statliga medel och detsamma gäller medel och tillgångar hos regioner och kommuner och deras myndigheter. Statsstöd kan även anses lämnat genom privata eller offentliga företag eller genom en blandning av dessa genom offentlig-privat partnerskap bolag under förutsättning att det stöd som ges är under statlig kontroll eller emanerar från statliga medel och på så sätt är utsatta för statlig kontroll. Vidare kan fonder och tillgångar som finansieras av skattelikhande avgifter eller andra liknande tvingande bidrag utgöra statliga medel, men även motsvarande fonder som finansierats av privata frivilliga bidrag. Den avgörande faktorn är huruvida tillgångarna är disponibla för staten. Det faktum att medel passerat staten mellan givare och fond innebär inte med automatik att det är statliga medel om medlen inte varit disponibla för staten trots att transaktionen passerat ett statligt organ. Även överföringar av medel som flera medlemsstater gemensamt beslutar om och förfogar över utgör statliga medel.

Kommissionen har tagit fram ett tillkännagivande om begreppet statligt stöd som summerar gällande rätt och verkar som ledning i tillämpningen av art 107.1. Även om Kommissionen i tillkännagivandet inte heller tydligt definierar vad som kan vara stöd kan viss ledning dras ur diskussionen kring överföring av statligt stöd;

”Överföringen av statliga medel kan ske på många olika sätt, till exempel i form av direkta bidrag, lån, garantier, direkta kapitalinvesteringar i företag och naturaförmåner. Ett fast och konkret åtagande om att göra statliga medel tillgängliga vid en senare tidpunkt anses också vara en överföring av statliga medel [forts]”¹³

EU-medel och EU:s tillgångar räknas inte som statliga medel. Statliga medel förutsätter att de är under kontroll av den enskilda medlemsstaten och därför utgör inte medel direkt ifrån EU statsstöd. Enskilda företag som erhåller bidrag direkt från en EU-fond, eller finansiering direkt från EIB och EIF omfattas inte av statsstödsförbudet. Däremot så blir EU-medel föremål för statsstödsreglerna om de först överförs till en medlemsstat för fördelning. Det innebär exempelvis att en privat investeringsfond som satts upp delvis med medel från EIF inte omfattas av statsstödsreglerna, medan en motsvarande fond finansierad av EU:s struktur- eller regionalfonder skulle omfattas.

Hänförlig till staten

Efter att det fastställts att en fördel utgår från statliga medel måste det även fastställas om den gynnande åtgärden även kan tillskrivas staten. Rekvisitet är högst relevant, då Art 107.1 inte är tillämplig på privata företag som vidtar åtgärder, vars effekt skulle kunna motsvara liknande åtgärder utförda av staten. I fall där stödåtgärder utgår ifrån lagstiftning eller beslut från offentliga sektorn kan oftast åtgärden direkt bindas till staten. När det gäller offentligt ägda företag är det inte lika självklart att förutsätta att en åtgärd är hänförlig till staten och i de fall privata företag utför eller förmedlar åtgärder med offentliga medel som anförtröts dem, så är det ännu mindre självklart att åtgärden går att koppla till staten. Den omständigheten att staten äger ett visst bolag behöver inte betyda att staten utövar kontroll över företaget på så sätt att de beslut som fattas i företagets verksamhet är under statlig kontroll.¹⁴ I de fall då företagets beslut är utom offentlig kontroll ska de inte heller omfattas av art 107.1.

Det är inte nödvändigt att bevisa att staten faktiskt utövat sådan kontroll att det påverkat ett enskilt beslut. En bedömning måste göras i varje enskilt fall utifrån kontext och omständigheter, för att avgöra om en viss åtgärd anses vara hänförlig till staten eller ett självständigt beslut fattat av företaget. Följande indikatorer är av särskilt intresse i att avgöra om en åtgärd är hänförlig till staten eller ej:

¹³ C 262/12, Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, p51.

¹⁴ C-482/99, Stardust marine, [2002], ECR I-04397, p 52.

