

KOMMUNEN SOM KONKURRENT

Kommunalrättsliga befogenheter
och konkurrensrättsliga begränsningar

Tobias Indén

Skifter från juridiska institutionen
vid Umeå universitet

/ Nr 19



Kommunen som konkurrent

Kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar

av

Tobias Indén

AKADEMISK AVHANDLING

som med vederbörligt tillstånd av rektorsämbetet vid Umeå universitet för avläggande av juris doktorsexamen framlägges till offentligt försvar i Hörsal B, Samhällsvetarhuset, fredagen den 12 december kl. 13.00.

Fakultetsopponent är professor Ulla Neergaard, Juridiskt institut, Copenhagen Business School.

UMEÅ UNIVERSITET
Juridiska institutionen

Juridikbokse

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Department of Law
Umeå University
SE-901 87 Umeå, Sweden

Abstract

Indén, Tobias, *The Municipality as a Competitor – the Competences of the Municipalities and the Restrictions in the Competition Regulations* (Kommunen som konkurrent – kommunala befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar). Iustus Förlag AB, Box 1994, 751 49 Uppsala, 2008, 418 pp. Doctoral dissertation, Swedish text, ISBN 978-91-7678-706-9.

It is common practice that Swedish municipalities sell services and utilities in competition with private undertakings. For example Swedish municipalities have been engaged in driving schools, sold plants from municipal plant schools, provided real estate maintenance services to private persons and companies, and municipal public baths have also been engaged in public gyms. Commitments on these areas have earlier in large extent been reserved to private operators and the area is therefore to be denoted as the proper business community.

The fact that the municipal operators in a larger extent engage in activities on the market which by tradition have been reserved for private undertakings, when private undertakings at the same time get access to many markets which have recently have been subject to different types of liberalisations, risks creating competition problems; especially in situations when the municipal operators in various way are being favoured by their owners, the municipalities.

In this dissertation the conflicts that often occur when municipal undertakings engage in business activities are being analysed in the light of the Swedish local government act, the competition legislation and the European prohibition against state aid. The analysis focuses not only on a general approach but also on three specific areas. The areas that are treated in particular concerns municipal rental housing, municipal gym services and municipal commitments in certain service sectors, as in restaurants and conferences, including municipal tourism industry.

Moreover the analysis results in a presentation of alternative strategies on how to solve or at least mitigate the competition problems that can arise when municipal operators compete with private companies. The alternative strategies that are presented are not built solely on an analysis of the above mentioned legislation and the specific areas but it is also based on proposals put forward in earlier enquiries and in the doctrine. Moreover inspiration for the alternative strategies is found in the comparative survey that is done, where first and foremost the Danish judicial system is analysed.

Keywords: Competition law, Competition neutrality, the Municipalities' competence, Public undertakings, State aid.

Skrifter från juridiska institutionen
vid Umeå universitet

Nr 19



Kommunen som konkurrent

Kommunalrättsliga befogenheter och
konkurrensrättsliga begränsningar

TOBIAS INDÉN

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Tobias Indén. Kommunen som konkurrent – kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar. The Municipality as a Competitor – the Competences of the Municipalities and the Restrictions in the Competition Regulations. Iustus Förlag AB, 416 pp. Uppsala 2008. ISSN 1404-9198. ISBN 978-91-7678-706-9.

It is common practice that Swedish municipalities sell services and utilities in competition with private undertakings. For example Swedish municipalities have been engaged in driving schools, sold plants from municipal plant schools, provided real estate maintenance services to private persons and companies, and municipal public baths have also been engaged in public gyms. Commitments on these areas have earlier in large extent been reserved to private operators and the area is therefore to be denoted as the proper business community.

The fact that the municipal operators in a larger extent engage in activities on the market which by tradition have been reserved for private undertakings, when private undertakings at the same time get access to many markets which recently have been subject to different types of liberalisations, risks creating competition problems; especially in situations when the municipal operators in various ways are being favoured by their owners, the municipalities.

In this dissertation the conflicts that often occur when municipal undertakings engage in business activities are being analysed in the light of the Swedish local government act, the competition legislation and the European prohibition against state aid. The analysis focuses not only on a general approach but also on three specific areas. The areas that are treated in particular concerns municipal rental housing, municipal gym services and municipal commitments in certain service sectors, as in restaurants and conferences, including municipal tourism industry.

Moreover the analysis results in a presentation of alternative strategies on how to solve or at least mitigate the competition problems that can arise when municipal operators compete with private companies. The alternative strategies that are presented are not built solely on an analysis of the above mentioned legislation and the specific areas but it is also based on proposals put forward in earlier enquiries and in the doctrine. Moreover inspiration for the alternative strategies is found in the comparative survey that is done, where first and foremost the Danish judicial system is analysed.

Key words: competition law, competition neutrality, distortion of competition, the municipalities' competence, public undertakings, state aid

Tobias Indén, Juridiska institutionen, Umeå universitet, 901 87 Umeå

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2008

ISSN 1404-9198

ISBN 978-91-7678-706-9

Sättning: Kristian G. Madsen, Uppsala

Omslag: Maria Lindhgren

Tryck: Edita, Västerås 2008

Iustus Förlag, Box 1994, 751 49 Uppsala, Tel: 018-65 03 30

Hemsida: www.iustus.se, E-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

Även om en avhandling framförallt är en produkt av dess författare – varför det i huvudsak är jag som ska få eventuell ära för framställningen men också svara för dess brister – är det många som på olika sätt varit behjälpliga under min tid som doktorand. Först och främst förtjänar min handledare, professor Tom Madell, ett varmt tack för att han med finesse och aldrig sinande tålamod guidat mig i den akademiska djungeln. Dessutom riktas ett stort tack till professor Michael Steinicke som varit min biträdande handledare. Han har inte bara bistått med värdefulla synpunkter, utan han har också introducerat mig i det danska gemytet.

Även min gode vän Peter Ekström, som varit behjälplig med synpunkter på ett tidigare utkast till manus förtjänar ett tack. Det gör också Karla Wixe och Lisa Forsberg som hjälpt mig med diverse göromål av administrativ karaktär i arbetets slutskede. Även Joakim Lindqvist som språkgranskat den engelska översättningen är värd min uppskattning.

Avhandlingsarbetet har varit möjligt att genomföra tack vare en anställning vid den juridiska institutionen, Umeå universitet, men har till stor del finansierats av Konkurrensverket. Därutöver har jag erhållit flera stipendier som satt guldkant på tillvaron, vilka bland annat möjliggjort två längre vistelser vid Juridisk institut, Syddansk universitet, där jag alltid känt mig varmt välkommen. Stipendierna har utgått från Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning, JC Kempes Minnesstipendiefond, Länsförsäkringar Västerbottens och Föreningsparbankens fond för ekonomisk och social forskning samt från Nordeas Norrlandsstiftelse.

Slutligen vill jag tacka Caroline för att hon stått ut med både mig och mitt arbete; tack Caroline.

Min strävan har varit att beakta rättsutvecklingen till och med juli 2008 – lagstiftning och annat material som tillkommit därefter har följaktligen inte beaktats.

Umeå, juli 2008

Tobias Indén

Innehållsförteckning

Förord 5

Förkortningar 13

DEL I: INTRODUKTION 15

1 Inledning 17

- 1.1 Introduktion 17
- 1.2 Syfte 25
- 1.3 Avgränsningar 26
- 1.4 Metod och material 27
- 1.5 Tidigare forskning 33
- 1.6 Disposition 34

DEL II: KOMMUNALRÄTTSLIGA BEFOGENHETER OCH KONKURRENS-
RÄTTSLIGA BEGRÄNSNINGAR 37

2 Kommunalrätten och kommunerna som marknadsaktörer 39

- 2.1 Introduktion 39
- 2.2 Den kommunala kompetensen och det kommunala näringslivsengagemanget 40
 - 2.2.1 Sedvanlig kommunal affärsverksamhet 44
 - 2.2.2 Den kommunala kompetensen på det egentliga näringslivets område 46
 - 2.2.2.1 *Sysselsättning för handikappade och servicetjänster åt äldre* 52
 - 2.2.2.2 *Kommunal tjänsteexport* 53
 - 2.2.2.3 *Kommunal busstrafik på mission* 54
- 2.3 Självkostnadsprincipen 56
 - 2.3.1 Självkostnadsprincipens gränser 58
 - 2.3.2 Den kommunala självkostnadsprincipen och det företagsekonomiska perspektivet på självkostnaderna 61

- 2.4 Laglighetsprövning – statlig tillsyn på entreprenad 62
 - 2.4.1 Laglighetsprövning som rättsmedel 63
 - 2.4.2 Klagoberättigade och överklagbara beslut 64
 - 2.4.3 Prövningsgrunder 66
 - 2.4.4 Förfarande och rättsverkningar 68
- 2.5 Preliminära konklusioner och sammanfattning 70

- 3 Den danska kommunalrätten och den kommunala näringsverksamheten 75**
 - 3.1 Introduktion 75
 - 3.2 Kommunalfullmakten – en kommunal kompetens utan lagstöd 76
 - 3.3 Kommunalfullmakten och kommunal näringsverksamhet 84
 - 3.3.1 Avsättning av biprodukter 86
 - 3.3.2 Försäljning av överskottskapacitet 89
 - 3.3.3 Accessorisk verksamhet 93
 - 3.3.4 Försörjningsverksamhet 97
 - 3.4 Tillsyn över den kommunala verksamheten 98
 - 3.4.1 Den administrativa tillsynen 99
 - 3.4.2 Domstolarnas tillsyn 102
 - 3.5 Preliminära konklusioner och sammanfattning 103

- 4 Konkurrensrätten och kommunernas kommersiella verksamhet 111**
 - 4.1 Introduktion 111
 - 4.2 Den svenska konkurrenslagen 112
 - 4.2.1 Konkurrenslagens räckvidd 115
 - 4.2.1.1 Företagsbegreppet 116
 - 4.2.1.2 Myndighetsutövning 118
 - 4.2.1.3 Konkurrenslagen och offentliga regleringar 119
 - 4.3 Den danska konkurrenslagens tillämpningsområde och dess förhållande till offentliga regleringar 123
 - 4.3.1 Konkurrenzelovens tillämpningsområde 123
 - 4.3.2 Förhållandet mellan offentliga regleringar och konkurrenzeloven 124

- 4.4 Den svenska konkurrenslagens förbud mot missbruk av dominerande ställning 130
 - 4.4.1 Dominerande ställning 130
 - 4.4.2 Missbruksrekvisitet 136
 - 4.4.2.1 Underprissättning 139
 - 4.4.2.2 Överprissättning 142
 - 4.4.2.3 Selektiv prissättning och prisdiskriminering 142
- 4.5 Tillsyn och sanktioner 143
- 4.6 Preliminära konklusioner och sammanfattning 146

Några konkurrensrättsliga aspekter på privilegierade företag 151

- 5.1 Introduktion 151
- 5.2 Konkurrensbegränsande offentliga regleringar och EG-rätten 151
 - 5.2.1 Privilegierade företag enligt artikel 86 EG 152
 - 5.2.2 En konkurrensrättslig lojalitetsplikt 157
 - 5.2.3 Privilegierade företag och undantag från EG:s konkurrensrätt 158
 - 5.2.3.1 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse 159
 - 5.2.3.2 Konkurrensreglerna ska hindra fullgörandet av uppgifterna 164
 - 5.2.3.3 Nödvändighet och proportionalitet 168
- 5.3 Offentliga stöd och EG-rätten 171
 - 5.3.1 Förbudet mot statsstöd 172
 - 5.3.1.1 Statliga stöd 173
 - 5.3.1.2 Selektivt gynnande, snedvridning av konkurrensen och påverkan på samhandeln 180
 - 5.3.2 Undantag från förbudet mot statligt stöd 183
 - 5.3.2.1 Kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse 183
 - 5.3.2.2 De statsstödsrättsliga undantagen 191
 - 5.3.3 Den statsstödsrättsliga proceduren 194
 - 5.3.4 Återkrav av olagliga stöd 198
 - 5.3.4.1 Verkställande av återkrav 199
 - 5.3.4.2 Svenska återkravsregler 201
 - 5.3.4.3 De svenska återkravsreglerna och gemenskapsrätten 203

- 5.4 Offentliga stöd och den danska konkurrenslagen 206
 - 5.4.1 Förbudets räckvidd och konstruktion 207
 - 5.4.2 Sanktioner 211
 - 5.4.3 Processuella bestämmelser 211
 - 5.4.4 Förbudets tillämpning i praxis 212
- 5.5 Preliminära konklusioner och sammanfattning 214

DEL III: KOMMUNALT NÄRINGS- OCH LIVS-ENGAGEMANG OCH BRISTANDE
KONKURRENSNEUTRALITET – NÅGRA KONFLIKTOMRÅDEN 219

- 6 De kommunala bostadsföretagen och konkurrensrätten 221**
 - 6.1 Introduktion 221
 - 6.2 Det kommunala engagemangets rättsliga grund 222
 - 6.3 Den kommunala verksamhetens förutsättningar 228
 - 6.3.1 Hyresregleringen och besittningsskyddet 229
 - 6.3.2 Kommunal bostadsförsörjning och en marknadsanpassad självkostnadsprincip 231
 - 6.4 Det kommunala engagemanget och konkurrensrätten 234
 - 6.4.1 Kommunala stödåtgärder och det statsstödsrättsliga förbudet 237
 - 6.4.2 Stöd till kommunala bostadsföretag och undantag från det statsstödsrättsliga förbudet 243
 - 6.4.3 Bostadsmarknaden och de centrala konkurrensrättsliga förbuden 254
 - 6.4.3.1 *Konkurrensbegränsande samarbeten och kommunala bostadsföretag 255*
 - 6.4.3.2 *De kommunala bostadsföretagen och förbudet mot missbruk av dominerande ställning 257*
 - 6.5 De danska kommunerna och deras engagemang på bostadsområdet 260
 - 6.6 Preliminära konklusioner och sammanfattning 262
- 7 De kommunala friskvårdsföretagen och konkurrensrätten 267**
 - 7.1 Introduktion 267
 - 7.2 Det kommunala engagemangets rättsliga grund 268

- 7.3 Den kommunala verksamhetens förutsättningar 269
- 7.4 Det kommunala engagemanget och konkurrensrätten 271
- 7.5 De danska kommunerna och friskvården 279
- 7.6 Preliminära konklusioner och sammanfattning 281
- 8 Kommunernas engagemang inom några servicebranscher och konkurrensrätten 287**
 - 8.1 Introduktion 287
 - 8.2 Det kommunala engagemangets rättsliga grund 287
 - 8.2.1 Den kommunala kompetensen ifråga om konferensanläggningar, hotell och restauranger 288
 - 8.2.2 De kommunala befogenheterna på turistområdet 291
 - 8.2.2.1 *Turismen och den allmänna kommunala kompetensen* 291
 - 8.2.2.2 *En utökad kommunal kompetens – turistbefogenhetslagen* 295
 - 8.3 Den kommunala verksamhetens förutsättningar 298
 - 8.4 Det kommunala engagemanget och konkurrensrätten 299
 - 8.4.1 Det kommunala engagemanget och den svenska konkurrensrätten 299
 - 8.4.2 Kommunal turistnäring och förbudet mot statligt stöd 303
 - 8.5 De danska kommunerna och deras engagemang på några serviceområden m.m. 308
 - 8.6 Preliminära konklusioner och sammanfattning 309

DEL IV: LAMNADE LÖSNINGSFÖRSLAG OCH ALTERNATIVA STRATEGIER 313

- 9 Lämnade lösningsförslag 315**
 - 9.1 Introduktion 315
 - 9.2 Konkurrensrådets förslag 316
 - 9.2.1 Minskade konfliktytor 316
 - 9.2.2 Ökad konkurrensneutralitet 317
 - 9.2.3 Lokala konkurrensråd 319
 - 9.3 En konkurrensrättslig konfliktlösningsregel 319

- 9.4 KKV:s förslag till lösningar 326
 - 9.4.1 Ökad transparens och en renodlad myndighetsroll 327
 - 9.4.2 En utökad rätt till laglighetsprövning 330
- 9.5 Den Kommunala kompetensutredningens förslag 331
- 9.6 Preliminära konklusioner och sammanfattning 332

10 Avslutande analys och alternativa strategier 337

- 10.1 Introduktion 337
- 10.2 Sammanfattande analys 337
- 10.3 Alternativa strategier 343
 - 10.3.1 Minskade konfliktytor till följd av en begränsad kommunal kompetens 346
 - 10.3.1.1 *En kommunalrättslig inskränkning av kommunernas kompetens 347*
 - 10.3.1.2 *Statlig tillsyn utan förhinder 352*
 - 10.3.1.3 *En konkurrensrättslig reglering med kommunalrättsliga implikationer 356*
 - 10.3.2 Ökad konkurrensneutralitet 357
 - 10.3.2.1 *Kommunalrättsliga åtgärder för att skapa ökad konkurrensneutralitet 358*
 - 10.3.2.2 *Konkurrensrätten som medel för ökad konkurrensneutralitet 363*
- 10.4 Några avslutande noteringar 372

Summary 375

Källförteckning 382

Sakregister 412

Förkortningar

EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EStAL	European State Aid Law Quarterly
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FOB	Folketingets Ombudsmand
FT	Folketingstidende
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk tidskrift
KKV	Konkurrensverket
Kommunallagen	Kommunallag (1991:900)
Konkurrenslagen	Konkurrenslag (1993:20)
RBD	Rättsfall från Bostadsdomstolen
RF	Regeringsformen (1974:152)
SvJT	Svensk Juristtidning

DEL I

INTRODUKTION

1 Inledning

1.1 Introduktion

Den svenska vardagen är ”ganska kommunal” – alla svenskar inte bara lever inom geografiska områden som betecknas som kommuner utan vi kommer också varje dag direkt eller indirekt i kontakt med den kommunala organisationen.¹ De flesta börjar sitt liv på ett landstingskommunalt sjukhus, tillbringar delar av sina första år på ett kommunalt daghem och nästkommande nio år inom den kommunala skolans väggar. Det är dessutom många som bor inom den kommunala allmännyttan och likaså köper vi ofta vår el och fjärrvärme från det kommunala energibolaget.

Kommunernas roll sträcker sig emellertid ännu längre. De är och har under lång tid varit viktiga för näringslivets infrastruktur i vid mening, i och med att kommunerna ansvarar för vatten, avlopp, gator samt en stor del av vägnätet.² Dessutom är många kommuner engagerade i hamnar som betjänar det lokala näringslivet. Denna typ av verksamhet betecknas av tradition som sedvanlig kommunal affärsverksamhet³ och rymms inom ramarna för den allmänna kommunala kompetensen så som den uttrycks i kommunallagen.

Den kommunala verksamheten har också ett annat ansikte – många kommuner säljer produkter, men framför allt tjänster, i konkurrens med privata aktörer. Det kan utöver de områden där kommunerna enligt lag har en skyldighet att ansvara för viss service exempelvis röra sig om körskoleverksamhet, försäljning av växter från en kommunal plantskola, fastighetsunderhåll där kommunala enheter säljer underhållstjänster till privatpersoner och företag, samt kommunala badanläggningar som även tillhandahåller tjänster i form av gym etc. Engagemang på dessa områden har i stor utsträckning tidigare varit förbehållet privata aktörer och området betecknas därför som det egentliga näringslivet.⁴

¹ Se Wetterberg, 2000, s. 11.

² Se Wetterberg, 2000, s. 12

³ Se t.ex. prop. 1990/91:117, s. 33.

⁴ Se prop. 1990/91:117, s. 33. Någon skarp grans mellan att påverka konkurrensen genom att bedriva näringsverksamhet eller genom att stödja enskilda företag och att generellt stödja näringslivet, t.ex. genom satsningar på infrastruktur, går daremot inte att dra, jfr Heide-Jørgensen, 1993, s. 127.

Det kommunala tillhandahållandet av sådana tjänster och nyttigheter torde som utgångspunkt i sig inte skapa några egentliga problem,⁵ utan dessa uppkommer strängt taget först då kommunerna, inbegripet deras företag, agerar på ett sätt som inte är marknadsmässigt.⁶ Ett exempel på ett sådant agerande är tillhandahållande av tjänster till en kostnad som understiger marknadspriset. För en privat aktör är ett sådant agerande under en längre tid uteslutet i och med att det på sikt skulle utarma företaget ifråga. Anledningarna till att kommunala aktörer kan tillhandahålla tjänster på villkor som inte är marknadsmässiga är flera, men den främsta orsaken är att kommunala aktörer i många fall gynnas på olika sätt av den egna kommunen.⁷

Exempel på fördelar som kommunala företag kan dra nytta av är att finansiering inte sällan kan ordnas genom den egna kommunen till bättre villkor än vad marknadens privata aktörer får möjlighet till. En annan form av stöd som kan riktas till kommunala företag är kommunal borgen, som anses vara mycket saker i och med att kommuner inte kan gå i konkurs. Genom kommunal borgen, vilken inte är tillgänglig för privata alternativ, kan kommunala aktörer därför få lägre kapitalkostnader än de privata företag de konkurrerar med.⁸ De allvarligaste problemen torde däremot oftast uppkomma till följd av att den konkurrensutsatta verksamheten subventioneras

⁵ I praktiken skulle ett kommunalt engagemang på ett visst område kunna avskracka privata aktörer från att engagera sig på marknaden, i och med att privata företag eventuellt inte vill konkurrera med företag som potentiellt kan stödjas med skattemedel, samtidigt som kommunala företag i praktiken inte heller kan gå i konkurs. På upphandlingsområdet har det däremot förekommit en åsikt om att konkurrens från en enhet inom den upphandlande myndigheten kan vara positiv för kvaliteten och prisbildningen även bland anbudna från privata företag, jfr Nilsson m fl, 2005, s 109 f.

⁶ Jfr Heide Jørgensen, 1993, s 126. Enligt Valkama kan ett kommunalt engagemang på den öppna marknaden i form av tjänsteproduktion till och med medverka till att konkurrensen upprätthålls och stimuleras. En förutsättning för att det ska bli resultatet är emellertid att det råder konkurrensneutralitet (*a level playing field*) på marknaden, Valkama, 2005, s 256 respektive s 246.

⁷ Se t ex Myndigheter och marknader – tydligare grans mellan offentligt och privat, KKV:s rapportserie 2004:4 (KKV:s rapport 2004:4), s 66 ff och s 110 f. Jfr Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, KKV:s rapportserie 2000:1, s 365, Ds 2001:17, s 31 och Konkurrensen i Sverige 2005, KKV:s rapportserie 2005:1, s 17. Jfr också Lindquist, 2005, s 295.

⁸ Se t ex KKV:s rapport 2004:4, s 36 f och Göteborgs fastighetsägareförening, skrivelse till kommunstyrelsen, den 3 februari 1994, s 1 f, efter Norberg, 1999a, s 52. Jfr med avsnitt 3.2.2 i Linklaters memorandum, 24 maj 2005, Is the Public Support to Municipal Housing Companies Compatible with the EC rules on State Aid?, funnen via <http://www.fastighetsagarna.se/system/article/article.asp?ArticleId=20911> (2007-08-03).

genom skattemedel.⁹ Det kan ske dels genom att man inom ett kommunalt företag överför medel från en verksamhet till en annan, dels genom att kommunen tillför verksamheten medel. Kommunerna kan också med hänvisning till den s.k. underskottsprincipen själva välja vilken eller vilka verksamheter som ska finansieras av skatter respektive avgifter och i hur stor utsträckning det ska göras.¹⁰

Ytterligare en situation där ett kommunalt engagemang kan skapa en konkurrenskonflikt är då en kommunal enhet ägnar sig åt myndighetsutövning samtidigt som den också tillhandahåller olika tjänster på området. Som exempel kan nämnas att kommunala räddningstjänster utövar brandsyn, vilket är en form av myndighetsutövning, samtidigt som de ofta säljer brandskyddsutrustning och bedriver konsultverksamhet på området. I en sådan situation kan det vara lockande för en kund att anlita räddningstjänsten som leverantör eller konsult för att i ett senare skede räkna med en snabbare handläggning vad gäller brandsynen. En annan konkurrensfördel är att den kommunala räddningstjänsten i samband med brandsynen kan upplysa kunden om att nödvändig utrustning kan köpas av räddningstjänsten, som således får tillgång till en försäljningskanal som inte står öppen för marknadens övriga aktörer. Om myndighetsutövning på angivet sätt blandas med privaträttslig verksamhet kan också kunden få uppfattningen att de produkter eller tjänster som säljs är godkända av myndigheten och därför är av bättre kvalitet än andra alternativ.¹¹ I dylika situationer kan konkurrensförhållandena mellan privata och kommunala aktörer påverkas ytterligare till följd av mervärdesskattelagens utformning, vilken undantar vissa offentliga aktörer från momsplikten då dessa aktörer tillhandahåller varor och tjänster som ett led i myndighetsutövningen.¹²

⁹ För hänvisningar se ovan not 7.

¹⁰ Se Lindquist, 2005, s. 108 och s. 114 Den kommunalrättsliga utgångspunkten är också att det kommunala medelsbehovet ska tackas av skatter, se t.ex. Petersén m.fl., 2006, s. 349 och Warnling-Nerep, 1995, s. 201.

¹¹ Se KKV 2004:4, s. 63 ff. Jfr MD 1989:28, där Invandrarverkets språksektion i reklam för sina översättningstjänster gjort olika påståenden om dessa tjänsters karaktär och kvalitet. Marknadsföringen befanns delvis vara otillbörlig enligt marknadsföringslag (1975:1418). MD framhöll att uppgifter som en myndighet lämnar i samband med sin myndighetsutövning ofta är agnad att vacka särskilt förtroende; "[o]m en myndighet i kommersiell reklam åberopar sin myndighetsställning måste därför ställas höga vederhaftighetskrav på de uppgifter som lämnas i reklamen."

¹² Se 4 kap. 6–7 §§ mervärdesskattelag (1994:200). Mervärdesskattelagens utformning i det avseendet har också kritiserats av KKV, se t.ex. KKV:s yttrande dnr 325/2007 (2007-08-14).

Då kommunala aktörer inte sällan har fördelar som inte är marknadsmässigt betingade, vilka de privata företagen inte kommer i åtnjutande av, kan konstateras att det inte alltid råder full konkurrensneutralitet mellan privata och kommunala aktörer då de möts på det egentliga näringslivets område.¹³

De konkurrensproblem som uppkommer då kommunala aktörer engagerar sig på den öppna marknaden hänför sig oftast till s.k. underprissättning, dvs. en prissättning som understiger marknadspriset. En enkel lösning på de problem som kan uppstå skulle därför vara att ålägga kommunerna att alltid agera marknadsmässigt. Genom den kommunala självkostnadsprincipen, vilken återfinns i kommunallagen och föreskriver att det kommunala avgiftsuttaget inte utan stöd i författning får överstiga självkostnaderna för den aktuella tjänsten eller nyttigheten, utesluts emellertid i viss mån en sådan lösning på problemet – inte minst i de situationer underprissättningen beror på olika former av kommunala stöd.¹⁴ I sammanhanget ska också nämnas att förhållandet kompliceras ytterligare av att självkostnadsprincipen inte är normerande för avgiftsättningen i kommunala bolag om det inte framgår av de kommunala styrdokument. Därför går det inte att på generell nivå utesluta att kommunala bolag kan agera marknadsmässigt. Om kommunal verksamhet bedrivs i privaträttslig form måste följaktligen analysen av ett enskilt ärende inte endast göras utifrån kommunalrätten, utan också utifrån företagets bolagsordning och andra kommunala styrdokument.

En alternativ lösning till att ålägga kommunala aktörer att alltid agera marknadsmässigt skulle vara att tillämpa förbuden i konkurrenslagen på all kommunal verksamhet som drivs på den öppna marknaden. Inte heller en sådan lösning är oproblematisk, främst beroende på att konkurrenslagen vare sig är anpassad till konkurrensbegränsningar som uppkommit till följd av offentlig verksamhet eller anpassad för att tillämpas inom områden som präglas av s.k. blandadministration¹⁵ – till skillnad från gemenskapsrätten där artikel 86 Europeiska gemenskapsfördraget (EG) tar sikte på just sådana situationer.

¹³ Begreppet konkurrensneutralitet kan förstås som det förhållande då det råder en full rättvisa mellan offentliga och privata aktörer, såtillvida att ingen aktör ges en ofortjänt fördel framför andra. Jfr även Valkama som definierar konkurrensneutralitet som en ”marknads-situation där institutionella faktorer inte gynnar eller diskriminerar en enda aktuell eller potentiell tjänsteproducent”, Valkama, 2005, s. 243.

¹⁴ Jfr SOU 2007.72, s. 85.

¹⁵ Se Norberg, 1999a, s. 160.

I första hand går det att ifrågasätta huruvida konkurrenslagen överhuvudtaget kan tillämpas på ett konkurrensbegränsande förfarande i form av underprissättning i de fall självkostnadsprincipen ska beaktas. I sådana situationer torde konkurrensbegränsningen vara en direkt eller nödvändig följd av självkostnadsprincipens tillämpning – varför konkurrenslagen inte kan användas som verktyg för att angripa den aktuella konkurrensbegränsningen.¹⁶ I händelse av att den kommunala verksamheten bedrivs i privaträttslig form samtidigt som de kommunala styrdokumenterna inte anger att självkostnadsprincipen ska vara normerande för avgiftsuttaget kan däremot bedömningen bli en annan. I en sådan situation finns det inget som står i vägen för en tillämpning av konkurrenslagen.

Om konkurrenslagen likväl skulle kunna tillämpas är det främst förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 19 § som kan aktualiseras då kommunal näringsverksamhet bedrivs i konkurrens med privata aktörer. För att en underprissättning ska omfattas av förbudet krävs emellertid vanligtvis att det s.k. avsiktsrekvisitet är uppfyllt. Rekvisitet innebär att en prissättning som understiger de totala kostnaderna, men inte de rörliga kostnaderna, är förbjuden då avsikten är att skapa en monopolsituation för att i ett senare skede dra nytta av denna. Det faktum att kommunala företag som huvudregel är bundna av självkostnadsprincipen utesluter således att konkurrensbegränsande åtgärder vidtagna av kommunala företag kan träffas av förbudet i 19 § konkurrenslagen eftersom dessa, även om de verkar på en monopolmarknad, inte kan ta ut högre priser än självkostnaderna. Skulle likväl självkostnadsprincipen inte vara normerande för det kommunala avgiftsuttaget i en viss situation går det – vilket kommer att framgå i det föreliggande arbetet – ändå att ifrågasätta huruvida konkurrenslagens förbud är ändamålsenliga i sammanhanget.

Andra regleringar som påverkar förhållandet mellan kommunerna och det egentliga näringslivet är EG-rättens statsstödsregler som återfinns i artikel 87–89 EG. Kärnan i statsstödsreglerna är artikel 87.1 EG. Artikel 87.1 förbjuder en medlemstat att gynna vissa företag eller viss produktion om gynnandet snedvrider eller riskerar att snedvrida konkurrensen i en sådan utsträckning att handeln mellan medlemsstaterna påverkas. Regeln är inte bara tillämplig då ett statligt organ lämnar ett visst stöd utan även då en kommun beviljar stöd till ett företag.

¹⁶ Jfr prop. 1992/93:56, s. 70.

För att en åtgärd ska anses utgöra ett stöd i gemenskapsrättslig mening och därmed omfattas av artikel 87.1 EG fordras att åtgärden innebär att det mottagande företaget får en ekonomisk fördel som företaget inte skulle ha fått i sin normala verksamhet. Med en ekonomisk fördel avses därför inte bara olika typer av bidrag utan även en möjlighet att nyttja fast egendom till ett lågt pris eller att få företräde till viss infrastruktur utan att erlagga någon avgift för det kan utgöra ett stöd i gemenskapsrättslig mening. En ytterligare förutsättning för att ett offentligt stöd ska träffas av bestämmelsen är att stödet är selektivt och därigenom påverkar konkurrensen mellan vissa företag och deras konkurrenter. Allmänna åtgärder som tillämpas automatiskt på samtliga företag inom alla ekonomiska sektorer såsom generella skattelättnader omfattas därför inte av bestämmelsen.

Avgörande ifråga om statsstödsreglernas tillämpning är att den aktuella åtgärd som kan misstänkas strida mot förbudet i artikel 87.1 EG faktiskt eller potentiellt ska påverka konkurrensen samtidigt som det s.k. samhandelskriteriet är uppfyllt. Kravet anses normalt vara uppfyllt då det kan visas att stödmottagaren bedriver ekonomisk verksamhet på en marknad där det förekommer handel mellan medlemsstaterna. Flera av de områden där konflikten mellan kommunal och privat näringsverksamhet uppstår berör emellertid endast lokala och i vissa fall regionala marknader, varför statsstödsreglerna sällan kan aktualiseras då samhandelskriteriet många gånger inte är uppfyllt. Undantag förekommer emellertid – eventuella stöd till kommunala bostadsföretag torde i vissa fall kunna anses påverka handeln mellan medlemsstater varför förbudet i sådana situationer skulle kunna aktualiseras.¹⁷

Även om vare sig kommunalrätten eller konkurrensrätten är anpassad för att hantera de aktuella konkurrenskonflikterna har vissa försök att på frivillig väg komma till rätta med problemen gjorts, främst inom ramen för Konkurrensrådets arbete.¹⁸ De policydokument som antagits av några kommuner och andra frivilliga åtgärder som vidtagits av parterna har dock inte ansetts vara tillräckligt effektiva för att undanröja problemen.¹⁹

Av den statistik som presenterats av Konkurrensverket (KKV) framgår också att problemen tenderar till att öka i omfattning. Över 65 procent av de tillfrågade företagen i en av KKV beställd undersökning ansåg att de i någon mån mötte konkurrens från offentliga aktörer. De som uppgav att de

¹⁷ Se SOU 2008:38, s. 255 ff.

¹⁸ Se dir. 1997:145, dir. 2000:83, dir. 2001:102 och dir. 2002:73. Enligt dir. 2002:157 skulle dock verksamheten upphöra den 31 december 2003, vilket också skedde.

¹⁹ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 88 f.

mötte sådan konkurrens mötte den främst i form av kommunal verksamhet. För tre av fyra företagare som ansåg att de konkurrerade med offentliga aktörer utgjorde detta ett problem. För cirka 60 procent av dessa var problemet stort eller till och med mycket stort.²⁰

Till följd av avregleringar och privatiseringar²¹ har den tidigare rådande dikotomin mellan privat och offentlig verksamhet också i viss mån suddats ut – gränserna mellan de båda områdena torde numera vara otydligare än någonsin. Trenden tycks också vara att allt mer offentligt finansierad verksamhet bedrivs av privata aktörer.²²

Det är förvisso inte endast konkurrensproblem som uppstår till följd av en sådan utveckling,²³ men dessa kan anses vara tämligen allvarliga problem i skärningspunkten mellan offentlig och privat verksamhet, inte minst med beaktande av dess utbredda förekomst. Det är inte bara ett problem för de företag som drabbas av osund konkurrens från kommunala aktörer, utan i förlängningen riskerar det även att påverka samhällsekonomin i och med att kommunerna spelar en viktig roll som framjare av nyföretagande och således också för den ekonomiska tillväxten.²⁴

De aktualiserade problemen kan också ses i ljuset av de senaste 30 årens samhällsförändring som i stor utsträckning kan karaktäriseras av en utveckling från den s.k. välfärdsstaten mot vad som betecknats som en marknads-

²⁰ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 48 ff.

²¹ Privatisering och avreglering är dock inga entydiga begrepp utan kan förstås på många olika sätt, men med privatisering avses normalt någon form av konkurrensutsättning av verksamhet som tidigare drivits i offentlig regi. För en genomgång av olika former av privatisering, se t.ex. Marcusson, 1992, s. 137–139. Med avreglering förstås normalt någon form av öppnande av en marknad så att konkurrensen i större eller mindre utsträckning släpps fri. Begreppet avreglering ter sig många gånger missvisande till följd av att öppnandet av en marknad i syfte att åstadkomma konkurrens inte sällan kräver ett tämligen gediget regelverk för att möjliggöra för nya aktörer att etablera sig på den aktuella marknaden.

²² Se t.ex. Nilsson m.fl., 2005, s. 12; Bernitz, 2005, s. 16 och prop. 1999/2000:140. De s.k. stopplagarna utgör emellertid exempel på där utvecklingen under en begränsad period i viss mån gått i en annan riktning, se den tidigare gällande lag (2000:1440) om inskränkning i landstingens rätt att överlamna driften av akutsjukhus till annan och den tidigare gällande lag (1999:608) om tillfällig minskning av det generella statsbidraget vid avyttring av aktier eller andelar i eller utdelning från kommunala bostadsföretag m.m., samt det tidigare gällande kap. 2 i lag (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag.

²³ Se t.ex. Madell, 1998, som behandlar de sarskilda problem som kan uppstå då det allmänna ingår avtal med enskilda, samt Naundrup Olesen, 2004, som också behandlar avtal mellan det allmänna och enskilda, men med inriktning mot avtal som avser överlämnande av förvaltningsuppgift åt enskild.

²⁴ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 15.

stat.²⁵ Ekonomisk effektivitet genomsyrar i allt större omfattning även det allmännas dispositioner vilket fått till följd att det blivit vanligare att använda marknaden som verktyg för att säkra en effektiv produktion och för att åstadkomma en effektiv fördelning av resurser. Marknaden och de privata företagen fungerar också som inspiration då den kommunala förvaltningen ska organiseras – vilket torde vara ett utslag av det allmännas tro på att lösningar som utvecklats av marknaden är effektiva även inom det offentliga,²⁶ men också ett uttryck för att kommunerna i form av marknadsaktörer upplever de demokratiska beslutsvägarna allt för omständliga.²⁷

Konkurrensen och det allmännas marknadsanpassning har också påverkat den offentliga förvaltningen exempelvis genom förändringar avseende avgränsning av vilka uppgifter som ska ombesörjas av det allmänna respektive det privata och ifråga om vilka medel det allmänna kan utnyttja för att påverka privata aktiviteter och resursströmmar. Marknadsstatens fokusering på marknadens funktion i syfte att åstadkomma en effektiv resursallokering fordrar också reell konkurrens mellan företag varför konkurrensrätten fått en ökad betydelse.²⁸ Marknadsstatens utveckling innebär därför nya rättsliga utmaningar, inte minst i spänningsfältet mellan offentlig förvaltning och konkurrensrätt. Spänningen ligger bland annat i att förvaltningsrätten inte alltid är anpassad för de situationer som kan aktualiseras då exempelvis kommunal verksamhet bedrivs i former som inte är traditionellt kommunalrättsliga, samtidigt som konkurrensrätten inte alltid är anpassad till att tillämpas i samband med att det allmänna engagerar sig på en konkurrensutsatt marknad. Således kan exempelvis inte den offentliga rätten analyseras alltigenom fristående – utan måste analyseras i ljuset av de krav som följer av marknadsstatens utveckling.²⁹

Det ska också nämnas att riksdagen under hösten 2000 fattade beslut om riktlinjer för konkurrenspolitiken, vilka bland annat innebar att offentliga aktörers agerande på konkurrensmarknader inte fick ske på ett sådant sätt

²⁵ Se Graver, 2006, s. 31. För danskt vidkommande se Henrichsen, 2006, s. 196 ff. De båda framställningarna är visserligen i huvudsak författade utifrån ett norskt respektive danskt perspektiv men motsvarande utvecklingstendenser kan också spåras i den svenska offentliga förvaltningen, se t.ex. Lundqvist, 2003, s. 176 f. och Lundqvist, 2005, s. 177. Utvecklingen med ett ökat inslag av marknadslösningar i den svenska offentliga sektorn beskrivs också i Blomqvist och Rothstein, 2000.

²⁶ Se Graver, 2006, s. 33. Jfr Blomqvist och Rothstein, 2000, s. 51 f.

²⁷ Se Lindqvist, 2005, s. 87.

²⁸ Se Graver, 2006, s. 35.

²⁹ Jfr Graver, 2006, s. 62.

att det privata företagandet hämmades.³⁰ Som redan berörts har det också förekommit ett visst utredningsarbete på området i syfte att lämna förslag på hur de aktuella problemen ska lösas.³¹ Det kan således konstateras att det är en politisk ambition att minska de konkurrensproblem som kan uppstå då kommunala aktörer engagerar sig på en öppen marknad.

1.2 Syfte

Framställningen har flera samverkande syften. För det första syftar avhandlingen till att i generell bemärkelse analysera de regelkomplex som påverkar de aktuella konkurrenskonflikterna, främst kommunalrätten och konkurrensrätten. För det andra är syftet att särskilt undersöka hur dessa regler påverkar konkurrenskonflikterna på tre specifika områden. De områden som behandlas är kommunal bostadsförsörjning, kommunal friskvårdsverksamhet och kommunalt engagemang i vissa servicebranscher inklusive kommunal turismnäring. Dessa områden behandlas med avsikten att få en ökad förståelse för konflikternas skilda karaktärer beroende på vilka verksamhetsområden som är för handen.

Eftersom de aktuella konkurrensproblemen ur samhällsekonomisk synvinkel är ett av de allvarligaste problemen i skärningspunkten mellan offentlig och privat verksamhet syftar framställningen för det tredje till att presentera alternativa rättsliga strategier för att hantera de aktuella problemen. De alternativa strategier som beskrivs bygger inte endast på en analys av de behandlade rättsområdena utan också på förslag som tidigare lämnats i utredningar och i doktrinen. Dessutom ligger i viss mån den komparativa undersökning som görs, där framförallt dansk rätt analyseras, till grund för de alternativa strategier som föreslås.

Konkurrenskonflikter uppkommer inte endast på de områden som behandlas i framställningen,³² och urvalet av konfliktområden kan inte heller garantera representativitet i det hänseende att de resultat som presenteras kan anses spegla samtliga områden där liknande konkurrenskonflikter upp-

³⁰ Se prop. 1999/2000:140 och bet. 2000/01:NU4

³¹ Se t.ex. SOU 1995:105, SOU 2000:117, Ds 2001:17 och KKV:s rapport 2004:4. De aktuella problemen har även berörts i t.ex. prop. 2005/06:100 och i SOU 2007:72. Även i prop. 2007/08:1D23, utgiftsområde 24, Näringsliv, s. 24, nämns de aktuella problemen. Den 26 juni 2008 presenterade också Näringsdepartementet promemorian Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden, vari de aktuella problemen behandlades.

³² För en redogörelse av många av de områden där det förekommer konflikter mellan kommunala och privata företag se SOU 2000:117. De aktuella frågeställningarna behandlades också i SOU 1995:105.

står. Urvalet ska emellertid återspegla tydliga exempel på problem som kan uppkomma.³³ De valda områdena belyser också på olika sätt hur konflikten mellan kommunal och privat verksamhet kan te sig. Dels behandlas områden där det kommunala engagemanget grundas på den allmänna kompetensen, dels behandlas ett område där den kommunala verksamheten i viss mån grundas på speciallagstiftning. Dessutom analyseras ett område som kännetecknas av att marknaden är reglerad såtillvida att prissättningen inte är fri. Även synen på självkostnadsprincipens tillämpning skiljer sig mellan några av de valda områdena. I sammanhanget ska också nämnas att exempel på konkurrenskonflikter av ifrågavarande slag på de valda områdena återfinns i KKV:s praxis.

1.3 Avgränsningar

Som nämnts är det inte endast konkurrensproblem som kan uppkomma till följd av att kommunala aktörer engagerar sig på den öppna marknaden. Andra problem kan bestå i att förtroendet för det allmänna som myndighetsutövare minskar i samband med att det också fungerar som aktör på en konkurrensutsatt marknad, eller att den kommunala verksamheten drabbas av kvalitetsproblem om samma myndighet som utför en konkurrensutsatt åtgärd också ansvarar för tillsynen över denna. Ett tydligt exempel på de problem, utöver rena konkurrensaspekter, som förekommer är då räddningstjänsten som tidigare nämnts erbjuder konsulttjänster inom brandskyddsområdet vid sidan av myndighetsutövning i form av brandskyddskontroll.³⁴ I en sådan situation kan det vara svårt för den person som utövar brandskyddskontrollen att anmärka på brister i sin kollegas arbete som konsult. Således kan ovanstående situation skapa brister både i förtroendet till myndigheten och hämma kvalitén i det arbete som utförs inom ramen för myndighetsutövningen.³⁵ Dessa problem behandlas dock inte i framställningen, utan fokus riktas istället mot de konkurrensproblem som uppkommer då kommunala aktörer agerar på den öppna marknaden.

I huvudsak berör avhandlingen endast hur primärkommunernas verksamheter påverkar konkurrensen. Landstingskommunal verksamhet lämnas därför i det närmaste helt utanför framställningen. De slutsatser som presenteras torde emellertid i stor utsträckning också vara relevanta ifråga om de problem som kan uppkomma mellan privat och landstingskommunal

³³ Jfr Sandgren, 2004, s. 320.

³⁴ Se lag (2003:778) om skydd mot olyckor.

³⁵ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 63 ff.

verksamhet – inte minst med beaktande av att det många gånger är samma regelverk som styr både kommunal och landstingskommunal verksamhet.³⁶

Likaså behandlas inte alla de problem som anknyter till kommunernas möjlighet att påverka konkurrensen lokalt, exempelvis det kommunala planmonopolet.³⁷ Framställningen berör inte heller de problem som kan uppkomma till följd av skattelagstiftningens utformning.³⁸

De konflikter som behandlas ska ses i ljuset av både den kommunalrättsliga lagstiftningen och den konkurrensrättsliga regleringen. En begränsning är dock att endast de delar av konkurrensrätten som är av omedelbar relevans i sammanhanget undersöks. Med anledning av att de problem som aktualiseras i avhandlingen i det närmaste uteslutande kan hänföras till ett ensidigt agerande berörs endast konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande samarbete summariskt. Av det gemenskapsrättsliga regelverket behandlas endast den reglering som rör vad som kan betecknas som privilegierade företag,³⁹ dvs. bestämmelserna i artikel 86 EG och den statsstödsrättsliga regleringen, medan de centrala konkurrensrättsliga bestämmelserna i artikel 81 och 82 EG inte analyseras. Anledningen till att den centrala gemenskapsrättsliga konkurrensrätten inte berörs är att det s.k. samhandelskriteriet med stor sannolikhet sällan eller aldrig kan anses vara uppfyllt vid en tillämpning av artikel 81 eller artikel 82 EG i förbindelse med konflikter mellan svenska kommunala och privata aktörer. Även om samhandelskriteriet skulle vara uppfyllt i ett enskilt ärende skiljer sig inte de materiella konkurrensrättsliga bestämmelserna som i så fall ska tillämpas åt – förbuden i den svenska konkurrenslagen ska enligt förarbetena i allt väsentligt tolkas som dess EG-rättsliga motsvarigheter.⁴⁰

1.4 Metod och material

Då syftet med avhandlingen dels är att analysera de regelkomplex som påverkar de konkurrenskonflikter som kan uppkomma då kommunala och

³⁶ Exempelvis ska kommunallagen inte endast tillämpas på primärkommuner, utan också på landstingskommuners verksamhet.

³⁷ Se t.ex. Kan kommunerna pressa matpriserna? KKV:s rapportserie 2001:4.

³⁸ Se ovan avsnitt 1.1, särskilt not 12.

³⁹ Begreppet privilegierat företag är inspirerat av den danska doktrinen och avser i framställningen att beskriva dels sådana företag som omfattas av bestämmelsen i artikel 86 EG, dels företag som på olika sätt gynnas av det allmänna t.ex. genom att de mottar sådana stöd som omfattas av artikel 87.1 EG. Jfr Steinicke, 2002a och Iversen m.fl., 2008, s. 473 f.

⁴⁰ Se prop. 1992/93:56, s. 21.

privata aktörer verkar på samma marknad, dels presentera alternativa strategier för att hantera de aktuella problemen, kommer ansatsen att vara problem- och intresseorienterad. Med en problem- och intresseorienterad ansats kan förstås en ansats som inte tar sin utgångspunkt i en särskild rättsregel, utan som istället utgår från ett samhällsproblem,⁴¹ vilket är fallet i den föreliggande framställningen.

Den använda metoden kan huvudsakligen karakteriseras som rättsdogmatisk. Men till följd av att den rättsdogmatiska metoden inte omfattas av någon allmängiltig definition kan den emellertid inte användas utan en förklaring.⁴²

Med rättsdogmatik avses normalt slutsatser om gällande rätt. Begreppet gällande rätt är dock inte oproblemiskt, i och med att rätten är organisk i det avseendet att den inte är greppbar då den är i ständig utveckling.⁴³ För att rätten ska kunna studeras måste den därför fixeras. Gällande rätt är således endast en förenkling av verkligheten och utgör i realiteten endast en fiktion. Kännetecknande för fiktionen gällande rätt är att de faktorer som påverkar domstolarna då de avgör ett konkret ärende, rattskällorna, också används då gällande rätt ska fastställas.

Alla omständigheter som i teorin kan tänkas påverka utgången av en rättslig tvist, såsom domarens hälsa eller psykiska status, anses däremot inte utgöra rattskällor då sådana omständigheter inte bedöms vara av normativ betydelse.⁴⁴ En viss oenighet föreligger emellertid angående vad som kan

⁴¹ Se Westberg, 1992, s. 436.

⁴² Se t.ex. Lavin, 1989, s. 115 och Sandgren, 2005, s. 362 f. Trots att begreppet rättsdogmatik inte kan anses omfattas av någon allmängiltig definition kan dess karna anses bestå av det faktum att den rör det rattsliga normsystemet och normernas tolkning, se t.ex. Bergström m.fl., 1988, s. 187. Se också Sandgren, 1995, s. 727, där Sandgren anför att den rattsvetenskapliga metoden består i att "... behärska rattskallellaran, den juridiska argumentationen, den juridiska begreppsbyggnaden och systematiken m m". Således kan den rattsvetenskapliga metoden i viss mån bestmmas utifrån rattsvetenskapens studieobjekt, nämligen de normer som legitimeras av rattskallellaran, se Sandgren, 2006, s. 530. Olsen beskriver rättsdogmatik som den vetenskap som är "... inriktad på beskrivning, analys och systematisering av normer av samhällelig betydelse, med undantag för rent privata och moraliska normer utifrån såväl ett internt som externt perspektiv." Olsen, 2004, s. 110

⁴³ Sandgren anför att rattens "flyktighet" utgör ett vetenskapsteoretiskt problem som skiljer rattsvetenskapens studieobjekt från t.ex. naturvetenskapens studieobjekt, se Sandgren, 2006, s. 529. Se också Sandström, 2005, s. 133–140, där den historiska bakgrunden till rättsdogmatiken tecknas.

⁴⁴ Se Strömholm, 1996, s. 318

klassificeras som rättskällor,⁴⁵ samt hur dessa ska hanteras.⁴⁶ Att lagtext, lagförarbeten, allmänna principer, praxis och doktrin utgör viktiga rättskällor torde emellertid tillhöra det område varom enighet råder.⁴⁷

Då både kommunalrätten och konkurrensrätten behandlas tas därför utgångspunkten i respektive lagstiftning. De stadganden som reglerar den kommunala kompetensen är ofta allmänt hållna varför ledning dessutom söks både i lagförarbetena och i Regeringsrättens praxis. Vid tolkningen av konkurrensrätten utgör i stor utsträckning EG-domstolens praxis en viktig rättskälla – vilket beror på att lagförarbetena förordar en sådan åtgärd vid tillämpningen av konkurrenslagens materiella bestämmelser.⁴⁸ Ett problem värt att notera i sammanhanget är emellertid att EG-domstolens domar i regel är kasuistiskt utformade, inte minst på konkurrensrättens område, varför det kan vara riskabelt att dra alltför långtgående slutsatser av dem.⁴⁹ Även Marknadsdomstolens och Stockholms tingsrätts avgöranden beaktas då konkurrensrätten behandlas. Avgöranden från dessa domstolar som rör kommunal näringsverksamhet är emellertid få varför ledning också söks i den praxis som utvecklats av KKV. Dessutom används Konkurrensrådets yttranden – dock inte som en egentlig rättskälla – utan snarare som belysande exempel på hur de aktuella konkurrenskonflikterna kan hanteras.

Även gemenskapsrättens konkurrensregler avseende s.k. blandadministration (artikel 86 EG) och gemenskapens statsstödsregler (artikel 87–89 EG) behandlas då de är en del av den svenska rättsordningen. Till skillnad från vad som är fallet gällande den centrala konkurrensrätten saknas också motsvarande regler i den svenska nationella rätten, dvs. något förenklat de lagar som stiftats av den svenska riksdagen. Det kan emellertid konstateras att gemenskapsrättens konkurrensregler endast är tillämpliga då det s.k. samhandelskriteriet är uppfyllt, vilket sällan torde vara fallet på ett flertal av de konfliktområden som behandlas. Oaktat om det eventuellt kan konstateras att gemenskapsrätten inte är direkt tillämplig i många av de situationer som behandlas i framställning fungerar ändå den gemenskapsrättsliga regle-

⁴⁵ Se t.ex. Agge, 1977, s. 44 ff. och Stromholm 1996, s. 311 ff.

⁴⁶ Eckhoff menar att det är tillåtet, men inte ett krav, att beakta rättskällorna i den juridiska argumentationen, Eckhoff, 2001, s. 23 ff., medan Peczenik delar in rättskällorna i sådana som ska, bör respektive får beaktas i den del av domskalen vilken hanterar rättsfrågorna, Peczenik 1980, s. 47 f.

⁴⁷ Se t.ex. Agge, 1977, s. 45, Peczenik, 1980, s. 47 f., Stromholm, 1996, s. 311 ff. och Eckhoff, 2001, s. 19 ff.

⁴⁸ Se prop. 1992/93:56, s. 21.

⁴⁹ Se Bladini, 1995, s. 459 och Nystrom, 1999, s. 187 ff.

ringen som en viktig inspirationskälla för att finna alternativa tillvägagångs-sätt för att hantera de aktuella konkurrenskonflikterna. Som utgångspunkt för analysen av EG-rätten tjänar främst fördragstext, förordningar, direktiv samt praxis från EG-domstolen, förstainstansrätten och kommissionen.

I sammanhanget ska också noteras att till skillnad från vad som ibland är fallet i svenska domstolar så hänvisar EG-domstolen aldrig till doktrin i sina avgöranden,⁵⁰ vilket emellertid inte utesluter doktrin som en användbar rättskälla vid tillämpningen av gemenskapsrätten. Analyser, argument och uppfattningar hämtade ur doktrinen vilka kommer EG-domstolen tillgodo exempelvis genom referat i partsinlagor torde i stor utsträckning påverka domstolen.⁵¹ Således används även doktrin som rättskälla för att bättre kunna beskriva EG-rätten i framställningen.

Med anledning av att en problem- och intresseorienterad ansats nyttjas i arbetet är det också fruktbart att företa en komparativ undersökning i syfte att finna inspiration till hur problem kan lösas i den egna rättsordningen.⁵² Som jämförelseobjekt har dansk rätt valts. Anledningen är att dansk och svensk rätt uppvisar många likheter, inte minst inom de rättsområden som är aktuella i framställningen. Dessa likheter torde i stor utsträckning bero på de ekonomiska, geografiska och befolkningsmässiga förutsättningarna. Båda ländernas samhällsekonomier baseras på det marknadsekonomiska systemet, samtidigt som skattetrycket är högt och länderna utgör välfärdsstater av nordiskt snitt. En annan viktig anledning till likheterna mellan rättsordningarna är det gemensamma medlemskapet i Europeiska unionen.

Det finns emellertid avgörande skillnader mellan Sverige och Danmark – vilket märks tydligt inte minst inom den offentliga förvaltningen. Medan det svenska förvaltningssystemet exempelvis kännetecknas av självständiga myndigheter och ett förbud mot s.k. ministerstyre, kännetecknas det danska systemet av motsatsen. Till skillnad från den svenska kommunala kompetensen som uteslutande regleras i lagstiftning, regleras delar av den danska kommunala kompetensen av den oskrivna kommunalfullmakten. Skillnaden är även stor vad gäller formerna för den kommunala tillsynen – tillsynen över de svenska kommunerna utövas i första hand genom institutet laglighetsprövning i förvaltningsdomstol medan tillsynen över de danska kommunerna företrädesvis tar sig uttryck i en prövning av administrativa

⁵⁰ Se Hettne och Otken Eriksson, 2005, s. 72 f.

⁵¹ Se Hettne och Otken Eriksson, 2005, s. 73.

⁵² Jfr Zweigert och Kötz, 1998, s. 15.

myndigheter. De konflikter som ska studeras är inte heller helt likartade i de båda rättsordningarna – i första hand beroende på att den kommunala kompetensen skiljer sig mellan länderna samtidigt som den danska motsvarigheten till självkostnadsprincipen, *hvile-i-sig-selv-princippet*, endast i undantagsfall är normerande för den kommunala avgiftssättningen.

Något samarbete, likt det som förekommit inom exempelvis köprätten,⁵³ mellan Danmark och Sverige, har tidigare inte förekommit på det konkurrensrättsliga området,⁵⁴ ändå uppvisar de båda ländernas konkurrenslagar stora likheter. Anledningen härtill torde vara ländernas anslutningar till den Europeiska unionen. Medan Sverige harmoniserade den inhemska konkurrensrätten med gemenskapsrätten 1993 genom den nu gällande konkurrenslagen har Danmark gjort det stegvis. Det största steget mot harmonisering med EG-rätten togs 1997 genom *konkurrenceceloven*.⁵⁵ De båda ländernas materiella regler i konkurrenslagarna är numera i stort sett identiska med det gemenskapsrättsliga regelverket. Det finns dock några skillnader mellan den danska och svenska konkurrensrätten. Viktigast i sammanhanget är att den danska konkurrenslagen förhåller sig till offentliga konkurrensbegränsningar på ett annat sätt än den svenska konkurrenslagen – samtidigt som den danska konkurrenslagen också innehåller ett nationellt konkurrensrättsligt förbud mot offentligt stöd.⁵⁶

Några problem vid användningen av den komparativa metoden måste dock iakttas. Först och främst krävs det för en lyckad studie konkreta och aktuella kunskaper om de rättsregler som ska studeras. Det första momentet vid en komparativ studie är därför att undersöka hur jämförelseobjektets rättsystem behandlar den aktuella frågan. Vid det arbetet används lämpligen den rättsdogmatiska metoden, vilken emellertid måste användas med beaktande av de skillnader som råder mellan jämförelseobjektens rättsystem. Däremot råder ingen skillnad såtillvida att de för ändamålet lämpligaste rättskällorna ska användas.⁵⁷

⁵³ Den äldre koplagen (1905:38) var en produkt av ett samarbete mellan de nordiska länderna. Det förekom även ett samarbete då nuvarande koplagen (1990:931) utvecklades. Danmark och Norge valde dock att inte införa samma reglering på området som Sverige och Finland.

⁵⁴ Den 16 mars 2001 ingick Danmark, Island och Norge samarbetsavtal på konkurrensrättens område. Den 9 april 2003 undertecknade Sverige tillsammans med de redan anslutna länderna en ändring i avtalet, vilket medförde att Sverige efter riksdagens godkännande anslöt sig till samarbetet. Se riksdagsskrivelse 2003/04:12.

⁵⁵ Lov nr 384 af 10/06/1997.

⁵⁶ Förbudet infördes genom lov nr 416 af 31/05/2000.

⁵⁷ Se Bogdan, 2003, s. 41 f.

De danska rättskällorna överensstämmer i stort med de svenska. Den primära danska rättskällan är precis som i Sverige lagtexten. De danska lagförarbetena utgörs främst av *bemærkningerne*, vilka återfinns i *Folketingstidende*, och fungerar som kommentarer av den till *Folketinget* föreslagna lagstiftningen.⁵⁸ Någon direkt motsvarighet till de svenska propositionerna finns således inte i den danska rättsordningen. Däremot fyller olika betänkanden en viktig funktion som rättskälla, exempelvis s.k. *udvalgsbetænkninger*,⁵⁹ vilka i Sverige närmast finner sin motsvarighet i SOU.

Dansk domstolspraxis på de undersökta rättsområdena, kommunalrätt och konkurrensrätt, är tämligen begränsad. Istället för genom en domstolsprövning avgörs emellertid många ärenden av intresse på konkurrensrättens område av *Konkurrencerådet* i första instans och i nästa instans av *Konkurrenceankenævnet*. Den praxis som utvecklats av dessa myndigheter är därför en viktig rättskälla ifråga om dansk konkurrensrätt.⁶⁰

En viktig skillnad mellan dansk och svensk rätt är att de danska ministeriernas beslut och avgöranden tillerkänns en stor betydelse, inte minst på kommunalrättens område.⁶¹ Framför allt *Indenrigs- og sundhedsministeriets* uttalanden tillmäts därför en stor vikt som rättskälla vid beskrivningen av den danska kommunalrätten.⁶² Ett problem i sammanhanget är att ministeriernas avgöranden inte per automatik publiceras i någon samlingsvolym eller ens på ministeriernas hemsidor, utan endast avgöranden av särskild vikt. Av den orsaken används i stor utsträckning avgöranden som anförs i praxis och i doktrinen. Även uttalanden från *Folketingets Ombudsmand* (*Ombudsmanden*), vilken utövar tillsyn över bland annat kommunerna, tillmäts en viss betydelse som rättskälla.⁶³

Den danska doktrinen ges i framställningen ett tämligen stort utrymme som källa till kunskap om den danska rätten. Anledningen till att så är fallet återfinns i det faktum att den danska juridiska litteraturen är något mer lätt-tillgänglig än de primära källorna, vilket också medför att risken för att missuppfatta rättsläget minimeras.

⁵⁸ Se t.ex. Nielsen, 2002, s. 83 f.

⁵⁹ Se t.ex. Blume, 2006, s. 89 och Nielsen, 2002, s. 81 f.

⁶⁰ Jfr Blume, 2006, s. 123 ff.

⁶¹ Jfr Wegener, 2000, s. 108 ff., Nielsen 2002, s. 116 f. samt Nielsen och Tvarnø 2005, s. 164 f.

⁶² *Indenrigs- og sundhedsministeriet* har under juni 2008 ersatts av två nya ministerier, varvid det nya *Velfærdsministeriet* övertagit ansvaret för de sakområden som tidigare föll under *Indenrigs- og sundhedsministeriet* inrikesdel, se lovbeændtgørelse nr 696 af 27/06/2008.

⁶³ Se Blume, 2006, s. 126.

Ytterligare ett problem vid användandet av den komparativa metoden är att den utländska rätten måste studeras i sin helhet.⁶⁴ Om så inte sker riskerar man att leta på fel ställe efter rättsregler som behandlar den aktuella situationen. Det går inte heller att forlita sig på att ett visst problem betecknas på samma sätt i ett frammande rättssystem som i svensk rätt, det viktigaste blir därför att se till vilken funktion en viss reglering har.⁶⁵ Som exempel kan nämnas att en reglering som undantar ett kommunalt företag från konkurrenslagens tillämpning, direkt eller indirekt, kan återfinnas både i en konkurrenslag, vilket är fallet i Danmark, eller i en kommunallag, vilket kan betecknas vara fallet i Sverige.⁶⁶ Vid studiet av en konflikt mellan konkurrensrätten och konkurrensbegränsande offentlig regleringar är det därför av yttersta vikt att de båda regelverken belyses, inte minst då den utländska rättsordningen studeras.

Vid en komparativ studie är det dessutom viktigt att de problem som studeras är identiska i jämförelseobjekten. Om så inte är fallet måste det uppmärksammas så att det kan beaktas i analysen. Konflikten mellan kommunalrätt och konkurrensrätt är som nämnts inte heller densamma i Sverige och Danmark. Som exempel på att de konflikter som kan uppkomma då kommunala och privata aktörer konkurrerar på en gemensam marknad skiljer sig åt i Sverige och Danmark kan nämnas att de båda landernas kommunalrätt reglerar de kommunala företagens avgiftsuttag på skilda sätt, samtidigt som också den kommunala kompetensen skiljer sig mellan jämförelseländerna.

1.5 Tidigare forskning

Olika problem som kan uppkomma då konkurrensrättsliga regler krockar med kommunalrättsliga principer har endast i viss utsträckning tidigare uppmärksamats i den rättsvetenskapliga doktrinen.⁶⁷ De svenska fram-

⁶⁴ Se Bogdan, 2003, s. 47 ff.

⁶⁵ Jfr Zweigert och Kotz, 1998, s. 40.

⁶⁶ Då kommunallagen stadgar att självkostnadsprincipen som huvudregel ska iaktas utesluts i många fall en tillämpning av konkurrenslagen i situationer då ett kommunalt företag påverkar konkurrensen genom en aggressiv prissättningspolitik. Även då konkurrenslagen är tillämplig kan företagets bundenhet av självkostnadsprincipen innebära att agerandet ändå inte kan träffas av förbudet mot missbruk av dominerande ställning i och med att avsiktsrekvisitet svårligen kan vara uppfyllt, se nedan avsnitt 4.2.1.3 respektive avsnitt 4.4.2.1.

⁶⁷ Se bl.a. Bohlin, 1986, s. 81–88, Riberdahl, 1994, s. 153–169 och Riberdahl, 2000, s. 56–70, Edwardsson, 1999, s. 13–28, Norberg, 1999b, s. 143–170, Indén och Madell, 2002, s. 34–56 samt Indén, 2003, s. 47–57. Konflikten har också berörts i Lindquist, 2005, s. 294–296.

ställningar vari en något mer omfattande och djupare analys av det aktuella området presenteras är Norbergs licentiatavhandling Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik,⁶⁸ och Edwardssons doktorsavhandling Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar.⁶⁹ Som titeln på Norbergs arbete anger rör analysen enbart bostadsområdet, medan Edwardssons arbete endast i korthet berör konflikten mellan kommunalrätt och konkurrensrätt.

Även i Danmark har problemen rönt viss uppmärksamhet. Relationen mellan kommunalrätt och konkurrensrätt har bland annat behandlats av Mogens Heide-Jørgensen,⁷⁰ Madsen⁷¹ och Steinicke.⁷² Forskning kring liknande konfliktområden har också utförts av exempelvis Caroline Heide-Jørgensen⁷³ och Neergaard.⁷⁴

1.6 Disposition

Framställningen är indelad i fyra delar – och varje del utom den första innehåller flera kapitel. I del II (kap. 2–5) behandlas den materiella rätt som påverkar de konflikter som kan uppkomma då kommunala och privata aktörer konkurrerar på en gemensam marknad. Den andra delen är tämligen omfattande i omfång, vilket motiveras av att den ska tjäna som bakgrund då konfliktområdena analyseras i del III, och av det faktum att del II också ska underlätta för läsaren att ta del av den fortsatta framställningen. Den andra delen berör främst den kommunala kompetensen, konkurrenslagens tillämpningsområde och dess förbud mot missbruk av en dominerande ställning, samt EG-rättens reglering av vad som kan betecknas privilegierade företag, dvs. artikel 86 EG och EG-rättens förbud mot statsstöd. I del II ska också relevanta delar av de danska regleringarna på området presenteras.

I den tredje delen (kap. 6–8) behandlas några av de konfliktområden där kommunala och privata aktörer relativt ofta möts på en gemensam marknad. Dessa områden rör kommunal bostadsförsörjning, kommunal friskvårdsverksamhet samt kommunalt engagemang i restaurang- och konferensverksamhet och det kommunala engagemanget i turistverksamhet.

⁶⁸ Norberg, 1999a.

⁶⁹ Edwardsson, 2003.

⁷⁰ Heide-Jørgensen, 1993, s. 117–178.

⁷¹ Madsen, 1999, s. 129–147 och Madsen, 2006, s. 64–70.

⁷² Steinicke, 2002b, s. 305–309.

⁷³ Heide-Jørgensen, 2000, s. 497.

⁷⁴ Neergaard, 1998.

Varje område behandlas inom ramen för ett eget kapitel. Respektive kapitel inleds med en kort bakgrund där den aktuella kommunala verksamheten presenteras. Därefter redogörs för den rättsliga grund vilken verksamheten vilar på och under vilka förutsättningar verksamheten bedrivs. Varje kapitel innehåller också en konkurrensrättslig analys av det aktuella konfliktområdet med utgångspunkt från konkurrensrätten i vid bemärkelse, inbegripet gemenskapens statsstödsreglering på de områden regelverket kan tänkas aktualiseras. Av den valda dispositionen följer att upprepningar förekommer i viss utsträckning, vilket emellertid ska möjliggöra för läsaren att tillgodogöra sig ett kapitel utan att nödvändigtvis behöva ha läst tidigare delar av framställningen.

I avhandlingens fjärde del (kap. 9–10) presenteras och kommenteras några av de förslag till lösningar som lämnats både av statsmakterna och i doktrinen. Dessutom lämnas en sammanfattande analys som till stora delar relateras till de tidigare behandlade konfliktområdena. Därtill presenteras i det avslutande kapitlet alternativa strategier för att lösa eller åtminstone mildra de aktuella konkurrenskonflikterna.

DEL II

KOMMUNALRÄTTSLIGA BEFOGENHETER OCH
KONKURRENSRÄTTSLIGA BEGRÄNSNINGAR

2 Kommunalrätten och kommunerna som marknadsaktörer

2.1 Introduktion

Att i lagstiftning exakt bestämma den kommunala kompetensen har vare sig ansetts vara möjligt eller önskvärt från statsmaktens sida.¹ Kommunernas skiftande förutsättningar beroende på storlek, demografisk struktur, geografiskt läge m.m. skulle ha varit faktorer som inte alltid hade kunnat beaktas om lagstiftningen givits en alltför rigid utformning. Därför har lagstiftaren valt att endast ge ramarna för den kommunala kompetensen och istället överlåtit åt förvaltningsdomstolarna att i praxis, efter förutsättningarna i de enskilda fallen och beroende på samhällsutvecklingen, fastställa de närmare gränserna för den kommunala kompetensen. Kommunerna ska således genom en tillämpning av ett förhållandevis flexibelt regelverk, i form av 2 kap. kommunallagen, kunna anpassa verksamheten till lokala förutsättningar och behov.²

I sammanhanget ska nämnas att den största delen av den praxis från Regeringsrätten som rör den kommunala kompetensen på de aktuella områdena är tämligen åldersstigen. Exempelvis finns det endast ett fåtal avgöranden av intresse för framställningen som inte är äldre än Sveriges anslutning till EU. Även om samhällsförhållandena följaktligen ändrats i stora delar tycks ändå den allmänna kommunala kompetensen, med hänvisning till kommunallagen, vara relativt beständig utifrån en analys av Regeringsrättens praxis.

I det följande behandlas tämligen kort kommunernas kompetens att engagera sig på näringslivets område. Dessutom beskrivs den för framställningen väsentliga självkostnadsprincipen. Därtill görs en summarisk genomgång av kommunallagens regler angående tillsynen av kommunal verksamhet, särskilt med inriktning mot kommunal näringsverksamhet.

¹ Se prop. 1973:90, s. 190. Jfr prop. 1990/91:117, s. 27.

² Se prop. 1990/91:117, s. 27.

2.2 Den kommunala kompetensen och det kommunala näringslivsengagemanget

Kommunerna är med hänvisning till 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen kompetenta att engagera sig inom flera områden som kan hänföras till näringslivet. Främst rör det sig om s.k. sedvanlig kommunal affärsverksamhet såsom energiförsörjning, bostadsförsörjning och ett kommunalt engagemang på kommunikationsväsendets område. Inom dessa områden agerar ofta kommunerna sida vid sida med privata aktörer och engagemanget sker inte sällan på marknadsmässiga villkor med stöd av speciallagstiftning.³ Den kommunala kompetensen kan dock sträcka sig ännu längre – kommunerna kan om det förekommer särskilda skäl även få engagera sig på det egentliga näringslivets område, dvs. engagera sig i egentlig varu- och tjänsteproduktion, vilket är ett område som normalt är förbehållet privata företag.⁴

För att ett kommunalt engagemang överhuvudtaget ska vara kompetens enligt fordras enligt 2 kap. 1 § kommunallagen att den åtgärd en kommun har för avsikt att vidta avser att tillgodose ett allmänt kommunalt intresse. För att en kommun ska vara kompetent att driva näringsverksamhet måste därutöver kraven i 2 kap. 7 § vara uppfyllda – det ska röra sig om verksamhet som syftar till att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster samtidigt som verksamheten drivs utan vinstsyfte. Det är också häri den avgörande skillnaden mellan kommunal och privat näringsverksamhet ligger. Privat näringsverksamhet syftar normalt till att generera ett överskott till ägarna medan den kommunala näringsverksamheten istället ska kännetecknas av en önskan att tillgodose ett allmänt behov.⁵

Enligt kommunallagens förarbeten är också utgångspunkten att kommunerna endast i undantagsfall ska engagera sig på det egentliga näringslivets område.⁶ Att kommunerna som huvudregel inte ska engagera sig i egentlig näringsverksamhet torde i stor utsträckning motiveras av konkurrensmässiga hänsyn, såtillvida att det privata näringslivet ska skyddas från konkurrens

³ Som exempel kan namnas att den kommunala kompetensen vad gäller eldistribution, efter den s.k. elmarknadsreformen, inte endast omfattar den egna kommunen. En kommun är därför numera fri att distribuera el även utanför den egna kommunens gränser. Reformen har även inneburit att distributionen får ske på affärsmässiga villkor, varför kommunerna inte längre är bundna av självkostnadsprincipen vid försäljning av el, se 7 kap. 1–2 §§ ellagen (1997:857), prop. 1996/97:136 och bet. 1997/98:NU3.

⁴ Se prop. 1990/91:117, s. 33 och s. 151 f.

⁵ Se t.ex. prop. 1990/91:117, s. 33.

⁶ Se prop. 1990/91:117, s. 34.

från kommunala aktörer.⁷ Till följd av att kommunala aktörer i princip har en nästan outtömlig intäktsmöjlighet genom uppbärandet av skatt, kan de många gånger också misstänkas vara mer benägna att ta större affärsmässiga risker, varför kommunala och privata aktörer kanske inte alltid konkurrerar på samma villkor av den orsaken.⁸ Ytterligare en tanke bakom den angivna huvudregeln torde kunna spåras till det förhållande att privata företag inte ska behöva tåla konkurrens från kommunala aktörer som de själva varit med att finansiera genom erläggande av skatt.⁹

Ännu en grund för uppdelningen av verksamhetsområdena mellan kommunala och privata aktörer kan återfinnas i det faktum att kommunerna ska hantera angelägenheter av gemensam karaktär för kommunerna och att de inte har givits mandat att ta sig an affärsmässiga uppgifter.¹⁰ En kommun ska inte heller bedriva näringsverksamhet i syfte att komplettera den kommunala budgeten i och med att utgångspunkten är att kommunal verksamhet ska vara skattefinansierad.¹¹ Dessutom torde ett argument som gjorts gällande i Danmark angående varför ett kommunalt näringslivsengagemang som utgångspunkt ska ha stöd i lagstiftning ha bäring även i Sverige – nämligen att ett sådant engagemang får till följd att den grundläggande samhällsstrukturen förändras.¹²

Någon tydlig åtskillnad mellan verksamhet som är förbehållen det egentliga näringslivet och verksamhet som kommunerna är kompetenta att engagera sig i låter sig emellertid inte göras. Anledningarna till att så är fallet går bland annat att finna i det faktum att kommunala aktörer som nämnts

⁷ Jfr med vad som framgår av prop. 1995/96:167, s. 29, angående motivet till att kommunal uppdragsverksamhet på trafikområdet ska bedrivas på marknadsmässiga villkor. Enligt stadgandet får kommunal verksamhet på det aktuella området inte hamma konkurrensen varför marknadens aktörer ska agera under konkurrensneutrala villkor. Även det faktum att kommunal verksamhet i form av produktion och distribution av el ska bedrivas på affärsmässiga grunder motiveras med att konkurrensvillkoren för kommunala elföretag ska vara detsamma som för övriga företag på elmarknaden, se prop. 1996/97:136, s. 71.

⁸ Jfr Heide-Jørgensen, 1993, s. 125. Jfr också med vad som angetts ovan i avsnitt 1.1, särskilt not 5 och 6, och med där angivna källor. Huruvida en kommunal aktör per automatik får anses vara gynnad är således i viss mån en tvistefråga.

⁹ Argumentet har forts fram som ett av flera argument för att förklara den teoretiska grunden för motsvarande förbud i den danska kommunalrätten, se Heide-Jørgensen, 1993, s. 125, men argumentet har sannolikt viss bäring även avseende grunden för den svenska regleringen.

¹⁰ Jfr Heide-Jørgensen, 1993, s. 123 f.

¹¹ Som tidigare nämnts är den kommunalrättsliga utgångspunkten att det kommunala medelsbehovet ska tackas av skatter, se t.ex. Petersén m.fl., 2006, s. 349.

¹² Se nedan avsnitt 3.3.

också på vissa områden ges möjlighet att med stöd av speciallagstiftning engagera sig i verksamhet som normalt är förbehållen det egentliga näringslivet. Dessutom saknar den grund som all kommunal verksamhet enligt den allmänna kommunala kompetensen vilar på precision – det går inte alltid att på förhand klart fastställa när det föreligger ett allmänt kommunalt intresse i enlighet med stadgandet i 2 kap. 1 § kommunallagen.

Det finns emellertid några utgångspunkter att förhålla sig till då det ska avgöras om ett visst engagemang kan motiveras med hänsyn till det allmänna kommunala intresset. När en angelägenhet framstår som gemensam för en stor del av en kommuns medlemmar anses ett allmänt kommunalt intresse vara för handen. Det är inte heller något absolut krav att det föreligger ett kvantitativt betydande behov av den kommunala åtgärden. Således kan det även om endast en del av kommunmedlemmarna kan tillgodogöra sig det kommunala engagemanget röra sig om ett allmänt intresse. Vid bedomningen om ett allmänt kommunalt intresse föreligger måste således framställa hänsyn tas till om det är lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunen engagerar sig i den aktuella verksamheten.¹³

Som typiska exempel från praxis och förarbeten då det ansetts föreligga ett allmänt kommunalt intresse kan nämnas elforsörjning,¹⁴ uppförande av idrottshall,¹⁵ framjande av tillkomst av konstfrusen isbana,¹⁶ framjande av folkbildning,¹⁷ samt tillskapande av samlingslokaler åt föreningslivet såsom Folkets hus eller medborgarhus.¹⁸

Utifrån vad som har uttalats i de förarbeten som ligger till grund för den allmänna kommunala kompetensen enligt kommunallagen kan några slut-

¹³ Se prop 1990/91:117, s 148. Innebörden av begreppet 'allmänt intresse' fastställdes vid lagändringarna 1948, se SOU 1947:53, s 68 och prop 1948:140, s 71 f. Se även Petersen m fl., 2006, s 54–57.

¹⁴ RÅ 1967 I 29, RÅ 1975 Ab 327 och RÅ 1976 Ab 236.

¹⁵ RÅ 1970 C 85.

¹⁶ RÅ 1970 C 70, RÅ 1973 A 165 och RÅ 1974 A 973.

¹⁷ Det har t ex ansetts vara tillåtet för en landstingskommun att finansiellt stödja Arbetarnas bildningsförbund och Tjänstemannens bildningsverksamhet i deras utbildnings- och informationsverksamhet avseende lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, RÅ 1979 Ab 519.

¹⁸ Se prop 1948:140 s 79.

satser dras angående vad som normalt kännetecknar ett allmänt kommunalt intresse, nämligen att det rör sig om:¹⁹

- En kollektiv nytta vars behov bäst tillgodoses i kommunal regi.
- Investeringskostnaderna är höga och torde inte till fullo kunna bäras av brukarna.
- Något vinstintresse föreligger inte och möjligheten att gå med vinst är också begränsad.
- Privata initiativ och privata konkurrenter är få till antalet eller saknas helt.

Verksamheter som inte uppfyller ovanstående kriterier borde därför som utgångspunkt inte heller rymmas inom den kommunala kompetensen. Vanligtvis sammanfaller också verksamhet som är av ett allmänt kommunalt intresse med sådan verksamhet som enligt välfärdsekonomisk teori bäst tillgodoses i allmän regi. Enligt den välfärdsekonomiska teorin finns det normalt inte heller några motiv för det offentliga att driva verksamhet som inte uppfyller de ovan angivna kriterierna.²⁰

Det faktum att ett allmänt kommunalt intresse kan anses föreligga leder däremot inte till att alla former av kommunalt engagemang kan accepteras – hänsyn måste tas till om de åtgärder en kommun har för avsikt att vidta står i rimlig proportion till det kommunala intresse som kommunallagen tillerkänner ändamålet.²¹ För att avgöra om ett kommunalt engagemang på näringslivsområdet faller inom den kommunala kompetensen måste således det kommunala intresset vägas mot motstående intressen, dvs. i sammanhanget det privata näringslivets intresse av att inte behöva möta konkurrens från kommunala aktörer.

För att en angelägenhet ska anses vara kommunal fordras dessutom enligt lokaliseringsprincipen, vilken också följer av 2 kap. 1 § kommunallagen, att angelägenheten har anknytning till kommunen eller dess medlemmar. Det faktum att lokaliseringsprincipen innebär att en kommunal angelägenhet

¹⁹ Se t.ex. SOU 1947:53, s. 76 f., där flera olika typer av kommunala engagemang vilka får anses utgöras av tillhandahållande av kollektiva nyttigheter, t.ex. energiforsörjning, vattenledningsverk, renhållningsverk m.m. anges. Sådana typer av anläggningar och nyttigheter får också anses vara i det närmaste oumbärliga för kommunmedlemmarna i gemen, vilkas behov i sammanhanget normalt också bäst tillgodoses genom ett kommunalt engagemang. Likaså är investeringskostnaderna i t.ex. hamnar och annan typ av infrastruktur mycket stora, vilket kan tankas dämpa viljan för privata aktörer att engagera sig i sådan verksamhet.

²⁰ Se t.ex. SOU 2000:117, s. 144.

²¹ Se t.ex. Lindquist, 2005, s. 49.

ska vara knuten till kommunen eller dess medlemmar utesluter inte ett kommunalt engagemang utanför den egna kommunens gränser, exempelvis anläggande av vägar eller flygplatser, under förutsättning att engagemanget syftar till att tjäna den egna kommunen.²² Om ett kommunalt engagemang utanför den egna kommunen kan förväntas gynna de egna medlemmarna eller om engagemanget förväntas generera intäkter även i den egna kommunen, kan kraven enligt lokaliseringsprincipen anses vara uppfyllda. Därav följer att den kommunala insatsen inte behöver brukas av kommunens egna medlemmar, varför det har ansetts vara förenligt med den kommunala kompetensen att exempelvis stödja ett hotell i tätorten.²³

Av lokaliseringsprincipen framgår också att en kommun inte ska befatta sig med sådana angelägenheter som ankommer enbart på staten, en annan kommun eller någon annan. Begränsningen kan inte endast ses som ett utflöde av lokaliseringsprincipen utan också som en del av principen om att det måste föreligga ett allmänt kommunalt intresse för att en kommun ska anses vara kompetent att engagera sig i viss verksamhet. Det torde som utgångspunkt inte föreligga ett allmänt kommunalt intresse då en kommun ägnar sig åt verksamhet som någon annan har att ombesörja, såsom det privata näringslivet.

Ytterligare en princip som är central i sammanhanget är självkostnadsprincipen, vilken stadgar att en kommun som huvudregel inte får ta ut högre avgifter av kommunmedlemmarna än vad som svarar mot de aktuella kostnaderna. Principen behandlas nedan i avsnitt 2.3.

2.2.1 *Sedvanlig kommunal affärsverksamhet*

Stora delar av den kommunala näringsverksamheten avser tillhandahållande av service och andra prestationer åt kommunmedlemmarna inom ramen för s.k. sedvanlig kommunal affärsverksamhet. Numera regleras mycket av verksamheten i speciallagstiftning, men under 1948 års kompetensreform noterades att rättspraxis tillät ett kommunalt engagemang i sådan verksamhet av monopolkaraktär som syftade till att tillhandahålla nyttigheter eller

²² Se prop. 1990/91:117, s. 148 f. Se också RÅ 1970 C 400 och RÅ 1974 A 2082, avseende möjligheten för en kommun att engagera sig i flygtrafik inom en annans kommuns gränser, samt RÅ 1977 ref. 77, angående en kommuns möjlighet att engagera sig i anläggandet av en väg inom en annan kommuns geografiska område. Lokaliseringsprincipen hindrar inte heller att kommuner i vissa fall engagerar sig utomlands. Både Landskrona kommun och Skellefteå kommun har varit oförhindrade att engagera sig i utrikes färjeförbindelser, se RÅ 1960 I 187 respektive RÅ 1979 Ab 12.

²³ RÅ 1968 K 728.

tjänster som var av allmänt intresse och oundgängliga för kommunmedlemmarna i gemen.²⁴ Det kan också konstateras att det kommunala engagemanget på området normalt motiverats av praktiska skäl, i det avseende att det förelegat tvingande och konkreta behov av kommunala insatser. I några fall är det också historiska tillfälligheter som påverkat utvecklingen. Teoretiska och rättsliga överväganden har däremot spelat en mindre roll i samband med att den kommunala kompetensen avseende sedvanlig kommunal affärsverksamhet utvecklats.²⁵

Som nämnts bedrivs en stor del av den verksamhet som kan hänföras till sedvanlig kommunal affärsverksamhet idag med stöd av speciallagstiftning. Exempelvis regleras det kommunala engagemanget på bostadsförsörjningsområdet, i vatten- och avloppsanläggningar, renhållningsverk och inom energisektorn genom regler i respektive områdes speciallagstiftning – vilket dock inte utesluter att det kommunala engagemanget också kan grundas på den allmänna kommunala kompetensen.

Trots att sedvanlig kommunal affärsverksamhet, vilket är den typ av verksamhet som primärt regleras i 2 kap. 7 § kommunallagen, kan utgöras av helt skilda engagemang kan något av en gemensam nämnare återfinnas i det faktum att tyngdpunkten oftast ligger i att tillhandahålla kollektiva anläggningar eller anordningar.²⁶ Då en kommun inte endast tillhandahåller en anläggning eller en anordning rör det sig mestadels om tillhandahållande av en nytthet i form av en tjänst. Normalt torde också själva tillhandahållandet av anläggningen eller anordningen i ett sådant fall vara överordnat tillhandahållandet av den aktuella tjänsten.

I regel karaktäriseras också sedvanlig kommunal affärsverksamhet av att den aktuella kommunen intar något av en monopolställning på marknaden, främst beroende på att de aktuella verksamheterna kräver fortlöpande tillgång till kommunägd mark, såsom gator, torg och andra allmänna platser,²⁷ vilket är fallet exempelvis vid kommunal hamnverksamhet eller vid bedrivandet av kollektivtrafik. Andra kännetecken för sedvanlig kommunal affärsverksamhet som angavs redan i samband med 1948 års kompetensreform, men som fortsatt torde vara giltiga, är att verksamheten uppbärs av ett stort allmänintresse samtidigt som tjänsterna eller nytthigheterna är i det närmaste oundgängliga för kommunmedlemmarna. Det utgör därför regel-

²⁴ Se SOU 1947:53 och prop. 1948:140.

²⁵ Se SOU 1971:84, s. 119.

²⁶ Se Lindquist, 2005, s. 257.

²⁷ Se t.ex. SOU 1947:53, s. 76 och Lindquist, 2005, s. 257.

massigt också ett samhällsintresse att tillgången tryggas eller att priserna hålls nere.²⁸

Inom området för sedvanlig kommunal affärsverksamhet är kommunerna, åtminstone enligt svensk nationell rätt, som utgångspunkt också fria att själva avgöra i vilken form verksamheten ska bedrivas. Då en kommun är kompetent att driva en viss verksamhet kan kommunen i allmänhet därför istället välja att stödja enskilda näringsidkare på området.²⁹

2.2.2 Den kommunala kompetensen på det egentliga näringslivets område

Som tidigare nämnts får kommunerna inte utan särskilda skäl engagera sig på det egentliga näringslivets område.³⁰ Det egentliga näringslivet karakteriseras av att det främst ägnar sig åt service- och varuproduktion samt tillhörande verksamheter såsom distribution och marknadsföring. Inskränkningen av den kommunala kompetensen avseende bedrivande av verksamhet på det egentliga näringslivets område återfinns i 2 kap. 7 § kommunallagen. Enligt bestämmelsen får en kommun som huvudregel endast engagera sig i verksamhet som är av allmännyttig natur och som bedrivs utan vinstsyfte – verksamheten får således inte bedrivas i ett spekulativt syfte.

Att verksamheten ska vara av allmännyttig karaktär innebär att verksamheten ska syfta till att tillhandahålla anläggningar eller tjänster som är av ett allmänt intresse för kommunmedlemmarna. Då bestämmelsen i 2 kap. 7 § foreskriver att ett vinstsyfte inte får förekomma avgränsas också området för

²⁸ Se SOU 1947:53, s. 76.

²⁹ I RÅ 1990 ref. 96 överskred kommunen inte den kommunala kompetensen då den istället för att i egen regi samla in och förslå bort avfall, vilket var en kommunal uppgift enligt den tidigare gällande 4 § renhållningslag (1979:596), lämnade 250 000 kr i bidrag till en enskild näringsidkare för att denne skulle utföra uppgiften. En sådan åtgärd måste likväl genomföras i enlighet med vad som föreskrivs i upphandlingslagstiftningen och gemenskapsrätten. Jfr t.ex. mål C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telecom Austria AG*, REG 2000 s. I-10745, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti och Padania Acque SpA*, REG 2005 s. I-7287, samt C-458/03, *Parking Brixen GmbH mot Brixen Kommune och Stadtwerke Brixen AG*, REG 2005 s. I-8612, i vilka EG-domstolen uttalat att gemenskapens allmänna principer ska iaktas även då en upphandling faller utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. Se också exempelvis Falk och Pedersen, 2004, s. 26–29 och Nielsen, 2005, s. 57–94, för en genomgång av förhållandet mellan gemenskapens allmänna principer och den offentliga upphandlingen. Förbudet mot statsstöd i artikel 87.1 EG kan också utgöra ett hinder för en kommun att stödja ett visst företag eller viss produktion, även om det aktuella stödet skulle kunna rymmas inom den kommunala kompetensen, se nedan avsnitt 5.3.

³⁰ Se ovan avsnitt 2.2. Se också prop. 1990/91:117, s. 33 och s. 151 f.

när kommunal näringsverksamhet kan anses vara tillåten. Om det i ett enskilt fall förefaller onaturligt att driva en specifik verksamhet utan ett vinstsyfte torde det utgöra ett argument för att det aktuella engagemanget ska anses falla utanför den kommunala kompetensen.³¹

Att verksamheten ska bedrivas utan vinstsyfte innebär att verksamheten ska ha ett annat syfte än att bereda kommunen vinst. En språklig tolkning av bestämmelsen leder emellertid till att verksamheten får gå med vinst under förutsättning att vinsten inte är åsyftad. Bestämmelsen kan dock inte läsas isolerad utan måste läsas i ljuset av självkostnadsprincipen, vilken återfinns i 8 kap. 3 c § kommunallagen.³² Riksdagen har också uttalat att frågan om kommunala företag får generera överskott ska bedömas i förhållande till självkostnadsprincipen.³³ Således kan det enligt huvudregeln inte anses vara tillåtet att bedriva vinstgivande verksamhet.³⁴ En viss distinktion måste dock göras mellan förbudet för kommunerna att engagera sig i spekulativ verksamhet och självkostnadsprincipen. Förbudet reglerar kompetensen att driva viss verksamhet, medan självkostnadsprincipen endast reglerar på vilket sätt kompetenslig verksamhet får utövas.

Förbudet i 2 kap. 7 § utgör däremot inget absolut hinder för kommunerna att engagera sig i verksamhet som normalt är förbehållen det egentliga näringslivet. Därför kan kommunerna med stöd av den s.k. anknytningskompetensen engagera sig i verksamhet som i sig faller utanför den kommunala kompetensen men som har ett nära och naturligt samband med annan kompetenslig kommunal verksamhet. Orsaken till att ett kommunalt engagemang kan accepteras trots att verksamheten i sig faller utanför den kommunala kompetensen grundas på ställningstagandet att en annan ordning skulle te sig opraktisk och verklighetsfrämmande.³⁵

Som exempel på verksamhet som kan accepteras med stöd av påbudet kan nämnas stuveriverksamhet i en kommunägd hamn och biografrörelse i en kommunägd samlingslokal,³⁶ förädling och försäljning från ett kommunägt grustag,³⁷ samt försäljning av plantskoleväxter från en kommunägd stadsträdgård.³⁸

³¹ Se Lindquist och Losman, 2008, s. 29.

³² Se nedan avsnitt 2.3.

³³ Se bet. 2002/03:KU21, s. 7.

³⁴ Se Lindquist och Losman, 2008, s. 29.

³⁵ Se prop. 1990/91:117, s. 152.

³⁶ Se t.ex. prop. 1948:140, s. 28 och SOU 1971:84, s. 120.

³⁷ RÅ 1964 I 86.

³⁸ RÅ 1968 K 61.

I RÅ 1953 I 107 slog Regeringsrätten även fast att det låg inom den kommunala kompetensen att driva en kioskrörelse i en kommunägd fastighet som likaså inhyste en busstation. Av avgörandet kan slutsatsen dras att kommunerna är kompetenta att engagera sig i s.k. kommersiella smårörelser som behövs på kommunala anläggningar – främst kioskrörelser i samband med kommunala badhus, sjukhus, idrottsarenor och teatrar. Ett krav torde emellertid vara att rörelserna ska vara inriktade på att betjäna de som besöker anläggningarna. Det normala borde dock vara att kommunerna inte driver sådana rörelser, utan istället iordningställer lokalerna och upplåter dem till enskilda företagare,³⁹ vilket inte kan anses strida mot den kommunala kompetensen.⁴⁰

Som ytterligare exempel på då kommunal näringsverksamhet accepterats med hänvisning till anknytningskompetensen kan nämnas RÅ 1992 ref. 61. I målet ansåg Regeringsrätten att det föll inom den kommunala kompetensen för det kommunala brandförsvaret att bedriva konsultverksamhet innefattande bland annat brandteknisk rådgivning och riskanalys som skulle riktas både mot andra myndigheter och enskilda. Verksamheten ansågs vara kompetenslig med hänvisning till att det förelåg ett nära och naturligt samband mellan den aktuella konsultverksamheten och den förebyggande brandskyddsverksamhet myndigheten var skyldig att tillhandahålla på förvaltningsrättslig grund. Konsultverksamheten ansågs också vara underordnad den övriga verksamheten i och med att den endast skulle bedrivas i begränsad omfattning.

Även när det enskilda initiativet viker eller faller bort på ett visst serviceområde som normalt hävdas av det privata näringslivet kan det uppkomma ett rättsligt utrymme för ett kommunalt engagemang i verksamhet som normalt faller utanför den kommunala kompetensen.⁴¹ Med stöd av denna kompetensgrund kan därför en kommun bedriva viss näringsverksamhet då servicenivån annars klart skulle sjunka under vad som kan anses vara acceptabelt. Det är främst ett kommunalt engagemang i företag som levererat drivmedel eller livsmedel i glesbygd som accepterats med hänvisning till att det behövts för att upprätthålla en viss servicenivå.⁴²

En kommun kan också inom ramen för den kommunala kompetensen engagera sig på den öppna marknaden i syfte att avsätta överskottskapacitet.

³⁹ Se Lindquist, 2005, s. 277.

⁴⁰ RÅ 1980 Ab 123.

⁴¹ Se prop. 1990/91:117, s. 152 f.

⁴² Se t.ex. RÅ 1979 Ab 14, RÅ 1982 2:60 respektive RÅ 1973 A 343.

Det har därför ansetts vara kompetensenligt för ett landstingsägt tvätteri att tillfälligt erbjuda sina tjänster på den öppna marknaden i syfte att undvika kapitalförstöring under en övergångsperiod vid tillfällig överkapacitet och i mindre omfattning.⁴³ Ur ett teoretiskt ekonomiskt perspektiv är det emellertid tveksamt att medge att även tillfällig överskottskapacitet avsätts på den öppna marknaden. En sådan möjlighet får inte sällan till följd att det tillfälliga överskottet permanentas.⁴⁴

Av 2 kap. 8 § kommunallagen framgår att en kommun som utgångspunkt inte får understödja enskilda näringsidkare. Undantag från denna huvudregel kan dock medges om det föreligger synnerliga skäl. Som exempel på då synnerliga skäl ansetts vara för handen – och då ett kommunalt stöd till en enskild näringsidkare accepterats – kan nämnas den situation att servicenivån riskerat sjunka under vad som skulle kunna anses vara acceptabelt om kommunen inte vidtagit den aktuella åtgärden.⁴⁵ Det har dock inte ansetts föreligga synnerliga skäl för en kommun att vidta en viss stödåtgärd med hänvisning till att så fordras för att ett eller flera företag i kommunen ska kunna få del av medel från något av EU:s strukturfondsprojekt. Som exempel från praxis kan nämnas RÅ 2000 ref. 1. I målet konstaterade Regeringsrätten att det inte förelåg synnerliga skäl då ett kommunalt bolag hade för avsikt att lämna en kommunal borgen för finansiering av lokaler för ett privat strukturfondsprojekt.

Att kommunerna inte ska stödja näringslivet, mer än genom allmänna åtgärder, grundades tidigare på tanken att det kunde påverka kommunernas förhållande till varandra. Om sådana understöd hade varit tillåtna hade en viss konkurrens mellan kommuner kunnat uppkomma för att locka till sig företag. I samband med 1948 års kompetensreform uppgavs att det förekommit att kommuner tävlat om att attrahera viss industri genom att erbjuda varandra beträffande subventioner och förmåner till det aktuella företaget. En möjlighet att stödja företag skulle därmed ha kunnat få till följd

⁴³ RÅ 1993 ref. 12.

⁴⁴ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 34.

⁴⁵ Se t.ex. RÅ 1968 K 726 och RÅ 1968 K 728. I RÅ 1970 C 260 kom emellertid Regeringsrätten fram till att en kommunal borgen åt en livsmedelshandlare för att uppföra en affarslokal i ett mindre samhälle inte skulle anses rymmas inom den kommunala kompetensen. Även om det var en kommunal uppgift att vidta lampliga åtgärder för att framja varuforsöringen på orten, ansågs inte det kommunala beslutet forestavat av ett så betydande allmanintresse att det kunde uppvaga åtgärdens karaktär av stöd till formån för en enskild person. För en allman redogörelse för möjligheten att lämna stöd till enskilda näringsidkare, se Lindquist och Losman, 2008, s. 30 f.

att företag spelar ut kommuner mot varandra i samband med nyetableringar etc.⁴⁶

Kommunernas bristande kompetens att stödja enskilda företag torde även idag vara betingad av konkurrensskäl – men inte avseende konkurrensen mellan kommuner utan av hänsyn till konkurrensen mellan olika företag. En kommun ska således inte kunna påverka konkurrensen genom att gynna ett visst företag eller viss produktion.⁴⁷

Hur förbudet mot att lämna understöd åt enskilda näringsidkare ska tolkas är inte helt klart. Det framgår exempelvis inte, vare sig av lagtexten eller av lagens förarbeten, vad som åsyftas med begreppet stöd. Enligt kommunallagens motiv torde däremot den troliga slutsatsen vara att inte endast subventioner, vilket var fallet enligt 1948 års lag,⁴⁸ omfattas av regleringen utan att alla former av gynnande innefattas i begreppet, i likhet med förbudet i artikel 87.1 EG.⁴⁹ I propositionen till 1991 års kommunallag används begreppet stöd och det talas inte heller om direkta subventioner. Av propositionen framgår dessutom att kommunallagens bestämmelser skulle överensstämma med de krav som skulle kunna följa av en eventuell anslutning till EES-avtalet och en framtida anslutning till EG i de delar förslaget berördes av dessa åtaganden.⁵⁰ Även det faktum att regleringen har sin bakgrund i hänsynen till konkurrensen torde tala för att med begreppet stöd inte endast avses direkta subventioner utan alla typer av gynnanden, både direkta och indirekta.

Den kanske främsta svårigheten vid en tillämpning av förbudet är emellertid att definiera vad som utgör en enskild näringsidkare. Ska det med en enskild näringsidkare förstås privata företag eller ska begreppet tolkas som att det är förbjudet att lämna ett individuellt stöd till alla företag som bedrivs i privaträttslig form – eller ska begreppet näringsidkare istället tolkas som företag, oavsett i vilken form det bedrivs? Frågan besvaras inte explicit i kommunallagens förarbeten,⁵¹ men i praktiken torde begreppet ha förståtts

⁴⁶ Se SOU 1947:53, s. 78 och prop. 1948:140, s. 78. Som ytterligare skäl för att kommunerna inte skulle få lämna stöd till enskilda företag angavs att en sådan möjlighet skulle kunna hindra en lämplig lokalisering av näringslivet, prop. 1948:140, s. 78 f.

⁴⁷ Se t.ex. SOU 1971:84, s. 84 och prop. 1990/91:117, s. 32.

⁴⁸ Se prop. 1948:140, s. 78, där det inte talas om stödåtgärder utan om ”subventionering” – vilket är ett begrepp som endast torde rymma direkta stödåtgärder.

⁴⁹ Se prop. 1990/91:117, s. 152 f.

⁵⁰ Se prop. 1990/91:117, s. 141 f.

⁵¹ Se prop. 1990/91:117, s. 32 f. och s. 152 f.

som privata företag.⁵² En sådan tolkning kan dock ifrågasättas utifrån vad som i förarbetena uttalas generellt angående kommunallagens förhållande till internationella överenskommelser, främst gemenskapens regler om statliga stöd.⁵³ För att bestämmelsen till fullo ska harmoniera med förbudet i artikel 87.1 EG borde begreppet enskild näringsidkare ges samma innebörd som begreppet företag i artikel 87.1 EG, dvs. omfatta alla former av kommersiell eller ekonomisk verksamhet som inte är att klassificera som myndighetsutövning.⁵⁴ En sådan tolkning av bestämmelsen skulle emellertid medföra att det inte skulle vara kommunalrättsligt tillåtet att stödja egna företag om det inte föreligger synnerliga skäl, varför också underskottsprincipens tillämpningsområde skulle inskränkas avsevärt. Den kommunalrättsliga utgångspunkten torde därför vara att en kommun mycket väl kan stödja ett kommunalt företag utan att det finns synnerliga skäl.⁵⁵ Följaktligen begränsar förbudet i 2 kap. 8 § kommunallagen endast en kommuns möjlighet att stödja företag som inte ägs av den aktuella kommunen.

Riksdag, regering och förvaltningsdomstolar har sedan länge accepterat uppdelningen mellan sedvanlig kommunal affärsverksamhet och det egentliga näringslivet. Som nämnts finns det emellertid också speciallagstiftning som utökar den allmänna kommunala kompetensen till att även innefatta engagemang på områden som av tradition varit förbehållna det egentliga näringslivet. Främst rör det sysselsättning för handikappade, tillhandahållande av servicetjänster åt äldre, kommunal tjänsteexport, trafikverksamhet samt turistverksamhet. Det senare området, kommunal turistverksamhet, regleras i lag (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet och behandlas nedan i kap. 8.

⁵² Något avgörande från Regeringsrätten som indikerar att det inte skulle rymmas inom den kommunala kompetensen att stödja ett kommunalt företag finns mig veterligen inte. Däremot har förbudet i 2 kap. 8 § kommunallagen aktualiserats då en kommun valt att stödja ett företag där kommunen varit delägare tillsammans med privata intressenter, Kammarrättens i Jönköping dom 2007-12-20, mål nr 2494-07.

⁵³ Se prop. 1990/91:117, s. 142.

⁵⁴ Se nedan avsnitt 5.3. En sådan tolkning skulle också bättre överensstämma med principen om indirekt effekt i händelse av att en kommun lämnar ett stöd som kan misstänkas strida mot gemenskapens regler om statsstöd. För en summarisk genomgång av principen se Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 86 ff. Förhållandet mellan gemenskapens statsstödsregler och det kommunalrättsliga förbudet att stödja enskilda företag behandlas i Aldestam, 2006, s. 31–67.

⁵⁵ Jfr Lindquist, 2005, s. 108 och s. 114, som bl.a. hänvisar till RÅ 1968 K 1770, RÅ 1974 A 1426 och RÅ 1979 Ab 54. Se också Bohlin, 2007, s. 155 f.

2.2.2.1 Sysselsättning för handikappade och servicetjänster åt äldre

Kommunerna är genom lag (1970:663) om vissa kommunala befogenheter ifråga om sysselsättning för handikappade kompetenta att driva affärsverksamhet i syfte att ge arbete åt handikappade. Därutöver får en kommun som bedriver affärsverksamhet i syfte att sysselsätta handikappade även marknadsföra de produkter som produceras i verksamheten.⁵⁶

Det är dock endast kompetensenligt att engagera sig i sådan affärsverksamhet då det egentliga näringslivet eller staten inte lyckats lösa sysselsättningsfrågan. I princip får därför inte andra handikappade än sådana som hänvisats dit av den statliga arbetsförmedlingen sysselsättas i den kommunala affärsverksamheten.⁵⁷

Ytterligare en speciallag som utökar den kommunala kompetensen är lag (2006:492) om kommunal befogenhet att tillhandahålla servicetjänster åt äldre. Enligt lagen ges kommunerna en befogenhet, men inte en skyldighet, att tillhandahålla servicetjänster åt personer som fyllt 67 år. Det är emellertid endast servicetjänster som är avsedda att förebygga skador, olycksfall eller ohälsa som omfattas av den utökade kommunala kompetensen och inte tjänster som utgör personlig omvårdnad.

Om en kommun bestämmer sig för att utnyttja den aktuella kompetensen ska tjänsterna prissättas i enlighet med den kommunala självkostnadsprincipen. De avgifter en kommun väljer att ta ut får däremot differentieras med beaktande av den enskildes betalningsförmåga. Det finns inte heller något som hindrar att en kommun i större eller mindre utsträckning subventionerar den aktuella verksamheten.⁵⁸ I lagens förarbeten uppmärksammades eventuella konkurrensaspekter av lagförslaget, vilket däremot inte medförde någon annan bedömning än att de förväntade positiva effekterna av lagen skulle överväga eventuella konkurrensproblem.⁵⁹

⁵⁶ Se Lindquist, 2005, s. 278. Det är dock inte uteslutet att ett kommunalt engagemang på näringslivsområdet, även om det syftar till att sysselsätta handikappade eller andra som har svårt att ta sig in på den vanliga arbetsmarknaden, kan upplevas som konkurrensstörande – vilket däremot inte föranlett att sådana påstådda konkurrensbegränsningar kunnat angripas med stöd av konkurrenslagens förbud mot missbruk av dominerande ställning, se KKV dnr 787/2002 (2002-09-30) och dnr 332/2003 (2003-03-19).

⁵⁷ Se prop. 1970:153, s. 35.

⁵⁸ Se prop. 2005/06:115, s. 151.

⁵⁹ Se prop. 2005/06:115, s. 151.

2.2.2 2 Kommunal tjänsteexport

Genom lag (2001:151) om kommunal tjänsteexport och kommunalt internationellt bistånd har kommunerna också givits en begränsad kompetens att exportera tjänster med ett tydligt samband med den kommunala verksamheten. Lagstiftaren avsåg med lagen att främja den svenska exporten och visa att det finns ett politiskt intresse av att stödja kommunalt internationellt engagemang inte minst med tanke på den ökade europeiska integrationen, samtidigt som det ansågs vara kompetensutvecklande för de inblandade aktörerna.⁶⁰ Det är inte enbart kommuner i dess förvaltningsrättsliga form som får bedriva tjänsteexport utan även kommunala bolag och sammanslutningar av kommuner, s.k. kommunförbund, anses vara kompetenta att utöva sådan export.⁶¹

Den kommunala tjänsteexporten får normalt endast omfatta faktiskt kunnande som utövas inom den kommunala verksamheten. Det kunnande som exporteras ska således härröra från befintlig kommunal verksamhet, varför en kommun inte får engagera sig på ett nytt område med avsikt att bedriva tjänsteexport. Först och främst är möjligheten till tjänsteexport avsedd att omfatta utbildnings- och konsultinsatser, men även export av varor kan enligt lagens 3 § accepteras om den utgör ett nödvändigt komplement till tjänsteexporten. För att export av varor ska anses falla inom den kommunala kompetensen fördras emellertid att själva tjänsteexporten är överordnad varuexporten.

Tidigare fick kommunerna som huvudregel endast medverka vid tjänsteexport som underleverantörer åt privata företag eller åt staten. Under förutsättning att regeringen lämnade tillstånd till det kunde däremot undantag från huvudregeln medges, varvid den enskilda kommunen självständigt kunde agera som huvudleverantör.⁶² Genom en lagändring 2001 avskaffades kravet på att regeringen skulle lämna dispens för självständig kommunal tjänsteexport. Motiveringen var att kommunerna då ansågs ha bättre förutsättningar än tidigare att göra korrekta bedömningar av bland annat riskerna med internationell handel.⁶³ Numera kan således kommunerna tillhandahålla kommunala tjänster som huvudleverantörer direkt åt privata eller

⁶⁰ Se prop. 2000/01:42, s. 18.

⁶¹ Se prop. 2000/01:42, s. 17 ff.

⁶² Se prop. 1985/86:154, s. 7. Från det att lagen trädde i kraft den 1 juli 1996 fram till 2000 lämnades 16 ansökningar in till regeringen om att få bedriva självständig kommunal tjänsteexport. I samtliga fall beviljade regeringen ansökningarna, se prop. 2000/01:42, s. 28.

⁶³ Se prop. 2000/01:42, s. 28 f.

offentliga köpare i utlandet. Utgångspunkten är dock fortfarande att kommunerna först och främst ska agera som underleverantörer åt privata företag eller staten.⁶⁴

Enligt lagens 4 § ska den kommunala tjänsteexporten ske på affärsmässiga grunder, varför en kommun som alternativ för deltagande i ett exportprojekt inte kan välja att lämna subventioner till de inblandade privata exportföretagen. Anledningen till att ett krav på affärsmässighet ställts upp är främst att en sådan ordning ska minska risken för att konkurrensen snedvrids – det är inte heller meningen att kommuner ska konkurrera med privata företag ifråga om exportverksamhet.⁶⁵

2.2.2.3 Kommunal busstrafik på mission

Genom lag (1996:637) gavs kommunerna en rätt att bedriva viss uppdragsverksamhet inom trafikområdet.⁶⁶ Lagen stadgade att verksamheten endast skulle gälla försöksverksamhet och var tänkt att gälla till utgången av 2002. I SOU 1999:118 föreslogs också att lagen inte skulle förlängas, men genom lag (2001:545) gavs den tidigare lagen om försöksverksamhet fortsatt giltighet och gällde därför till utgången av 2005. I prop. 2004/05:159 förordades också att kommunala trafikföretag även fortsättningsvis skulle ges möjlighet att bedriva uppdragsverksamhet inom kollektivtrafiken, vilket hör sammans av lagstiftaren. Genom lag (2005:952) om vissa kommunala befogenheter i fråga om kollektivtrafik, vilken i det närmaste är en kopia av 1996 års lag, permanentades därför kommunernas möjlighet att bedriva sådan verksamhet.

Regeringen ansåg däremot att lagen behövde förtydligas såtillvida att den angav att ett kommunalt aktieföretag med stöd av lagen får bedriva lokal och regional kollektivtrafik inte endast med buss utan även med tunnelbana, pendeltåg och spårvagn. Lagen är således tillämplig på tidtabellsbunden lokal och regional kollektivtrafik som utförs på uppdrag av en eller flera trafikhuvudmän.

Med stöd av lagen är kommunerna kompetenta att driva sådan verksamhet som avses i yrkestrafiklag (1998:490) även utan anknytning till den egna kommunen eller det egna landstinget, varför lagen medger ett avsteg från

⁶⁴ Se prop. 2000/01:42, s. 23.

⁶⁵ Se prop. 2000/01:42, s. 25 f. Se också prop. 1995/96:154, s. 11. Som ytterligare skäl för att kommunal tjänsteexport ska utföras på marknadsmässiga villkor har anförts att det är befogat utifrån den risk som föreligger i att engagera sig i exportverksamhet, SOU 1983:72, s. 97.

⁶⁶ Lag (1996:637) om försöksverksamhet med rätt för kommunala aktieföretag att bedriva uppdragsverksamhet inom viss trafik enligt yrkestrafiklag (1998:490).

lokaliseringsprincipen. Ett krav för att ett kommunalt engagemang ska accepteras är emellertid att engagemanget sker i aktiebolagsform. Uppdragsverksamheten är dock begränsad till att avse offentliga uppdragsgivare. Kommunerna får därför endast driva verksamheten på uppdrag av andra kommuner, landsting eller av en trafikhuvudman enligt lag (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik. Därför kan en kommun inte med stöd av lagen bedriva verksamhet i form av beställningstrafik, långväga expressbusstrafik, interregional trafik eller s.k. kringtjänster. Sådan verksamhets förenlighet med den kommunala kompetensen får istället bedömas utifrån kommunallagens allmänna kompetensbestämmelser.⁶⁷

Syftet med att ge kommunala aktiebolag en möjlighet att bedriva uppdragsverksamhet på trafikområdet har varit betingat av hänsyn till konkurrensen som enligt flera remissinstanser inte fungerat fullt tillfredsställande.⁶⁸ Ett kommunalt engagemang med stöd av lagen ska kännetecknas av affärsrättsliga överväganden, varför lagstiftaren uppställt ett visst krav på vinstmarginal under förutsättning att något annat inte undantagsvis är motiverat.⁶⁹ Således ska självkostnadsprincipen inte tillämpas på området. Skälet bakom den valda lösningen är att verksamheten därigenom ska bedrivas på ett konkurrensneutralt sätt.⁷⁰

Av 1996 års lag framgick att en kommun inte fick stödja den aktuella trafikverksamheten så att konkurrensen hämmades eller i övrigt tillämpa något konkurrensbegränsande förfarande. Något direkt stadgande i nuvarande lag som hindrar kommunala subventioner förekommer visserligen inte, men ett sådant agerande torde inte stå i överensstämmelse med lagens intentioner. Av lagens 3 § framgår att det av årsredovisningen ska synas vilka borgensförbindelser och övriga ansvarsförbindelser som kommunen eller landstinget har ingått för bolaget. Syftet med särredovisningen torde vara att sörja för att konkurrensneutralitet råder och att kunna övervaka så att kommuner och landsting inte subventionerar verksamheten med skattemedel.⁷¹

⁶⁷ Se prop. 2004/05:159, s. 20.

⁶⁸ Se prop. 2004/05:159, s. 12. Statskontoret har gjort bedömningen att det fanns fungerande konkurrens på det aktuella området oavsett ett eventuellt kommunalt engagemang. Enligt Statskontorets utredning skulle snarare konkurrensen riskera att äventyras om kommunala aktörer tilläts konkurrera med privata bussföretag. Se Statskontorets rapport 2004:24, Bättre konkurrens med kommunala bussbolag? En utvärdering av försökslagen inom busslinjetrafiken, s. 41 ff.

⁶⁹ Se prop. 1995/96:167, s. 45.

⁷⁰ Se prop. 2004/05:159, s. 19.

⁷¹ Jfr prop. 2004/05:159, s. 15, vari det hänvisas till syftet med kravet på särredovisning enligt 1996 års lag som framställts i prop. 1995/96:167, s. 30.

I sammanhanget ska också nämnas att kommunerna genom lag (2004:1225) om vissa kommunala befogenheter i fråga om sjuktransporter givits en viss kompetens att utföra tjänster i form av patientbefordran åt landstingen. Enligt lagens 2 och 3 §§ ska vare sig lokaliseringsprincipen eller självkostnadsprincipen tillämpas på den kommunala verksamhet som bedrivs med stöd av lagen.⁷²

2.3 Självkostnadsprincipen

En i samband med kommunalt bedriven näringsverksamhet viktig princip är den s.k. självkostnadsprincipen. Principen påverkar inte endast antalet konkurrenskonflikter som kan uppkomma då kommunala och privata aktörer möts på samma marknader, utan den påverkar dessutom konkurrenslagens tillämplighet vid konkurrensbegränsningar i form av kommunal underprissättning.⁷³

Det kommunala självstyret möjliggörs genom den s.k. avgiftsmakten vilken regleras i 8 kap. 3 och 9 §§ RF.⁷⁴ Av bestämmelserna framgår att en kommun kan ta ut en avgift om riksdagen meddelat föreskrift om dess befogenhet i lag eller genom särskilt bemyndigande. Av 8 kap. 3 b § kommunallagen framgår därför att kommuner får ta ut avgifter för tjänster och nyttigheter som de tillhandahåller. I paragrafens andra stycke anges emellertid att möjligheten att ta ut en avgift måste vara särskilt föreskriven i händelse av att en kommun är skyldig att tillhandahålla en viss tjänst eller nyttighet.

Att en kommun är fri att fatta beslut en viss avgift enligt 8 kap. 3 b § kommunallagen betyder däremot inte att densamma också är fri att själv bestämma storleken på den aktuella avgiften i och med att kommunen normalt måste iakta den i 8 kap. 3 c § reglerade självkostnadsprincipen. Principen påverkar emellertid inte den kommunala kompetensen, även om självkostnadsprincipen är nära knuten till förbudet i 2 kap. 7 § kommunallagen, utan principen föreskriver endast hur kompetensenlig kommunal verksamhet ska bedrivas.

Den tidigare oskrivna självkostnadsprincipen innebär att en kommuns avgifter ska bestämmas så att ett ekonomiskt överskott undviks. Redan i samband med tillkomsten av 1991 års kommunallag föreslog Kommunal-lagskommittén att principen skulle kodifieras.⁷⁵ Regeringen gick dock i sin

⁷² Se prop. 2004/05:17, s. 16 ff.

⁷³ Se t.ex. nedan avsnitt 4.2.1.3 och avsnitt 10.2.

⁷⁴ Se t.ex. Ds 1993:16, s. 38.

⁷⁵ Se SOU 1990:24, s. 137.

proposition mot kommitténs förslag.⁷⁶ I prop. 1993/94:188 lämnades emellertid på nytt ett förslag till att kodifiera principen i kommunallagen. Den då borgerliga regeringen ansåg att en reglering av kommunernas avgiftssättning borde komma till stånd i syfte att skydda kommunmedlemmarna från monopolprissättning.⁷⁷

Självkostnadsprincipen avser att ta sikte på det totala avgiftsuttaget för en verksamhet – varför kostnaderna i det enskilda fallet är oväsentliga såvida något annat inte föreskrivs i speciallagstiftning. Flera olika verksamheter får inte heller ligga till grund för en och samma avgift.⁷⁸ I vissa speciallagar går det dessutom att finna vägledning angående hur olika verksamheter ska skiljas åt ur självkostnadshänseende.⁷⁹

I allmänhet ska samtliga kostnader som är försvarbara ur företagsekonomisk synpunkt ligga till grund för självkostnaderna.⁸⁰ När en kommun själv begagnar sig av verksamheten ska det också beaktas vid kalkylen; vilket motiveras med att kommunen ska stå för sina egna kostnader.⁸¹ Det har även ansetts vara tillåtet att räkna in återanskaffningskostnader för anläggningstillgångar och kostnader för framtida pensionering av anställda.⁸² För att få inverka på avgifternas storlek måste emellertid kostnaden ha ett direkt samband med den aktuella verksamheten.⁸³

En självkostnadskalkyl består till stor del av osäkra antaganden varför det inte går att göra en självkostnadskalkyl som obetingat återspeglar de verkliga kostnaderna. Av den anledningen har lagstiftaren ansett sig vara tvungen att acceptera ett visst överuttag av avgifter under förutsättning att de inte väsentligen överstiger självkostnaderna.⁸⁴ Även Regeringsrätten har i sin

⁷⁶ Se prop. 1990/91:117, s. 112.

⁷⁷ Som argument för att principen skulle regleras i lag anfördes också att en tillämpning av principen skulle medföra att endast motiverade kostnader skulle läggas till grund för kommunernas avgiftsuttag, vilket i sin tur skulle leda till en ökad effektivisering av den kommunala verksamheten, se prop. 1993/94:188, s. 81.

⁷⁸ Se prop. 1993/94:188, s. 84. Av speciallagstiftning kan dock framgå att självkostnaderna ska beräknas på all verksamhet inom det speciallagsreglerade området, vilket är fallet t.ex. beträffande renhållning, 27 kap. 5 § 2 miljöbalk (1998:808).

⁷⁹ Som exempel kan nämnas att avgifterna enligt 11 kap. 5 § plan- och bygglag (1987:10) högst får motsvara den genomsnittliga kostnaden för kommunens åtgärder. Med stadgandet avses att varje huvudsaklig åtgärd ska beräknas utifrån dess kostnader, se prop. 1985/86:1, s. 797.

⁸⁰ Se prop. 1993/94:188, s. 85.

⁸¹ Se prop. 1993/94:188, s. 85.

⁸² RÅ 1958 ref. 7.

⁸³ Se Ds 1993:16, s. 51.

⁸⁴ Se prop. 1993/94:188, s. 86.

praxis godtagit ett visst överskott från kommunal verksamhet där avgifter tagits ut.⁸⁵

2.3.1 *Självkostnadsprincipens gränser*

Som nämnts ovan ska självkostnadsprincipen i regel vara normerande för all kommunal avgiftssättning. Principen ska därför som utgångspunkt tillämpas oavsett om det kommunala engagemanget bedrivs på frivillig grund eller om kommunerna enligt lag är tvingade att tillhandahålla de aktuella tjänsterna.⁸⁶ Inte sällan framgår det också i speciallagstiftning att självkostnadsprincipen ska gälla som avgiftstak.⁸⁷ Principen ska inte heller vara normerande för kommunerna om det uppställs särskilda beräkningsregler för avgiftsuttaget i speciallagstiftning.⁸⁸

Det finns också områden på vilka självkostnadsprincipen av hävd inte ska tillämpas trots att undantag från principens tillämpningsområde inte explicit anges i speciallagstiftning. Principen är exempelvis inte tillämplig då en kommun upplåter upphovsrättsliga alster eller överlåter både fast och lös egendom,⁸⁹ vilket anses följa av att kommunerna enligt 8 kap. 1 och 2 §§ kommunallagen ska iakta god ekonomiskt hushållning och förvalta sina medel så att kravet på god avkastning och betryggande säkerhet uppnås. Självkostnadsprincipen ska inte heller tillämpas avseende ”enskilda affärsuppgörelser av kommersiell karaktär.”⁹⁰

⁸⁵ Se t.ex. RÅ 1941 S 36. Se även Bohlin 1984, s. 318 ff. Något egentligt krav på att ett eventuellt överskott av verksamhet som omfattas av självkostnadsprincipen ska komma brukarna till del finns inte. Problem ur likställighetshänsen kan emellertid aktualiseras av att ett eventuellt överskott återförs till den allmänna kommunala kassan, i och med att de som erlagt avgifterna då bidrar till annan kommunal verksamhet, vilket rubbar den bördefördelning som följer av skattesystemet.

⁸⁶ Se prop. 1993/94:188, s. 82.

⁸⁷ Se t.ex. 11 kap. 5 § plan- och bygglag (1987:10), 30 § lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster och 27 kap. 5 § miljöbalk (1998:808).

⁸⁸ Exempelvis är gatuhandel och parkeringsavgifter områden som är undantagna från principens tillämpningsområde. I realiteten innebär detta att avgifterna i dessa fall inte behöver motsvara självkostnaderna, se lag (1957:259) om rätt för kommun att ta ut avgifter för vissa upplåtelser av allmän plats m.m. Som ytterligare exempel på speciallagstiftning som stadgar att självkostnadsprincipen inte ska tillämpas på viss kommunal verksamhet är 7 kap. 2 § ellag (1997:857), vari det föreskrivs att kommunal produktion och distribution av el och fjärrvärme ska utövas på affärsmässiga grunder. Andra exempel på områden där självkostnadsprincipen inte ska vara normerande för den kommunala avgiftssättningen behandlas ovan i avsnitt 2.2.2.2 och 2.2.2.3.

⁸⁹ Se Ds C 1987:5, s. 61 och prop. 1993/94:188, s. 83.

⁹⁰ Prop. 1993/94:188, s. 82.

Den allmänna uppfattningen, både i tidigare utredningar och i doktrinen, tycks också vara att den kommunala fastighetsförvaltningen faller utanför självkostnadsprincipens tillämpningsområde.⁹¹ Upplåtelse och överlåtelse av fast egendom omfattas således inte av principen, vilket emellertid inte innebär att de kommunala bostadsföretagen är fria att tillämpa en marknadsanpassad hyressättning.⁹²

Som huvudregel ska principen gälla oavsett om den aktuella verksamheten bedrivs i kommunal regi, antingen i förvaltningsform eller genom ett kommunalt bolag, eller om verksamhet är utlagd på entreprenad.⁹³ Om verksamheten inte bedrivs i förvaltningsform fordras enligt förarbetena emellertid att principen fastslås i det individuella avtalet respektive bolagsordningen eller i motsvarande ”rättsliga dokument” för att den ska bli gällande.⁹⁴

I RÅ 1992 ref. 52 uttalade Regeringsrätten att självkostnadsprincipen var normerande för den aktuella kommunen, men att principen per automatik inte omfattade kommunal verksamhet som bedrevs i bolagsform. Enligt Regeringsrätten var därför det aktuella bolaget inte direkt bundet av självkostnadsprincipen vid fastställandet av sina taxor.

Regeringsrätten uttalade däremot att viktigare kommunalrättsliga principer inte får frångås bara på den grund att en kommun låter verksamhet bedrivas i bolagsform – varför inte heller självkostnadsprincipen får sättas åt sidan i förhållande till de slutliga brukarna. Det senare uttalandet har av Höök och Lundin tolkats som att självkostnadsprincipen i praktiken ska tillämpas även av kommunala bolag.⁹⁵ En sådan tolkning kan emellertid ifrågasättas då Regeringsrättens uttalande istället kan anses beskriva det krav som ställs på kommunerna. Att kommunala bolag inte med nödvändighet har att följa självkostnadsprincipen, utan endast då en sådan skyldighet följer av bolagsordningen eller något annat styrdokument, har också bekräftats

⁹¹ Se t.ex. Ds C 1987:5, s. 60 f., prop. 1993/94:188, s. 83, Riberdahl, 2000, s. 61 och Riberdahl, 2005, s. 275.

⁹² Se nedan avsnitt 6.3.2 angående principens tillämpning ifråga om kommunal bostadsförsörjning.

⁹³ Jfr prop. 1990/91:117, s. 50 f., vari det stadgas att de principer som styr den rent kommunala verksamheten, dvs. den verksamhet som bedrivs i förvaltningsform, även ska genomsyra kommunal verksamhet som bedrivs genom egna privaträttsliga subjekt. Därav följer också att en kommun inte får anlita ett företag för att utföra uppgifter som faller utanför den kommunala kompetensen.

⁹⁴ Se prop. 1993/94:188, s. 82.

⁹⁵ Se Höök och Lundin, 1998, s. 578.

i senare avgöranden.⁹⁶ Följaktligen kan slutsatsen dras att synen på de kommunala bolagen ifråga om prissättningen i stor utsträckning bygger på ett privaträttsligt perspektiv där kommunalrättsliga grundsatser i viss mån får stå tillbaka för de aktiebolagsrättsliga utgångspunkterna; enligt vilka ett aktiebolag normalt har att organisera sin verksamhet för att bereda aktieägarna vinst.⁹⁷

Att principen endast behöver iakttas av ett kommunalt bolag under förutsättning att principen framgår av bolagsordningen eller av avtalet mellan kommunen och bolaget kan dock kritiseras för att strida mot intentionerna bakom principen. Genom en sådan tolkning skulle en kommun under vissa omständigheter kunna tillföra den gemensamma kommunala kassan medel på bekostnad av de enskilda brukarna av en viss tjänst. Ett sådant resultat kan åstadkommas genom att kommunen fattar beslut om att överlåta vissa uppgifter på ett kommunalt bolag, men underlåter att precisera att självkostnadsprincipen ska tillämpas. Under förutsättning att beslutet vinner laga kraft kan sedan kommunen som ensam aktieägare tillgodogöra sig bolagets vinst – vilket emellertid skulle utgöra olaga särbeskattning.⁹⁸

Utifrån ett aktiebolagsrättsligt synsätt skulle också det kommunala bolaget vara tvunget att organisera sin verksamhet på ett sätt som syftade till att bereda aktieägaren maximal vinst, vilket skulle strida mot det förbud för kommuner att engagera sig i spekulativ verksamhet som regleras i 2 kap. 7 § kommunallagen. Således skulle verksamheten då överhuvudtaget inte rymmas inom gränserna för den kommunala kompetensen.

Det kan också ifrågasättas om det kommunalrättsliga regelverket på området verkligen tillgodoser det krav som i övrigt följer av kommunallagen, även i förhållande till kommunal verksamhet som bedrivs i privaträttslig form. Några bärande skäl för att ett kommunalt bolag inte skulle vara bundet av självkostnadsprincipen endast på den grund att principen inte framgår av exempelvis bolagsordningen borde därför inte föreligga, speciellt inte med beaktande av att ett kommunalt bolag egentligen inte är något annat än en del av den aktuella kommunen.

Problemet utgör ett tydligt exempel på en utmaning av kommunalrättslig karaktär i kölvattnet av utvecklingen mot en marknadsstat. Det kan ifråga-

⁹⁶ Se Högsta domstolens dom 2008-02-19, mål nr T 2808-05. Målet rörde bl.a. en eventuell tillämpning av självkostnadsprincipen på hamnområdet, där den kommunala verksamheten bedrevs i bolagsform.

