

Åtgärder mot utomeuropeiska statsstöd

Om problemen med att tillämpa förordning 2022/2560 på bistånd som härrör från stater utanför EU

Tommy Olsson

Abstract

European Union (EU) state aid and competition law are by and large intended to promote a level playing field on the EU internal market. The EU member states are prohibited by article 107 TFEU from subsidizing undertakings unless certain anti-discriminatory conditions are met. Some heavily subsidized non-EU undertakings, however, have in recent years distorted the fair conditions on the internal market. Undertakings owned or influenced by the Chinese state have, through state subsidies, been able to acquire several patent holding companies on the internal market as well as present artificially low bids in public procurement procedures. In order to protect the level playing field the EU has implemented a new and unique instrument, Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market (FSR), which authorizes the Commission to launch investigations into subsidized undertakings and compel them to e.g. divest assets, refrain from investments, share research, reduce capacity or market presence, repay subsidies etc. The FSR is purported to be compatible with the international agreements of The World Trade Organization (WTO), agreements which constitute binding legal norms in EU law, as well as with EU legal principles.

However, the WTO legal system, being founded on cooperation and mutual understanding, does not allow for unilateral trade restricting measures or discrimination between members unless there is an express legal basis to do so within the WTO treaties. As the FSR, though formally non-discriminating, *de facto* puts administrative burdens and unique sanctions on non-EU undertakings, there is valid criticism that the FSR is in breach of WTO legal norms such as the National Treatment-obligation. The legal principle of the protection of legitimate expectations presents another problem for the Commission. Unlike an EU undertaking, which might easily determine that an EU member state has acted *ultra vires* by granting unlawful state aid, the recipient of non-EU subsidies cannot be faulted for their participation in the perfectly legal subsidies granted by their non-EU patron state. Even if the EU were to consider such subsidies to be in breach of WTO-rules, the only body with the requisite jurisdiction to make such a determination is the WTO Dispute Settlement Body (DSB).

This essay will explore the legal conflicts related to the FSR through the use of the legal dogmatic method, by judging the substantive provisions of the FSR based on the standards established by WTO law and the principle of protection of legitimate expectations. The analysis will not include bilateral free trade agreements as, although they may offer unique dispute settlement mechanisms between the parties, they are too context specific and do not apply to the primary challenges facing the EU internal market, namely subsidies by China and, to a lesser extent, the USA. Nor will the essay explore state aid or trade defense mechanisms by the EU member states as the FSR is a Commission instrument.

Innehållsförteckning

1	Tema och frågeställning.....	9
1.1	Inledning.....	9
1.2	Problemformulering och frågeställningar.....	10
1.3	Syfte.....	11
1.4	Metod och material.....	11
1.5	Avgränsningar.....	12
1.6	Disposition.....	13
2	Statsstödsreglernas ursprung och syfte.....	15
2.1	Om behovet av reglering internationellt.....	15
2.2	Om behovet av reglering på den inre marknaden.....	17
3	Definitioner av centrala begrepp.....	19
3.1	Definitionen av statsstöd inom unionsrätten.....	19
3.1.1	”Ges av en medlemsstat”.....	19
3.1.2	Åtgärdsriteriet: innebörden av ”Stöd”.....	19
3.1.3	Mottagarrekvisitet ”vissa”.....	20
3.1.4	Mottagarrekvisitet ”företag”.....	20
3.2	Definitionen av en subvention enligt FSR.....	20
3.3	Världshandelsorganisationens subventionsdefinition.....	21
3.4	Mest gynnade nation.....	22
3.5	Nationell behandling.....	22
3.6	Kvantitativa restriktioner.....	22
4	Statsstöd och motåtgärder inom WTO.....	23
4.1	GATT-avtalet.....	23
4.2	SCM-avtalet.....	23
4.3	Tvistlösning inom WTO – Teori och verklighet.....	24
4.4	Hur motåtgärder får genomföras.....	26
4.5	MPIA-avtalet.....	27
5	Tillämpningen av EU:s egna statsstödsregler.....	29
5.1	Artikel 108 i funktionsfördraget.....	29
5.2	Stöd av mindre betydelse.....	30
5.3	Den generella gruppundantagsförordningen.....	31
5.4	EU:s förordningar om handelsskyddsåtgärder.....	31
5.4.1	Antidumpningsförordningen.....	31
5.4.2	Antisubventionsförordningen.....	32
5.4.3	Skyddsåtgärdsförordningarna.....	32
5.5	EU:s förordning om utländska subventioner.....	33
6	Problemen med att tillämpa den interna EU-rätten på utländska statsstöd.....	35
6.1	Principen om skydd för befogade förväntningar samt jurisdiktion.....	35
6.2	Generella konflikter med WTO-regelverket.....	36
6.2.1	Specifika konflikter mellan FSR och GATT.....	39
6.2.2	Specifika konflikter mellan FSR och GATS.....	41
6.3	Några ord om försvaret av FSR i doktrinen.....	43
6.4	Begränsad nytta utanför WTO-gruppen.....	46
7	Vägen mot en obehindrad tillämpning.....	47
7.1	EU-domstolens tidigare syn på konflikt med WTO.....	47
7.2	Effekten av ändringar i Funktionsfördraget.....	48
7.3	Fullharmonisering av statsstödsreglerna.....	48
7.4	Omförhandla WTO-traktaterna.....	49
7.5	Den amerikanska lösningen.....	50

8	Sammanfattning.....	53
9	Referenser.....	55

Förkortningar

COSME	Competitiveness Of Small & Medium-sized Enterprises (Konkurrenskraft hos små och medelstora företag)
DSB	Dispute settlement body (Tvistelösningsorganet)
DSU	Dispute Settlement Understanding (Tvistelösningsöverenskomsten)
EU	Europeiska unionen
EUR	Euro (valuta)
FDI	Foreign Direct Investment (Utländska direktinvesteringar)
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FSR	Foreign Subsidies Regulation (Förordningen om utländska subventioner)
GATS	General Agreement on Trade in Services (Det allmänna tjänstehandelsavtalet)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Det allmänna tull- och handelsavtalet)
GBER	General Block Exemption Regulation (Den generella gruppundantagsförordningen)
MFN	Most Favoured Nation (Mest gynnade nation)
MPIA	Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (Det multilaterala interimistiska skiljedomarrangemanget för överklagande)
SCM	Subsidies and Countervailing Measures (Subventioner och kompensatoriska åtgärder)
WTO	World Trade Organization (Världshandelsorganisationen)

1 Tema och frågeställning

1.1 Inledning

Den Europeiska unionens (EU) inre marknad är en attraktiv handelsplats där företag från hela världen i ökande omfattning marknadsför sina produkter. Denna internationella konkurrens har potential för att sporra såväl internationella som europeiska företag till att innovera bättre, att producera varor av högre kvalitet till ett lägre pris, och därmed gynna både marknadsutveckling och konsumenters välfärd. Det finns emellertid även risker med att låta utomeuropeiska företag konkurrera på den inre marknaden eftersom dessa företag inte nödvändigtvis begränsas av samma regler som företag inom EU. Utomeuropeiska företag kan åtnjuta generösare miljöregler, skattelättnader, subventioner, eller till och med sysselsätta oavlönade tvångsarbetare. Inom ramarna för WTO¹ har EU och dess internationella handelspartners avtalat om vissa regler för att nå en sundare internationell konkurrens samt fastställt tillåtna motåtgärder vid bl.a. export av produkter till priser som understiger sina normala värden, men detta regelverk saknar i hög grad gemensamma regler för hur nationella interna statsstöd ska utformas. Konsekvensen av detta vakuum är att utländska stater, varav i synnerhet Kina och USA, har kunnat tillföra vissa nationella företag stora värden och gjort dessa konkurrenskraftigare än vad företagen sannolikt skulle ha åstadkommit av egen kraft.

Den inre marknaden drabbas negativt av de utländska statsstöden. Ett exempel på detta är att europeiska företag lider skada av att deras eget risktagande, exempelvis i samband med forskning och offentliga upphandlingar, kan få större konsekvenser när det saknas statsstöd att falla tillbaka på. Ett annat problem är att stater som exempelvis Kina ger omfattande ekonomiskt stöd på icke marknadsmässiga villkor till mer eller mindre statligt kontrollerade företag för att köpa stora europeiska företag och därmed säkra patent, expertis och framförallt viktiga data till skada för EU:s strategiska intressen. I förlängningen kan således utomeuropeiska stater, genom lagliga nationella interna subventioner och normalt prissatta exportprodukter och tjänster, likväl skada konkurrensen på den inre marknaden om regelvakuumet inte fylls. EU-kommissionen har nyligen fått ett nytt verktyg som avser att fylla just detta regelvakuum: Europaparlamentets och Rådets förordning 2022/2560 om utländska subventioner som snedvrider den inre marknaden (FSR). Tillämpningen av denna förordning på utomeuropeiska statsstödmottagande företag framstår emellertid som pro-

¹ World Trade Organization, Världshandelsorganisationen

blematisk utifrån internationell handelsrätt eftersom WTO-regelverket, som bygger på samförstånd, principiellt motsätter sig unilaterala åtgärder mot andra WTO-medlemmar och deras företag. Det är mot den bakgrunden som denna uppsats ska redogöra för vilka rättsliga förutsättningar som EU har för att medelst FSR neutralisera utomeuropeiska statsstöds konkurrenshämmande effekter på den inre marknaden.

1.2 Problemformulering och frågeställningar

EU:s statsstödsregler har sedan lång tid styrts medlemsstaternas möjligheter att bistå vissa nationella företag, och genom en återkravsfunktion påverkar reglerna även de mottagande europeiska företagen direkt. Det finns dock ingen folkrättslig möjlighet att, med stöd endast av lagstiftning på EU-nivå, angripa exempelvis den kinesiska eller amerikanska statens beslut att ge bistånd till företag. WTO-regelverket har tidigare utgjort ett forum för att lösa den sortens folkrättsliga tvister, men sedan 2019 har WTO:s rättsutveckling stannat av i samband med att USA effektivt har blockerat utnämningen av nya domare till WTO:s överprövningsorgan.² Eftersom WTO:s medlemsstater därmed förlorat en viktig folkrättslig väg för att driva tvister om vissa stödåtgärders lagenlighet så blir det angeläget att söka alternativa vägar framåt, exempelvis genom att angripa mottagaren för vissa stöd snarare än givaren.

FSR har sedan 12 januari 2024 nu trätt i full kraft och ger EU-kommissionen rätt att vidta åtgärder mot vissa företag vars statsstöd faktiskt eller potentiellt skadar konkurrensen på den inre marknaden. Förordningen utgör emellertid endast sekundärrätt och är enligt EU:s normhierarki underordnad unionens internationella avtal.³ För att framgångsrikt tillämpa FSR måste kommissionen därför beakta de gränser som framgår av WTO-regelverket liksom de hinder som unionens vedertagna rättsprinciper utgör.⁴ Tillämpningen blir följaktligen en fråga om en helhetsbedömning utifrån de regler och ändamål som framgår av EU-fördragen, EU-domstolens praxis, traktater, allmänna rättsprinciper och sekundärrätten. För att utreda rättsläget kommer därför följande delfrågor att användas:

-När är statsstöd till företag otillåtna inom ramarna för WTO-rätten och FSR?

-Hur får EU vidta kompensatoriska åtgärder mot utomeuropeiska statsstöd enligt WTO-rätten och EU-interna normer utöver FSR?

² *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement*, Geneva Trade Platform, https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/

³ *EU hierarchy of norms*, EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/eu-hierarchy-of-norms.html>

⁴ Jfr målet C-499/04 *Hans Werhof mot Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG.*, ECLI:EU:C:2006:168 paragraf 32.

-Är FSR:s regler förenliga med EU:s åtaganden inom WTO?

-Hur kan EU lösa det bakomliggande problemet med marknadsstörande statsstöd med ursprung utanför Europa?

1.3 Syfte

Världssamfundet har gemensamt uttalat det som sin politiska ambition att skapa en rättvis världshandel där företag ska konkurrera på lika villkor. Trots de internationella avtal och avancerade nationella konkurrenslagstiftningar som formulerats i syfte att uppnå det målet så fortsätter emellertid många stater att snedvrیدا konkurrensen på vissa marknader. Syftet med denna uppsats är att visa på brister med den nuvarande folkrättsliga lösningen avseende nationella statsstöd utanför EU, men även att visa problemen med den unilaterala lösning som EU har skapat genom FSR samt att visa behovet av en ny folkrättslig lösning snarare än unionsrättslig för att skydda utomeuropeiska staters och internationella aktörers befogade förväntningar.

1.4 Metod och material

Frågan om lagligheten av utomeuropeiska staters bistånd till företag som agerar på den inre marknaden berör såväl unionsrättsliga som folkrättsliga aspekter, varför metoden kommer att omfatta komparativa element. Den rättsdogmatiska metoden, juristens huvudsakliga verktyg, är i regel den lämpligaste metoden för att nå en tydlig slutsats om vad som är gällande rätt utifrån en jämförelse mellan olika rättskällor som organiseras efter sina respektive digniteter. Inom svensk rätt är detta ofta relativt opproblemiskt eftersom normhierarkin är mycket tydlig: lagen har högst dignitet, därefter följer lagens förarbeten och domstolspraxis som förtydligar hur lagen ska tillämpas, och slutligen rättsvetenskapsmännens doktrin som försöker påverka rätten underifrån. Ur ett unionsrättsligt perspektiv räcker emellertid inte detta enkla upplägg: EU-rätten må göra anspråk på att följa en normhierarki, där EU-fördragen har högst dignitet följt av EU:s internationella avtal, allmänna rättsprinciper och sekundärrätten (förordningar och direktiv) i fallande ordning, men interaktionen mellan dessa rättskällor är mer komplex än i de svenska rättskällorna.⁵ EU-domstolen har varit tydlig med att gällande rätt måste utläsas från två fronter: dels utifrån principen om samstämmighet, dvs. att all unionsrätt (fördragen, internationella avtal, rättsprinciper och sekundärlagstiftning) är integrerad och ska förstås som en helhet⁶,

⁵ Reichel, J., *EU-rättslig metod*, i Nääv, M., och Zamboni, M., *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur AB, Lund 2021, sidorna 122 och 134.

⁶ Jfr bl.a. målet C-98/91, ECLI:EU:C:1994:24 paragraf 9

dels utifrån en samtidig tillämpning av den lexikaliska, systematiska och teleologiska tolkningsmetoden.⁷ I den del som EU-rätten influeras av WTO blir det även nödvändigt att tolka de relevanta rättskällorna, dvs. WTO-avtalen och de avgöranden som meddelats av WTO:s tvistelösningsorgan (DSB), genom relevanta bestämmelser i Wienkonventionen om traktaträtten. En korrekt tillämpning av den rättsdogmatiska metoden i ett unionsrättsligt perspektiv förutsätter därför inte bara att analysen utgår ifrån de vedertagna rättskällorna, men även att dessa rättskällor sätts i ett brett perspektiv. Det är min ambition att göra detta breda perspektiv rättvisa, men det ligger i sakens natur att en rättsordning med en hög grad av komplexa interaktioner också medför en risk för att någon relevant aspekt av pusslet förbises i sammanställningen. Att förordning 2022/2560 i praktiken vunnit full kraft först i januari i år innebär likaså att uttalanden om dess styrkor och svagheter sker med en viss osäkerhet eftersom EU-domstolen inte har hunnit utveckla en tillhörande praxis ännu.

Materialet för uppsatsen kommer främst att bestå av WTO-traktater, praxis från WTO:s paneler och överprövningsorgan, EU-fördragen, EU:s handelskyddsförordningar, förordning 2022/2560 om utländska statsstöd, principen om skydd för befogade förväntningar samt EU-domstolens praxis. Därutöver kommer hänvisningar att ske löpande till rättsvetenskapliga artiklar och litteratur från rättsvetenskapsmän som domaren Kelyn Bacon, professor Ramses Wessel, Dr. Joris Larik, professor Csongor István Nagy, professor Michael Fakhri, och advokaterna Victor Crochet och Marcus Gustafsson.

Gällande WTO:s roll som rättskälla kommer det, förutom hänvisningar till relevanta internationella avtal, bli nödvändigt att beakta den praxis som dess tvistelösningsorgan har producerat under perioden 1995-2019. Denna praxis är inte prejudicerande i strikt mening men anses ge upphov till befogade förväntningar om hur avtalen ska tolkas och om hur liknande rättsfrågor bör behandlas. Därtill kommer uppsatsen att behandla USA:s blockering av domarutnämningar till WTO:s överprövningsorgan (engelska: Appellate body) och hur WTO-rätten påverkas av denna blockering. Blockeringen har sedan december 2019 inneburit att organet saknar det minsta antalet domare som krävs för att ha formell behörighet att avgöra mål, vilket hindrar dess fortsatta rättsutveckling. Även tidsaspekten kommer att diskuteras i uppsatsen för att undersöka relationen mellan detta stopp i 2019 och tillkomsten av förordning 2022/2560.

När gällande rätt sedan har fastställts, genom granskning och analys av interaktionerna mellan rättskällorna som angivits ovan, följer en utvärdering av regelverket i förhållande till de tillhörande målen som uttalats av EU och WTO.