- Det sätt på vilket företaget grundades.
- Bolagets rättsliga ställning (offentligrättslig eller privat bolagsrätt).
- Det sätt och till hur stor del företaget är en integrerad del av den offentliga förvaltningen.
- Hur stark övervakning offentliga myndigheterna utövar över bolagets ledning.
- Arten av företagets verksamhet och utövandet av dessa verksamheter på marknaden under normala konkurrensförhållanden med privata aktörer, och i vilken utsträckning företaget utför övervakande åtgärder.
- Om bolaget i fråga inte kunde ta det omtvistade beslutet utan att ta hänsyn till, eller godkännande av, offentliga myndigheter.
- Det sätt på vilket offentliga myndigheter presenterar åtgärden.

Av kriterierna ovan följer att det inte är tillräckligt att ett företag är autonomt från staten för att undgå att ett beslut kan anses härröra från staten. Jämväl att företagets legala status och struktur är av vikt så måste flera faktorer bedömas. Det är i praktiken en mycket viktig faktor huruvida initiativet eller ursprunget till åtgärden tagits av ett offentligt organ. Således är de fall där en åtgärd organiserats av staten sannolikt hänförliga till staten även om de utförs av ett privat företag.

I specialfallet att en viss åtgärd utgår från staten till följd av EU-lagstiftning som ålägger staten vissa åtaganden ska dessa åtaganden inte anses vara hänförliga till staten utan snarare anses hänföras till den specifika EU-rättsakten.

Selektivitetskriteriet – vissa företag eller viss produktion

För att stöd ska omfattas av art 107.1 krävs vidare att stödet är riktat till vissa företag eller viss produktion och att åtgärden ger effekten av en selektiv ekonomisk fördel eller förmån.¹³⁴ Detta kriterium benämns vanligen selektivitetskriteriet. Av det följer att stöd till ett enskilt företag klart omfattas, det är till sin natur selektivt, men det följer också att alla åtgärder riktad mot företag inte utgör stöd, utan endast de som ger en selektiv fördel. När en stödordning eller statlig åtgärd omfattar flera företag, en grupp av företag eller bransch, eller alla företag i ett land eller region, blir det mindre självklart att identifiera "selektiviteten" och gör det svårare att avgöra om art 107.1 är tillämplig.

Selektivitetskriteriet har varit föremål för omfattande genomgång i praxis, men är trots detta ett av de kriterier som är mest komplext att bedöma och där osäkerheten kring utfallet är som störst. Precis som med samtliga kriterier i art 107.1 är det önskvärt att kunna göra bedömningen ex ante och ju mer osäker bedömningen blir desto större risk för att Domstolen eller Kommissionen ex post kommer fram till ett avvikande resultat än i bedömningen ex ante. Det har i praxis framkommit en analysmodell i tre steg för att avgöra selektiviteten. I första hand (1) måste den relevanta jämförelse- eller referenssystemet identifieras. Att identifiera referensramen påminner om hur den relevanta marknaden definieras i fallet när ekonomisk fördel fastställs. En åtgärd är prima facie selektiv om den ger fördelar för vissa företag eller för vissa sektorer [av företag] eller branscher. I de fall då det inte är uppenbart att en åtgärd är prima facie selektiv görs en jämförelse om en åtgärd gynnar vissa företag eller viss produktion jämfört med andra företag i en jämförbar rättslig och faktisk kontext. Den jämförelsen inleds med att identifiera den relevanta referensramen.

Referensramen ska således definieras utifrån målet med stödåtgärden men referensen kan inte motsvara målgruppen för stödåtgärden, då det i de flesta fall då inte skulle gå att påvisa selektivitet. Jämförelsen förenklas då en selektiv stödåtgärd bygger på en tidigare, på referensgruppen, allmänt tillämplig regel. I fallet av en helt ny åtgärd som gör skillnad på olika grupper av företag, såsom branschtillhörighet eller geografisk belägenhet blir bedömningen inte lika självklar. I likhet med bedömning av relevant fördel måste en geografisk jämförelse åtminstone ske inom ramen för den egna medlemsstaten och en jämförelse med situationen i ett annat medlemsland blir inte relevant. I vissa fall kan den geografiska referensramen accepteras vara begränsad till en del av en medlemsstat såsom en region eller en kommun. Detta är särskilt förekommande när det gäller olika skatter och där man inom en medlemsstat kan ha olika skattenivåer. I de fall där exempelvis en kommun har egen beskattningsrätt görs jämförelsen inte på nationell nivå utan i det relevanta systemet, kommunens fiskala område. Värt att nämna är att i de fall en nationell skatt eller avgift skiljer sig åt mellan olika kommuner och regioner så kan det mycket väl utgöra selektivitet då hela landet återigen är referensramen.

