

Tom Madell

Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv

Tom Madell

Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv

- SIEPS 2011:8 -

Rapport nr. 8
Oktober 2011

Utges av Svenska institutet för europapolitiska studier

Rapporten finns tillgänglig på www.sieps.se

Författarna svarar själva för innehåll och slutsatser i rapporten.

Omslag: Svensk Information AB
Tryck: EO Grafiska AB
Stockholm, oktober 2011
ISSN 1651-8942
ISBN 978-91-86107-30-7

Förord

Ansvar för att tillhandahålla välfärdstjänster i Sverige ligger i hög grad på kommuner, landsting och regioner. Detta gäller bland annat tillgång till bostäder, hälso- och sjukvård, avfallshantering och utbildning. Det faktiska utförandet är emellertid i regel en uppgift för privata aktörer. Det innebär att det EU-rättsliga regelverket aktualiseras, framför allt upphandlings- och statsstödsreglerna.

Bland EU:s regler finns också bestämmelser om tjänster av allmänt intresse. Begreppet är mångfacetterat och kan ha olika innebörd i olika medlemsstater. Grundtanken är dock att företag som tillhandahåller samhällsnyttiga tjänster inte ska förhindras att utföra sitt uppdrag på grund av bland annat EU:s konkurrens- och statsstödsregler.

I denna rapport diskuterar Tom Madell, professor vid Umeå universitet, vilken betydelse EU:s regler om tjänster av allmänt intresse kan ha för att upprätthålla den kommunala självstyrelsen och den svenska välfärdspolitiken.

Rapporten, som ingår i projektet *Sociala Europa*, utgör ett viktigt bidrag till debatten om hur sociala och lokala intressen kan tillgodoses inom ramen för EU:s regelverk för den inre marknaden. Det är Sieps förhoppning att rapporten bidrar till djupare kunskap om hur sociala och ekonomiska intressen kan sammanjämkas inom EU.

Anna Stellingner
Direktör, Sieps

SIEPS är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

Om författaren

Tom Madell är juris doktor och professor vid Juridiska institutionen, Umeå universitet. Hans forskning rör huvudsakligen gränstrakterna mellan offentlig rätt och privat rätt och rör bland annat OPS, offentlig upphandling, statsstöd och konkurrensfrågor m.m. Han bedriver för närvarande projektet "Welcome to the twilight zone" – between Competition and Solidarity; Consequences of EU Law on Scandinavian Welfare States, especially in the Field of Services of General Interests.

Innehållsförteckning

Sammanfattning	7
1 Tjänster av allmänt intresse - Sverige, EU och välfärdstjänster	10
2 Samhällsutvecklingen och EU-medlemskapets påverkan på tillhandahållandet av offentliga tjänster	14
3 Tjänster av allmänt intresse - SGI	17
3.1 EU-rättens grundläggande principer.....	17
3.2 En begreppsrepresentation.....	19
3.3 Tjänster av allmänt intresse såsom de följer av fördragen.....	22
3.4 Protokoll 26 rörande tjänster av allmänt intresse.....	23
3.5 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.....	24
4 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse - SGEI	26
4.1 Artikel 106 i Funktionsfördraget och EU-domstolens praxis.....	29
4.2 Lissabonfördragets betydelse.....	37
4.3 Begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i svensk rätt.....	41
4.4 Kan reglerna om konkurrensbegränsande säljverksamhet anses ha en koppling till reglerna om SGEI?.....	42
5 Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse - NESGI	46
6 Sociala tjänster av allmänt intresse - SSGI	48
6.1 Sjukvårdstjänster.....	53
6.2 Den fria rörligheten enligt artikel 56 i Funktionsfördraget.....	54

7	Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statsstödsreglerna	56
7.1	Kommunala fastighetsöverlåtelser	62
7.2	Allmännyttiga bostadsföretag	68
7.3	Undantag från statsstödsreglerna, särskilt avseende fallet Altmark	72
7.4	”Altmark-paketet”	76
7.5	Kommissionens offentliga samråd med berörda parter	77
7.6	Kommissionens vägledning om statsstöd och SGEI.....	77
7.7	Den fortsatta reformeringen av EU:s statsstödsregler avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse	77
8	Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och offentlig upphandling	82
8.1	Ex house och in house; egna och gemensamma bolag.....	85
8.2	Administrativa avtal mellan upphandlande enheter (offentliga-offentliga samarbeten).....	91
9	Upphandlingar utanför direktiven – tjänstekoncessioner	96
9.1	Tjänstekoncessioner och LOU.....	98
9.2	Tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt	100
10	Vilka välfärdstjänster finns i Sverige?	105
11	Ett försök till analys	113
11.1	EU-rättens påverkan på de svenska välfärdstjänsterna	115
11.2	Det svenska förhållningssättet till SGI.....	118
11.3	Sammanfattande slutsatser	123
	Summary in English	128

Sammanfattning

Ansvar för tillhandahållandet av välfärdstjänster åvilar samtliga nivåer i det svenska samhället, även om det största ansvaret onekligen ligger på kommuner, landsting och regioner – inte minst ansvaret för att människor har tillgång till bland annat bostäder, hälso- och sjukvård, avfallshantering och utbildning. Inom EU betecknas dessa tjänster som tjänster av allmänt intresse (SGI efter det engelska namnet) eller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI).¹

Utförandet av dessa tjänster sker många gånger huvudsakligen genom att privata aktörer står för det faktiska utförandet av verksamheten. När en verksamhet väl blivit konkurrensutsatt aktualiseras EU-rättens regler till skydd för den fria rörligheten, vilket också påverkar den kommunala sektorns handlingsutrymme – inte minst vad som är möjligt att göra i de fall där underlaget är för svagt för att privata aktörer ska vara intresserade av att verka. Det saknas i dessa fall utrymme för att uppnå en väl fungerande konkurrenssituation. Samtidigt erbjuder EU-rätten genom reglerna om SGI en möjlighet för medlemsstaterna att upprätthålla en god standard på välfärdstjänster i hela landet.

EU-domstolen har genom åren prövat räckvidden av nuvarande artikel 106.2 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (Funktionsfördraget) som uttryckligen nämner tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och i en rad frågor försökt väga genomförandet av allmänna intressen mot intresset av en inre marknad med välfungerande konkurrens. Samtidigt som EU-domstolen genom sin praxis utvecklat tolkningen av fördragsreglerna om fri rörlighet, konkurrens och statsstöd är också EU-domstolens praxis om tillämpningen av fördragets begrepp ”tjänst” och ”företag” på allmännyttiga tjänster av betydelse för regleringen av tjänster av allmänt intresse. Här bör särskilt framhållas att domstolen valt att tolka artikel 106.2 i Funktionsfördraget mindre restriktivt när den inte kunde hitta någon annan ventil i fördragen för att möjliggöra för företag anförtrorda med SGEI att genomföra sina särskilda uppgifter.

Vidare bör framhållas att domstolen inom ramen för nationella undervisnings- och sociala trygghetssystem lagt vissa kriterier till grund för bedömningen

¹ Services of general interest respektive services of general economic interest.

av begreppen ”tjänst” respektive ”företag” som förefaller lämna ett större utrymme för nationellt självbestämmande. De senare årens praxis är delvis konsoliderad i ny sekundärrätt och så kallad *soft law*. I linje med artikel 14 i Funktionsfördraget har såväl EU-domstolen som EU i stort visat en positivare inställning till SGEI och tycks i större mån vara redo att beakta subsidiaritetsprincipen och principen om det lokala och regionala självstyret.

Slutsatsen måste bli att lokala och regionala myndigheter inom ramen för sin rätt till självstyrelse får använda ändamålsenliga lösningar för att genomföra sitt ansvar. Fenomen som *in house*-produktion av allmännyttiga tjänster, offentlig-privat samverkan, tjänstekoncessioner, konkurrensvillkor vid stadsplanering utvecklas ständigt i EU-domstolens praxis – många gånger på ett sätt som får anses öka medlemsstaternas frihet.

En naturlig slutsats är också att de förändringar i EU-rätten som ägt rum till följd av Lissabonfördraget talar för att nationella, regionala och lokala myndigheter har ett stort frihetsutrymme att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Subsidiaritetsprincipen och principen om den kommunala självstyrelsen är starka på områden inom social- och miljöpolitiken samtidigt som det slutligen tillkommer EU-domstolen att tolka principerna i EU-fördragen. En tydligt driven politik i medlemsstaterna behöver heller inte stå i konflikt med de konkurrensrättsliga reglerna i Funktionsfördraget. Artikel 106.2 i Funktionsfördraget kräver dock att genomförda offentliga åtgärder som kan ha negativa konsekvenser för marknaden också är nödvändiga och proportionerliga.

Förhållningssättet till SGI måste för svenskt vidkommande sägas ha varit något vacklande. Ett steg i att – utan att i för sig ta ställning till begreppet SGI – visa sin särart vad gäller tillhandahållandet av välfärdstjänster genom helägda bolag kan vara 2 kap. 10 a § LOU som möjliggör att så kallad *in house*-verksamhet undantas från upphandlingsreglerna. Vidare pågår en statlig utredning som arbetar med frågan om det behövs en generell regel om att kommuner och landsting ska agera affärsmässigt när de bedriver verksamhet på en marknad som är ägnad för konkurrens.² En sådan regel skulle sannolikt innebära att flera grundläggande kommunala principer – framför allt självkostnadsprincipen och förbudet mot vinstsyfte för kommunal

² Se direktiv 2010:9, Vissa frågor om statligt stöd.

näringsverksamhet – endast skulle bli tillämpliga i undantagsfall, medan kravet på affärsmässighet och vinstsyfte i praktiken blir huvudregeln när kommuner levererar eller finansierar allmännyttiga tjänster och anläggningar. I stället för ett ökat fokus på konkurrensrättsliga regler borde det vara av intresse att analysera huruvida begreppen SGI och SGEI kan tjäna som ventiler för att upprätthålla grundläggande rättigheter, den kommunala självstyrelsen och den svenska välfärdspolitiken.

Det är därför nödvändigt att utveckla formerna för hur den EU-rättsliga regleringen av SGI förhåller sig till svensk rätt och medlemsstaternas egna traditioner och förutsättningar. Det kommunala självstyret och den lokala nivåns organisationsfrihet behöver ses i sitt europeiska sammanhang, men med en genomtänkt nationell politik behöver inte EU-rätten utgöra ett hot mot den svenska välfärden.

Den centrala frågan bör dock vara vad konsekvensen blir av att vi i Sverige i större utsträckning än vad som för närvarande förefaller ske använder oss av SGI. Vad gäller SGEI torde det inte medföra någon större skillnad i upphandlingsrättsligt hänseende. Troligen är det i förhållande till statsstödsreglerna som någon effekt skulle kunna märkas, så länge en nationell lösning inte står i konflikt med de grundläggande principer som följer av EU-fördragen. Det centrala torde inledningsvis vara att slå fast varför vi har det system vi har för att tillhandahålla olika välfärdstjänster, vilka välfärdssystem och -tjänster vi finner önskvärda och hur vi vill tillhandahålla dem.

1 Tjänster av allmänt intresse – Sverige, EU och välfärdstjänster

På senare tid har det varit en intensiv debatt i Dagens nyheter avseende ”public service” och Sveriges möjligheter att genom statliga anslag i form av licensmedel stödja SVT, SR och UR på ett sätt som eventuellt skulle snedvrída konkurrensen i förhållande till de kommersiella TV- och radiokanalerna. Den 19 maj 2011 hävdade Manfred Andersson, chef för MTG Sverige, att SVT:s satsningar på vissa typer av mera lättsamma underhållningsprogram inte bara snedvrída konkurrensen utan också sannolikt utarmar de program som utgör kärnan i public service-uppdraget. Skälet är inte bara att programmets karaktär är den samma som de som visas i de kommersiella kanalerna, utan också att de delvis finansieras på samma sätt som de kommersiella kanalerna, bland annat genom sponsring, produktplacering och annonsörsfinansiering. Han efterlyser därför en översyn av public service samt reformer som gör att framtidens offentligt finansierade tv och radio i stället ägnar sig åt att främja mångfald och ett varierat utbud, medan kommersiella aktörerna ges rimliga förutsättningar att utveckla det de är bra på.

Den 21 maj anför Ulf Bernitz, professor i EU-rätt, att SVT inte uppfyller kraven för att erhålla ett legitimt statsstöd. För att kunna uppfylla dessa krav måste ett sådant stöd enligt EU:s regelverk vara inriktat på sådant som verkligen utgör public service. För ett tillåtet stöd krävs enligt honom ett tydligt formulerat uppdrag till public service-företagen och att nya tjänster prövas innan de får lanseras. Den balansakt som public service idag har att genomföra är å ena sidan att värna om public service särskilda uppgifter och å andra sidan att ha en välfungerande konkurrens mellan de olika tv-medierna. Eftersom SVT:s uppdrag inte är tydligt formulerat anser han därför att den svenska definitionen av public service kan medföra att SVT riskerar återbetalningskrav från EU och i slutänden att staten kan bli skyldig att betala skadestånd till konkurrenter som kan påvisa att de lidit skada genom det otillåtna stödet.

Den 21 maj replikerar Eva Hamilton och Henrik Grinbaum, vd respektive chefsjurist vid SVT. De hävdar att SVT:s uppdrag är väl förenligt med EU:s regler, inte minst med tanke på att EU-fördraget slår fast att det är medlemsstaterna själva som ska definiera public service-uppdraget. Inte heller ankommer det på EU att besluta vilka program som ska tillhandahållas eller vilken kvalitet de ska ha. I ett meddelande från kommissionen 2009 om tillämpningen av reglerna om statsstöd på TV i allmänhetens tjänst³ konstateras att public service fortsättningsvis måste kunna erbjuda ett brett programutbud och att det med hänsyn till sektorns särprägel och med hänsyn till behovet av att slå vakt om ett redaktionellt oberoende är berättigat för medlemsstaterna att utforma ett uppdrag som omfattar ett brett, balanserat och varierat programutbud för dessa radio- och TV-företag i syfte att försöka nå en bred publik. Ett sådant synsätt är förenligt med samhällets demokratiska, sociala och kulturella behov och följer även av EU-rättslig praxis. Av en dom från tribunalen⁴ följer att danska TV2:s uppdrag, i allt väsentligt uppbyggt på samma sätt som SVT:s, inte är vagt, utan tvärtom klart och tydligt även om det är brett. TV2 ska erbjuda hela den danska befolkningen ett varierat programutbud som syftar till kvalitet, allsidighet och mångfald. Eftersom SVT:s uppdrag enligt replikförfattarna är formulerat på ett likartat sätt anförs att SVT:s uppdrag är förenligt med EU-rätten.⁵

Debatten är symptomatisk och visar på de förändringar i synen på tjänster av allmänt intresse – i det aktuella fallet ”public service” i dess mest begränsade språkliga innebörd – och de utmaningar mot välfärdsstaten som för tillfället äger rum inom EU. Samtidigt råder det ingen tvekan om att de (globala) ekonomiska kriser som från tid till annan uppstår ställer stora krav på det allmänna vad gäller att såväl tillhandahålla nödvändiga välfärdstjänster som att genom att använda olika typer av stödprogram kunna fungera som en tillväxtmotor i perioder av lågkonjunktur.

Det är dock ett obestridligt faktum att välfärdspolitiken de senaste decennierna starkt influerats av marknadsekonomiska modeller och avreglering av offentlig

³ Kommissionens meddelande om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på radio och TV i allmänhetens tjänst, EUT C 257, 27.10.2009.

⁴ Se mål T-309/04, *TV2*, REG 2008, s. II-2935.