1.5 Avgränsningar

Kärnan i denna uppsats är hur unionsrätten kan skydda den inre marknaden från otillbörlig påverkan som uppstår till följd av utomeuropeiska statsstöd.

⁷ Se bl. a. målet C-162/91, ECLI:EU:C:1992:392 paragraf 11

Medlemsstaternas nationella regelverk som bygger på unionsrätten kommer därmed inte att behandlas eftersom dessa inte utgör unionsrätt i sig: tvärtom förutsätts de harmoniera med unionsrätten.

Uppsatsen kommer inte heller att behandla de många frihandelsavtalen mellan EU och tredjeländer. Dessa frihandelsavtal möjliggör för parterna att nå särskilda överenskommelser om tillåtligheten av statsstöd och hur tvistelösning ska gå till, och utgör visserligen också unionsrätt i frågor som endast berör de individuella parterna, men den intressanta rättsfrågan i uppsatsen är vad som gäller när parterna inte har ingått individuella avtal som går utöver de breda multilaterala WTO-traktaterna. EU saknar frihandelsavtal med många av världens största ekonomier, bl.a. USA, Indien och Kina, och det är i detta sammanhang som statsstödsreglerna är som mest intressanta.

Slutligen kommer de särskilda statsstödsreglerna i WTO och EU som avser fiske och jordbruk att utelämnas eftersom dessa branschspecifika regler inte påverkar den generella tillåtligheten av statsstöd och motåtgärder.

1.6 Disposition

Initialt kommer kapitel två att ge en historisk introduktion till subventioners potentiella skadliga effekter utanför givarlandet samt utvecklingen av handelskydd genom GATT, Tokyorundan och sedermera WTO. Därefter kommer kapitel tre att redogöra för de nödvändiga verktygen, fenomenen och koncept som är relevanta för att förstå resonemangen i resten av uppsatsen. Ambitionen är att läsaren senare och vid behov ska kunna bläddra tillbaka till kapitel tre, läsa om det stycke som behandlar det fenomen som läsaren blivit osäker på, och sedan fortsätta sin läsning utan att tappa tråden.

Kapitel 4 fortsätter sedan med en kort redogörelse för de huvudsakliga WTO-avtal som styr subventioner och kompensatoriska åtgärder i dagsläget, och utvecklar i det sammanhanget problemen med att lösa statsstödskonflikter denna väg. Kapitel 5 i sin tur problematiserar de juridiska förutsättningarna för tillämpningen av EU:s egna statsstödsregler i förhållande till utomeuropeiska företag. I kapitel 6 diskuteras potentiella konflikter i tillämpningen av FSR med avseende på företag som har tagit emot statsstöd av givarstater utanför EU. Kapitel 7 presenterar styrkor och svagheter med potentiella vägar framåt för att komma tillrätta med det hot som utomeuropeiska statsstöd innebär, och kapitel 8 presenterar slutligen en avslutande och sammanfattande analys.

2 Statsstödsreglernas ursprung och syfte

2.1 Om behovet av reglering internationellt

Under kolonialismens tidsperiod (åren 1500-1900 ca) blomstrade sockerindustrin i Västindien. De karibiska öarnas klimat var gynnsamt för rörsockerodling och det färdiga rörsockret såldes huvudsakligen till Europa i allmänhet och England i synnerhet. Från 1870-talet började emellertid vissa europeiska stater, främst Tyskland och Österrike-Ungern, destabilisera sockermarknaden genom att exportera subventionerat betsocker, ibland till priser som understeg produktionskostnaden. Som ett resultat av de centraleuropeiska exportsubventionerna sjönk priset på socker i Europa under perioden 1872-1885 med förödande konsekvenser för den Västindiska sockernäringen som varken kunde tillgodogöra sig egna statsstöd eller konkurrera i pris med det subventionerade betsockret.⁸ Ett flertal karibiska öars ekonomi var beroende av sockerindustrin, och de minskande sockerintäkterna ledde till sänkta löner för den arbetande befolkningen med omfattande oroligheter i regionen som följd.⁹ Den västindiska sockerindustrins kollaps är ett tidigt, konkret och välkänt exempel på hur statsstöd i en viss region kan medföra stora skador för andra regioner, och den gav upphov till Brysselkonventionen av år 1902 som syftade till att begränsa användningen av sockersubventioner. Enligt professor Michael Fakhri vid Oregons universitet anses Brysselkonventionen vara världens första multilaterala handelsinstitution.¹⁰

I samband med utvecklingen av det Allmänna tull- och handelsavtalet (GATT), med den internationella målsättningen att skapa en gränsöverskridande handel utan handelshinder, blev det därför nödvändigt att även införa vissa skyddsmekanismer som kan motverka kollapsar av inhemska marknader av sådant slag som den i Västindien under den senare delen av 1800-talet. Samtidigt var det viktigt att nå en kompromiss som var förmånlig både för industrialiserade länder och för utvecklingsländer, och förmånlig både för ekonomiska stormakter och för mindre stater, för att nå en så bred uppslutning som möjligt. Att i princip förbjuda allt statsstöd skulle eventuellt tilltala vissa utvecklingsländer, men i framförallt USA och Europa fanns det starka intressen att bevara möjligheten att betala ut stöd till vissa verksamheter för att exempelvis för-

⁸ Fakhri, M., *Sugar*, i Hohmann, J., och Joyce, D., *International Law's Objects*, Oxford University Press, 2018, sida 481.

⁹ Fakhri, M., *The institutionalisation of free trade and empire: a study of the 1902 Brussels convention*, London Review of International Law, Volume 2, första upplagan, 2014, sidorna 49-50.

¹⁰ Ibid

hindra arbetslöshet och stimulera tillväxt i vissa provinser, ligga i den teknologiska utvecklingens framkant, eller för att stärka egna industriernas marknadskraft. När GATT trädde i kraft 1948 innehöll avtalet inga konkreta förbud och sanktioner mot statsstöd och inte heller institut för att ta ställning till deras legalitet, i hög grad pga. att det ansågs främmande och riskabelt att tillåta någon tredjeman att bestämma över ett lands handelspolitik.¹¹ Följaktligen resulterade GATT-avtalet vid denna tid i att även sådana statsstöd som kan orsaka skada för andra länder, genom exempelvis så kallad dumpning¹², i princip skulle lösas genom förhandling och samförstånd. Detta kan utläsas ur GATT:s artikel XXIII där det beskrivs hur en stat, när dennas GATT-förmåner kränks av en annan stats potentiellt otillåtna åtgärder, först skulle föra en dialog med den andra staten och om detta inte löst problemet inom ”skälig tid” söka medling hos GATT-medlemsförsamlingen. Medlingen kunde sedan resultera i att den klagande staten bemyndigas att upphäva förmåner som beviljats den aktuella motparten, dvs. den klagande staten kunde t. ex. införa importkvoter på vissa varor som exporterades från motparten.

Tokyorundans subventionsregler var ett försök att på 1970-talet, före utformningen av Tvistlösningsöverenskommelsen (DSU, 1994) och Avtalet om Subventioner och Kompensatoriska Åtgärder (SCM-avtalet, 1995), skapa ett tydligare system avseende dumpningsreglerna i GATT. Av särskilt intresse i dessa förhandlingar var antidumpningstullar och andra dumpningsåtgärder i den internationella handeln med varor, och begrepp som ”exportsubventioner” definierades tydligare. Förhandlingarna ledde dock inte till några nya bindande regler för GATT-medlemmarna.¹³

Den så kallade Uruguayrundan som ledde till grundandet av WTO i 1995 innebar en förstärkning av GATT-avtalet genom tillkomsten av Antidumpningsavtalet¹⁴ och Skyddsåtgärdsavtalet¹⁵. Dessa två avtal fastställde vilka regler som ska gälla för att medlemsländerna ska få vidta omedelbara åtgärder mot dumpning och subventionerad import som skadar inhemsk industri. Uruguayrundan resulterade även i det Allmänna Tjänstehandelsavtalet (GATS-avtalet) vars målsättning var att öppna tjänstemarknader för samma rättvisa och gränsöverskridande handel som GATT inneburit för handeln i varor. Liberaliseringen av den internationella tjänstehandeln, däribland internationella investeringar, har gjort stora framsteg sedan GATS trädde i kraft, men det har visat sig vara svårare att nå en konsensus om hur statsstöd i tjänstesektorn skulle begränsas. Detta framgår av fotnoten i GATS artikel XV om att tjänstesubventions- och motåtgärdsreglerna ska utvecklas i senare dokument – något som dessvärre ännu inte har genomförts.

¹¹ Seth, T., *Tvistlösning i WTO – Om rättens betydelse i den internationella handelspolitiken*, Norstedts Tryckeri, 2020, sida 155.

¹² Dumpning innebär att en stat eller ett företag vid export säljer sin vara till förlustpris för att vinna marknadsandelar och skada konkurrenter, särskilt inhemsk industri, i försäljningslandet.

¹³ Seth, T., *WTO och den internationella handelsordningen*, Studentlitteratur, 2004, sida 266.

¹⁴ Överenskommelsen om implementering av artikel VI i GATT, 1994, Uruguayrundan.

¹⁵ Engelsk titel ”Agreement on Safeguards”.

SCM-avtalet, som liksom GATS-avtalet tillkom i samband med Uruguayrundan, är det sista av de allmänna WTO-avtalen som styr tillåtligheten av subventioner och kompensatoriska åtgärder. Eftersom Uruguayrundan inte kunde nå en konsensus om tjänstehandelssubventionsregler så är SCM-avtalet knutet endast till handeln i varor och GATT-avtalet. Eftersom den internationella handeln har genomgått stora förändringar sedan 1995, där produkthandeln numera ofta sker under nya former och där tjänster tar en allt större plats i världsekonomin, så är det problematiskt att WTO-regelverket i allmänhet och GATS i synnerhet inte har kompletterats med nya avtal. Det finns tydliga risker för att subventioner i vissa länder kan utnyttja regelvakuum i den moderna handeln och att detta återigen kan leda till skada utanför givarlandets gränser – precis som i Västindien för 130 år sedan.

2.2 Om behovet av reglering på den inre marknaden

Under 1980- och 1990-talen, när EU-medlemsstaterna ville förverkliga visionen om den gemensamma inre marknaden, blev det tydligt att vissa medlemsstater var bättre ekonomiskt rustade för att gynna egna industrier genom exempelvis subventioner. För att undvika en situation där exempelvis franska och tyska biltillverkare av sina egna stater ges massiva stöd, medan fattigare medlemsstater inte har möjlighet att ge stöd till egna biltillverkare och dessa därmed konkurreras ut från marknaden, kom man överens om att i princip inte tillåta statsstöd: på detta sätt kunde man skapa rättvisa på marknaden och låta företag konkurrera på lika villkor. Denna inställning sammanföll väl med inrättandet av WTO i 1995. Idag råder emellertid andra förhållanden än de som rådde i slutet av 1900-talet. Det internationella handelsrättsliga systemet har förlorat sin domförhet samtidigt som företagen på den inre marknaden står inför komplicerade utländska hot. Från amerikanskt håll hotas den sunda konkurrensen av företag som Tesla, som till skillnad från europeiska biltillverkare kan tillgodogöra sig mångmiljardbelopp i bidrag från den amerikanska staten. Från kinesiskt håll utmanas den inre marknaden av statsägda och statsinfluerade företag som, genom väsentliga statsstöd, köper EU-baserade företag och tar över deras data, expertis och patent, för att sedan överföra den nya teknologin och datan till Kina.¹⁶

I den mån bidragen används för dumpning, marginalklämning¹⁷ eller andra former av konkurrensrättsstridiga beteenden kan EU-kommissionen redan i dagsläget agera mot dominanta företag med stöd av artikel 102 FEUF och utfärda höga böter, alternativt använda handelsskyddsåtgärder som utjämningstullar för att återställa den normala prissättningen på en viss marknad. När bidra-

¹⁶ McDonagh, N., *Protection or Protectionism? State-Driven Foreign Investment Risks and the EU's New Investment Screening Measures* (27 juni 2022), sid 9-11.

¹⁷ På engelska ”margin squeeze”. Marginalklämning, som påminner om dumpning, innebär att ett företag säljer varor eller tjänster med förlust i syfte att göra sig av med konkurrenter.

gen används för till exempelvis produktutveckling så definieras dock inte agerandet längre som ett missbruk, samtidigt som det kan snedvrider konkurrensen när statsstödslösa europeiska bolag tar en större risk när de bedriver sin forskning. Utan stöd tar ett företag en större risk i produktutvecklingen eftersom det kan bli svårt eller till och med omöjligt att återhämta sig efter ett misslyckande om konkurrentens ekonomiska övertag är för stort.¹⁸ Subventionerade tjänster kan skada konkurrensen vid offentliga upphandlingar. Utländska direktinvesteringar (FDI), dvs. när utomeuropeiska företag köper upp företag på den inre marknaden, snedvrider likaså konkurrensen när köparföretag ges miljardstöd för att förvärva bolag och ta över deras patent och data. Utmaningarna för framtiden är flera, och för att kunna uppnå målbilden om en konkurrens på lika villkor, där företag tar marknadsandelar genom innovation och effektivitet, och där EU-medlemsstaterna ska kunna avhålla sig från egna statsstöd som snedvrider den inre marknaden, krävs det tydliga regler som återställer *status quo* när utomeuropeiska intressen rubbar marknadsbalansen. Sådana regler finns delvis idag i form av EU:s förordningar avseende handelsskyddsåtgärder, men de är begränsade på så sätt att de endast är tillämpliga vid EU:s import av varor och endast i samband med att varorna hanteras vid gränsövergången, dvs. betalning av olika sorters tullar eller nekande av import. Subventioner vars skadliga verkningar inte kan kompenseras genom gränsåtgärder, exempelvis tjänstesubventioner (inklusive inom FDI) och subventioner som inte kan kopplas till en produkts försäljningspris, utgör således ett nytt problem som behöver lösas.

¹⁸ Jfr Kommissionsbeslutet COMP/M.2220 – General Electric/Honeywell, paragraf 108.

3 Definitioner av centrala begrepp

3.1 Definitionen av statsstöd inom unionsrätten

EU:s statsstödsregler bygger huvudsakligen på (nuvarande) artikel 107 FEUF och den rättspraxis som EU-domstolen har utvecklat utifrån denna. Artikelns syfte är att fastställa vilka former av statsstöd som är otillåtna, och uppställer i första punkten följande förbud:

”Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.”¹⁹

Det finns följaktligen fem centrala och kumulativa rekvisit som ska vara uppfyllda för att ett *otillåtet* statsstöd ska föreligga. Själva definitionen av vad ett statsstöd är kan utläsas ur rekvisiten ”ges av en medlemsstat” och ”gynnar vissa”, men statsstöd kan vara tillåtliga om de inte skadar konkurrens eller samhandel, eller om fördragen (FEU och FEUF) medger undantag för stödet ifråga. Det första rekvisitet, ”om inte annat föreskrivs”, ska inte utvecklas ytterligare i detta kapitel, däremot ska de övriga fyra rekvisiten förklaras nedan.

3.1.1 ”Ges av en medlemsstat”

Begreppet ”medlemsstat” ska tolkas i vid mening, dvs. rekvisitet omfattar stöd från myndigheter, kommuner, regioner, offentligt ägda företag och organisationer, etc.²⁰

3.1.2 Åtgärdsriteriet: innebörden av ”Stöd”

Med ordet ”stöd” avses i princip allt ekonomiskt gynnande. EU-domstolen fastslog redan 1961 i Steenkolenmjölen-avgörandet att ordet ”stöd” i praktiken

¹⁹ Artikel 107(1) FEUF, understrykningarna är mina.

²⁰ *Commission Notice on the notion of State aid as referred to in article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, C/2016/2946, punkt 39, samt T-358/94 *Air France v Commission*, ECLI:EU:T:1996:194, paragraf 62

omfattar alla åtgärder som medför budgetlättnader för mottagaren.²¹ Det spelar därmed i praktiken ingen roll huruvida företaget ifråga gynnas genom bidrag, riktade skattereduktioner, statliga investeringar i företaget, räntefria lån, skuldavskrivning, etc: den avgörande faktorn är huruvida mottagaren av stödet har blivit ekonomiskt starkare genom åtgärden.

3.1.3 Mottagarrekvisitet ”vissa”

Ordet ”vissa” (företag) i artikel 107(1) FEUF ger uttryck för selektivitetskriteriet och syftar till att avgränsa hur riktade statsstöd får vara för att vara tillåtliga. En låg bolagsskatt kan vara gynnsam för näringslivet, men så länge det är en objektiv och generell skattenivå som inte särbehandlar företagen så anses förmånlig skatt inte utgöra statsstöd. Om ett företag däremot ges unika skattelättnader på icke-objektiva grunder och således får konkurrensfördelar som övriga företag inte får ta del av så är selektivitetskriteriet uppfyllt.²² Likaså anses förstås de övriga stödformerna som räknades upp i 3.1.2, ex. subventioner och investeringar, uppfylla selektivitetskriteriet om och när stödet riktar sig till en begränsad mottagargrupp snarare än hela den relevanta marknaden.