I andra steget (2) måste det fastställas huruvida åtgärden är prima facie selektiv utifrån det fastställda referenssystemet. I granskningen av selektivitet granskas i första hand (2(a)) om stödåtgärden till sin utformning är prima facie selektiv. Förmåner och fördelar riktade mot en specifik branschsektor eller specifik grupp av företag är uppenbart selektiv och även stöd till riktat mot en hel ekonomisk sektor, såsom banksektorn, kan vara selektiv. Det saknar betydelse om en åtgärd omfattar ett stort antal företag så länge det riktas specifikt mot en bransch eller särskiljbar grupp av företag, oavsett gruppens storlek i förhållande till referensmarknaden.

Precis som när det gäller bedömning av relevant fördel kan ett stöd vara selektivt när det indirekt gynnar selektivt, dvs. när stödet per se kan anses vara generellt kan den indirekta effekten på vissa företag av stödet, göra att stödet anses som selektivt. Att rikta insatser mot grupper av företag beroende på deras storlek är normalt sett också selektivt. Insatser riktade mot unga företag eller SMF endast på grundval av deras storlek utgör således en selektiv åtgärd. Likaledes blir även åtgärder som riktas mot företag över en viss ekonomisk storlek, företag i visst geografiskt område, statliga företag som utför ekonomiska aktiviteter har ansetts vara selektiva. Det finns ingen begränsning i vilka kategorier av stöd som kan vara selektiva och varje åtgärd måste ses i ljuset av dess syfte och jämförelsen med den relevanta referensmarknaden. Det finns utöver tidigare nämnda fall omfattande praxis rörande åtgärder som ansetts selektiva.

I andra hand (2(b)) kan även en åtgärd som i sin utformning inte är selektiv, vare sig direkt eller indirekt, men som i sin tillämpning de facto leder till att vissa företag (eller viss produktion) gynnas framför andra anses vara selektiv. Situationen uppstår särskilt när det finns ett visst skön i bedömningen till vem eller på vilka villkor ett generellt utformat stöd, eller en stödordning, tilldelas. Situationen ligger nära de statliga åtgärder som är tillämpliga på företag generellt och verkar helt oselektivt. Dessa träffas ej heller av förbudet i art 107.1. Det faktum att ett stöd skulle gynna samtliga företag i ett medlemsland framför deras konkurrenter i ett annat medlemsland gör det inte selektivt.

I de fall det konstaterats att selektivitet föreligger, prima facie eller de facto, måste det i det tredje steget (3) avgöras om åtgärden ändå är förenlig med den inre marknaden och undgår förbudet i art 107.1, på grund av "det relevanta systemets karaktär och allmänna systematik". Principen fastlades i mål 173/73, Italien mot Kommissionen [1974] och har därefter ytterligare fastslagits i praxis. Majoriteten av alla mål och normala tillämpningar rör regler kring skatter och offentliga avgifter där det utifrån politiska mål skapats differentierade nivåer eller tariffer. Det kan dock tänkas att system som ligger i linje med EU:s och medlemsstaternas långsiktiga mål och särskilda fokus skulle kunna undantas på grund av systemets natur eller karaktär. Ett sådant område skulle kunna vara särskilt lättande regler för små och nystartade företag då det ligger i både Unionens och medlemsstaternas intresse att denna grupp av företag gjort att det utvecklas mycket systematiska fördelar för dem i de offentliga systemen och EU.

Påverkan på konkurrens och handel

De avslutande rekvisiten kring snedvridande av konkurrens och påverkan på handel mellan medlemsstater är nära kopplade till varandra och det finns all anledning att titta på dem samlat. Det är en nödvändig men inte tillräcklig förutsättning att ett stöd snedvrider konkurrensen och om rekvisitet är uppfyllt måste en värdering om huruvida stödet även påverkar handeln mellan medlemsstater genomföras, det s.k. samhandelskriteriet.