⁵ En offentlig utredning om TV och public service har nu tillsatts. Direktiven tar explicit upp statsstödsproblemet, Kommittédirektiv Radio och tv i allmänhetens tjänst, Dir. 2011:51.

tillhandahållna tjänster och offentliga monopol. Konkurrensutsättning och privatisering har varit centrala inslag i diskussionen och genom lagändringar i början av 1990-talet gavs svenska kommuner och landsting inom en rad områden ett uttryckligt lagstöd för att överlåta olika typer av offentligt tillhandahållna uppgifter på enskilda.⁶

Privatisering av offentligt rättsliga uppgifter har dock sedan frågan aktualiserades på 1980-talet varit politiskt kontroversiell. Det är lätt att hitta exempel på att juridiska argument ställts mot politiska och ekonomiska utgångspunkter, där det kan vara svårt att särskilja laglighets- och lämplighetsfrågor. Även den kommunala självstyrelsen har i vissa fall åberopats som argument för att en kommun valt att agera på ett visst sätt eller rent av för att trotsa domstolsutslag.⁷ Det råder i viss utsträckning fortfarande delade meningar om hur reglerna ska tillämpas samt hur gränsen ska dras mellan ekonomiska och demokratiska principer – i syfte att skapa konkurrens och att ge privata aktörer en ökad roll i produktionen av offentliga tjänster.⁸

Samtidigt som det inte råder någon tvekan om att kommuner och landsting i och med införandet av kommunallagen (1991:900), KL, fick ett betydligt större utrymme för att självständigt utforma sin interna organisation sätter emellertid andra bestämmelser snäva gränser för hur försäljning av offentlig egendom ska ske eller hur en konkurrensutsättning ska genomföras.⁹ Inte minst har Funktionsfördragets regler rörande statsstöd samt proceduren kring offentlig upphandling i stor utsträckning ändrat de nationella förutsättningarna.

Oavsett de begränsningar som följer av reglerna om offentlig upphandling och otillåtna statsstöd som EU-anslutningen förde med sig har de

⁶ Se bland annat prop. 1992/93:43.

⁷ Se bland annat JO:s avgörande 2010-06-30, dnr 117-2009 och 1201-2009, JO:s avgörande 2010-05-06, dnr 3026-2009, Anmälan mot Simrishamn kommun och Tomelilla kommun om domstolsstrots rörande offentlig upphandling, samt JO:s beslut 2010-08-31, dnr 5301-2009, där en kommun valde att fullfölja ett tilldelningsbeslut trots att såväl kammarrätt som Regeringsrätten slagit fast att en upphandling skulle göras om.

⁸ Se till exempel Anna Hollander & Tom Madell, Socialtjänst på entreprenad – kan utredningar inom individ- och familjeomsorg överlämnas till enskilda utan särskilt stöd av lag? FT 2003, s. 15–46.

⁹ Se till exempel Tom Madell och Sofia Lundberg, Skall vi singla slant? Om försäljning av offentliga tillgångar, Konkurrensverket, 2008.

nationella rättsordningarnas autonomi vad gäller att tillhandahålla skattefinansierade välfärdssystem ansetts vara oinskränkt. Sålunda har exempelvis skattefinansierad sjukvård i offentlig regi ansetts vara en icke-ekonomisk tjänst och därmed också undantagen från tillämpningsområdet för Funktionsfördraget. EU-domstolen har dock konstaterat att Funktionsfördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster, artikel 56, är tillämpliga på såväl nationella sjukvårdssystem¹⁰ som offentlig utbildning.¹¹ Detsamma torde vara fallet vad gäller de övriga grundläggande principer som följer av EU-fördragen.

Den fråga som inledningsvis aktualiseras genom exemplet SVT är därför av stor relevans och det sista ordet avseende hur de EU-rättsliga reglerna om tjänster av allmänt intresse påverkar den svenska välfärdsmodellen på en rad olika områden är långtifrån sagt. Debatten har bara börjat – såväl i Sverige som i de andra medlemsstaterna.

¹⁰ Se mål C-372/04, *Yvonne Watts mot Bedford Primary Care Trust Secretary of State for Health*, REG 2006, s. I-4325.

¹¹ Se närmare Susanne S:t Clair Renard, *Tjänster av allmänt intresse: välfärdstjänster och EU*, ERT 2011, s. 27–35.

2 Samhällsutvecklingen och EU-medlemskapets påverkan på tillhandahållandet av offentliga tjänster

Övergången från offentligt tillhandahållna tjänster, och en mer eller mindre uttalad frihet för kommuner och landsting att organisera verksamheten på ett funktionellt sätt, till en ökad konkurrensutsättning mellan privata aktörer som alternativa leverantörer har inte skett helt konfliktfritt. EU:s konkurrensregler, statsstödsreglerna samt reglerna om offentlig upphandling har i viss utsträckning också kommit att uppfattas som en inskränkning av kommunernas möjligheter att själva organisera och planera sin verksamhet på ett funktionellt sätt – såväl vad gäller tillhandahållandet av välfärdstjänster som den kommunala detaljplaneringen.

EU-rätten har därför i sin strävan att uppnå en effektiv konkurrens i viss utsträckning, inte bara i Sverige, beskyllts för att vara blind för det allmännas ansvar för att tillhandahålla allmännyttiga tjänster – EU-rätten sägs således lida av *Kommunalblindheit*.¹² Samtidigt går det inte att komma ifrån att reglerna om konkurrensneutralitet och transparens också har en rad stora fördelar, inte minst avseende intentionerna att tillvarata medborgarnas ekonomiska intressen samt för att motverka godtycklighet, nepotism och eventuell korruption. Dessutom har EU-domstolen i flera avgöranden varit benägen att ta hänsyn till lokala och regionala förutsättningar, exempelvis vid offentlig upphandling och de så kallade Teckal-undantagen¹³ samt mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, som gällde samverkan mellan olika regioner. Sålunda har också EU-domstolen framhållit att en myndighet ”har möjlighet att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation, och att den möjligheten även kan utövas i samarbete med andra myndigheter.”¹⁴

¹² Se till exempel Angela Faber, Die Zukunft kommunaler Selbstverwaltung, Deutsches Verwaltungsblatt 1991, s. 1132, samt Dian Schefold, Zur Gestalt der Regionen, i: Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg zum siebzigsten Geburtstag, Charlotte Gaitanides et al (red.), 2005, s. 292 not 23, s. 293 not 25, och s. 306 not 76.

¹³ Terminologin följer av C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I-8121. Se närmare nedan.

¹⁴ Mål C-215/09, *Mehiläinen Oy och Terveystalo Healthcare Oy mot Uleåborgs stad*, REU 2010, s. I-000.

Gränsen mellan SGI, lokala förutsättningar och de konkurrens- och upphandlingsrättsliga begränsningarna får därför sägas vara något flytande och till viss del uppluckrad. Frågan är ständigt aktuell och genererar fortlöpande en mängd rapporter.¹⁵

För svenskt vidkommande har *Caroline Wehlander*¹⁶ analyserat tjänster av allmänt intresse ur ett europeiskt respektive ett svenskt perspektiv. Hon anser att frågor om tjänster av allmänt intresse, SGI-regelverket och en europeisk modell av samhälle bör analyseras i dialog mellan EU:s institutioner och Sverige samt de möjligheter som ges till följd av de nya reglerna om tjänster av allmänt intresse i Lissabonfördraget och översynen av statsstödsreglerna för tjänster av allmän ekonomiskt intresse. Hon anför att demokratiska och politiska önskemål varit viktiga drivkrafter för utvecklingen av de aktuella reglerna såväl hos kommissionen som hos EU-domstolen. Hon visar även att de bakomliggande normerna blivit tydligare för varje fördragsändring – vilket öppnar upp för en mer frekvent användning av begreppen tjänster av allmänt intresse och tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i sekundärrätten och en tydligare rättspraxis från EU-domstolen.

Hon anför också att det för svenskt vidkommande hittills endast är kommuner och landsting som visat något större intresse för begreppet tjänster av allmänt intresse, vilket troligen är en följd av att det för svenskt vidkommande är kommuner och landsting som är ansvariga för en stor del av de välfärdstjänster som tillhandahålls medborgarna. En ökad harmonisering mellan svensk och EU-rätt är därmed av avgörande betydelse för den kommunala självstyrelsen och möjligheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster. Då rätten att avgöra vad som utgör en tjänst av allmänt intresse ligger på nationell nivå är det alltså viktigt att Sverige agerar proaktivt och preciserar vilka mål allmännyttiga tjänster ska tillvarata och med vilka pengar de ska finansieras.

¹⁵ Se Kommissionens vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse, 7.12.2010 SEC(2010) 1545 final.

¹⁶ Se Caroline Wehlander, Tjänster av allmänt intresse ur ett europeiskt respektive ett svenskt perspektiv, i: Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 41–80.

Det är dock viktigt att försöka ringa in vilka regler och begrepp som det handlar om och hur de till synes olika reglerna avseende tjänster av allmänt intresse, konkurrensfrågor, statsstöd och offentlig upphandling hänger ihop.

3 Tjänster av allmänt intresse – SGI

3.1 EU-rättens grundläggande principer

Alla tjänster av allmänt intresse ska bedömas mot bakgrund av EU-rättens bestämmelser och principer; etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster enligt artiklarna 49 och 56 i Funktionsfördraget – med bland annat krav på transparens, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Om det rör sig om ett uppdrag som faller inom ramen för upphandlingslagstiftningen ska den privata parten väljas ut enligt något av de förfaranden som följer av dessa regler. Även om det är fråga om en tjänstekoncession eller ett annat kontrakt som inte faller under LOU:s tillämpningsområde måste alltid Funktionsfördragets grundläggande principer iakttas.¹⁷ Följaktligen är de allmänna EU-rättsliga principerna av stort intresse även vid upphandlingar och andra tjänster som faller utanför direktivens tillämpningsområde. De omfattas därför alltid av Funktionsfördraget och de grundläggande principerna och av respekten för de fyra friheterna: fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital.

Det är härvid av intresse att peka på att bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU bland annat stadgar att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt, det vill säga de grundläggande principer som följer av EU-fördragen ska alltid tillämpas. Likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU kan dels användas som tolkningsunderlag i samband med tillämpningen av andra bestämmelser i LOU, dels som utfyllnad då lagstöd saknas. Men det är också viktigt att framhålla att även om vissa upphandlingar är undantagna enligt 1 kap. LOU, till exempel tjänstekoncessioner, ska de grundläggande principerna ändå tillämpas.¹⁸

¹⁷ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007)6661 (05.02.2008), s. 5 f.

¹⁸ Se till exempel Michael Slavicek, *Upphandlingens olika ansikten*, 2002, s. 22, samt Jan-Erik Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2009, s. 412.

Av EU-domstolens praxis framgår att bestämmelser som anpassats till EU-rätten – och det direktivstyrda området – såväl ska tolkas som tillämpas i enlighet med denna. Ett annat synsätt skulle nämligen kunna medföra att bestämmelser med samma innehåll skulle ges olika innehåll, vilket skulle medföra ett åsidosättande av kraven på såväl transparens som rättssäkerhet.¹⁹

I mål C-196/08, *Acoset*, preciserar EU-domstolen i ett förhandsbesked vad som gäller vid tilldelningen av tjänstekoncessioner och relationen till artiklarna 49, 56 och 106 i Funktionsfördraget. I juli 2002 slöt den regionala provinsen Ragusa och kommunerna belägna i området Iblei ett samarbetsavtal som innebar bildandet av en lokal myndighet med ansvar för den integrerade vattenförsörjningen i Ragusa, ATO. ATO:s styrande organ, konferensen, beslutade i enlighet med nationell lagstiftning i mars 2004 att tjänsten i fråga skulle tillhandahållas av ett ”bolag som har både privata och offentliga ägare i vilket det allmänna är majoritetsägare”. I juni 2005 godkände konferensen utkastet till aktiebolagets stiftelseurkund, dess bolagsordning och utkastet till överenskommelse om hur tjänsten skulle tillhandahållas, var det framgick att tillhandahållandet av den integrerade vattenförsörjningstjänsten, genom direkt tilldelning och med ensamrätt, skulle anförtros det bolag med både privata och offentliga ägare som skulle bildas – operatören.

Därefter offentliggjordes ett meddelande om anbudsinfordran för val av en näringsidkare som privat minoritetsägare, som med ensamrätt skulle anförtros uppdraget att driva den integrerade vattenförsörjningstjänsten och utföra därmed sammanhängande arbeten. I kravspecifikationerna föreskrevs bland annat att ”de arbeten som ska utföras är de som omfattas av den treåriga verksamhetsplanen, i dess i anbudet ändrade och/eller kompletterade lydelse, och av det i områdesplanen tidigare planerade informationsutkastet ... ” och ”arbeten som inte utförs direkt av den privata delägaren ska tilldelas genom ett sådant konkurrensutsatt anbudsförfarande som föreskrivs i lag.” I anbudsförfarandet deltog tre tillfälliga konsortier. Efter att en anbudsgivare uteslutits och en annan valde att dra sig ur anbudsförfarandet återstod endast *Acoset*. I oktober 2007 beslutade konferensen att ogiltigförklara det aktuella anbudsförfarandet samt att den integrerade vattenförsörjningstjänsten i Ragusa skulle tillhandahållas

¹⁹ Se mål C-14/83, *von Colson*, mål C-28/95, *Leur-Bloem*, och NJA 1998 s. 873 samt Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009, s. 49.

genom ett konsortium. Kort därefter underrättades Acoset om att anbudsförfarandet hade ogiltigförklarats.

Den hänskjutande domstolen önskade få klarhet i huruvida artiklarna 49, 56 och 106 i Funktionsfördraget utgör hinder för direkt tilldelning av uppdraget att tillhandahålla en offentlig tjänst som förutsätter att vissa bygg- och anläggningsarbeten utförs dessförinnan till ett bolag som har både privata och offentliga ägare och som har bildats för att tillhandahålla denna tjänst, vilket utgör bolagets enda verksamhetsföremål, och den privata delägaren väljs ut genom ett offentligt anbudsförfarande, efter att det kontrollerats att denne uppfyller de finansiella, tekniska, operativa och administrativa kraven med avseende på den tjänst som ska tillhandahållas och innehållet i ansökan avseende de specifika prestationer som ska utföras har beaktats.

EU-domstolen konstaterar bland annat att principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet bland annat innebär en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principerna iakttas. Skyldighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att sådan offentlighet föreligger att upphandlingen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska. Det följer vidare av artikel 106.1 i Funktionsfördraget att medlemsstaterna inte får ha nationella bestämmelser enligt vilka tjänstekoncessioner kan tilldelas utan anbudsinfordran – eftersom en sådan tilldelning strider mot de grundläggande principerna i Funktionsfördraget.

3.2 En begreppsrepresentation

Det råder ingen tvekan om att allmännyttiga tjänster har spelat och fortfarande spelar en viktig roll i Europas samhällsmodell. Det råder konsensus om att vissa verksamhetsområden är av ett sådant unionsrättsligt intresse att de inte helt kan överlämnas åt marknadskrafterna. Medlemsstaterna är därför också till stor del fria att besluta vilka tjänster som ska anses vara allmännyttiga. Samtidigt är det med hänsyn till EU:s inre marknad viktigt att sådana tjänster levereras i överensstämmelse med fördragsreglerna för att undvika eventuell snedvridning av konkurrensen.

Det har genom åren skrivits många spaltmeter om den svenska välfärdsmodellen och det allmännas ansvar för att tillhandahålla olika tjänster till medborgarna.

Samtidigt har den terminologi som följer av den EU-rättsliga regleringen, bland annat tjänster av allmänt intresse m.fl. begrepp, inte varit föremål för någon djupare analys.²⁰

Begreppet tjänster av allmänt intresse, *services of general interest* – SGI, lanserades av kommissionen 1996 i meddelandet ”Tjänster i allmänhetens intresse i Europa” och definierades där som ”tjänster, utförda på affärsmässiga eller icke-affärsmässiga grunder, som offentliga myndigheter anser ligger i allmänhetens intresse, och som därför omfattas av särskilda förpliktelser”.²¹ Begreppet ansågs omfatta:

- a. tjänster som tillhandahålls av stora företag inom nätverkssektorn, till exempel el- och gasdistribution, posttjänster samt telekommunikationer,
- b. tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, till exempel avfallshantering, VA-tjänster och offentliga TV-sändningar och
- c. icke-ekonomiska tjänster och tjänster som inte påverkar handeln.