3.1.4 Mottagarrekvisitet ”företag”

Med ”företag” åsyftas den individuella mottagarens juridiska och ekonomiska form. Den EU-rättsliga innebörden av ”företag” omfattar alla bolagsformer, organisationer, föreningar, fysiska personer och andra juridiska personer, som bedriver verksamhet av *ekonomisk art*.²³ EU-domstolen har förtydligat att ekonomisk art omfattar all verksamhet som sker på en konkurrensutsatt marknad, dvs. statsstödsreglerna gäller även för personer som inte är vinstdrivande om det finns konkurrenter som utför samma aktivitet i vinstsyfte.²⁴

3.2 Definitionen av en subvention enligt FSR

Precis som i artikel 107 i FEUF så uppställer även artikel 3 i FSR rekvisiten stöd, vissa och företag samt förtydliganden av rekvisitens innebörd. Skäl 9 och 16 i FSR:s ingress bekräftar därtill att definitionerna ska tolkas utifrån bl.a. artikel 107 i FEUF. Eftersom FSR tar sikte på statsstöd från stater som inte tillhör EU så har rekvisitet ”medlemsstat” ersatts med tredjeland, men i övrigt kan

²¹ Mål C-30/59 *Steenkolennijnen v. High authority of the European Coal and Steel Community*, ECLI:EU:C:1961:2, paragraf 19

²² Mål C-6/12 *P Oj*, ECLI:EU:C:2013:525, paragraf 27

²³ Mål C-41/90 *Höfner & Elser v Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161 paragraf 21

²⁴ Mål T-347/09 *Tyskland v Kommissionen*, EU:T:2013:418, paragraf 48

statsstöd och subventioner förstås på i princip samma sätt. Om något av de uppställda rekvisiten brister så är FSR inte tillämplig i en viss fråga, dvs. om stödet inte är gynnande, eller om stödet inte är selektivt, eller om stödet ges till en icke-ekonomisk verksamhet, eller om stödet är selektivt, gynnande och ges till ett företag men inte kan härledas till en statlig givare.

3.3 Världshandelsorganisationens subventionsdefinition

Världshandelsorganisationen reglerar vissa statsstöd genom fyra internationella överenskommelser: GATT, GATS, Tokyo-mötets subventionsregler och Avtalet om Subventioner och Kompensatoriska Åtgärder (SCM-avtalet). Såväl inom GATT som inom ramarna för WTO:s övriga traktater används genomgående termen ”subventioner” för att markera klandervärt agerande snarare än ”statsstöd” eftersom det, åtminstone ursprungligen, främst varit prisrubbningar som medlemmarna sökt begränsa. De fyra avtalen beskrivs härnäst i korthet tillsammans med tidsangivelser för när respektive avtal blev klart.

GATT-avtalet, som reglerar den internationella handeln med varor, ingår liksom de övriga avtalen nedan i WTO-avtalet sedan WTO:s tillkomst 1995. I artikel XVI anges att export- eller importsubventioner, som ges i syfte att få inhemska köpare att välja bort importerade produkter eller få säljare att öka sin export, måste meddelas till medlemsförsamlingen i WTO för att övriga medlemmar ska kunna ta ställning till skäligheten i subventionen. Artikeln uttrycker kortfattat medlemmarnas gemensamma uppfattning att subventioner i princip är skadliga och bör undvikas, men GATT i sig utvecklar inte definitionen av vad en subvention är och ställer inte heller upp något konkret förbud mot subventioner.

Tokyo-mötets subventionsregler (1979) förtydligar de tre GATT-artiklar (VI, XVI, XXIII) som behandlar subventioner och motåtgärder. Genom artikel 9 i Tokyo-reglerna fastställs ett förbud för exportsubventioner, med undantag för vissa primärprodukter som regleras genom artikel 10. Ett ytterligare undantag är utvecklingsländer som enligt artikel 14 får använda exportsubventioner under förutsättning att de inte orsakar skada för en annan WTO-medlem, men den klagande WTO-medlemmen bär i sådana fall bevisbördan för att utvecklingslandet ifråga har orsakat skada. För att förtydliga vad som utgör en exportsubvention innehåller Tokyo-reglerna ett annex med en icke uttömmande lista över typiska exportsubventioner som principiellt ska anses vara förbjudna. Utöver exportsubventioner anges i artikel 11 att övriga subventioner presumeras vara tillåtna så länge inte ett annat medlemsland visar att den har orsakat skada.

GATS, som reglerar den internationella handeln med tjänster, är som tidigare nämnt bristfälligt avseende frågan om subventioner och kompensatoriska åtgärder. Artikel XV med rubriken ”Subventioner” hänvisar till kommande förhandlingar där subventionsfrågan ska diskuteras ytterligare, och under tiden får WTO-medlemmarna enligt punkt 2 söka samförståndslösningar på skador som uppstår till följd av tjänstesubventioner.

3.4 Mest gynnade nation

WTO-medlemmarna har genom artikel I.1 i GATT-avtalet och artikel II i GATS-avtalet förbundit sig att ge varje annan medlemsstats import/export-produkter samma ”förmåner, stöd, privilegier och/eller immuniteter” som de övriga medlemmarna åtnjuter. Denna princip, som kallas ”Mest gynnade nation” (MFN) ger uttryck för ett grundläggande diskrimineringsförbud: WTO-medlemmarna ska i princip inte särbehandla företag från vissa medlemsländer. Enligt principen om mest gynnade nation (MFN) ska konkurrens på lika villkor säkerställas genom att exempelvis EU måste använda samma tullsats för import av cyklar från USA som för importerade cyklar från Kanada. Principen får enligt punkterna 4 och 5 i artikel XXIV frångås genom frihandelsavtal, vars förmåner inte behöver ges till medlemmar som står utanför frihandelsavtalet. Överprövningsorganet har i sitt avgörande AB-1997-3 fastställt att detta förbud gäller både formell och faktisk diskriminering, därmed omfattar förbudet nationella regler som kan framstå som likabehandlande men i praktiken leder till diskriminering.²⁵ Även om företag inte nämns i regelverket så är det i praktiken dessa som står för majoriteten av världens import och export, och ett handels hinder som diskriminerar en WTO-medlems företag istället för produkter omfattas därför av det principiella diskrimineringsförbudet även om dess varor/tjänster i sig formellt inte berörts genom handelshindret.

3.5 Nationell behandling

Med undantag för tullar och gränskontroller så ska utländska varor och tjänster, i samband med att de når marknaden i ett WTO-medlemsland, behandlas lika väl och ges samma förmåner som inhemska produkter och tjänster. Liksom principen om MFN återfinns även denna princip som en hörnsten i både GATT och GATS, specifikt i GATT:s artikel III och GATS artikel XVII.

3.6 Kvantitativa restriktioner

I artikel XI i GATT har WTO-medlemmarna principiellt förbundit sig att avhålla sig från att införa eller upprätthålla förbud eller kvantitativa begränsningar, förutom tullar, skatter och licensavgifter, avseende hur mycket av en viss sorts produkt som får importeras eller exporteras till eller från ett visst medlemsland. Medlemslandet Kanada får t.ex. därför i princip inte begränsa import av bananer från Costa Rica till högst 20 ton per år, men får ta ut avgifter för skatter.

²⁵ WTO, *EC – Bananas III – Report of the Appellate Body*, 9 september 1997, WT/DS27/AB/R, paragraf 234.

4 Statsstöd och motåtgärder inom WTO

4.1 GATT-avtalet

GATT-avtalets begränsning av statsstöd ligger enligt artikel XVI i exportsubventioner och sådana som syftar till att minska import till det egna landet. Export- och importsubventioner anses enligt artikel XVI(4) vara principiellt otillåtna, förutom i det undantagsfall som artikeln anger i punkt 3 gällande när ett medlemsland använder exportsubventioner för primärprodukter²⁶ i syfte att säkra en internationell marknadsandel som motsvarar medlemslandets beskärda del i förhållande till övriga WTO-medlemmar. Övriga nationella subventioner presumeras vara tillåtna, men kan utmanas i DSB med stöd av artikel XXIII i GATT om den sökande WTO-medlemmen kan visa att subventionen orsakar skada.

4.2 SCM-avtalet

SCM-avtalet bygger vidare på GATT-avtalet och reglerar slutligt vad som anses utgöra en subvention inom WTO-rätten samt vilka subventioner som ska anses vara otillåtna samt tillåtna men sanktionsbara. Artikel 1.1 börjar med att definiera subventioner genom alternativa rekvisit som liknar rekvisiten i EU-rätten. En subvention anses föreligga när staten, i vid mening, bistår med en ekonomisk nytta genom att endera:

- 1) Faktiskt eller potentiellt överföra pengar. Med faktiskt menas exempelvis bidrag eller lån, och med potentiellt menas exempelvis när staten utfärdar lånegarantier.
- 2) Staten avskriver, eller undviker att driva in, skulder.
- 3) Staten bistår ett företag med varor eller tjänster utöver generell infrastruktur, eller köper företagets varor.
- 4) Staten ger ett privaträttsligt subjekt i uppdrag att överföra värden från statliga medel på ett sätt som beskrivs ovan.
- 5) Staten, oavsett hur, ger inkomst- eller prisstöd som resulterar i ökad export eller minskad import av en viss produkt.

²⁶ Med primärprodukter avses produkter från naturen och jorden som inte har bearbetats, t.ex. råolja, kaffeböner, järnmalm, oslipade diamanter etc.

Om något av de alternativa rekvisiten ovan är uppfyllt så blir nästa steg enligt artikel 1.2 att bedöma huruvida subventionen är selektiv. Om subventionen *inte* är selektiv så kan den inte betraktas som *per se* otillåten i artikel 3 (förutom i det femte typfallet gällande exportsubventioner eller importhindrande, som alltid är otillåtna). Selektivitet bedöms föreligga om endast ett visst eller vissa företag har möjlighet att ta del av stödet, likaså om den metod som givarstaten tillämpar för att bevilja subventionen visar på favorisering av vissa bolag.

Utöver förbjudna statsstöd fastställer SCM-avtalet i artikel 5 vilka statsstöd som ska anses vara i och för sig tillåtna men angripbara (engelska "actionable"). Till denna kategori hör statsstöd inte omfattas av förbudet i artikel 3, dvs. statsstöd som inte är selektiva eller fokuserade på att öka export/minska import, men som likväl orsakar skada för andra WTO-medlemmars marknader eller (i allvarlig omfattning) nationella intressen.

Statsstöd som inte omfattas av beskrivningarna av otillåtna och angripbara definierades ursprungligen också i SCM-avtalet i artikel 8, denna artikel har emellertid upphört att gälla och därmed definieras endast otillåtna och angripbara numera.²⁷ Under artikelns giltighetstid fanns det en presumtion för att vissa sorters stöd, exempelvis forskningsbidrag, bidrag för regional utveckling, eller klimatomställningsbidrag, var tillåtna även om de var selektiva.²⁸ Det var fortfarande möjligt för medlemsländer att söka medling och väcka talan med anledning av skada som orsakades av ett sådant icke-angripbart statsstöd, men den sökande hade i fråga om denna kategori ett svårare beviskrav och strängare bedömning framför sig jämfört med en talan pga. skada i samband med angripbara eller otillåtna subventioner. Detta undantag har nu upphört och selektiva statsstöd är numera endast tillåtna om de inte leder till skada för andra länders marknader.

4.3 Tvistelösning inom WTO – Teori och verklighet

Tvister mellan WTO-medlemmarna som berör WTO-regelverket ska hanteras enligt regler som fastställts i DSU-avtalet.²⁹ Enligt artikel 4 i DSU-avtalet ska medlemmarna i första hand försöka nå en samförståndslösning, och om en samförståndslösning inte har nåtts inom senast 60 dagar från att den sökande framställt sin begäran till svarandeparten så kan den sökande ansöka om att få sitt ärende prövat av en WTO-panel. Tvistelösningssystemet (DSB) ska sedan enligt artikel 6 i DSU pröva om det finns skäl att tillsätta en panel för att pröva tvistefrågan. Tvistelösningssystemet som regleras genom DSU är obligatoriskt och bindande för alla WTO-medlemmar, det är inte möjligt för en svarande

²⁷ Subsidies and countervailing measures overview, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/subs_e.htm

²⁸ Rubini, L., The International Context of EC State Aid Law and Policy: The Regulation of Subsidies in the WTO, januari 2004, sida 185-186.

²⁹ Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes.

part att avböja att delta i en process som en annan sökande inleder.³⁰ DSB har själv ensam behörighet att tillsätta paneler enligt artikel 2.1 samt att avgöra mål efter panelernas och överprövningsorganets rapporter. Vid prövningen i panelen eller överprövningsorganet har den klagande parten en initial bevisbörda för att den svarande har brutit mot sina WTO-rättsliga åtaganden, och det är först när en sådan *prima facie*-bevisning har presterats som panelen eller överprövningsorganet har befogenhet att pröva tillåtligheten av den omtvistade åtgärden. I samband med att den klagande parten presenterar sin *prima facie*-bevisning, som ska bestå av både bevisning och juridisk argumentation som bygger på bevisningen, övergår bevisbördan på den svarande parten som måste vederlägga den klagandes bevisning.

När en panel har avgett sin rapport har parterna i målet rätt enligt artikel 16.4 att överklaga panelens bedömning till överprövningsorganet innan DSB avgör målet i sak. Överprövningsorganet ska sedan enligt artikel 17.6 yttra sig om de juridiska bedömningar som panelen har gjort och eventuellt komma med förslag till ändringar inför DSB:s avgörande. Om DSB beslutar att den förlorande parten måste ändra sitt beteende (ex. upphöra med en viss subvention) ges parten viss tid för att vidta den nödvändiga ändringen, och om ändringen inte genomförs sker en förhandling gällande kompensation eller slutligen att DSB beviljar den vinnande parten att vidta repressalier, vanligen i form av särskilda tullar eller importkvoter.³¹ DSB:s avgöranden har inte prejudicerande effekt (även om överprövningsorganet har uttryckt att DSB:s avgöranden ger upphov till befogade förväntningar i framtida tvister av liknande natur)³² utan binder endast parterna och endast i den aktuella tvistefrågan.³³

I samband med att USA sedan 2019 har blockerat nya utnämningar till överprövningsorganet har den absoluta rätten att överklaga panelbedömningar lett till att DSB numera endast får avgöra mål där ingen av parterna vill överklaga panelens bedömning. En WTO-medlem som i och för sig bryter mot WTO-reglerna kan således, genom att överklaga till överprövningsorganets tomma stolar, i praktiken skjuta upp ett avgörande för all framtid liksom de konsekvenser som avgörandet skulle innebära för den förlorande parten. Denna möjlighet har även utnyttjats flitigt: drygt två år senare hade alla utom en förlorande part överklagat de panelbeslut som gått dem emot, och allt färre WTO-medlemmar gör sig längre besväret att ansöka om prövningar genom DSB.³⁴ WTO-rättsakterna är förstås allttjämt gällande och bindande för alla medlemsländer

³⁰ *Introduction to the WTO dispute settlement system*, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c1s3p3_e.htm#fnt2

³¹ Ett detaljerat schema över handläggningen finns att läsa på *The panel process*, WTO, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/dispu2_e.htm

³² WTO – *Japan – Alcoholic Beverages II* - Report of the Appellate Body, 4 oktober 1996, WT/DS11/AB/R, sida 14.

³³ *Legal effect of panel and appellate body reports and DSB recommendations and rulings*, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c7s2p1_e.htm

³⁴ Petersmann, Ernst-Ulrich, *The UN Sustainable Development Agenda and Rule of Law: How to Limit Global Governance Failures and Geopolitical Rivalries?* (2021). EUI Department of Law Research Paper No. 2021/10, sida 18.

även om tillgången till en prövning och därigenom materiell rättvisa är reducerad.

4.4 Hur motåtgärder får genomföras

Den grundläggande tanken bakom världshandelsorganisationen och dess system är att handeln mellan medlemmarna ska främjas och att handelshinder till sin natur är att betrakta som någonting negativt. För att en WTO-medlem ska kunna göra avsteg från de skyldigheter som har avtalats krävs i regel ett beslut av DSB i varje enskilt fall,³⁵ vilket först blir aktuellt efter dialog, ansökan om medling, panelbedömning, ev. överprövning, avgörande i sak av DSB, och först efter att den förlorande parten underlåtit att kompensera sökanden eller rätta sig efter avgörandet kommer det särskilda beslutet om motåtgärder.³⁶ Unilaterala handelshindrande åtgärder av ett medlemsland utan ett föregående medgivande av DSB har endast rättsligt stöd i tre särskilda undantagsituationer:

1: WTO-medlemmen får med stöd av artikel VI i GATT och Antidumpningsavtalet upprätta antidumpningstullar för att förhindra att utländska företags onormalt lågt prissatta produkter skadar inhemska producenter av liknande varor.