Påverkan på konkurrensen

För att avgöra om det föreligger påverkan på konkurrensen måste det fastställas huruvida det aktuella stödet stärker det stödmottagande företags position på marknaden jämfört med företags konkurrenter. Då stöd som ges till en hel bransch kan anses utgöra statsstöd följer det samtidigt att det inte är nödvändigt att identifiera en faktisk konkurrent. Kriterierna för att undersöka om ett företag gynnas framför ett annat ligger nära hur selektiviteten bedöms. Det går dock inte att automatiskt säga att en åtgärd påverkar konkurrens bara för att den är selektiv, utan bedömningen måste göras var för sig.

Stöd som har till syfte att minska ett företags utgifter, som företaget normalt skulle haft i sin löpande verksamhet, utgör i praktiken alltid konkurrens-påverkan. Detsamma gäller subventioner som på motsvarande sätt befriar ett företag från kostnader de egentligen skulle haft för en viss investering. Den avgörande frågan är om ett företags ekonomiska position totalt sett, faktiskt eller potentiellt, förbättras genom att ha erhållit stödet.

Det krävs inte att påverkan på konkurrensen är betydande eller väsentlig. Att ett stödmottagande företag är litet eller att stödbeloppet är lågt gör inte att påverkan på, eller risken för påverkan på konkurrensen försvinner. Detta gäller under förutsättning att sannolikheten för en sådan snedvridning inte endast är rent hypotetisk.

Precis som i fallet med ekonomisk fördel måste den berörda åtgärden bedömas utifrån förhållandet på den nationella marknaden vid tidpunkten då stödet ges. Om ett stöd ges till ett företag i en bransch med omfattande konkurrens är påverkan på konkurrensen, eller risken för potentiell påverkan, oftast högre än om det är en mindre konkurrensutsatt bransch. Inom branscher som är avreglerade på EU-nivå anses alltid ett stöd ha påverkan på konkurrensen.

Samhandelskriteriet

Som i fallet med tillämpningen av EU:s konkurrensregler så är det för att statsstödsreglerna ska bli tillämpliga nödvändigt att stödåtgärden dessutom påverkar handeln mellan medlemsstaterna och att det stödmottagande företags position på den gemensamma marknaden stärks i förhållande till konkurrenter i andra medlemsländer, (jfr ovan).

Det är inte nödvändigt att stödmottagaren själv idkar gränsöverskridande handel, men villkoret är uppenbart uppfyllt om så är fallet. Även i de fall när den branschföretaget verkar inom präglas av omfattande handel mellan medlemsstaterna, är villkoret prima facie uppfyllt. Effekt på handeln märks särskilt i branscher där det på marknaden finns en överkapacitet jämfört med efterfrågan.

En snedvridning av konkurrensen av helt lokal karaktär och där det saknas anledning att anta att det konkurrenspåverkande stödet kommer att ha någon mellanstatlig eller gränsöverskridande effekt kommer inte att omfattas av förbudet i art 107.1 och således inte heller bli föremål för vidare prövning. Exempel kan vara lokala taxirörelser. Kommissionen har tidigare bland annat bedömt lokala sjukhus och museum inte ha någon påverkan på den mellanstatliga handeln.

Även om ett företag inte är aktivt utanför den nationella eller lokala marknaden så kan ett stöd potentiellt leda till att företaget inleder gränsöverskridande försäljning, särskilt om branschen inom överskådlig framtid kan förväntas växa inom den inre marknaden. I mål 172/03, Heiser, bedömde Domstolen ett väldigt litet stöd till österrikiska tandläkare potentiellt kunde ha påverkan på gränsöverskridande handeln och uttalade;

"[..villkoret..] att stödet ska kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna, kan således vara uppfyllt oberoende av om de tillhandahållna tjänsterna är av lokal eller regional art eller det aktuella verksamhetsområdets betydelse.. ..kan det inte uteslutas att sådana läkare som... ..är specialiserade i ortodonti konkurrerar med kolleger som är etablerade i en annan medlemsstat."

Det framstår som en viktig del av bedömningen att tandläkarna dessutom var specialister inom sitt område och att det gjorde det mer sannolikt att de skulle kunna komma att konkurrera på en internationell marknad.

Trots att det finns fördelar och en logik i att bedöma rekvisiten kring konkurrens och handelspåverkan samtidigt är det viktigt att framhålla att rekvisiten har helt olika karaktär och ska bedömas självständigt var för sig.