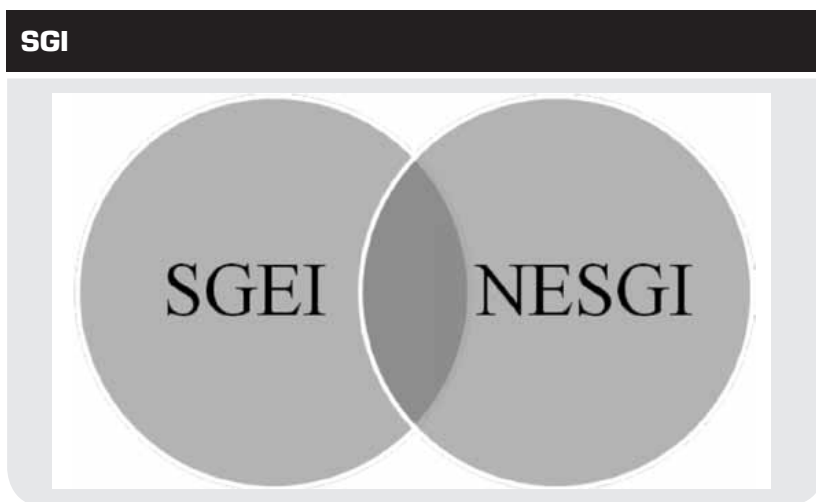
Genom Lissabonfördraget har tjänster av allmänt intresse lyfts in som ett legalt begrepp i EU:s primärrätt genom att Protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse fogats till både EU-fördraget och Funktionsfördraget. Protokollet bekräftar kommissionens definition av tjänster av allmänt intresse som ett samlingsbegrepp för såväl tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI)

²⁰ Vilket kan jämföras med Danmark, där det gjorts flera studier för att precisera den närmare innebörden av vad de olika begreppen innebär och vilken betydelse det får för medlemsstaternas vidkommande. Se bland annat Ulla Neergaard, *Services of General (Economic) Interest and the Services Directive*, i: *The Services Directive, Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, 2008; Ulla Neergaard, “Services of General Economic Interest” and Related Concepts: The Nature of the Beast, i: *The Changing Legal Framework of Services of General Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, Ulla Neergaard, Markus Krajewski & Johan van de Gronden (red.), 2009; Dragana Damjanovic & Bruno De Witte, *Welfare Integration through EU Law: The Overall Picture in the Light of the Lisbon Treaty*, i: *Integrating Welfare Functions into EU Law – From Rome to Lisbon*, Ulla Neergaard, Ruth Nielsen & Lynn M. Roseberry (red.), 2010, s. 53–94, samt Ruth Nielsen, *Scandinavian Legal Realism and EU Law*, i: *The Role of the Courts in Developing a European Social Model – Theoretical and Methodological Perspectives*, Ulla Neergaard, Ruth Nielsen & Lynn M. Roseberry (red.), 2010, s. 229–264.

²¹ Se kommissionens grönbok om tjänster av allmänt intresse, KOM(2003)270, punkt 32.

som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (NESGI).²² Protokollet – eller för den del fördragen – inskränker därmed inte medlemsstaternas möjligheter att tillhandahålla och organisera tjänster av icke-ekonomiskt intresse, däremot kan frågan om vilka tjänster som kan anses vara icke-ekonomiska eller ekonomiska komma att avgöras av EU-domstolen.²³

Trots att protokoll nr 26 handlar om tjänster av allmänt intresse saknas en definition av begreppet. Enligt EU-rättslig praxis får begreppet *tjänster av allmänt intresse* anses innebära ekonomiska eller icke-ekonomiska tjänster som medlemsstaterna anser vara av allmänt intresse och som av den anledningen omfattas av vissa skyldigheter att tillhandahålla dem. Begreppet täcker alltså både tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, som omfattas av Funktionsfördragets konkurrens- och statsstödsregler, och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, som inte omfattas av Funktionsfördragets konkurrensregler.



²² Vissa spår av förvirring kring begreppet tjänster av allmänt intresse finns kvar i det nu gällande tjänstedirektivet, se bland annat Johan van de Gronden, *The Services Directive and Services of General (Economic) Interest, i: The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, Ulla Neergaard, Markus Krajewski & Johan van de Gronden (red.), 2009, s. 234.

²³ Se även Susanne S:t Clair Renard, *Tjänster av allmänt intresse: välfärdstjänster och EU*, ERT 2011, s. 27–35, särskilt s. 31.

3.3 Tjänster av allmänt intresse såsom de följer av fördragen

De begrepp som används på området härrör från EU-rätten och de bestämmelser som rör tjänster av allmänt intresse förekommer på flera olika ställen i fördragen.

Av artikel 4.2 i EU-fördraget följer att

”Unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret. Den ska respektera deras väsentliga statliga funktioner, särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten. I synnerhet ska den nationella säkerheten också i fortsättningen vara varje medlemsstats eget ansvar.”

Av artikel 14 i Funktionsfördraget följer vidare att:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4 i fördraget om Europeiska unionen och artiklarna 93, 106 och 107 i det här fördraget och med beaktande av den betydelse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och den roll som dessa tjänster spelar när det gäller att främja social och territoriell sammanhållning, ska unionen och medlemsstaterna, var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom fördragens tillämpningsområde, sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor, särskilt ekonomiska och finansiella, som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter. Europaparlamentet och rådet ska genom förordningar i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet fastställa dessa principer och villkor, utan att det påverkar medlemsstaternas befogenheter att i överensstämmelse med fördragen tillhandahålla, beställa och finansiera sådana tjänster.”

Av artikel 106 i Funktionsfördraget följer slutligen att:

”1. Medlemsstaterna ska beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördragen, i synnerhet reglerna i artiklarna 18 samt 101–109.

2. Företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.

3. Kommissionen ska säkerställa att bestämmelserna i denna artikel tillämpas och, när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna.”

3.4 Protokoll 26 rörande tjänster av allmänt intresse

För att understryka vikten av tjänster av allmänt intresse bifogades i och med Lissabonfördragets ikraftträdande även Protokoll 26 rörande tjänster av allmänt intresse till EU-fördraget och Funktionsfördraget. Protokollet består av två artiklar. Av artikel 1 framgår att:

”Unionens gemensamma värden i fråga om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 14 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt inbegriper särskilt

– nationella, regionala och lokala myndigheters avgörande roll och stora handlingsutrymme när det gäller att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse så nära användarnas behov som möjligt,

– mångfalden av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och de skillnader i användarnas behov och preferenser som olika geografiska, sociala eller kulturella förhållanden kan leda till,

– en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter.”

Artikel 2 stadgar att

”Bestämmelserna i fördragen ska inte på något sätt påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art.”

3.5 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

Av artikel 36 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02) avseende tillgången till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse följer uttryckligen att:

”Unionen ska för att främja social och territoriell sammanhållning i unionen erkänna och respektera den tillgång till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som föreskrivs i nationell lagstiftning och praxis i enlighet med fördragen.”

De angivna bestämmelserna visar att det inte bara finns flera olika begrepp – tjänster av allmänt intresse, tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, sociala tjänster av allmänt intresse samt icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse – de regler som omgärdar dem återfinns också på flera olika ställen och har tillkommit vid olika tidpunkter och med olika syften. Ett annat begrepp som ibland används är universella tjänster, *universal services*. De universella tjänsterna förefaller kunna användas på såväl icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Möjligen visar begreppet tydligare på att det är fråga om en miniminivå av tjänster som samtliga EU-medborgare bör få ta del av och kunna ha råd med, även om det

i brist på en gemensam reglering är upp till varje medlemsland att bestämma hur de ska organiseras, tillhandahållas och finansieras.²⁴

Dessa begrepp och de bakomliggande syftena kan dock anses visa på viktiga skillnader som förtjänar att utvecklas närmare. I brist på en EU-rättslig definition av begreppen måste emellertid den närmare innebörden av olika tjänster, och därför också deras klassificering, variera mellan medlemsstaterna.

²⁴ Se även Jörgen Hettne, EU, lokala marknader och allmänintresset, SIEPS, Europapolitisk analys 2011:3, s. 11.

4 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse – SGEI

Precis som tidigare följer av artikel 106.2 i Funktionsfördraget att företag som anförtratts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse – *services of general economic interest* (SGEI) – eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Bestämmelsen är placerad i fördragets kapitel om konkurrens och är formulerad som ett undantag från fördragets regler för det fall dessa hindrar att en uppgift av allmänt intresse kan fullgöras. Bestämmelsen ger således en möjlighet att i konkreta fall avväga genomförandet av allmänna intressen mot intresset av en inre marknad med välfungerande konkurrens. Som visas nedan har EU-domstolen under årens lopp vid ett relativt stort antal tillfällen gjort bedömningar som preciserat innehållet i artikel 106.2 i Funktionsfördraget.

Begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI) definieras varken i Funktionsfördraget eller i sekundärrätten. Enligt EU-domstolens praxis avser begreppet i allmänhet tjänster av ekonomisk natur som medlemsstaternas offentliga myndigheter, på nationell, regional eller lokal nivå, har förenat med vissa skyldigheter att tillhandahålla dem genom ett anförtronde och enligt kriteriet om ett allmänt intresse för att säkerställa att dessa tjänster tillhandahålls under förhållanden som inte nödvändigtvis är de rådande marknadsförhållandena. Följaktligen har domstolen i flera domar fastställt att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är tjänster som har särskild karaktär i jämförelse med annan ekonomisk verksamhet.²⁵

Begreppet SGEI kan täcka olika förhållanden och benämningar i de olika medlemsstaterna. Enligt EU-rätten behöver en uppgift eller en tjänst inte formellt betecknas som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. I artikel 1 i Protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse anges vilka gemensamma värden som gäller i fråga om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Bestämmelsen preciserar innebörden av artikel 14 i Funktionsfördraget och det framgår att Unionens gemensamma värden i fråga om tjänster av allmänt

²⁵ Se till exempel mål C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, REG 1991, s. I-5889, p. 27, mål C-242/95, *GT-Link A/S*, REG 1997, s. I-4449, p. 53 samt mål C-266/96, *Corsica Ferries France SA*, REG 1998, s. I-03949, p. 45.

ekonomiskt intresse särskilt inbegriper nationella, regionala och lokala myndigheters avgörande roll och stora handlingsutrymme när det gäller att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse så nära användarnas behov som möjligt, mångfalden av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och de skillnader i användarnas behov och preferenser som olika geografiska, sociala eller kulturella förhållanden kan leda till samt en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter.

Det framgår tydligt att nationella, regionala och lokala myndigheter i och med Lissabonfördragets ikraftträdande fått en större frihet vad gäller hur tjänster av allmänt ekonomiskt intresse bör tillhandahållas och organiseras, beroende på de lokala förutsättningar som gäller, vilket torde tyda på att tjänster av allmänt intresse inte längre enbart är att uppfatta som ett perifert och svårtillämpat undantag från konkurrensreglerna utan ett centralt värde för EU.

Som framgått ovan tillämpas inte de konkurrensregler som följer av Funktionsfördraget på alla tjänster av allmänt intresse, utan endast på sådana tjänster som är ”ekonomiska” till sin karaktär, det vill säga tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. EU-lagstiftningen definierar ”ekonomisk” verksamhet som all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad, exempelvis TV- och radiosändningar, energi, transport och posttjänster. Klassificeringen av en verksamhet som en SGEI respektive icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (NESGI) är därför av central betydelse. Medan NESGI endast berörs av fördragets grundläggande bestämmelser om icke-diskriminering och likabehandling²⁶ faller SGEI i sin helhet inom fördragets tillämpningsområde, särskilt konkurrensreglerna, vilket framgår av artikel 106.2 i Funktionsfördraget.

”Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats

²⁶ Se artikel 18 i Funktionsfördraget.

dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.”

Bestämmelsen är placerad i fördragets kapitel om konkurrens och formulerad som ett *undantag* från fördragets regler för det fall dessa hindrar att en uppgift av allmänt intresse kan fullgöras. Bestämmelsen ger således en möjlighet att i konkreta fall avväga genomförandet av allmänna intressen mot intresset av en inre marknad med välfungerande konkurrens.

Bestämmelserna om tjänster av allmänt intresse har genom sin placering i artikel 106 i Funktionsfördraget tidigare i huvudsak uppfattats som en precisering av de konkurrensrättsliga bestämmelserna i fördraget, vilket också påverkat tolkningen av vad som innefattas i den typen av tjänster.²⁷ SGEI är emellertid inte längre enbart ett konkurrensbegrepp, utan förekommer även i såväl artikel 14 i Funktionsfördraget som i tjänstedirektivet,²⁸ vilket förvisso öppnar för nya möjligheter men också kan medföra nya tolkningar och efterföljande komplikationer.²⁹

Medlemsstaternas offentliga myndigheter, på nationell, regional eller lokal anses dock ha ett brett handlingsutrymme när det gäller att fastställa vad de anser vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.³⁰ I den mycket utförliga domen i målet *BUPA*³¹ slår tribunalen fast att befogenheten att definiera SGEI ligger hos medlemsstaterna, vilket enligt tribunalen följer av att EU inte har getts någon sådan befogenhet och av att det i unionsrätten saknas en precis och fullständig definition av begreppet SGEI – en kompetensfördelning som enligt domstolen återspeglas i artikel 16 EG (nu artikel 14 i Funktionsfördraget). Unionens befogenhet är därför begränsad till en kontroll av uppenbart

²⁷ Se närmare *The Changing Legal Framework of Services of General Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, Ulla Neergaard, Markus Krajewski & Johan van de Gronden (red.), 2009.

²⁸ Direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden.

²⁹ Se Ulla Neergaard, *Services of General (Economic) Interest and the Services Directive*, i: *The Services Directive, Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, 2008, s. 69.

³⁰ Se framför allt mål T-17/02, *Fred Olsen*, REG 2005, s. II-2031, p. 216, mål T-289/03, *BUPA*, REG 2008, s. II-81, p. 166–169, samt mål T-309/04, *TV2*, REG 2008, s. II-2935, p. 113 ff.

³¹ Mål T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, London, BUPA Ireland Ltd, mot Kommissionen*, REG 2008, s. II-81.

oriktig bedömning. Klassificeringen av en tjänst som en SGEI kräver enligt tribunalen heller inte att en SGEI ska utgöra en samhällsomfattande tjänst i strikt mening eller att tjänsten ska fylla ett behov som är gemensamt för hela befolkningen eller tillhandahållas inom hela området, inte heller att den aktör som anförtrots uppdraget beviljas en exklusiv eller särskild rättighet för att fullgöra det.

Ett väsentligt villkor för att en tjänst ska få klassificeras som en SGEI är däremot att den är av tvingande karaktär, vilket kan bestå i en skyldighet att erbjuda vissa tjänster till alla medborgare som begär det. För att uppdraget ska anses som obligatoriskt krävs dock inte att myndigheterna ålägger den berörda aktören att tillhandahålla en tjänst med ett klart och på förhand fastställt innehåll. Det är förenligt med klassificeringen av en tjänst som en SGEI att ett företag som anförtrots det särskilda uppdraget med avseende på innehållet och priset för tjänsten dels förfogar över en viss handlingsfrihet på marknaden, dels att tjänsten tillhandahålls med viss hänsyn till ekonomisk lönsamhet. Tribunalen klargör slutligen att de så kallade Altmark-villkoren³² inte alltid kan tillämpas strikt i vissa fall och att de därför bör tolkas ändamålsenligt.