⁹⁷ Se 3 kap. 3 § aktiebolagslag (2005:551).

⁹⁸ Jfr Höök och Lundin, 1998, s. 577.

sättas om det kommunalrättsliga regelverket är anpassat till denna utveckling. Visserligen var kommunala företag ingen ny företeelse vare sig vid tidpunkten för kommunallagens tillkomst eller då självkostnadsprincipen kodifierades,⁹⁹ men lagstiftaren torde knappast ha kunnat förutse den utveckling av kommunala bolag som förevarit sedan början av 1990-talet.¹⁰⁰ Numera är det snarare regel än undantag att en kommun bedriver stora delar av sin verksamhet inom ramen för kommunala företag – dessa är därtill inte sällan organiserade i något som kan liknas vid kommunala holdingbolag.¹⁰¹ Följaktligen är det mycket som talar för att lagstiftaren inte avsåg att reglera de idag rådande förhållandena då man stiftade kommunallagen eller kodifierade den sedan länge gällande självkostnadsprincipen.

2.3.2 Den kommunala självkostnadsprincipen och det företagsekonomiska perspektivet på självkostnaderna

Ur ett företagsekonomiskt perspektiv är självkostnaden den faktiska kostnad som uppkommer vid tillverkning av en vara eller vid tjänsteproduktion. Både direkta och indirekta kostnader ska inkluderas i beräkningen. I självkostnaderna ingår emellertid inte den tänkta vinsten på produkten.

För ett privat företag motsvarar självkostnaden vanligtvis en lägsta prisgräns – det är inte långsiktigt hållbart att ha utgifter som överstiger intäkterna – medan självkostnaderna ur ett kommunalrättsligt perspektiv inte utgör en lägsta prisgräns utan istället tjänar som ett pristak. En annan skillnad mellan det företagsekonomiska och kommunalrättsliga perspektivet är att självkostnaden inte är den enda parametern då ett privat företag prissätter en produkt. Till skillnad från kommunala aktörer tar privata företag också hänsyn till konkurrenternas prisnivåer då de fastställer sina priser.

Ytterligare en skillnad mellan det företagsekonomiska och kommunalrättsliga perspektivet på självkostnaderna rör hur självkostnaderna beräknas. Då ett privat företag beräknar sina självkostnader utgår de från kalkylmässiga kostnader, medan en offentlig aktör har möjlighet att utgå från bok-

⁹⁹ Se Warnling-Nerep, 1995, s. 209.

¹⁰⁰ Som exempel kan nämnas att den sammanlagda omsättningen i de kommunala företagen 1990 uppgick till ca 70 miljarder kronor (efter kontakt med Hans Björklund, Statistiska centralbyrån (SCB), Offentlig ekonomi) att jämföra med motsvarande omsättning 2006 som var ca 145 miljarder, se SCB Statistik, Offentlig ekonomi: <http://www.ssd.scb.se/databaser/makro/SaveShow.asp> (2008-02-06).

¹⁰¹ Enligt uppgifter från Statistiska centralbyråns företagsregister fanns det 62 holdingbolag som ägdes av primärkommuner 2006 (efter kontakt med Hans Björklund, Statistiska centralbyrån (SCB), Offentlig ekonomi).

föringsmässiga kostnader.¹⁰² Då kommuner beräknar självkostnaderna för olika verksamheter använder de också enligt kritikerna i allt för hög grad olika schabloner vid fördelningen av de indirekta kostnaderna.¹⁰³ Följaktligen finns det avgörande skillnader mellan det företagsekonomiska perspektivet på självkostnaderna i förhållande till de kommunalrättsliga självkostnaderna.

Problemet med de skilda synsätten på självkostnaderna har också iakttagits av Konkurrensrådet som i dess slutbetänkande därför förordade att kommunerna i större utsträckning tar till sig det synsätt som ligger bakom den s.k. ABC-kalkylen (*Activity Based Costing*) vid beräkningen av självkostnaderna.¹⁰⁴ Enligt Konkurrensrådet skulle en tillämpning av ABC-kalkylen inte bara ge en mer rättvisande bild av en produkts självkostnad, utan det skulle också minska klyftorna mellan det kommunalrättsliga och det företagsekonomiska självkostnadsbegreppet.

ABC-kalkyleringen syftar till att identifiera varje enskild aktivitet i produktionen som är en kostnadsdrivare, för att i nästa steg spåra varje enskild produkts del av respektive utnyttjad aktivitet.¹⁰⁵ Utgångspunkten för ABC-kalkyleringen är således slutprodukten varefter de aktiviteter som krävs för att framställa densamma eftersöks i produktionen, exempelvis inköp, tillverkning, lagerhållning och försäljning.

2.4 Laglighetsprövning – statlig tillsyn på entreprenad

Oavsett hur väl anpassad den materiella kommunalrätten är ifråga om att reglera det kommunala näringslivsengagemanget är det inte säkert att de materiella reglerna kan få optimalt genomslag om inte det regelverk som styr tillsynen över den kommunala verksamheten är ändamålsenligt.

Tillsynen över den kommunala verksamheten tar sig uttryck i olika former; exempelvis utövar justitieombudsmannen en viss kontroll över kommunerna samtidigt som också länsstyrelsen fungerar som kontrollorgan på flera områden.¹⁰⁶ Den för framställningen mest relevanta formen av kontroll över den kommunala verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata

¹⁰² Se Brorström m.fl., 2005, s. 242 ff.

¹⁰³ Se SOU 2000:117, s. 161.

¹⁰⁴ Se SOU 2000:117, s. 162.

¹⁰⁵ Se Holmström, 2001, s. 232 f.

¹⁰⁶ Se 2 § lag (1986:765) med instruktion för Riksdagens ombudsmän respektive 13 kap. 2 § plan- och bygglag (1987:10) och 13 kap. 2 § socialtjänstlag (2001:453).

företag är däremot den möjlighet till laglighetsprovning som regleras i 10 kap. kommunallagen.

2 4.1 Laglighetsprovning som rättsmedel

Laglighetsprovningen utgör en form av medborgartalan,¹⁰⁷ en s.k. *actio popularis*,¹⁰⁸ och innebär endast en provning av huruvida den kommunala åtgärd som granskas är laglig. Foljaktligen skiljer sig institutet laglighetsprovning från institutet förvaltningsbesvar då det senare rymmer en fullständig granskning av de förhållanden som provas. Skillnaden mellan instituten anses bero på att de har olika syften. Medan förvaltningsbesvar är den enskildes främsta medel för att tillvarata sina egna intressen fungerar laglighetsprovningen endast som ett instrument för allmän medborgarkontroll och utgör egentligen också en form av statlig kontroll över kommunerna.¹⁰⁹ Jämfört med institutet förvaltningsbesvar ingriper laglighetsprovningen dessutom endast ringa i den kommunala självstyrelsen.¹¹⁰ Laglighetsprovningen är således en medborgartalan som utgör en begränsad legalitetskontroll och inte ett egentligt rättsmedel som möjliggör för den enskilde att få sin sak omprövad. Denna bild förstärks också av det faktum att klagande i enlighet med 10 kap. 1 § kommunallagen inte behöver vara direkt berörd av ett kommunalt beslut för att kunna påkalla en laglighetsprovning.

En brist i sammanhanget är att laglighetsprovning som uttryck för statlig kontroll förutsätter att en kommunmedlem initierar en provning. Utformningen av besvarsrätten har sin grund i uppfattningen att de beslut en kommun i form av en juridisk person fattar i princip endast angår dess medlemmar.¹¹¹ Kommunmedlemmarnas möjlighet att genom laglighetsprovning få kommunala beslut underställda domstolsprovning påminner också om den talerätt som tillerkänns aktieägare i ett aktiebolag eller medlemmar i en ekonomisk förening ifråga om stammobeslut. Laglighetsprovning som uttryck för den statliga kontrollen förutsätter således att någon kommunmedlem är tillräckligt intresserad av exempelvis ett kommunalt kompetensöverskridande för att initiera en provning. Foljaktligen finns det ingen möjlighet för någon annan än en kommunmedlem att med framgång påkalla en laglighetsprovning.

¹⁰⁷ Se prop. 1990/91:117, s. 132.

¹⁰⁸ Se Bohlin, 2007, s. 242. För en genomgång av institutet laglighetsprovning se t.ex. Warnling-Nerep, 1995.

¹⁰⁹ Se Warnling-Nerep, 1995, s. 326 ff.

¹¹⁰ Se Warnling-Nerep, 1995, s. 328.

¹¹¹ Se SOU 1952:14, s. 334.

oavsett vilket intresse vederbörande har i den aktuella kommunala åtgärden. Om intresset hos kommunmedlemmarna saknas undanröjs således möjligheten till statlig kontroll i form av en laglighetsprövning. Som exempel på en situation då statens intresse av en domstolsprövning av ett visst beslut inte nödvändigtvis behöver motsvara kommunmedlemmarnas intresse av detsamma nämner Warnling-Nerep ett kommunalt beslut som tillerkänner ett företag ekonomiskt stöd i syfte att förhindra arbetslöshet i kommunen. En sådan åtgärd kan vinna bifall hos kommunmedlemmarna samtidigt som staten har ett intresse av att dylika sysselsättningsfrågor löses på riksnivå och inte på kommunal nivå.¹¹²

Laglighetsprövning används endast då författning inte anger särskilda överklaganderegler. Som exempel på undantag från huvudregeln där kommunala beslut inte ska överklagas enligt reglerna om laglighetsprövning kan nämnas vissa beslut på plan- och bygglagens område och kommunala beslut på upphandlingsrättens område.¹¹³ Inte heller reglerna rörande kommunernas hushållning av egna medel i 8 kap. 1 och 2 §§ kommunallagen är avsedda att kunna utgöra grund för laglighetsprövning,¹¹⁴ varför yrkande om laglighetsprövning med stöd av dessa bestämmelser avvisats.¹¹⁵

Första instans i mål rörande laglighetsprövning är länsrätt. Länsrättens avgörande kan överklagas till kammarrätt och dess avgörande kan i sin tur överklagas till Regeringsrätten. För att frågan ska prövas i kammarrätt och regeringsrätt fordras emellertid att prövningstillstånd meddelas.¹¹⁶

2.4.2 *Klagoberättigade och överklagbara beslut*

Som nämnts ovan är det endast kommunmedlemmar som tillerkänts en rätt att initiera en laglighetsprövning. Något krav på att den klagande ska vara berörd av beslutet ifråga föreligger inte heller. Som medlem av en kommun räknas den som är folkbokförd, äger fast egendom eller är taxerad för kommunalskatt i kommunen. En rätt för aktiebolag och andra privaträttsliga juridiska personer att överklaga kommunala beslut finns således inte, under förutsättning att de inte äger fast egendom inom kommunen.¹¹⁷

¹¹² Se Warnling-Nerep, 1995, s. 340.

¹¹³ Se 13 kap. 2 § plan- och bygglag (1987:10), respektive 16 kap. 4 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling och 16 kap. 5 § lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

¹¹⁴ Se prop. 1990/91:117, s. 110 f.

¹¹⁵ RÅ 2000 ref. 1.

¹¹⁶ Se prop. 1994/95:27, s. 1 samt s. 145.

¹¹⁷ Se prop. 1990/91:117, s. 134.

I sammanhanget ska också nämnas att det kan uppkomma problem om en kommun bedriver näringsverksamhet i en annan kommun än den egna. I en sådan situation har inte de privata företag som är verksamma i den förra kommunen någon möjlighet att få en laglighetsprövning till stånd, då de normalt inte är medlemmar i den kommun som bedriver den aktuella näringsverksamheten.¹¹⁸

En domstol har visserligen inte någon skyldighet att *ex officio* pröva om klaganden är klagoberättigad, men den är samtidigt oförhindrad att göra en sådan prövning om anledning därtill föreligger.¹¹⁹ Inte heller behöver en domstol utreda frågan om klagandens talerätt om det är uppenbart att talan inte kan bifallas.¹²⁰

Laglighetsprövning, eller kommunalbesvär, som är den äldre beteckningen på motsvarande institut, kunde tidigare endast aktualiseras ifråga om beslut från kommunalfullmäktige och inte ifråga om beslut från kommunala nämnder. Det fanns däremot inget som hindrade att förvaltningsbesvär anfördes över nämndbeslut vilka ofta torde ha haft karaktären av partsärenden.¹²¹ Utvecklingen har gått mot att institutet laglighetsprövning kommit att användas i allt fler situationer som i större eller mindre omfattning kan klassificeras som partsärenden.

Av 10 kap. 2 § kommunallagen framgår numera också att talan kan föras mot ett kommunalt beslut fattat av fullmäktige eller den beslutande församlingen i ett kommunalförbund, beslut fattade av nämnder eller partsammansatta organ såvida beslutet inte är av rent förberedande eller verkställande art, samt mot sådana beslut som fattats av revisorerna enligt 9 kap. 15 § kommunallagen. Däremot kan inte beslut fattade av en bolagsstämma eller en styrelse i ett kommunalt företag prövas med stöd av reglerna i kommunallagen.¹²²

Den bristande möjligheten att få en prövning till stånd avseende ett beslut fattat av en styrelse i ett kommunalt bolag kan ses som ytterligare ett exempel på spänningar till följd av marknadsstatens utveckling. Kommunallagens regler rörande tillsynen över den kommunala verksamheten torde inte vara helt anpassade till att allt mer kommunal verksamhet drivs i privaträttslig form.¹²³ Av den anledningen kan misstänkas att de rättssäkerhets-

¹¹⁸ Se KKV 2004:4, s. 79.

¹¹⁹ Se SOU 1982:41, s. 200.

¹²⁰ RÅ 1980 2:57.

¹²¹ Se Warnling-Nerep, 1995, s. 327.

¹²² Se också Stattin, 2007, s. 135.

¹²³ Se ovan avsnitt 2.3.1, särskilt not 100.

mekanismer som finns inbyggda i kommunallagen ifråga om kommunal verksamhet som bedrivs i förvaltningsform inte kan tillgodoses vad gäller kommunal verksamhet som utövas i privaträttslig form. Det kan också ifrågasättas varför kommunal verksamhet som bedrivs i privaträttslig form ska vara undantagen från en prövning i förvaltningsdomstol, trots att sådan verksamhet många gånger likväl hade kunnat drivas i förvaltningsform.

Därutöver kan det också konstateras att det endast är det kommunala beslutet att driva viss verksamhet i privaträttslig form som kan bli föremål för en laglighetsprövning. Då ett sådant beslut väl vunnit laga kraft finns inte heller någon möjlighet att genom en process i förvaltningsdomstol påverka verksamheten.

För att en laglighetsprövning ska aktualiseras fordras att det existerar ett kommunalt beslut. Kravet fokuserar på de formella aspekterna på så sätt att det ska föreligga exempelvis ett protokoll, varför innehåll och verkningar saknar betydelse. Varje meningsyttring från bland annat fullmäktige eller en kommunal nämnd som manifesteras i ett protokoll kan således bli föremål för prövning om inget annat är särskilt föreskrivet. Beslutet ifråga behöver inte heller medföra några direkta verkningar; men då sådana inte kan skönjas får laglighetsprövningen en tämligen begränsad betydelse.

Det ska också nämnas att ett kommunalt beslut som i sig är kompetensöverskridande men där någon laglighetsprövning inte kommer till stånd blir fortsatt giltigt – vilket är ett uttryck för den s.k. konvalescensprincipen. Kaijser har uttryckt att om ingen ”[k]lagar ... blir även det i beslutsögonblicket olagliga lagligt.”¹²⁴

En brist i sammanhanget som också påtalats av KKV är att det ofta saknas reella möjligheter att få en laglighetsprövning till stånd rörande kommunala ageranden på näringslivets område, då kommunala åtgärder som påverkar konkurrensen många gånger inte föregås av några formella beslut.¹²⁵

2.4.3 *Prövningsgrunder*

Laglighetsprövning kan endast komma ifråga på de grunder som anges i 10 kap. 8 § kommunallagen. Enligt bestämmelsen kan ett överklagat beslut upphävas om det inte tillkommit i laga ordning, om det hänför sig till något som inte är en angelägenhet för kommunen, om det organ som fattat beslutet

¹²⁴ Kaijser, 1976, s. 226.

¹²⁵ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 79 f.

har överskridit sina befogenheter eller om beslutet strider mot lag eller annan författning.

Den första klagogrundern, att beslutet inte tillkommit i laga ordning, avser fel i själva beslutsförfarandet och är frikopplat från beslutets innehåll. Exempelvis anses inte ett beslut tillkommit i laga ordning om ett kommunalt organ begått ett procedur- eller handläggningsfel, såsom om ärendet inte har beretts i vederbörlig ordning.¹²⁶ Den andra besvärsgrundern avser de fall då en kommun överskridit den kommunala kompetensen. Som typexempel kan nämnas att kommunen beslutat engagera sig i verksamhet i vilken ett allmänt kommunalt intresse saknas. Att ett beslutsorgan överskridit sina befogenheter utgör den tredje besvärsgrundern i 10 kap. 8 §. Besvärsgrundern tar främst sikte på de situationer då kompetensfördelningen mellan olika kommunala organ inte iakttagits.

Om ett beslut fattats trots att en jävsituation förelegat kan beslutet klandras på den grund att beslutet strider mot lag eller annan författning, likväl som beslutet kan anses inte ha tillkommit i laga ordning. Liknande gäller då en kommunal nämnd fastställt en renhållningstaxa vilket åligger kommunfullmäktige. Nämnden har i en sådan situation inte endast överskridit sina befogenheter, utan den har också fattat ett beslut som strider mot 27 kap. 6 § miljöbalk (1998:808) – varför beslutet kan överklagas inte bara med hänvisning till att beslutet strider mot lag eller annan författning utan även med åberopande av att nämnden agerat utanför den kompetens som tillerkänts dem. Således kan de olika besvärsgrunderna i vissa fall överlappa varandra. I sammanhanget ska också nämnas att ett kommunalt beslut som i sig strider mot något av förbuden i konkurrenslagen i teorin kan bli föremål för en laglighetsprövning med hänvisning till att det kommunala beslutet då strider mot lag eller annan författning.¹²⁷

Som nämnts är det endast ett besluts laglighet som är av intresse vid en laglighetsprövning – ett besluts lämplighet ska därför vanligtvis inte omfattas av prövningen. Att lämpligheten av ett kommunalt beslut normalt inte ska tillmätas någon betydelse utesluter däremot inte att en domstol kan vara tvungen att bedöma avsikten med ett visst beslut, vilken kan få en avgörande betydelse även i förhållande till beslutets laglighet. Inte sällan är ett besluts förenlighet med den kommunala kompetensen avhängigt av syftet bakom beslutet. Som exempel kan nämnas att det kan vara tillåtet för en glesbygdskommun att stödja en bensinstation om det finns ett kvalificerat

¹²⁶ Se t.ex. RÅ 1971:12.

¹²⁷ Se Petersén m.fl., 2006, s. 37 f.

behov av en sådan åtgärd.¹²⁸ En bedömning om den beslutade åtgärden är lämplig för att främja det uppgivna syftet kan därför behöva göras om domstolen inte utan närmare prövning kan konstatera att det uppgivna syftet med en viss åtgärd är verkligt. Således kan lämpligheten av en kommunal åtgärd i undantagsfall komma att prövas indirekt.

2.4.4 *Förfarande och rättsverkningar*

För att få en laglighetsprövning till stånd fordras enligt 10 kap. 6 § kommunallagen att den klagande ger in en besvärshandling till behörig domstol inom tre veckor från den dag då justering av det över beslutet förda protokollet offentliggjorts på kommunens anslagstavla.¹²⁹

Enligt 10 kap. 10 § kommunallagen får domstolen inte avgöra ett mål på andra grunder än de klaganden anfört, varför det huvudsakligen är parterna som råder över processen. Klaganden behöver däremot inte uttrycka sig i de termer som anges i kommunallagen – men anmärkningarna mot det aktuella beslutet måste kunna sorteras in under någon av de klagogrunder som anges i 10 kap. 8 §. Domstolen är emellertid inte bunden av klagandes val av besvårsgrund utan kan själv avgöra till vilken besvårsgrund åberopade besvärsfakta ska hänföras.

Om domstolen bifaller en talan om laglighetsprövning kan den endast helt eller delvis upphäva det aktuella beslutet, men inte sätta ett annat beslut i det överklagade beslutets ställe eller ändra det. Det finns inte heller några sanktioner som kan vidtas mot en kommun som underlåter att följa ett utslag från en domstol i anledningen av en laglighetsprövning.

Även om domstolen kommer fram till att ett visst beslut är behäftat med sådana felaktigheter att någon av besvårsgrunderna i 10 kap. 8 § aktualiseras behöver beslutet inte alltid upphävas. Enligt 10 kap. 9 § måste nämligen inte ett felaktigt beslut upphävas om ett begånget fel saknar betydelse för utgången av ärendet eller om beslutet förlorat sin betydelse till följd av senare inträffade omständigheter.

I händelse av att domstolen bifaller en talan om laglighetsprövning av ett beslut som redan genomförts ska rättsverkningarna av det aktuella beslutet neutraliseras i den mån det är möjligt. Kommunallagens regel om rättelse av verkställighet föreskriver nämligen att det kommunala organ som fattat ett beslut vilket senare upphävts ska se till att en eventuell verkställighet av beslutet rättas i den utsträckning det är genomförbart.

¹²⁸ Se t.ex. RÅ 1979 Ab 14. Se också ovan avsnitt 2.2.2.

¹²⁹ Se prop. 1994/95:27, s. 145.

En regel om återgång av upphävda kommunala beslut infördes först genom 1977 års kommunallag, vilken senare utan ändring överfördes till den nu gällande kommunallagen. I förarbetena till 1977 års lag uttalades att:

”Det bör ankomma på det kommunala organet att med till buds stående medel bringa verkställigheten till återgång. Verkställighet i form av rättshandlingar bör bringas att återgå på ogiltighetsgrund, i den mån organet inte väljer andra utvägar, exempelvis i form av avveckling av verksamhet eller egendomsinnehav. Den omständigheten att ett återgångsförfarande är förenat med kostnader eller förluster bör i princip inte försvaga det grundläggande kravet på återgångsåtgärder ... Återgångsförfarande är ibland omöjligt att genomföra. Om verkställigheten exempelvis består i utbetalning kan återkrav vara uteslutet på civilrättsliga grunder. I fall där betalningsmottagaren är återbäringsskyldig kan återbäring vara utesluten på grund av bristande betalningsförmåga. När återgångsförfarandet även i ett längre tidsperspektiv framstår som omöjligt att genomföra måste organet ha rätt att avskryva återgångsårendet.”¹³⁰

Som grundläggande krav för att anse att ett kommunalt organ agerat i enlighet med bestämmelsen måste således organet ha fattat ett formellt beslut om återgång.¹³¹ Ett sådant beslut kan i sin tur överklagas för att få till stånd en prövning om huruvida kravet på återgång är förenligt med gällande rätt.

Ett faktum som kan komplicera förhållandet är att någon lagreglering av hur ett beslut som fått civilrättslig verkan inte har genomförts utöver vad som framkommer i 10 kap. 15 § kommunallagen. Således kan ett avtal vara civilrättsligt bindande mellan kommunen och en enskild part fastän det beklagande beslutet upphävts av domstol, vilket kan bli fallet då motparten var i god tro angående de omständigheter som legat till grund för det upphävda kommunala beslutet.¹³²

Då en motpart är i ond tro angående den omständighet som föranlett att ett kommunalt beslut upphävts, exempelvis som en följd av att kommunen inte agerat i överensstämmelse med den kommunala kompetensen, är den rådande uppfattningen att någon civilrättslig bundenhet inte är förhållande.¹³³ Så förefaller vara sannolikt speciellt då motparten är en annan kommun, landsting eller stat, likaså om motparten utgörs av ett större företag.¹³⁴

¹³⁰ Prop. 1975/76:187, s. 559.

¹³¹ Se Petersén m.fl., 2006, s. 437.

¹³² Se Madell, 2000, s. 91 ff.

¹³³ Se t.ex. Madell, 2000, s. 91 ff. och Petersén m.fl., 2006, s. 438.

¹³⁴ Se NJA 1992 s. 375.

Kraven borde daremot inte vara lika stranga då motparten utgors av en enskild fysisk person ¹³⁵

Institutet laglighetsprovning har kritiserats for att vara något tandlost, inte minst i förhållande till de problem som kan uppkomma till följd av att kommunala aktorer engagerar sig på en öppen marknad i konkurrens med privata företag. Kritik har exempelvis riktats mot det faktum att besvarstiden endast är tre veckor medan de verkningar som följer av många kommunala beslut först kan skonjas långt senare ¹³⁶. Som nämnts har även kritik riktats mot det förhållande att företag som inte äger fast egendom i kommunen saknar rätt att överklaga kommunala beslut enligt reglerna om laglighetsprovning ¹³⁷. Ytterligare en brist i sammanhanget kan anse vara att ett beslut som i sig strider mot den kommunala kompetensen kan anses få konvalescerande verkan till följd av att beslutet också medfört civilrättsliga verkningar i form av avtalsbundenhet ¹³⁸.

2.5 Preliminära konklusioner och sammanfattning

Kommunallagens kompetensbestämmelser har som utgångspunkt att kommunerna inte ska påverka konkurrensen, varför huvudregeln är att kommunerna inte ska engagera sig i näringsverksamhet. Denna huvudregel har dock flera undantag vilka med utgångspunkt från de behandlade rättskallorna inte tycks bygga på några överordnade principer, utan de torde snarare ha utvecklats i praxis efter konkreta överväganden i varje enskilt fall ¹³⁹.

Till ett av dessa undantag hör sedvanlig kommunal affärsverksamhet. De skal som ligger bakom kommunernas kompetens att engagera sig i sedvanlig kommunal affärsverksamhet torde även fortsättningsvis vara godtagbara. Det kommunala engagemanget i sådan verksamhet tycks inte heller vålla speciellt stora konkurrensproblem i förhållande till privata företag, till följd av att den typen av engagemang normalt kannetecknas av att det framst avser tillhandahållande av olika typer av gemensamhetsanläggningar sam-

¹³⁵ Jfr NJA 1973 s 725, efter Petersén m fl 2006, s 438

¹³⁶ Se Lindquist 2005, s 38 och KKV:s rapport 2004 4, s 79 f

¹³⁷ Se ovan avsnitt 2.4.2. Den valda konstruktionen för kontroll kan också kritiseras för att vara olämplig med hänvisning till att många av de ärenden som ett kommunalt näringslivsengagemang kan ge upphov till utgors av typiska partsärenden, varför rättsmedlet laglighetsprovning som institut kan anses vara något otydligt, jfr Warnling Nerep 1995 s 327 f och s 338 f

¹³⁸ Se nedan avsnitt 5.3.4.3 för ytterligare exempel på när kommunallagens regler om återgång av redan verkställda beslut kan anses vålla problem

¹³⁹ Jfr SOU 1971:84, s 119. Se också ovan avsnitt 2.2.1

tidigt som graden av privat intervention på sådana områden dessutom är tämligen låg. Några problem att spåra ett allmänt kommunalt intresse i tillhandahållande av exempelvis vatten- eller avloppsanläggningar föreligger inte heller.¹⁴⁰

Däremot går det att ifrågasätta huruvida delar av den kommunala verksamhet som bedrivs på det egentliga näringslivets område kan anses uppbäras av ett allmänt kommunalt intresse. Som belysande exempel kan nämnas kommunal kioskrörelse. I ljuset av att bedrivande av kioskrörelse normalt är en uppgift för privata företag borde det kommunala allmänintresset vara mycket stort för att ett kommunalt engagemang på området ska få förekomma.

I samband med fastställandet av om det förekommer ett eventuellt allmänt kommunalt intresse av att vidta en viss åtgärd måste det också avgöras om det är rimligt, skäligt och lämpligt att den aktuella kommunen engagerar sig i den ifrågasatt verksamheten. Således borde en domstol mycket väl kunna väga in eventuella störningar på konkurrensen då denna ska avgöra huruvida ett kommunalt engagemang i en viss näringsverksamhet ska anses vara kompetensligt – i och med att ett sådant övervägande kan sägas vara en del i en skälighets- och lämplighetsbedömning.¹⁴¹

Dessutom måste intresset av ett eventuellt kommunalt engagemang stå i rimlig proportion till syftet med åtgärden.¹⁴² Det kan emellertid ifrågasättas om ett eventuellt kommunalt allmänintresse av att exempelvis driva en kioskrörelse står i rimlig proportion till ändamålet med verksamheten, i och med att en kommun mycket väl kan uppnå samma mål med hjälp av mindre konkurrensbegränsande åtgärder, såsom genom att iordningställa lokalen och överlåta driften till ett privat företag efter ett normalt anbudsförfarande. Samma resonemang går dessutom att överföra på andra områden där kommuner engagerar sig i egentlig näringsverksamhet, såsom ifråga om kommunala gym i anslutning till simhallar.

Även om ett kommunalt besluts lämplighet som huvudregel inte ska kunna prövas vid en eventuell laglighetsprövning utsluts som nämnts emellertid inte att lämpligheten av ett beslut kan få en viss inverkan på utgången av ett ärende.¹⁴³ Likaså det faktum att en kommunal åtgärd måste

¹⁴⁰ Se ovan avsnitt 2.2.1.

¹⁴¹ Jfr Petersén m.fl., 2006, s. 37 f., vari det anges att kommunala beslut som strider mot konkurrenslagen borde kunna angripas genom en laglighetsprövning.

¹⁴² Se Lindquist, 2005, s. 190.

¹⁴³ Se ovan avsnitt 2.4.3.

vara proportionerlig i förhållande till syftet med insatsen öppnar för en viss möjlighet att göra en lämplighetsbedömning i samband med en laglighetsprövning. Således borde det ur ett kommunalrättsligt perspektiv kunna krävas av en kommun att den vidtar de minst konkurrensbegränsande åtgärderna för att uppnå ett eftersträvat ändamål. Med en sådan lösning kan konkurrensaspekten, vilken till stor del torde ligga bakom dagens kompetensbestämmelser, beaktas även i samband med en laglighetsprövning. Därigenom skulle också en kommun innan den beslutar att engagera sig i viss verksamhet bli tvungen att ta hänsyn till vilka konsekvenser ett visst agerande får för konkurrensen och dessutom behöva överväga alternativa lösningar för att uppnå det avsedda syftet.

Som nämnts är kommunallagens stadgande angående den kommunala kompetensen tämligen vagt hållet. Anledningen till en sådan lösning är att lagstiftaren ansett det vara lämpligare att gränserna för den kommunala kompetensen utformas i praxis allt efter förutsättningarna i de enskilda fallen och med beaktande av samhällsutvecklingen i stort.¹⁴⁴ Praxis tycks dock inte alltid ha följt samhällsutvecklingen i det avseendet att hänsyn sällan tas till att förhållandena i samhället förändras, inte minst med tanke på att olika marknadslösningar vinner insteg i samma takt som ökad konkurrens tillmätts allt större betydelse. Idag finns det privata näringslivet representerat på flera områden än tidigare och tar sig dessutom in på områden som tidigare kännetecknats av ett stort mått av kommunalt engagemang.¹⁴⁵ Det faktum att alltmer kommunal verksamhet tycks konkurrensutsättas genom att privata företag anlitas efter anbudsförfaranden för att utföra delar av den kommunala verksamheten är också ett tecken på att kommunerna anpassar sig till kraven på en effektivare organisation genom att verka för ökad konkurrens på marknaden.¹⁴⁶

Men då Regeringsrätten väl har förklarat att en kommun är kompetent att engagera sig i viss verksamhet tycks det vara svårt att få denna praxis ändrad även fastän samhällsutvecklingen ändrat förutsättningarna för den aktuella

¹⁴⁴ Se t.ex. prop. 1990/91:117, s. 27.

¹⁴⁵ Se t.ex. Blomqvist och Rothstein, 2000.

¹⁴⁶ Som exempel kan nämnas att antalet upphandlingar har ökat markant mellan år 1995 och 2006. Enligt statistik från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) uppgick antalet annonserade upphandlingar över tröskelvärdena till 2313 st. år 1995, medan motsvarande siffra var 3813 år 2006, se NOU info mars 1-97, s. 5, respektive http://www.kkv.se/t/Page___3134.aspx (2008-03-23). Det finns inte heller något som tyder på att kommunerna inte skulle vara delaktiga i denna utveckling.

verksamheten.¹⁴⁷ Möjligtvis går en sådan utveckling att förklara med att hänsyn tas till kommunernas rättssäkerhet, i så måtto att kommunerna ska kunna förlita sig på Regeringsrättens tidigare praxis. En dylik utveckling riskerar dock att undergräva kommunallagens ställning som ramlag i och med att en eventuell inskränkning av den kommunala kompetensen då måste ske genom ändrad lagstiftning och inte genom att dagens allmänt hålla kompetensbestämmelser tolkas i ljuset av samhällsutvecklingen.

Det ska också nämnas att det både i samband med 1948 års kompetensreform och i samband med utformningen av den nuvarande kommunallagen kommenterades huruvida den kommunala kompetensen skulle kunna utvecklas genom praxis såtillvida att kommunerna skulle tillåtas engagera sig på nya områden.¹⁴⁸ Däremot framgår det inte av kommunallagens förarbeten huruvida den kommunala kompetensen också ska kunna inskränkas genom praxis beroende på samhällsutvecklingen.

Det kan också ifrågasättas huruvida de slutsatser som dras från Regeringsrättens praxis alltid är lämpliga i sammanhanget. Enligt förarbetena ska fokuseras på förutsättningarna i varje enskilt fall då den kommunala kompetensen avgränsas i domstol. Därför borde det många gånger också vara svårt att dra generella slutsatser utifrån en sådan praxis med beaktande av att förhållandena skiljer sig avsevärt mellan många svenska kommuner.

Det är emellertid inte endast den kommunala kompetensen som skapar problem i förhållande till det privata näringslivet – minst lika stor betydelse för konkurrensen har på vilket sätt den kompetensliga kommunala verksamheten bedrivs. Om de kommunala aktörerna alltid agerat utifrån marknadsmässiga premisser hade de föreliggande konkurrensproblemen säkerligen varit färre. Som nämnts utesluts ofta en sådan lösning till följd av att kommunerna har att följa självkostnadsprincipen. Det kan dock ifrågasättas vilken funktion självkostnadsprincipen egentligen fyller avseende kommunal verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata företag. Något skydd mot monopolprissättning, vilket varit ett bärande argument för att tillämpa självkostnadsprincipen, torde i dylika situationer inte behövas. Ett eventuellt avskaffande av principen skulle dock kunna leda till ett än större kom-

¹⁴⁷ Exempelvis konstaterar Warnling-Nerep med hänvisning till SOU 1991:104, s. 239 f., att området för det tillåtna successivt vidgats trots att statsmakterna gett uttryck för en restriktiv inställning till kommunal näringsverksamhet, Warnling-Nerep, 1995, s. 197.

¹⁴⁸ Se t.ex. prop. 1948:140, s. 71 och prop. 1990/91:117, s. 27.

munalt näringslivsengagemang i och med att det då skapas ännu ett incitament för kommunerna att engagera sig på den öppna marknaden.¹⁴⁹

Som tidigare nämnts sträcker sig den kommunala kompetensen längre än vad som framgår av kommunallagen – kommunerna kan i vissa fall också engagera sig på det egentliga näringslivets område med stöd av speciallagstiftning. Det speciallagsreglerade kommunala näringslivsengagemanget kännetecknas emellertid i stor utsträckning av att konkurrenshänsyn ska beaktas i en större grad än ifråga om kommunal verksamhet som bedrivs med stöd av den allmänna kommunala kompetensen. Exempelvis ska den kommunala prissättningen vara marknadsmässig både ifråga om tjänsteexport och ifråga om kommunalt engagemang i form av uppdragsverksamhet på kollektivtrafikens område.¹⁵⁰ Det ska också poängteras att den kompetens som tillerkänns kommunerna att bedriva uppdragsverksamhet på kollektivtrafikens område i stor utsträckning motiverats med hänsyn till att ett ökat kommunalt engagemang kan stimulera konkurrensen på det aktuella området.¹⁵¹

En i sammanhanget relevant fråga är varför ett kommunalt näringslivsengagemang enligt den allmänna kompetensen ska bedrivas i enlighet med självkostnadsprincipen medan ett kommunalt engagemang i tjänsteexport eller uppdragsverksamhet på trafikområdet ska kännetecknas av affärsmissiga överväganden. Några givna svar på frågan finns inte – men en utgångspunkt skulle kunna vara att lagstiftaren som huvudregel vill skydda brukarna från monopolprissättning och att lagstiftaren endast är beredd att frångå denna huvudregel efter särskilda överväganden. Följaktligen kan konstateras att skyddet mot monopolprissättning för brukarna i regel tycks väga tyngre än skyddet mot bristande konkurrensneutralitet.¹⁵²

¹⁴⁹ Se KKV:s yttrande dnr 540/2007 (2008-01-10).

¹⁵⁰ Se ovan avsnitt 2.2.2.2 respektive avsnitt 2.2.2.3.

¹⁵¹ Se ovan avsnitt 2.2.2.3. Som nämnts har det ifrågasatts huruvida den kommunala kompetensen på området verkligen leder till ökad konkurrens, se Statskontorets rapport 2004:24, Bättre konkurrens med kommunala bussbolag? En utvärdering av försökslagen inom busslinjetrafiken, s. 41 ff.

¹⁵² Precis som i samband med självkostnadsprincipens införande tycks återigen frågan om huruvida kommunal verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata företag ska omfattas av självkostnadsprincipen ha aktualiserats. I SOU 2007:72 föreslås att självkostnadsprincipen inte ska tillämpas på kommunal intäktsfinansierad näringsverksamhet inom frivilliga icke lagreglerade områden. Förslaget behandlas nedan i avsnitt 9.5.

3 Den danska kommunalrätten och den kommunala näringsverksamheten

3.1 Introduktion

Att kommunerna har en allmän kompetens inom vilka de självständigt kan besluta om vilken typ av verksamhet man ska engagera sig i är inget svenskt fenomen utan förekommer även i andra rättsordningar, inte minst i dansk rätt. De konflikter som kan uppstå då kommunala företag agerar på en konkurrensutsatt marknad påverkas till stor del av hur kommunalrätten är utformad. Följaktligen måste man vid en analys av problemen först och främst avgränsa den kommunala kompetensen – det är endast inom de områden där kommunerna får verka som konflikter kan uppstå. I sammanhanget ska därför tämligen kort redogöras för hur den allmänna kommunala kompetensen är avgränsad enligt dansk rätt. Redogörelsen ligger till grund för den komparativa analys som tjänar som inspiration för att finna alternativa strategier för att hantera de ifrågakvarande konkurrenskonflikterna i den svenska rätten.

Ett danskt kommunalt näringslivsengagemang som kan påverka konkurrensen på den öppna marknaden kan delas in i två olika huvudgrupper; näringsverksamhet som bedrivs i egen regi och kommunalt stöd till privat näringsverksamhet. Följande avsnitt kommer i huvudsak att inriktas mot kommunal näringsverksamhet i form av produktion och försäljning av varor och tjänster på en öppen marknad och var gränserna för den danska kommunala kompetensen i det avseendet går. Således berörs inte mer än summariskt hur den kommunala kompetensen ter sig vad gäller kommunala stöd till privata företag.

I det följande redogörs inledningsvis för hur den allmänna kommunala kompetensen i Danmark är avgränsad, dvs. hur långt den s.k. kommunalfullmakten sträcker sig. Därefter behandlas de särskilda oskrivna regler som gäller för att ett kommunalt näringslivsengagemang som utgångspunkt ska accepteras som kompetensligt i förhållande till kommunalfullmakten. Dessutom redovisas summariskt hur tillsynen över de danska kommunerna är organiserad.

3.2 Kommunalfullmakten – en kommunal kompetens utan lagstöd

Enligt dansk rätt avgränsas den allmänna kommunala kompetensen av kommunalfullmakten, vilken egentligen består av en samling rättsgrundsatser som avgör när en kommun utan särskilt lagstöd kan engagera sig i en viss verksamhet. Begränsningen av den kommunala kompetensen är en följd av den kommunalrättsliga huvudregel som stadgar att kommunerna strängt taget inte får engagera sig på näringslivets område utan lagstöd.¹

I de fall en kommun har för avsikt att engagera sig i handel, hantverk, industriell eller finansiell verksamhet, vad som fortsättningsvis betecknas som kommunalt näringslivsengagemang eller liknande, finns dock några särskilda oskrivna regler som innebär att en kommun normalt kan engagera sig i sådan verksamhet om vissa villkor är uppfyllda. Utgångspunkten torde därför vara att de krav som följer av kommunalfullmakten är tillgodosedda om det kommunala näringslivsengagemanget kan hänföras antingen till avsättning av biproduktion eller överskottsproduktion, alternativt måste det rör sig om s.k. accessorisk verksamhet eller s.k. försörjningsverksamhet. För att annan kommunal näringsverksamhet än sådan som faller inom dessa särskilda områden ska accepteras fordras följaktligen en noggrann analys vari hänsyn tas till samtliga de rättsgrundsatser som begränsar kommunalfullmakten.

Begreppet kommunalfullmakt definieras vanligtvis som en kommuns möjlighet att utan särskilt lagstöd engagera sig ekonomiskt inom ett visst område.² Kommunalfullmakten är också subsidiär i förhållande till lagstiftning – om en kommun med stöd av lagstiftning engagerar sig på ett visst område aktualiseras därför inte kommunalfullmakten i just den delen av det kommunala engagemanget.³ Kommunalfullmaktens gränser påverkas såle-

¹ Se t ex Mogensen och Silic, 2004, s. 144, Garde och Revsbech, 2002, s. 49 f., Gammelgaard, 2004, s. 52 samt Steinicke, 2003, s. 19.

² Se Garde och Revsbech, 2002, s. 11. Begreppet har i doktrinen också givits en vidare definition och omfattar då inte endast uppgifter som bedrivs utan särskilt lagstöd, utan även uppgifter som bedrivs med stöd i lagstiftning där syftet är att tillvarata samhällets intressen, se Heide-Jørgensen, 1993, s. 41. Då syftet är att ge en bild av gällande rätt utgår jag ifrån den snäva definitionen då både tillsynsmyndigheten, *Indenrigs- och sundhedsministeriet* (numera *Velfærdsministeriet*) och även domstolarna tycks använda den definitionen, vilken således bast torde spegla vad som kan anses vara gällande rätt

³ Kommunalfullmakten kan emellertid påverka tillämpningen av lagstiftning i de fall de skrivna reglerna inte innehåller någon tillräckligt precis reglering av den aktuella situationen – vilket är naturligt i och med att hänsyn ofta tas till allmänna rättsgrundsatser vid lagtolkning, se Gammelgaard, 2004, s. 34.

des av andra lagar beroende på hur dessa tolkas. Även om ett område är lagreglerat kan utformningen av reglerna skapa ett visst utrymme för ett kommunalt engagemang med stöd av kommunalfullmakten. När lagstiftning uttömmande reglerar en kommuns möjlighet att erbjuda brukarna varor eller tjänster kan kommunalfullmakten visserligen inte användas som ett alternativt medel att uppnå ett visst resultat, men då kommunernas möjlighet att engagera sig på ett specifikt område inte uttömmande berörs i lagstiftning kan kommunalfullmakten ge kommunerna viss kompetens på området. Som exempel kan nämnas att kommunerna har möjlighet att stödja fritids- och idrottsaktiviteter, vilket delvis är reglerat i *folkeoplysningsloven*.⁴ Då lagen inte uttömmande reglerar kommunernas kompetens på området finns emellertid en viss möjlighet för kommunerna att stödja exempelvis idrottsföreningar, då ett sådant stöd kan utgå med hänvisning till kommunalfullmaktens regler.⁵

Kommunalfullmaktens rättsliga grund har varit föremål för debatt i den danska doktrinen. Anledningen är att kommunerna är underställda allmänna förvaltningsrättsliga principer, även legalitetsprincipen. Denna princip torde därför principiellt också gälla den del av den kommunala förvaltningen som innefattar att tillhandahålla varor och tjänster till kommuninvånarna.⁶ Eventuella brister i legalitetshänseende har emellertid undanröjts genom att se kommunalfullmakten som en samling allmänna rättsgrundsatser, varför kommunalfullmakten kan liknas vid en vag elastiskt lagbestämmelse eller en rättslig standard.⁷ Dagens kommunalfullmakt kan dessutom enligt Garde och Revsbech, till följd av att kommunerna är egna juridiska personer och därför också har rådighet över sin egendom, liknas vid en rättssedvänja med sin grund i sakens natur.⁸ Gammelgaards konklusion är även att kommunalfullmakten är en rättslig standard med sin grund i förhållandenas natur. Kommunalfullmakten ska därför ses som ett dynamiskt begrepp som förändras i takt med samhällsutvecklingen. Äldre domar och avgöranden måste också ses i ljuset av de förändrade förhållandena, varför värdet av ett visst avgörande kan gå förlorat till följd av att samhället förändrats.⁹ Därutöver har det anförts att kommunalfullmakten har ett visst

⁴ Lovbekendtgørelse nr 535 af 14/06/2004, med senare ändringar.

⁵ Indenrigsministeriets brev af 30. oktober 1990 (2. k.k.t., j.nr. 1989/1138/0622-1).

⁶ Se Gammelgaard, 2004, s. 34 f.

⁷ Se Garde och Mathiassen, 1991, s. 28.

⁸ Se Garde och Revsbech, 2002, s. 12 f.

⁹ Se Gammelgaard, 2004, s. 36.

stöd i den danska grundlagen,¹⁰ vilken ger kommunerna en självständig beskattningsrätt på vilken en kommunal självstyrelse kan grundas.¹¹ Med denna syn på kommunalfullmakten kan också den kommunala verksamhet som bedrivs med stöd av kommunalfullmakten anses uppfylla legalitetskravet.

Då kommunerna i likhet med den övriga offentliga förvaltningen är underställda allmänna offentlighetsrättsliga principer, inte minst legalitetsprincipen, medför det att kommunerna med stöd av kommunalfullmakten inte kan meddela påbud, förbud, dispens eller infordra skatt.¹² Att kommunalfullmakten inte ger kommunerna kompetens att besluta om sådan myndighetsutövning utesluter emellertid inte att kommunerna i samband med utförandet av en tjänst eller dylikt som utförs med stöd av kommunalfullmakten även utfärdar förvaltningsakter eller ingår avtal som reglerar den aktuella aktiviteten. För att en kommun ska få vidta en sådan åtgärd fordras emellertid att det finns ett tydligt samband mellan den aktuella tjänsten och förvaltningsakten.¹³

Kärnområdet för kommunalfullmakten är att tillgodose kommunmedlemmarnas behov av främst servicetjänster av ekonomiskt värde. Dessa tjänster ska som regel också tillhandahållas mot betalning och kan därför endast i undantagsfall erbjudas gratis.¹⁴ Kommunfullmakten ger dock inte kommunerna fria händer att engagera sig i ekonomisk verksamhet, principen är som nämnts underkastad både begränsningar och krav.¹⁵

En grundläggande förutsättning för att en dansk kommun med stöd av kommunalfullmakten ska få engagera sig inom ett visst område är att syftet med engagemanget är allmännyttigt. Kriteriet innebär att kommunerna endast ska engagera sig då medborgarnas allmänna behov ska tillgodoses. Ytterligare ett krav för att kommunerna som huvudregel ska få engagera sig är att de allmänna behoven ska kunna tillgodoses genom generella insatser.¹⁶

Om en åtgärd ska klassificeras som allmännyttig avgränsas dessutom genom andra principer som också avgör kommunfullmaktens räckvidd. En

¹⁰ Lov nr 169 af 05/06/1953 (Danmarks Riges Grundlov).

¹¹ Se t.ex. Heide-Jørgensen, 1993, s. 41 och Steinicke, 2003, s. 20. Se också Zahle, 2006, s. 595–601.

¹² Se Gammelgaard, 2004, s. 34.

¹³ UfR 2003.841 H.

¹⁴ Se Gammelgaard, 2004, s. 34.

¹⁵ För en grundligare genomgång av den danska kommunalfullmakten se t.ex. Gammelgaard, 2004, s. 33–201, och Revsbech, 2005.

¹⁶ Se Gammelgaard, 2004, s. 43.

av dessa principer är att kommunerna endast ska utföra eller stödja aktiviteter som innefattas i det kommunala intresset. När det kommunala intresset ska bestämmas måste utgångspunkten tas i att en kommun i grunden består av en sammanslutning medborgare inom ett visst geografiskt område som tillsammans ska lösa gemensamma uppgifter. En viss aktivitet omfattas därför av ett kommunalt intresse om den är av ett gemensamt intresse för den lokala sammanslutningen.¹⁷ För att det ska röra sig om ett kommunalt intresse krävs emellertid inte att samtliga medborgare i kommunen har ett visst behov – varför en kommun kan utföra eller stödja en aktivitet om tillräckligt många av kommunens medborgare i princip har nytta av det kommunala engagemanget.¹⁸

Som exempel kan nämnas att det anses vara ett legitimt kommunalt intresse att verka för ett väl fungerande näringsliv.¹⁹ Vilka åtgärder som omfattas av ett legitimt kommunalt intresse avgörs i det enskilda fallet efter en avvägning mellan det kommunala intresset och de motstående hänsynen. En kommun kan därför inte direkt stödja ett företag i och med att de motstående hänsynen i det aktuella fallet – dvs. att sådant stöd skulle vara konkurrensnedvridande – väger tyngre än intresset av att stödja en viss verksamhet. Genom att tillåta kommunalt stöd till enskilda verksamheter skulle det också föreligga en risk för att kommunerna med hjälp av skattefinansierade stöd skulle försöka förmå företag att etablera sig i just den kommunen, vilket inte är önskvärt då det inte heller i Danmark är en fråga för den kommunala sektorn hur näringslivet ska organiseras.²⁰

Åtgärder, exempelvis i form av investeringar i infrastruktur, som gynnar det lokala näringslivet generellt anses emellertid normalt vara av ett legitimt kommunalt intresse.²¹ Andra exempel på aktiviteter som vanligtvis omfattas av det kommunala intresset är produktion av varor och tjänster för eget bruk. Likaså är det ett kommunalt intresse att förse medborgarna med vatten, gas, värme och el. Under senare år har också främjandet av turismen utkristalliserat sig som ett kommunalt intresse – vilket varit en anledning till att kommunerna ansett sig kunna driva vandrarhem.²²

¹⁷ Se Garde och Revsbech, 2002, s. 18 f. Det kommunala intresset kan även ta sig andra former – då kommunerna också har ett intresse som arbetsgivare kan de som ett led i sin personalpolitik t.ex. erbjuda anställda tillgång till sommarstugor eller låta anställda motionera på en hälsoinrättning, se Garde och Revsbech, 2002, s. 20.

¹⁸ Indenrigsministeriets brev af 15. december 1995 (2. k.kt., j.nr. 1993/1130/653-1).

¹⁹ Se Gammelgaard, 2004, s. 38.

²⁰ Se Gammelgaard, 2004, s. 38 f.

²¹ Se t.ex. Gammelgaard, 2004, s. 38 f.

Det kommunala intresset är också, i likhet med kommunalfullmakten, ett relativt begrepp vilket leder till att det kan ändras över tid beroende på samhällsutvecklingen. Som ett exempel på hur samhällsutvecklingen påverkat det kommunala intresset kan nämnas att det tidigare ansågs vara tveksamt om en kommun kunde stötta en bowlinghall trots att den inte drevs med vinstsyfte. Numera råder det dock inget tvivel om att ett sådant stöd kan lämnas. Anledningen till förändringen av rättsläget beror på att det idag är ett allmänt folknöje att spela bowling.²³ Som exempel på då ett kommunalt intresse upphört kan nämnas gasförsörjning i vinstsyfte, vilket tidigare utgjorde ett kommunalt intresse men som inte längre omfattas av kommunalfullmakten då en kommun i sådana fall berikar sig på brukarnas bekostnad, vilket inte kan anses vara ett kommunalt intresse.²⁴

Ett problem som kan aktualiseras i en situation där ett tidigare legitimt kommunalt intresse upphör är hur den kommunala verksamheten eller det kommunala stödet till en privat verksamhet ska hanteras. Uppfattningen både enligt praxis och i doktrin tycks vara att utgångspunkten alltid ska vara att det kommunala engagemanget i sådana fall ska avvecklas.²⁵ Även *Folketingets Ombudsmand (Ombudsmanden)* har givit uttryck för samma uppfattning.²⁶ Frågan i det fall som låg till grund för *Ombudsmandens* uttalande rörde en kommuns möjlighet att fortsätta driva en körteknisk anläggning med stöd av kommunalfullmakten även efter det att *færdseloven*²⁷ ändrats så att det inte längre kunde anses vara en kommunal uppgift att driva sådana anläggningar. *Ombudsmanden* uttalade att sådan verksamhet skulle upphöra såvida inte syftet med verksamheten primärt var att ta tillvara uppgifter som även fortsättningsvis var av ett kommunalt intresse. Då rättsläget var osäkert såtillvida ändringen av *færdseloven* var avsedd att inskränka den kommunala kompetensen kom dock *Ombudsmanden* fram till att det kommunala engagemanget i det aktuella fallet inte behövde upphöra. I händelse av att lagstiftning ändrar rättsläget på det sättet att det inte längre anses föreligga ett kommunalt intresse blir därför en lagtolkning avgörande för om den kommunala verksamheten måste avvecklas eller inte. *Ombudsmandens* uttalande kan emellertid tolkas som att utgångspunkten alltid ska vara att

²² Indenrigsministeriets brev af 20. april 1999 (2. k.k.t., j.nr. 1997/1117/200-1).

²³ Se Garde och Revsbech, 2002, s. 20 f. och Gammelgaard, 2004, s. 40.

²⁴ Se Gammelgaard, 2004, s. 40, se även s. 47, angående kommunalt berikande på kommunmedlemmarnas bekostnad.

²⁵ Se Gammeltoft-Hansen m.fl., 2003, s. 717.

²⁶ FOB 1992.584 R, efter Gammeltoft-Hansen m.fl., 2003, s. 718.

²⁷ Lovbekendtgørelse nr 765 af 16/11/1990.

ett kommunalt engagemang ska avvecklas om det inte längre föreligger ett kommunalt intresse.²⁸

Tillsynsmyndigheterna tycks emellertid acceptera att kommunerna även fortsättningsvis driver verksamhet vidare trots att samhällsutvecklingen gjort att något kommunalt intresse inte längre kan skönjas. Som exempel från praxis nämner Gammelgaard kommunal slakteriverksamhet. Det ursprungliga syftet med kommunal slakteriverksamhet var att säkra kommunmedlemmarnas tillgång till kött som levde upp till de veterinära krav som ställdes samtidigt som de slakthygieniska problemen skulle lösas. Numera torde ett kommunalt intresse inte längre föreligga i och med att det ursprungliga syftet inte kvarstår – därmed skulle också kommunerna egentligen vara förhindrade att engagera sig i sådan verksamhet och de kommuner som driver slakthus borde därför också avveckla den verksamheten. Tillsynsmyndigheterna har trots det även fortsättningsvis accepterat exempelvis Århus kommuns engagemang i *Århus Offentlige Slagtehus og Kvægtorv*.²⁹

Ett ytterligare krav som måste beaktas följer av lokaliseringsprincipen, som i allt väsentligt överensstämmer med dess svenska motsvarighet. Den skillnad som finns är att den danska principen är en oskriven begränsning av kommunalfullmakten, medan den svenska principen återfinns i kommunallagen. Lokaliseringsprincipen innebär att en kommun som utgångspunkt inte får engagera sig i verksamhet som inte anknyter till den egna kommunens geografiska område. Principen utgör dock inte en absolut territoriell begränsning utan avser istället att fastslå att en kommun endast får engagera sig i verksamhet som intressemässigt är bunden till den egna kommunen. Om det är nödvändigt för en kommun att engagera sig i verksamhet utanför den egna kommunen för att kunna tillgodose de egna medlemmarnas intressen kan ett sådant engagemang därför accepteras, vilket också gjort det möjligt för en kommun att engagera sig i en biogasanläggning som var belägen i en annan kommun.³⁰

Den danska lokaliseringsprincipen innebär också att en kommun inte får engagera sig i verksamhet som ankommer på en annan myndighet. Inte heller denna inskränkning är absolut – om det finns ett sakligt kommunalt intresse kan ett sådant agerande tillåtas. Därför tilläts också en kommun uppföra en stationsbyggnad som delvis skulle användas av den statliga myndigheten *Danske Statsbaner*, DSB. Kommunens agerande accepterades då

²⁸ Se Gammelgaard, 2004, s. 40.

²⁹ Se Gammelgaard, 2004, s. 41.

³⁰ Indenrigsministeriets brev af 9. oktober 1997 (2. k.kt., j.nr. 1997/11121/650-2).

uppförandet av byggnaden i väsentlig utsträckning skulle tjäna kommunala ändamål. Viktigt i sammanhanget var också att det inte rörde sig om ett kommunalt tillskott till DSB.³¹

För att ett kommunalt engagemang ska omfattas av kommunalfullmakten krävs också att gränsen mellan den privata och offentliga sektorn inte förskjuts.³² Inskränkningen av kommunernas handlingsfrihet i detta avseende bygger på den principiella ståndpunkten att vissa uppgifter hör till den offentliga sektorn medan andra uppgifter hör till den privata sektorn.³³ Dessutom ska det vara tydliga skiljelinjer mellan när åtgärder får vidtas av den privata och den offentliga sektorn, vilket beror på att det råder stor skillnad gällande under vilka villkor *kommunalbestyrelsen*³⁴ agerar och de villkor som privata företag är underställda, framst avseende beslutsprocesser och ansvarsförhållanden. Kommunerna ska också agera i enlighet med kommunmedlemmarnas bästa – vilket normalt inte anses vara att producera varor och tjänster som ska avsättas på den öppna marknaden.³⁵

Vidare fördras det för att ett kommunalt engagemang ska anses innefattas i kommunalfullmakten att engagemanget är ekonomiskt försvarbart.³⁶ Av kravet följer att en kommun inte ska skaffa sig utgifter som kunnat undvikas, varför en kommun därigenom ska agera ansvarsfullt även i ekonomiskt hänseende. Att tydligt avgränsa vilka åtgärder som kan accepteras är emellertid

³¹ Indenrigsministeriets brev af 28 december 1993 (2 k kt, j nr 1993/1121/499 1)

³² Se t ex Garde och Revsbech, 2002, s 50 samt Gammelgaard, 2004, s 45 f

³³ Indenrigsministeriets brev af 27 april 2001 (2 k kt, j nr 1999/11023 33) I vissa avseende kan dock konstateras att den traditionella uppdelningen mellan verksamhet som ska bedrivas i privat respektive kommunal regi forlorat sin aktualitet. Både lagstiftaren och det allmänna i övrigt skapar allt fler möjligheter för olika typer av samarbeten mellan den privata och offentliga. Se t ex lov nr 548 af 08/06/2006 och den visserligen begränsade möjlighet till samarbete som följer av upphandlingslagstiftningens regler om konkurrenspraglad dialog, se artikel 29 i direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, EUT nr L 134, 30 4 2004, s 114–240, samt bekendtgørelse nr 937 af 16/09/2004, med senare ändringar

³⁴ *Kommunalbestyrelsen* är en kommuns högsta myndighet och har det överordnade ansvaret för hela den kommunala verksamheten. Både borgmastaren och andra kommunala utskott är således som huvudregel underkastade beslut fattade av *kommunalbestyrelsen*, se 2 § lovbekendtgørelse nr 696 af 27/06/2008 och Thomsen m fl, 2004, s 8 f. En *kommunalbestyrelse* kan översatt till svenska liknas vid något av ett mellanting mellan kommunfullmäktige och en kommunstyrelse. Ledamoterna i *kommunalbestyrelsen* är folkvalda politiker och normalt består en *kommunalbestyrelse* av 9–31 ledamöter. Ordföranden i *kommunalbestyrelsen* är borgmastaren. Se 5 respektive 3 §§ lovbekendtgørelse nr 696 af 27/06/2008

³⁵ Se t ex Indenrigsministeriets brev af 23 juni 1991 (2 k kt, j nr 1989/1115 15)

³⁶ Se t ex Indenrigsministeriets brev af 30 august 1999 (2 k kt, j nr 1997/1110/070 1) och Indenrigsministeriets brev af 23 december 1999 (1 k kt, j nr 1999/1078/101 9)

mycket svårt, varför också *kommunbestyrelsen* får anses kunna agera tamligen fritt ³⁷ Det kan också utifrån värdeförstoringsaspekter, som senare ska visas, vara av ett kommunalt intresse att avsätta överskottskapacitet eller produkter till följd av biproduktion eller accessorisk verksamhet på den öppna marknaden

I likhet med svenska kommuner är även danska kommuner förhindrade att stödja enskilda privatpersoner och företag utan att det föreligger lagstod eller ett kommunalt intresse. Utgångspunkten är därför att enskilda kommunmedlemmar inte får gynnas på bekostnad av kommunen, oavsett om det sker utifrån ekonomiska eller sociala aspekter. Principen innebär också att en kommun inte heller får gynna sammanslutningar eller grupper av kommunmedlemmar utan att det föreligger ett kommunalt intresse eller att åtgärden har lagstod. Stöd för principen återfinns både i rättspraxis och i den juridiska teorin ³⁸ Förbudet som bygger på en likhetstanke har stor praktisk relevans vilket visats genom att *Indenrigsministeriet* vid ett flertal tillfällen uttalat sig om kommunalt stöd till enskilda ³⁹

Darutöver begränsas kommunalfullmakten av det faktum att kommunerna som utgångspunkt inte får berika sig på enskilda kommunmedlemmars bekostnad utan lagstod. Även detta förbud bygger i viss mån på likhetstanken, dvs att alla kommunmedlemmar som utgångspunkt ska behandlas lika. Dessutom kan förbudet spåras i tanken att en kommun som huvudregel inte ska agna sig åt ekonomisk verksamhet i vinstsyfte, vilket emellertid inte ska tolkas som att en kommun inte får gå med vinst, utan endast att syftet med verksamheten inte får vara att berika den kommunala kassan ⁴⁰ Begränsningen ska också ses i ljuset av den allmänna rättsgrund-satsen om förbud mot illojal maktanvändning (*finansiel magtfordrejning*) *Ombudsmandens* uttalande i FOB 1975 380 är ett tydligt exempel på vad förbudet mot kommunalt berikande innebär. I fallet hade en kommun för avsikt att höja vattenavgiften för att omfordela skattebördan från direkta till

³⁷ Se Gammelgaard, 2004, s. 46

³⁸ Se t ex Vestre Landsrets utrykte dom af 17 juni 1996 (1 instanssag B 0604-94), efter Gammelgaard, 2004, s. 47, respektive Heide Jørgensen, 1993, s. 117 f samt Garde och Revsbech, 2002, s. 25 ff

³⁹ Se t ex Indenrigsministeriets brev af 6 april 1992 (2 k kt, j nr 1990/1125/1216-1)

⁴⁰ Att en kommun inte får engagera sig i verksamhet med ett vinstsyfte om inte lagstiftning medger ett sådant engagemang har beskrivits som något missvisande och borde istället förstås som ett förbud mot att engagera sig i spekulativ verksamhet. Att verksamheten inte får vara spekulativ utesluter däremot inte att en kommun som engagera sig i näringsverksamhet efter stravar normal avkastning, vilket i sig också minskar risken för att konkurrensen snedvrids, se Revsbech, 2005, s. 89 f respektive s. 93 f

indirekta skatter. För att en sådan åtgärd skulle accepteras fordrades enligt *Ombudsmanden* särskilt lagstöd, vilket inte förelåg. Förbudet accentuerar det faktum att en kommun inom ramarna för kommunalfullmakten inte får beakta finansiella hänsyn som saknar samband med de tjänster som kommunen tillhandahåller med stöd av kommunalfullmakten.⁴¹

Kommunalfullmakten begränsas också av ett krav på att det ska föreligga ett rimligt förhållande mellan det kommunala engagemanget och det kommunala intresset. Kriteriet bygger på det faktum att det kommunala intresset som nämnts är ett relativt begrepp och innebär därför att en kommun endast kan engagera sig i en aktivitet i den mån det motsvaras av det kommunala intresset. *Indenrigsministeriet* har också uttalat att det ska vara ett ”rimeligt forhold mellem den kommunale interesse og størrelsen af det kommunale engagement”.⁴² Om det föreligger ett kommunalt intresse, men att detta är svagt, kan således endast ett kommunalt engagemang av mindre grad accepteras.

3.3 Kommunalfullmakten och kommunal näringsverksamhet

Beträffande kommunernas kompetens att själva engagera sig på den öppna marknaden är som nämnts den oskrivna huvudregeln att kommunerna inte får driva handel, hantverk, industri eller finansiell verksamhet. Undantag från huvudregeln medges emellertid om stöd för ett kommunalt näringslivs-engagemang återfinns i lagstiftning eller om de aktuella åtgärderna omfattas av kommunalfullmakten. Anledningen till att kommunerna som regel inte får engagera sig i näringsverksamhet på den öppna marknaden är att den marknaden ska vara förbehållen de privata aktörerna. Huvudargumentet för uppdelningen är att konkurrensen riskerar påverkas negativt om skillnaderna mellan det offentliga och privata inte upprätthålls, varför kommunerna i så liten grad som möjligt ska påverka de marknadsmekanismer som styr näringslivet.⁴³ Genom en tillämpning av huvudregeln ska en kommun inte heller kunna gynna enskilda företag och individer framför andra. Som argument har också nämnts att kommunernas ledningar inte är utbildade eller organiserade för att ägna sig åt näringsverksamhet.⁴⁴

⁴¹ Se Gammelgaard, 2004, s. 47.

⁴² Indenrigsministeriets brev af 24. februar 1994 (2. k.kt., j.nr. 1992/1126/200-1).

⁴³ Indenrigsministeriets brev af 23. juni 1991 (2. k.kt., j.nr. 1989/1115-15).

⁴⁴ Indenrigsministeriets brev af 23. juni 1991 (2. k.kt., j.nr. 1989/1115-15). Se också t.ex. Revsbech, 2005, s. 88.

Revsbech har därtill anført att den kommunalrättsliga huvudregeln, dvs. att kommunerna inte utan lagstod får engagera sig i näringsverksamhet, kan motiveras med att det danska samhället är ett samhälle som ur ett ekonomiskt perspektiv bygger på en uppdelning mellan offentligt och privat. Enligt Revsbech grundar sig det danska systemet således på en principiell uppfattning att vissa uppgifter ska skötas i offentlig regi medan andra uppgifter ska tillvaratas av det privata näringslivet. Om ett kommunalt engagemang på näringslivsområdet skulle accepteras hade emellertid gränserna mellan det offentliga och privata kunnat forskjutas – vilket i sig skulle utgöra en grundläggande förändring av samhallsstrukturen. En sådan förändring av samhällets uppbyggnad borde enligt Revsbech inte heller accepteras med mindre än att lagstiftaren tagit ställning i frågan.⁴⁵

Undantag från huvudregeln att kommuner inte utan lagstod får engagera sig i näringsverksamhet medges likväl i de fall det kommunala intresset av att engagera sig i en viss verksamhet väger tyngre än den principiella ståndpunkten bakom huvudregeln. Kommunalfullmaktens regler kan sålunda skapa ett visst utrymme för kommunerna att på olika sätt engagera sig i näringsverksamhet. Det har emellertid utkristalliserats några olika typer av kommunalt näringslivsengagemang som normalt anses vara tillåtna utan att någon fullständig analys utifrån de rättsgrundsatser som begränsar kommunalfullmakten behöver göras. Således är utgångspunkten att en kommun får engagera sig på marknaden i syfte att söka avsättning för biproduktion eller överskottskapacitet. Dessutom kan en kommun engagera sig i verksamhet som har ett nära och naturligt samband med annan kompetensrelig kommunal verksamhet, s. k. accessorisk verksamhet, trots att verksamheten i sig inte omfattas av den kommunala kompetensen. Därutöver har kommunerna ansetts vara oförhindrade att engagera sig i s. k. försörjningsverksamhet, dvs. framst. produktion och distribution av el, vatten, värme m.m.⁴⁶

⁴⁵ Se Revsbech, 2005, s. 86 f.

⁴⁶ Även andra former av kommunalt näringslivsengagemang förekommer, t. ex. produktion för eget bruk, vilket är en viktig del av kommunernas verksamhet. Kommunerna kan således producera varor och tjänster som ska användas i kommunernas kompetensreliga verksamhet. Som exempel kan nämnas att det anses vara kompetensreligt att driva ett tvätteri i anslutning till ett sjukhus, likaså att driva en plantskola ifall plantorna ska användas i kommunala parker. Även produktion och utveckling av leksaker som ska användas i den kommunala verksamheten har ansetts vara lagligt med hänvisning till reglerna om produktion för internt bruk, Indenrigsministeriets brev af 7 januari 1992 (2 k. kt., j. nr 1992/1122/561-1). Produktion för internt bruk måste inte alltid utföras av varje kommun för sig, det finns en möjlighet för kommunerna att bilda sammanslutningar för att producera varor och tjänster. En begränsning som

I det följande ska dessa särskilda möjligheter till kommunalt näringslivsengagemang beröras närmare.

3.3.1 *Avsättning av biprodukter*

Biprodukter definieras vanligtvis som varor och tjänster vilka tillkommit som en naturlig del av kompetensenlig kommunal verksamhet.⁴⁷ Ett klassiskt exempel på avsättning av biprodukter är försäljning av koks och tjära från kommunala gasverk. Fokus har emellertid i allt större utsträckning flyttats mot försäljning av s.k. *know-how* som uppkommit i samband med att kommunen utfört uppgifter som rymts inom den kommunala kompetensen. Som exempel på sådana biprodukter kan nämnas kunskap som förvärvats vid drift av ett kommunalt sjukhus eller daghem alternativt *know-how* som uppkommit i samband med äldreomsorg eller undervisning.⁴⁸

Avsättning av biprodukter på den öppna marknaden accepteras med hänvisning till att en annan ordning skulle vara samhällsekonomiskt oförsvarlig. Det vore tvivelaktigt att endast utifrån formella aspekter tvingas omtentgöra produkter som uppkommit i samband med att en kommun utför uppgifter som i övrigt faller inom den kommunala kompetensen. Således väger hänsynen att undvika onödig värdeförstöring tyngre än beaktandet att skydda de privata företagen mot konkurrens från kommunala aktörer.⁴⁹ Genom möjligheten för kommunerna att avsätta eventuella biprodukter ska också samhället tillgodogöras ett värde utöver utförandet av huvuduppgiften, vilket innebär att samhällets resurser därigenom utnyttjas effektivare. Den samhällsekonomiska nyttan anses följaktligen vara större av att en kommun tillåts engagera sig på marknaden än nyttan av att privata företag inte ska behöva konkurrera med kommunala aktörer.⁵⁰

Några begränsningar ifråga om till vilka en kommun kan sälja biprodukter existerar inte – det står därför en kommun fritt att exportera produk-

galler vid produktion till eget bruk är att produktionen endast får användas i den kommunala verksamheten. Den kommunala produktionen får således inte avsättas på den öppna marknaden under förutsättning att reglerna om överskotts kapacitet inte blir tillämpliga. Den kommunala produktionen för eget bruk får inte heller vara driftsekonomiskt oförsvarlig. Där ligger att kostnaderna för produktion av en vara eller tjänst inte får stå i missförhållande till det pris en privat producent kunnat leverera varan eller tjänsten till. De rättsliga aspekterna på kommunal produktion för internt bruk behandlas t.ex. i Revsbech, 2005, s. 101–106.

⁴⁷ Se t.ex. betänkning nr 1153/1988, s. 73, betänkning nr 1268/1994, bilagan, s. 177 och Gammelgaard, 2004, s. 56.

⁴⁸ Se Gammelgaard, 2004, s. 56 f.

⁴⁹ Se t.ex. Indenrigsministeriets brev af 9. oktober 1997 (2. k.t., j.nr 1997/11121/650-2).

⁵⁰ Se Gammelgaard, 2004, s. 56.

terna eller att sälja dem till offentliga myndigheter, privatpersoner eller till privata företag. För att försäljning av biprodukter ska tillåtas krävs emellertid att vissa villkor är uppfyllda. Först och främst måste biprodukterna ha tillkommit som en naturlig följd av den kommunala verksamheten, vilket innebär att man i den kommunala verksamheten inte ska ha kunnat undgå att producera även biprodukterna.⁵¹

För att kunna avsätta biprodukter på marknaden kan det vara nödvändigt att upparbeta produkten. Upparbetning av biprodukter kan därför tillåtas, men endast under förutsättning att upparbetningen inte är mer långtgående än vad som behövs för att kunna avyttra dem. Om upparbetning av en biprodukt är mer långtgående än att produkten går att sälja rör det sig inte längre om en biprodukt, utan istället om en ny produkt, som i sig utgör en självständig produkt varför produktionen då faller utanför den kommunala kompetensen.⁵² Som exempel kan nämnas att det kan anses vara förenligt med den kommunala kompetensen att producera äggkartonger av återvunnet papper – men inte att producera ägg för att sälja kartongerna.⁵³

Från tillsynsmyndigheternas praxis kan nämnas Tarco-ärendet,⁵⁴ där *Indenrigsministeriet* ansåg att upparbetningen av en produkt var så långtgående att det istället rörde sig om en ny produkt – varför agerandet inte hade rättsligt stöd. Tarco A/S ursprungliga syfte var att saluföra den tjära som utgjorde en biprodukt från de kommunala gasverken. Verksamheten expanderade sedermera till att inte endast omfatta tjära och försäljningen skedde inte heller längre primärt till kommuner, utan produkterna exporterades i stor utsträckning. Ett specifikt fall som var uppe till bedömning var ett av Tarco A/S helägda bolag, Tarco Vej A/S, som inte ansågs sälja produkter som var en naturlig följd av den kompetensliga produktionen av vägmateriäl. Av *Indenrigsministeriets* uttalande framgick istället att de såg den aktuella verksamheten, inte som en biprodukt, utan som ett resultat av en betydande självständig forsknings- och utvecklingsinsats som inte i en obetydlig omfattning avsattes till andra än danska kommuner. Dessa produkter ansågs därför inte ha tillkommit i enlighet med kommunalfullmakten.

⁵¹ Se Gammelgaard, 2004, s. 57 f.

⁵² Se t.ex. betänkning nr 1153/1988, s. 74, Garde och Mathiassen, 1991, s. 48 f., samt Garde och Revsbech, 2002, s. 54 f. Heide-Jørgensen har däremot ansett att en sådan begränsning av kommunernas möjlighet att upparbeta en produkt inte bör upprätthållas, Heide-Jørgensen, 1993, s. 118 ff. och s. 166 ff.

⁵³ Se Heide-Jørgensen, 1993, s. 119.

⁵⁴ Indenrigsministeriets brev af 23. juni 1991 (2. k.kt., j.nr. 1989/1115-15).

Några skarpa generella gränser för i vilken utsträckning en kommun kan upparbeta en biprodukt utan att den övergår till att i rättslig mening vara en del av en ny och självständig produkt går däremot inte att uppställa – dessa gränser måste istället fastställas i varje enskilt fall.⁵⁵

Kommunerna har också givits en möjlighet att marknadsföra de biprodukter som ska avsättas på den öppna marknaden.⁵⁶ I likhet med syftet bakom möjligheten att lagligt upparbeta biprodukter syftar också möjligheten för kommunerna att lagligt vidta marknadsföringsåtgärder till att få produkterna sålda. Marknadsföringsåtgärderna får dock inte vara så omfattande att de i sig kan anses utgöra en ny självständig verksamhet. För att marknadsföringsåtgärderna ska rymmas inom den kommunala kompetensen måste de också stå i ett rimligt förhållande till den förväntade förtjäns- ten, vilket är ett uttryck för proportionalitetsprincipen.⁵⁷ I det enskilda fallet fordras dessutom en värdering av om det råder konkurrens på den marknad där produkterna ska avsättas. Om konkurrens råder på marknaden får troligtvis inte lika omfattande marknadsföringsåtgärder vidtas som om privata konkurrenter skulle saknas. Denna ordning har kritiserats av Harder, som anser att det borde stå *kommunbestyrelsen* fritt av själv avgöra vilka marknadsföringsåtgärder som är nödvändiga.⁵⁸ Någon nyare praxis på området finns inte, varför kriteriet möjligtvis förlorat något av sin självständiga betydelse och kommunerna torde således stå tämligen fria att själva avgöra hur marknadsföringen utformas om biprodukterna i övrigt faller inom kommunalfullmakten. Rättsläget kan emellertid anses vara något oklart.⁵⁹

Ytterligare ett krav för att biprodukter ska få avsättas på marknaden är att det sker på marknadsmässiga villkor. Till skillnad från vad som gäller i Sverige är inte huvudregeln enligt dansk rätt att all kommunal verksamhet ska vara underkastad självkostnadsprincipen, *hvile-i-sig-selv-princippet*. Därför ska också biprodukter säljas till marknadspris. Ordningen följer dels av att kommuner inte utan lagstöd får gynna enskilda, dels av att man därigenom undviker att konkurrensen på den öppna marknaden snedvrids.⁶⁰

⁵⁵ Se Gammelgaard, 2004, s. 60.

⁵⁶ Indenrigsministeriets brev af 19. juni 1987 (2. k.k.t., j.nr. 1987/1136-1).

⁵⁷ Se Gammelgaard, 2004, s. 60.

⁵⁸ Se Harder, 1994, s. 73 f.

⁵⁹ Jfr Gammelgaard, 2004, s. 61.

⁶⁰ Se t.ex. FOB 1983.168, betænkning nr 1153/1988, s. 74, Indenrigsministeriets brev af 4. september 2000 (2. k.k.t., j.nr. 1998/1220/015-12), Indenrigsministeriets brev af 18. januar 2002 (2. k.k.t., j.nr. 1999/1117-70-1), samt Garde och Revsbech, 2002, s. 54.

Enligt min mening gynnar man emellertid inte per automatik enskilda genom att inte tillampa en marknadsprissättning såvida priserna inte understiger självkostnaderna. Genom att tillampa självkostnadsprincipen skulle därför inte heller kollektivet genom skattemedel gynna de enskilda brukarna, samtidigt som de enskilda brukarna inte skulle gynna skattekollektivet. Däremot talar konkurrensaspekten för att marknadsprissättning ska tillämpas vid försäljning av biprodukter.

Vad som utgör en marknadsmassig prissättning går dock inte att fastställa på förhand, varför det också i viss mån står kommunerna fritt att göra en skonsmassig bedömning. Men då kommunerna även är bundna av principen om att deras åtgärder ska vara ekonomiskt försvarbara får prissättningen åtminstone inte understiga självkostnaderna.⁶¹ Om marknadspriset understiger självkostnaderna ska därför den kommunala verksamheten upphöra om det inte endast rör sig om tillfälliga förluster där bedömningen är att kommunen senare ska kunna balansera intakter och utgifter.⁶²

Viss tveksamhet finns vad gäller hur priset ska fastställas då en kommun säljer biprodukter till andra offentliga myndigheter. Då koparen i teorin står fri att själv producera samma varor och tjänster till självkostnadspris har frågan uppkommit om priset ska motsvara självkostnaderna eller om marknadsprissättning ska tillämpas. Frågan har behandlats av *Indenrigsministeriet* som kom fram till slutsatsen att priset skulle fastställas till självkostnaderna.⁶³ Avgörandet har emellertid kritiserats av Gammelgaard bland annat med hänsyn till att *opgaveudførelseloven*⁶⁴ gav ett visst stöd för en kommun att utföra uppdrag åt andra offentliga myndigheter med vinstsyfte, vilket också skulle minska risken för att konkurrensen påverkas negativt.⁶⁵

3.3.2 Försäljning av överskotts kapacitet

Ytterligare en möjlighet för kommunerna att engagera sig på den öppna marknaden och således utföra uppgifter som normalt ankommer på det egentliga näringslivet följer av att kommunerna i en begränsad omfattning

⁶¹ Jfr Indenrigsministeriets brev af 30 juni 1995 (2 k kt , j nr 1992/1124/537 1) Uttalan det rörde dock överskotts försäljning men torde vara aktuellt även ifråga om försäljning av biprodukter

⁶² Se Gammelgaard 2004, s 62

⁶³ Jfr Indenrigsministeriets brev af 15 november 1991 (2 k kt , j nr 1988/1128/1416 1) som visserligen inte explicit rörde försäljning av biprodukter men som ändå torde vara av relevans i sammanhanget

⁶⁴ Lov nr 378 af 14/06/1995, med senare ändringar

⁶⁵ Se Gammelgaard 2004, s 63 f

med stöd av kommunalfullmakten kan avyttra överskottskapacitet på marknaden.⁶⁶ Även denna möjlighet för kommunerna att engagera sig på det egentliga näringslivets område accepteras med förövändning att kommunens resurser ska utnyttjas ekonomiskt rationellt såtillvida att onödig värdeförstöring ska undvikas.⁶⁷

Av tillsynsmyndigheternas praxis framgår att en överskottskapacitet inte får vara dimensionerad så att den inte endast syftar till att tillgodose kommunens interna behov. Genom begränsningen ska en kommun inte kunna inneha resurser som inte behövs för den egna verksamheten. Som riktmärke anges i *betänkning* nr 1153/1988 att en överskottskapacitet som överstiger 50 procent av kommunens samlade kapacitet inte torde kunna accepteras.⁶⁸

Riktmärket har emellertid inte följts av tillsynsmyndigheterna – men andelen överskottskapacitet har i tillsynsmyndigheternas praxis varit en del av värderingen om en verksamhet varit dimensionerad för att endast tillvarata de kommunala uppgifterna.⁶⁹ I *Indenrigsministeriets brev af 18. januar 2002* (2. k.kt., j.nr. 1999/1117-70-1) ansågs den omtvistade verksamheten inte laglig då andelen överskottskapacitet utgjorde knappt 90 procent.

Tillsynsmyndigheterna gör inte heller någon skillnad i bedömningen av andelen överskottskapacitet som tillåts beroende på om försäljningen utslutande sker till andra kommuner eller till den privata sektorn.⁷⁰ Att den motsatta uppfattningen istället borde vara gällande framförs i *betänkning* nr 1153/1988, med motiveringen att de kommuner som köper överskottskapacitet från andra kommuner själv hade kunnat utföra de uppgifter som köps in, alternativt låta uppgifterna utföras av ett kommunalt bolag som ägs av de båda kommunerna gemensamt. Av den anledningen borde inte heller näringslivet ha någon berättigad förväntan att själva få utföra de aktuella uppgifterna.⁷¹

För att en försäljning av ett kommunalt överskott ska vara tillåten krävs vidare att överskottet inte går att avskaffa med hänsyn till de uppgifter kommunen svarar för. Begränsningen utgör med Gammelgaards terminologi

⁶⁶ Se t.ex. Garde och Revsbech, 2002, s. 55 f., Gammeltoft-Hansen m.fl., 2003, s. 703 ff. och *betänkning* nr 1153/1988, s. 73 f. Jfr Gammelgaard, 2004, s. 65.

⁶⁷ Se t.ex. Gammelgaard, 2004, s. 65.

⁶⁸ Se *betänkning* nr 1153/1988, s. 74.

⁶⁹ Se Gammelgaard, 2004, s. 66 f.

⁷⁰ *Indenrigsministeriets brev af 13. november 1992* (2. kt., j.nr 1992/1124/050-1). Se också Gammelgaard, 2004, s. 68.

⁷¹ Se *betänkning* nr 1153/1988, s. 74, vari det hänvisas till *Ombudsmandens brev af 25. september 1987* (j.nr 1987-155-42), efter Gammelgaard, 2004, s. 67 f.

”et objektivt nødvendighedskrav”.⁷² Om ett visst överskott går att avveckla beror främst på om lagstiftningen ålägger kommunen att upprätthålla en viss beredskap eller om de hindras av tekniska och personalmässiga förhållandena. I *Indenrigsministeriets brev af 17. november 1992* (2. k.kt., j.nr. 1992/1124-101-2), vilket rörde patienttransporter åt ett privat företag, uttalade ministeriet att det inte fanns någon lagstiftning som tvingade kommunerna att ha ett bestämt antal ambulanser, varför den aktuella verksamheten inte ansågs uppfylla kravet om att överskottet inte skulle kunna avvecklas. Således rymdes inte heller den aktuella verksamheten inom kommunalfullmaktens gränser. Att kommunen genom en underlåtenhet att sälja tjänster i form av patienttransporter med kommunala ambulanser på den öppna marknaden ändå inte skulle kunna avveckla överskottskapaciteten utgjorde således inget skäl för att verksamheten skulle anses vara laglig.

Tillsynsmyndigheten drog den motsatta slutsatsen i *Indenrigsministeriets brev af 30. juni 1995* (1992/1124/537-1). Ärendet avsåg kommunal överskottsförsäljning av slamsugnings- och spolningsarbeten till den privata sektorn. Försäljningen ansågs vara laglig då man i målet lade stor betydelse vid att kapaciteten var bestämd utifrån de kommunala behoven, samtidigt som överskottskapaciteten inte skulle kunna minskas enbart genom att försäljningen skulle avvecklas.

Möjligheten att sälja överskottskapacitet som uppstått till följd av tekniska eller personalmässiga förhållanden illustreras bland annat av uttalandet i *Indenrigsministeriets brev af 4. september 2000* (2. k.kt., j.nr. 1998/1220/015-12). Ärendet rörde försäljning av överskottskapacitet från ett tvätteri som drevs av en sammanslutning av kommuner. Tvätteriet utförde normalt tjänster åt de kommuner som ingick i sammanslutningen enligt reglerna om produktion för internt bruk. Den överskottskapacitet som uppstod såldes dock till tvätteriets anställda och till de anställda i övriga institutioner som sammanslutningen utförde uppdrag åt. Bakgrunden till att en överskottskapacitet inte kunde avvecklas var att den del av verksamheten som avsåg internt bruk var koncentrerad till sommarmånaderna vilket fick till följd att en överkapacitet av maskiner och personal uppstod under andra delar av året. Med anledning av personalens kompetens skulle det också vara olämpligt att inte behålla de anställda hela året. Då tillsynsmyndigheten ansåg det vara omöjligt att avskaffa den maskinella överskottskapaciteten

⁷² Gammelgaard, 2004, s. 68.

och högst olämpligt och resursmässigt oförsvarligt att friställa de anställda under delar av året ansågs försäljningen vara laglig.

Ytterligare ett område där frågan om möjligheten att inte kunna avveckla en överskottskapacitet i allt större utsträckning kan uppkomma är förknippad med kommunal upplåtelse av data- och telenät. *Indenrigsministeriet* har uttalat att sådan upplåtelse kan komma att tillåtas efter en konkret värdering om förutsättningarna för försäljning av överskottskapacitet är uppfyllda.⁷³ Gammelgaards bedömning är emellertid att kommunerna torde stå tämligen fria att sälja sådan överskottskapacitet inom ramen för kommunalfullmakten.⁷⁴

För att försäljning av överskottskapacitet ska accepteras fordras också att uppgifterna inte redan i rimlig omfattning tillhandahålls av privata aktörer på marknaden – varför möjligheten att avsätta sådana produkter är begränsad på de marknader som kännetecknas av en väl fungerande konkurrens. Genom det uppställda kravet ska värdeförstöringaspekten kunna vägas mot hänsynen att kommunerna inte ska påverka konkurrensen.

Trots att uthyrning av lokaler normalt är en uppgift som ankommer på det privata näringslivet har kommunal uthyrning av lokaler accepterats av tillsynsmyndigheterna med stöd av reglerna för försäljning av överskottskapacitet.⁷⁵ Lediga lokaler har därför kunnat upplåtas för kulturella ändamål under förutsättning att kommunen haft riktlinjer för sådana upplåtelser. Om det är acceptabelt kan kommunen få sina omkostnader för upplåtelsen täckta av ”hyresgästen.” Däremot kan inte kommunen mer näringsmässigt hyra ut sina lokaler.⁷⁶ Främst har det rört sig om uthyrning av skollokaler då dessa inte använts i undervisningen. Även utnyttjande av en kommunal överskottskapacitet i form av skolbussar har tidigare accepterats av *Indenrigsministeriet*, trots att de aktuella bussresorna normalt utfördes av privata aktörer.⁷⁷ Som ytterligare exempel på när driftekonomiska hänsyn vägt tyngre än konkurrensaspekter kan nämnas att *Indenrigsministeriet* accepterat att en kommun i förbindelse med hemtransport av kol, seglade med returlaster fastän ett flertal privata rederier ombesörjde motsvarande sjötransporter.⁷⁸

⁷³ Indenrigsministeriets brev af 22. februar 2000 (2. k.kt., j.nr. 1999/1110/200-1).

⁷⁴ Se Gammelgaard, 2004, s. 72.

⁷⁵ Se t.ex. Indenrigsministeriets brev af 23. december 1999 (2. k.kt, j.nr. 1997/1115/055-1) och Indenrigsministeriets brev af 23. juni 1999 (2. k.kt, j.nr. 1997/11124/159-1).

⁷⁶ Se Heide-Jørgensen, 1993, s. 120.

⁷⁷ Indenrigsministeriets brev af 28. juni 1988 (2. k.kt, j.nr. 1988/1126/0800-1).

⁷⁸ Indenrigsministeriets brev af 14. august 1986 (2. k.kt, j.nr. 1983/1111-41).

I likhet med vad som gäller vid försäljning av biprodukter ska också överskottskapacitet säljas till marknadspris,⁷⁹ vilket följer av att även sådan försäljning ska vara ekonomiskt försvarbar såtillvida att intäkterna åtminstone ska motsvara både de direkta och indirekta kostnaderna.⁸⁰

3.3.3 Accessorisk verksamhet

Ytterligare ett undantag från huvudregeln att kommuner inte utan lagstöd får engagera sig i handel, hantverk, finansiell- eller industriell verksamhet utgörs av reglerna om s.k. accessorisk verksamhet. Accessorisk verksamhet kan definieras som *"en selvstændig opgave, der i sig selv falder uden for kommunalfuldmagten, men som har en nær og naturlig sammenhæng med en lovlig kommunal (hoved)opgave."*⁸¹ Som exempel på accessorisk verksamhet kan nämnas ett engagemang i en cafeteria belägen i en kommunal badanläggning, eller ett engagemang i en restaurang på en kommunal flygplats.⁸² Denna möjlighet för de danska kommunerna att engagera sig i näringsverksamhet motsvaras i många avseenden av den svenska kommunalrättens anknytningskompetens.⁸³

Möjligheten att bedriva accessorisk verksamhet kan betecknas som en säkerhetsventil som tillåter kommunerna att sköta viss verksamhet som i sig inte ingår i kommunfullmakten men där det vore orimligt om kommunen inte skulle kunna engagera sig. Kommunerna ges därmed en möjlighet att i mindre omfattning ägna sig åt en verksamhet som i normala fall inte är laglig när det finns ett nära och naturligt samband med kompetenslig verksamhet. Skälet till att kommunerna givits denna utökade kompetens att engagera sig i verksamhet som normalt är förbehållen privata företag är att kommunerna därigenom ska kunna utnyttja de kommunala resurserna effektivt.⁸⁴

Att det ska föreligga ett nära och naturligt samband till den kompetens-
enliga huvuduppgiften för att reglerna om accessorisk verksamhet ska aktu-

⁷⁹ Se t.ex. Gammelgaard, 2004, s. 74, samt Mogensen och Silic, 2004, s. 152.

⁸⁰ I övrigt hänvisas till avsnitt 3.2.1 rörande fastställande av pris vid försäljning av biprodukter.

⁸¹ Gammeltoft-Hansen m.fl., 2003, s. 706, jfr Indenrigsministeriets brev af 21. december 2000 (2. k.kt., j.nr. 2000/1113/700-1) och betænkning nr 1153/1988, s. 76.

⁸² Se t.ex. Revsbech, 2005, s. 125.

⁸³ Se ovan avsnitt 2.2.2. Innebörden av de båda begreppen anknytningskompetens och accessorisk verksamhet är i det närmaste identisk. Men då begreppet accessorisk verksamhet används i framställningen syftar det på den kompetens som tillskrivs de danska kommunerna, medan begreppet anknytningskompetens avser att ta sikte på motsvarande svenska kompetensgrund.

⁸⁴ Se Carstensen, 1993, s. 57.

aliseras framgår redan ur definitionen av begreppet. Som belysande exempel på då ett nära och naturligt samband mellan accessorisk och kompetenslig verksamhet kan anses föreligga kan nämnas *Indenrigsministeriets brev af 3. juni 2003 (Stabsenheden, j.nr. 2003-2117/025-1)*. Ärendet avsåg försäljning av reklamplatser på en kommunal gymnasieskola. *Indenrigsministeriet* uttalade att försäljning av reklamplatser i vissa fall kan anses ha ett nära och naturligt samband med en kommunal huvuduppgift. Sådan försäljning torde dock främst vara tillåten vad gäller reklamplatser på kommunala bus-sar till följd av dess långa tradition. Något nära och naturligt samband ansågs emellertid inte föreligga mellan reklamförsäljning och driften av en gymnasieskola – varför inte heller det kommunala engagemanget i den påstådda accessoriska verksamheten accepterades.⁸⁵

I *Indenrigsministeriets brev af 15. november 1990 (2. k.kt., j.nr. 1990/1131-28)* ansågs ett kommunalt naturgasföretags engagemang i en verksamhet som skulle administrera internationella handelskontakter inte heller utgöra accessorisk verksamhet i förhållande till företagets huvuduppgift, dvs. att leverera naturgas.

För att en accessorisk verksamhet ska vara tillåten fordras inte bara att den har ett nära och naturligt samband till den kommunala huvuduppgiften, utan verksamheten måste också vara underordnad huvuduppgiften. Begränsningen utgör ett ekonomiskt krav där andelen accessorisk verksamhet ska bedömas i förhållande till den totala huvudverksamheten. Någon nyare praxis från *Indenrigsministeriet* som fastställer hur stor andelen får vara för att verksamheten ska rymmas inom kommunalfullmaktens gränser finns inte.⁸⁶

Däremot har *Tillsynsrådets for Viborg Amt* i dess *brev af 23. april 1997 (2. k.kt., j.nr. 1993-951/42)* haft att ta ställning i frågan. Tillsynsrådets uttalande gällde ett kommunalt engagemang i ett företag som i allmännyttigt syfte drev ett hallkomplex att användas för bland annat kulturella evenemang och ungdomsaktiviteter. Det kommunala engagemanget ansågs dock inte vara lagligt i och med att cirka 70 procent att företagets omsättning rörde en restaurang. Restaurangverksamheten kunde på grund av dess stora

⁸⁵ Det står dock en kommun fritt att ta emot gåvor för att utnyttjas i den kommunala verksamheten. En kommun är då också fri att informera om vem som givit gåvan under förutsättning att informationen inte får karaktären av reklam, se Mogensen och Silic, 2004, s. 145.

⁸⁶ Se Gammelgaard, 2004, s. 80.

andel av den totala verksamheten därför inte anses vara accessorisk i förhållande till den i övrigt kompetensenliga verksamheten, varför hela verksamheten föll utanför kommunalfullmaktens gränser.

Någon precis gräns för när en verksamhet inte längre kan anses vara underordnad huvudverksamheten går inte att fastställa. Ett rimligt antagande är dock enligt Gammelgaard att verksamhetens andel av den totala omsättningen med stor marginal ska understiga 50 procent för att anses vara accessorisk.⁸⁷

För att accessorisk verksamhet ska tillåtas krävs dessutom att den aktuella verksamheten i rimlig utsträckning inte redan tillvaratas av privata aktörer på marknaden – varför en avvägning mellan det kommunala intresset i den accessoriska verksamheten och hänsynen till den privata sektorn måste göras.⁸⁸

I *Indenrigsministeriets brev af 17. november 1992* (2. k.kt., j.nr. 1992/1124/101-1) som avsåg lagligheten av en kommunal räddningstjänsts beslut att sälja kommunikationsutrustning till både den privata och offentliga sektorn uttalade tillsynsmyndigheten att en försäljning till andra offentliga myndigheter kunde anses utgöra accessorisk verksamhet trots att privata alternativ hade kunnat sköta uppgiften. Det ansågs emellertid inte vara lagligt enligt reglerna om accessorisk verksamhet att sälja utrustningen till den privata sektorn eller sådana myndigheter som inte hade någon anknytning till den kommunala larmcentralen.

Ett annat belysande exempel är *Indenrigsministeriets brev af 2. april 1996* (2. k.kt., j.nr. 1992/1125/461-1) vilket rörde Odense kommuns engagemang i bolaget A/S Odense Kongreshus. Ursprunget till det kommunala engagemanget gick att finna i att Odense kommun under slutet av 1970-talet etablerade mässanläggningen Fyns Forum. På grannfastigheten startades senare av det då privata företaget A/S Odense Kongreshus verksamhet i form av ett kongresscenter, Odense Congress Center. Odense kommun blev därefter aktieägare i A/S Odense Kongreshus genom att tillföra Fyns Forum som apportegendom till företaget. Odense kommun ägde då 50 procent av företaget och resterande 50 procent ägdes av privata aktörer. Företaget ägnade sig åt konferens-, mötes-, mäss-, hotell-, och restaurangverksamhet. *Indenrigsministeriet* prövade lagligheten av det kommunala engagemanget i förhållande till kommunalfullmakten. Mäss- och konferensverksamheten

⁸⁷ Se Gammelgaard, 2004, s. 80.

⁸⁸ Se Gammelgaard, 2004, s. 80 f.

ansågs av infrastrukturella skäl vara laglig, medan det kommunala engagemanget i restaurang-, och hotellverksamheten ansågs strida mot kommunalfullmaktens regler om accessorisk verksamhet.

Men hänvisning till senare uttalanden från *Indenrigsministeriet* torde dock ett kommunalt engagemang i en restaurang i anslutning till en mäss- eller konferensanläggning numera kunna accepteras som accessorisk verksamhet, då det anses ha ett så nära och naturligt samband med huvuduppgifterna att det kan godtas trots att restauranger normalt ägs av privata företag.⁸⁹ Hotellverksamhet i anslutning till konferens- och mässanläggningar torde däremot inte accepteras inom ramen för kommunalfullmakten, i och med att ett sådant kommunalt engagemang inte kan anses ha samma omedelbara betydelse för huvudverksamheten.⁹⁰

Av *Indenrigsministeriets* praxis framgår också att en viss försäljning av sportkläder och annan sportutrustning i anslutning till kommunala sport- och motionsanläggningar kan accepteras under förutsättning att verksamheten är av mycket underordnad betydelse.⁹¹ *Indenrigsministeriets* ställningstagande har dock kritiserats då den aktuella typen av verksamhet redan tillvaratas av privata aktörer. Farhågor om att avgörandet också ska öppna upp för en högre grad av kommunalt engagemang på näringslivsområdet exempelvis i form av försäljning av böcker, skolväskor, miniräknare och datorer i anslutning till den kommunala driften av skolor har också framförts. Sådan verksamhet torde ha ett lika nära och naturligt samband till undervisningen som försäljning av sportkläder har till brukandet av en motionsanläggning, varför också rättskällevärdet av avgörandet enligt Gammelgaard kan ifrågasättas.⁹²

Ett kommunalt engagemang i en accessorisk verksamhet får inte heller vara mer långtgående än vad som kan motiveras med hänsyn till kommunens syfte med verksamheten. Huvudregeln är därför att en kommun inte själv ska driva verksamheten – utan att driften ska överlåtas till en eller flera privata aktörer.⁹³ Genom ett sådant förfarande minskas också riskerna för

⁸⁹ Se *Indenrigsministeriets* brev af 19. marts 2002 (2. k.kt., 2001/11123/101-2) och *Indenrigsministeriets* notat af 26. maj 2003 (Stabsenheden, j.nr. 2003-2117/515-2).

⁹⁰ Se Gammelgaard, 2004, s. 83.

⁹¹ *Indenrigsministeriets* brev af 1. oktober 1996 (2. k.kt., j.nr. 1992/1124/101-3).

⁹² Se Gammelgaard, 2004, s. 84.

⁹³ *Indenrigsministeriets* notat af 26. maj 2003 (Stabsenheden, j.nr. 2003-2117/515-2).

att konkurrensen påverkas som en följd av att verksamheten då kommer att bedrivas på marknadsmässiga villkor.⁹⁴

Endast om det inte är möjligt att överlåta driften av en accessorisk verksamhet till ett privat företag får en kommun driva verksamheten i egen regi,⁹⁵ vilket kan aktualiseras om intjäningsmöjligheterna av den accessoriska verksamheten är mycket begränsade. Ytterligare en omständighet som gör att en kommunal drift av en accessorisk verksamhet kan accepteras är då kommunens egen personal också förestår den accessoriska verksamheten.⁹⁶ Det ska observeras att även om en accessorisk verksamhet drivs i kommunal regi ska driften ske på marknadsmässiga villkor.⁹⁷ Om en kommun måste driva en accessorisk verksamhet själv ska den också löpande bedöma om förutsättningar finns för att överlåta driften till en privat aktör. En sådan bedömning torde behöva göras minst en gång per år.⁹⁸

3.3.4 Försörjningsverksamhet

Av tradition inrymmer kommunalfullmakten även en möjlighet för kommunerna att leverera bland annat gas, vatten, värme och el till hushållen, trots att sådan produktion i princip lika väl kan skötas av privata aktörer. Sådan verksamhet betecknas som försörjningsverksamhet och utgör ett ytterligare avsteg från huvudregeln att kommuner inte ska engagera sig på näringslivets område.⁹⁹ Den största delen av kommunernas försörjningsverksamhet är numera emellertid lagreglerad och omfattas därför inte av kommunalfullmakten. Ett undantag där kommunerna alltjämt utan lagstöd kan agera med stöd av kommunalfullmakten rör området för jordrensning.¹⁰⁰ Kommunernas försörjningsverksamhet är också underkastad den danska motsvarigheten till självkostnadsprincipen, den så kallade *hvile-i-sigselv-princippen*.

Principen tillhör en del av den oskrivna kommunalrätten och innebär att intäkter från och utgifter för pågående försörjningsverksamhet ska balanseras.

⁹⁴ Kravet på att driften av accessorisk verksamhet ska överlåtas på privata aktörer torde också kunna spåras till den principiella ståndpunkten att kommuner inte ska engagera sig i näringsverksamhet, se Gammelgaard, 2004, s. 86.

⁹⁵ Indenrigsministeriets brev af 21. december 2000 (2. k.kt., j.nr. 2000/1113/700-1).

⁹⁶ Indenrigsministeriets brev af 17. november 1992 (2. k.kt., j.nr. 1992/1124/101-1).

⁹⁷ Se också avsnitt 3.3.1 om vad som kan betecknas som marknadsmässiga villkor vid avsättning av biproduktion.

⁹⁸ Indenrigsministeriets brev af 27. april 2001 (2. k.kt., j.nr. 1999/11023-33).

⁹⁹ Se t.ex. Mogensen och Silic, 2004, s. 124.

¹⁰⁰ Indenrigsministeriets skrivelse af 21. december 1988 (1. k.kt., j.nr. 1050-11/1988).

Något krav på att det ska föreligga balans mellan utgifter och intäkter för enskilda år föreligger inte – utan endast att inkomsterna och utgifterna balanseras på några års sikt. Principen utesluter inte heller att prissättningen gör det möjligt för de kommunala aktörerna att sätta av medel för framtida reparationer, underhåll, nyinvesteringar m.m.¹⁰¹

Hvile-i-sig-selv-principen innebär att en viss verksamhet inte får alstra ett överskott som kan återföras till den kommunala kassan, likaså får inte en verksamhet generera ett underskott som måste täckas genom skattesubventioner. Avgifter vid försörjningsverksamhet ska därför motsvara självkostnaderna. Således ska det också vara en tydlig åtskillnad mellan intäkter och utgifter ifråga om försörjningsverksamhet och kommunens allmänna ekonomi.

Bakgrunden till principen är att kommunernas engagemang avseende försörjningsverksamhet endast ska syfta till att tillgodose medborgarnas behov och inte att påverka den kommunala ekonomin. Om kommunerna skulle tillåta ett överskott och sedan överföra det till den allmänna kommunala kassan, eller låta en verksamhet generera ett underskott och täcka det genom skattesubventioner, skulle också den bördefördelning skattelagstiftningen ger uttryck för rubbas.¹⁰² En annan grund för principen är att kommunerna i praktiken har haft monopol på försörjningsverksamheten och följaktligen ska principen även skydda medborgarna från att kommunerna tar ut allt för höga avgifter.¹⁰³

3.4 Tillsyn över den kommunala verksamheten

I likhet med de svenska kommunerna är också de danska kommunerna underställda en viss kontroll. Det föreligger dock betydande skillnader mellan de båda regelverken. Till skillnad mot vad som är fallet enligt svensk rätt utgör den administrativa tillsynen, dvs. i sammanhanget den tillsyn som inte bedrivs av domstolarna utan av särskilda tillsynsmyndigheter, en mycket viktig form av tillsyn enligt dansk rätt. En annan skillnad är att någon möjlighet att anföra något som kan liknas vid en laglighetsprövning inför en dansk domstol inte föreligger enligt den danska kommunalrätten – endast den som har ett intresse i saken kan få en domstolsprövning till stånd. I det följande behandlas nyssnämnda möjligheter till kontroll av de danska kommunerna tämligen summariskt.

¹⁰¹ Se Garde och Revsbeck, 2002, s. 59.

¹⁰² FOB 1975.380, efter Gammelgaard, 2004, s. 100.

¹⁰³ Se Garde och Revsbeck, 2002, s. 59.

3.4.1 Den administrativa tillsynen

Sedan den 1 januari 2004 är de danska kommunerna underställda ett nytt kontrollsystem som regleras i *kommunstyrelsesloven*.¹⁰⁴ Bakgrunden till omorganisationen återfinns i *betænkning* nr 1395/2000 vari det framgår att förändringen syftade till att centralisera och modernisera den kommunala tillsynen.¹⁰⁵ Den tidigare ordningen med att *amtsmændene* svarade för tillsynen i första instans medan *Indenrigs- og Sundhedsministeriet* var den överordnande myndigheten, ersattes då med ett system som innebar att fem *statsamtsmænd*, vilka var organiserade som en myndighet, istället ansvarade för den tillsyn som tidigare utförts av *amtsmændene*. I samband med den senaste strukturreformen av de danska kommunerna och *amtskommunerne*, vilken trädde i kraft den 1 januari 2007, övertogs emellertid *statsamtsmændenes* uppgifter av statsförvaltningen.¹⁰⁶

Numera är inte heller *Indenrigs- og sundhedsministeriet* den överordnade tillsynsmyndigheten, i och med att det ministeriet ersatts av två nya ministerier, varvid det nya *Velferdsministeriet* övertagit ansvaret för de sakområden som tidigare föll under *Indenrigs- og sundhedsministeriet* inrikesdel.¹⁰⁷ Reglerna om den kommunala tillsynen återfinns även fortsättningsvis i kap. VI och VII, *kommunstyrelsesloven*. Reformen har inte heller medfört någon egentlig materiell ändring av tillsynen, mer än att den flyttats över till statsförvaltningen.¹⁰⁸

Även om *Velferdsministeriet* är den överordnade tillsynsmyndigheten kan ministeriet inte påverka statsförvaltningen i enskilda tillsynsärenden – däremot kan ministeriet med stöd av 47 § 3 st. *kommunstyrelsesloven* utfärda generella bestämmelser som reglerar statsförvaltningens tillsyn.

Statsförvaltningen svarar i regel för tillsynen över all kommunal verksamhet som utövas av *kommunalbestyrelsen* eller på dess vägnar, inbegripet de kommunala utskotten, eventuellt utnämnda lokalutskott, samt s.k. kommunförbund. En viktig begränsning är att tillsynen endast omfattar den kommunala offentlighetsligt reglerade verksamheten – tillsynsmyndighe-

¹⁰⁴ Lovbekendtgørelse nr 696 af 27/06/2008.

¹⁰⁵ Se *betænkning* nr 1395/2000, s. 261–272.

¹⁰⁶ *Amtskommunerne* fann tidigare sin svenska motsvarighet i landstingen men har genom reformeringen ersatts av fem större regioner. Strukturreformen innebar också att de 271 kommuner som tidigare fanns reducerades till 98 kommuner. Se bemærkninger til lovforslag nr L 70, af 24/02/2005, FT 2004/05, tilæg A, s. 3024.

¹⁰⁷ Se lovbekendtgørelse nr 696 af 27/06/2008 (*kommunstyrelsesloven*).

¹⁰⁸ Se bemærkninger til lovforslag nr L 70, af 24/02/2005, FT 2004/05, tilæg A, s. 3024.

terna kan därför som utgångspunkt inte pröva huruvida en kommun uppfyllt sina privaträttsliga åtaganden.¹⁰⁹

I likhet med tidigare reglering är det endast kommunala myndigheter som omfattas av tillsynen. Privata företag som utför kommunala uppgifter enligt avtal med en kommun står därför inte under myndigheternas tillsyn, vilket inte heller kommunala hel- eller delägda företag som drivs i privaträttslig form gör. Ett undantag är att tillsynsmyndigheternas kompetens även avser sådana företag som ägs av kommunalförbund.¹¹⁰ Kommunala samarbeten som inte drivs inom ramen för ett kommunförbund omfattas emellertid inte av tillsynsmyndigheternas granskning. Dessutom är myndigheter med anknytning till kommunen men med självständig kompetens undantagna från tillsynen. Som exempel på sådana myndigheter kan nämnas *huslejenævn*, *skolebestyrelser* och *børn- og ungeudvalg*.¹¹¹ Statsförvaltningen svarar enligt 48 § *kommunestyrelsesloven* inte heller för tillsynen av kommunal verksamhet som andra myndigheter är satta att sköta. Den tillsyn statsförvaltningen bedriver är således subsidiär i förhållande till den tillsyn olika s.k. sektorsmyndigheter utövar.

Tillsynsmyndigheternas granskning utgör endast en legalprövning. Således är det i likhet med de svenska reglerna som utgångspunkt endast ett besluts laglighet som kan prövas och inte dess lämplighet. Av 48 § framgår att statsförvaltningens tillsyn avser om kommunerna följer den lagstiftning som reglerar verksamheten. Med lagstiftning avses inte endast skriven lag utan stadgandet ska förstås som att kommunernas agerande utifrån gällande rätt i allmänhet ska omfattas av tillsynen,¹¹² vilket också gör det möjligt att underställa den del av den kommunala verksamheten som bedrivs med stöd av kommunalfullmakten tillsynen.

Ett kommunalt beslut som strider mot gällande rätt kan ogiltigförklaras av tillsynsmyndigheterna. Även interimistiska åtgärder står till tillsynsmyndigheternas förfogande – såtillvida att de kan förbjuda verkställigheten av ett kommunalt beslut fram tills dess att myndigheten avgjort ärendet. Andra sanktioner som i vissa fall kan aktualiseras är att bötfälla enskilda medlemmar av *kommunalbestyrelsen*, anhängiggöra skadeståndtalan mot enskilda medlemmar av *kommunalbestyrelsen* och att anhängiggöra en fastställelse-

¹⁰⁹ Se Thomsen m.fl., 2004, s. 305.

¹¹⁰ Se Thomsen m.fl., 2004, s. 305.

¹¹¹ Se Thomsen m.fl., 2004, s. 305 f.

¹¹² Se t.ex. bemærkninger til lovforslag nr 67 af 16/02/1984, FT 1983/84, tilæg A, spalt 1424, UfR 1981.637 H samt Thomsen m.fl., 2004, s. 309.

talán i de fall en *kommunalbestyrelse* fattat ett beslut som tillsynsmyndigheten anser strider mot gällande rätt eller då *kommunalbestyrelsen* underlåter att utföra en åtgärd som denne har en plikt att utföra. Möjligheten till återgång av redan verkställda beslut torde vara mycket begränsad enligt dansk kommunalrätt. Det finns emellertid enligt 50 a § *kommunstyrelsesloven* en viss möjlighet till återgång av redan verkställda beslut – men endast under förutsättning att några väsentliga hänsyn, särskilt i förhållande till privata intressen, inte riskerar påverkas negativt.

För att tillsynsmyndigheterna tidigare skulle få ingripa mot en kommun fordrades att det förelåg en klar överträdelse av en bestämmelse.¹¹³ Med att en överträdelse skulle vara klar avsågs att det inte skulle råda något tvivel om att en bestämmelse överträtts. Kriteriet motiverades med att det alltid ingick en skönsmässig bedömning vid tillämpningen av rättsreglerna och att staten genom tillämpningen av kriteriet inte skulle få en obegränsad rätt att sätta kommunala beslut åt sidan.¹¹⁴ Kriteriet fick dock inget stort genomslag vid tillsynen av kommunala beslut fattade med stöd av kommunalfullmakten,¹¹⁵ varför det också har kritiserats för att vara allt för vagt.¹¹⁶ Sedan den 1 januari 2004 finns inte längre något krav på att en överträdelse ska vara klar för att tillsynsmyndigheterna ska kunna aktualisera sanktioner mot kommunala överträdelser av gällande regler. Rent bagatellartade överträdelser av det offentlighetsrättsliga regelverket torde likväl inte medföra att tillsynsmyndigheterna vidtar några åtgärder eller aktualiserar några sanktioner i och med att även tillsynsmyndigheterna är underkastade proportionalitetsprincipen. I enlighet med proportionalitetsprincipen ska inte sanktioner vara mer långtgående än vad som fordras för att uppnå syftet med tillsynsmyndigheternas granskning, dvs. att säkra kommunernas efterlevnad av gällande regelverk.¹¹⁷

Statsförvaltningen utövar tillsynen över kommunerna *ex officio*. Således behöver det inte föreligga någon anmälan eller dylikt för att en granskning ska inledas. En undersökning kan dock ha sin bakgrund i att en medborgare gör tillsynsmyndigheten uppmärksam på eventuella kommunala överträdelser

¹¹³ Se t.ex. Garde och Revsbech, 2002, s. 98–103.

¹¹⁴ Se Garde och Revsbech, 2002, s. 99.

¹¹⁵ Se Garde och Revsbech, 2002, s. 99. Den danska Högsta domstolen har emellertid underkant *Indenrigsministeriets* beslut om att ogiltigförklara ett kommunalt beslut vid minst två tillfällen med motivering att de aktuella överträdelserna inte varit tillräckligt tydliga, se UfR 1990.601 H och UfR 1992 699 H

¹¹⁶ Se Garde och Revsbech, 2002, s. 101 f.

¹¹⁷ Se le Maire och Preisler, 2000, s. 218 f.

av gällande bestämmelser. Någon absolut plikt att genomföra en granskning har inte tillsynsmyndigheten. Den måste dock agera utifrån de bestämmelser som styr verksamheten och kan därför inte bortse från ett klagomål, såvida det inte är uppenbart grundlöst eller ska behandlas av en sektorsmyndighet.

Statsförvaltningens beslut kan överprövas av *Velferdsministeriet* (tidigare *Indenrigs- och sundhedsministeriet*). Reglerna för denna prövning återfinns i *kommunestyrelseslovens* kap. VII och berörs inte närmare här då *Velferdsministeriet* i det närmaste har regler med samma innehåll att tillämpa som statsförvaltningen. Dessutom är de sanktioner som står till ministeriets förfogande identiska med de sanktioner statsförvaltningen kan utnyttja.

3.4.2 Domstolarnas tillsyn

Enligt den danska grundlagen är det domstolarna som i sista instans tillämpar gällande rätt, varför också den offentliga förvaltningen kan underkastas en domstolskontroll. Domstolarnas prövning av den offentliga förvaltningen utsträcker sig enligt grundlagen även till att omfatta gränserna för *øvrighedsmyndigheden*.¹¹⁸ Med *øvrighedsmyndigheden* ska förstås det allmännas befogenhet att uppträda befällande gentemot medborgarna – inbegripet utfärdandet av förvaltningsakter, upptagning av skatt och andra avgifter samt tilldelning av förmåner, varför det allmännas påbud och förbud kan bli föremål för domstolsprövning.¹¹⁹ Även faktiska handlingar som syftar till att realisera förvaltningsakter kan prövas i domstol. Dessutom kan andra rättsakter än förvaltningsakter, såsom avtal, prövas av domstolarna om de utfärdas som alternativ till förvaltningsakter.¹²⁰

Domstolsprövningen av kommunala beslut utgör till skillnad från vad som gäller i Sverige ingen *actio popularis* – det är endast den som har ett rättsligt intresse i saken som har talerätt. Om inte den aktuella lagstiftningen reglerar vem som har ett rättsligt intresse i en sak kan domstolarna göra en egen bedömning om vad som kan anses vara ett sådant rättsligt intresse som medger talerätt för den sökande.¹²¹ En förvaltningsakts adressat anses dock alltid inneha ett rättsligt intresse, vilket även gäller den som ansökt om något hos en myndighet eller den som fått ett avslag från en

¹¹⁸ Se 63 § lov nr 169 af 05/06/1953 (*Danmarks Riges Grundlov*).

¹¹⁹ Se Mathiassen, 2004, s. 441.

¹²⁰ Se Mathiassen, 2004, s. 441.

¹²¹ Se Garde m.fl., 2004, s. 348 f.

myndighet.¹²² Även konkurrenter har i viss mån ansetts ha ett sådant rättsligt intresse att det givit vederbörande talerätt.¹²³ Tidigare avgjordes talerätten av domstolarna *ex officio*, men utvecklingen har gått mot att denna prövning i allt större utsträckning måste påkallas av någon av parterna.¹²⁴

Om inte annat är föreskrivet ska mål anhängiggöras vid *byretten* (den danska motsvarigheten till tingsrätten). Vid beslut fattade av ett ministerium eller en central statlig klagoinstans ska emellertid ärendet prövas i *landsret* (den danska motsvarigheten till hovrätt) som första domstolsinstans. En *landsrets* dom kan sedan i vissa fall överklagas till den danska Högsta domstolen, *Højesteret*. Till skillnad från myndigheternas ärendebehandling, vilken är underkastad officialprincipen, tillämpas förhandlingsprincipen i domstolarna. Dessutom inbegriper domstolarnas ärendebehandling muntlig förhandling.

Någon uppdelning mellan förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar förekommer inte i Danmark. Både konkurrensrättsliga och kommunalrättsliga mål kan därför i teorin komma att prövas av samma allmänna domstol.

3.5 Preliminära konklusioner och sammanfattning

Det råder stora likheter men även avgörande skillnader mellan svensk och dansk kommunalrätt. Den största skillnaden ligger i att de danska kommunernas allmänna kompetens följer av den oskrivna kommunalfullmakten, medan den svenska allmänna kommunala kompetensen regleras i kommunallagen.

För att ett kommunalt engagemang med stöd av den allmänna kompetensen ska accepteras i svensk rätt fordras att flera grundläggande principer iakttas. Först och främst krävs att det aktuella engagemanget syftar till att tillgodose ett allmänt kommunalt intresse. Samma krav uppställs även inom den danska kommunalrätten. Likaså måste lokaliseringsprincipen och likställighetsprincipen iakttas både av svenska och av danska kommuner. Principerna har också givits i det närmaste identiska innebörder både i svensk och i dansk kommunalrätt.

Ett grundläggande element vid avgörandet av om en svensk kommun är kompetent att bedriva näringsverksamhet är om de krav som följer av förbu-

¹²² Se Christensen, 1994, s. 24.

¹²³ UfR 1956.440 H. Resultatet blev dock det motsatta i UfR 1963.914 V. Se också Garde m.fl., 2004, s. 350.

¹²⁴ Se Garde m.fl., 2004, s. 351.

det mot bedrivande av spekulativ verksamhet i 2 kap. 7 § kommunallagen är uppfylla. Förbudet sammanhänger också med självkostnadsprincipen, vilken stadgar att kommunala avgifter högst ska motsvara kostnaderna förknippade med respektive verksamhet. En motsvarighet till förbudet mot bedrivande av spekulativ verksamhet återfinns även i den danska kommunalrätten – huvudregeln enligt dansk kommunalrätt är att kommunerna inte ska engagera sig handel, hantverk, industri och finansiell verksamhet.

Av den danska kommunalrätten följer också att kommunerna inte får berika sig på kommunmedlemmarnas bekostnad, varför syftet med en verksamhet inte får vara att inbringa vinst till kommunen, vilket dock inte innebär att all dansk kommunal verksamhet ska avgiftssättas enligt självkostnadsprincipen. Kopplingen mellan förbudet mot att bedriva kommunal verksamhet med ett vinstsyfte och att tillämpa självkostnadsprincipen är således inte lika tydlig i dansk rätt som enligt den svenska kommunalrätten.¹²⁵

Ytterligare ett krav som måste beaktas för att en dansk kommun ska få engagera sig i näringsverksamhet är att kommunen inte får förskjuta gränsen mellan privat och kommunal näringsverksamhet. Något liknande krav tycks inte kunna spåras i den svenska kommunalrätten. Det danska kravet kan därför anses innebära att utrymmet för att beakta huruvida ett kommunalt engagemang är lämpligt utifrån konkurrenssynpunkt är större än vad som kan anses vara fallet enligt svensk rätt.

För att kommunal näringsverksamhet ska falla inom den danska kommunalfullmakten måste verksamheten också vara ekonomiskt försvarbar. Därav följer att verksamheten ska bära sina egna kostnader – kommunala subventioner ska sålunda som utgångspunkt inte behövas. En dansk kommun får följaktligen inte stödja ett del- eller helägt företag som engagerar sig på marknaden med stöd av kommunalfullmakten. Även på denna punkt skiljer sig dansk och svensk kommunalrätt – hur kommunal näringsverksamhet finansieras påverkar inte bedömningen om verksamheten är kompetensenlig enligt svensk rätt. Utgångspunkten enligt den svenska kommunalrätten är till och med att det kommunala medelsbehovet ska täckas med skatter och inte med avgifter.¹²⁶

¹²⁵ Kopplingen mellan förbudet mot att bedriva spekulativ verksamhet och självkostnadsprincipen kan anses ha luckrats upp något även enligt svensk kommunalrätt, jfr prissättningen vid kommunal bostadsförsörjning. De kommunala bostadsföretagen ska inte drivas med ett vinstsyfte – men får ändå lämna viss utdelning till sina ägare, se nedan avsnitt 6.3.2.

¹²⁶ Se Petersén m.fl., 2006, s. 349 och Warnling-Nerep, 1995, s. 201.

Det ska i förbindelse härmed också nämnas att en stödåtgärd som är otillåten enligt den danska kommunalrätten normalt också kan angripas med hjälp av den danska *konkurrenanceloven*.¹²⁷

Som exempel på områden där de svenska kommunernas agerande sker med stöd av den allmänna kommunala kompetensen kan nämnas bostadsförsörjning, drift av gym och caféer, samt engagemang i hamnverksamhet. Bostadsförsörjning och hamnverksamhet brukar definieras som sedvanlig kommunal affärsverksamhet och anses därför i det närmaste per automatik falla inom den kommunala kompetensen. Grunden för en kommuns möjlighet att driva ett gym beläget i ett kommunalt badhus, eller ett café i anslutning till idrottsanläggning, går däremot att finna i den oskrivna regeln att verksamheten som i sig faller utanför den kommunala kompetensen kan accepteras om det föreligger ett nära och naturligt samband med den kommunala huvudverksamheten.

De danska kommunernas kompetens skiljer sig emellertid från dess svenska motsvarighet på området. Även en dansk kommun kan engagera sig i verksamhet som i sig faller utanför den kommunala kompetensen, under förutsättning att verksamheten har ett nära och naturligt samband med annan kommunal kompetenslig verksamhet. En avgörande skillnad mellan de svenska och danska kommunernas kompetens på området är att de danska kommunerna som huvudregel inte själva får driva den accessoriska verksamheten, i och med att det kommunala engagemanget inte får vara mer långtgående än vad som kan motiveras utifrån syftet med verksamheten. En dansk kommun ska därför normalt överlåta driften till en eller flera privata aktörer. En ytterligare skillnad är att även om en dansk kommun skulle vara nödgad att driva den accessoriska verksamheten i egen regi så ska prissättningen vara marknadsmässig, medan en svensk kommun som driver motsvarande verksamhet har att tillämpa självkostnadsprincipen.

En annan skillnad mellan rättsordningarna är på vilka grunder ett kommunalt näringslivsengagemang kan accepteras. Exempelvis skulle försäljning av växter från en kommunal plantskola kunna anses vara kompetenslig med stöd av bestämmelserna om anknytningskompetens i Sverige, medan motsvarande kommunala agerande i Danmark skulle kunna accepteras med hänvisning till den oskrivna kommunalfullmakten som medger att kommunerna i viss mån avsätter överskottskapacitet på den öppna marknaden. Samma agerande kan således konstateras vara kompetensligt både i Sverige

¹²⁷ Se nedan avsnitt 5.4.

och i Danmark – men på skilda grunder. Följaktligen kan också noteras att den svenska kommunalrättens anknypningskompetens har givits en något bredare tolkning än dess danska motsvarighet.

För att en dansk kommun ska få avsätta överskottskapacitet på den öppna marknaden fordras att uppgifterna inte redan i rimlig omfattning utförs av privata aktörer. Inte heller något krav liknande detta kan skönjas i den svenska kommunalrätten utifrån den praxis som utvecklats. Vid avgränsningen av den danska kommunalfullmakten tas således större hänsyn till ändamålet med ett kommunalt engagemang än vad som är fallet i Sverige, där fokus är mer riktat mot legaliteten av en åtgärd utan samma möjlighet att väga in huruvida ett kommunalt engagemang är lämpligt.

Utifrån en analys av den allmänna kommunala kompetensen enligt svensk rätt respektive dansk rätt kan således konstateras att den svenska allmänna kommunala kompetensen i viss mån sträcker sig längre än dess danska motsvarighet. Utrymmet för kommunala aktörer att engagera sig på näringslivets område med stöd av den allmänna kommunala kompetensen är följaktligen något större i Sverige än i Danmark.

Även samhällsutvecklingen tycks i viss mån beaktas i större utsträckning då den kommunala kompetensen ska avgränsas enligt dansk rätt än vad som är fallet enligt den svenska kommunalrätten. Det faktum att ett visst engagemang en gång rymts inom den danska kommunalfullmakten medför inte per automatik att samma engagemang långt senare också kan anses uppbyggas av ett legitimt allmänintresse som motiverar ett kommunalt ingripande.¹²⁸ Motsvarande överväganden saknas mig veterligen i svensk rätt. Av de svenska förarbetena och efter en analys av praxis på området tycks slutsatsen som nämnts istället vara att den kommunala kompetensen utvidgas efter hand samtidigt som ändrade samhällsförhållanden inte leder till att den inskränks i någon nämnvärd utsträckning.¹²⁹

Ytterligare en avgörande skillnad i sammanhanget är att produkterna – oavsett om det rör sig om biprodukter, överskottskapacitet eller produkter till följd av accessorisk verksamhet – ska avsättas på marknadsmässiga villkor enligt dansk kommunalrätt medan den svenska kommunalrätten som utgångspunkt stadgar att självkostnadsprincipen ska tillämpas.

En av anledningarna till att dansk kommunal näringsverksamhet ska drivas på marknadsmässiga villkor går att finna i det faktum att skattelagstiftningens bördefördelning annars skulle rubbas. Om de avgifter som tas ut för

¹²⁸ Se ovan avsnitt 3.2.

¹²⁹ Se ovan avsnitt 2.5.

att utföra en viss tjänst inte täcker de kostnader som är förknippade med utförandet av tjänsten skulle det också kunna innebära att kommunen inte agerade i enlighet med kravet på att verksamheten ska vara ekonomiskt försvarbar. Även det faktum att problemen med bristande konkurrensneutralitet kan mildras till följd av att kommunal näringsverksamhet bedrivs på marknadsmässiga villkor ligger bakom kravet.

Ett undantag från huvudregeln om att priserna ska vara marknadsmässiga enligt den danska kommunalfullmakten är att kommunal försörjningsverksamhet ska prissättas i enlighet med *hville-i-sig-selv-princippet*, den danska motsvarigheten till självkostnadsprincipen. Principens innebörd skiljer sig emellertid något från innebörden i den svenska principen. Den danska principen stadgar att avgifterna ska täcka kostnaderna samtidigt som verksamheten inte får generera ett överskott. Skillnaden mellan principerna ligger i det faktum att den svenska principen endast ställer upp ett avgiftstak, varför avgifterna inte nödvändigtvis behöver motsvara kostnaderna, medan den danska principen inte heller medger att avgifterna understiger kostnaderna. Till skillnad från dansk kommunalrätt bygger således den svenska kommunalrätten på att självkostnadsprincipen utgör ett pristak samtidigt som kommunerna i enlighet med underskottsprincipen dessutom är fria att själva avgöra om viss verksamhet ska subventioneras.

Sammantaget kan konstateras att dansk kommunalrätt har ett mer uttalat mål som stadgar att kommunerna inte ska riskera påverka konkurrensen på den öppna marknaden än vad som kan anses vara fallet enligt svensk rätt.

Det svenska och danska kommunalrättsliga regelverket uppvisar också stora skillnader avseende hur prövning av kommunala åtgärder ter sig. Enligt svensk rätt kan kommunala åtgärder endast prövas i domstol, medan det enligt dansk rätt inte bara är möjligt att få till stånd en domstolsprövning, utan kommunerna är också underställda en administrativ tillsyn. För att en administrativ tillsyn ska aktualiseras krävs inte heller att någon formell anmälan gjorts – som nämnts kan tillsynsmyndigheten granska en kommuns agerande *ex officio*.