2: Medlemmen har även möjlighet att, med stöd av artikel VI i GATT, införa utjämningstullar för att neutralisera den fördel som ett företag har mottagit genom subventioner i exportlandet. Om det normala priset för en viss produkt skulle ha varit 80% högre kan då en utjämningstull för resterande 80% läggas på den importerade varan så att både den utländska subventionerade produkten och den inhemska normalt prissatta produkten säljs till ungefär samma pris, vilket undanröjer subventionens skadliga effekt.

3: Slutligen har medlemmen en möjlighet att, med stöd av GATT:s artikel XIX och Skyddsåtgärdsavtalet, införa kvantitativa restriktioner som importkvoter eller utjämningstullar för att skydda den inhemska industrin under en kort period även om det varken finns bevis för dumpning eller subventioner. Sådana skyddsåtgärder tar sikte på situationer där en eller flera branscher av medlemslandets näringsliv plötsligt och oförutsett överväldigas av en tillströmning av en viss produkt och där denna tillströmning riskerar att allvarligt skada den inhemska produktionen av liknande eller konkurrerande produkter, och en skyddsåtgärd ska inte begränsa införseln av en vara till en lägre kvot av vad som förts in i landet under föregående år. En konsekvens av, eller snarare poängen med, restriktiviteten i förhållande till unilaterala åtgärder utan DSB:s godkännande är att medlemsländerna ska förmås att lösa konflikter i samförstånd och avhålla sig från att stifta diskriminerande lagar eller att tillämpa lagar på diskriminerande vis.

³⁵ Jfr bl.a. artiklar 2(1) och 5(1) i Tokyorundans subventionsregler.

³⁶ *The process – Stages in a typical WTO dispute settlement case*, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c6s10p1_e.htm

4.5 MPIA-avtalet

Med anledning av att överprövningsorganet i WTO inte längre är domfört så har en liten grupp, bestående av EU och 22 andra av de 164 fullvärdiga WTO-medlemmarna, upprättat det Multilaterala interimistiska skiljedomarrangemanget för överklagande (MPIA). Till skillnad från det ordinarie tvistelösningsförfarandet som regleras genom DSU så sker MPIA-skiljeförfarandet utanför DSB. MPIA-skiljeförfarandet är dessutom en helt frivillig process och båda parter i tvisten måste, i samband med att DSB bekräftar tillsättandet av en panel för att behandla tvisten, meddela sin intention till DSB om att den aktuella tvisten ska lösas genom detta forum. Ett medlemskap i MPIA innebär med andra ord inte en förpliktelse, utan bara en möjlighet för parterna att välja skiljeförfarandet när båda parterna är överens. När en tvist har avgjorts genom skiljeförfarandet och i enlighet med artikel 25 i DSU ges skiljedomen rättsverknningar på samma sätt som ett DSB-avgörande. DSB kan således följa upp och säkerställa efterlevnaden av en skiljedom och i kraft av skiljedomen besluta om kompensation eller bevilja kompensatoriska åtgärder.

5 Tillämpningen av EU:s egna statsstödsregler

5.1 Artikel 108 i funktionsfördraget

Vid en första anblick kan artiklarna 107 och 108 FEUF framstå som perifera i förhållande till statsstöd som utbetalas av icke-medlemsstater, särskilt utifrån artikel 107:s ordalydelse som endast binder EU:s medlemsstater. EU:s förordning om utländska subventioner (FSR) måste emellertid ändå förstås utifrån dessa artiklar och dess tillhörande domstolspraxis av åtminstone två skäl. För det första gör unionsrätten anspråk på att vara systematiskt sammanhängande, så juridiska begrepp och koncept bör i största möjliga omfattning ha samma innebörd både i en medlemsstatskontext och i en icke-medlemsstatskontext. För det andra är det viktigt att se skillnaderna mellan de strikt unionsinterna reglerna och FSR eftersom formerna för en eventuell särbehandling kan innebära ett missgynnande för företag antingen inom eller utanför EU. En hårdare statsstödpolicy för medlemsstater vore detsamma som att ge utomeuropeiska företag konkurrensfördelar på den inre marknaden, vilket vore ett misslyckande för FSR i att skydda politiska intressen: motsatsvis skulle en hårdare policy för utomeuropeiska företag strida mot GATT- och GATS-bestämmelserna om mest gynnade nation eller nationell behandling, eftersom de utomeuropeiska företagen då i praktiken skulle diskrimineras på tveksamma grunder. Det har även framhållits av EU-kommissionen att syftet med FSR är just att skapa en rättvis spelplan för alla aktörer på den inre marknaden, vilket återigen talar för att både funktionsfördragets statsstödsregler och FSR ska uppnå samma effekt.³⁷

Enligt artikel 108 FEUF ansvarar kommissionen för översynen av statsstöd som medlemsstater ger till företag på den inre marknaden, och de huvudsakliga processuella reglerna för detta återfinns i förordningen (EU) 2015/1589 om genomförandebestämmelser för artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. När en EU-medlemsstat vill ge statsstöd till företag ska, om det aktuella stödet inte är undantaget enligt särskilda regler, medlemsstaten anmäla det planerade stödet till kommissionen med stöd av förordningens artikel 2, varvid kommissionen gör en bedömning av stödet utifrån risken för skada för konkurrensen på den inre marknaden samt enligt principerna i artikel 107 som redogjorts för i kapitel 3.1. Medlemsstaten ska efter anmälan avvakta kommissionens godkännande innan stödet beviljas till företagen. Om stöd likväl har

³⁷ *Foreign Subsidies Regulation*, EU-kommissionen, https://competition-policy.ec.europa.eu/foreign-subsidies-regulation_en?prefLang=sv

getts till företag utan att ett relevant undantag är tillämpligt och i strid med kommissionens vilja så kan kommissionen med stöd av artikel 13 i förordningen förelägga medlemsstaten att upphöra med den stödjande åtgärden och, med stöd av artikel 16 i förordningen, återkräva det värde som har betalats ut till företagen. En förutsättning för återkravet är emellertid enligt artikel 16(1) i förordningen att detta inte skulle stå i strid med ”en allmän princip i unionsrätten”, i första hand principen om befogade förväntningar. Kommissionen kan även med stöd av förordningens artiklar 7 och 8 begära upplysningar av företag och i vissa fall ålägga företag som ger oriktig eller vilseledande information att betala böter eller viten. Sådana böter och viten kan sedan, också med stöd av artikel 8 i förordningen (som ska läsas tillsammans med artikel 7(7)), överklagas till EU-domstolen.

För att säkerställa efterlevnaden av kommissionens beslut i statsstödsfrågor har kommissionen tillgång till vissa tvångsmedel. Artikel 27 i förordning 2015/1589 ger kommissionen rätt att utföra inspektioner hos företag och i samband med detta granska de affärshandlingar och lokaler som kommissionen bedömer vara av intresse samt hålla förhör på plats.

Två aspekter av de processuella statsstödsreglerna som nämnts ovan och som är värda att betona särskilt är att kommissionens motpart i handläggningen är en EU-medlemsstat samt att de bedömningar som kommissionen gör huvudsakligen är framåtblickande. I normalfallet medför statsstödsfrågor därmed ingen börda för företagen som presumptiva mottagare av stöd, eftersom de administrativa besvären huvudsakligen läggs på givaren (staten) och en sanktion endast blir aktuell när givarstaten har agerat på ett för företaget uppenbart otillåtet sätt.

5.2 Stöd av mindre betydelse

Om alla riktade bidrag eller andra gynnande åtgärder på kommunal, regional eller statlig nivå skulle kräva ett kommissionsbeslut, oavsett hur låga belopp som var ifråga, så skulle statsstödsreglerna lätt kunna ge upphov till oskäligen resultat. Kommissionen har därför i förordningen om stöd av mindre betydelse³⁸ angett ett generellt tröskelvärde å 200 000 EUR i artikel 3, ett värde som gäller för alla branscher utom vägtransportsföretag vars tröskelvärde istället är 100 000 EUR. Statsstöd som överskrider tröskelvärdet under en innevarande treårsperiod måste anmälas till och medges av kommissionen, men statsstöd som understiger värdet under treårsperioden anses enligt skäl 3 i ingressen inte kunna påverka samhandeln eller skada konkurrensen på den inre marknaden. Förordningen ska emellertid inte kunna tillämpas för exportsubventioner eller med villkor om att företag ska välja inhemska produkter istället för importe-

³⁸ Kommissionens förordning 1407/2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse.

rade, vilket framgår av förordningens skäl 9 och som bygger på unionens WTO-rättsliga åtaganden.

5.3 Den generella gruppundantagsförordningen

Huvudregeln för att EU-medlemsstaterna ska kunna bevilja statsstöd till företag på den inre marknaden är att beviljandet föregås av en anmälan till kommissionen, som i sin tur bedömer tillåtligheten av det planerade stödet. Kommissionens förordning (651/2014) genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget (GBER) utgör emellertid ett undantag från EU-medlemsstaternas skyldighet att anmäla statsstöd till kommissionen, genom att statsstöd som uppfyller förordningens kriterier presumeras vara tillåtna. Stöden måste fortfarande, enligt artikel 11(a), redovisas till kommissionen inom 20 arbetsdagar efter att stödet har trätt i kraft. Artikel 1 beskriver att förordningen tar sikte på stöd som ges till vissa branscher, mottagare, för vissa ändamål eller till vissa (i synnerhet perifera) regioner. I artikel 4 anges sedan de tröskelvärden som maximalt kan beviljas inom ramarna för gruppundantaget, vilket därefter åter begränsas till vissa procentsatser av företagens ersättningsgilla kostnader i de följande avsnitten.

5.4 EU:s förordningar om handelsskyddsåtgärder

5.4.1 Antidumpningsförordningen

Genom förordning 2016/1036 om skydd mot dumpad import från länder som inte är medlemmar i Europeiska unionen (antidumpningsförordningen) har EU fastställt transparenta implementeringsregler som motsvarar de rättigheter och skyldigheter som följer av GATT och Antidumpningsavtalet avseende kompensatoriska åtgärder vid dumpning. Förordningen förtydligar hur ett tänkt normalvärde för en produkt ska beräknas, hur den utredda dumpparpartens faktiska kostnader och eventuella vinst ska bedömas, och beaktar sedan skillnaden mellan normalvärdet och exportpriset samt eventuella andra faktorer som kan anses vara av intresse för att nå ett beslut om den eventuella förekomsten av dumpning på en viss marknad vid en viss tid. Om kommissionen i samband med en dumpningsutredning finner att ett företag utanför EU exporterar en produkt till priser som är lägre än vad produkten hade kunnat säljas för i exportlandet, samt att denna försäljning orsakar skada för inhemska konkurrenter, så anses en dumpning i regel föreligga enligt förordningens artikel 1. En sådan underprisförsäljning är inte nödvändigtvis ett resultat av statliga åtgärder i exportlandet, men kan i vissa fall vara ett resultat av exempelvis exportsubventioner som genom skattelättnader gör det mer förmånligt att sälja produkterna i

EU än exportlandet. Oberoende av om dumpningen har orsakats av statliga åtgärder, näringslivsintressen som försöker slå ut konkurrenter i EU, eller något tredje alternativ, så bemyndigar artikel 14 i antidumpningsförordningen kommissionen att införa antidumpningstullar på en nivå som återställer en rättvis konkurrens för de företag på den inre marknaden som producerar liknande produkter. Både antidumpningsavtalet och antidumpningsförordningen tillåter således att EU både för sig och som WTO-medlem vidtar unilaterala åtgärder för att motverka ett utländskt statsstöds skador vid dumpning utan att DSB först har godkänt detta.

5.4.2 Antisubventionsförordningen

Förordning 2016/1037 om skydd mot subventionerad import från länder som inte är medlemmar i Europeiska unionen (antisubventionsförordningen) är den andra av de fyra förordningar som fram tills införandet av FSR har utgjort EU:s handelsskyddssystem. Liksom antidumpningsförordningen bemyndigar anti-subventionsförordningen kommissionen att införa särskilda tullar, i detta fall så kallade utjämningstullar, för att väga upp för den nytta som den exporterande statens subventioner innebär för det mottagande företaget. Antisubventionsförordningen bygger precis som antidumpningsförordningen på GATT:s artikel VI men processen för dess tillämpning är annorlunda: istället för att kommissionen måste visa en försäljning av en viss produkt under ett normalvärde (dumpning) så måste kommissionen inom ramarna för antisubventionsförordningen visa att ett eller flera företag har tagit emot selektiva subventioner och att dessa subventioner orsakar skada på den inre marknaden. Import- och exportsubventioner anses enligt förordningens artikel 4(4 a) alltid vara selektiva. Även inom ramarna för denna förordning kan kommissionen vidta unilaterala åtgärder utan att detta föregås av ett godkännande av DSB.

5.4.3 Skyddsåtgärdsförordningarna

EU har två olika förordningar för att tillämpa skyddsåtgärder, dvs. för att snabbt införa importkvoter eller utjämningstullar när plötsliga och överväldigande mängder av en viss vara flödar in i EU och hotar att skada inhemsk industri. Den ena, förordning 2015/478, avser skyddsåtgärder när den avsändande staten är medlem i WTO, och den andra, förordning 2015/755, när den avsändande staten inte är medlem i WTO. Förordningarna bygger på Skyddsåtgärdsavtalet och är inte, till skillnad från antidumpningsförordningen och antisubventionsförordningen, beroende av att kommissionen kan visa ett klandervärt beteende hos någon part.³⁹ Skyddsåtgärdena behöver därmed endast rättfärdigas genom att hänvisa till risken för skada för den egna industrin, dock under

³⁹ Wessel, R A., Larik, J., *EU External Relations Law, Texts, Cases and Materials*, Hart Publishing, 2nd edition, 2020, sida 224.

förutsättning att relevanta regler beträffande varaktighet, likabehandling av utländska exportörer och mottagande av volymer motsvarande tidigare års import följs.

En skyddsåtgärdsförordning avseende tjänster finns inte, och WTO-rättsligt stöd för en sådan finns inte heller. Artikel X i GATS med rubriken ”skyddsåtgärder” nämner att skyddsåtgärder ska komma att regleras i ett framtida WTO-avtal, men medlemmarna har ännu inte lyckats nå en konsensus därom.

5.5 EU:s förordning om utländska subventioner

Nyheten med FSR i förhållande till EU:s förordningar om handelsskyddsåtgärder är att FSR inte är knuten till gränsförfaranden, dvs. importtullar och kvoter, och inte heller begränsad till handeln med varor. I förhållande till den praxis som utbildats ur artikel 107 FEUF är nyheten med FSR, som tidigare redogjorts för, att FSR syftar till att balansera den inre marknaden genom att angripa statsstöd med ursprung utanför EU. FSR agerar med andra ord internationellt, dvs. på samma arena som WTO-rätten, men kombinerar aspekter av både statsstödsrätten och handelsskyddsåtgärderna. FSR anger inte en uttömmande lista på de indirekta marknadsrubbingar som kan motivera störningsavgifter och andra förelägganden, men ger ett antal exempel på vilka stöd som kan vara marknadsrubbande i artikel 5.

Systematiken i FSR bygger på tre kategorier av åtgärder som är knutna till olika förhållanden. Kapitel 1 och 2 i FSR har generell tillämpning och ger kommissionen rätt att utreda ett företags eventuella mottagande av statsstöd samt att, när kommissionen anser att det är motiverat, förelägga företaget att vidta kompensande åtgärder för den konkurrensstörning som stödet orsakar. Enligt artikel 7(2) får företaget lämna förslag på vilka åtgärder som det vill erbjuda, men kommissionen avgör till sist vilka åtgärder som är tillräckliga och vad företaget måste göra för att kompensera för störningen. I princip berör dessa generella regler samtliga marknader, dvs. både för företag i varu- respektive tjänstesektorn. Kapitel 3 i FSR etablerar sedan särskilda regler för företagsförvärv, vilket innebär en anmälningsplikt och en särskild kommissionsgranskning när vissa tröskelvärden som anges i artikel 20 i FSR har uppfyllts. Slutligen avser kapitel 4 i FSR särskilda regler för deltagande i offentliga upphandlingar.

På samma sätt som i den interna EU-rättens statsstödsregler, såväl som i WTO-rättens subventionsregler som utvecklats i SCM-avtalet, ska FSR endast användas mot utomeuropeiska statsstöd i den mån endast ett visst eller vissa företag kan ta del av dem. Punkt 14 i ingressen till FSR beskriver att rekvisitet ”gynnar vissa” endast avser sådana situationer där selektivitetskriteriet är uppfyllt antingen formellt eller *de facto*. Vidare anger artikel 44(9) i FSR att tillämpningen inte ska ske i strid med EU:s skyldigheter enligt internationella avtal, och särskilt att ingen åtgärd med stöd av FSR ska utgöra en ”specifik motåtgärd mot en subvention”, som getts av en medlem i WTO, i enlighet med artikel 32.1 i SCM-avtalet. Likaså förutsätter EU:s normhierarki att FSR ska harmoniera med

WTO-regelverket och EU:s vedertagna rättsprinciper eftersom EU-rätten utgör ett sammanhängande normsystem, där sekundärrätten är underordnad och ska tolkas konformt med primärrätten, de internationella avtalen och rättsprinciperna.⁴⁰ Eftersom FSR är en ny förordning som ännu inte har lett till någon prövning av faktiska omständigheter så är det inte möjligt att visa dess praktiska tillämpning, men de teoretiska tillämpningsproblemen kommer att redogöras för i följande kapitel.