4.1 Artikel 106 i Funktionsfördraget och EU-domstolens praxis

Artikel 106.1 i Funktionsfördraget anses rikta sig till medlemsstaterna och de regionala och lokala myndigheterna för det fall att de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter till offentliga företag eller andra företag³³. Det undantag som finns i artikel 106.2 i Funktionsfördraget har samtidigt ansetts syfta till att ”föreninga medlemsstaternas intresse av att använda vissa företag, särskilt inom den offentliga sektorn, som instrument för sin ekonomiska eller fiskala politik, med gemenskapsintresset att säkerställa efterlevnaden av konkurrensreglerna och att bevara den gemensamma marknadsenhet.”³⁴

³² Se närmare nedan avseende de kriterier som ställs upp i mål C-280/00, *Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Altmark)*, REG 2003, s. I-7747.

³³ Se mål 30/87, *Bodson*, REG 1988, s. 2479, punkt 33. Att bestämmelsen även innefattar regionala och lokala myndigheter följer även kommissionens direktiv 2000/52/EG av den 26 juli 2000 om ändring av direktiv 80/723/EEG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (transparensdirektivet).

³⁴ Se mål C-202/88, *Frankrike mot Kommissionen*, REG 1991, s. I-1223, punkt 12.

Som så ofta annars vad gäller den närmare innebörden av fördragstexten är EU-domstolens praxis rörande tillämpningen av fördragets begrepp ”tjänst” och ”företag” av central betydelse för avgränsningen mot tjänster av allmänt intresse och i vissa fall förefaller allmänintresset ha vägt ganska lätt i förhållande till de konkurrensrättsliga utgångspunkterna. Domstolen anförde således i målet *Webb*³⁵ att vissa tjänsters särskilda beskaffenhet inte hindrar att de omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet, såsom i målen *Kohll* samt *Smits* och *Peerbooms*. I *Kohll*³⁶ fann domstolen att tandvård utförd av en ortodontist utan samband med infrastrukturen för sjukvård utgjorde en tjänst i fördragets mening och i *Smits och Peerbooms*³⁷ slogs fast att sjukhusvård kunde utgöra en ekonomisk verksamhet och således en tjänst. Det var utan betydelse att vårdleverantören saknade vinstsyfte och att ersättningen för den utförda vården utgjordes av schablonmässiga utbetalningar av sjukförsäkringskassorna. Vidare gav domstolen i målet *Höfner* begreppet företag en mycket vid definition, med fokus på verksamhetens egenskaper snarare än på utövarns.³⁸ Eftersom begreppet företag, som alltså är viktigt för att kunna göra avvägningar vid tolkningen av artikel 106 i Funktionsfördraget, saknar någon uttrycklig definition slog EU-domstolen fast att ”begreppet företag inom ramen för konkurrensrätten omfattar varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering, samt att arbetsförmedling är en ekonomisk verksamhet.”³⁹

Vad gäller social trygghet har EU-domstolen anfört att det inte är fråga om ekonomisk aktivitet i de fall ett organ inte har ett vinstsyfte och fyller en uteslutande social funktion som ett behov avseende administration av social trygghet – sjukförsäkringar och pensionssystem – och uppfyller vissa grundläggande kriterier. Dessa kriterier går ut på att det aktuella organet,

³⁵ Se mål 279/80, *Brottmål mot Alfred John Webb*, REG 1981, s. 3305, punkt 10.

³⁶ Se mål C-158/96, *Raymond Kohll mot Union des caisses de maladie*, REG 1998, s. I-1931, punkt 20 samt punkt 21.

³⁷ Se mål C-157/99, *B.S.M. Smits mot Stichting Ziekenfonds VGZ och H.T.M. Peerbooms mot Stichting CZ Groep Zorgverzekerings*, REG 2001, s. I-5473, punkterna 52, 54 och 58.

³⁸ Se mål C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser mot Macrotron GmbH*, REG 1991, s. I-1979, p. 21.

³⁹ Se mål C-41/90, Höfner, REG 1991, s. I-1979, p. 21, mål C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*, REG 1995, s. I-4013, p. 14, mål C-55/96, *Job Centre coop*, REG 1997, s. I-7119, p. 21, samt de förenade målen C-159/91 och C-160/91 *Poucet and Pistre*, REG 1993, s. I-637, p. 17.

till exempel försäkringskassor, ”endast tillämpar föreskrifter och saknar inflytande över avgifternas storlek, medelsanvändningen och nivån på de förmåner som skall tillhandahållas. Deras verksamhet bygger nämligen på nationell solidaritet, saknar varje form av vinstsyfte, och de förmåner som tillhandahålls är föreskrivna i lag och oberoende av avgifternas storlek.”⁴⁰ Om bara något eller några av de uppställda kriterierna är uppfyllda anses det således vara fråga om ekonomisk verksamhet.⁴¹

Vad gäller bedömningar av system för social trygghet har emellertid domstolen uppvisat en ovilja att tillämpa de undantag som följer av artikel 106.2 i Funktionsfördraget, i stället har den som synes argumenterat för att organen inte är att anse som företag som ägnar sig åt ekonomisk verksamhet – vilket gör att de inte omfattas av Funktionsfördragets konkurrensregler. Vidare följer av artikel 106.3 i Funktionsfördraget att kommissionen ska säkerställa att bestämmelserna artikel tillämpas och, vid behov, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avseende medlemsstaterna.⁴² Kommissionen har inom ramen för artikel 106.3 i Funktionsfördraget endast utfärdat direktiv inom två områden, inom ramen för telekommunikation⁴³ och genom transparensdirektivet,⁴⁴ men har därutöver fattat ett stort antal beslut även inom andra områden.

⁴⁰ Se de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, *AOK Bundesverband m.fl. mot Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co., Mundipharma GmbH, Gödecke GmbH, Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH*, REG 2004, s. I-2493, p. 47. Se även de förenade målen C-159/91 och C-160/91, *Poucet and Pistre*, REG 1993, s. I-63, p. 15 och 18.

⁴¹ Se de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, *AOK Bundesverband m.fl. mot Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co., Mundipharma GmbH, Gödecke GmbH, Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH*, REG 2004, s. I-2493, p. 49, med hänvisning till mål C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*, REG 1995, s. I-4013, p. 22, samt mål C-67/96, *Albany*, REG 1999, s. I-5751, p. 84–87.

⁴² Se de förenade målen 188–190/80, *Frankrike m.fl. mot Kommissionen*, REG 1982, s. 2545, p. 13.

⁴³ Se Direktiv 88/301/EEC of 16 May 1988 on competition in the markets in telecommunications terminal equipment, OJ L 131/ 73, and Directive 90/388/EEC on competition in the markets for telecommunications services, OJ L 192/ 10, and the directives amending Directive 90/388/EEC. Se även direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

⁴⁴ Kommissionens direktiv 2000/52/EG av den 26 juli 2000 om ändring av direktiv 80/723/EEG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (transparensdirektivet).

Vem har så möjligheten att avgöra vad som utgör en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse? Inledningsvis förefaller EU-domstolen ha ansett att tolkningsföreträdet låg hos kommissionen och inte hos de enskilda medlemsstaterna. De nationella domstolarna ansågs därför också sakna möjlighet att tillämpa artikel 106.2 i Funktionsfördraget.⁴⁵ Under 1989 ändrade emellertid domstolen sitt synsätt såtillvida att för det fallet att kommissionen inte reglerat frågan i enlighet med artikel 106.3 i Funktionsfördraget så skulle de nationella domstolarna ha möjlighet att pröva frågan.⁴⁶ Nästa genombrott kom i fallet *Sydhavnens Sten & Grus* där EU-domstolen slog fast att bestämmelserna i artikel 106.2 i Funktionsfördraget kunde rättfärdiga en ensamrätt för ett företag avseende avfallshantering.⁴⁷

Domstolen konstaterar att det av Funktionsfördraget framgår att en medlemsstat kan åberopa att ett företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i strid med artikel 106.2 i Funktionsfördraget beviljas exklusiva rättigheter, när fullgörandet av de särskilda uppgifter som företaget har tilldelats inte kan säkerställas på annat sätt än genom att sådana rättigheter beviljas och när utvecklingen av handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse. Vidare anför domstolen att det kan tänkas att hanteringen av visst avfall kan utgöra en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, i synnerhet när syftet med denna tjänst är att bemästra ett miljöproblem. I det aktuella fallet hade tre företag i enlighet med nationell lagstiftning anförtrotts uppgiften att behandla det bygg- och anläggningsavfall som produceras i kommunen. Under dessa omständigheter måste de tre företagen anses ha anförtrotts en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse.

Det centrala blev därefter att avgöra huruvida den exklusivitet som beviljats de tre företagen var nödvändig för att dessa under godtagbara ekonomiska villkor skulle kunna fullgöra uppgifterna. För att komma tillrätta med befintliga miljöproblem och då återvinning inte kunde ske på grund av bristen på företag som kunde behandla sådant avfall, bedömde kommunen att det var nödvändigt att inrätta ett center med hög kapacitet. I syfte att säkerställa

⁴⁵ Se mål 10/71, *Port de Mervert*, REG 1971, s. 723, p. 16.

⁴⁶ Se mål 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, REG 1989, s. 803, p. 53.

⁴⁷ Se mål C-209/98, *Entreprenörforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD), på uppdrag av Sydhavnens Sten & Grus ApS och Københavns Kommune*, REG 2000, s. I-3743, p. 74–83.

att det nyinrättade centret blev lönsamt ansåg kommunen dessutom att det måste tillförsäkras en god tillgång på avfall genom att bevilja det ensamrätt på behandling av avfallet. På så sätt skapades ett monopol men domstolen fann under dessa omständigheter att även för det fall beviljandet av exklusiviteten skulle leda till konkurrensbegränsningar på en väsentlig del av den gemensamma marknaden, kunde det anses vara nödvändig för att fullgöra en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse. Slutsatsen blev därför att det inte förelåg något hinder för att inrätta en kommunal ordning för att lösa ett miljöproblem som uppstått genom att det saknas kapacitet för behandling av icke-miljöfarligt bygg- och anläggningsavfall avsett för återvinning, trots att effekten blev att ett begränsat antal särskilt utvalda företag – på bekostnad av konkurrenterna – fick ensamrätt på att behandla även det icke-miljöfarliga bygg- och anläggningsavfall avsett för återvinning som producerades inom området.

I *Kommissionen mot Frankrike* uttalas särskilt vad gäller företag som tillhandahåller tjänster på det kommunala området att för att fördragets regler inte ska vara tillämpliga på ett företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse med stöd av artikel 106.2 i Funktionsfördraget, är det tillräckligt att tillämpningen av dessa regler rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda skyldigheter som åvilar detta företag fullgörs. Det är inte nödvändigt att företagets överlevnad hotas.⁴⁸

Artikel 106.2 i Funktionsfördraget innebär ett undantag från konkurrensreglerna vilket också gör att den kräver en strikt införlivning.⁴⁹ Dessutom måste medlemsstaterna vid en tillämpning av undantaget visa att de har uppfyllt de uppställda kraven.⁵⁰ När artikel 106.2 i Funktionsfördraget är tillämplig gäller således inte konkurrensreglerna för det fall att tillämpningen av dessa regler rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda skyldigheter

⁴⁸ Se mål C-159/94, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 1997, s. I-5815, p. 59.

⁴⁹ Se mål C-157/94, *Kommissionen mot Nederländerna*, REG 1997, s. I-5699 p. 37 ”Being a provision permitting derogation from the Treaty rules, Article 90(2) must be interpreted strictly”, samt mål C-159/94, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 1997, s. I-5815, p. 53.

⁵⁰ Se mål C-157/ 94 *Kommissionen mot Nederländerna*, REG 1997, s. I-5699, p. 51, samt mål C-159/94, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 1997, s. I-5815, p. 94.

som åvilar det aktuella företaget fullgörs.⁵¹ Det har dock anförts att det inte är tillräckligt att utförandet av uppgiften är komplicerad.⁵² I *Kommissionen mot Frankrike* och *Kommissionen mot Nederländerna* slogs fast att det är en uppgift för medlemsländerna att definiera vad som utgör en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. I *Kommissionen mot Nederländerna* uttalas att:⁵³

”39. Vidare konstaterade domstolen i [mål C-202/88, *Frankrike mot kommissionen*, punkt 12] att artikel 90.2, genom att under vissa omständigheter tillåta undantag från fördragets allmänna regler, avser att förena medlemsstaternas intresse av att använda vissa företag, i synnerhet inom den offentliga sektorn, som instrument för den ekonomiska politiken eller skattepolitiken med gemenskapens intresse av att konkurrensreglerna iakttas och att enhetligheten på den gemensamma marknaden bevaras.

40. 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 föreskriva skyldigheter och krav för dessa företag.”

De villkor som följer av artikel 106.2 i Funktionsfördraget anses vara uppfyllda om skötseln av företagets exklusiva rättigheter är nödvändiga för

⁵¹ Se mål C-157/94, *Kommission mot Nederländerna*, REG 1997, s. I-5699, p. 43: ”För att fördragets regler inte skall vara tillämpliga på ett företag som har anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse med stöd av artikel 90.2 i fördraget, är det således tillräckligt att tillämpningen av dessa regler rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda skyldigheter som åvilar detta företag fullgörs. Det är inte nödvändigt att företagets överlevnad hotas.” Se även mål C-159/94, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 1997, s. I-5815, p. 59, vilket bekräftar praxis.

⁵² Se Alexander Schink, *Kommunale Daseinsvorsorge in Europa*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, s. 861–870, särskilt s. 867.

⁵³ Se mål C-157/94, *Kommissionen mot Nederländernas*, REG 1997, s. I-5699, p. 39–40. Se även mål C-159/94, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 1997, s. I-5815, p. 55–56.

att genomföra tjänsten under ekonomiskt acceptabla villkor. I *Corbeau*⁵⁴ uttalar domstolen att bestämmelsen tillåter medlemsstaterna att bevilja företag, som de anförtror att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, exklusiva rättigheter som kan hindra tillämpningen av fördragets konkurrensregler, i den mån som begränsningar i konkurrensen eller t.o.m. uteslutande av all konkurrens från andra näringsidkares sida är nödvändiga för att säkerställa fullgörandet av de särskilda uppgifter som tilldelats de företag som innehar de exklusiva rättigheterna. I fallet hade företaget anförtratts en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som består i en skyldighet att säkerställa insamling, befordran och utdelning av post till förmån för samtliga konsumenter inom medlemsstatens hela territorium, till enhetliga taxor och på likartade kvalitetsvillkor utan hänsyn till särskilda förhållanden eller till graden av ekonomisk lönsamhet hos varje enskild transaktion. Det avgörande blev därför att pröva i vilken utsträckning som en begränsning av konkurrensen eller t.o.m. ett uteslutande av all konkurrens från andra näringsidkares sida var nödvändig för att göra det möjligt för innehavaren av den exklusiva rättigheten att fullgöra sina uppgifter av allmänt intresse på ekonomiskt godtagbara villkor.

En slutsats som kan dras av fallet är alltså att undantag enligt artikel 106.2 i Funktionsfördraget inte har ansetts vara tillåtna såtillvida de inte varit nödvändiga för att möjliggöra för innehavaren av den exklusiva rättigheten att fullgöra sina uppgifter av allmänt intresse och i synnerhet att åtnjuta ekonomiskt godtagbara villkor.⁵⁵

Vidare kan nämnas att EU-domstolen avkunnat tre domar som utan närmare motivering talar för en restriktiv tillämpning av undantagsmöjligheterna.⁵⁶ I *Rüffert* argumenterade generaladvokaten för att en inskränkning i rätten för den fria rörligheten av tjänster kunde vara motiverade, om de grundas på tvingande hänsyn till allmänintresset, i den mån detta intresse inte skyddas genom de bestämmelser som gäller för tjänsteleverantören i den medlemsstat där han är etablerad och förutsatt att de är ägnade att säkerställa att det

⁵⁴ Mål C-320/91, *Corbeau*, REG 1993, s. I-2533, p. 14–16. Se även mål C-159/94, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 1997, s. I-5815, p. 96.