Utöver den administrativa tillsynen kan de danska kommunernas agerande som nämnts också underställas domstolsprövning. För att så ska bli fallet fordras emellertid att en person med ett rättsligt intresse i saken påkallat en sådan prövning. Följaktligen skiljer sig talerätten vid prövningar av kommunala beslut i Danmark från dess svenska motsvarighet. Däremot kan en konkurrent, oavsett var den är bosatt eller har sin verksamhet, påkalla en domstolsprövning av en kommunal åtgärd enligt dansk rätt – under förut-

sättning att den tillerkänts ett rättsligt intresse i saken. Någon möjlighet för en konkurrent till en svensk kommun som inte är bosatt eller äger en fastighet i kommunen att påkalla en domstolsprövning föreligger emellertid inte, oavsett hur berörd vederbörande är av en kommunal åtgärd. Dansk rätt kan således anses vara något mer pragmatisk än den svenska kommunalrätten även ifråga om möjligheterna till domstolsprövning av kommunala åtgärder.

Någon avgörande skillnad avseende hur domstolsprövningen ter sig torde inte föreligga mellan dansk och svensk kommunalrätt – enligt båda rättsordningar är det dispositionsprincipen som styr processen. Någon utredningsskyldighet, liknande vad som kan anses känneteckna den danska administrativa tillsynen, kan således inte heller spåras till den danska domstolsprövningen.

Vare sig enligt svensk eller enligt dansk kommunalrätt kan åtgärder vidtagna av kommunala organ som bedrivs i privaträttslig form underställas en prövning. De danska tillsynsmyndigheterna är i likhet med de svenska förvaltningsdomstolarna endast kompetenta att pröva huruvida åtgärder vidtagna av en kommuns förvaltning, främst genom kommunfullmäktige, kommunstyrelsen eller kommunens nämnder, med dess danska motsvarigheter, överensstämmer med gällande rätt. Ett undantag förekommer emellertid – åtgärder vidtagna av företag som ägs av s.k. kommunalförbund kan underställas de danska tillsynsmyndigheternas prövning.

Enligt både svensk och dansk rätt är det endast lagligheten av en kommunal åtgärd som kan prövas av domstolen och i förekommande fall även av de danska tillsynsmyndigheterna. Huruvida en åtgärd är lämplig ska således inte prövas av tillsynsorganen, om inte ärendets beskaffenhet fordrar att en sådan prövning görs. Den danska regleringen tycks dock vara utformad på ett sätt som i större utsträckning än den svenska rätten medger att lämpligheten beaktas då det ska avgöras om en kommun agerat i överensstämmelse med den allmänna kommunala kompetensen.

I likhet med den kompetens som tillerkänns de svenska förvaltningsdomstolarna kan endast de danska tillsynsmyndigheterna helt eller delvis upphäva ett beslut som strider mot gällande rätt – varför de inte kan ändra beslutet eller ersätta det med ett annat beslut. Till skillnad från den svenska tillsynen har de danska tillsynsmyndigheterna, utöver att upphäva det aktuella beslutet, också andra sanktioner att tillgå. Som exempel kan nämnas att böter kan utgå om en kommun inte följer ett beslut fattat av en dansk tillsynsmyndighet. Likaså kan de danska tillsynsmyndigheterna ansöka om fastställelse i domstol i händelse av att en kommun inte följer tillsyns-

myndighetens beslut. Risken för kommunalt domstolstrots torde därför vara mindre i Danmark än i Sverige.

Även i Danmark kan problem uppstå i samband med att ett beslut som upphävts efter en prövning av tillsynsmyndigheten redan verkställts. Möjligheten till återgång av redan verkställda beslut torde vara mycket begränsad enligt dansk kommunalrätt. Det finns emellertid en viss möjlighet till återgång av redan verkställda beslut – men endast under förutsättning att några väsentliga hänsyn, särskilt i förhållande till privata intressen, inte riskerar påverkas negativt. Om ett kommunalt beslut att ingå ett avtal blir upphävt efter det att civilrättslig bundenhet inträffat borde således återgång, precis som inte sällan är fallet enligt svensk rätt, vara utesluten.¹³⁰

Någon tidsfrist inom vilken de danska tillsynsmyndigheterna ska ha anhängiggjort ett ärende finns inte. Statsförvaltningen kan därför även om mycket lång tid har förflutit från det att ett kommunalt beslut fattats initiera en prövning av det kommunala ärendet. Däremot kan det många gånger vara mindre intressant att få ett ärende prövat långt efter beslutet fattats i och med att beslutet då troligtvis hunnit verkställas, varför prövningen endast skulle få en begränsad effekt. Det faktum att det inte finns någon klagofrist tycks inte heller påverka effektiviteten i de danska kommunerna.¹³¹ Det kan följaktligen konstateras att den danska statens möjlighet till kontroll över kommunerna är större än den kontrollmöjlighet som står till buds för den svenska staten.

Även om laglighetsprövningen som institut är avsedd att fungera som den svenska statens kontroll över kommunerna kan effektiviteten av institutet ifrågasättas, inte minst i ljuset av den danska lösningen. I syfte att åstadkomma en verkningsfull statlig kontroll av kommunerna borde därför den modell som valts av den danska lagstiftaren kunna övervägas. En sådan lösning skulle bättre överensstämma med avsikten bakom laglighetsprövningen som institut och dessutom skulle den kunna råda bot på de brister som den svenska laglighetsprövningen är förenad med. Med tanke på att det även i Danmark endast rör sig om en kontroll av huruvida kommunerna agerar i överensstämmelse med gällande rätt torde det inte heller finnas något som hindrar en sådan lösning utifrån ett självstyrelseresonemang. En ökad kontroll påverkar inte den kommunala självstyrelsen utan endast möjligheten att

¹³⁰ Se 50 a § *kommunstyrelsesloven*.

¹³¹ Uppgift från Mette Kryger Gram, Indenrigs- og sundhedsministeriet (numera Velfærdsministeriet), Forvaltningsjuridisk kontor.

ingripa då en kommun agerar utanför gränserna för den kommunala kompetensen.

Det har som visats i ovanstående kapitel utvecklats en rikhaltig praxis kring den kommunala kompetensen att bedriva olika typer av affärsverksamhet – både i Sverige och i Danmark. Sett ur ett kommunalrättsligt perspektiv går det därför att dra en inte allt för oskarp gräns för vad som utgör kompetenslig verksamhet. Frågan är emellertid hur den kommunala kompetensliga verksamheten förhåller sig till det konkurrensrättsliga regelverket.

4 Konkurrensrätten och kommunernas kommersiella verksamhet

4.1 Introduktion

Även om den kommunala kompetensen i vissa fall medger ett kommunalt engagemang på det egentliga näringslivets område står det inte kommunerna fritt att agera hur de vill. Den kommunala verksamheten ska inte bara drivas i enlighet med de kommunalrättsliga principerna, däribland självkostnadsprincipen, utan den måste precis som all annan affärsverksamhet också bedrivas i överensstämmelse med det konkurrensrättsliga regelverket. Följaktligen måste kommunerna och de kommunala företagen ta hänsyn till den svenska konkurrenslagen då man utbjuder varor och tjänster på en öppen marknad.

Föreliggande kapitel behandlar främst den svenska konkurrenslagen, men även i viss utsträckning dansk rätt på området. Avseende den svenska konkurrensrätten riktas fokus mot konkurrenslagens tillämpningsområde, inte minst ifråga om förhållandet mellan konkurrensreglerna och konkurrensbegränsande offentliga regleringar, samt förbudet mot missbruk av dominerande ställning. Därutöver lämnas även en kort beskrivning av hur tillsynen på konkurrensrättens område är organiserad och vilka sanktioner som kan aktualiseras vid överträdelser av regelverket.

Redogörelsen för dansk konkurrensrätt fokuserar i huvudsak på när den danska konkurrenslagen (*konkurrencebogen*) är tillämplig. Någon genomgång av det danska förbudet mot missbruk av dominerande ställning görs inte – vilket beror på att det danska förbudet, precis som dess svenska motsvarighet, är konstruerat med gemenskapsrättens stadgande som förebild. En genomgång av det danska förbudet skulle därför inte tillföra något utan endast utgöra en upprepning av vad som framkommit ifråga om motsvarande svenska förbud.¹

¹ Jfr t.ex. Heide-Jørgensen och Kockvedgaard, 2005, s. 160–165, Madsen, 2006, s. 145–176 samt Mortensen och Steinicke, 2006, s. 111–134.

4.2 Den svenska konkurrenslagen

Den konkurrenslag som gäller sedan den första juli 1993 skiljer sig väsentligen från tidigare svenska konkurrenslagar.² Anledningen till att nuvarande konkurrenslag (1993:20) antogs var att lagstiftaren ville skärpa reglerna och samtidigt anpassa den svenska konkurrenslagstiftningen till EG:s regelsystem. Då den tidigare konkurrenslagen (1982:729) ansågs ha haft en allt för svag preventiv verkan skulle den nya konkurrenslagen skapa fasta spelregler för marknadens aktörer och infatta sanktioner som verkade avskräckande i syfte att företag skulle avhålla sig från konkurrensbegränsande samarbeten och att missbruka sin marknadsmakt.³ Förutom samhandelskriteriet⁴ ville lagstiftaren uppnå så stor likhet som möjligt med Romfördragets konkurrensregler,⁵ varför även konkurrenslagens terminologi är starkt inspirerad av EG-rätten. Genom den nya konkurrenslagen skulle det också bli mer praktiskt för svenska företag i och med att de då skulle möta samma regler på den nationella marknaden som när de verkar på EG:s inre marknad.⁶

Konkurrenslagen syftar enligt dess 1 § till att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens ifråga om produktion och handel av varor, tjänster och andra nyttigheter. I lagens förarbeten ges uttryck för att ett ökat konkurrenstryck inom det svenska näringslivet är att föredra och att marknadsekonomin förutsätter att företag söker avsättning för sina produkter i konkurrens med varandra och därmed har frihet att fatta beslut om produktion och distribution. Om företag tillåts att vidta åtgärder som sätter konkurrensen ur spel hotar det marknadsekonomin funktion, vilket skulle få en negativ inverkan på samhällsekonomin i och med att företagen då tappat incitament till bland annat kostnadskontroll.⁷

² Den nuvarande konkurrenslagen ska ersättas med en ny konkurrenslag som träder i kraft den 1 november 2008, se Riksdagsskrivelse 2007/08:237. Den nya lagen kommer emellertid inte att förändra rättslaget ifråga om de problem som presenteras i föreliggande framställning. Lagens tillämpningsområde kommer att motsvara nuvarande konkurrenslags tillämpningsområde och förbudet mot missbruk av dominerande ställning ska även fortsättningsvis ges samma innebörd som dagens förbud, fastän förbudet framgent kommer att återfinnas i lagens 2 kap. 7 §, se prop. 2007/08:135, s. 67 respektive s. 252 och bet. 2007/08:NU14.

³ Se prop. 1992/93:56, s. 17.

⁴ Samhandelskriteriet definieras i kommissionens tillkännagivande, Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artikel 81 och 82 i fördraget, EUT nr C 101, 27.4.2004, s. 81–96. Se även t.ex. Wahl, 1994, s. 149–161, Wetter m.fl., 2004, s. 40–48 samt Jones och Sufrin, 2007, s. 191–199 och s. 339–342.

⁵ Se prop. 1992/93:56, s. 21.

⁶ För en genomgång av syftet med den svenska konkurrenslagen se t.ex. Bladini, 1995.

⁷ Se prop. 1992/93:56, s. 16 f.

Konkurrenslagens tydligaste ultimärmål är följaktligen att uppnå maximal välfärd genom ekonomisk tillväxt, varför primärmålet är att främja konkurrensen.⁸ Genom att främja konkurrensen skyddas samhällsekonomin och i förlängningen konsumenterna. Konkurrenslagen ska därför fungera som ett verktyg för att främja en allmän rörlighet och anpassningsbarhet i näringslivet, en rimlig prisnivå genom konkurrens och en effektiv resursfördelning.⁹ Då konkurrenslagstiftningen ska verka för en rimlig prisnivå för konsumenterna – och främja produktutveckling vilket leder till ökad valfrihet i samhället – kan den ses som en del av den allmänna konsumentlagstiftningen vilken i första hand syftar till att skydda konsumenterna som kollektiv.¹⁰ Något primärt syfte att skydda näringsidkare med hjälp av konkurrenslagen finns därför inte, men indirekt skapas ett skydd också för näringsidkare i och med att det ligger i linje med det allmänna konkurrensintresset att också skydda företag mot konkurrensbegränsningar.

Att även företag ska skyddas av konkurrensreglerna, trots att konkurrenslagen primärt syftar till att skydda marknadens funktion, framgår också tydligt inte minst av förbudet mot missbruk av dominerande ställning som återfinns i 19 §. Bestämmelsen anses i stor utsträckning ta sikte på att skydda små och medelstora företag, fastän bestämmelsens syfte knappast kan ges större tyngd än konkurrensrättens övergripande mål, dvs. att undanröja hinder för en effektiv konkurrens.¹¹ Likaså framgår det av 33 § konkurrenslagen att också företag ska skyddas av lagens bestämmelser, vilket följer av att paragrafen tillerkänner företag vilka utsatts för konkurrensbegränsande åtgärder, i form av överträdelser av konkurrenslagens båda förbud, en rätt till skadestånd. Några uttryckliga regler inom EG-rätten som tar sikte på rätten till skadestånd för de företag eller enskilda som drabbas av konkurrensbegränsande åtgärder finns däremot inte.¹²

Bakgrunden till nuvarande konkurrenslag går att finna bland annat i det faktum att den tidigare gällande konkurrenslagen kritiserades för att vara allt för svag, främst med anledning av att den inte innehöll något förbud mot prissamarbete mellan företag och överenskommelser om marknadsdelning. Genom offentlig avreglering och genom att verka för att privaträttsliga uppbyggda konkurrensbegränsningar inom näringslivet avvecklades skulle

⁸ Se Bladini, 1995, s. 460.

⁹ Se prop. 1992/93:56, s. 16 f.

¹⁰ Se Bernitz, 2005, s. 83 f.

¹¹ Se Wetter m.fl., 2004, s. 9 f.

¹² Se SOU 2004:10, s. 57.

synen på konkurrensen som den centrala marknadsregulatorn och en grundval för det marknadsekonomiska systemet också skärpas.¹³ Under början av 1990-talet var dessutom ett eventuellt svenskt medlemskap i EG en viktig politisk fråga. Stora delar av näringslivet underströk vikten av ett medlemskap och av den anledningen fanns det inte heller något egentligt motstånd mot att göra den svenska konkurrenslagen till en kopia av EG-rättens konkurrensregler, vare sig från näringslivets sida eller från politiskt håll.¹⁴

Lagens tillkomst föregicks av ett omfattande utredningsarbete. Regering och riksdag upplevde konkurrenssituationen på många marknader som bristfällig under 1980-talet och efterfrågade därför en skärpt konkurrenslagstiftning, varför den s.k. Konkurrensrättskommittén tillsattes. I kommitténs slutbetänkande SOU 1991:59 föreslogs en konkurrenslag som skulle bygga vidare på det svenska systemet men med viktiga skärpningar bland annat ifråga om ett förbud mot pris- och marknadsdelningskarteller, därutöver föreslogs en anpassning till EG-rätten. Som en följd av de många existerande konkurrensbegränsande regleringarna skulle däremot förslaget till ny konkurrenslag enligt utredarna endast få en begränsad effekt.¹⁵

Utredningen fick också i många stycken ge vika för departementspromemorian Ds 1992:18, Ny konkurrenslag, vilken förordade en mer radikal anpassning till EG-rättens konkurrensregler. Departementspromemorian låg också i väsentliga delar till grund för propositionen 1992/93:56, Ny konkurrenslagstiftning, som sedermera resulterade i att riksdagen antog den nu gällande konkurrenslagen.

Konkurrenslagen från 1993 bygger inte vidare på tidigare gällande svenska konkurrenslagar, utan grundas nästintill uteslutande på EG-rättens konkurrensregler. De principer som varit vägledande för den äldre svenska konkurrensrätten; missbruks-, förhandlings- och publicitetsprincipen; fick genom 1993 års lag också stå tillbaka för förbudsprincipen. Konkurrenslagen innehåller därför efter mönster från EG-rätten både ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal och ett förbud som slår fast att företag inte får missbruka en dominerande ställning.¹⁶

¹³ Se prop. 1992/93:56, s. 16 f.

¹⁴ Se Edwardsson, 2003, s. 204.

¹⁵ Se SOU 1991:59, del 2, s. 300.

¹⁶ Alla konkurrensbegränsande avtal är inte förbjudna – undantag kan medges om förutsättningarna i 8 § konkurrenslagen är för handen. De förutsättningar som anges är också desamma som framgår av artikel 81.3 EG. Dessutom kan regeringen i verkställighetsföreskrifter meddela s.k. gruppundantag, vilka också medför att förbudet i 6 § inte aktualiseras. Denna

Inte bara de materiella reglerna har sitt ursprung i EG-rätten, utan även förfarandereglererna. Den svenska myndighetsstrukturen på området har genom införandet av konkurrenslagen genomgått avsevärda förändringar. Ansvaret för huvuddelen av konkurrenslagens tillämpning har lagts på Konkurrensverket (KKV) efter förebild från EG-rätten. KKV ska fylla samma funktion på ett nationellt plan som Europeiska kommissionens konkurrensdirektorat gör inom gemenskapen. KKV har också, likt dess motsvarighet inom gemenskapen, långtgående beslutsbefogenheter. Vissa skillnader finns dock mellan de båda institutionerna. Exempelvis är kommissionen en av EU:s fyra huvudinstitutioner och har också större beslutsbefogenheter än det svenska KKV.¹⁷

För den dömande verksamheten har införts ett tvåinstanssystem där Stockholms tingsrätt fungerar som underinstans medan Marknadsdomstolen fungerar som överinstans. Inom EU är det istället till EG-domstolens förstainstansrätt som kommissionens beslut ska överklagas. Övriga typer av konkurrensmål handläggs i EG-domstolen.

4.2.1 *Konkurrenslagens räckvidd*

Konkurrenslagen utgör en generell lagstiftning som ska tillämpas inom hela näringslivet med endast ett fåtal undantag.¹⁸ Lagen ska också tillämpas på alla konkurrensbegränsande avtal och åtgärder inom näringslivet i vid mening. Konkurrensbegränsningar av alla slag av varor, tjänster eller andra nyttigheter, innefattande även fast egendom, värdepapper och andra rättigheter kan därför komma att omfattas av lagens bestämmelser.¹⁹

mojlighet har också utnyttjats av regeringen. För närvarande gäller sju gruppundantagsförordningar i Sverige: förordning (2004:1073) om gruppundantag för avtal om tekniköverföring, förordning (2000:1193) om gruppundantag för vertikala avtal, förordning (2000:1029) om gruppundantag för avtal om viss taxisamverkan, förordning (2001:254) om gruppundantag för specialiseringsavtal, förordning (2001:255) om gruppundantag för avtal om forskning och utveckling, förordning (2002:871) om gruppundantag för vertikala avtal inom motorfordonssektorn och förordning (2003:448) om gruppundantag för vissa avtal inom försäkringssektorn.

¹⁷ Se t.ex. nedan avsnitt 4.5.

¹⁸ T.ex. ska konkurrenslagen enligt 2 § inte tillämpas på överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön och andra villkor. Regleringen utesluter däremot inte att andra konkurrensbegränsande klausuler i ett kollektivavtal, som inte har samband med lön och anställningsvillkor, provas i enlighet med konkurrenslagen, se prop. 1992/93:56, s. 66. För en redogörelse av förhållandet mellan konkurrenslagstiftningen och arbetsrätten se Norberg, 2002.

¹⁹ Se Bernitz, 2005, s. 85.

Avgörande för konkurrenslagens tillämpning är i stor utsträckning om det är ett företag som vidtagit en viss åtgärd. Konkurrenslagen kan också användas på alla slag av företag oavsett ägare eller organisationsform. Lagen är således tillämpbar utan hänsyn till om det är staten, en kommun eller enskilda personer som agerar på marknaden.²⁰

4.2.1.1 Företagsbegreppet

Företagsbegreppet definieras i konkurrenslagens 3 § 1 och 2 st. Av definitionen framgår att fysiska och juridiska personer som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur omfattas av begreppet, såtillvida verksamheten inte innebär myndighetsutövning. Enligt lagens förarbeten ska företagsbegreppet också tolkas vidsträckt och motsvara det EG-rättsliga begreppet *undertaking*.²¹ För att begreppet ska anses vara uppfyllt fördras inte att några formella krav angående organisationsformer eller liknande ska vara infriade, varför både privata och offentliga enheter som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell karaktär omfattas av begreppet. Det är i sammanhanget också betydelselöst om en viss verksamhet bedrivs i verksform eller i form av aktiebolag, förening eller någon annan associationsform.²²

Även begreppet ekonomisk eller kommersiell verksamhet ska ges en vid tolkning och avser således i stort sett all produktion eller distribution av varor eller tjänster som normalt omsatts mot betalning.²³ Något absolut

²⁰ Se prop. 1992/93:56, s. 66.

²¹ Se prop. 1992/93:56, s. 19 f. Text omfattades SAS av företagsbegreppet trots att det inte rörde sig om ett företag i egentlig mening utan om ett konsortium. Stockholms tingsratts dom i mål T 8 1192/96, KKV/Konsortiet Scandinavian Airlines System (1998:06:11). Även SJ omfattades av begreppet fastän det inte var en självständig juridisk person, utan istället ett affärsdrivande verk, MD 1997:17.

²² Enskilda fysiska personer som bedriver näringsverksamhet omfattas normalt också av företagsbegreppet. Exempelvis har artister (kommissionens beslut 78/516/EEC, EGT nr L 157, 15.6.1978, s. 39, p. 4), idrottsman (mål 36/74, B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch mot Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie och Federacion Española Ciclismo, REG 1974 s. 1405, p. 4-5) och konsulter (kommissionens beslut 26.07.1976, 76/743/EEC, EGT nr L 254, 17.9.1976, s. 40, p. 2) ansetts omfattas av begreppet enligt gemenskapsrätten. Samma bedömning har gjorts av KKV då en forskare utförde forskartjänster mot betalning åt Asea Brown Boveri, KKV dnr 1317/93 (1994:03:21). Likaså har en frilandsjournalist ansetts omfattas av företagsbegreppet, KKV dnr 1115/93 (1994:05:19).

²³ Se text KKV dnr 677/93 (1993:12:22), där KKV menade att Statens arbetsgivarverk ågnade sig åt ekonomisk eller kommersiell verksamhet då man tillhandahöll kurser för statliga myndigheter.

krav att verksamheten ska ske mot betalning för att företagsbegreppet ska vara uppfyllt foreligger inte²⁴ Darutover har det normalt inte heller någon betydelse om syftet med verksamheten ar något annat an att bereda agarna maximal vinst.²⁵

I en situation då en kommun fattar beslut om att stodja ett visst foretag omfattas kommunen inte av foretagsbegreppet. En kommunal subventionering av ett foretag kan således inte angripas med stod av konkurrenslagen. Daremot har det anforts att det inte finns något som hindrar att foretagets anvandning av en eventuell kommunal subvention kan provas enligt konkurrenslagen,²⁶ vilket emellertid ar en slutsats som i många situationer ar hogst tvivelaktig.²⁷

Om en organisation som normalt inte omfattas av foretagsbegreppet skulle bedriva en mycket begransad verksamhet av ekonomisk natur ar det inte heller alltid sakert att den verksamheten ar att klassificera som ett foretag²⁸ Darutover anses foretagsbegreppet inte vara uppfyllt då en liten organisatorisk del av en offentlig organisation utfor aktiviteter endast åt organisationen.²⁹

Som namnts omfattas aven offentliga organ som bedriver ekonomisk eller kommersiell verksamhet av konkurrenslagens foretagsbegrepp, såtillvida den aktuella verksamheten inte utgor myndighetsutovning. Foljaktligen kan lagen bli tillampelig då en kommun producerar varor eller tjanster Som exempel på nar offentliga organ ansetts utgora foretag kan namnas kommunalt bedriven friskvårdsverksamhet,³⁰ utlåning av medel till faststalld ranta,³¹ drivande av utomhusbad,³² försaljning och service av brandred-

²⁴ Mål C-41/90, Klaus Hofner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH, REG 1991 s I 1979, p 21

²⁵ Se prop 1992/93 56, s 66 I vissa situationer kan dock konkurrensreglernas tillampning vara beroende av om verksamheten syftar till att gå med vinst eller inte, se Neergaard, 2005, s 225 f, dar EG-domstolens avgorande i de forenade målen C-264/01, 306/01, 354/01 och 355/01, AOK Bundesverband m fl mot Ichtyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co m fl, REG 2004 s I 2493 behandlas

²⁶ Se Carlsson m fl, 1999, s 250

²⁷ Se nedan bl a avsnitt 4 2 1 3

²⁸ Se KKV dnr 1479/93 (1994-11-24)

²⁹ Se Steinicke, 2002a, s 35

³⁰ Se t ex Stockholms tingsratts dom i mål T 8-723-98, KKV/Stenungsunds kommun (1998 09-09), KKV dnr 530/93 (1993-08 30) och dnr 583/93 (1993-12 09) For en genomgång av arendena se nedan avsnitt 8 4

³¹ KKV dnr 698/93 (1993-12-02)

³² KKV dnr 583/93 (1993-12-09)

skap³³ och köp av fastighet.³⁴ Exempel på kommunal verksamhet som inte ansetts omfattas av företagsbegreppet är utfärdande av kommunal borgen,³⁵ upphandling av tolktjänst,³⁶ utvidgning av ett kommunalt avfallsmonopol³⁷ samt aktieägartillskott till ett allmännyttigt bostadsföretag.³⁸

Det förekommer dock att verksamhet som är av ekonomisk karaktär inte utgör företag i konkurrenslagens mening. Således omfattas inte sjukkassor och liknande som ägnar sig åt förvaltning av offentliga sjukförsäkringssystem av företagsbegreppet även om deras verksamhet är av ekonomisk karaktär. Följaktligen kan en verksamhets syfte och beskaffenhet till viss del påverka bedömningen om konkurrenslagen överhuvudtaget är tillämplig.³⁹

4.2.1.2 Myndighetsutövning

Verksamhet som utgör myndighetsutövning omfattas som nämnts inte av konkurrenslagens företagsbegrepp – lagen ska därför inte tillämpas på sådan verksamhet. Myndighetsutövning som begrepp förekommer i flera lagar, bland annat i förvaltningslagen, brottsbalken och skadeståndslagen.⁴⁰ Någon definition av begreppet förekommer inte i någon av dessa lagar, inte heller i konkurrenslagen, och begreppet torde inte heller användas med någon enhetlig innebörd. Att en myndighet ensidigt och med bindande verkan bestämmer något i förhållande till en enskild torde dock tjäna som en god ledning om vad som normalt avses med myndighetsutövning.⁴¹

Vid tillämpningen av konkurrenslagen har KKV uttalat att myndighetsutövning föreligger exempelvis när en förvaltning utnyttjar sina befogenheter till att för enskilda bestämma om förmåner, rättigheter, skyldigheter eller andra jämförbara förhållanden, om förvaltningens befogenheter grundar sig

³³ KKV dnr 1379/93 (1994-04-26).

³⁴ KKV dnr 641/94 (1994-10-27).

³⁵ KKV dnr 556/93 (1993-12-02) och dnr 641/94 (1994-10-27).

³⁶ KKV dnr 1021/93 (1994-03-24). I ärende dnr 1013/93 (1994-05-02) kom dock KKV fram till att Göteborgs kommuns förmedling av tolktjänster till utomstående kunder utgjorde ekonomisk verksamhet i enlighet med konkurrenslagen.

³⁷ KKV dnr 271/95 (1995-06-14).

³⁸ KKV dnr 139/94 (1995-01-26).

³⁹ Jfr de förenade målen C-159/91 och C-160/91, Christian Poucet mot Assurances générales de France och Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, REG 1993 s. I-637, Svensk specialutgåva s. I-26, p. 18.

⁴⁰ Se förvaltningslag (1986:23), brottsbalk (1962:700) respektive skadeståndslag (1972:207).

⁴¹ Se t.ex. Hollander och Madell, 2003, s. 30–34, Madell, 1998, s. 123 ff. och Marcusson, 1989, s. 171–247.

på lag eller annan författning⁴² Då en kommun beslutade att förbjuda drivande av dagligvaruhandel inom en fastighet med stöd av plan- och bygglagen ansågs det av KKV utgöra myndighetsutövning⁴³ Likaså utgjorde det myndighetsutövning då alkoholinspektionen behandlade ett tillstånds-
arende⁴⁴

I situationer då det allmänna uppträder som avtalspart är det däremot mindre troligt att det allmänna agnar sig åt myndighetsutövning, varför det inte finns något formellt hinder mot att tillämpa konkurrenslagen i sådana situationer KKV har uttalat att ingående av avtal normalt inte är att anse som myndighetsutövning såvida det inte finns offentligrättsliga regler som bestämmer hur och när det allmänna måste ingå avtalet⁴⁵ Det utgör inte heller myndighetsutövning då det allmänna beslutar om tillämpning av avtal eller privaträttsliga regler⁴⁶

Aven privaträttslig verksamhet kan i vissa fall utgöra myndighetsutövning⁴⁷ Det faktum att privaträttsliga subjekt är underkastade kontraheringsplikt innebär däremot inte att de nödvändigtvis agnar sig åt myndighetsutövning och på så sätt kan undkomma en tillämpning av konkurrensreglerna⁴⁸

4 2 1.3 Konkurrenslagen och offentliga regleringar

Det är endast konkurrenspolitiska aspekter som ska beaktas då de materiella reglerna i konkurrenslagen används, varför andra aspekter såsom sociala hänsyn inte ska påverka tillämpningen av konkurrenslagens bestämmelser⁴⁹

⁴² KKV dnr 432/94 (1996 06 27)

⁴³ KKV dnr 1124/94 (1995-03 30)

⁴⁴ KKV dnr 634/95 (1995 07 05)

⁴⁵ KKV dnr 31/94, dnr 241/94 och dnr 311/94 (1994 08 25)

⁴⁶ Wetter m fl, 2004, s 69 Se också Madell, 1998, s 132

⁴⁷ Se t ex mål C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl mot Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, REG 1997 s I 1547

⁴⁸ Se Wetter m fl, 2004, s 70 Inte heller det faktum att en upphandlande myndighet i viss mån kan anses ha en kontraheringsplikt utesluter en tillämpning av konkurrensreglerna Således måste en upphandlande myndighet även i dess roll som beställare ta hänsyn till konkurrensreglerna, jfr mål C 205/03 P, *Federacion de Empresas de Instrumentacion Cientifica Media Tecnica y Dental (FENIN)*, REG 2006 s I-6295, p 26, där EG domstolen konstaterade att det "inte finns någon anledning att särskilja den verksamhet som avser inköp av en produkt från den senare användningen av den produkt som köparen förvarvat och att det är frågan huruvida den senare användningen av den köpta produkten är av ekonomisk karaktär eller inte som oundvikligen avgör inköpsverksamhetens art" Målet behandlas närmare i Steinicke, 2007, s 252–275

⁴⁹ Se prop 1992/93 56, s 70

Däremot kan offentliga regleringar som tar sikte på andra hänsyn än en väl fungerande konkurrens utesluta att konkurrenslagen överhuvudtaget blir tillämplig.

Enligt den tidigare gällande konkurrenslag (1982:729) kunde inte endast särskild lagstiftning medföra att lagen inte skulle tillämpas, utan även normer av lägre valör kunde utesluta ett konkurrensrättsligt ingripande. Om en konkurrensbegränsning utgjorde en ofrånkomlig och förutsedd följd av en förordning eller ett särskilt regleringsmönster som erkänts av statsmakterna kunde den således inte angripas med stöd av konkurrenslagen – beroende på att ett agerande i enlighet med en sådan offentlig reglering inte kunde anses vara ”otillbörligt från allmän synpunkt”. En tillämpning av den då gällande konkurrenslagen uteslöts även vid avtal mellan det allmänna och företag eller branschorganisationer.⁵⁰

Då den nu gällande konkurrenslagen inte innehåller begränsningen att endast förfaranden som är otillbörliga från allmän synpunkt kan angripas med stöd av lagen har möjligheterna att ingripa mot konkurrensbegränsningar som är en följd av offentliga regleringar utvidgats i förhållande till den tidigare regleringen.⁵¹ I nuvarande konkurrenslags förarbeten stadgas:

”När riksdagen efter avvägning mellan olika allmänna intressen genom lag beslutat om offentliga regleringar som medför konkurrenshämmande verkningar kan ... den situationen uppkomma att konkurrenslagen inte alls ska tillämpas. Företagen kan då vara rättsligt förpliktade att handla på visst sätt. Konkurrensbegränsande avtal eller avtalsvillkor vilka sålunda inte ger uttryck för den fria partsviljan, utan är en direkt och avsedd effekt av lagstiftning eller en ofrånkomlig följd av denna, kan således inte angripas med stöd av denna lag.”⁵²

Undantaget då konkurrenslagen inte ska tillämpas omfattar även de fall då ett företags agerande är en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av en förordning som utfärdats av regeringen med stöd av riksdagens bemyndigande genom lag. Samma undantag från konkurrenslagen medges också om agerandet ifråga är en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av sådana verkställighetsföreskrifter som regeringen, eller den myndighet som regeringen utsett, utfärdar i anslutning till en lag.⁵³

⁵⁰ Se Carlsson m.fl., 1999, s. 411.

⁵¹ Se Carlsson m.fl., 1999, s. 412.

⁵² Prop. 1992/93:56, s. 70.

⁵³ Se Wetter m.fl., 2004, s. 81.

Konkurrenslagen kan däremot tillämpas med anledning av en konkurrenshämmande åtgärd om åtgärden kan ses som en följd av en förordning utfärdad med stöd av regeringens restkompetens enligt 8 kap. 13 § 1 st. RF – vilket beror på att sådana förordningar inte är ett utflöde av i riksdagen stiftade lagar. Som exempel kan nämnas att presstödsförordning (1990:524) inte var av sådan karaktär att en tillämpning av konkurrenslagen uteslöts, då den var utfärdad just med stöd av regeringens restkompetens.⁵⁴

För att avgöra om konkurrenslagen ska tillämpas kan en tvåstegsbedömning tillämpas. I det första steget prövas om agerandet är en direkt och avsedd effekt av den offentliga reglering som utgör grunden för konkurrensbegränsningen. Om agerandet är påbjudet i lag utgör det normalt en direkt och avsedd effekt av regleringen.⁵⁵ Om agerandet däremot inte är en direkt och avsedd effekt av regleringen krävs en prövning i det andra steget – dvs. om agerandet är en ofrånkomlig följd av regleringen. Uppgiften blir då att avgöra om företaget måste agera konkurrensbegränsande för att uppfylla de krav som följer av regleringen. En speciell lagstiftning kan exempelvis stipulera att företag inom en bestämd del av näringslivet ska uppnå vissa mål eller uppfylla vissa krav, men att det inte framgår av lagstiftningen att detta ska göras genom samarbete mellan företagen. I en sådan situation är ett samarbete mellan företagen ingen direkt och avsedd effekt av regleringen. Om däremot målen eller kraven endast kan uppfyllas med hjälp av ett sådant samarbete utgör det en ofrånkomlig följd av regleringen, varför konkurrenslagen inte blir tillämplig.⁵⁶

Som exempel på praxis rörande konkurrenslagens tillämpningsområde kan nämnas KKV dnr 1471/93 (1997-01-30) där KKV tog ställning till huruvida ett samarbete mellan producenter avseende ett retursystem för glasflaskor var en direkt och avsedd effekt av den av regeringen utfärdade förordningen (1993:1154) om producentansvar för glas och wellpapp. KKV kom fram till att förordningen inte påbjöd den samverkansform som anmälan gällde och att samverkansformen därför inte var en direkt och avsedd effekt av förordningen. Men då ett samarbete mellan producenter var nödvändigt för att uppfylla förordningens intentioner utgjorde agerandet en ofrånkomlig följd av förordningen.⁵⁷

⁵⁴ KKV dnr 1044/96 (1999-01-08).

⁵⁵ Se Carlsson m.fl., 1999, s. 412.

⁵⁶ Se Carlsson m.fl., 1999, s. 413.

⁵⁷ KKV dnr 1471/93 (1997-01-30).

Som andra exempel på när KKV ansett att konkurrenslagen inte varit tillämplig¹ och med att åtgärderna ifråga var en direkt och avsedd effekt av en offentlig reglering eller en ofrånkomlig följd av en sådan reglering, kan nämnas landstingsbeslut om patientavgifter enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)⁵⁸ och skattebefrielse för vissa kategorier av tidskrifter enligt mervärdesskattelagen (1968:430).⁵⁹

Däremot har KKV ansett att konkurrenslagen varit tillämplig trots förekomsten av offentliga regleringar bland annat ifråga om samarbete mellan kraftföretag avseende tekniska och ekonomiska villkor för kraftöverföring på stamnetet,⁶⁰ flygplatshållares verksamhetsavtal med operator av stations-tjänst,⁶¹ samt ifråga om kommuns organisering av specialisttandvård för vuxna.⁶²

I och med att konkurrenslagen inte ska tillämpas på konkurrensbegränsningar som utgör en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av en offentlig reglering finns det anledning att ifrågasätta huruvida konkurrenslagen överhuvudtaget kan tillämpas i samband med konkurrensbegränsningar i form av underprissättning om den kommunalrättsliga självkostnadsprincipen styr prissättningen i ett enskilt fall. I en sådan situation torde den aktuella konkurrensbegränsningen, i form av en aggressiv prissättningspolitik, vara en direkt och avsedd effekt av den i kommunallagen reglerade självkostnadsprincipen. Mig veterligen har däremot inte KKV uttryckligen tagit ställning i frågan ännu. Av den praxis som undersökts i framställningen har inte heller frågan belysts av vare sig de inblandade kommunerna eller av KKV. Det är också mindre troligt att denna effekt på konkurrenslagens tillämpning var föremål för överväganden i samband med konkurrenslagens utformning eller i samband med kodifieringen av självkostnadsprincipen.⁶³

⁵⁸ KKV dnr 864/93 (1994-01-27) och dnr 1019/93 (1994-01-27)

⁵⁹ KKV dnr 905/93 (1994-04-13)

⁶⁰ KKV dnr 431/93 (1993-11-26)

⁶¹ KKV dnr 31/94, dnr 241/94 och dnr 311/94 (1994-08-25)

⁶² KKV dnr 432/94 (1996-06-27)

⁶³ Av förarbetena till respektive lagstiftning nämns inte den effekt på konkurrenslagens tillämpning som kan följa av att självkostnadsprincipen är normerande för det kommunala avgiftsuttaget, se SOU 1991:59, Ds 1992:18 och prop. 1992/93:56 respektive SOU 1990:107, Ds 1993:16 och prop. 1993/94:188

4.3 Den danska konkurrenslagens tillämpningsområde och dess förhållande till offentliga regleringar

Precis som enligt den svenska konkurrensrätten är utgångspunkten också enligt dansk rätt att konkurrenslagen ska vara generell tillämplig. Det är inte heller i Danmark alltid konkurrenshänsyn som ska prioriteras. Även den danska konkurrensrätten innehåller något av en avvägningsbestämmelse som ska balansera hänsynen till en fungerande marknad med andra hänsyn som också beaktas av det allmänna. En skillnad mellan den svenska och danska rätten på området är däremot att den danska avvägningsbestämmelsen regleras explicit i den danska konkurrenslagen, *konkurrencebogen*.⁶⁴ I följande avsnitt behandlas tämligen summariskt den danska konkurrenslagens tillämpningsområde och dess förhållande till offentliga regleringar.⁶⁵

4.3.1 Konkurrencebogens tillämpningsområde

Att *konkurrencebogen* skulle tillämpas på privat näringsverksamhet var vid lagens tillkomst en självklarhet. Däremot var det en central politisk fråga ifall den även skulle kunna appliceras på offentlig näringsverksamhet. Det ursprungliga lagförslaget blev på denna punkt ändrat under *folketings*-behandlingen.⁶⁶ Grundprincipen är emellertid att lagen ska tillämpas på all näringsverksamhet oavsett i vilken regi den drivs, varför privat och offentlig näringsverksamhet ska behandlas lika i konkurrenshänseende.⁶⁷ Principen framgår direkt av 2 § 1 st. *konkurrencebogen*, vari det slås fast att även offentliga företag som huvudregel omfattas av lagens bestämmelser.

Med offentliga företag avses ”*erhvervsvirksomhed, der udøves af stats- eller kommunalforvaltningen, og som består i at udbyde eller efterspørge varer eller tjenesteydelser m.v., som har betydning for konkurrencen.*”⁶⁸ Offentliga företag omfattas således av *konkurrencebogen* om de utbjuder varor eller tjänster på en marknad. Till skillnad från tidigare dansk lagstiftning omfattas därför även det offentliga transportväsendet, hamnverksamhet, sjukvård, skola och äldreomsorg av den nu gällande konkurrenslagen.⁶⁹ Däremot ska inte den

⁶⁴ Lovbekendtgørelse nr 1027 af 21/08/2007, med senare ändringar.

⁶⁵ För en utförligare redogörelse se t.ex. Madsen, 2006, s. 64–70 samt Mortensen och Steinicke, 2006, s. 34–40.

⁶⁶ Se Heide-Jørgensen och Koktvedgaard, 2005, s. 144.

⁶⁷ Se bemærkninger til lovforslag nr L 172 af 22/05/1997, FT 1996/97, tillæg A, s. 3653.

⁶⁸ Bemærkninger til lovforslag nr L 172 af 22/05/1997, FT 1996/97, tillæg A, s. 3653.

⁶⁹ Se bemærkninger til lovforslag nr L 172 af 22/05/1997, FT 1996/97, tillæg A, s. 3653. Se också Levinsen, 2001, s. 49.

danska konkurrenslagen tillämpas på verksamhet som är att klassificera som myndighetsutövning⁷⁰ På motsvarande sätt ska lagen inte heller tillämpas på s k *in house*-produktion, dvs statens eller en kommuns egen produktion av varor eller tjänster för att tacka ett internt behov Sådan verksamhet anses inte påverka de danska konkurrensförhållandena⁷¹

Det i *konkurrenzeloven* generella begreppet näringsverksamhet omfattar alla ekonomiska aktiviteter som äger rum inom en marknad för varor eller tjänster och ska också, i likhet med både EG:s konkurrensrätt och den svenska rätten, ges en vid tolkning Lagen uppställer vare sig något krav på vinstsyfte eller krav på att verksamheten ska bedrivas i viss form för att den ska bli tillämplig

4.3.2 *Forhållandet mellan offentliga regleringar och konkurrenzeloven*

I likhet med vad som gäller enligt den svenska konkurrensrätten kan inte heller den danska *konkurrenzeloven* alltid tillämpas om det förekommer andra regleringar som påverkar företagets ageranden på marknaden Bakgrunden till att *konkurrenzeloven* inte alltid ska tillämpas framför andra regleringar är att *Konkurrenserådet* inte ska kunna underkänna en politiskt bestämd reglering och därmed sätta sig över *Folketingets* beslut som kan ge uttryck för andra hansynstaganden än en fri konkurrens, såsom social och ekonomisk rättvisa⁷² Möjligheterna till undantag från *konkurrenzelovens* tillämpning ger således utrymme för en avvägning mellan hansynen till *konkurrenzelovens* effektivitet och hansynen till sådana särskilda intressen som tillvaratas genom andra offentliga regleringar

Dels kan en tillämpning av *konkurrenzeloven* uteslutas om det förekommer sektorsspecifik lagstiftning som reglerar konkurrensen på ett visst område De sektorsspecifika reglerna ska då i enlighet med *lex specialis*-principen tillämpas före *konkurrenzeloven*⁷³ Dels kan bestämmelserna i 2 § 2–5 st *konkurrenzeloven* medföra att lagen inte ska tillämpas om en konkurrensbegränsning är en direkt eller nödvändig effekt av en offentlig reglering

⁷⁰ Någon entydig definition av begreppet myndighetsutövning förekommer inte heller i dansk rätt, men myndighetsutövning torde föreligga då en förvaltning ensidigt och med bindande verkan fastställer medborgarnas rättigheter och plikter med stöd av offentligrättsliga regler, se t ex Levinsen, 2001, s 51

⁷¹ Se bemärkningar til lovforslag nr 172 af 22/05/1997, FT 1996/97, tillæg A, s 3653 Se också Levinsen, 2001, s 50 f, Madsen, 2006, s 66 samt Mortensen och Steinicke 2006, s 33

⁷² Jfr betänkning afgivet af Erhvervsudvalget af 22/05/1997, FT 1996 97, tilæg B, s 1148

⁷³ Se bemærkninger til lovforslag nr L 172 af 20/02/1997, FT 1996/97 tillæg A, s 3654

De undantag från *konkurrencelevens* tillämpning som anges i 2 § avser endast undantag från lagens 2 och 3 kap., vilka reglerar konkurrensbegränsande avtal respektive missbruk av dominerande ställning. Vad gäller förbudet mot offentligt stöd i 11 a § *konkurrencelevens*, framgår emellertid motsvarande undantag direkt i bestämmelsen.

Undantaget i 2 § 2 st. *konkurrencelevens* gäller oavsett om den offentliga näringsverksamheten bedrivs i privat eller i offentlig regi. Således kan undantaget aktualiseras när ett offentligt organ bedriver näringsverksamhet på den öppna marknaden fastän formen för verksamheten inte är privaträttslig. Likaså kan privata företag som arbetar under offentligrättsliga koncessionsvillkor eller som i övrigt är underkastade särskilda villkor eller bestämmelser i speciella situationer agera konkurrensbegränsande utan att lagen blir tillämplig.⁷⁴

Möjligheten till undantag enligt 2 § 2 st. gäller dock inte bestämda typer av företag, utan det är endast specifika ageranden från företagen som kan undantas från lagens tillämpningsområde. Bestämmelsen saknar självständig betydelse och måste som framgår av ordalydelsen tillämpas tillsammans med förbuden i 2 eller 3 kap. Vid tillämpningen av bestämmelsen måste således först avgöras om ett visst agerande utgör en överträdelse av förbudet i 6 § eller 11 § innan en bedömning om den aktuella överträdelsen är en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering kan göras.⁷⁵ Som ett exempel på en konkurrensbegränsande offentlig reglering kan nämnas ett legalt monopol. En sådan reglering innebär att endast ett visst företag får tillgång till en marknad vilket medför att konkurrensen begränsas.

Någon uttömmande uppräknig av vad som avses med offentliga regleringar förekommer däremot inte, men begreppet torde inte endast omfatta lagstiftning utan även bland annat "... bekendtgørelser, generelle budgetregler, aktstykker og beslutninger inden for grænserne af kommunalfuldmagten samt kommunale regulativer."⁷⁶

Inte heller kan någon precis definition av vad som avses med en direkt eller nödvändig följd utläsas vare sig ur *konkurrencelevens* eller ur dess för-

⁷⁴ Se Mortensen och Steinicke, 2006, s. 34.

⁷⁵ Uttalanden i bemærkninger til lovforslag nr L 172 af 20/02/1997, FT 1996/97, tillæg A, s. 3654, pekar dock på att bestämmelsen kan ha en självständig betydelse i så motto att man vid tillämpningen inte först behöver konstatera att ett visst agerande strider mot förbudet i 6 respektive 11 §§ *konkurrencelevens*. Oavsett vilken tolkning som görs måste emellertid begreppet konkurrensbegränsning i bestämmelsen förstås som ett agerande vilket omfattas av förbudet antingen i 6 eller i 11 §§.

⁷⁶ Mortensen och Steinicke, 2006, s. 36.

arbeten. Vilket värde som ska tillmätas uttrycket direkt eller nödvändig i bestämmelsen torde därför vara något osäkert. En språklig tolkning av begreppet talar för att det är tillräcklig med att en konkurrensbegränsning är antingen en direkt eller en nödvändig följd av en offentlig reglering för att bestämmelsens första kriterium ska vara uppfyllt. En sådan tolkning överensstämmer däremot sannolikt inte med den praxis som utvecklats av *Konkurrenserådet*, som i viss mån kännetecknas av att en samlad värdering görs för att utröna om kriteriet är uppfyllt. Ett förfarande likt det senare torde också stå i överensstämmelse med hur motsvarande bestämmelse i gemenskapsrätten, artikel 86 EG, tillämpas.⁷⁷ Kriteriet innebär därför sannolikt att en konkurrensbegränsning antingen ska framträda som klar och uppenbar eller som att den offentliga regleringen inte kan efterlevas utan att konkurrensbegränsningen uppstår.⁷⁸

Som exempel där en konkurrensbegränsning ansetts vara en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering kan nämnas *Konkurrenserådets afgørelse af 28. april 1999*, vilket gällde ett samarbete mellan Horsens kommun och två skolor avseende internetcaféer. Kommunens agerande hade sin bakgrund i Horsens kommuns arbete med att vara en ungdomskommun, vilket förpliktade kommunen att efterleva regeringens ungdomspolitik, bland annat genom att ge ungdomarna i kommunen tillgång till informationsteknologi. Den aktuella konkurrensbegränsningen i form av gratis internettillgång ansågs därför vara en direkt och nödvändig följd av en offentlig reglering – ”[b]evillingen til forsøgsordningen som ungdomskommune fulgte af en tilskudsordning, der direkte framgik af Finansloven.”⁷⁹

Då en konkurrensbegränsning uppstår till följd av ett beslut av en *kommunalbestyrelse* uppställs i 2 § 2 st. 2 mom. ett särskilt krav för att förfarandet ska kunna undantas från *konkurrenancelovens* tillämpning. För att en kommunalt beslutad konkurrensbegränsning ska anses vara en direkt och nödvändig effekt av en offentlig reglering, och därigenom undantas från *konkurrenancelovens* tillämpning, fordras att konkurrensbegränsningen är beslutad av *kommunalbestyrelsen*; att den är nödvändig för att den aktuella uppgiften ska kunna utföras; samt att uppgiften är ålagd kommunen genom lagstiftning.

För att en konkurrensbegränsning ska anses vara beslutad av *kommunalbestyrelsen* fordras inte endast att konkurrensbegränsningen är en nödvändig

⁷⁷ Se Mortensen och Steinicke, 2006, s. 37 och Steinicke, 2002a, s. 22.

⁷⁸ Se Steinicke, 2002a, s. 23.

⁷⁹ Levinsen, 2001, s. 62.

följd av beslutet – utan *kommunalbestyrelsen* måste direkt eller uttryckligen ha fattat beslut om den aktuella konkurrensbegränsande åtgärden. Kravet att en konkurrensbegränsning måste vara nödvändig för att den aktuella uppgiften ska kunna utföras medför att *kommunalbestyrelsen* ska välja den minst konkurrensbegränsande åtgärden i de fall lagstiftningen möjliggör för en kommun att lösa en specifik uppgift på olika sätt.⁸⁰ Således ska det råda proportionalitet mellan ändamålet med uppgiften och den konkurrensbegränsande lösningen av uppgiften. En *kommunalbestyrelse* kan därför inte alltid välja den mest ändamålsenliga lösningen om det innebär en allt för stor konkurrensbegränsning. En konkurrensbegränsning anses därför inte heller vara nödvändig om den är överflödigt för att en kommun på ett försvarligt vis, utifrån de hänsyn som ligger bakom den aktuella lagstiftningen, ska kunna utföra den uppgift som ålagts den.⁸¹

För att en konkurrensbegränsning till följd av ett kommunalt beslut ska kunna undantas från *konkurrenceovens* tillämpning fordras dessutom att det följer av lagstiftning att *kommunalbestyrelsen* har ansvaret för den bestämda uppgiften. I tveksamma fall kan det därför bli aktuellt att företa en lagtolkning i syfte att utröna om *kommunalbestyrelsen* ålagts den aktuella uppdraget. Kravet ska också tolkas i enlighet med dess lydelse – det fordras därför att det är lagstiftning som fastslår den kommunala uppgiften, vilket rör sig om en inskränkning av begreppet offentlig reglering. I de fall en *kommunalbestyrelse* fattar ett beslut som har en konkurrensbegränsande effekt med stöd av kommunalfullmakten kan undantag från *konkurrenceovens* tillämpning däremot inte medges, vilket följer av att kommunalfullmaktens regler inte ålägger en kommun att vidta en bestämd åtgärd utan endast ger kommunen en begränsad möjlighet att utan lagstöd engagera sig i viss verksamhet. Kravet om att lagstiftning ska innebära att kommunerna är tvungna att vidta en viss åtgärd är därför inte uppfyllt då ett beslut grundas på kommunalfullmakten.⁸²

Som exempel på när *kommunalbestyrelsen* genom lagstiftning ålagts en viss uppgift brukar nämnas avfallshantering.⁸³ Enligt den tidigare gällande *miljøbeskyttelsesloven*⁸⁴ var kommunerna ansvariga för bortforsling av avfall – således hade denna uppgift ålagts kommunerna genom lagstiftning. Om en

⁸⁰ Se betænkning afgivet af Erhvervsudvalget af 22/05/1997, FT 1996–97, tilæg B, s. 1149.

⁸¹ Se Heide-Jørgensen och Koktvedgaard, 2005, s. 147.

⁸² Se betænkning afgivet af Erhvervsudvalget af 22/05/1997, FT 1996–97, tilæg B, s. 1157.

⁸³ Se t.ex. Levinsen, 2001, s. 66.

⁸⁴ Se 45 § lovbekendtgørelse nr 753 af 25/08/2001.

konkurrensbegränsning skulle ha uppkommit i anledning av en kommuns lösning av uppgiften skulle därför kriteriet om att åtgärden måste vara ålagd kommunen genom lagstiftning vara uppfyllt. Ett undantag från *konkurrenancelovens* tillämpning kan dock inte medges endast på den grunden, varför det återstår att bedöma om konkurrensbegränsningen är nödvändig för att uppgiften ska kunna utföras.

Från praxis kan nämnas *Konkurrencerådets afgörande af 27. oktober 1999*. Ärendet gällde ett standardavtal som skulle användas då *amter* (den danska motsvarigheten till svenska landsting) ingick avtal med Falck om tillhandahållande av ambulansberedskap, akuta ambulanstransporter och liggande patientbefordran. Standardavtalet innehöll bland annat bestämmelser om *amters* betalningsförpliktelser och hur betalningen skulle beräknas. Dessutom innehöll avtalet en bestämmelse som möjliggjorde för *amterna* att under speciella förhållanden överlåta uppgifterna till andra aktörer. *Amtsrådsforeningen* ansåg att avtalsvillkoret var nödvändigt för att *amterna* skulle kunna utföra de uppgifter som ålagts dem enligt den tidigare gällande *sygehusloven*.⁸⁵ *Sundhedsministeriet*, som var den kompetenta myndigheten, ansåg dock inte att avtalsvillkoret var en direkt eller nödvändig följd av *sygehusloven*, varför en tillämpning av *konkurrenanceloven* inte kunde uteslutas i ärendet.

Enligt 2 § 3 st. *konkurrenanceloven* likställs beslut fattade av kommunförbund med övriga kommunala beslut. För att en konkurrensbegränsning som är en följd av ett beslut fattat av ett kommunalförbund ska leda till att undantaget från *konkurrenancelovens* tillämpning ska aktualiseras fordras därför att samma förutsättningar är uppfyllda som vad gäller beslut fattade av en *kommunalbestyrelse*. Motivet till en sådan ordning är att det anses vara naturligt att även sådan verksamhet ska underställas samma krav som gäller kommunalt beslutad verksamhet i och med att många av de kommunala sammanslutningarna ägnar sig åt betydande ekonomisk verksamhet på vitt skilda områden.⁸⁶

Konkurrensbegränsningar till följd av offentliga regleringar är både talrika och betydelsefulla. De främsta problemen rör hur sådan verksamhet ska avgränsas, dvs. vilka fall som ska träffas av undantaget i 2 § 2 st. *konkurrenanceloven* eller inte. Således blir även frågan om vem som har kompetens att avgöra avgränsningsproblemen viktig. Enligt 2 § 4 st. är det den minister under vilkens ansvarsområde den aktuella regleringen faller som avgör om

⁸⁵ Lovbekendtgørelse nr 687 af 16/08/1995.

⁸⁶ Se Heide-Jørgensen och Kocktvedgaard, 2005, s. 148.

en konkurrensbegränsning ska anses utgöra en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering. Ett undantag då det inte är den minister under vilket ansvarsområde den aktuella regleringen faller som ska göra bedömningen är ifråga om kommunala stöd som kan misstänkas strida mot 11 a § *konkurrenanceloven*. I sådana ärenden ankommer det på den myndighet som ansvarar för tillsynen över kommunen att avgöra om en kommunal stödåtgärd är att anse som en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering.⁸⁷

Således är inte den danska konkurrensmyndigheten, *Konkurrencerådet*, behörigt att avgöra om en konkurrensbegränsning är en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering. Enligt förarbetena är det en given förutsättning för *konkurrenancelovens* administration att konkurrensmyndigheten inte ska ges kompetens att legalitetspröva en offentlig reglering.⁸⁸ Däremot kan *Konkurrencerådet* anmoda den ansvarige ministern att inom fyra veckor avgöra om en konkurrensbegränsning omfattas av undantaget i 2 § 2 st. *konkurrenanceloven*.⁸⁹ Någon sanktion för att tvinga en minister att inom tidsfristen fatta ett beslut finns emellertid inte. Om konkurrensmyndigheten dock inte är enig med den ansvarige ministern om den konkurrensbegränsande åtgärden omfattas av undantaget i 2 § 2 st. kan frågan bli föremål för domstolsprövning.

Av 2 § 5 st. *konkurrenanceloven* framgår dessutom att *Konkurrencerådet* kan vända sig till den ansvarige ministern, alternativt till *økonomi- og erhvervsministern*, då de anser att en offentlig reglering eller en offentlig stödåtgärd påverkar konkurrensen och påpeka de möjliga skadeverkningarna samt lämna förslag på hur konkurrensen kan främjas. Den ansvarige ministern ska efter en förhandling med *økonomi- og erhvervsministern* senast inom fyra månader svara på *Konkurrencerådets* framställan. Några sanktioner i händelse av eventuell underlåtenhet att efterkomma *Konkurrencerådets* uppmaning inom föreskriven tidsfrist kan emellertid inte aktualiseras.

De beslut *Konkurrencerådet* fattar kan normalt överklagas till *Konkurrenceankenævnet*, vilket utgör en administrativ besvärmyndighet. Talerätt har den som beslutet riktar sig till och tredje man för de fall denne har ett individuellt och väsentligt intresse av ärendet.⁹⁰ *Konkurrenceankenævnet* består av tre ledamöter, varav en ska vara lagfaren domare i Högsta domstolen. Den

⁸⁷ Se nedan avsnitt 5.4.3.

⁸⁸ Se bemærkninger til lovforslag nr L 172 af 20/02/1997, FT 1996/97, tillæg A, s. 3654.

⁸⁹ Tidsfristen kan emellertid förlängas av *Konkurrencerådet*, 2 § 4 st. *konkurrenanceloven*.

⁹⁰ Se 19–20 §§ *konkurrenanceloven*.

prövning som görs är av både formell och materiell karaktär.⁹¹ Utöver möjligheten till prövning i *Konkurrenceankenævnet* finns också en viss möjlighet att få konkurrensrättsliga ärenden underställda en domstolsprövning.⁹²

4.4 Den svenska konkurrenslagens förbud mot missbruk av dominerande ställning

Den svenska konkurrenslagen innehåller förutom ett förbud mot missbruk av dominerande ställning även ett förbud mot konkurrensbegränsande samarbeten och regler kring företagskoncentrationer i samband med företagsförvärv, en s.k. koncentrationskontroll. För denna framställning saknar däremot den senare regleringen intresse och kommer därför inte att behandlas. Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten kan vara av ett visst om än begränsat intresse för framställningen, men endast ifråga om de konkurrensproblem som finns på bostadsområdet. Följaktligen kommer förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten inte att beröras i föreliggande kapitel utan endast i kapitel 6. I denna del av framställningen fokuseras istället på det förbud mot missbruk av dominerande ställning som återfinns i 19 § konkurrenslagen.

Förbudet mot missbruk av en dominerande ställning tar till skillnad från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten sikte på de fall ett företag ensamt tillämpar ett konkurrensbegränsande förfarande. I likhet med förbudet i 6 § har också 19 § utformats med EG-rätten som förebild, varför förbudet i det närmaste överensstämmer med artikel 82 EG. De grundläggande förutsättningarna för att 19 § ska kunna appliceras är att det företag som vidtar en viss åtgärd intar en dominerande ställning och att den aktuella åtgärden utgör ett missbruk av denna ställning. I det följande redogörs kort för dessa båda rekvisit som måste vara uppfyllda för att en konkurrensbegränsande åtgärd ska kunna träffas av förbudet i 19 § konkurrenslagen.

4.4.1 *Dominerande ställning*

I mål 27/76, *United Brands*, slog EG-domstolen fast att begreppet dominerande ställning i artikel 82 EG (tidigare artikel 86) avser den situationen att ett företag har en sådan ekonomisk ställning att det får möjlighet att i bety-

⁹¹ Tidigare har den generella principen bland danska domstolar varit att prövningen endast är av formell karaktär, varför prövningen blott har utgjort en legalitetskontroll, se Zahle, 1996, s. 229 ff.

⁹² För en genomgång av tillsynen på den danska konkurrensrättens område, se t.ex. Madsen, 2006, s. 208–245 och Mortensen och Steinicke, 2006, s. 173–205.

dande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenterna.⁹³ Definitionen har upprepats i andra domar från EG-domstolen och återfinns även i förarbetena till den svenska konkurrenslagen.⁹⁴ En strikt tillämpning av definitionen leder dock till att ytterst få företag omfattas av förbudet mot missbruk av dominerande ställning i och med att det är mycket ovanligt att företag i avsevärd utsträckning kan agera oberoende av sina konkurrenter och kunder. I praktiken är det därför tillräckligt att det föreligger en betydande möjlighet att påverka utvecklingen av konkurrensen på den relevanta marknaden för att kravet på dominans ska vara uppfyllt.⁹⁵ Stockholms tingsrätt har också uttalat att:

”En dominerande ställning hos en marknadsaktör utesluter inte, som redan antytts, förekomsten av konkurrens på en marknad. En sådan ställning ger emellertid det dominerande företaget möjligheten att utöva ett väsentligt inflytande över de villkor under vilka den befintliga konkurrensen utvecklas.”⁹⁶

Således torde ett företag som har ett sådant marknadsinflytande att dess agerande inte begränsas av fungerande marknadskrafter inta en dominerande ställning.⁹⁷ Det är dock endast ett konkurrensbegränsande agerande som vidtas av ett företag med en dominerande ställning på en relevant marknad som åtminstone omfattar delar av Sverige som kan träffas av förbudet i 19 §.⁹⁸

Den relevanta marknaden är det produkt- och geografiska område som ska ligga till grund för den materiella bedömningen, dvs. den marknad på vilken det aktuella företaget ska inta en dominerande ställning.⁹⁹ För att

⁹³ Mål 27/76, United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen, REG 1978 s. 207, Svensk specialutgåva s. 9, p. 65.

⁹⁴ Se mål 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommissionen, REG 1979 s. 461, p. 38 och mål 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen, REG 1983 s. 3461, p. 57 respektive prop. 1992/93:56, s. 85.

⁹⁵ Se t.ex. mål 85/76, Hoffmann-La Roche, p. 38.

⁹⁶ Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-103-96, KKV/Statens Järnvägar (1998-12-08).

⁹⁷ Se Wetter m.fl., 2004, s. 563.

⁹⁸ Se t.ex. KKV dnr 925/94 (1995-11-06) och Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-292-97, KKV/Nitro Nobel AB (1998-06-22).

⁹⁹ Begreppet relevant marknad har övertagits från EG-rätten, men har endast i ringa omfattning behandlats i förarbetena och i doktrinen. Likaså är praxis på området tämligen outvecklad, se Wetter m.fl., 2004, s. 102 f. Vägledning för hur den relevanta marknaden ska avgränsas återfinns därför främst i EG-rätten, inte minst i kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad enligt EG:s konkurrenslagstiftning, EGT nr C 372, 9.12.1997, s. 5–13 (kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad).

avgränsa den relevanta marknaden måste en mängd olika omständigheter beaktas. Betydelsen av varje enskild omständighet varierar också från fall till fall. Tidigare ärenden av samma art kan visserligen ge en viss vägledning om hur den relevanta marknaden ska avgränsas, men de kan inte alltid tjäna som prejudikat i och med att marknaden ändras över tid och även beroende på vilka parterna är samt vilken åtgärd som föreligger till bedömning.¹⁰⁰

Ett företags möjlighet att utöva inflytande på marknaden begränsas främst genom en produkts efterfrågesubstituerbarhet. För att avgränsa den relevanta produktmarknaden är det därför viktigt att avgöra om kunderna kan skydda sig mot prishöjningar genom att inom en tillräckligt kort tid välja en annan produkt eller anlita en leverantör utanför det egna geografiska området. I de fall utbytbarheten på utbudssidan, den s.k. utbudssubstituerbarheten, kan jämföras med utbytbarheten på efterfrågesidan i omedelbarhet och effektivitet är också den av ett stort intresse i sammanhanget, varför den kan inverka på bedömningen. En förutsättning för att så ska vara fallet är däremot att det finns företag som snabbt kan ställa om produktionen till utbytbara produkter utan väsentliga tilläggskostnader och kommersiella risker.¹⁰¹

I kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad beskrivs en metod för att bedöma utbytbarheten på efterfrågesidan, det s.k. SSNIP-testet,¹⁰² vilket också tillämpas av flera europeiska konkurrensmyndigheter, däribland KKV.¹⁰³ Metoden är ett hypotetiskt prov som innefattar en bedömning av kundernas troliga handlande vid en liten men varaktig prishöjning på den produkt som är föremål för bedömningen. Om kunderna ersätter produkten eller vänder sig till producenter utanför det egna geografiska området i en sådan utsträckning att prishöjningen blir olönsam på grund av minskad försäljning omfattas troligen ersättningsprodukten av samma relevanta marknad som den ursprungliga produkten. Experimentet upprepas sedan på andra produkter tills en uppsättning produkter identifierats för vilka en prishöjning inte skulle bli lönsam.

SSNIP-testet avgör dock inte ensamt den relevanta marknaden utan även andra omständigheter måste vägas in. Testet ger däremot en god indikation på vilka omständigheter i övrigt som är av intresse då den relevanta marknaden ska bestämmas.¹⁰⁴ Enligt förarbetena till konkurrenslagen ska också en

¹⁰⁰ Se Wetter m.fl., 2004, s. 101 f.

¹⁰¹ Se Wetter m.fl., 2004, s. 104 f.

¹⁰² SSNIP är en förkortning för *small but significant and non-transitory increase in prices*.

¹⁰³ Se Wetter m.fl., 2004, s. 106.

produkts egenskaper, priset, användningen, konsumenternas uppfattning och de faktiska substitutionsmöjligheterna beaktas vid bedömningen av den relevanta marknaden.¹⁰⁵ Produkter som är mer än i begränsad omfattning utbytbara omfattas därför av samma relevanta produktmarknad.¹⁰⁶

Begreppet relevant geografisk marknad definieras i kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad som:

”... det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.”¹⁰⁷

Det är endast ekonomiska faktorer som är avgörande då den relevanta geografiska marknaden ska bestämmas, varför eventuella kommun- och länsgränser saknar betydelse i sammanhanget. KKV har däremot kritiserats för att inte sällan begränsa den relevanta marknaden till den svenska marknaden, troligtvis på grund av att konkurrenslagen endast ska tillämpas på svenska förhållanden, trots att den faktiska marknaden inte sällan är större än så. Kritikerna menar att en sådan marknadsavgränsning ger en missvisande bild av de faktiska förhållandena i och med att marknadsavgränsningen leder till att konkurrenstrycket i Sverige kan uppfattas som svagare än det verkligen är. Följden av en sådan marknadsavgränsning blir att svenska företag många gånger tillskrivs en starkare ställning än vad de i realiteten har.¹⁰⁸

Avgörande för hur den relevanta geografiska marknaden ska avgränsas är i vilken mån kunderna kan anlita leverantörer utanför det egna geografiska området. Speciell vikt måste läggas vid att identifiera eventuella hinder för kunderna som kan försvåra för dessa att anlita alternativa försörjningskällor. Sådana hinder kan exempelvis utgöras av bristande distributionsmöjligheter eller höga transportkostnader.¹⁰⁹ De flesta industrivaror har hela landet som

¹⁰⁴ Se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, p. 15.

¹⁰⁵ Se prop. 1992/93 56 s. 85.

¹⁰⁶ Mål 27/76, United Brands, p. 34. För en genomgång av relevanta parametrar se Wetter m.fl., 2004, s. 108–123.

¹⁰⁷ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, p. 8.

¹⁰⁸ Se Wetter m.fl., 2004, s. 125 f.

¹⁰⁹ Se t.ex. KKV dnr 769/94 (1995-05-02). Andra faktorer som kan vara av intresse att studera är t.ex. inkopsmonster, handelsfloden, produktionsanläggningarnas geografiska spridning samt avsättnings- och försörjningsområdenas storlek. Även produkternas varde är av stor betydelse – dyra produkter skapar incitament för köparna att söka alternativa försörjningskällor i större utsträckning än vad billiga produkter gör, se Wetter m.fl., 2004, s. 131.

marknad, medan detaljhandeln och flertalet servicenärningar är beroende av närheten till kundkretsen och därför har en relativt liten relevant geografisk marknad. Marknaden för de senare är ofta lokalt eller i vissa fall regionalt begränsad.¹¹⁰ Uthyrning av lägenheter och den normala tjänstesektorn utgör också verksamhetsområden som normalt begränsas av en liten relevant geografisk marknad.¹¹¹ I övrigt används i det närmaste samma metoder och parametrar för att bestämma den relevanta geografiska marknaden som då den relevanta produktmarknaden ska avgränsas.¹¹²

Vid bedömningen om ett företag intar en dominerande ställning måste samtliga omständigheter i det aktuella ärendet beaktas. Som huvudregel finns det inte heller några speciella omständigheter som avgör om en dominerande ställning föreligger. Undantag är då rättsliga eller faktiska monopol förekommer på marknaden, i och med att sådana monopolföretag alltid antas inta en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Däremot finns det viktiga faktorer som måste beaktas vid en dominansprövning i alla andra fall. Wetter m.fl. nämner:¹¹³

- företagets absoluta och relativa marknadsandel,
- företagets finansiella styrka,
- företagets teknologiska och kunskapsmässiga övertag,
- om företaget är vertikalt integrerat,
- om företaget är verksamt på närliggande marknader,
- om företaget utgör den enda eller huvudsakliga handelspartnern på marknaden,
- förekomsten och omfattningen av handelshinder på marknaden,
- marknadens utvecklingsfas samt
- om kunderna utövar en motverkande köparmakt.

Den enskilt viktigaste omständigheten vid en dominansprövning är företagets marknadsandel på den relevanta marknaden,¹¹⁴ beroende på att marknadsandelen återspeglar företagets försäljningsframgångar och dess styrkeposition i förhållande till konkurrenter och kunder. I konkurrenslagens

¹¹⁰ Se t.ex. MD 1997:11, MD 1996:15 och KKV dnr 583/93 (1993-12-09).

¹¹¹ Se Norberg, 1999a, s. 99.

¹¹² Se Wetter m.fl., 2004, s. 130.

¹¹³ Se Wetter m.fl., 2004, s. 566.

¹¹⁴ Se t.ex. Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-292-97, KKV/Nitro Nobel AB (1998-06-22) och i mål T 8-294-96, Nordic Hälsotek AB/Malmö kommun (1997-05-26) samt KKV dnr 1035/94 (1995-05-18).

förarbeten ges schablonmässiga siffror vilka ska tjäna som vägledning vid en dominansprövning. Är marknadsandelen:¹¹⁵

- mindre än 30 procent utesluts normalt en dominerande ställning,
- mellan 30 och 40 procent tyder det på att företaget inte intar en dominerande ställning,
- över 40 procent är det ett tydligt tecken på dominans,
- över 50 procent presumeras att företaget intar en dominerande ställning, och
- över 65 procent utgör ett starkt bevis för att en dominerande ställning föreligger.

Det är inte endast den absoluta marknadsandelen som är av betydelse, utan det är även av intresse att studera den relativa marknadsandelen, dvs. företagets marknadsandel i förhållande till andra företag på den relevanta marknaden.¹¹⁶ En stor absolut eller relevant marknadsandel indikerar visserligen att företaget ifråga intar en stark ställning på den relevanta marknaden, men även andra omständigheter måste beaktas. Likaså innebär inte det faktum att ett företag har en liten marknadsandel att en dominerande ställning kan uteslutas. Ett företag kan trots en liten marknadsandel i vissa fall utöva ett så stort marknadsinflytande att de kan förhindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden.¹¹⁷

Ett företags finansiella styrka i förhållande till dess konkurrenter kan ha betydelse vid en dominansprövning. En stark finansiell ställning ger ett ökat handlingsutrymme och uthållighet att vidta åtgärder oberoende av konkurrenter och kunder. Endast en stark finansiell ställning torde däremot inte i sig kunna leda till att företaget ifråga intar en dominerande ställning på marknaden,¹¹⁸ men tillsammans med andra omständigheter kan det tala för att en dominerande ställning föreligger.¹¹⁹

¹¹⁵ Se prop. 1992/93:56, s. 85 f.

¹¹⁶ Se prop. 1992/93:56, s. 85, samt KKV dnr 347/95 (1996-01-24) och dnr 769/94 (1995-05-02).

¹¹⁷ Att vid en dominansprövning utgå från ett företags marknadsandel tycks vara ett relativt enkelt och objektivt sätt att fastställa en eventuell dominans. Vissa problem måste dock iaktas. Det största problemet torde vara att fastställa det totala marknadsvärdet, vilket leder till att inte heller företagets andel av marknaden korrekt kan fastställas, se Wetter m.fl., 2004, s. 568 f.

¹¹⁸ Se t.ex. KKV dnr 925/94 (1995-11-06).

¹¹⁹ Se t.ex. Stockholms tingsrätts dom i mål Ä 8-94-96, Telia Mobile AB/KKV (1998-06-11) och KKV dnr 451/94 (1994-12-09).

Ytterligare en omständighet av betydelse då en eventuell dominans ska fastställas är om företaget ifråga också intar en stark ställning på en närliggande marknad. Störst betydelse har en sådan ställning då företagets verksamhet på flera marknader vänder sig till samma kunder.¹²⁰

Om det föreligger inträdeshinder på en marknad indikerar det att redan etablerade företag kan inta en dominerande ställning. Den tydligaste formen av inträdeshinder är offentliga regleringar som försvårar eller till och med omöjliggör för företag att etablera sig på marknaden. Om det däremot är låga, eller inga inträdeshinder över huvudtaget, blir det också lättare för nya företag att etablera sig och handlingsutrymmet för de redan etablerade företagen minskar – vilket även leder till ett minskat marknadsinflytande.¹²¹

Det strider emellertid inte mot konkurrenslagen att inta en dominerande ställning, utan det är först då denna ställning missbrukas som förbudet i 19 § konkurrenslagen kan aktualiseras.

4.4.2 *Missbruksrekvisitet*

Det finns ingen fastslagen definition, vare sig i lagtexten eller i förarbetena, om vad som utgör missbruk av en dominerande ställning. Av den orsaken krävs det en utredning i varje enskilt fall för att kunna fastställa om en vidtagen åtgärd ska anses utgöra ett missbruk ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. I 19 § räknas dock några ageranden upp som typiskt sätt kan utgöra missbruk. Exempelen som lagstiftaren nämner i 19 § är att:

- direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen avtalsvillkor,
- begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
- tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel eller
- ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterliga förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

En förutsättning för att förbudet i 19 § ska aktualiseras är som tidigare nämnts att det ifrågavarande agerandet vidtas av ett företag som intar en

¹²⁰ Se t.ex. KKV dnr 1194/93 (1994-12-29), dnr 744/94 (1995-06-30) och dnr 451/94 (1994-12-09).

¹²¹ Se Wetter m.fl., 2004, s. 572.

dominerande ställning på marknaden. Men då ett eventuellt missbruk ska avgöras är det oväsentligt hur företaget erhållit den dominerande ställningen. Om företaget intar en dominerande ställning på grund av marknadsframgångar eller som en följd av ett rättsligt monopol påverkar följaktligen inte bedömningen.¹²² Däremot kan graden av dominans inverka på hur en åtgärd ska bedömas – ett företag med en dominerande ställning har ett särskilt ansvar för att dess agerande inte inverkar negativt på konkurrensen.¹²³ Ju tydligare den dominerande ställningen är desto större blir också marknadsansvaret.¹²⁴ Således kan inte missbruksbedömningen helt kopplas fri från bedömningen av dominansgraden.

Ett missbruk utsluts inte per automatik då åtgärden som det dominerande företaget vidtar sker på en marknad närliggande till den där företaget är dominerande. Så kan vara fallet om det finns ett sådant samband mellan marknaderna som gör att företaget med stöd av sin marknadsmakt på den ena marknaden kan missbruka sin ställning, som visserligen inte är dominerande, även på den andra marknaden.

I mål T-83/91, Tetra Pak, ansåg förstainstansrätten att de två marknader som Tetra Pak agerade inom var så nära sammanbundna att företaget trots att det inte var dominerande på den ena marknaden ändå kunde missbruka sin ställning på den marknaden genom att vidta åtgärder på den andra marknaden.¹²⁵ Även den svenska konkurrenslagen har tillämpats på motsvarande sätt. I ett mål där Stenungsunds kommun påstods agerat i strid med konkurrenslagen ansåg KKV att kommunen missbrukat sin ställning på marknaden för solarietjänster, fastän kommunen inte var dominerande på den marknaden, utan endast på den närliggande marknaden för inomhusbadtjänster. Stockholms tingsrätt gjorde dock ingen materiell prövning i ärendet då Stenungsunds kommun vitsordade de faktiska omständigheterna och medgav KKV:s yrkande.¹²⁶

Det finns inget uttryckligt krav att det föreliggande agerandet ska ha ett konkurrensbegränsande syfte eller verkligen uppnå en konkurrensbegrän-

¹²² MD 1998:15.

¹²³ Mål 322/81, Industrie Michelin, p. 57.

¹²⁴ Mål T-83/91, Tetra Pak International SA mot kommissionen, REG 1994 s. II-755, p. 115. Jfr EG-domstolens uttalande i mål 322/81, Industrie Michelin, p. 57, där det framgår att företag med en dominerande ställning, oavsett hur de uppnått den ställningen, har ett särskilt ansvar att inte agera så att konkurrensen snedvrids på den gemensamma marknaden.

¹²⁵ Mål T-83/91, Tetra Pak, p. 115.

¹²⁶ Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-723-98, KKV/Stenungsunds kommun (1998-09-09). Ärendet behandlas nedan i avsnitt 7.4.

sande effekt för att förbudet i 19 § ska aktualiseras. Enligt EG-domstolen är missbruk en objektiv företeelse som påverkar marknadsstrukturen i en för konkurrensen negativ riktning.¹²⁷ Som huvudregel är det därför inte nödvändigt att visa att ett företag agerat i ett konkurrensbegränsande syfte för att åtgärden ska kunna anses utgöra ett missbruk. Ett undantag är då den konkurrensbegränsande åtgärden vidtas i formen av underprissättning – för att ett sådant agerande ska träffas av förbudet i konkurrenslagen krävs det i vissa fall att det s.k. avsiktsrequisitet är uppfyllt.¹²⁸ Däremot kan ett konkurrensbegränsande syfte vara ett tillräckligt kriterium för att ett missbruk ska anses föreligga. Wetter m.fl. har emellertid hävdats att den vidtagna åtgärden typiskt sett ska medföra den åsyftade effekten för att 19 § ska kunna tillämpas.¹²⁹

I samband med en bedömning om ett visst agerande är vidtaget i ett konkurrensbegränsande syfte är det inte nödvändigt att söka efter företagets subjektiva avsikt med åtgärden. Det är det objektiva syftet med åtgärden, dvs. hur syftet med agerandet ifråga framstår för en utomstående betraktare, som ska tillmätas betydelse.¹³⁰ Effekten av ett visst agerande behöver inte heller ha inträtt för att agerandet ska anses utgöra ett missbruk av en dominerande ställning.¹³¹ Om effekterna av ett visst agerande är tänkta att inträda redan genom att det dominerande företagets avsikt att vidta åtgärden blir känd kan det likväl utgöra ett missbruk.¹³²

Det är dessutom svårt att dra en tydlig gräns mellan ett agerande som endast syftar till att öka ett företags konkurrenskraft och ett agerande som utgör missbruk. Problemen blir särskilt tydliga då företag genom sin prissättning försöker besvara konkurrens, i och med att även dominerande företag har rätt att skydda sina intressen genom att utifrån sina förutsättningar och normalt branschbeteende bemöta konkurrens.¹³³ Det är ur konkurrensrättslig synpunkt även önskvärt att dominerande företag priskonkurrerar. Ett dominerande företag får emellertid inte vidta onormala åtgärder som

¹²⁷ Mål 85/76, Hoffmann-La Roche, p. 91.

¹²⁸ Se nedan avsnitt 4.4.2.1.

¹²⁹ Se Wetter m.fl., 2002, s. 481.

¹³⁰ Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-103-96, KKV/Statens Järnvägar (1998-12-08).

¹³¹ Se Wetter m.fl., 2004, s. 580.

¹³² Se Wetter m.fl., 2004, s. 580, vari det hänvisas till MD 1998:15. Redan offentliggörandet av ett nytt prisförfarande och av nya prislistor utgjorde i ärendet ett missbruk av en dominerande ställning.

¹³³ Se t.ex. mål 27/76, United Brands, p. 189–190, mål C-310/93, BPB Industries plc och British Gypsum Ltd mot kommissionen, REG 1995 s. I-865, p. 11 och mål T-83/91, Tetra Pak, p. 147.

begransar konkurrensen på en marknad som till följd av företagets blotta dominans karakteriseras av en redan svag konkurrens¹³⁴ Då normaliteten ska avgoras måste dominantens agerande vagas mot det kommersiella hot som den moter Både åtgärdens omfattning och marknadens kanslighet måste foljaktligen beaktas¹³⁵ I förhållande till icke-dominerande företag har sålunda dominerande företag endast en begränsad rätt att mota konkurrens

I foljande avsnitt ska några av de vanligare typerna av missbruk vid tillampningen av 19 § summariskt behandlas Utover de typer av missbruk som anges har och de typer av missbruk som exemplifieras i 19 § kan även många av de former av åtgärder som är förbjudna enligt 6 § konkurrenslagen traffas av förbudet mot missbruk av dominerande ställning under förutsättning att det är ett företag med en dominerande ställning som vidtar åtgärderna ifråga¹³⁶

4 4 2 1 Underprissättning

Som en följd av att den kritik som riktats mot kommunala aktörer många gånger rör påstådd underprissättning är det just ett sådant marknadsmissbruk som är mest relevant för framställningen Då en underprissättning är en prissättning som inte ger full kostnadstackning kan ett företag förvantas att tillampa ett sådant agerande endast om företaget bedomer att de ökade merkostnaderna till följd av prissättningen kan vagas upp av ökade merintkomster på langre sikt då konkurrensen på marknaden eliminerats

Kommissionen har gjort bedomningen att det kan vara företagsekonomiskt rationellt för en dominerande aktör att agna sig åt underprissättning om det inte finns någon hindrande konkurrenslag samtidigt som¹³⁷

- det finns en möjlighet till korssubventionering
- värdet av en potentiell ny aktörs framtida vinst kan bedomas bli lagre än intradeskostnaderna för den aktören, och
- konkurrenterna kanner osakerhet inför om det rör sig om underprissättning eller bara en prissättning som speglar det dominerande företagets produktionsfordelar i kraft av sin storlek

¹³⁴ Se t ex Stockholms tingsratts dom i mål T 8 1192 96 KKV/Konsortiet Scandinavian Airlines System (1998 06 11) och mål 85/76, Hoffmann La Roche, p 91

¹³⁵ Se Wetter m fl 2004, s 587 ff

¹³⁶ För en genomgång av åtgärder som kan utgöra missbruk enligt 19 § konkurrenslagen, se Wetter m fl , 2004, s 590–647

¹³⁷ Redovisad i 16 th Report on Competition Policy 1986, efter SOU 2000 117 s 39

Underprissättning är visserligen en form av missbruk som omfattas av förbuden i både 19 § konkurrenslagen och artikel 82 EG, men det rör sig inte om en helt odiskutabel form av missbruk. Förbudet mot underprissättning har varit kontroversiellt främst till följd av att det i grund och botten rör sig om ett önskat beteende – nämligen att företag sänker sina priser – samtidigt som en prissänkning i ett visst läge anses vara önskad.¹³⁸

Att underprissättning är en form av missbruk som kan angripas med stöd av konkurrensrätten framgår implicit av 19 § 1 p. konkurrenslagen – om ett dominerande företag sätter för låga priser leder det till att även konkurrenterna kan tvingas sänka sina priser, i och med att priset ofta är ett relativt viktigt konkurrensmedel. Således kan det dominerande företaget genom att ägna sig åt underprissättning också påtvinga sina konkurrenter oskäligt låga försäljningspriser.

I konkurrenslagens förarbeten beskrivs underprissättning som en ”... prissättning som normalt ligger under vad företaget normalt skulle behöva för kostnadstäckning och vinst”.¹³⁹ Enligt praxis rör det sig om en underprissättning om priset för en produkt ligger under företagets genomsnittliga rörliga kostnad, eller om priset ligger under företagets genomsnittliga totala kostnad och utgör ett led i en konkurrensbegränsande plan.¹⁴⁰ Dessa från praxis utvecklade riktlinjer kan visserligen indikera om underprissättning föreligger – men även andra omständigheter måste beaktas. Exempelvis utgör inte tillfälliga prissänkningar, som ett led i en marknadskampanj, underprissättning fastän priserna inte ger full kostnadstäckning.¹⁴¹

Då priset överstiger den genomsnittliga rörliga kostnaden men understiger den genomsnittliga totala kostnaden krävs att ytterligare ett rekvisit är uppfyllt, det s.k. avsiktsrekvisitet. I AKZO slog EG-domstolen fast att underprissättning endast är förbjudet då den syftar till att slå ut konkurrenterna, för att i ett senare skede ägna sig åt monopolprissättning.¹⁴² Det holländska bolaget AKZO, vilka sålde organiska peroxider som användes bland annat vid tillverkning av plast och som blekmedel i mjöl och mejeriprodukter, hotade en engelsk konkurrent, ECS, som tidigare sålt peroxider främst till

¹³⁸ Se SOU 2000:117, s. 39.

¹³⁹ Prop. 1992/93:56, s. 87.

¹⁴⁰ Se t.ex. mål C-62/86, AKZO Chemie BV mot kommissionen, REG 1991 s. 3559, Svensk specialutgåva s. 249, p. 72 och MD 2002:2.

¹⁴¹ KKV dnr 1175/94 (1995-04-27) och Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-723-98, KKV/Stenungsunds kommun (1998-09-09).

¹⁴² Mål C-62/86, AKZO, p. 72.

mjöltnare och bagare, då ECS började exportera peroxider till en stor tysk plasttillverkare. Hotet bestod av att AKZO skulle dumpa priserna till mjöltnare och bagare om ECS inte upphörde med att exportera produkten. Genom en sådan prisdumping skulle ECS också lida större skada än AKZO. ECS fortsatte likväl med sin verksamhet och således dumpade AKZO priserna. AKZO gav särskilt stora prissänkningar till kunder som tidigare köpt sina organiska peroxider av ECS. Dessa kunder fick köpa sina peroxider till ett pris understigande självkostnaden. AKZO hade en marknadsandel på drygt 50 procent i EG och ansågs inta en dominerande ställning. Även om några fysiska bevis i form av hotelsebrev, interna dokument etc. inte kunde bevisa avsikten med prissättningen ansåg kommissionen att avsikten tydligt framgick genom omständigheterna i ärendet. Kommissionen bötfällde därför AKZO, vilket överklagade kommissionens beslut till EG-domstolen.

Ifråga om avsikten med prisdumpningen uttalade EG-domstolen att:

”Det är således med rätta som kommissionen har ansett att AKZO hade erbjudit och levererat mjöltillsatser till Allied Mills [en av ECS:s tidigare kunder] och kvarnindustrierna i Allied-koncernen till onormalt låga priser i avsikt att skada ECS lönsamhet.”¹⁴³

Enligt Wetter m.fl. kan de fall av underprissättning som prövats med stöd av konkurrenslagen i huvudsak hänföras till antingen sådana ärenden som rör kommunal verksamhet som bedrivs på en konkurrensutsatt marknad eller sådana fall som rör prissättning på nyligen avreglerade marknader. När det gäller kommunalt driven verksamhet menar Wetter m.fl. att ärendena i de allra flesta fallen inte leder till någon åtgärd beroende på att ärendena inte är prioriterade eller på grund av att den kommunala verksamheten inte omfattas av konkurrenslagens företagsbegrepp.¹⁴⁴ På den senare punkten har jag emellertid en avvikande åsikt och anser istället att den kommunala verksamheten allt som oftast omfattas av företagsbegreppet, men att någon avsikt att skada konkurrensen inte kunnat utrönas då kommunala aktörer vanligtvis har att följa självkostnadsprincipen.¹⁴⁵ Det ska i sammanhanget också noteras att konkurrenslagen överhuvudtaget inte kan tillämpas på

¹⁴³ Mål C-62/86, AKZO, p. 103.

¹⁴⁴ Se Wetter m.fl., 2004, s. 597.

¹⁴⁵ Se t.ex. KKV dnr 583/93 (1993-12-09) och dnr 847/93 (1993-12-28), i vilka båda KKV ansett de aktuella verksamheterna uppfyllt kriterierna för att omfattas av företagsbegreppet, men där någon avsikt att skada konkurrenterna inte kunnat skönjas, varför respektive agerande inte heller utgjort något missbruk. Jfr med KKV dnr 530/93 (1993-08-30), där KKV

konkurrensbegränsande förfaranden som har sin grund i att det aktuella företaget har att följa självkostnadsprincipen.¹⁴⁶

4.4.2.2 Överprissättning

En annan form av marknadsmissbruk som kan träffas av förbudet i 19 § konkurrenslagen är överprissättning. Med överprissättning avses att ett företag tar ut oskäligt höga priser för produkter och tjänster som inte är utsatta för en effektiv konkurrens. En konkurrensrättslig överprissättning kännetecknas således av att en produkts pris är oskäligt högt i förhållande till produktens ekonomiska värde.¹⁴⁷ Det gör ingen skillnad om den ifrågasvarande produkten riktas mot konsumenter eller andra kunder och inte heller om produkten är av stort eller begränsat ekonomiskt värde.

Vid bedömningen om ett pris är oskäligt i förhållande till produktens ekonomiska värde ska främst beaktas om priset står i rimlig relation till de faktiska kostnaderna för tillhandahållandet av produkten.¹⁴⁸ Det utgör dock inte en förbjuden överprissättning enbart för att priset för en produkt överstiger kostnaderna – det krävs att skillnaden mellan pris och kostnader är oskäliga för att förbudet i 19 § ska aktualiseras. Det är också naturligt att priserna på en marknad där konkurrenstrycket är svagt är något högre än på marknader med en fungerande konkurrens. Överprissättning torde vara en form av konkurrensbegränsning som är vanligast då ett företag intar en faktisk monopolställning eller då ett företag har en mycket dominerande marknadsställning.¹⁴⁹

4.4.2.3 Selektiv prissättning och prisdiskriminering

Ytterligare former av missbruk som också kan träffas av förbudet i 19 § konkurrenslagen är selektiv prissättning och prisdiskriminering. Med selektiv prissättning avses en prissättning som endast omfattar vissa kunder eller en viss del av den relevanta marknaden. Ett exempel på selektiv prissättning är då vissa kunder erbjuds lägre priser än andra. Endast en selektiv prissättning utgör dock inte ett sådant missbruk som omfattas av förbudet i 19 §. Även

vissertligen konstaterade att företagsbegreppet var uppfyllt ifråga om det kommunala engagemanget, men där det aktuella kommunala agerandet ändå inte kunde angripas då kommunen inte intog en dominerande ställning på marknaden.

¹⁴⁶ Se ovan avsnitt 4.2.1.3.

¹⁴⁷ Se prop. 1992/93:56, s. 86 f.

¹⁴⁸ Se t.ex. KKV dnr 118/94 (1994-08-23).

¹⁴⁹ Se t.ex. mål 226/84, British Leyland Public Limited Company mot kommissionen, REG 1986 s. 3263, p. 27.

ifråga om selektiv prissättning måste avsikten vara att skada konkurrenterna för att förbudet mot missbruk av dominerande ställning ska aktualiseras.¹⁵⁰

I 19 § 2 st. 3 p. konkurrenslagen nämns att även prisdiskriminering kan utgöra missbruk av en dominerande ställning. Ett sådant missbruk kan bestå i att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel. Enligt praxis är ett företag likafullt inte helt oförhindrat att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner – men ett sådant agerande kan endast accepteras under förutsättning att det finns objektivt godtagbara skäl för att behandla en handelspartner annorlunda än andra.¹⁵¹

4.5 Tillsyn och sanktioner

Förbuden i konkurrenslagen skulle knappast avskräcka marknads aktörer från att agera på ett sätt som hämmar konkurrensen om det inte förekom någon form av konkurrensrättslig tillsyn eller om ageranden i strid med konkurrenslagens förbud inte skulle kunna generera några sanktioner. Följaktligen är en kort genomgång av de regler som styr tillsynen på konkurrensrättens område och de sanktioner som kan aktualiseras i händelse av en överträdelse av regelverket motiverad.¹⁵²

Den centrala tillsynsmyndigheten på den svenska konkurrensrättens område är Konkurrensverket, KKV, vilket har givits både utredande, ingripande och beslutande befogenheter. KKV kan initiera en utredning av ett visst förhållande *ex officio*, efter en egen undersökning eller efter klagomål från utomstående, exempelvis konkurrerande företag eller enskilda konsumenter vilka ansett sig blivit utsatta för en konkurrensbegränsning. KKV:s handläggning av ärenden är i regel skriftlig – någon skyldighet att lösa ärenden genom förhandlingar finns inte. Däremot använder KKV ett muntligt förfarande som en rutin i dess arbete, varvid en part i ett lagtillämpningsärende erbjuds att muntligen komplettera ett skriftligt svar på ett beslutsutkast.¹⁵³

Angående KKV:s tillsyn och tillämpning av konkurrenslagen ifråga om kommunalt företagande kan som tidigare berörts konstateras att det regel-

¹⁵⁰ Se Wetter m.fl., 2004, s. 600.

¹⁵¹ Se t.ex. KKV dnr 712/94 (1996-03-05).

¹⁵² För en utförligare genomgång av den konkurrensrättsliga tillsynen, domstolsförfarandet och de sanktioner som kan aktualiseras vid överträdelser av förbuden i 6 och 19 §§ konkurrenslagen se t.ex. Wetter m.fl., 2004, s. 773-931 och Carlsson m.fl., 1999, s. 363-394.

¹⁵³ Se http://www.kkv.se/t/Page____849.aspx (2008-07-09).

verk KKV har att tillämpa inte är anpassat för att lösa den typ av konkurrenskonflikter som är föremål för den aktuella framställningen. Det ska däremot nämnas att regeringen i december 1997 beslutade att ett råd som skulle vara organiserat under KKV skulle inrättas med uppgift att söka undanröja konkurrenskonflikter mellan offentlig och privat sektor.¹⁵⁴ Rådet som bestod av representanter från både privat och offentlig sektor fick namnet Konkurrensrådet och skulle också senast den 31 december 2000 redovisa de resultat och de erfarenheter man samlat på sig, vilket gjordes i SOU 2000:117. Enligt det ursprungliga direktivet skulle rådets verksamhet upphöra i samband med redovisningen av resultaten, men genom tilläggsdirektiv 2000:83 förlängdes rådets arbete först ett år. Därefter har rådets arbete förlängts ytterligare flera gånger.¹⁵⁵ Enligt tilläggsdirektivet 2003:82 skulle emellertid rådets arbete upphöra den sista december 2003, vilket också skedde.

Konkurrensrådet hade till uppgift att diskutera lämpliga sätt att söka undanröja konkurrenskonflikter mellan privat och offentlig sektor samt att stimulera forskning på området. Rådets verksamhet skulle inriktas på de områden som normalt inte löses med hjälp av speciallagstiftning eller prövningsförfaranden. Enligt direktivet fick Konkurrensrådet "... på eget initiativ belysa sakförhållanden i konkreta fall och genom kontakter med berörda parter bedöma om och hur en konkurrensnedvridning kan undvikas eller undanröjas."¹⁵⁶ Rådet hade även till uppgift att medverka till att upplysa marknadens aktörer om goda exempel på en sund konkurrens. Det ska däremot poängteras att Konkurrensrådet inte fattade några bindande beslut i de konkreta fallen, utan deras uttalanden var snarare av vägledande och rekommenderande karaktär.

I många av de ärenden som KKV haft att ta ställning till, men där man inte bedömt det vara möjligt att angripa ett kommunalt agerande med stöd av konkurrensreglerna, har KKV fattat beslut att inte vidta några åtgärder men lämnat över handlingarna till Konkurrensrådet. Rådet har sedermera relativt ofta yttrat sig över hur den aktuella kommunen i framtiden borde agera för att minimera de konkurrensproblem som uppträcks.

Om en konkurrensbegränsning likväl skulle träffas av konkurrenslagens förbud kan flera olika sanktioner aktualiseras. De offentlighättsliga sanktioner som står till buds vid överträdelse av 6 eller 19 §§ konkurrenslagen är

¹⁵⁴ Se dir. 1997:145, s. 779.

¹⁵⁵ Se dir. 2001:102 och 2002:157.

¹⁵⁶ Se dir. 1997:145, s. 782.

åläggande, vilket normalt förenas med vite, samt konkurrensskadeavgift. Därutöver kan en överträdelse av konkurrenslagens regler också aktualisera två civilrättsliga sanktioner; nämligen avtalsrättslig ogiltighet och att den eller de konkurrenter som lidit skada till följd av den aktuella överträdelsen kan få rätt till skadestånd.

Den centrala sanktionen på konkurrensrättens område är åläggande. I händelse av att ett företag bryter mot förbuden i konkurrenslagen kan KKV i syfte att återställa den ursprungliga konkurrensen på marknaden ålägga företaget att upphöra med den aktuella överträdelsen i enlighet 23 §. Enligt 23 a § kan KKV också välja att inte vidta några åtgärder om det företag som brutit mot konkurrenslagens regler frivilligt upphör med det konkurrensbegränsande agerandet. Om KKV beslutar att inte meddela ett åläggande i ett enskilt ärende kan andra berörda parter, såsom konkurrenter till det aktuella företaget, väcka talan vid Marknadsdomstolen enligt 23 § 2 st. konkurrenslagen, vilken kan fatta ett sådant beslut om Marknadsdomstolen anser att konkurrenslagen överträtts. Att konkurrenter ska kunna processa mot varandra har också ansetts vara positivt för att öka lagstiftningens genomslagskraft.¹⁵⁷ Ett åläggande träder enligt 24 § konkurrenslagen i kraft omedelbart, men kan om inte den subsidiära talerätten utnyttjats, överklagas till Marknadsdomstolen, vilken också kan besluta om inhibition.

I syftet är att säkerställa att ett åläggande följs kan det som nämnts också förenas med vite, i enlighet med 57 § konkurrenslagen, vars utdömande prövas av tingsrätt enligt de regler som följer av lag (1985:206) om viten.

Om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet brutit mot något av förbuden i konkurrenslagen kan företaget tvingas betala en konkurrensskadeavgift till staten, vilket regleras i 26–32 §§. Syftet med möjligheten att utdöma en sådan avgift är att avskräcka företag från att bryta mot konkurrenslagens regler och har införts med EG-rättens administrativa böter som förebild. Till skillnad från kommissionen kan emellertid inte KKV själv ålägga ett företag att betala konkurrensskadeavgift, utan måste ansöka om sådan hos Stockholms tingsrätt. Stockholms tingsrätts dom kan därefter överklagas till Marknadsdomstolen.

Konkurrensskadeavgiften ska fastställas till minst 5 000 kr och högst fem miljoner kronor, eller ett högre belopp som dock inte får överstiga tio procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår. Då avgiften bestäms tas hänsyn till hur allvarlig den aktuella konkurrensbegränsningen är, hur

¹⁵⁷ Se Bernitz, 2005, s. 201.

länge den pågått och i vilken utsträckning företaget ifråga samarbetat med KKV.¹⁵⁸ Som exempel kan nämnas att KKV i Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-723-98, KKV/Stenungsunds kommun (1998-09-09) endast yrkade på 5000 kr i konkurrensskadeavgift med hänvisning bland annat till att Stenungsunds kommun samarbetat väl med KKV och vitsordat de omständigheter KKV lagt kommunen till last.

Av konkurrenslagens 7 § framgår att avtal som är förbjudna enligt 6 § är ogiltiga. Motsvarande stadgande återfinns inom EG-rätten i artikel 81.2 EG. Enligt ordalydelsen ska ogiltighetsregeln inte tillämpas på sådana förfaranden som utgör missbruk av dominerande ställning och därför är förbjudna enligt 19 §. Någon ogiltighetsregel inom EG-rätten som tar sikte på motsvarande bestämmelse i artikel 82 EG finns inte heller – men brott mot artikel 82 EG anses kunna leda till samma ogiltighet som brott mot artikel 81 EG.¹⁵⁹ Motsvarande torde gälla även för brott mot 19 § konkurrenslagen.¹⁶⁰

Möjligheten till skadestånd vid överträdelser av konkurrenslagen regleras i 33 §. Skadestånd kan utgå till ett företag eller en avtalspart som drabbas av att ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträtt förbuden i konkurrenslagen. Processen förs som en normal skadeståndsprocess, enligt de processuella reglerna för tvistemål. Talan om skadestånd ska väckas i allmän domstol i enlighet med sedvanliga skadeståndsrättsliga regler. Det ska däremot observeras att Stockholms tingsrätt alltid är behörig att pröva frågor om skadestånd enligt 33 § konkurrenslagen.¹⁶¹

4.6 Preliminära konklusioner och sammanfattning

Även om konkurrenslagen som utgångspunkt ska tillämpas generellt inom hela näringslivet kan det utifrån lagens terminologi och konstruktion kon-

¹⁵⁸ Om en part i en kartell avslöjar kartellen för KKV och dessutom samarbetar med KKV under utredningen kan det företaget undkomma konkurrensskadeavgift eller åtminstone få den sänkt, 28 a-28 b §§ konkurrenslagen. Denna möjlighet att undkomma sanktioner är ny för svenskt vidkommande och förekommer inte heller i andra delar av vår rättsordning. Systemet bygger på det förfarande som kommissionen tillämpar och syftar till att underlätta KKV:s arbete med att bekämpa karteller, se prop. 2001/02:167, s. 28.

¹⁵⁹ Se Wetter m.fl., 2004, s. 778.

¹⁶⁰ Se prop. 2003/04:80, s. 54. Se också Göta hovrätts dom T 33-00, Staten genom Luftfartsverket/Scandinavian Airlines System (2001-04-27). En grundligare genomgång av ogiltighet som konkurrensträttslig sanktion ska inte göras inom ramen för denna framställning, se istället t.ex. Wetter m.fl., 2004, s. 777–783.

¹⁶¹ Angående rätten till skadestånd vid överträdelser av konkurrensreglerna se Wahl, 2000 och Wetter m.fl., 2004, s. 818–826.

stateras att lagen i första hand är anpassad för att tillämpas på privata företag agerande på marknaden och inte i samband med offentliga aktörers inblandning. Följaktligen kan konstateras att även konkurrensrätten står inför utmaningar i samband med marknadsstatens utveckling. Det faktum att konkurrenslagen bygger på en förhållandevis strikt uppdelning mellan områden som normalt tillgodoses på den öppna marknaden och mer reglerade områden leder till att konkurrenslagens tillämpningsområde i praktiken inte är anpassat till situationer då det allmänna både verkar som myndighet och som aktör på marknaden.

Som nämnts är det vare sig i vilken form en viss verksamhet bedrivs eller om det är det allmänna eller privata som förestår verksamheten avgörande för om konkurrenslagen är tillämplig, i och med att den ska tillämpas på alla slag av företag oavsett ägare eller organisationsform. På denna punkt skiljer sig däremot den svenska konkurrenslagen något från dess danska motsvarighet. Det framgår inte explicit av den svenska konkurrenslagen att lagen är tillämplig även i förhållande till offentliga aktörer, utan endast att den ska tillämpas på alla företag såvida verksamheten i ett enskilt ärende inte består i myndighetsutövning, i vilka fall företagsbegreppet inte anses vara uppfyllt. Av den danska *konkurrencebogen* framgår det emellertid direkt av 2 § 1 st. att även offentliga företag som huvudregel omfattas av lagens bestämmelser. Offentliga företag definieras som ”... *erhvervsvirksomhed, der udøves af stats- eller kommunalforvaltningen, og som består i at udbyde eller efterspørge varer eller tjenesteydelser m.v., som har betydning for konkurrencen.*”¹⁶² Offentliga företag omfattas således av *konkurrencebogen* om de utbjuder varor eller tjänster på marknaden.

Även om tillämpningsområdet för respektive lag är reglerat på något olika sätt torde det i praktiken inte föreligga allt för stora skillnader mellan de båda lagarnas tillämpningsområde. Möjligtvis går det däremot att misstänka att den danska lagen i viss utsträckning medfört en ökad medvetenhet ifråga om offentliga aktörers engagemang på den öppna marknaden, i och med dess i sammanhanget något större tydlighet.

Det är blott konkurrenspolitiska aspekter som ska beaktas vid tillämpningen av de materiella reglerna i konkurrenslagen. Således ska andra aspekter såsom sociala hänsyn inte vägas in vid själva tillämpningen av konkurrenslagens bestämmelser, vilket däremot inte utesluter att sådana hänsyn ändå kan få konkurrenspolitiskt genomslag i och med att förekomsten av

¹⁶² Bemærkninger til lovforslag nr L 172 af 22/05/1997, FT 1996/97, tillæg A, s. 3653.

offentliga regleringar inte sällan utesluter en tillämpning av konkurrens-lagen.¹⁶³

Till skillnad mot vad som är fallet enligt dansk konkurrensrätt, där det av lagtexten framgår att lagen inte kan tillämpas på konkurrensbegränsande ageranden som har sin grund i offentliga regleringar, återfinns motsvarande stadgande i den svenska konkurrenslagens förarbeten. Även om det kan konstateras att terminologin ifråga om respektive lags tillämpning i samband med offentliga regleringar skiljer sig något åt är innebörden av de båda bestämmelserna sannolikt i stor utsträckning tämligen likartade.

En liten skillnad mellan de båda regelverken är däremot att det torde uppställas något strängare krav för att konkurrensreglerna inte ska kunna tillämpas då det förekommer offentliga regleringar enligt den svenska rätten än vad som gäller enligt den danska *konkurrence-loven*. Med en offentlig reglering enligt den danska *konkurrence-loven* avses inte endast lagstiftning utan också ”*bekendtgørelser, generelle budgetregler, aktstykker og beslutninger inden for grænserne af kommunalfuldmagten samt kommunale regulativer*”,¹⁶⁴ medan den svenska konkurrenslagen som utgångspunkt endast får ge vika för åtgärder som följer av lagstiftning samt förordningar eller verkställighetsföreskrifter som utfärdats av regeringen eller den myndighet som regeringen utsett i anslutning till en lag. Enligt svensk rätt finns det inte heller någon möjlighet till undantag från konkurrenslagens tillämpningsområde ifråga om konkurrensbegränsande åtgärder som vidtas med stöd av en kommunal reglering, vilket däremot kan vara fallet i Danmark.

I sammanhanget ska också nämnas att en konkurrensbegränsning till följd av ett danskt kommunalt beslut endast kan undantas från *konkurrence-lovens* tillämpning då det följer av lagstiftning att *kommunalbestyrelsen* har ansvaret för den bestämda uppgiften. I de fall en *kommunalbestyrelse* fattar ett beslut som har en konkurrensbegränsande effekt med stöd av kommunalfullmakten kan undantag från *konkurrence-lovens* tillämpning därför som utgångspunkt inte medges.

Däruöver kan man misstänka att politiska överväganden i vissa fall kan få större utrymme då det ska avgöras om den danska lagen ska tillämpas eller inte i förhållande till den svenska regleringen. Enligt den svenska konkurrenslagen är det den myndighet som tillämpar konkurrenslagen, dvs. främst KKV, som avgör om en viss åtgärd är en direkt och avsedd effekt av lagstiftning eller en ofrånkomlig följd av sådan, medan det i Danmark är den minister

¹⁶³ Se prop. 1992/93:56, s. 70.

¹⁶⁴ Mortensen och Steinicke, 2006, s. 36.

eller tillsynsmyndighet under vems ansvarsområde den aktuella regleringen faller som gör motsvarande bedömning. Följaktligen är vare sig *Konkurrenserådet* eller *Konkurrenceankenavet* behöriga att avgöra om en konkurrensbegränsning är en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering.

I och med att den svenska konkurrenslagen inte ska tillämpas på ett konkurrensbegränsande ageranden som är en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av lagstiftning medför det att konkurrenslagens regler normalt inte torde kunna användas som instrument för att hantera de konkurrensproblem som kan uppkomma då kommunala aktörer konkurrerar med privata företag. Eventuella konkurrensproblem i form av en aggressiv kommunal prissättningspolitik är i en sådan situation en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av den i kommunallagen reglerade självkostnadsprincipen.

Skulle konkurrenslagen likväl vara tillämplig är det främst förbudet i 19 § som aktualiseras. En inledande åtgärd vid en tillämpning av det förbudet är att avgränsa den relevanta marknaden. Kännetecknande för många av de marknader kommunerna engagerar sig på är också att dessa marknader är tämligen geografiskt begränsade – inte minst beroende på att kommunerna främst engagerar sig i olika typer av serviceverksamhet som allt som oftast är lokalt eller i vissa fall regionalt avgränsade. Uthyrning av lägenheter kan nämnas som ett område på vilket det förekommer ett omfattande kommunalt engagemang samtidigt som området också kännetecknas av en jämförelsevis liten relevant geografisk marknad.¹⁶⁵

Då de relevanta marknader där det förekommer ett kommunalt engagemang ofta är förhållandevis små leder det också till att respektive kommuns ställning på dessa marknader inte sällan är tämligen stark. Det ska också observeras att det torde vara vanskligt att tillmäta en kommuns marknadsandel en allt för stor betydelse vid bedömningen om en kommun intar en dominerande ställning. Till skillnad från många av de mindre privata aktörer som inte sällan tvingas möta konkurrens från kommunala företag har de senare i stor utsträckning en förhållandevis stark finansiell ställning, inte minst beroende på att dess ägare förfogar över möjligheten att infordra skatt från kommunmedlemmarna som vid behov kan kanaliseras till det kommunala företaget.

För att förbudet i 19 § konkurrenslagen ska aktualiseras fordras däremot inte endast att det aktuella företaget har en dominerande ställning, utan den

¹⁶⁵ Se Norberg, 1999a, s. 99.

dominerande ställningen måste missbrukas. Den i sammanhanget mest relevanta formen av missbruk torde utgöras av s.k. underprissättning. I och med att en underprissättning vanligtvis endast kan angripas med stöd av konkurrenslagen då avsiktsrekvisitet är uppfyllt blir följden att förbudet mot missbruk av dominerande ställning näppeligen kan aktualiseras då kommunerna normalt har att följa självkostnadsprincipen – principen utesluter att avsikten med en aggressiv kommunal prissättning är att slå ut konkurrenterna för att i nästa skede ägna sig åt en monopolprissättning.

Således står det tämligen klart att konkurrenslagen, trots att den ska vara generellt tillämplig, inte är anpassad att tillämpas med anledning av konkurrensbegränsande åtgärder vidtagna av kommunala aktörer.

5 Några konkurrensrättsliga aspekter på privilegierade företag

5.1 Introduktion

Som redan nämnts utgörs den svenska konkurrensrätten inte längre endast av konkurrenslagen, utan även det gemenskapsrättsliga regelverket måste sedan Sveriges anslutning till EES-avtalet beaktas av marknadens aktörer. Av speciellt intresse i sammanhanget är reglerna i artikel 86 och den statsstödsrättsliga regleringen i artikel 87–89 EG som i första hand riktar sig till medlemsstaterna och inte primärt till de privata företagen.

Då någon motsvarighet till dessa bestämmelser inte förekommer i nationell svensk rätt redogörs kort för dessa regleringar i avsnitt 5.2 respektive avsnitt 5.3. Beskrivningen av bestämmelserna fungerar som utgångspunkt då de gemenskapsrättsliga dimensionerna av vissa specifika konfliktområden undersöks, främst avseende bostadsområdet och i viss mån även ifråga om kommunal turistverksamhet, där det samhandelskriterium som återfinns i artikel 87.1 EG eventuellt kan förväntas vara uppfyllt. Redogörelsen används också som begynnelsepunkt för delar av vad som kan betecknas som den komparativa analysen. I och med att de EG-rättsliga förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning har varit förlagor vid utformningen av motsvarande svenska bestämmelser saknas dock anledning att i sammanhanget behandla dessa båda konkurrensrättsliga förbud.

I avsnitt 5.4 behandlas också det danska nationella förbudet mot offentliga stöd som återfinns i 11 a § *konkurrencebogen*. Även redogörelsen för det danska förbudet utgör underlag för den komparativa analysen.

5.2 Konkurrensbegränsande offentliga regleringar och EG-rätten

Som nämnts ovan ska den svenska konkurrenslagen inte tillämpas på konkurrensbegränsande förfaranden som är en direkt och avsedd effekt av lagstiftning eller en ofrånkomlig följd av sådan. Motsvarande gäller även en konkurrensbegränsning till följd av en förordning som utfärdats av regeringen med stöd av riksdagens bemyndigande genom lag eller genom sådana verkställighetsföreskrifter som regeringen, eller den myndighet som rege-

ringen utsett, utfärdar i anslutning till en lag.¹ Den svenska prövningen om konkurrenslagen ska tillämpas på konkurrensbegränsande offentliga regleringar kan därför te sig något formell – inte minst i ljuset av EG-rätten.

I EG-rätten regleras förhållandet mellan konkurrensrätten och konkurrensbegränsande offentliga regleringar direkt i fördraget genom artikel 86. Artikelns första stycke riktar sig till medlemsstaterna och upplyser dem om att de inte heller genom företag som de har ett inflytande över får vidta eller behålla åtgärder som strider mot fördragets regler, speciellt nämns fördragets konkurrensregler. I artikelns andra stycke föreskrivs inledningsvis att även företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska omfattas av fördragets konkurrensregler. Därefter medges undantag från fördragets konkurrensregler för sådan verksamhet om fördragets konkurrensregler omöjliggör för dylika företag att fullgöra sina åligganden. Det tredje stycket tillerkänner kommissionen en rätt att utfärda direktiv eller beslut på området.

Traditionellt delas gemenskapsrätten upp i regler som riktas mot det allmänna i form av myndighet och regler som riktas mot företag som är verkamma på marknaden. Offentligt företagande och företagande som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter passar följaktligen inte in i den traditionella uppdelningen i och med att det allmänna då både verkar som myndighet och som aktör på marknaden.² Artikel 86 EG har därför till syfte att reglera de situationer där den traditionella uppdelningen inte låter sig göras. Sålunda ska artikel 86 EG balansera gemenskapens intresse av funktionen hos den inre marknaden med medlemsstaternas intresse av att föra en viss social eller ekonomisk politik.³

5.2.1 *Privilegierade företag enligt artikel 86 EG*

Som en första åtgärd vid en tillämpning av artikel 86 EG, likväl som vid en tillämpning av övrig konkurrensrätt, är att avgöra om företagsbegreppet är uppfyllt. En samlad definition av företagsbegreppet som omfattar hela EG-rätten saknas, men begreppet ska ges en och samma tolkning avseende fördragets konkurrensregler. Definitionen av företag är således densamma vid tillämpningen av artikel 86 EG som vid en tillämpning av artikel 81 och 82

¹ Se ovan avsnitt 4.2.1.3.

² Se Steinicke, 2002a, s. 13.

³ Mål C-67/96, Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie, REG 1999 s. I-5751, p. 103.

EG.⁴ Med företag avses därför varje enhet som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, såtillvida verksamheten inte utgörs av myndighetsutövning.⁵ Någon gråzon mellan att utöva offentlig makt eller att driva verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur tycks enligt EG-domstolen inte heller kunna föreligga – i mål 118/85, kommissionen mot Italien, uttalade EG-domstolen att en medlemsstat kan agera antingen genom utövandet av offentlig makt eller genom att bedriva ekonomisk verksamhet av industriell eller kommersiell natur.⁶

Hur verksamheten finansieras är oväsentligt vid bedömningen om företagsbegreppet är uppfyllt, varför EG-domstolen i mål C-41/90, Höfner, uttalade att en offentligt finansierad arbetsförmedling kan anses utgöra ett företag i konkurrensrättslig mening.⁷ I de förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet, utvecklade EG-domstolen sitt resonemang i förhållande till Höfner.⁸ I Poucet uttalade domstolen att företagsbegreppet inte var uppfyllt då den aktuella sjukkassan endast hade en social funktion samtidigt som verksamheten byggde på nationell solidaritet och drevs utan vinstintressen. Förmånerna som utbetalades var fastlagda i lag och var dessutom oberoende av storleken på de avgifter som betalades in till kassan, varför verksamhet inte var av en ekonomisk natur. De organ som ansvarade för verksamheten utgjorde därför inte heller företag i konkurrensrättslig bemärkelse.⁹

EG-domstolen slog i mål C-244/94, FFSA, emellertid fast att administrationen av ett frivilligt pensionsförsäkringssystem utgjorde en ekonomisk

⁴ Se mål C-41/90, Klaus Hofner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH, REG 1991 s. I-1979, p. 20–21. Se också Christensen *m fl.*, 2005, s. 806.

⁵ Företagsbegreppet ges således samma innebörd vid tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler som då den svenska konkurrenslagen tillämpas, se avsnitt 4.2.1.1.

⁶ Mål 118/85, kommissionen mot Italien, REG 1987 s. 2599, p. 7. Se också t.ex. Edwardsson, 2003, s. 126.

⁷ I mål C-41/90, Hofner, p. 21–22, uttalade EG-domstolen att vare sig formen för verksamheten eller dess finansiering påverkade bedömningen om företagsbegreppet var uppfyllt – avgörande var endast om verksamheten var av ekonomisk karaktär. I målet konstaterade EG-domstolen att den tyska federala arbetsförmedlingen utgjorde ett företag vid tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler då den agerade sig åt ekonomisk verksamhet. Att arbetsförmedling normalt anförtros det allmänna utgjorde inte heller grund för att bedoma verksamheten på annat sätt – arbetsförmedling har inte alltid varit en uppgift för det allmänna och det är inte heller nödvändigt att verksamheten utförs av det allmänna.

⁸ De förenade målen C-159/91 och C-160/91, Christian Poucet mot Assurances générales de France och Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, REG 1993 s. I-637, Svensk specialutgåva XIV s. I-27.

⁹ De förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet, p. 18 och p. 19.

verksamhet, trots att verksamheten drevs utan vinstsyfte. EG-domstolen tog fasta på att verksamheten endast kännetecknades av ett visst mått av solidaritet och att de förmåner som pensionsförsäkringssystemet gav rätt till var beroende av storleken på de avgifter som betalats in av förmånstagarna.¹⁰

Däremot har det inte ansetts röra sig om ekonomisk verksamhet då ett företag exempelvis utfört miljöövervakning i en hamn. Sådan verksamhet ansågs till sin art, sitt syfte och det regelverk den var underkastad inte att anse som verksamhet av sådan ekonomiskt karaktär som skulle motivera en tillämpning av gemenskapens konkurrensregler.¹¹

För att artikel 86 EG ska kunna aktualiseras fordras inte bara att det rör sig om ett företag – det måste vara ett offentligt företag eller ett företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter – vad som kan betecknas som ett privilegierat företag. Vad som avses med ett offentligt företag behandlas inte i fördraget, men klart är att företag som drivs av statliga, regionala eller kommunala myndigheter är att klassificera som offentliga. Det saknar vidare betydelse om verksamheten drivs som en egen juridisk person eller om den drivs inom myndighetens organisation.¹² Avgörande är istället att det allmänna, faktiskt eller potentiellt, kan utöva ett inflytande över verksamheten.¹³ Den juridiska status som tillskrivs företaget enligt medlemsstatens nationella rätt saknar också betydelse i sammanhanget. Om en ekonomisk enhet enligt den nationella rätten anses utgöra en offentlig myndighet hindrar det därför inte att verksamheten i ljuset av EG-rätten kan bedömas vara ett företag.¹⁴

Problem kan emellertid uppkomma då ett företag inte till fullo ägs av det allmänna. Ett försök av kommissionen att definiera begreppet offentligt

¹⁰ Mål C-244/94, Federation Francaise des Societes d'Assurance m.fl. mot Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, REG 1995 s. I-4013, p. 17.

¹¹ Mål C-343/95, Diego Cali & Figli Srl. mot Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), REG 1997 s. I-1547, p. 22–23. Slutsatsen blev den motsatta då EG-domstolen hade att bedöma om företag engagerade i tullklarering var att anse som företag i konkurrensrättslig mening. EG-domstolens uppfattning var att tullombudens verksamhet var av ekonomisk natur i och med att de tillhandahöll tjänster mot betalning, mål C-35/96, kommissionen mot Italien, REG 1998 s. I-3851, p. 37.

¹² Mål 118/85, kommissionen mot Italien, p. 8, mål C-69/91, Brottmål mot Francine Decoster, REG 1993 s. I-5335, Svensk specialutgåva Tillägg s. 99, p. 15 och mål C-92/91, Brottmål mot Annick Taillandier, REG 1993 s. I-5383, p. 14.

¹³ Se t.ex. Christensen m.fl., 2005, s. 808 och Steinicke, 2002a, s. 43.

¹⁴ Se t.ex. mål 118/85, kommissionen mot Italien, p. 8.

företag gjordes därför genom det s.k. transparensdirektivet,¹⁵ som utfärdades med stöd av den särskilda kompetens som tillerkänns kommissionen i artikel 86.3 EG. Enligt artikel 2 i direktivet är ett företag offentligt då de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt kan utöva ett dominerande inflytande till följd av ägarskap, finansiell medverkan eller gällande regler. Dominerande inflytande anses föreligga när de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt äger majoriteten av företagets tecknade egenkapital, kontrollerar majoriteten av röstetalet för bolagets samtliga aktier eller har rätt att utse fler än hälften av medlemmarna i företagets administrativa eller verkställande ledning eller i dess styrelse.

Kommissionens definition av begreppet offentligt företag som förekom i det av kommissionen utfärdade transparensdirektivet har också godkänts av EG-domstolen såtillvida att definitionen föreskrev när direktivet skulle vara tillämpligt, men EG-domstolen har uttalat att kommissionens definition inte utan vidare kan accepteras som en giltig definition även vid en tillämpning av artikel 86 EG.¹⁶ Likafullt har kommissionens definition av begreppet offentligt företag senare också accepterats av EG-domstolen även i förhållande till fördragets konkurrensregler.¹⁷

Som nämnts är det inte endast offentliga företag som omfattas av bestämmelsen i artikel 86 EG, utan också företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter träffas av regleringen. Företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter utgörs av enheter som bedriver ekonomisk verksamhet och som av det allmänna beviljats sådana rättigheter. Det krävs dock inte att ett företag ska bedrivas i offentlig regi för att det ska omfattas av stadgandet, även privata företag kan beviljas särskilda eller exklusiva rättigheter.¹⁸

EG-domstolen har inte uttryckligen tagit ställningen till vad som avses med en exklusiv rättighet. Enligt doktrinen ska emellertid med en exklusiv rättighet förstås en rättighet att bedriva en viss ekonomisk verksamhet som inte kommer alla företag tillgodo.¹⁹ En exklusiv rättighet innebär således att

¹⁵ Direktiv 80/723 av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag, EGT nr L 195, 29.07.1980, s. 35, vilket har ersatts med direktiv 2006/111/EG av den 16 november 2006 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet, EUT nr L 318, 17.11.2006, s. 17.

¹⁶ Se de förenade målen 188–190/80, Frankrike, Italien och Storbritannien och Nordirland mot kommissionen, REG 1982 s. 2545, Svensk specialutgåva VI s. 457, p. 24.

¹⁷ Se Sierra, 1999, s. 36 f. Se också Steinicke, 2002a, s. 43.

¹⁸ Se t.ex. Jones och Sufirin, 2007, s. 627.

¹⁹ Se t.ex. Sierra, 1999, s. 6 ff. och Iversen m.fl., 2008, s. 478.

en form av rättsligt monopol råder på marknaden. Ett företag som beviljats en exklusiv rättighet kommer därför att inta en särställning på marknaden i och med att andra aktörer därigenom hindras från att konkurrera med det.²⁰ För att en rättighet ska vara exklusiv fordras inte att det rör sig om någon absolut ensamrätt – en exklusiv rättighet kan foljaktligen delas av ett bestämt antal företag.²¹

I det nu gällande transparensdirektivet definieras också begreppet exklusiva rättigheter som

” rättigheter som en medlemsstat beviljar ett företag genom lag eller annan författning eller något administrativt instrument som ger detta företag ensamrätt att tillhandahålla en tjänst eller bedriva en verksamhet inom ett bestämt geografiskt område ”²²

För att en exklusiv rättighet ska anses föreligga torde det därför kravas att ett offentligt organ, oavsett om det är ett statligt eller kommunalt organ,²³ tilldelat företaget någon form av exklusiv rätt genom en myndighetsakt. Denna exklusiva rätt ska bedomas utifrån det geografiska området, eller utifrån typen av verksamhet som omfattas av rättigheten. Om en befintlig reglering oundvikligen leder till att ett visst eller vissa företag får en exklusiv rättighet anses de företagen också blivit beviljade en sådan rätt av medlemsstaten.²⁴

²⁰ Se t ex mål C-163/96, Brottmål mot Silvano Raso m fl, REG 1998 s I-533

²¹ Mål C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) mot Københavns Kommune, REG 2000 s I 3743

²² Artikel 2 i fl direktiv 2006/111/EG av den 16 november 2006 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet, EUT nr L 318, 17 11 2006, s 17

²³ Se t ex mål C 209/98, Entreprenørforeningens Affalds mot Københavns Kommune, som tydligt visar att även exklusiva rättigheter som beviljats av kommunala eller regionala myndigheter kan omfattas av bestämmelsen

²⁴ Då ett bolag genom en nationell foreskrift tillerkänts en exklusiv rätt att ansvara för handläggningen av trafikskadefall då utländska fordon var inblandade har företaget ansetts omfattas av artikel 86 i EG, se mål 90/76, Srl Ufficio Henry van Ameyde mot Srl Ufficio centrale italiano di assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale (UCI), REG 1977 s 1091. En exklusiv rättighet har också ansetts föreligga då ett flygbolag, tillsammans med högst två andra operatörer, givits ensamrätt att trafikera en viss flygrutt, mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Linie Reisebüro GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e V, REG 1989 s 803, Svensk specialutgåva s 9. Både en ensamrätt att återvinna oljeavfall och en ensamrätt att ansvara för driften av en hamn har ansetts utgöra exklusiva rättigheter, mål 172/82, Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graine de soja m fl mot Groupement d'interêt économique 'Inter Huiles' m fl, REG 1983 s 555, respektive mål C 179/90, Mercati Convenzionali Porto di Genova SpA mot Siderurgica Gabrielli SpA, REG 1991 s I 5889, Svensk specialutgåva XI s I 507

Inte heller begreppet sarskild rättighet har definierats av EG-domstolen²⁵ Tidigare rådde en viss förvirring ifråga om begreppet sarskilda rättigheter skulle ges samma innebörd som begreppet exklusiva rättigheter, i och med att fordraget inte ger någon ledning i frågan²⁶ Kommissionens uppfattning var inledningsvis också att begreppen var synonyma med varandra²⁷ Numera gör däremot kommissionen en viss åtskillnad mellan begreppen I transparensdirektivet ges begreppet sarskild rättighet en något vidare tolkning än begreppet exklusiv rättighet Sarskilda rättigheter definierar inte endast som rättigheter vilka medger vissa aktörer rätt till en marknad – även sådana åtgärder som underlättar för vissa aktörer på en öppen marknad och således påverkar konkurrensituationen på den marknaden omfattas av kommissionens definition²⁸

5.2.2 En konkurrensrättslig lojalitetsplikt

Artikel 86 1 EG stadgar att en medlemsstat inte heller beträffande offentliga företag eller företag som de beviljar sarskilda eller exklusiva rättigheter ska vidta åtgärder och inte heller bibehålla åtgärder som strider mot fordragets regler, sarskilt anges konkurrensreglerna i artikel 81–89 EG²⁹ Då fordraget förbjuder konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning får därför inte medlemsstaternas nationella rättsordningar auktorisera, uppmuntra eller kräva att företag som omfattas av artikel 86 1 EG ska bryta mot fordragets konkurrensregler, under förutsättning att undantaget i artikel 86 2 EG inte är för handen³⁰

Genom en tillämpning av artikel 86 1 EG ska medlemsstaterna hindras att dra fördel av deras förhållande till offentliga företag och företag som de beviljar sarskilda eller exklusiva rättigheter till i syfte att kringgå fordragets

²⁵ Se t ex Iversen m fl, 2008, s 478

²⁶ Se Sierra, 1999, s 64

²⁷ Se artikel 1 i tidigare gällande direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster, EGT nr L 192, 24 07 1990 s 10–16, Svensk specialutgåva Område 13 Volym 19 s 221

²⁸ Artikel 2 1 g i direktiv 2006/111/EG av den 16 november 2006 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet, EUT nr L 318, 17 11 2006, s 17–25

²⁹ Begreppet åtgärd ska i samband med artikel 86 EG ges samma innebörd som då begreppet används i samband med artikel 28 EG, se t ex Christensen m fl, 2005, s 805 För en genomgång av stadgandet se t ex Sierra, 1999, s 147–267

³⁰ Se t ex Edwardsson, 2003, s 123 f Beviljande av patent och andra immateriella rättigheter utgör också exempel på åtgärder som inte omfattas av artikel 86 1 EG, se Sierra, 1999, s 70 f

regler.³¹ Stadgandet i artikel 86.1 EG ska också bidra till att medlemsstaterna inte ska kunna "... skada fördragets ändamålsenliga verkan."³² Den generella lojalitetsplikt som stadgas i artikel 10 EG utvidgas dock inte av artikeln, utan artikel 86.1 EG kan istället ses som ett förtydligande av lojalitetsplikten.³³

5.2.3 *Privilegerade företag och undantag från EG:s konkurrensrätt*

I artikel 86.2 EG föreskrivs att huvudregeln är att fördragets konkurrensregler ska tillämpas även på företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol.³⁴ Därefter medges undantag från denna huvudregel i den mån en tillämpning av konkurrensreglerna, rättsligt eller i praktiken, skulle hindra att de särskilda uppgifter som tilldelats företaget ifråga utförs.