⁴⁰ Bernitz, U., & Kjellgren, A., *Europarättens Grunder*, Norstedts Juridik, sjätte upplagan, 2018, sidor 195-196

6 Problemen med att tillämpa den interna EU-rätten på utländska statsstöd

6.1 Principen om skydd för befogade förväntningar samt jurisdiktion

Principen om skydd för befogade förväntningar är en förvaltningsrättslig doktrin med engelskt ursprung som syftar till att skydda den som har tagit emot en förmån från en myndighet. EU-domstolen har i ett stort antal avgöranden fastställt att principen även gäller i unionsrätten. I statsstödssammanhang innebär principen att företag på den inre marknaden endast kan klandras för mottagande av statsstöd när stöden har varit otillåtna. EU-domstolen har exempelvis i målet C-5/89 fastställt att ett företag, som tagit emot statsstöd från en medlemsstat som agerat *ultra vires*, inte åtnjöt skydd enligt principen om skydd för befogade förväntningar och var tvungen att betala tillbaka stödet eftersom företaget utan större svårigheter hade kunnat inse att stödet stred mot unionsrätten.⁴¹

Om kommissionen med stöd av artikel 7(4) i FSR vill utfärda förelägganden mot ett företag som har tagit emot statsstöd från en utomeuropeisk stat, oaktat om den utomeuropeiska staten är medlem i WTO eller ej, väcker det frågan om företaget kan anses berättigat till skydd från EU-förvaltningens sanktioner eftersom den givande staten inte agerat *ultra vires*: till skillnad från EU-medlemsstaterna kan givarstaten knappast anses vara bunden av EU-intern rätt. Mottagarföretaget bör i någon mening kunna förlita sig på att dess givarstat, i den mån denna stat är ett suveränt folkrättsligt subjekt och inte inrättad under en federal struktur, hade rätt att bevilja de givna stöden, och alldeles oaktat är givarstatens eventuella statsstödsregler inte en fråga som EU-förvaltningen har kompetens att döma i. Även om EU vill göra gällande att givarstaten har brutit mot de statsstödsregler som följer av WTO-regelverket och i och för sig binder givarstaten så är DSB exklusivt forum för att avgöra den frågan, vilket innebär att EU-organen unilateralt inte kan avfärda företagens goda tro och skyddet som torde följa för dennes befogade förväntningar. Att inte erkänna principen om befogade förväntningar i mål som rör utomeuropeiska företag skulle i praktiken innebära att ett företag berövas ett skydd mot *ex post*-sanktioner som överhuvudtaget inte kan drabba EU-baserade företag, eftersom den interna statsstödsrätten tillämpas genom en *ex ante*-bedömning. EU-domstolen har dock ännu

⁴¹ Mål C-5/89, *Kommissionen v Tyskland*, ECLI:EU:C:1990:320, paragrafer 13-14

inte prövat något mål utifrån FSR så praxis avseende denna princip på utomeuropeiska statsstöd saknas.

6.2 Generella konflikter med WTO-regelverket

Under lagstiftningsprocessen som skulle komma att resultera i FSR presenterade EU-kommissionen sin syn på såväl den politiska bakgrunden och behovet av en ny förordning som dess relation till WTO-regelverket.⁴² Genom faktiska och konkreta exempel visar kommissionen att den kinesiska staten använt kinesiska företag under bulvanliknande former för att köpa aktiemajoriteter i företag som Pirelli och Vossloh Locomotives.⁴³ Kommissionen bekräftar i dokumentet att WTO-regelverket möjliggör för motåtgärder eller medlingsförfaranden avseende subventioner på varumarknader, men inte gällande statsstöd som avser tjänster, investeringar eller andra finansiella flöden. GATS förklaras vara i och för sig tillämpligt på de områden där behovet av nya verktyg är störst, dvs. tjänster och investeringar, men att GATS saknar regler för att vidta åtgärder mot utländska statsstöd. Kommissionen nämner varken MFN eller kravet på nationell behandling och problematiserar inte heller frågan om diskriminering förutom en kommentar i sektion 6.3 om att FSR ”bygger på samma principer som statsstödsrätten” och kommer att tillämpas på ett ”objektivt och icke-diskriminerande sätt” för alla företag på den inre marknaden oavsett vilket land som dess ägare är baserade i.

Kommissionens okritiska resonemang till trots så finns det vissa konflikter med WTO-regelverket, både gällande GATT, GATS och SCM-avtalet. Om och när EU-kommissionen har fastställt att ett marknadsstörande utomeuropeiskt statsstöd föreligger så blir nästa steg att bedöma vilken avhjälpningsåtgärd som kan bli aktuell utifrån artikel 7 i FSR. Samtliga avhjälpningsalternativ som står kommissionen till buds innebär i praktiken en mer eller mindre kraftig försämring av det utpekade företagets möjligheter att konkurrera på den inre marknaden, och att kommissionsåtgärden riktar sig mot företaget i sig istället för att angripa företagets varor eller tjänster ändrar inte kommissionsåtgärdens legala förutsättningar i WTO-systemet eftersom det är åtgärdens faktiska handelshindrande effekt som åsyftas med regeln, inte åtgärdens form.⁴⁴ Ett föreläggande till det statsstödmottagande företaget om att företaget måste dela sin forskning,

⁴² Commission Staff Working Document – *Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market*, SWD/2021/99 final, sektion 2, 5.1 och 6.1.

⁴³ Ibid, sektion 2.2.

⁴⁴ Jfr GATT:s artikel VI och Skyddsåtgärdsavtalet (Agreement on Safeguards) artikel 2 om motåtgärder: ordalydelsen kan ge skenet av att endast åtgärder riktade mot produkter omfattas, vilket även framfördes som argument i WTO-målet *US – Offset Act (Byrd Amendment)* – *Report of the Appellate Body*, den 16 januari 2003, WT/DS217/AB/R; WT/DS234/AB/R. Överprövningsorganet fastställde i målets paragraf 251 att alla åtgärder som riktas mot ett medlemslands statsstöd omfattas av restriktionen, även sådana som riktas mot företag eller som används indirekt.

minska sin kapacitet, avyttra en verksamhet, eller avstå från företagsförvärv eller offentliga upphandlingar är uppenbart ägnat att minska benägenheten hos en stat att ge och/eller hos företaget att ta emot statsstöd, och torde därför vid en prövning i en WTO-panel komma att jämföras med en åtgärd⁴⁵ mot ett annat medlemslands statsstöd, jämväl bedömas utgöra ett icke-tariffärt, förtäckt handelshinder som, om inte formellt, materiellt diskriminerar ett visst medlemslands företag i strid med MFN, nationell behandling-principen, och i vissa fall förbudet mot kvantitativa restriktioner i GATT:s artikel XI. Kommissionens påstående att FSR inte leder till diskriminering kan inte accepteras av framförallt sex skäl.

1: Målgrupp. Även om FSR formellt behandlar samtliga företag på den inre marknaden på samma sätt så är det uppenbart att de huvudsakliga mottagarna av utländska statsstöd är företag som härrör från det givande landet. Företag vars ägare kommer från exempelvis Tyskland *kan* också utredas med stöd av FSR om de tar emot kinesiska statsstöd, men detta torde höra till ovanligheterna. FSR:s målgrupp är därmed i praktiken utomeuropeiskt ägda företag. Till målgruppsproblematiken hör även skillnader mellan tröskelvärdena i de olika EU-regelverken. FSR:s tröskelvärde på fyra miljoner EUR är i och för sig högre än tröskelvärdet för statsstöd enligt förordningen om stöd av mindre betydelse vars tröskelvärde ligger på den blygsamma summan 200 000 EUR. Samtidigt öppnar den generella gruppundantagsförordningen i artikel 4 för stöd som vida överstiger presumtionsvärdet i FSR. Utifrån den uttalade ambitionen att säkerställa lika villkor så framstår det som att sådana statsstöd som i givarlandet motsvarar de stöd som medges genom gruppundantagsförordningen anses godtagbara. Risken torde emellertid vara stor för att andra WTO-medlemmars statsstödsprocesser har utformats annorlunda även när syftena sammanfaller med EU-reglernas syften, och att FSR potentiellt kan bli en statsstöds-motsvarighet till så kallade tekniska handelshinder, där företag indirekt diskrimineras för att inte leva upp till identiska standarder i förhållande till de inhemska.

2: Administrativa kostnader och merarbete. Statsstödsreglerna och den praxis som har härletts ur artikel 107 FEUF fungerar på ett annorlunda sätt än vad FSR gör. Statsstödsreglerna som bygger på artikel 107 FEUF riktar sig inte primärt till företag utan till medlemsstaterna. Företagen kan *ex post* åläggas att bistå kommissionen i sin utredning⁴⁶ samt betala tillbaka stöd⁴⁷ till en givande medlemsstat, men primärt så vilar den administrativa bördan för statsstödsrätten på det offentliga. För FSR:s del läggs hela den administrativa bördan istället på det mottagande företaget, som måste bistå kommissionen med all nödvändig information om statsstödet i sig men även om företagets anbud i offentliga upphandlingar som företaget deltar i.⁴⁸ Ett statsstödmottagande företag har i FSR även en särskild anmälningsplikt gentemot kommissionen gällande s.k.

⁴⁵ WTO - US - *Offset Act (Byrd Amendment)* - Report of the Appellate Body, den 16 januari 2003, WT/DS217/AB/R; WT/DS234/AB/R, paragrafer 256 och 262.

⁴⁶ EU - Rådets Förordning 2015/1589 om genomförandebestämmelser för artikel 108 i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt, artikel 7(7).

⁴⁷ Ibid, artikel 16.

⁴⁸ FSR artikel 13.

koncentrationer. Anmälningsplikten innebär att företaget, om vissa tröskelvärden föreligger, måste få kommissionens godkännande inför planerade företagsförvärv, sammanslagningar eller andra former av övertagande av kontroll över en tidigare självständig verksamhet innan koncentrationen tillåts.⁴⁹ Denna särskilda process ställer andra krav än, och gäller parallellt med, koncentrationsförordningen⁵⁰. Likaså gäller enligt FSR en anmälningsplikt, vid vissa tröskelvärden, alternativt ett krav om att företaget ska lämna en försäkran om att mottagna statsstöd inte är anmälningspliktiga, för att ett statsstödmottagande företag ska kunna delta i en offentlig upphandling.⁵¹ Resultatet blir att offentliga upphandlingar, företagsuppköp och andra planerade koncentrationer blir mer tidskrävande och kostsamma för dessa utomeuropeiska statsstödmottagande företag än för företag som bedöms enligt regelverket som utformats genom artiklarna 107-108 FEUF.

3: Bedömningsmarginal. De faktorer som enligt artiklar 4-5 i FSR ska läggas till grund för kommissionens bedömning om huruvida ett marknadsstörande statsstöd föreligger, samt de faktorer som kommissionen enligt artikel 6 kan använda för att helt eller delvis ursäktla störningen utan förelägganden, är ottydligt formulerade. Ett företag som har tagit emot statsstöd från utanför EU kan inte med någon säkerhet förutse huruvida kommissionen kommer att ha överseende med det givna stödet eller utfärda förelägganden. Det är i någon mån förstäligt att definitiva tröskelvärden är svåra att fastställa när olika branscher har olika förutsättningar, men bristen på tydliga regler skapar oundvikligen rättsosäkerhet och en risk för en godtycklig tillämpning.

4: Skillnader i valet av sanktion. Kommissionen har uttryckt att det kan vara svårt att säkerställa att företaget verkligen fullföljer återbetalningen av ett statsstöd till den givande staten och att andra sorters förelägganden därför kan vara att föredra, däribland avyttringar, förbud mot företagsförvärv eller reduktion av kapacitet.⁵² Kommissionen argumenterar att sådana krav inte är nya för FSR utan har använts vid statsstöd som har getts med stöd av artiklarna 107-108 FEUF. Det är i och för sig riktigt att sådana krav har ställts på bl.a. Uniper SE och SEFE GmbH i samband med utbetalningar av sammanlagt 40 miljarder Euro.⁵³ I artikel 107-108-fallen gäller de icke-monetära föreläggandena emellertid undantagssituationer snarare än policy, och en *ex ante*-bedömning istället för FSR:s *ex post*-bedömning. Företag kan därmed anses ha sämre förutsättningar att bedöma konsekvenserna av ett mottaget statsstöd inom ramarna för FSR än artikel 107 FEUF.

5: Möjligheten att överklaga kommissionsbeslut till EU-domstolen. I mål som avser statsstöd från en EU-medlemsstat kan medlemsstaten överklaga kommissionsbeslutet om återbetalning, och företag kan, förutom att åläggas att återbetala statsstödet, endast drabbas av sanktioner i form av böter och viten.⁵⁴

⁴⁹ FSR artiklar 20-21.

⁵⁰ Förordning 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

⁵¹ FSR artiklar 28-29.

⁵² White paper (final), 2021, sid 55.

⁵³ EU – Competition State Aid Brief, issue 1/2023, sida 3.

⁵⁴ Förordning 2015/1589 artikel 8.

Företaget har då möjlighet att överklaga kommissionsbeslutet till EU-domstolen och potentiellt helt befrias från dessa sanktioner.⁵⁵ Företag som har ålagts böter eller viten med stöd av FSR har likaså en möjlighet att överklaga ett sådant beslut, men varken företaget eller den givande staten kan i det fallet överklaga kommissionsbeslut som avser krav på att avyttra verksamheter, reducera sin kapacitet, dela med sig av företagshemligheter, avstå från investeringar, eller någon av de övriga ingripande åtgärderna som anges i FSR:s artikel 7.

6: Undantaget för stöd som ges av EU-organen själva. Varken FSR eller statsstödsreglerna som härleds ur artikel 107 FEUF ger kommissionen jurisdiktion för att granska eller ingripa mot gynnande åtgärder som beviljats av den Europeiska Investeringsbanken, den Europeiska Investeringsfonden, Europeiska banken för återuppbyggnad och utveckling, COSME-programmet eller andra EU-organ.⁵⁶

Slutsatsen blir att kommissionen genom FSR har skapat två väsentligen olika system för att värdera och motarbeta statsstöd, och systemen ger i praktiken utomeuropeiskt ägda företag sämre möjligheter att konkurrera på den inre marknaden än företag vars ägare är baserade inom EU. Kommissionens argument avseende FSR:s formella likabehandling eller påståenden om att FSR tar sikte på företagens beteende snarare än mottagandet av stöd kan inte godtas eftersom resultatet blir diskriminerande och den avgörande faktorn bakom förfarandet är mottagandet av stöd, inte företagets beteende. Den diskriminering som FSR ger upphov till torde sålunda anses strida såväl mot det krav på nationell behandling som uttrycks i GATS:s artikel XVII som, om än inte lika uppenbart, GATT:s artikel III och XX(d).⁵⁷

6.2.1 Specifika konflikter mellan FSR och GATT

SCM-avtalet, som reglerar kompensatoriska åtgärder för statsstöd i den internationella handeln med varor, anger i artikel 32.1 att en WTO-medlem inte får vidta specifika åtgärder mot en annan WTO-medlems subventioner förutom när det finns stöd för detta i GATT-avtalet. FSR har ett förtydligande i artikel 44(9) om att kommissionen inte kan utfärda förelägganden mot andra WTO-medlemmars företag som vore att jämställa med sådana otillåtna specifika åtgärder. Det innebär att kommissionen, för att kunna utfärda förelägganden, antingen måste ha ett stöd i GATT-avtalet⁵⁸ eller hitta en väg förbi rekvisiten ”specifik” eller ”mot”, två begrepp vars innebörd förtydligats i WTO:s praxis.

Rekvisitet ”mot” avser sådana lagar och andra åtgärder vars design och utformning syftar till att förhindra användningen av subventioner.⁵⁹ Rekvisitet

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2016/C 262/01, paragraf 60.

⁵⁷ WT/DS234/AB/R paragraf 251, *supra* fotnot 33.

⁵⁸ Inklusivt de avtal som förtydligar GATT-artiklar, som Antidumpningsavtalet eller Skyddsåtgärdsavtalet.

⁵⁹ WT/DS234/AB/R paragrafer 246-256.

”specifik” innebär enligt överprövningsorganet att den åtgärd som är i fråga är starkt knuten till och beroende av förekomsten av en subvention.⁶⁰ FSR måste under alla förhållanden anses vara specifik eftersom den endast tillämpas när det finns en utomeuropeisk subvention, med syftet att upphäva den angivna subventionens konkurrensstörande effekt. Att ett subventionerat företag får svårare att konkurrera pga. ett medlemslands motåtgärd är i och för sig inte inherent problematiskt enligt WTO-praxis: panelen i målet *EC – Commercial Vessels* fastslog att en subvention som ges till inhemska företag för att neutralisera den fördel som det klagande landets företag åtnjutit inte strider mot förbudet mot ”specifika motåtgärder mot subventioner”, även om syftet med den neutraliserande subventionen varit att förmå det ursprungliga givarlandet att upphöra med sina subventioner.⁶¹ Kommissionen har dock som tidigare visat uttalat skepsis mot förelägganden om återbetalning pga. svårigheten att utreda sådana återbetalningar, vilket indikerar att de för företagen mer besvärande föreläggandena, däribland krav på kapacitetsminskning, avyttring och publicering av forskning, ofta lär användas istället. Detta kombinerat med en ökad administrativ börda talar för att FSR går bortom endast neutralisering för att istället ha en mer avskräckande roll, vilket talar för att FSR är en ”specifik åtgärd mot” statsstöd i WTO-rättslig mening. Följaktligen måste kommissionen först finna ett giltigt undantag i GATT-avtalet för att kunna tillämpa FSR i ärenden gällande utomeuropeiska statsstöd till företag i varusektorn.