⁵⁵ Se mål C-159/94, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 1997, s. I-5815, punkt 54.

⁵⁶ Se till exempel mål C-438/05, *Viking*, REG 2007, s. I-10779, mål C-341/05, *Laval*, REG 2007, s. I-11767, samt mål C-346/06, *Rüffert*, REG 2008, s. I-1989.

eftersträvade syftet uppnås och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte.⁵⁷

Domstolen å sin sida framhöll skyddet för arbetstagarna och anförde att den lön som fastställs i ett sådant kollektivavtal som det som är i fråga i målet endast gäller vid den nationella domstolen och endast inom en del av byggsektorn. Vidare var lagstiftningen endast tillämplig på offentlig upphandling och inte på privat upphandling, eftersom nämnda kollektivavtal inte har förklarats äga allmän giltighet. Någon inskränkning av reglerna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i syfte att skydda den självständiga organisationen av yrkeslivet genom fackföreningar kunde därför inte anses vara motiverad.⁵⁸

Domstolens praxis är emellertid motstridig och *Wehlander*⁵⁹ anför att domstolen valt att tolka artikel 106.2 i Funktionsfördraget mindre restriktivt när den inte kunna hitta någon annan bestämmelse i fördragen för att i praktiken möjliggöra för företag anförtrödda med SGEI att genomföra sina särskilda uppgifter. I målet *Corbeau*⁶⁰ konstaterade domstolen att artikel 106.2 i Funktionsfördraget tillåter konkurrensbegränsande åtgärder när dessa är nödvändiga för att det berörda företaget ska kunna fullgöra sina uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse *under godtagbara ekonomiska villkor* och följaktligen är nödvändiga för företagets ekonomiska balans. Skyldigheten att fullgöra en SGEI kunde därmed motivera en begränsning av konkurrensen. I målet *Almelo*⁶¹ godkände domstolen exklusiva inköpsklausuler i strid med konkurrensreglerna, eftersom klausulerna ansågs vara nödvändiga för att företaget skulle kunna fullgöra sitt uppdrag. EU-domstolen anförde även att en tjänst för att anses vara allmännyttig ska vara betydelsefull och öppen för

⁵⁷ Se mål C-346/06, *Rüffert*, REG 2008, s. I-1989. Uttalande av generaladvokaten Yves Bot, p. 105 och 106.

⁵⁸ Se mål C-346/06, *Rüffert*, REG 2008, s. I-1989 p. 39 och 40.

⁵⁹ Se Caroline Wehlander, Tjänster av allmänt intresse ur ett europeiskt respektive ett svenskt perspektiv, i: Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 41–80.

⁶⁰ Se mål C-320/91, *Brottmål mot Paul Corbeau*, REG 1993, s. I-2533, p. 21.

⁶¹ Se mål C-393/92, *Commune d'Almelo m.fl. mot NV Energiebedrijf Ijsselmij*, REG 1994 s. I-1477, p. 49. Se även motsvarande resonemang avseende elmarknaden, se mål C-157/94, *Kommissionen mot Nederländerna*, REG 1997, s. I-5699, p. 32, mål C-158/94, *Kommissionen mot Italien*, REG 1997, s. I-5788, p. 43 samt mål C-159/94, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 1997, s. I-5815, p. 49.

konsumenterna samt tillhandahållas på likartade villkor. Vidare har domstolen accepterat att privata företag ges exklusiva rättigheter för att möjliggöra en SGEI inom avfallssektorn.⁶²

4.2 Lissabonfördragets betydelse

Genom Amsterdamfördraget infördes artikel 16 i EG-fördraget. Bestämmelsen lydde:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 73, 86 och 87 och med beaktande av den betydelse om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och den roll som dessa tjänster spelar när det gäller att främja social och territoriell sammanhållning, skall gemenskapen och medlemsstaterna, var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom detta fördragstillämpningsområde, sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter.”

EU-domstolen kan i linje med artikel 16 EG (nu artikel 14 i Funktionsfördraget) sägas ha visat en positivare inställning till SGEI och tycks i större mån ha varit redo att beakta subsidiaritetsprincipen och principen om det lokala och regionala självstyret. I det viktiga avgörandet *Altmark*⁶³ fastställde vidare EU-domstolen fyra villkor under vilka finansiering av SGEI inte utgör statsstöd och således inte behöver förhandsanmälas till kommissionen. År 2005 övertog kommissionen dessa villkor som utgångspunkt för ett beslut respektive rambestämmelser om tillämpningen av statsstödsreglerna på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Under 2007 antogs förordningen (EG) nr 1370/2007 om persontrafik på vägar och järnvägar, som delvis är grundad på artiklarna 16 och 86.2 EG (numera artiklarna 14 respektive 106.2 i Funktionsfördraget).⁶⁴

⁶² Mål C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD), på uppdrag av Sydhavnens Sten & Grus ApS mot Københavns Kommune*, REG 2000, s. I-3743.

⁶³ Mål C-280/00, *Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Altmark)*, REG 2003, s. I-7747.

⁶⁴ Se prop. 2009/10:200, Ny kollektivtrafiklag.

I sammanhanget bör även framhållas det utförliga målet *BUPA*⁶⁵ där tribunalen slår fast att befogenheten att definiera SGEI ligger hos medlemsstaterna, eftersom EU inte har getts någon sådan befogenhet och unionsrätten saknar en precis och fullständig definition av begreppet SGEI – en kompetensfördelning som enligt domstolen återspeglas i artikel 16 EG. Klassificeringen av om en tjänst kan anses utgöra en SGEI kräver enligt tribunalen varken att en SGEI ska utgöra en samhällsomfattande tjänst i strikt mening eller att tjänsten ska fylla ett behov som är gemensamt för hela befolkningen eller tillhandahållas inom hela området.⁶⁶ Klassificeringen kräver heller inte att den aktör som anförts uppsdraget beviljas en exklusiv eller särskild rättighet för att fullgöra det.⁶⁷

Samtidigt är ett väsentligt villkor för att en tjänst ska få klassificeras som en SGEI att den är av tvingande karaktär, vilket kan bestå i en skyldighet att erbjuda vissa tjänster till alla medborgare som begär det.⁶⁸ För att uppdraget ska anses som obligatoriskt krävs dock inte att myndigheterna ålägger den berörda aktören att tillhandahålla en tjänst med ett klart och på förhand fastställt innehåll.⁶⁹ Det är förenligt med klassificeringen av en tjänst som en SGEI dels att företag som anförts det särskilda uppdraget förfogar över en viss handlingsfrihet på marknaden, vad gäller innehållet och priset för tjänsten, dels att tjänsten tillhandahålls med viss hänsyn till ekonomisk lönsamhet.⁷⁰ Tribunalen klargör slutligen att Altmark-villkoren – framför allt det tredje och det fjärde villkoret – inte kan tillämpas strikt i vissa fall och bör tolkas ändamålsenligt.⁷¹

I artikel 1 protokoll 26 anges vilka gemensamma värden som gäller i fråga om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och i artikel 2 berörs tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art. Protokollet bekräftar att SGI snarast är att se som ett samlingsbegrepp för såväl ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Däremot är klassificeringen av en verksamhet som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse respektive en icke-

⁶⁵ Mål T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, London, BUPA Ireland Ltd, mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 2008, s. II-81.

⁶⁶ Mål T-289/03, *BUPA*, REG 2008, s. II-81, p. 186–187.

⁶⁷ Mål T-289/03, *BUPA*, REG 2008, s. II-81, p. 179.

⁶⁸ Mål T-289/03, *BUPA*, REG 2008, s. II-81, p. 190.

⁶⁹ Mål T-289/03, *BUPA*, REG 2008, s. II-81, p. 189.

⁷⁰ Mål T-289/03, *BUPA*, REG 2008, s. II-81, p. 202–203.

⁷¹ Mål T-289/03, *BUPA*, REG 2008, s. II-81, p. 228–244 respektive p. 245–257.

ekonomisk tjänst av allmänt intresse av avgörande betydelse. Den sistnämnda kategorin berörs nämligen endast i ringa omfattning av fördragen medan den förra helt faller inom fördragets tillämpningsområde, vilket framgår av artikel 106.2 i Funktionsfördraget.

I och med Lissabonfördraget förtydligas balansen mellan ekonomisk integration på marknadens villkor och säkerställandet av tjänster av allmänt intresse. Den tidigare artikel 16 EG blev som framgått artikel 14 i Funktionsfördraget och kompletterades med följande text:

”Europaparlamentet och rådet ska genom förordningar i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet fastställa dessa principer och villkor, utan att det påverkar medlemsstaternas befogenheter att i överensstämmelse med fördragen tillhandahålla, beställa och finansiera sådana tjänster.”

Artikel 14 i Funktionsfördraget utgör därför ett åläggande för EU och medlemsstaterna att anta dessa regler, med beaktande av unionens gemensamma värderingar⁷². Till frågan om vilka värderingar unionen har i fråga om SGEI ges ett tolkningsunderlag i det till fördragen tillfogade protokollet 26 om tjänster av allmänt intresse.⁷³ Enligt artikel 1 i protokollet inbegriper unionens gemensamma värden i fråga om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 14 i Funktionsfördraget särskilt:

- a. principen om att nationella, regionala och lokala myndigheter har ett stort handlingsutrymme att tillhandahålla, beställa och organisera dessa tjänster så nära användarnas behov som möjligt
- b. mångfalden av dessa tjänster och de skillnader i användarnas behov och preferenser som olika geografiska, sociala eller kulturella förhållanden kan leda till

⁷² Se artikel 14 första meningen.

⁷³ Europaparlamentets betänkande om förverkligandet av en inre marknad för konsumenter och medborgare (2010/2011 (INI)), Utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd, se p. 78. Parlamentet uttalar sig också positivt till en samordning av känsliga politikområden som budget, skatt och utbildning, se p. 48.

- c. en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter.

Av Protokollets artikel 1 följer att principerna om subsidiaritet och lokal självstyrelse, som allmänt gäller på det sociala området, även enligt primärrätten ska beaktas i varje enskilt fall när det gäller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Av artikel 2 i protokollet följer vidare att fördraget inte påverkar medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art.

I och med Lissabonfördraget förpliktas således EU att reglera SGEI med beaktande av relevanta principer i avdelning I i EU-fördraget. Unionen ska nämligen bygga på värden som ska vara gemensamma för medlemsstaterna och som formuleras i artikel 2 i EU-fördraget, bland annat demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna. Samhället ska därför kännetecknas av rättvisa och solidaritet med flera av inom unionen grundläggande mål, artikel 3.1 i EU-fördraget. Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har enligt artikel 14 i Funktionsfördraget betydelse för unionens gemensamma värderingar.

Artikel 106.2 i Funktionsfördraget måste i stor utsträckning ses som en konfliktlösningsregel som aktualiseras i de fall ett agerande påverkar handel eller konkurrens i strid med fördragen, medan artikel 14 snarare är att uppfatta som en principiell regel och ett legalt fundament för SGEI. Artikel 14 fungerar därför som en pendang till artikel 106.2 i Funktionsfördraget för att säkerställa att medlemsstaterna agerar på ett normativt och förebyggande sätt för att tillgodose behovet av väl fungerande tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse. En skillnad mellan bestämmelserna är att den proportionalitetsprincip som uttryckligen återfinns i artikel 106.2 saknas i artikel 14 i Funktionsfördraget. Det kan därför vara så att den första meningen i artikel 14⁷⁴ kommer att påverka tolkningen av den proportionalitetsprincip som följer av artikel 106.2 och omvänt att den proportionalitetsprincip och

⁷⁴ Bestämmelsen stadgar att ”Unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret.”

det skydd för unionens intresse som stadgas i artikel 106.2⁷⁵ på motsvarande sätt kommer att begränsa medlemsstaternas handlingsfrihet enligt artikel 14 i Funktionsfördraget. Om och i så fall hur sådana avvägningar kommer att göras av EU-domstolen återstår att se.

Samtidigt följer det av artikel 4.2 i EU-fördraget den viktiga utgångspunkten att EU ska respektera medlemsstaternas identitet, som den kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret. Sammantaget råder det dock knappast någon tvekan om att SGEI ska regleras så att de säkerställer de grundläggande rättigheter som följer av stadgan om grundläggande rättigheter (jfr artikel 6.1 i EU-fördraget). Även artikel 36 i stadgan slår fast att EU ska erkänna och respektera den tillgång till SGEI som föreskrivs i nationell lagstiftning och praxis.

4.3 Begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i svensk rätt

I svensk rätt förekommer begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i fyra författningar, varav två bygger på EU-direktiv – transparensdirektivet samt det så kallade PSI-direktivet (*Public Sector Information*).

I 4 § punkt 2 lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. regleras skyldigheten att upprätta separat redovisning för ett företag som har anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och som fått ersättning i någon form för detta, samtidigt som företaget även bedriver annan ekonomisk verksamhet.

Enligt 10 § lagen (2010:566) om vidareutnyttjande av handlingar från den offentliga förvaltningen får en myndighet inte bevilja någon en exklusiv rätt att vidareutnyttja handlingar, utom när det är nödvändigt för att tillhandahålla en tjänst av allmänt intresse, och då för en tid av högst tre år i taget.

⁷⁵ Bestämmelsen stadgar att ”Företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.”

I förordningen (2009:1397) om veterinär service av allmänt ekonomiskt intresse stadgas att Statens jordbruksverk får ingå avtal om skyldighet att utföra veterinär service av allmänt ekonomiskt intresse, bland annat för beredskap för djursjukvård under jourtid, djurhälso- och djursjukvård i sådana områden av landet där det bedöms att tillfredsställande veterinär service inte skulle kunna bedrivas på marknadsmässiga grunder och deltagande i en beredskapsorganisation vid utbrott av smittsamma djursjukdomar.

I utredningen om en ny kollektivtrafiklag avvek regeringen från den klassificering av kollektivtrafik som persontransporttjänster av allmänt ekonomiskt intresse i artikel 2 förordning (EG) nr 1370/2007.⁷⁶ Efter påpekanden vid remissbehandlingen att EU-förordningen i denna del är direkt tillämplig i svensk rätt⁷⁷ har regeringen infört den EU-rättsliga definitionen i det slutliga lagförslag som antogs av riksdagen i juni 2010.⁷⁸

Som *Wehlander* konstaterat är det påfallande sällan som begreppet SGEI ägnats någon djupare analys i svenska förarbeten, inte heller förekommer det, till skillnad från vad som är fallet i flera andra rättsordningar i deras införande av tjänstedirektivet, i lagen (2009:1079) om tjänster på den inre marknaden.⁷⁹

4.4 Kan reglerna om konkurrensbegränsande säljverksamhet anses ha en koppling till reglerna om SGEI?

För ett par år sedan infördes regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet i 3 kap. 27 § konkurrenslagen (2008:579). Reglerna syftar till att jämna ut förutsättningarna för offentliga och privata näringsverksamheter att konkurrera med varandra när de agerar på samma marknad. Bestämmelsen innebär att offentliga organ genom beslut i domstol kan förbjudas att sälja varor eller tjänster på ett sätt som begränsar konkurrensen. Förfarande som kan anses

⁷⁶ Se SOU 2009:39, En ny trafiklag, s. 30, där följande definition av kollektivtrafik föreslogs: ”persontransporttjänster som erbjuds allmänheten fotlöpande antingen som linjetrafik eller som samordnad anropsstyrd trafik”.

⁷⁷ Se bland annat yttrande från Sveriges Kommuner och Landsting, dnr. 09/2011.

⁷⁸ I den nya lagen (2010:1065) om kollektivtrafik, som träder i kraft den 1 januari 2012, anges i 1 kap. 5 § att med allmän trafikplikt, avtal om allmän trafik, ensamrätt, kollektivtrafik och kollektivtrafikföretag avses detsamma som i EU:s kollektivtrafikförordning.