Bestämmelsen i artikel 86.2 EG syftar som nämnts till att ge medlemsstaterna verktyg att bedriva en ekonomisk och social politik, främst genom offentliga företag, samtidigt som gemenskapens intresse av en väl fungerande konkurrens ska kunna beaktas.³⁵ I likhet med övriga gemenskapsrättsliga undantag ska även undantaget i artikel 86.2 EG tolkas restriktivt – samtidigt är det den medlemsstat eller det företag som vill göra undantaget gällande som har att bevisa att undantagsbestämmelsen är tillämplig.³⁶

Av bestämmelsen framgår att undantag endast ska beviljas då några andra åtgärder inte står till buds för att uppnå syftet med den konkurrensbegränsande åtgärden – varför Steinicke i sammanhanget talar om ett nödvändig-

³¹ Mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997 s. I-5699, p. 30.

³² Mål 14/68, Walt Wilhelm m.fl. mot Bundeskartellamt, REG 1969 s. 1, Svensk specialutgåva I s. 379, p. 6.

³³ Se t.ex. Wahl, 1994, s. 406.

³⁴ Fiskala monopol behandlas inte inom ramen för denna framställning då det saknar relevans i förhållande till avhandlingens syfte. Det ska däremot nämnas att med fiskala monopol avses monopol på en viss typ av verksamhet med det primära syftet att vara inkomstbringande för det allmänna, se Sierra, 1999, s. 286–288. Ett problem som uppmärksammas i doktrinen är att fiskala monopol namns i fördragstexten samtidigt som sådana sällan eller aldrig kan undantas från tillämpningen av fördragets konkurrensregler i och med att det allmänna normalt kan generera inkomster på mindre konkurrensbegränsande sätt än genom fiskala monopol, exempelvis genom ett ökat uttag av skatter eller avgifter. Fiskala monopol torde således i regel strida mot proportionalitetsprincipen såsom den kommer till uttryck i artikel 86.2 EG, se Steinicke, 2002a, s. 92.

³⁵ Mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen, REG 1991 s. I-1223, p. 12.

³⁶ Se mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, p. 51. Se också Steinicke, 2002a, s. 93 f. och Christensen m.fl., 2005, s. 819.

hetskrav.³⁷ Undantaget kan tillämpas både på själva tilldelningen av en exklusiv rätt och på hur den exklusiva rätten utförs. Då det är mer ingripande i förhållande till medlemsstaterna att förbjuda existensen av en ensamrätt än det är att förbjuda en konkurrensbegränsade utövning av en ensamrätt talar det emellertid för att möjligheten till undantag är större avseende existensen av ensamrätter.³⁸

För att avgöra om undantaget är tillämpligt i en viss situation måste först och främst fastställas om företaget ifråga blivit anförtrott att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Därefter måste avgöras om en tillämpning av konkurrensreglerna skulle hindra företaget från att fullgöra de ålagda uppgifterna. Avslutningsvis måste inte bara utvärderas om den aktuella konkurrensbegränsningen är nödvändig för att tjänsten ska bli utförd, utan man måste också genomföra en värdering som tar sikte på huruvida konkurrensbegränsningen är proportionerlig i förhållande till syftet med åtgärden.

I det följande ska de rekvisit som måste vara uppfyllda för att undantag från konkurrensreglerna ska kunna medges med stöd av artikel 86.2 EG behandlas tämligen summariskt.

5.2.3.1 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Som nämnts är det endast tjänster av allmänt intresse som omfattas av bestämmelsen i artikel 86.2 EG. Någon precis definition av vad som utgör tjänster av allmänt intresse finns emellertid inte.

Tjänster är ett generellt begrepp som förekommer på flera ställen i fördraget. Begreppet definieras i artikel 50 EG som "... prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer." Av artikel 50 EG framgår vidare att med tjänster avses särskilt verksamhet av industriell eller kommersiell natur, samt verksamhet inom hantverk och fria yrken. Till skillnad från tjänstebegreppet residuumdefinition i artikel 50 EG ska begreppet däremot ges en vid tolkning då det används i anslutning till artikel 86.2 EG. Således omfattas alla aktiviteter som har för avsikt att ta tillvara samhällets allmänna ekonomiska intressen och som innefattar ett visst mått av tjänsteutförande av tjänstebegreppet i samband med en tillämpning av artikel 86.2 EG.³⁹

³⁷ Se Steinicke, 2002a, s. 94.

³⁸ Se Steinicke, 2002a, s. 94.

³⁹ Se Steinicke, 2002a, s. 88.

Enligt ordalydelsen i artikel 86 2 EG är det endast allmänna intressen av ekonomisk karaktär som ska beaktas vid tillämpningen. EG-domstolen har likväl givit begreppet en vidare tolkning och inte endast tagit hänsyn till ekonomiska intressen, utan även bland annat sociala intressen har beaktats. De ekonomiska inslagen ska foljaktligen tolkas vidsträckt.⁴⁰ Sierra förordar därför att man istället för att tala om allmänna ekonomiska intressen borde tala om ekonomiska allmänna intressen.⁴¹

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har av kommissionen definierats som tjänster vilka utförs på affärsmässiga grunder men som bedöms ligga i allmänhetens intresse enligt särskilda kriterier och som därför omfattas av särskilda förpliktelser från medlemsstaternas sida.⁴² Avgörande för om ett företag tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är också att det aktuella företaget bedriver verksamhet som skiljer sig från annan ekonomisk verksamhet samtidigt som den aktuella verksamheten inte likväldigt hade kunnat bedrivas tillfredsställande av ett företag som verkar på den öppna marknaden.⁴³

Det ska också observeras att det inte finns någon uttömmande definition av begreppet inom gemenskapsrätten, varför medlemsstaterna givits stor frihet att avgöra vad som ska klassificeras som ett allmänt ekonomiskt intresse. Det är således medlemsstatens allmänna ekonomiska eller sociala intresse som är avgörande för om artikel 86.2 EG ska tillämpas. Detta innebär emellertid inte att medlemsstaterna ensamma är fria att definiera vilken verksamhet som ska omfattas av ett allmänt ekonomiskt intresse, utan begreppet är snarare gemenskapsrättsligt. En reservation i sammanhanget är däremot att begreppet inte kan ges en identisk tolkning i samtliga medlemsstater till följd av skiftande samhällsförhållanden.⁴⁴

Medlemsstaterna har sålunda ett stort handlingsutrymme att avgöra vad som ska anses utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, vilket emellertid inte utesluter att kommissionen ingriper då uppenbara fel vid klassificeringen av sådana tjänster begås av medlemsstaterna.⁴⁵ Kommissionen kan

⁴⁰ Se Sierra, 1999, s. 277 f.

⁴¹ Se Sierra, 1999, s. 278.

⁴² Meddelande från kommissionen, Tjänster i allmänhetens intresse i Europa, EGT nr C 17, 19 01 2001, bilaga II.

⁴³ Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd (Icke-officiellt dokument), Europeiska kommissionen, GD Konkurrens, 12/11/2002, s. 8, p. 21–22.

⁴⁴ Se t.ex. Wahl, 1994, s. 417 f. och Edwardsson, 2003, s. 138.

⁴⁵ Se skal 7 i ingressen till kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86 2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster.

därför i viss mån uttala sig om vilken verksamhet som kan anses utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Av EG-domstolens praxis framgår också att möjligheten för medlemsstaterna att själva avgöra vad som utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte är obegränsad i och med att kommissionen ges en viss, om än inskränkt, behörighet att uttala sig om hur offentlig verksamhet lämpligen ska organiseras.⁴⁶

Som exempel kan nämnas att lastning, lossning, omlastning, lagring och därtill även allmän hantering av varor och alla slags material i en hamn inte ansetts utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, i och med att den aktuella verksamheten inte kännetecknades av speciella särdrag i förhållande till annan ekonomiskt verksamhet.⁴⁷ Däremot ansåg EG-domstolen att lotsning var en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse då lotsarna var skyldiga att tillhandahålla samtliga trafikanter allmän lotstjänst.⁴⁸

En tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse har också ansett föreligga då ett företag anförtrotts att samla in, befordra och dela ut post till samtliga konsumenter, till enhetliga taxor och liknande kvalitetsvillkor inom hela medlemsstatens territorium, utan hänsyn till särskilda förhållanden eller till den skiftande ekonomiska lönsamheten hos varje enskild transaktion.⁴⁹ Däremot utgjorde inte tjänster som tillfredsställde särskilda behov hos näringsidkare, som inte tillgodosågs av den traditionella postverksamheten, tjänster av allmänt ekonomiskt intresse då de kunde skiljas från den traditionella postverksamheten.⁵⁰

som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2005/842/EG), EUT nr L 312, 29.11.2005, s. 67–73 (kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG).

⁴⁶ Se t.ex. mål T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) m.fl.* mot kommissionen, REG 1997 s. II-229, p. 192, där domstolen uttalade att "... då det inte finns några gemenskapsrättsliga föreskrifter på området har kommissionen ... inte behörighet att uttala sig om vare sig organisationen och omfattningen av de offentliga uppdrag som åligger ett offentligt företag eller lämpligheten av de politiska val som de behöriga nationella myndigheterna gör i detta avseende, på villkor att de verksamheter som utförs i den konkurrensutsatta sektorn inte drar fördel av det beviljade stödet i fråga och att det utgivna stödet inte överskrider vad som är nödvändigt för att säkerställa att den särskilda uppgift som det berörda företaget har tilldelats fullgörs."

⁴⁷ Mål C-179/90, *Porto di Genova*, p. 27 och mål C-242/95, *GT-Link A/S mot De Danske Statsbaner (DSB)*, REG 1997 s. I-4449, p. 53.

⁴⁸ Mål C-266/96, *Corsica Ferries France SA mot Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova m.fl.*, REG 1998 s. I-3949, p. 45.

⁴⁹ Mål C-320/91, *Brottmål mot Paul Corbeau*, REG 1993 s. I-2533, *Svensk specialutgåva* s. 77, p. 15.

⁵⁰ Mål C-320/91, *Corbeau*, p. 19.

Som andra exempel på ekonomiska aktiviteter som enligt EG-domstolens praxis varit av ett allmänt ekonomiskt intresse kan nämnas:

- distribution av television,⁵¹
- distribution av telekommunikation,⁵²
- distribution av elektricitet,⁵³ och
- transporttjänster.⁵⁴

Ett allmänt ekonomiskt intresse utgörs således i regel av sådan ekonomisk service som är nödvändig för den stora allmänheten i så stor utsträckning att den berättigar ingripande av det allmänna i syfte att förvissa sig om att en viss service verkligen erbjuds och för att kontrollera under vilka förutsättningar den tillhandahålls.⁵⁵ Tjänster som endast erbjuds vissa speciella företag eller sektorer kan således aldrig utgöra tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse. Åtgärder som syftar till att utjämna regionala skillnader kan dock vara av ett sådant intresse som gör att de omfattas av artikel 86.2 EG, vilket även gäller åtgärder som riktas mot grupper av missgynnade människor.⁵⁶

Begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har endast i begränsad omfattning behandlats i den svenska rättsordningen. Det ska däremot nämnas att den svenska regeringen gentemot kommissionen har argumenterat för att de allmännyttiga bostadsföretagen har tillhandahållit tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.⁵⁷

För att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska kunna undantas från konkurrensreglernas tillämpning i enlighet med artikel 86.2 EG fordras dessutom att den aktuella medlemsstaten anförtrott speciella företag utförandet av de aktuella tjänsterna. Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är således speciella uppdrag som tilldelats vissa företag, vilka syftar till att tillgodose medborgarnas allmänna behov.

⁵¹ Mål 155/73, Giuseppe Sacchi, REG 1974 s. 409, Svensk specialutgåva II s. 269, p. 14.

⁵² Mål C-18/88, Régie des télégraphes et des téléphones mot GB-Inno-BM SA, REG 1991, s. I-5941, p. 16.

⁵³ Mål C-393/92, Commune d'Almelo m.fl. mot NV Energiebedrijf Ijsselmij, REG 1994 s. I-147, Svensk specialutgåva s. I-89, p. 47.

⁵⁴ Mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, p. 55.

⁵⁵ Se Sierra, 1999, s. 277.

⁵⁶ Se Sierra, 1999, s. 279.

⁵⁷ Se Brev från den svenska regeringen till kommissionen, 2002-10-16, EUN2002/2216/NL, ärende CP 115/02 – Allmännyttiga bostadsföretag, s. 9 f. Ifråga om de kommunala bostadsföretagen kan anses tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse se vidare nedan avsnitt 6.4.2.

För att ett företag ska kunna undgå en tillämpning av fördragets konkurrensregler i enlighet med artikel 86.2 EG fordras följaktligen att företaget ifråga formellt anförtrotts att tillhandahålla de ifrågavarande tjänsterna. Således måste ett anförtroende ha skett genom en åtgärd från en offentlig myndighet för att undantaget i artikel 86.2 EG ska kunna aktualiseras.⁵⁸ Det krävs inte att anförtroendet skett genom en rättsakt, utan även administrativa åtgärder och andra former av myndighetsutövning kan få samma rättsverknningar.⁵⁹ Då det föreligger ett privaträttsligt avtal mellan det allmänna och ett företag anses dock inte kravet på anförtroende vara uppfyllt.⁶⁰ Däremot kan administrativa avtal anses uppfylla kravet på anförtroende.⁶¹ Enligt kommissionens dokument Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd, 12/11/2002, ska den officiella handlingen som ligger till grund för anförtroendet ange:

- förpliktelseernas natur i samband med den offentliga tjänsten,
- de berörda företagen och det berörda området,
- ansvaret för att fastställa företagets försäljningspris och villkoren för att revidera dessa priser,
- de exklusiva eller speciella rättigheternas natur som eventuellt beviljats företagen.
- Det eventuella beloppet på kompensationen som beviljats företagen och de eventuella villkoren för revidering, samt
- förpliktelseernas tillämpningstid, som normalt inte ska överskrida fem år.⁶²

⁵⁸ Mål 127/73, Belgische Radio en Televisie mot SV SABAM och NV Fonior, REG 1974 s. 313, Svensk specialutgåva s. 249, p. 20.

⁵⁹ Se Steinicke, 2002a, s. 93.

⁶⁰ Mål C-393/92, Commune d'Almelo, p. 31.

⁶¹ Se t.ex. Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd (Icke-officiellt dokument), Europeiska kommissionen, GD Konkurrens, 12/11/2002, s. 17, p. 63 och artikel 4 i kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG.

⁶² Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd (Icke-officiellt dokument), Europeiska kommissionen, GD Konkurrens, 12/11/2002, s. 17, p. 63–65. Jfr Forslag till Europaparlamentets och rådets förordning om medlemsstaternas åtgärder i fråga om krav på allmänna tjänster och slutande av avtal om allmänna tjänster avseende persontransporter på järnväg, väg och inre vattenvägar, KOM(2000) 7 slutlig, EGT nr C 365E, 19.12.2000, s. 169–178, i vilket det foreslogs att förpliktelseernas tillämpningstid inte skulle överstiga fem år. Forslaget andrades däremot på den punkten under det fortsatta lagstiftningsarbetet varför resultatet blev att de aktuella kontrakten som huvudregel inte skulle tillåtas löpa längre än

Sammantaget kan sägas att begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse täcker in en mängd olika hänsyn som är av generellt samhällsintresse. Kännetecknande för sådana tjänster är också att det föreligger en skyldighet att täcka samhällsviktiga behov såsom postservice, elförsörjning och behovet av vattenförsörjning. Dessutom föreligger det i regel också en skyldighet att erbjuda samtliga medborgare samma service på likvärdiga villkor. För att det ska föreligga en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse fordras också att tjänsten skiljer sig från annan ekonomiskt verksamhet på så sätt att den inte hade kunnat tillvaratas på acceptabla villkor på den öppna marknaden.

5.2.3.2 Konkurrensreglerna ska hindra fullgörandet av uppgifterna

För att en åtgärd ska kunna undantas från tillämpningen av konkurrensreglerna med stöd av artikel 86.2 EG fordras som nämnts att konkurrensreglerna rättsligt eller i praktiken hindrar företaget ifråga att fullgöra de uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse som ålagts dem. Även om en språklig analys av bestämmelsen indikerar att undantaget endast kan aktualiseras när fördragets regler omöjliggör för ett företag att fullgöra de aktuella uppgifterna har EG-domstolen inte givit bestämmelsen en så strikt tolkning.⁶³ EG-domstolen har medgivit undantag från fördragets regler även då det inte varit omöjligt att utföra de aktuella uppgifterna.⁶⁴ Av EG-domstolens praxis framgår att undantag från fördragets konkurrensregler kan beviljas då ett konkurrensbegränsande förfaranden är:⁶⁵

- nödvändigt för att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska kunna utföras, och
- då en sådan lösning kan ske på ekonomiskt acceptabla villkor, samtidigt som
- det aktuella företaget har möjlighet att utjämna ekonomiska skillnader mellan lönsam och olönsam verksamhet,

15 respektive 10 år beroende på transportslag, se artikel 4.3 i förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70, EUT nr L 315, 03.12.2007, s. 1–13.

⁶³ Se Steinicke, 2002a, s. 94.

⁶⁴ Se Edwardsson, 2003, s. 140.

⁶⁵ Se Steinicke, 2002a, s. 94 f.

- konkurrensbegränsningen innebär att s.k. *cherry-picking*⁶⁶ förhindras, eller där
- konkurrensbegränsningarna är nödvändiga för att kunna följa nationell lagstiftning.

EG-domstolen konstaterade i mål C-320/91, Corbeau, att det avgörande förhållandet om ett företag hindras från att fullgöra sina åligganden – i det aktuella ärendet rörde det sig om befordran av post – är företagets ekonomiska situation.⁶⁷ I målet uttalade EG-domstolen att en prövning i vilken mån en begränsning av konkurrensen är nödvändig för att göra det möjligt för innehavaren av en exklusiv rättighet att fullgöra sina uppgifter av allmänt intresse och i synnerhet att åtnjuta ekonomiskt godtagbara villkor måste göras. Vid en sådan bedömning ska hänsyn tas till att den som anförtrotts dessa uppgifter måste ges möjlighet till en utjämning mellan lönsamma och mindre lönsamma verksamhetsområden, vilket därför kan motivera en begränsning av konkurrensen från privata företags sida på de ekonomiskt lönsamma områdena.⁶⁸

Av mål C-320/91, Corbeau, framgår också att artikel 86.2 EG inte tillåter en medlemsstat att upprätthålla lagstiftning som skyddar företag som beviljats exklusiva rättigheter från konkurrens ifråga om att erbjuda avskiljbara särskilda tjänster som tillgodoser speciella behov hos näringsidkare och som kräver vissa tilläggsprestationer som det privilegierade företaget inte erbjuder. Ovanstående gäller däremot endast under förutsättning att de särskilda tjänsterna inte äventyrar den ekonomiska jämvikten hos den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som innehavaren av den exklusiva rättigheten har åtagit sig.⁶⁹

Följaktligen kan ett privilegierat företag ges möjlighet att balansera den förlust företaget ifråga ådrar sig vid utförandet av den tjänst av allmänt intresse som anförtrotts det. En sådan utjämning kan ske både genom att det allmänna tillför medel, att företaget kompenseras av det offentliga på

⁶⁶ Med *cherry-picking* avses det faktum att medan ett privilegierat företag ägnar sig åt olönsam verksamhet kan en konkurrent koncentrera sin verksamhet till lönsamma områden. Därigenom inskränks möjligheterna för det privilegierade företaget att balansera kostnaderna mellan lönsam och olönsam verksamhet i och med att de konkurrerande företagen inte behöver subventionera någon olönsam verksamhet och således kan hålla lägre priser än det privilegierade företaget.

⁶⁷ Mål C-320/91, Corbeau, p. 16.

⁶⁸ Mål C-320/91, Corbeau, p. 16–17.

⁶⁹ Mål C-320/91, Corbeau, p. 19.

annat sätt eller genom att företaget själv täcker förlusten genom att det ges möjlighet att agera på en angränsande marknad som är kommersiellt attraktiv.

EG-domstolen har också tagit ställning till i vilken utsträckning ett företag som anförtrotts en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse kan kompensera förluster inom det området med hjälp av intäkter från andra kommersiella områden. Ett privilegierat företag kan således balansera intäkterna av flera olika verksamheter i en sådan utsträckning att företaget kan generera en viss vinst. I mål C-340/99, TNT Traco, uttalade EG-domstolen att det följer:

”... av domstolens praxis att det inte är nödvändigt att den ekonomiska jämvikten eller den fortsatta verksamheten i ett företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse hotas för att villkoren för att tillämpa artikel [86.2] i fördraget skall vara uppfyllda. Det är tillräckligt att företaget, om de omtvistade rättigheterna inte beviljas, hindras från att fullgöra de särskilda uppgifter som det har tilldelats, såsom dessa preciseras genom de skyldigheter och krav som åvilar företaget, eller att dessa rättigheter måste vidmakthållas för att rättighetshavaren under ekonomiskt godtagbara villkor skall kunna fullgöra de uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse som denne har tilldelats”.⁷⁰

EG-domstolen slog sedan fast att det därför kan:

”... visa sig vara nödvändigt inte bara att föreskriva om en möjlighet till kompensation mellan de lönsamma och de mindre lönsamma sektorer som omfattas av det uppdrag av allmänintresse som tillhandahållandet av den samhällsomfattande tjänsten utgör ... utan även att föreskriva en skyldighet för den som tillhandahåller posttjänster som inte är samhällsomfattande att genom betalning av en postavgift av samma art som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen bidra till finansieringen av den samhällsomfattande tjänsten och att sålunda göra det möjligt för den som anförtrotts det nämnda uppdraget av allmänintresse att utföra detta uppdrag under ekonomiskt balanserade förhållanden.”⁷¹

Domstolen noterade emellertid att undantaget i artikel 86.2 EG ska tolkas restriktivt. Följaktligen var det inte tillåtet att ta ut avgifter från andra näringsidkare som översteg vad som var nödvändigt för att kompensera det företag som anförtrotts att tillhandahålla den aktuella tjänsten av allmänt

⁷⁰ Mål C-340/99, TNT Traco SpA mot Poste Italiane SpA m.fl., REG 2001 s. I-4109, p. 54.

⁷¹ Mål C-340/99, TNT Traco, p. 55.

intresse för eventuella förluster som driften av den aktuella tjänsten förorsakat företaget.⁷²

Ett argument för att medge undantag från tillämpningen av fördragets konkurrensregler i enlighet med artikel 86.2 EG har varit att den ifrågasatta åtgärden syftat till att undvika *cherry-picking*. EG-domstolen har därför uttalat att vissa lönsamma områden kan reserveras för privilegierade företag då det föreligger risk för att konkurrenter annars inriktar sin verksamhet på den lönsamma marknaden samtidigt som denna del av verksamheten är tänkt att korssubventionera den olönsamma delen av den verksamhet det privilegierade företaget ska ombesörja.⁷³ Ett privilegierat företag får likväl inte engagera sig på en marknad utan anknytning till det område inom vilket företaget är anförtrött att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Privilegierade företag får därför troligtvis inte engagera sig kommersiellt på områden som inte är potentiellt konkurrerande med den privilegierade verksamheten.⁷⁴ En sådan begränsning kan fungera som ett skydd mot att en ensamrätt utvidgas till att också omfatta marknader där det redan råder fungerande konkurrens. Om det inte finns möjlighet för ett privilegierat företag att bedriva vinstdrivande verksamhet på en till den privilegierade verksamheten ansluten marknad torde det emellertid accepteras att det privilegierade företaget engagerar sig även på andra marknader.⁷⁵

Sammanfattningsvis kan sägas att ekonomisk utjämning kan genomföras med hjälp av att intäkter från kommersiellt gångbar verksamhet subventionerar verksamhet av allmänt ekonomiskt intresse. Dessutom kan privilegierade företags ökade kostnader täckas genom att andra företag verksamma på en anslutande marknad erlägger en avgift till det privilegierade företaget om det är nödvändigt för att det företaget ska kunna tillhandahålla tjänster av allmänt intresse under ekonomiskt gångbara villkor.⁷⁶ Därutöver kan ekonomisk utjämning ske genom att det allmänna stödjer verksamheten.⁷⁷

Då utförandet av en viss tjänst är förbehållet ett privilegierat företag, men då det privilegierade företaget inte kan möta marknadens efterfrågan följer

⁷² Mål C-340/99, TNT Traco, p. 56–57.

⁷³ Mål C-320/91, Corbeau, p. 17–18.

⁷⁴ Se t ex. mål C-475/99, Firma Ambulanz Glockner mot Landkreis Sudwestpfalz, REG 2001 s. I-8089, p. 59–60 samt Steinicke, 2002a, s. 100.

⁷⁵ Se Steinicke, 2002a, s. 100.

⁷⁶ Se bl.a. mål C-340/99, TNT Traco, p. 63.

⁷⁷ För att kompensering för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte ska anses utgöra ett sådant stöd som omfattas av 87.1 EG fordras däremot att några särskilda krav är uppfyllda, se nedan avsnitt 5.3.2.1.

av den s.k efterfrågedoktrinen att det privilegierade företaget inte kan undantas från konkurrensreglernas tillämpning⁷⁸ Då en sådan situation uppkommer innebär det att bestämmelsen i artikel 86.1 EG övertrads. Efterfrågedoktrinen förhållande till undantagsbestämmelsen i artikel 86.2 EG är dock inte helt oproblematiskt i och med att det följer av efterfrågedoktrinen att ett privilegierat företag inte kan åtnjuta ensamrätt på en marknad om efterfrågan inte kan tackas – samtidigt som artikel 86.2 EG innebär att sådan verksamhet kan undantas från fördragets regler om det krävs för att det privilegierade företaget ska kunna verka under ekonomiskt balanserade förhållanden.⁷⁹

Efterfrågedoktrinen slogs fast i mål C-41/90, Hofner, men frångicks senare av EG-domstolen genom avgorandet i mål C-67/96, Albany, så tillvida att ett privilegierat företag tillåts inneha en ensamrätt även då företaget inte kunde tillgodose marknadens efterfrågan.⁸⁰ Avsteget från tidigare praxis motiverades i målet med att:

”Om man skulle avskaffa ensamrätten för den fond som förvaltar det kompletterande pensionssystemet för alla arbetstagare i en viss bransch, skulle arbetsgivare med ung och frisk personal som bedriver ofarlig verksamhet forsöka att skaffa sig fördelaktigare försäkringsvillkor hos en privat försäkringsgivare Att ’lågrisker’ i allt högre grad försvinner medför en ökande andel ’hogrisker’ i tjänstepensionsfonden, vilket medför ökade kostnader för arbetstagarnas pensioner, och i synnerhet för arbetstagare i små och medelstora företag med äldre personal som bedriver farlig verksamhet Fonden kan då inte längre tillhandahålla dessa företags pensioner till en rimlig kostnad ”⁸¹

5.2.3.3 Nodvandighet och proportionalitet

Utöver kravet på att det ska vara omöjligt att på godtagbara villkor tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse för att undantag från konkurrensreglerna ska medges med stöd av artikel 86.2 EG fördras dessutom att ytterligare krav är uppfyllda Dels måste en konkurrensbegränsning vara nödvändig, dels måste begränsningen stå i rimlig proportion till ändamålet bakom åtgärden.

⁷⁸ Mål C-41/90, Hofner, p 34

⁷⁹ Jfr Steinicke, 2002a, s 104 ff

⁸⁰ Förhållandet mellan efterfrågedoktrinen och ekonomisk utjamning är dock inte helt oproblematiskt, se Steinicke, 2002a, s 104–108

⁸¹ Mål C-67/96, Albany, p 108

I mål C-320/91, Corbeau, kom EG-domstolen till slutsatsen att ett företag som anfortrotts att tillhandahålla tjänster av ekonomiskt allmänintresse kunde undantas från konkurrensreglernas tillämpning i den mån det var nödvändigt att begränsa eller undanroja konkurrensen för att kunna säkerställa att de särskilda uppgifter som tilldelats det privilegierade företaget skulle kunna fullgöras.⁸² I mål C-393/92, Almelo, preciserades tillämpning av nödvändighetsrekvisitet såtillvida att inte endast de ekonomiska villkoren skulle beaktas, utan att man även skulle ta hänsyn till den effekten gällande lagstiftning hade på verksamheten.⁸³

Rättslaget preciserades ytterligare avseende hur nödvändighetsbedomningen skulle göras i de s k. el- och gasmonopol-målen.⁸⁴ I mål C-157/94 konstaterade EG-domstolen att syftet med möjligheterna till undantag från fördragets konkurrensregler enligt artikel 86.2 EG var att förena medlemsstaternas intresse av att föra en viss ekonomisk eller social politik med gemenskapens intresse av att konkurrensreglerna iakttas.⁸⁵ EG-domstolen anförde vidare att:

”Med hänsyn till medlemsstaternas på detta sätt definierade intresse, kan de inte förbjudas att, vid definitionen av de tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som anförtros vissa företag, beakta mål i sin nationella politik och att försöka förverkliga dem genom att foreskriva skyldigheter och krav för dessa företag.”⁸⁶

Vilket förhållande som måste finnas mellan lagstiftning och den aktuella ensamrätten för att den senare ska kunna undantas från konkurrensreglernas tillämpning framgår inte av praxis. Således skulle även regleringar som inte direkt rör en viss ensamrätt, utan endast indirekt påverkar tillhandahållandet av tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse, kunna leda till att undantag enligt artikel 86.2 EG medges. Det torde emellertid endast under speciella omständigheter kunna accepteras att generella regler som ska tillämpas även på andra företag än det privilegierade får till följd att undantag kan beviljas.⁸⁷ Vad gäller arten av lagstiftning som påverkar det privilegierade företaget

⁸² Mål C-320/91, Corbeau, p 14

⁸³ Mål C 393/92, Commune d'Almelo, p 49

⁸⁴ Mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997 s I-5789 och mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997 s I-5815

⁸⁵ Mål C 157/94, kommissionen mot Nederländerna, p 39

⁸⁶ Mål C 157/94, kommissionen mot Nederländerna, p 40

⁸⁷ Jfr Steinicke, 2002a, s 109

get måste den inte vara av en viss karaktär – det är således inte avgörande om det är miljölagstiftning eller någon annan typ av lagstiftning som gör att det är nödvändigt att undanta ett företags agerande från konkurrensregler-
nas tillämpning.⁸⁸

Nödvändighetskravet påverkar inte endast vilka förhållanden som kan legitimera undantag från konkurrensreglernas tillämpning, utan det måste även beaktas i samband med proportionalitetsprincipens tillämpning. Proportionalitetsprincipen består nämligen vid tillämpningen av artikel 86.2 EG enligt Steinicke av tre komponenter – en nödvändighetsbedömning, en lämplighetsbedömning och själva proportionalitetsbedömningen.⁸⁹ Nödvändighetskravet utgör således en del av proportionalitetsprincipen. Det faktum att nödvändighetskravet är uppfyllt innebär för den skull inte att även kravet på proportionalitet är tillfredsställt. Om däremot kravet på proportionalitet är uppfyllt får det till följd att även nödvändighetskravet är infriat.

Nödvändighetskravet anses vara uppfyllt då syftena med ett visst agerande inte kan åstadkommas genom en mindre ingripande åtgärd, medan lämplighetskravet tar sikte på att en viss åtgärd verkligen kan förväntas medföra att det aktuella syftet uppfylls. Proportionalitetsbedömningen innebär sedan en balansering av konkurrensbegränsningen i förhållande till syftena, vilket fordrar en detaljerad ekonomisk analys.⁹⁰

Även om proportionalitetsprincipen genomsyrar hela artikel 86.2 EG torde den tydligast framgå av styckets sista mening: ”Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.” Stadgandet utgör ett undantag från undantaget och innebär att artikel 86.2 EG inte kan användas som verktyg för att ett företags agerande ska kunna undantas från fördragets regler om den aktuella åtgärden orsakar en sådan påverkan på handeln som strider mot gemenskapens intresse. Det är likafullt inte oproblematiskt att fastställa vilka gemenskapens intressen är – men dessa får i sammanhanget troligtvis ses som en motvikt till medlemsstatens intresse. Gemenskapens intresse torde därför vara skyddet av marknadens funktion, i och med att medlemsstatens intresse är att inte tillämpa konkurrensreglerna.⁹¹

⁸⁸ Se t.ex. Steinicke, 2002a, s. 109.

⁸⁹ Se Steinicke, 2002a, s. 109 f.

⁹⁰ De förenade målen T-528, 542, 543 och 546/93, *Metropole télévision SA m.fl. mot kommissionen*, REG 1996 s. II-649, p. 120.

⁹¹ Se Steinicke, 2002a, s. 112 f.

Företag kan emellertid inte endast vara privilegierade i den meningen att de beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter eller att de ålagts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, utan de kan också vara privilegierade på så sätt att de gynnas av olika typer av offentliga stöd. Av den anledningen innehåller gemenskapsrätten även bestämmelser som reglerar medlemsstaternas möjligheter att på olika sätt stödja näringslivet.

5.3 Offentliga stöd och EG-rätten

Då syftet med fri konkurrens är att de företag som är mest lämpade att utföra en viss tjänst eller att tillhandahålla en viss produkt ska göra det måste mindre produktiva företag låtas gå i konkurs eller på annat sätt lämna marknaden. Om olika former av offentliga stöd utgår till företag som annars skulle vara tvungna att lämna marknaden hindras en sådan utveckling, vilket i förlängningen även motverkar skapandet av en gemensam marknad. De centrala konkurrensrättsliga bestämmelserna inom gemenskapsrätten, artikel 81 och 82 EG, kompletteras därför av reglerna om statligt stöd i artikel 87–89 EG.⁹²

De statsstödsrättsliga utgångspunkterna är att medlemsstaterna inte ska lämna stöd till företag och att eventuella stödåtgärder som en medlemsstat likväl avser att vidta ska anmälas till kommissionen innan de verkställs så att den kan genomföra en bedömning om åtgärderna är förenliga med EG:s statsstödsregler eller inte.⁹³ Följaktligen inbegriper gemenskapsrätten inte endast ett förbud mot statliga stöd, utan också både en anmälningsskyldighet och ett s.k. *stand still*-krav.

Den centralistiska utformningen av reglerna beror på att de nationella myndigheterna och domstolarna kan misstänkas vara partiska då de ska ta ställning till den egna statens agerande. En ordning där endast nationella myndigheter övervakar sin egen stödgivning har därför ansetts vara olämplig.⁹⁴ Under senare tid har emellertid ett visst arbete för att modernisera regelverket även kring statliga stöd företagits.⁹⁵

Artikel 87.1 EG, vilken är den grundläggande bestämmelsen på området, är strängt taget inte utformad som ett förbud – men den har kommit att tolkas som ett sådant i och med att rättsverkningarna av ett stöd som inte är

⁹² Jfr D'sa, 1998, s. 1. Se också Hancher m.fl., 2006, s. 19–22.

⁹³ Jfr Quigley och Collins, 2003, s. 1.

⁹⁴ Se D'sa, 1998, s. 19.

⁹⁵ Se kommissionens dokument, Handlingsplan för statligt stöd – mindre men bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009, KOM(2005) 107 slutlig.

förenligt med den gemensamma marknaden är att beslutet att utge stödet upphävs eller ändras och att redan utbetalt stöd kan tvingas betalas tillbaka.⁹⁶ Förbudet i artikel 87.1 EG är emellertid inte absolut – exempelvis kan kommissionen med stöd av artikel 87.2 och 87.3 EG under vissa särskilt angivna premisser godkänna ett statligt stöd trots att den aktuella åtgärden uppfyller de grundläggande kriterierna för att vara otillåten enligt artikel 87.1 EG. Enligt artikel 88.2 EG har också Rådet givits kompetens att i vissa fall besluta att en konkret stödåtgärd ska anses vara förenlig med den gemensamma marknaden. Likaså kan en tillämpning av artikel 86.2 EG komma att medföra att en åtgärd som normalt träffas av artikel 87.1 EG kan undantas från förbudet.

I det följande ska de kriterier som måste vara uppfyllda för att en åtgärd ska omfattas av förbudet i artikel 87.1 EG och de för framställningen relevanta undantagen från det statsstödsrättsliga förbudet presenteras. Dessutom ska vad som kan betecknas som den statsstödsrättsliga proceduren såväl som rättverkningarna av olagliga stöd beskrivas i avsnitt 5.3.3 respektive avsnitt 5.3.4.

5.3.1 *Förbudet mot statsstöd*

Artikel 87.1 EG föreskriver att stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, är oförenliga med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna, under förutsättning att annat inte stadgas av fördraget.

För att förbudet mot statligt stöd ska aktualiseras fordras således att fem rekvisit är uppfyllda;

- det ska förekomma ett stöd,
- stödet ska ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel,
- stödet ska gynna vissa företag eller viss produktion och,
- stödet ska snedvrیدا eller hota att snedvrیدا konkurrensen, samtidigt som
- stödet måste påverka handeln mellan medlemsstater.

⁹⁶ Se t.ex. Wegener Jessen, 2003, s. 41 f. Formuleringen i artikel 87 EG om att ett stöd kan vara oförenligt med den gemensamma marknaden, istället för förbudet, har också föreslagits spegla områdets politiska natur, dvs. att politiska hänsyn torde väga tyngre på statsstödsområdet än vad som är fallet vid tillämpningen av de centrala konkurrensrättsliga bestämmelserna, se D'Sa, 1998, s. 9 f.

De första tre rekvisiten är avgörande för om det föreligger ett statligt stöd, medan de två senare rekvisiten avgör om ett konkret stöd är oförenligt med den gemensamma marknaden och således som utgångspunkt förbjudet.

5.3.1.1 Statliga stöd

Någon uttömmande definition av begreppet stöd finns inte, men både EG-domstolen och kommissionen har vid ett flertal tillfällen varit tvungna att precisera innebörden av begreppet.⁹⁷ EG-domstolen uttalade i mål 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen*, att begreppet stöd ska förstås som bredare än begreppet subvention:

”... eftersom det omfattar inte enbart konkreta förmåner som själva subventionerna utan även ingripanden som på olika sätt minskar de kostnader som normalt belastar företagets budget och som därigenom, utan att det är fråga om subventioner i strikt bemärkelse, är av samma karaktär och har identiskt lika effekter.”⁹⁸

I mål 61/79, *Denkavit*, definierade domstolen begreppet stöd som varje åtgärd:

”... varigenom medlemsstaterna för att genomföra sina egna ekonomiska och sociala mål genom ensidiga och självständiga beslut ger företag eller andra rättssubjekt tillgång till medel eller fördelar som skall främja förverkligandet av de eftersträvade ekonomiska eller sociala målen.”⁹⁹

Enligt den breda definitionen av stödbegreppet kan således även andra åtgärder än rena subventioner träffas av förbudet i artikel 87.1 EG, såsom skattelättnader,¹⁰⁰ särskilda avskrivningsregler, räntefria lån och försäljning av varor eller förvärv av egendom på särskilt gynnsamma villkor.¹⁰¹ Ytterligare en åtgärd som kan konstituera ett stöd är ett offentligt engagemang i

⁹⁷ Hur begreppet stöd ska definieras behandlas i t.ex. Quigley, 1988, s. 242–256, Slotboom, 1995, s. 289–301, Plender, 2003, s. 1–39 och Hancher m.fl., 2006, s. 32–52.

⁹⁸ Mål 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot Europeiska kol- och stålgemenskapens höga myndighet*, Svensk specialutgåva s. 69.

⁹⁹ Mål 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato mot Denkavit italiana Srl.*, REG 1980 s. 1205, Svensk specialutgåva s. 149, p. 31.

¹⁰⁰ Beträffande svenska förhållanden kan kommissionens beslut 30.06.2004, C(2004)2200fin nämnas. Kommissionen underkände i beslutet den svenska nollskattesats som gällde på energi för tillverkningsindustrin.

¹⁰¹ Som ett för svensk vidkommande intressant exempel kan nämnas det ärende där Åre kommun överlätit en kommunal fastighet till ett företag på villkor som inte vara marknadsmissiga, se kommissionens beslut 30.01.2008, C (2008) 311 slutlig. Frågan har prövats av länsrätten i Jämtlands län vilken konstaterade att den aktuella försäljningen var laglig i enlighet

form av aktieäggande i ett företag.¹⁰² Förbudet mot statliga stöd omfattar således även stöd till offentliga företag om de inte lämnas på marknadsmässiga villkor.¹⁰³ Med stöd avses därför alla statliga åtgärder som lättar de ekonomiska bördor som normalt belastar verksamheten för företaget ifråga oavsett form.

Det faktum att ett företag tillåts utnyttja handlingar som producerats av det allmänna på villkor som inte är marknadsmässiga och som inte tillhandahålls andra företag på samma villkor torde också kunna utgöra en form av statligt stöd och därmed träffas av förbudet i artikel 87.1 EG om övriga rekvisit är uppfyllda. Enligt direktiv 2003/98/EG är medlemsstaterna dessutom skyldiga att tillse att alla villkor för vidareutnyttjande av sådana handlingar är icke-diskriminerande.¹⁰⁴ Om offentliga handlingar nyttjas av en offentlig myndighet som utgångsmaterial för dess kommersiella verksamhet, som inte ryms inom myndighetens offentliga verksamhet, ska också samma avgifter och andra villkor för tillhandahållande av handlingarna tillämpas för den verksamheten som för andra användare.

Då ett statligt stöd som huvudregel ska bedömas på grundval av dess effekt och inte dess syfte,¹⁰⁵ utgör det faktum att det offentliga väljer att tillskjuta kapital eller dylikt till ett offentligt företag inget hinder för att till-

med kommunallagen och EG:s statsstodsregler, Lansrättens i Jämtlands lan dom 2006-05-24, mål nr 791-05. Kammarrätten upphävde emellertid med hänvisning till kommissionens beslut lansrättens dom, Kammarrättens i Sundsvall dom 2008-04-09, mål nr 1715-06.

¹⁰² Se t.ex. mål 323/82, SA Intermills mot kommissionen, REG 1984 s. I-3809, Svensk specialutgåva s. 685, p. 27. Stadgandet i artikel 295 EG om att fordragets regler inte ska ingripa i medlemsstaternas egendomsordningar kan foljaktligen inte tas som intakt för att medlemsstaternas engagemang i företag, oavsett om det är helägda offentliga bolag, kan ske utan inskränkningar.

¹⁰³ Jfr de forenade målen C-278/92, C-279/92 och C-280/92, Spanien mot kommissionen, REG s. I-4103, p. 28. Stödåtgärder i form av statligt engagemang i företag behandlas i t.ex. Hellingman, 1986, s. 111–133. Jfr med avsnitt 2.2 angående den kommunala kompetensen vad gäller kommunalt näringslivsengagemang.

¹⁰⁴ Artikel 10 i direktiv 2003/98/EG av den 17 november 2003 om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn, EUT nr L 345, 31.12.2003, s. 90–96.

¹⁰⁵ Det är endast mottagarens konkurrensvillkor som är av betydelse vid avgorandet om ett stöd foreligger eller inte, se mål 173/73, Italien mot kommissionen, p. 27. Syftet med en åtgärd kan emellertid i vissa situationer påverka bedomningen om ett stöd foreligger, se Plender, 2003, s. 8. Likaså kan syftet med en viss åtgärd vara av betydelse vid avgorandet om åtgärden ska beviljas undantag från det generella förbudet mot statsstöd. Vid en vardering om en åtgärd ska anses vara forenlig med den gemensamma marknaden görs en avvägning om stödåtgärdens negativa inverknings på konkurrensen kan uppvägas av hansynen till genomförandet av gemenskapens övriga målsättningar. Genom den valda lösningen – att dela upp bedomningen i två led – kan inte en medlemsstat forsöka undkomma förbudet mot statsstöd

lampa artikel 87 1 EG. Darav foljer att det i varje enskilt fall måste fastställas om det offentliga engagemang kannetecknas av ett kommersiellt intresse eller om åtgärden motiveras av ett offentligt intresse och i sådana fall bör anses som en typ av statligt ingrepp i form av offentlig maktutövning.¹⁰⁶

För att skilja de två kategorierna av åtgärder från varandra har kommissionen och EG-domstolen tillämpat kriteriet om en privat investerares betende på en konkurrensutsatt marknad. Darför har också EG-domstolen definierat begreppet stod som sådana åtgärder som leder till att ett företag får en ekonomisk fordel vilken det inte hade erhållit under normala marknadsmässiga förhållanden, vilket är ett uttryck för den s.k. marknadsekonomiska investeringsprincipen.¹⁰⁷ Principen bygger på EG-domstolens dom i mål 234/84, Belgien mot kommissionen.¹⁰⁸ Karnan i principen är att statliga investerare ska agera under samma villkor som privata investerare när de beviljar lån eller på annat sätt fördelar kapital till både offentliga och privata företag. I domen uttalade EG-domstolen att ett privat företag trots tillfälliga ekonomiska problem kan överleva och i framtiden bli lönsamt. Ett moderbolag kan därför under en begränsad tidsperiod ersätta ett dotterbolags förluster så att det senare kan avveckla den förlustbringande verksamheten under de mest gynnsamma förhållandena. Sådana beslut behöver inte endast grunda sig på ekonomiska argument utan kan även motiveras med att moderbolaget exempelvis vill skapa goodwill kring koncernen.¹⁰⁹

Under förutsättning att det i ett enskilt fall framgår att en privat investerare inte hade handlat på samma sätt som en offentlig aktör ska den aktuella åtgärden bedomas i förhållande till förbudet i artikel 87.1 EG.¹¹⁰ EG-domstolen har dock preciserat att till skillnad från många privata investerare är inte medlemsstaterna lika måna om en omedelbar avkastning på det insatta

genom att hänvisa till andra beaktansvärda mål, såsom kampen mot arbetslöshet eller miljöforeningar, för att undandra den aktuella åtgärden från kommissionens prövning, jfr von Quitzow, 2002, s 155

¹⁰⁶ Se t ex Wegener Jessen, 2003, s 208

¹⁰⁷ Se t ex mål 234/84, Belgien mot kommissionen, REG 1986 s 2321, p 13, mål 40/85, Belgien mot kommissionen, REG 1986 s 2321, p 13 och mål C-39/94, Syndicat français de l'Express international (SFEI) m fl mot La Poste m fl, REG 1996 s I 3547, p 60

¹⁰⁸ Mål 234/84, Belgien mot kommissionen, p 13

¹⁰⁹ Mål C-303/88, Italien mot kommissionen, REG 1991 s I-1433, Svensk specialutgåva s I-115, p 21

¹¹⁰ I mål T 296/97, Alitalia – Linee aeree italiane SpA mot kommissionen, REG 2000 s II-3871, p 96, uttalade också förstainstansrätten att den privata och offentliga sektorn som utgångspunkt ska behandlas lika, varför tillskjutande av kapital till ett företag på villkor som inte är marknadsmässiga kan utgöra ett olagligt stod. Se också Hellingman, 1986, s 131 f

kapitalet, varför medlemsstaternas uppträdande inte direkt kan jämföras med hur många privata investerare skulle ha agerat under motsvarande förhållanden. Foljaktligen behöver nödvändigtvis inte offentliga investerare eftersträva omedelbar avkastning för att dess engagemang inte ska omfattas av stodbegreppet. Därför kan offentliga åtgärder som i ett längre perspektiv syftar till att ge utdelning accepteras även med hänvisning till den marknadsekonomiska investeringsprincipen.¹¹¹ Av principen framgår emellertid att statliga åtgärder som inte syftar till att generera vinst, även på lång sikt, ska bedömas i förhållande till statsstodsreglerna i och med att en normal privat investerare inte skulle ha vidtagit de aktuella åtgärderna under motsvarande premisser.

Om en offentlig aktör redan är aktieägare i ett företag kan nya investeringar behövas för att säkra företagets fortlevnad. Kapitaltillskott i en sådan situation kan anses vara förenliga med den marknadsekonomiska investeringsprincipen i större utsträckning än nyinvesteringar i ett motsvarande företag.¹¹²

Det faktum att det företag som direkt eller indirekt tar emot en ekonomisk fördel erlagger en motprestation behöver inte alltid leda till att den statliga åtgärden inte utgör ett stöd i fördragets bemärkelse. Om inte mottagarens vederlag motsvarar den ekonomiska fördelen utgör därför den statliga åtgärden ett stöd, i och med att åtgärden till sin karaktär även då är ensidig. Så torde vara fallet om stödmottagarens vederlag avviker från normala marknadsvillkor.

Stödåtgärder karakteriseras foljaktligen av att mottagaren kan utnyttja en ensidig ekonomisk fördel som inte kommer andra tillgodo. En sådan ekonomisk fördel kan vara för handen oavsett om staten drabbas av motsvarande förlust.¹¹³ Likaså är det inte avgörande om situationen för den som förmodas

¹¹¹ Se *text* mål C-305/89, Italien mot kommissionen, REG 1991 s. I-1603, p. 20. Se också kommissionens riktlinjer, Tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EEG-fördraget på offentliga myndigheters delagande, EU:s bulletin 9-1994 (ej längre gällande).

¹¹² Se *text* Quigley, 1988, s. 249.

¹¹³ Se Wegener/Jessen, 2003, s. 172. Jfr däremot de förenade målen C-72/91 och C-73/91, Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG och Seebetriebsrat Bodo Ziesemer of Sloman Neptun Schiffahrts AG, REG 1993 s. I-887, Svensk specialutgåva s. I 47, p. 21–22, i vilka EG-domstolen vägrade in det faktum att den företagna statliga åtgärden, vilken av kommissionen ansågs uppfylla stodbegreppet i artikel 87 EG, inte belastade den statliga budgeten – varför åtgärden inte heller kunde angripas med stöd av artikel 87 EG. EG-domstolens hållning kritiserades i Slotboom, 1995, s. 289–301.

ha åtnjutit en fördel genom åtgärden förvärras, förbättras eller om den inte alls förändras i förhållande till hur situationen var före det att stödåtgärden verkställdes – det centrala är om en åtgärd kan gynna vissa företag eller viss produktion i förhållande till företag som befinner sig i en jämförbar situation.¹¹⁴

Huruvida ett stöd föreligger ska avgöras utifrån en objektiv värdering. I kommissionens beslut 92/11/EEC, uttalades att parternas subjektiva uppfattningar om ett stöd föreligger inte skulle tillägnas någon betydelse i ärendet. Kommissionen erkände dock att den brittiska myndigheten inte hade för avsikt att stödja Toyota med den aktuella åtgärden och att Toyota inte heller hade för avsikt att dra direkt eller indirekt nytta av den aktuella åtgärden. Då kommissionen ansåg att Toyota fått möjlighet att köpa mark av den brittiska myndigheten till ett pris som understeg marknadsvärdet med 4,2 miljoner pund utgjorde det ändå ett statligt stöd enligt artikel 87.1 EG.¹¹⁵

Att någon uttömmande definition av begreppet stöd inte kan ges beror på att ett visst mått av vaghet måste förekomma för att det ska vara möjligt att tillämpa regeln oavsett hur samhället utvecklas eller hur medlemsstaternas stödåtgärder i framtiden kommer att te sig.¹¹⁶ Det kan emellertid konstateras att det finns vissa statliga åtgärder som regelmässigt inte inryms i stödbegreppet.

Enligt EG-domstolens praxis utgör inte alltid det faktum att en medlemsstat betalar tillbaka en uppbyggnadsavgift ett statligt stöd. Ett exempel är då en medlemsstat blivit ålagd att betala tillbaka en avgift som strider mot gemenskapsrätten.¹¹⁷

Ytterligare en statlig åtgärd som normalt inte utgör ett stöd är utbetalning av skadeståndersättning. EG-domstolen slog i de förenade målen 106–120/87, *Asteris*, fast att en statlig ersättning som de blivit förpliktigade att utge till

¹¹⁴ Mål C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH mot Finanzlandesdirektion für Karnten*, REG 2001 s. 8365, p. 41. Jfr mål 57/86, *Grekland mot kommissionen*, REG 1988, s. 2855, p. 8.

¹¹⁵ Kommissionens beslut 31.07.1991, 92/11/EEC, efter *Hancher m.fl.*, 2006, s. 33 f.

¹¹⁶ Se t.ex. von *Quitow*, 2002, s. 152 och *Aldestam*, 2005, s. 51.

¹¹⁷ Se mål 61/79, *Denkavit*, p. 32. Någon hansyn till om företaget verkligen har lidit ekonomisk skada till följd av den orattfärdiga avgiftsplikten behöver inte tas. Foljaktligen är det inte av betydelse ifall företaget övervaltrat den ekonomiska bordan på andra verksamheter eller brukare, under förutsättning att så inte foreskrivs i den nationella rättsordningen. Om den ekonomiska bordan inte drabbat företaget och staten ändå betalar tillbaka avgiften, kan företaget visserligen ha gynnats i förhållande till andra företag, men återbetalningen utgör ändå inte ett sådant stöd som avses i artikel 87.1 EG, se *Iversen m.fl.*, 2008, s. 430.

följd av att de förorsakat företag inkomstbortfall inte utgjorde statligt stöd.¹¹⁸ Genom en sådan statlig åtgärd tillförs inte ett företag en ekonomisk fördel emedan åtgärden endast syftar till att kompensera företaget för den förlust det statliga agerandet förorsakat.¹¹⁹ När en statlig ersättning utgår som kompensation för att ett företag går miste om en ekonomisk fördel eller rättighet, som i sig själv konstituerar ett statsstöd, omfattas emellertid åtgärden av stödbegreppet i artikel 87.1 EG.¹²⁰

Dessutom omfattas inte nödvändigtvis olika typer av kreditgarantier av förbudet i artikel 87.1 EG – under förutsättning att de villkor som anges i kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd i form av garantier är uppfyllda.¹²¹

Likaså behöver det inte alltid vara fråga om ett stöd i fördragets mening då det offentliga kompenserar ett företag som ålagts att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse.¹²²

Enligt ordalydelsen av artikel 87.1 EG träffas endast stöd som utgår från staten eller med hjälp av statliga medel av fördragets statsstödsbestämmelser. Även om rekvisiten tycks vara alternativa har domstolen slagit fast att båda rekvisiten ska vara uppfyllda.¹²³ För att ett stöd ska omfattas av artikeln fordras därför att stödet dels utgår till följd av statens handlande, dels att det finansieras med statliga medel.

Vid tillämpningen av gemenskapens regler om statsstöd innefattar inte begreppet stat endast det centrala statsorganet, utan det inbegriper även regionala och lokala myndigheter.¹²⁴ Således inkluderas stöd som utgår från både svenska kommuner och landsting av fördragets kontrollregler under förutsättning att även övriga rekvisit är uppfyllda. Likaså kan stöd som lämnas av offentliga företag träffas av förbudet i artikel 87.1 EG.

Förbudet mot statliga stöd kan även aktualiseras då privata organ engagerar sig på marknaden under förutsättning att de administrerar ett stöd som härrör från statliga medel. För att ett stöd som kanaliseras genom ett privat

¹¹⁸ Se de förenade målen 106–120/87, Asteris AE m.fl. mot Grekland och Europeiska ekonomiska gemenskapen, REG 1988 s. 5515, Svensk specialutgåva s. 705, p. 23.

¹¹⁹ Se de förenade målen 106–120/87, Asteris, p. 24.

¹²⁰ Kommissionens beslut 20.03.1996, 96/34/EG, p. 6.

¹²¹ Kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT nr C 155, 20.06.2008, s. 10–22.

¹²² Se nedan avsnitt 5.3.2.1.

¹²³ Se t.ex. mål C-379/98, PreussenElektra AG mot Schhlesweg AG, REG 2001 s. I-2099, p. 58. Se också Nicolaidis m.fl., 2005, s. 12–14.

¹²⁴ Se mål 248/84, Tyskland mot kommissionen, REG 1987 s. 4013, p. 17.

organ som inte är upprättat av staten för att administrera den aktuella åtgärden ska kunna träffas av förbudet i artikel 87.1 EG fordras emellertid att staten *de jure* eller *de facto* har en sådan kontroll att det privata organet inte självständigt hade kunnat fatta det aktuella beslutet att gynna ett visst företag.¹²⁵ Då stödåtgärder kanaliseras genom privata organ behöver det inte närmare utredas huruvida det är de statliga resurserna som kommer mottagarna av stödet tillgodo eller om stödet utgår från organets egna medel. Enligt EG-domstolens praxis är det tillräckligt att visa att stödorganet kunnat frigöra egna medel till följd av att staten tillfört resurser till organet, varför en medlemsstat inte kunnat undgå fördragets regler om statsstöd genom att betala ut medel via offentliga eller privata organ.¹²⁶ Både offentliga och privata organ som administrerar stödåtgärder anses följaktligen vara en del av staten.¹²⁷

För att förbudet i artikel 87.1 EG ska aktualiseras krävs vidare att det ifrågasvarande stödet utgår med statliga medel. Det är dock inte endast stöd som utgår från statsbudgeten som kan träffas av bestämmelsen, utan även stöd som utgår med kommunala och regionala medel omfattas. Stöd som ges med hjälp av statliga resurser föreligger emellertid inte endast då en stödgivare betalar ut medel – utan även en åtgärd i form av en reduktion av intäkter för staten kan konstituera ett stöd som utgår med hjälp av statliga medel. För att artikel 87.1 EG ska aktualiseras fordras som nämnts därför inte att staten drabbas av en ekonomisk börda.¹²⁸

¹²⁵ Se t.ex. Iversen m.fl., 2008, s. 435 f.

¹²⁶ Se mål C-303/88, Italien mot kommissionen, p. 14 och mål C-305/89, Italien mot kommissionen, p. 15

¹²⁷ Mål 78/76, Steinicke och Weinlig mot Tyskland, REG 1977 s. 595, Svensk specialutgåva s. 329, p. 21. Se även de forenade målen 67, 68 och 70/85, Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV m.fl. mot kommission, REG 1988 s. 219, Svensk specialutgåva s. 305, p. 35 och mål C-305/89, Italien mot kommissionen, p. 13.

¹²⁸ Se t.ex. mål 290/83, kommissionen mot Frankrike, REG 1985 s. 439, Svensk specialutgåva s. 39, p. 14. Om ett företag eller en verksamhet tar emot stöd från gemenskapen, exempelvis genom en strukturfond, utgör de medlen däremot inte ett stöd och åtgärden kan därför inte heller angripas med stöd av artikel 87.1 EG. Gemenskapens institutioner anses således inte utgöra en del av staten och gemenskapens medel utgör inte statliga medel enligt artikel 87.1 EG. Inte ens när gemenskapen betalar ut medel till en medlemsstat för att den sedan ska fördela medlen till stödmottagarna kan stödåtgärderna träffas av förbudet i artikel 87.1 EG. Även om stöd som betalas ut med hjälp av gemenskapens medel inte omfattas av förbudet mot statsstöd kan sådana åtgärder få viss inverkan avseende stöd som utgår ur statliga medel. Trots att gemenskapsmedel inte kan utgöra olagliga statliga stöd så ska de räknas med vid beräkningen av stödentensiteten, se t.ex. artikel 2.2 i förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT nr L 379, 28.12.2006, s. 5–10.

5.3.1.2 Selektivt gynnande, snedvridning av konkurrensen och påverkan på samhandeln

För att förbudet mot statsstöd ska aktualiseras krävs inte bara att en viss åtgärd konstituerar ett statligt stöd, åtgärden måste dessutom vara både selektiv och påverka konkurrensen samtidigt som samhandelskriteriet är uppfyllt.

Med att en åtgärd ska vara selektiv ska förstås att åtgärden gynnar vissa företag eller viss produktion. Allmänna åtgärder som syftar till att öka den ekonomiska utvecklingen inom en medlemsstat, exempelvis genom skattesänkningar eller förmånliga avskrivningsregler, träffas därför inte av förbudet om de kommer alla företag som agerar inom medlemsstaten tillgodo.

För att tillämpa selektivitetsrekvisitet måste först begreppen företag och produktion definieras i förhållande till artikel 87 EG. I mål C-41/90, Höfner, slog EG-domstolen som nämnts fast att "... begreppet företag inom ramen för konkurrensrätten omfattar varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering".¹²⁹ Begreppet företag ska således ges en lika vid innebörd vid tillämpningen av statsstödsreglerna som vid tillämpningen av övriga konkurrensregler. Ett undantag från den i övrigt vida tolkningen av företagsbegreppet är myndighetsutövning. Då offentliga medel överförs mellan olika statsorgan för att användas vid myndighetsutövning kan därför sådana åtgärder inte träffas av förbudet i artikel 87.1 EG.¹³⁰

Med stöd till viss produktion avses åtgärder som gynnar vissa specifika sektorer, exempelvis stöd som utgår till alla företag verksamma inom textilindustrin i en medlemsstat. Om ett stöd däremot gynnar alla sektorer kan åtgärden som nämnts inte träffas av förbudet – i sådana situationer är inte selektivitetsrekvisitet uppfyllt i och med att de möjliga stödmottagarna då inte specificeras. Åtgärder som tillgodoser alla medlemsstatens företag, eller alla typer av produktion, omfattas således inte av förbudet.¹³¹

Huruvida en åtgärd är selektiv kan behöva avgöras efter en bedömning i två steg.¹³² Först undersöks om åtgärden är selektivt utformad på så sätt att åtgärden riktar sig till vissa företag eller viss produktion. Om åtgärden däremot inte redan till sin utformning är selektiv måste i nästa steg undersökas

¹²⁹ Se mål C-41/90, Höfner, p. 21.

¹³⁰ För en närmare genomgång av företagsbegreppet, se ovan avsnitt 5.2.1. Se också t.ex. Iversen m.fl., 2008, s. 445 f. och Wegener Jessen, 2003, s. 208

¹³¹ Se mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline, p. 36.

¹³² Se Wegener Jessen, 2003, s. 214.

om åtgärden leder till att vissa företag eller viss produktion gynnas i förhållande till andra företag eller annan produktion.¹³³ Således kan en åtgärd som vid en första anblick är generell istället framstå som selektiv i ljuset av dess verkningar.¹³⁴

Ytterligare rekvisit som måste vara uppfyllda för att förbudet mot statsstöd i artikel 87.1 EG ska kunna tillämpas är att det aktuella stödet ska snedvrída eller hota att snedvrída konkurrensen, samtidigt som handeln mellan medlemsstater ska påverkas. Rekvisitet att ett stöd ska snedvrída eller hota snedvrída konkurrensen följer också av kravet på selektivitet. Ett stöd som är selektivt anses vanligtvis snedvrída eller hota att snedvrída konkurrensen i och med att stödmottagaren genom stödet får en konkurrensfördel.¹³⁵

Om ett företag tar emot ett statligt stöd och företagets ställning därmed stärks i förhållande till dess konkurrenter inom gemenskapen antar EG-domstolen inte bara att stödet riskerar påverka konkurrensen, utan domstolen utgår också ifrån att stödet påverkar handeln mellan medlemsstater – båda rekvisiten är därmed uppfyllda.¹³⁶ EG-domstolen har dessutom givit båda rekvisiten en vidsträckt tolkning. Något krav på att ett stöd ska påverka samhandeln märkbart följer inte heller av förbudet. Kommissionen har likväl ansett att stöd under ett visst belopp normalt inte påverkar vare sig konkurrensen eller samhandeln i en sådan utsträckning att förbudet aktualiseras. I förordning 1998/2006/EG har kommissionen därför undantagit små stödbelopp från förbudet, s.k. *de minimis*-stöd.¹³⁷

¹³³ Se mål C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, p. 41.

¹³⁴ Däremot kan inte alla former av åtgärder som gynnar något företag framför andra anses vara selektiva. En åtgärd som motiveras av det relevanta systemets karaktär och allmänna systematik är enligt domstolen inte selektiv även om åtgärden gynnar den som kommer i åtnjutande av åtgärden, se mål 173/73, *Italien mot kommissionen*, REG 1974 s. 709, *Svensk specialutgåva* s. 321, p. 33, mål C-75/97, *Belgien mot kommissionen*, REG 1999, s. I-3671, p. 34 och mål C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, p. 42. Jfr mål C-53/00, *Ferring SA mot Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, REG 2001 s. I-9067, p. 17, där det inte talas om det relevanta systemets karaktär och allmänna systematik utan om systemets inre logik.

¹³⁵ Se t.ex. *Jessen*, 2003, s. 220

¹³⁶ Mål 730/79, *Philip Morris Holland BV mot kommissionen*, REG 1980 s. 2671, *Svensk specialutgåva* s. 303, p. 11.

¹³⁷ Förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT nr L 379, 28.12.2006, s. 5–10.

De minimis-regeln ska enligt artikel 1 i förordningen som huvudregel tillämpas på stöd till företag inom alla sektorer.¹³⁸ Förordningen innebär att kommissionen utgår ifrån att stöd som understiger 200 000 euro under en treårsperiod inte uppfyller samtliga kriterier i artikel 87.1 EG.¹³⁹ Ett företag kan därför ta emot sammanlagt 200 000 euro under en treårsperiod (avseende stöd till företag verksamma inom vägtransportsektorn gäller som *de minimis*-belopp 100 000 euro) utan att stödet måste anmälas till kommissionen för godkännande innan det verkställs. Om en stödåtgärd däremot medför att beloppet överskrids ska hela stödet anmälas till kommissionen för godkännande, dessutom måste *stand still*-kravet då också iakttas.

I och med att förbudet mot statsstöd aktualiseras såväl då konkurrensen snedvrids som då den hotar att snedvridas behöver effekten av ett stöd på kort sikt inte leda till att konkurrensen påverkas. Således kan en åtgärd som leder till att ett företag kan bibehålla sin marknadsandel, eller ett stöd leder till att nya aktörer hindras ta sig in på marknaden, träffas av förbudet. För att förbudet ska kunna tillämpas krävs det därför endast att det existerar en potentiell konkurrens på marknaden och att stödet hotar att snedvrida denna.¹⁴⁰

Begreppet handel mellan medlemsstater ges en vid tolkning och avser all gränsöverskridande ekonomisk verksamhet som berör minst två medlemsstater oberoende av den relevanta geografiska marknaden. Således anses samhandelskriteriet vara uppfyllt då ett företag som agerar på den gemensamma marknaden i konkurrens med andra tar emot ett statligt stöd.¹⁴¹ Presumtionen är följaktligen att stöd som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen också påverkar handeln mellan medlemsstater om stödmottagaren deltar i den europeiska samhandeln.

Samhandelskriteriet torde regelmässigt vara uppfyllt då en stödmottagare bedriver export till en annan medlemsstat. Även i situationer där stödmotta-

¹³⁸ Det finns emellertid enligt artikel 1 områden på vilka förordningen inte ska tillämpas, bl.a. rör det sig om sådana verksamheter som avser produktion, bearbetning eller marknadsföring av de produkter som förtecknas i bilaga I till fördraget, dvs. framstod till jordbruks- och fiskerinaringen. En tillämpning av förordningen utesluts också på exportrelaterade stöd, och stöd som förutsätter att inhemska produkter används på bekostnad av importerade produkter. För fler undantag se artikel 1 i förordningen.

¹³⁹ Artikel 2 i förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT nr L 379, 28 12 2006, s. 5–10.

¹⁴⁰ De forenade målen C-62/87 och C-72/87, *Exécutif régional wallon och SA Glaverbel* mot kommissionen, REG 1988 s. 1573, p. 14–15.

¹⁴¹ Mål 730/79, *Philip Morris*, p. 11.

garen inte bedriver sådan export, med då den typ av produkt som stödmotagaren tillverkar är föremål för gransverskridande handel, är med stor sannolikhet samhandelskriteriet uppfyllt. I sådana fall riskerar ett statligt stöd att medföra att exporterande företag i andra medlemsstater får svårare att avsätta sina produkter i den medlemsstat där det privilegierade företaget verkar.¹⁴² Likaså påverkas handeln mellan medlemsstater då företag med hjälp av olika regionala eller kommunala stöd formått flytta från en medlemsstat till en annan.

Om ett statligt stöd endast har en lokal påverkan utgör det inte ett sådant stöd som förbjuds i artikel 87 i EG. Som ett belysande exempel på när samhandelskriteriet normalt inte kan anses vara uppfyllt är då en frisör mottar ett statligt stöd – medborgare anlitar normalt inte frisörer från andra länder varför någon gransverskridande handel knappast kan anses förekomma i en sådan situation.¹⁴³

5.3.2 Undantag från förbudet mot statligt stöd

Som nämnts är den gemenskapsrättsliga huvudregeln att alla stöd som uppfyller rekvisiten i artikel 87 i EG är förbjudna i och med att de principiellt anses vara oförenliga med den gemensamma marknaden. Sådana stöd kan likväl omfattas av något av gemenskapsrättens undantag vilka regleras i artikel 87.2 och 87.3 EG. Dessutom kan vissa stöd komma att undantas från förbudet i artikel 87 i EG som en följd av stödåtgärdernas särskilda karaktär – stöd som lämnas till företag som anförtrötts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse behöver inte nödvändigtvis träffas av förbudet i artikel 87 i EG. I det följande ska de möjligheter till undantag från förbudet i artikel 87 i EG som är av intresse för framställningen behandlas relativt övergripande.

5.3.2.1 Kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Det är vanligt förekommande att privata och offentliga företag utför tjänster i allmänhetens intresse, så kallade allmännyttiga tjänster, eller annorlunda uttryckt tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.¹⁴⁴ Utförandet av sådana tjänster kan grunda sig både på avtal mellan företagen och det allmänna och på offentliga regleringar som stadgar att särskilda intressen ska tillgodoses inom

¹⁴² Mål 102/87, Frankrike mot kommissionen, REG 1988 s. 4067 p. 19 och mål C 303/88, Italien mot kommissionen p. 27.

¹⁴³ Se Nicolaidis m.fl., 2005, s. 27.

¹⁴⁴ För närmare beskrivning av sådana tjänster se ovan avsnitt 5.2.3.1.

en viss verksamhet. Exempel på det senare förekommer inom verksamhet som avser television, post, trafikkommunikationer och telekommunikationer.¹⁴⁵ Då det allmänna uppdrar sådan verksamhet till företag innebär det också att de företagen inte alltid kan agera marknadsmässigt. Av den anledningen är det inte ovanligt att det allmänna då kompenserar företagen för de ökade utgifterna eller minskade intäkterna.¹⁴⁶

Förutsättningarna för när en medlemsstat inte ska behöva underställa kommissionen en planerad stödåtgärd då stödet ska utgå för att ersätta en aktör som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har inte bara vållat viss debatt i doktrinen,¹⁴⁷ utan det har under åren också hantrats på skilda sätt av EG:s domstolar.¹⁴⁸ Huvudsakligen har två motstående metoder förordats för att avgöra hur statliga åtgärder som riktas mot företag vilka tillhandahåller allmännyttiga tjänster ska hanteras – statsstödsmetoden och ersättningsmetoden.¹⁴⁹

Enligt statsstödsmetoden omfattas stöd i form av en kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse av gemenskapens stödbegrepp, varför åtgärden ska anmälas till kommissionen för granskning. Först därefter kan åtgärden genomföras om något undantag från förbudet i artikel 87.1 EG kan aktualiseras. Ett av de undantag som måste beaktas följer av stadgandet i artikel 86.2 EG. Enligt angreppssättet ges således artikel 86.2 EG samma status som de övriga undantagen från förbudet i artikel 87.1 EG. Tillvägagångssättet medför också att alla stödåtgärder, oavsett om

¹⁴⁵ Se t.ex. Wegener Jessen, 2003, s. 178.

¹⁴⁶ Se t.ex. Wegener Jessen, 2003, s. 178.

¹⁴⁷ Se t.ex. Rizza, 2003, s. 67–84, Luder, 2004, s. 385–391, Nicolaidas, 2002, s. 313–319 och Bartosch, 2003, s. 375–386. Enligt både Nicolaidas och Bartosch är det inte heller orimligt att ett företag, även utan stöd från det allmänna, skulle kunna tanka sig att utföra allmännyttiga tjänster på acceptabla villkor genom korssubventionering, i syfte att stärka sin ställning på marknaden. Om så skulle vara fallet kan mycket väl den kompensation som lamnas gynna företaget och därför påverka konkurrensen, vilket gör ersättningsmetoden en mindre lämplig som verktyg i sammanhanget. Av samma anledning menar också generaladvokat Léger att ersättningsmetoden kan undandra stöd som riskerar påverka konkurrensen de kontrollfunktioner som annars är tillämpliga, se generaladvokatens förslag till avgörande den 14 januari 2002 i mål C-280/00, Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, REG 2003 s. I-7747 (Altmark), p. 46–52. Om marknadskrafterna, utan statlig intervention, kan framja de aktuella intressena ska kommissionen inte heller bevilja undantag enligt något av undantagen i artikel 87.2 och 87.3 EG, se mål 730/79, Philip Morris, p. 16 och 17.

¹⁴⁸ Se t.ex. mål C-387/92, Banco de Crédito Industrial SA mot Ayuntamiento de Valencia, REG 1994 s. I-877, mål T-106/95, FFSA, mål C-332/98, Frankrike mot kommissionen, REG 2000 s. I-4833, mål C-53/00, Ferring och mål C-280/00, Altmark.

¹⁴⁹ Se t.ex. Sinnaeve, 2003, s. 354–356.

de utgör kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, måste underställas den procedur som följer av gemenskapsrättens statsstödsreglering.¹⁵⁰

I mål C-53/00, Ferring, valde dock EG-domstolen att tillämpa den s.k. ersättningsmetoden. Målet gällde om den skatt på direktförsäljning av läkemedel som påfördes läkemedelslaboratorier utgjorde ett statligt stöd till förmån för partihandlare. EG-domstolen konstaterade i målet att det klandrade gynnandet av partihandlare av läkemedel inte utgjorde ett stöd i fördragets mening under förutsättning att undantaget från skatteplikten motsvarade partihandlarnas merkostnader till följd av att de utförde en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse. Således gynnades inte heller partihandlarna eftersom den berörda åtgärdens enda verkan var att de och läkemedelslaboratorierna fick jämförbara konkurrensvillkor.¹⁵¹ Ersättningsmetoden utgör i formellt hänseende således inte något egentligt undantag från förbudet i artikel 87.1 EG i och med att samtliga rekvisit i förbudet inte kan anses vara uppfyllda om den kompensation som lämnas endast motsvarar de ökade kostnaderna.

I ett senare avgörande från EG-domstolen, mål C-280/00, Altmark, behandlades återigen statsstödsreglernas tillämpning i samband med att ett företag kompenserades för att det blivit ålagt att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. EG-domstolen intog ståndpunkten att något stöd inte förelåg i de situationer ett offentligt organ ersatte ett företag för att det skulle utföra sådana tjänster. Om den kompensation som lämnas till ett företag som ålagts att tillhandahålla en sådan tjänst endast syftade till att ersätta företaget för de merkostnader som företaget haft, ansåg EG-domstolen att något gynnande inte var för handen, varför inte heller förbudet i artikel 87.1 EG kunde aktualiseras.¹⁵²

För att ett företag som ålagts att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse inte ska anses gynnas av en kompensation fordras enligt EG-domstolen emellertid att fyra kriterier är uppfyllda:¹⁵³

¹⁵⁰ Se t.ex. mål C-387/92, Banco de Crédito Industrial, p. 17, mål T-106/95, FFSA, p. 172 och mål C-332/98, Frankrike mot kommissionen, p. 32.

¹⁵¹ Mål C-53/00, Ferring, p. 27.

¹⁵² Kirschbaum havdar emellertid att det faktum att en kompensation för utförande av tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse lämnas inte nödvändigtvis behöver innebära att konkurrensen snedvrids, varför det är på denna grund en tillämpning av förbudet i artikel 87.1 EG i vissa fall kan uteslutas, Kirschbaum, 2004, s. 35–40.

¹⁵³ Mål C-280/00, Altmark, p. 95.

- De uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse som mottagaren ålagt att utföra ska vara klart definierade.
- De kriterier på grundval av vilka ersättningens storlek beräknas ska vara fastställda i förväg på ett objektivet och öppet sätt.
- Ersättningen får inte överstiga vad som fordras för att täcka hela eller delar av de kostnader som uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla de aktuella tjänsterna – med beaktande av de intäkter som i sammanhanget skulle ha uppburits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av de allmännyttiga tjänsterna.
- Då ett företag givits ansvar för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna utan att det föregåtts av en offentlig upphandling fordras att storleken på den nödvändiga ersättningen har fastställts på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag vilket är lämpligt utrustat för att utföra de aktuella allmännyttiga tjänsterna – med beaktande av de intäkter som i sammanhanget skulle ha uppburits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av de allmännyttiga tjänsterna – skulle ha haft.

Under förutsättning att en stödåtgärd till följd av att ett företag ålagts att utföra en allmännyttig tjänst uppfyller samtliga ovanstående kriterier ska således inte artikel 87.1 EG aktualiseras, varför inte heller åtgärden behöver underställas kommissionens kontroll.¹⁵⁴ Följaktligen rör det sig inte om något egentligt undantag från förbudet i artikel 87.1 EG, även om gränsen mellan en icke-tillämpning av förbudet och en tillämpning av undantagsbestämmelsen i artikel 86.2 EG i viss mån kan tyckas vara obetydlig.

Med beaktande av de svårigheter som föreligger då en lämplig vinst ska avgöras och beräknas i ett enskilt fall torde den i Altmark valda metoden leda till att medlemsstaterna i stor utsträckning väljer att upphandla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, varför den valda lösningen i förlängningen kan medverka till en ökad effektivitet i den offentliga sektorn.¹⁵⁵ Fortfa-

¹⁵⁴ Hur kriterierna ska tolkas har enligt Alterkjær till viss del klarlagts i senare praxis, se Alterkjær, 2007, s. 73, som hänvisar till mål C-34/01, Enirisorse SpA mot Ministero delle Finanze, REG 2003 s. I-14243, mål T-157/01, Danske Busvognmænd mot kommissionen, REG 2004 s. II-917, mål T-274/01, Valmont Nederland BV mot kommissionen, REG 2004 s. II-3145 och mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl mot Giuseppe Calafiori, REG 2006 s. I-2941.

¹⁵⁵ Jfr t.ex. Schnelle, 2003, s. 413.

rande kvarstår dock några av de problem som uppmärksammas av Nicolaidas, framst det faktum att ett företag mycket väl kan tankas utföra en tjänst av ett allmant ekonomiskt intresse trots att någon kompensation från staten inte lamnas i syfte att öka sin konkurrenskraft även på andra marknader¹⁵⁶ Dessutom tycks viss osakerhet råda angående vilka kriterier som får tillmätas betydelse då en upphandling av tjänster av allmant ekonomiskt intresse ska göras¹⁵⁷

Altmark har också kritiserats för att inte fokusera på de ekonomiska effekterna av en eventuell kompensation, i och med att en sådan bedömning inte ryms inom ramen för de fyra kriterier som uppställdes av domstolen för att en åtgärd inte ska anses utgöra ett stöd¹⁵⁸ Exempelvis skulle en kompensation för utförande av en tjänst av ett allmant ekonomiskt intresse kunna anses utgöra ett stöd om det satts på vilket kompensationen beräknats inte motsvarar de krav som följer av Altmark, även om det aktuella företaget i realiteten inte gynnas¹⁵⁹

Om inte samtliga kriterier enligt Altmark är uppfyllda återstår att undersöka huruvida den aktuella kompensationen kan undantas från tillämpningen av förbudet i artikel 87 1 EG med stöd av artikel 86 2 EG. Som huvudregel borde emellertid även kompensation för utförande av tjänster av allmant ekonomiskt intresse anmalas till kommissionen för en bedömning om huruvida den aktuella åtgärden står i överensstämmelse med regelverket. Genom kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86 2 EG har däremot medlemsstaterna givits en möjlighet att underlåta att anmala stöd som utgår som kompensation för utförande av tjänster av allmant ekonomiskt intresse. Beslutet syftar till att precisera när de kriterier som anges i artikel 86 2 EG ska anses vara uppfyllda då företag kompenseras för utförande av offentliga tjänster av allmant ekonomiskt intresse. Kommissionens beslut ska sålunda endast tillämpas på sådan kom-

¹⁵⁶ Se Nicolaidas 2002, s 315. Se också Draganic, 2006, s 683–694, som behandlar hur Altmarks tredje rekvisit, dvs att den aktuella ersättningen måste vara nödvändig i förhållande till den aktuella tjänsten, ska hanteras.

¹⁵⁷ Se t ex Travers, 2003, s 392. Till skillnad från Travers tycks Schnelle vara av åsikten att det torde stå klart att inte endast priset får vara avgörande vid tilldelning av ett dylikt tjänste-kontrakt, utan även ett anbud som visserligen inte har det lägsta priset men som bedoms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga får antas beroende på hur förfrågningsunderlaget utformats, i likhet med vad som gäller enligt upphandlingsdirektiven, se Schnelle, 2003, s 412 f.

¹⁵⁸ Se Iversen m fl, 2008, s 433.

¹⁵⁹ Se mål C 280/00, Altmark, p 91.

pensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som utgör stöd, dvs. då kriterierna i Altmark inte är uppfyllda.¹⁶⁰

Kommissionens beslut ska enligt artikel 2 bland annat tillämpas på statligt stöd i form av ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse där det gynnade företags genomsnittliga årsomsättning före skatt, all verksamhet medräknad, understiger 100 miljoner euro under de två räkenskapsår som föregick det år då de aktuella tjänsterna anförtroddes företaget ifråga, samtidigt som den beviljade ersättningen understiger 30 miljoner euro. Dessutom ska beslutet tillämpas på ersättning till sjukhus och företag som tillhandahåller offentligt subventionerade bostäder vars verksamhet den aktuella medlemsstaten klassificerat som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Beslutet är därtill tillämpligt på ersättning som lämnas till flygplatser och hamnar där antalet resande per år under de två räkenskapsår som föregick det år då de aktuella tjänsterna av allmänt ekonomiskt intresse tilldelades inte översteg 1 000 000 ifråga om flygplatser och 300 000 ifråga om hamnar.

Enligt artikel 3 i beslutet är kommissionens utgångspunkt att kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som anförtrots ett företag inte påverkar utvecklingen av handeln i en omfattning som skadar gemenskapens intresse under förutsättning att de i beslutet angivna tröskelvärdena inte överstigs, samtidigt som den kompensation som lämnas inte överstiger de aktuella kostnaderna för att tillhandahålla de föreliggande tjänsterna. Under förutsättning att beslutets samtliga villkor är uppfyllda ska därför sådan kompensation anses vara förenlig med artikel 86.2 EG och på grund därav kunna undantas från den anmälningsplikt som följer av artikel 88.3 EG.¹⁶¹

Sjukhus samt företag som tillhandahåller offentligt subventionerat boende åt missgynnade medborgare eller socialt utsatta grupper anses utgöra sådan särskild verksamhet med speciella särdrag som måste beaktas, varför de tröskelvärden som anges i beslutet inte omfattar dessa typer av verksamheter.¹⁶² Således kan kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som lämnas till sådana företag undantas från anmälningsplikten trots att företagen har en omsättning som överstiger de i beslutet angivna

¹⁶⁰ Förhållandet mellan Altmark och ett utkast till ovan nämnda beslut har kommenterats av Rapp-Jung, 2004, s. 205–215.

¹⁶¹ Se artikel 1 i kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG.

¹⁶² Se artikel 2 i kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG.

tröskelvärdena eller då ersättningsnivåerna är högre än de nivåer som i övrigt ska vara gällande enligt beslutet.

För att beslutet ska tillämpas fordras inte endast att den aktuella ersättningen utgör kompensation för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse – tjänsterna måste enligt artikel 4 dessutom ha anförtratts det aktuella företaget genom en officiell handling. I den officiella handlingen ska innebörden av skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av offentliga tjänster och skyldigheternas varaktighet anges. Dessutom ska det av handlingen framgå vilket det berörda företaget är och det berörda området. Likaså ska innebörden av exklusiva eller särskilda rättigheter som beviljas företaget anges. Därutöver ska den officiella handlingen ange metoderna för hur ersättningen beräknats, vilka metoder som används för att kontrollera och se över ersättningen, vilka åtgärder som vidtas för att hindra eventuell utbetalning av överkompensation, samt hur eventuell överkompensation ska återbetalas.

För att ersättning för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska få undantas från anmälningsplikten i artikel 88.3 EG fordras enligt artikel 5 i beslutet dessutom att den aktuella ersättningen inte är större än vad som är nödvändigt för att täcka de kostnader som orsakats av fullgörandet av de ålagda uppgifterna. Härvid ska hänsyn tas både till de intäkter som kan följa av fullgörandet och en rimlig avkastning på eget kapital. Vid beräkningen av intäkterna ska alla de fördelar som beviljats företaget av staten eller genom statliga medel oavsett form beaktas.

Samtliga kostnader för tillhandahållandet av de föreliggande tjänsterna av allmänt ekonomiskt intresse ska enligt artikel 5 i beslutet beaktas vid kostnadsberäkningen. Dessa kostnader ska också beräknas på grundval av allmänt erkända bokföringsprinciper. Om företaget utöver tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse dessutom engagerar sig i annan verksamhet ska endast de kostnader som har samband med tjänsterna av allmänt ekonomiskt intresse ingå i beräkningen. Vid kostnadsberäkningen kan alla rörliga kostnader, ett proportionellt bidrag till de fasta kostnader som är gemensamma för tjänsterna av allmänt ekonomiskt intresse och övrig verksamhet, samt en rimlig vinst beaktas. Om investeringar exempelvis i infrastruktur är nödvändiga för tillhandahållandet av tjänsterna kan även sådana kostnader ingå i beräkningen.

Även de intäkter som influtit i samband med tillhandahållandet av de aktuella tjänsterna ska enligt artikel 5 i beslutet beaktas vid fastställandet av vad som kan anses vara en nödvändig kompensation. Om företaget beviljats

exklusiva eller särskilda rättigheter som är förknippade med en annan tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, vilken genererar en förtjänst som överstiger den rimliga vinsten, eller om företaget har andra fördelar som tilldelats av staten, ska också detta beaktas då företagets intäkter beräknas. Med rimlig vinst avses en avkastning på eget kapital som är anpassad till den eventuella risken med verksamheten. Som huvudregel ska emellertid inte avkastningen vara högre än den genomsnittliga avkastningen inom den aktuella sektorn under de senaste åren. Om några jämförbara företag inte finns kan en jämförelse göras med företag från andra medlemsstater, eller vid behov med företag från andra sektorer med beaktande av skillnader mellan sektorerna.

Om ett företag som kompenseras för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse samtidigt även bedriver annan verksamhet ska det klart framgå av den interna redovisningen vilka kostnader och intäkter som härrör från vilken verksamhet, samt vilka parametrar som används vid kostnadsfördelningen.

Enligt artikel 6 i beslutet åligger det medlemsstaterna att kontrollera eller låta kontrollera om företag överkompenseras. Om överkompensation förekommer ska medlemsstaten inte bara kräva återbetalning av företaget utan också se över metoderna för beräkning av ersättning för framtida behov. Om överkompensationen understiger tio procent av den årliga ersättningen kan återkrav underlåtas, om ersättning det kommande året istället sänks med motsvarande belopp.

Medlemsstaterna ska också regelbundet kontrollera varje enskilt företag som beviljas ersättning till följd av att de anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i form av offentligt subventionerat boende. Som huvudregel ska även eventuell överkompensation till sådana företag återkrävas av medlemsstaterna. Gränsen för då återkrav kan underlåtas och istället medföra reducerad ersättning följande år är däremot satt till 20 procent av den årliga ersättningen under förutsättning att företaget endast bedriver verksamhet i form av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Det faktum att undantag inte kan aktualiseras vare sig med stöd av Altmark eller med stöd av kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG innebär inte nödvändigtvis att en viss åtgärd är förbjuden. Kommissionen kan bevilja undantag från förbudet i artikel 87.1 EG dels under förutsättning att de kriterier som följer av artikel 86.2 EG är uppfyllda, dels om något av de undantag som följer av artikel 87.2 eller 87.3 EG är för handen. Om en viss stödåtgärd inte kan undantas

från anmälningsskyldigheten enligt kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG, exempelvis med hänvisning till att företaget överkompenserats, torde dock inte heller undantag kunna medges med stöd av artikel 86.2 EG. Hade i stället en tillämpning av kommissionens beslut uteslutits till följd av brister i formellt hänseende, på så sätt att samtliga de krav som anges i beslutets artikel 4 inte är uppfyllda, är det emellertid sannolikt att undantag skulle kunna beviljas med hänvisning till artikel 86.2 EG.¹⁶³

5.3.2.2 De statsstödsrättsliga undantagen

I artikel 87.2 och 87.3 EG återfinns en i övrigt uttömmande uppräkningslista av i vilka fall kommissionen får bevilja undantag från förbudet. I likhet med övriga gemenskapsrättsliga undantag ska även dessa tolkas restriktivt.¹⁶⁴ Också Rådet ges genom artikel 88.2 EG en viss kompetens att förklara stödåtgärder vara förenliga med den gemensamma marknaden. Rådet kan dessutom med stöd av artikel 87.3 e EG efter förslag från kommissionen besluta om undantag vid andra former av stöd än vad som i övrigt stadgas av artikel 87.3 EG.¹⁶⁵

Även om kommissionens mål är att begränsa de statliga stöden godkänner den regelmässigt vissa typer av stödåtgärder. Beviljandet av stöd sammanhänger ofta med att de områden som gynnas är högt prioriterade inom gemenskapen – vilket är fallet exempelvis då undantag från stödreglerna beviljas avseende stöd till små och medelstora företag och stöd till forskning och utveckling.¹⁶⁶

För att undantag ska beviljas krävs att stödet är förenligt med den gemensamma marknaden, dvs. att gemenskapens syften och intressen gynnas av

¹⁶³ Angående möjligheterna till undantag från konkurrensreglerna med hänvisning till artikel 86.2 EG se ovan avsnitt 5.2.3.

¹⁶⁴ Se t.ex. T-106/95, FFSA, p. 172.

¹⁶⁵ För en närmare genomgång av möjligheterna till undantag från gemenskapens förbud mot statligt stöd se t.ex. Wegener Jessen, 2003, s. 297–326.

¹⁶⁶ Se förordning (EG) nr 70/2001 av den 12 januari 2001 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 EG-fördraget på statligt stöd till små och medelstora företag, EGT nr L 10, 13.1.2001, s. 33–42; förordning (EG) nr 364/2004 av den 25 februari 2004 om ändring av förordning nr 70/2001 för att utvidga tillämpningsområdet till att omfatta stöd till forskning och utveckling, EUT nr L 63, 28.2.2004, s. 22–29 och förordning (EG) nr 1976/2006 av den 20 december 2006 om ändring av förordningarna (EG) nr 2204/2002, (EG) nr 70/2001 och (EG) nr 68/2001 vad avser en förlängning av tillämpningsperioderna. Förordningarna är tankta att ersättas av en på statsstödsområdet allmän gruppundantagsförordning, se: http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/gber3_sv.pdf (2008-06-14).

stodet. Foljaktligen ar medlemsstatens eller mottagarens intresse inte av någon betydelse vid avgorandet om undantag ska beviljas.¹⁶⁷

Då kommissionen undersoker om en stodåtgard ar forenlig med den gemensamma marknaden måste den inte endast ta hansyn till reglerna om statligt stod, utan den måste aven beakta om åtgarden strider mot andra delar av gemenskapens lagstiftning. Om en stodåtgard exempelvis strider mot forbudet mot kvantitativa importrestriktioner i artikel 28 EG får kommissionen darfor inte meddela något undantag från bestämmelserna om statligt stod.¹⁶⁸ Undantag ska inte heller beviljas om en stodåtgard inte ar nodvandig for att syftena med den ska uppnås eller då stodåtgarden inte uppfyller kravet på proportionalitet.¹⁶⁹ Om marknadskrafterna, utan statlig intervention, kan framja de aktuella intressena ska således kommissionen inte heller bevilja undantag från forbudet i artikel 87 i EG.¹⁷⁰

Vissa typer av stodåtgarder anses av kommissionen i sig vara oforenliga med den gemensamma marknaden, framst rör det sig om exportstod och driftsstod. Med exportstod avses stod som ar direkt knutet till kvantiteten exporterat gods, stod som utgår for etablering och drift av distributionsnat och stod som lamnas for att tacka lopande utgifter i samband med export. Då exportstod direkt anses vara oforenligt med den gemensamma marknaden omfattas sådant stod vare sig av det undantag som foljer av *de minimis*-forordningen eller av forordningen om statligt stod till små och medelstora foretag.¹⁷¹

Aven begreppet driftsstod har av kommissionen givits en vid definition och avser exempelvis stod for att driva reklamkampanjer och genomfora marknadsundersokningar.¹⁷² Utgångspunkten ar att driftsstod påverkar konkurrensen i och med att produktionskostnader och forsäljningspriser kan hållas nere, samtidigt som sådana stod inte heller anses framja gemenskapens intressen. Ett driftsstod ger ingen långsiktig effekt i och med att det gynnade foretaget satts i samma situation som fore inforandet av stodåtgär-

¹⁶⁷ Se Iversen m fl, 2008, s 467

¹⁶⁸ Se von Quitzow, 2002, s 160

¹⁶⁹ Se von Quitzow, 2002, s 161

¹⁷⁰ Mål 730/79, Philip Morris, p 16 och 17

¹⁷¹ Se artikel 1 b i forordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillampningen av artiklarna 87 och 88 i fordraget på stod av mindre betydelse, EUT nr L 379, 28 12 2006, s 5–10 och artikel 1 b i forordning (EG) nr 70/2001 av den 12 januari 2001 om tillampningen av artiklarna 87 och 88 EG-fordraget på statligt stod till små och medelstora foretag, EGT nr L 10, 13 i 2001, s 33–42

¹⁷² Mål T-459/93, Siemens SA mot kommissionen, REG 1995 s II-1675, p 55

den i samma stund som stödet upphör utan att gemenskapens syften och intressen tillgodosetts.¹⁷³ Om ett driftsstöd utgår för att uppnå de i artikel 87.3 EG angivna målen kan dock ett sådant stöd accepteras. Kommissionen har av den anledningen beviljat undantag från förbudet bland annat vid hantering av avfall.¹⁷⁴

Av artikel 87.2 EG framgår att vissa former av stöd är förenliga med den gemensamma marknaden. Således ska stöd som ges till enskilda konsumenter och som är av social karaktär tillåtas med hänvisning till bestämmelsen. Likaså är stöd som utgår för att avhjälpa skador till följd av naturkatastrofer och stöd som avser att uppväga de ekonomiska nackdelar näringslivet i vissa delar av Tyskland drabbats av till följd av Tysklands delning, förenligt med den gemensamma marknaden.

Enligt artikel 87.3 a EG kan undantag beviljas då stöd utgår för att främja ekonomisk utveckling i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning. I mål 248/84, kommissionen mot Tyskland, uttalade domstolen att den ekonomiska värderingen i dessa fall skulle göras utifrån gemenskapen som helhet.¹⁷⁵ Enligt artikel 87.3 b EG kan undantag från förbudet även medges om en stödåtgärd syftar till att genomföra viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi. I punkt c regleras en möjlighet till undantag som knyter nära samman med punkt a. I punkt c framgår att undantag kan beviljas även då stödet ska underlätta utvecklingen av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, utan något krav på att situationen ska vara onormal eller allvarlig i förhållande till gemenskapen som helhet.¹⁷⁶ I artikelns punkt d regleras möjligheterna att bevilja stöd till kulturella ändamål så länge det aktuella stödet inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset. Ytterligare en möjlighet till undantag följer av punkt e som ger Rådet kompetens att efter förslag från kommissionen besluta om undantag även vid andra former av stöd än vad som stadgas av artikel 87.3 EG.

För att underlätta bedömningen huruvida undantag enligt artikel 87.3 EG ska kunna beviljas i särskilda situationer har också kommissionen genom rådets förordning 994/98/EG givits kompetens att utfärda s.k. grupp-

¹⁷³ Se Wegener Jessen, 2003, s. 316.

¹⁷⁴ Se Wegener Jessen, 2003, s. 316.

¹⁷⁵ Mål 248/84, Tyskland mot kommissionen, p. 19.

¹⁷⁶ Se von Quitzow, 2002, s. 161.

undantagsförordningar, vilka innebär att en medlemsstat inte behöver anmäla en viss stödåtgärd till kommissionen innan den verkställs i enlighet med artikel 88.3 EG; under förutsättning att de krav som uppställs i respektive förordning är uppfyllda.¹⁷⁷

Någon absolut rätt till undantag föreligger dock inte enligt artikel 87.3 EG – bestämmelsen stadgar endast att undantag från förbudet mot statligt stöd kan beviljas under förutsättning att de aktuella kriterierna är uppfyllda. Artikel 87.3 EG ger således som utgångspunkt endast medlemsstaterna en rätt till en prövning hos kommissionen.¹⁷⁸

5.3.3 *Den statsstödsrättsliga proceduren*

I syfte att åstadkomma en effektiv kontroll på statsstödsområdet har medlemsstaterna ålagts att anmäla nya planerade stödåtgärder till kommissionen. Dessutom undersöker kommissionen löpande existerande stödåtgärders förenlighet med den gemensamma marknaden. Dessa åtgärder regleras i artikel 88 EG och i den procedurförordning¹⁷⁹ som antagits av Rådet. Procedurförordningen reglerar även kommissionens kontroll- och reaktionsmöjligheter i händelse av att en medlemsstat inte anmäler ett eventuellt statligt stöd till kommissionen.

Enligt artikel 89 EG kan Rådet också utfärda förordningar angående tillämpningen av artikel 87 och 88 EG, särskilt angående vilka former av stöd som ska vara undantagna från anmälningsplikten.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Se förordning (EG) nr 68/2001 av den 12 januari 2001 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på stöd till utbildning, EGT nr L 10, 13.1.2001, s. 20–29; förordning (EG) nr 70/2001 av den 12 januari 2001 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd till små och medelstora företag, EGT nr L 10, 13.1.2001, s. 33–42; förordning (EG) nr 2204/2002 av den 12 december 2002 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt sysselsättningsstöd, EGT nr L 337, 13.12.2002, s. 3–14 och förordning (EG) nr 1628/2006 av den 24 oktober 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt regionalt investeringsstöd, EUT nr L 302, 01.11.2006, s. 29–40. Som namnts har kommissionen presenterat ett utkast till en allmän gruppundantagsförordning som är tankt att ersätta ovanstående gruppundantagsförordningar, se http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/gber3_sv.pdf (2008-06-14).

¹⁷⁸ Mål 730/79, Philip Morris, p. 17.

¹⁷⁹ Förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget, EGT nr L 83, 27.03.1999, s. 1–9 (Procedurförordningen).

¹⁸⁰ Genom förordning (EG) nr 994/98 av den 7 maj 1998 om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EG-fördraget på vissa slag av övergripande statligt stöd, EGT 1998 nr L 142, 14.05.1998, s. 1–4, har också Rådet givit kommissionen kompetens att genom antagande av förordningar förklara vissa stödåtgärder vara förenliga med gemenskapens intresse. Kommissionen har med stöd av den kompetens som tillerkanns den i förordningen antagit ett flertal

Det regelverk som reglerar proceduren kring statligt stöd skiljer sig något beroende på om det aktuella stödet är att klassificera som ett befintligt stöd eller som ett nytt stöd.

Befintliga stöd är underställda löpande kontroll av kommissionen i samarbete med medlemsstaterna enligt artikel 88.1 EG. Begreppet befintligt stöd definieras i artikel 1 i Procedurförordningen som varje stödåtgärd som existerade innan respektive land anslöt sig till den europeiska gemenskapen. Både individuella och generella stödåtgärder som fortfarande är i kraft inbegrips därför i begreppet. Dessutom inrymmer begreppet stödåtgärder som är godkända av kommissionen eller Rådet i enlighet med artikel 88.2 och 88.3 EG. Vidare utgör stödåtgärder som anses vara godkända i förhållande till artikel 4.6 i Procedurförordningen eller i enlighet med den procedur som var gällande före Procedurförordningens ikraftträdande befintligt stöd.¹⁸¹

Den anmälningsplikt som gäller för nya stöd innebär att en medlemsstat ska underrätta kommissionen inför varje planerad ny stödåtgärd eller ändring av sådan. Kommissionen ska således få möjlighet att lämna sina synpunkter på stödets förenlighet med den gemensamma marknaden innan det verkställs. Anmälningsplikten är dock inte absolut, utan undantag från anmälningsplikten kan medges under förutsättning att något av de undantag som följer av gemenskapsrätten kan aktualiseras.¹⁸²

förordningar, se bl.a. de i not 177 nämnda förordningarna och förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT nr L 379, 28.12.2006, s. 5–10.

¹⁸¹ Med befintligt stöd avses även varje stöd för vilket preskriptionstiden för kommissionen att kräva tillbaka stödet har löpt ut enligt artikel 15 i Procedurförordningen. Även stöd som vid införandet av Procedurförordningen inte var att betrakta som statligt stöd enligt artikel 87 EG – men där den gemensamma marknads utveckling utan att medlemsstaten ändrat stödet – medfört att detta kommit att utgöra ett statligt stöd enligt gemenskapsrätten ska ses som ett befintligt stöd. Åtgärder som karakteriserats som statligt stöd till följd av EU:s liberalisering av en viss aktivitet ska emellertid inte anses utgöra ett befintligt stöd efter det datum då liberaliseringen träder i kraft – utan ett sådant stöd ska istället ses som ett nytt stöd.

¹⁸² Med stöd av förordning (EG) nr 994/98 av den 7 maj 1998 om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EG-fördraget på vissa slag av övergripande statligt stöd, EGT nr L 142, 14.5.1998, s. 1–4, har som nämnts därför också kommissionen utfärdat förordningar som klargör under vilka förutsättningar en stödåtgärd inte behöver anmalas till kommissionen för granskning. Inte heller individuellt stöd som utgår i enlighet med en av kommissionen godkänd stödordning är underkastad någon anmälningsplikt. Ett sådant undantag gäller emellertid endast under förutsättning att något förbehåll om kommissionens godkännande inte återfinns i det ursprungliga beslutet om stödordningen. Om ett sådant förbehåll inte finns i beslutet ska det aktuella stödet anses utgöra ett befintligt stöd och behandlas i enlighet därmed, se Iversen m.fl., 2008, s. 405. Även i de fall där någon anmälningsplikt för stöd inom en stödordning inte föreskrivs kan kommissionen bedriva en viss kontroll. Varje medlemsstat ska

Nya stöd omfattas dock inte endast av en anmälningssplikt,¹⁸³ utan de är även underkastade ett *stand still*-krav i enlighet med artikel 88.3 EG och artikel 3 i Procedurförordningen.¹⁸⁴ *Stand still*-kravet innebär att en medlemsstat inte får genomföra en planerad stödåtgärd innan kommissionen godkänt den eller anses få ha godkänt den. Genom *stand still*-kravet ska verkställigheten av statliga stöd som är oförenliga med den gemensamma marknaden hindras och de negativa verkningarna av sådana stöd ska därför utebli. Även stöd som inte anmälts till kommissionen och stöd som verkställts i strid mot *stand still*-kravet anses vara oförenliga med den gemensamma marknaden.

I artikel 1 f i Procedurförordningen definieras också ett olagligt stöd som ett "... nytt stöd som införs i strid med artikel [88.3] i fördraget". Alla stöd som inte anmäls i enlighet med anmälningssplikten eller där *stand still*-kravet inte uppfylls är följaktligen att betrakta som olagliga.

Den granskning av anmälda stöd som kommissionens gör kan sorteras i två avdelningar. Först genomförs en preliminär granskning som sedan i vissa fall åtföljs av en formell granskning. Vid den preliminära granskningen har kommissionen två månader på sig för att få en inledande uppfattning om den anmälda stödåtgärden är förenlig med den gemensamma marknaden. Den preliminära proceduren kan avslutas genom att kommissionen fattar beslut om att den anmälda stödåtgärden inte utgör ett stöd i den bemärkelse som avses i artikel 87.1 EG, eller att åtgärden utgör ett stöd men att den ska beviljas undantag enligt artikel 87.3 EG. Om kommissionen överskrider sin tidsgräns betraktas det som ett godkännande. Innan stödåtgärden verkställs

ärligen redovisa alla sina stödåtgärder till kommissionen i enlighet med artikel 21 i Procedurförordningen. Genom en sådan skyldighet kan också kommissionen kontrollera att stoden används i enlighet med godkännandena.

¹⁸³ Artikel 88.1 EG och artikel 2 i Procedurförordningen.

¹⁸⁴ I mål 120/73, Gebrüder Lorenz GmbH mot Tyskland och Land/Rheinland/Pfalz, REG 1973 s. 1471, Svensk specialutgåva s. 177, p. 8, slog EG-domstolen fast att *stand still*-kravet i artikel 88.3 EG har direkt effekt. I och med att så är fallet är de nationella domstolarna skyldiga att tillhandahålla ett tillräckligt effektivt skydd för att upprätthålla de rättigheter som följer av bestämmelsen. Ett sådant effektivt skydd ska framst upprätthållas med stöd av befintliga nationella regler – varje åtgärd som finns tillgänglig för att efterleva nationell rätt ska därför kunna åberopas vid brott mot gemenskapsrättsliga bestämmelser som har direkt effekt. I de fall en nationell rättsordning inte tillhandahåller tillräckligt effektiva rättsmedel ska den nationella domstolen tillhandahålla nya medel, mål 14/83, Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 1984 s. 1891, p. 26. Nationella domstolar kan följaktligen vara nödgade att göra en egen bedömning angående huruvida en viss åtgärd omfattas av artikel 87.1 EG, se mål C-345/02, Pearle BV m.fl. mot Hoofdbedrijfschap Ambachten, REG 2004 s. I-7139, p. 31. Se också Simonsson, 2006, s. 233–256.

ska dock medlemsstaten informera kommissionen om den tilltänkta åtgärden. Kommissionen har då att inom 15 arbetsdagar fatta beslut enligt artikel 4 i Procedurforordningen.

Kommissionen kan även inleda ett formellt förfarande om det efter en preliminär granskning är tveksamt om en anmäld stödåtgärd är tillåten eller inte. I sådana fall kan kommissionen inhamta fler uppgifter angående stödåtgärden, men även ta del av information från andra intresserade parter. Kommissionens hållning publiceras därför i EUT, där intresserade parter uppmanas att avge synpunkter i det aktuella ärendet. Efter en formell granskning kan kommissionen besluta att den anmälda åtgärden inte utgör ett stöd eller att åtgärden visserligen utgör ett stöd men att den inte är förenlig med den gemensamma marknaden. Ett beslut om godkännande av ett stöd kan också villkoras på så sätt att stödet endast anses tillåtet om medlemsstaten vidtar särskilt angivna åtgärder. Kommissionen kan även fatta ett negativt beslut, dvs. besluta att det anmälda stödet inte är förenligt med den gemensamma marknaden och således inte heller är tillåtet.¹⁸⁵

Oanmälda stöd som kommer till kommissionens kannedom genom upplysningar eller klagomål från andra medlemsstater eller konkurrenter ska enligt artikel 11 i Procedurforordningen undersökas av kommissionen. Efter en preliminär granskning kan kommissionen även i dessa fall gå vidare med en formell undersökning. Således skiljer sig proceduren vid granskning av oanmälda stöd inte namnvalt från den procedur som iakttas vid en granskning av anmälda stöd. En skillnad mellan förfarandena är däremot att kommissionen då den undersöker ett oanmält stöd inte är bunden av de tidsfrister som gäller ifråga om anmälda stöd.

Kommissionen har under särskilda omständigheter också givits befogenheter att utnyttja tillfälliga rättsmedel då ett statligt stöd inte anmälts. Enligt artikel 11 i Procedurforordningen kan därför kommissionen utfärda ett föreläggande om att utbetalning av stöd ska avbrytas. Dessutom kan kommissionen med stöd av artikel 11.2 i Procedurforordningen tillfälligt besluta om återkrav av redan utbetalt stöd. Dessa två tillfälliga rättsmedel kan också användas i förening med varandra. De tillfälliga rättsmedlen är gällande fram tills dess att kommissionen fattar ett beslut med innebörd att den aktuella stödåtgärden är förenlig med den gemensamma marknaden.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Artikel 7.2–5 i Procedurforordningen.

¹⁸⁶ Ett oanmält stöd som betalats ut innan Procedurforordningen trädde i kraft kan endast kravas tillbaka om kommissionen slår fast att stödet inte är förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 87 EG, dvs. om något undantag inte kan aktualiseras. Däremot kan

534 Återkrav av olagliga stöd

Rattsverkningarna av att ett stöd strider mot förbudet i artikel 87 i EG är att beslutet om att lämna det ifrågasatt stödet ska upphävas och att redan utbetalat stöd ska betalas tillbaka.

EG-domstolen slog i mål 70/72, Kohlengesetz, fast att kommissionen är kompetent att kräva tillbaka olagligt utbetalt stöd enligt artikel 88 i EG, vilket fordrades för att kommissionens beslut om upphävande av eller ändringar i pågående stödåtgärder skulle få praktiska verkningar.¹⁸⁷ Den praxis som domstolen utarbetat i ämnet har sedermera även kodifierats i artikel 14 i Procedurforordningen.¹⁸⁸

Tidigare stod det kommissionen fritt att besluta om återkrav såvida kriterierna för ett sådant beslut var uppfyllda.¹⁸⁹ Av artikel 14 i Procedurforordningen följer emellertid numera att kommissionen ska fatta beslut om återkrav om förutsättningarna för ett sådant beslut är för handen. Rekvisiten som måste vara uppfyllda för att ett beslut om återkrav ska fattas är att det handlar om ett nytt stöd, stödet ska vara olagligt och således inte heller förenligt med den gemensamma marknaden, stödet ska ha betalats ut, preskriptionstiden får inte ha löpt ut, samt att kravet på återbetalning inte får strida mot någon generell gemenskapsrättslig princip. De principer som framst har aktualiserats i EG-domstolens praxis är proportionalitetsprincipen och principen om berättigade förväntningar.¹⁹⁰

Preskriptionstiden, vilken är tio år och loper från den tidpunkt då stödmottagaren tillerkändes det olagliga stödet, regleras i artikel 15 i Procedurforordningen. Om ett stöd utgått i flera poster räknas preskriptionstiden från då varje enskild post betalades ut. Preskriptionstiden avbryts genom varje åtgärd som genomförs av kommissionen angående det aktuella stödet. Dessutom avbryts preskriptionstiden då en annan medlemsstat vidtar någon åtgärd i frågan. Vid varje preskriptionsavbrott börjar en ny preskriptionstid om tio år att löpa. I händelse av att preskriptionstiden loper ut byter det

en nationell domstol besluta att även ett oanmält stöd som betalats ut före Procedurforordningens ikraftträdande ska betalas tillbaka, se mål 120/73, Gebruder Lorenz, p. 8 och mål C 39/94, La Poste, p. 43.

¹⁸⁷ Mål 70/72, kommissionen mot Tyskland, REG 1973 s. 813, Svensk specialutgåva s. 117, p. 13.

¹⁸⁸ Återkravsinstitutet behandlas exempelvis i Hancher m fl., 2006, s. 666–685 och i Hjelmeng, 2004.

¹⁸⁹ Se t ex Sandberg, 2001, s. 457.

¹⁹⁰ Se t ex mål C 5/89, kommissionen mot Tyskland, REG 1990 s. I 3437. Svensk specialutgåva s. 499.

omtvistade stödet karaktär och ska inte längre behandlas som ett nytt stöd, utan ska istället hanteras som ett befintligt sådant.¹⁹¹

5.3.4.1 Verkställande av återkrav

Adressat för kommissionens beslut om återkrav är den medlemsstat som vidtagit den aktuella stödåtgärden. Gemenskapsrätten reglerar emellertid inte hur själva återkravet ska genomföras, vilket istället överläts åt de nationella rättsordningarna. De nationella reglerna får dock inte göra genomförandet av ett återkrav praktiskt omöjligt,¹⁹² dessutom fordras att "... medlemsstaten ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att återkräva stödet från mottagaren".¹⁹³

Att en medlemsstat stöter på oväntade problem vid verkställandet av kommissionens beslut om återkrav utgör i sig ingen grund för att underlåta att genomföra åtgärden. Inte heller administrativa svårigheter är en grund som berättigar att ett beslut om återkrav inte verkställs. Om svårighet uppstår kan istället kommissionen underrättas för att denna tillsammans med medlemsstaten ska kunna lösa de aktuella problemen.¹⁹⁴

Om en medlemsstat inte följer ett av kommissionen fattat beslut om återkrav kan frågan bli föremål för en fördragsbrottstalan efter att kommissionen eller en annan medlemsstat anhängiggjort en sådan talan hos EG-domstolen enligt artikel 88.2 EG.¹⁹⁵ För att en medlemsstat i en sådan situation inte ska fällas av EG-domstolen fordras enligt domstolens praxis att medlemsstaten konkret kan bevisa att det varit omöjligt att verkställa återkravet. EG-domstolen intar dock en restriktiv hållning ifråga om vad som kan anses vara omöjligt – exempelvis utgör inte det faktum att stödmottagaren går i konkurs en giltig grund för att underlåta att verkställa ett beslut om återkrav.¹⁹⁶

¹⁹¹ Se Iversen m.fl., 2008, s. 413.

¹⁹² Se t.ex. mål C-142/87, Belgien mot kommissionen, REG 1990 s. I-959, Svensk specialutgåva s. 369, p. 61, mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, p. 12 och mål C-24/95, Land Rheinland-Pfalz mot Alcan Deutschland GmbH., REG 1997 s. I-1591, p. 24.

¹⁹³ Artikel 14.1 i Procedurförordningen.

¹⁹⁴ Mål C-261/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2001 s. I-2537, p. 24 och mål C-404/97, kommissionen mot Portugal, REG 2000 s. I-4897, p. 40.

¹⁹⁵ Mål 70/72, kommissionen mot Tyskland, p. 13.

¹⁹⁶ Jfr mål C-261/99, kommissionen mot Frankrike, p. 15. Även andra problem kan uppstå då återkrav ska verkställas. Exempelvis kan det uppstå problem i samband med verkställandet av ett återkrav om stödmottagaren sålt delar av verksamheten. Det kan i sådana situationer vara svårt för medlemsstaten att avgöra mot vem återkravet ska riktas, jfr mål C-305/89,

I sammanhanget ska det poängteras att ett beslut om återkrav inte utgör en form av repressalie, utan ska istället ses som en åtgärd ämnad att åter skapa tidigare gällande förhållande på marknaden.¹⁹⁷ Av den anledningen uppfattar EG-domstolen normalt inte ett beslut om återkrav som opropor-tionerligt betungande i förhållande till fördragets statsstödsregler. Kommissionens beslut om återkrav är därför som huvudregel förenliga med propo-rtionalitetsprincipen.¹⁹⁸

Principen om berättigade förväntningar har av EG-domstolen erkänts som en del av gemenskapsrätten och innebar att en person ska kunna för-vänta sig att det är tillåten att agera och bedriva sin näringsverksamhet i berättigad förväntan om att den rättsliga regleringen som råder inte endast är tillfällig.¹⁹⁹ Vid återkrav av statligt stöd har principen aktualiserats dels i anledning av att en medlemsstat hänvisat till den som stöd för att inte efter-komma ett av kommissionen fattat beslut i frågan, dels i samband med att en stödmottagare väckt talan om att ett av kommissionen fattat återkravsbe-slut ska upphävas.²⁰⁰

En medlemsstats möjlighet att med framgång hänvisa till stödmottaga-rens berättigade förväntan som grund för att inte verkställa ett beslut om återkrav torde emellertid vara mycket begränsad.²⁰¹ I mål C-5/89, kommis-sionen mot Tyskland, tog EG-domstolen också ställning till i vilken utsträckning en stödmottagare med framgång kunde åberopa principen om berättigade förväntningar. EG-domstolen slog då fast att en stödmottagare principiellt inte kunde ha en berättigad förväntan om ett stöd utbetalats i strid med gemenskapsrätten – en näringsidkare ska normalt förvissa sig om

Italien mot kommissionen och mål C-348/93, kommissionen mot Italien, REG 1995 s. I-673, efter hänvisning från Lahnborg, 1996, s. 643 f. Se också Koenig, 2001, s. 238–248. Jfr även mål C-301/87, Boussac, p. 61. I målet underlat kommissionen att återkrava stora delar av det stöd som betalats ut i strid mot gemenskapsrätten under förvandling att den delen av stödet gått till fabriker som avyttrats av den ursprungliga stödmottagaren och sedan lagts ned.

¹⁹⁷ Konstruktionen har kritiserats bl.a. för att den medlemsstat som bryter mot fördragets regler inte riskerar drabbas till följd av överträdelsen i och med att det aktuella stödet inklusive ranta ska återbetalas till den medlemsstat som brutit mot bestämmelserna – samtidigt som stödmottagaren kan försättas i en samre situation än om stödet aldrig utbetalats, se Lever, 2003, s. 303–321.

¹⁹⁸ Mål C-142/87, kommissionen mot Belgien, p. 66.

¹⁹⁹ Se Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 113 f. För en genomgång av principen se också t ex. Tridimas, 2000, s. 189–201.

²⁰⁰ Angående tillämpningen av principen om berättigade förväntningar på statsstödsområdet se Jaros och Ritter, 2004, s. 573–583.

²⁰¹ Se t ex. mål 94/87, kommissionen mot Tyskland, REG 1989 s. 175, p. 12, mål C-24/95, Alcan, p. 24 och mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, p. 17–18.

att gemenskapsrättens procedurregler efterlevs.²⁰² En viss möjlighet att med stöd av principen kunna undvika ett återkrav torde dock föreligga om stöd-mottagaren kan hänvisa till extraordinära omständigheter då sådana omständigheter sannolikt kan skapa en berättigad förväntan hos mottagaren. Ett exempel på en sådan extraordinär omständighet som skulle kunna leda till att mottagaren inte behöver betala tillbaka ett olagligt stöd är om lång tid passerat innan kommissionen fattat beslut angående den aktuella stödåtgärden.²⁰³

5.3.4.2 Svenska återkravsregler

Då EG-rätten överlåter till medlemsstaterna att verkställa eventuella återkrav av olagliga stöd med hjälp av de regler som tillhandahålls inom ramen för de nationella rättsordningarna kan det vara av intresse att undersöka hur ett sådant återkrav ska hanteras enligt svensk rätt.

Vilka svenska nationella regler som ska tillämpas för att verkställa ett beslut om återkrav beror på vem som vidtagit den aktuella stödåtgärden. Medan återkrav av stöd som lämnats av en kommun eller ett landsting regleras i lag (1994:1845) regleras återkrav av stöd från statliga myndigheter i förordning (1988:764). I det följande ska däremot endast redogöras för möjligheterna till verkställande av återkravsbeslut som avser stöd som utgått från kommun eller landsting (hädanefter kommunala stöd), varför i huvudsak lag (1994:1845) kommer att behandlas.

Den lag som reglerar verkställigheten av återkrav av kommunala stöd, lag (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapens konkurrens- och statsstödsregler, ersatte den tidigare gällande lag (1992:1317) om ett europeiskt ekonomiskt samarbetsområde, den s.k. EES-lagen. De bestämmelser om statsstöd som regleras i den nu gällande lagen ska också i stor utsträckning motsvara de bestämmelser som följde av EES-lagen, vilka hade till syfte att underlätta för Sverige och svenska myndigheter att uppfylla de

²⁰² Mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, p. 14.

²⁰³ I mål 223/85, Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabriek en Scheepswerven NV mot kommission, REG 1987 s. 4617, gick det två år och två månader innan kommissionen fattade beslut om återkrav. EG-domstolen ansåg att detta utgjorde en sådan extraordinär omständighet som kunde skapa en berättigad förväntan hos mottagaren. Således kunde kommissionen inte kräva att den nederländska myndigheten skulle verkställa återkravsbeslutet, se domen p. 12–19. En möjlighet för en stödmottagare att med framgång åberopa principen om berättigad förväntan torde därför föreligga i de fall där kommissionen själv skapat den berättigade förväntningen hos mottagaren, se Sinnaeva och Slot, 1999, s. 1179.

regler som EES-avtalet innehöll.²⁰⁴ Även 1994 års lag får därför anses syfta till att underlätta för Sverige att uppfylla sina åtagande till följd av medlemskapet i de Europeiska gemenskaperna.²⁰⁵

I lagens 6 § stadgas att kommuner och landsting ska upplysa regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer om alla stödåtgärder vilka kan komma att omfattas av gemenskapens statsstödsregler. Avsikten med bestämmelsen är att öka förutsättningarna för den svenska regeringen att uppfylla sin skyldighet enligt gemenskapsrätten att upplysa kommissionen om planerade offentliga stödåtgärder.²⁰⁶ Det ska emellertid noteras att svenska kommuner svårligen uppfyller den skyldighet som följer av bestämmelsen, då några sådana anmälningar troligtvis inte gjorts sedan Sveriges medlemskap i EU.²⁰⁷ I sammanhanget ska också nämnas att det lämnats förslag med innebörd att Konkurrensverket (KKV) ska ta över tillsynsansvaret även på statsstödsområdet, varför kommunala stöd enligt förslaget inte ska anmälas direkt till regeringen utan till KKV.²⁰⁸

Den i sammanhanget mest väsentliga bestämmelsen återfinns i 7 §, vilken reglerar regeringens möjlighet att upphäva ett kommunalt stödbeslut och hur rättelse av ett redan verkställt beslut ska genomföras. Av paragrafens första stycke framgår att regeringen kan upphäva ett kommunalt beslut om att vidta en stödåtgärd i händelse av att kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft, eller som Europiska gemenskapernas domstol, anses funnit strida mot artikel 87 EG. Andra stycket reglerar rättelse av ett upphävt kommunalt beslut om stöd som redan verkställts, dvs. hur ett återkrav ska genomföras. Regeln om återgång i 1994 års lag är i det närmaste en kopia av den bestämmelse som gällde enligt EES-lagen. Av förarbetena till EES-lagen framgick att en eventuell fråga om återbetalningskrav av kommunala stöd får "... lösas inom ramen för en sedvanlig tillämpning av offentlighetsrättsliga och civilrättsliga regler."²⁰⁹ Det var också av den anledningen lagstiftaren valde att låta tillämpa återgångsregeln i 10 kap. 15 § kommunallagen även då ett otillåtet statsstöd ska återkrävas.²¹⁰

²⁰⁴ Se prop. 1994/95:48, s. 7 f.

²⁰⁵ Se prop. 1994/95:48, s. 11.

²⁰⁶ Se prop. 1994/95:48, s. 13.

²⁰⁷ Se Aldestam, 2006, s. 55–57. Inom den svenska regeringen administreras anmälningar av stöd av varje enskilt fackdepartement, men Näringsdepartementet har en samordnande funktion.

²⁰⁸ Se SOU 2004:47, s. 68 och s. 357–363.

²⁰⁹ Prop. 1991/92:170, s. 157.

²¹⁰ För en kort genomgång av bestämmelsen se ovan avsnitt 2.4.4.

5 3 4 3 De svenska återkravsreglerna och gemenskapsrätten

Inte ens då 10 kap 15 § tillämpas i de situationer vilken den är avsedd för är den som tidigare namnts oproblematisk²¹¹ Ytterligare problem uppkommer om regeln ska tillämpas i samband med EG:s statsstodsregler

Regeln om återgång är anpassad för att tillämpas i samband med institutet laglighetsprovning, dvs då kommunala beslut upphävs av en domstol efter att de överklagats Den tidsfrist om tre veckor som gäller för överklagan i samband med laglighetsprovning torde inte sällan ha lopt ut innan ett eventuellt stöd kommer till kommissionens kannedom Några nationella regler som medger att gynnande kommunala beslut andras efter det att besluten vunnit laga kraft, utöver de extraordinära rattsmedlen, finns inte heller

Dessutom kan tillämpningen kompliceras beroende på hur man ska se på frågan om en eventuell civilrättslig bundenhet Sådana problem kan aktualiseras i handelse av att ett kommunalt beslut om ingående av avtal med ett privat företag upphävs efter det att kommunen ingått avtalet med motparten Då en eventuell civilrättslig bundenhet ska fastställas kommer motpartens onda eller goda tro angående de omständigheter som föranlett upphävandet av det kommunala beslutet att spela en avgörande roll²¹²

För att avgöra om återkrav av ett kommunalt stöd kan ske i enlighet med kommunallagens regler måste således även dessa problem beaktas Följaktligen måste en kommunal stödåtgärds karaktär fastställas – utgör stödet en offentligrättslig åtgärd eller finns där civilrättsliga inslag?

Då ett stöd inbegriper civilrättsliga inslag, exempelvis i form av överkompensation för en utförd tjänst, kan det bli aktuellt att karakterisera stödåtgärden som civilrättslig – varför stödmottagarens goda eller onda tro kan få en avgörande betydelse vid tillämpningen av 10 kap 15 §²¹³ Att fastställa mottagarens onda eller goda tro är likafullt sannolikt förenat med vissa svårigheter Visserligen framgår det av EG-domstolens praxis att en stödmottagare borde vara bekant med det EG-rättsliga regelverket²¹⁴ – men i situationer då det är svårt att uppskatta det ekonomiska värdet av stödet eller om mottagaren svårligen kan förutse om stödet riskerar snedvrida konkurrensen på den gemensamma marknaden, borde det enligt en strikt tillämpning av

²¹¹ Se ovan avsnitt 2 4 4

²¹² Dessa problem har tidigare behandlats i bl a Madell, 1998, s 375 ff, Madell, 1999, s 649–656 och Petersen m fl, 2006, s 438

²¹³ Jfr Hjelmeng, 2004, s 111 ff, angående hur ett civilrättsligt bindande avtal som reglerar ett stöd, t ex i form av överkompensation ska hanteras avtalsrättsligt

²¹⁴ Se mål C 5/89, kommissionen mot Tyskland, p 14

nationell svensk rätt, dvs. då 10 kap. 15 § kommunallagen läses isolerad från EG-rätten, kunna ställas lägre krav på mottagaren i och med att denna kan ha svårt att avgöra om det verkligen föreligger ett sådant stöd som avses i artikel 87.1 EG. Likaså är det mycket som talar för att mottagaren ska kunna lita på att kommunen agerar i överensstämmelse med gällande regler, vilket skulle tyda på att en ond tro svårigen kan anses föreligga i samband med en strikt tillämpning av den svenska kommunallagen.

Har stödet lämnats utan något samband med en affärsuppgörelse mellan kommunen och den enskilda mottagaren blir resultatet av bedömningen sannolikt ett annat. Stödet torde då istället kunna ses som en offentligrettslig åtgärd, varför en bedömning om mottagaren är i ond eller god tro får anses vara överflödig. Istället måste då hänsyn tas till den allmänna förvaltningsrättens regler om negativ rättskraft, vilka slår fast att gynnande beslut som huvudregel inte får ändras av beslutsmyndigheten – även ett felaktigt beslut får därför fortsatt giltighet.²¹⁵

Således kan den valda lösningen på hur återkrav av olagligt utbetalda statsstöd ska verkställas knappast anses vara förenlig med de principer som är kännetecknande för den allmänna förvaltningsrätten varför frågan om hur ett återkrav ska genomföras enligt den svenska nationella rätten svårigen kan "... lösas inom ramen för en sedvanlig tillämpning av offentligrettsliga och civilrättsliga regler."²¹⁶

Ytterligare en komplikation i sammanhanget är att reglerna om återkrav förutsätter att regeringen, efter att kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft eller efter det att EG-domstolen funnit att ett stöd strider mot statsstödsreglerna i fördraget, fattar beslut om återkrav. Några möjligheter för regeringen att besluta om återkrav i andra fall än de ovan nämnda förekommer inte heller.

Även om kommissionen normalt är ensam behörig på statsstödsområdet kan en svensk domstol indirekt komma att pröva vissa delar av gemenskapens statsstödsbestämmelser. Efter en anmälan av en intresserad part²¹⁷

²¹⁵ RÅ 1992 ref. 64. Det förekommer emellertid tre olika typer av undantag från huvudregeln om negativ rättskraft. Ett gynnande beslut kan ändras om beslutet är villkorat, dvs. då det innehåller ett återkallelseförbehåll. Likaså får ett beslut inte negativ rättskraft om beslutet grundats på oriktiga uppgifter vilka lamnats av den enskilde. Dessutom kan gynnande beslut ändras till den enskildes nackdel om det föreligger s.k. tvingande sakerhetsskal, se t.ex. JO 1987/88 s. 258.