När en WTO-medlem inom ramarna för handeln med varor vill införa handelshindrande bestämmelser som riskerar att särbehandla utländska företag så ska dessa bestämmelser grundas på godkända undantag, exempelvis sådana som anges i artikel XX i GATT: skydd för liv och hälsa, upprätthållandet av allmän ordning, bevarandet av fornlämningar etc. I frågor om motåtgärder mot utomeuropeiska statsstöd är det oklart om ett rättfärdigande i WTO-rättskällorna finns att tillgå. Det närmsta tillhands torde vara undantaget i GATT:s artikel XX(d) som stipulerar att handelshindret kan vara tillåtligt om det är nödvändigt för att säkerställa efterlevnaden av lagar och förordningar⁶² som inte står i konflikt med WTO-rätten. Överprövningsorganet har emellertid fastställt att undantaget i artikel XX(d) ska tolkas restriktivt: ordet ”nödvändigt” innebär att handelshindret i princip måste vara helt oundgängligt för att medlemslandet ska kunna skydda det relevanta lagstadgade intresset, och en samlad bedömning ska göras av den nytta som uppnås i förhållande till den skada som därigenom drabbar handeln.⁶³ Detta innebär att om EU-kommissionen utfärdar ett före-

⁶⁰ WTO - *US – Offset Act (Byrd Amendment) – Report of the Appellate Body*, den 16 januari 2003, WT/DS217/AB/R; WT/DS234/AB/R, paragrafer 242-244.

⁶¹ WTO – *EC – Measures affecting trade in commercial vessels* – Report of the Panel, den 22 april 2005, WT/DS301/R, paragrafer 7.162-164.

⁶² Enligt WTO-praxis innebär ”lag eller förordning”-kravet i GATT:s artikel XX att det måste föreligga en direkt normerande verkan i medlemslandet, dvs. EU-direktiv eller ej inkorporerade konventionsåtaganden kan inte läggas till grund för ett undantag genom artikel XX: jämför paragrafer 5.140-5.141 i överprövningsavgörandet WTO, *India – Certain Measures Relating To Solar Cells & Solar Modules – Report of the Appellate Body*, 16 september 2016, WT/DS456/AB/R,

⁶³ WTO, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled & Frozen Beef – Report of the Appellate Body*, 11 december 2000, WT/DS161/AB/R, paragrafer 161-164,

läggande till ett företag om att exempelvis begränsa sin försäljning till ett visst antal enheter i enlighet med artikel 7 i FSR, så måste EU i egenskap av den part som åberopar undantaget kunna bevisa 1) att förordningen har det syfte som den uppgivits ha, 2) att förordningen inte i övrigt innebär ett avsteg från EU:s WTO-åtaganden, 3) att förordningen är oundgänglig för att skydda konkurrensen på den inre marknaden, och 4) att förordningens tillämpning inte leder till en arbiträr eller oförsvarlig diskriminering. Även om EU vid en prövning inom WTO skulle lyckas visa ett legitimt syfte och att det inte finns mindre ingripande former för att säkerställa en konkurrens på den inre marknaden på lika villkor, dvs. utan statsstödsorsakade störningar, så torde det ur ett processuellt hänseende vara omöjligt för EU att bevisa att tillämpningen av FSR inte leder till godtycke eller oförsvarlig diskriminering. Rekvisiten och motåtgärderna i FSR ser annorlunda ut i förhållande till tillämpningen av statsstödsreglerna för EU-interna företag och EU-medlemsstater, och Kommissionen har exklusiv befogenhet att utreda och utge förelägganden ex officio och efter eget tycke. Det finns enligt ordalydelsen i FSR, exempelvis i artiklarna 4-7, ett stort utrymme för skönsässig bedömning av hur skadligt ett utomeuropeiskt statsstöd är och vad en lämplig avhjälpningsåtgärd kan vara i det enskilda fallet: detta talar för att åtminstone det fjärde rekvisitet i undantaget inte är uppfyllt. I detta sammanhang är det även viktigt att poängtera att medlemsländernas kreativa försök att utnyttja undantagen i GATT:s artikel XX (och GATS artikel XIV) hittills endast har godkänts i 4% av de mål som har varit uppe till prövning, dvs. hela 96% har underkänts.⁶⁴

6.2.2 Specifika konflikter mellan FSR och GATS

EU-kommissionen uttryckte i juni 2020 att SCM-avtalet inte kan användas för att väcka talan hos DSB med anledning av skadliga subventioner till företag i ett annat medlemslands tjänstesektor.⁶⁵ Kommissionen hänvisade i dokumentet kort till att tjänstesektorn faller utanför SCM-avtalets tillämpningsområde, som specifikt inriktar sig på handeln med varor. Advokaterna Victor Crochet och Marcus Gustafsson utvecklar detta problem mer utförligt i artikeln *Lawful Remedy or illegal response? Resolving the issue of foreign subsidisation under WTO law* samt att det inom WTO-regelverket helt saknas auktoriserade former för att unilateralt vidta motåtgärder mot utländska subventioner i tjänstesektorn.⁶⁶ Anledningen är att artikel XV i GATS, som i och för sig anger att tjänstesubventioner som skadar internationell tjänstehandel ska undvikas, aldrig resulter-

⁶⁴ Rangel, D., *WTO General Exceptions: Trade Law's Faulty Ivory Tower*, Public Citizen, 4 februari 2022, <https://www.citizen.org/article/wto-general-exceptions-trade-laws-faulty-ivory-tower/>

⁶⁵ Europeiska Kommissionen, *White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies*, COM (2020), sidan 10, tillgänglig på <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0253&from=EN>

⁶⁶ Crochet, V., och Gustafsson, M., *Lawful Remedy or illegal response? Resolving the issue of foreign subsidisation under WTO law*, KU Leuven/Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 226, november 2020, sidorna 11 och 22.

rade i en rätt att söka någon form av medling genom medlemsförsamlingen. En fotnot till artikel XV gör gällande att församlingen vid en framtida förhandling ska återkomma om hur rekvisitet ”skada” ska bedömas, vilka tidsplaner som parterna ska förhålla sig till samt vilken form medlingen ska ta. Med detta sagt så omfattas inte alla WTO-medlemsländernas tjänster av GATS-avtalet: medlemmarna har själva lämnat sektorsspecifika åtaganden och tillhörande förbehåll. I EU:s lista återfinns ett stort antal åtaganden följt av vissa reservationer från både EU och enskilda EU-medlemsstater.⁶⁷ I den mån kommissionen utfärdar ett föreläggande med stöd av FSR och ett åtagande för den sektor som avses saknas, alternativt om ett åtagande finns men det föreligger en registrerad reservation, så existerar det ingen konflikt med WTO-regelverket.

I väntan på ett kompletterande tjänstesubventionsavtal i WTO kan ett medlemsland hursomhelst inte väcka talan hos DSB mot ett annat medlemsland i tjänstesubventionsärenden, samtidigt som det ger ett medlemsland större möjligheter att vidta unilaterala åtgärder. De unilaterala åtgärderna får emellertid inte bli diskriminerande: de måste fortfarande respektera den utländska statsstöds-mottagarens generella rätt till de förmåner som följer av MFN-kravet (GATS-artikel II) och nationell behandling (GATS-artikel XVII). DSB må vara förhindrat att pröva statsstödsärenden i tjänstesektorn, men åtnjuter enligt GATS-artiklarna XXII och XXIII alltså behörighet att pröva ärenden där MFN och nationell behandling har åsidosatts.

Som Crochet och Gustafsson har konstaterat föreligger det ingen faktisk skillnad mellan å ena sidan tjänster hos tjänsteföretag som åtnjuter statsstöd och å andra sidan tjänster hos tjänsteföretag som inte har fått statsstöd, och de två måste därför behandlas på samma sätt.⁶⁸ Detta krav uttrycks både i artikel II och XVII. Från ett MFN-perspektiv framstår FSR som en icke-diskriminerande och i övrigt lämplig rättsakt eftersom samtliga WTO-medlemsländers (förutom EU-medlemsstaterna) tjänsteföretag formellt behandlas lika, även om det återstår att se hur EU-kommissionen väljer att tillämpa FSR i praktiken. Som en strikt tillämpningsfråga kommer kommissionen därför inte att ha konflikter med MFN-principen när den utfärdar förelägganden i enlighet med FSR eftersom diskriminering knappast kan identifieras på *in casu*-nivå: frågan om diskriminerande tillämpning mellan icke-EU-medlemmar blir därför istället en fråga för DSB.

En mer komplex fråga för att kunna tillämpa FSR i praktiken blir dock kravet på nationell behandling. Även om FSR formellt behandlar både EU-baserade och utomeuropeiska företag lika om och när de tar emot statsstöd med ursprung utanför EU så är det uppenbart att de företag som i praktiken tar emot de problematiska stöden har sina ursprung utanför EU:s gränser, t. ex. kinesiska statsinflyerade företag. Att FSR således egentligen syftar till utredning av och förelägganden mot utomeuropeiska företag talar för att det föreligger en överträdelse av principen om nationell behandling.⁶⁹ I slutändan kommer den

⁶⁷ WTO, *European Union Schedule of Specific Commitments*, GATS/SC/157, 5 juli 2019.

⁶⁸ Crochet & Gustafsson, sida 23.

⁶⁹ *Ibid*, sida 25.

WTO-rättsliga tillåtlighetsbedömningen av FSR bli beroende av vilka företag som kommissionen väljer att sanktionera, under vilka omständigheter förelägganden fastställs, och vilken magnitud föreläggandet får. Samtliga dessa aspekter är i någon mån svårbedömda i dagsläget pga. bristen på praxis hos kommissionen, däremot framstår det som klart mer sannolikt att kommissionen kommer att kunna tillämpa FSR i fall av subventioner inom tjänstesektorn än inom varusektorn, eftersom tjänstesektorns tillåtlighet bygger på att det inte sker en diskriminering, och ett föreläggande mot ett enskilt företag vars mottagna statsstöd uppfyller rekvisiten i FSR vittnar inte i sig självt om att det pågår en systematisk diskriminering. Likaså kommer EU-domstolen, när denna behandlar ett överklagande av kommissionsbeslut om föreläggande, att kunna upprätthålla kommissionens linje eftersom det alltid kommer att röra sig om enskilda fall. Konflikten med GATS blir därför inte nödvändigtvis en fråga för EU-organen, men för DSB som får bedöma om tillämpningen indikerar godtycke och systematisk diskriminering i strid med kravet på nationell behandling. Om DSB vid en sådan bedömning skulle finna att den relevanta tjänstesektorn som ett sanktionerat företag var verksamt i omfattas av ett EU-åtagande, att en EU-reservation avseende nationell behandling saknas för den sektorn, och att kravet på nationell behandling i GATS har överträtts, så måste EU försöka begära att FSR och dess tillämpning ska undantas genom de generella undantagen i GATS artikel XIV. De generella undantagen i GATS artikel XIV är huvudsakligen utformade efter GATT:s artikel XX, där GATS XIV(c) motsvarar GATT:s artikel XX(d), och som nämnts i kapitel 6.2.1 är bedömningen restriktiv till nackdel för den som vill åberopa undantaget, dvs. EU.

6.3 Några ord om försvaret av FSR i doktrinen

Professor Nagy vid Szegegs universitet i Ungern har för egen del analyserat kompatibiliteten mellan WTO-regelverket och kommissionens planer för FSR samt lyft fram fyra argument till stöd för att FSR ska kunna anses vara kompatibel med WTO-regelverket. Först och främst framhåller han att ”asymmetrisk påverkan”, dvs. att utländska företag drabbas hårdare än inhemska, inte nödvändigtvis bevisar förekomsten av en diskriminering som är otillåten enligt WTO-reglerna.⁷⁰ Med hänvisning till överprövningsorganets uttalande i målet WT/DS302/AB/R förklarar Nagy att det utöver en asymmetrisk påverkan måste visas en kausalitet mellan normen och skadan, dvs. att det är det nationella ursprunget som leder till den aktuella särbehandlingen, för att det ska anses utgöra en överträdelse av de WTO-rättsliga kraven på nationell behandling.⁷¹ Eller, annorlunda uttryckt, en korrelation bevisar inte ett orsakssamband. Ef-

⁷⁰ Nagy, C. I., *Foreign Subsidies, Distortions and Acquisitions: Can the playing field be levelled?*, Central European Journal of comparative law, vol. 2, no. 1 (1 maj 2021), sidor 157-158.

⁷¹ WTO – *Dominican Republic – Measures affecting the importation and internal sale of cigarettes* - Report of the Appellate body, den 25 april 2005, WT/DS302/AB/R, paragraf 96.

tersom bevisbördan dessutom vilar på den klagande parten menar Nagy att EU har goda förutsättningar för att försvara FSR, som ju formellt behandlar alla företag på den inre marknaden lika oberoende av företagets ursprung och ägarförhållanden.

För det andra påpekar Nagy att det inte finns något inherent otillåtet, ur en nationell behandling-synpunkt, i att ha olika lagar för utländska respektive inhemska företag. Nationell behandling innebär, som tidigare förklarat, att utländska företag inte ska behandlas sämre: en särreglering som behandlar utländska företag bättre än inhemska däremot är tillåtet utifrån WTO:s regler, även om det sällan torde vara önskvärt utifrån medlemslandets egna nationella intressen.

Det tredje argumentet är att FSR bygger på EU:s interna statsstödsregler, vilket talar för att det överhuvudtaget inte sker en särbehandling. Tvärtom är Nagy av uppfattningen att de interna statsstödsreglerna diskriminerar till utomeuropeiska medlemsländers fördel, men hans fokus i det stycket läggs i min mening på fel aspekt eftersom hans uttalanden gäller konsekvenser för stater och inte för företag, där den faktiska handelshindrande effekten står att finna.

Det fjärde och slutliga argumentet som Nagy presenterar gäller undantaget i GATS artikel XIV(c) (och presumtivt även GATT:s artikel XX(d)) avseende möjligheten att göra avsteg från enskilda WTO-rättsliga åtaganden för att säkerställa efterlevnaden av lagar och förordningar som i övrigt inte strider mot GATS/GATT. I hans mening skulle FSR kunna omfattas av undantagen eftersom den uppfyller kriteriet på en tydlig och bindande norm som, efter ett undantag för nationell behandling, inte står i strid med övriga GATT/GATS-åtaganden.

Nagys argument är i och för sig relevanta, men när hans artikel skrevs hade han endast tillgång till förordningens förarbeten⁷² eftersom lagstiftningsakten ännu inte hade tagit form. Nagys argument utgår därför i någon mening från en felaktig föreställning om hur den slutliga förordningen skulle komma att se ut. Även om Nagy var av uppfattningen att en riktig bedömning av FSR:s kompatibilitet med WTO-regelverket först kan ske i samband med att praxis har utformats menar jag att det redan finns problem i nuläget. Det första argumentet, om asymmetrisk påverkan, baseras på ett mål som gällde påtvingade köp av obligationer. Tvistefrågan i målet gällde huruvida den Dominikanska republiken hade brutit mot sitt åtagande enligt GATT:s artikel III(4) om nationell behandling genom att kräva att utländska företag, i sin import av tobaksvaror till republiken, på förhand köper obligationer sina produkter som garanti för att betalning av tobaksskatter verkligen betalas, samt skattemärker produkterna för att underlätta ett särskiljande av legitima respektive smugglade tobaksvaror. Målets motpart, Honduras, menade att kraven försämrade utländska tobaksimportörers förutsättningar att konkurrera i landet pga. att de utländska företagens kostnader för regelefterlevnaden blev högre. Den Dominikanska republiken yrkade att det särbehandlande obligationskravet och skattemärkningskravet skulle tillåtas med stöd av undantagsregeln i GATT:s artikel XX(d). Skattemär-

⁷² EU - *White paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies*, COM/2020/253.

keskravet underkändes både av panelen och överprövningsorganet,⁷³ däremot prövades inte tillämpligheten av XX(d) i fråga om kravet på att betala obligationerna eftersom obligationssystemet *de facto* inte ansågs orsaka mindre gynnsamma konkurrensförutsättningar för utländska cigarettimportörer.⁷⁴ Den slutsats som överprövningsorganet meddelade i målet, dvs. att obligationskravet inte diskriminerar utländska företag pga. ursprung, grundades på att de inhemska företagens lägre kostnader för obligationsköpen kunde härledas till en högre marknadsandel och effektivitetsvinster, dvs. en lika stor och effektiv utländsk konkurrent skulle ha exakt samma förutsättningar som de inhemska. Utifrån den form som FSR har getts skulle det emellertid inte kunna göras gällande att utomeuropeiska och inhemska företag ges samma förutsättningar pga. de väsentliga skillnaderna i regelverket som utbildats ur artikel 107 FEUF respektive FSR, skillnader som *de facto* helt grundas på nationellt ursprung. Även om kommissionen inte har utfärdat några förelägganden ännu så har förordningen redan konkreta negativa effekter för utomeuropeiska företag genom de anmälningsskrav, administrativa merarbeten och kostnader för säkerställande av den juridiska efterlevnaden som är kopplade till företagsförvärv och offentliga upphandlingar. Det är för den delen inte heller omöjligt att FSR anses skada den gränsöverskridande konkurrensen redan i kraft av sin möjlighet att skrämja, splittra eller förmå företag att avhålla sig från viss konkurrens. Den bevisbörda som en klagande part har inom WTO kan därtill variera utifrån billighetsaspekter,⁷⁵ och så fort den klagande WTO-medlemmen gör det antagligt att FSR står i konflikt med kraven på nationell behandling övergår bevisbördan för FSR:s kompatibilitet med WTO-regelverket på EU.