⁷⁹ Se Caroline Wehlander, Tjänster av allmänt intresse ur ett europeiskt respektive ett svenskt perspektiv, i: Den nordiska välfärden och marknaden; Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 41–80.

vara försvarbara i förhållande till samhällets behov och intresse av verksamheten får dock inte förbjudas. *Johan Hedelin* har i en artikel bland annat ställt frågan om inte bestämmelsen kan anses utgöra en spegelbild av reglerna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, inte minst eftersom den nya regeln aktualiserar samma frågor om balansen och gränsdragningen mellan konkurrensintresset och andra samhällsintressen som framskymtar i artikel 106.2 i Funktionsfördraget.⁸⁰

Han konstaterar att artikel 106.2 i Funktionsfördraget innehåller ett undantag från fördragsreglerna riktat till vissa företag och att det undantaget är av särskild vikt vid tillämpningen av konkurrensreglerna. Undantaget är en av flera beståndsdelar för att hantera avvägningarna mellan den gemensamma marknadens ekonomiska mål å ena sidan och å andra sidan övriga samhällsmål och allmänna intressen. En annan beståndsdel är att en del offentliga tjänster faller utanför företagsbegreppet och därigenom inte omfattas av konkurrensreglerna. En tredje beståndsdel är bestämmelsen i artikel 14 i Funktionsfördraget om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Undantaget i artikel 106.2 i Funktionsfördraget syftar till att hitta en balans mellan unionens mål om marknadsintegration å ena sidan och å andra sidan nationella mål av public servicekaraktär. Det får antas att risken för konflikter ökar till följd av den ökade marknadsintegrationen.

Syftet med den nya bestämmelsen är att komma till rätta med de eventuella konkurrensnedvridningar som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer. Regeln uppställer för sin tillämplighet varken något avtalsrekvisit eller något krav på dominerande ställning. En grundläggande förutsättning för bestämmelsens tillämpning är förekomsten av, eller fara för, negativa effekter för konkurrensen. Beteenden som är neutrala för konkurrensen på marknaden omfattas inte av bestämmelsen – till exempel åtgärder som avser att upprätthålla service eller infrastruktur på områden där det finns ett bristande kommersiellt utbud. Bestämmelsen är bara tänkt att användas när det finns ett faktiskt eller potentiellt konkurrensproblem. Rekvisitet ”snedvrider” tar sikte på de situationer där det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt,

⁸⁰ Se Johan Hedelin, De nya svenska reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet – en spegel av reglerna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse?, i: Den nordiska välfärden och marknaden; Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 217–246.

till exempel om den offentlige aktören behandlar företag olika utan saklig grund eller drar oberättigade fördelar av en myndighetsroll vid sidan av säljverksamheten. Rekvisitet ”hämmar”, tar bland annat sikte på de fallen att det privata alternativet faller bort eller att privata aktörer över huvud inte träder in på marknaden till följd av den offentlige aktörens förfarande, men det kan också vara så att de privata företagets tillväxt och utveckling i övrigt hejdas eller på annat sätt hålls tillbaka.

Han drar slutsatsen att tillämpningen av artikel 106.2 i Funktionsfördraget bör kunna ge vägledning även vid tillämpningen av undantagskriteriet i den nya nationella regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Det gäller framför allt proportionalitetsbedömningarna men inte heller i övrigt framstår jämförelser som omotiverade. Det saknas i den nationella regeln motsvarigheter till unionsrättens krav på viss effektivitet och prövning mot EU:s intresse, men det är svårt att se hur detta i praktiken skulle medföra att praxis enligt den nationella lagregeln tydligt distanserar sig från praxis avseende artikel 106.2 i Funktionsfördraget.

I sammanhanget bör nämnas att Konkurrensverket nyligen lämnat in två stämningsansökningar mot bakgrund av regeln om konkurrensbegränsande säljverksamhet. Bakgrunden i det första fallet är en upphandling av Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB) avseende en utbildning ”Räddningsinsats”. För att kunna lägga anbud och hålla utbildningen krävs emellertid tillgång till vissa kvalificerade övningsområden – vilka så gott som alltid är i offentlig ägo. Vid två tillfällen har kommunförbundet Räddningstjänsten Dala-Mitt i samarbete med Brandskyddsföreningens Service AB vunnit upphandlingen av utbildningen. Räddningstjänsten Dala-Mitt har samtidigt vägrat att ge ett annat företag i säkerhetsbranschen, Niscayah, tillträde till övningsområdet. Konkurrensverket anser att Räddningstjänsten Dala-Mitt genom att vägra någon tillgång till en sådan viktig infrastruktur begränsar konkurrensen på ett sätt som bryter mot konkurrensreglerna och kräver därför att domstolen förbjuder kommunförbundet att vägra privata aktörer tillträde till övningsområdet.⁸¹ I det andra fallet stämmer Konkurrensverket det kommunala bolaget Skelleftebuss för att bolaget,

⁸¹ Se http://www.konkurrensverket.se/t/NewsPage_____7385.aspx?epslanguage=EN.

genom sin närvaro på marknaden, har hindrat andra bussbolag från att verka och växa på marknaden för beställningstrafik. Konkurrensverket anser därmed att Skelleftebuss har gått utanför sitt kompetensområde.⁸²

⁸² http://www.konkurrensverket.se/t/NewsPage_____7398.aspx?epslanguage=EN.

5 Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse – NESGI

I artikel 2 protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse anges ”tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art”, det vill säga icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, NESGI. Verksamheter som hänger samman med utövandet av offentliga befogenheter och fullgörande av skyldigheter gentemot befolkningen, exempelvis flygnavigationssäkerhet⁸³ eller föreningsövervakning⁸⁴, har sålunda i konkurrensrättsligt hänseende inte ansetts vara verksamheter av ekonomisk art. På motsvarande sätt anses inte förvaltningen av socialförsäkringssystem som enbart har ett socialt syfte utgöra en ekonomisk verksamhet.⁸⁵

Kommissionen har vad gäller NESGI uttalat att ”Den här typen av tjänster, t.ex. traditionellt statliga åligganden som polis, domstolar och obligatoriska system för socialskydd lyder inte under några särskilda EG-rättsliga bestämmelser och omfattas inte heller av fördragets bestämmelser i fråga om den inre marknaden och konkurrens. Vissa aspekter på dessa tjänster kan falla under andra bestämmelser i fördraget, t.ex. principen om icke-diskriminering”.⁸⁶ Att NESGI inte omfattas av Funktionsfördragets konkurrensregler innebär dock inte att de automatiskt är undantagna från de grundläggande principer som följer av fördraget.

⁸³ Se mål C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mot Eurocontrol*, REG 1994, s. I-43.

⁸⁴ Se mål C-343/95, *Diego Cali & Figli*, REG 1997, s. I-1547.

⁸⁵ Se till exempel mål C-159/91, *Poucet och Oistre*, REG 1993, s. I-637, mål C-218/00, *Cisal och INIAL*, REG 2002, s. I-691, p. 43–48, samt de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, *AOK Bundesverband*, REG 2004, s. I-2493, p. 51–55.

⁸⁶ Kommissionen, Med anknytning till meddelandet ”En inre marknad för framtidens Europa” Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande, KOM(2007) 725 slutlig. Se även mål C-350/07, *Kattner*, REG 2009, s. I-1513.

Ofta sätts även likhetstecken mellan andra välfärdstjänster, till exempel obligatorisk utbildning, sjukvård och omsorg, arbetsförmedling och allmännyttiga bostadsföretag, och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.⁸⁷ Frågan är emellertid mer komplicerad än så och de senaste åren har man även börjat prata om ytterligare en kategori, nämligen sociala tjänster av allmänt intresse – vilka inte nödvändigtvis alltid behöver vara synonyma med icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.⁸⁸

⁸⁷ Se även Susanne S:t Clair Renard, Tjänster av allmänt intresse: välfärdstjänster och EU, ERT 2011, s. 27–35, särskilt s. 28 f.

⁸⁸ För en redogörelse av den begreppsflora som används, se närmare Ulla Neergaard, *Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast*, i: *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, Markus Krajewski, Ulla Neergaard & Johan van de Gronden (red.), 2009.

6 Sociala tjänster av allmänt intresse – SSGI

I kommissionens vitbok rörande tjänster av allmänt intresse framgår att dessa tjänster även återfinns inom den sociala sektorn, och då benämns sociala tjänster av allmänt intresse, *social services of general interest* (SSGI).⁸⁹ Dessa kan vara av både ekonomisk och icke-ekonomisk art, men omfattas endast av EU:s konkurrensregler om de faktiskt är ekonomiska till sin natur. Som nämnts ovan följer det av artikel 2 i protokoll 26 att "[b]estämmelserna i fördragen ... inte på något sätt [ska] påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art."

Inte heller begreppet sociala tjänster av allmänt intresse har en given definition, vare sig i Funktionsfördraget eller i EU:s sekundärrätt. I meddelandet Genomförande av gemenskapens Lissabonprogram: Sociala tjänster av allmänt intresse i Europeiska unionen identifieras, förutom rena vårdtjänster, två huvudkategorier av sociala tjänster av allmänt intresse:⁹⁰

- Lagstadgade och kompletterande sociala trygghetssystem. Dessa kan vara organiserade på olika sätt – såväl ömsesidiga som arbetsrelaterade – och syfta till att täcka de största riskerna i livet, såsom de som är relaterade till hälsa, åldrande, arbetsolyckor, arbetslöshet, pension och funktionshinder.
- Andra viktiga tjänster som tillhandahålls direkt till individen. Dessa tjänster, som spelar en roll som förebyggande faktor och främjar den sociala sammanhållningen, består av anpassad hjälp för att underlätta social integration och skydda grundläggande rättigheter. De består för det första av hjälp till personer som befinner sig i en svår livs- eller krissituation – till exempel orsakad av skuldsättning, arbetslöshet, drogberoende eller skilsmässa. För det andra består de också av verksamhet för att se till att de berörda personerna åter kan integreras i samhället – till exempel rehabilitering, språkutbildning för invandrare – och framför allt på arbetsmarknaden – arbetsträning

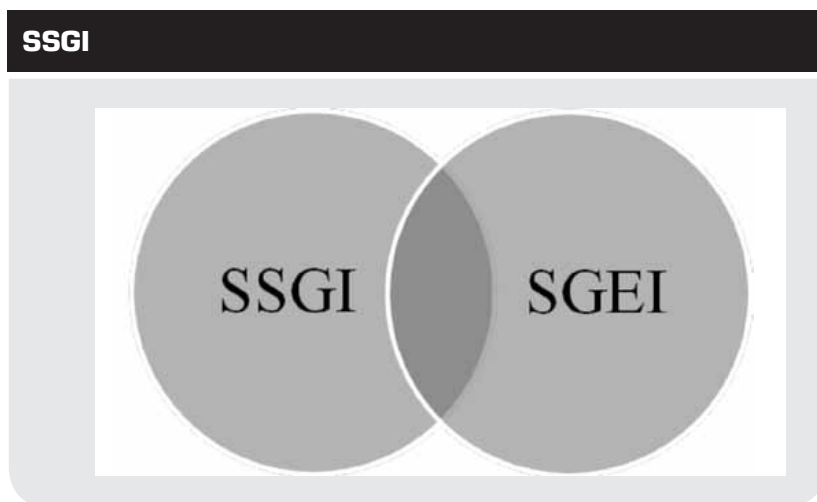
⁸⁹ KOM(2004)374, s. 16, samt Kommissionen, Med anknytning till meddelandet "En inre marknad för framtidens Europa" Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande, KOM(2007) 725 slutlig.

⁹⁰ KOM(2006) 177 slutlig, 26.4.2006.

och återintegrering. För det tredje ingår i dessa tjänster åtgärder som syftar till integration av personer med långvariga hälsoproblem eller funktionshinder. För det fjärde ingår också subventionerade bostäder för socialt svagare medborgare och grupper. I vissa tjänster kan givetvis alla dessa fyra dimensioner ingå.

I ett annat meddelande från kommissionen framhålls dessutom de mål och organisatoriska principer som kännetecknar sociala tjänster av allmänt intresse.⁹¹

När det gäller sociala tjänster av allmänt intresse klargör man i dessa meddelanden att verksamheten kan vara av såväl ekonomisk som icke-ekonomisk natur. Men enligt domstolens rättspraxis räcker det inte att verksamheten klassas som social för att inte räknas som ekonomisk verksamhet.⁹² Sociala tjänster av allmänt intresse av ekonomisk natur ska alltså bedömas på samma sätt som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.



⁹¹ Kommissionen, Med anknytning till meddelandet ”En inre marknad för framtidens Europa” Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande, KOM(2007) 725 slutlig.

⁹² Se de förenade målen C-180/98 till C-184/98, *Pavlov*, REG 2000, s. I-6451, p. 118, mål C-218/00, *INAIL*, REG 2002, s. I-691, p. 37, samt mål C- 355/00, *Freskot*, REG 2000, s. I-5263

Begreppet SSGI avser alltså endast vissa typer av SGI, nämligen de sociala. Grundprinciperna är dock i stort sett desamma vid SSGI som vid SGI; det ligger i sakens natur att det även vid sociala tjänster i flera fall kan bli fråga om intressanta gränsdragningsfrågor vad gäller bedömningen av om en social tjänst är av ekonomisk natur eller inte – inte minst i de fall då en tjänst kan ha såväl ekonomiska som icke-ekonomiska inslag. Som nämndes ovan tillkommer det EU-domstolen att avgöra huruvida en tjänst är av ekonomisk natur eller inte. En inledande frågeställning är emellertid att avgöra om det är fråga om en ”social tjänst” och i vilket avseende en sådan i sådana fall får bedömas på ett särskilt sätt i förhållande till andra tjänster av allmänt intresse och vilka rättsverkningar det i så fall får.

Vad gäller frågan om vilka tjänster som kan anses utgöra SSGI står det klart att dessa spänner över ett brett spektrum av hälso- och sjukvård samt sociala tjänster, till exempel social omsorg och utbildning. Som nämndes ovan anses till exempel förvaltningen av socialförsäkringssystem som enbart har ett socialt syfte utgöra en SSGI.⁹³

När det gäller begreppet SSGI förefaller det ibland uppfattas som en fristående undergrupp till SGI på samma nivå som begreppen SGEI och NESGI, medan andra förefaller uppfatta SSGI som tjänster som är antingen SGEI eller NESGI. Det sistnämnda förefaller vara mest logiskt, även om det möjligen finns behov av att använda sig av flera termer som hälso- och sjukvårdstjänster av allmänt intresse, *health services of general interest* (HSGI), och eventuellt också rörande utbildning av allmänt intresse, *education and training of general interest* (ETSGI). Den gemensamma nämnaren för dessa tre områden är att de har en tydlig social karaktär, som dessutom ofta är icke-ekonomisk.⁹⁴

Det torde vara en självklar utgångspunkt att begreppet SSGI eller andra närbesläktade begrepp – till exempel HSGI och ETSGI – som sådana inte ger oss några svar på om en tjänst är av ekonomisk eller icke-ekonomisk

⁹³ Se bland annat mål C-159/91, *Poucet och Oistre*, REG 1993, s. I-637, mål C-218/00, *Cisal och INIAL*, REG 2002, s. I-691, p. 43–48, samt de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, *AOK Bundesverband*, REG 2004, s. I-2493, p. 51–55. Se även Kommissionen, Reform av EU:s regler om statligt stöd avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, KOM(2011) 146 slutlig, s. 3 f.

⁹⁴ Se Kommissionen, Genomförande av gemenskapens Lissabonprogram – Sociala tjänster av allmänt intresse i Europeiska unionen, KOM(2006) 177 slutlig, s. 4.

karaktär. Det ligger även i sakens natur vad som anses vara en social tjänst varierar mellan medlemsländerna. Varje situation måste därför bedömas från fall till fall. Det torde även vara en rimlig utgångspunkt att medlemsstaterna är de som har att avgöra om en tjänst är en SGEI eller en NESGI, men att kompetensen att avgöra huruvida till exempel en SSGI verkligen utgör en SGEI eller en NESGI i sista hand tillkommer EU-domstolen.⁹⁵

Ett sätt att försöka strukturera de olika begrepp som används kan dock vara att se SSGI med fler sammanlänkade begrepp som olika undergrupper som antingen är SGEI eller NESGI, medan SGI omfattar alla typer av tjänster av allmänt intresse.