Undantag från förbudet för statsstöd

Det långtgående förbudet i art. 107.1 ska tolkas väldigt extensivt avseende förbudets räckvidd. Så länge ett stöd ifrån staten inte uppfyller samtliga kriterier i förbudet räknas det inte som statsstöd, men i det omvända fallet är samtliga stöd i princip förbjudna, oavsett om syftet med det ursprungliga stödet inte varit att tilldela olagligt statsstöd eller om syftet varit i linje med gemenskapens principiella mål om exempelvis ekonomisk tillväxt för EU.

Trots förbudets heltäckande karaktär är det inte absolut och ovillkorligt i förhållande till EU-rätten som helhet. Första momentet i art. 107.1, Om inte annat föreskrivs i fördragen, ligger till grund för ett antal undantag med stöd i Fördraget. Utöver undantagen från huvudregeln finns det även undantag från tillämpningen av huvudregeln i art 107.1 per se. De viktigaste undantagen från huvudregeln utgår från art 107.2 och (3), vilka fastslår en katalog av undantag från huvudregeln. Även art. 106(2) är av stor betydelse för undantag från förbudet då den ger företag som tillhandahåller tjänster av allmänt intresse möjligheten att motta statsstöd. Utöver detta har Kommissionen, med stor skönsmässighet, möjlighet att besluta om vilka stöd som kan anses omfattas av undantagen och möjlighet att utfärda särskilda rättsakter med undantagsregler med stöd av art 108 och art 109.

Med stöd i art 109 utfärdade Rådet 1998 förordning 994/98, Bemyndigandeförordningen, där Rådet ger Kommissionen möjlighet och befogenhet att utfärda regler som förklarar särskilda kategorier av stöd förenliga med den inre marknaden och, eller, fastställa att visst stöd inte är tillämpligt på art 107.1 och således inte heller anmälningspliktigt enligt art 108(3).

Bemyndigandeförordningen ger Kommissionen att utöver möjligheten till gruppundantag från förbudet i art 107.1 även möjlighet att utfärda förordningar som undantar vissa former av stöd från tillämpningen av art 107.1 under förutsättningen att stödet inte överstiger ett bestämt fast belopp under en angiven period för varje enskild stödmottagare, s.k. de minimis.

De Minimis – stöd av mindre betydelse

Med stöd av Bemyndigandeförordningen utfärdades den första generella de minimis-förordningen 2001. De minimis-regeln, som i svensk översättning numera benämns - stöd av mindre betydelse-, är i egentlig mening inte utformad som ett undantag från förbudet i art. 107.1 som är tillämpligt upp till vissa fastslagna stödnivåer. De minimis innebär istället att art 107.1 förklaras icke tillämplig utan att närmare bedömning av statsstödsreglernas tillämplighet.

Stöd som uppfyller kraven i de minimis "förutsätts" ha en försumbar effekt på samhandeln och konkurrensen utan prövning. Inom tillämpningsområdet så kan stöd av mindre betydelse beviljas upp till ett belopp av 300 000 euro per företag under en period av de tre senaste beskattningsåren (kommissionens förordning 2023/2831).

Stödet som ges med hänvisning till förordningen måste vara genomsynligt, vilket innebär att det måste vara möjligt att beräkna den exakta bruttobidragsekvivalenten i förväg, ex ante, utan att behöva göra en riskbedömning. Det innebär att endast stöd där det exakta stödbeloppet kan beräknas innan stödet ges anses vara transparent. Stöd som innebär ett okänt risktagande, såsom riskkapital eller lån är per se inte transparenta, då det finns ett okänt riskelement med i bedömningen. I de minimis-förordningen finns i art. 4 p4-6 särskilda regler kring hur bidragsnivån ska beräknas i anledning av riskkapital, lån och garantier.

Stödgivaren är skyldig att kontrollera att en presumtiv stödmottagare inte överskrider högsta tillåtna stödnivå innan ett försumbart stöd ska beviljas. Om stödmottagaren har nått, eller når upp till högsta möjliga stödnivå så får stödet inte genomföras. Om ett företag, ovanstående kontroller till trots, skulle överskrida högsta tillåtna tak om 300 000 EUR, blir företaget återbetalningsskyldigt för hela det nya stöd som innebär att taket om 300 000 EUR överskrids.