Det andra och tredje argumentet, dvs. att det inte är inherent otillåtet med separata regelverk och att FSR bygger på statsstödsrätten, vitsordas likaså i och för sig. Formell olikhet ska ändå uppnå ett materiellt rättvist resultat alternativt resultera i en mer gynnsam situation för utländska företag för att vara i harmoni med WTO-kravet på nationell behandling. FSR är, som jag tidigare har utvecklat, delvis byggt på EU:s interna statsstödsrätt, men den har gått bortom statsstödsrätt och tagit en karaktär av protektionism och handelsskydd. FSR är materiellt mindre gynnsam för företag vars statsstöd har sitt ursprung utanför EU än vad artikel 107 FEUF är för företag vars stöd kommer en EU-medlemsstat, vilket i praktiken skapar en otillåten materiell diskriminering av utomeuropeiska företag.

Som invändning mot det fjärde argumentet hänvisar jag till resonemanget i kapitel 6.2, som visar att den bedömning som görs för att få tillämpa undantaget i GATT:s artikel XX(d) är mycket restriktiv. Även om ett avsteg från nationell behandling i teorin skulle kunna medges, eftersom andra WTO-åtaganden inte berörs, så kan FSR inte anses vara tillräckligt fri från godtycke

⁷³ Ibid, paragrafer 56-73.

⁷⁴ Ibid, paragrafer 99-100.

⁷⁵ WTO - *United States – Measure affecting imports of woven wool shirts and blouses from India*, Appellate body report, 25 april 1997, WT/DS33//AB/R, sida 14, samt *US – Carbon steel, appellate body report*, 28 november 2002, WT/DS213//AB/R, paragraf 157.

och diskriminering för att medges. Den proportionalitetsbedömning som görs i prövningen torde inte heller kunna visa att den rättsosäkerhet och det merarbete som uppstår för den internationella handeln vägs upp av de potentiella konkurrensrättsliga vinsterna på EU:s inre marknad.

6.4 Begränsad nytta utanför WTO-gruppen

Även om FSR inte kan tillämpas i vissa enskilda fall gentemot WTO-medlemmarnas statsstöds­mottagare så blir förordningen tillämplig i ärenden som involverar de 37 stater som ännu inte har blivit fullvärdiga medlemmar i WTO. Av dessa 37 har 25 idag status som ”observatör” i WTO vilket innebär att de genomgår förhandlingar i hopp om att snart kunna antas som fullvärdiga medlemmar.⁷⁶ FSR blir i och för sig ett värdefullt tillägg till EU:s handels­skydds­instrument mot denna grupp av stater, som omfattar bl. a. Nordkorea, Iran, Belarus och Algeriet, i och med att övriga handelsskydd som tullar och importkvoter tar sikte på främst exportsubventioner och dumpning. Statsstöd härledda från dessa stater, vars effekt faktiskt eller potentiellt rubbar konkurrensen på den inre marknaden och som inte är importrelaterade eller försäljningsprisrelaterade, kan således äntligen angripas med stöd i lag.

De 37 utomstående staterna består emellertid huvudsakligen av förhållandevis op­roblematiska aktörer i den internationella handeln. De största statsstöds­givarna har i en studie av Världsbanken pekats ut som EU, USA, Kina, Kanada och Australien,⁷⁷ varav samtliga är fullvärdiga medlemmar i WTO. FSR:s uttalande syfte i skäl 7 är förstås att uppnå ett skydd mot alla faktiska eller potentiella marknadsrubbande statsstöd, inte endast i förhållande till ej WTO-anslutna stater. Därsom FSR inte skulle kunna användas för att angripa vissa utomeuropeiska statsstöd som kommer från de största statsstöds­givarna vore det att anse som otillfredsställande, men det finns ändå ett värde i att ha en laglig grund för att utreda och sanktionera marknadsstörande statsstöd från vissa länder utanför WTO som exempelvis Iran eller Belarus.

⁷⁶ *Members and Observers*, WTO, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

⁷⁷ Signoret, J., et al., *Unfair Advantage: Distortive subsidies and their effect on global trade*, (2023), Trade, Investment and Competitiveness, Världsbanken, sida 10.

7 Vägen mot en obehindrad tillämpning

7.1 EU-domstolens tidigare syn på konflikt med WTO

Efter att således ha konstaterat att EU har en normhierarki, där WTO-traktater är överordnade sekundärlagstiftning som FSR, och därtill konstaterat att det föreligger en konflikt mellan FSR och EU:s WTO-åtaganden, blir det nödvändigt att beakta hur EU-domstolen har bedömt tidigare mål där WTO-rätten i sökandes mening åsidosatts. EU-domstolen har i sådana mål initialt slagit fast att såväl medlemsstaterna som EU och dess institutioner är skyldiga att säkerställa den ärliga efterlevnaden av de åtaganden som följer av unionens internationella avtal.⁷⁸ Den brittiska High Court-domaren Kelyn Bacon gör dock gällande att ingen direkt effekt, varken för stater eller privata subjekt, har ansetts kunna härledas ur WTO-avtalen enligt EU-domstolens praxis.⁷⁹ Motiveringen är att eftersom WTO-reglerna i hög grad bygger på löpande förhandlingar och samförståndslösningar, och ofta kan kringgå under en viss tid utan konsekvenser för den kringgående parten, har EU-domstolen förklarat att WTO-avtalen inte medför konkreta rättigheter för enskilda och därmed inte kan åberopas av enskilda subjekt om och när denne anser att WTO-regler har överträtts.⁸⁰ Resonemanget bär klara likheter med det som fördes i förhandsavgörandet *Van Gend en Loos* där EU-domstolen först skapade doktrinen om direkt effekt. Förutsättningarna för att ett EU-direktiv skulle ge upphov till rättigheter för enskilda angavs då vara att statens skyldighet mot den enskilde uttrycks precis, tydligt och ovillkorligt, utan krav på kompletterande åtgärder.⁸¹ Likaså innebär inte frånvaron av en direkt effekt härledd ur WTO-avtalen, precis som i de situationer där ett EU-direktiv inte ger upphov till direkt effekt inom en medlemsstats nationella rätt, att rättsakten blir irrelevant som tolkningsunderlag för den lag eller förordning som domstolen eller EU-kommissionen har att tillämpa.

⁷⁸ Jfr bl.a. mål C-104/81, *Hauptzollamt Mainz v Kupferberg*, ECLI:EU:C:1982:362, paragrafer 11 och 18.

⁷⁹ Bacon, K., *European Union Law of State Aid*, Oxford University Press, tredje uppl., 2017, sid 147.

⁸⁰ Mål C-21 till 24/72, *Internationale Fruit Company v Produktschap voor Groenten en Fruit*, ECLI:EU:C:1972:115, paragrafer 8 och 21-28. Rättsfallet är från 1972 och därmed före tillkomsten av WTO, men High Court-domaren Kelyn Bacon har utrett och bekräftat att praxisen inte har ändrats.

⁸¹ *Sammanfattning av EU-lagstiftningen: EU-rättens direkta effekt*, EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/SV/legal-content/summary/the-direct-effect-of-european-union-law.html>

7.2 Effekten av ändringar i Funktionsfördraget

EU:s normhierarki innebär att rättsakter av lägre rang ska tolkas konformt med rättsakter av högre rang. Hierarkin skapar i dagsläget vissa potentiella hinder för tillämpningen av FSR i situationer som rör WTO-medlemmar eftersom FSR är underordnat internationella avtal och måste tolkas på ett sätt som är konformt med dessa. Internationella avtal är emellertid underordnade EU-fördragen och ska, enligt EU-rätten, tolkas fördragskonformt. Det innebär att en förändring av Fördraget om Europeiska unionens Funktionssätt som tonar ned det WTO-rättsliga skyddet för utländska statsstöd potentiellt skulle kunna ge FSR fullt genomslag mot alla marknadsstörande subventioner. Det skulle emellertid skapa nya konflikter utifrån Wienkonventionen om Traktaträtten (som binder EU i kraft av sin sedvanerätt) och skada förtroendet för EU som internationell handelspartner, så en ändring av funktionsfördraget skulle därför inte producera en tillfredsställande lösning på problemet.

7.3 Fullharmonisering av statsstödsreglerna

Ett av de stora problemen med FSR är som nämnt den särbehandling som förordningen föreskriver avseende val av förelägganden, ökad administrativ börda för företagen, och kommissionens breda bedömningsmarginal, vilket är problematiskt utifrån principen om nationell behandling. Så länge som EU underhåller två separata statsstödsregleringar, varav en för EU-medlemsstater och en för övriga WTO-medlemmar, framstår det som oundvikligt att tillämpningen blir annorlunda och till fördel för företag som är inhemska på den inre marknaden. Crochet & Gustafsson är av uppfattningen att ett gemensamt regelverk, enligt vilket både EU-medlemsstaters, andra WTO-medlemmars och EU-organens egna statsstöd skulle bedömas utifrån samma måttstock, vore en möjlig lösning för att kunna neutralisera de utomeuropeiska statsstöden utan att bryta mot WTO-regelverket.⁸² Förelägganden mot företag på den inre marknaden som har tagit emot sådana stöd skulle fortfarande utgöra en ”specifik åtgärd mot” subventioner och fångas av ordalydelsen i SCM-avtalets artikel 32.1, men därsom rättsreglerna behandlar företag likadant oavsett deras (och deras givares) ursprung saknas diskrimineringsrelaterade problem, vilket möjliggör att undantaget i GATT:s artikel XX(d) blir tillämpligt. På samma sätt skulle det harmoniserade regelverket inte strida mot GATS-bestämmelsen om nationell behandling eftersom de nationella företagen inte behandlas förmånligare. Crochet & Gustafsson tillägger emellertid att tillämpningen av det harmoniserade regelverket skulle behöva utövas av en neutral, utomstående myndighet som saknar protektionistiska politiska intressen för att säkerställa det nya regelverkets neutralitet i praktiken. Utan konflikten med WTO återstår endast pro-

⁸² Crochet & Gustafsson, sida 32.

blemet med principen om skydd för befogade förväntningar, men denna torde få ge vika inför ett i övrigt harmoniskt regelverk och den teologiska kontexten av att säkerställa den inre marknadens sunda konkurrens.

7.4 Omförhandla WTO-traktaterna

I en studie som utfördes i 2023 av Världsbanken diskuteras några förslag för att komma tillrätta med skadliga subventioner genom WTO-rätten själv.⁸³ Förslagen består av:

1: Regler behöver införas som förmår medlemsländerna, och framförallt deras interna lokala och regionala styrande organisationer, att rapportera in alla subventioner som ges. Detta är ett krav som egentligen redan uttrycks i artikel 25 i SCM-avtalet, men hittills har denna rapportering missköts, till viss grad troligen pga. okunskap om WTO-regelverket, och denna missade rapportering gör att förståelsen för subventioner och deras effekter blir bristfällig. Det försvårar även för utomstående som kan ha ett intresse av att utmana stödet.

2: De tidsramar som gäller för tvistelösning i WTO, exempelvis väntetiden på 60 dagar där den sökande ska försöka nå en samförståndslösning med det subventionsgivande landet innan DSB meddelas, bör kortas ned och iakttas strikt så att subventioner som orsakar skada snabbare ska kunna leda till åtgärder eller motåtgärder.

3: En möjlighet för ett skadelidande medlemsland att begära ekonomisk ersättning av det skadevallande landet kan införas.

4: En omvändning av bevisbördan, så att det statsstödsgivande medlemslandet ska bevisa att subventionen inte orsakar skada istället för att, som idag, det sökande medlemslandet ska bevisa subventionens skadlighet.

Förslagen verkar lovande, i meningen att de skulle kunna bidra till en bättre förståelse för och generellt reducerad användning av statsstöd om och när WTO:s överprövningsorgan blir domfört igen. Det vore utöver dessa punkter även önskvärt med ett tillägg om att specifika subventionsregler och tillhörande motåtgärder i tjänstesektorn, och särskilt investeringssektorn, behöver utvecklas i avtal som förtydligar och utvecklar bestämmelserna i GATS. Vinsterna med ett återställt och kompletterat WTO-system vore flera. Genom att återigen lösa tvister med DSB som forum skulle skadliga statsstöd inte längre behöva angripas mot mottagarna utan mot givarna, vilket skulle upphäva konflikten med skyddet för befogade förväntningar. En handläggning i DSB skulle därtill utsluta risken för diskriminering och godtycklig tillämpning, och ge motåtgärder en starkare legitimitet. Utomeuropeiska medlemsländer skulle sannolikt delta i bevakningen av subventioner och själva väcka talan mot skadliga subventioner, så att efterlevnaden förbättras även utanför den inre marknaden. Denna lösning är den enda som har potential att undanröja interna juridiska konflikter i sin tillämpning och vore den lämpligaste metoden för att skapa en konkurrens på

⁸³Signoret, J., et al., sid 14

lika villkor. Det är emellertid osannolikt att EU skulle lyckas samla en tillräcklig konsensus i medlemsförsamlingen för att genomföra detta ambitiösa projekt. De politiska målen i exempelvis USA, Kina, Kanada, Indien och Ryssland går för mycket isär i statsstödsfrågan för att nå ett regelverk som alla kan acceptera.

7.5 Den amerikanska lösningen

En viktig distinktion som ofta nämns under en jurists utbildning är skillnaden mellan att ha rätt och att få rätt. Även om den materiella rätten tycks stödja en viss position så kan processuella hinder leda till att den materiella rätten får stå tillbaka, till exempel i situationer där ett i och för sig sant sakförhållande är svårt att bevisa, eller när sakprövningshinder föreligger. USA har sedan Donald Trumps presidentskap infört ett flertal i och för sig otillåtna handelshinder med hänvisning till undantaget om nationell säkerhet i GATT:s artikel XXI.⁸⁴ EU, Kina, Indien, Ryssland m. fl. har invänt att förutsättningarna för att tillämpa undantaget för nationell säkerhet inte är uppfyllda, men USA måste inte ha rätt för att få rätt. På samma sätt som USA gjorde sig av med en sannolik förlust i tvisten *Tariffåtgärder på vissa varor från Kina*⁸⁵ genom att överklaga den till tomma stolar vore det tänkbart att även EU skulle kunna hänvisa till WTO-undantag som i och för sig sannolikt inte skulle klara en granskning av WTO:s överprövningsorgan. När utomeuropeiska stater sedan invänder mot EU-kommissionens förelägganden mot mottagare av de utomeuropeiska statsstöden skulle då EU kunna hävda att GATT:s artikel XX(d), undantaget för att säkerställa efterlevnaden av lagar och förordningar, är tillämpligt i den aktuella situationen, och överklaga den kommande panelförlusten till samma tomma stolar som USA har gjort, där överklagandet blir liggande orört i evig tid. Till skillnad från EU:s medlemsstater är EU ej heller part till Wienkonventionen om Traktaträtten⁸⁶ och, enligt rättsprincipen *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, inte heller formellt bunden av de tolkningsföreskrifter som anges i Wienkonventionens artikel 31. De EU-organ som i någon form handlägger FSR-ärenden skulle möjligen även kunna anses åtnjuta en bedömningsmarginal bortom Wienkonventionens artikel 31 och *pacta sunt servanda* eftersom EU-rätten, enligt EU-domstolens fasta praxis, omfattar unionens egna teleologiska hänsyn utöver den strikta ordalydelser i exempelvis GATT och SCM-avtalet. Som tidigare nämnts i kapitel 4.3 så binder dessutom inte WTO-avgöranden någon annan än parterna i det enskilda

⁸⁴ Malawer, Stuart, Trump's Tariff Wars and National Security: A Political and Historical Perspective (September 4, 2018). 4 CHINA AND WTO REVIEW (No. 2) 351 (September 2018), sid 354-355, tillgänglig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3244051> och <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3244051>

⁸⁵ WTO, *United States – Tariff measures on certain goods from China*, 15 september 2020, WT/DS543/R

⁸⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en

fallet, vilket innebär att det berörda EU-organet lättare skulle kunna hävda att WTO-rätten inte uppenbart kränkts i samband med ett ”amerikanskt” tillvägagångssätt.