²¹⁶ Prop. 1991/92:170, s. 157

²¹⁷ Hur begreppet intresserad part ska tolkas och vilka rättigheter som tillkommer en intresserad part framgår av artikel 1 respektive artikel 20 i Procedurforordningen.

måste även en svensk domstol enligt EG-rätten bedöma om en potentiell stödåtgärd uppfyller rekvisiten i artikel 87.1 EG; och om så är fallet verka för ett återkrav om *stand still*-kravet åsidosatts.²¹⁸ Som en följd av att de svenska reglerna om återkrav förutsätter att regeringen i varje enskilt fall fattar beslut i ärendet först efter att kommissionen eller EG-domstolen slagit fast att den aktuella åtgärden är olaglig har de svenska domstolarna dock inte givits några nationella verktyg att fatta beslut om återkrav innan det aktuella stödet granskats av kommissionen eller EG-domstolen. Således kan inte heller de svenska reglerna ge *stand still*-kravet tillräcklig effekt.

I och med Sveriges anslutning till gemenskapsfördraget är Sverige emellertid tvingat till att ge gemenskapsrätten full genomslagskraft vilket kan skapa vissa problem,²¹⁹ inte minst vad avser återkrav av olovligt utbetalda statsstöd. Endast det faktum att den svenska rättsordningen inte medger att återkrav exekveras i vissa situationer utesluter nämligen inte att ett återkrav ska verkställas.

Av utgången i mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, följer också att möjligheterna att underlåta att verkställa ett återkrav enligt gemenskapsrätten är mycket begränsade.²²⁰ Därmed kan konstateras att det förekommer en inneboende konflikt mellan gemenskapsrättens krav på att medlemsstaterna ska tillhandahålla tillräckligt effektiva rättsmedel för att ge gemenskapsrätten full genomslagskraft och den svenska nationella förvaltningsrättens krav på att gynnande beslut ska vinna negativ rättskraft och att lagkraftvunna beslut ska vara gällande.

Då det på gemenskapsrättslig nivå inte finns några regler som bestämmer hur ett eventuellt återkrav ska genomföras, utan overlåter den processen till de nationella rättsordningarna, måste emellertid de svenska reglerna tolkas i ljuset av gemenskapsrätten.²²¹ Oavsett hur de svenska reglerna tolkas kvarstår

²¹⁸ Även om en nationell domstol kan vara behörig att tillämpa artikel 87.1 EG är den aldrig behörig att ta ställning till om något av undantagen i artikel 87.2 EG eller 87.3 EG är tillämpliga.

²¹⁹ Jfr t.ex. mål 6/64, Flaminio Costa mot E.N.E.L., Svensk specialutgåva s. 211, p. 7.

²²⁰ Mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland. Se ovan avsnitt 5.3.4.1.

²²¹ Det torde inte kunna kravas av de nationella domstolarna att de med stöd av gemenskapsrätten ska skapa nya regler som på nationell nivå stipulerar hur ett återkrav ska genomföras, jfr Arhold, 2006, s. 13 f. Artikeln behandlar tyska nationella regler om återkrav utifrån ett avgörande från Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg. Forfattaren riktar viss kritik mot den tyska domstolen som trots att det inte föreligger någon explicit regel om återkrav enligt tysk rätt under rådande omständigheter ändå fattar ett sådant beslut. Jfr även Kreuzschitz, 2006, s. 199 ff., där samma mål refereras och kommenteras.

emellertid det faktum att de svenska reglerna om återkrav av kommunala stöd inte är tillräckligt effektiva för att leva upp till gemenskapsrättens krav

5.4 Offentliga stöd och den danska konkurrenslagen

Det är inte endast EG-rätten som innehåller ett förbud mot offentliga stöd – ett sådant förbud återfinns även i den danska konkurrenslagen. Det danska förbudet infördes genom *lov* nr 416 af 31/05/2000 som reviderade 1997 års danska *konkurrence Lov*. I samband med införandet av förbudet utvidgades även *Konkurrencerådets* befogenheter, varför det liksom blev möjligt för *Konkurrencerådet* att fatta beslut om att ett olagligt stöd ska upphöra, samtidigt som *Konkurrencerådet* även gavs möjlighet att kräva återbetalning av ett olagligt stöd. Vidare gavs *Konkurrencerådet* befogenhet att fatta beslut om så kallade icke-ingripandebesked.

Förslaget att införa ett nationellt danskt förbud mot offentliga stöd länkades av näringsministern under utskottsbehandlingen av det ursprungliga förslaget till reform av konkurrenslagstiftningen.²²² Förslaget byggde på en rapport om konkurrensbegränsande offentliga stöd som utarbetades av ett *tværmønstre* utskott under 1999.²²³ Genom förbudet skulle en ökad kontroll av offentliga subventioner som saknar stöd i offentlig reglering medges, samtidigt som även befogenheterna att ingripa mot sådana åtgärder skulle utvidgas. Den ökade möjligheten till kontroll syftade till att säkra konkurrensneutraliteten i takt med att den offentliga sektorn blev allt mer marknadsorienterad.²²⁴

Det danska förbudet mot offentligt stöd, vilket återfinns i 11 a § *konkurrence Lov*, är vid en första anblick tamligen likt det gemenskapsrättsliga förbudet mot statligt stöd som återfinns i artikel 87 i EG, vilket också följer av att det EG-rättsliga förbudet har tjänat som förebild vid utformningen av den danska regleringen på området.²²⁵ De initiala likheterna mellan förbu-

²²² Se ændringsforslag til lovforslag nr L 242, FT 1999/2000, tillæg A, s. 6799.

²²³ Det tværmønstre udvalgs rapport om konkurrencebegrænsende erhvervsstøtte, 2000. Återfinns på www.ks.dk/publikationer/konkurrence/publikationer_2000/20000209_rapport_om_konkurrencebegrænsende-erhvervsstøtte/ (2007-10-16).

²²⁴ Se Det tværmønstre udvalgs rapport om konkurrencebegrænsende erhvervsstøtte, 2000, s. 9 ff.

²²⁵ Se betænkning afgivet af Erhvervsudvalget af 18/05/2000, FT 1999/2000, tillæg B, s. 1290 och Det tværmønstre udvalgs rapport om konkurrencebegrænsende erhvervsstøtte, 2000, s. 29, där det framgår att det EG-rättsliga regelverket förutsatts vara vägledande även vid tillämpningen av det danska förbudet mot offentligt stöd.

den utesluter däremot inte att det också föreligger avgörande skillnader mellan de båda regelverken.²²⁶

5.4.1 Förbudets räckvidd och konstruktion

Konkurrenanceloven omfattar det danska territoriet, undantaget Grönland och Färöarna – för att ett stöd ska omfattas av bestämmelsen fordras därför att konkurrensen på den danska marknaden påverkas. Den viktigaste skiljelinjen mellan förbudet i den danska konkurrenslagen och förbudet i artikel 87.1 EG är att det senare endast kan aktualiseras då samhandelskriteriet är uppfyllt.²²⁷ Någon parallell tillämpning av gemenskapens statsstödsbestämmelse kan inte heller medges till följd av att kommissionen som huvudregel är ensam behörig på området. Då ett offentligt stöd påverkar samhandeln mellan två eller flera medlemsstater ska därför gemenskapens regler ha företräde.

Av 11 a § 1 st. konkurrenanceloven framgår att ”*Konkurrencerådet kan udstede påbud om, at støtte, der er ydet ved hjælp af offentlige midler til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed, skal bringes til ophør eller skal tilbagebetales.*” I andra stycket regleras under vilka omständigheter *Konkurrencerådet* kan besluta om att en stödåtgärd ska upphöra och återkrävas. Som krav för att *Konkurrencerådet* ska kunna fatta ett sådant beslut fordras emellertid att den aktuella stödåtgärden strider mot någon annan reglering. I tredje stycket regleras vem som ska avgöra om en omtvistad stödåtgärd är förenlig med det gällande regelverket. Det fjärde stycket reglerar till vem ett beslut om återkrav kan riktas. I femte och sjätte stycket regleras preskriptionstiden och hur räntan på det stöd som ska betalas tillbaka ska fastställas, respektive att *Konkurrencerådet* efter en anmälan kan besluta om ett s.k. icke-ingripandebesked.²²⁸

Det danska förbudets stödbegrepp motsvarar begreppet i artikel 87.1 EG – alla åtgärder som ger ett företag en ekonomisk fördel vilken det inte hade erhållit under normala marknadsmässiga förhållanden omfattas således av definitionen.²²⁹ *Konkurrencerådet* har därför att undersöka om den offentliga

²²⁶ Se t.ex. Mortensen och Steinicke, 2006, s. 159 f.

²²⁷ För samhandelskriteriet se ovan avsnitt 5.3.1.2.

²²⁸ Enligt 11 a § 6 st. kan *Konkurrencerådet* efter en anmälan ge besked om att ett utbetalt stöd inte står i strid med *konkurrenancelovens* regler, en form av s.k. icke-ingripandebesked. Närmare regler för sådana icke-ingripandebesked återfinns i bekendtgørelse nr 467 af 08/06/2005.

²²⁹ Se betænkning afgivet af Erhvervsudvalget af 18/05/2000, FT 1999/2000, tillæg B, s. 1291. Jfr Wegener Jessen, 2003, s. 107 ff., där det anförs att vissa skillnader mellan det

myndighet som lämnar ett visst stöd har agerat utifrån samma ekonomiska antaganden som en privat investerare antas skulle ha gjort då en sådan tillskjuter kapital till ett annat företag. Med stöd avses således inte endast direkta tillskott av medel utan även andra former av gynnande, exempelvis i form av sänkta avgifter för att bruka en kommunal anläggning, omfattas av stödbegreppet. Även ett avkastningskrav som inte motsvarar de krav som normalt ställs på ett likartat företag kan anses utgöra ett offentligt stöd. Ett kommunalt företag som tillåts agera utan att det förväntas generera en tillräckligt stor vinst till ägaren, dvs. kommunen, kan därför mycket väl anses ha gynnats av en stödåtgärd som kan omfattas av förbudet i 11 a § *konkurrenanceloven*.

För att förbudet ska aktualiseras fordras vidare att stödet utgår med offentliga medel. Dessutom ska stödet vara selektivt, såtillvida att vissa företag ska gynnas framför andra, för att åtgärden ska träffas av bestämmelsen. Begreppet företag ska i likhet med vad som gäller vid tillämpningen av övrig dansk och gemenskapsrättslig konkurrenslagstiftning förstås som all ekonomisk eller kommersiell verksamhet som bedrivs på en marknad. Följaktligen omfattas även offentliga företag och företag som arbetar under offentliga koncessionsvillkor av begreppet. Avslutningsvis ska stödet påverka konkurrensen för att träffas av *konkurrenancelovens* förbud. Under förutsättning att ett stöd är selektivt torde också kravet på att konkurrensen ska påverkas regelmässigt vara uppfyllt.²³⁰

Enligt 11 a § 2 st. *konkurrenanceloven* är det emellertid endast en stödåtgärd som ”*ikke er lovlig i henhold til offentlig regulering*” som omfattas av förbudet. Följaktligen är det endast stödåtgärder som inte är tillåtna i förhållande till andra offentliga regleringar som träffas av det nationella förbudet mot offentligt stöd. Något motsvarande kriterium för att ett stöd ska anses vara olagligt inom gemenskapsrätten saknas. På gemenskapsrättslig nivå kan istället kommissionen underkänna nationella stödåtgärder oavsett om de grundas på nationella regler eller inte, vilket också ger gemenskapsrättens förbud mot statliga stöd mycket av dess styrka. Den i Danmark valda lösningen utesluter därför en tillämpning av förbudet oavsett hur allvarliga konsekvenserna av ett offentligt stöd är på marknaden under förutsättning

gemenskapsrättsliga stödbegreppet och vad som avses med offentliga stöd enligt det danska nationella förbudet torde foreligga.

²³⁰ Se Heide-Jørgensen, 2000, s. 494. Jfr Wegener Jessen, 2003, s. 111, varvid det framgår att en viss undersökning om ett stöd påverkar konkurrensen måste göras trots att det kan konstateras att det aktuella stödet är selektivt.

att stödet är tillåtet enligt någon offentlig reglering. Bedömningen huruvida ett stöd är tillåtet med hänsyn till någon offentlig reglering faller också utanför *Konkurrenserådets* kompetens.

Ifråga om kommunala stödåtgärder är det enligt 11 a § 3 st. *konkurrenanceloven* den myndighet som ansvarar för tillsynen över den aktuella kommunen som avgör om det aktuella stödet är lagligt i förhållande till annan reglering, medan det i övriga fall är den minister under vars ansvarsområde den aktuella verksamheten faller som gör motsvarande bedömning.

I likhet med vad som stadgas av 2 § 2 st. *konkurrenanceloven* avses med offentliga regleringar lagstiftning, kungörelser, generella budgetregler, beslut inom ramarna för kommunalfullmakten, förpliktelser enligt ratificerade konventioner och gemenskapsrättsliga regler.²³¹ Huruvida ett offentligt stöd är lagligt beror således på om stödet har lämnats i överensstämmelse med både nationell rätt och EG-rätt. Ett stöd som trots att det kan accepteras enligt nationell rätt är således inte tillåtet om stödet istället strider mot gemenskapsrätten.²³²

Om *Konkurrenserådet* vid en undersökning finner att ett stöd riskerar att påverka handeln mellan medlemsstater, dvs. då artikel 87.1 EG är tillämplig, kan rådet inte omedelbart fatta beslut i ärendet utan ska istället föranstalta att den aktuella åtgärden anmäls till kommissionen för granskning i enlighet med artikel 88.3 EG. Någon möjlighet för *Konkurrenserådet* att besluta om tillfällig återbetalning av ett stöd som betalats ut i strid mot *stand still*-kravet torde inte heller föreligga, vilket istället ankommer på de nationella domstolarna att fatta beslut om.²³³

Den främsta skillnaden i förhållande till hur rättsläget var före det nationella förbudets ikraftträdande är att konkurrensmyndigheten genom bestämmelsen givits möjlighet att kontrollera offentliga stöd. Heide-Jørgensen var emellertid tveksam till om denna ändring av *Konkurrenserådets* kontrollmöjligheter skulle få något avgörande genomslag i praktiken.²³⁴ Genom bestämmelsens utformning har lagstiftaren enligt Heide-Jørgensen valt att tillämpa samma avgränsning vid tillämpningen av stödregeln som vid tillämpningen av övriga delar av konkurrenslagen, vilket i praktiken innebär att stora delar av samhällslivet undantas från en konkurrensrättslig

²³¹ Se bemærkninger til lovforslag nr L 172 af 20/02/1997, FT 1996/97, tillæg A, s. 3653 f.

²³² Se Wegener Jessen, 2003, s. 114.

²³³ Se Wegener Jessen, 2003, s. 114 f. och s. 156 ff.

²³⁴ Se Heide-Jørgensen, 2000, s. 496 f.

prövning.²³⁵ Enligt *Det tværministerielle udvalgets rapport om konkurrencebegrænsende erhvervsstøtte* var det endast i ett litet antal av de fall som prövats av *Konkurrencestyrelsen* mellan 1991–1999 där det omtvistade offentliga agerandet inte var en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering.²³⁶ Således torde det konkurrensrättsliga förbudet mot offentliga stöd knappast ha inneburit att konkurrensmyndighetens kontrollmöjligheter i praktiken skärpts, i och med att de problem som tidigare uppmärksammats inte heller efter det att förbudet trädde i kraft kunnat bli föremål för prövning då de har haft stöd i offentliga regler.²³⁷

Det konkurrensrättsliga förbudet mot offentliga stöd har inte heller påverkat rättsläget på området nämnvärt. Redan innan ikraftträdandet av 11 a § *konkurrenceloven* kännetecknades gällande rätt av ett förbud mot offentliga stöd, såvida den aktuella åtgärden inte hade stöd i offentlig reglering.²³⁸ Däremot torde bestämmelsen ha fört med sig att de problem som kan uppkomma till följd av ett offentligt engagemang på den öppna marknaden fått ökat fokus, vilket i sin tur skulle kunna medföra att problemen med bristande konkurrensneutralitet hanteras mer effektivt av de offentliga aktörerna. En ökad kontroll av offentliga stöd borde också i förlängningen kunna avskräcka offentliga aktörer från att vidta sådana åtgärder – speciellt med tanke på att de nationella danska reglerna i viss mån hanterar de brister som är förenade med gemenskapens regelverk på området. Medan EG-rättens enda sanktioner på området är att ett beslut om att vidta en stödåtgärd ska upphävas och att redan utbetalt stöd ska återbetalas till stödgivaren, innehåller den danska lagen ytterligare sanktioner som medför att någon *win-win* situation inte alltid föreligger för det offentliga organ som bryter mot förbudet.²³⁹

²³⁵ Se Heide-Jørgensen, 2000, s. 496 f.

²³⁶ Se *Det tværministerielle udvalgs rapport om konkurrencebegrænsende erhvervsstøtte*, 2000, s. 44 och s. 114.

²³⁷ Se Heide-Jørgensen, 2000, s. 496 f. Se också Wegener Jessen, 2003, s. 121 f.

²³⁸ Någon ändring av rättsläget har inte heller avsetts med inforandet av bestämmelsen, se *Det tværministerielle udvalgs rapport om konkurrencebegrænsende erhvervsstøtte*, 2000, s. 9. Av forarbetena framgår också att forslaget ska ses som ett komplement till gällande rätt och att gällande rätt inte ska andras genom bestämmelsen – utan att den framsta effekten av forslaget ska gå att finna i en ökad kontroll av offentliga stöd, se *betænkning afgivet af Erhvervsudvalget af 18/05/2000, FT 1999/2000, tillæg B*, s. 1290.

²³⁹ Jfr med den kritik som riktats mot gemenskapsrätten, bl.a. det faktum att den valda konstruktionen leder till att den medlemsstat som bryter mot fordragets regler inte riskerar drabbas till följd av överträdelsen, i och med att det aktuella stödet inklusive ranta ska återbetalas

5.4.2 Sanktioner

Som redan nämnts är kärnan i *konkurrencelovens* förbud mot offentliga stöd att *Konkurrenserådet* kan ålagga det allmänna att upphöra med en olaglig stödåtgärd. *Konkurrenserådet* har också givits befogenhet att utfärda åläggande om att redan utbetalt stöd ska återbetalas. Ett sådant åläggande kan enligt bestämmelsens fjärde stycke riktas mot privata företag, *selv ejende* institutioner²⁴⁰ och hel- eller delägda offentliga företag som drivs i bolagsform. Vidare anges i bestämmelsen att *Økonomi- og erhvervsministeren* kan fastställa regler som medger att beslut om återkrav även riktas till andra hel- eller delägda offentliga företag, under förutsättning att de drivs i bolagsliknande former, vilket också utnyttjats genom *bekendtgørelse* nr 949 af 18/10/2000. Offentligt driven näringsverksamhet som inte är skiljd från en myndighet kan dock inte åläggas att betala tillbaka ett olagligt stöd som den erhållit.

Ålägganden om att upphöra med en olaglig stödåtgärd eller ett åläggande om återkrav av redan utbetalt olagligt stöd är likafullt inte de enda sanktionerna som kan aktualiseras enligt *konkurrenceloven*. Enligt lagens 23 § kan även böter aktualiseras om någon uppsåtligen eller av grov oaktsamhet bryter mot 11 a §. Även en underlåtenhet att följa ett åläggande enligt 11 a § kan leda till att ett bötesansvar aktualiseras. Böter enligt 23 § kan också aktualiseras fastän *Konkurrenserådet* meddelat ett icke-ingripandebesked – under förutsättning att anmälaren uppgivit oriktiga eller vilseledande uppgifter i samband med sin ansökan.²⁴¹

5.4.3 Processuella bestämmelser

Huvudregeln är enligt 11 a § 3 st. *konkurrenceloven* att det är den minister som ansvarar för det verksamhetsområde som påstås snedvrída konkurrensen eller det för verksamheten ansvariga tillsynsorganet som ska avgöra huruvida ett ifrågasatt stöd står i överensstämmelse med offentliga regler. Beträffande kommunala stödåtgärder är det följaktligen statsförvaltningen som avgör om ett eventuellt stöd inte är förenligt med andra regleringar.

till den medlemsstat som brutit mot bestämmelserna, medan stödtagaren kan försattas i en samre situation an om stödet aldrig utbetalats, se Lever, 2003, s. 303–321.

²⁴⁰ En *selv ejende* institution ar en associationsform som i Sverige motsvaras av en stiftelse

²⁴¹ Hur omsättningen ska beraknas framgår av *bekendtgørelse* nr 895 af 21/09/2000. Omsättningen ska fastställas for det foretag som gjort sig skyldig till overtradelser – om foretaget ifråga ingår i en koncern ska omsättningen darfor inte fastställas på koncernbasis.

De beslut *Konkurrenserådet* fattar kan enligt 19 § *konkurrenceceloven* som huvudregel överklagas till *Konkurrenceankenævnet*, vilken utgör en administrativ besvärmyndighet. Talerätt har den som beslutet riktar sig mot och tredje man under förutsättning att denne har ett individuellt och väsentligt intresse i ärendet.

Den prövning som görs är både formell och materiell. Ett undantag är likafullt bedömningen om en viss åtgärd har stöd i offentlig reglering. I praktiken leder detta till att bestämmelsen i 11 a § endast i undantagsfall kan komma att prövas av någon konkurrensmyndighet eller domstol.²⁴² Då en överträdelse väl kan konstateras blir det emellertid *Konkurrenceankenævets* uppgift att ta ställning till sanktionerna. *Konkurrenceankenævets* ställningstagande kan i sin tur överklagas till domstol enligt 20 § 3 st. *konkurrenceceloven*.

5.4.4 Förbudets tillämpning i praxis

Praxis på statsstödsområdet från *Konkurrenserådet* är tämligen begränsad – hittills har knappt 30 ärenden behandlats. Flera av dessa ärenden har också avsett kommunal prissättning ifråga om tjänster inom ramen för den s.k. *frit valg*-ordningen.²⁴³

Som ett exempel på då det danska förbudet mot offentliga stöd aktualiserats kan nämnas *Konkurrenserådets afgørelse af 2006-09-27*.²⁴⁴ I ärendet hade *Konkurrenserådet* att ta ställning till om Fyns *amt* hade betalat ut ett olagligt stöd till Portal Fyn A/S för utveckling och etablering av regionsportalen fyn.dk. Portalen utvecklades och etablerades 2003 av Portal Fyn A/S, som också drev portalen. Portal Fyn A/S ägdes i sin tur av medieföretagen Fyns Stiftstidene A/S och TV2/Fyn. Fyn.dk syftade till att synliggöra Fyn genom att all upptänklig information om regionen, både av kommersiell och av offentlig karaktär, skulle finnas tillgänglig på portalen.

Portal Fyn A/S fick uppdraget att utveckla och etablera Fyn.dk med stöd av Fyns *amt* efter förhandlingar mellan *amtet* och företaget – något upphandlingsförfarande genomfördes således inte. Enligt samarbetsavtalet mellan parterna skulle Portal Fyn A/S utföra vissa uppgifter åt Fyns *amt* i samband med etableringen och utvecklingen av den icke-kommersiella delen av

²⁴² Se Wegener Jessen, 2001, s. 194.

²⁴³ För en beskrivning av *frit valg*-ordningen, se t.ex. Steinicke, 2003, s. 125–159. Jfr Öka konsumentnyttan inom vård och omsorg – förslag för konkurrens och ökat företagande, KKV:s rapportserie 2007:3.

²⁴⁴ *Konkurrenserådets afgørelse af 2006-09-27*, Portal Fyn.dk (Journal nr 4/0120-0100-0002SEK/DRP).

portalen. I gengäld erhöll företaget ett stöd på ca 1,5 miljoner danska kronor från Fyns *amt*. Fyns *amt* hade inte försäkrat sig om att det aktuella stödet uteslutande gick till utveckling och etablering av den icke-kommersiella delen av portalen.

I samband med att *Konkurrencestyrelsen* undersökte huruvida den vidtagna åtgärden var förenlig med förbudet i 11 a § *konkurrenceloven* under 2004 uttalade också *statsamtsmanden* att stödet till Portal Fyn A/S var olagligt – varför stödet upphörde under 2005. Istället ingicks ett avtal mellan Fyns *amt* och Portal Fyn A/S om tillhandahållande av vissa tjänster mot en ersättning på 1,7 miljoner danska kronor. Portal Fyn A/S blev således ännu en gång vald som leverantör utan att någon upphandling gjorts och utan att Fyns *amt* förvissade sig om att stödet uteslutande skulle användas med anledning av den icke-kommersiella delen av portalen.

Slutsatsen blev därför att Portal Fyn A/S överkompenserats och att överkompensationen var selektiv samtidigt som konkurrensen påverkades. Dessutom ansågs inte samtliga ifrågavarande åtgärder vara lagliga i kommunalrättslig mening (efter att utlåtande från den aktuella tillsynsmyndigheten infordrats). *Konkurrencerådet* konstaterade därför slutligen att Portal Fyn A/S erhållit en ekonomisk fördel som uppgick till ca 50000 danska kronor; vilken stod i strid med förbudet i 11 a § *konkurrenceloven*. Portal Fyn A/S ålades därför att betala tillbaka det aktuella stödet.

Utgången av ärendet visar på det faktum att det danska förbudet kan suppleras förbudet i artikel 87.1 EG. Någon samhandelseffekt hade knappast kunnat påvisas i det aktuella ärendet, särskilt inte med beaktande av *de minimis*-förordningen, varför de potentiella företag som missgynnats inte hade kunnat förlita sig på gemenskapsrätten som ett verktyg att använda i den aktuella situationen. Det finns emellertid inget som utesluter att den åtgärd Fyns *amt* vidtog inte hade kunnat angripas med stöd av kommunalrättsliga regler.

Ett ärende som tydligt visar att det danska konkurrensrättsliga förbudet mot offentliga stöd kan ha ett visst genomslag är *Konkurrencerådets afgørelse af 2002-11-27*.²⁴⁵ En privat tolkförmedlingsbyrå hade klagat på att Köpenhamns kommun genom inrättande av en egen tolkförmedling hade begränsat konkurrensen. Den kommunala tolkförmedlingen ansvarade inte endast för alla interna tolkuppdrag i kommunen utan den sålde också sina tjänster till privata läkare och specialtläkare. Dessutom hade den kommunala tolk-

²⁴⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 2002-11-27, Københavns Kommunes Tolkeformidling (Journal nr 3/1120-0100-0125/Service/bhh).

förmedlingen som enda tolkförmedling blivit uppförd på Köpenhamns *amts* tolklista, från vilken tolkar skulle rekvideras även av privata läkare och specialistläkare för att dessa skulle få en högre ersättning av de allmänna. I praktiken utfördes därför samtliga tolkuppdrag åt privata läkare av tolkar eller tolkbyråer som fanns upptagna på tolklistan.

Efter att *Konkurrenserådet* anmodat *Indenrigs- og sundhedsministeriet* att uttala sig angående lagligheten av vad *Konkurrencestyrelsen* betecknade som ett offentligt stöd enligt 11 a § *konkurrenceoven*, upphörde emellertid Köpenhamns kommuns tolkförmedling att förmedla tolkning till privatpraktiserande läkare och specialistläkare, varför *Konkurrenserådet* fattade beslut om att avsluta ärendet.

Ärendet visar på ett tydligt sätt att kommunala åtgärder kan snedvrída konkurrensen utan att några direkta stöd lämnas – även åtgärder som är av regulativ natur kan i stor utsträckning påverka konkurrensförhållandena genom att ett visst företag gynnas. I det aktuella ärendet uttalade emellertid *Konkurrenserådet* att det kommunala stödet också bestod i att kommunen finansierade en verksamhet som skulle tillgodose interna behov samtidigt som det ifrågavarande företaget tillhandahöll motsvarande tjänster på den öppna marknaden. Av *Konkurrenserådets* avgörande framgår dock inte om den verksamhet som tillhandahölls på den öppna marknaden verkligen subventionerades.

5.5 Preliminära konklusioner och sammanfattning

Även om EG-rättens konkurrensregler ska tillämpas generellt på alla typer av ekonomiska aktiviteter finns det i likhet med vad som är fallet enligt både svensk och dansk konkurrensrätt en viss möjlighet att få ett undantag från konkurrensreglernas tillämpning till stånd. Möjligheten till undantag från EG:s konkurrensrätt är däremot i många avseenden mer inskränkt än motsvarande möjlighet enligt nationell svensk rätt.

Enligt den svenska konkurrenslagen ska lagen inte tillämpas på konkurrensbegränsningar som är en direkt och avsedd effekt av lagstiftning eller en ofrånkomlig följd av sådan. För att undantag från konkurrenslagens tillämpning ska kunna göras fordras således endast att det förekommer en offentlig reglering som medför att det aktuella företaget något förenklat måste agera konkurrensbegränsande. Enligt artikel 86.2 EG, vilken reglerar det EG-rättsliga undantaget, krävs visserligen inte att det finns en offentlig reglering som tvingar ett företag att agera på ett visst sätt, men det uppställs andra fordringar för att ett konkurrensbegränsande förfarande ska kunna

undandras en tillämpning av gemenskapens konkurrensregler. Till skillnad mot vad som är fallet enligt svensk rätt kan inte all typ av verksamhet undantas, utan endast verksamhet som är att klassificera som tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Även om det i stor utsträckning är upp till varje medlemsstat att själv avgöra vad som utgör en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse kan vissa gemenskapsrättsliga kännetecken identifieras. Det som är karakteristiskt för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är som tidigare nämnts att det finns en skyldighet att täcka samhällsviktiga behov samtidigt som de aktuella tjänsterna normalt ska erbjudas samtliga medborgare på likvärdiga villkor. För att en tjänst ska anses vara av ett allmänt ekonomiskt intresse fordras dessutom att tjänsten skiljer sig från annan ekonomisk verksamhet i så motto att den inte hade kunnat tillvaratas på acceptabla villkor på den öppna marknaden.

Endast det faktum att ett företag tillhandahåller en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse innebär däremot inte att undantag från konkurrensreglernas tillämpning alltid kan medges. För att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska kunna undantas fordras att det aktuella företaget anförtrotts att tillhandahålla den speciella tjänsten. Ett företag kan därför inte på eget initiativ engagera sig i verksamhet som är att klassificera som en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse för att därigenom undkomma en tillämpning av EG:s konkurrensregler.

För att undantag från EG:s konkurrensregler ska kunna medges i samband med att ett företag tillhandahåller en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse krävs dessutom att en tillämpning av gemenskapens konkurrensregler, rättsligt eller i praktiken, skulle hindra att de särskilda uppgifter som anförtrotts företaget utförs. Det ska också observeras att det ska råda proportionalitet mellan den aktuella konkurrensbegränsningen och det syfte som ska tillgodoses för att undantag ska kunna beviljas.

Liknande de krav som följer av EG-rätten för att undantag från konkurrensreglerna ska kunna medges finns knappast enligt svensk nationell rätt. Som exempel kan nämnas att det inte finns någon möjlighet för KKV eller en nationell domstol att göra en avvägning ifråga om huruvida undantag från en viss reglering ska kunna medges utifrån karaktären av den aktuella verksamheten.

Det finns emellertid även likheter mellan EG-rätten på området och den svenska rätten. Exempelvis är KKV i likhet med kommissionen själv behörig att avgöra om en konkurrensbegränsning är en direkt eller avsedd effekt av en offentlig reglering. Följaktligen skiljer sig både EG-rätten och den

svenska rätten på området från den danska rätten, enligt vilken bedömningen om en konkurrensbegränsning är en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering ska göras av den minister som ansvarar för det verksamhetsområde som påstås snedvrída konkurrensen eller det för verksamheten ansvariga tillsynsorganet.

Någon svensk konkurrensrättslig reglering motsvarande förbudet i artikel 87.1 EG eller den danska regleringen i 11 a § *konkurrenanceloven* finns inte. Däremot följer det av 2 kap. 8 § kommunallagen att en kommun inte får understödja enskilda näringsidkare under förutsättning att det inte finns synnerliga skäl för det. Täckningsområdet för förbudet i den svenska kommunallagen är dock inte detsamma som täckningsområdet för artikel 87.1 EG. Även om det enligt förarbetena till kommunallagen framgår att förbudet mot att lämna understöd till enskilda näringsidkare avser att motsvara gemenskapens förbud mot statsstöd harmoniserar de svenska reglerna knäpast med gemenskapsrätten.

Först och främst ska nämnas att det svenska kommunalrättsliga förbudet och förbudet i artikel 87.1 EG kan tillämpas i olika situationer. Det gemenskapsrättsliga förbudet ska endast tillämpas då samhandelskriteriet är uppfyllt, medan det nationella svenska förbudet blir tillämpligt oavsett om en viss åtgärd påverkar handeln mellan medlemsstater. Det finns inte heller något som utesluter att en åtgärd som accepteras enligt förbudet i kommunallagen ändå träffas av artikel 87.1 EG. I en sådan situation har det gemenskapsrättsliga förbudet företräde varför den aktuella åtgärden, även om den är acceptabel enligt kommunallagen, måste anmälas till kommissionen i vederbörlig ordning, under förutsättning att något av undantagen från anmälningsskyldigheten inte aktualiseras.

Samtidigt ska observeras att ett stöd vars värde understiger 200 000 euro under en treårsperiod normalt inte anses uppfylla samtliga kriterier i artikel 87.1 EG, inklusive samhandelskriteriet, medan förbudet i kommunallagen även avser små belopp till enskilda näringsidkare. En slutsats blir således att förbudet i kommunallagen kan aktualiseras i en mängd situationer då förbudet i artikel 87.1 EG inte är tillämpligt.

Ytterligare en skillnad mellan regelverken är att medan det i kommunallagen stadgas att det som huvudregel är förbjudet att lämna understöd till enskilda näringsidkare – men inte att stödja egna kommunala företag – följer det av gemenskapsrätten att stöd till alla företag kan komma att strida mot förbudet i artikel 87.1 EG. Motsvarande gäller också enligt den danska konkurrensrätten, varför även offentliga stöd till exempelvis kommunala

företag kan komma att träffas av förbudet i 11 a § *konkurrenzeloven*. Slutsatsen är således att kretsen av stödtagare är vidare enligt artikel 87 1 EG och 11 a § *konkurrenzeloven* än enligt den svenska kommunallagen.

Skillnaderna mellan de olika förbuden sträcker sig emellertid långt utöver att endast avse olika definitioner av stödtagare. Det föreligger även avgörande skillnader ifråga om möjligheterna till undantag från förbudet i artikel 87 1 EG respektive förbudet i den svenska kommunallagen – utöver de undantagsmöjligheter som aktualiseras ifråga om stöd till företag som anförtratts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Medan undantag från förbudet i kommunallagen kräver synnerliga skäl, vilket också tolkats tamligen restriktivt i svensk praxis, är installationen till undantag från förbudet i artikel 87 1 EG något mer generös på gemenskapsrättslig nivå. Som utgångspunkt föreligger det exempelvis inte synnerliga skäl för en kommun att stödja ett enskilt företag med hänvisning till att åtgärden ska motverka rådande eller befärad arbetslöshet. Däremot kan det som exempel från gemenskapsrätten nämnas att undantag från förbudet i artikel 87 1 EG mycket väl kan medges under förutsättning att levnadsstandarden är låg i en viss region eller om arbetslösheten är ovanligt hög i enlighet med undantagsreglerna i artikel 87 3 EG. Likaså finns det enligt EG-rätten en möjlighet för offentliga aktörer att lämna sk undsättnings- och omstruktureringsstöd i handelse av att ett företag riskerar gå i konkurs. För att så ska få ske fördras däremot att de villkor som anges i gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter beaktas.²⁴⁶

I sammanhanget ska också det danska förbudet mot offentliga stöd nämnas. Något egentligt undantag från förbudet kan emellertid aldrig aktualiseras – däremot innebär förbudets konstruktion ifråga om bestämmelsens tillämpningsområde att undantag inte bara kan, utan ska, medges om den aktuella stödåtgärden inte är förbjuden enligt någon offentlig reglering. Det danska förbudets tillämpningsområde är följaktligen mindre än tillämpningsområdet för artikel 87 1 EG. Förbudet i 11 a § *konkurrenzeloven* omfattar endast stöd som är olagliga i förhållande till andra regler, såsom kommunallagen. Således skiljer sig förbudet mot offentliga stöd i ett väsentligt hänseende också från det stadgande i 2 § *konkurrenzeloven* som reglerar tillämpningsområdet för de centrala danska konkurrensrättsliga förbuden. För att de centrala konkurrensrättsliga förbuden ska kunna åsidosättas enligt 2 §

²⁴⁶ Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter. EUT nr C 244, 01 10 2004, s. 2–17.

fordras att det finns en offentlig reglering som tvingar en aktör att agera konkurrensbegränsande, medan det för att förbudet i 11 a § ska kunna åsidosättas är tillräckligt att den aktuella åtgärden inte är förbjuden enligt exempelvis kommunalrätten. Följaktligen krävs det inte heller att en viss stödåtgärd är påbjuden enligt en offentlig reglering för att 11 a § inte ska kunna tillämpas, utan endast frånvaron av ett förbud i annan lagstiftning skapar en möjlighet för en kommun att stödja ett visst företag.

Några särskilda regler för att en kommunal stödåtgärd inte ska omfattas av förbudet i 11 a §, liksom de krav som följer av 2 § 2 st. 2 mom. finns inte heller. För att en kommunalt beslutad konkurrensbegränsning ska kunna anses vara en direkt och nödvändig effekt av en offentlig reglering och därigenom undantas från en tillämpning av de centrala konkurrensrättsliga förbuden, fordras som nämnts att konkurrensbegränsningen är beslutad av *kommunalbestyrelsen*, att den är nödvändig för att den aktuella uppgiften ska kunna utföras, samt att uppgiften är ålagd kommunen genom lagstiftning. Ifråga om kommunala stödåtgärder finns det däremot endast ett krav som ska vara uppfyllt för att den aktuella åtgärden inte ska kunna träffas av förbudet i 11 a § *konkurrenanceloven* – åtgärden ska inte vara olaglig. Sålunda kan inte 11 a § appliceras då en kommun vidtar en konkurrensbegränsande stödåtgärd med hänvisning till den kompetens som tillskrivits kommunen genom kommunalfullmakten.

Utformningen av 11 a § *konkurrenanceloven* har också kritiserats för att den egentligen inte förändrade rättsläget.²⁴⁷ Enligt min mening är den kritiken emellertid något oförtjänt. Förbudet i 11 a § har inneburit att möjligheten till statlig kontroll har ökat, särskilt med fokus på konkurrensbegränsande kommunala åtgärder. De danska kommunerna kan följaktligen kontrolleras inte endast på kommunalrättslig väg utan också med hjälp av konkurrensrätten. Att den utökade möjligheten till kontroll kan ge positiva resultat utan att för den skull rättsläget har ändrats ifråga om det materiella förbudet illustreras också tydligt av det tidigare nämnda *Konkurrencerådets afgørelse af 2002-11-27*.²⁴⁸

²⁴⁷ Se t.ex. Mortensen och Steinicke, 2006, s. 160. Jfr Heide-Jørgensen, 2000, s. 498.

²⁴⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 2002-11-27, Københavns Kommunes Tolkeformidling (Journal nr 3/1120-0100-0125/Service/bhh). Se ovan avsnitt 5.4.4.

DEL III

KOMMUNALT NÄRINGSLIVSENGAGEMANG OCH
BRISTANDE KONKURRENSNEUTRALITET – NÅGRA
KONFLIKTOMRÅDEN

6 De kommunala bostadsföretagen och konkurrensrätten

6.1 Introduktion

I föreliggande kapitel behandlas ett av de områden där det med hänvisning till Konkurrensverkets praxis inte sällan tycks uppkomma konkurrenskonflikter till följd av att kommunala och privata aktörer konkurrerar på samma marknader – nämligen marknaden för uthyrning av bostäder.

Den i sammanhanget tämligen rikhaltiga praxis från Konkurrensverket (KKV) tyder på att området är av ett stort praktiskt intresse, vilket i viss mån dessutom understryks av att den svenska intresseorganisation som företräder många privata bostadsföretag, Fastighetsägarna, lämnat en anmälan till kommissionen där de anför att det förekommer otillåtna statsstöd på den svenska bostadsmarknaden.¹ Likaså har problemen på det aktuella området varit föremål för ett visst utredningsarbete på senare tid.² Därtill är också området principiellt intressant då den svenska bostadsmarknaden ifråga om hyresrätter är en reglerad marknad, vilket medför att marknadens aktörer inte alltid kan agera affärsmässigt. De kommunala bostadsföretagen har också till följd av den gällande hyresregleringen något av en särställning på marknaden då de hyror som tillämpas inom dessa företag som utgångspunkt ska vara normerande även för de hyror som tillämpas av de privata bostadsföretagen.

Bakgrunden till det kommunala engagemanget på området går att finna i den akuta bostadsbrist som uppkom i många svenska städer med anledning av den ökade urbaniseringen som följde efter första världskriget. I syfte att lösa problemen vidtog både staten och kommunerna olika åtgärder. Den statliga bostadspolitiken tog sig uttryck i statliga bostadslån, statliga räntesubventioner och statliga bostadsbidrag,³ medan det kommunala engagemanget främst tog sig uttryck i att kommunala bostadsbolag lät uppföra flerbostadshus.⁴ Följaktligen är de kommunala bostadsföretagen, även kallad

¹ Se CP 115/02 – Financial Support Granted to Swedish Municipal Housing Companies, återfinns på: <http://www.fastighetsagarna.se/system/article/article.asp?ArticleId=20910> (2007-11-30).

² Se SOU 2008:38.

³ Se Norberg, 1999a, s. 45.

⁴ Se Karlén, 1998, s. 171 f.

allmännyttan, ett resultat av den sociala bostadspolitik som utvecklades efter första världskriget. Allmännyttan är, och har varit, ett viktigt instrument för att klara av bostadsförsörjningen i och med att den inte varit vinstdrivande och har syftat till att kunna tillhandahålla goda bostäder till rimliga priser till alla oavsett social eller ekonomisk bakgrund.⁵

6.2 Det kommunala engagemangets rättsliga grund

Den svenska bostadspolitikens syftar även idag till att undvika bostadsbrist, men likaså till att hålla nere boendekostnaderna och säkra hyresgästernas besittningsskydd.⁶ För att hålla nere hyrorna har både hyresregleringar och subventioner krävts. Någon form av hyresreglering har också varit en indirekt förutsättning för att det ska föreligga ett verkligt besittningsskydd – utan en hyresreglering hade en hyresvärd kunnat använda sig av orimliga hyreshöjningar som en form av förtäckt uppsägning. I och med en hyresreglering, i form av en tillämpning av den s.k. bruksvärdesprincipen vilken återfinns i 12 kap. 55 § JB,⁷ utesluts också en marknadsprissättning vilket medfört att det fordrats olika former av subventioner för att nya hyreslägenheter skulle byggas. I syfte att stimulera byggandet av hyreslägenheter har också hyressättningsystemet förändrats något. Den aktuella reformeringen innebär att hyressättningen för nyproducerade hyreslägenheter inte till fullo måste följa bruksvärdesprincipen de första 10 åren efter uppförandet, under förutsättning att vissa villkor är uppfyllda.⁸ Det har också föreslagits att dagens hyresreglering ska förändras såtillvida att hyrorna ska kunna bli mer efterfrågestyrda.⁹

Det är emellertid inget exklusivt svenskt fenomen att reglera bostadsmarknaden. Att samhället äger bostäder eller bestämmer vem som ska få gå före i bostadskön anses vara det bästa sättet att trygga boendet för personer med sociala problem, varför de flesta EU-länder har ett visst bestånd av bostäder som fördelas av det offentliga. I många EU-länder sätts dock hyran i dessa lägenheter i relation till hyresgästens betalningsförmåga. Det förekommer även andra former av hyresregleringar. Exempelvis finns det hyresregleringssystem som inte tillåter att hyran ökar under hyrestiden, men i

⁵ Se prop. 2001/02:58, s. 13.

⁶ Se prop. 2001/02:58, s. 13 och s. 32.

⁷ Den svenska hyresregleringen behandlas nedan i avsnitt 6.3.

⁸ Se 12 kap. 55 c §, samt SOU 2004:91 och prop. 2005/06:80.

⁹ Se SOU 2008:38, s. 541 ff.

samband med att hyresgästen flyttar kan hyran höjas varför hyreshöjningen drabbar den nya hyresgästen.¹⁰

I ett europeiskt perspektiv finns det en stor andel hyresrätter i Sverige.¹¹ Av det totala bostadsbeståndet utgjordes 1990 ca 40 procent av hyresrätter, medan andelen bostadsrätter uppgick till 17 procent och resterande del utgjordes av egnahem.¹² Det ska också nämnas att de kommunala bostadsföretagens andel av hyresbostadsmarknaden 2006 var ca 45 procent.¹³

Den svenska allmännyttan kännetecknas sålunda av dess storlek. Storleken leder också till att det inte behöver finnas några restriktioner beträffande vilka som får hyra bostäder inom allmännyttan. I många andra europeiska länder har man däremot valt att ha en liten allmännytta där endast de med låga inkomster eller som är socialt utslagna kan få bostad.¹⁴ Att som i Sverige ha en stor allmännytta kan emellertid leda till motsättningar mellan allmännyttan och de privata bostadsföretagen. I de länder man har en liten allmännytta med stränga krav exempelvis ifråga om inkomst, uppkommer inte denna konkurrenskonflikt eftersom de privata hyresvärdarna ändå inte skulle acceptera de boende i allmännyttans lägenheter som hyresgäster. Nackdelen med en liten allmännytta är dock att segregationen i samhället riskerar att öka som en följd av att de områden där allmännyttan är lokaliserad då i större utsträckning kommer att bebos av människor med låg social status. Den svenska bostadspolitiken har också som uttalat mål att verka för ökad integration mellan olika grupper i samhället.¹⁵ För att lyckas med en sådan bostadspolitik måste således allmännyttan vara så stor att huvuddelen av de boende utgörs av ”vanliga” medborgare och att endast en måttlig andel av de boende kan hänföras till kategorin socialt behövande. För att locka ”vanliga” medborgare, i form av arbetare och tjänstemän, till de allmännyttiga lägenheterna med syfte att höja statusen på dessa bostadsområden måste lägenheterna också vara relativt stora, fina och prisvärda. Det är likaså denna typ av kunder som även de privata hyresvärdarna vill locka till sig, varför konkurrenskonflikten i viss mån underbyggs av strävandet efter minskad segregation i samhället.¹⁶

¹⁰ För en redogörelse av olika former av hyresregleringar se Karlén, 1998.

¹¹ Se Karlén, 1998, s. 20 och Norberg, 1999a, s. 49.

¹² Se Boverkets rapport 1993:2, Svensk bostadsmarknad i internationell belysning, Årsbok från Boverket 1993, s. 163.

¹³ Se SOU 2008:38, s. 79.

¹⁴ Se Norberg, 1999a, s. 49.

¹⁵ Se prop. 2001/02:58, s. 14.

¹⁶ Se Norberg, 1999a, s. 49 f.

Den första speciallag som reglerade den kommunala kompetensen på bostadsförsörjningsområdet var lag (1947:523) om kommunala åtgärder till bostadsförsörjningens främjande m.m. (bostadsförsörjningslagen). I anslutning till kommunallagsreformen 1947 uttalade Kommunallagskommittén att den kommunala kompetensen på bostadsområdet oavsett ny lagstiftning grundade sig på allmänna kompetensregler.¹⁷ Kommitténs förslag till ny kommunallag, som senare antogs av riksdagen, skulle också ge kommunerna samma kompetens på bostadsområdet som följde av bostadsförsörjningslagen, kommittén ansåg därför den sistnämnda vara överflödig. Åsikten delades emellertid inte av riksdagen som antog bostadsförsörjningslagen med motivering att den skulle medverka till en effektivare bostadspolitik eftersom den även angav kommunala skyldigheter inom bostadsförsörjningsområdet.¹⁸

Kommunerna var följaktligen fria att med stöd av både bostadsförsörjningslagen och den allmänna kommunala kompetensen utforma sin bostadsförsörjningspolitik under förutsättning att åtgärderna kom kommunmedlemmarna tillgodo och att andamålet med åtgärderna skulle avse anskaffande eller innehav av fullvärdiga bostäder.¹⁹ Bostadsförsörjningslagen från 1947 ändrades senare genom lag (1975:131) som stipulerade att en kommun var oförhindrad att ställa medel till förfogande för att täcka förvaltningsförluster hos ett kommunalt bostadsföretag med minoritetsintressenter även till den del förlusten belöpte på en medintressent. Det var redan sedan tidigare tillåtet för en kommun att täcka förluster i helägda kommunala bostadsföretag.²⁰ Bostadsförsörjningslagen var gällande fram till 1992 då den upphävdes i samband med avskaffandet av den s.k. ackvisitionslagstiftningen.²¹

De kommunala bostadsföretagen räknas som nämnts till den s.k. allmännyttan, vilket är en beteckning för bostadsföretag som verkar under särskilda villkor. Det främsta kännetecknet för sådana bostadsföretag är att de inte drivs med ett vinstsyfte.²² De allmännyttiga bostadsföretagen har också

¹⁷ Se SOU 1947:53, s. 82.

¹⁸ Se Lagutskottets utlåtande 1947:53, s. 15.

¹⁹ Se Lagutskottets utlåtande 1947:53, s. 15.

²⁰ Se prop 1975:15, s. 9 och RÅ 1976 Ab 242.

²¹ Förordning (1991:1932) om upphävande av vissa författningar om bostadslån och rantebidrag, lag (1993:404) om upphävande av lag (1947:523) om kommunala åtgärder till bostadsförsörjningens främjande m.m., samt lag (1993:405) om upphävande av lag (1987:1274) om kommunal bostadsanvisningsrätt.

²² Se 1 § lag (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag

erhållit vissa förmåner, bland annat statligt finansiellt stöd vilket sedan mitten av 1970-talet utgått med närmare 100 miljarder kronor.²³ Gynnandet av allmännyttan minskade i omfattning under 1990-talet då den borgerliga regeringen (1991–1994) upphävde ackvisationslagstiftningen. En annan effekt av ackvisationslagstiftningens avskaffande var att kommunerna inte längre kunde tvinga privata hyresvärdar att husera socialt utslagna.

Genom slopandet av ackvisationslagstiftningen upphörde också den kommunala skyldigheten att anordna bostadsförmedling, varför sådan verksamhet övergick till att vara en frivillig kommunal verksamhet som numera endast finns i ett 30-tal kommuner.²⁴ Genom lag (2000:1383) om kommunernas bostadsförsörjningsansvar upphävdes däremot i viss mån den kommunala frivilligheten på området. Lagen förskriver att en kommun ska anordna kommunal bostadsförmedling om det behövs för att främja bostadsförsörjningen. Regeringen får också enligt lagens 3 § 2 st. förelägga en kommun att tillhandahålla bostadsförmedling om kommunen inte själv vidtar en sådan åtgärd trots att det behövs för främjandet av bostadsförsörjningen.

Det kommunala avgiftsuttaget för tillhandahållande av bostadsförmedling begränsas enligt lagens 4 § av bestämmelsen i 12 kap. 65 a § JB, som föreskriver att grunderna för avgiften ska fastställas av Kammarkollegium. Därutöver får en kommun som tillhandahåller bostadsförmedling även ta ut en avgift för rätten att stå i kö, en s.k. köavgift. Grunderna för denna avgift ska bestämmas av kommunen, men inom ramen för en tillämpning av självkostnadsprincipen.²⁵

Under mitten och slutet av 1990-talet uppkom tydliga spänningar mellan den statliga bostadspolitiken och kommunernas ekonomiska realitet. På grund av det ekonomiska läget ville flera kommuner avveckla sitt engagemang i de kommunala bostadsbolagen, medan staten inte fann att en sådan utveckling var önskad då allmännyttan ansågs vara av stor social betydelse. För att motverka utförsäljningen av allmännyttan antogs en s.k. stopplag, lag (1996:1435), som senare ersattes med lag (1999:608), vilken gällde till utgången av 2002. Lagstiftningen förbjöd visserligen inte utförsäljningar av allmännyttan men möjligheterna att erhålla olika typer av statsbidrag begränsades för de kommuner som sålde ut hela eller delar av sitt bostads-

²³ Se Lindquist, 2005, s. 157.

²⁴ Se Lindquist, 2005, s. 175.

²⁵ Jfr Lindquist, 2005, s. 146.

bestånd.²⁶ I samband med införandet av lag (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag (Allbo-lagen) skapades också ett system som innebar att kommunala bostadsföretag endast fick överlåtas under förutsättning att länsstyrelsen beviljade tillstånd i varje enskilt fall.²⁷ Sedan den 1 juli 2007 står det emellertid kommunerna fritt att avyttra hela eller delar av sitt bostadsbestånd.²⁸

I samband med att bostadsförsörjningslagen avskaffades i början av 1990-talet uttalade lagstiftaren att det kommunala engagemanget på bostadsförsörjningsområdet främst skulle styras av de allmänna kompetensreglerna i kommunallagen och av reglerna i socialtjänstlagen.²⁹ Särskild lagstiftning som tog sikte på den kommunala bostadsförsörjningen ansågs endast vara nödvändig när det förekom ett statligt krav på kommunerna att vidta åtgärder som annars inte skulle ha kommit till stånd eller då kommunerna inte hade rätt att vidta nödvändiga åtgärder. Av den anledningen slopades reglerna om kommunala bostadsförsörjningsprogram, bostadsplanering, förmedling av lån och bidrag samt reglerna om kommunal bostadsförmedling. Istället infördes lag (1993:406) om kommunalt stöd till boendet. Lagen är mycket kort och anger endast att det står kommunerna fritt att ge bidrag till enskilda hushåll. Som exempel på sådant stöd kan nämnas kommunal borgen till enskilda för nybyggande och utbetalning av bostadsbidrag utöver de av staten fastställda normerna.³⁰ Något utrymme att lämna stöd till ägare av hyreshus eller bostadsrättsföreningar medges inte i lagen, utan sådana stöd får endast lämnas då kommunallagen tillåter det.

Avskaffandet av bostadsförsörjningslagen skulle dock inte innebära att kommunernas befogenheter när det gäller bostadsförsörjningen helt upphävdes. Det är därför även efter avskaffandet av lagen kompetensenligt för en kommun att skapa och driva bostadsföretag, men den kommunala kompetensen grundar sig numera främst på regleringarna i 2 kap. 1 och 7 §§

²⁶ Lagstiftningen kritiserades då den ansågs inskränka den grundlagsfästa kommunala självstyrelsen, se bet. 1996/97:BoU7, s. 4 f. Att lagstiftningen ansågs hota den kommunala självstyrelsen berodde på att bostadsförsörjning, efter avskaffandet av ackvisitionslagstiftningen under 1990-talet, var en för kommunerna frivillig verksamhet. Det stod en kommun som inte redan ägde ett allmännyttigt bostadsföretag fritt att bestämma om kommunen skulle engagera sig i sådan verksamhet, varför också kommuner som redan var engagerade på området själva borde få avgöra om engagemanget skulle fortgå.

²⁷ Flera remissinstanser var också negativa till ett införande av en sådan reglering, se prop. 2001/02:58, s. 34–36.

²⁸ Den tillståndsplikt som tidigare gällde avskaffades genom lag (2007:480).

²⁹ Se prop. 1992/93:242 och bet. 1992/93:BoU19.

³⁰ Se bet. 1992/93:BoU19, s. 7–9.

kommunallagen.³¹ Det ska därtill nämnas att det också av Allbo-lagen framgår att det ingår i den kommunala kompetensen att engagera sig på bostadsförsörjningens område.

Att det oavsett bostadsförsörjningslagens avskaffande ryms inom den allmänna kommunala kompetensen att engagera sig på bostadsförsörjningens område har också bekräftats av Regeringsrätten. I RÅ 1997 ref. 47 hade Regeringsrätten att ta ställning till om det beslut av kommunfullmäktige i Kalmar kommun som gav kommunstyrelsen rätt att teckna borgen för en kommunal bostadsstiftelse, Kalmarhem, var kompetens enligt. Kammarrätten fann att beslutet inte var olagligt. Som grund anfördes bland annat uttalanden gjorda i motiven till lagen som upphävde bostadsförsörjningslagen var det uttalades att bostadsförsörjning även fortsättningsvis skulle innefattas i kommunernas allmänna kompetens. Inför Regeringsrätten framförde klaganden att uttalanden i ovan nämnda motiv hade rört 2 kap. 1 § kommunallagen och således inte skulle tjäna som ledning för rättstillämpningen. Klaganden menade vidare att kommunens agerande saknade relevant koppling till bostadsförsörjningen, dvs. att skaffa bostäder till kommunens invånare, eftersom syftet var att minska kapitalkostnaderna för bostadsstiftelsen. Privata hyresvärdar missgynnades då de saknade möjlighet att sänka sina kapitalkostnader på liknande sätt. Genom tillämpningen av bruksvärdesprincipen och dess normerande effekt kunde inte heller de privata hyresvärdarna kompensera sig för högre kapitalkostnader genom hyreshöjningar. Regeringsrätten uttalade att då en kommun hyr ut lägenheter i egna fastigheter utan vinstsyfte – vilket är tillåtet enligt 2 kap. 7 § kommunallagen – är det också kompetens enligt för kommunen att vidta olika åtgärder för finansiering av verksamheten. Regeringsrätten fann att kommunens agerande inte innebar en överträdelse av dess kompetens enligt 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen och avslag i likhet med de tidigare instanserna överklagandet. Beslutet att teckna kommunal borgen för ett helägt bostadsföretag ansågs således falla inom den kommunala kompetensen oaktat bostadsförsörjningslagen upphävande.

Då en viss verksamhet faller inom den kommunala kompetensen kan kommunen ifråga vanligtvis själv avgöra i vilken form det kommunala engagemanget ska bedrivas. I princip har det därför varit möjligt för en kommun att istället för att driva ett kommunalt bostadsföretag låta stödja ett enskilt bostadsföretag ekonomiskt, såvida mottagarens fördelar av stödet varit av

³¹ För en summarisk genomgång av bestämmelserna se ovan avsnitt 2.2.

underordnad betydelse i förhållande till det samhälleliga intresse man avsett att tillgodose.³² En sådan metod är emellertid inte längre accepterad, varför det numera inte ingår i den kommunala kompetensen att stödja enskilda bostadsföretag.³³

Rättsläget är inte heller så klart som Regeringsrättens avgörande i RÅ 1997 ref. 47 kan ge sken av. Kommunerna är visserligen fria att engagera sig i bostadsförsörjning, men kommunala stöd till egna bostadsföretag kan vara tveksamma i förhållande till gemenskapens förbud mot statliga stöd fastän kommunallagens allmänna kompetensbestämmelser i vissa fall medger sådana åtgärder.³⁴

6.3 Den kommunala verksamhetens förutsättningar

Att kommunerna är kompetenta att engagera sig på bostadsförsörjningens område är som visats ovan ingen tvistefråga. Kommunerna är likafullt inte alltid fria att själva avgöra under vilka villkor deras tjänster ska kunna tas i anspråk, vilket följer av att hyresmarknaden som nämnts är en reglerad marknad såtillvida att hyressättningen inte är helt fri. Utan en reglerad hyresmarknad skulle många människor, såsom psykiskt sjuka, kriminella, missbrukare och invandrare riskera att bli hemlösa. Även när sådana personer skulle ha råd att betala hyran för en lägenhet skulle de ändå många gånger riskera att inte få någon bostad då hyresvärdar inte vill ha hyresgäster som med större sannolikhet kan tänkas vålla problem genom att exempelvis störa grannar.³⁵ Syftet med en reglerad marknad är därför att styra fördelning av hyresbostäder i en annan riktning än vad som skulle åstadkommas om marknaden var helt oreglerad.³⁶

Hyresregleringen ska dock inte ses isolerat utan måste ses i ljuset av den vinstbegränsning som följer av Allbo-lagen. I det följande behandlas inledningsvis i avsnitt 6.3.1 den svenska hyresregleringen. I avsnitt 6.3.2 behandlas därefter de särskilda krav på vinstbegränsning som gäller för allmännyttiga bostadsföretag, till vilka de kommunala bostadsföretagen räknas.

³² Jfr Madell, 2006, s. 80.

³³ Se prop. 1992/93:242, s. 26 f. och bet. 1992/93:BoU19, s. 8.

³⁴ Huruvida eventuella kommunala stöd som lämnas till kommunala allmännyttiga bostadsföretag kan träffas av förbudet i artikel 87.1 EG analyseras nedan i avsnitt 6.4.1 och 6.4.2.

³⁵ Se Norberg, 1999a, s. 48.

³⁶ Se Norberg, 1999a, s. 55 f.

6.3.1 Hyresregleringen och besittningsskyddet

Hyresregleringen, i form av en tillämpning av den i 12 kap. 55 § JB reglade bruksvärdesprincipen, syftar inte endast till att hålla nere hyrorna utan den ska som nämnts också medverka till upprätthållandet av ett starkt besittningsskydd. Besittningsskyddet innebär att en hyresgäst har rätt till förlängning av hyresavtalet om inte något av kriterierna i 12 kap. 46 § JB är uppfyllt. Utan någon hyresreglering skulle reglerna om besittningsskydd vara tämligen verkningslösa i och med att hyresvärden annars hade kunnat tvinga hyresgästen att flytta genom att kraftigt höja hyrorna. Således samverkar bruksvärdesprincipen med reglerna om besittningsskydd.

Av 12 kap. 55 JB framgår att hyran ska fastställas till ett skäligt belopp då hyresvärden och hyresgästen tvistar om hyrans storlek. Vidare framgår det att hyran inte är skälig om den är påtagligt högre än hyror som med hänsyn till bruksvärdet är likvärdiga. I samband med bruksvärdesprincipens införande i 12 kap. 55 § JB uttalades att med bruksvärdet avsågs:

”... vad lägenheten med hänsyn till *beskaffenhet* och *förmåner* samt *övriga faktorer* kan anses från konsumenternas-hyresgästernas synpunkt vara värd i förhållande till likvärdiga lägenheter på samma ort”.³⁷

Vid bestämmandet av bruksvärdet skulle tidigare utgå ifrån vad lägenheten var värd för den genomsnittlige konsumenten och inte utifrån vad den konsument som var villig att betala mest för lägenheten värderade den till. Bruksvärdessystemet möjliggjorde av den orsaken hyreshöjningar i centrala lägenheter och lägenheter som av andra skäl värderas högt av konsumenterna medan hyressänkningar kunde tillåtas då lägenheter var svåra att hyra ut.³⁸

Numera har inte bruksvärdesprincipen samma innebörd. Idag är istället allmännyttans hyror vägledande då bruksvärdet ska bestämmas. Hyrorna i det privata bostadsbeståndet får därför inte påtagligt överstiga hyrorna i allmännyttan för jämförbara lägenheter. Som en allmän riktlinje för vilka skillnader mellan hyrorna som accepteras har angetts att hyrorna i det privata lägenhetsbeståndet inte får vara mer än fem procent högre än hyrorna i motsvarande allmännyttiga lägenheter.³⁹

Hyressättningen inom allmännyttan sker genom förhandling mellan lokala hyresgästföreningar och allmännyttiga bostadsföretag. Misslyckas en förhandling ska tvisten föras till Hyresmarknadskommittén. Förhandlingsplikten

³⁷ SOU 1966:14, s. 239.

³⁸ Se Norberg, 1999a, s. 59.

³⁹ Se Holmqvist och Thomsson, 2003, s. 488.

anses fullgjord först då Hyresmarknadskommittén uttalat sig i ärendet och hyresnämnden är inte heller behörig att pröva frågan förrän förhandlingskyldigheten är fullgjord. Parterna är dock skyldiga att acceptera Hyresmarknadskommitténs förlikningsförslag, vilket i praktiken leder till att Hyresmarknadskommittén är det organ som ytterst avgör hyresnivån inom allmännyttan.

Efter att förhandlingarna med de kommunala bostadsföretagen avslutats vidtar förhandlingar mellan de privata hyresvärdarna och hyresgästföreningarna. Hyrorna höjs då med samma procentsats som inom allmännyttan.⁴⁰ Det avgörande vid förhandlingarna blir att fastställa vilka lägenheter i det allmännyttiga bostadsbeståndet som ska anses vara likvärdiga med prövningslägenheterna.

Ett problem med bruksvärdesprincipen är att den kräver att de allmännyttiga bostadsföretagen tillämpar självkostnadsprincipen konsekvent. Om ett allmännyttigt bostadsföretag subventioneras skulle även hyrorna i de privata lägenhetsbestånden kunna komma att sänkas med hänvisning till bruksvärdesprincipen. Ett sådant eventuellt inkomstbortfall kan inte heller alltid kompenseras i och med att de privata företagen inte får del av några subventioner. Frågan om kommunala subventioners förhållande till hyres-sättningsystemet diskuterades redan då den nuvarande bruksvärdesprincipen infördes. I förarbetena anfördes att:

”Den omständighet att hyrorna i vissa kategorier av lägenheter har bestämts under särskilda betingelser utgör enligt de sakkunniga inte något hinder för att de används som jämförelseobjekt. Att alla kategorier lägenheter kommer i betraktande kan bidra till en önskvärd hyresanpassning och till en ökad rörlighet på marknaden. En viss hänsyn måste dock i ett övergångsskede tas till att vissa skillnader i finansieringsbetingelserna – nämligen finansiering med eller utan statliga lån – medverkat till uppkomsten av olika hyresnivåer.”⁴¹

Att allmännyttan erhållit förmånliga statliga lån och andra former av subventioner som inte kommit de privata bostadsföretagen tillgodo har därför inte ansetts utgöra en grund för en uppräknings av hyrorna i ett privat bostadsbestånd. Bostadsdomstolen⁴² har också uttalat att man vid bruksvär-

⁴⁰ Jfr Ds 1992:77, s. 47.

⁴¹ Prop. 1968:91, bilag A, s. 44.

⁴² Bostadsdomstolen var en rikstäckande domstol som tillkom genom lag (1974:1082). Domstolen avskaffades genom lag (1994:835) om upphävande av lagen (1974:1082) om bostadsdomstol. Domstolen var tänkt att fungera som prejudikatinstans medan den huvud-

desprövningen inte kunde ta hänsyn till att allmännyttan arbetade under förmånligare villkor än de privata hyresvärdarna.⁴³ Det har istället anförts att de statliga stöd som gynnat allmännyttan och bruksvärdesprincipens tillämpning ska ses som en sammanhängande helhet i och med att lagstiftaren vid införandet av bruksvärdesprincipen varit medveten om förekomsten av subventioner som gynnat de allmännyttiga bostadsföretagen.⁴⁴

Huruvida eventuella kommunala stöd till allmännyttan omfattas av samma uppfattning är något osäkert till följd av att frågan inte prövats av Bostadsdomstolen.⁴⁵ I RBD 12:94 anförde ett privat bostadsbolag att hyrorna i det kommunala bostadsföretaget inte skulle tjäna som jämförelsehyror vid hyressättningen i det privata bostadsbeståndet då allmännyttan var subventionerad av kommunen. Bostadsdomstolen behövde dock inte ta ställning till de påstådda kommunala subventionerna då man kom fram till att allmännyttan tillämpade självkostnadsprincipen på ett korrekt sätt.

Ett senare ärende från Svea hovrätt indikerar däremot att de villkor som allmännyttiga bostadsföretag verkar under mycket väl kan återspeglas i dess hyresnormerande roll. I RH 1999:90 konstaterade hovrätten att den aktuella jämförelsehyran inte rimligen kunde motsvara självkostnaderna varför inte heller hyrorna accepterades som jämförelseobjekt på den grund att de kommunala hyrorna var underprissatta. Följaktligen finns det visst fog för att påstå att en tillämpning av bruksvärdesprincipen inte nödvändigtvis får till följd att eventuella kommunala subventioner också måste återspeglas i de privata bostadsföretagens hyror. Det faktum att hyrorna inom de kommunala bostadsföretagen är normerande även för hyrorna inom det privata lägenhetsbeståndet ger därför inte kommunerna en oinskränkt möjlighet att påverka hela hyresmarknaden.

6.3.2 *Kommunal bostadsförsörjning och en marknadsanpassad självkostnadsprincip*

En marknadsanpassning av självkostnadsprincipen diskuterades i samband med att principen blev föremål för lagstiftning. Frågan är av särskilt intresse i samband med kommunal fastighetsförvaltning, innefattande både över-

sakliga rättstillämpningen skulle ske i hyresnämnden, prop. 1993/94:200, s. 42. Hyresnämndens avgörande som tidigare överklagades till Bostadsdomstolen ska numera istället provas av Svea hovrätt, prop. 1993/94:200, s. 53.

⁴³ RBD 44:79.

⁴⁴ Se Norberg, 1999a, s. 64.

⁴⁵ Se Norberg, 1999a, s. 64

låtelse och upplåtelse av fast egendom Huruvida självkostnadsprincipen ska tillämpas inom den kommunala bostadsförsörjningen har också skapat viss debatt i den juridiska doktrinen ⁴⁶

Då självkostnadsprincipen lagstodgades i 8 kap 3 b § kommunallagen (numera återfinns principen i 8 kap 3 c §) anfordres följande i motiven

”Den allmänna uppfattningen såväl i doktrin som tidigare utredningar synes vara att inte heller kommunal fastighetsförvaltning omfattas av självkostnadsprincipen Enligt avgiftsgruppen omfattar begreppet fastighetsförvaltning såväl overlåtelse som upplåtelse av fast egendom (Ds 1993 16 s 47) I detta ligger enligt vår mening också att de allmännnyttiga bostadsföretagen inte omfattas av självkostnadsprincipen ”⁴⁷

Den citerade beskrivningen kan emellertid kritiseras för att inte ha varit helt i överensstämmelse med verkligheten Flertalet av de kommunala bostadsföretagen omfattades tidigare av 32 § bostadslåneförordningen ⁴⁸ Enligt förordningen var sådana bostadsbolag som inte hade till syfte att generera vinst till ägarna att anse som allmännnyttiga Det faktum att bostadsföretagen opererade utan något vinstsyfte torde enligt Lindquist också ha givit uttryck för att självkostnadsprincipen skulle tillämpas ⁴⁹ Dessutom förutsatte både det statliga finansiella stödet till bostadsbyggandet och hyresregleringen att de kommunala bostadsföretagen tillämpade självkostnadsprincipen på ett korrekt sätt I prop 1997/98 119 framgick det också att verksamheten i kommunägda bostadsföretag, liksom all annan kommunal kommersiell näringsverksamhet, skulle drivas utan vinstsyfte, vilket borde tolkas som att självkostnadsprincipen alltså skulle vara styrande ⁵⁰ Regeringsrätten var av samma åsikt i RÅ 1997 ref 47

Ytterligare ett argument för att självkostnadsprincipen borde vara gällande även ifråga om kommunal bostadsförsörjning som framförs av Lindquist är att en annan lösning skulle riskera medföra problem ur likställighetssynpunkt ⁵¹ Om den kommunala bostadsförsörjningen inte skulle omfattas av självkostnadsprincipen hade det inneburit att eventuell vinst

⁴⁶ Se Hook och Lundin, 1998, s 574–583, Hook och Lundin, 1999, s 230–232, Riberdahl, 1998, s 1046–1049 och Lindquist, 2000, s 148–150

⁴⁷ Prop 1993/94 188, s 83

⁴⁸ Förordning (1986 694) om handläggning, förvaltning m m av bostadslån och rantebidrag

⁴⁹ Se Lindquist, 2000, s 148–150

⁵⁰ Se prop 1997/98 119, s 65 Jfr prop 1993/94 188, s 83

⁵¹ Se Lindquist, 2000 s 150

från ett kommunalt bostadsföretag hade kunnat återbördas till den gemensamma kommunala kassan vilket skulle få till följd att de boende i det kommunala bostadsföretaget i större utsträckning än andra kommunmedlemmar skulle bidra ekonomiskt till den kommunala förvaltningen.

Frågan om självkostnadsprincipen ska vara normerande för kommunerna i samband med ett kommunalt engagemang på bostadsmarknaden har i viss mån fått sitt svar genom Allbo-lagen. Lagen har inneburit att en för svensk kommunalrätt ny begreppsbildning införts – samtidigt som ett allmännyttigt bostadsföretag ska drivas utan vinstsyfte tillåter lagstiftaren vinstutdelning till aktieägarna. Tidigare innebörd av begreppet allmännytta har varit just det faktum att verksamheten inte ska generera ett överskott som kan delas ut till ägarna, vilket har åstadkommits genom en tillämpning av självkostnadsprincipen. Allbo-lagen ändrar däremot inte rättsläget ifråga om syftet med kommunal allmännyttig verksamhet – kännetecknande för de allmännyttiga bostadsföretagen ska även fortsättningsvis vara att syftet med verksamheten inte ska vara att gå med vinst.⁵² Av lagens förarbeten framgick också att förslaget inte skulle innebära någon "... materiell förändring av gällande rätt."⁵³ Därav går det att dra slutsatsen att Regeringsrättens tidigare avgörande i frågan alltjämt kan tjäna som ledning vid bedömningen.

Den s.k. Allbo-kommittén föreslog i sitt slutbetänkande att en lagreglering av självkostnadsprincipen speciellt på det kommunala bostadsförsörjningsområdet skulle införas.⁵⁴ Regeringen var dock av åsikten att en sådan reglering inte var nödvändig:

"Regeringen kan i och för sig förstå de motiv som kommittén anför för sitt förslag att införa en lagreglering av självkostnadsprincipen för allmännyttiga bostadsföretag. Att verksamheten bedrivs utifrån en långsiktig självkostnadsprincip är en av grundvalarna för allmännyttig bostadsverksamhet.

Detta lagförslag innehåller en regel som innebär en utdelningsbegränsning för allmännyttiga bostadsföretag. Genom denna reglering uppnås i princip samma effekt som om en lagreglering av självkostnadsprincipen för allmännyttiga bostadsföretag genomförs. Regeringen är mot denna bakgrund inte beredd att föreslå någon förändring beträffande självkostnadsprincipens tillämpning för sådana företag."⁵⁵

⁵² Se prop. 2001/02:58, s. 19.

⁵³ Prop. 2001/02:58, s. 19.

⁵⁴ Se SOU 2001:27, s. 74–76.

⁵⁵ Se prop. 2001/02:58, s. 19 f.

Som framgår av citatet torde lagen inte medge något reellt avsteg från självkostnadsprincipen – utan kan snarare ses som en modifiering av densamma. Den kommunala bostadsförsörjningen ska följaktligen även fortsättningsvis drivas utifrån en långsiktig, men något modifierad, självkostnadsprincip.

Modifieringen av principen består i att även allmännyttiga bostadsföretag enligt lagens 1 kap. 1 § får lämna skälig utdelning på insatt kapital. Utdelningsbegränsningen ska också enligt regeringen fylla samma funktion som om självkostnadsprincipen skulle ha lagstadgats på bostadsförsörjningsområdet.⁵⁶ Regeringen har dessutom givits kompetens att utfärda närmare föreskrifter om högsta tillåtna utdelning, vilket utnyttjats genom förordning (2003:348) om skälig utdelning från allmännyttiga bostadsföretag. Av förordningen framgår att utdelningen högst får motsvara den genomsnittliga statslåneräntan under föregående räkenskapsår med ett tillägg av en procentenhet, räknat på insatt kapital, under förutsättning att utdelningen inte överstiger bostadsföretagets resultat.⁵⁷

6.4 Det kommunala engagemanget och konkurrensrätten

Då vare sig kommunalrätten eller konkurrenslagen är anpassad till att hantera konkurrenskonflikter till följd av ett kommunalt engagemang i konkurrens med privata aktörer kan inte heller någon enskild myndighet eller domstol göra en samlad bedömning beträffande huruvida ett kommunalt engagemang, eller ett eventuellt stöd till ett kommunalt företag, är kompetensenligt och då även beakta eventuella snedvridningar av konkurrensen. Situationen måste därför lösas i två steg. I det första steget måste avgöras huruvida en kommun får engagera sig på området och i det andra steget måste det kommunala agerandet bedömas i förhållande till konkurrensrätten. Att det ingår i den kommunala kompetensen att driva bostadsföretag har visats ovan i avsnitt 6.2, varför det återstår att redogöra för de konkurrensrättsliga aspekterna av det kommunala engagemanget. I avsnitt 6.4.1 och 6.4.2 behandlas därför eventuella kommunala stödåtgärder i förhållande till

⁵⁶ Se prop. 2001/02:58, s. 20. Frågor om godkännande och återkallelse av godkännande prövas av länsstyrelsen. Beslut om utdelning torde normalt kunna prövas genom en laglighetsprövning i och med att kommunfullmäktige ska avgöra vilken ståndpunkt kommunen, i form av ägare av ett kommunalt bostadsföretag, ska inta under bolagsstämman, varvid beslut om utdelning fattas, se 3 kap. 9 och 17 §§ kommunallagen respektive 18 kap. 1 § aktiebolagslag (2005:551).

⁵⁷ Jfr prop. 2001/02:58, s. 22.

det gemenskapsrättsliga förbudet mot statsstöd. I avsnitt 6.4.3 analyseras de centrala konkurrensrättsliga förbudens tillämpning ifråga om kommunal bostadsförsörjning.

Inledningsvis ska emellertid en fråga som vållat viss debatt analyseras; nämligen om den svenska hyresregleringen riskerar stå i strid med konkurrensrätten.⁵⁸ Det har anförts att den svenska hyresmarknaden är ett område som kännetecknas av s.k. blandadministration⁵⁹ som en följd av att en tillämpning av bruksvärdesprincipen leder till att de kommunala bostadsföretagens hyror, som bestäms genom förhandlingar mellan de kommunala bostadsföretagen och de lokala hyresgästföreningarna, även avgör hyresnivån i det privata hyresrättsbestånden. Då parterna vid sådana förhandlingar agerar utifrån sina respektive intressen får dessa enligt Norberg, som ett resultat av bruksvärdessystemets utformning, återverkningar även för marknadens privata bostadsföretag. Således kan inte de privata hyresvärdarna alltid påverka sin situation utan kommer att bli beroende av förhandlingsparternas intresseavvägningar. Ansvaret för hyresregleringen har enligt Norberg därmed delegerats till privata rättssubjekt, till skillnad mot vad som är brukligt då prisregleringsbeslut normalt fattas av myndigheter.⁶⁰ Det har emellertid också anförts att systemet inte överlåter till privata intressen att reglera prissättningen i och med att regleringen i 12 kap. 55 § JB endast slår fast att hyror ska vara skäliga samtidigt som det är hyresnämnden och i sista instans Svea hovrätt som gör skälighetsbedömningen; varför någon delegering av statens makt till privata intressenter ifråga om politisk-ekonomiska beslut med konkurrensrättsliga konsekvenser inte låtits genomföras.⁶¹

Oavsett om ansvaret för hyresregleringen skulle ha överlåtit till privata intressenter går det ändå att betvivla huruvida systemet i sig kan anses strida mot EG:s konkurrensrätt. För att ett system likt det nyssnämnda ska stå i strid med EG-rätten i form av artikel 10 EG, läst tillsammans med artikel 3 g EG och någon av de konkurrensrättsliga bestämmelserna, fordras att systemet förorsakar att ett företag överträder något av de konkurrensrättsliga förbuden.⁶² Således kan en hyresreglering likt den svenska endast angripas med stöd av EG-rättens konkurrensregler om systemet skapar situationer i vilka företag tvingas bryta mot något av de förbud som återfinns i fördra-

⁵⁸ Se t.ex. Norberg, 1999a, s. 159 ff. och SOU 2008:38.

⁵⁹ Se Norberg, 1999a, s. 159 f.

⁶⁰ Se Norberg, 1999a, s. 159 f.

⁶¹ Se SOU 2008:38, bilagor, s. 233.

⁶² Se SOU 2008:38, bilagor, s. 233. Se också t.ex. Christensen m.fl., 2005, s. 831 ff.

get.⁶³ Det går också att ifrågasätta huruvida den svenska regleringen verkligen skapar sådana situationer. Även om de kommunala bostadsföretagens hyror är normerande också för hyrorna inom det privata lägenhetsbeståndet finns det ingen bestämmelse som tvingar de kommunala bostadsföretagen att missbruka en potentiellt dominerande ställning. Med beaktande av att hyrorna vid en eventuell tvist ska bestämmas så att de är skäliga – varför också Svea hovrätt avvisat underprissatta lägenheter som jämförelseobjekt⁶⁴ – torde en tillämpning av bruksvärdesprincipen inte i sig ge de kommunala bostadsföretagen en sådan möjlighet att påverka marknaden som skulle kunna anses utgöra ett missbruk av en dominerande ställning.⁶⁵

Även om de kommunala bostadsföretagen som en följd av hyresregleringssystemets karaktär skulle kunna anses påverka konkurrensen är det något osäkert om det krav som är avgörande för om EG:s konkurrensrätt överhuvudtaget är tillämplig, det s.k. samhandelskriteriet, är uppfyllt.⁶⁶ Samhandelskriteriets tillämpning ifråga om kommunal bostadsförsörjning är med stor sannolikhet av störst intresse i förhållande till förbudet mot statliga stöd i artikel 87.1 EG, varför det behandlas nedan i avsnitt 6.4.1.

Min slutsats är således att den svenska hyresregleringen som system inte står i strid med EG:s centrala konkurrensrätt.⁶⁷ Det utesluter däremot inte att det kan uppkomma konkurrenskonflikter till följd av att kommunerna gynnar egna bostadsföretag på ett sätt som kan misstänkas strida mot gemenskapsrätten.

⁶³ Se SOU 2008:38, bilagor, s. 233.

⁶⁴ RH 1999:90.

⁶⁵ Jfr Norberg, 1999a, s. 167 ff.

⁶⁶ Se t.ex. Brev från den svenska regeringen till kommissionen, 2002-10-16, EUN2002/2216/NL, arende CP 115/02 – Allmannyttiga bostadsforetag, s. 8 f. Jfr med SOU 2008:38, s. 255–258, var i det konstateras att samhandelskriteriet regelmässigt torde vara uppfyllt i de situationer kommuner tillhandahåller kommunala bostadsforetag eget kapital samtidigt som verksamheten ska bedrivas utan vinstsyfte.

⁶⁷ Denna uppfattning delas inte av alla – exempelvis är i stora delar utgångspunkten för SOU 2008:38 att den svenska hyresregleringen står i strid med EG-rätten, se SOU 2008:38, s. 258 respektive s. 260. De rattsutlåtanden som lammades till utredningen var inte heller entydiga. Medan Andersson i sitt rattsutlåtande hävdade att det svenska systemet var förenligt med EG-rätten, var Aldestam mer tveksam till om den vinstbegränsning som följer av lag (2002:102) är tillåten, även om också hon gav uttryck för att den svenska hyresregleringen i sig inte är otillåten, se SOU 2008:38, bilagor, s. 233, respektive s. 187 ff. och s. 183. Huruvida den vinstbegränsning som följer av lag (2002:102) om allmannyttiga bostadsforetag är oförenlig med förbudet mot statsstöd behandlas nedan i avsnitt 6.4.1.

6 4 1 Kommunala stödåtgärder och det statsrättsliga förbudet

I vilken utsträckning en kommun får understödja ett eget bostadsföretag avgors enligt svensk nationell rätt ytterst genom en förvaltningsrättslig granskning i form av en laglighetsprovning. Vid en sådan provning ska ingen hänsyn tas till lampligheten av ett visst beslut, utan det är endast den kommunala åtgärdens laglighet som är av intresse i sammanhanget. Som tidigare nämnts faller det emellertid inom den kommunala kompetensen att stödja ett kommunalt bostadsföretag,⁶⁸ varför det inte heller är någon framkomlig väg att påkalla en kommunalrättslig provning utifrån reglerna om den kommunala kompetensen för den som anser sig missgynnas av en sådan kommunal åtgärd.⁶⁹ Kommunala stöd till egna bostadsföretag kan emellertid även provas i förhållande till det gemenskapsrättsliga förbudet mot statliga stöd i artikel 87 i EG.

Den intresse- och branschorganisation som organiserar ca 20 000 ägare av lokal- och bostadshus, industrifastigheter och bostadsrättsföreningar, Fastighetsägarna, har också genom European Property Federation (EPF) anmält svenska staten till kommissionen då de anser att kommunala bostadsbolag inte sällan får sådana konkurrenssnedvridande stöd av kommunerna som omfattas av förbudet i artikel 87 i EG.⁷⁰ I det följande ska därför några av de olika typer av kommunala stöd som enligt EPF, med hänvisning till en utredning gjord av Ernst & Young (E&Y),⁷¹ anser förekommer på den svenska marknaden behandlas i ljuset av artikel 87 i EG.

E&Y har i den rapport som ligger till grund för EPF:s anmälan till kommissionen hävdatt att det förekommit olika former av driftsstöd som gynnat kommunala bostadsföretag. Dessa stöd har enligt E&Y utgått exempelvis i form av driftsbidrag, ersättning för rivning och avveckling, förlusttackningsbidrag och bidrag för att kunna tillämpa ungdomsrabatter.⁷²

⁶⁸ Jfr Madell 2006, s. 80.

⁶⁹ Se ovan avsnitt 6.2.

⁷⁰ Se CP 115/02 – Financial Support Granted to Swedish Municipal Housing Companies. Organisationen har även tidigare anmält åtgärder vidtagna av Sverige vilka enligt Fastighetsägarna gynnat de kommunala bostadsföretagen, se Formal complaint to the Commission, State Aid to Swedish Municipal Housing Companies (MHCs), återfinns på <http://www.fastighetsagarna.se/system/article/article.asp?ArticleId=20910> (2007-11-30).

⁷¹ Ernst & Young, Offentligt stöd till kommunala bostadsföretag, Utredning av Ernst & Young Real Estate på uppdrag av Fastighetsägarna Sverige, 2004, s. 3, återfinns på http://www.fastighetsagarna.se/web/EU_anmalan_1.aspx (2008-07-03), (E&Y:s utredning).

⁷² E&Y:s utredning, s. 3. Jfr också Wetterberg, 2000, s. 144 f., där det anges att kommuner i vissa fall lämnar bidrag för att tacka delar av de kommunala bostadsföretagens löpande kostnader.

Om en kommun tillför kapital till ett bostadsföretag på villkor som inte är marknadsmissiga kan en sådan åtgärd konstituera ett stöd. Den marknadsekonomiska investeringsprincipen utesluter dock inte att en kommun kan tillföra kapital till ett befintligt bostadsföretag som är i en finansiell kris – under villkoret att investeringen vidtas för att skydda tidigare investeringar och därmed hindrar företaget från att gå i konkurs. En sådan åtgärd måste likväl bedömas kunna vara lönsam på längre sikt för att det inte ska röra sig om ett stöd i gemenskapsrättslig mening. Foljaktligen kan inte återkommande investeringar under liknande premisser accepteras som förenliga med den marknadsekonomiska investeringsprincipen.⁷³

Med beaktande av att de kommunala bostadsföretagen inte syftar till att generera vinst till dess ägare är det däremot mindre troligt att eventuella kommunala kapitaltillskott som gynnar ett kommunalt bostadsföretag skulle lamnas utifrån affärsmissiga grunder – varför stödbegreppet i artikel 87 i EG mest sannolikt är uppfyllt ifråga om sådana åtgärder. Därutöver är det inte råda något tvivel om att sådana eventuella stöd både är selektiva och påverkar konkurrensen.⁷⁴

Det har också förekommit uppgifter om att de kommunala bostadsföretagen gynnas av dess ägare på ett sätt som reducerar företagets kreditkostnader, vilket kan göras genom att en kommun utfärdar en kreditgaranti,⁷⁵ en så kallad kommunal borgen. Genom en sådan borgen, vilken inte är tillgänglig för privata bostadsföretag, kan de kommunala bostadsföretagen erhålla lagrerantor än de privata företagen på marknaden.⁷⁶

⁷³ Jfr med avsnitt 3.2.2 i gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter, EUT nr C 244, 01 10 2004, s. 2–17.

⁷⁴ Se ovan avsnitt 5.3.1.2. Enligt advokatfirman Linklaters är det inte endast konkurrensen på marknaden för hyresrätter som påverkas av eventuella kommunala stödåtgärder, utan även marknaden för lokaluthyrning riskerar påverkas. Anledningen är enligt Linklaters att de kommunala bostadsföretagen inte enbart hyr ut bostäder, utan att de i relativt stor utsträckning också hyr ut lokaler. Enligt Linklaters utgörs i genomsnitt cirka 12 procent av de kommunala bostadsföretagens bestånd av lokaler, se Linklaters memorandum, 24 maj 2005, *Is the Public Support to Municipal Housing Companies Compatible with the EC rules on State Aid?* s. 14, funnen via <http://www.fastighetsagarna.se/system/article/article.asp?articleId=16368&orgId=0> (2005-11-24).

⁷⁵ E&Y:s utredning, s. 3. Se också Wetterberg, 2000, s. 145 och SOU 1996:156, s. 236.

⁷⁶ Se Göteborgs fastighetsägareförening, skrivelse till kommunstyrelsen, den 3 februari 1994, s. 1 f., efter Norberg, 1999a, s. 52 samt Madell, 2006, s. 73. Se också KKV dnr 803/93 (1993-12-22), vilket behandlas nedan i avsnitt 6.4.3.

Att kreditgarantier kan omfattas av stodbegreppet framgår av EG-domstolens praxis⁷⁷ Således kan också garantier som inte utfärdas av en kommun på normala marknadsmassiga villkor utgöra statliga stod. För att det ska röra sig om ett stod i fördragets mening fördras inte heller att någon utbetalning enligt garantin verkligen sker, utan redan utfärdandet av garantin kan utgöra ett stod. Det eventuella stödet anses också beviljat vid den tidpunkt då garantin medgavs och inte då garantin tas i anspråk.⁷⁸ Det torde inte heller råda några tvivel om att sådana åtgärder är både selektiva och riskerar påverka konkurrensen i och med att de kommunala företagen därigenom kan sänka sina kapitalkostnader samtidigt som de privata företagen inte ges samma möjlighet⁷⁹

Alla kommunala garantier behöver emellertid inte utgöra stod, varför kommissionen också anser att garantier som uppfyller samtliga nedanstående kriterier inte träffas av förbudet i artikel 87 i EG.⁸⁰

- Låntagaren har en sund finansiell ställning.
- Garantin är knuten till en bestämd finansiell transaktion, avser ett fastställt högsta belopp, täcker inte mer än 80 procent av det utestående lånet eller den finansiella förpliktelsen och har en begränsad varaktighet.
- Låntagaren betalar marknadspris för garantin vilket ska återspegla garantibeloppet och garantins varaktighet, den säkerhet som låntagaren ställer, låntagarens finansiella ställning, verksamhetssektor och framtida utsikter, andelen betalningsförsummelser och andra ekonomiska faktorer⁸¹

⁷⁷ Se *text* mål C-200/97, *Ecotrade Srl mot Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS)*, REG 1998 s I 7907, p 43

⁷⁸ Se avsnitt 2 1 i kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG fördraget på statliga stod i form av garantier, EUT nr C 155, 20 06 2008, s 10–22

⁷⁹ Se avsnitt 2 2 i kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG fördraget på statliga stod i form av garantier, EUT nr C 155, 20 06 2008, s 10–22

⁸⁰ Se avsnitt 3 2 i kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG fördraget på statliga stod i form av garantier, EUT nr C 155, 20 06 2008, s 10–22

⁸¹ Huruvida en sk borgensavgift får tas ut då en kommun utfärdar en kreditgaranti till ett kommunalt bostadsföretag har ifrågasatts utifrån dess förenlighet med självkostnadsprincipen. Både länsrätt och kammarrätt har likafullt ansett att det ingår i den kommunala kompetensen att kräva en sådan avgift, Kammarrättens i Stockholm dom 2004-10-20, mål nr 4919-03. Avgörandet överklagades till Regeringsrätten, vilken inte lammade provningstillstånd, Regeringsrättens beslut 2007-03-07, mål nr 6663-04

Huruvida kommunala borgensåtaganden som gynnar egna bostadsföretag omfattas av förbudet i artikel 87 i EG eller inte måste visserligen avgoras från fall till fall, men det torde vara osannolikt att samtliga ovanstående kriterier vanligtvis är uppfyllda i sådana situationer, varför en dylik åtgärd mycket väl kan konstituera ett stöd i fördragets mening.

Det har också anförts att utdelning från kommunala bostadsföretag många gånger är lagre än vad som torde vara fallet under normala marknadsmässiga förhållanden, varför den bristande utdelningen också borde konstituera ett olagligt statsstöd i fördragets bemärkelse,⁸² i enlighet med EG-domstolens praxis. I de förenade målen 67, 68 och 70/85, *Kwerkerij Gebroeders Van der Kooy BV m fl mot kommissionen*, uttalade EG-domstolen att det förelåg ett stöd då ett företag, vilket till 50 procent var statligt ägt, fastställdes tariffen för ett energislag till ett pris som understeg marknadspris. Det faktum att staten, i form av företaget, inte eftersträfvade den vinst som det hade kunnat förverkliga ansågs konstituera ett statsstöd.⁸³

Att utdelningen från allmännnyttiga bostadsföretag inte alltid är marknadsmässig följer av den avkastningsbegränsning som återfinns i Allbodelagen. Foljaktligen torde det inte råda något tvivel om att det första kriteriet för att en åtgärd ska kunna träffas av förbudet i artikel 87 i EG, dvs att det rör sig om ett statligt stöd, normalt skulle kunna vara uppfyllt under förutsättning att Allbodelagen läses isolerat.⁸⁴ Med beaktande av övriga bestämmelser på området är det emellertid tveksamt om samma resonemang kan göras gällande ifråga om den svenska regleringen. Därtill är det också osäkert om övriga krav som följer av artikel 87 i EG kan vara uppfyllda med anledning av ett gynnande i form av ett lågt ställt avkastningskrav.

Som en följd av det svenska hyressättningssystemet och allmännnyttans hyresnormerande roll tvingas även marknadens privata aktörer i praktiken att verka under samma villkor som de kommunala bostadsföretagen. Det faktum att prissättningen inom de kommunala bostadsföretagen inte alltid är helt marknadsmässig medför också, till följd av bruksvårdens principens tillämpning, att inte heller de privata bostadsföretagen i någon större utsträckning kan lämna större avkastning på eget kapital än de kommunala

⁸² Se Linklaters memorandum 24 maj 2005, *Is the Public Support to Municipal Housing Companies Compatible with the EC rules on State Aid?* s. 13. Se också SOU 2008:38, s. 258, varit det anförts att den svenska ordning som följer av lag (2002:102) om allmännnyttiga bostadsföretag inte är förenlig med förbudet i artikel 87 i EG.

⁸³ De förenade målen 67, 68 och 70/85, *Kwerkerij Gebroeders Van der Kooy BV m fl mot kommissionen*, REG 1988 s. I 219, *Svensk specialutgåva* s. 305 p. 28.

⁸⁴ Se också SOU 2008:38, bilagor, s. 189.

bostadsföretagen. Den utdelning som lämnas från kommunala bostadsföretag skiljer sig därför knappast nämnvärt från den utdelning som de privata bostadsföretagen lämnar till sina ägare, varför de kommunala bostadsföretagen inte kan anses gynnade i förhållande till marknadens privata aktörer. Således torde vare sig kravet på att de kommunala bostadsföretagen ska gynnas i förhållande till marknadens övriga aktörer eller selektivitetskravet vara uppfyllt.⁸⁵

Ett ytterligare rekvisit som måste vara uppfyllt för att ett stöd till ett kommunalt bostadsföretag ska kunna träffas av förbudet i artikel 87.1 EG, oavsett form, är att åtgärden ska påverka handeln mellan medlemsstater. Vid en tillämpning av gemenskapens statsstödsbestämmelser ska som nämnts ovan i avsnitt 5.3.1.2 samhandelskriteriet ges en vid tolkning. Begreppet handel mellan medlemsstater avser således all gränsöverskridande ekonomisk verksamhet som berör minst två medlemsstater oberoende av den relevanta geografiska marknaden – varför kriteriet normalt ska anses vara uppfyllt när ett företag som agerar på den gemensamma marknaden i konkurrens med andra tar emot ett statligt stöd.⁸⁶

Som argument för att den svenska bostadsmarknaden generellt inte ska anses påverka handeln mellan medlemsstater har den svenska regeringen framfört att den svenska bostadsmarknaden är lokal och att marknaden kännetecknas av en liten andel utländska investeringar.⁸⁷ Det första påståendet – att den svenska bostadsmarknaden är lokal – kan accepteras med utgångspunkt från den marknadsavgränsning som tillämpas då de centrala konkurrensreglerna ska tillämpas, dvs. då bostadsmarknaden ses ur ett efterfrågesubstituerbarhetsperspektiv. Huruvida en sådan marknadsavgränsning är lämplig att använda i sammanhanget kan dock ifrågasättas. Med beaktande

⁸⁵ Se promemoria 2005-11-08, Regeringskansliet, Miljö- och samhällsbyggnadsdepartementet; Besvarande av klagomål från Europeiska fastighetsagarfederationen (CP 115/02), s. 16. Jfr med SOU 2008:38, s. 255, där utredarna konstaterar att kommunerna endast tillhandahåller kapital på de omnämnda villkoren till kommunala bostadsföretag varför selektivitetskravet är uppfyllt.

⁸⁶ Mål 730/79, Philip Morris Holland BV mot kommissionen, REG 1980 s. 2671, Svensk specialutgåva s. 303, p. 11. Det ska i sammanhanget nämnas att kommissionen med hänvisning till *de minimis*-förordningen normalt utgår ifrån att små stödbelopp inte medför att samtliga rekvisit i artikel 87.1 EG är uppfyllda. Stöd som understiger 200 000 euro under en treårsperiod behöver därför som utgångspunkt inte anmalas till kommissionen innan de verkställs, se artikel 2 i kommissionens förordning (EG) nr 1998/2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT nr L 379, 28.12.2006, s. 5–10.

⁸⁷ Brev från den svenska regeringen till kommissionen, 2002-10-16, EUN2002/2216/NL, arende CP 115/02 – Allmännnyttiga bostadsföretag, s. 9.

av marknadens struktur borde istället större fokus riktas mot vilka marknadens aktörer är. I sammanhanget ska också nämnas att flera av de privata bostadsföretagen till viss del ägs av utländska intressenter,⁸⁸ varför handeln kanske kan anses påverkas trots att hyresmarknaden i övrigt är relativt lokal.

Även om regeringens påstående om att utländska investeringar på den svenska bostadsmarknaden förekommer endast i ringa omfattning överensstämmer med verkligheten,⁸⁹ torde avsaknaden av utländska aktörer inte utesluta att samhandelskriteriet ändå skulle kunna anses vara uppfyllt. Ett bristande utländskt engagemang på den svenska bostadsmarknaden skulle istället kunna ses en indikation på att handeln mellan medlemsstaterna påverkas av eventuella kommunala stöd.⁹⁰

Likaså anser Aldestam att samhandelskriteriet kan anses vara uppfyllt ifråga om många av de stödåtgärder som påstås gynna kommunala bostadsföretag. Med hänvisning till kommissionens beslut i ärende N 209/2001⁹¹ och i ärende E 2/2005⁹² drar Aldestam slutsatsen att samhandelskriteriet är uppfyllt om konkurrenter till ett kommunalt bostadsföretag som tar emot ett statligt stöd är verksamma på den europeiska marknaden eller om det nyssnämnda stödet kan anses förhindra utländska investerare att investera i Sverige.⁹³

Även i SOU 2008:38 ges uttryck för uppfattningen att samhandelskriteriet regelmässigt torde vara uppfyllt ifråga om stöd till kommunala bostadsföretag. Att så skulle vara fallet grundas på uppfattningen att utländska företag enligt utredningen i mindre grad väljer att etablera sig i Sverige än om det inte hade förekommit någon form av gynnande av kommunala bostadsföretag.⁹⁴

Enligt min mening går det knappast att dra några generella slutsatser angående huruvida samhandelskriteriet kan anses vara uppfyllt i handelse av att en svensk kommun stödjer ett eget bostadsföretag. Som tidigare konstaterats

⁸⁸ Se Linklaters memorandum, 24 maj 2005, *Is the Public Support to Municipal Housing Companies Compatible with the EC rules on State Aid?* s. 7, vilken hänvisar till *Invest in Sweden, Real Estate – A liquid, transparent and international market*, 2005 edition, s. 2–5.

⁸⁹ Se Brev från den svenska regeringen till kommissionen, 2002-10-16, EUN2002/2216/NL, ärende CP 115/02 – Allmannyttiga bostadsföretag, s. 9.

⁹⁰ Se text SOU 2008:38, s. 255 ff.

⁹¹ Kommissionens beslut 03/07/2001, SG (2001) D/289528.

⁹² Kommissionens beslut 14/07/2005 (ärende E 2/2005).

⁹³ Se SOU 2008:38, bilagor, s. 185.

⁹⁴ Se SOU 2008:38, s. 258.

torde vare sig den svenska hyresregleringen eller den vinstbegränsning som följer av Allbo-lagen utgöra otillåtna statsstöd, varför varje eventuell kommunal stödåtgärd måste bedömas individuellt.

Om ett kommunalt bostadsföretag i en tillväxtregion där det förekommer utländska investerare på marknaden erhåller ett stöd som inte är marknads- mässigt från dess ägare, är det emellertid inte osannolikt att åtgärden kan anses påverka handeln mellan medlemsstater. Om däremot en glesbygdskommun lämnar motsvarande stöd till dess bostadsföretag – vilket knappast konkurrerar med utländska aktörer och där inte heller utländska aktörer kan förväntas visa intresse av marknaden – torde kriteriet inte vara uppfyllt. Det paradoxala i sammanhanget är också att behoven av stöd till de kommunala bostadsföretagen torde vara som störst i just glesbygdskommuner till följd av att det många gånger är svårt att nå lönsamhet för de företagen medan de kommunala bostadsföretagen i tillväxtregioner sällan har svårt att få verksamheten bärkraftig vilket också medför att kommunala subventioner många gånger är överflödiga. Situationen kan likväl förändras, inte minst till följd av att stora delar av det s.k. miljonprojekten inom en snar framtid måste renoveras grundligt, varför stöd till sådana åtgärder mycket väl skulle kunna anses påverka samhandeln om det förekommer utländska aktörer på marknaden.

Sammantaget kan sålunda konstateras att de eventuella enskilda åtgärder som gynnar kommunala bostadsföretag mycket väl kan anses utgöra stöd i fördragets mening, samtidigt som de aktuella åtgärderna då också är selektiva och därmed riskerar att påverka konkurrensen mellan företag. En förutsättning för att förbudet i artikel 87.1 EG ska aktualiseras är att också samhandelskriteriet är uppfyllt. Det ska emellertid poängteras att det rör sig om enskilda stödåtgärder som kan komma att strida mot förbudet i artikel 87.1 EG – medan den svenska hyresregleringen i sig knappast kan anses stå i strid med EG:s konkurrensrätt.

6.4.2 Stöd till kommunala bostadsföretag och undantag från det statsstödsrättsliga förbudet

Som tidigare nämnts är inte alla stödåtgärder som uppfyller kriterierna i artikel 87.1 EG förbjudna – det finns flera möjligheter till undantag från tillämpningen av statsstödsreglerna.⁹⁵ I sammanhanget torde det främst vara de undantagsmöjligheter som följer av att viss verksamhet anses utgöra till-

⁹⁵ Se ovan avsnitt 5.3.2.

handahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som skulle kunna aktualiseras.⁹⁶ Dessa möjligheter till undantag från gemenskapens statsstödsregler grundar sig inte endast på artikel 86.2 EG utan har som tidigare nämnts också utvecklats i praxis.⁹⁷

Enligt EG-domstolens praxis på statsstödsområdet behöver en kompensation som lämnas till ett företag för att detta ska kunna tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse som ålagts företaget inte alltid konstituera ett stöd i fördragets mening, varför det i formellt hänseende kan vara tveksamt att tala om ett egentligt undantag.⁹⁸ Ett krav för att en kompensation för ett tillhandahållande av en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse inte ska utgöra ett stöd, och därför inte heller behöver anmälas till kommissionen innan den verkställs, är att de kriterier som uppställdes av EG-domstolen i Altmark eller de krav som följer av kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG är uppfyllda.⁹⁹

Således återstår att undersöka om kommunala bostadsföretag tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, vilket den svenska regeringen i motsats till intresseorganisationen Fastighetsägarna, anser.¹⁰⁰ Om så är fallet måste i ett enskilt ärende därefter analyseras huruvida ett eventuellt stöd som lämnats till ett kommunalt bostadsföretag utgör en kompensation för utförande av en sådan tjänst enligt de kriterier som utvecklats av EG-domstolen i Altmark. Om förutsättningarna för undantag enligt Altmark inte är uppfyllda återstår att undersöka huruvida undantag från anmälningsplikten kan medges med hänvisning till kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG.

I händelse av att något av de nämnda undantagen inte kan aktualiseras anses ett stöd föreligga, vilket medför att åtgärden som huvudregel ska anmälas till kommissionen så att denna ska kunna bedöma om det aktuella

⁹⁶ Jfr SOU 2008:38, s. 260.

⁹⁷ Se främst mål C-280/00, Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, REG 2003 s. I-7747 (Altmark).

⁹⁸ Se ovan avsnitt 5.3.2.1.

⁹⁹ Mål C-280/00, Altmark, respektive kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT nr L 312, 29/11/2005, s. 67–73 (kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG). Se också ovan avsnitt 5.3.2.1.

¹⁰⁰ Se Brev från den svenska regeringen till kommissionen, 2002-10-16, EUN2002/2216/NL, ärende CP 115/02 – Allmännyttiga bostadsföretag, s. 9 f. respektive CP 115/02 – Financial Support Granted to Swedish Municipal Housing Companies.

stödet är förenlighet med den gemensamma marknaden. Vid en sådan bedömning kan kommissionen pröva den aktuella åtgärden också i förhållande till artikel 86.2 EG. Om ett stöd till ett kommunalt bostadsföretag inte kan undantas från kommissionens granskning med hänvisning till Altmark eller till kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG finns det emellertid, som visas nedan, med stor sannolikhet inte heller någon möjlighet att undanta det aktuella stödet med åberopande av artikel 86.2 EG.

För att en tjänst ska anses vara av ett allmänt ekonomiskt intresse fordras normalt att det föreligger en skyldighet för företaget ifråga att tillhandahålla den aktuella tjänsten på likvärdiga villkor till samtliga medborgare,¹⁰¹ och att tjänsten skiljer sig från annan ekonomiskt verksamhet samtidigt som den inte hade kunnat tillvaratas på acceptabla villkor på den öppna marknaden.¹⁰²

Kommunal bostadsförsörjning kan visserligen anses vara riktad till allmänheten – men de tjänster de kommunala bostadsföretagen tillhandahåller skiljer sig sannolikt inte från de tjänster som tillhandahålls av privata bostadsföretag i så stor utsträckning att det kan anses röra sig om tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse i gemenskapsrättslig mening. De kommunala bostadsföretagen vidtar i många fall samma kontroll av potentiella hyresgäster som de privata värdarna och upplåter inte heller lägenheter till alla sökande, utan är i vissa fall tämligen strikta i sin bedömning om den aktuella sökande är lämplig som hyresgäst.¹⁰³ Således är det numera inte ovanligt att även kommunala hyresvärdar låter utföra kreditupplysningar och även kräver referenser av en sökande. Sålunda finns det visst fog för att påstå att de kommunala bostadsföretagen inte längre tillhandahåller bostäder regelmässigt till samtliga medborgare, utan endast till den majoritet som

¹⁰¹ Se Steinicke, 2002a, s. 88 f.

¹⁰² Icke-officiellt dokument från kommissionen, Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd, 12/11/2002, s. 8, p. 22. Se också ovan avsnitt 5.2.3.1.

¹⁰³ Som exempel kan nämnas att Umeå kommuns kommunala bostadsföretag, Bostaden AB, förväntar sig att en potentiell hyresgäst inte bara ska kunna uppvisa referenser utan också ha en viss betalningsförmåga, se: <http://www.bostaden.umea.se/default.asp?id=1919> (2008-04-03) Även det av Kristianstad kommun helägda bostadsföretaget ABK uppställer krav på viss inkomst, dessutom har de som policy att låta genomföra en kreditupplysning på alla potentiella hyresgäster, se: <http://www.abk.se/CM/Templates/Article/general.aspx?cmguid=d027ad22-5b18-4b54-a4ea-424ad2202fab> (2008-04-03). Likaså ställer Hyresbostäder i Norrköping AB, vilket är ett av Norrköpings kommun helägt företag, krav på viss inkomst för att få teckna hyresavtal med dem, se: <http://www.hnab.se/CM/Templates/Article/general.aspx?cmguid=007b8d93-d4f5-4b46-a6d2-2c56ccbff44f> (2008-04-03).

likväl hade accepterats som hyresgäster på den privata marknaden. Hyrorna i de kommunala bostadsbestånden skiljer sig inte heller nämnvärt från de hyror som tillämpas av de privata bostadsföretagen i och med bruksvärdesprincipens tillämpning. De kommunala bostadsföretagen drivs också i stor utsträckning på liknande premisser som de privata bostadsföretagen då något absolut vinstförbud numera inte råder.¹⁰⁴

Sammantaget kan konstateras att skillnaderna mellan hur de kommunala bostadsföretagen drivs och på vilket sätt de privata bostadsföretagen opererar inte är speciellt stora. Visserligen är möjligheten för kommunala bostadsföretag att generera vinst till sina ägare begränsad – men bruksvärdesprincipen leder till att denna möjlighet att lämna utdelning till ägarna även är begränsad inom den privata sfären. Vilket följer av att de kommunala bostadsföretagens hyror är normerande även för hyrorna i det privata lägenhetsbeståndet.¹⁰⁵

Ett annat tydligt kännetecken för när ett företag kan anses tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse är som nämnts då samma tjänst inte kan erbjudas på acceptabla villkor på den öppna marknaden. Även på denna punkt går det att ifrågasätta huruvida de kommunala bostadsföretagen tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Genom en konsekvent tillämpning av bruksvärdesprincipen, oavsett om de kommunala bostadsföretagen återfinns på marknaden, borde hyresmarknaden kunna anses fungera tillfredsställande då den aktuella principen i stor utsträckning hindrar bostadsföretagen från att tillhandahålla sina tjänster på oacceptabla villkor.

I sammanhanget ska emellertid nämnas att kommissionen uttalat att tillhandahållande av bostäder mycket väl kan utgöra en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse, vilket tydligt följer av kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG. Det är dock tveksamt om de svenska kommunala bostadsföretagen vanligtvis tillhandahåller sådana tjänster av social karaktär som kommissionen tycks avse då man talar om tillhandahållande av bostäder i samband med begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. För att ett tillhandahållande av bostäder ska vara en social tjänst, vilket i sig utgör en undergrupp till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, fordras att det rör sig om subventionerade bostäder

¹⁰⁴ Se 1 § lag (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag.

¹⁰⁵ Se ovan avsnitt 6.3.1.

för socialt svagare medborgare eller grupper (s.k. *social housing*).¹⁰⁶ Oavsett hur formuleringen i kommissionens beslut ska tolkas torde det ändå inte råda något egentligt tvivel om att de svenska kommunala bostadsföretagen svårigen kan anses tillhandahålla sådana tjänster. Inte minst med hänvisning till att allmännyttan i många avseenden agerar som de privata bostadsföretagen och oavsett vilket inte endast vänder sig till socialt svagare medborgare eller grupper.

Det framgår också av SOU 2008:38 att utredarna är tveksamma till om den verksamhet som de kommunala bostadsföretagen bedriver är att karaktärisera som tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i gemenskapsrätlig mening. Som skäl för att så inte skulle vara fallet anför de att alla kan få ta del av de tjänster som tillhandahålls av de kommunala bostadsföretagen oavsett inkomst.¹⁰⁷ I denna del hänvisar utredarna till ett ärende vari kommissionen i en skrivelse till Nederländerna anför att tillhandahållande av bostäder som inte endast riktats till socialt behövande inte kan anses utgöra en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse.¹⁰⁸ Följaktligen kan även det faktum att tjänsterna i form av uthyrning av bostäder erbjuds utan begränsning av målgrupp tala för att de kommunala bostadsföretagen inte tillhandahåller sådana tjänster som omfattas av undantaget i artikel 86.2 EG – i och med att de privata bostadsföretagen i många avseenden erbjuder motsvarande tjänster.¹⁰⁹

Även om kommunal bostadsförsörjning skulle klassificeras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse måste dessa tjänster ha anförtrotts vissa företag för att verksamheten ska kunna omfattas av något av de undantag som gäller för sådana tjänster. Om ett kommunalt bostadsföretag verkligen hade tillhandahållit tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skulle det emellertid med stor sannolikhet ha framgått av företagets bolagsordning eller av något annat kommunalt styrdokument att verksamheten ska drivas med ett visst syfte eller på vissa villkor som normalt inte är affärsmässiga. Följaktligen kan konstateras att kommunala bostadsföretag, om de kan anses tillhandahålla

¹⁰⁶ Se t.ex. meddelande från kommissionen, Genomförande av gemenskapens Lissabon-program. Sociala tjänster av allmänt intresse, KOM (2006) 177, s. 4 f.

¹⁰⁷ Se SOU 2008:38, s. 334.

¹⁰⁸ Se SOU 2008:38, s. 334 f. och s. 229 ff.

¹⁰⁹ Jfr även med kommissionens beslut 03.07.2001, SG (2001)D/289528 och 07.07.2005, C (2005)4668 final, där kommissionen godkänt stödåtgärder som i sig uppfyllde rekvisiten i artikel 87.1 EG, men där undantag med hänvisning till artikel 86.2 EG accepterades bl.a. med hänvisning till att åtgärderna riktade sig till missgynnade hushåll samtidigt som det fanns ett klart definierat uppdrag av bostadssocial karaktär.

tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, mycket väl också kan anses blivit anförtrödda att tillhandahålla dessa tjänster¹¹⁰

Hade ett kommunalt bostadsföretag i en viss situation kunnat anses blivit ålagt att tillhandahålla tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse hade återstått att undersöka huruvida ett eventuellt stöd till verksamheten skulle kunna undantas från en tillämpning av statsstodsreglerna i enlighet med de kriterier som EG-domstolen slagit fast i Altmark eller med hänvisning till kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86 2 i EG

Ifråga om undantag från statsstodsreglerna med hänvisning till Altmark kan namnas att det överhuvudtaget inte anses föreligga något stöd i händelse av att samtliga de kriterier som EG-domstolen slog fast är uppfyllda. Om de kumulativa kriterierna är uppfyllda kompenseras endast det företag som blivit ålagt att tillhandahålla den aktuella tjänsten för verkliga kostnader, varför företaget inte anses gynnas framför andra företag

I första hand måste de uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse som mottagaren av kompensationen ålagts att utföra vara klart definierade. När kommunala bostadsföretag agerar på en öppen marknad i konkurrens med privata aktörer och inte heller tillhandahåller andra tjänster eller liknande tjänster på bättre villkor för konsumenterna är det knappast aktuellt att påstå att de kommunala bostadsföretagen ålagts att utföra en viss uppgift. Några lagregler som tydligt anger att kommunala bostadsföretag ska tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse finns inte heller, varför regeringen istället ansett att de kommunala bostadsföretagen indirekt ålagts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse genom flera stadganden som måste tolkas tillsammans i flera olika lagstiftningsprodukter¹¹¹

Om det däremot framgår, exempelvis av den aktuella bolagsordningen, att verksamheten ska bedrivas på icke-affärsmassiga villkor och företaget framst syftar till att ta ett bostadssocialt ansvar eller dylikt, vilket torde vara tamligen sällsynt,¹¹² kan bedomningen bli en annan. I ett sådant hypotetiskt fall skulle man mycket väl kunna anse att företaget anförtröds att tillhandahålla den aktuella tjänsten och att tjänsten också är klart definierad

¹¹⁰ Jfr SOU 2008:38 s 260 där det anförts att kravet på anförtröende inte är uppfyllt vad gäller de kommunala bostadsföretagens verksamhet, oavsett om verksamheten i sig skulle kunna anses utgöra tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

¹¹¹ Brev från den svenska regeringen till kommissionen, 2002/10/16, EUN2002/2216/NL, ärende CP 115/02 – Allmannyttiga bostadsföretag, s 9 f

¹¹² Jfr Boverkets rapport En studie av allmannyttiga bostadsföretag som kommunala instrument, 2006 s 18 f

Det andra kravet som ska vara uppfyllt för att en kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte ska anses konstituera ett sådant stöd som måste anmälas är att de kriterier på grundval av vilka ersättningens storlek beräknas ska vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt. Några särskilda metoder som används då storleken på eventuella stöd till kommunala bostadsföretag ska fastställas finns mig veterligen inte. Således är det sannolikt att eventuella stöd som lämnas till kommunala bostadsföretag sällan eller aldrig uppfyller Altmarks andra kriterium, varför eventuella stöd till kommunala bostadsföretag även på den grunden normalt borde omfattas av artikel 87.1 EG.

För att ett stöd som lämnas till ett företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte ska omfattas av artikel 87.1 EG krävs därtill att den kompensation som lämnas inte överstiger vad som är nödvändigt för att det aktuella företaget ska kunna utföra de ålagda uppgifterna, med beaktande av de intäkter företaget har till följd av uppgifterna och med hänsyn tagen till att företaget ska kunna erhålla en rimlig vinst. Kravet sammanhänger med det fjärde kriteriet, nämligen att då ett företag givits ansvar för att tillhandahålla tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse utan att det föregåtts av en offentlig upphandling, ska storleken på den nödvändiga ersättningen ha fastställts på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag vilket är lämpligt utrustat för att utföra de aktuella tjänsterna skulle ha haft. Även härvidlag ska de intäkter som i sammanhanget skulle ha uppburits och en rimlig vinst på grund av fullgörandet av tjänsterna beaktas vid bedömningen.

Då en kommun inte upphandlar tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i form av bostäder utan istället driver egna kommunala bostadsföretag måste följaktligen en jämförelse med andra bostadsföretag som inte subventioneras göras i syfte att avgöra om ett eventuellt stöd som lämnas till ett kommunalt bostadsföretag utgör överkompensation och därför ska omfattas av artikel 87.1 EG. Att använda kommunala bostadsföretag i andra kommuner som jämförelseobjekt borde normalt inte vara ändamålsenligt, utan det borde med hänsyn till skillnader exempelvis ifråga om fastighetspriser och byggkostnader vara lämpligare att jämföra med privata bostadsföretag på orten. Ytterligare ett skäl att inte använda andra kommunala bostadsföretag som jämförelseobjekt är att det sällan kan uteslutas att också de verkar under speciella villkor, såtillvida att de på olika sätt gynnas av sina ägare. Några jämförelser, likt de som måste genomföras enligt Altmark, görs sannolikt inte

idag, utan eventuella stöd utgår troligtvis i de fall en kommun anser det lämpligt att stödja det egna företaget.

I och med att de privata bostadsföretagen tillhandahåller i det närmaste identiska tjänster på likartade villkor som de kommunala bostadsföretagen, men utan att erhålla några stöd, kan konstateras att deras kostnader är något lägre än de kommunala bostadsföretagens. Följaktligen utgör de stöd som lämnas till de kommunala bostadsföretagen nästintill per automatik överkompensation, i och med att de aktuella stöden inte är nödvändiga för att kunna tillhandahålla de aktuella tjänsterna. Inte heller på denna punkt uppfyller därför eventuella kommunala stöd generellt sett de krav som måste vara tillgodosedda för att undantag enligt Altmark ska kunna accepteras.

Sammantaget visar det ovan anförda att de kriterier som fastställdes i Altmark för att kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte ska träffas av förbudet i artikel 87.1 EG sällan eller aldrig är uppfyllda då kommuner stödjer kommunala bostadsföretag. Följaktligen ska som huvudregel sådana stödåtgärder underställas kommissionen för att denna ska kunna granska stödets förenlighet med den gemensamma marknaden, med beaktande av de undantagsmöjligheter som följer av artikel 86.2 EG samt artikel 87.2 och 87.3 EG.

Under vissa särskilt angivna omständigheter kan likväl en medlemsstat lämna stöd till ett företag i form av kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse utan att åtgärden behöver anmälas till kommissionen även om inte kraven enligt Altmark är uppfyllda. Enligt kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG behöver således inte alla sådana stöd som omfattas av beslutet anmälas till kommissionen under förutsättning att de i beslutet fastställda villkoren tillgodoses.

Av artikel 2 framgår att beslutet ska tillämpas bland annat på sådan ersättning som lämnas till företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i form av subventionerade bostäder till missgynnade medborgare eller socialt utsatta grupper som på grund av bristande betalningsförmåga inte kan skaffa sig en bostad på marknadsmässiga villkor. Följaktligen behöver inte alltid stöd som lämnas till sådana bostadsföretag anmälas till kommissionen om den aktuella ersättningen endast utgör en kompensation för att företaget ålagts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, oavsett företagets omsättning eller storleken på ersättningen. Som krav för att en anmälan inte ska behöva göras är att beslutets samtliga villkor är uppfyllda.

Vidare skadas enligt kommissionen inte utvecklingen av handeln eller konkurrensen av små stodbelopp som utgår i form av kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som företaget anfortrotts att tillhandahålla oavsett vilken typ av verksamhet det rör sig om. Foljaktligen är sådana åtgärder förenliga med gemenskapens intresse enligt artikel 86 2 EG,¹¹³ och undantagna från anmälningsskyldigheten i artikel 88 3 EG.

För att undantag från den i artikel 88 3 EG reglerade anmälningsplikten ska kunna medges med hänvisning till beslutet krävs enligt artikel 4 att uppdraget att tillhandahålla den offentliga tjänsten anfortrotts det aktuella företaget genom en officiell handling. Den officiella handlingen ska bland annat ange innebörden av skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av offentliga tjänster och skyldigheternas varaktighet, vilket det berorda företaget är, det berorda området samt innebörden av exklusiva eller särskilda rättigheter som beviljas företaget. Dessutom ska den officiella handlingen ange metoderna för hur ersättningen beräknats, vilka metoder som används för att kontrollera och se över ersättningen, vilka åtgärder som vidtas för att hindra eventuell utbetalning av överkompensation, samt hur eventuell överkompensation ska återbetalas.

För att en åtgärd inte ska behöva anmälas till kommissionen fördras dessutom att det stod som man avser att lämna inte är större än vad som är nödvändigt för att täcka de kostnader som är förenade med utförandet av de skyldigheter som ålagts det aktuella företaget. Således föreligger inte ett sådant stod som måste anmälas då den kompensation som lämnas för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse står i rimlig proportion till de kostnader som är förenade med utförandet av tjänsten.¹¹⁴ Vid bedömningen om ett stod som avses att lämnas endast motsvarar de kostnader som är förenade med att utföra den aktuella tjänsten måste, om det är möjligt, en jämförelse göras med andra företag inom den aktuella sektorn. Då kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska utgå till ett kommunalt bostadsföretag måste således en jämförelse göras med andra bostadsföretag som agerar på liknande villkor för att avgöra hur stor kompensationen lampligen ska vara.

¹¹³ Se skal 14 i ingressen till kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86 2 EG.

¹¹⁴ Artikel 5 i kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86 2 EG. Av bestämmelsen framgår också hur ersättningen ska beräknas för att inte behöva anmälas till kommissionen. Se också Community Framework for State Aid in the Form of Public Service Compensation, /07/2005 D/52891, DGCOMP/D(2005) 179, p 12–16.

Om den kompensation som lämnas överstiger de kostnader som är förenade med att utföra den aktuella uppgiften föreligger likväl ett sådant stöd som omfattas av anmälningskyldigheten i och med att överkompensationen inte är nödvändig för att utföra uppgiften,¹¹⁵ varför inte heller undantag enligt artikel 86.2 EG kan medges.

När ett företag både tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och andra tjänster måste det av företagets redovisning tydligt framgå vilka kostnader och intäkter som är hänförliga till vilken del av verksamheten, samt vilka bedömningskriterierna varit då kostnaderna och intäkterna fördelats på respektive verksamhet. Då kostnaderna för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska beräknas får samtliga rörliga kostnader, samt den del av de fasta kostnaderna som kan hänföras till utförandet av den aktuella tjänsten, ingå i beräkningen. Kostnadsberäkningen ska också baseras på allmänt accepterade redovisningsprinciper.¹¹⁶

Som nämnts ovan kan ett kommunalt bostadsföretag normalt inte anses tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, varför ett kommunalt stöd till ett sådant företag inte heller omfattas av kommissionens beslut. Oavsett om ett kommunalt bostadsföretag skulle kunna anses tillhandahålla sådana tjänster som avses i beslutet är det ändå inte säkert att ett kommunalt stöd till verksamheten kan undgå kommissionens granskning. För att undantag ska accepteras enligt beslutet fordras som nämnts att de aktuella uppgifterna anförtrotts företaget genom en officiell handling. Några svenska lagregler som fastställer att kommunala bostadsföretag ska tillhandahålla vissa speciellt angivna tjänster förekommer emellertid inte. I vissa fall skulle det kunna framgå av ett kommunalt företags bolagsordning eller i något annat kommunalt styrdokument att verksamheten ska bedrivas på ett visst sätt, varför kravet i teorin skulle kunna vara uppfyllt under förutsättning att den nyssnämnda skyldigheten är tillräckligt preciserad i dokumentet. Det är dock mindre troligt att eventuella kommunala styrdokument också uppfyller de formkrav som i övrigt följer av kommissionens beslut.

För att undantag från anmälningsplikten ska kunna aktualiseras med stöd av beslutet fordras emellertid också att den föreliggande kompensationen motsvarar de kostnader företaget har till följd av skyldigheten att tillhandahålla den aktuella tjänsten, dvs. att den kommunala stödåtgärden inte innebär att

¹¹⁵ Se Community Framework for State Aid in the Form of Public Service Compensation, /07/2005 D/52891, DGCOMP/D(2005) 179, p. 17.

¹¹⁶ Se Community Framework for State Aid in the Form of Public Service Compensation, /07/2005 D/52891, DGCOMP/D(2005) 179, p. 16 och p. 13.

företaget överkompenseras. Vid bedömningen om compensationen står i rimlig proportion till kostnaderna för att utföra den aktuella tjänsten ska som nämnts en jämförelse med andra företag inom samma sektor göras. Därför borde de kostnader som uppkommer inom den kommunala bostadsförsörjningen jämföras med de kostnader som uppkommer för privata bostadsföretag. Då privata bostadsföretag kan tillhandahålla i det närmaste samma tjänster på liknande villkor utan att uppbära subventioner talar det för att eventuella stöd som lämnas till kommunala bostadsföretag inte står i rimlig proportion till de uppgifter som blivit ålagda dem, varför dylika åtgärder borde anmälas till kommissionen för granskning.

Bedömningen skulle emellertid kunna bli en annan om den kommunala bostadsförsörjningen delas in i normal bostadsförsörjning vilken är öppen för alla medborgare och sådan bostadsförsörjning som endast riktas till dem som inte hade kunnat få någon bostad på den öppna marknaden. Det är sannolikt inte speciellt vanligt förekommande att kommunala bostadsföretag erbjuder bostäder till utsatta grupper på villkor som är mer gynnsamma än vad som är fallet inom de privata bostadsföretagen. Om så vore fallet torde däremot denna del av den kommunala bostadsförsörjningen kunna anses utgöra tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse varför eventuell compensation därmed inte skulle behöva anmälas till kommissionen under förutsättning att även övriga villkor i ovan nämnda beslut är uppfylla. Den compensation som i ett sådant fall kan accepteras är dock med stor sannolikhet mycket begränsad då den största delen av den kommunala bostadsförsörjningen allttjämt bedrivs på affärsmässiga grunder.

Om förutsättningarna för att underlåta att anmäla en stödåtgärd enligt kommissionens beslut inte är uppfyllda måste således den aktuella stödåtgärden anmälas innan åtgärden verkställs. Efter anmälan kan emellertid kommissionen komma fram till att den aktuella åtgärden, trots att den inte omfattas av det nämnda beslutet, ändå ska undantas från en tillämpning av gemenskapens statsstödsregler med stöd av artikel 86.2 EG vilket skulle kunna vara fallet om det rör sig om brister av formell karaktär i förhållande till de villkor som uppställs i kommissionens beslut.

Är förutsättningarna för att ett stöd ska undantas med hänvisning till kommissionens beslut inte uppfyllda på grund av att företaget inte anförtrotts den aktuella uppgiften eller på grund av att den compensation som lämnas överstiger vad som är nödvändigt skulle sannolikt den aktuella stödåtgärden normalt inte heller kunna accepteras med stöd av artikel 86.2 EG. Således är det mycket troligt att ett eventuellt stöd till ett kommunalt bostadsföretag,

även om verksamheten mot förmodan skulle kunna karaktäriseras som tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, inte skulle kunna undantas från statsstödsreglernas tillämpning även efter en anmälan.

Sammanfattningsvis kan konstateras att då de kommunala bostadsföretagen agerar i det närmaste marknadsmässigt i konkurrens med privata alternativ som tillhandahåller nästintill identiska tjänster på liknande villkor torde de inte kunna anses utföra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Därför kan de inte heller undandras kommissionens granskning med stöd av vare sig Altmark eller kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG. Av den anledningen måste normalt eventuella stöd som lämnas till kommunala bostadsföretag underställas kommissionens prövning innan de verkställs i enlighet med artikel 88.3 EG.