Som nämndes inledningsvis har EU-domstolen konstaterat att de EU-rättsliga reglerna om fri rörlighet enligt artikel 56 i Funktionsfördraget kan bli tillämpliga oberoende av hur ett offentligt sjukvårdssystem är uppbyggt eller finansierat, det vill säga oberoende av om den till sin karaktär är ekonomisk eller inte.⁹⁶ Skälet var att såväl en vårdgivares möjlighet att mot betalning tillhandahålla vårdtjänster som en patients rätt att ta emot medicinska tjänster omfattades av reglerna om fri rörlighet.

Motsvarande bedömning har även gjorts vad gäller prövning av avdragsrätt för skolavgifter i förhållande till privata skolor i andra medlemsländer som mot betalning tillhandahåller utbildning.⁹⁷ Det nationella välfärdssystemet i ett medlemsland ska alltså inte förhindra att medborgarna kan motta motsvarande tjänster i ett annat medlemsland och det kan inte uteslutas att bedömningen blir den samma vid andra sociala tjänster, till exempel barn- och äldreomsorg.⁹⁸

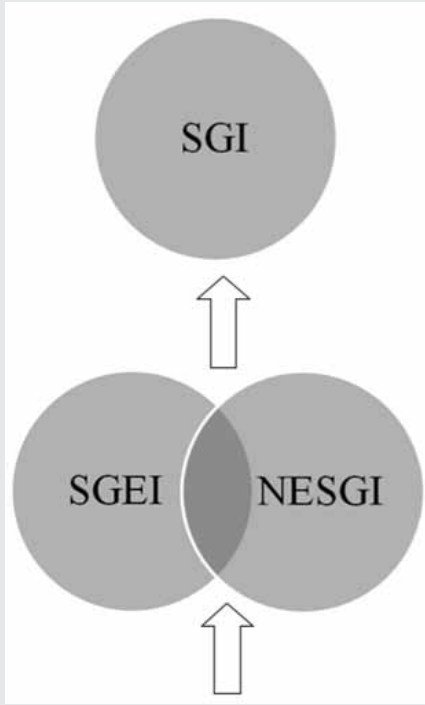
⁹⁵ Se även Susanne S:t Clair Renard, Tjänster av allmänt intresse: välfärdstjänster och EU, ERT 2011, s. 27–35, särskilt s. 31.

⁹⁶ Se mål C-372/03, *Yvonne Watts mot Bedford Primary Care Trust Secretary of State for Health*, REG 2006, s. I-4325, p. 90.

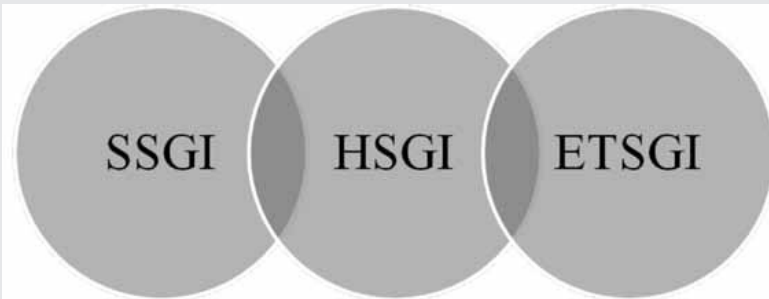
⁹⁷ Se mål C-318/05, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2007, s. I-2562, p. 73.

⁹⁸ Se Susanne S:t Clair Renard, Tjänster av allmänt intresse: välfärdstjänster och EU, ERT 2011, s. 27–35, särskilt s. 34.

SGI - SGEI - NESGI



SSGI - HSGI - ETSGI



6.1 Sjukvårdstjänster

Som en analys av sambandet mellan den EU-rättsliga regleringen rörande tjänster av allmänt intresse och de nationella möjligheterna att organisera och finansiera sjukvården har *Catherine Jacqueson och Ulla Neergaard* studerat avregleringen av det danska sjukhusväsendet.⁹⁹ Författarna konstaterar att vård och behandling traditionellt sett utgör centrala nationella välfärdsfunktioner, men att dessa tjänster också träffas av det unionsrättsliga begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Under de senaste 20 åren har patienterna inte bara fått ett ökat inflytande vad gäller att välja var de vill ha sin behandling, vilket under de senaste tio åren också utvidgats till att innefatta privata vårdgivare. Patienterna har dessutom rätt att få vård i ett annat land om inte erforderlig vård kan erbjudas av sjukvårdshuvudmannen inom utsatt tidsfrist. Även om dessa bestämmelser formellt sett vilar på nationell grund går det inte att bortse från principen är hämtad från den EU-rättsliga utgångspunkten om en fri rörlighet inom den inre marknaden.

Författarna konstaterar att artikel 14 i Funktionsfördraget och i synnerhet dess protokoll 26 är av stor relevans, eftersom det uttryckligen slår fast att fördragets bestämmelser inte begränsar medlemsstaternas möjligheter att tillhandahålla och planera icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Även om sjukhusvård och behandling skulle klassificeras som ordinära tjänster av allmänt intresse ger protokollet uttryck för en subsidiaritetsprincip. Det slås nämligen fast att unionsrättens grundläggande värderingar omfattar nationella, regionala och lokala myndigheters centrala betydelse och självbestämmanderätt vad gäller att planera och tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse så nära brukarnas behov som möjligt. Det är dock oklart om och i så fall hur detta påverkar var gränsen går mellan medlemsstaternas möjligheter att fritt avgöra vad som är lämpligast i förhållande till Funktionsfördragets grundläggande principer – förslaget till patienträttighetsdirektiv samt EU-domstolens praxis rörande den fria rörligheten begränsar snarare medlemsstaternas eget handlingsutrymme.

⁹⁹ Se Catherine Jacqueson & Ulla Neergaard, *Liberaliseringen af det danske hospitalsbehandlingsvæsen i et EU-retligt lys*, i: *Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext*, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 133–166

Författarna konstaterar att dansk rätt i vissa avseenden sträcker sig längre än vad EU-rätten kräver, inte minst vad gäller att erbjuda möjlighet till sjukhusvård i ett annat medlemsland. Samtidigt står det klart att kostnaden för behandlingen enbart ersätts om det sjukhus som utför behandlingen har ett avtal om detta med de danska myndigheterna. Även om myndigheterna är skyldiga att sluta ett sådant avtal om ett sjukhus eller en klinik i ett annat land begär det, måste begränsningen enligt författarna anses utgöra ett hinder i den fria rörligheten.

6.2 Den fria rörligheten enligt artikel 56 i Funktionsfördraget

I en artikel har *Susanne S:t Clair Renard* analyserat frågor avseende den fria rörligheten enligt artikel 56 i Funktionsfördraget i förhållande till tjänster av allmänt intresse.¹⁰⁰ Hon konstaterar att medan tjänster av allmänt ekonomiskt intresse numera utgör en integrerad del av den inre marknaden så råder fortfarande stor osäkerhet avseende icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Samtidigt som välfärdsfrågor blivit en allt viktigare aspekt av det europeiska samarbetet så råder politisk konsensus mellan medlemsländerna om att kärnan av välfärdstjänster även fortsättningsvis ska utgöra landets egna angelägenheter. Hon konstaterar att utvecklingen i praxis visar att nationella system för tillhandahållande av sjukvård och utbildning, det vill säga traditionella välfärdstjänster, numera kommit att omfattas av EU:s faktiska kompetens och att EU-domstolens tolkning av artikel 56 i Funktionsfördraget har härvidlag skapat viss oreda, såväl avseende EU:s kompetens som EU-rättsliga begrepp.

Hon ifrågasätter därför om EU-domstolens praxis verkligen ska ses som ett fastställande av att välfärdstjänster utgör ekonomisk verksamhet enligt fördragets tjänstebegrepp. Det förefaller snarare som om EU-domstolen lagt frågan om välfärdstjänsters eventuella ekonomiska natur åt sidan, och i stället nöjt sig med att konstatera att artikel 56 är tillämplig på all nationell reglering som hindrar fri rörlighet för tjänster. I de fall som varit ifråga har det rört sig om nationell reglering av avgifter för sjukvård och utbildning. Frågan

¹⁰⁰ Se Susanne S:t Clair Renard, Förhållandet mellan tjänster av allmänt (ekonomiskt) intresse och artikel 56 EUF-fördraget, i: Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 167–188.

har betydelse eftersom artikel 56 i Funktionsfördraget har större inverkan på nationell reglering av verksamhet som uppfyller fördragets tjänstebegrepp än på övriga rättsområden.

Hon konstaterar att EU-domstolen har fastställt att artikel 56 är tillämplig på nationell reglering av offentlig finansierad utbildning och sjukvård och att utvecklingen är i linje med EU-domstolens praxis avseende rättsområden som, utan att omfattas av fördragets tjänstebegrepp, ändå inverkar på förutsättningarna för tjänsters fria rörlighet, såsom skatterätt, miljörett, arbetsrätt och processrätt. Att offentligt finansierade välfärdssystem anses utgöra medlemsländernas interna angelägenheter innebär inte att nationella regleringar skulle vara immuna för EU-rättens tillämpning – av EU-domstolens jurisdiktion avseende den inre marknadens upprättande och funktion följer att det inte finns några fredade zoner. Samtidigt konstaterar hon att det är viktigt att hålla i minnet att domstolen inte uttalat sig i frågan huruvida välfärdstjänsterna som sådana utgör ekonomisk verksamhet och därmed är tjänster enligt artikel 56 i Funktionsfördraget. Distinktionen är värd att uppmärksamma – inte minst beroende på att artikel 56 i Funktionsfördraget tillämpas med större återhållsamhet utanför kärnområdet tjänster.

7 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statsstödsreglerna

Vid finansieringen av tjänster av allmänt intresse blir statsstödsreglerna av central betydelse. Inte minst visade den senaste finansiella krisen på medborgarnas ökade behov av allmännyttiga tjänster samt olika stödpaket – inte minst för att skydda bankväsendet – som ansågs nödvändiga för att tillgodose dessa behov. Enligt artikel 107.1 i Funktionsfördraget ges kommissionen i uppdrag att kontrollera att olika typer av statligt stöd och offentliga ersättningar är förenliga med de konkurrensregler som med avseende på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse följer av artikel 106 i Funktionsfördraget.¹⁰¹ EU-domstolen har emellertid slagit fast att alla typer av offentlig finansiering av SGEI inte är att betrakta som otillåtna statliga stöd.¹⁰²

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 eftersträlvade ekonomiska eller sociala målen.”¹⁰³

Följaktligen kan en mängd åtgärder rymmas inom begreppet stöd såsom möjligheten till förmånlig finansiering, exempelvis genom räntefria lån alternativt lån med låg ränta eller olika typer av lånegarantier. Andra exempel på åtgärder som kan utgöra stöd i statsstödsrättslig mening är åtgärder som medför att ett företag eller en typ av verksamhet får skattelättnader, antingen genom direkt skattereduktion eller genom införandet av förmånliga avskrivningsregler.¹⁰⁴

¹⁰¹ Avsnittet bygger på Tom Madell & Tobias Indén, *Offentlig-Privat Samverkan; Rättsliga förutsättningar och utmaningar*, 2010, avsnitt 4.2.1.

¹⁰² Se bland annat Kommissionen, *Reform av EU:s regler om statligt stöd avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse*, KOM(2011) 146 slutlig, s. 4 f.

¹⁰³ Mål 61/79, *Denkavit*, REG 1980, s. 1205, p. 31.

¹⁰⁴ Beträffande svenska förhållanden kan kommissionens beslut 30.06.2004 (KOM(2004)2200 fin), Energiskatt på el som förbrukas av tillverkningsindustrin (ärende N 156/2004), EUT 2005/C 137/05, nämnas. Kommissionen underkände i beslutet den svenska nollskattesats som gällde på energi för tillverkningsindustrin.

Att avgöra huruvida direkta stöd lämnas från det allmänna till ett företag, exempelvis i form av en skattesubvention, vållar som utgångspunkt inga problem. I många fall är det däremot svårare att avgöra om en viss åtgärd är ett stöd i statsstödsrättslig mening. Avgörande för huruvida en viss åtgärd är ett stöd är som nämnts om mottagaren fått en fördel som den inte skulle ha uppburit under normala omständigheter på marknaden – annorlunda uttryckt om den offentliga aktören agerat ekonomiskt rationellt. För att avgöra om en det föreligger ett stöd i ett enskilt fall måste således ställning tas till om det aktuella företaget fått en ekonomisk fördel som det inte skulle ha fått under normala marknadsmässiga villkor.¹⁰⁵

Om en offentlig aktör både verkar som myndighet i den mening att den reglerar marknaden samtidigt som den också agerar som ett företag på marknaden ska dess roll som myndighet beaktas vid avgörandet om den gynnar det egna företaget på ett sätt som medför att det rör sig om ett stöd i enlighet med artikel 107.1 i Funktionsfördraget.

Som exempel kan nämnas mål T-475/04,¹⁰⁶ i vilket tribunalen kom till slutsatsen att den reduktion av avgifter för beviljande av 3G-licenser som beviljades företagen *Société française du radiotéléphone och France Télécom* (vilket senare blev *Orange France*) inte utgjorde ett statsstöd. Även om de aktuella tillgångarna i form av ett allmänt frekvensutrymme hade ett ekonomiskt värde ansåg både kommissionen och tribunalen att man skulle beakta att den aktuella medlemsstaten inte bara ägde de ifrågasvarande resurserna utan att man också reglerade den aktuella marknaden. Medlemsstaten var därför fri att själv välja licenstagare utan att utnyttja ett öppet auktionsförfarande. Under förutsättning att alla potentiella operatörer behandlades på ett likartat sätt förelåg därför inget statsstöd.

I samband med fastställandet om det om det föreligger ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i Funktionsfördraget måste först och främst noteras att det är situationen i den egna medlemsstaten som är avgörande för om

¹⁰⁵ Se till exempel mål C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) m.fl. mot La Poste m.fl.*, REG 1996, I-3547, p. 60, mål C-256/97, *D'em'enagements-Manutention Transport (DMT)*, REG 1999, s. I3913, p. 22, samt mål T-46/97, *SIC – Sociale Independente de Comuncação SA mot Kommissionen*, REG 2000, s. II-2125, p. 78.

¹⁰⁶ Se mål T-475/04, *Bouygues och Bouygues Télécom mot Kommissionen*, REG 2007, s. II-2097.

företaget är gynnat eller inte. Det går således inte att utgå ifrån situationen i andra medlemsstater, i och med att man därigenom skulle behöva jämföra olika faktiska och legala situationer. Det kan följaktligen vara fråga om ett stöd om en medlemsstat försöker kompensera för konkurrensnackdelar som företag i den egna medlemsstaten har jämförts med andra medlemsstater.¹⁰⁷ Man måste inte heller kunna slå fast hur stort ett visst stöd är för att det ska anses vara ett sådant gynnande som omfattas av definitionen i artikel 107.1 i Funktionsfördraget.¹⁰⁸

Då ett statligt stöd som huvudregel ska bedömas på grundval av dess effekt och inte utifrån dess syfte, utgör det faktum att det offentliga väljer att tillskjuta kapital eller dylikt till ett offentligt företag inget hinder för att tillämpa artikel 107.1 i Funktionsfördraget. Därav följer att det i varje enskilt fall måste fastställas om det offentligas engagemang kännetecknas 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.¹⁰⁹ För att skilja de två kategorierna av åtgärder från varandra har kommissionen och EU-domstolen tillämpat kriteriet om en privat investerares beteende på en konkurrensutsatt marknad. Därför har också EU-domstolen definierat begreppet stöd som sådana åtgärder som leder till att ett företag får en ekonomisk fördel vilken det inte hade erhållit under normala marknadsmässiga förhållanden, vilket är ett uttryck för den så kallade marknadsekonomiska investeringsprincipen.¹¹⁰

EU-domstolen har uttalat att det vid fastställandet om ett statligt stöd föreligger måste bedömas om stödgivaren agerar på villkor som skulle accepteras av en kommersiell aktör. Om så är fallet föreligger inget stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i Funktionsfördraget.¹¹¹ Vid avgörande om det föreligger

¹⁰⁷ Se Kelyn Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 31.