Till skillnad från USA så har dock EU tillträtt MPIA-avtalet, vilket kan förändra förutsättningarna för den WTO-rättsliga processens gång. Om både EU och tvistens andra part är överens så kan tvisten med stöd av artikel 25 i DSU lösas genom ett skiljeförfarande istället för genom DSB. MPIA-avtalet reglerar sedan både förutsättningarna för motsvarigheten till en panelprövning och därefter en överprövning genom ett forum utanför WTO självt. MPIA-domarna agerar därmed i överprövningsorganets ställe och dess avgöranden binder parterna på samma sätt som ett DSB-avgörande. I någon mening blir den amerikanska lösningen därför inte lika hållbar för EU eftersom det i EU:s fall inte finns ett osvikligt överprövningsvakuum att falla tillbaka på, vilket leder till att FSR:s kompatibilitet med WTO-rätten kommer att kunna underkännas i en WTO-rättslig bedömning. Samtidigt måste det beaktas att det står EU fritt att välja om MPIA ska tillämpas i mål som rör FSR: MPIA-skiljeförfarandet kan inte framtvingas av en enskild WTO-medlem, oavsett om bägge parterna i tvisten har anslutit sig till MPIA-överenskommelsen eller ej. Principiellt har EU därför allttjämt valet och möjligheten att tillämpa den ”amerikanska” lösningen för att undvika ett underkännande av FSR, även om det kan framstå som folkrättsligt kontroversiellt.

8 Sammanfattning

Den handelsrätt som WTO har skapat bygger på samförstånd och reciprocitet, dvs. att medlemsländerna tar de handelsfrämjande stegen tillsammans. Att EU-domstolen inte ger WTO-traktater, panelavgöranden eller överprövningsbedömningar direkt effekt måste ses i ljuset av att utomeuropeiska stater, och då särskilt supermakter som USA och Kina, inte heller behandlar dessa regler och avgöranden som bindande i sina nationella rättsordningar. Som EU-domstolen diskuterade i förhandsavgörandet *International Fruit Company v Produktschap* ligger det i sakens natur att de internationella avtal som ska binda EU även måste binda medkontrahenterna. I dagens handelsklimat, som enligt IISD⁸⁷ präglas av ökande protektionism,⁸⁸ och som i någon mån får betraktas som ”laglöst” i samband med att WTO:s tvistelösningssystem försatts ur spel, finns det goda skäl för EU att försöka begränsa utomeuropeiska staters möjligheter att medelst statsstöd skada konkurrensen på EU:s inre marknad. Även om DSB i dagsläget inte med tillfredsställande resultat kan lösa tvister så är EU emellertid bundet av WTO-reglerna, både i kraft av EU:s ratificering av WTO-avtalen, Wienkonventionens kraft av sedvanerätt, EU:s uttalade normhierarki där internationella avtal har status som en rättskälla överordnad sekundärlagstiftning, och genom EU-domstolens praxis. Utgångspunkten måste därför vara att åtgärder mot utomeuropeiska statsstöds mottagarföretag måste vara förenliga med WTO-rätten, och att FSR därmed, liksom den övriga handelskyddslagstiftningen, dvs. antisubventionsförordningen, antidumpningsförordningen och skyddsåtgärdsförordningarna, måste bygga på ett giltigt undantag i WTO-traktaterna. Ett sådant undantag har inte kunnat visas. Problemet med skadliga subventioner som härrör från utanför EU är därför svårt att lösa på ett tillfredsställande sätt genom att angripa stödets mottagarföretag. Företagen torde i regel inte heller kunna klandras för att ha tagit emot stöd som är fullt lagliga i givarlandets interna rättsordning, och deras befogade tillit till givarlandet är därtill skyddsvärd enligt principen om skydd för befogade förväntningar. Argumentet att den utomeuropeiska givarstaten agerat *ultra vires* i förhållande till WTO-rätten bör inte rimligen kunna ändra den ståndpunkten eftersom EU-organen inte är behöriga att avgöra hur WTO-reglerna ska tolkas i ett tredjeland, den kompetensen tillfaller DSB. Företagen skyddas även från diskriminerande behandling

⁸⁷ The International Institute for Sustainable Development, på svenska “Internationella institutet för hållbar utveckling”

⁸⁸ Altenberg, P., *Rising protectionism signals valuable lessons have been forgotten*, The International Institute for Sustainable Development, 2021, <https://www.iisd.org/articles/rising-protectionism-signals-valuable-lessons-forgotten>

genom WTO-rättens krav på nationell behandling och MFN samt de processuella kraven för hur och när motåtgärder mot statsstöd får vidtas.

Den lösning som EU har valt för att återställa den rättvisa konkurrensen på den inre marknaden, FSR, framstår därför som en på många sätt olämplig väg framåt: det rör sig om en unilateral åtgärd, med elastiska rekvisit och skönmässiga bedömningar, vars tillämpning av kommissionen och eventuella acceptans av EU-domstolen antingen begränsas till att endast gälla icke-WTO-medlemmar alternativt förutsätta en rättslig tolkning av principen om nationell behandling och/eller vissa undantagsregler, som artikel XX(d) i GATT, i ond tro. Det är emellertid inte omöjligt att en sådan tolkning i ond tro kan bli en fungerande strategi: rättsstaten USA har visat att WTO:s praxis, som ju inte är prejudicerande, kan frångås tills den aktuella sakfrågan slutligt har prövats av överprövningsorganet. På samma sätt är det inte otänkbart att EU-organen, i första hand kommissionen och EU-domstolen, väljer att betrakta vissa ordalydelser i WTO-traktaterna som otydliga i de enskilda fall som handläggs utifrån FSR och lägger tonvikten på ordalydelserna och syftet med sekundärlagstiftningen istället. FSR kan under den premissen, förutsatt att unionens teleologiska intressen även ges företräde framför skyddet för befogade förväntningar, och förutsatt att EU avböjer inbjudan till prövning via skiljeförfarande enligt MPIA, effektivt användas för att angripa de utomeuropeiska statsstöden tills överprövningsorganet har återställts.

En ny folkrättslig lösning, lämpligen genom återställandet av överprövningsorganet i WTO och införandet av kompletterande traktater, vore dock i praktiken den lämpligaste vägen för att återställa den rättvisa konkurrensen på den inre marknaden. Utifrån en bedömning av klander så är det givarstaten som har agerat fel i samband med att det skadliga stödet gavs, och motåtgärder mot staten vore inte lika problematiska som åtgärder mot företaget ur ett befogade förväntningar-perspektiv. Om denna väg inte är framkomlig så måste en unilateral lösning ändå vara så WTO-kompatibel som möjligt för att inte skapa motsägelser i unionsrätten, och då särskilt avseende risken för negativ särbehandling av utomeuropeiska företag i förhållande till de inhemska företagen, som ju har rätt att konkurrera på lika villkor både avseende produkter och tjänster, inklusive FDI. Kommissionens försäkran om att FSR behandlar både utomeuropeiska och europeiska företag lika kommer att sättas på prov framöver när de två mycket olika regelverken, FSR och artikel 107, ska tillämpas parallellt. De stora olikheterna talar dock för att en negativ särbehandling av utomeuropeiska företag kommer att ske i någon mening, antingen i form av enbart ökad administrativ börda, fördröjningar i företagssammanslagningar, utestängning från offentliga upphandlingar, eller ännu mer ingripande åtgärder. Det oklara rättsläget i hur utomeuropeiska statsstöd kommer att bedömas riskerar dessutom att leda till att mottagare av dessa avhåller sig från att delta i vissa offentliga upphandlingar eller från att göra vissa investeringar för att undvika en granskning av kommissionen. Även en sådan utveckling skulle verka för att skada konkurrensen på den inre marknaden snarare än att stabilisera den – vilket i sig torde få ses som ett misslyckande för den nya förordningen FSR.

9 Referenser

Offentligt tryck

Europeiska Unionen:

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (Konsoliderad version), 2012, Europeiska Unionens officiella tidning

Kommissionen:

Commission Notice on the notion of State aid as referred to in article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946

Kommissionens förordning 1407/2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse

Kommissionens förordning (651/2014) genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget

White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, COM (2020) 253 final

Commission Staff Working Document – *Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market*, SWD/2021/99 final

Rådet och parlamentet:

Förordning 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer

Förordning 2015/478 om gemensamma importregler

Förordning 2015/755 om gemensamma regler för import från vissa tredjeländer

Förordning 2015/1589 om genomförandebestämmelser för artikel 108 i Fördraget om Europeiska unionens Funktionssätt, L 248/9

Förordning 2016/1036 om skydd mot dumpad import från länder som inte är medlemmar i Europeiska unionen

Förordning 2016/1037 om skydd mot subventionerad import från länder som inte är medlemmar i Europeiska unionen

Förordning 2019/452 om upprättande av en ram för granskning av utländska direktinvesteringar i unionen

Förordning 2022/2560 om utländska subventioner som snedvrider den inre marknaden, L 330/1

Rättspraxis

EU-domstolen

C-30/59 *Steenkolenmijnen v. High authority of the European Coal and Steel Community*, ECLI:EU:C:1961:2

C-21 till 24/72, *International Fruit Company v Produktschap voor Groenten en Fruit*, ECLI:EU:C:1972:115

C-104/81, *Hauptzollamt Mainz v Kupferberg*, ECLI:EU:C:1982:362

C-5/89 *Kommissionen v Tyskland*, ECLI:EU:C:1990:320

C-41/90 *Höfner & Elser v Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161

C-162/91 *Società Tenuta il Bosco Srl v Ministero delle Finanze dello Stato*, ECLI:EU:C:1992:392

C-98/91 *A. A. Herbrink v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ECLI:EU:C:1994:24

T-358/94 *Air France v Commission*, ECLI:EU:T:1996:194

C-499/04 *Hans Werhof mot Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG.*, ECLI:EU:C:2006:168

C-6/12 *P Oy*, ECLI:EU:C:2013:525

T-347/09 *Tyskland v Kommissionen*, EU:T:2013:418

EU-kommissionsbeslut:

Case No COMP/M.2220 *General Electric/Honeywell*, Regulation (EEC) No 4064 Merger Procedure

WTO-avgöranden:

Japan – Alcoholic Beverages II - Report of the Appellate Body, 4 oktober 1996, WT/DS11/AB/R

EC – Bananas III – Report of the Appellate Body, 9 september 1997, WT/DS27/AB/R

Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled & Frozen Beef – Report of the Appellate Body, 11 december 2000, WT/DS161/AB/R

US – Offset Act (Byrd Amendment) – Report of the Appellate Body, den 16 januari 2003, WT/DS217/AB/R; WT/DS234/AB/R

EC – Measures affecting trade in commercial vessels – Report of the Panel, den 22 april 2005, WT/DS301/R

Dominican Republic – Measures affecting the importation and internal sale of cigarettes – Report of the Appellate body, den 25 april 2005, WT/DS302/AB/R

US – Carbon steel, appellate body report, 28 november 2002, WT/DS213/AB/R

India – Certain Measures Relating To Solar Cells & Solar Modules – Report of the Appellate Body, 16 september 2016, WT/DS456/AB/R

United States – Tariff measures on certain goods from China, 15 september 2020, WT/DS543/R

United States – Measure affecting imports of woven wool shirts and blouses from India, 25 april 1997, WT/DS33//AB/R

Litteratur

Altenberg, P., *Rising Protectionism Signals Valuable Lessons Have Been Forgotten*, International Institute for Sustainable Development (juli 2021) <https://www.iisd.org/articles/rising-protectionism-signals-valuable-lessons-forgotten> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Bacon, K., *European Union Law of State Aid*, Oxford University Press, tredje uppl., 2017

Bernitz, U., & Kjellgren, A., *Europarättens Grunder*, Norstedts Juridik, sjätte upplagan, 2018

Crochet, V., och Gustafsson, M., *Lawful Remedy or illegal response? Resolving the issue of foreign subsidisation under WTO law*, KU Leuven/Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 226, november 2020. Tillgänglig på <https://ghum.kuleuven.be/ggs/wp226-crochet-gustafsson.pdf> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Fakhri, M., *The institutionalisation of free trade and empire: a study of the 1902 Brussels convention*, London Review of International Law, Volume 2, första upplagan, 2014, tillgänglig via https://law.uoregon.edu/sites/default/files/fakhri_the_institutionalisation_of_free_trade_study_of_the_1902_brussels.pdf - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Fakhri, M., *Sugar*, i Hohmann, J., och Joyce, D., *International Law's Objects*, Oxford University Press, 2018, tillgänglig via <https://academic.oup.com/book/7963/chapter/153315133> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Malawer, S., *Trump's Tariff Wars and National Security: A Political and Historical Perspective* (September 4, 2018). 4 CHINA AND WTO REVIEW (No. 2) 351 (September 2018), tillgänglig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3244051> och <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3244051> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

McDonagh, N., *Protection or Protectionism? State-Driven Foreign Investment Risks and the EU's New Investment Screening Measures* (June 27, 2022). Tillgänglig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4146957> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Nagy, C. I., *Foreign Subsidies, Distortions and Acquisitions: Can the playing field be levelled?*, Central European Journal of comparative law, vol. 2, no. 1 (1 maj 2021). Tillgänglig på <https://ssrn.com/abstract=3852175> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Petersmann, Ernst-Ulrich: *The UN Sustainable Development Agenda and Rule of Law: How to Limit Global Governance Failures and Geopolitical Rivalries?* (2021). EUI Department of Law Research Paper No. 2021/10, tillgänglig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4005347> och <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4005347> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Rangel, D., *WTO General Exceptions: Trade Law's Faulty Ivory Tower*, Public Citizen, 4 februari 2022, <https://www.citizen.org/article/wto-general-exceptions-trade-laws-faulty-ivory-tower/> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Rubini, L., *The International Context of EC State Aid Law and Policy: The Regulation of Subsidies in the WTO*, januari 2004, tillgänglig på <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199265329.003.0008> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Seth, T., *Tristläsning i WTO – Om rättens betydelse i den internationella handelspolitiken*, Norstedts Tryckeri, 2020

Seth, T., *WTO och den internationella handelsordningen*, Studentlitteratur, 2004

Signoret, J., et al., – *Unfair advantage: Distortive Subsidies and Their Effects on Global Trade*: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/0534eca53121c137d3766a02320d0310-0430012022/related/Unfair-Advantage-Distortive-Subsidies-and-Their-Effects-on-Global-Trade-2023.pdf> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Wessel, R A., Larik, J., *EU External Relations Law, Texts, Cases and Materials*, Hart Publishing, 2nd edition, 2020

Internationella avtal

General Agreement on Tariffs and Trade (Det allmänna tull- och handelsavtalet)
https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm

General Agreement on Trade in Services (Det allmänna tjänstehandelsavtalet)
https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf

Tokyo Round Subsidies Code (Tokyoreglerna om Subventioner)
<https://www.worldtradelaw.net/document.php?id=tokyoround/subsidiescode.pdf&mode=download>

Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (Avtalet om Subventioner och kompensatoriska åtgärder) https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf

Agreement on Safeguards (Skyddsåtgärdsavtalet)
https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg_e.htm

Agreement on implementation of article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade (Antidumpningsavtalet)
https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp.pdf

Europeiska Unionens åtagandeschema för GATS-avtalet:
[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(\(@Symbol=%20gats/sc/*\)%20and%20\(\(%20@Title=%20european%20communities%20or%20european%20union%20\)%20or%20\(@CountryConcerned=%20european%20communities%20or%20european%20union\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=((@Symbol=%20gats/sc/*)%20and%20((%20@Title=%20european%20communities%20or%20european%20union%20)%20or%20(@CountryConcerned=%20european%20communities%20or%20european%20union))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) , Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, United Nations Treaty Collection,
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Övrigt

Världshandelsorganisationen/WTO:

Introduction to the WTO dispute settlement system, WTO,
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c1s3p3_e.htm#ftn2 - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

The panel process, WTO, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/dispu2_e.htm - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Legal effect of panel and appellate body reports and DSB recommendations and rulings, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c7s2p1_e.htm - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

The process – Stages in a typical WTO dispute settlement case, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s10p1_e.htm - Länken har verifierats den 19 maj 2024

Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Subsidies and countervailing measures: overview, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/subs_e.htm - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Members and Observers, WTO, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement, Geneva Trade Platform, https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/ - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Europeiska unionen:

EU hierarchy of norms, EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/eu-hierarchy-of-norms.html> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

EU – Competition State Aid Brief, issue 1/2023
https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-07/state_aid_brief_1_2023_kdam23001enn_TCTF_survey_0.pdf - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Foreign Subsidies Regulation, EU-kommissionen, https://competition-policy.ec.europa.eu/foreign-subsidies-regulation_en?preflang=sv - Länken har verifierats den 19 maj 2024.

Sammanfattning av EU-lagstiftningen: EU-rättens direkta effekt: <https://eur-lex.europa.eu/SV/legal-content/summary/the-direct-effect-of-european-union-law.html> - Länken har verifierats den 19 maj 2024.