6.4.3 Bostadsmarknaden och de centrala konkurrensrättsliga förbuden

Som en del av en konkurrensrättslig analys återstår efter att ha konstaterat att ett kommunalt engagemang på det ifrågavarande området är kompetens-enligt att undersöka hur de kommunala bostadsföretagens agerande förhåller sig till de centrala konkurrensrättsliga förbuden. Både konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande samarbeten och förbudet mot missbruk av dominerande ställning kan då aktualiseras.

Även fastän konkurrenslagen är generellt tillämplig och därför kan tillämpas även i samband med ageranden vidtagna av kommunala bostadsföretag kan inte konkurrenslagen användas i alla situationer där konkurrensen påverkas. KKV har i några ärenden haft att ta ställning till huruvida förhållanden mellan kommunala bostadsföretag och dess ägare skulle kunna träffas av konkurrenslagens regler. I KKV dnr 139/94 (1995-01-26) hade kommunfullmäktige i Jönköpings kommun beslutat om subventioner i form av ett aktieägartillskott till det kommunala bostadsföretaget Huskvarnabyggen AB. De kommunala subventionerna uppgick under åren 1993 och 1994 till ca 30 miljoner kronor och dessutom lämnade kommunen en kommunal borgen till samtliga allmännyttiga bostadsbolag för finansiering av pågående ombyggnationer. Fastighetsägarföreningen begärde att KKV skulle granska om subventionerna var förenliga med konkurrenslagens regler. KKV fann emellertid att Jönköpings kommun inte var att anse som ett företag i konkurrensrättslig mening då kommunfullmäktige beslutade om aktieägartillskott. Konkurrenslagen kunde därför inte tillämpas.

KKV slog även i sitt beslut i ärende dnr 803/93 (1993-12-22) fast att konkurrenslagen inte var tillämplig avseende en hyresförlustgaranti från

Trelleborgs kommun till ett kommunalt bostadsföretag, Trelleborgshem. Klaganden menade att hyresförlustgarantin till Trelleborgshem möjliggjorde konkurrens på lika villkor på bostadsmarknaden i Trelleborg. Trelleborgshem ägde då 41 procent av lägenhetsbeståndet i kommunen. Den kommunala hyresförlustgarantin gav full ersättning för alla hyresförluster överstigande 500 000 kronor. Trelleborgshem erhöll även ett utbildningsbidrag på 747 000 kronor vilket de privata hyresvärdarna inte erhöll. Sammantaget fick förfarandet enligt klaganden till följd att konkurrensen snedvreds. Kommunen hävdade att hyresförlustgarantin var att anse som ett koncernbidrag vars syfte var att garantera Trelleborgshems fortlevnad. KKV uttalade att en hyresförlustgaranti kunde leda till att konkurrensen snedvreds men att konkurrenslagen inte var tillämplig i det enskilda fallet. Trogligtvis på den grund att kommunen då de fattade beslutet inte uppträdde som ett företag på marknaden. KKV uttalade också att kommunal stödgivning till allmännyttan låg inom den kommunala kompetensen.

Följaktligen kan inte kommunala åtgärder i form av gynnande av egna bostadsföretag träffas av konkurrenslagens förbud i och med att företagsbegreppet inte anses vara uppfyllt i sådana situationer. Det faktum att konkurrenslagen inte kan användas som instrument för att angripa ett eventuellt stöd som lämnas av en kommun till det egna bostadsföretagen innebär däremot inte att sådana stöd alltid är tillåtna, då de som visats ovan istället kan strida mot förbudet i artikel 87.1 EG.¹¹⁷

6.4.3.1 Konkurrensbegränsande samarbeten och kommunala bostadsföretag
Även om en kommun som stödjer ett eget bostadsföretag skulle omfattas av konkurrenslagens företagsbegrepp är det ändå inte säkert att ett sådant agerande hade kunnat anses strida mot konkurrenslagens bestämmelser. Enligt Norberg rör det sig i en dylik situation inte om ett sådant samordnat förfarande som kan träffas av förbudet i 6 § konkurrenslagen. Oavsett om det skulle kunna föreligga ett avtal mellan kommunen och det egna bostadsföretaget hade de inblandade aktörernas syften med avtalet varit divergerande – kommunens syfte med ett sådant avtal är att kommunmedlemmarna ska kunna bo så billigt som möjligt medan bostadsföretaget vill ha så höga hyror som möjligt – varför det enligt Norberg inte kan anses röra sig om en kartell eller ett samordnat förfarande som är riktat mot företagets kunder eller konkurrenter. Det faktum att ett dylikt avtal mellan kommunen och det

¹¹⁷ Se ovan avsnitt 6.4.1 och 6.4.2.

kommunala bostadsföretaget är en avvägning mellan motstående intressen skulle således utesluta att avtalskriteriet i 6 § konkurrenslagen kan vara uppfyllt.¹¹⁸

Ett än större hinder för en tillämpning av förbudet är att kommunen och det helägda kommunala bostadsföretaget nästintill per automatik får anses ingå i samma ekonomiska enhet trots att det rör sig om två skilda juridiska personer, vilket följer av att ett kommunalt bostadsföretag vars styrelse utses av kommunen och som i övrigt saknar reellt självbestämmande anses ingå i samma ekonomiska enhet som kommunen.¹¹⁹ Ett eventuellt kommunalt stöd utgör således en intern angelägenhet och inte något samarbete med ett annat företag, varför förbudet i 6 § konkurrenslagen inte heller kan tillämpas av det skälet.¹²⁰

KKV har också prövat ett ärende där två allmännyttiga bostadsbolag, Norrahammar kommunala bostäder AB och Bostads AB Vätterhem, båda ägda av Jönköpings kommun, tillämpade likartade rabatter och dess förenlighet med konkurrenslagen, främst förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete.¹²¹ När de två kommunala bostadsföretagen samtidigt införde hyresrabatter som riktades till ungdomar mellan 18–25 år som inte redan bodde i allmännyttan ansåg Fastighetsägarföreningen Första Regionen att det var konkurrensbegränsande då de privata hyresvärdarna inom regionen led ekonomisk skada. KKV hade därför att pröva huruvida agerandet var förenlighet med konkurrenslagens regler. Enligt de inblandade kommunala bostadsföretagen var ungdomsrabatterna inte ett resultat av något samarbete mellan företagen utan istället ett resultat av Jönköpings kommuns ägardirektiv. Styrelserna i de båda bolagen tillsattes av kommunfullmäktige som också fattade andra för bolagen viktiga beslut.

KKV gjorde bedömningen att de båda allmännyttiga bostadsbolagen omfattades av konkurrenslagens företagsbegrepp. Rabatterna var dock, precis som anförts av bostadsföretagen, ett resultat av kommunens ägardirektiv och utgjorde därför inte något konkurrensbegränsande samarbete som kunde prövas med stöd av konkurrenslagen. Med hänvisning till att de ifrågavarande rabatterna endast var tillfälliga och att det i övrigt inte framkommit att rabatterna utgjorde ett missbruk av en dominerande ställning uttalade KKV att agerandet inte kunde angripas med stöd av konkurrenslagen.

¹¹⁸ Se Norberg, 1999a, s. 164.

¹¹⁹ Se Wetter m.fl., 2004, s. 160.

¹²⁰ Se Norberg, 1999a, s. 166.

¹²¹ KKV dnr 847/93 (1993-12-28).

Det faktum att konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande samarbete inte kan aktualiseras utesluter dock inte nödvändigtvis en tillämpning av lagens förbud mot missbruk av dominerande ställning.

6.4.3.2 De kommunala bostadsföretagen och förbudet mot missbruk av dominerande ställning

I KKV:s praxis som rört kommunala bostadsföretag har förbudet mot missbruk av dominerande ställning aktualiserats vid några tillfällen. För att förbudet i 19 § konkurrenslagen ska kunna aktualiseras i samband med att ett kommunalt bostadsföretag agerar på ett sätt som kan misstänkas påverka konkurrensen krävs i första hand att det kommunala bostadsföretaget intar en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Den i sammanhanget relevanta produktmarknaden torde vara hyresmarknaden för privatpersoner,¹²² medan den relevanta geografiska marknaden normalt utgörs av den kommun, eller en del av den kommun, där det aktuella bostadsföretaget verkar.¹²³ Slutsatsen blir därför att den relevanta marknaden för hyreslägenheter i regel är jämförelsevis liten.¹²⁴

Vid bedömningen av om en dominerande ställning föreligger, kan enligt Wetter m.fl. främst nio omständigheter beaktas.¹²⁵ Några av dessa omständigheter är av speciellt intresse då det ska avgöras om ett kommunalt bostadsföretag har en sådan marknadsstyrka som avses i 19 § konkurrenslagen. Främst ska marknadsandelarna beaktas. En marknadsandel överstigande 40 procent utgör ett tydligt tecken på dominans.¹²⁶ Det är inte heller ovanligt att de kommunala bostadsföretagen äger närmare hälften av alla hyreslägenheter i en kommun. Följaktligen torde dessa företag kunna anses inta en dominerande ställning redan på den grunden.¹²⁷ Det faktum att ett kommunalt bostadsföretag i ett enskilt fall skulle ha en marknadsandel som understiger 40 procent utesluter dock inte att företaget ifråga kan ha en sådan ställning på marknaden att en tillämpning av förbudet ändå kan aktualiseras. Exempelvis kan också den omständighet att många av marknaden övriga aktörer ofta är jämförelsevis små tala för att en dominerande ställning kan föreligga.

¹²² Se Norberg, 1999a, s. 167 f.

¹²³ Se Norberg, 1999a, s. 168.

¹²⁴ Se ovan avsnitt 4.4.1 och Norberg, 1999a, s. 99.

¹²⁵ Se Wetter m.fl., 2004, s. 566.

¹²⁶ Se ovan avsnitt 4.4.1.

¹²⁷ År 2006 uppgick de kommunala bostadsföretagens andel av hyresbostadsmarknaden till ca 45 procent, se SOU 2008:38, s. 79.

En annan omständighet som spelar in vid dominansprövningen är företagets finansiella styrka. De kommunala bostadsföretagen har i regel ett relativt stort finansiellt handlingsutrymme och även en stor finansiell uthållighet, inte minst med tanke på kopplingarna till dess ägare, kommunerna. Sammantaget kan konstateras att det stora flertalet av de kommunala bostadsföretagen med stor sannolikhet intar en dominerande ställning på respektive marknad.

Begreppet missbruk definieras inte i lagtexten, men några typer av agerande som normalt utgör missbruk i konkurrensrättslig mening anges i 19 § konkurrenslagen. Den för framställningen viktigaste typen av agerande som riskerar påverka konkurrensen är s.k. underprissättning. Med underprissättning avses ”prissättning som normalt ligger under vad företaget normalt skulle behöva för kostnadstäckning och vinst.”¹²⁸ Genom att tillämpa ett sådant förfarande kan det ifrågavarande företaget indirekt tvinga sina konkurrenter att sänka priserna till följd av att priset är ett av de viktigaste konkurrensmedlen.

Som en följd av att kommunala bostadsföretag eventuellt gynnas på olika sätt av sina ägare, såsom genom kommunal borgen eller direkta subventioner, går det också att argumentera för att den hyressättning som tillämpas av dessa företag inte alltid ger full kostnadstäckning, vilket skulle kunna indikera att underprissättningen föreligger.

Som tidigare nämnts kan inte konkurrenslagen tillämpas på en konkurrensbegränsning som är en direkt och avsedd effekt av lagstiftning eller en ofrånkomlig följd av sådan. Det faktum att det finns offentliga regleringar på bostadsområdet som i viss mån reglerar prissättningen utesluter dock inte en tillämpning av konkurrenslagen i samband med konkurrensbegränsningar i form av underprissättningen vidtagna av kommunala bostadsföretag. Den prisreglering som indirekt följer av Allbo-lagen tillerkänner företagen ett visst handlingsutrymme ifråga om prissättningen. De kommunala bostadsföretagen är därför inom de ramar som slås fast i lagen fria att agera på ett sätt som minskar risken för att konkurrensen ska påverkas. Således kan inte en eventuell underprissättning anses vara en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av den offentliga regleringen.

I de fall en prissättning ligger under den genomsnittliga totala kostnaden men över den genomsnittliga rörliga kostnaden fordras emellertid att avsiktsrekvisitet är uppfyllt för att förbudet mot missbruk av dominerande

¹²⁸ Prop. 1992/93:56, s. 87.

ställning ska kunna aktualiseras.¹²⁹ Syftet med en sådan prissättning måste följaktligen vara att eliminera konkurrensen för att i ett senare skede kunna ägna sig åt monopolprissättning för att den typen av agerande ska kunna träffas av förbudet i 19 § konkurrenslagen. Som en följd av att de kommunala bostadsföretagen har att tillämpa en modifierad självkostnadsprincip i enlighet med bestämmelserna i Allbo-lagen kan avsiktsrekvisitet emellertid svårligen vara uppfyllt – ett kommunalt bostadsföretag kan aldrig ha som avsikt att konkurrera ut privata bostadsföretag för att i ett senare skede ägna sig åt monopolprissättning.

Ett undantag då en eventuell underprissättning mycket väl hade kunnat träffas av förbudet i 19 § konkurrenslagen är då prissättningen ligger under den genomsnittliga rörliga kostnaden. I sådana situationer är utgångspunkten att avsikten med prissättningen är att eliminera konkurrensen. En så aggressiv prissättningspolitik torde dock vara tämligen ovanlig på hyresmarknaden – så vitt jag vet har inte heller några ärenden rörande en sådan prissättning inom de kommunala bostadsföretagen prövats av KKV.

Mig veterligen är det enda svenska ärendet rörande kommunalt företagande där en så aggressiv prissättningspolitik eventuellt konstaterats, det fall där Stenungsunds kommun tvingades betala en konkurrensskadeavgift till följd av en alltför låg prissättning av solarietjänster.¹³⁰ Någon utredning om prissättningen låg under den genomsnittliga rörliga kostnaden förekom dock inte. Avgörande för utgången av ärendet torde istället ha varit att kommunen medgav överträdelsen av förbudet i 19 § konkurrenslagen.

KKV dnr 847/93 (1993-12-28) illustrerar tydligt innebörden av avsiktsrekvisitet.¹³¹ Den ungdomsrabatt som tillämpades av de två kommunala bostadsföretagen syftade visserligen till att värva kunder från de privata bostadsföretagen då det fanns tomma lägenheter inom allmännyttan, men avsikten var inte att konkurrera ut de privata alternativen för att i ett senare skede ägna sig åt monopolprissättning. Av den något knapphändigaste motiveringen till varför förfarandet inte träffades av förbudet i 19 § kan man därför dra slutsatsen att KKV inte ansåg att avsiktsrekvisitet var uppfyllt. Skulle

¹²⁹ Mål C-62/86, AKZO Chemie BV mot kommissionen, REG 1991 s. 3559, Svensk specialutgåva s. 249, p. 72.

¹³⁰ Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-723-98, KKV/Stenungsunds kommun (1998-09-09). Domen behandlas nedan i avsnitt 7.4.

¹³¹ Ärendet behandlas ovan i avsnitt 6.4.3.1.

provningen istället ha utgått ifrån en reglering där avsikten med prissättningen inte varit av betydelse hade resultatet mycket väl kunnat bli ett annat

6.5 De danska kommunerna och deras engagemang på bostadsområdet

Aven de danska kommunerna tar ett visst bostadspolitiskt ansvar. Det faller emellertid utanför den danska kommunala kompetensen att tillhandahålla bostäder – det kommunala engagemanget tar sig istället uttryck genom olika former av stöd till organisationer eller bostadsföretag som agerar allmännnyttigt, i det följande allmännnyttiga bostadsföretag, i enlighet med *loven om almene boliger m v*¹³²

För att ett bostadsföretag eller en bostadsorganisation enligt dansk rätt ska anses vara allmännnyttig och således kunna erhålla kommunala stöd fördras bland annat att företaget eller organisationen har som huvudsyssla att uppföra, hyra ut, administrera, underhålla och modernisera allmänna bostäder. Det krävs också att företagets styrelse försäkras om att driften av företaget är försvarlig, vilket innebär att de administrativa kostnaderna ska vara rationellt betingade samtidigt som förvaltningsutgifterna ska vara så låga som möjligt. Likaså ska de boendes intressen tillgodoses så långt som möjligt i samband med förvaltningen. För att det ska röra sig om ett allmännnyttigt bostadsföretag krävs dessutom att de regler som inte bara ger kommunerna insyn i verksamheten, utan som även ger kommunerna ett tamligen stort inflytande på verksamheten, tillgodoses.

I likhet med det svenska systemet är också den danska allmännnyttan i princip öppen för alla medborgare, det finns således inga krav på att en hyresgäst exempelvis maximalt ska ha en viss inkomst.

Det faktum att det allmännnyttiga lagenhetsbeståndet i princip är öppet för alla innebär likväl inte att de allmännnyttiga bostadsföretagen är helt fria att välja sina hyresgäster. I enlighet med bestämmelserna i 51–64 §§ *loven om almene boliger m v* finns exempelvis en viss möjlighet för en kommun att anvisa lagenheter inom ett allmännnyttigt bostadsföretags lagenhetsbestånd. Dessutom ger bestämmelserna *kommunbestyrelserne* en möjlighet att besluta om att ett allmännnyttigt bostadsföretag ska avvisa bostadssökande

¹³² Lovbekendtgørelse nr 341 af 13/04/2007, med senare ändringar

som utnyttjat det sociala skyddsnetet genom att de mottagit vissa former av offentligt ekonomiskt stöd, under förutsättning att andelen boende som står utanför arbetsmarknaden är hög i det aktuella området. Om en sökande avvisas på den grunden ska sökanden emellertid erbjudas en ersättningslagenhet.

I sammanhanget ska också nämnas att den genomsnittliga skillnaden i hyresnivåer mellan danska allmännyttiga bostadsföretag och privata bostadsföretag, vilka inte gynnas av offentliga stöd, är tamligen liten. I genomsnitt är hyrorna i de allmännyttiga bostadsföretagen knappt tre procent lägre per kvadratmeter än hyrorna i motsvarande hyreslagenheter ägda av privata bostadsföretag.¹³³

I det danska *Socialministeriets* rapport *Den almene boligsektors fremtid* behandlas inte någon konkurrenskonflikt liksom den konflikt som inte sällan uppkommer på den svenska marknaden mellan allmännyttiga bostadsföretag och privata bostadsföretag. I rapporten talas det däremot om hur de allmännyttiga bostadsföretagen ska kunna bli mer konkurrenskraftiga, vilket i förhållningen ska motverka segregation och förslumning (*ghettodannelse*). Mig veterligen finns det inte heller någon praxis på området från *Konkurrenserådet*. Därav kan med stor sannolikhet slutsatsen dras att konkurrenskonflikter på bostadsmarknaden liksom de som uppkommer i Sverige är tamligen ovanliga i Danmark. En anledning till att så är fallet återfinns säkerligen i det faktum att den danska bostadsmarknaden skiljer sig avsevärt från motsvarande svenska marknad. Ytterligare skall tilläggas att några konkurrenskonflikter inte tycks ha uppkommit torde gå att finna i det faktum att de danska allmännyttiga bostadsföretagen tar ett stort socialt ansvar för motsvarande svenska företag. Det går därför att ifrågasätta om de danska allmännyttiga bostadsföretagen verkligen konkurrerar med privata bostadsföretag i och med att en tamligen stor andel av de hyresgäster som återfinns i allmännyttans lagenhetsbestånd troligtvis inte hade accepterats som hyresgäster av privata bostadsföretag.¹³⁴

Huruvida en tillämpning av den danska modellen skulle kunna minska konflikterna även i Sverige är emellertid mycket tveksamt. För att den danska modellen, vilken som nämnts bygger på att kommunerna lämnar stöd till vissa företag, skulle ge någon namnvard effekt i Sverige hade kravts

¹³³ Se *Den almene boligsektors fremtid*, Socialministeriet, 2006, s. 79.

¹³⁴ Statistiken visar att det är en klar överrepresentation av boende som står utanför arbetsmarknaden eller som har låginkomstarbeten inom den danska allmännyttan, se *Den almene boligsektors fremtid*, Socialministeriet, 2006, s. 117 ff.

en fullständig reform av den svenska hyresmarknaden såtillvida att de företag som erhåller stöd skulle vara tvungade att fokusera sitt tillhandahållande av lagenheter på de resurssvaga i samhället. En sådan löning skulle emellertid riskera leda till ökad segregation, vilket i sig skulle stå i motsättning till intentionerna bakom den svenska bostadspolitiken.¹³⁵

Att endast tillägna sig den del av den danska lösningen som innebär att stöd utgår till vissa företag, istället för att det kommunala engagemanget vidtas genom drift av egna bostadsföretag, skulle inte heller lösa de aktuella konkurrenskonflikterna. Det problem med bristande konkurrensneutralitet som idag aktualiseras skulle kvarstå även om kommunernas roll som aktörer skulle förändras.

6.6 Preliminära slutsatser och sammanfattning

Bostadsförsörjning är ett område som faller inom den allmänna kommunala kompetensen. I de allra flesta kommuner återfinns också minst ett kommunalt bostadsföretag.¹³⁶ Den privatiseringstrend som kunde skönjas i slutet av 1990-talet och början av 2000-talet mottas bland annat av Allbo-lagen, enligt vilken det krävdes särskilt tillstånd från länsstyrelsen för att en kommun skulle få avyttra hela eller delar av sitt bostadsbestånd. Även fastän det numera står kommunerna fritt att själv avgöra huruvida kommunen ska sälja kommunala bostäder tycks likväl de allra flesta kommuner vilja kunna påverka bostadsmarknaden varför den befarade utförsäljningen av allmännyttan ännu inte besannats.

Genom Allbo-lagen tydliggjordes rättslaget avseende under vilka villkor den kommunala bostadsförsörjningen får bedrivas. Lagen medförde att den osäkerhet som tidigare var gällande angående huruvida självkostnadsprincipen skulle vara normerande för den kommunala prissättningen numera har ersatts med något tydligare regler som medger viss utdelning från kommunala bostadsföretag. Samtidigt föreskriver lagen att verksamheten ska bedrivas utan vinstsyfte. Således är inte de kommunala bostadsföretagen helt fria att själv fastställa sina hyror. Till följd av det svenska hyressättningssystemet och tillämpningen av bruksvårdsprincipen står det inte heller de privata bostadsföretagen fritt att avgöra vilka hyror som ska tas ut i och med att

¹³⁵ Se ovan avsnitt 6.2

¹³⁶ Enligt uppgift från SABO (den organisation som organiserar ca 300 allmännyttiga bostadsföretag) var det endast i 11 av Sveriges 290 kommuner som kommunen inte var engagerad på bostadsmarknaden genom tillhandahållande av hyreslagenheter 2008-04-03 (efter kontakt med Gunilla Samuelson, SABO)

hyrorna inom det kommunala lägenhetsbeståndet är normerande även för hyrorna inom det privata beståndet av lägenheter. Enligt den svenska kommunalrätten är också kommunerna fria att på olika sätt stödja de egna bostadsföretagen, exempelvis genom direkta subventioner eller genom att lämna kommunal borgen.¹³⁷

Visserligen reglerar gemenskapsrätten som huvudregel inte medlemsstaternas möjligheter att engagera sig i näringsverksamhet, men gemenskapsrätten styr i viss mån på vilka villkor medlemsstaten får bedriva den aktuella verksamheten. Gemenskapsrätten kan således genom förbudet i artikel 87.1 EG påverka en kommuns möjlighet att stödja ett kommunalt bostadsföretag oavsett vilka befogenheter den svenska rätten tillerkänner kommunen.

För att förbudet i artikel 87.1 EG ska aktualiseras fordras att den kommunala åtgärden konstituerar ett stöd. Att fastställa huruvida direkta subventioner förekommer är med stor sannolikhet relativt oproblematiskt. Sådana subventioner torde regelmässigt också vara selektiva och därför påverka konkurrensen. Inte heller borde det vålla några egentliga problem att avgöra huruvida ett kommunalt bostadsföretag gynnas genom en kommunal borgen, varför en sådan åtgärd mycket väl kan utgöra ett stöd i fördragets mening samtidigt som också kraven på att åtgärden ska vara selektiv och påverka konkurrensen är uppfyllda. Däremot ökar sannolikt svårigheterna att bedöma om ett stöd är för handen då ett eventuellt gynnande sker genom att verksamheten inte behöver drivas med ett vinstsyfte. För att dylika åtgärder inte ska omfattas av gemenskapens stödbegrepp krävs vanligtvis att den ifrågavarande åtgärden vidtas på marknadsmässiga grunder i enlighet med den marknadsekonomiska investeringsprincipen. Den omständighet att de kommunala bostadsföretagen drivs utan vinstsyfte, vilket en normal investerare knappast hade accepterat, talar därför för att ett kommunalt engagemang i sådan verksamhet kan konstituera ett stöd oavsett om verksamheten subventioneras på andra sätt. Som en följd av det svenska hyresättningssystemet får emellertid den kommunala vinstbegränsningen även återverkningar för de privata bostadsföretagen, vilket talar för att avsaknaden av ett vinstkrav för ett kommunalt bostadsföretag inte utgör något gynnande i förhållande till marknadens övriga aktörer – åtgärden är inte selektiv och påverkar inte heller konkurrensen, varför artikel 87.1 EG inte torde kunna aktualiseras på den grunden.

¹³⁷ Se RÅ 1997 ref. 47, vilket också behandlas ovan i avsnitt 6.2.

Det sista kravet som måste vara uppfyllt för att ett stöd ska omfattas av förbudet i artikel 87.1 EG, oavsett i vilken form stödet utgår, är att stödet ska påverka eller riskera att påverka handeln mellan medlemsstater. De eventuella stöd som utgår till kommunala bostadsföretag lämnas med stor sannolikhet inte sällan av kommuner som lider av ett vikande befolkningsunderlag, vilket skulle indikera att dylika stöd knappast kan anses påverka handeln mellan medlemsstater då det normalt inte förekommer utländska aktörer på dessa marknader. Sannolikheten att samhandelskriteriet skulle vara uppfyllt i samband med kommunal stödgivning torde vara betydligt större i kommuner med en positiv befolkningsutveckling där det ofta råder bostadsbrist. Det kan emellertid ifrågasättas om det verkligen lämnas stöd till kommunala bostadsföretag på sådana orter då det vanligtvis saknas anledning att vidta dylika åtgärder. Om samhandelskriteriet i ett hypotetiskt fall likväl skulle vara uppfyllt är det också ett rimligt antagande att förbudet i artikel 87.1 EG skulle kunna aktualiseras.

Förbudet är emellertid inte absolut, utan undantag från förbudet kan medges i särskilt angivna situationer. De undantag som eventuellt skulle kunna aktualiseras i händelse av att en kommunal åtgärd utgör ett sådant stöd som normalt omfattas av förbudet i artikel 87.1 EG är undantag i enlighet med de kriterier som fastställdes i Altmark och undantag enligt artikel 86.2 EG. Båda dessa möjligheter till undantag förutsätter dock att den verksamhet som gynnas avser tillhandahållande av tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse. Som visats ovan är det emellertid troligt att det kommunala engagemanget på bostadsförsörjningens område normalt inte omfattas av den gemenskapsrättsliga definitionen av sådana tjänster.

Under förutsättning att samhandelskriteriet är uppfyllt är det därför högst osannolikt att något av de undantag från förbudet i artikel 87.1 EG och från den i artikel 88.3 EG stadgade anmälningsplikten kan aktualiseras avseende stöd till kommunala bostadsföretag. Följaktligen kan det i vissa situationer uppstå en konflikt mellan den svenska kommunalrätten – som inte bara medger ett kommunalt engagemang i bostadsföretag utan som också tillåter kommunerna att på olika sätt stödja verksamheten – och gemenskapsrättens förbud mot statliga stöd.

Eventuella kommunala subventioner, oavsett om de kan angripas med stöd av förbudet i artikel 87.1 EG, leder också som nämnts till att de kommunala bostadsföretagen får konkurrensfördelar framför de privata aktörerna på marknaden, vilket kan ta sig uttryck i att hyrorna i de kommunala bostadsföretagen kan hållas nere.

Som visats är inte heller konkurrenslagen speciellt effektiv som verktyg för att hantera de situationer med bristande konkurrensneutralitet som kan uppkomma i samband med kommunal bostadsförsörjning. Det i konkurrenslagen mest relevanta förbudet i sammanhanget är förbudet mot missbruk av dominerande ställning. Det torde inte vara ovanligt att ett kommunalt bostadsföretag uppfyller förbudets första rekvisit, att företaget ifråga intar en dominerande ställning på marknaden, inte minst med beaktande av att de kommunala bostadsföretagen normalt har en mycket stor marknadsandel. I sammanhanget är det förbudets andra rekvisit som kan anses vara problematiskt. De vanligaste förekommande påstådda konkurrensbegränsningarna torde utgöras av underprissättning. För att en sådan åtgärd ska kunna angripas med stöd av förbudet i 19 § konkurrenslagen fordras enligt KKV:s praxis i allmänhet att också avsiktsrekvisitet är uppfyllt. Avsikten med en prissättning som inte ger full kostnadstäckning måste normalt vara att slå ut konkurrenterna för att i ett senare skede ägna sig åt monopolprissättning för att åtgärden ska kunna träffas av förbudet. Som en följd av att de kommunala bostadsföretagen ska agera allmännyttigt och i stor utsträckning är hindrade att tillämpa en fri prissättning torde likafullt avsiktsrekvisitet sällan eller aldrig kunna vara uppfyllt.

Enligt Norberg ger emellertid förarbetena till konkurrenslagen visst stöd för att inte tillämpa avsiktsrekvisitet på offentliga företag. Det första skälet är att EG-domstolens praxis även skulle ligga till grund för svensk rättstillämpning, vilket den enligt Norberg troligtvis inte gör avseende underprissättning som vidtas av offentliga företag. Även om det i AKZO¹³⁸ utvecklade avsiktsrekvisitet är en viktig konkurrensrättslig regel är det inte säkert att avgörandet borde tillmätas samma betydelse avseende offentliga företags ageranden. Det kan också ifrågasättas om EG-domstolen nödvändigtvis skulle tillämpa avsiktsrekvisitet även på offentligt subventionerad verksamhet såsom KKV hittills gjort.¹³⁹ Dessutom ges i förarbetena till konkurrenslagen indikationer på att offentlig verksamhet i allt större utsträckning ska konkurrensutsättas. För att sådana konkurrensutsättningar ska bli lyckosamma fordras emellertid instrument som minskar riskerna för bristande konkurrensneutralitet. Under förutsättning att även offentliga företag i praktiken kan träffas av konkurrenslagens förbud hade lagen enligt Norberg kunnat utgöra ett sådant instrument.¹⁴⁰

¹³⁸ Mål C-62/86, AKZO.

¹³⁹ Se Norberg, 1999a, s. 232.

¹⁴⁰ Se Norberg, 1999a, s. 233.

Norberg anser att gränsen mellan tillåten och otillåten offentligt subventionerad underprissättning borde gå vid sociala skäl. Således borde exempelvis underprissättningen i KKV dnr 847/93 (1993-12-28) ha varit otillåten, i och med att prissättningen i ärendet inte syftade till att åstadkomma billiga bostäder åt kommunmedlemmarna, utan istället var avsikten att bättre konkurrera med de privata aktörerna på marknaden. Om underprissättningen i ett dylikt fall istället hade grundat sig på sociala överväganden borde förfarandet enligt Norberg ha varit konkurrensrättsligt acceptabelt.¹⁴¹

Likt Norberg anser jag att de allmännyttiga företagens särställning borde fordra att större hänsyn tas till hur ett visst handlande inverkar på konkurrensen vid en eventuell konkurrensrättslig prövning. På bostadsförsörjningsområdet borde således en bedömning göras utifrån hur de kommunala bostadsföretagens agerande påverkar de privata bostadsföretagen. Därför behövs enligt Norberg en lagstiftning som ger utrymme för en lämplighetsprövning av kommunala företags agerande på den öppna marknaden, i och med att KKV:s tillämpning av avsiktsrekvisitet i praktiken allt som oftast utesluter kommunala företag från att träffas av förbudet i 19 § konkurrenslagen.¹⁴²

Sammanfattningsvis kan konstateras att den aktuella konkurrenskonflikten på bostadsmarknaden kännetecknas av att de kommunala bostadsföretagen har en mycket stark marknadsställning vilket motiveras av målet med den svenska bostadspolitiken som i allt väsentligt får anses vara att tillvarata sociala hänsyn ifråga om bostadsförsörjning. Prissättningen på området regleras i lag varför den inte alltid kan anses vara helt marknadsmässig. Samtidigt går det inte att enkelt avfärda att det förekommer kommunala stöd som endast gynnar de kommunala bostadsföretagen – vilka däremot endast i undantagsfall borde kunna anses uppfylla samtliga rekvisit för att omfattas av förbudet i artikel 87.1 EG. Dessutom följer det av hyresregleringssystemet att de hyror som tillämpas inom de kommunala bostadsföretagens bestånd är normerande även för de privata hyresvärdarna. Det kan emellertid ifrågasättas om själva hyressättningsystemet påverkar konkurrensen mellan kommunala och privata aktörer – istället torde det vara eventuella kommunala stöd som påverkar konkurrensneutraliteten. Däremot kan hyressättningsystemet säkerligen uppfattas som orättvist av de privata hyresvärdarna då systemet försvårar för dem att påverka hyresnivåerna i deras bostadsbestånd.

¹⁴¹ Se Norberg, 1999a, s. 233.

¹⁴² Se Norberg, 1999a, s. 173.

7 De kommunala friskvårdsföretagen och konkurrensrätten

7.1 Introduktion

Det kommunala engagemanget på friskvårdsområdet har i viss mån stått i fokus för debatten rörande kommunalt företagande i konkurrens med privata alternativ.¹ Området har dessutom i stor utsträckning fått symbolisera det lilla företags kamp för överlevnad trots att de tvingas utstå vad som kan upplevas som snedvriden konkurrens från kommunala aktörer.

Det första västeuropeiska kommunala engagemanget på friskvårdsområdet i modern tid tog sig uttryck i uppförandet av ett badhus i England redan 1842, vilket syftade till att tillfredställa arbetarklassens behov.² Vid förra sekelskiftet hade också tyska kommuner engagerat sig i badverksamhet och gick i vissa fall även ett steg längre genom att exempelvis ha massörer anställda. Under den första delen av 1900-talet växte det likaså i Sverige fram kommunala badhus. Medan det tidiga kommunala engagemanget utgick från en önskan om ökad renlighet,³ har det senare kommunala engagemanget i idrottshallar och dylikt i stället motiverats med folkhälsoskäl.⁴

Utvecklingen har gått mot att kommunernas verksamhet på friskvårdsområdet alltmer efterliknat de privata alternativen. Ett exempel på denna utveckling är att det numera snarare är regel än undantag att den kommunala simhallen också inrymmer ett kommunalt gym. Kringaktiviteterna runt simhallarna har brett ut sig alltmer och verksamheten har i många fall utvecklats till att omfatta även servering, solarier och liknar på så sätt mer kompletta hälsocentran. Orsakerna till denna utveckling påstås bland annat bestå i att besökarna efterfrågar ett bredare utbud av aktiviteter utan att för den skull förflytta sig till någon annan anläggning.⁵ Inriktning mot fullska-

¹ Se t.ex. Blom m.fl., 1999, Elverheim, Debatt om konkurrens, Sundsvalls tidning, 2008-02-26, Ransgård och Hartzell, Stoppa osund konkurrens, Göteborgsposten, 2007-11-14, Thomsen, Osund konkurrens? Dalarnas tidning, 2005-02-04, Wiwen-Nilsson och Strömmer, Enskilda svaga mot statens övergrepp, Dagens Nyheter, 2002-12-06 och Sveriges Radio, Kommuner kritiserar för osund konkurrens, <http://www.sr.se/cgi-bin/stockholm/nyheter/artikel.asp?artikel=821636> (2008-04-21).

² Se Riberdahl, 2000, s. 64.

³ Se Gellerstedt, 1962, s. 695.

⁴ Se Riberdahl, 2000, s. 64.

⁵ Se Blom m.fl., 1999.

liga friskvårdsanläggningar ökar i många fall också intäkterna, vilket leder till ett minskat behov av skattesubventioner. Samtidigt har utvecklingen på det privata området i stor utsträckning gått i samma riktning varför det relativt ofta uppstått konflikter mellan privata och kommunala aktörer då de möts på en gemensam marknad.⁶

7.2 Det kommunala engagemangets rättsliga grund

Den kommunala kompetensen på friskvårdsområdet kan i viss mån anses ha sin grund i det faktum att det ansetts vara av ett allmänt kommunalt intresse att på olika sätt stödja det lokala föreningslivet, inte minst genom tillskapandet av ändamålsenliga lokaler. Exempelvis har det ansetts falla inom den kommunala kompetensen att uppföra en idrottshall,⁷ att stödja en förening vid utrustning av en bowlinghall,⁸ och att såväl uppföra som ansvara för drift av konstfrusen isbana.⁹ Likaså har det enligt praxis rymts inom den kommunala kompetensen att stödja ett bolag vilket ägde en golfbana,¹⁰ att lämna penningbidrag till en golfklubb för anläggande av en golfbana,¹¹ och att sponsra en golfälvling.¹² Sedan länge har det dessutom ansetts falla inom den kommunala kompetensen att uppföra och driva simhallar.¹³

I princip anses det inte heller vara någon större skillnad mellan ett kommunalt engagemang i fritidsverksamhet i form av idrottshallar i förhållande till ett engagemang i simhallar. I båda fallen går det att relativt enkelt spåra ett allmänt kommunalt intresse till verksamheterna. Det torde röra sig om kollektiva nyttigheter vars behov bäst tillgodoses i kommunal regi – investeringskostnaderna i sådana anläggningar är tämligen höga samtidigt som möjligheten att driva verksamhet av den karaktären med ett vinstsyfte kan anses vara begränsad. Därutöver kan det ifrågasättas om det finns privata aktörer som på eget initiativ skulle vara villiga att engagera sig i sådan verk-

⁶ Som exempel på då det breddade kommunala engagemanget kan riskera påverka konkurrensen och eventuellt också tränga undan privata aktörer kan namnas Jonkopings kommuns agerande ifråga om en utvidgning av verksamheten i den kommunala simhallen till att också omfatta s.k. spinning, vilket anmaldes till KKV, se KKV dnr 51/1999 (1999-03-04). Av handlingarna i arendet framgår tydligt hur privata aktörer på friskvårdsområdet kan uppleva ett ökat kommunalt engagemang på området. Arendet behandlas nedan i avsnitt 7.4.

⁷ RÅ 1970 C 85.

⁸ RÅ 1970 C 86.

⁹ RÅ 1973 A 165 och RÅ 1974 A 973.

¹⁰ RÅ 1966 I 133.

¹¹ RÅ 1972 C 85 och RÅ 1975 Ab 258.

¹² RÅ 1993 ref. 35.

¹³ Se t.ex. Gellerstedt, 1962, s. 695 och Riberdahl, 2000, s. 63 f.

samhet.¹⁴ Följaktligen får det anses vara både lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att en kommun uppför en simhall eller en idrottshall.

Det problem som uppmärksammas ifråga om kommunal friskvårdsverksamhet härrör emellertid inte från ett kommunalt engagemang i form av anläggande och drift av idrotts- eller simhallar, utan ifrån det faktum att sådana anläggningar många gånger inrymmer gym och andra friskvårdsfaciliteter som drivs i kommunal regi. Sådan kommunal friskvårdsverksamhet anses rymmas inom den kommunala kompetensen med hänvisning till det nära och naturliga sambandet med den kompetensenliga driften av själva idrotts- eller simhallen.¹⁵ Kommunerna torde därutöver med hänvisning till anknytningskompetensen också ansetts vara kompetenta att tillhandahålla exempelvis solarietjänster i anslutning till sådana lokaler.¹⁶

Följaktligen intar den svenska kommunalrätten en relativt tillåtande hållning till ett kommunalt engagemang i friskvårdsverksamhet – oavsett om det rör sig om att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar i form av idrotts- och simhallar eller olika friskvårdstjänster som också tillhandahålls på den öppna marknaden.¹⁷

7.3 Den kommunala verksamhetens förutsättningar

En svensk kommun som driver kompetensenlig verksamhet i form av friskvård kan själv välja prissättning på den aktuella verksamheten inom ramarna för självkostnadsprincipen. Det har förekommit uppgifter om att kommunala gym normalt inte subventioneras med skattemedel, utan att priserna kan hållas nere till följd av de stordriftsfördelar och synergieffekter som inte sällan följer av att verksamheten bedrivs i anslutning till kommunala idrotts- och simhallar.¹⁸ Huruvida så verkligen är fallet torde vara något osäkert.

¹⁴ Privata aktörer kan dock mycket väl vara intresserade av att anlagga dylika anläggningar om t.ex. en kommun förbinder sig att mot ersättning utnyttja de aktuella faciliteterna under en lång tid framöver. Samarbetsprojekt av sådan art ges inte sällan beteckningen OPP, Offentligt-Privat partnerskap, och behandlas i t.ex. Madell, 2005, s. 225–254 och Madell, 2007, s. 35–59.

¹⁵ Se t.ex. Konkurrensrådets yttrande dnr 28/98 (1999-03-16) och Riberdahl, 2000, s. 64.

¹⁶ Jfr nedan avsnitt 7.4 vari Stockholms tingsratts dom i mål T 8-723-98, KKV/Stenungsunds kommun (1998-09-09) behandlas. Det kommunala agerande som förelåg till bedomning i det aktuella ärendet rörde just solarieverksamhet i anslutning till en kommunal simhall.

¹⁷ I sammanhanget ska emellertid namnas att ett kommunalt borgensåtagande i förhållande till Frisks & Svettis ansetts falla utanför den kommunala kompetensen bl.a. med en implicit hänvisning till det aktuella stödets påverkan på konkurrensen, se Kammarrättens i Stockholm dom 2006-04-26, mål nr 6516-05

¹⁸ Se t.ex. Blom m fl., 1999 och Riberdahl, 2000, s. 63

Det faktum att de kommunala gymmen tidigare hållit i genomsnitt 30 procent lägre priser än de privata alternativen kan också indikera att det trots allt förekommit inte helt obetydliga subventioner av de kommunala gymmen.¹⁹ Huruvida uppgifterna är relevanta även idag är något osäkert. Det finns emellertid inget som direkt tyder på att kommunerna numera stödjer dylik verksamhet i mindre grad än tidigare. I sammanhanget ska också nämnas att det oavsett om verksamheten rent faktiskt inte fordrar några kommunala subventioner står en kommun fritt att med hänvisning till underskottsprincipen tillskjuta medel till verksamheten.²⁰

Utan hänsyn till om den del av den kommunala friskvårdsverksamheten som drivs i konkurrens med privata alternativ direkt subventioneras såsom genom kontantbidrag, gynnas vanligtvis ändå sådan verksamheten på olika sätt i förhållande till de privata företagen, bland annat som en följd av lokaliseringen. Det faktum att exempelvis ett gym som är beläget i anslutning till en kommunal simhall får lägre lokalkostnader och dessutom kan sänka sina administrativa kostnader genom samutnyttjande med själva simhallen torde mycket väl kunna konstituera gynnande i statsstödsrätlig bemärkelse. Därav följer att det första kriteriet för att tillämpa gemenskapens förbud mot statsstöd är uppfyllt. I en situation då det förekommer ett gynnande av det slag som anges ovan torde det inte heller råda något tvivel om att den aktuella åtgärden både är selektiv till sin karaktär och att åtgärden därmed påverkar konkurrensen. Avgörande för om en åtgärd av ifrågavarande slag kan angripas med stöd av artikel 87.1 EG blir således om samhandeln kan påverkas.²¹ Det kan däremot misstänkas att stöd till kommunal friskvårdsverksamhet inte påverkar handeln mellan medlemsstater, varför det statsstödsrättsliga förbudet troligtvis inte är ett lämpligt verktyg för att hantera de föreliggande problemen.

I och med att självkostnadsprincipen vanligtvis är normerande för det kommunala avgiftsuttaget saknas i praktiken också möjlighet för de kommunala aktörerna att tillämpa en marknadsmässig prissättning, dvs. en prissättning som inte endast motsvarar kostnaderna utan som också gör det möjligt att lämna viss utdelning. Det faktum att kommunala gym inte sällan gynnas i förhållande till privata alternativ som en följd av verksamhetens placering m.m., oavsett eventuella direkta subventioner, kan således inte heller kompenseras genom att priserna marknadsanpassas – eventuella stor-

¹⁹ Se Konkurrensrådets yttrande dnr 28/98 (1999-03-16).

²⁰ Se t.ex. Lindquist, 2005, s. 108.

²¹ Se ovan avsnitt 5.3.1.2.

driftsfördelar måste oundvikligen avspeglas i den kommunala prissättningen.

7.4 Det kommunala engagemanget och konkurrensrätten

Konkurrensverket (KKV) är kritiskt till att kommuner driver gymverksamhet i konkurrens med privata företag.²² Samtidigt visar de ärenden som behandlats av KKV på området att dagens lagstiftning är otillräcklig för att på ett adekvat sätt kunna hantera de aktuella problemen.

Även om det kan ifrågasättas om konkurrenslagen överhuvudtaget är tillämplig på konkurrensbegränsningar i form av underprissättning som vidtas av kommunala aktörer som har att följa självkostnadsprincipen – då en dylik konkurrensbegränsning är en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av den lagstadgade självkostnadsprincipen²³ – har KKV med stöd av konkurrenslagen prövat flera ärenden där privata aktörer klagat på ageranden från kommunala gym och solarier.

Det enda ärende som resulterat i att konkurrenslagens sanktionsmöjligheter aktualiserats till följd av ett kommunalt agerande på friskvårdsområdet rörde Stenungsunds kommuns prissättning av solarietjänster.²⁴ Kommunen dömdes 1998 att betala en konkurrensskadeavgift på 5000 kr för att den genom oaktsamhet brutit mot förbudet i 19 § konkurrenslagen. Kommunen hade sålt solarietjänster i kombination med badtjänster till ett pris som innebar att det var mer förmånligt att köpa ett s.k. 10-kort till solarierna, vilket inkluderade bad, än att köpa motsvarande kort som endast gav rätt att nyttja badet. Även enstaka solariebesök, vilka inkluderade möjligheten att bada, kostade lika mycket som att endast betala entréavgiften till själva badet.

Den kommunala verksamheten bedrevs i den s.k. Sundahallen, vilken utgjorde en regional badanläggning som bland annat inkluderade simhall, idrottshall och lokal för bordtennis. Det kommunala gymmet till vilket solarierna hörde var beläget i anslutning till simhallen. Efter en upprustning av gymmet under 1993 och en utvidgning av solarieverksamheten under 1994 genomförde kommunen en kampanj med prisreduktioner för både gym- och solarietjänster. Priserna för att utnyttja solarierna var också betyd-

²² Jfr t.ex. Sundbom, 1999, s. 5.

²³ Jfr ovan avsnitt 4.2.1.3.

²⁴ Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-723-98, KKV/Stenungsunds kommun (1998-09-09).

ligt lägre än för motsvarande tjänster hos de privata aktörerna på marknaden. Under kampanjtiden ökade också försäljningen av solariekort.

KKV ansåg att kommunen inte bara intog en dominerande ställning på den relevanta marknaden för inomhus bassängbad, utan att kommunens ställning på marknaden i själva verket var unik. På marknaden för solarie-tjänster ansåg KKV att kommunen var en "... inte obetydlig aktör", då kommunen ansvarade för ca 20 procent av solariebäddarna på den relevanta marknaden. Enligt KKV skulle inte endast kommunens marknadsandel beaktas vid dominansbedömningen, utan dessutom det faktum att kommunen agerade under andra marknadsvillkor än de privata aktörerna i och med att den kommunala verksamheten bedrevs med ett förhållandevis litet ekonomiskt risktagande. Ifråga om bedömningen huruvida ett missbruk förelåg argumenterade KKV för att det inte var nödvändigt att missbruket genomfördes på samma marknad som man intog en dominerande ställning på, under förutsättning att det fanns ett nära samband mellan de båda marknaderna. I det aktuella ärendet ansåg KKV att så var fallet, vilket styrktes av samutnyttjandet av personal och lokaler för omklädning och dusch. Även om kommunen inte intog en dominerande ställning på marknaden för solarie-tjänster kunde därför enligt KKV ändå förbudet i 19 § aktualiseras.

KKV anförde också att det borde kunna ställas särskilt höga krav på en kommuns konkurrensmässiga agerande till följd av det låga kommunala risktagandet, inte minst i de situationer en kommun intar en dominerande ställning. Ett kommunalt agerande på en konkurrensumsatt marknad borde enligt KKV präglas av försiktighet exempelvis ifråga om prissättningsbeteenden. Det faktum att kommunen utnyttjade ägandet av en i huvudsak skattefinansierad verksamhet eller anläggning till att stärka sin ställning på en när-liggande marknad kunde enligt KKV därför utgöra ett missbruk i konkurrensrättslig mening.

KKV konstaterade också att konkurrenterna till den aktuella kommunala verksamheten utgjordes av små företag vilka i regel inte har samma finansiella styrka som större företag, varför de är särskilt känsliga för ändrade marknadsförutsättningar. Således kunde även en tillfällig nedgång av intäkterna till följd av en dominerande konkurrents prissättning utgöra ett hot mot konkurrenterna.

Enligt KKV innebar kommunens möjlighet att stärka sin ställning på marknaden för solarie-tjänster till följd av den unika ställning som kommunen hade på marknaden för inomhus bassängbad att den aggressiva prissättningspolitiken som tillämpades måste anses ha varit ägnad att allvarligt för-

svåra för faktiska konkurrenter samtidigt som kommunens agerande även kunde anses vara långsiktigt avskräckande för potentiella konkurrenters etablering på marknaden. KKV:s slutsats var således att kommunen hade en dominerande ställning på marknaden för inomhus bassängbad och att man missbrukat denna ställning genom att tillämpa en aggressiv prissättningspolitik på den närliggande marknaden för solarietjänster, vilket stred mot 19 § konkurrenslagen.

Kommunen vitsordade de faktiska förhållandena varför Stockholms tingsrätt dömde enligt KKV:s yrkande utan att göra någon egentlig bedömning i ärendet. Det kan dock ifrågasättas om Stenungsunds kommun hade blivit fällda om de inte vitsordat de faktiska omständigheterna så som de beskrevs i KKV:s stämningsansökan. Hade kommunen istället bestridit det faktum att syftet med dess agerande var att försvåra för konkurrenterna är det inte helt otänkbart att utgången blivit en annan. Anledningen till att så troligtvis blivit fallet går att finna i det faktum att det sannolikt hade varit mycket svårt för KKV att bevisa att avsiktsrekvisitet var uppfyllt – inte minst med hänsyn till att självkostnadsprincipens tillämpning utesluter att syftet med en viss åtgärd är att eliminera konkurrensen för att det kommunala företaget i ett senare skede ska kunna ägna sig åt monopolprissättning. Det kan inte heller uteslutas att Stenungsunds kommun valde att betala den tämligen blygsamma konkurrensskadeavgiften på 5 000 kr som KKV yrkade på istället för att riskera en kostsam rättstvist.

Det finns flera exempel från KKV:s praxis på då förbudet i 19 § konkurrenslagen inte kunnat tillämpas bland annat som en följd av att det inte gått att belägga att avsiktsrekvisitet varit uppfyllt. KKV dnr 583/93 (1993-12-09) är ett av de ärenden på friskvårdsområdet som tydligt visar att konkurrenslagen inte är anpassad för ageranden vidtagna av offentliga aktörer. Stockholms kommun hade genomfört en partiell privatisering såtillvida att kommunen överlätit driften av en kommunal badanläggning till det privata företaget Nya Vanadisbadet AB (Vanadisbadet). Vanadisbadet utgjorde därför inte endast en konkurrent till kommunen utan var dessutom hyresgäst hos densamma.

Vanadisbadet ansåg att Stockholms fritidsförvaltning missbrukade sin dominerande ställning då de kommunalt drivna baden till viss del finansierades med hjälp av skattemedel. Kommunen anförde som skäl för skattefinansieringen att det var nödvändigt för att kommuninvånarna skulle kunna erbjudas en önskvärd service.

KKV uttalade att det mest troligt rörde sig om underprissättning, då det pris Stockholms kommun tog ut per badbesök sannolikt understeg den genomsnittliga rörliga kostnaden. KKV ansåg dock inte att det rörde sig om missbruk av dominerande ställning enligt 19 § konkurrenslagens med beaktande av kommunens redovisade syfte med prissättningen, marknadens struktur och övriga förhållanden.

Utgången i ärendet kan emellertid kritiseras utifrån de skäl som redovisas i beslutet. Att KKV hänvisar till syftet med ett visst agerande kan vara tämligen naturligt, men bara under förutsättning att den prissättning som tillämpas understiger den totala kostnaden samtidigt som den överstiger den rörliga kostnaden. Då någon redovisning av om kommunens prissättning motsvarade de rörliga kostnaderna inte lämnades är det osäkert huruvida avsiktsrekvisitet var relevant i det aktuella ärendet. Om de kommunala subventionerna av verksamheten medförde att prissättning inte motsvarade de rörliga kostnaderna saknar avsiktsrekvisitet relevans. En sådan prissättning utgör följaktligen alltid en form av missbruk som omfattas av förbudet i 19 § konkurrenslagen. Därför skulle det krävas en djupare analys av de aktuella förhållandena för att eventuellt kunna avfärda det kommunala agerandet som tillåtet i förhållande till förbudet i 19 § konkurrenslagen.

Vad som egentligen döljer sig bakom hänvisningen till marknadens struktur och övriga förhållanden är också mycket oklart. Marknadens struktur är egentligen endast av intresse vid bedömningen om en aktör intar en dominerande ställning. Huruvida det fanns andra företag som konkurrerade med kommunen i det aktuella ärendet, utöver Vanadisbadet, är också oklart. Någon närmare beskrivning av den aktuella marknaden lämnas inte i KKV:s beslut. Det går dock inte att utesluta att kommunen intagit en dominerande ställning på den relevanta marknaden.

Även hänvisningen till övriga förhållanden är tveksam. Vid en tillämpning av konkurrenslagen är det som utgångspunkt endast konkurrenspolitiska hänsyn som ska beaktas, varför andra intressen ska stå åt sidan då man väl konstaterat att konkurrenslagen är tillämplig.²⁵

KKV:s hänvisning till icke angivna omständigheter såsom det redovisade syftet, marknadens struktur och övriga förhållanden, kan också ifrågasättas utifrån vad KKV senare uttalade i det ärende som gällde Stenungsunds kommun. I det senare ärendet gav KKV uttryck för ståndpunkten att man måste kunna ställa särskilt höga krav på en kommuns konkurrensmässiga

²⁵ Se ovan avsnitt 4.2.1.3.

agerande – inte minst i de situationer en kommun intar en dominerande ställning.²⁶ Således borde man enligt min mening inte med hänvisning till oklara grunder ha avfärdat klagomålet, utan eventuellt först efter en djupare analys.

I ärende dnr 685/94 (1994-06-30) behandlade KKV återigen ett klagomål från Vanadisbadet. Vanadisbadet ifrågasatte i ärendet om utformningen av det kupongsystem som Stockholms fritidsförvaltning hade infört var förenligt med 19 § konkurrenslagen. Kupongsystemet tillät kommunens skolbarn att bada gratis vid fem olika tillfällen på valfritt kommunalt avgiftsbelagt utomhus bassängbad.

Vanadisbadet erbjöds visserligen att delta i systemet som var en del av det s.k. Sommarpasset, men endast i begränsad omfattning. Kommunen erbjöd Vanadisbadet subventioner uppgående till 15 kronor per entrébiljett, vilket motsvarade de subventioner som lämnades till de kommunala baden. En sådan subvention hade möjliggjort för Vanadisbadet att sänka sitt inträdespris till 20 kronor. En restriktion i sammanhanget var att den maximala ersättningen från kommunen till Vanadisbadet skulle vara 100 000 kr. Någon motsvarande begränsning fanns inte ifråga om subventionerna till de kommunala baden. Vanadisbadet ansåg emellertid att den maximala ersättningen skulle höjas till 700 000 kr till följd av att det kunde förmodas att ett stort antal skolbarn skulle utnyttja Sommarpasset, varför Vanadisbadet riskerade ett betydande inkomstbortfall. Vanadisbadet gjorde gällande att det kommunala agerandet var direkt ägnat att slå ut dem från marknaden.

Det faktum att de kommunala baden komparerades för ett inkomstbortfall kunde enligt KKV inte direkt jämföras med de kostnader som det skulle vara förenat med att ersätta Vanadisbadet, varför kommunens agerande inte konstituerade ett missbruk i och med att avsikten med de villkor som ställdes upp för att Vanadisbadet skulle få delta i rabattsystemet sannolikt inte var att slå ut Vanadisbadet från marknaden. Således kunde agerandet inte angripas med stöd av 19 § konkurrenslagen.

Även Kalix kommun har bedrivit friskvårdsverksamhet på ett sätt som blivit föremål för prövning av KKV.²⁷ En privat företagare inom friskvårdsbranschen hävdade att den kommunala prissättningen på friskvårdstjänster i simhallen inte kunde ge full kostnadstäckning. Årsavgiften för att nyttja det kommunala gymmet och den kommunala simhallen understeg enligt klagande de priser vederbörande kunde hålla. Klagande gjorde också gällande

²⁶ Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-723-98, KKV/Stenungsunds kommun (1998-09-09).

²⁷ KKV dnr 820/1998 (1999-03-02).

att de låga priserna endast var möjliga till följd av kommunala subventioner. Dessutom ifrågasattes eventuella rabatter till företag inom kommunen.

Efter inhämtande av yttrande från kommunen beslutade KKV att inte vidta några ytterligare åtgärder i ärendet då det inte ansågs föreligga tillräckliga skäl att med utgångspunkt från konkurrenslagen närmare granska förhållandena. Av kommunens yttrande framgick att kommunen inte subventionerade verksamheten med skattemedel, att påstådda rabatter till föreningar och företag inte skulle lämnas, samt att bad inte längre skulle ingå i årsavgiften för att nyttja det kommunala gymmet.

I KKV:s praxis finns inte endast exempel på att det brustit i uppfyllelsen av avsiktsrekvisitet. I KKV dnr 530/93 (1993-08-30) var det inte möjligt att angripa det aktuella agerandet med hänvisning till att kommunen inte intog en dominerande ställning på den aktuella marknaden.

KKV hade i ärendet att bedöma huruvida Sundsvalls kommun agerat i strid med förbudet i 19 § konkurrenslagen. Sundsvalls kommun hade i samband med en upprustning av den kommunala sporthallen också investerat i styrketränningsutrustning anpassad för den breda allmänhetens behov. Den aktuella friskvårdsverksamheten bedrevs under namnet Hälsokällan. Konkurrenter på marknaden ansåg att Hälsokällans prissättning inte var marknadsmässig och dessutom ifrågasattes huruvida det var förenligt med konkurrenslagen att erbjuda vissa kundkategorier, såsom anställda inom kommunen och arbetslösa, 25 procents rabatt på träning. Av uppgifterna i ärendet framgick också att det i Sundsvall fanns fem gym och fem s.k. work-out ställen.

Enligt kommunen subventionerades inte Hälsokällans verksamhet med skattemedel. Dessutom motiverades den rabatt som lämnades till anställda inom kommunen och till arbetslösa både med hänvisning till kommunens rehabiliteringsansvar som arbetsgivare och med hänvisning till det faktum att kommunen ville främja kommunala åtgärder för att minska verkningarna av arbetslöshet.

KKV konstaterade inledningsvis att Sundsvalls kommun i det aktuella ärendet var att betrakta som ett företag i och med att kommunen bedrev verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Därefter övergick KKV till frågan om kommunen intog en dominerande ställning på den aktuella marknaden. KKV uttalade i den delen endast att: "[a]v vad som framkommit i ärendet finns inget som tyder på att Hälsokällan har en dominerande ställning på gym- och work out-marknaden i Sundsvall." Således kunde den

ifrågasatta konkurrensbegränsningen inte heller angripas med stöd av 19 § konkurrenslagen.

KKV riktade i sitt beslut dock viss kritik mot det aktuella rabattsystemet. KKV gjorde gällande att kommunens rabattsystem riskerade påverka konkurrensen då Hälsokällan gynnades framför privata aktörer. Systemet borde därför enligt KKV ha omfattat samtliga gym.

Det kan emellertid diskuteras huruvida KKV:s avgörande var väl underbyggt. KKV valde att inte vidta några åtgärder med hänvisning till att det i ärendet inte framkommit något som indikerade att kommunen intog en dominerande ställning på marknaden. Att utan en grundlig undersökning i ett enskilt ärende avfärda att ett kommunalt företag av den aktuella arten intar en dominerande ställning kan tyckas vara något tveksamt. Mycket talar för att Hälsokällan visst kan ha ansetts inneha en dominerande ställning, bland annat med beaktande av företagets finansiella styrka. Kommunen hade också möjligheten att styra över en stor andel kunder till Hälsokällan genom sin roll som en inte obetydlig arbetsgivare. Likaså fanns det inga uppgifter presenterade i ärendet som påvisade hur stora övriga aktörer på marknaden var. Däremot är det ändå tveksamt om kommunen skulle kunna ha ansetts ha brutit mot 19 § konkurrenslagen i och med de svårigheter som föreligger för KKV att bevisa att avsiktsrekvisitet är uppfyllt.

Det förekommer även avgöranden från KKV som inte resulterat i några åtgärder men utan att myndigheten lämnat några genomarbetade motiv till varför man beslutat att inte agera. Den motivering som vanligtvis nyttjas i sådana situationer är att det inte funnits "... tillräckliga skäl att med utgångspunkt från konkurrenslagen vidta några åtgärder."

Som exempel på ett ärende där denna motivering anförts som skäl för att inte vidta några åtgärder kan nämnas KKV dnr 51/1999 (1999-03-04). I samband med en allmän upprustning av ett kommunalt gym beläget i anslutning till den kommunala simhallen beslutade Jönköpings kommun även att investera i ny verksamhet i form av s.k. spinning, vilket tidigare endast tillhandahållits av privata aktörer. Klaganden, det privata företaget Träningsstudion vilket enligt uppgift bedrev sin verksamhet ca 300 meter ifrån den kommunala simhallen, hävdade att kommunens agerande skulle riskera snedvrída konkurrensen i och med att det kommunala gymmet kunde locka kunder från de privata aktörerna genom att utöver tillhandahållandet av de aktuella friskvårdstjänsterna också kunna erbjuda kunderna möjligheten att nyttja simhallen. KKV konstaterade i sitt beslut endast att

det inte fanns tillräckliga skäl att med utgångspunkt från konkurrenslagen vidta några åtgärder i ärendet.

Som exempel från Konkurrensrådets ärenden som avser kommunal friskvårdsverksamhet på en öppen marknad kan nämnas Konkurrensrådets yttrande dnr 2/03 (2003-06-16). Ett privat friskvårdsföretag anförde klagomål över på vilket sätt Stockholms kommun bedrev delar av sin friskvårdsverksamhet. Klagomålet rörde främst den kommunala prissättningen av Qi gong och vattengymnastik. Klagande gjorde också gällande att det var mycket dyrt för ett privat företag att bedriva exempelvis vattengymnastik – med hänvisning till de kostnader som var förknippade med att hyra en kommunal simhall.

Engagemanget i olika friskvårdsaktiviteter i anslutning till kommunala simhallar skulle enligt kommunen ses mot bakgrund av att kvalitén och servicen för badbesökarna skulle öka. Dessutom hävdade kommunen att ett varierat utbud i anslutning till simhallarna var betingat av en önskan av att utveckla och skapa variation i badmästaryrket. Likaså motiverade kommunen de låga avgifterna med att det förelåg en sämre standard på de lokaler som användes än vad som var fallet då privata företag utbjöd motsvarande tjänster. Ifråga om möjligheten för privata företag att hyra en kommunal simhall anförde kommunen att det normalt endast skulle kunna aktualiseras under sena kvällar och nätter med tanke på utnyttjandegraden av anläggningarna övriga tider. I de fall man likväl hade kunnat hyra ut en simhall till ett privat företag gjorde också kommunen gällande att taxan för en sådan hyra inte fick understiga den faktiska kostnaden med hänvisning till förbudet i 2 kap. 8 § kommunallagen.

Konkurrensrådet anförde i sitt yttrande att det visserligen kunde anses ligga inom den kommunala anknytningskompetensen för en kommun att bedriva ifrågavarande verksamhet, men att det normalt inte finns bärande skäl för att en kommun ska driva verksamheten i egen regi. Istället förordade Konkurrensrådet att kommunen skulle lägga ut verksamheten på entreprenad efter ett upphandlingsförfarande. Endast om några anbud inte skulle inkomma ansåg Konkurrensrådet att kommunen skulle driva verksamheten i egen regi, men i så fall på ett mer konkurrensneutralt sätt, exempelvis genom att organisera verksamheten som en egen resultatenheter.

Konkurrensrådet har också behandlat ett klagomål angående kommunal dansverksamhet.²⁸ Ärendet rörde Lunds kommuns agerande då man enligt

²⁸ Konkurrensrådets yttrande dnr 35/01 (2002-05-30).

klaganden sålde danskurser i konkurrens med privata företag. Klaganden, ett privat företag som tillhandahöll olika danskurser, bedrev tidigare delar av sin verksamhet i föreningsform och uppbar då kommunala bidrag. Dessa bidrag drogs senare in då kommunen införde en policy att inte lämna bidrag till föreningar som var nära knutna till kommersiell verksamhet. Enligt klaganden fick kommunens sammantagna agerande till följd att konkurrensen på den aktuella marknaden snedvreds.

Enligt kommunen omfattade den kommunala dansverksamheten ca 200 elever i åldrarna mellan 5 och 18 år. Verksamheten finansierades till viss del av deltagaravgifter. Kommunen hävdade att anledningen till att man infört den aktuella policyn att inte lämna stöd till ideella föreningar som var nära knutna till kommersiell verksamhet var att privata företag många gånger bildade ideella föreningar för att kunna åtnjuta kommunala bidrag.

Konkurrensrådet uttalade att det var legitimt för en kommun att stödja dansverksamhet som riktade sig till ungdomar då sådant stöd kunde jämföras med stöd som utgår till bland annat idrottsföreningar. I det aktuella ärendet ansåg däremot Konkurrensrådet att den kommunala verksamheten var något mer marknadsinriktad till sin karaktär än annan föreningsverksamhet, till följd av att kursdeltagarna fick erlägga en kursavgift istället för att betala en medlemsavgift som annars är brukligt. Konkurrensrådet konstaterade visserligen att klaganden inte blivit förfördelad i och med att det var ett privat företag som klagat, vilket därför inte var stödberättigat, men Konkurrensrådet uttalade sig ändå om konstruktionen av det aktuella stödssystemet. De kommunala anslagen till vederbörande dansverksamhet styrdes inte av samma principer som för anslag till ideella föreningar vilka bedrev motsvarande verksamhet. Konkurrensrådet ansåg också att det var omotiverat med olika subventionsgrader i det aktuella fallet. Enligt Konkurrensrådet borde det inte vara avgörande för hur mycket en viss verksamhet subventioneras om kommunen bedriver verksamheten eller om verksamheten drivs av en ideell förening. Konkurrensrådet menade att det fanns ett behov av konkurrensneutrala stödformer – samma villkor för erhållande av stöd borde gälla för dansverksamhet i kommunal regi som för dansverksamhet i en ideell förenings regi.

7.5 De danska kommunerna och friskvården

Även enligt dansk rätt finns det ett visst utrymme för kommunerna att engagera sig i friskvårdsverksamhet.²⁹ *Indenrigsministern* har bland annat

²⁹ Se t.ex. Revsbech, 2005, s. 280.

uttalat att man utifrån tillsynsmyndighetens praxis kan anta att det under särskilda omständigheter kan ingå i kommunalfullmakten att driva eller stödja motionscenter. Enligt ministern är det däremot en förutsättning för att ett kommunalt engagemang ska accepteras att den aktuella verksamheten inte drivs med ett vinstsyfte.³⁰

För att ett dylikt kommunalt engagemang ska omfattas av kommunalfullmakten borde, oavsett *Indenrigsministerens* formulering, däremot fordras att de principer som styr kommunalfullmaktens gränser är beaktade, exempelvis kravet på att det kommunala engagemanget inte ska förskjuta gränserna mellan offentligt och privat. Av *Indenrigsministeriets brev af 1. oktober 1996* (2. k.kt., j.nr 1992/1124/101-3) framgår däremot att ett kommunalt engagemang i motions- och fitnesscenter eller solarier kan accepteras med hänvisning till kommunalfullmakten fastän motsvarande tjänster dessutom erbjuds av privata företag.

Även om en viss kompetens på friskvårdsområdet har tillerkänts danska kommuner ska också sådan verksamhet bedrivas på affärsmässiga villkor varför de priser som brukarna får betala ska vara marknadsmässiga. Som argument för en sådan prissättning har inte endast anförts att det fordras utifrån den danska kommunalrätten, utan att också den danska *konkurrence-loven* kräver en prissättning som är marknadsmässig.³¹

I sammanhanget ska dessutom nämnas att inte endast dansk kommunalrättsliga praxis avseende friskvårdsverksamhet är tämligen begränsad – det samma gör sig gällande ifråga om konkurrensrättslig praxis på området. Däremot har *Konkurrencerådet* behandlat ärenden som rört kommunalt engagemang i form av lämnande av stöd till s.k. *selv ejende* institutioner som tillhandahållit diverse friskvårdstjänster i konkurrens med privata företag.

Ett av *Konkurrencerådets* avgöranden gällde solarieverksamhet som bedrevs av den *selv ejende* institutionen *Idræt- og Fritidssamvirke* i Varde kommun i anslutning till den kommunala simhallen.³² Klaganden, vilken bedrev med kommunen konkurrerande verksamhet, anförde att den *selv ejende* institutionen erhöll ett årligt skönmässigt stöd från Varde kommun som medförde att konkurrensen på den aktuella marknaden snedvreds.

Tillsynsrådet i Ribe *amt*, vilket hade att avgöra om det ifrågasatta stödet var lagligt, hänvisade i sitt yttrande till ett uttalande som gjorts av *Indenrigs-*

³⁰ Indenrigsministeriets svar till Folketingets skatteudvalg af 10. maj 1996 (j.nr 1996-1112-16).

³¹ Indenrigsministeriets brev af 1. oktober 1996 (2. k.kt., j.nr 1992/1124/101-3).

³² Konkurrencerådets avgörande 2002-08-28, Klage over konkurrenceforvridende drift af solcenter i Varde Svømmehal (journal nr 3:1120-0100-0339/Infrastruktur/sum).

ministeriet i samband med att Köpenhamns kommun lämnat stöd till en *selv ejende* institution som bland annat bedrev motions-, fitness- och solarieverksamhet i kommunen. *Indenrigsministeriet* hade bland annat uttalat att:

”Det er på den baggrund indenrigsministeriets opfattelse, at kommuner efter almindelige kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse lovligt ... kan etablere solariecentre og stille disse til rådighed for borgerne med henblik på att fremme folkesundheden og som led i kommunens støtte til idrætslivet i kommunen.”³³

Ifråga om prissättningen av de aktuella tjänsterna uttalade ministeriet att det kommunala engagemanget inte fick bedrivas med syfte att generera vinst, men att verksamheten av konkurrensskäl torde behöva prissättas så att full kostnadstäckning uppnåddes.

Såldes konstaterade också tillsynsrådet i Ribe *amt* att det ifrågasatta kommunala engagemanget stod i överensstämmelse med gällande rätt, varför inte heller *Konkurrencerådet* kunde dra slutsatsen att det rörde sig om ett stöd i strid med 11 a § *konkurrenceloven*.

Det går att ifrågasätta både huruvida *Indenrigsministeriets* uttalande är korrekt i förhållande till kommunalfullmaktens gränser och huruvida de slutsatser tillsynsrådet drog av *Indenrigsministeriets* yttrande var väl avvägda. Först och främst är utrymmet för ett kommunalt engagemang på det egentliga näringslivets område begränsat om det finns privata aktörer på marknaden, vilket följer av att gränsen mellan den privata och offentliga sektorn inte får förskjutas för att en kommun ska få vidta en åtgärd med stöd av kommunalfullmakten. Dessutom torde det vara svårare att spåra ett allmänt kommunalt intresse i en verksamhet som redan tillvaratas på den öppna marknaden under acceptabla villkor. Sammantaget talar detta för att *Indenrigsministeriets* uttalande inte i alla delar stämmer helt överens med gällande rätt. Det faktum att tillsynsrådet i Ribe *amt* tämligen okomplicerat hänvisar till *Indenrigsministeriets* uttalande gör också att det kan betvivlas om tillsynsrådet verkligen gjort en fullständig och korrekt bedömning i det aktuella ärendet.

7.6 Preliminära konklusioner och sammanfattning

De ovan refererade ärendena som behandlar de svenska kommunernas engagemang på friskvårdsområdet visar tydligt att konkurrenslagen, så som den för närvarande tillämpas i de flesta fall, inte på ett optimalt sätt förmår

³³ Indenrigsministeriets brev af 1. oktober 1996 (2. k.kt., j.nr 1992/1124/101-3).

hantera de problem som kan uppkomma då en kommun agerar på en konkurrensutsatt marknad. Av de ärenden som behandlar kommunal friskvård finns däremot ett undantag då förbudet mot missbruk av dominerande ställning kunnat appliceras. I ärendet som rörde Stenungsunds kommun inte bara valde KKV att vidta åtgärder, KKV vann dessutom framgång i Stockholms tingsrätt. I övriga ärenden på området som prövats av KKV har de aktuella påstådda konkurrensbegränsningarna inte kunnat angripas med stöd av 19 § konkurrenslagen med en implicit hänvisning till att avsiktsrekvisitet inte varit uppfyllt eller med hänvisning till att den aktuella kommunala aktören inte intagit en dominerande ställning.

Utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv torde det stå klart att det fordras en förändring av konkurrenslagen eller dess tillämpning för att kommunala ageranden av den typ som behandlats ovan ska kunna hanteras på ett lämpligt sätt. Ett kommunalt agerande av förevarande slag på friskvårdsområdet kan likafullt inte endast ses från en konkurrensrättslig horisont, utan även från en kommunalrättslig utgångspunkt.

Som nämnts faller kommunala engagemang på friskvårdsområdet inom den kommunala kompetensen så som den kommit att tolkas. Det kan emellertid ifrågasättas huruvida det verkligen föreligger ett genuint kommunalt intresse av att engagera sig i friskvårdsverksamhet i många av de situationer som behandlats ovan. Det kan finnas skäl att uttrycka tvivel inför om det är ändamålsenligt, lämpligt och skäligt att en kommun vidtar åtgärder av liknande slag.³⁴

Kännetecknande för ett kommunalt intresse är normalt att det rör sig om en kollektiv nytthet vars behov bäst tillgodoses i kommunal regi, samtidigt som investeringskostnaderna är höga och många gånger inte till fullo kan täckas av brukarna. Dessutom fordras vanligen att det rör sig om verksamhet där möjligheten att gå med vinst är begränsad, samt att de privata initiativen eller de privata konkurrenterna är få till antalet eller saknas helt.³⁵

Om ovan nämnda kännetecken inte är uppfyllda torde mycket tala för att något egentligt allmänt kommunalt intresse inte är för handen. Vid en jämförelse mellan ett kommunalt engagemang i verksamhet som kan anses vara typiskt kommunal, såsom uppförande och drift av en idrottsplats, och uppförande och drift av ett gym, är beröringspunkterna mellan de båda typerna av verksamheter tämligen små. Medan anläggande av en idrottsplats kan anses utgöra tillhandahållande av en kollektiv nytthet som fordrar stora

³⁴ Jfr prop. 1990/91:117, s. 148.

³⁵ Se ovan avsnitt 2.2.2.

investeringskostnader som knappast kan täckas av brukarna torde motsatsen gälla friskvårdsverksamhet i form av tillhandahållande av gymtjänster. Visserligen kräver anläggande av ett gym vissa investeringskostnader, men inte alls i den utsträckning som kännetecknar allmännyttiga anläggningar. Följaktligen finns det också ifråga om investeringar i gymverksamhet möjlighet att få intäkter som motsvarar kostnaderna. Dessutom kan det många gånger ifrågasättas om de privata alternativen på marknaden saknas eller är otillräckliga.

Sålunda är det i det närmaste otvistigt att kommunala engagemang i gym etc. i sig faller utanför den kommunala kompetensen, men att det istället rör sig om kommunala åtgärder som kan vidtas med hänvisning till anknytningskompetensen.

Som förklaring till utvecklingen av den kommunala friskvårdsverksamheten har angetts att kunderna efterfrågar ett större utbud av aktiviteter inom samma anläggning – kunderna vill på ett enkelt sätt kunna förflytta sig mellan simhall, gym och solarium.³⁶ Att kunderna efterfrågar viss verksamhet utgör enligt Konkurrensrådet dock inget bra argument för att en kommun ska engagera sig i den aktuella verksamheten, under förutsättning att privata initiativ inte saknas.³⁷

Det faktum att ett allmänt kommunalt intresse går att spåra i ett enskilt fall leder inte heller till att alla former av kommunalt engagemang kan accepteras – hänsyn måste tas till om de åtgärder en kommun har för avsikt att vidta står i rimlig proportion till det kommunala intresse som kommunallagen tillerkänner ändamålet,³⁸ vilket torde vara särskilt viktigt då det kommunala engagemanget vidtas med hänvisning till kommunens anknytningskompetens. För att avgöra om ett kommunalt engagemang på friskvårdsområdet, särskilt ifråga om gymverksamhet, faller inom den kommunala kompetensen måste därför det kommunala intresset vägas mot de privata friskvårdsföretagens intresse av att inte behöva möta konkurrens från kommunala aktörer. Följaktligen måste en kommun som har för avsikt att engagera sig på en öppen marknad utforma sitt engagemang på så sätt att det kommunala intresset tillgodoses samtidigt som konkurrensen påverkas i minimal utsträckning.

³⁶ Se ovan avsnitt 7.1.

³⁷ Se SOU 2000:117, s. 136 f.

³⁸ Se t.ex. Lindquist, 2005, s. 49. Jfr Kamrarrättens i Stockholm dom 2006-04-26, mål nr 6516-05.

Då ett kommunalt engagemang ska vara proportionerligt i förhållande till syftet med verksamheten borde en kommun inte alltid vara kompetent att själv driva den aktuella friskvårdsverksamheten om det finns andra möjligheter för kommunen att få det kommunala intresset av verksamheten tillgodosett genom mindre ingripande åtgärder. Ett alternativ till att själv driva den aktuella verksamheten är att iordningställa de lokaler som kommunen vill ska tjäna allmänheten, men att lägga ut själva driften på entreprenad, vilket dessutom är en lösning som förordats av Konkurrensrådet.³⁹ I sammanhanget ska också nämnas att utgångspunkten enligt den danska kommunalrättens regler rörande s.k. accessorisk verksamhet är att en kommun inte själv ska ombesörja den aktuella driften av en assessorisk uppgift – utan att det kommunala engagemanget istället ska begränsas till iordningställande av lokaler som sedan upplåts till privata aktörer.⁴⁰ Med beaktande av att de konkurrenskonflikter som i Sverige inte sällan förekommer som en följd av ett kommunalt engagemang på friskvårdsområdet torde vara mycket ovanliga i Danmark kan med stor sannolikhet slutsatsen dras att utformningen av den danska kommunalrätten medför att det endast i undantagsfall riskerar uppstå liknande problem.

Paradoxalt nog skulle emellertid det av KKV och Konkurrensrådet rekommenderade förfarandet kunna leda till att avgifterna för konsumenterna stiger beroende på hur upphandlingen utformas. Riberdahl har också kritiserat förslaget med utgångspunkt från att det skulle leda till högre priser för konsumenterna om en kommun hyrde ut lokalerna till högstbjudande.⁴¹ Däremot skulle förslaget kunna få positiva effekter ifråga om störningarna på konkurrensen samtidigt som priserna egentligen inte behöver stiga för konsumenterna, beroende på hur en kommun väljer att utforma en upphandling av ifrågavarande slag. Ett alternativ till en upphandling där den högstbjudande får möjlighet att bedriva den aktuella verksamheten i de kommunala lokalerna skulle kunna vara att genomföra en upphandling som utgår ifrån att den leverantör som erbjuder ett minimimått av tjänster på bästa möjliga villkor för konsumenterna tillåts disponera de nämnda lokalerna efter erläggande av en på förhand fastställd avgift som ger minst full kostnadstäckning. Genom en sådan åtgärd skulle en kommun kunna få full

³⁹ Se Konkurrensrådets yttrande dnr 28/98 (1999-03-16) samt SOU 2000:117, s. 86 och s. 123 f.

⁴⁰ Se ovan avsnitt 3.3.3.

⁴¹ Se Riberdahl, 2000, s. 63.

kostnadstäckning samtidigt som konsumenterna får mesta möjliga service till lägst möjliga pris utan att verksamheten subventioneras.

Att lägga ut kommunal verksamhet på entreprenad är däremot inget förfarande som alltid kan lösa de problem som riskerar att uppkomma i skärningspunkten mellan offentlig och privat verksamhet. För att en sådan åtgärd ska lyckas i konkurrensmässig mening fordras att det finns en strategi för att uppnå en effektiv konkurrens. När en kommun väl påbörjat en privatiseringsprocess torde det också ligga i kommunens intresse att konkurrensen inte snedvrids, varför den del av verksamheten som privatiserats borde få möjlighet att agera under samma villkor som den kommunala verksamhet den konkurrerar med. Således kan konstateras att privatiseringar inte alltid är en garant för att åstadkomma konkurrensneutralitet, inte minst då en privatisering endast är partiell. En tveksamt genomförd konkurrensutsättning kan snarare få motsatt effekt, nämligen att det företag som får i uppgift att driva en viss verksamhet tvingas möta vad som kan betecknas som osund konkurrens från den kommun som överlåtit driften av den aktuella uppgiften till företaget.⁴²

Avslutningsvis kan åter nämnas att det kommunala engagemanget på friskvårdsområdet grundas på anknytningskompetensen och att det inte heller uppbärs av några sociala hänsyn, utan torde vara betingat av historiska och praktiska skäl. Den kommunala verksamheten på området bedrivs inte sällan i idrotts- eller simhallar varför stordriftsfördelar och synergieffekter uppstår som till följd av självkostnadsprincipens tillämpning oundvikligen avspeglas i prissättningen. Konkurrenskonflikterna på området kännetecknas således av att den kommunala prissättningen, till följd av de gynnsamma förhållanden under vilka de kommunala friskvårdsföretagen verkar, är så låg att de privata aktörerna kan ha svårt att konkurrera med den kommunala verksamheten. De konkurrensbegränsningar som kan uppstå kan inte heller mötas av konkurrenslagen då en eventuell konkurrensbegränsning är en direkt och avsedd effekt av den lagstadgade självkostnadsprincipen. Om konkurrenslagen likväl skulle vara tillämplig är det ändå troligt att dylika konkurrensbegränsningar normalt inte kan träffas av förbudet i 19 § då självkostnadsprincipen utesluter att avsiktsrekvisitet är uppfyllt.

⁴² Se t.ex. de konkurrensproblem som aktualiserades i KKV dnr 583/93 (1993-12-09) och dnr 685/94 (1994-06-30).

8 Kommunernas engagemang inom några servicebranscher och konkurrensrätten

8.1 Introduktion

Kommunerna engagerar sig inte endast på bostadsområdet och i friskvårdsverksamhet, utan det förekommer också att kommuner engagerar sig i hotell-, restaurang- och konferensverksamhet.¹ Det är exempelvis inte ovanligt att kommuner driver konferensverksamhet inom ramarna för ett kommunalt företag med hänvisning till att det rör sig om en allmänt näringsfrämjande åtgärd, trots att det ofta finns privata aktörer som tillhandahåller motsvarande tjänster.² Det förekommer också att själva konferensverksamheten kompletteras av en kommunal restaurang som många gånger inte endast används i anslutning till konferenser utan som därutöver riktar sig till allmänheten och har motsvarande utbud och öppettider som många andra restauranger i kommunen.

Dessutom engagerar sig kommunerna inte sällan i olika typer av turistverksamhet. De kommunala befogenheterna på turistområdet grundas inte endast på den allmänna kommunala kompetensen enligt kommunallagen, utan även på lag (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet (turistbefogenhetslagen). Fastän det kommunala engagemanget på turistområdet ofta tar sig uttryck i olika former av stödåtgärder utan att kommunerna själva driver den aktuella verksamheten förekommer det ändå att privata företag upplever osund konkurrens till följd av ett direkt kommunalt engagemang.

8.2 Det kommunala engagemangets rättsliga grund

I det följande presenteras den kommunala kompetensen ifråga om engagemang i restaurang-, hotell- och konferensverksamhet. Som nämnts ska också den kommunala kompetensen på ett närliggande område, nämligen

¹ Se t.ex. Svenskt näringslivs rapport, Osund konkurrens – kommunalt företagande för miljarder, mars 2006, s. 14–17.

² Som exempel kan nämnas att både Malmö stad (genom de båda kommunala företagen Minc i Sverige AB och Medeon AB) och Umeå kommun (inom ramen för det kommunala företaget Umeå Folkets Husförening U.P.A.) tillhandahåller dylika tjänster, se <http://www.minc.se/Rooms.aspx> (2007-08-01), <http://www.medeon.se/> (2007-08-01), respektive <http://www.umea.fh.se/default.asp?id=3465&PTID= &refid= 1563> (2007-08-01).

turistområdet, beskrivas. I avsnitt 8.2.2.1 behandlas den allmänna kommunala kompetensen på turistområdet, medan framställningen i avsnitt 8.2.2.2 tar sikte på att beskriva den kompetens som följer av turistbefogenhetslagen.

8.2.1 *Den kommunala kompetensen ifråga om konferensanläggningar, hotell och restauranger*

Det ryms normalt inom den kommunala kompetensen att tillhandahålla samlingslokaler eller att medverka till att sådana lokaler kan tillhandahållas. En kommun kan därför själv avgöra om den genom självständiga åtgärder eller genom stöd till särskilda rättssubjekt ska tillgodose ett behov av samlingslokaler i kommunen.³ Även om det normala kommunala förfarandet torde vara att stödja enskilda rättssubjekt för att få behovet av samlingslokaler tillgodosett är det inte ovanligt att sådana lokaler ändå tillhandahålls i egen regi.⁴

För att en kommunal åtgärd på området ska rymmas inom den kommunala kompetensen fordras att de aktuella lokalerna tillhandahålls på lika villkor för föreningslivet eller det partipolitiska livet.⁵ Av praxis går också att dra slutsatsen att ett kommunalt engagemang inte ska vidtas om det redan föreligger en stor tillgång på samlingslokaler i kommunen – i sådana fall finns inget behov av kommunala åtgärder på området.⁶

Även om kommunala bidrag till kongress- och danslokaler enligt äldre praxis normalt accepterats har sådana kommunala åtgärder underkänts i situationer när de kommersiella inslagen i verksamheten framstått som allt för dominerande.⁷ Huruvida ett kommunalt engagemang ifråga om konferensverksamhet är förenligt med den kommunala kompetensen kan därför ifrågasättas. Om ett sådant engagemang likväl skulle vara kompetensligt torde det vara med stöd av den s.k. anknytningskompetensen. Möjligtvis går det att spåra ett nära och naturligt samband mellan tillhandahållandet av samlingslokaler och bedrivandet av konferensverksamhet i dessa lokaler. Att iordningställa samlingslokaler med syfte att de ska utnyttjas av förenings-

³ Se Lindquist, 2005, s. 177

⁴ I den Kommunala kompetensutredningens betänkande foreslogs daremot att kommunerna skulle få en generell rätt att tillhandahålla lokaler för uthyrning till företag under förutsättning att marknadschyror tillämpas, SOU 2007:72, s. 235 ff. I likhet med KKV anser också jag att förslaget är illa underbyggt då det i utredningen inte visas varför en sådan åtgärd är behövlig, jfr KKV:s yttrande dnr 540/2007 (2008-01-10).

⁵ Se Lindquist, 2005, s. 176.

⁶ Se RÅ 1959 I 107 och RÅ 1960 I 57.

⁷ Se Lindquist, 2005, s. 179 och de där till hänvisade rättsfallen RÅ 1951 I 65, RÅ 1954 I 237 och RÅ 1955 I 177.

livet i en kommun är dock väsensskilt från att anlägga och driva fullskaliga konferensanläggningar som i stor utsträckning riktar sig till det privata näringslivet och som också konkurrerar med privata aktörer på marknaden. Det kan även konstateras att kommunal konferensverksamhet inte angetts som ett typiskt exempel på ett engagemang som kan accepteras med stöd av anknytningskompetensen, vare sig i de lagförarbeten som föregått dagens reglering eller i doktrinen.⁸

Att klassificera konferensverksamhet som en näringslivsbefrämjande åtgärd, vilken skulle falla inom kärnområdet för 2 kap. 8 § kommunallagen, är troligtvis också något långsökt. Skillnaderna mellan ett kommunalt engagemang i en mässas eller en kongress torde vara alltför stora i förhållande till ett kommunalt engagemang i konferensverksamhet. Ett kommunalt engagemang i en mäsas, i form av upplåtelse av en större samlingslokal eller liknande, påverkar med stor sannolikhet inte heller konkurrensen då det i regel saknas privata alternativ som har tillgång till motsvarande lokaler. Så är inte fallet ifråga om konferensverksamhet som inte tar samma utrymme i anspråk utan istället bedrivs i en mängd privata miljöer, såsom i anslutning till hotell och restauranger. Följaktligen kan det anses vara tveksamt om det verkligen föreligger någon rättslig grund för en kommun att engagera sig i konferensverksamhet – inte minst då det ofta finns privata alternativ på marknaden.

Som nämnts sträcker sig det kommunala engagemanget många gånger längre än att endast omfatta konferensverksamhet – kommunal konferensverksamhet kompletteras inte sällan av en kommunal restaurang. Att uppföra eller driva en restaurang är likafullt i princip ingen kommunal angelägenhet. Ett visst kommunalt handlingsutrymme på området anses emellertid föreligga om de aktuella lokalerna eller driften av rörelsen framstår som ett underordnat tillbehör till en kommunal kollektivanläggning, såsom en större idrottsanläggning, ett äventyrsbad eller ett nöjesfält.⁹ Sålunda kan en kommun vara oförhindrad att engagera sig i verksamhet av sådan beskaffenhet med stöd av anknytningskompetensen.

Det kan likafullt ifrågasättas om det ingår i den kommunala kompetensen att driva en restaurang som inte har någon anknytning till ett äventyrsbad eller dylikt, utan som istället är en del av en större konferensanläggning.

⁸ Se SOU 1947:53, s. 79, SOU 1971:84, s. 120, SOU 1990:24, s. 174 och prop. 1990/91:117, s. 152, respektive Lindquist, 2005, s. 176–181 och s. 190–193, Lindquist och Losman, 2008, s. 30 f., samt Warnling-Nerep, 1995, s. 214 f.

⁹ Se Lindquist, 2005, s. 193.

Om ett kommunalt engagemang i en konferensanläggning motiveras utifrån ett nära och naturligt samband med den sedan tidigare kompetens-enliga verksamheten att tillhandahålla samlingslokaler, kan det tyckas vara tveksamt att driften av en kommunal restaurang i sin tur motiveras utifrån ett nära och naturligt samband med tillhandahållandet av konferensverksamhet. Något rättsligt stöd för att bedriva verksamhet som har ett nära och naturligt samband med verksamhet som i sin tur grundas på anknytningskompetens torde inte finnas då det skulle riskera medföra att gränserna för den kommunala kompetensen blir allt för vida.

Det skulle emellertid vara synnerligen opraktiskt om en kommun inte skulle få engagera sig i restaurangverksamhet i händelse av att kommunen var kompetent att driva ett hotell, som en följd av att privata alternativ på orten saknades.¹⁰ I en sådan situation måste restaurangverksamheten kunna anses ha ett nära och naturligt samband med driften av hotellet. Det ska dock konstateras att rättsläget på området tycks vara något oklart. I sammanhanget ska också understrykas att omfattningen av ett kommunalt engagemang måste stå i rimlig proportion till det allmänna kommunala intresse som kommunen har för avsikt att tillgodose – varför en kommun ska vidta den för konkurrensen minst ingripande åtgärden för att engagemanget ska rymmas inom den kommunala kompetensen.¹¹

De kommunala befogenheterna ifråga om tillskapande och drivande av hotell får också anses vara av ”restriktivt komplementär natur”, varför ett kommunalt engagemang på området endast ska accepteras då privata initiativ saknas.¹² De kommunala åtgärder som vidtagits på området har inte sällan inletts genom att en kommun på olika sätt lämnat stöd till ett privat företag för att vederbörande ska kunna driva viss hotellverksamhet. Sådana initiala åtgärder har emellertid många gånger resulterat i ett än mer omfattande kommunalt engagemang, exempelvis i form av att kommunen tagit över verksamheten eller förvärvat den aktuella fastigheten, till följd av att en kommun haft för avsikt att begränsa sina förluster.¹³

¹⁰ En historisk bakgrund till att många kommuner även i nutid på olika sätt engagerar sig i hotellrörelser torde gå att finna i det faktum att det i många svenska städer sedan länge har funnits stadshotell som inte endast utnyttjats av den allmänna resandetrafiken, utan som också innehållit någon form av större samlingslokal i vilken stadens fullmäktige tidigare höll sina möten, Lindquist, 2005, s. 190.

¹¹ Se Lindquist, 2005, s. 49.

¹² Se Lindquist, 2005, s. 190 och de där till hänvisade rättsfallen RÅ 1968 K 726, RÅ 1968 K 728 och RÅ 1971 C 378.

¹³ Se Lindquist, 2005, s. 191 f.

8.2.2 *De kommunala befogenheterna på turistområdet*

Som nämnts förekommer det också ett visst kommunalt engagemang på turistområdet. Före tillkomsten av 1968 års turistbefogenhetslag grundades det kommunala engagemanget på turistområdet uteslutande på den allmänna kommunala kompetensen. En kommunal åtgärd ansågs då vara tillåten under förutsättning att ett allmänt intresse kunde skönjas och att åtgärden inte stred mot någon av de övriga kommunalrättsliga principerna. De befogenheter som följde av den allmänna kommunala kompetensen ansågs emellertid inte vara tillräckliga varför 1968 års turistbefogenhetslag, vilken avsevärt utvidgade den kommunala kompetensen på området, antogs.

8.2.2.1 Turismen och den allmänna kommunala kompetensen

Den kommunala kompetensen på turistområdet har skiftat beroende främst på vilka som utgjort de huvudsakliga brukarna. Någon restriktivitet i Regeringsrättens praxis har knappast varit för handen då de kommunala åtgärderna inneburit att de egna medlemmarna gynnats genom tillskapande av bland annat fritidsanläggningar och rekreationsområden.¹⁴ Även kommunala åtgärder som ansetts tillgodose den resande allmänhetens behov har innefattats i den allmänna kommunala kompetensen. Enligt praxis har därför kommuner exempelvis kunnat uppföra och driva stadshotell anpassade för det normala resandet.¹⁵ Ett kommunalt engagemang i dylik verksamhet har också grundats på det faktum att 2 kap. 8 § kommunallagen skapat ett rättsligt utrymme för kommunerna att engagera sig i viss verksamhet då privata initiativ saknats på området. Många kommuner har därför kunnat stödja privata hotell i syfte att trygga tillgången på hotellrum på orten. Det kommunala engagemanget på området kunde tidigare också hänföras till ett till kommunikationsväsendet närliggande område.¹⁶

Som en enligt Regeringsrätten allmänt näringsbefrämjande åtgärd, vilken sålunda var tillåten, kan nämnas lämnande av anslag till en enskild sammanlutning för anordnande och drift av en turistbyrå.¹⁷ Av Regeringsrättens avgörande RÅ 1953 I 239 framgår också att det ingick i den allmänna kommunala kompetensen att fatta beslut om stöd för uppförande av turistpaviljong innehållande både lokaler för turistbyrå och restauranglokaler. Beslutet ansågs vara kompetensenligt trots att behovet av en restaurang kunde ifråga-

¹⁴ Se t.ex. RÅ 1941 ref. 4 och RÅ 1962 I 131.

¹⁵ Se t.ex. RÅ 1964 I 61 och RÅ 1968 K 444.

¹⁶ Se Bramstång, 1971a, s. 228.

¹⁷ RÅ 1952 I 263.

sättas. Enligt Bramstång är det dessutom tveksamt om stödet kunde försvaras med hänsyn till att restaurangen i en inte obetydlig omfattning skulle finansiera anläggningen. Ett liknande stöd borde enligt Bramstång ha stått i strid med den kommunalrättsliga principen att det är förbjudet att lämna stöd åt en enskild.¹⁸

Därtill har Regeringsrätten vid ett flertal tillfällen slagit fast att en kommun kan lämna ekonomiska garantier och andra former av stöd för festspel och andra för turistnäringen i kommunen betydelsefulla evenemang.¹⁹ Som ytterligare exempel på när ett kommunalt engagemang på turistområdet ansetts rymmas inom den allmänna kommunala kompetensen kan nämnas RÅ 1969 C 42, i vilket Regeringsrätten kom till slutsatsen att en kommun var kompetent att bidra till kostnaderna för uppförande av ett turisthotell drivet i privat regi. Det har också ansetts rymmas inom den kommunala kompetensen då en kommun fattat beslut om garantiåtaganden för charterresor anordnade av Statens järnvägar till en vintersportanläggning belägen i kommunen.²⁰ Därutöver har en kommun varit oförhindrad att genom anslag stödja företag vilka bedrev verksamhet med skidliftar.²¹

Regeringsrätten har emellertid inte alltid tolkat den allmänna kommunala kompetensen extensivt. I flera fall har Regeringsrätten ansett kommunala satsningar på semesterbyar och fritidsområden, vilka varit avsedda för turister, strida mot kommunernas allmänna kompetens då det enligt Regeringsrätten rört sig om affärsverksamhet inom turistområdet.²² Endast ett litet inslag av affärsrörelse har dock inte uteslutit tillåtligheten av ett kommunalt engagemang på området – under förutsättning att det inte dominerat över intresset av att tillgodose kommunmedlemmarnas behov. För att ett kommunalt engagemang skulle vara tillåtet har det krävts att en anläggnings storlek och omkostnader har stått i rimlig proportion till kommunmedlemmarnas behov av anläggningen. Åtgärder med huvudsakligt syfte att främja turistnäringen i en kommun var därför tidigare inte tillåtna.²³

Av senare praxis framgår däremot att den allmänna kommunala kompetensen inte alltid ska ges en restriktiv tolkning, utan att den mycket väl kan

¹⁸ Se Bramstång, 1971a, s. 233.

¹⁹ Se t.ex. RÅ 1956 I 27, RÅ 1958 I 225 och RÅ 1966 I 152.

²⁰ RÅ 1971 C 283.

²¹ RÅ 1971 C 284 och RÅ 1971 C 381.

²² RÅ 1963 I 12, RÅ 1963 I 161 och RÅ 1963 I 207.

²³ Regeringsrättens restriktiva tolkning av den allmänna kommunala kompetensen har också kritiserats, se Bramstång, 1971a, s. 240.

inrymma verksamhet som kan tänkas gynna turismen.²⁴ Följaktligen kan, i likhet med vad Bramstång ansett vara fallet vid tillämpningen av 1968 års turistbefogenhetslag,²⁵ även Regeringsrättens avgöranden rörande den allmänna kommunala kompetensen tyckas vara något inkonsekventa. Som exempel kan nämnas att en kommun med stöd av den allmänna kommunala kompetensen har ansetts vara berättigad att stödja färjetrafik mellan kommunen och en utländsk stad, bland annat på den grund att färjeförbindelsen främjade den lokala turismen.²⁶

Ett annat ärende vari den allmänna kommunala kompetensen givits en mycket vid tolkning är RÅ 1988 not 581. Ärendet gällde kommunfullmäktige i Bollnäs kommuns beslut om vissa åtaganden i samband med ett förslaget hotellbygge i centralorten. Åtagandena skulle ta sig formerna av upplåtande av tomtmark, bidrag till hotellets driftskostnader under en begränsad tid och delfinansiering av projektet med ett 10-årigt ränte- och amorteringsfritt lån. Klaganden ansåg att åtgärderna inte tillgodosåg ett allmänt och samhällligt intresse. Vidare ansåg klaganden att turistbefogenhetslagen inte var tillämplig då det tänkta hotellet enligt klaganden inte utgjorde en anläggning som var påkallad för att främja turistväsendet inom kommunen. Klaganden anförde att det vare sig var tillåtet för kommunen att engagera sig i spekulativ verksamhet eller att understödja ett enskilt företag. Då det redan fanns ca 100 hotellrum på orten med ungefär 50 procents beläggning varnade klaganden också för en överetablering. Klaganden lyfte även i övrigt upp frågan om konkurrensskäl för att inte tillåta det kommunala agerandet då det tänkta hotellet skulle drivas av Scandic med stöd av skattesubventioner vilka inte kom övriga aktörer på marknaden tillgodo.

Regeringsrätten uttalade att även om hotellet inte utgjorde en sådan turistanläggning som omfattades av turistbefogenhetslagen, skulle kommunens engagemang ses som ett led i strävandet att främja turistväsendet i kommunen. De kommunala åtgärderna stod därför inte i missförhållande till den påräkneliga allmännyttan och ansågs inte heller innefatta ett otillbörligt gynnande av en enskild, varför kommunen inte hade överskridit den allmänna kommunala kompetensen.

Ett liknande ärende med samma utgång är RÅ 1995 ref. 98. Kommunfullmäktige i Ödeshög hade beslutat att arrendera ut ett hotell till ett privat företag. Klaganden ansåg att arrendatorn subventionerades av kommunen

²⁴ Se t.ex. RÅ 1988 not 581 och RÅ 1993 ref. 35.

²⁵ Se Bramstång, 1978a och Bramstång, 1978b.

²⁶ RÅ 1979 Ab 12.

till följd av det låga arrendet och att kommunen därför överskridit sina befogenheter genom att gynna ett privat företag framför andra. Kommunen hävdade däremot att det fanns ett behov av ett centralt beläget hotell i och med att de privata hotell som fanns i kommunen återfanns åtta respektive tio kilometer utanför centralorten. Kommunen ansåg också att hotellet, inklusive dess serviceanordningar, fyllde en allmännyttig funktion i kommunen.

Regeringsrätten uttalade att det i målet inte framkommit något som talade mot att det med hänsyn till näringslivet inom kommunen fanns ett behov av ett centralt beläget hotell. Det ansågs även vara klarlagt att den ifrågavarande verksamheten inte skulle komma till stånd utan ett kommunalt engagemang varför beslutet att stödja det aktuella företaget inte stod i strid med regleringen i 2 kap. 8 § kommunallagen.

Även RÅ 1993 ref. 35 berörde i viss mån den kommunala kompetensen på turistområdet. I målet hade kommunfullmäktige i Gislaved under 1989 fattat beslut om att tillsammans med Gislaveds AB och Gislaveds Däck AB svara för huvudsponsorskap för en Europatourtävling i golf och att anvisa 250 000 kr ur det årets budget för att täcka utgifter i samband med kommunens åtaganden. I besvär över beslutet anfördes att det inte ingick i den kommunala kompetensen att sponsra en professionell golfträvling. Kammarrätten uttalade dock att en kommun i princip var oförhindrad att stödja en idrottsrörelse eller dess anläggning. Enligt kammarrätten var det också med stöd av turistbefogenhetslagen tillåtet att vidta åtgärder vilka var ägnade att främja turistväsendet i kommunen, men inte att understödja en enskild. Kammarrätten konstaterade emellertid att det primära syftet med det kommunala engagemanget var att sprida kännedom om kommunen varför åtgärden var av en sådan karaktär att den allmänt främjade näringslivet – därför ansågs även det kommunala beslutet vara kompetensligt med stöd av den allmänna kommunala kompetensen.

Efter överklagan uttalade Regeringsrätten att det rörde sig om en allmänt näringsbefrämjande åtgärd då den vidtogs som ett led i syftet att sprida information om kommunen. Stödet stod inte heller i missförhållande till den förväntade nyttan av evenemanget och utgjorde inte något otillbörligt gynnande av enskild – varför inte heller Regeringsrätten ansåg att kommunen hade överskridit sina befogenheter.

Även om den allmänna kommunala kompetensen många gånger givits en vidsträckt tolkning har lagstiftaren som nämnts ansett att det funnits ett

behov av att ge kommunerna ytterligare befogenheter på turistområdet, vilket gjorts genom tillskapandet av turistbefogenhetslagen.²⁷

8.2.2.2 En utökad kommunal kompetens – turistbefogenhetslagen

Redan före tillkomsten av turistbefogenhetslagen förekom det ett omfattande kommunalt engagemang på turistområdet. Kommunerna investerade både i anläggningar som utnyttjades av kommunmedlemmar och anläggningar som huvudsakligen nyttjades av turister. De vanligaste investeringsobjekten var badplatser, turisthotell, campingplatser och semesterbyar.²⁸

Turistbefogenhetslagen vilken trädde i kraft den 1 juli 1968 stadgar att en kommun är kompetent att uppföra och driva turistanläggningar i den mån det är påkallat för att främja turistväsendet inom kommunen. Lagen utesluter emellertid inte att kommunerna även fortsättningsvis får vidta allmänt turistbefrämjande åtgärder med stöd av den allmänna kommunala kompetensen.²⁹ I samband med lagstiftningsarbetet uppmärksammades också problemen med en ökad risk för osund konkurrens till följd av ett kommunalt engagemang på turistområdet,³⁰ varför även några remissinstanser var tveksamma till förslaget och varnade för skadlig konkurrens från kommunala aktörer.³¹

Den kommunala kompetensen på området är dock inte oinskränkt, utan begränsas dels av stadgandet att en kommunal åtgärd måste vara påkallad för att främja turistväsendet, dels av att den kommunala kompetensen endast omfattar uppförande och drift av turistanläggningar i kommunen.³²

Kommunala åtgärder som vidtas med stöd av lagen får visserligen inte syfta till att generera ett överskott men ska om möjligt vidtas utan slutlig ekonomisk uppföring. I lagens förarbeten anges att investeringar på turistområdet med stöd av lagen ska föregås av en noggrann utredning angående förutsättningarna för åtgärderna och dess behov.³³ Något undantag från självkostnadsprincipen medges således inte heller då en kommun tillhanda-

²⁷ Lag (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet.

²⁸ Se prop. 1968:44, s. 6.

²⁹ Se prop. 1968:44, s. 20.

³⁰ Se SOU 1967:50, s. 40.

³¹ Se prop. 1968:44, s. 13.

³² Lagen ger endast primarkommuner en utökad kompetens på turistområdet varför lands- tingskommunala engagemang alltjämt endast får vidtas inom ramarna för den allmänna kommunala kompetensen, se t.ex. RÅ 1979 Ab 320.

³³ Se prop. 1968:44, s. 20.

håller service i form av en turistanläggning med stöd av turistbefogenhetslagen

Enligt lagens ordalydelse är det endast åtgärder som vidtas för uppförande och drift som omfattas av kompetensutvidgningen. Som exempel på kommunala åtgärder vilka kunde anses falla inom den föreslagna kompetensen angavs av Kommunalrattskommittén långivning, borgensåtaganden, markanskaffning, medverkan i enskilda företag och drift genom egen förvaltning eller genom ett kommunalt företag.³⁴ I begreppet uppförande ligger både åtgärder som vidtas för att kunna genomföra exempelvis en projektering,³⁵ och själva anläggningsarbetet. Att lämna stöd till marknadsföring utgör en åtgärd som kan hänföras till begreppet drift. En kommun kan således med stöd av 1968 års lag vidta åtgärder som underlättar driften av en befintlig anläggning eller vilka underlättar tillskapandet av en ny anläggning såsom projektering. En strikt tolkning av bestämmelsens ordalydelse ger emellertid vid handen att en kommun inte får förvärva en turistanläggning som redan är uppford. Enligt Bramstång är det från praktisk synvinkel en obetydlig skillnad mellan att stödja en turistanläggning och att förvärva samma anläggning, varför en sådan tolkning kan anses vara något långsökt då en kommun har rätt att lämna stöd åt en befintlig anläggning som drivs i privat regi.³⁶

Någon precis definition av begreppet turistanläggning återfinns vare sig i lagen eller i dess motiv. Den vaga förklaring av begreppet som likväl lämnas i förarbetena föreskriver att en turistanläggning utgörs av en anläggning vilken är avsedd för att betjäna den fritidstrafik som med hänsyn till avståndet från hemorten kan betecknas som turisttrafik. Turistanläggningar kan enligt Kommunalrattskommittén hänföras till någon av följande tre huvudtyper av anläggningar: anläggningar som kan anses framja boendet (såsom hotell, campingplatser och stugbyar), anläggningar vilka ska framja ett aktivt friluftsliv (exempelvis badplatser, skidbackar och lifthanläggningar) och sådana anläggningar som ska "underlätta själva färdandet och rastandet" (såsom rastplatser).³⁷

³⁴ Se SOU 1967:50, s. 34.

³⁵ Se t ex RÅ 1980:Ab 437.

³⁶ Se Bramstång, 1978a, s. 84 och s. 102. Se också RÅ 1972:C 164. Det faktum att Kommunalrattskommittén förordade en extensiv tolkning av lagen borde emellertid också tala för att det ska ingå i den kommunala kompetensen att förvärva befintliga turistanläggningar, SOU 1967:50, s. 35.

³⁷ Se SOU 1967:50 s. 38.

Ett rättfall som på ett tydligt sätt illustrerar frågan huruvida en turistanläggning är för handen eller inte är RÅ 1970 ref. 13. Avgörandet gällde tillåtligheten av ett kommunalt engagemang i ett s.k. barnparadis med namnet Dennisland. Regeringsrättens majoritet valde i målet en restriktiv tolkning av 1968 års lag och ansåg därför inte att det planerade barnparadiset utgjorde en turistanläggning, trots att anläggningen kunde tänkas förmå turister att stanna i kommunen. Regeringsrättens majoritet vägde istället in syftet med anläggningen, vilket enligt dem inte främst var "turistiskt", då anläggningens natur snarare var av reklamkaraktär.

Genom formuleringen att en åtgärd måste vara påkallad för att främja turistväsendet ska underlag för en domstolsprövning om kommunen överskridit sin kompetens skapas, varför en kommunal åtgärd som uppenbart är för långtgående ska kunna underkännas. Av lagens förarbeten framgår emellertid att någon restriktivitet vid bedömningen inte ska iakttas.³⁸

Enligt propositionen begränsas kommunernas kompetens på området av att en åtgärd på objektiva grunder måste framstå som ägnad att gynna turistväsendet i kommunen.³⁹ Av uttalandet drar Bramstång slutsatsen att en prövning av ett besluts förenlighet med lagen endast kan komma att omfatta huruvida åtgärden är ändamålsenlig och inte huruvida det kommunala engagemanget överhuvudtaget är befogat.⁴⁰ Enligt förarbetena inskränks också kommunernas kompetens på området då det kommunala engagemanget tar sig form av stöd till en enskild organisation eller ett enskilt företag. Om så är fallet ska det stöd som lämnas stå i rimlig proportion till allmännyttan och inte heller innebära ett otillbörligt gynnande av någon enskild.⁴¹

Trots bestämmelsens ordalydelse ska enligt motiven en åtgärd som vidtas i en annan kommun än den egna kunna accepteras som kompetensförmålig om turismen i den egna kommunen främjas genom åtgärden, under förutsättning att även övriga rekvisit är uppfyllda.⁴² Regeringsrätten har exempelvis i RÅ 1968 K 1898 accepterat kommunala åtgärder i en annan kommun; dock inte med ett uttalat stöd av turistbefogenhetslagen.⁴³ Åtgärder som avser att gynna andra ändamål än turismen i den egna kommunen kan inte heller berättigas med stöd av turistbefogenhetslagen. Det faktum att inte

³⁸ Se SOU 1967:50, s. 35 och prop. 1968:44, s. 20.

³⁹ Se prop. 1968:44, s. 20.

⁴⁰ Se Bramstång, 1971b, s. 306.

⁴¹ Se prop. 1968:44, s. 20.

⁴² Se prop. 1968:44, s. 20.

⁴³ Målet har kommenterats i Bramstång, 1978b, s. 140–148.

endast turismen i kommunen gynnas av en viss åtgärd, utan att åtgärden även får andra för kommunen positiva effekter, utesluter emellertid inte att åtgärden faller inom lagens tillämpningsområde.

8.3 Den kommunala verksamhetens förutsättningar

I likhet med vad som normalt är utgångspunkten kan en kommun som engagerar sig i kompetensenlig verksamhet inom de nämnda servicebranscherna med stöd av den allmänna kommunala kompetensen själv avgöra vilka priser som ska gälla under förutsättning att självkostnadsprincipen iakttas. Med hänvisning till underskottsprincipen står det också, enligt den svenska kommunalrätten, en kommun fritt att själv avgöra huruvida den aktuella verksamheten ska bära sina egna kostnader eller om verksamheten ska subventioneras med skattemedel.⁴⁴

Till följd av självkostnadsprincipens tillämpning, vilken innebär att självkostnaderna normalt utgör taket för den kommunala prissättningen, finns det inte någon möjlighet för en kommun att använda en marknadsmässig prissättning. De konkurrensproblem som kan uppstå då en kommun engagerar sig i verksamhet av ifrågavarande slag kan således inte undvikas genom att en kommun tar ut priser som är marknadsmässiga. Som en följd av självkostnadsprincipens tillämpning får också alla former av gynnanden ovillkorligen genomslag i prissättningen.

Även då en kommun engagerar sig i viss verksamhet med stöd av turistbefogenhetslagen ska självkostnadsprincipen iakttas. Det faktum att lagen utgör ett avsteg från huvudregeln att en kommun inte får engagera sig på det egentliga näringslivets område tycks inte ha motiverat en annan lösning ifråga om den kommunala prissättningen. En grundläggande tanke bakom självkostnadsprincipen är som nämnts att kommunmedlemmarna ska skyddas från att en kommun ägnar sig åt monopolprissättning, i och med att en kommun som tillhandahåller tjänster av ett allmänt intresse inte sällan har något av monopolställning på marknaden. Argumentationen haltar däremot något ifråga om kommunal turistverksamhet som bedrivs med stöd av turistbefogenhetslagen. Dels riktar sig den turistverksamhet som bedrivs med stöd av lagen främst till personer som inte är medlemmar i den egna kommunen, dels torde det normalt inte finnas behov av att skydda brukarna mot någon monopolprissättning. Det finns enligt min mening således bärande skäl för att ändra lagstiftningen på så sätt att självkostnadsprincipen

⁴⁴ Se t.ex. Lindquist, 2005, s. 108. Underskottsprincipen kan däremot kritiseras med hänvisning till hur förbudet i 2 kap. 8 § kommunallagen borde tolkas, se bl.a. ovan avsnitt 2.2.2.

inte längre ska vara normerande för det kommunala avgiftsuttaget i samband med att kommunerna engagerar sig med stöd av turistbefogenhetslagen.

Även om något avsteg från den grundläggande kommunalrättsliga självkostnadsprincipen inte medges bara på den grunden att den aktuella verksamheten bedrivs med stöd av turistbefogenhetslagen utesluter inte det möjligheten till avsteg från andra grundläggande principer. Det faktum att ett kommunalt engagemang med stöd turistbefogenhetslagen om möjligt ska vidtas utan slutlig ekonomisk uppostring kan nämligen ses som ett avsteg från underskottsprincipen. Enligt förarbetena ska en kommun inte skatte-subsventionera verksamhet som vidtas med stöd av lagen om den aktuella verksamheten kan bära sina egna kostnader,⁴⁵ utgångspunkten torde således vara att verksamheten ska vara avgiftsfinansierad.

8.4 Det kommunala engagemanget och konkurrensrätten

Som konstaterats ovan ryms både restaurang-, konferens- och hotellverksamhet inom den kommunala kompetensen. Därtill kan kommunerna med stöd av både den allmänna kommunala kompetensen likväl som med stöd av turistbefogenhetslagen engagera sig i olika former av turistverksamhet. Kommunerna är likväl inte ensamma aktörer på dessa områden, vilka snarare får anses betecknas som områden som normalt hävdas av det egentliga näringslivet, dvs. först och främst de privata företagen. Sålunda kan det uppkomma konkurrenskonflikter mellan kommunala och privata aktörer på de nämnda områdena som inte kan lösas på kommunalrättslig väg. Av den anledningen återstår det att undersöka huruvida konkurrensreglerna kan förmås hantera de problem som kan uppkomma.

I avsnitt 8.4.1 behandlas därför den svenska konkurrenslagens tillämpning på de aktuella områdena. Då turism i många avseenden är ett område som kännetecknas av gränsöverskridande verksamhet analyseras i avsnitt 8.4.2 också hur eventuella kommunala stödåtgärder på turistområdet förhåller sig till EG:s statsstödsregler.

8.4.1 *Det kommunala engagemanget och den svenska konkurrensrätten*

Både KKV, men i synnerhet Konkurrensrådet, har behandlat flera ärenden som avser bristande konkurrensneutralitet till följd av kommunalt engagemang i restauranger, konferensanläggningar och turistverksamhet. Många

⁴⁵ Se prop. 1968:44, s. 20.

av ärendena har emellertid avsett kommunala stödåtgärder riktade till privata företag vilka inte ska beröras i det följande. Däremot ska några av de ärenden som avser verksamhet som drivs i kommunal regi uppmärksammas.

Ett ärende som behandlats av Konkurrensrådet vilket rör kommunal turistverksamhet är Konkurrensrådets yttrande dnr 13/02 (2002-11-14). Ärendet avsåg bland annat en kommunal åtgärd i form av upprättande av bussförbindelse mellan centralorten och ett av kommunen drivet utflyktsmål, Hovdala Slott. Klaganden menade att kommunen genom bussförbindelsen gynnade den egna turistattraktionen samtidigt som de kollektiva förbindelserna till klagandes egen turistattraktion, Tykarpsgrottan, alltjämt var begränsade. Enligt klaganden snedvreds därför konkurrensen. Konkurrensrådet gjorde emellertid bedömningen att de två turistattraktionerna inte omfattades av samma marknad till följd av dess olikartade karaktär. Konkurrensrådet ansåg det inte heller vara en uppgift för rådet att uttala sig om hur de lokala bussförbindelserna skulle vara utformade, varför någon prövning huruvida det förelåg konkurrens på lika villkor inte gjordes.

Som en tydlig illustration av de problem som kan uppkomma då en kommun engagerar sig på den öppna marknaden och som också belyser situationen i många glesbygder är Konkurrensrådets yttrande dnr 47/98 (2000-03-29). I ärendet ifrågasattes en kommuns förmedling av utlandsresor åt en privat resebyrå. Även kommunens förmedling av stugor uppmärksammades av klaganden, vilket emellertid inte behandlades av Konkurrensrådet. Klaganden, vilken bedrev turistbyrå på halvtid ansåg att det kommunala engagemanget på marknaden hindrade honom från att expandera sin verksamhet till att omfatta ett heltidsarbete och således påverkade det kommunala agerandet konkurrensen.

Kommunen genmälde att det kommunala engagemanget endast syftade till att öka antalet resenärer till den egna kommunen. Genom samarbetet mellan kommunen och det privata företaget skulle möjligheten för det senare att arrangera bussresor till kommunen underlättas, samtidigt som kommunen i händelse av efterfrågan gavs möjlighet att förmedla resor åt den privata turistbyrån. I sammanhanget påpekades också att SJ inte hade någon försäljning av tågbiljetter i kommunen och att kommunen inte drev verksamheten med vinstsyfte utan istället redovisade ett underskott på 29000 kronor. Kommunen hade erbjudit etablerade aktörer på marknaden i angränsande kommuner att ta över verksamheten vilket emellertid inte givit något resultat då dessa bedömt att lönsamheten skulle vara för dålig.

Konkurrensrådet uttalade att vare sig vanlig resebyråverksamhet eller försäljning mot provision åt en privat resebyrå kunde anses vara en traditionell kommunal uppgift. I princip kunde emellertid dylik verksamhet accepteras även i kommunal regi under förutsättning att privata alternativ saknades. Konkurrensrådet ansåg att den aktuella kommunen borde följa de principer som rådet ansåg lämpligen skulle tillämpas i situationer av det slag som förelåg till bedömning. En ändamålsenlig procedur då en kommun uppmärksammat att en angelägen tjänst inte finns att tillgå var enligt rådet att kommunen kontaktade företag på orten, främst sådana som bedrev verksamhet av angränsade art, för att diskutera ett eventuellt privat tillhandahållande av den efterfrågade tjänsten. Endast om något företag inte var villigt att tillhandahålla den aktuella tjänsten borde en kommun få bedriva verksamheten i kommunal regi.

Kommuner engagerar sig dock inte endast i turistverksamhet, utan många kommuner driver som nämnts exempelvis restauranger och i vissa fall även fullskaliga konferensanläggningar. Det är dessutom inte ovanligt att kommunala skolor i anslutning till sin restaurangutbildning också erbjuder luncher och middagar till allmänheten. Sådana arrangemang kan i vissa fall skapa problem för övriga aktörer på marknaden. Konkurrensrådets yttrande dnr 5/03 (2003-06-16) rörde just sådan kommunal verksamhet. I ärendet ansåg klaganden att det kommunala engagemanget på restaurangmarknaden snedvred konkurrensen. Kommunalförbundet Västerbergslagens Utbildningscentrum, bildat av Ludvika och Smedjebackens kommuner, vilka bedrev ungdoms- och vuxenutbildning lokaliserad till Folkets Hus i Smedjebacken, serverade lunch till allmänheten tre gånger per vecka under terminstid som ett led i utbildning vid Hotell- och Restaurangprogrammet. Dessutom utnyttjades restaurangskolan vid några enstaka tillfällen för externa uppdrag på kvällstid. Kommunen ansåg att restaurangverksamheten var nödvändig ur utbildningssynpunkt då det inte fanns tillräckligt antal restauranger i närområdet med ett lämpligt utvecklat utbud av restaurangtjänster som kunde fungera som praktikplatser åt eleverna i syfte att uppfylla de krav som ställts i utbildningsplanen.

Konkurrensrådet pekade i sitt yttrande på att rådet tidigare gjort bedömningen att en kommunal försäljning av varor och tjänster vilka utgör ett överskott av tillfällig karaktär på den öppna marknaden kan accepteras. Ett exempel som angivits är försäljning av matvaror som producerats på en restaurangskola. Konkurrensrådet menade således att en viss försäljning måste accepteras som en följd av en restaurangskolas verksamhet. För att minska

undanträngningseffekterna ansåg rådet att övriga aktörer på den aktuella marknaden borde ha fått bättre information angående restaurangskolans öppettider. Dessutom ansåg Konkurrensrådet att restaurangskolan skulle avhålla sig från all försäljning som inte var en oundviklig konsekvens av elevernas utbildning – inklusive olika typer av middagsarrangemang.

Även Konkurrensrådets yttrande dnr 6/03 (2003-05-19) rörde restaurangverksamhet. I ärendet behandlas dock inte en regelrätt konkurrenskonflikt mellan ett privat företag och en kommunal aktör, utan istället hur en kommun kan påverka förutsättningarna för en fungerande konkurrens.⁴⁶ Klaganden, ett privat företag i restaurangbranschen, bedrev sommartid restaurang- och caféverksamhet på en plats som arrenderades ut av kommunen i anslutning till en teater i Örebro. Kommunen sade upp arrendet då platsen istället skulle arrenderas ut till stiftelsen Länsteatern i Örebro län. Grundare av stiftelsen var samtliga kommuner i länet samt landstinget. Enligt kommunen motiverades agerandet av att teatern ville kunna utnyttja den aktuella platsen som utomhusteater, samtidigt som teatern skulle kompletteras med café- och restaurangverksamhet bedriven i egen regi.

Konkurrensrådet uttalade att det aktuella kommunala uppträdet riskerade påverka konkurrensen i och med att det kommunala agerandet inverkad på rätten att bedriva café- och restaurangverksamhet på den av kommunen ägda marken. Rådet konstaterade vidare att det inte fanns något legalt krav på kommunen att tillämpa ett anbudsförfarande då det skulle avgöras vilken aktör som skulle få driva verksamhet på den aktuella platsen – men att ett sådant förfarande skulle vara lämpligt utifrån konkurrenshänsen. Utgången i ärendet blev därför att kommunen uppmanades att förutsättningslöst utreda möjligheterna att organisera ett anbudsförfarande angående rätten att bedriva verksamhet på den aktuella platsen.

I Konkurrensrådets yttrande dnr 16/03 (2003-12-16) behandlades ett klagomål gällande ett kommunalt engagemang på marknaden för konferensverksamhet. Enligt klaganden snedvreds konkurrensen på marknaden då den kommunala vuxenutbildningen i Örebro bedrev konferensverksamhet i skolans lokaler. Av handlingarna i ärendet framgick att klaganden ansåg att kommunens prissättning inte heller var marknadsmässig. Örebro kommun hävdade att verksamheten rymdes inom den kommunala kompetensen, att lokalerna som användes till övervägande del var inriktade på att

⁴⁶ Även KKV dnr 451/1999 (1999-05-27) rörde uppsägning av ett hyresavtal angående lokal för bedrivande av restaurangverksamhet. Men inte heller i det ärendet kunde åtgärden angripas med stöd av konkurrenslagen.

tillgodose skolans behov och att konferensverksamheten endast utgjorde en ringa del av skolans lokalhållning. Dessutom hävdade kommunen att det saknades motsvarande lokaler på den privata marknaden samt att det låg i kommunmedlemmarnas intresse att kommunens lokaler utnyttjades effektivt. Det faktum att kommunen också erbjöd konferensgästerna lunch och kaffe utgjorde ett naturligt attribut till själva uthyrningsverksamheten. Prissättningen var enligt kommunen ett resultat av en skälig avvägning mellan självkostnadsprincipen och ett rimligt marknadspris. Om priserna var lägre än på den öppna marknaden berodde det på en lägre servicegrad, exempelvis i form av självservering vid lunch, samt olika samordningsvinster.

Konkurrensrådet konstaterade att den ifrågasatta verksamheten inte gick att hänföra till en naturlig kommunal uppgift. Likaså uttalade rådet att liknande engagemang normalt endast kan tillåtas då privata initiativ saknas eller är otillräckliga; vilket inte var fallet i det aktuella ärendet. Enligt Konkurrensrådet borde ett eventuellt kommunalt engagemang likt det aktuella organiseras på ett sätt som medför att eventuella konkurrensneutralitetsproblem undviks. Konkurrensrådet rekommenderade därför att kommunen fortsättningsvis skulle upphandla konferensverksamheten i ett anbudsförfarande i likhet med rådets rekommendationer ifråga om driften av gym i anslutning till kommunala simhallar.⁴⁷

Det ska också noteras att ett kommunalt agerande likt det som troligtvis påstods snedvrída konkurrensen i ärendet, dvs. en kommunal underprissättning, normalt inte kan träffas av konkurrenslagens bestämmelser om självkostnadsprincipen är tillämplig. I en situation som den nyssnämnda är en eventuell konkurrensbegränsning en direkt och avsedd effekt av lagstiftning. Även om konkurrenslagen varit tillämplig ifråga om en sådan konkurrensbegränsning hade agerandet troligtvis ändå inte kunnat angripas med stöd av förbudet i 19 § konkurrenslagen. Anledningen till detta är inte bara att dominanskravet sällan torde vara infriat, utan också det faktum att en eventuell aggressiv prissättningspolitik inte hade utgjort ett missbruk då avsiktsrekvisitet svårligen kan vara uppfyllt om självkostnadsprincipen är normerande för det kommunala avgiftsuttaget.⁴⁸

8.4.2 *Kommunal turistnäring och förbudet mot statligt stöd*

Av de ärenden som behandlats av KKV och Konkurrensrådet framgår att det många gånger förekommer olika former av kommunala stödåtgärder

⁴⁷ Jfr ovan avsnitt 7.4.

⁴⁸ Jfr ovan avsnitt 4.2.1.3.

som i första hand gynnar privata företag, men som i vissa fall även gynnar kommunala aktörer som bedriver verksamhet på den öppna marknaden. Kommunernas syften med sådana stödåtgärder torde normalt vara att öka tillströmningen av turister till kommunen.

Av de i framställningen behandlade konfliktområdena är turistnäringen sannolikt det område som i störst utsträckning kännetecknas av gränsöverskridande handel. Följaktligen kan det vara av ett visst intresse att analysera eventuella kommunala stöd till turistnäringen utifrån gemenskapsrättens statsstödsreglering.

I ett enskilt ärende måste inledningsvis avgöras om den åtgärd en kommun vidtar med hänvisning antingen till den allmänna kommunala kompetensen eller till turistbefogenhetslagen utgör ett stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Då en kommun lämnar direkta bidrag i form av kapitaltillskott till ett företag utan krav på motprestation är kriteriet normalt uppfyllt. Om stödet däremot utgår i indirekt form, exempelvis genom att kommunen tillhandahåller mark eller anläggningar till företaget, måste avgöras huruvida kommunen agerat i enlighet med den marknadsekonomiska investeringsprincipen. Om en privat investerare inte kan förväntas ha agerat på det sätt som kommunen agerat i en motsvarande situation föreligger därför ett statligt stöd. I de situationer ett företag inte lyckas uppbringa kapital på den öppna marknaden utan istället vänder sig till en kommun som med stöd av sin kompetens på turistområdet bidrar med kapital torde det vara en indikation på att kommunen inte agerar så som en privat investerare hade kunnat förväntas göra. En kommun kan inte heller med hänvisning till förbudet mot att engagera sig i spekulativ verksamhet kräva en avkastning som normalt motsvarar de krav som privata investerare fordrar. Det är således sannolikt att en kommun som med hänvisning till turistbefogenhetslagen stödjer ett privat företag agerar på ett sätt som medför att gemenskapsrättens stödbegrepp är uppfyllt.