Ekonomisk respektive icke-ekonomisk verksamhet

För att en transaktion ska omfattas av statsstödsreglerna krävs att stödmottagaren utgör ett företag i statsstödsrättslig mening. En aktör utgör ett företag om den bedriver ekonomisk verksamhet.

Ekonomisk verksamhet

Verksamhet som syftar till att erbjuda varor och tjänster på en marknad utgör ekonomisk verksamhet. Prestationer som normalt utförs mot ersättning utgör tjänster som kan bli kvalificerade som "ekonomisk verksamhet". Det viktigaste kännetecknet för en ersättning är att den utgör en ekonomisk motprestation för tjänsten i fråga.

Företagsbegreppet är inte beroende av om verksamheten går med vinst eller ens om verksamheten har ett vinstsyfte. Även icke-vinstdrivande verksamheter som erbjuder varor och tjänster på en marknad kan omfattas av statsstödsreglerna. Den omständigheten att tillhandahållandet av varor eller tjänster sker utan vinstsyfte, utgör alltså inte hinder för att den enhet

som utför dessa transaktioner på marknaden ska betraktas som ett företag, då tillhandahållandet sker i konkurrens med andra aktörer vars verksamhet bedrivs i vinstsyfte, se exempelvis EU-domstolens dom i mål C-74/16 och C-49/07.

Icke-ekonomisk verksamhet

Det är inte helt fastslaget i EU-rätten vad som utgör icke-ekonomisk verksamhet. Traditionellt har exempelvis hälso- och sjukvård som baseras på den så kallade solidaritetsprincipen samt allmän utbildning som anordnas inom ett nationellt utbildningssystem som finansieras och står under tillsyn av staten ansetts utgöra icke ekonomisk verksamhet.

Den så kallade allmänna gruppundantagsförordningen (Kommissionens förordning nr. 651/2014) ("GBER") och andra gruppundantag, innehåller bestämmelser om när stöd för vissa ändamål kan lämnas utan att kommissionen först måste godkänna stödet. GBER innehåller också vissa bestämmelser som kan användas för att avgöra när ett bidrag eller liknande överhuvudtaget utgör ett anmälningspliktigt stöd eller inte. GBER innehåller emellertid inte några närmare bestämmelser kring vad som utgör icke-ekonomisk verksamhet.

Kommissionen har även tagit fram så kallade rambestämmelser för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation (2022/C 414/01). Dessa rambestämmelser ger viss ledning för vad som utgör icke-ekonomisk verksamhet.¹⁵

Punkt 20 i rambestämmelserna definierar vad kommissionen anser vara icke-ekonomisk verksamhet i sammanhanget forskning och utveckling som utförs av offentligt finansierade forskningsinstitut, organisationer för kunskapsspridning och forskningsinfrastrukturer.

15 Ramverket för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation, har en juridisk status som en kommunikation från Europeiska kommissionen. Detta innebär att det utgör ett officiellt meddelande från kommissionen till medlemsstaterna och andra intressenter om hur EU:s regler för statligt stöd bör tillämpas inom området forskning, utveckling och innovation. Som sådan vägleder dokumentet medlemsstaternas tillämpning av statligt stöd i enlighet med EU:s lagar, men det är inte i sig ett lagstiftande dokument.

Bland annat är följande verksamhet icke-ekonomisk hos dessa organisationer (och eventuellt andra, om analogier från meddelandet kan dras) enligt rambestämmelserna:

- Utbildning för fler och bättre kvalificerade anställda.
- Oberoende forskning och utveckling för ökad kunskap och förståelse, samt forskningssamverkan, där forskningsorganisationen bedriver ett effektivt samarbete.
- Omfattande spridning av forskningsresultat på icke-exklusiva och ickediskriminerande villkor, till exempel genom undervisning, fritt tillgängliga databaser, öppna publikationer eller öppen programvara.
- Kunskapsöverföring, om de utförs av en forskningsorganisation, och om alla inkomster från dessa verksamheter återinvesteras i forskningsorganisationens huvudsakliga verksamhet.

Men hänsyn till de oklarheter som finns gällande begreppet icke-ekonomisk verksamhet finns det självklart en risk med att utge stöd från en offentlig aktörer baserat på att stödet ges till icke-ekonomisk verksamhet.