Om en kommun stödjer ett eller flera företag är som utgångspunkt också selektivitetskravet uppfyllt, liksom kravet på att den aktuella åtgärden ska snedvrída konkurrensen.⁴⁹ Det måste likväl närmare undersökas huruvida ett kommunalt stöd till ett turistföretag påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Vanligtvis torde det också vara bristande uppfyllelse av just samhandelskriteriet som medför att kommunala stödåtgärder inte kan träffas av förbudet i artikel 87.1 EG. I en situation då ett kommunalt stöd lämnas till

⁴⁹ Se ovan avsnitt 5.3.1.2.

ett företag som deltar i den europeiska samhandeln är dock utgångspunkten att samhandelskriteriet är uppfyllt.⁵⁰ Det är dock med stor sannolikhet ovanligt att en kommun stödjer ett turistföretag som inte endast engagerar sig på den svenska marknaden då kommunala stöd vanligtvis lämnas till lokala företag. Det faktum att ett företag som gynnas av ett kommunalt stöd endast bedriver sin verksamhet i Sverige utesluter däremot inte nödvändigtvis att handeln mellan medlemsstater påverkas, inte minst ifråga om stöd till turistföretag i och med att det är en bransch som i stor utsträckning kännetecknas av gränsöverskridande handel. Kommissionen har ifråga om stöd till turistföretag uttalat att:

“Such economic activity is the object of an intensive trade throughout the Single Market and therefore the scheme can well distort or threaten to distort competition and affect trade between the Member States.”⁵¹

Kommissionen har också i flera andra avgöranden konstaterat att stöd till företag verksamma inom turistnäringen mycket väl kan påverka handeln mellan medlemsstater.⁵² Exempelvis har ett stöd som lämnades för att utveckla en större nöjespark omfattats av förbudet i artikel 87.1 EG. Kommissionen uttalade att en större nöjespark kan påverka turistflödet och att det aktuella stödet dessutom fick till följd att andelen turistattraktioner i det ifrågasvarande området ökade, varför stödet riskerade påverka både konkurrensen och handeln mellan medlemsstater.⁵³ Likaså har stöd som medfört att företag lyckats attrahera turister till ett visst område ansetts påverka konkurrensen då turisterna annars hade rest till någon annan medlemsstat.⁵⁴

Kommissionen konstaterade däremot i beslut C(2003)902fin att det inte förelåg någon risk för att konkurrensen skulle påverkas och att samhandels-

⁵⁰ Se ovan avsnitt 5.3.1.2.

⁵¹ Kommissionens beslut 07.11.2001, C(2001)2990. Se också t.ex. kommissionens beslut 15.01.2002, C(2002)11fin, i vilket kommissionen uttalade att turism är en industri som omfattas av konkurrens på EU-nivå.

⁵² Se t.ex. kommissionens beslut 17.04.2001, SG (2001) D/287753 och 21.01.2002, C(2002) 139.

⁵³ Kommissionens beslut 17.09.2003, C(2003) 3241. Även av kommissionens beslut 02.08.2002, C(2002) 2980, framgick att stöd till en nöjespark kunde påverka handeln mellan medlemsstater.

⁵⁴ Kommissionens beslut 11.06.2001, SG(2001) D/289093. Se också p. 64 i kommissionens beslut 09.04.2002, C(2002) 1191, vari det framgår att kommissionen intar ståndpunkten att statligt stöd till anläggningar som är belägna på turistorter, vilka kan dra till sig användare som har utländska resmål som alternativ, snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

kriteriet skulle vara uppfyllt med hänvisning till att stödmottagaren var lokaliserad till ett område som inte kännetecknades av en omfattande turistnäring.⁵⁵ Kommissionen har på samma sätt uttalat att stöd till mindre museer inte riskerar påverka konkurrensen.⁵⁶

I sammanhanget måste dessutom den s.k. *de minimis*-förordningen beaktas. Utgångspunkten enligt förordningen är att stöd som understiger 200 000 euro under en treårsperiod inte uppfyller samtliga kriterier i artikel 87.1 EG.⁵⁷ Förordningen ska enligt artikel 1.1 d dock inte tillämpas på stöd som är direkt knutet till exporterade volymer, till upprättandet eller driften av ett distributionsnät eller till andra löpande utgifter som har samband med exportverksamhet. Följaktligen måste undersökas huruvida ett specifikt stöd som lämnas av en kommun till ett turistföretag avser löpande utgifter samt om den aktuella turistverksamheten är att klassificera som exportverksamhet.

Även om turistindustrins kärna består i att locka människor från en annan region eller ett annat land att besöka det egna området, och många gånger dessutom att förmå medborgare i det egna landet att tillbringa sin semester där, torde det kunna konstateras att turistverksamhet som sådan inte kan klassificeras som exportverksamhet, utan en närmare granskning i det enskilda fallet.⁵⁸ Av den händelse ett kommunalt stöd till ett turistföretag kan anses vara exportrelaterat fordras dessutom att stödet utgör ett driftsstöd för att *de minimis*-reglerna inte ska kunna tillämpas. Således finns det normalt inget som utesluter en tillämpning av *de minimis*-reglerna endast på den grund att stöd lämnas till ett företag verksamt inom turistnäringen. På så sätt torde kommunala stöd till turistföretag regelmässigt kunna undandras från kommissionens granskning med hänvisning till *de*

⁵⁵ Kommissionens beslut 02.03.2003, C(2003)902fin.

⁵⁶ Kommissionens beslut 21.01.2003 (arende NN 136a/2002). Stodbudgeten för det aktuella ekomuseet var 7,3 miljoner euro

⁵⁷ Artikel 2 i förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT nr L 379, 28.12.2006, s. 5–10.

⁵⁸ Jfr kommissionens beslut 02.05.2001, SG (2001) D/288280. I det aktuella arender hade Danmark med stöd av förordning (EG) 69/2001 av den 12 januari 2001 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på stöd av mindre betydelse, EGT nr L 10, 13.01.2001, s. 30, betalat ut stöd som gynnade turistnäringen utan föregående anmälan, vilket kommissionen inte anmärkte mot då denne tog stallning till en senare anmälan. Kommissionen tog i beslutet däremot inte explicit stallning till om *de minimis*-förordningen var tillämplig, dvs. om det aktuella stödet utgjorde ett stöd som skulle tacka löpande utgifter som hade samband med exportverksamhet.

minimis-förordningen, under förutsättning att de i förordningen angivna villkoren är uppfyllda.

Av kommissionens praxis framgår emellertid att samhandelskriteriet mycket väl kan vara uppfyllt då större stöd lämnas till företag engagerade i turistverksamhet.⁵⁹ Sålunda tycks det vara riskabelt att dra några generella slutsatser ifråga om huruvida samhandelskriteriet är uppfyllt i samband med kommunala stöd till turistföretag – varje situation måste bedömas utifrån förutsättningarna i det enskilda ärendet.

Även om ett kommunalt stöd skulle omfattas av förbudet i artikel 87.1 EG kan ett sådant stöd i vissa särskilda fall accepteras med hänvisning till de undantagsbestämmelser som följer av artikel 87.3 EG. Exempelvis behöver inte alltid stöd som lämnas till små eller medelstora företag anmälas till kommissionen.⁶⁰ Likaså behöver inte alltid ett regionalt investeringsstöd anmälas till kommissionen för granskning innan det verkställs; vilket även gäller investeringsstöd som gynnar turismen. I ingressen till kommissionens förordning (EG) nr 1628/2006 av den 24 oktober 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt regionalt investeringsstöd stadgas:

”Kommissionen har alltid haft en mindre gynnsam inställning till stöd som riktar sig till särskilda sektorer. Stödordningar för investeringsstöd till särskilda ekonomiska sektorer inom tillverkning och tjänster bör därför inte omfattas av det undantag från anmälningsskyldigheten som denna förordning medger. Regionalt investeringsstöd med inriktning på turism bör dock inte betraktas som stöd till särskilda sektorer utan bör undantas från anmälningskravet enligt artikel 88.3 i fördraget, under förutsättning att stödet i fråga uppfyller samtliga villkor i denna förordning.”⁶¹

Följaktligen kan konstateras att det inte finns något som hindrar att stöd till turistindustrin undantas från anmälningsplikten med hänvisning till något av de gruppundantag som är gällande på det statsstödsrättsliga området. Dessutom kan stödåtgärder som inte omfattas av något gruppundantag mycket väl kunna komma att medges undantag från förbudet i artikel 87.1

⁵⁹ Se t.ex. kommissionens beslut 02.06.2003, C(2003) 1811.

⁶⁰ Se förordning (EG) nr 70/2001 av den 12 januari 2001 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd till små och medelstora företag, EGT nr L 10, 13.01.2001, s. 33.

⁶¹ Se skäl 9 i ingressen till förordning (EG) nr 1628/2006 av den 24 oktober 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt regionalt investeringsstöd, EUT nr L 302, 01.11.2006, s. 29–40.

EG – men först efter en granskning av kommissionen. Kommissionen har hittills inte givits tillfälle att granska några svenska kommunala stödåtgärder på turismens område, kanske framst beroende på att svenska kommuner inte möjliggjort för regeringen att anmala potentiellt tveksamma stödåtgärder till kommissionen.⁶²

8.5 De danska kommunerna och deras engagemang på några serviceområden m.m.

Aven de danska kommunerna har en viss kompetens ifråga om att engagera sig på turistområdet samt i konferens- och restaurangverksamhet. Någon oinskränkt möjlighet för de danska kommunerna att bedriva sådan verksamhet foreligger daremot inte. Dessutom ska i enlighet med den danska huvudregeln verksamhet som utovas på den öppna marknaden prissattas på ett sätt så att priserna motsvarar marknadspris, varför inte heller kommunala subventioner får forekomma.⁶³ En stor skillnad i relation till de svenska kommunernas engagemang är att de åtgärder en dansk kommun vidtar med stöd av reglerna om accessorisk verksamhet, såsom engagemanget i en restaurang, ska bedrivas på ett sätt som stor konkurrensen minimalt. Foljaktligen är utgångspunkten att de danska kommunerna inte själva ska driva den aktuella verksamheten utan istället overlåta driften till ett privat företag efter ett anbudsförfarande.⁶⁴ Den ordning som forespråkats av Konkurrensrådet är således inbyggd i den danska kommunalrätten.⁶⁵ En slutsats är därför att de danska kommunernas kompetens på området med stor sannolikhet är mer inskränkt än den svenska kommunala kompetensen.

Också på nyssnamnda områden tycks konkurrenskonflikter till följd av kommunalt engagemang på den öppna marknaden vara sällsynta i Danmark. Aven om man kan utgå ifrån att flertalet av de ärenden som provats av *Indenrigs- og sundhedsministeriet* haft sin grund i att klaganden ansett konkurrensen påverkas av det kommunala engagemanget och samtidigt beaktar de svårigheter som foreligger då man ska avgöra i vilken utsträckning dylika frågor varit föremål för provning är det med hänsyn tagen till att området endast i ringa omfattning behandlats i doktrinen troligt att det inte

⁶² Se Aldestam, 2006, s 55–57

⁶³ Se ovan avsnitt 3.3

⁶⁴ Jfr ovan avsnitt 3.3.3

⁶⁵ Jfr text SOU 2000:117, s 86 och s 123 f, var i Konkurrensrådet rekommenderar att kommuner inte själv driver gym i kommunala simhallar utan istället iordningsstaller lokaler som hyrs ut till det företag som är villigt att erlagga den högsta hyran

rör sig om ett betydande problem. Denna uppfattning styrks också av det faktum att *Konkurrencerådet* mig veterligen inte varit nödgat att behandla något ärende rörande kommunalt engagemang på de aktuella områdena. Däremot har *Konkurrencestyrelsen* uppmärksammat på att danska kommuner i samband med driften av turistbyråer i några fall även förmedlat semesterboende, vilket normalt är en tjänst som privata företag tillhandahåller.⁶⁶ Det har också anförts att turistbyråer som erbjuder dylika tjänster erhållit kommunala stöd. *Konkurrencestyrelsen* har emellertid konstaterat att eventuella kommunala stöd knappast snedvridit konkurrensen då den provision som kommunala turistbyråer erhållit inte varit lägre än den genomsnittliga provisionen i branschen.⁶⁷

8.6 Preliminära konklusioner och sammanfattning

Som nämnts faller det inom den allmänna kommunala kompetensen att engagera sig i bland annat restaurang-, hotell- och konferensverksamhet, likväl som en kommun är oförhindrad att engagera sig i olika former av turistverksamhet. Det ska dock anmärkas att den kommunala kompetensen att engagera sig i restaurang-, hotell- och konferensverksamhet i stor utsträckning är av komplementär natur varför sådan verksamhet inte torde rymmas inom den kommunala kompetensen om det finns privata företag som tillhandahåller motsvarande tjänster.

Det kan därför ifrågasättas om det verkligen kan vara av ett allmänt kommunalt intresse att engagera sig i sådan verksamhet i konkurrens med privata alternativ så som framgår av de ärenden som behandlats av KKV och Konkurrensrådet. Kännetecknande för ett allmänt kommunalt intresse är normalt att det rör sig om en kollektiv nytthet vars behov bäst tillgodoses i kommunal regi, samtidigt som investeringskostnaderna är höga och många gånger inte till fullo kan täckas av brukarna. Därutöver krävs vanligen att det rör sig om verksamhet där möjligheten att gå med vinst är begränsad samt att de privata initiativen eller de privata konkurrenterna är få till antalet eller saknas helt.⁶⁸ Följaktligen måste det kommunala engagemanget på de aktuella områdena bedömas i förhållande till dessa kännetecken. Det kan likväl konstateras att det svårligen rör sig om tillhandahållande av kollektiva nyttheter eller liknande då en kommun driver en restaurang eller säljer tjänster i form av konferensverksamhet på den öppna marknaden.

⁶⁶ Se Konkurrencestyrelsen, *Konkurrenceforhold ved udlejning af feriehuse*, 2000, s. 26 f.

⁶⁷ Se Konkurrencestyrelsen, *Konkurrenceforhold ved udlejning af feriehuse*, 2000, s. 27.

⁶⁸ Se ovan avsnitt 2.2.

Även om det är av ett allmänt kommunalt intresse att tillhandahålla ändamålsenliga samlingslokaler till det lokala föreningslivet kan det ifrågasättas om det på den grunden ska vara kompetensenligt att dessutom sälja något av en upparbetad produkt, i form av konferenser, i konkurrens med privata företag. Skillnaden mellan att tillhandahålla lokaler till föreningslivet och att arrangera konferensen torde vara så stor att det knappast kan anses finnas ett nära och naturligt samband mellan de två typerna av engagemang.

I händelse av att det mot förmodan skulle finnas ett allmänt kommunalt intresse på området för tillhandahållande av konferensverksamhet ska det likväl föreligga proportionalitet mellan det kommunala intresset och den aktuella åtgärden, varför alla former av kommunalt engagemang på området inte alltid kan accepteras.⁶⁹ I likhet med vad som gäller bland annat på friskvårdsområdet måste därför det kommunala intresset vägas mot de privata företagens intresse av att inte behöva möta konkurrens från kommunala aktörer. Sålunda borde en kommun som har för avsikt att engagera sig i exempelvis konferensverksamhet i konkurrens med privata aktörer utforma sitt engagemang på så sätt att det kommunala intresset tillgodoses samtidigt som konkurrensen påverkas i minimal utsträckning.

Om en kommun anser att det saknas fullgoda privata alternativ på den aktuella marknaden, och av den anledningen har för avsikt att engagera sig i konferensverksamhet, är ett för konkurrensen mindre ingripande agerande sannolikt att iordningställa lokaler för den aktuella verksamheten och därefter upplåta dessa till högstbjudande. Några bärande skäl för att inte upplåta de aktuella lokalerna till högstbjudande finnas knappast till skillnad från vad jag anser vara fallet ifråga om friskvårdsverksamhet – konferenslokaler är inget som utnyttjas av den normala kommunmedlemmen utan snarare av företag och organisationer.

I likhet med vad som framgår av förarbetena till kommunallagen ska den kommunala kompetensen anpassas utifrån rådande samhällsförhållanden.⁷⁰ Av den orsaken borde den ökade fokuseringen på marknadslösningar och konkurrens också avspeglas i den kommunala kompetensen, inte minst ifråga om kommunalt engagemang på de aktuella områdena. Om det i ett enskilt ärende dessutom kan påvisas att en reell konkurrenskonflikt uppstår till följd av det kommunala engagemanget borde den kommunala kompetensens komplementära natur påverka bedömningen av huruvida den aktuella kommunen agerar inom ramarna för dess befogenheter.

⁶⁹ Se t.ex. Lindquist, 2005, s. 49.

⁷⁰ Se prop. 1990/91:117, s. 27.

Enligt Bramstångs mening, vilken jag ansluter mig till, har Regeringsrätten i strid med tidigare avgöranden givit den allmänna kommunala kompetensen en alltför vid tolkning, samtidigt som 1968 års turistbefogenhetslag har tolkats tämligen restriktivt.⁷¹ Även om ett hotell normalt kan anses utgöra en turistanläggning måste frågan om den aktuella anläggningen anses vara påkallad för att främja turistväsendet i kommunen besvaras. Om Regeringsrätten skulle ha tvingats ta ställning till denna fråga är det mycket möjligt att de avgivit ett jakande svar i och med att Regeringsrätten anser att de beslutade åtgärderna måste ses som ett led i strävandet att främja turistväsendet i kommunen. Enligt uttalanden i turistbefogenhetslagens förarbeten ska också denna del av bestämmelsen presumeras vara uppfylld då en kommun vidtar de omtvistade åtgärderna.⁷² Således kan argumenteras för att Regeringsrätten i RÅ 1988 not 581 inte skulle ha accepterat det kommunala beslutet som förenligt med den allmänna kommunala kompetensen, utan istället genomfört en noggrann prövning av huruvida turistbefogenhetslagen istället borde ha tillämpats. Även om Regeringsrätten hade tillämpat turistbefogenhetslagen är det emellertid troligt att de kommunala åtgärderna skulle ha accepterats som kompetensenliga varför utgången av ärendet möjligen hade blivit densamma.⁷³

I likhet med vad som framkommit i samband med behandlingen av övriga konfliktområden visar KKV:s och Konkurrensrådets ärenden att konkurrenslagen inte är anpassad för att tillämpas i samband med konkurrensproblem av ifrågavarande slag, efter vilket Konkurrensrådet lämnat icke juridiskt bindande förslag på hur kommunerna kan agera för att mildra de aktuella konkurrenskonflikterna.

Av det ovan anförda kan slutsatsen dras att det som kännetecknar de konkurrensproblem som kan uppstå på de aktuella områdena är att privata företag tvingas möta konkurrens från kommunala aktörer som eventuellt gynnas på olika sätt. I händelse av att de kommunala företagen tillämpar en underprissättning till följd av eventuella subventioner eller andra former av stöd utesluts också en tillämpning av konkurrenslagen i och med att de kommunala företagen normalt måste iaktta självkostnadsprincipen vid sin prissättning – en konkurrensbegränsning i form av en aggressiv prissättningspolitik är i sådana situationer normalt en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av en offentlig reglering i form av självkostnadsprincipen.

⁷¹ Se Bramstång, 1978b, s. 147 f.

⁷² Se prop. 1968:44, s. 20.

⁷³ Se Bramstång, 1978b, s. 147 f.

Om konkurrenslagen likväl skulle vara tillämplig är det troligt att ett kommunalt agerande på något av de i kapitlet behandlade områdena inte kan angripas med stöd av 19 § konkurrenslagen. Kommunala företag på de aktuella områdena intar med stor sannolikhet vanligtvis inte någon dominerande ställning på de relevanta marknaderna, varför 19 § konkurrenslagen inte aktualiseras på den grunden. Därutöver är det sannolikt mycket svårt att påvisa att avsikten med en eventuell konkurrensbegränsning i form av en underprissättning är att kommunen ska konkurrera ut övriga marknadsaktörer för att i nästa skede ägna sig åt monopolprissättning, i och med att självkostnadsprincipen normalt ska vara normerande för den kommunala avgiftssättningen.

Följaktligen är det mycket svårt att kritisera de bedömningar som gjorts av KKV och Konkurrensrådet i de ovan behandlade ärendena. Sålunda kan konstateras att de i kapitlet behandlade situationerna inte kan lösas oavsett hur välvilligt konkurrenslagen tolkas, varför andra verktyg skulle behövas för att på ett adekvat sätt kunna hantera de ifrågavarande konkurrensproblemen.

DEL IV

LÄMNAD E LÖSNINGSFÖRSLAG OCH
ALTERNATIVA STRATEGIER

9 Lämnade lösningsförslag

9.1 Introduktion

I samband med att antalet konfliktområden mellan kommunala och privata företag ökat har också problemen alltmer uppmärksammats, vilket inte minst det senaste decenniet föranlett ett visst utredningsarbete. Utredningarna har resulterat i ett flertal förslag på hur de aktuella konkurrenskonflikterna lämpligen kan lösas. Åtskilliga av dessa förslag har inbegripit ändringar i gällande lagstiftning, vilka emellertid inte realiserats ännu.¹ I föreliggande kapitel ska majoriteten av dessa förslag presenteras och analyseras. De förslag som behandlas i kapitlet utgör i stor utsträckning de tydligaste förslagen på området som dessutom tycks ha föregåtts av det mest omfattade utredningsarbetet.

Inledningsvis behandlas de förslag till åtgärder som lämnades av Konkurrensrådet i SOU 2000:117. Därefter presenteras det förslag till konfliktlösningensregel som återfinns i Ds 2001:17. I samband därmed behandlas också det förslag till reglering som återfinns i Näringsdepartementets promemoria Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden, vilket i huvudsak tar sin utgångspunkt i den konfliktlösningensregel som presenterades i Ds 2001:17.² Dessutom ska huvuddragen av de förslag som lämnades av Konkurrensverket (KKV) i dess rapport Myndigheter och marknader – tydligare gränser mellan offentligt och privat avhandlas.³ Avslutningsvis presenteras den Kommunala kompetensutredningens förslag att slopa självkostnadsprincipen i situationer där kommunala aktörer verkar på marknader som är ägnade för konkurrens.⁴

¹ I sammanhanget ska återigen namnas att konkurrenslag (1993:20) ska ersättas med en ny konkurrenslag som träder i kraft den 1 november 2008, se Riksdags skrivelse 2007/08:237. Den nya lagen kommer inte att förändra rättslaget ifråga om de problem som presenteras i föreliggande framställning. Lagens tillämpningsområde kommer att vara detsamma som enligt nuvarande konkurrenslag och förbudet mot missbruk av dominerande ställning ska även fortsättningsvis ges samma innebörd som dagens förbud, fastän förbudet i fortsättningen kommer att återfinnas i lagens 2 kap. 7 §, se prop. 2007/08:135, s. 67 respektive s. 252 och bet. 2007/08:NU14

² Se Näringsdepartementets promemoria Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden, 2008-06-26 (Näringsdepartementets promemoria), s. 11.

³ KKV:s rapport 2004:4

⁴ SOU 2007:72

9.2 Konkurrensrådets förslag

Regeringen beslutade 1997 att inrätta Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor, det s.k. Konkurrensrådet.⁵ Konkurrensrådet hade till uppgift att med beaktande av de olika förutsättningar som gäller för det privata och det offentliga näringslivet försöka undanröja konkurrenskonflikter mellan de båda sektorerna. Som ett led i arbetet analyserade rådet klagomål vilka hänskjutits dit av bland annat KKV. Konkurrensrådet yttrade sig i ca 50 av dessa ärenden. Då rådet inte hade några maktbefogenheter var yttrandena emellertid inte bindande för marknadens parter.⁶ I Konkurrensrådets betänkande *Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor*, SOU 2000:117, presenterade rådet sina erfarenheter av ärendehandläggningen samt förslag på hur konflikterna lämpligen skulle kunna lösas eller åtminstone mildras. De förslag som presenterades i betänkandet byggde på att konfliktytorna skulle minskas genom att offentliga aktörer i mindre utsträckning borde engagera sig i konkurrensutsatt verksamhet och att då så ändå är fallet konkurrensvillkoren ska vara så lika som möjligt för marknadens samtliga företag. I det följande ska huvuddragen i förslagen redovisas och kommenteras.

9.2.1 *Minskade konfliktytor*

Konkurrensrådet konstaterade i betänkandet att antalet verksamheter där offentliga och privata aktörer tvingas konkurrera ökat under senare år. Utvecklingen är enligt Konkurrensrådet i viss mån oundviklig, vilket däremot inte utesluter att många konfliktytor blivit onödigt stora eller att de kan begränsas.⁷ De konkurrensproblem som kan uppkomma då en kommun engagerar sig i artfrämmande verksamhet kan enligt Konkurrensrådet enklast undvikas genom att den aktuella kommunen avvecklar sitt engagemang. Konkurrensrådet föreslog därför i betänkandet att offentliga aktörer skulle upphöra med att bedriva artfrämmande verksamhet – dvs. verksamhet som kännetecknades av att produktionen inte var av allmännyttig eller kollektiv karaktär och att den omfattade varor och tjänster som normalt var förbehållna det privata näringslivet att tillhandahålla. Som exempel på artfrämmande kommunal verksamhet nämndes i betänkandet bland annat extern försäljning av städtjänster, fordonstvätt, fordonsuthyrning, fastighetsskötsel och arkitekttjänster.

⁵ Se dir. 1997:145.

⁶ Se SOU 2000:117, s. 9.

⁷ Avsnitt 9.2.1 bygger på SOU 2000:117, s. 201–207.

I betänkandet konstaterades dessutom att kommunerna många gånger kombinerar myndighetsutövning med affärsverksamhet, vilket kan leda till att de kommunala aktörerna får konkurrensfördelar i förhållande till de privata företagen på marknaden. Ett tydligt exempel på en sådan konkurrensfördel är då den kommunala räddningstjänsten inte endast utför brandsyn, vilket är en uppgift som ryms inom begreppet myndighetsutövning, utan även tillhandahåller konsulttjänster på brandskyddsområdet eller säljer brandskyddsutrustning i konkurrens med privata företag. Konkurrensrådet föreslog därför att offentliga aktörer inte ska tillåtas kombinera verksamheter på så sätt att sådana konkurrensfördelar kan uppstå.

Konkurrensrådet ansåg vidare att överskotts försäljning endast borde accepteras i situationer där det oavsiktligt uppkommer begränsade och tillfälliga överskott. En generell möjlighet för offentliga aktörer att sälja överskott på den öppna marknaden skulle nämligen enligt Konkurrensrådet kunna medföra att risken för samhällsekonomiskt suboptimala överinvesteringar inom den offentliga sektorn ökar.

Dessutom föreslog Konkurrensrådet att offentliga aktörer noga skulle överväga vilka konsekvenserna på marknaden skulle bli om aktören engagerade sig i potentiellt konkurrensstörande verksamhet. I samband med en sådan prövning borde både de bevekelsegrunder som talar för och de motiv som talar mot att verksamheten initieras klargöras. Prövning borde också innehålla en kartläggning av de privata företag som riskerar att påverkas av den tänkta verksamheten och vilka effekterna av ett kommunalt engagemang kan bli för dessa aktörer. Konkurrensrådet föreslog också att en sådan konsekvensprövning borde göras regelbundet med några års intervall.

Vidare föreslogs i betänkandet bland annat att lag (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turismväsendet skulle ses över, speciellt med tanke på de oklarheter som förelåg kring vilken kompetens lagen egentligen tillerkänner kommunerna.

9.2.2 *Ökad konkurrensneutralitet*

Som nämnts konstaterade Konkurrensrådet att konfliktytorna mellan privat och offentlig verksamhet i viss mån är oundvikliga. I syfte att mildra de negativa effekterna som uppstår då offentliga aktörer likväl bedriver näringsverksamhet i konkurrens med privata företag lämnade Konkurrensrådet därför några rekommendationer som skulle kunna bidra till en sundare konkurrens.⁸

⁸ Se SOU 2000:117, s. 204 ff.

Enligt Konkurrensrådet borde all offentlig konkurrensutsatt näringsverksamhet avgränsas redovisningsmässigt och bedrivas med det ekonomiska målet att uppnå minst full kostnadstäckning. Oavsett i vilken form verksamheten bedrivs borde dess resultat också presenteras i ett bokslut med balans- och resultaträkning där hänsyn tas till samtliga relevanta kostnader som uppkommer i den konkurrensutsatta verksamheten. Prissättning av den konkurrensutsatta verksamheten borde också utformas på ett sätt som garanterar full kostnadstäckning genom att priserna baseras på en självkostnadskalkyl i enlighet med verksamhetens målsättning. Konkurrensrådet ansåg dessutom att det borde finnas ett visst utrymme för marknadsmässig prissättning, speciellt då produkterna inte är enhetliga till sin karaktär och dessutom bjuds ut vid ett större antal tillfällen per år.⁹ Följaktligen menade Konkurrensrådet att det fanns anledning att överväga om inte den lagstadgade självkostnadsprincipen borde ändras såtillvida att den inte skulle vara gällande då kommunal verksamhet bedrivs i konkurrens med privata alternativ.

Ett avskaffande av självkostnadsprincipen är inget nytt förslag, utan det har även tidigare förordats att principen inte ska vara normerande för avgiftsuttaget då kommunal verksamhet bedrivs i konkurrens med privata företag.¹⁰ Likaså har det också på senare tid lämnats ett förslag med motsvarande innebörd.¹¹ Även Riberdahl har förordat att självkostnadsprincipen borde avskaffas avseende kommunal verksamhet som bedrivs i konkurrens med andra aktörer med hänvisning till att principen i sådana situationer spelat ut sin roll som skyddsmekanism för brukarna. Enligt Riberdahl skulle i vissa fall eventuella problem i förhållandet mellan brukarna och den aktuella kommunala verksamheten istället kunna angripas med stöd av konkurrenslagens regler.¹²

I Konkurrensrådets betänkande SOU 2000:117 angavs också att det som en förutsättning för att det ska vara möjligt för en tillsynsmyndighet att

⁹ Se SOU 2000:117, s. 204 f.

¹⁰ Se SOU 1995:105, s. 283 ff. I utredningen foreslogs också att det borde införas en reglering som slog fast att det skulle vara förbjudet att skattesubventionera offentlig näringsverksamhet. En sådan reglering skulle daremot inte hindra en kommun från att t.ex. stödja ett kommunalt bostadsföretag om företaget kan visa att det haft merkostnader till följd av att kommunen som ägare ställt krav på företaget att tillgodose behovet av boende till socialt utslagna eller andra som inte skulle ha accepterats som hyresgaster av privata hyresvärdar, se SOU 1995:105, s. 285.

¹¹ Se SOU 2007:72. Forslaget behandlas nedan avsnitt 9 5.

¹² Se Riberdahl, 2005, s. 281.

granska en offentlig aktörs agerande efter en anmälan om en påstådd konkurrensnedvridning fordras att samtliga relevanta uppgifter, såsom uppgifter om verksamhetens ekonomiska mål och andra grundläggande villkor, är tillgängliga för myndigheten.¹³

Konkurrensrådet ansåg dessutom att det fanns skäl att överväga huruvida en bestämmelse som tar sikte på de aktuella problemen skulle införas i konkurrenslagen. Enligt Konkurrensrådet borde en sådan bestämmelse vara utformad på ett sätt som skulle möjliggöra för en domstol att fatta beslut om att en offentlig aktör inte får agera på ett sätt som snedvrider konkurrensen. Enligt förslaget skulle ett sådant beslut också kunna förenas med vite.¹⁴

9.2.3 Lokala konkurrensråd

Konkurrensrådet ansåg dessutom att de konkurrensproblem som uppstår då offentliga och privata företag konkurrerar på samma marknader många gånger borde kunna lösas på lokal nivå. Ett sätt att öka förutsättningarna för sådana lokala lösningar skulle enligt rådet vara att på frivillig väg inrätta lokala konkurrensråd bestående av företrädare både för det privata näringslivet och för de offentliga aktörerna. En sådan lösning skulle enligt Konkurrensrådet kunna gynna konkurrensen då överläggningar mellan marknadens olika aktörer eventuellt skulle kunna få karaktären av förhandlingar vilket också borde kunna leda till en ökad förståelse för varandra och varandras problem. De lokala konkurrensråden skulle emellertid inte ses som substitut till en nationell myndighet med uppgift att hantera uppkomna konflikter, utan borde istället fungera som ett komplement till den senare.

Det kan dock ifrågasättas om en sådan lösning skulle vara särskilt effektiv. KKV:s uppföljning av Konkurrensrådets yttranden indikerar att frivilliga lösningar likt de föreslagna inte tycks ge någon nämnvärd effekt – Konkurrensrådets rekommendationer har endast följts i ett fåtal fall.¹⁵

9.3 En konkurrensrättslig konfliktlösningsregel

Det hittills mest konkreta förslag som lämnats för att hantera de aktuella problemen, utöver ett avskaffande av självkostnadsprincipen, återfinns i Ds 2001:17. I promemorian konstaterades att kommunallagens kompetensprinciper även omfattar konkurrensutsatt verksamhet men att det saknas kontrollfunktioner, mekanismer och sanktioner som är lämpliga i samband

¹³ Se SOU 2000:117, s. 205.

¹⁴ Se SOU 2000:117, s. 197 och s. 205 f.

¹⁵ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 108.

med offentligt företagande på en öppen marknad. Av den anledningen föreslogs att en ny konfliktlösningsregel, vilken skulle grundas på missbruksprincipen, skulle införas i konkurrenslagen genom tillskapandet av en 32 a §.

Den föreslagna regleringen innebar att Marknadsdomstolen – på talan av i första hand KKV – skulle ges kompetens att förbjuda ett offentligt företag¹⁶ att använda sig av speciellt konkurrenshämmande metoder på ett sätt som var skadligt ur allmän synpunkt om det snedvred eller var ägnat att snedvrída förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller om det i något annat avseende var hämmande eller ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.¹⁷

Vid en tillämpning av den föreslagna konfliktlösningsregeln skulle man visserligen vara tvungen att skilja mellan arten av den verksamhet den offentliga aktören bedriver och på vilket sätt verksamheten bedrivs, men enligt förslaget borde regeln kunna tillämpas i båda situationerna.¹⁸

Enligt utredningen skulle regeln vara inriktad på att ett konkret angivet handlingsmönster eller brist på handlande skulle kunna förbjudas. Förbudet föreslogs i sin tur också kunna villkoras. Den offentliga aktören skulle således kunna förbjudas att bedriva viss verksamhet, eller bedriva verksamhet på ett visst sätt, om inte särskilda angivna krav är uppfyllda i det enskilda fallet.¹⁹

Enligt den föreslagna konfliktlösningsregeln skulle inte någon hänsyn tas till om företaget ifråga inte hade för avsikt att snedvrída konkurrensen, utan bedömningen skulle i stället göras utifrån effekten av ett visst förfarande.²⁰ Till skillnad från förbudet i 19 § konkurrenslagen borde den föreslagna regleringen också kunna tillämpas oavsett det offentliga företags ställning på marknaden. Förbudet skulle dock inte kunna aktualiseras då det ifrågasatta agerandet träffades av något av konkurrenslagens övriga förbud – den föreslagna bestämmelsen skulle följaktligen vara subsidiär i förhållande till de generella konkurrensrättsliga förbuden.²¹

Som nämnts har också det förslag till konfliktlösningsregel som lämnades i Ds 2001:17 i allt väsentligt legat till grund för det förslag som presenterades i Näringsdepartementets promemoria. En tydlig skillnad mellan de båda

¹⁶ Med ett offentligt företag ska enligt förslaget förstås ett företag som ags eller på annat sätt kontrolleras av framst stat, kommun eller landsting, se Ds 2001:17, s. 65.

¹⁷ Se Ds 2001:17, s. 13 ff.

¹⁸ Se Ds 2001:17, s. 43.

¹⁹ Se Ds 2001:17, s. 40.

²⁰ Se Ds 2001:17, s. 39 f.

²¹ Se Ds 2001:17, s. 38

förslagen är att Stockholms tingsrätt ska vara första instans ifråga om att förbjuda en offentlig aktör att driva viss verksamhet eller att driva verksamheten på ett visst sätt enligt förslaget i Näringsdepartementets promemoria. I övrigt kan nämnas att det senare inte heller innehåller något krav på att det omstridda agerandet ska vara skadligt från allmän synpunkt för att förbudet ska kunna aktualiseras. Däremot framgår det av Näringsdepartementets promemoria att förbud inte får meddelas beträffande verksamheter eller förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.²²

Vid prövningen av frågan om försvarbarheten ska särskilt beaktas om verksamheten eller det aktuella förfarandet strider mot lag, annan författning eller mot något för verksamheten bindande direktiv. Om försvarbarhet saknas på någon annan grund än de ovan angivna får enligt förslaget ett förbud endast meddelas rörande förfarandet i en kommuns verksamhet. Således kan i praktiken inte andra grunder än att verksamheten strider mot lag eller annan författning resultera i att en kommuns verksamhet i sig förbjuds.²³

De båda förslagen påminner till viss del om det förslag till modifierat avsiktsrekvisit som lämnats av Norberg,²⁴ på så sätt att de föreslagna konfliktlösningsreglerna inte uppställer något krav på att den kommunala aktören har för avsikt att snedvrída konkurrensen, utan bedömningen ska i stället göras utifrån effekten av ett visst förfarande.

Till skillnad från förbudet i 19 § konkurrenslagen skulle de föreslagna regleringarna kunna tillämpas oavsett det offentliga företagens ställning på marknaden. Även om en sådan reglering troligtvis hade utökat konkurrenslagens tillämpningsområde något,²⁵ är det tveksamt om ett slopande av dominansrekvisitet skulle ge någon nämnvärd effekt på de aktuella konkurrenskonflikterna. I många ärenden är det inte bristen på dominerande ställning som utesluter en tillämpning av 19 § konkurrenslagen, åtminstone utifrån en analys av de i framställningen behandlade ärendena från KKV och Konkurrensrådet, utan istället är det normalt avsiktsrekvisitet som inte anses vara uppfyllt i samband med kommunal underprissättning – om konkurrenslagen överhuvudtaget är tillämplig.²⁶

²² Se Näringsdepartementets promemoria, s. 53 f.

²³ Se Näringsdepartementets promemoria, s. 53.

²⁴ Se Norberg, 1999a, s. 232 f.

²⁵ Se Ds 2001:17, s. 29. Se även KKV:s yttrande dnr 379/2001 (2001-07-03).

²⁶ Se ovan avsnitt 4.4.2.1 respektive avsnitt 4.2.1.3.

I både Ds 2001:17 och Näringsdepartementets promemoria anges också att den föreslagna bestämmelsen inte ska bli tillämplig i situationer där det konkurrenshämmande agerandet har stöd i en offentlig reglering²⁷ – varför förbudet inte skulle kunna tillämpas då en konkurrensbegränsning i form av en aggressiv prissättningspolitik har sin grund i självkostnadsprincipen. I sammanhanget ska däremot förtydligas att det inte bara är den föreslagna regleringen som inte kan tillämpas i sådana situationer, utan att det gäller konkurrenslagen i sin helhet.²⁸ Oavsett om konkurrenslagen skulle vara tillämplig i en sådan situation torde resultatet av den föreslagna regeln ändå bli att den inte kan appliceras i de fall en kommun tillämpar självkostnadsprincipen. Av detta kan slutsatsen dras att den föreslagna regeln knappast skulle kunna bli framgångsrik om självkostnadsprincipen tillämpas – en modifiering av principen skulle sannolikt krävas för att det lämnade förslaget skulle ge önskat resultat.²⁹

Bedömningen torde däremot kunna bli en annan om den kommunala verksamheten bedrivs i privaträttslig form samtidigt som det inte framgår av något kommunalt styrdokument att självkostnadsprincipen ska vara tillämplig. I en sådan situation är en aggressiv prissättningspolitik inte ett uttryck för en offentlig reglering – varför inte bara konkurrenslagen är tillämplig utan att även den föreslagna bestämmelsen skulle kunna användas som verktyg för att angripa en konkurrensbegränsning som inte träffas av förbudet i 19 § konkurrenslagen.

I sammanhanget ska också nämnas att de båda behandlade förslagen utgår ifrån att ett förbud ska kunna avse inte endast på vilket sätt en kommun driver viss verksamhet, utan att också verksamheten i sig ska kunna omfattas av ett förbud. Således skulle en bestämmelse likt de föreslagna skapa en viss möjlighet att på konkurrensrättslig väg pröva förutsättningarna för en kommun att bedriva den aktuella verksamheten, varför Stockholms tingsrätt eller Marknadsdomstolen på konkurrensrättslig väg skulle kunna upphäva ett lagakraftvunnet kommunalt beslut. En sådan lösning kan i praktiken liknas vid något av en indirekt laglighetsprövning.

En skillnad mellan de båda förslagen är att den kompetens som ges till domstolarna i denna del direkt framgår av den föreslagna lagtexten i

²⁷ Se Ds 2001:17, s. 47 f. respektive Näringsdepartementets promemoria, s. 35.

²⁸ Se ovan avsnitt 4.2.1.3.

²⁹ Huruvida en modifiering av självkostnadsprincipen är en lämplig lösning diskuteras nedan bl.a. i avsnitt 9.6 och i avsnitt 10.3.2.1.

Näringsdepartementets promemoria, medan det ifråga om det i Ds 2001:17 presenterade förslaget endast framgår av motiven.³⁰

I Näringsdepartementets promemoria framgår att det som ett moment vid prövningen om en kommun agerat på ett sätt som kan föranleda att den föreslagna konfliktlösningsregeln ska aktualiseras måste bedömas om kommunen överskridit den kommunala kompetensen.³¹ Därav följer att Stockholms tingsrätt eller Marknadsdomstolen kan komma att tillämpa en del av den offentliga rätten som tidigare endast kunnat tillämpas av förvaltningsdomstolarna.

En sådan lösning skulle emellertid kunna ge upphov till diskutabla situationer. Exempelvis går det att tänka sig en situation där Stockholms tingsrätt eller Marknadsdomstolen skulle bli nödgad att göra en egen bedömning om ett visst kommunalt engagemang ryms inom den kommunala kompetensen i händelse av att det inte finns någon fast praxis från förvaltningsdomstolarna på just det området. Även om det finns praxis från exempelvis Regeringsrätten, men att den praxis som finns är tämligen ålderstigen, vilket är relativt vanligt ifråga om den kommunala kompetensen, uppkommer också frågan vilket värde som ska tillmätas en sådan praxisen. Om Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen ska tillämpa kommunallagen på ett enligt dess förarbeten korrekt sätt fordras att de tar hänsyn inte bara till om samhällsförhållandena ändrats utan också till förutsättningarna i de enskilda fallen, varför det inte vid varje tillfälle är helt enkelt att fastställa gränserna för den kommunala kompetensen. Dessutom går det att tänka sig en situation där Stockholms tingsrätt eller Marknadsdomstolen, vilka normalt gör konkurrensrättsliga bedömningar, tillmäter konkurrensen en större betydelse då den kommunala kompetensen ska fastställas än vad förvaltningsdomstolarna normalt gör. Om så skulle vara fallet skulle det visserligen gagna konkurrensen, vilket enligt min mening är lovvärt, men istället uppkommer frågan hur kommunerna ska hantera en eventuellt divergerande praxis från förvaltningsdomstolarna respektive de konkurrensrättsliga instanserna.

Det förslag till konfliktlösningsregel som lämnades i Ds 2001:17 skulle tillgodose både den kritik som framförts från kommunalt håll med innebörd att en eventuell reglering på området borde avse åtgärder vidtagna av både stat, kommun och landsting, och den kritik som framförts från näringslivets sida bestående i att det borde finnas möjlighet att överpröva

³⁰ Se Näringsdepartementets promemoria, s. 50 f., respektive Ds 2001:17, s. 43.

³¹ Se Näringsdepartementets promemoria, s. 53.

pågående kommunal verksamhet.³² Kritiken har emellertid sträckt sig längre än vad som nämns i Ds 2001:17. Exempelvis har Riberdahl tidigare framfört kritik mot en eventuell regel vilken skulle medge att lagkraftvunna kommunala beslut skulle kunna upphävas. En sådan lösning är enligt honom att anse som ett "... generalangrepp mot systemet med kommunalbesvär som en form av demokratiskt grundad medborgartalan och mot att lagkraftvunna beslut i princip är giltiga."³³

Riberdahl är kritisk till en skärpning av konkurrensrätten som skulle innebära att kommunalrätten i praktiken får träda tillbaka. Dels skulle en sådan ordning enligt Riberdahl utgöra ett ingrepp i den kommunala självstyrelsen, vilket emellertid inte kan betraktas som grundlagsstridigt, dels skulle en skärpning av lagstiftningen riskera att medföra en ökad stelbenthet och byråkratisering. Vid tillämpningen av en enhetlig lagstiftning skulle det dessutom enligt Riberdahl knappast vara möjligt att beakta lokala förhållanden i nämnvärd utsträckning.³⁴ Enligt Näringsdepartementets promemoria saknar däremot sådana argument mot ett införande av en reglering likt den föreslagna bärkraft.³⁵

För att tillmötesgå näringslivets intressen tycks Riberdahl istället förorda en lösning där en särreglering i konkurrenslagen införs vilken skulle innebära att en konkurrensrättslig sanktion ska kunna riktas mot en offentlig aktör som snedvrider konkurrensen utan att det bakomliggande beslutet upphävs.³⁶ En sådan lösning måste enligt Riberdahl också kompletteras med spärar i lagen som medför att legitima samhällsintressen kan beaktas, såtillvida att konkurrensintresset får vika i dylika fall. Följaktligen borde inte den förslagna bestämmelsen tillämpas då en konkurrensbegränsning är en direkt och avsedd effekt av lagstiftning eller en ofrånkomlig följd av denna, i likhet med vad som gäller redan idag.³⁷

Vid en eventuell lagreglering på området skulle enligt Riberdahl den danska konkurrenslagen kunna tjäna som förebild.³⁸ Av 2 § 1 st. *konkurrenanceloven* framgår att lagen ska tillämpas på all form av näringsverksamhet, vilket inkluderar offentlig näringsverksamhet. Av bestämmelsen framgår vidare att förbuden i *konkurrenanceloven* inte gäller om en konkurrensbegränsning är

³² Se Ds 2001:17, s. 40.

³³ Riberdahl, 2000, s. 67. Se även Blom m.fl., 1999.

³⁴ Se Riberdahl, 2000, s. 67.

³⁵ Se Näringsdepartementets promemoria, s. 34.

³⁶ Se Riberdahl, 2000, s. 68.

³⁷ Se Riberdahl, 2000, s. 68. Jfr prop. 1992/93:56, s. 70.

³⁸ Se Riberdahl, 2000, s. 69.

en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering. Ifråga om en konkurrensbegränsning som beslutats av *en kommunalbestyrelse* framgår det av *konkurrenanceloven* att en sådan endast utgör en direkt eller nödvändig följd av en offentlig reglering om konkurrensbegränsningen krävs för att kommunen ska kunna uppfylla åligganden som följer av lagstiftning. En åtgärd som beslutats av en dansk kommun med stöd av *kommunalfuldmagten* omfattas således inte av undantaget i *konkurrenanceloven* under förutsättning det inte finns en bakomliggande reglering som ålägger kommunen att utföra den aktuella uppgiften.³⁹ Den danska konkurrenslagen bygger som behandlats i avsnitt 4.3.2 följaktligen på att det råder en skillnad mellan frivilliga och obligatoriska uppgifter. Riberdahl anser därför att en svensk reglering också bör bygga på denna uppdelning och att konkurrenslagen inte ska tillämpas på obligatorisk kommunal verksamhet.⁴⁰

I likhet med Riberdahl anser jag en lösning som medger att lagkraftvunna kommunala beslut ska kunna upphävas på konkurrensrättslig grund som mindre lyckad.⁴¹ Det torde vara främmande för den svenska förvaltningstraditionen att med hjälp av en konkurrensrättslig reglering bryta upp kommunalrättsliga beslut. Dessutom kan det konstateras att en liknande regel inte skulle överensstämma med den konkurrensrättsliga systematiken som i allt väsentligt bygger på att företags ageranden kan förbjudas och inte att deras verksamhet i sig kan angripas.

Till skillnad mot vad som är fallet i samband med en tillämpning av institutet laglighetsprövning inbegriper förslagen till konfliktlösningsregel i Ds 2001:17 och i Näringsdepartementets promemoria inte heller någon tidsgräns inom vilken en talan mot det offentliga företaget måste ha väckts. De föreslagna konfliktlösningsreglerna skulle således innebära att generösare regler för överklaganden än kommunallagens regler om laglighetsprövning införs. Att en sådan regel endast lanseras i samband med konkurrenskonflikter kan enligt min mening ifrågasättas. Om en utökad rätt till vad som kan motsvara en laglighetsprövning ska införas anser jag det vara lämpligare om den gäller samtliga de beslut som idag kan bli föremål för laglighetsprövning, dvs. att kommunallagens överklaganderegler istället ändras.

Det faktum att förslagen skulle leda till att kommunala beslut kan prövas långt efter att den nuvarande fristen för laglighetsprövning löpt ut kan även

³⁹ Se ovan avsnitt 4.3.2.

⁴⁰ Se Riberdahl, 2000, s. 69.

⁴¹ Se Indén, 2003, s. 47–57.

kritiseras för att medföra ökad osäkerhet kring kommunal verksamhet. Den verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata företag skulle då alltid riskera att behöva utstå rättsliga processer rörande verksamhetens giltighet, oavsett om det beslut som ligger bakom verksamheten vunnit laga kraft eller inte. Det är däremot tveksamt om en utökad möjlighet till laglighetsprövning verkligen skulle påverka effektiviteten i den kommunala verksamheten i någon större utsträckning.⁴²

Något som emellertid talar för en lösning likt de som föreslagits är att det skulle skapas ett tydligt incitament för kommunerna att noga pröva en verksamhets inverkan på konkurrensen innan kommunen fattar beslut om den. Däremot kan ett sådant argument sannolikt inte anses vara så starkt att det kan uppväga förslagets nackdelar,⁴³ speciellt inte med beaktande av att en konfliktlösningsregel likt de föreslagna knappast skulle skapa bättre förutsättningar att hantera de ifrågavarande konkurrenskonflikterna.

Den kritik som riktats mot de båda förslagen ska dock ses i ljuset av de konkurrensproblem som avhandlas i framställningen, vilka i huvudsak bygger på bristande konkurrensneutralitet i så motto att olika former av gynnanden leder till lägre priser i den kommunala verksamheten. Det är emellertid inte omöjligt att en konfliktlösningsregel likt de som föreslagits med framgång hade kunnat användas på eventuella konkurrenskonflikter vilka har sina grunder i andra förhållanden än den kommunala prissättningen.

Den i Ds 2001:17 föreslagna konfliktlösningsregeln behandlas summariskt i prop. 2001/02:167 och i betänkande 2001/02:NU16. Någon kritik mot att lagakraftvunna beslut skulle kunna komma att rivas upp och att regeln skulle fungera som en indirekt laglighetsprövning framställdes dock inte, varken i propositionen eller i betänkandet. Vare sig förslaget till konfliktlösningsregel i Ds 2001:17 eller det förslag som lämnades i Näringsdepartementets promemoria har ännu realiserats.

9.4 KKV:s förslag till lösningar

KKV fick under 2004 i uppdrag av regeringen att analysera och föreslå lämpliga åtgärder för att förbättra marknadens funktionssätt beträffande konkurrens mellan offentlig och privat verksamhet. Uppdraget resulterade i

⁴² Jfr ovan avsnitt 3.5 angående det faktum att det inte tycks välla några problem i Danmark att det inte finns någon tidsfrist inom vilken ett tillsynsärende måste ha anhängiggjorts. Se också nedan avsnitt 10.3.1.2.

⁴³ För kritik av förslaget se även Indén och Madell, 2002, s. 55 samt Indén, 2003, s. 47–57.

KKV:s rapport Myndigheter och marknader – tydligare gränser mellan offentligt och privat.⁴⁴

KKV ansåg att de nuvarande konkurrensproblemen i stor utsträckning beror på att statsförvaltningens riktlinjer inte fått ett tillräckligt stort genomslag samtidigt som kommunerna inte alltid håller sig inom de ramar som följer av den allmänna kommunala kompetensen. Enligt KKV:s bedömning har också det kommunala näringslivsengagemanget vuxit sig större än vad intentionerna bakom kommunallagen medger.⁴⁵

I utredningen lämnades flera förslag på hur marknadens funktionsätt skulle kunna förbättras avseende konkurrens mellan offentliga och privata företag. Förslagen bygger på tre av KKV identifierade huvudproblem som enligt dem orsakar bristande konkurrensneutralitet; nämligen att myndighetsuppgifter sammanblandas med näringsverksamhet; att resurser från icke-konkurrensutsatt verksamhet används till att subventionera verksamhet som bedrivs i konkurrens med privat verksamhet; samt att information och kompetens från myndighetsrollen inte görs tillgänglig för alla aktörer på lika villkor. I rapporten föreslogs därför att transparensen i offentlig näringsverksamhet ska ökas samtidigt som de allmännas myndighetsroll bör renodlas. Dessutom föreslogs att möjligheterna till laglighetsprövning av kommunala beslut ska utvidgas.

9.4.1 *Ökad transparens och en renodlad myndighetsroll*

I syfte att öka transparensen ifråga om finansieringen av kommunal verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata aktörer föreslogs i KKV:s rapport bland annat att den lag som skulle medverka till att Sverige uppfyllde det tidigare gällande transparensdirektivets⁴⁶ krav gavs en sådan utformning att inte endast privilegierade företag med en omsättning överstigande 40 miljoner euro skulle omfattas av reglerna – utan att bestämmelserna skulle kunna aktualiseras även på förhållandet mellan kommuner och deras företag som många gånger inte har en omsättning motsvarande de nivåer som anges i transparensdirektivet.⁴⁷ Genom införandet av en sådan reglering skulle kontrollen av den offentliga verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata

⁴⁴ KKV:s rapport 2004:4.

⁴⁵ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 105.

⁴⁶ Direktiv 80/723/EEG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag, EGT nr L 195, 29.07.1980, s. 35–37, Svensk specialutgåva Område 8 Volym 1 s. 54.

⁴⁷ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 112 f. Förslag till införande av regler för att uppfylla transparensdirektivets krav behandlas även i SOU 2003:48 och prop. 2004/05:140. Även den

aktörer kunna underlättas, såttillvida att det tydligt skulle redovisas vilka medel det allmänna tillfört verksamheten och hur dessa medel använts. Genom särredovisning skulle offentliga aktörer enligt KKV dessutom få ökad kunskap om den egna organisationens effektivitet och konkurrensförmåga, vilket i sig skulle kunna leda till bättre förutsättningar för att genomföra effektivitetsfrämjande åtgärder.⁴⁸

Om kontrollmöjligheterna för andra intressenter än den offentliga aktören ökar skulle dessutom de föreslagna reglerna som medger större transparens enligt utredningen kunna medverka till att konkurrensutsatt offentlig verksamhet inte subventioneras. En sådan ökad möjlighet till kontroll skulle kunna åstadkommas om inte endast nationellt anpassade transparensregler infördes, utan även att den separata redovisningen av konkurrensutsatt verksamhet skulle vara offentlig, varför en sådan bestämmelse föreslogs införas i redovisningslag (1995:1514).

Då lag (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. utformades valde lagstiftaren däremot att utnyttja de i transparensdirektivet frivilliga möjligheterna till undantag från bestämmelserna. Således är det endast privilegierade företag vilka tillhandahåller tjänster som i en nämnvärd omfattning kan påverka handeln mellan EES-länder eller som i övrigt har en årsomsättning överstigande 40 miljoner euro som behöver följa lagens bestämmelser, dvs. att tillämpa en öppen redovisning avseende de finansiella förbindelserna med det allmänna.⁴⁹ Följaktligen omfattas inte många av de kommunala företagen av lagens tillämpningsområde då de istället träffas av lagens undantagsbestämmelse.

En ökad transparens utgör emellertid i sig inte någon garanti för att konflikterna mellan privata och kommunala företag minskar vare sig i grad eller i utbredning. Förslaget påverkar egentligen inte heller det kommunala företaget, utan endast de kommunala företagens redovisning. Den föreslagna åtgärden skulle likväl kunna vara ett led i att angripa konflikterna i och med att den utgör ett första steg i strävandet att påvisa de problem som förekommer då kommunala aktörer bedriver näringsverksamhet på en öppen marknad. Genom en ökad transparens ges både tillsynsmyndigheter och konkurrerande företag bättre förutsättningar att bedöma verksamhetens

Kommunala kompetensutredningen föreslog att kommunal näringsverksamhet som huvudregel ska särredovisas, SOU 2007:72, s. 118 f., se nedan avsnitt 9.5.

⁴⁸ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 112 f.

⁴⁹ Se prop. 2004/05:140, s. 51 ff.

laglighet – vilket i förlängningen även borde kunna påverka kommunernas vilja att engagera sig i verksamhet som riskerar att snedvrider konkurrensen.

Förslaget om införande av regler som behandlar transparens utöver de som följer av transparensdirektivets krav ska också ses i ljuset av KKV:s förslag att särskilja kommunal näringsverksamhet från övriga myndighetsuppgifter.⁵⁰ I syfte att minska de aktuella konkurrensproblemen ansåg KKV att verksamheten i den offentliga sektorn borde renodlas genom att offentliga myndigheter endast i undantagsfall skulle tillåtas engagera sig i näringsverksamhet i konkurrens med privata företag. Genom att organisatoriskt skilja kommunal näringsverksamhet från myndighetsuppgifterna skulle enligt KKV trovärdigheten i myndighetsrollen kunna stärkas samtidigt som möjligheterna att få en rättvisande uppfattning om näringsverksamhetens kostnader också skulle främjas. Enligt KKV borde det därför införas en reglering som hindrar myndigheter att bedriva näringsverksamhet i samma organisatoriska enhet som övriga myndighetsuppgifter. Den föreslagna regleringen skulle enligt KKV dock inte uppfattas som en inskränkning av den kommunala kompetensen – utan förslaget syftade enbart till att reglera i vilka former den offentliga verksamheten skulle få bedrivas.⁵¹

I KKV:s rapport 2004:4 konstaterades också att konkurrensproblem i förhållande till det privata näringslivet inte sällan förekommer till följd av att en offentlig aktör använder ett material som samlats in och bearbetats i dess roll som myndighet på en konkurrensutsatt marknad. Därför förordade KKV att offentliga aktörer endast ska få använda sådan information på en vidareförädlingsmarknad under förutsättning att informationen erbjuds andra företag på samma villkor.⁵² En reglering med den innebörden föreslogs kunna införas genom ett införlivande av direktivet om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn i svensk nationell rätt.⁵³ KKV föreslog emellertid att tillämpningsområdet för bestämmelserna eventuellt borde utökas till att inte endast omfatta direktivets tillämpningsområde utan att även vidareutnyttjande av den kompetens som följer av myndighetsrollen skulle omfattas av en eventuell svensk reglering.⁵⁴

⁵⁰ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 106.

⁵¹ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 106.

⁵² Se KKV:s rapport 2004:4, s. 113 f.

⁵³ Direktiv 2003/98/EG av den 17 november 2003 om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn, EUT nr L 354, 31.12.2003, s. 90–96.

⁵⁴ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 114.

9.4.2 *En utökad rätt till laglighetsprövning*

KKV:s uppföljning av Konkurrensrådets yttranden har visat att de rekommendationer som lämnats av Konkurrensrådet endast följts i ett fåtal fall, vilket enligt KKV talar för att en förstärkning av kontrollen angående huruvida kommunerna agerar i enlighet med den kommunala kompetensen är erforderlig.⁵⁵ Av den anledningen föreslogs i KKV:s rapport att kommunalagens överklaganderegler skulle ändras så att inte endast kommunmedlemmar ska kunna överklaga kommunala beslut, utan att även en tillsynsmyndighet ges motsvarande befogenheter.⁵⁶ Följaktligen borde en tillsynsmyndighet ges kompetens att överklaga kommunala beslut efter det att samråd med den aktuella kommunen genomförts. Som lämplig tillsynsmyndighet förordades länsstyrelserna. Anledningen till det är att dessa redan sedan tidigare utövar viss tillsyn över den kommunala verksamheten, att de är lokalt närvarande samt att de enligt konkurrensförordningen (1993:173) har i uppgift att övervaka konkurrensförhållandena på ett regionalt plan.

Förslaget bygger också på uppfattningen att det många gånger kan vara svårt eller till och med omöjligt att få till stånd en prövning av kommunal näringsverksamhets förenlighet med gällande lagstiftning beroende på att verksamhet endast kan överklagas om den föregåtts av ett kommunalt beslut.⁵⁷

En utökad möjlighet till kontroll skulle enligt KKV i förlängningen också kunna leda till att gränserna för den kommunala kompetensen tydliggörs och att marknadens samtliga aktörer får klara och långsiktigt hållbara spelregler att följa, vilket är en förutsättning för en väl fungerande konkurrens.⁵⁸

Av förslaget till ökade kontrollmöjligheter framgår också att regelverket bör kompletteras med en bestämmelse som medger att ett domstolsbeslut på området förenas med vite – i syfte att undvika domstolströts. Den aktuella kommunen bör däremot enligt KKV ges rimlig tid till att aveckla den kompetensstridiga verksamheten.⁵⁹

⁵⁵ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 108.

⁵⁶ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 108 f. Tidigare har även en utvidgad möjlighet att överklaga kommunala beslut, såtillvida att inte endast kommunmedlemmar ska kunna initiera en laglighetsprövning, utan att alla som berörs av ett visst beslut ska ges samma möjlighet, föreslagits, se Sundbom, 1999, s. 5. En sådan möjlighet har också efterfrågats av näringslivets organisationer, se Riberdahl, 2000, s. 67.

⁵⁷ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 108.

⁵⁸ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 109.

⁵⁹ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 109.

Som enda åtgärd torde emellertid inte en utökad möjlighet till kontroll i enlighet med KKV:s förslag få någon nämnvärd effekt. Många av de kommunala åtgärder som påverkar konkurrensen föregås, precis som KKV poängterar, inte av några formella beslut – varför laglighetsprövning som institut inte alltid fungerar. Endast en möjlighet för ytterligare en aktör att initiera en prövning skulle därför knappast öka förutsättningarna för en sund konkurrens. Det är inte orimligt att anta att en tillsynsmyndighet inte har möjlighet att själv övervaka alla kommunala beslut som fattas, utan att tillsynsmyndigheten först vidtar åtgärder efter att någon enskild medborgare uppmärksammat myndigheten på ett visst tveksamt förhållande. Då många konkurrensbegränsningar först torde kunna iakttas då en aktör verkställer ett beslut har troligtvis den tidsfrist på tre veckor som gäller vid laglighetsprövningar redan löpt ut.⁶⁰ För att den föreslagna regleringen ska få någon effekt fordras därför sannolikt att även den klagofrist som gäller idag väsentligen förlängs. En sådan åtgärd skulle som tidigare nämnts emellertid kunna skapa en viss osäkerhet kring den kommunala verksamheten, vilket i sin tur möjligtvis kan påverka effektiviteten i den kommunala sektorn. Huruvida det ska fästas något egentligt avseende vid ett sådant argument går dock att ifrågasätta.⁶¹

9.5 Den Kommunala kompetensutredningens förslag

Som nämnts föreslogs det även i SOU 2007:72 att självkostnadsprincipen inte ska tillämpas i situationer då kommunala företag konkurrerar med privata aktörer. Även om det förslag som lämnas i den Kommunala kompetensutredningens betänkande är utformat som ett generellt undantag från självkostnadsprincipen ska inte all kommunal verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata aktörer omfattas av undantaget. För att en kommunal verksamhet ska träffas av det föreslagna undantaget fordras att det rör sig om intäktsfinansierad näringsverksamhet inom frivilliga icke lagreglerade områden på marknader som är ägnade för konkurrens.⁶²

En första förutsättning för att undantaget ska aktualiseras är följaktligen att den marknad på vilken det kommunala organet engagerar sig normalt kännetecknas av en viss konkurrens. Med hänvisning till EG-rätten avgränsas dessa marknader enligt förslaget lämpligen utifrån förekomsten av skattefinansiering. Det generella undantaget ska enligt förslaget därför endast avse

⁶⁰ Jfr Lindquist, 2005, s. 38.

⁶¹ Jfr ovan avsnitt 9.3. Se också ovan avsnitt 3.5.

⁶² Se SOU 2007:72, s. 106.

verksamhet ”... som ur en objektiv synvinkel utövas i frånvaro av direkt skattefinansiering, på en marknad som är ägnad för och där det typiskt sett förekommer konkurrens.”⁶³ Således ska en kommun inte själv kunna påverka huruvida den ifrågavarande verksamheten bedrivs på en egentlig marknad genom att välja om verksamheten ska skattesubventioneras eller inte.⁶⁴

I likhet med vad flera andra instanser redan förordat föreslår den Kommunala kompetensutredningen i betänkandet också att kommunal verksamhet som bedrivs på affärsmässiga grunder, vilket torde förstås som verksamhet som omfattas av det föreslagna undantaget från självkostnadsprincipen, ska särredovisas i syfte att underlätta kontrollen över huruvida konkurrensutsatt verksamhet subventioneras av annan verksamhet eller med skattemedel. I övrigt hänvisar också den Kommunala kompetensutredningen till de rekommendationer för redovisning av konkurrensutsatt kommunal verksamhet som lämnats av Konkurrensrådet.⁶⁵

Enligt den Kommunala kompetensutredningens förslag ska all verksamhet som uppfyller de nämnda kraven och som således rymms inom den allmänna kommunala kompetensen, så som den kommer till uttryck i 2 kap. 1 § kommunallagen, omfattas av det generella undantaget från självkostnadsprincipen och dessutom iakttas de föreslagna reglerna om särredovisning. Det faktum att en kommun inte själv ska kunna avgöra huruvida den aktuella verksamheten bedrivs på en egentlig marknad genom att skattesubventionera verksamheten; och att särredovisningen ska underlätta kontrollen ifråga om hur den aktuella verksamheten finansieras; indikerar att dylik verksamhet inte längre ska få subventioneras, vilket torde stå i strid med en tidigare härskande kommunalrättslig uppfattning. Som tidigare nämnts har kommunerna med hänvisning till underskottsprincipen i stor utsträckning fritt kunnat välja om tjänster och andra prestationer som till sin art kan erkännas som kompetensenliga ska subventioneras eller inte.⁶⁶

9.6 Preliminära konklusioner och sammanfattning

De förslag som lämnats för att lösa de aktuella konkurrenskonflikterna är både av konkurrensrättslig och av kommunalrättslig karaktär. De mer konkreta förslagen kan däremot i stor utsträckning anses vara av konkurrens-

⁶³ SOU 2007:72, s. 116.

⁶⁴ Se SOU 2007:72, s. 117.

⁶⁵ Se SOU 2007:72, s. 118.

⁶⁶ Se ovan avsnitt 2.2.2.

rättslig natur, vilket emellertid inte utesluter att de skulle kunna få kommunalrättsliga implikationer. Kännetecknande för de kommunalrättsliga förslag som ändå lämnats är att de i relativt stor grad är allmänt hållna och vagt formulerade. Det har exempelvis föreslagits att kommunala aktörer borde träda tillbaka och att kommunerna borde upphöra med att bedriva artfrämmande verksamhet.⁶⁷ Däremot har inte några konkreta ändringar av den kommunala regleringen ifråga om den kommunala kompetensen föreslagits, utan endast att kompetensenlig kommunal verksamhet ska bedrivas på ett visst sätt, exempelvis att prissättningen ska vara marknadsmässig. Således har de lämnade förslagen som utgångspunkt inte tagit sikte på att inskränka vilken typ av verksamhet kommunerna ska få ägna sig åt, utan endast hur kompetensenlig verksamhet ska bedrivas ur konkurrenshänseende.

En anledning till att konkreta förslag som direkt skulle inskränka den kommunala kompetensen inte lämnats går sannolikt att finna i det faktum att sådana förslag inte sällan angrips som om de vore en inskränkning i den kommunala självstyrelsen.⁶⁸ Istället tycks kommunalrättsliga förslag i viss mån ha maskerats i förslag till förändringar av den konkurrensrättsliga lagstiftningen. Två konkurrensrättsliga förslag som i förlängningen indirekt skulle kunna påverka den kommunala kompetensen i enskilda fall är de konfliktlösningsregler som föreslogs i Ds 2001:17 och i Näringsdepartementets promemoria. Att sådana lösningar enligt min mening är mindre lämpliga för att hantera de ifrågavarande problemen torde också framgå av det ovan anförda.⁶⁹

Av de kommunalrättsliga förslag som lämnats förtjänar några av dessa särskild uppmärksamhet i sammanhanget. En kommunalrättslig åtgärd som föreslagits är att självkostnadsprincipen borde upphävas då kommunala aktörer bedriver verksamhet i konkurrens med privata företag⁷⁰ – vilket skulle kunna medverka till ökad konkurrensneutralitet. En risk i sammanhanget är likväl att ett slopande av självkostnadsprincipen också skulle kunna öka incitamentet för kommunerna att engagera sig i verksamhet som de annars skulle avhålla sig från.⁷¹ Huruvida en sådan invändning egentli-

⁶⁷ Se ovan avsnitt 9.2.1.

⁶⁸ Jfr t.ex. Blom m.fl., 1999 och Riberdahl, 2000, s. 67.

⁶⁹ Se ovan avsnitt 9.3.

⁷⁰ Se t.ex. SOU 1995:105, s. 283 ff., SOU 2000:117, s. 204 f. och SOU 2007:72, s. 106.

⁷¹ Jfr KKV:s yttrande dnr 540/2007 (2008-01-10), vari KKV avstyrker den Kommunala kompetensutredningens förslag att kommunala aktörer inte ska vara bundna av självkostnadsprincipen då de agerar på en konkurrensutsatt marknad.

gen har någon bärighet är däremot svårt att avgöra – endast ett avskaffande av självkostnadsprincipen medför inte en rätt för kommunerna att engagera sig i verksamhet i ett spekulativt syfte eftersom en sådan begränsning följer av 2 kap. 7 § kommunallagen.

Ett generellt undantag från självkostnadsprincipen likt det som föreslagits i SOU 2007:72 borde i vissa fall också kunna få andra konsekvenser. Även om en kommun engagerar sig på en marknad som är ägnad för konkurrens, men där konkurrensen saknas, ska den kommunala verksamheten enligt förslaget ändå prissättas så att verksamheten lämnar ett visst överskott. Trots att en sådan lösning visserligen skulle kunna underlätta för privata aktörer att ta sig in på marknaden i förhållande till om kommunen skulle vara tvungen att följa självkostnadsprincipen, kan inte den risk för monopolprissättning som skulle föreligga helt negligeras.

Som exempel på en situation då det skulle kunna föreligga en viss risk för en sådan prissättning kan nämnas de fall prissättning av sådana tjänster som tillhandahålls av ett kommunalt gym i en mindre glesbygdskommun måste generera viss vinst till den aktuella kommunen. Även om en marknadsmässig prissättning i teorin skulle underlätta för privata företag att engagera sig på marknaden är det inte säkert att det finns ett tillräckligt kundunderlag för att nya aktörer ska kunna etablera sig. En lösning likt den föreslagna skulle sålunda i vissa situationer riskera att vara kontraproduktiv såtillvida att priset för konsumenterna skulle stiga samtidigt som någon ytterligare konkurrens inte skulle tillkomma.

Huruvida argumentet är tungt nog för att förslaget att avskaffa självkostnadsprincipen ska få stå tillbaka kan likafullt ifrågasättas, speciellt med hänsyn till att de aktuella konkurrenskonflikterna i många situationer med stor sannolikhet skulle mildras om kommunerna inte var nödgade att alltid tillämpa självkostnadsprincipen.

I sammanhanget ska också nämnas att det finns andra skäl till att avskaffa självkostnadsprincipen. Principens tillämpning kan inte bara få till följd att konkurrenslagen överhuvudtaget inte kan tillämpas i samband med vissa typer av konkurrensbegränsningar, utan den kan också medföra att det avsiktsrekvisit som i vissa situationer måste vara uppfyllt för att förbudet i 19 § konkurrenslagen ska kunna appliceras omöjligt kan vara tillfredsställt.⁷²

⁷² Se ovan avsnitt 4.2.1.3 och nedan avsnitt 10.3.2.1.

Därutöver har föreslagits att möjligheterna att överklaga kommunala beslut avseende att bedriva verksamhet i konkurrens med privata företag ska utökas på olika sätt.⁷³ Det är emellertid som visats ovan i avsnitt 9.4.2 sannolikt att en utökad möjlighet till laglighetsprövning, i enlighet med de presenterade förslagen, inte skulle ge några nämnvärda resultat ifråga om att stävja de problem som är förknippade med ett kommunalt näringslivsengagemang i konkurrens med privata aktörer.

Som alternativ till en ändring av kommunalrätten förordar Riberdahl en lösning där en särreglering i konkurrenslagen istället införs, vilken innebär att en konkurrensrättslig sanktion ska kunna riktas mot en offentlig aktör som snedvrider konkurrensen utan att det bakomliggande beslutet upphävs.⁷⁴ Som nämnts kan enligt Riberdahl den danska konkurrenslagen tjäna som en förebild vid en eventuell lagreglering på området.⁷⁵ Parallellerna till dansk rätt är inte helt oproblematiska. Den enskilt viktigaste anledningen till att den svenska konkurrenslagen inte kan tillämpas på nämnda konkurrenskonflikt är att självkostnadsprincipen som huvudregel ska tillämpas på all kommunal verksamhet oavsett om verksamheten bedrivs i konkurrens med privata alternativ. Visserligen finns en motsvarighet till självkostnadsprincipen även i dansk rätt, *hvile-i-sig-selv-princippet*, vilken däremot endast aktualiseras i undantagsfall. En tillämpning av en regel likt den som föreslås av Riberdahl skulle därför uteslutas även om en reglering snarlik den danska införs i den svenska konkurrenslagen. Följaktligen är min uppfattning att den danska *konkurrence-lovens* avvägningsbestämmelse i 2 § knappast skulle tillföra den svenska rättsordningen något och den skulle med stor sannolikhet inte heller påverka de aktuella konkurrenskonflikterna i någon större utsträckning.

Norberg å sin sida anser att underprissättning till följd av offentliga subventioner ska tillåtas då det sker på sociala rättvisegrunder – men inte då allmänna konkurrensskäl ligger bakom underprissättningen då han istället föreslår att avsiktsrekvisitet ska modifieras.⁷⁶ Ett exempel på det förra är underprissättning av bostäder. Norberg anser även att ”mera ’lyxbetonade’ verksamheter såsom ... simhallar, [och] workoutinstitut” inte ur ett konkur-

⁷³ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 108 f.

⁷⁴ Se Riberdahl, 2000, s. 68.

⁷⁵ Se ovan avsnitt 9.3.

⁷⁶ Se Norberg, 1999a, s. 233.

rensrättsligt perspektiv ska behandlas på samma sätt som bostäder, då de senare är livsnödvändiga.⁷⁷

Genom att tillämpa ett modifierat avsiktsrekvisit skulle man också under särskilda premisser kunna bidra till ökad konkurrens mellan kommunala och privata aktörer. Som visas i kap. 10 kan däremot inte alla konkurrenskonflikter alltid lösas bara genom att modifiera avsiktsrekvisitet – ytterligare åtgärder fordras för att med framgång kunna hantera de aktuella konkurrensproblemen.

⁷⁷ Se Norberg, 1999a, s. 233. Se också ovan avsnitt 6.6.

10 Avslutande analys och alternativa strategier

10.1 Introduktion

Som visats ovan förmår inte den svenska rättsordningen alltid att på ett adekvat sätt hantera de problem som kan uppkomma då kommunala aktörer engagerar sig i konkurrens med privata företag. I det följande (avsnitt 10.2) ska därför de problem som är av störst betydelse i sammanhanget behandlas övergripande utifrån en allmän analys av de rättsområden som aktualiseras, dvs. kommunalrätten och konkurrensrätten, med särskilt fokus på de konfliktområden som behandlats ovan i kap. 6–8. Därefter ska i avsnitt 10.3 alternativa förslag till lösningar på de aktuella konkurrenskonflikterna presenteras.

10.2 Sammanfattande analys

En grundförutsättning för att de aktuella konkurrenskonflikterna kan uppkomma är att kommunerna ges kompetens att engagera sig i verksamhet som normalt är förbehållen vad som kan betecknas som det egentliga näringslivet. Det kan dock ifrågasättas huruvida de elementära krav som enligt kommunallagen måste vara uppfyllda för att en kommun ska vara kompetent att engagera sig i viss verksamhet enligt den allmänna kommunala kompetensen alltid är infriade.¹

Det kan exempelvis argumenteras för att det vare sig är lämpligt, ändamålsenligt eller skäligt att kommunala aktörer engagerar sig i driften av gym och friskvårdsanläggningar i konkurrens med privata företag.² Likaså går det att ifrågasätta huruvida det verkligen föreligger ett allmänt kommunalt intresse i många av de situationer där kommunala aktörer tar verksam del i bland annat restaurang- och konferensverksamhet.³ Även om ett sådant engagemang tidigare varit både lämpligt, ändamålsenligt och skäligt uppfyller det med beaktande av den utveckling mot en marknadsstat som vi sett de senaste 30 åren inte nödvändigtvis samma krav idag – varför det numera

¹ Se ovan avsnitt 2.5.

² Se ovan avsnitt 7.6.

³ Se ovan avsnitt 8.6.

med stor sannolikhet inte rör sig om verksamhet som alltid kännetecknas av ett allmänt kommunalt intresse.

Skulle likafullt ett allmänt kommunalt intresse kunna spåras till den ifrågasvarande verksamheten måste det kommunala engagemanget därutöver vara proportionerligt i förhållande till det intresse som kommunallagen tillskriver ändamålet med verksamheten.⁴ Huruvida ett kommunalt näringslivsengagemang är proportionerligt måste därför bedömas i relation till det privata näringslivets intresse av att inte behöva möta konkurrens från kommunala aktörer. Följaktligen torde en kommun som har för avsikt att tillgodose ett allmänt kommunalt intresse vara nödgad att vidta den för konkurrensen minst ingripande åtgärden för att agerandet ska rymmas inom den kommunala kompetensen.⁵

I en situation där en kommun anser sig behöva agera för att tillgodose ett allmänt kommunalt intresse, exempelvis om kommunmedlemmarna efterfrågar friskvårdstjänster i anslutning till den kommunala simhallen, borde därför kommunen inte vara kompetent att driva eventuell friskvårdsverksamhet i egen regi om de aktuella lokalerna istället kan iordningställas för sådan verksamhet och därefter upplåtas till ett privat företag att nyttja i syfte att tillgodose det aktuella behovet.⁶ Samma resonemang kan också appliceras om det verkligen skulle anses föreligga ett allmänt kommunalt intresse att tillhandahålla restaurang- eller konferensverksamhet. Även i sådana situationer borde behovet normalt kunna tillgodoses genom det privata näringslivets försorg utan kommunal inblandning annat än genom ordningsställande och upplåtande av ändamålsenliga lokaler – vilket med stor sannolikhet är ett förfarande som bättre står i överensstämmelse med de krav som följer av proportionalitetsprincipen.⁷

I sammanhanget ska också nämnas att 2 kap. 7 § kommunallagen förtydligar under vilka förutsättningar en kommun får bedriva näringsverksamhet. Bestämmelsen slår fast att kommunerna inte ska engagera sig i verksamhet som normalt syftar till att generera ett överskott till marknadens aktörer, s.k. spekulativ verksamhet. Utgångspunkten enligt bestämmelsen är således att kommuner ska avhålla sig från att utöva verksamhet som normalt ankommer på det privata näringslivet att ombesörja.⁸

⁴ Se ovan avsnitt 2.2.

⁵ Se ovan avsnitt 2.2.

⁶ Se ovan avsnitt 7.6.

⁷ Se ovan avsnitt 8.6.

⁸ Se ovan avsnitt 2.2.2.

Det finns emellertid områden inom vilka konkurrensproblem förekommer trots att det kommunala engagemanget mycket väl kan anses uppfylla ett allmant kommunalt intresse. Ifråga om de särskilda konfliktområden som behandlats i framställningen torde det kommunala engagemanget på bostadsmarknaden vara det område där det lättast går att finna ett allmant kommunalt intresse. Kommunal bostadsförsörjning är dessutom inte endast en legitim uppgift enligt den allmänna kommunala kompetensen utan också andra regleringar medverkar till att tillerkänna kommunerna en viss kompetens på området.⁹

Endast det faktum att en kommun finns representerad på den öppna marknaden skapar knappast några reella konkurrensproblem – dessa uppkommer först då marknadens aktörer inte agerar på lika villkor.¹⁰ Om kommunala företag gynnas på olika sätt, såsom genom att dess ägare tillskjuter medel som inte kommer privata företag tillgodo eller då de kommunala företagen får möjlighet till finansiering i kommunal regi, påverkas likval konkurrensneutraliteten.

Som exempel rörande de behandlande konfliktområdena kan nämnas att de kommunala bostadsföretagen inte sällan torde dra fördel av kommunala kreditgarantier, s.k. kommunal borgen, som privata bostadsföretag inte kan ta del av. Dessutom förekommer det sannolikt att kommunerna stödjer egna företag genom olika kapitaltillskott som kan påverka konkurrensen i och med att sådana tillskott i vissa fall utesluter hyreshöjningar.¹¹ I sammanhanget ska emellertid nämnas att den rådande hyresregleringen i sig knappast kan anses påverka de aktuella konkurrenskonflikterna, även om systemet säkerligen kan upplevas som orättvist bland de privata företagen.¹² En tillämpning av bruksvardessystemet skulle emellertid rent teoretiskt kunna förstärka eventuella konkurrensproblem som kan uppkomma då kommunala bostadsföretag ges fördelar som inte kommer marknadens privata aktörer tillgodo. För att så ska vara fallet krävs dock att underprissatta lagenheter accepteras som jämförelseobjekt – vilket inte gjordes i RH 1999-90. Det största konkurrensproblemet ifråga om kommunal bostadsförsörjning torde således inte ligga i hyresregleringssystemet utan i det faktum att kommunala bostadsföretag i vissa fall kan utnyttja förmåner som privata bostadsföretag inte kommer i åtnjutande av

⁹ Se lag (2002:102) om allmännnyttiga bostadsföretag

¹⁰ Se ovan avsnitt 1.1, särskilt not 5 och 6

¹¹ Se ovan avsnitt 6.4.1

¹² Se ovan avsnitt 6.4 och avsnitt 6.6

Aven på friskvårdsområdet ar det sannolikt att kommunala aktorer inte sällan ges fordelar som inte kommer andra företag tillgodo. Huruvida det forekommer direkta subventioner av kommunala friskvårdsföretag ar något osäkert, men oavsett vilket ar det troligt att sådana företag på olika sätt gynnas av dess agare i många situationer. En fordel som andra friskvårdsföretag normalt inte kan ta del av men som ofta kan noteras ar det kommunala friskvårdengagemanget ar att den kommunala friskvårdsverksamheten tillhandahålls i anslutning till kommunala sim- och idrottshallar. Genom en sådan lokalisering kan de kommunala priserna hållas nere till följd av de stordriftsfördelar och synergieffekter som därigenom uppkommer.¹³

Ett kommunalt gynnande av ett eget företag som påverkar konkurrensneutraliteten ar emellertid med hänvisning till underskottsprincipen kommunalrättsligt accepterat, trots formuleringen i 2 kap 8 § kommunallagen. Om den kommunala verksamheten i sig ar kompetensnlig kan därför kommunallagen som utgångspunkt inte användas som verktyg för att angripa eventuella stöd som påverkar konkurrensen.¹⁴

Potentiella kommunala stödåtgärder kan också med stor sannolikhet endast i undantagsfall angripas med hänvisning till förbudet mot statliga stöd i artikel 87 1 EG. Det ar mycket osäkert om kommunala stöd, exempelvis till egna bostadsföretag, verkligen har en påverkan på samhandeln varför förbudet i artikel 87 1 EG inte nödvändigtvis ar ett lämpligt verktyg för att hantera konkurrensproblem av nyssnämnda slag. Likaså ar det osannolikt att eventuella kommunala stödåtgärder som gynnar egna friskvårdsföretag, vanligtvis ett kommunalt gym belaget i den kommunala simhallen, verkligen har en påverkan på handeln mellan medlemsstater, varför inte heller sådana åtgärder normalt kan angripas med stöd av förbudet i artikel 87 1 EG. Det ar troligt att de ekonomiska värdena av eventuella kommunala stöd till egna företag allt som oftast ar jämförelsevis blygsamma, varför dylika kommunala åtgärder torde omfattas av *de minimis*-förordningens undantagsregler.¹⁵ Uppfattningen att artikel 87 1 EG inte ar ett effektivt verktyg för att hantera kommunala stöd till egna företag styrks också av det faktum att kommissionen hittills endast vid ett tillfälle underkant en svensk kommunal stödåtgärd.¹⁶

¹³ Se ovan avsnitt 7.3

¹⁴ Se ovan avsnitt 2.2.2

¹⁵ Artikel 2 i förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT nr L 379, 28.12.2006, s. 5–10

¹⁶ Kommissionens beslut 30.01.2008, C (2008) 311 slutlig

Som en följd av att den i 8 kap. 3 c § kommunallagen reglerade självkostnadsprincipen vanligtvis är normerande för den kommunala avgiftssättningen återspeglas oundvikligen också eventuella stöd till kommunal verksamhet i den prissättning som det kommunala företaget tillämpar. Följaktligen kan inte kommunala företag, vilka normalt har att tillämpa självkostnadsprincipen, alltid agera marknadsmässigt. Oavsett förekomsten av eventuella stöd till den kommunala verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata företag innebär självkostnadsprincipens tillämpning dessutom att det kommunala företaget inte får generera vinst till dess ägare, varför den kommunala prissättningen knappast kan anses vara marknadsmässig på den grunden, då privata företag som utgångspunkt har att lämna ett visst överskott till dess ägare. De konkurrensproblem som aktualiserats på de i kap. 6–8 behandlade områdena har normalt också kunnat hänföras till den kommunala prissättningen, såtillvida att de kommunala aktörerna prissatt sina tjänster på ett sätt som privata företag haft svårt att möta.¹⁷ De ifrågasvarande konkurrenskonflikterna bygger således i viss mån på skillnaden mellan det företagsekonomiska självkostnadsbegreppet och innebörden av den kommunala självkostnadsprincipen.¹⁸

Till följd av att kommunala aktörer som utgångspunkt har att följa självkostnadsprincipen, oavsett om verksamheten bedrivs i konkurrens med privata företag, kan konkurrenslagen inte heller tillämpas på konkurrensbegränsande ageranden i form av påstådd underprissättning. I sådana situationer är konkurrensbegränsningen, dvs. den aggressiva prissättningspolitiken, en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av lagstiftning. Självkostnadsprincipens tillämpning, vilken i sig kan anses påverka konkurrensen, kan således också utesluta en tillämpning av konkurrenslagen.

Skulle konkurrenslagen likväl vara tillämplig i en situation där en kommunal aktör snedvrider konkurrensen genom en aggressiv prissättningspolitik är det främst förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 19 § konkurrenslagen som aktualiseras. För att ett konkurrensbegränsande agerande i form av en allt för offensiv prissättning ska kunna träffas av förbudet mot missbruk av dominerande ställning fordras normalt att avsikten med prissättningen är att tvinga bort övriga konkurrenter från marknaden för att i nästa skede kunna ägna sig åt monopolprissättning. I situationer där själv-

¹⁷ Se ovan avsnitt 6.4.3; 7.4 och 8.4.

¹⁸ Jfr ovan avsnitt 2.3.2.

kostnadsprincipen är normerande för det kommunala avgiftsuttaget kan därför förbudet i 19 § knappast aktualiseras.

Även i situationer där en kommunal aktör mot förmodan inte skulle vara bunden av självkostnadsprincipen, dvs. då verksamheten bedrivs i privaträttslig form samtidigt som de aktuella styrdokumenterna inte stipulerar att företaget ska beakta självkostnadsprincipen, kan det ändå argumenteras för att avsikten med en viss prissättning inte är att slå ut konkurrenterna för att i nästa skede ägna sig åt monopolprissättning. Trots att privaträttsligt organiserade företag som utgångspunkt har att bereda dess ägare maximal vinst borde det faktum att ett kommunalt företag är en del av den egentliga kommunen kunna påverka företagets roll på marknaden i så motto att allmänhetens intresse, vilket i sammanhanget inte är att bereda ägarna maximal vinst, till viss del återspeglas i verksamheten. Dessutom ska noteras att verksamheten i sig faller utanför den allmänna kommunala kompetensen om syftet inte är allmännyttigt, vilket följer av 2 kap. 7 § kommunallagen.

I och med att lag (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag (Allbolen) skapar ett visst utrymme för de kommunala allmännyttiga bostadsföretagen att generera vinst till dess ägare torde det inte finnas några hinder mot att tillämpa konkurrenslagen i samband med konkurrensbegränsningar som har sin grund i den kommunala avgiftssättningen på området. I sådana situationer finns det normalt inga offentliga regler som tvingar de kommunala bostadsföretagen att agera konkurrensbegränsande. Som en följd av att den kommunala bostadsförsörjningen är underkastad något av en modifierad självkostnadsprincip med hänvisning till regleringen i Allbolen är det emellertid troligt att förbudet i 19 § konkurrenslagen ändå inte kan aktualiseras.¹⁹ Den modifierade självkostnadsprincipen leder till att avsiktsrekvisitet knappast kan anses vara uppfyllt då ett kommunalt bostadsföretag svårigen kan tillämpa en monopolprissättning fastän samtliga konkurrenter tvingas lämna marknaden.

Följaktligen kan konstateras att vare sig konkurrenslagen eller dess förbud mot missbruk av dominerande ställning är anpassade för situationer där kommunala aktörer genom en tillämpning av självkostnadsprincipen riskerar begränsa konkurrensen genom att föra en ur företagsekonomisk synvinkel aggressiv prissättningspolitik. Det ska också nämnas att självkostnadsprincipens effekter beträffande konkurrenslagens tillämpning vare sig berördes i

¹⁹ Se ovan avsnitt 6.3.2 respektive avsnitt 6.6.

konkurrenslagens förarbeten eller i de förarbeten som låg till grund för självkostnadsprincipens kodifiering.²⁰

Sammanfattningsvis kan nämnas att de problem som kan skönjas vid en allmän analys av kommunalrätten och konkurrensrätten i stor utsträckning också återspeglas i de analyserade konfliktområdena. Följaktligen måste de problem som uppmärksammas beaktas om man har för avsikt att försöka lösa de aktuella konkurrenskonflikterna genom tillskapande av ny lagstiftning.

Av ovanstående framgår också att de tydligaste problemen ligger i att kommunala aktörer tillåts engagera sig på områden trots att det i många situationer torde vara svårt att spåra ett allmänt kommunalt intresse till verksamheten – samtidigt som de kommunala aktörerna på olika sätt också ges fördelar som inte kommer privata företag tillgodo. Som en följd av att självkostnadsprincipen normalt ska vara normerande för den kommunala avgiftsättningen återspeglas också alla typer av gynnande i den kommunala prissättningen. Dessutom utesluter självkostnadsprincipen att konkurrenslagen överhuvudtaget kan användas som verktyg i samband med konkurrensbegränsningar som har sin grund i den kommunala prissättningen. Skulle konkurrenslagen likväl vara tillämplig får självkostnadsprincipen till följd att förbudet i 19 § inte kan aktualiseras då avsiktsrekvisitet knappast kan vara uppfyllt i sådana situationer.

10.3 Alternativa strategier

Några enkla lösningar på de problem som kan uppkomma då kommunala aktörer engagerar sig på den öppna marknaden i konkurrens med privata företag tycks inte finnas – vilket också styrks av det tämligen magra resultatet av det senaste decenniets utredningsarbete.²¹

Om den politiska viljan att lösa eller åtminstone mildra de aktuella problemen kan uppbringas kan det i huvudsak göras på två olika sätt – antingen minskas potentiella konfliktytor genom begränsningar som omöjliggör för kommunala och privata aktörer att mötas på samma marknader

²⁰ Se prop. 1992/93:56, s. 70, vari det endast konstateras att konkurrenslagens regler inte ska tillämpas på ageranden som utgör en direkt och avsedd effekt av lagstiftning eller en ofrånkomlig följd av sådan. Inte heller i vare sig SOU 1990:107, SOU 1991:59, Ds 1992:18, Ds 1993:16 eller i prop. 1993/94:188, behandlas förhållandet mellan självkostnadsprincipen och konkurrensreglerna.

²¹ Se ovan avsnitt 9.1.

eller skapas förutsättningar för ökad konkurrensneutralitet genom att kommunala och privata aktörer tvingas konkurrera på lika villkor.

I sammanhanget ska också nämnas att konkurrensneutralitet inte endast kan skapas genom att förutsättningarna på marknaden för olika aktörer blir desamma, dvs. att det skapas ett s.k. *level playing field*²² – utan även åtgärder som tar hänsyn till att kommunala aktörer drivs av andra bevekelsegrunder än privata företag kan medverka till att de aktuella problemen får en lösning eller om inte annat mildras. Således kan konkurrensregler som riktar sig särskilt mot kommunala företag och som tar hänsyn till de kommunala företagens särdrag mycket väl användas som verktyg i strävandet efter konkurrensneutralitet.

Det ska dessutom poängteras att alla potentiella lösningsförslag inte alltid enkelt kan sorteras in under någon av de två huvudgrupperna i och med att de kan ha inslag av att både minska potentiella konfliktytor och av att skapa mer jämlika villkor mellan marknadens aktörer.

Ytterligare en uppdelning av potentiella lösningsförslag kan göras utifrån vilket regelverk, kommunalrätten eller konkurrensrätten, de lämnade förslagen utgår ifrån. Även denna uppdelning kan emellertid vara problematisk då vissa förslag likväl kan rymmas inom både kommunalrätten som inom konkurrensrätten.

Både de likheter och olikheter som förekommer inom de områden där problem av ifrågavarande slag uppstår måste uppmärksammas då olika förslag till lösningar av de aktuella konkurrenskonflikterna övervägs, vilket också styrks av de i del III behandlade konfliktområdena. Som exempel på en viktig skillnad mellan de behandlade områdena som måste beaktas är vilka motiv som finns för ett kommunalt engagemang på respektive område. Exempelvis kan nämnas att det kommunala engagemanget på bostadsmarknaden motiveras med sociala hänsyn och en strävan efter att motverka segregation i samhället.²³ Därför måste de lösningar som föreslås för att minska de aktuella konkurrensproblemen på området anpassas så att de hänsyn som styr det kommunala engagemanget beaktas. Några sociala hänsyn ligger däremot knappast bakom kommunernas inblandning i restaurang- och konferensverksamhet som istället tycks motiveras av för kommu-

²² Begreppet *level playing field* används t.ex. i den engelska versionen av kommissionens dokument, Handlingsplan för statligt stöd – mindre men bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009, KOM(2005) 107 slutlig.

²³ Se ovan avsnitt 6.2.

nerna praktiska överväganden och även i viss mån av historiska skäl.²⁴ Sålunda torde motiven för ett kommunalt engagemang på bostadsmarknaden kunna anses väga tämligen tungt i förhållande till konkurrensen, medan motiven för kommunerna att engagera sig i restaurang- och konferensverksamhet i många fall knappast kan anses vara av sådan vikt att det kan berättiga de konkurrensproblem som kan uppkomma.

Följaktligen borde något mer ingripande åtgärder kunna accepteras för att minska konkurrensproblemen på det sistnämnda området i förhållande till de åtgärder som kan motiveras för att minska konkurrensproblemen till följd av ett kommunalt engagemang på bostadsmarknaden. Även om man enligt min mening inte borde hindra en kommun från att engagera sig på bostadsmarknaden torde det likväl kunna uppställas som krav att kommunen ska välja den lösning som stör konkurrensen så lite som möjligt i de situationer ett visst syfte kan uppnås på olika sätt.²⁵ Samma krav borde också kunna ställas på lagstiftaren – lagstiftningen borde inte ge kommunerna möjlighet att påverka konkurrensen i större utsträckning än vad som behövs för att uppnå de eftersträlvade målen.

Andra skillnader mellan de olika konfliktområdena som måste beaktas följer av att marknadernas strukturer varierar, vilket också påverkar valet av lösningsmodell. Ett lösningsförslag som kan förväntas vara verkningsfullt ifråga om de konkurrensproblem som uppkommer på marknader som kännetecknas av ett stort antal privata aktörer och låga inträdeshinder kan vara mindre lämpligt på en marknad som kännetecknas av få aktörer och stora inträdeshinder. Även om vissa lösningsförslag kan ges generell tillämpning är det därför inte säkert att ett sådant förslag alltid är ändamålsenligt om det samtidigt inte införs regler som medger undantag från de generella bestämmelserna varvid marknadsstrukturen kan beaktas. Som exempel kan nämnas att det borde ge positiva effekter på flera av de aktuella konkurrenskonflikterna om den kommunala prissättningen inte nödvändigtvis behöver följa självkostnadsprincipen. Då risken för monopolprissättningen skulle vara överhängande på vissa områden i händelse av att principen inte skulle vara normerande för det kommunala avgiftsuttaget kan det emellertid övervägas om det på dessa områden borde införas specifika bestämmelser som motverkar kommunal monopolprissättning,²⁶ varvid de särskilda förutsättningar som råder på de aktuella marknaderna skulle kunna beaktas.

²⁴ Se ovan avsnitt 8.2.1.

²⁵ Jfr ovan avsnitt 2.2.

²⁶ Jfr nedan avsnitt 10.3.2.1.

Då konkurrenskonflikterna i allt väsentligt har sin grund i kommunalrätten – det är kommunalrätten som skapar en möjlighet för kommunerna att engagera sig på marknaden samtidigt som den många gånger också påverkar på vilket sätt kommunerna agerar – är det tämligen naturligt att i första hand söka efter kommunalrättsliga lösningar på de aktuella problemen. Som en följd av att kommunalrätten inte kan användas som verktyg för att lösa samtliga problem, beroende på att den politiska viljan tycks vara att kommunerna likväl ska kunna engagera sig på vissa områden samtidigt som den kommunala verksamheten många gånger bedrivs under speciella premisser, måste emellertid kommunalrättsliga lösningar kompletteras med konkurrensrättsliga instrument val anpassade för att hantera de problem som ändå uppkommer.

I föreliggande avsnitt presenteras och analyseras alternativa strategier för att hantera de aktuella konkurrenskonflikterna med fokus på de i kap. 6–8 behandlande konfliktområdena. De alternativa strategierna utgår dels ifrån en uppdelning rörande tillvägagångssättet för att hantera problemen, dvs. om de potentiella konfliktytorna ska minskas genom att inskränka den kommunala kompetensen eller genom lösningar som hanterar den bristande konkurrensneutraliteten. Dels är förslagen sorterade utifrån en uppdelning av vilket regelverk som aktualiseras – kommunalrätten eller konkurrensrätten. De alternativa strategierna bygger till viss del på tidigare lämnade förslag, men också på lärdomar som kan dras från i synnerhet dansk rätt, samt i viss mån från de tidigare behandlade EG-rättsliga bestämmelserna.

10.3.1 Minskade konfliktytor till följd av en begränsad kommunal kompetens

För att helt kunna undvika konkurrenskonflikter med anledning av att kommunala och privata företag konkurrerar på samma marknader måste de aktuella kollisionerna undvikas – följaktligen måste någon av marknadens parter träda tillbaka. Några hållbara argument utifrån den valda samhällsstrukturen för att de privata företagen ska tvingas lämna de aktuella marknaderna kan sannolikt inte uppbringas.²⁷ Utvecklingen tycks istället gå mot en än större fokusering på det privata näringslivet som aktör, där det offentliga roll många gånger begränsas till att målstyra och finansiera de aktuella tjänsterna eller prestationerna.²⁸ I likhet med Konkurrensrådet är därför

²⁷ Avgörande för om det är kommunala aktörer eller privata företag som ska utföra en viss uppgift borde i stor utsträckning vara beroende av vem som är mest lämpad att tillhandahålla den aktuella tjänsten, jfr SOU 2000:117, s. 126 ff.

²⁸ Jfr Henrichsen, 2006, s. 196 ff.

också min slutsats att de aktuella problemen många gånger lättast kan undvikas genom att kommunerna drar sig tillbaka från sådana marknader där de konkurrerar med privata företag.²⁹

10.3.1.1 En kommunalrättslig inskränkning av kommunernas kompetens
Som tidigare nämnts är det min uppfattning att den allmänna kommunala kompetensen i många avseenden givits en alltför generös tolkning.³⁰ I kommunallagens förarbeten anges att anledningen till den vagt hållna formuleringen rörande de kommunala befogenheterna i 2 kap. är att gränserna för den kommunala kompetensen ska utformas i praxis allt efter förutsättningarna i de enskilda fallen och med beaktande av samhällsutvecklingen i stort.³¹ Det kan likväl ifrågasättas om den praxis som utvecklats på området verkligen följt samhällsutvecklingen.

Många av de avgöranden som än idag avgränsar den kommunala kompetensen är tämligen gamla och härrör i stor utsträckning från en tid som knappast kännetecknades av de värderingar som ligger bakom marknadsstatens utveckling. Som exempel kan nämnas att underskottsprincipen motiveras med hänvisning till praxis från Regeringsrätten som härstammar från 1960- och 1970-talet.³² Sedan dess har samhället förändrats i många avseenden, vilket också gäller för delar av svensk rätt. Sveriges anslutning till EES-avtalet och senare EG har exempelvis medfört att den kommunalrättsliga underskottsprincipen i vissa situationer mycket väl kan behöva sättas åt sidan för att Sverige ska uppfylla sina skyldigheter i förhållande till EG-rätten. Exemplet antyder att Regeringsrättens praxis inte kan tillämpas utan reflektion ifråga om rådande samhällsförhållanden.

Min uppfattning är att både Regeringsrätten och övriga förvaltningsdomstolar inte sällan tycks tillämpa tidigare praxis utan att begrunda de förändrade förutsättningarna både ifråga om det rättsliga sammanhanget och ifråga om hur marknaden normalt är organiserad. Som stöd för denna tes kan nämnas att det mig veterligen inte finns några ärenden där Regeringsrätten inskränkt den kommunala kompetensen i förhållande till tidigare praxis.³³ Slutsatsen blir följaktligen att förvaltningsdomstolarnas hållning tycks vara att det som en gång tillåtits med hänvisning till den allmänna

²⁹ Jfr SOU 2000:117, s. 202.

³⁰ Se ovan avsnitt 2.5.

³¹ Se t.ex. prop. 1990/91:117, s. 27.

³² Se t.ex. Lindquist, 2005, s. 108 och s. 114 samt Bohlin, 2007, s. 155 f.

³³ Jfr SOU 1991:104, s. 239 f., där det anges att området för det tillåtna successivt har vidgats. Se även Warnling-Nerep, 1995, s. 197. Se också ovan avsnitt 2.5.

kommunala kompetensen även fortsättningsvis måste accepteras som kompetensenligt. Påståendet torde också stödjas av det faktum att antalet avgöranden från Regeringsrätten som rör den kommunala kompetensen ifråga om näringsverksamhet varit relativt få till antalet de senaste två decennierna. Marknadsstatens utveckling tycks således inte ha fått genomslag i förvaltningsdomstolarnas praxis.

Huruvida förvaltningsdomstolarna utan en ändrad lagstiftning är benägna att ställa högre krav för att acceptera ett kommunalt näringslivsengagemang kan med stor sannolikhet betvivlas. Följaktligen kan det finnas anledning att se över dagens reglering av den allmänna kommunala kompetensen i och med att den rättsliga regleringen inte tycks vara tillräcklig för att kommunerna ska avhålla sig från näringslivsengagemang i konkurrens med privata företag.

I samband med fastställandet om en kommun är kompetent att engagera sig på näringslivets område borde det kunna krävas att också en eventuell påverkan på konkurrensen beaktas, i likhet med vad som är fallet enligt dansk rätt.³⁴ För att ett kommunalt engagemang ska rymmas inom den danska motsvarigheten till den svenska allmänna kommunala kompetensen, kommunalfullmakten, måste ifrågasatt verksamhet uppfylla särskilda kriterier vilka i relativt stor utsträckning tar hänsyn till engagemangets påverkan på konkurrensen.

I likhet med stadgandena i den svenska kommunalrätten får danska kommuner endast engagera sig i verksamhet med stöd av kommunalfullmakten då det föreligger ett allmänt kommunalt intresse. Det danska begreppet torde emellertid ha tolkats något snävare än dess svenska motsvarighet.³⁵

En grundläggande förutsättning för att det ska föreligga ett allmänt kommunalt intresse borde vara att den aktuella tjänsten eller prestationen inte kan tillhandahållas av andra aktörer på acceptabla villkor, vilket det också går att finna ett visst stöd för i den välfärdsekonomiska teorin.³⁶ Enligt min mening går det därför att ifrågasätta huruvida det verkligen föreligger ett allmänt kommunalt intresse då en kommun arrangerar konferenser eller driver en restaurang. Privata företag kan mycket väl driva sådan verksamhet på villkor som kan anses vara acceptabla – vilket också styrks av det faktum att det finns ett stort antal privata aktörer som tillhandahåller liknande tjänster.

³⁴ Se ovan avsnitt 3.2.

³⁵ Se ovan avsnitt 3.5.

³⁶ Jfr SOU 2000:117, s. 126 ff.

Därutöver ska det enligt dansk kommunalrätt råda ett rimligt förhållande mellan det kommunala intresset och kommunens engagemang.³⁷ Följaktligen ska en dansk kommun som har för avsikt att engagera sig i viss verksamhet välja den minst konkurrensstörande åtgärden för att uppfylla målet med engagemanget. Om ett kommunalt intresse kan tillgodoses genom ett begränsat kommunalt ingripande, exempelvis i form av tillhandahållande av lokaler åt ett privat företag som ges ansvar för driften av en viss verksamhet, är det en lösning som måste tillämpas framför att kommunen själv driver verksamheten. Några av de lösningar för att komma till rätta med de aktuella konkurrensproblemen som förordats av Konkurrensrådet finns således inbyggda i det danska systemet.³⁸

Sammantaget kan konstateras att den danska kommunalrätten i större utsträckning än vad som är för handen enligt svensk kommunalrätt tar hänsyn till påverkan på konkurrensen vid avgörandet om en viss åtgärd ryms inom den kommunala kompetensen. En sådan avvägning kan också anses vara tämligen naturlig då det i stor utsträckning är konkurrenshänsyn som motiverar den danska kommunalrättsliga huvudregeln att kommuner inte ska engagera sig på näringslivets område.³⁹

Då bakgrunden till att också de svenska kommunerna som utgångspunkt inte ska engagera sig på det egentliga näringslivets område torde gå att finna i hänsynen till konkurrensen, borde det vara motiverat att fästa avseende vid ifall ett visst kommunalt engagemang påverkar konkurrensförhållandena på den aktuella marknaden även då den svenska kommunala kompetensen avgränsas. Således borde lämpligheten av ett visst engagemang, utifrån konkurrenshänsyn, kunna påverka bedömningen av huruvida ett kommunalt näringslivsengagemang är lagligt. För att de i dansk rätt oskrivna principerna för att avgränsa kommunalfullmakten ska kunna få genomslag även i svensk kommunalrätt måste sannolikt kommunallagen ändras så att det tydligare framgår att också hänsynen till konkurrensen ska vara avgörande vid bedömningen om en viss verksamhet ryms inom den allmänna kommunala kompetensen. En sådan reglering bör också ges generell tillämpning, varför den skulle kunna aktualiseras på all den kommunala verksamhet som bedrivs med stöd av den allmänna kommunala kompetensen. Det kan dessutom argumenteras för att kommunerna ska vara tvingade att vidta den för konkurrensen minst ingripande åtgärden då det kommunala engagemanget

³⁷ Se ovan avsnitt 3.2.

³⁸ Jfr ovan avsnitt 9.2.1.

³⁹ Se ovan avsnitt 3.3.

utföras i situationer där speciallagstiftning ger kommunerna alternativa möjligheter att tillgodose lagstiftningens krav.

Likaså kan inspiration till alternativa lösningar som minskar riskerna ifråga om påverkan på konkurrensen sökas i dansk rätt ifråga om de problem som kan uppkomma då kommunerna engagerar sig i viss verksamhet med stöd av den s.k. anknytningskompetensen. I enlighet med vad som kan betecknas som något av en dansk proportionalitetsprincip ska som huvudregel kommunerna inte själva driva s.k. accessorisk verksamhet, utan endast iordningställa eventuella lokaler m.m. för att sedan överlåta driften till privata företag. Ett liknande arrangemang skulle mycket väl kunna tillämpas även av svenska kommuner, vilket skulle kunna medverka till att många konkurrenskonflikter mellan kommunala och privata företag undviks. För att nyttan av sådana åtgärder ska maximeras fordras emellertid en väl genomtänkt strategi för konkurrensutsättningen i varje enskilt fall. Det är inte säkert att bästa resultat för kunderna alltid nås genom att den aktör som lämnar det för kommunen mest fördelaktiga anbudet erhåller kontraktet. Beroende på marknadens struktur och karaktären på de aktuella tjänsterna kan istället andra modeller för urval av leverantörer vara att föredra. Exempelvis kan det i vissa situationer övervägas om den leverantör som är villig att erbjuda vissa specificerade tjänster på de för konsumenterna bästa villkoren ska få erbjudas att utnyttja en viss kommunal resurs efter erläggande av en på förhand fastställd avgift istället för att upplåta de kommunala lokalerna till högstbjudande.⁴⁰

I sammanhanget ska också noteras att en inskränkning av den kommunala kompetensen likt den föreslagna knappast skulle hindra kommunerna från att engagera sig på bostadsmarknaden i och med att ett sådant engagemang motiveras av tydliga sociala hänsyn som är att klassificera som ett kommunalt intresse. Däremot skulle en reglering likt den föreslagna hindra kommunerna från att vidta konkurrensbegränsande åtgärder som inte är nödvändiga för att uppnå de eftersträvade målen. Om det skulle finnas andra för konkurrensen mindre ingripande sätt på vilket syftet med den kommunala bostadspolitiken hade kunnat uppnås skulle således kommunerna vara tvungna att välja den lösningen.

⁴⁰ Jfr ovan avsnitt 7.6 och 8.6. För att en privatisering ska ge positiva effekter fordras också att det företag som ges i uppdrag att tillhandahålla den aktuella tjänsten också ges förutsättningar att lyckas. Således måste de problem som kan uppkomma t.ex. i samband med en partiell privatisering beaktas, jfr KKV dnr 583/93 (1993-12-09), som behandlas ovan i avsnitt 7.4.

Endast det faktum att målen med den kommunala bostadspolitiken rent teoretiskt skulle kunna uppnås med andra medel än ett kommunalt engagemang borde emellertid inte föranleda att ett sådant engagemang alltid undviks. Även de risker som kan vara förenade med en alternativ lösning måste beaktas. Exempelvis skulle en lösning som på andra områden mycket väl hade kunnat vara lämplig, nämligen att efter en upphandling överlåta de aktuella uppgifterna på en privat aktör knappast vara att föredra, vilket tydligt åskådliggörs i SOU 2008:38.⁴¹

Om den kommunala bostadsförsörjningen ska läggas ut på entreprenad, men efter genomförande av en offentlig upphandling, måste uppdraget i form av uthyrning av bostäder nödvändigtvis tidsbegränsas. Efter att avtals-tiden löpt ut krävs att en ny upphandling genomförs. I händelse av att ett annat bostadsföretag lämnar det utifrån förfrågningsunderlaget bästa anbudet i den nya upphandlingen skulle det med hänvisning till hyresgästens besittningsskydd inte vara möjligt att flytta över hyresgäster från det ena företaget till det andra. Således är det i praktiken omöjligt för en kommun att på ett tillfredsställande sätt överlåta de bostadssociala uppgifter som ett kommunalt allmännyttigt bostadsföretag kan utföra till ett privat bostadsföretag.⁴²

Följaktligen är marknadens struktur och den reglering som styr marknaden avgörande för vilka lösningar som i ett enskilt fall kan vara ändamålsenliga för att hantera de konkurrenskonflikter som kan uppkomma då kommunala och privata företag möts på en gemensam marknad.

En inskränkning av den kommunala kompetensen i enlighet med förslaget skulle i allt väsentligt hindra kommunerna från att engagera sig både i friskvårdsverksamhet i form av gym etc. och i restaurang- och konferensverksamhet. Som tidigare nämnts torde det vara mycket osannolikt att det kan spåras ett allmänt kommunalt intresse i bedrivandet av sådan verksamhet. Skulle det likväl kunna anses falla inom den kommunala kompetensen för en kommun att engagera sig på friskvårdsområdet, vilket idag görs med stöd av anknytningskompetensen, skulle ett sådant engagemang enligt det ovan lämnade förslaget endast kunna accepteras i form av tillhandahållande av lokaler som ställts i ordning för ändamålet, varvid själva driften av verksamheten överlåts till en eller flera privata aktörer.⁴³

⁴¹ Se SOU 2008:38, s. 345.

⁴² Se SOU 2008:38, s. 345.

⁴³ Se ovan avsnitt 7.6.

Av de områden som behandlats i framställningen är det främst på turistområdet som kommunerna engagerar sig med stöd av kompetens som tillerkänts dem i speciallagstiftning. Även om kommunernas engagemang med stöd av lag (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet (turistbefogenhetslagen) många gånger vidtas i form av lämnande av stöd till privata företag, varför kommunerna ofta inte själva engagerar sig i den aktuella verksamheten, kan det i sammanhanget finnas anledning att ifrågasätta om den kompetens som tillerkänns kommunerna är ändamålsenlig.

Det har även tidigare förslagits att turistbefogenhetslagen ska ses över då det råder en viss oklarhet kring vilken kompetens lagen tillerkänner kommunerna.⁴⁴ Något förbud för kommunerna att engagera sig på turistområdet torde trots det inte eftersträvas även om turistbefogenhetslagen inte längre skulle vara gällande. Kommunerna skulle alltjämt kunna engagera sig på området med stöd av den allmänna kommunala kompetensen. Däremot skulle många åtgärder som direkt riskerar påverka konkurrensförhållandena troligtvis falla utanför den kommunala kompetensen om turistbefogenhetslagen upphävs. Exempelvis skulle det fortsättningsvis vara tillåtet att vidta åtgärder som på ett allmänt plan gynnar turismen i kommunen, men det skulle som huvudregel inte vara kommunalrättsligt acceptabelt att stödja enskilda turistföretag eller att själv driva turistverksamhet i konkurrens med privata alternativ.

10.3.1.2 Statlig tillsyn utan förhinder

Oavsett om kommunalrätten ändras såtillvida att det framöver fordras att större hänsyn tas till konkurrensen för att ett kommunalt engagemang ska accepteras som kompetensligt eller inte, finns det enligt min mening anledning att reformera dagens regelverk ifråga om den allmänna tillsynen över kommunerna.

Som noterats ovan är institutet laglighetsprövning mindre lämpligt som verktyg för statlig kontroll, främst beroende på att staten är avhängig av enskilda kommunmedlemmar för att kunna utföra den erforderliga kontrollen.⁴⁵ Laglighetsprövningens konstruktion medför också att många eventuella överträdelser av det kommunalrättsliga regelverket inte kan bli föremål för prövning i förvaltningsdomstol beroende på att det fordras ett formellt beslut för att en domstol ska kunna pröva ett ärende. I händelse av att en

⁴⁴ Se SOU 2000:117, s. 207.

⁴⁵ Se ovan avsnitt 2.4.1.

kommun utan att fatta ett formellt beslut vidtar åtgärder som påverkar konkurrensen kan således det kommunala agerandet inte prövas i form av en laglighetsprövning.⁴⁶ Ytterligare en brist i sammanhanget är att inte heller beslut som fattas av kommunala bolag kan bli föremål för laglighetsprövning.⁴⁷

Det faktum att besvärstiden endast är tre veckor begränsar med stor sannolikhet också effekten av institutet laglighetsprövning. Om ett kommunalt organ fattar ett beslut som kan överklagas är det med stor sannolikhet inte ovanligt att effekterna av beslutet blir kända först långt senare. I händelse av att en kommun fattar beslut om att starta ett företag som ska tillhandahålla vissa tjänster som i sig inte påverkar konkurrensen kan det vara svårt för potentiella konkurrenter att förutspå att det kommunala företaget också ska avsätta eventuell överskottskapacitet på den öppna marknaden. Det är dessutom troligt att effekterna av sådana kommunala beslut först kan uppmärksammas då verksamheten är i drift, vilket vanligtvis borde ta betydligt längre tid än de tre veckor som gäller som klagofrist enligt 10 kap. kommunallagen.

För att tillsynen ska kunna bli mer effektiv än vad som är fallet idag bör det därför övervägas om inte dagens klagofrist på tre veckor ska förlängas. En förlängd klagofrist skulle emellertid eventuellt kunna påverka effektiviteten i den kommunala verksamheten, då kommunerna i något större utsträckning skulle behöva riskera att verksamheten blev föremål för prövning. Huruvida en något minskad effektivitet i det avseendet är ett argument att fästa alltför stort avseende vid kan dock ifrågasättas. Även om det i vissa situationer skulle kunna vara angeläget för en kommun att med kort varsel vidta en särskild åtgärd, exempelvis lämna någon form av stöd till ett företag som tillhandahåller allmännyttiga tjänster, borde en något ökad osäkerhet inte avhålla kommunen från dylika åtgärder, utan endast medföra att kommunen gör en noggrann rättslig analys av den planerade åtgärden innan den verkställs. Det ska också nämnas att det inte finns någon frist inom vilken den danska tillsynsmyndigheten ska vidta åtgärder med anledning av ett kommunalt beslut som strider mot kommunalrätten – vilket inte tycks välla några egentliga problem i Danmark.⁴⁸

Även ifråga om tillsynen över kommunerna kan således lärdomar dras från dansk rätt.⁴⁹ Enligt min mening finns det anledning att överväga huru-

⁴⁶ Se ovan avsnitt 2.4.2.

⁴⁷ Se ovan avsnitt 2.4.2.

⁴⁸ Se ovan avsnitt 3.5.

⁴⁹ Jfr ovan avsnitt 3.4.

vida det borde skapas en tillsynsmyndighet som ges ansvaret för tillsynen över kommunerna som till viss del skulle ersätta institutet laglighetsprövning. Genom en sådan ändring av tillsynen skulle möjligheten till prövning inte vara beroende av om den som initierar en prövning är en kommunmedlem eller inte. Dessutom skulle det röra sig om en reell statlig tillsyn i och med att det skulle vara en statlig myndighet som granskar kommunernas ageranden. En lösning likt den danska skulle också tillgodose den kritik som riktats mot laglighetsprövningen som institut från några av näringslivets representanter.⁵⁰

Förslagsvis ges den ansvariga tillsynsmyndigheten befogenheter att fatta beslut om att ett visst kommunalt engagemang är olagligt och att engagemanget därför ska avvecklas samt att återgång av redan verkställda beslut ska realiseras då så är möjligt. Även interimistiska åtgärder bör stå till tillsynsmyndighetens förfogande. Följaktligen skulle tillsynsmyndigheten kunna förbjuda verkställigheten av ett kommunalt beslut fram tills dess att myndigheten avgjort ärendet. Sålunda skulle rättsläget ifråga om tillsynsmyndighetens befogenheter inte nämnvärt ändras i förhållande till vilka befogenheter som idag tillerkänns förvaltningsdomstolarna.⁵¹

Den föreslagna tillsynsmyndigheten bör kunna initiera prövningar *ex officio*. Sålunda måste det lämpligen inte behöva föreligga någon anmälan eller liknande för att ett en granskning ska kunna inledas. Däremot är det troligt att en granskning många gånger kan komma till stånd först efter att en konkurrent, kommunmedlem eller media uppmärksammat tillsynsmyndigheten på eventuella överträdelser av gällande bestämmelser. I likhet med den danska kommunalrätten bör det emellertid inte föreligga någon absolut plikt för myndigheten att genomföra en granskning om det är uppenbart att någon överträdelse av det gällande regelverket inte ägt rum.⁵²

Den föreslagna tillsynen görs också lämpligen subsidiär i förhållande till annan tillsyn över kommunerna, varför tillsynsmyndigheten inte ges kompetens att pröva ärenden som enligt lag ska följa ett annat prövningsförfarande.

⁵⁰ Se Ds 2001:17, s. 40. Jfr Riberdahl, 2000, s. 67 f.

⁵¹ Att införa sanktioner utöver de som redan idag kan aktualiseras, t.ex. i form av ett botesansvar för kommunfullmäktiges ledamöter i handelse av att dessa fattat grovt felaktiga beslut enligt danskt monster, ligger sannolikt långt bortom den svenska förvaltningens horisont varför ett sådant förslag knappast skulle vinna politisk acceptans även om det i viss mån skulle kunna främja de framtida kommunala beslutens forenlighet med gällande rätt. Jfr ovan avsnitt 3.4.1.

⁵² Jfr ovan avsnitt 3.4.1.

rande. På så sätt skulle den föreslagna tillsynen endast ersätta dagens laglighetsprövning.

Om tillsynsmyndigheten väljer att inte vidta några åtgärder borde det finnas utrymme för en subsidiär talerätt omfattande den som har ett rättsligt intresse i saken, exempelvis en konkurrent. En sådan subsidiär talerätt skulle skapa utrymme för en intresserad part att vända sig till förvaltningsdomstol för att få saken prövad trots att tillsynsmyndigheten valt att inte driva ärendet. På denna punkt skulle det föreslagna regelverket till viss del påminna om det förfarande som idag gäller på konkurrensrättens område ifråga om ålägganden.⁵³ Dessutom borde tillsynsmyndighetens beslut kunna överklagas varefter den kommunala åtgärden blir föremål för prövning i förvaltningsdomstol.

Den föreslagna tillsynen bör inte endast fokusera på formella kommunala beslut utan även på kommunala ageranden som inte föregåtts av något sådant beslut som idag fordras för att en laglighetsprövning ska komma till stånd. Genom en sådan reglering skulle en kommun inte kunna undkomma den statliga tillsynen genom att underlåta att fatta formella beslut.

Därutöver bör tillsynen också avse åtgärder som vidtas av kommunala bolag. Sedan kommunallagen trädde i kraft den 1 januari 1992 har kommunerna i stor utsträckning reformerat sina organisationer. Alltmer verksamhet som tidigare bedrevs i förvaltningsform bedrivs numera i kommunala bolag.⁵⁴ Omfattningen av denna förändring av kommunernas organisationer förutsågs sannolikt inte i samband med kommunallagens tillkomst. En ökad marknadsorientering bland kommunerna har hittills inte heller resulterat i förändringar av tillsynen över kommunerna. Numera är därför en mycket större del av den kommunala verksamheten undantagen från tillsyn i förhållande till vad som gällde tidigare. Således råder det idag något av en obalans ifråga om tillsynen över kommunerna i och med att laglighetsprövningen som *actio popularis* till viss del är en chimär. Det går också att ifrågasätta varför kommunal verksamhet ska kunna undandras från tillsyn endast på den grund att den drivs i en viss organisationsform. Genom att ändra tillsynen över kommunerna så att alla kommunala åtgärder, oavsett om de vidtas av den kommunala förvaltningen eller de kommunala bolagen, kan underställas en prövning undviks några av de brister som jag anser kännetecknar dagens reglering i och med att en kommun då inte kan undanhålla

⁵³ Se ovan avsnitt 4.5.

⁵⁴ Se ovan avsnitt 2.3.1, särskilt not 100.

viss verksamhet från den statliga tillsynen genom att bedriva verksamheten i privaträttslig form.

Ytterligare fördelar med den föreslagna ändringen av den statliga tillsynen över kommunerna är att det skulle röra sig om en reell statlig tillsyn, vilken både skulle vara arbetsbesparande för främst konkurrerande företag och underlätta för dessa företag att få en prövning till stånd. En åtgärd likt den föreslagna skulle eventuellt kunna medföra en något ökad anmälningsfrekvens varför kommunerna i större utsträckning, åtminstone initialt, skulle underställas en offentlig kontroll. I förlängningen skulle det likafullt kunna få till följd att kommunerna i större utsträckning än vad som kan misstänkas vara fallet idag agerar i enlighet med gällande regelverk.

10.3.1.3 En konkurrensrättslig reglering med kommunalrättsliga implikationer

Den kommunala kompetensen kan inte endast inskränkas genom att kommunalrätten ändras – ett liknande resultat kan också uppnås på konkurrensrättslig väg. Genom införandet av en bestämmelse i likhet med dem som föreslogs i Ds 2001:17 och i Näringsdepartementets promemoria skulle inte bara kommunernas möjlighet att agera på ett konkurrensbegränsande sätt begränsas utan också möjligheten att engagera sig i viss verksamhet.⁵⁵

En konkurrensrättslig reglering som ger en domstol möjlighet att förbjuda ett kommunalt företag att agera på ett visst sätt eller att bedriva en bestämd verksamhet om konkurrensen påverkas negativt skulle i några avseenden kunna vara att föredra framför en kommunalrättslig inskränkning av den kommunala kompetensen. Först och främst skulle en sådan reglering inte påverka de kommunala befogenheterna i samma utsträckning som en ändring av kommunallagen. Som exempel kan nämnas att de förslag som lämnades i Ds 2001:17 och i Näringsdepartementets promemoria i huvudsak var inriktade på enskilda ageranden varför de knappast kan tolkas som förslag på en generell inskränkning av den kommunala kompetensen.

Även det faktum att ett förbud likt de som föreslogs i Ds 2001:17 och i Näringsdepartementets promemoria sannolikt endast i undantagsfall skulle innebära att den kommunala kompetensen inskränks genom att verksamheten i sig förbjuds, medan huvudregeln torde bli att domstolen endast förbjuder på vilket sätt viss verksamhet bedrivs, skulle kunna tala för en konkurrensrättslig lösning. Däremot skulle en sådan lösning i undantagsfall kunna

⁵⁵ Se ovan avsnitt 9.3.

innebära att en viss åtgärd är kommunalrättsligt tillåten samtidigt som den inte överensstämmer med konkurrensrätten. Om en konkurrensrättslig lösning ska användas är det därför enligt min mening lämpligare om en sådan lösning kompletteras med en ändring också av kommunallagen som skulle innebära att de båda regelverken bättre harmonierar med varandra.

En konkurrensrättslig lösning likt de föreslagna riskera dessutom att inte vara lika effektiv som en inskränkning av den kommunala kompetensen i och med att den inte skapar några egentliga incitament för kommunerna att avstå från att bedriva artfrämmande verksamhet.

Trots kritiken mot förslaget ska det emellertid konstateras att konkurrensrätten mycket väl kan användas som verktyg för att minska konkurrensproblemen då kommunala och privata aktörer konkurrerar på gemensamma marknader – men kanske främst som verktyg för att öka konkurrensneutraliteten då kommunerna likväl tillåts bedriva näringsverksamhet i konkurrens med privata företag och som ett komplement till kommunalrättsliga lösningar.

10.3.2 Ökad konkurrensneutralitet

Som ett alternativ och många gånger ett komplement till att inskränka den kommunala kompetensen kan de aktuella konkurrenskonflikterna också angripas genom ett skapande av ökad konkurrensneutralitet – i och med att det är olika former av bristande konkurrensneutralitet som i stor utsträckning kännetecknar de aktuella konflikterna.⁵⁶ Även en ökad konkurrensneutralitet, såtillvida att förutsättningarna för att driva verksamhet i konkurrens med privata aktörer ändras för att åstadkomma ett s.k. *level playing field*, kan skapas både med hjälp av kommunalrätten och med hjälp av konkurrensrätten. Därtill kan konkurrensrätten förändras i en riktning som medför att den kommunala verksamhetens särdrag kan beaktas som ett led i den konkurrensrättsliga bedömningen. Inte sällan torde det dessutom krävas att båda regelverken korrigeras för att verklig konkurrensneutralitet ska kunna uppnås.

Skapandet av ökad konkurrensneutralitet ger sannolikt inte ett lika beständigt resultat på de aktuella konkurrenskonflikterna som att inskränka den kommunala kompetensen. När en kommunal aktör likväl tillåts engagera sig på den öppna marknaden finns alltid en viss risk för att konkurrensförhållandena påverkas. Det fordras inte heller lika ingripande kommunala

⁵⁶ Se ovan avsnitt 1.1, särskilt not 5 och 6.

åtgärder för att påverka konkurrensen då ett kommunalt företag redan finns representerat på marknaden i förhållande till de åtgärder som måste vidtas om kommunen först ska engagera sig i viss verksamhet.

10.3.2.1 Kommunalrättsliga åtgärder för att skapa ökad konkurrensneutralitet

Ett tydligt kommunalrättsligt förslag som i många avseenden med stor sannolikhet skulle leda till en ökad konkurrensneutralitet i situationer där kommunala och privata aktörer möts är att slopa självkostnadsprincipen på sådana marknader. Principen får i praktiken till följd att de kommunala företagen inte kan agera affärsmässigt i och med att privata företag som utgångspunkt inte bara ska tillämpa en prissättning som ger full kostnadsäckning utan att de också ska generera en viss vinst. Dessutom medför självkostnadsprincipen att alla former av gynnande av kommunala företag oundvikligen återspeglas i prissättningen.

I SOU 2007:72 lämnas som nämnts ett förslag med innebörd att självkostnadsprincipen inte ska tillämpas då kommunala företag ägnar sig åt inräktsfinansierad näringsverksamhet inom frivilliga icke lagreglerade områden på marknader som är ägnade för konkurrens. I princip anser jag det vara ett positivt förslag som i många fall mycket väl kan mildra de aktuella konkurrenskonflikterna. Som visas nedan finns det emellertid anledning att notera vad ett avskaffande av självkostnadsprincipen kan innebära på vissa marknader.

Det ska också nämnas att avskaffandet av självkostnadsprincipen i viss mån är en förutsättning för att andra lösningsförslag av konkurrensrättslig karaktär ska kunna ges full genomslagskraft. Som nämnts är inte konkurrenslagen tillämplig i de situationer ett konkurrensbegränsande agerande har sin grund i självkostnadsprincipen.⁵⁷ Om konkurrenslagen likväl skulle kunna tillämpas är det i viss mån också självkostnadsprincipen som ligger bakom att förbudet mot ett missbruk av en dominerande ställning inte kan användas som verktyg för att hantera de aktuella konkurrensproblemen.⁵⁸

En i sammanhanget minst lika problematisk kommunalrättslig princip som självkostnadsprincipen är underskottsprincipen. Underskottsprincipen innebär som tidigare nämnts att kommunerna själva som utgångspunkt kan välja vilken eller vilka verksamheter som ska finansieras av skatter respektive

⁵⁷ Se ovan avsnitt 4.2.1.3.

⁵⁸ Se ovan avsnitt 4.4.2.1.

avgifter och i hur stor utsträckning det ska göras.⁵⁹ Följaktligen är det underskottsprincipen som möjliggör för kommunerna att stödja egna företag, vilket ovillkorligen sedermera återspeglas i företagets prissättning i och med självkostnadsprincipens tillämpning. För att problemen med bristande konkurrensneutralitet ska kunna lösas fordras därför att underskottsprincipen avskaffas på de områden där kommunerna engagerar sig i näringsverksamhet i konkurrens med privata aktörer – oaktat om också självkostnadsprincipen upphävs.

I förbindelse härmed ska dessutom noteras att den danska kommunalrätten inte innehåller någon underskottsprincip, varför danska kommuner normalt inte får stödja egna företag som agerar på den öppna marknaden. Huvudregeln är också att den prissättning som tillämpas då danska kommuner utbjuder varor och tjänster i konkurrens med privata företag ska vara marknadsmässig, varför självkostnadsprincipen endast tillämpas i vad som kan betecknas som undantagsfall.⁶⁰ Avsaknaden av dessa principer i dansk rätt torde också i stor utsträckning bidra till att den begränsade näringsverksamhet som ändå bedrivs av de danska kommunerna inte påverkar konkurrensen i samma omfattning som de svenska kommunernas engagemang.

Ett bestämmelse liknande den danska regleringen föreslogs också implicit av den Kommunala kompetensutredningen i SOU 2007:72.⁶¹ Utredningen förordade att kommunerna inte själva skulle kunna avgöra vilken verksamhet som skulle omfattas av undantaget från självkostnadsprincipen genom att subventionera viss verksamhet, varför den föreslagna bestämmelsen i praktiken skulle utgöra ett kommunalrättsligt förbud mot att understödja egna företag – vilket i sig är ett frånsteg från den kommunalrättsliga underskottsprincipen. I syfte att underlätta kontrollen ifråga om hur den aktuella verksamheten finansieras skulle kommunerna dessutom enligt förslaget vara tvungna att särredovisa kommunal verksamhet som bedrivs på affärsmässiga grunder.

Även om också jag, i likhet med vad som blir konsekvensen av den Kommunala kompetensutredningens förslag, anser att underskottsprincipen bör avskaffas kan det ifrågasättas om inte de förslag som lämnas i utredningens betänkande borde ha relaterats till underskottsprincipen.

Som nämnts intog även den Kommunala kompetensutredningen ståndpunkten att förbudet i 2 kap. 8 § kommunallagen i stor utsträckning har-

⁵⁹ Se ovan avsnitt 1.1.

⁶⁰ Se ovan avsnitt 3.3. Jfr ovan avsnitt 5.4.

⁶¹ Se ovan avsnitt 9.5.

monierar med det EG-rättsliga förbudet mot statliga stöd i artikel 87.1 EG.⁶² Det finns emellertid avgorande skillnader mellan tillämpningsområdena för de båda bestämmelserna. Medan förbudet i artikel 87.1 EG förbjuder stöd till alla företag oavsett agare reglerar 2 kap. 8 § kommunallagen endast stöd till företag som inte ags av den aktuella kommunen. Foljaktligen skiljer sig tackningsområdet för de båda bestämmelserna åt väsentligt. Ett avskaffande av underskottsprincipen skulle således också medföra att den svenska kommunalrätten bättre skulle harmoniera med det EG-rättsliga förbudet mot statliga stöd.⁶³

Den prisreglering som råder på bostadsförsörjningens område skapar sannolikt inte några egentliga konkurrensproblem i och med att hyresregleringen innebar att också de privata bostadsföretagen måste tillhandahålla liknande tjänster på motsvarande villkor. Ett avskaffande av prisregleringen på bostadsmarknaden skulle således knappast påverka den aktuella konkurrenskonflikten utan troligtvis endast leda till att hyrorna höjs både i det kommunala bostadsbeståndet och i det privata bostadsföretagens lagenhetsbestånd.

De ifrågakommande konkurrensproblemen på bostadsmarknaden går istället att hänföra till underskottsprincipen, vilken i kombination med den reglering som begränsar de kommunala bostadsföretagens möjlighet att gå med vinst, riskerar påverka konkurrensneutraliteten. Under förutsättning att det inte förekommer några kommunala stöd som gynnar de kommunala bostadsföretagen; vilket tycks ha varit den svenska regeringens ståndpunkt, skulle ett avskaffande av underskottsprincipen knappast påverka villkoren på bostadsmarknaden. Om det däremot förekommer kommunala stöd skulle ett avskaffande av underskottsprincipen innebära att sådana kommunala åtgärder hade saknat förankring i kommunalrätten. Ett avskaffande av underskottsprincipen hade då kunnat resultera i högre hyror inom den kommunala allmannyttans bostadsbestånd. Som en konsekvens av det svenska hyressättningssystemet hade då även hyrorna inom det privata bostadsbeståndet riskerat att höjas något.

Det går dock inte att utesluta att ett avskaffande av underskottsprincipen skulle kunna medföra en ökad effektivitet inom de kommunala bostadsfore-

⁶² Se SOU 2007:72, s. 258 ff. Skillnaderna ifråga om tackningsområde mellan de båda förbudena uppmärksammades emellertid i ett av de utlåtanden som lämnades till utredningen, se Utlåtande avseende 2 kap. 8 § kommunallagen och EG:s statsstödsregler, Öberg & Associates AB, dnr Fi2006/04/2006/4, s. 31 f.

⁶³ Jfr ovan avsnitt 5.3.1

tagen i och med att en intern kostnadskontroll blir allt viktigare då de kommunala företagen med säkerhet vet att eventuella underskott inte kommer att täckas med kommunala medel. Det faktum att de privata bostadsföretagen kan tillhandahålla i det närmaste identiska tjänster på motsvarande villkor utan att erhålla några stöd talar också för att de kommunala bostadsföretagen borde kunna tillhandahålla de aktuella tjänsterna utan att höja hyrorna även om underskottsprincipen avskaffas.⁶⁴

Oavsett om hyrorna skulle behöva höjas något i samband med ett avskaffande av underskottsprincipen skulle det inte nödvändigtvis också behöva resultera i att de sociala uppgifter som i viss mån idag tillvaratas av de kommunala bostadsföretagen påverkas. Även om underskottsprincipen frångås finns det inget som hindrar att en kommun också fortsättningsvis styr ett kommunalt bostadsföretags verksamhet i önskad riktning. I händelse av att det uppkommer brister ifråga om sociala hänsyn på bostadsförsörjningens område i en kommun skulle kommunen alltjämt kunna ålägga det egna företaget att tillhandahålla bostäder åt exempelvis personer från utsatta grupper. Det finns inte heller något som skulle hindra att ett kommunalt bostadsföretag ersätts för eventuella merkostnader då företaget ifråga ges i uppgift att tillvarata ett sådant socialt intresse. För att konkurrensen inte ska påverkas fordras likafullt att den ersättning som utges inte överstiger bostadsföretagets merkostnader.⁶⁵

Då ett avskaffande av underskottsprincipen skulle medföra att den svenska kommunalrätten bättre skulle harmoniera med EG-rättens förbud mot statliga stöd hade också statsstödsärenden likt det som initierats av Fastighetsägarna i stor utsträckning kunnat undvikas.⁶⁶

Också på friskvårdsområdet torde ett avskaffande av både självkostnadsprincipen och underskottsprincipen kunna stärka konkurrensvillkoren. Genom sådana åtgärder skulle olika former av gynnande av kommunala gym vara olagliga och förhoppningsvis upphöra, vilket i förlängningen eventuellt skulle kunna leda till att kunderna får erlægga något högre avgifter för att ta de kommunala tjänsterna i anspråk. Under förutsättning att det

⁶⁴ Jfr ovan avsnitt 6.4.2.

⁶⁵ Jfr med mål C-280/00, Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, REG 2003 s. I-7747 och kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG, som behandlas ovan i avsnitt 6.4.2.

⁶⁶ Se CP 115/02 – Financial Support Granted to Swedish Municipal Housing Companies, återfinns på: <http://www.fastighetsagarna.se/system/article/article.asp?ArticleId=20910> (2007-11-30).

finns ett tillräckligt stort kundunderlag skulle dock högre priser på kommunala friskvårdstjänster kunna föra med sig ökad konkurrens då det härigenom skulle skapas bättre villkor för privata aktörer redan engagerade på marknaden eller – för det fall att privata alternativ saknas – bättre förutsättningar för privata aktörer att ta sig in på den aktuella marknaden.

Ett avskaffande av underskotts- och självkostnadsprincipen torde också vara positivt för att minska konkurrensproblemen av nämnda slag på restaurang- och konferensområdet. Med hänsyn till att det normalt inte saknas privata alternativ ifråga om restaurang- och konferensverksamhet finns det rimligtvis ingen överhängande risk för att följderna av ett avskaffande av de båda principerna skulle leda till någon monopolprissättning. Även om privata alternativ saknas på en viss marknad, och principernas avskaffande skulle leda till högre kommunala priser för de ifrågavarande tjänsterna, skulle det i förlängningen kunna leda till att nya aktörer tar sig in på marknaden i och med att inträdeshindren vanligtvis är tämligen låga. Det ska emellertid observeras att det i händelse av att kundunderlaget är otillräckligt kan uppkomma en situation då de båda principernas avskaffande kan leda till högre priser utan att nya aktörer kan ta sig in på marknaden. Risken för att det ska inträffa är däremot sannolikt inte så stor att det skulle uppväga förslagets positiva effekter.

Förslagen skulle förmodligen inte påverka det kommunala engagemanget ifråga om turistverksamhet i någon nämnvärd omfattning, i och med att det kommunala engagemanget på området normalt går att hänföra till stödande av privata företag, först och främst med hänvisning till turistbefogenhetslagen.⁶⁷

Som visats ovan torde ett avskaffande av självkostnadsprincipen mycket väl kunna ge positiva resultat såtillvida att antalet konkurrenskonflikter av ifrågavarande slag skulle minska om privata och kommunala aktörer ges möjlighet att konkurrera på villkor som är mer likvärdiga än vad som är fallet idag. Det finns emellertid också risker med ett avskaffande av självkostnadsprincipen som måste beaktas.

På marknader som idag kännetecknas av ett kommunalt engagemang utan egentlig konkurrens från privata företag, eller där en kommun har möjlighet att påverka konkurrensförhållandena, exempelvis ifråga om vilka privata aktörer som ska tillåtas engagera sig, skulle ett avskaffande av självkostnadsprincipen kunna medföra att priserna för brukarna stiger mer än

⁶⁷ Det kan också övervägas om inte turistbefogenhetslagen borde avskaffas, se ovan avsnitt 10.3.1.1.

erforderligt. Som exempel på ett område där liknande problem mycket väl skulle kunna uppkomma kan nämnas hamnsektorn. Om inte de avgifter kommunerna tar ut då de tillhandahåller olika former av hamntjänster, inklusive stuveritjänster, hade behövt motsvara självkostnaderna skulle risken för monopolprissättning kunna öka då det normalt saknas privata alternativ både till de kommunala hamnarna och till de kommunala stuveriföretag som normalt verkar i hamnarna.

Även om en monopolprissättning i ett enskilt fall skulle kunna angripas med stöd av konkurrenslagen kan det enligt min mening finnas anledning för lagstiftaren att beakta de ovan nämnda problemen och eventuellt införa en särreglering som medför att självkostnadsprincipen alltså skulle vara vägledande på marknader med överhängande risk för monopolprissättning, vilket fordras för att ett avskaffande av självkostnadsprincipen inte ska riskera bli kontraproduktivt.

10.3.2.2 Konkurrensrätten som medel för ökad konkurrensneutralitet

Ökad konkurrensneutralitet i det avseendet att det skapas ett *level playing field* kan också uppnås genom konkurrensrättsliga regleringar – likväl som förändringar av den svenska konkurrensrätten kan komplettera kommunalrättsliga ansträngningar på området. Som exempel på det senare kan nämnas det förslag som lämnats ifråga om att kommunal verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata aktörer ska omfattas av ett krav på särredovisning. En sådan reglering leder i sig inte till ökad konkurrensneutralitet men kan som ett komplement till andra åtgärder – oavsett om de är av kommunal- eller konkurrensrättslig karaktär – minska risken för att kommunala aktörer snedvrider konkurrensen.

Både Konkurrensrådet, Konkurrensverket (KKV) och den Kommunala kompetensutredningen har föreslagit att kommunal verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata aktörer ska redovisas särskilt vilket skulle öka transparensen på området.⁶⁸ KKV:s förslag, vilket torde vara det mest konkreta i sammanhanget, innebar att den lag som antogs för att Sverige skulle uppfylla kraven enligt transparensdirektivet skulle utformas så att inte endast offentliga företag med en omsättning på mer än 40 miljoner euro skulle vara tvungna att föra en separat redovisning, utan att kravet skulle ges allmän giltighet och omfatta även mindre offentliga företag.⁶⁹

⁶⁸ För respektive förslag se ovan avsnitt 9.2.2, 9.4.1 och 9.5.

⁶⁹ Se KKV:s rapport 2004:4, s. 112 f. Förslaget behandlas ovan i avsnitt 9.4.1.

Ett krav på särredovisning skulle medföra att kontrollen över huruvida kommunala företag på olika sätt gynnas av dess ägare, dvs. kommunerna, underlättas. Med hänvisning till att även utomstående intressenter, såsom konkurrenter, borde ges en större möjlighet att granska kommunerna och deras företag föreslog KKV dessutom att den separata redovisningen skulle vara offentlig.

För att de ovan föreslagna ändringarna ifråga om ett avskaffande av både underskottsprincipen och självkostnadsprincipen inte ska kunna kringgå av kommunerna torde ett krav på separat redovisning vara något av en grundförutsättning. Ett sådant krav underlättar med stor sannolikhet kontrollen av huruvida kommunerna stödjer egna företag. Det kan emellertid ifrågasättas om en ökad transparens verkligen skapar bättre förutsättningar för att hantera de aktuella problemen om de bakomliggande faktorer som är tänkta att åskådliggöras med en ökad insyn, dvs. offentliga stöd, även fortsättningsvis skulle vara tillåtna.

I sammanhanget ska också noteras att KKV föreslagit att kommunal verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata aktörer som huvudregel ska vara organisatoriskt åtskild från annan kommunal verksamhet.⁷⁰ Trots att det går att rikta viss kritik mot förslaget anser jag det vara en lämplig utgångspunkt, främst beroende på att det ytterligare skulle underlätta kontrollen ifråga om förekomsten av eventuella kommunala stödåtgärder.

Det kan också övervägas om ett eventuellt avskaffande av underskottsprincipen och självkostnadsprincipen borde kompletteras med ett konkurrensrättsligt förbud mot offentliga stöd, delvis enligt danskt mönster.⁷¹ Ett sådant förbud skulle kunna skapa bättre förutsättningar för att uppnå vad som kan betecknas som ett *level playing field*, där marknadens olika aktörer ges större möjlighet att konkurrera på lika villkor.⁷²

Även om det danska förbudet inte förändrat rättsläget ifråga om tillåtligheten av offentliga stöd, vilket det också kritiserats för,⁷³ kan ett liknande förbud ändå vara intressant i ett svenskt sammanhang då den offentliga stödgivningen därigenom skulle underställas en bättre kontroll. Att endast införa ett ytterligare kontrollorgan är däremot med stor sannolikhet inte ändamålsenligt fastän förbudet troligtvis haft viss effekt i Danmark – utan

⁷⁰ Se ovan avsnitt 9.4.1.

⁷¹ För en kort genomgång av det danska konkurrensrättsliga förbudet mot offentliga stöd, se ovan avsnitt 5.4.

⁷² Det kan emellertid ifrågasättas om ett nationellt förbud mot offentliga stöd skulle kunna vinna en bred politisk acceptans, se Näringsdepartementets promemoria, s. 32.

⁷³ Se ovan avsnitt 5.4.1.

ett sådant kontrollorgan måste ges både resurser och befogenheter att agera i samband med att offentliga aktörer lämnar otillåtna stöd som inte redan idag tillkommer andra myndigheter.

Ett eventuellt svenskt förbud skulle därför lämpligen vara något strängare än den danska bestämmelsen, vilken endast förbjuder stödåtgärder som redan är förbjudna enligt annan offentlig reglering. En svensk bestämmelse borde istället utformas så att alla stöd som inte direkt eller indirekt är påbjudna enligt lagstiftning eller enligt en förordning som utfärdats av regeringen efter riksdagens bemyndigande (i det följande en offentlig reglering) ska anses vara otillåtna, vilket också skulle fordras för att förbudet i praktiken skulle få någon effekt. En annan lösning, dvs. en lösning likt den danska, skulle i praktiken inte vara särskilt effektiv då stadgandet i 2 kap. 8 § kommunallagen inte förbjuder kommunerna att stödja egna företag, vilket också följer av underskottsprincipen. Genom en reglering likt den föreslagna skulle hänsynen till konkurrensen tillerkännas stor tyngd i sammanhanget samtidigt som andra samhällsintressen också skulle kunna ges full genomslagskraft under förutsättning att lagstiftaren tagit ställning i frågan. Följaktligen skulle en sådan reglering harmoniera mycket väl med konkurrenslagens nuvarande systematik ifråga om konkurrenslagens förhållande till offentliga regleringar.⁷⁴

Dessutom borde en eventuell svensk reglering, precis som den danska, innehålla andra sanktionsmedel än de som följer av EG-rätten på området. Om de enda sanktionerna som står till buds är att en pågående stödåtgärd ska upphävas och att redan utbetalt stöd ska återkrävas skapas något av en situation där de offentliga aktörerna inte riskerar något då man vidtar otillåtna stödåtgärder.⁷⁵ Följaktligen skulle ett eventuellt svenskt konkurrensrättsligt förbud lämpligen innehålla en sanktion i form av erläggande av en konkurrensskadeavgift.

Ett svenskt konkurrensrättsligt förbud mot offentliga stöd borde också kompletteras med en reglering rörande återkrav av olagliga stöd – oavsett om stöden strider mot nationell rätt eller mot EG-rätten. Då det idag saknas ändamålsenliga återkravsregler medför det att Sverige inte till fullo lever upp till den lojalitetsplikt som följer av artikel 10 EG.⁷⁶ För att undvika konflikter mellan gemenskapsrätten och den svenska rätten vad avser återkrav av

⁷⁴ Jfr ovan avsnitt 4.2.1.3.

⁷⁵ Jfr med den kritik som riktats mot EG:s statsstödsregler, se ovan avsnitt 5.3.4.1, särskilt not 197.

⁷⁶ Se ovan avsnitt 5.3.4.3.

olagligt utbetalt statsstöd måste därför rättsläget förtydligas, inte minst avseende återkrav av kommunala stöd. Den svenska nationella rätten på området bör således ändras för att uppnå bättre konformitet med gemenskapsrätten.

Ett sätt att åstadkomma tydligare regler på området skulle kunna vara att i lag införa en bestämmelse liknande den som återfinns i 21 § förordning (1988:764) om statligt stöd till näringslivet, vilken skulle tillämpas på alla sådana stöd som kan misstänkas omfattas av artikel 87.1 EG oavsett om de lämnas av statliga myndigheter eller av kommunala organ. Enligt bestämmelsen i 1988 års förordning ska som villkor vid allt statligt stöd gälla att stödåtgärderna får upphävas eller ändras och stödet återkrävas i händelse av att kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft eller efter det att EG-domstolen funnit att stödet strider mot statsstödsreglerna i fördraget. För att en liknande bestämmelse ska vara tillräckligt effektiv måste däremot villkoret göras allmängiltigt – varför inte endast positiva beslut ska vara villkorade utan alla stödåtgärder, oavsett form, som kan komma att strida mot gemenskapsrätten måste omfattas. Ett sådant stadgande bör också kompletteras med regler som medger för svenska domstolar att själva bedöma om en åtgärd omfattas av artikel 87.1 EG, och om så är fallet återkräva det aktuella stödet, i väntan på ett avgörande från kommissionen eller EG-domstolen. En sådan komplettering krävs för att den svenska nationella rätten bättre än idag ska kunna ge gemenskapsrättens *stand still*-krav faktisk verkan. Således måste ett återkrav kunna verkställas inte endast efter att kommissionen eller EG-domstolen fattat beslut om sådant, utan även i andra situationer vilka idag inte är reglerade i Sverige.

Nationella bestämmelser som uppfyller gemenskapens krav skulle emellertid kunna kritiseras utifrån stånpunkten att främst den kommunala självstyrelsen då ytterligare reduceras. Ett dylikt argument grundas däremot på en villfarelse – redan anslutningen till EES-avtalet innebar att den kommunala självstyrelsen inskränktes i och med att kommunerna då blev tvungna att agera i enlighet med EG:s statsstödsreglering. En bestämmelse som tydliggör villkoren rörande återkrav av olagliga statsstöd påverkar således inte den kommunala självstyrelsen, utan skulle endast öka rättssäkerheten för de inblandade aktörerna i och med att det nationella rättsliga vakuum som idag råder skulle kunna undvikas.

Under förutsättning att det förekommer kommunala stöd till egna bostadsföretag skulle ett konkurrensrättsligt förbud mot offentliga stöd i enlighet med det föreslagna kunna minska de aktuella konkurrensproblemen

på bostadsmarknaden i och med att det inte finns några bestämmelser som påbjuder kommunerna att gynna sådana företag. I sammanhanget ska också poängteras att underskottsprincipen ger kommunerna en möjlighet att stödja egna företag, men den tvingar inte dem att göra så, varför principen inte utesluter en tillämpning av den föreslagna bestämmelsen. I övrigt torde effekterna på bostadsområdet av ett nationellt förbud mot offentliga stöd bli desamma som ett avskaffande av underskottsprincipen.⁷⁷

Även på friskvårdsområdet borde ett konkurrensrättsligt förbud mot offentliga stöd kunna minska den aktuella konkurrenskonflikten och stärka konkurrensvillkoren i och med att det inte finns någon offentlig reglering som tvingar kommunerna att gynna egna friskvårdsföretag. Genom ett förbud likt det föreslagna skulle därför olika former av gynnande av kommunala gym vara olagliga och förhoppningsvis upphöra, i synnerhet om kommunerna skulle riskera att behöva erlagga någon form av konkurrensskadeavgift i samband med en överträdelse av förbudet.⁷⁸

Då det inte heller ifråga om kommunal restaurang- och konferensverksamhet finns någon offentlig reglering som föreskriver att kommunerna ska stödja dylik verksamhet skulle även sådana eventuella stöd träffas av det föreslagna förbudet. Som en följd av att det normalt inte saknas privata alternativ på marknaderna är risken för att kunderna på längre sikt ska drabbas av eventuella kommunala prishöjningar tämligen liten – bättre konkurrensvillkor på de aktuella marknaderna skulle snarare kunna leda till lägre priser.

Ett konkurrensrättsligt förbud mot offentliga stöd likt det föreslagna skulle av allt att döma inte påverka kommunernas drift av eventuella turistföretag i någon nämnvärd omfattning – i och med att det kommunala engagemanget på området normalt går att hänföra till stödjande av privata företag. Däremot skulle förslaget mest sannolikt leda till att den kommunala turistpolitiken i viss mån ändrar inriktning och i större utsträckning fokuserar på allmänt turistbefrämjande åtgärder som gynnar hela den lokala turistnäringen på ett för konkurrensen mindre ingripande sätt. Anledning till att den kommunala turistpolitiken troligtvis skulle ändra inriktning, oavsett turistbefogenhetslagens tillämpning, är att den senare i dagsläget visserligen ger kommunerna en möjlighet att lämna stöd som kan snedvrída konkurrensen,

⁷⁷ Jfr ovan avsnitt 10.3.2.1.

⁷⁸ Även ifråga om effekterna på friskvårdsmarknaden torde ett nationellt förbud mot offentliga stöd få samma konsekvenser som ett slopande av underskottsprincipen, se ovan avsnitt 10.3.2.1.

men den påbjuder inte sådana stöd. Kommunerna kan mycket väl vidta olika turistbefrämjande åtgärder med stöd av turistbefogenhetslagen utan att gynna enskilda företag på ett sätt som riskerar snedvrیدا konkurrensen. Då turistbefogenhetslagen ger kommunerna en viss valfrihet på området skulle därför inte heller en tillämpning av det föreslagna förbudet mot offentliga stöd uteslutas.

Ytterligare en åtgärd som skulle kunna öka konkurrensneutraliteten är att införa konkurrensregler som i viss mån tar hänsyn till de skillnader som råder mellan offentliga och privata företag och därigenom fylla de luckor som idag finns i konkurrenslagen ifråga om konkurrensbegränsningar som vidtas av kommunala företag. Förslag med en sådan innebörd lämnades i Ds 2001:17 och i Näringsdepartementets promemoria.⁷⁹ Förslagen avser i sig inte att skapa ett *level playing field*, utan syftar snarare till att skapa bättre förutsättningar för en ändamålsenlig tillämpning av konkurrensreglerna där i viss mån de kommunala företagens särdrag kan beaktas.

Förslagen i Ds 2001:17 och i Näringsdepartementets promemoria bygger på att kommunala företag inte behöver inta en dominerande ställning för att kunna påverka konkurrensen på ett negativt sätt. I och med att kommunala företag mycket väl kan ha en särställning på marknaden utan att för den skull vara ett dominerande företag i konkurrensrättslig mening skulle följaktligen en reglering likt de som föreslagits beakta de särskilda förhållanden som kommunala företag många gånger verkar under. Dessutom utgick förslagen ifrån att avsiktsrekvisitet inte skulle behöva vara uppfyllt för att ett agerande av ett offentligt företag skulle kunna angripas av de aktuella bestämmelserna. Denna del av förslagen får i allra högsta grad anses innebära att konkurrensneutraliteten ökar då det vanligtvis är just avsiktsrekvisitet som utesluter att förbudet i 19 § konkurrenslagen kan tillämpas på kommunala företag ägnar sig åt underprissättning.

Däremot anser jag att en reglering likt de som föreslagits i Ds 2001:17 och i Näringsdepartementets promemoria knappast skulle utgöra ett lämpligt verktyg för att hantera ifrågavarande konkurrenskonflikter. Först och främst beroende på att konkurrenslagen som nämnts sällan är tillämplig på kommunala aktörer för en aggressiv prissättningspolitik. I sådana situationer är den kommunala prissättningen, och därmed konkurrensbegränsningen, ett resultat av en offentlig reglering i form av självkostnadsprincipen, vilken vanligtvis är normerande för det kommunala avgiftsuttaget.⁸⁰

⁷⁹ Förslaget behandlas ovan i avsnitt 9.3.

⁸⁰ Se ovan avsnitt 4.2.1.3 och avsnitt 10.2.

Dessutom torde en reglering likt den som föreslagits i vissa fall kunna medföra att en kommun på konkurrensrättslig väg skulle kunna förbjudas att driva viss verksamhet, vilket enligt min mening är en mindre lyckad konstruktion. Även om ett sådant förbud endast skulle aktualiseras i undantagsfall är det tveksamt om ett konkurrensrättsligt förbud ska kunna ta sikte på något annat än på vilket sätt en viss verksamhet bedrivs.

Som tidigare nämnts påminner också de i Ds 2001:17 och i Näringsdepartementets promemoria föreslagna förbuden till viss del om det förslag till modifierat avsiktsrekvisit som lämnats av Norberg.⁸¹ Min mening är att ett förslag likt det som Norberg lämnat är att föredra i sammanhanget. Ett modifierat avsiktsrekvisit skulle kunna medföra att konkurrenslagen blev bättre anpassad att hantera problem som kan uppkomma då kommunala företag engagerar sig på den öppna marknaden, i och med att effekten på konkurrensen då prioriteras framför en aktörens bevekelsegrunder för att vidta en viss åtgärd.

Det går inte bara att utifrån en rättslig argumentation likt Norbergs kritisera avsiktsrekvisitet, utan det går dessutom att kritisera rekvisitet från utgångspunkten att det överhuvudtaget inte är anpassat för att tillämpas på kommunal verksamhet. Varför skulle en kommun som ska tillvarata ett allmänt kommunalt intresse ha för avsikt att eliminera konkurrenterna då kommunen därigenom både går miste om skatteintäkter och dessutom riskerar ökade utgifter till följd av att personal i den privata verksamheten friställs? Således finns det inneboende skillnader mellan kommunalt och privat företagande som borde medföra att det ställs andra konkurrensrättsliga krav på kommunerna.

Endast en modifiering av avsiktsrekvisitet är med stor sannolikhet inte en hållbar lösning. Om den kommunalrättsliga självkostnadsprincipen tvingar ett dominerande företag att tillämpa en viss prissättning som skulle kunna konstituera ett missbruk kan som nämnts en sådan konkurrensbegränsning inte angripas med stöd av förbudet i 19 § konkurrenslagen i och med att lagen inte ska tillämpas på konkurrensbegränsningar som är en direkt och avsedd effekt eller en ofrånkomlig följd av lagstiftning.⁸² Följaktligen måste också den kommunalrättsliga regleringen förändras för att en ändring av konkurrenslagen ska ge ämnad effekt – en isolerad modifiering av avsiktsrekvisitet skulle riskera att inte ge något resultat.

⁸¹ Se Norberg, 1999a, s. 232 f., se också ovan avsnitt 9.3.

⁸² Se prop. 1992/93:56, s. 70. Angående förhållandet mellan konkurrenslagen och offentliga regleringar se ovan avsnitt 4.2.1.3.

I sammanhanget ska också namnas att konkurrensreglerna bygger på att företag har en reell valfrihet; vilket också följer av att konkurrenslagen inte är tillämplig då en offentlig reglering tvingar ett företag att agera konkurrensbegränsande.⁸³ Om en underprissättning skulle anses utgöra ett missbruk i en situation då ett kommunalt företag endast agerar i enlighet med kommunallagens regler, kan företaget endast konstatera att det brutit mot konkurrenslagen, men kan i övrigt inte ändra sitt beteende i och med att det också har att följa kommunallagen. Effekten blir således att företaget ifråga måste välja mellan att agera i enlighet med konkurrensreglerna eller i enlighet med kommunallagens bestämmelser – vilket knappast kan anses vara en tillfredsställande ordning.

Även om de kommunala bostadsföretagen inte är helt fria att själv avgöra vilken prissättning som ska tillämpas till följd av stadgandet i Allbo-lagen, utesluts nödvändigtvis inte en tillämpning av konkurrenslagen i de situationer ett kommunalt bostadsföretag tillämpar en aggressiv prissättning i och med att lagen ger de kommunala bostadsföretagen ett visst utrymme att utforma en egen prissättningspolitik. Då den aktuella lagen i praktiken inte ger de kommunala bostadsföretagen en möjlighet att tillämpa en helt fri prissättning, i och med vinstbegränsningskravet i 1 §, kan inte heller avsikten med en viss prissättning vara att konkurrera ut övriga aktörer för att i ett senare skede agna sig åt monopolprissättning. Nuvarande lagstiftning innebär således att förbudet mot missbruk av dominerande ställning inte kan aktualiseras på dylika ageranden i och med att avsiktsrekvisitet omöjligt kan vara uppfyllt. Däremot skulle en tillämpning av ett modifierat avsiktsrekvisitet mycket väl kunna medföra att en prissättningspolitik som den i KKV dnr 847/93 (1993-12-28) hade kunnat angripas som konkurrensbegränsande, till gagn för de privata bostadsföretagen på marknaden.⁸⁴

Om en eventuell underprissättning däremot har sin grund i kommunala subventioner är det inte säkert att prissättningen alltid skulle kunna träffas av konkurrenslagens regler oavsett om avsiktsrekvisitet modifieras. Även om det kommunala bostadsföretaget tillämpar en prissättning som medger en viss utdelning till ägarna i enlighet med stadgandet i Allbo-lagen kan de aktuella subventionerna medföra att hyrorna ändå inte är marknadsmässiga.

⁸³ Inte heller överträdelse av gemenskapens konkurrensregler som har sin grund i att ett företag endast följer nationella bestämmelser kan som utgångspunkt träffas av några konkurrensrättsliga sanktioner, se mål C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) mot Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato*, REG 2003 s I-8055, p 53–55.

⁸⁴ Ärendet behandlas ovan i avsnitt 6.4.3.1 och 6.4.3.2.

I händelse av att dessa förutsättningar är uppfyllda skulle det kommunala bostadsföretaget inte kunna träffas av konkurrenslagens regler då företagets handlingsutrymme är tämligen begränsat, oavsett en eventuell tillämpning av ett modifierat avsiktsrekvisit. Följaktligen är endast en modifiering av avsiktsrekvisitet inte alltid en effektiv lösning om inte de bakomliggande problemen, dvs. eventuella subventioner, angrips.

Det är troligt att de aktuella problemen på friskvårdsområdet i vissa situationer hade kunnat angripas med stöd av konkurrenslagen om avsiktsrekvisitet hade avskaffats. I exempelvis KKV dnr 583/93 (1993-12-09) kom KKV till slutsatsen att den ifrågasatta prissättningen mest troligt utgjorde en form av missbruk, såtillvida att det pris Stockholms kommun tog ut per badbesök sannolikt understeg den genomsnittliga rörliga kostnaden, men att syftet med prissättningen uteslöt att förbudet i 19 § konkurrenslagen kunde tillämpas. Om syftet med den konkurrensbegränsande åtgärden hade varit irrelevant i sammanhanget, dvs. att avsiktsrekvisitet inte hade behövt beaktas, är det dock inte osannolikt att den ifrågavarande åtgärden hade kunnat angripas som olaglig i förhållande till konkurrensreglerna.

Av de i framställningen behandlade ärendena gällande kommunalt engagemang ifråga om restaurang- eller konferensverksamhet är det av allt att döma inga ärenden som hade fått en annan utgång i händelse av att KKV inte skulle ha tillämpat avsiktsrekvisitet. Även om den påstådda konkurrensbegränsningen i Konkurrensrådets yttrande dnr 16/03 troligtvis utgjordes av en underprissättning, såtillvida att kommunens prissättning inte gav full kostnadstäckning, är det ändå sannolikt att förbudet i 19 § konkurrenslagen inte hade kunnat tillämpas oavsett om avsiktsrekvisitet inte varit gällande, beroende på att den kommunala aktören av allt att döma inte intog en dominerande ställning på den relevanta marknaden.

Inte heller ifråga om kommunalt engagemang i turistverksamhet skulle ett avskaffande av avsiktsrekvisitet ha gjort någon egentlig skillnad vad gäller de behandlade konkurrensproblemen – åtminstone inte utifrån de i framställningen analyserade ärendena. Anledningen till ett sådant sannolikt utfall är att det kommunala engagemanget på turistområdet i allt väsentligt bedrivs i form av stödgivning till privata företag i enlighet med turistbefogenhetslagen och inte genom drift av egna turistföretag som konkurrerar med privata aktörer.

10.4 Några avslutande noteringar

Av det ovan anförda kan slutsatsen dras att endast en modifiering av konkurrensrätten inte är tillräcklig för att de aktuella konkurrenskonflikterna ska kunna lösas. Det fordras att kommunalrätten ändras, dels för att grunderna till de ifrågasvarande konkurrenskonflikterna ska kunna angripas, dels för att ett eventuellt konkurrensrättsligt förbud som tar sikte på de aktuella problemen ska kunna få genomslag.

Det går också att argumentera för att det borde ställas högre krav på kommunala företag ifråga om att agera på ett sätt som inte påverkar konkurrensen än vad som görs idag – först och främst beroende på att kommunala företag många gånger har något av en särställning på marknaden då de ytterst kan finansieras med skattemedel. Dessutom ska det i sammanhanget åter noteras att den kommunalrättsliga utgångspunkten, dvs. att kommunerna inte får engagera sig i egentlig näringsverksamhet, torde ha motiverats med hänsyn till konkurrensen. I de situationer kommunerna likväl engagerar sig i näringsverksamhet finns det därför goda skäl att fordra att konkurrenshänsyn prioriteras högre än vad som görs idag.

Det kan även finnas anledning att ifrågasätta hur hänsynen till konkurrensen ska balanseras i jämförelse med andra hänsyn. Även om samhället de senaste 30 åren i stor utsträckning ändrat karaktär genom en utveckling mot vad som kan betecknas som en marknadsstat,⁸⁵ kan inte bortses ifrån att samhället också bygger på andra värden som förutsätter att det tas exempelvis sociala hänsyn eller miljöhänsyn. Följaktligen fordras det en reglering som avgör vilka hänsyn som ska prioriteras då en konflikt uppstår mellan intresset av fungerande konkurrens och andra intressen. På gemenskapsrättslig nivå, dvs. då samhandelskriteriet är uppfyllt, återfinns en modell för hur olika hänsyn ska beaktas i artikel 86.2 EG.

Däremot torde en liknande reglering på nationell nivå inte vara att föredra i och med att den EG-rättsliga regleringen bygger på EG-rättens företräde framför nationell rätt – en svensk reglering som tvingar ett företag att bryta mot EG:s konkurrensregler leder inte per automatik till att hänsynen till konkurrensen får ge vika. Skulle den EG-rättsliga lösning tillämpas i nationell svensk rätt hade det kunnat innebära att lagstiftning som beaktar andra hänsyn än konkurrens hade fått stå tillbaka framför den svenska konkurrenslagen. Följaktligen anser jag den svenska avvägningen mellan konkurrenshänsyn och andra hänsyn, så som den kommer till uttryck i förarbe-

⁸⁵ Se ovan avsnitt 1.1.

tena till konkurrenslagen,⁸⁶ normalt är ändamålsenlig då utgångspunkten borde vara att riksdag och regering medvetet valt att bortse från hänsynen till konkurrensen då en konkurrensbegränsande offentlig reglering införts.⁸⁷ Lagstiftaren borde emellertid som nämnts beakta konkurrenshänsyn i större utsträckning i samband med utformningen av ny lagstiftning än vad som tycks göras idag. I samband därmed måste också analyseras vilka effekter den nya lagstiftningen kan få för konkurrenslagens tillämpning.⁸⁸

Det ska också nämnas att regler som tar sikte på att skapa ökad konkurrensneutralitet är mindre ingripande för kommunerna än regler som minskar det kommunala utrymmet för att engagera sig i näringsverksamhet. Oaktat ovanstående finns det enligt min mening anledning att ifrågasätta vilka uppgifter kommunerna egentligen ska ansvara för. Om kommunal verksamhet inte kan uppbäras av särskilda hänsyn, såsom sociala hänsyn, torde det finnas anledning att uttrycka tvivel om huruvida kommunerna ska tillåtas engagera sig på ett visst område om det riskerar skada konkurrensen. Således anser jag det vara tämligen naturligt att kommunerna tillåts engagera sig på bostadsmarknaden för att motverka segregation och social utslagning – under förutsättning att konkurrensen inte påverkas mer än nödvändigt. Däremot är det inte lika självklart att kommunerna också ska få engagera sig i konferens- eller restaurangverksamhet, eller att driva gym i konkurrens med privata aktörer, då sådana åtgärder knappast kan motiveras utifrån sociala hänsyn. Det är med stor sannolikhet också svårt att argumentera för att kommunerna är bättre lämpade än privata företag att tillhandahålla sådana tjänster. Det faktum att dylik verksamhet mycket väl kan erbjudas av privata aktörer talar också för att en kommun inte valt den för konkurrensen minst ingripande åtgärden om kommunen driver verksamheten istället för anlita ett privat företag för att ansvara för själva driften.

Även efter en eventuell ändring av kommunallagen i enlighet med det i avsnitt 10.3.1.1 lämnade förslaget skulle regleringen av den allmänna kommunala kompetensen vara tämligen vagt utformad, vilket också fortsätt-

⁸⁶ Se ovan avsnitt 4.2 1.3.

⁸⁷ Jfr Edwardsson, 2003, s. 24, där det anfors att en konkurrensbegränsande offentlig reglering inte nödvändigtvis är åsyftad utan kan vara en av lagstiftaren forbigången bieffekt. Den effekt självkostnadsprincipen kan ha på konkurrenslagens tillämpning torde utgöra just en sådan oforutsedd bieffekt, se exempelvis ovan avsnitt 10.3.2.1.

⁸⁸ Jfr med förordning (2008:530) om myndighetens inhamtande av yttrande från Regelrådet, var det stadgas att förvaltningsmyndigheter under regeringen som utgångspunkt ska inhämta yttrande från Regelrådet innan de beslutar om föreskrifter som kan få effekter av betydelse för företags arbetsförutsättningar och konkurrensförhållanden.

ningsvis krävs för att kommunallagen ska kunna ha karaktären av ramlagstiftning. Den närmare innebörden av kompetensbestämmelsen måste likaså i framtiden utformas genom praxis. Genom att i en generell lagstiftning som styr den allmänna kommunala kompetensen uppställa ett tydligt krav på proportionalitet mellan den kommunala åtgärden och de eftersträlvade målet med engagemanget kan det också skapas en form av ventil i systemet som möjliggör för ett kommunalt engagemang då det verkligen är påkallat. Till skillnad från dagens situation skulle den föreslagna regleringen emellertid tvinga förvaltningsdomstolarna, men också en eventuell tillsynsmyndighet, att fästa större avseende vid konkurrenshänsyn i sina avgöranden.

Det kan emellertid också argumenteras för att ett kommunalt engagemang även på det egentliga näringslivets område under särskilda omständigheter kan vara positivt ur konkurrenshänseende. Som exempel kan nämnas att den kommunala uppdragsverksamhet på trafikområdet som tillerkänns kommunerna genom lag (2005:952) om vissa kommunala befogenheter i fråga om kollektivtrafik i stor utsträckning har motiverats av en önskan att skärpa konkurrensen på de aktuella marknaderna.⁸⁹ Huruvida den kompetens som tillerkänts kommunerna på området verkligen medfört en ökad konkurrens kan dock ifrågasättas.⁹⁰ I teorin torde däremot konkurrensen på en marknad som kännetecknas av ett fåtal stora företag kunna stimuleras genom att kommunala aktörer tillåts engagera sig. För att ett kommunalt engagemang på ett visst område ska bli lyckosamt utifrån konkurrenshänsyn fordras emellertid att verksamheten bedrivs på marknadsmässiga villkor under konkurrensneutrala former.⁹¹ Om åtgärder av nyssnämnda karaktär behövs för att stimulera konkurrensen borde det från en principiell utgångspunkt inte finnas något som hindrar sådana arrangemang. Som en följd av att utgångspunkten är att kommunerna inte ska engagera sig på det egentliga näringslivets område – och då områden där kommunala aktörers medverkan kan stimulera konkurrensen med stor sannolikhet är sällsynta – är det emellertid knappast orimligt att fordra att ett sådant kommunalt engagemang har stöd i speciallagstiftning.

⁸⁹ Se ovan avsnitt 2.2.2.3

⁹⁰ Se Statskontorets rapport 2004:24, Bättre konkurrens med kommunala bussbolag? En utvärdering av försökslagen inom busslinjetrafiken, s. 41 ff.

⁹¹ Jfr Nilsson m.fl., 2005 s. 109 f. respektive Valkama, 2005, s. 256 och s. 246.

Summary

Introduction

It is common practice that Swedish municipalities sell services and utilities in competition with private undertakings. For example Swedish municipalities have been engaged in driving schools, sold plants from municipal plant schools, provided real estate maintenance services to private persons and companies, and municipal public baths have also been engaged in public gyms. Commitments on these areas have earlier in large extent been reserved to private operators and the area is therefore to be denoted as the proper business community.

The fact that the municipal operators in a larger extent engage in activities on the market which by tradition have been reserved for private undertakings, when private undertakings at the same time get access to many markets which recently have been subject to different types of liberalisations, risks creating competition problems; especially in situations when the municipal operators in various ways are being favoured by their owners, the municipalities.

In the present study the conflicts that often occur when municipal undertakings engage in business activities are being analysed in the light of the Swedish local government act, the competition legislation and the European prohibition against state aid. The analysis focuses not only on a general approach but also on three specific areas. The areas that are treated in particular concerns municipal rental housing, municipal gym services and municipal commitments in certain service sectors, as in restaurants and conferences, including municipal tourism industry.

Moreover the analysis results in a presentation of alternative strategies on how to solve or at least mitigate the competition problems that can arise when municipal operators compete with private companies. The alternative strategies that are presented are not built solely on an analysis of the above mentioned legislation and the specific areas but it is also based on proposals put forward in earlier enquiries and in the doctrine. Moreover inspiration for the alternative strategies is found in the comparative survey that is done, where first and foremost the Danish judicial system is analysed.

Content

In *Chapter 2* the legal provisions which create a scope for the municipalities to take an active interest in business activities is described, with special focus on the proper business community's area. Moreover, a principle that in many ways prevent municipal operators to act in accordance with what is normal behaviour when engaged in business activities, the self cost principle, is treated in the chapter.

Chapter 3 constitutes a short presentation of the Danish municipalities' possibilities to engage in business activities. The chapter also includes a short description of how the monitoring of the municipalities is organized.

In *Chapter 4* primarily the Swedish competition act is treated. In the chapter, focus is aimed against under which conditions the competition act at all is applicable. The analysis of the regulation results in the conclusion that the Competition Act (1993:20) in many cases cannot be used as a tool to handle distortions on competition in situations where municipal operators only act in accordance to the self cost principle; such distortions on competition is to be regarded as a necessary consequence of a public regulation; thus the Competition Act isn't applicable.

In the chapter the corresponding Danish provision is also presented. The Danish regulation concerning the relationship between anti-competitive regulations and the competition law gives the latter a greater impact in Danish law when compared to the Swedish regulation.

Even if the Swedish Competition Act would be applicable it can be discussed if it is an appropriate instrument to use when a municipal operator is acting in a way that disturbs the competition. When a municipal undertaking distorts competition the most likely prohibition to use is the prohibition against abuse of a dominant position, which is found in section 19 in the Swedish Competition Act. But in order for the prohibition to be applicable to an abuse in the form of an aggressive pricing the action taken by the undertaking must constitute a part of an anti-competitive plan; the undertaking in question must have the intention to create a monopoly situation with the aim to increase the prices in a later stage. But due to that the Swedish municipalities normally have to apply the self cost principle it is hard to argue that the intention with a certain pricing is to benefit from a monopoly situation. It is therefore established in the chapter that the Swedish Competition Act is not tailored to be applied in connection with anti-competitive measures taken by municipal operators.

Chapter 5 primarily describes relevant European Community legislation such as article 86 and the regulation concerning state aid in article 87–89 EU. The description of the provisions in the European Community legislation does not only function as a background for the examination of the above mentioned special areas of interest in those cases where one can assume that there might be an impact on trade between member states, but it also functions as starting point for the comparative part of the dissertation.

In connection with the examination of the prohibition against state aid in article 87 EU there is also a short presentation of the national Danish regulation concerning public aid. Also this excursion constitutes a basis for the comparative study.

In *Chapter 6* one of the areas where there according to the practice of the Swedish Competition Authority not seldom seems to arise competition conflicts stemming from the fact that municipal and private undertakings compete on the same markets – namely the market for housing rental – is examined.

The Swedish housing policy does not only aim to avoid housing shortage, but it also aims at holding down the costs for accommodation and tenants' protection of their possession. In order to achieve these goals there must be some sort of regulation preventing the housing companies from using their strong position on the market in order to raise their prices. Therefore the utility value system, which is found in the Tenancy Law (chapter 12 in regulation 1970:994), states how the rent should be established.

It has been stated that the Swedish regulation not only gives municipal undertakings an advantage in relation to the private operators on the market, but that it also stands in contradiction to the European state aid prohibition.

A closer analysis of the current regulation and how it has been interpreted by the courts contradicts such a statement. The regulation as such does not render any advantages to the municipal undertaking and thus doesn't affect the competition and is not to be seen as a breach of the prohibition in article 87 EU.

On the other hand it is established in the chapter that individual municipal aids to undertakings engaged in the housing market may well influence the competition and moreover can be considered to be inconsistent with the prohibition in article 87 EU. In the chapter it is also established that there is

no effective national tools in order to handle the above mentioned competition problems.

In *Chapter 7* an area that in some extent has been the symbol for the competition problems that can occur when municipal operators engage in the same markets as private undertakings is analysed, namely the market for gym services and other related services.

The municipal competence in the area is primarily based on its close connection to the municipal commitment concerning swimming facilities and other sports arenas. In addition the municipal gyms are often located at those kinds of facilities and so the municipal operators are able to draw advantage of those synergy effects that often arises, which due to the self cost principle results in low prices. Because the private undertakings don't benefit from any such advantages the characteristics of the markets in many ways are lack of competition neutrality.

The fact that the municipal operators normally have to take the self cost principle into consideration also results in that possible distortions of the competition due to aggressive pricing can't be addressed by the Swedish Competition Act – such distortions are to be considered as necessary consequences of a public regulation.

Even if one could apply the Competition Act the self cost principle normally would exclude a distortion of the competition in the form of an aggressive pricing policy to being prohibited by the provision concerning abuse of a dominant position – the intention with such a pricing is hardly to devote themselves to a monopoly pricing when their competitors have left the market.

Chapter 8 concerns the municipal commitment in certain service sectors, as in restaurants and conferences, including the tourism industry. The municipal engagement in the latter is not only based on competence given to the municipalities in the Local Government Act (1991:900), but the foundation for the commitment can also be found in the Tourism Authority Act (1968:131).

The municipal abilities on the area of running restaurants and conference facilities are in large extent of a complementary nature, which is why the municipalities only should engage in such activities when private undertakings don't provide corresponding services. It can be questioned whether the relatively extensive municipal activity on the areas actually should be held within the municipal competence in many cases.

As earlier stated the main principle when municipal operators engage in business activities is that the pricing should follow the self cost principle; which also applies for instance to municipal activities in the form of providing of restaurant services. In cases where a distortion of the competition in the form of an aggressive pricing occurs, which foundation could be found in some sort of advantage given to the municipal undertaking by its owner, the self cost principle normally excludes the possibility to apply the Competition Act.

Even if the Competition Act should be applicable one can argue that a distortion of the competition hardly can be attacked with the support of section 19 in the Competition act due to the fact that municipal undertakings engaged in such activities seldom have a dominant position on the relevant market.

In addition, it is probably very difficult to demonstrate that the intention with a possible distortion of the competition in the form of an aggressive pricing policy is a part of plan to devote itself to monopoly pricings, due to the application of the self cost principle.

In *Chapter 9* some of those proposals that have been presented in different investigations in order to solve or at least mitigate the competition problems that can arise when municipal operators competes with private companies are examined.

The proposals presented in the earlier investigations primarily aims to regulate the conditions under which municipal activities in competition with private undertakings should be carried out and does not focus on whether the powers of the municipalities to engage in business activities should be limited.

Conclusions

In the final chapter, *Chapter 10*, a general analysis of the current competition problems is presented. The conclusion is that the abilities given to the municipalities have been given a far too wide interpretation, especially with regard to what must be stated to have been the intention in connection with the adoption of the regulation concerning the abilities of the municipalities in the Local Government Act.

During the last 30 years society has in a large extent developed from what usually is considered to be a welfare state into what has been denoted as a market state where economic effectiveness is prioritised at the same time as the market in greater extent is used as a tool in order to achieve an effective

production and distribution of resources, and so the competition policy has become much more important. But this development seems not to have influenced the possibilities for the municipalities to engage in business activities, which can be argued to counteract the improvement of the market.

It is not only the abilities given to the municipalities that can be criticised; same applies to the Swedish competition regulation, because it is not tailored to handle the current problems. The competition problems that normally arises when municipal operators takes an active

interest in business activities in competition with private undertakings often relates to the fact that the municipal operators not only can, but due to the application of the self cost principle must, apply a pricing which in relation to the private undertakings is quite aggressive. Because the municipal operators normally are not free to formulate their own pricing policy such behaviours do not fall under the scope if the Swedish Competition Act.

Even if the Competition Act would be applicable in a certain case it is questionable if the provision in section 19 could be used as a tool to force the municipal operator to act in a way that is not disturbing the competition. A municipal operator can hardly be accused of having an intention to devote itself to monopoly pricing even if they are alone on the market.

In the chapter it is also established that the EU legislation concerning state aid seldom can be used to deal with municipal measures which benefit municipal undertakings and therefore creates problems concerning competition neutrality. The basis for this outcome is that municipal aid measures, for example the advantage given to a municipal gym located in the public swimming facility, hardly effect trade between member states even if the aid measure distorts the competition on the local market.

A conclusion is that today's regulation is not appropriate in order to handle the problems that can to arise when municipal operators compete on same markets as private companies. Therefore, alternative strategies on how to solve or at least mitigate the competition conflicts presented in the dissertation is also discussed in the final chapter.

The alternative strategies that are presented are of two different characters. On the one hand they are characterized by the will to avoid meetings between municipal and private operators in the way that the ability for the municipal operators to engage in business activities should be restricted with the Danish regulation as a pattern. On the other hand the alternative

strategies are based on the will to deal with the lacks of competition neutrality in the way that one should try to create a real level playing field. But the problems with inadequate competition neutrality can also be addressed by creating competition rules that takes the special conditions under which the municipal operators work under consideration.

Källförteckning

Svenskt offentligt tryck

Propositioner

- Prop. 1948:140. Kunglig Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag angående ändring i lagen den 6 juni 1930 (nr 251) om kommunalstyrelse på landet, m.m.; given Stockholms slott den 5 mars 1948
- Prop. 1968:44. Kunglig Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet; given Stockholms slott den 1 mars 1968
- Prop. 1968:91. Kunglig Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag angående ändring i lagen den 19 juni 1942 (nr 429) om hyresreglering m.m. och om fortsatt giltighet av lagen, m.m.; given Stockholms slott den 29 mars 1968
- Prop. 1970:153. Kunglig Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om vissa kommunala befogenheter i fråga om sysselsättning för handikappade; given Stockholms slott den 9 oktober 1970)
- Prop. 1973:90. Kunglig Maj:ts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.; given Stockholms slott den 16 mars 1973
- Prop. 1975:15. Förslag till ändring i lagen (1947:523) om kommunala åtgärder till bostadsförsörjningens främjande
- Prop. 1975/76:187. Om kommunal demokrati, ny kommunallag m.m.
- Prop. 1985/86:1. Förslag till ny plan- och bygglag
- Prop. 1985/86:154. Om kommunal tjänsteexport
- Prop. 1990/91:117. En ny kommunallag
- Prop. 1991/92:170. Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
- Prop. 1992/93:56. Ny konkurrenslagstiftning
- Prop. 1992/93:242. Minskad statlig reglering av kommunernas ansvar för boendefrågor
- Prop. 1993/94:188. Lokal demokrati
- Prop. 1993/94:200. Upphörande av Bostadsdomstolen m.m.
- Prop. 1994/95:27. Fortsatt reformering av instansordningen m.m. i de allmänna förvaltningsdomstolarna

- Prop. 1994/95:48. Tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler, m.m.
- Prop. 1995/96:154. Godkännande av en överenskommelse mellan Sverige och Lettland om ömsesidigt bistånd i tullfrågor
- Prop. 1995/96:167. Kommunal uppdragsverksamhet avseende kollektivtrafik, m.m.
- Prop. 1996/97:136. Ny ellag
- Prop. 1997/98:119. Bostadspolitik för hållbar utveckling
- Prop. 1999/2000:140. Konkurrentpolitik för förnyelse och mångfald
- Prop. 2000/01:42. Kommuner och landsting i internationell samverkan
- Prop. 2001/02:58. Allmännyttiga bostadsföretag
- Prop. 2001/02:167. Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning, m.m.
- Prop. 2003/04:80. Moderniserad konkurrensövervakning
- Prop. 2004/05:17. Kommunal medverkan i landstingens sjuktransporter
- Prop. 2004/05:140. Genomförande av transparensdirektivet
- Prop. 2004/05:159. Kommunal uppdragsverksamhet inom kollektivtrafiken
- Prop. 2005/06:100. 2006 års ekonomiska vårproposition
- Prop. 2005/06:115. Nationell utvecklingsplan för vård och omsorg om äldre
- Prop. 2005/06:80. Reformerad hyressättning
- Prop. 2007/08:1D23. Budgetpropositionen för 2008
- Prop. 2007/08:135. Ny konkurrenslag m.m.

Betänkanden

- Lagutskottets utlåtande 1947:53. Utlåtande i anledning av dels Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om kommunala åtgärder till bostadsförsörjningens främjande, dels ock i ämnet väckta motioner
- Bet. 1992/93:BoU19. Minskad statlig reglering av kommunernas ansvar för boendefrågor
- Bet. 1996/97:BoU7. Överlåtelse av allmännyttiga bostadsföretag eller deras bostäder
- Bet. 1997/98:NU3. Ny ellag
- Bet. 2000/01:NU4. Konkurrentpolitik för förnyelse och mångfald
- Bet. 2001/02:NU16. Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning, m.m.

Bet. 2002/03:KU21. Frågor om kommunal kompetens

Bet. 2004/05: NU16. Transparensdirektivet och vissa övriga konkurrens-
politiska frågor

Bet. 2007/08:NU14. Ny konkurrenslag m.m.

Statens offentliga utredningar

SOU 1947:53. Förslag angående ändringar i kommunallagarnas bestämmelser om borgerlig primärkommuns kompetens och om kvalificerad majoritet

SOU 1952:14. Förslag till kommunallag m.m.

SOU 1966:14. Ny hyreslagstiftning

SOU 1967:50. Kommunala befogenheter inom turistväsendet

SOU 1971:84. Kommunal kompetens

SOU 1982:41. Överklagande av kommunala beslut

SOU 1983:72. Kommunalt kunnande – Ett stöd för svensk export

SOU 1990:107. Den kommunala självkostnadsprincipens gränser

SOU 1990:24. Ny kommunallag

SOU 1991:59. Konkurrens för ökad välfärd

SOU 1991:104. Konkurrensen inom den kommunala sektorn

SOU 1995:105. Konkurrens i balans. Åtgärder för ökad konkurrensneutralitet vid offentlig prissättning m.m.

SOU 1996:156. Bostadspolitik 2000 – från produktions- till boendepolitik

SOU 1999:118. Kommunal uppdragsverksamhet inom kollektivtrafiken – utvärdering av försöksverksamheten

SOU 2000:117. Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor

SOU 2001:27. Allbo-kommitténs förslag till förbättringar av bostadspolitiken

SOU 2003:48. Införlivande av transparensdirektivet

SOU 2004:10. Rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen

SOU 2004:47. Näringslivet och förtroendet

SOU 2004:91. Reformerad hyressättning

SOU 2007:72. Kommunal kompetens i utveckling

SOU 2008:38. EU, allmännyttan och hyrorna

Departementsserien

Ds C 1987:5. Den ekonomiska förvaltningen i kommuner och landsting.
Förslag till ändringar i 4 kap kommunallagen (1977:179)

Ds 1992:18 Ny konkurrenslag

- Ds 1992:77. Hyresförhandlingar som de framstår i intervjuer m.m. med parterna. Underlagsrapport till utvärderingen av bruksvärdeshyressystemet
- Ds 1993:16. Avgifter inom kommunal verksamhet – förslag till modifierad självkostnadsprincip
- Ds 2001:17. Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor

Övrigt offentligt tryck

- Dir. 1997:145. Ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor
- Dir. 2000:83. Tilläggsdirektiv till utredningen om ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor
- Dir. 2001:102. Tilläggsdirektiv till utredningen om ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor
- Dir. 2002:73. Tilläggsdirektiv till utredningen om ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor
- Dir. 2002:157. Tilläggsdirektiv till utredningen om ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor
- Dir. 2003:82. Tilläggsdirektiv till utredningen om ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor
- Riksdagsskrivelse 2003/04:12
- Riksdagsskrivelse 2007/08:237
- Näringsdepartementets promemoria Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden (2008-06-26), återfinns på: <http://www.regeringen.se/sb/d/10685/a/108034> (2008-06-28)

Rapporter m.m.

- Boverkets rapport 1993:2, Svensk bostadsmarknad i internationell belysning, Årsbok från Boverket 1993
- Boverkets rapport, En studie av allmännyttiga bostadsföretag som kommunala instrument, 2006
- Kan kommunerna pressa matpriserna? KKV:s rapportserie 2001:4
- KKV:s yttrande dnr 379/2001 (2001-07-03) Remiss av betänkandet Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (SOU 2000:117) och departementspromemorian Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Ds 2000:17)
- KKV:s yttrande dnr 325/2007 (2007-08-14) Remiss av promemoria om mervärdesskatt vid under- och överprissättningstransaktioner, med flera frågor om mervärdesskatt

KKV:s yttrande dnr 540/2007 (2008-01-10) Remiss av betänkandet Kommunal kompetens i utveckling (SOU 2007:72)

Konkurrencen i Sverige under 90-talet – problem och förslag, KKV:s rapportserie 2000:1

Konkurrencen i Sverige 2005, KKV:s rapportserie 2005:1

Myndigheter och marknader – tydligare gräns mellan offentligt och privat, KKV:s rapportserie 2004:4

Nämnden för offentlig upphandling, NOU info mars 1-97

Statskontorets rapport 2004:24, Bättre konkurrens med kommunala bussbolag? En utvärdering av försökslagen inom busslinjetrafiken

Öka konsumentnyttan inom vård och omsorg – förslag för konkurrens och ökat företagande, KKV:s rapportserie 2007:3

Danskt offentligt tryck

Bemærkninger och betænkninger

Bemærkninger til lovforslag nr 67 af 16/02/1984, FT 1983/84, tilæg A

Bemærkninger til lovforslag nr L 172 af 20/02/1997, FT 1996/97, tillæg A

Bemærkninger til lovforslag nr L 70 af 24/02/2005, FT 2004/05, tilæg A

Betænkning afgivet af Erhvervsudvalget af 22/05/1997, FT 1996–97, tilæg B, s. 1149

Betænkning afgivet af Erhvervsudvalget af 18/05/2000, FT 1999/2000, tillæg B, s. 1290

Betænkning nr 1153/1988: Kommunerne og erhvervspolitikken

Betænkning nr 1268/1994: Fornyelse og effektivisering i den kommunale sektor

Betænkning nr 1395/2000: Statens tillsyn med kommunerne

Övrigt danskt offentligt material

Den almene boligsektors fremtid, Socialministeriet, 2006, s. 79

FOB 1975.380 s. 53

FOB 1992.584 R

FOB 1983.168

Konkurrencestyrelsen, Konkurrenceforhold ved udlejning af feriehuse, 2000

Ombudsmandens brev af 25. september 1987 (j.nr 1987-155-42)

Ændringsforslag til lovforslag nr L 242, FT 1999/2000, tillæg A, s. 6799

Det tvärministerielle udvalgs rapport om konkurrencebegrænsende erhvervsstøtte, 2000,

www.ks.dk/publikationer/konkurrence/publikationer-2000/20000209-rapport-om-konkurrencebegrænsende-erhvervsstoette (2007-10-16)

Kommissionens meddelanden och tillkännagivanden m.m.

16:th Report on Competition Policy 1986

Kommissionens riktlinjer, Tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EEG-fördraget på offentliga myndigheters deläggande, EU:s bulletin 9-1994 (ej längre gällande)

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad enligt EG:s konkurrenslagstiftning, EGT nr C 372, 09.12.1997

Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om medlemsstaternas åtgärder i fråga om krav på allmänna tjänster och slutande av avtal om allmänna tjänster avseende persontransporter på järnväg, väg och inre vattenvägar, KOM(2000) 7 slutlig, EGT nr C 365E, 19.12.2000, s. 169–178

Meddelande från kommissionen, Tjänster i allmänhetens intresse i Europa, EGT nr C 17, 19.01.2001

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd (Icke-officiellt dokument), Europeiska kommissionen, GD Konkurrens, 12/11/2002

Kommissionens tillkännagivande, Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artikel 81 och 82 i fördraget, EUT nr C 101, 27.04.2004, s. 81–96

Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter, EUT nr C 244, 01.10.2004, s. 2–17

Kommissionens dokument, Handlingsplan för statligt stöd – mindre men bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009, KOM(2005) 107 slutlig

Community Framework for State Aid in the Form of Public Service Compensation, /07/2005 D/52891, DGCOMP/D(2005) 179

Kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2005/842/EG), EUT nr L 312, 29.11.2005, s. 67–73

Meddelande från kommissionen, Genomförande av gemenskapens Lissabonprogram. Sociala tjänster av allmänt intresse, KOM (2006) 177

Kommissionens utkast till allmän gruppundantagsförordning:

http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/gber3_sv.pdf
(2008-06-14)

Kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT nr C 155, 20.06.2008, s. 10–22

Rättspraxis och övriga avgöranden

Avgöranden från EG-domstolen

Mål 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot Europeiska kol- och stålgemenskapens höga myndighet, Svensk specialutgåva s. 69; 173

Mål 6/64, Flaminio Costa mot E.N.E.L., REG Svensk specialutgåva s. 211; 205

Mål 14/68, Walt Wilhelm m.fl. mot Bundeskartellamt, REG 1969 s. 1, Svensk specialutgåva I s. 379; 158

Mål 70/72, kommissionen mot Tyskland, REG 1973 s. 813, Svensk specialutgåva s. 117; 198, 199

Mål 120/73, Gebrüder Lorenz GmbH mot Tyskland och Land/Rheinland/Pfalz, REG 1973 s. 1471, Svensk specialutgåva s. 177; 196, 198

Mål 127/73, Belgische Radio en Televisie mot SV SABAM och NV Fonior, REG 1974 s. 313, Svensk specialutgåva s. 249; 163

Mål 155/73, Giuseppe Sacchi, REG 1974 s. 409, Svensk specialutgåva II s. 269; 162

Mål 173/73, Italien mot kommissionen, REG 1974 s. 709, Svensk specialutgåva s. 321; 174, 181

Mål 36/74, B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch mot Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie och Federación Española Ciclismo, REG 1974 s. 1405; 116

Mål 27/76, United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen, REG 1978 s. 207, Svensk specialutgåva s. 9; 130, 133, 138

Mål 78/76, Steinicke och Weinlig mot Tyskland, REG 1977 s. 595, Svensk specialutgåva s. 329; 179

Mål 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommissionen, REG 1979 s. 461; 131, 138, 139

- Mål 90/76, S.r.l. Ufficio Henry van Ameyde mot S.r.l. Ufficio centrale italiano di assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale (UCI), REG 1977 s. 1091; 156
- Mål 61/79, Amministrazione delle finanze dello Stato mot Denkvit italiana Srl., REG 1980 s. 1205, Svensk specialutgåva s. 149; 173, 177
- Mål 730/79, Philip Morris Holland BV mot kommissionen, REG 1980 s. 2671, Svensk specialutgåva s. 303; 181, 182, 184, 192, 194, 241
- De förenade målen 188–190/80, Frankrike, Italien och Storbritannien och Nordirland mot kommissionen, REG 1982 s. 2545, Svensk specialutgåva VI s. 457; 155
- Mål 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen, REG 1983 s. 3461; 131, 137
- Mål 172/82, Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage m.fl. mot Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles" m.fl., REG 1983 s. 555; 156
- Mål 323/82, SA Intermills mot kommissionen, REG 1984 s. I-3809, Svensk specialutgåva s. 685; 174
- Mål 14/83, Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 1984 s. 1891; 196
- Mål 290/83, kommissionen mot Frankrike, REG 1985 s. 439, Svensk specialutgåva s. 39; 179
- Mål 226/84, British Leyland Public Limited Company mot kommissionen, REG 1986 s. 3263; 142
- Mål 234/84, Belgien mot kommissionen, REG 1986 s. 2321; 175
- Mål 248/84, Tyskland mot kommissionen, REG 1987 s. 4013; 178, 193
- Mål 40/85, Belgien mot kommissionen, REG 1986 s. 2321; 175
- De förenade målen 67, 68 och 70/85, Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV m.fl. mot kommission, REG 1988 s. 219, Svensk specialutgåva s. 305; 179, 240
- Mål 118/85, kommissionen mot Italien, REG 1987, s. 2599; 153, 154
- Mål 223/85, Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV mot kommission, REG 1987 s. 4617; 201
- Mål 57/86, Grekland mot kommissionen, REG 1988, s. 2855; 177
- Mål C-62/86, AKZO Chemie BV mot kommissionen, REG 1991 s. 3559, Svensk specialutgåva, s. 249; 140, 141, 259, 265
- Mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Linie Reisebüro GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., REG 1989 s. 803, Svensk specialutgåva s. 9; 156, 162

- De förenade målen 62 och 72/87, Exécutif régional wallon och SA Glaverbel mot kommissionen, REG 1988 s. 1573; 182
- Mål 94/87, kommissionen mot Tyskland, REG 1989 s. 175; 200
- Mål 102/87, Frankrike mot kommissionen, REG 1988 s. 4067; 183
- De förenade målen 106–120/87, Asteris AE m.fl. mot Grekland och Europeiska ekonomiska gemenskapen, REG 1988 s. 5515, Svensk specialutgåva s. 705; 177, 178
- Mål C-142/87, Belgien mot kommissionen, REG 1990 s. I-959, Svensk specialutgåva s. 369; 199, 200
- Mål C-301/87, Frankrike mot kommissionen, 1990 s. I-307, Svensk specialutgåva s. 303; 200
- Mål C-18/88, Régie des télégraphes et des téléphones mot GB-Inno-BM SA, REG 1991, s. I-5941; 162
- Mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen, REG 1991 s. I-1223; 158
- Mål C-303/88, Italien mot kommissionen, REG 1991 s. I-1433, Svensk specialutgåva s. I-115; 175, 179, 183
- Mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, REG 1990 s. I-3437, Svensk specialutgåva s. 499; 198, 199, 200, 201, 203, 205
- Mål C-305/89, Italien mot kommissionen, REG 1991 s. I-1603; 176, 179, 199
- Mål C-41/90, Klaus Höfner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH, REG 1991 s. I-1979; 117, 153, 168, 180
- Mål C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova SpA mot Siderurgica Gabrielli SpA, REG 1991 s. I-5889, Svensk specialutgåva XI s. I-507; 156, 161
- Mål C-69/91, Brottmål mot Francine Decoster, REG 1993 s. I-5335, Svensk specialutgåva Tillägg s. 99; 154
- De förenade målen C-72/91 och C-73/91, Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG och Seebetriebsrat Bodo Ziesemer of Sloman Neptun Schiffahrts AG, REG 1993 s. I-887, Svensk specialutgåva s. I-47; 176
- Mål C-92/91, Brottmål mot Annick Taillandier, REG 1993 s. I-5383; 154
- Mål C-159/91 och C-160/91, Christian Poucet mot Assurances générales de France och Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, REG 1993 s. I-637, Svensk specialutgåva, s. I-26; 118, 153
- Mål C-320/91, Brottmål mot Paul Corbeau, REG 1993 s. I-2533, Svensk specialutgåva, s. 77; 161, 165, 167, 169
- De förenade målen C-278/92, C-279/92 och C-280/92, Spanien mot kommissionen, REG s. I-4103; 174

- Mål C-387/92, Banco de Crédito Industrial SA mot Ayuntamiento de Valecia, REG 1994 s. I-877; 184, 185
- Mål C-393/92, Commune d'Almelo m.fl. mot NV Energiebedrijf Ijsselmij, REG 1994 s. I-147, Svensk specialutgåva s. I-89; 162, 163, 169
- Mål C-310/93, BPB Industries plc och British Gypsum Ltd mot kommissionen, REG 1995 s. I-865; 138
- Mål C-348/93, kommissionen mot Italien, REG 1995 s. I-673; 200
- Mål C-39/94, Syndicat français de l'Express international (SFEI) m.fl. mot La Poste m.fl., REG 1996 s. I-3547; 175, 198
- Mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997 s. I-5699; 158, 169
- Mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997 s. I-5789; 169
- Mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997 s. I-5815; 169
- Mål C-244/94, Federation Francaise des Societes d'Assurance m.fl. mot Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, REG 1995 s. I-4013; 153, 154
- Mål C-24/95, Land Rheinland-Pfalz mot Alcan Deutschland GmbH., REG 1997 s. I-1591; 199, 200
- Mål C-242/95, GT-Link A/S mot De Danske Statsbaner (DSB), REG 1997 s. I-4449; 161
- Mål C-343/95, Diego Cali & Figli Srl mot Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), REG 1997 s. I-1547; 119, 154
- Mål C-35/96, kommissionen mot Italien, REG 1998 s. I-3851; 154
- Mål C-67/96, Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie, REG 1999 s. I-5751; 152, 168
- Mål C-163/96, Brottmål mot Silvano Raso m.fl., REG 1998 s. I-533; 156
- Mål C-266/96, Corsica Ferries France SA mot Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova, m.fl., REG 1998 s. I-3949; 161
- Mål C-75/97, Belgien mot kommissionen, REG 1999, s. I-3671; 181
- Mål C-200/97, Ecotrade Srl mot Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS), REG 1998 s. I-7907; 239
- Mål C-404/97, kommissionen mot Portugal, REG 2000 s. I-4897; 199
- Mål C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) mot Københavns Kommune, REG 2000 s. I-3743; 156
- Mål C-324/98, Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telecom Austria AG, REG 2000 s. I-10745; 46
- Mål C-332/98, Frankrike mot kommissionen, REG 2000 s. I-4833; 184, 185
- Mål C-379/98, PreussenElektra AG mot Schhleswag AG, REG 2001 s. I-2099; 178

- Mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH mot Finanzlandesdirektion für Kärnten, REG 2001 s. 8365; 177, 180, 181
- Mål C-261/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2001 s. I-2537; 199
- Mål C-340/99, TNT Traco SpA mot Poste Italiane SpA m.fl., REG 2001 s. I-4109; 166, 167
- Mål C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner mot Landkreis Südwestpfalz, REG 2001 s. I-8089; 167
- Mål C-53/00, Ferring SA mot Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), REG 2001 s. I-9067; 181, 184, 185
- Mål C-280/00, Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, REG 2003 s. I-7747; 184, 185, 186, 187, 188, 190, 244, 245, 248, 249, 250, 254, 264, 361, 392
- Mål C-34/01, Enirisorse SpA mot Ministero delle Finanze, REG 2003 s. I-14243; 186
- Mål C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) mot Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, REG 2003 s. I-8055; 370
- De förenade målen C-264/01, 306/01, 354/01 och 355/01, AOK Bundesverband m.fl. mot Ichtyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. m.fl., REG 2004 s. I-2493; 117
- Mål C-345/02, Pearle BV m.fl. mot Hoofdbedrijfschap Ambachten, REG 2004 s. I-7139; 196
- Mål C-205/03 P, Federacion de Empresas de Instrumentacion Cientifica Media Tecnica y Dental (FENIN), REG 2006 s. I-6295; 119
- Mål C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Commune di Cingia de' Botti och Padania Acque SpA, REG 2005 s. I-7287; 46
- Mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl mot Giuseppe Calafiori, REG 2006 s. I-2941, s. 186
- Mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Brixen Kommune och Stadtwerke Brixen AG, REG 2005 s. I-8612; 46

Avgöranden från förstainstansrätten

- Mål T-83/91, Tetra Pak International SA mot kommissionen, REG 1994 s. II-755; 137, 138
- Mål T-459/93, Siemens SA mot kommissionen, REG 1995 s. II-1675; 192
- De förenade målen T-528, 542, 543 och 546/93, Metropole télévision SA m.fl. mot kommissionen, REG 1996 s. II-649; 170

- Mål T-106/95, Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) m.fl. mot kommissionen, REG 1997 s. II-229; 161, 184, 185, 191
- Mål T-296/97, Alitalia – Linee aeree italiane SpA mot kommissionen, REG 2000 s. II-3871; 175
- Mål T-157/01, Danske Busvognmænd mot kommissionen, REG 2004 s. II-917; 186
- Mål T-274/01, Valmont Nederland BV mot kommissionen, REG 2004 s. II-3145; 186

Kommissionens beslut

- Kommissionens beslut 26.07.1976, 76/743/EEC, Reuter/BASF, EGT nr L 254, 17.09.1976, s. 40; 116
- Kommissionens beslut 26.05.1978, 78/516/EEC, RAI/Unitel, EGT nr L 157, 15.06.1978, s. 39; 116
- Kommissionens beslut 31.07.1991, 92/11/EEC, Toyota, EGT nr L 6, 11.01.92, s. 36–44, s. 177
- Kommissionens beslut 20.03.1996, 96/34/EG, EGT nr L 180, 19.07.1996, s. 31–33; 178
- Kommissionens beslut 17.04.2001, SG (2001) D/287753, EGT nr C 172, 06.07.2001, s. 16 (ärende N 770/2000); 304
- Kommissionens beslut 02.05.2001, SG (2001) D/288280, EGT nr C 199, 14.07.2001, s. 13 (ärende N 822/2000); 305
- Kommissionens beslut 11.06.2001, SG(2001) D/289093, EGT nr C 234, 18.08.2001, s. 12 (ärende N 43/2001); 304
- Kommissionens beslut 03.07.2001, SG (2001) D/ 289528, EGT nr C 67, 16.03.2002, s. 33 (ärende N 209/2001); 242, 247
- Kommissionens beslut 07.11.2001, C(2001)2990, EGT nr C 32, 05.02.2002, s. 19 (ärende N 710/2000); 304
- Kommissionens beslut 15.01.2002, C(2002)11fin, EGT nr C 59, 06.03.2002, s. 25 (ärende N 832/2000); 304
- Kommissionens beslut 21.01.2002, C(2002) 139, EGT nr C 77, 05.04.2002, s. 25 (ärende N 436/2001); 304
- Kommissionens beslut 09.04.2002, C(2002) 1191, EUT nr L 183, 22.07.2003, s. 19–29 (ärende C 42/2000); 304
- Kommissionens beslut 02.08.2002, C(2002) 2980, EUT nr L 91, 08.04.2003, s. 31–32 (ärende C 42/2001), s. 304
- Kommissionens beslut 21.01.2003, EUT nr C 97, 24.04.2003, s. 10 (ärende NN 136a/2002), s. 305

- Kommissionens beslut 02.03.2003, C(2003)902fin, EUT nr C 202, 27.08.2003, s. 22 (ärende N 430/2002); 304, 305
- Kommissionens beslut 02.06.2003, C(2003) 1811, EUT nr C 230, 26.09.2003, s. 3 (ärende N 77/2003-78/2003); 306
- Kommissionens beslut 17.09.2003, C(2003) 3241, EUT nr L 61, 27.02.2004, s. 69 (ärende C 53/2002); 304
- Kommissionens beslut 30.06.2004, C(2004)2200fin, EUT nr C 137, 04.06.2005, s. 5 (ärende N 156/2004); 173
- Kommissionens beslut 07.07.2005, C (2005)4668 final, EUT nr C 77, 05.04.2007, s. 1–2 (ärende N 395/2005); 247
- Kommissionens beslut 14.07.2005 (ärende E 2/2005); 242
- Kommissionens beslut 30.01.2008, C (2008) 311 slutlig, EUT 2008 nr C 126, 14.05.2008, s. 3–10 (ärende C 35/2006); 173, 340

Avgöranden från Regeringsrätten

- | | |
|---------------------|----------------------------|
| RÅ 1941 ref. 4; 290 | RÅ 1968 K 61; 47 |
| RÅ 1941 S 36; 58 | RÅ 1968 K 444; 291 |
| RÅ 1951 I 65; 287 | RÅ 1968 K 726; 49, 290 |
| RÅ 1952 I 263; 290 | RÅ 1968 K 728; 44, 49, 290 |
| RÅ 1953 I 107; 48 | RÅ 1968 K 1770; 51 |
| RÅ 1953 I 239; 290 | RÅ 1968 K 1898; 297 |
| RÅ 1954 I 237; 287 | RÅ 1969 C 42; 292 |
| RÅ 1955 I 177; 287 | RÅ 1970 ref. 13; 297 |
| RÅ 1956 I 27; 291 | RÅ 1970 C 70; 42 |
| RÅ 1958 ref. 7; 57 | RÅ 1970 C 85; 42, 268 |
| RÅ 1958 I 225; 291 | RÅ 1970 C 86; 268 |
| RÅ 1959 I 107; 287 | RÅ 1970 C 260; 49 |
| RÅ 1960 I 57; 287 | RÅ 1970 C 400; 44 |
| RÅ 1960 I 187; 44 | RÅ 1971:12; 67 |
| RÅ 1962 I 131; 290 | RÅ 1971 C 283; 292 |
| RÅ 1963 I 12; 291 | RÅ 1971 C 284; 292 |
| RÅ 1963 I 161; 291 | RÅ 1971 C 378; 290 |
| RÅ 1963 I 207; 291 | RÅ 1971 C 381; 292 |
| RÅ 1964 I 61; 290 | RÅ 1972 C 85; 268 |
| RÅ 1964 I 86; 47 | RÅ 1972 C 164; 296 |
| RÅ 1966 I 133; 268 | RÅ 1973 A 165; 42, 268 |
| RÅ 1966 I 152; 292 | RÅ 1973 A 343; 48 |
| RÅ 1967 I 29; 42 | |

RÅ 1974 A 973; 42, 268

RÅ 1974 A 1426; 51

RÅ 1974 A 2082; 44

RÅ 1975 Ab 258; 268

RÅ 1975 Ab 327; 42

RÅ 1976 Ab 236; 42

RÅ 1976 Ab 242; 224

RÅ 1977 ref. 77; 44

RÅ 1979 Ab 12, s. 44, 293

RÅ 1979 Ab 14, s. 48, 68

RÅ 1979 Ab 54; 51

RÅ 1979 Ab 320; 295

RÅ 1979 Ab 519; 42

RÅ 1980 Ab 123; 48

RÅ 1980 Ab 437; 296

RÅ 1980 2:57; 65

RÅ 1982 2:60; 48

RÅ 1988 not 581; 293, 311

RÅ 1990 ref. 96; 46

RÅ 1992 ref. 52; 59

RÅ 1992 ref. 61; 48

RÅ 1992 ref. 64; 204

RÅ 1993 ref. 12; 49

RÅ 1993 ref. 35; 268, 293, 294

RÅ 1995 ref. 98, s. 293

RÅ 1997 ref. 47; 227, 228,

232, 263

RÅ 2000 ref. 1; 49, 64

Regeringsrättens beslut 2007-03-07,

mål nr 6663-04; 239

Avgöranden från Högsta domstolen

NJA 1973 s. 725; 70

NJA 1992 s. 375; 69

Högsta domstolens dom 2008-02-19, mål nr T 2808-05; 60

Avgöranden från Marknadsdomstolen

MD 1989:28; 19

MD 1996:15; 134

MD 1997:11; 134

MD 1997:17; 116

MD 1998:15; 137, 138

MD 2002:2; 140

Avgöranden från Stockholms tingsrätt

Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-294-96, Nordic Hälsotek AB/Malmö kommun (1997-05-26); 134

Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-1192-96, KKV/Konsortiet Scandinavian Airlines System (1998-06-11); 116, 139

Stockholms tingsrätts dom i mål Ä 8-94-96, Telia Mobile AB/KKV (1998-06-11); 135

Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-292-97, KKV/Nitro Nobel AB (1998-06-22); 131, 134

Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-723-98, KKV/Stenungsunds kommun
(1998-09-09); 117, 137, 140, 146, 259, 269, 271, 275

Stockholms tingsrätts dom i mål T 8-103-96, KKV/Statens Järnvägar
(1998-12-08); 131, 138

Övriga svenska avgöranden

Kammarrättens i Stockholm dom 2004-10-20, mål nr 4919-03; 239

Kammarrättens i Stockholm dom 2006-04-26, mål nr 6516-05; 269, 283

Kammarrättens i Sundsvall dom 2008-04-09, mål nr 1715-06; 174

Kammarrättens i Jönköping dom 2007-12-20, mål nr 2494-07; 51

Länsrättens i Jämtlands län dom 2006-05-24, mål nr 791-05; 174

RH 1999:90; 231, 236, 339

Göta hovrätts dom T 33-00, Staten genom Luftfartsverket/Scandinavian
Airlines System (2001-04-27); 146

RBD 44:79; 231

RBD 12:94; 231

JO 1987/88 s. 258; 204

KKV:s beslut

KKV dnr 431/93 (1993-11-26); 122

KKV dnr 530/93 (1993-08-30); 117, 141, 276

KKV dnr 556/93 (1993-12-02); 118

KKV dnr 583/93 (1993-12-09); 117, 134, 141, 273, 285, 350, 371

KKV dnr 677/93 (1993-12-22); 116

KKV dnr 698/93 (1993-12-02); 117

KKV dnr 803/93 (1993-12-22); 238, 254

KKV dnr 847/93 (1993-12-28); 141, 256, 259, 266, 370

KKV dnr 864/93 (1994-01-27); 122

KKV dnr 905/93 (1994-04-13); 122

KKV dnr 1013/93 (1994-05-02); 118

KKV dnr 1019/93 (1994-01-27); 122

KKV dnr 1021/93 (1994-03-24); 118

KKV dnr 1115/93 (1994-05-19); 116

KKV dnr 1194/93 (1994-12-29); 136

KKV dnr 1317/93 (1994-03-21); 116

KKV dnr 1379/93 (1994-04-26); 118

KKV dnr 1471/93 (1997-01-30); 121

KKV dnr 1479/93 (1994-11-24); 117
KKV dnr 31/94 (1994-08-25); 119, 122
KKV dnr 118/94 (1994-08-23); 142
KKV dnr 139/94 (1995-01-26); 118, 254
KKV dnr 241/94 (1994-08-25); 119, 122
KKV dnr 311/94 (1994-08-25); 119, 122
KKV dnr 432/94 (1996-06-27); 119, 122
KKV dnr 451/94 (1994-12-09); 135, 136
KKV dnr 641/94 (1994-10-27); 118
KKV dnr 685/94 (1994-06-30); 275, 285
KKV dnr 712/94 (1996-03-05); 143
KKV dnr 744/94 (1995-06-30); 136
KKV dnr 769/94 (1995-05-02); 133, 135
KKV dnr 925/94 (1995-11-06); 133, 135
KKV dnr 1124/94 (1995-03-30); 119
KKV dnr 1175/94 (1995-04-27); 140
KKV dnr 1035/94 (1995-05-18); 134
KKV dnr 271/95 (1995-06-14); 118
KKV dnr 347/95 (1996-01-24); 135
KKV dnr 634/95 (1995-07-05); 119
KKV dnr 1044/96 (1999-01-08); 121
KKV dnr 820/1998 (1999-03-02); 275
KKV dnr 51/1999 (1999-03-04); 268, 277
KKV dnr 451/1999 (1999-05-27); 302
KKV dnr 787/2002 (2002-09-30); 52
KKV dnr 332/2003 (2003-03-19); 52

Konkurrensrådets yttranden

Konkurrensrådets yttrande dnr 28/98 (1999-03-16) Analys av konkurrens-
villkoren för företag på marknaden för gymtjänster; 269, 270, 284
Konkurrensrådets yttrande dnr 47/98 (2000-03-29) Klagomål mot Skinn-
skattebergs kommun – resebyråverksamhet; 300
Konkurrensrådets yttrande dnr 35/01 (2002-05-30) Ifrågasatt dansverk-
samhet – Lunds kommun; 278
Konkurrensrådets yttrande dnr 13/02 (2002-11-14) Angående ifrågasatt
subventionering av turistverksamhet – Hässleholms kommun; 300
Konkurrensrådets yttrande dnr 2/03 (2003-06-16) Ifrågasatt försäljning av
friskvårdstjänster – Stockholms kommun; 278

Konkurrenserådets yttrande dnr 5/03 (2003-06-16) Angående ifrågasatt restaurangverksamhet inom Västerbergslagens Utbildningscentrum; 301

Konkurrenserådets yttrande dnr 6/03 (2003-05-19)

Angående ifrågasatt uppsägning av avtal – Örebro kommun; 302

Konkurrenserådets yttrande dnr 16/03 (2003-12-16)

Ifrågasatt konferensverksamhet – Örebro kommun; 302, 371

Danska rättsfall m.m.

UfR 1956.440 H; 103

UfR 1963.914 V; 103

UfR 1981.637 H; 100

UfR 1990.601 H; 101

UfR 1992.699 H; 101

UfR 2003.841 H; 78

Vestre Landsrets utrykte dom af 17. juni 1996

(1. instanssag B-0604-94); 83

Tillsynsrådets for Viborg Amts brev af 23. april 1997

(2. k.kt., j.nr. 1993-951/42); 94

Beslut från Konkurrenserådet

Konkurrenserådets afgørelse af 28. april 1999,

Klage over Horsens Kommunes åbning af internetcafeer; 126

Konkurrenserådets avgörande från den 27. oktober 1999,

Aftale mellem Amtsrådsforeningen og Falck; 128

Konkurrenserådets afgørelse af 28. august 2002, Klage over

konkurrenceforvridende drift af solcenter i Varde Svømmehal

(journal nr 3:1120-0100-0339/Infrastruktur/sum); 280

Konkurrenserådets afgørelse af 2002-11-27, Københavns Kommunes Tolke-

formidling (Journal nr 3/1120-0100-0125/Service/bhh); 213, 218

Konkurrenserådets afgørelse af 2006-09-27, Portal Fyn.dk

(Journal nr 4/0120-0100-0002SEK/DRP); 212

Indenrigsministeriets uttalanden (numera Velfærdsministeriet)

Indenrigsministeriets brev af 14. august 1986 (2. k.kt, j.nr. 1983/1111-41);

92

Indenrigsministeriets brev af 19. juni 1987 (2. k.kt., j.nr. 1987/1136-1); 88

Indenrigsministeriets brev af 28. juni 1988 (2. k.kt, j.nr. 1988/1126/0800-1);

92

- Indenrigsministeriets skrivelse af 21. december 1988
(1. k.kt., j.nr. 1050-11/1988); 97
- Indenrigsministeriets brev af 30. oktober 1990
(2. k.kt., j.nr. 1989/1138/0622-1); 77
- Indenrigsministeriets brev af 15. november 1990
(2. k.kt., j.nr. 1990/1131-28); 94
- Indenrigsministeriets brev af 23. juni 1991
(2. k.kt., j.nr. 1989/1115-15); 82, 84, 87
- Indenrigsministeriets brev af 15. november 1991
(2. k.kt., j.nr. 1988/1128/1416-1); 89
- Indenrigsministeriets brev af 7. januar 1992
(2. k.kt., j.nr. 1992/1122/561-1); 85
- Indenrigsministeriets brev af 6. april 1992
(2. k.kt., j.nr. 1990/1125/1216-1); 83
- Indenrigsministeriets brev af 13. november 1992
(2. kt., j.nr. 1992/1124/050-1); 90
- Indenrigsministeriets brev af 17. november 1992
(2. k.kt., j.nr. 1992/1124-101-1); 95, 97
- Indenrigsministeriets brev af 17. november 1992
(2. k.kt., j.nr. 1992/1124-101-2); 91
- Indenrigsministeriets brev af 28. december 1993
(2. k.kt., j.nr. 1993/1121/499-1); 82
- Indenrigsministeriets brev af 24. februar 1994
(2. k.kt., j.nr. 1992/1126/200-1); 84
- Indenrigsministeriets brev af 30. juni 1995
(2. k.kt., j.nr. 1992/1124/537-1); 89, 91
- Indenrigsministeriets brev af 15. december 1995
(2. k.kt., j.nr. 1993/1130/653-1); 79
- Indenrigsministeriets brev af 2. april 1996
(2. k.kt., j.nr. 1992/1125/461-1); 95
- Indenrigsministeriets svar till Folketingets skatteudvalg af 10. maj 1996
(j.nr. 1996-1112-16); 280
- Indenrigsministeriets brev af 1. oktober 1996
(2. k.kt., j.nr. 1992/1124/101-3); 96, 280, 281
- Indenrigsministeriets brev af 9. oktober 1997
(2. k.kt., j.nr. 1997/11121/650-2); 81, 86
- Indenrigsministeriets brev af 23. juni 1999
(2. k.kt., j.nr. 1997/11124/159-1); 92

- Indenrigsministeriets brev af 30. august 1999
(2. k.kt., j.nr. 1997/1110/070-1); 82
- Indenrigsministeriets brev af 23. december 1999
(1. k.kt., j.nr. 1999/1078/101-9); 82
- Indenrigsministeriets brev af 22. februar 2000
(2. k.kt., j.nr. 1999/1110/200-1); 92
- Indenrigsministeriets brev af 20. april 1999
(2. k.kt., j.nr. 1997/1117/200-1); 79
- Indenrigsministeriets brev af 17. november 1999
(2. k.kt., j.nr. 1997/1115/055-1); 92
- Indenrigsministeriets brev af 4. september 2000
(2. k.kt., j.nr. 1998/1220/015-12); 88, 91
- Indenrigsministeriets brev af 21. december 2000
(2. k.kt., j.nr. 2000/1113/700-1); 93, 97
- Indenrigsministeriets brev af 27. april 2001
(2. k.kt., j.nr. 1999/11023-33); 82, 97
- Indenrigsministeriets brev af 18. januar 2002
(2. k.kt., j.nr. 1999/1117-70-1); 88
- Indenrigsministeriets brev af 19. marts 2002
(2. k.kt., 2001/11123/101-2); 96
- Indenrigsministeriets notat af 26. maj 2003
(Stabsenheden, j.nr. 2003-2117/515-2); 96
- Indenrigsministeriets brev af 3. juni 2003
(Stabsenheden, j.nr. 2003-2117/025-1); 94

Litteratur

- Agge, I, Huvudpunkter av den allmänna rättsläran, 2. uppl., Juristförlaget, Stockholm, 1977
- Aldestam, M, EC State aid rules applied to taxes – An analysis of the selectivity criterion, Iustus Förlag, Uppsala, 2005
- Aldestam, M, Kommunal förvaltning i statsstödsrättslig belysning, i; Marcusson (red.), God förvaltning – ideal och praktik, 2006, s. 31–67
- Alterkjær, B, Interpretation of the Altmark Conditions: Case C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, EStAL 2007, s. 73–78
- Arhold, C, Recovery of Unlawful State Aid by the Member States – the New German Approach, EStAL 2006, s. 9–14

- Bartosch, A, Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost, EStAL 2003, s. 375–386
- Bergström, S, Håstad, T, Lindblom, P.H och Rylander, S, Juridikens termer, Esselte studium, Stockholm, 1988 (Cit. Bergström m.fl., 1988)
- Bernitz, U, Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar, Norstedts Juridik, Stockholm, 2005
- Bernitz, U och Kjellgren, A, Europarättens grunder, 3. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2007
- Bladini, F, Den svenska konkurrensrätten – mål och inriktning, SvJT 1995, s. 454–480
- Blom, H, Viirman, A, Hallgren, T och Jonasson, J, Visst får kommunerna driva gym, Kommunaktuellt, 1999, nr 13 (Cit. Blom m.fl., 1999)
- Blomqvist, P och Rothstein, B, Välfärdsstatens nya ansikte, Agora, Stockholm, 2000
- Blume, P, Juridisk metodelære, 4. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2006
- Bogdan, M, Komparativ rättskunskap, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003
- Bohlin, A, Kommunala avgifter, Skrifter utgivna vid Juridiska Föreningen i Lund, Lund, 1984
- Bohlin, A, NO och kommunerna; en kollision mellan kommunalrätt och näringsrätt, FT 1986, s. 81–88
- Bohlin, A, Kommunalrättens grunder, 5. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2007
- Bramstång, G, Kommunerna och turistväsendet I – rättsläget före 1968 års lagstiftning, FT 1971, s. 215–243 (Cit. Bramstång, 1971a)
- Bramstång, G, Kommunerna och turistväsendet II – 1968 års lagstiftning och dess bakgrund, FT 1971, s. 294–311 (Cit. Bramstång, 1971b)
- Bramstång, G, Kommunerna och turistväsendet I – tillämpningen av 1968 års lag, FT 1978, s. 82–104 (Cit. Bramstång, 1978a)
- Bramstång, G, Kommunerna och turistväsendet II, FT 1978, s. 140–158 (Cit. 1978b)
- Brorström, B, Haglund, A och Solli, R, Förvaltningsekonomi, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2005 (Cit. Brorström m.fl., 2005)
- Carlsson, K, Söderlind, E och Ulriksson, M, Konkurrenslagen – en kommentar, Norstedts juridik, Stockholm, 1999 (Cit. Carlsson m.fl., 1999)
- Carstensen, P, Kommunerne og erhvervspolitikken, Gad Jura, Köpenhamn, 1993

- Christensen, B, Forvaltningsret – prøvelse, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, Köpenhamn, 1994
- Christensen, A, Heide-Jørgensen, C, Hjelmberg, S.E, Langseth, J.M, Poulsen, S.T, Bach Ryhl, C.F och Schovsbo, J, Konkurrenceretten i EU, 2. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2005 (Cit. Christensen m.fl., 2005)
- Draganic, I, State Aid or Compensation for Extra Costs: Tuning the Test of Proportionality in the EC Competition Law, EStAL 2006, s. 683–694
- D'sa, R, European Community Law on State Aid, Sweet and Maxwell, London, 1998
- Eckhoff, T, Retskildelære, 5. uppl., Universitetsforlaget, Oslo, 2001
- Edwardsson, E, Särregleringar i svensk rätts- och myndighetspraxis, i; Bernitz, U och Edwardsson, E (red.), Konkurrens på reglerade marknader – hur långt kan konkurrenslagen tillämpas? Jure, Stockholm, 1999, s. 13–28
- Edwardsson, E, Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar, Uppsala, 2003
- Elverheim, T, Debatt om konkurrens, Sundsvalls tidning, 2008-02-26
- Falk, J-E och Pedersen, K, Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling, Jure, Stockholm, 2004
- Gammelgaard, F, Kommunal erhvervsvirksomhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2004
- Gammeltoft-Hansen, H, Andersen, J, Engberg, M, Larsen, K, Loiborg, K och Olsen, J, Forvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2003 (Cit. Gammeltoft-Hansen m.fl., 2003)
- Garde, J, Albæk Jensen, J, Friss Jensen, O, Bødker Madsen, H, Mathiassen, J och Revsbech, K, Forvaltningsret – Almindelige emner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2004 (Cit. Garde m.fl., 2004)
- Garde, J och Mathiassen, J, Kommunalret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 1991
- Garde, J och Revsbech, K, Kommunalret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2002.
- Gellerstedt, L, Kommunerna och fritiden, i; Palme, S.U (red.), Hundra år under kommunalförfattningarna 1862–1962: en minnesskrift, Stockholm, 1962, s. 695–709
- Graver, H.P, Markedsstaten som begrep og utfordring til forvaltningsretten, i; Henrichsen, Rønsholt och Blume (red.), Forvaltningsretlige perspektiver, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2006

- Hancher, L, Ottervanger, T och Slot, P.J, EC State Aids, 3 uppl., Sweet & Maxwell, London, 2006 (Cit. Hancher m.fl., 2006)
- Harder, E, Dansk forvaltningsret III, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 1994
- Heide-Jørgensen, C, Nye regler i Konkurrenceloven om konkurrenceforvridende offentlig støtte, UfR 2000B, s. 490–498
- Heide-Jørgensen, C, och Koktvedgaard, M, Lærebog i konkurrenceret, 6. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2005
- Heide-Jørgensen, M, Den kommunale interesse – Studier over kommunalrettens udvikling, Gad Jura, Köpenhamn, 1993
- Hellingman, K, State Participation as State Aid under Article 92 of the EEC Treaty: The Commission's Guidelines, Common Market Law Review, 1986, vol. 23, s. 111–133
- Henrichsen, C, Offentlig forvaltning, 2. uppl., Forlaget Thomson, Köpenhamn, 2006
- Hettne, J och Otken Eriksson, I (red.), EU-rättslig metod, Norstedts Juridik, Stockholm, 2005
- Hjelmeng, E, Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte, Fagbokforlaget, Bergen, 2004
- Hollander, A och Madell, T, Socialtjänst på entreprenad – kan utredningar inom individ- och familjeomsorg överlämnas till enskilda utan särskilt stöd av lag? FT 2003, s. 15–46
- Holmström, N, Företagsekonomi – från begrepp till beslut, 4. uppl., Bonniers, Stockholm, 2001
- Holmqvist, L och Thomsson, R, Hyreslagen – en kommentar, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003
- Höök, J och Lundin, O, Kommunala koncerner och den kommunala självkostnadsprincipen, JT 1998–99 s. 574–583 (Cit. Höök och Lundin, 1998)
- Höök, J och Lundin, O, Kommunala koncerner och den kommunala självkostnadsprincipen – en duplik, JT 1999–00 s. 230–233 (Cit. Höök och Lundin, 1999)
- Indén, T, Indirekt laglighetsprövning genom konkurrensrättslig reglering, FT 2003, s. 47–57
- Indén, T och Madell, T, Allmännyttig verksamhet eller missbruk av dominerande ställning? Kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar, JT 2002–03, s. 34–56 (Cit. Indén och Madell, 2002)

- Iversen, B, Wegener Jessen, P, Mortensen, B.O, Steinicke, M och Engsig Sørensen, K, *Regulering av konkurrence i EU*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2008 (Cit. Iversen m.fl., 2008)
- Jaros, K och Ritter, N, *Pleading Legitimate Expectations in the Procedure for the Recovery of State Aid*, EStAL 2004, s. 573–583
- Jones, A och Sufrin, B, *EC Competition Law*, 3. uppl., Oxford University Press, Oxford, 2007
- Kaijser, F, *Utvecklingstendenser inom svensk kommunalrätt*, i; *Svensk rätt i omvandling*, Studier tillägnade Eek m.fl., Norstedts, Stockholm, 1976, s. 201–228
- Karlén, L, *Rätten till bostad – en komparativ undersökning av svensk och engelsk lagstiftning om rätten till bostad*, Juristförlaget i Lund, Lund, 1998
- Kirschbaum, R-M, *Aspects of the Meaning of Distortion of Competition in State Aid Law in Case of State Measures in Public Interest*, EStAL 2004, s. 35–40
- Koenig, C, *Determining the Addressee of a Decision Ordering the Recovery of State Aid after the sale of Substantial Assets of the Undertaking in Receipt of Aid*, *European Competition Law Review* 2001, 22(6), s. 238–248
- Kreuschitz, V, *The Recovery of Incompatible State Aid by National Authorities – a big step ahead*, EStAL 2006, s. 199–202
- Lahnborg, D, *Statligt stöd ur den nationella domstolens synvinkel*, JT 1996–97 s. 633–648
- Lavin, R, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?* FT 1989, s. 115–129
- Lever, J, *The EC State Aid Regime: The Need for Reform*, i; Biondi, A, Eeckhout, P och Flynn, J (red.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 303–321
- Levinson, K, *Konkurrenanceloven med kommentarer*, Jurist- og økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2001
- Lindquist, U, *Kommunala befogenheter*, 5. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2000
- Lindquist, U, *Kommunala befogenheter*, 6. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2005
- Lindquist, U och Losman, S, *Kommunallagen i lydelsen den 1 januari 2008 – En handbok med lagtexter och kommentarer*, 10. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2008

- Lüder, T, Calculating Public Service Compensation, EStAL 2004, s. 385–391
- Lundqvist, T, Konkurrensvisionens framväxt, Institutet för framtidsstudier, Stockholm, 2003
- Lundqvist, T, Konkurrenspolitiken och den svenska modellen, i; Rothstein, B och Wahlne Westerhäll, L (red.) Bortom den starka statens politik, SNS Förlag, Stockholm, 2005, s. 157–185
- Madell, T, Det allmänna som avtalspart, Norstedts Juridik, Stockholm, 1998
- Madell, T, Tidpunkt för kommuns bundenhet vid fastighetsöverlåtelse, JT 1998–99, s. 649–656 (Cit. Madell, 1999)
- Madell, T, Avtal mellan kommuner och enskilda, Norstedts juridik, Stockholm, 2000
- Madell, T, Public-Private Partnership – några rättsliga problem vid genomförandeavtal, i; Mäkinen, E (red.), Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna, Tammerfors, 2005, s. 225–254
- Madell, T, Kommunala borgensavgifter, FT 2006, s. 71–88
- Madell, T, Konkurrenspräglad dialog – ett alternativ vid offentlig–privata partnerskap?, i; Edström, Ö (red.), Svensk rätt i EU, Iustus Förlag, Uppsala 2007, s. 35–59
- Madsen, P.B, Kommunerne under den nye konkurrencelov, i; Harder, E (red.), Kommunestyre i retlige rammer. En antologi i anledning af KommuneKredits 100 års jubilæum, Kommuneredit, 1999, s. 129–147
- Madsen, P.B, Markedsret – del 1, Konkurrencebegrænsningsret, 5. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2006
- le Maire, E och Preisler, N, Kommunestyrelsesloven med kommentarer, 3. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2000
- Marcusson, L, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet, Iustus, Uppsala, 1989
- Marcusson, L, Mot en ny kommunalrätt, Iustus Förlag, Uppsala, 1992
- Mathiassen, J, Domstolenes kompetence og ombudsmandens, i; Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2004, s. 441–456
- Mogensen, I och Silic, D, Kommunalfuldmagtsreglerne i praksis, Nyt Juridisk Forlag, Köpenhamn, 2004
- Mortensen, B.O och Steinicke, M, Dansk Markedsret, 2. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2006

- Naundrup Olesen, K, Samfundsloddet, Forlaget Thomson, Köpenhamn, 2004
- Neergaard, U, Offentlige konkurrencebegrænsninger og EU-retten – strejf af den seneste udvikling, i; Fejø, J (red.) Den nye EU-konkurrenceret i nordisk perspektiv, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2005, s. 187–230
- Neergaard, U, Competition & Competences: the tensions between European competition law and anti-competitive measures by the member states, Djøf Publishing, Köpenhamn, 1998
- Nicolaidis, P, Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: a note on the economics of the Ferring judgement, European Competition Law Review 2002, 23(6), 313–319
- Nicolaidis, P, Kekelekis, K och Buyskes, P, State Aid Policy in the European Community: A Guide for Practitioners, Kluwer Law International, Haag, 2005 (Cit. Nicolaidis m.fl., 2005)
- Nielsen, R, Retskilderne, 7. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2002
- Nielsen, R, Udbud af offentlige kontrakter, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2005
- Nielsen, R och Tvarnø, C.D, Retskilder og retsteorier, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2005
- Nilsson, J-E, Bergman, M och Pyddoke, R, Den svåra beställarrollen – om konkurrensutsättning och upphandling i offentlig sektor, SNS Förlag, Stockholm, 2005 (Cit. Nilsson m.fl., 2005)
- Norberg, P, Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik, Juristförlaget, Lund, 1999 (Cit. Norberg, 1999a)
- Norberg, P, Bostadspolitik och konkurrensrätt, i; Bernitz, U och Edwards-son, E (red.), Konkurrens på reglerade marknader – hur långt kan konkurrenslagen tillämpas? Jure, Stockholm, 1999, s. 143–170 (Cit. Norberg, 1999b)
- Norberg, P, Arbetsrätt och konkurrensrätt, Juristförlaget, Lund, 2002.
- Nyström, B, Några problem vid arbete med EG-rättsligt material, i; Källström, K och Malmberg, J (red.), Arbetsrätt, Iustus, Uppsala, 1999, s. 183–189
- Olsen, L, Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004, s. 105–145
- Peczenik, A, Juridikens metodproblem, 2. uppl., Almqvist och Wiksell Förlag, Stockholm, 1980
- Petersén, L, Reuterfors-Mattsson, I, Torngren, H och Wikell, S, Kommunal-lagen – Kommentrar och praxis, Kommentus Förlag, Stockholm, 2006 (Cit. Petersén m.fl., 2006)

- Plender, R, Definition of Aid, i; Biondi, A, Eeckhout, P och Flynn, J (red.), The Law of State Aid in the European Union, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 1–39
- Quigley, C, The Notion of a State Aid in the EEC, European Law Review, 1988, vol. 13, s. 242–256
- Quigley, C och Collins, A, EC State Aid Law and Policy, Hart Publishing, Oxford, 2003
- von Quitzow, C.M, State Measures Distorting Free Competition in the EC, Kluwer Law International, Haag, 2002
- Ransgård, J och Hartzell, Å, Stoppa osund konkurrens, Göteborgsposten, 2007-11-14
- Rapp-Jung, B, State Financing of Public Services – The Commissions New Approach, EStAL 2004, s. 205–215
- Revsbech, K, Kommunernes opgaver, Jurist- og økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2005
- Riberdahl, C, Kommunernas kompetens i fråga om näringslivet, FT 1994, s. 153–169
- Riberdahl, C, Kommunala koncerner och den kommunala självkostnadsprincipen. En replik, JT 1998–99, s. 1046–1049 (Cit. Riberdahl, 1998)
- Riberdahl, C, Kommunerna och konkurrensen, FT 2000, s. 56–70
- Riberdahl, C, Självkostnadsprincipen och hamnavgifterna, i; Regner, G, Eliasson, M och Vogel, H-H (red.), Festskrift till Hans Ragnemalm, Juristförlaget, Lund, 2005, s. 271–281
- Rizza, C, The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest, i; Biondi, A, Eeckhout, P och Flynn, J (red.), The Law of State Aid in the European Union, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 67–84
- Sandberg, L, Tillbagebetaling af statsstøtte – regler og praksis, UfR 2001B, s. 455–462
- Sandgren, C, Om empiri och rättsvetenskap, JT 1995–96, s. 726–748 (Cit. Sandgren, 1995)
- Sandgren, C, Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004–05, s. 297–333 (Cit. Sandgren, 2004)
- Sandgren, C, Att söka anslag för rättsvetenskaplig forskning, JT 2005–06, s. 349–365 (Cit. Sandgren, 2005)

- Sandgren, C, Vad är rättsvetenskap? i; Wahlgren, P och Magnusson Sjöberg, C (red.), Festskrift till Peter Seipel, Norstedts Juridik, Stockholm, 2006, s. 527–552
- Sandström, M, The Concept of Legal Dogmatics Revisited, i; Bankowsky, Z (red.), Epistemology and Ontology, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2005, s. 133–140
- Schnelle, U, Bidding Procedures in the EC State Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans, EStAL 2003, s. 411–413
- Sierra, J.L.B, Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, Oxford University Press, Oxford, 1999
- Simonsson, I, On the Emerging Obligation for Member State Authorities to Supervise and Enforce EC State Aid Law, and the Resulting Need to Consider Decentralisation, i; Wahl, N och Cramér, P (red.), Swedish Studies in European Law, vol. 1, Hart, Oxford, 2006, s. 233–256
- Sinnaeve, A, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, s. 351–363
- Sinnaeva, A och Slot, P.J, The new regulation on state aid procedures, Common Market Law Review, 1999, vol. 36, s. 1153–1194
- Slotboom, M.M, State Aid in Community Law: a Broad or Narrow Definition, European Law Review, 1995, vol. 20, s. 289–301
- Stattin, D, Kommunal aktiebolagsrätt, Norstedts juridik, Stockholm, 2007
- Steinicke, M, Privilegerede virksomheder og EU-Retten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2002 (Cit. Steinicke, 2002a)
- Steinicke, M, Kommunerne og markedet – nye regler om kommunernes adfærd over for og i markedet, UfR 2002B, s. 305–309 (Cit. Steinicke, 2002b)
- Steinicke, M, Kommunale aktiviteter, Nyt juridisk forlag, Köpenhamn, 2003
- Steinicke, M, Offentlige myndigheder mellem offentlig og privat regulering, i; Godsk Pedersen, H.V (red.), Juridiske emner ved Syddansk universitet 2007, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2007, s. 252–275
- Strömholm, S, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 5. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1996
- Sundbom, P-A, Vilka effekter får offentliga aktörers agerande på marknader? Konkurrens, nr 1, 1999, s. 3–5
- Thomsen, Osund konkurrens? Dalarnas tidning, 2005-02-04
- Thomsen, H.B, Christensen, P och Schønau, C, Lov om kommunernes styrelse, Normalforretningsorden, Jurist- og økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2004. (Cit. Thomsen m.fl., 2004)

- Travers, N, Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark? EStAL 2003, s. 387–392
- Tridimas, T, The General Principles of EC Law, Oxford University Press, Oxford, 2000
- Wahl, N, Konkurrensförhållanden, Juristförlaget, Stockholm, 1994
- Wahl, N, Konkurrensskada, Jure, Stockholm, 2000
- Valkama, P, Konkurrensneutralitet som utmaning för kvasimarknadsteorin, NAT 2005, s. 241–259
- Warnling-Nerep, W, Kommuners lag- och domstolstrots, Juristförlaget, Stockholm, 1995
- Wegener, M, Juridisk metode, 3. uppl., Jurist- og økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2000
- Wegener Jessen, P, Forbudet mod statsstøtte i EU, Forlaget Thomson, Köpenhamn, 2003
- Wegener Jessen, P, Konkurrencebogen og statsstøtte, Juristen 2001, s. 186–199
- Westberg, P, Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet, i; Festskrift till Per Olof Boldning, Juristförlaget JF AB, Stockholm, 1992, s. 421–446
- Wetter, C, Karlsson, J, Rislund, O och Östman, M, Konkurrenslagen – en handbok, 2. uppl., Thomson Fakta, Stockholm, 2002 (Cit. Wetter m.fl., 2002)
- Wetter, C, Karlsson, J, Rislund, O och Östman, M, Konkurrensrätt – en handbok, 3. uppl., Thomson Fakta, Stockholm, 2004 (Cit. Wetter m.fl., 2004)
- Wetterberg, G, Kommunerna, SNS Förlag, Stockholm, 2000
- Wiwen-Nilsson, T och Strömmer, G, Enskilda svaga mot statens övergrepp, Dagens Nyheter, 2002-12-06
- Zahle, H, Dansk forfatningsret II, Christian Ejlers Forlag, Köpenhamn, 1996
- Zahle, H, Grundloven – Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, 2. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2006
- Zweigert, K och Kötz, H, An Introduction to Comparative Law, 3. uppl., Clarendon Press, Oxford, 1998

Övrigt

Brev från den svenska regeringen till Kommissionen, 2002-10-16, EUN2002/2216/NL, ärende CP 115/02 – Allmännyttiga bostadsföretag CP 115/02 – Financial Support Granted to Swedish Municipal Housing Companies, återfinns på: <http://www.fastighetsagarna.se/system/article/article.asp?ArticleId=20910> (2007-11-30)

Ernst & Young, Offentligt stöd till kommunala bostadsföretag, Utredning av Ernst & Young Real Estate på uppdrag av Fastighetsägarna Sverige, 2004, återfinns på: http://www.fastighetsagarna.se/web/EU-anmalan_1.aspx (2008-07-03)

Formal complaint to the Commission, State Aid to Swedish Municipal Housing Companies (MHCs), återfinns på: <http://www.fastighetsagarna.se/system/article/article.asp?ArticleId=20910> (2007-11-30)

Göteborgs fastighetsägareförening, skrivelse till kommunstyrelsen, den 3 februari 1994

Invest in Sweden, Real Estate – A liquid, transparent and international market, 2005 edition, utgiven av Invest in Sweden Agency

Kontakt med Hans Björklund, Statistiska centralbyrån, Offentlig ekonomi

Kontakt med Mette Kryger Gram, Indenrigs- og sundhedsministeriet, Forvaltningsjuridisk kontor

Kontakt med Gunilla Samuelson, SABO

Linklaters memorandum, 24 maj 2005, Is the Public Support to Municipal Housing Companies Compatible with the EC rules on State Aid?, funnen via <http://www.fastighetsagarna.se/system/article/article.asp?ArticleId=20911> (2007-08-03)

Promemoria 2005-11-08, Regeringskansliet, Miljö- och samhällsbyggnadsdepartementet; Besvarande av klagomål från Europeiska fastighetsägarfederationen (CP 115/02)

Svenskt näringslivs rapport, Osund konkurrens – kommunalt företagande för miljarder, mars 2006

Utlåtande avseende 2 kap. 8 § kommunallagen och EG:s statsstödsregler, Öberg & Associés AB, dnr Fi2006:04/2006/4

Internet

Kristianstad kommuns bostadsföretaget, ABK: <http://www.abk.se/CM/Templates/Article/general.aspx?cmguid=d027ad22-5b18-4b54-a4ea-424ad2202fab> (2008-04-03)

Konkurrensverkets hemsidor:

http://www.kkv.se/t/Page___3134.aspx (2008-03-23)

http://www.kkv.se/t/Page___849.aspx (2008-07-09)

Malmö stads kommunala företag Medeon AB:

<http://www.medeon.se/> (2007-08-01)

Malmö stads kommunala företag Minc i Sverige AB:

<http://www.minc.se/Rooms.aspx> (2007-08-01)

Norrköpings kommuns bostadsföretag, Hyresbostäder i Norrköping AB:

<http://www.hnab.se/CM/Templates/Article/general.aspx?cmguid=007b8d93-d4f5-4b46-a6d2-2c56ccbff44f> (2008-04-03)

Statistiska central byrån, SCB Statistik, Offentlig ekonomi:

<http://www.ssd.scb.se/databaser/makro/SaveShow.asp> (2008-02-06)

Sveriges Radio, Kommuner kritiseras för osund konkurrens,

<http://www.sr.se/cgi-bin/stockholm/nyheter/artikel.asp?artikel=821636>
(2008-04-21).

Umeå Folkets Husförening U.P.A:

<http://www.umea.fh.se/default.asp?id=3465&PTID= &refid=1563>
(2007-08-01)

Umeå kommuns bostadsföretag, Bostaden AB:

<http://www.bostaden.umea.se/default.asp?id=1919> (2008-04-03)

Sakregister

- A**
- accessorisk verksamhet 76, 83, 85, 93, 94, 95, 96, 284
 - ackvisationslagstiftningen 224
 - actio popularis* 63, 102
 - Activity Based Costing* 62
 - administrativ tillsyn 107
 - Allbo-lagen 226, 228, 233, 240, 243, 258
 - allmännyttan 222, 223
 - allmännyttiga anläggningar 40
 - allmänt kommunalt intresse 40, 282, 337
 - Altmark 185, 186, 190, 244, 249
 - anbudsförfarande 71, 72, 302, 303, 308
 - anförtroende 163, 248
 - anknytningskompetens 47, 269, 283, 285
 - anmälningsskyldighet 171, 188, 194
 - avgifter, kommunala 56
 - avkastningsbegränsning 240
 - avkastningskrav 240
 - avreglering 23
 - avsiktsrekvisitet 138, 140, 259, 303, 312
- B**
- badanläggning 17, 93
 - befintligt stöd 195
 - berättigade förväntningar
principen om 198, 200
 - besittningsskydd 222, 229
 - besvärgrund 67
 - biproduktion 76, 86
 - blandadministration 235
 - bokföringsmässiga kostnader 61
 - bolagsordning 59, 60, 247, 248
 - bolagsstämma 65
 - Bostadsdomstolen 230
 - bostadsförmedling 225
 - bostadsförsörjning 40, 222
 - bostadsförsörjningslagen 224
 - bostadspolitik 221, 222
 - bowlinghall 80, 268
 - brandsyn 19
 - brandteknisk rådgivning 48
 - bruksvärdesprincipen 222, 229, 235, 240
 - böter 211
- C**
- café, 93, 302
 - campingplats 294
 - cherry-picking* 165, 167
 - civilrättslig bundenhet 69, 203
- D**
- danskurs 279
 - de minimis*-stöd 181, 192, 306
 - den ekonomiska enhetens
princip 255
 - dispositionsprincipen 68, 108
 - dominerande ställning 130, 134, 257, 312
 - domstolarnas tillsyn 102
 - driftsstöd 192, 237, 306
 - drivmedel 48
- E**
- efterfrågedoktrinen 168
 - efterfrågesubstituerbarhet 132
 - ekonomisk enhet 256
 - ekonomisk verksamhet 116, 153, 180

elförsörjning 42
energiförsörjning 40
enskild näringsidkare 50, 51
enskilda affärsuppgörelser 58
ersättningsmetoden 184, 185
Europeiska kommissionen 115
export 183, 306
exportstöd 192
extraordinära omständigheter 201

F

fastighetsunderhåll 17
finansiel magtfordrejning 83
finansiell styrka 134, 258
fiskala monopol 158
flygplats 93
flygtrafik 44
folkbildning 42
formell granskning 196, 197
friskvårdsföretag 267
fritids- och idrottsaktiviteter 77
färjeförbindelse 44, 293
förbud mot att understödja
 enskild 49
förbudsprincipen 114
fördragsbrottstalan 199
företagsbegreppet 116, 152, 255
företagskoncentrationer 130
förhandlingsprincipen 103, 114
förlusttäckningsbidrag 237
försäljning av överskotts-
 kapacitet 89
försörjningsverksamhet 76, 97
förvaltningsbesvär 63

G

gasförsörjning 80
gatuhandel 58
god tro 69
golfbana 268
gruppundantag 194
gym 269, 270

H

hotell 95, 286, 288, 296
hville-i-sig-selv-princippet 97, 98
hyresförlustgaranti 254, 255
Hyresmarknadskommittén 229
hyresreglering 221, 222

I

icke-ingripandebesked 206, 207,
 211
idrottshall 42, 268
illojal maktanvändning 83
Indenrigs- og sundhedsministeriet 99
indirekt effekt, principen om 51
internationellt bistånd 53
intresserad part 204
isbana 42, 268

J

justitieombudsmannen 62

K

kalkylmässiga kostnader 61
kapitalkostnader 18
kioskrörelse 48
know-how 86
kommersiella smårörelser 48
kommunal borgen 18, 227
kommunal kompetens 43
kommunal tjänsteexport 53
kommunala bolag 59
kommunala bostadsföretag 221
kommunalfullmakten 76, 127, 218
kommunstyrelsesloven 99, 100
kompensation för utförande av
 tjänster av allmänt ekonomiskt
 intresse 183, 185, 250
koncentrationskontroll 130
konferensverksamhet 95, 287, 288,
 302, 303
konfliktlösningsregel 315, 319
Konkurrenceankenævnet 129

konkurrenanceloven 123, 207
Konkurrenserådet 129
konkurrensbegränsande
samarbete 130, 255
konkurrenslagen 112
konkurrensneutralitet 20, 74, 317,
327
Konkurrensrådet 144, 316
konkurrensskadeavgift 145
Konkurrensverket 115, 143
konvalescensprincipen 66
korssubventionering 167
kreditgarantier 178, 239
köavgift 225

L

laglighetsprövning 62, 322, 327
laglighetsprövning, besvärsgrunder 66
laglighetsprövning, grunder för 66
lastning 161
legalitetsprincipen 77
level playing field 18, 344
liftanläggning 296
likställighetsprincipen 103
livsmedel 48
lojalitetsplikt 157
lokaliseringsprincipen 43, 81, 103
lossning 161
lotsning 161
länsstyrelsen 62

M

marknadsandel 134
Marknadsdomstolen 115
marknadsekonomiska investeringsprincipen 175, 238, 304
marknadspris 88, 93
marknadsstat 24, 60, 147
medborgartalan 63
missbruk 136

missbruk av dominerande
ställning 130, 257
missbruksprincipen 114
monopolprissättning 73, 259
motions- och fitnesscenter 280
myndighetsutövning 19, 117, 118,
317
mässanläggning 95

N

negativ rättskraft 204
nytt stöd 195
nödvändighetskravet 170

O

oanmälda stöd 197
offentliga företag, och
konkurrenanceloven 123
offentliga medel 208
offentliga regleringar, och EG-rätten 151
offentliga regleringar, och förbudet i
11 a § *konkurrenanceloven* 208
offentliga regleringar, och
konkurrenanceloven 124
offentliga regleringar, och
konkurrenslagen 119, 146
offentligt företag 154
offentligt stöd, danskt förbud
mot 206, 207
officialprincipen 103
ogiltighet 145
olaga särbeskattning 60
ond tro 69

P

parkeringsavgifter 58
partsärende 65
patientbefordran 56, 91, 128
plantaskola 17
postservice 161, 164
preliminär procedur 196

prisdiskriminering 142
privata företag 40
privatisering 23, 273, 285
privilegierade företag 152, 158, 165
Procedurförordningen 194
produktion för eget bruk 85
proportionalitet 43, 71, 215, 283,
338
proportionalitetsprincipen 170,
200
publicitetsprincipen 114

R

relevant geografisk marknad 133
relevant marknad 132
relevant produktmarknad 131
resturang 93, 94, 289, 301
rättefria lån 173
rättsverkningar 68

S

samhandelskriteriet 112, 180, 182,
216, 236, 241, 270, 304, 307
samlingslokaler 42, 288
sedvanlig kommunal
affärsverksamhet 17, 40, 44
selektiv prissättning 142
selektivitetskriteriet 180, 241, 304
servicetjänster åt äldre 52
simhall 267
sjuktransporter 56
självkostnadskalkyl 57
självkostnadsprincipen 56, 61, 73,
122, 233, 269, 286, 303, 315,
319, 322, 341
skadestånd 146
skattelättnad 173
social housing 247
solarier 267
spekulativ verksamhet 47, 60, 83,
104, 338
sport- och motionsanläggningar 96

SSNIP-testet 132
stand still-kravet 171, 182, 196
statliga medel 178
statliga stöd 178
statsförvaltningen 99, 211
statsstöd 243
statsstöd, förbud mot 172
statsstödsmetoden 184
Stockholms tingsrätt 115
stopplagen 225
strukturfondsprojekt 49
stugby 296
styrdokument 247
stöd 172, 243, 304
stödbegreppet 172
subsidiär talerätt 145
subvention 18, 173
subventionerade bostäder 188, 246
synnerliga skäl 49, 216
sysselsättning för handikappade 52
särskilda eller exklusiva
rättigheter 155

T

talerätt 65, 103
tillfälliga rättsmedel 197
tillsyn 62, 98, 143
tjänsteexport 74
tjänster av allmänt ekonomiskt
intresse 158, 159, 164, 183, 215,
244, 245
tolkförmedling 213
transparensdirektivet 115, 327
turism 79, 291
turistbefogenhetslagen 295, 298
turistverksamhet 291
tvättereri 49

U

underprissättning 122, 139, 258,
271, 274, 303

underskottsprincipen 19, 51, 107,
270, 298, 299, 332
understödja enskild 49
undertaking 116
undsättnings- och
omstruktureringsstöd 217
upparbetning, av biprodukter 87
uppdragsverksamhet inom
trafikområdet 54
upphandling 284
upphovsrättsliga alster 58
utbildnings- och konsultinsatser 53
utbudssubstituerbarhet 132
uthyrning av lokaler 92

V,W

varu- och tjänsteproduktion 40
Velfærdsministeriet 99
vite 145
värdeförstöring 86

Å

åläggande 145, 211
återgång, av kommunala beslut 68
återkrav 198, 199, 211
återkrav, svenska regler 201
återkrav, verkställande av 199

Ö

överkompensation 189, 190
överlåtelse av fast och lös
egendom 58
överprissättning 142
överskott, från kommunal
verksamhet 58
överskottskapacitet 48, 89
överskottsproduktion 76

Det senaste decenniet har alltmer uppmärksamhet riktats mot kommuners försäljning av tjänster och nyttigheter på det egentliga näringslivets område i konkurrens med privata företag. Det kan exempelvis röra sig om service i form av körskoleverksamhet, försäljning av växter från en kommunal plantskola och kommunala badanläggningar som även tillhandahåller tjänster i form av gym etc. Att de kommunala aktörerna alltmer engagerar sig på det egentliga näringslivets område samtidigt som också de privata företagen till följd av privatiseringar och avregleringar engagerar sig i verksamhet som tidigare varit förbehållen kommunala aktörer riskerar däremot skapa konkurrensproblem; inte minst i situationer när de kommunala aktörerna på olika sätt gynnas av dess ägare; kommunerna.

I avhandlingen analyseras de regelkomplex som påverkar de aktuella konkurrenskonflikterna, främst kommunalrätten, den svenska konkurrenslagen och EG-rättens statsstödsregler, dels i generell bemärkelse, dels med fokus på tre specifika områden. De områden som behandlas särskilt är bostadsområdet, kommunal friskvårdsverksamhet och det kommunala engagemanget inom vissa servicebranscher inkl. kommunal turismnäring. Dessutom presenteras alternativa strategier för att lösa de konkurrensproblem som kan uppkomma då kommunala aktörer konkurrerar med privata företag.

Tobias Indén är verksam vid juridiska institutionen vid Umeå universitet.



ISSN: 1404-9198

ISBN: 978-91-7678-706-9