¹⁰⁸ Jfr mål C-200/97, *Ecotrade Srl mot Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS)*, REG 1998, s. I-7907, p. 41.

¹⁰⁹ Se till exempel Pernille Wegener Jessen, *Forbudet mod statsstøtte i EU*, 2003, s. 208.

¹¹⁰ Se till exempel mål 234/84, *Belgien mot Kommissionen*, REG 1986, s. 2263, p. 13, mål 40/85, *Belgien mot Kommissionen*, REG 1986, s. 2321, p. 13, samt 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.

¹¹¹ Se till exempel de förenade målen 67, 68 och 70/85, *Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1988, s. 219, p. 28.

ett stöd måste således utrönas huruvida en viss åtgärd hade kunnat förväntas vidtas av en kommersiell aktör med siktet inställt på normal avkastning.

EU-domstolen har också preciserat att till skillnad från många privata investerare är inte medlemsstaterna lika måna om en omedelbar avkastning på det insatta kapitalet, varför medlemsstaternas uppträdande inte direkt kan jämföras med hur många privata investerare skulle ha agerat under motsvarande förhållanden. Följaktligen behöver inte nödvändigtvis offentliga investerare eftersträva omedelbar avkastning för att dess engagemang inte ska omfattas av stödbegreppet.¹¹² Av principen framgår emellertid att statliga åtgärder som inte syftar till att generera vinst, även på lång sikt, ska bedömas i förhållande till statsstödsreglerna i och med att en normal privat investerare inte skulle ha vidtagit de aktuella åtgärderna under motsvarande premisser.¹¹³

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 också anses vara förenliga med den marknadsekonomiska investeringsprincipen i större utsträckning än nyinvesteringar i ett motsvarande företag. I samband med avgörandet om ett aktieäggande utgör ett statligt stöd ska jämförelsen göras med ett privat holdingbolag eller företagsgrupp som agerar utifrån en strukturpolicy som efterfrågar vinst på en längre sikt.¹¹⁴

Om en offentlig aktör agerar tillsammans med en eller flera privata investerare i samma ärende och på motsvarande villkor är utgångspunkten att medlemsstaten agerar i enlighet med den marknadsekonomiska investeringsprincipen.¹¹⁵

Som ett för svensk del belysande exempel på en tillämpning av den marknadsekonomiska investeringsprincipen kan nämnas kommissionens

¹¹² Se till exempel mål C-305/89, *Italien mot Kommissionen*, REG 1991, s. I-1603, p. 20.

¹¹³ Se mål C-303/88, *Italien mot Kommissionen*, REG 1991, s. I-1433, p. 22, de förenade målen T-126–127/96, *Breda Fucine Meridionali SpA (BFM) och Ente partecipazioni e finanziamento industria minafatturiera (EFIM) mot Kommissionen*, REG 1998, s. II-3437p. 80, samt mål T-234/95, *DSG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH mot Kommissionen*, REG 2000, s. II-2603, p. 121.

¹¹⁴ Se Kelyn Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 43.

¹¹⁵ Se till exempel mål T-296/97, *Alitalia – Linee aeree italiane SpA mot Kommissionen*, REG 2000, s. II-3871, p. 81.

beslut i ärende N 791/2006, *Business Case Norrköping*.¹¹⁶ I ärendet hade kommissionen att ta ställning till om Norrköpings kommuns engagemang i ett marknadsföringsbolag som hade till uppgift att ingå avtal med olika flygbolag omfattades av EU:s statsstödsregler. Norrköpings kommun ägde direkt och indirekt 50 procent av aktierna i marknadsföringsbolaget.

Marknadsföringsbolaget bjöd in kommunen, sina privata delägare och ett antal externa privata företag att delta i en så kallad risk- och utvecklingsfond. Syftet med fonden var att genom ett riskdelningsavtal kunna erbjuda flygoperatörer vid flygplatsen tillfälliga garantier för att utbudet av flygtjänster skulle kunna utvecklas, vilket i sin tur skulle skapa gynnsammare förhållanden för att stimulera konkurrenskraft och tillväxt i regionen. Genom riskdelningsavtalen skulle den risk som uppstod av en ny rutt är förenad med för den aktuella flygoperatören kunna delas mellan denne och investerarna. Norrköpings kommun hade beslutat att investera maximalt tre miljoner kronor i fonden som totalt skulle innehålla över sex miljoner kronor. De privata investerarna skulle göra motsvarande investering som kommunen på samma villkor.

Kommissionen kom till slutsatsen att det offentliga kapitaltillskottet inte utgjorde ett stöd då kommunen agerade på samma villkor som de privata företagen. Beslutet att inrätta fonden togs gemensamt av kommunen och det privata näringslivet samtidigt som de privata företagens investeringar inte på något sätt gynnades.

Då en offentlig aktör agerar som kreditgivare och utan objektivt godtagbara skäl beviljar lån till ett företag på villkor som är mer gynnsamma, exempelvis i form av en låg ränta, än de villkor en privat långivare kan förväntas acceptera föreligger ett stöd. Stödet anses i en sådan situation uppgå till skillnaden mellan den ränta som företaget betalar och den marknadsmässiga räntan.¹¹⁷ Om stödmottagaren överhuvudtaget inte skulle ha kunnat få det aktuella lånet på den öppna marknaden anses lånet som sådant utgöra ett stöd.¹¹⁸

¹¹⁶ Kommissionens beslut 10.07.2007 (K(2007) 3274 slutlig), *Business Case Norrköping* (ärende N 791/2006), EUT 2007/C 227/06.

¹¹⁷ Se till exempel mål T-16/96, *Cityflyer Express Ltd mot Kommissionen*, REG 1998, s. II-757, p. 53.

¹¹⁸ Se mål T-234/95, *DSG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH mot Kommissionen*, REG 2000, s. II-2603, p. 184.

Då en medlemsstat i stället för att lämna en kredit lämnar en kreditgaranti måste den garantiavgift som företaget erlägger vara marknadsmässig för att det inte ska röra sig om ett stöd i statsstödsrättslig mening.¹¹⁹ Det eventuella stödet anses också beviljat vid den tidpunkt då garantin medgavs och inte då garantin tas i anspråk.¹²⁰ Att en garanti inte behöver aktualiseras spelar ingen roll vid bedömningen om det rör sig om ett stöd i och med att kreditgarantin som sådan medför att stödmottagaren får betala en lägre ränta än utan den aktuella garantin. Om en offentlig aktör beviljar en garanti på villkor som inte är marknadsmässiga, det vill säga då stödbegreppet är uppfyllt, anses stödbeloppet uppgå till skillnaden mellan den avgift för garantin som företaget erlägger och den avgift de borde ha erlagt med beaktande av vad motsvarande garanti hade kostat på den öppna marknaden. Om motsvarande garanti inte hade kunnat erhållas på den öppna marknaden är stödbeloppet det samma som skillnaden mellan den ränta som stödmottagaren erlägger med garantin jämfört med den ränta som hade varit gällande utan den aktuella garantin.¹²¹ Under vissa villkor kan också hela det garanterade lånebeloppet anses utgöra ett stöd.¹²²

Alla statliga garantier behöver emellertid inte utgöra stöd och det finns därför undantag. Förutsatt att låntagaren har en sund finansiell ställning, garantin är knuten till en bestämd finansiell transaktion, avser ett fastställt högsta belopp, inte täcker mer än 80 procent av det utestående lånet eller den finansiella förpliktelsen och har en begränsad varaktighet samt om 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 faktorer – träffas garantin inte av förbudet i artikel 107.1 i Funktionsfördraget.¹²³

¹¹⁹ Se till exempel mål C-200/97, *Ecotrade Srl mot Altiforni e Ferriere di Servola Spa (AFS)*, REG 1998, s. I-7907, p. 43.

¹²⁰ Se avsnitt 2.1 i Kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT 2008/C 155/10.

¹²¹ Se Kelyn Bacon, *European Community Law of State Aid*, 2009, s. 47.

¹²² Se mål C-288/96, *Tyskland mot Kommissionen*, REG 2000, s. I-8237, p. 31.

¹²³ Se avsnitt 3.2 i Kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT 2008/C 155/10.

7.1 Kommunala fastighetsöverlåtelse

Även om det inte direkt kan anses falla inom ramen för SGEI kan det vara av intresse att kort belysa statsstödsreglerna i förhållande till kommunala planeringsfrågor. En för de flesta kommuner överraskande effekt av statsstödsreglerna torde vara att de även kan påverka den kommunala samhällsplaneringen, en för samhället nödvändig funktion för att kunna planera markanvändningen på ett funktionellt sätt.

7.1.1 Åre-fallet

Som ett exempel på när kommunala fastighetsöverlåtelse ansetts strida mot såväl kommunallagen som statsstödsreglerna kan nämnas Åre kommuns marköverlåtelse till Konsum Jämtland. Inför det att Åre skulle arrangera VM i utförsåkning behövde detaljplanerna för Åre centrum ändras. Mitt i centrum låg bland annat en konsumbutik. Åre kommun ville inom ramen för en mer omfattande bytesaffär förvärva den aktuella marken och erbjöd Konsum att förvärva en annan fastighet i området för en krona. Genom ett e-postmeddelande av den 23 augusti 2005 inkom emellertid konkurrenten Lidl – som önskade etablera sig i Åre – med ett anbud på 6,6 miljoner kronor för samma mark.

Efter anbudet från Lidl ökade försäljningspriset successivt från 1 krona till 2 miljoner kronor och den 15 oktober 2005 beslutade kommunfullmäktige i Åre att sälja tomtmarken till Konsum för det sistnämnda beloppet. Försäljningen föregicks inte av något anbudsförfarande utan var ett led i en flera år lång planeringsprocess där tanken aldrig var att någon annan köpare än Konsum var tilltänkt för den aktuella marken.

Transaktionen överklagades varpå kommunen anförde att försäljningen dels var en kommunal angelägenhet för att i enlighet med kommunens planer uppnå optimal samhällsnytta, dels att kommunen inte hade någon skyldighet att infordra anbud vid försäljning av fast egendom. Slutligen anförde kommunen att försäljningspriset var skäligt och att Lidls erbjudande inkom i slutet av en flerårig plan- och beslutsprocess. Kammarrätten fann att försäljningen stred mot såväl 2 kap. 8 § 2 st. kommunallagen som artikel 108.3 i Funktionsfördraget.¹²⁴

¹²⁴ Kammarrättens i Sundsvall dom 2008-04-09 (mål nr 1715-06).

Genom ett klagomål informerades även kommissionen om Åre kommuns försäljning, som påstods omfatta olagligt statligt stöd. Ett av motiven för statsstödsreglerna är att offentligt stöd inte får användas för att förhindra tillträde till en marknad. Kommissionen konstaterade att försäljningen av marken inte gjorts i enlighet med bestämmelserna i Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader,¹²⁵ eftersom försäljningen inte utfördes genom ett villkorslöst anbudsförfarande och de svenska myndigheterna har inte lämnat bevis på att en oberoende expertvärdering av marken gjorts. De svenska myndigheterna anförde vidare att försäljningen till Konsum var ett led i ett antal marktransaktioner som bland annat omfattade Konsums försäljning av mark i ett annat område i Åre som kommunen hade för avsikt att använda för andra utvecklingsändamål. Genom försäljningen av marken flyttade Konsum sin verksamhet och gjorde det därmed möjligt för kommunen att uppnå sin målsättning. Kommissionen fann dock att en fastighetsförsäljning under de aktuella förhållandena utgjorde ett otillåtet statsstöd och krävde att det otillåtna stödet skulle återkrävas.¹²⁶ Kommissionens beslut har överklagats till tribunalen.¹²⁷

7.1.2 Karlskrona- och Årjäng-fallen

Som andra exempel på frågan om ett kommunalt beslut om försäljning av fastighet har inneburit att ett individuellt inriktat stöd till en näringsidkare och ett statsstöd enligt EU-rätten lämnats till köparen av fastigheten kan nämnas den laglighetsprövning som gjordes i RÅ 2010 ref. 119 (I–II).

I RÅ 2010 ref. 119 (I) beslutade kommunfullmäktige i Karlskrona kommun den 28 februari 2008 bland annat att godkänna ett avtal angående fastighetsöverlåtelse och sanering av fastighet mellan kommunen och NCC Construction Sverige AB. Köpeskillingen för fastigheten uppgick enligt avtalet till 5 miljoner kr. Beslutet överklagades med motiveringen att det

¹²⁵ Se Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03).

¹²⁶ Se Kommissionens beslut 30.01.2008 (C (2008) 311 slutlig) om det statliga stöd som Sverige har genomfört till förmån för Konsum Jämtland ekonomisk förening (ärende C 35/2006 (ex NN 37/2006)), EUT 2008/L 126/3.

¹²⁷ Se mål T-244/08, *Konsum Nord mot Kommissionen*. Se även Ulf Bernitz, *Förbudet statsstöd till Konsum i Åre – Avgöranden av EU-kommissionen och svensk kammarrätt*, ERT 2008, s. 719.

stred mot kravet på god ekonomisk hushållning samt mot förbudet mot statsstöd. För att den överlåtna fastigheten skulle kunna användas för den tänkta verksamheten – hotellverksamhet – måste den saneras och kommunen hade uppskattat saneringskostnaderna till 20 miljoner kr. Av avtalet mellan kommunen och NCC framgick att NCC, mot vederlag, skulle stå för en del av saneringsarbetet. Kommunen skulle efter avslutad sanering lämna bygglov till NCC. Någon upphandling av saneringstjänsten synes enligt klaganden inte ha skett. Avtalet innefattade således inte bara en fastighetsöverlåtelse utan även ett entreprenaduppdrag. Någon oberoende värdering hade inte gjorts och klaganden anförde att kommunen genom att överlåta den aktuella tomten för 5 miljoner kr när ett i övrigt jämförbart bud på 7 miljoner kr inkommit – två dagar innan fullmäktiges beslut, vilket kommunen dessutom inte ansåg vara seriöst menat utan ett försök att försvara för en konkurrent på marknaden – lämnat ett otillåtet stöd till enskild näringsidkare.

Efter att ha förlorat i såväl länsrätten som kammarrätten anförde kommunen i sitt överklagande till Regeringsrätten att underinstansernas avgöranden skulle undanröjas och kommunfullmäktiges beslut fastställas. Till stöd för sin talan anförde kommunen bland annat att den har ett planmonopol och syften med allmänintresse, till exempel verkställande av en stadsplanering, måste kunna beaktas vid valet av köpare av fastigheter. Den aktuella fastigheten var underkastad stadsplanerestriktioner i fråga om dess användning och det konkurrerande anbudet var inte förenligt med dessa restriktioner. Kommunen anförde därför att det kan inte kunde vara en rimlig tolkning av förbudet mot stöd till enskilda i 2 kap. 8 § KL att kommunen skulle tvingas anta ett bud som strider mot detaljplanen. Kommunen anförde vidare att köparen utöver köpeskillingen erlade exploateringsersättning för iordningsställande av allmänna ytor. Denna ersättning utgjorde inte uttryckligen en del av köpeskillingen, men var en del av den totala affären. Det konkurrerande budet skulle därför utgöra ett stöd av mindre betydelse.

Regeringsrätten (nu Högsta förvaltningsdomstolen) konstaterade att det i mål om laglighetsprövning i första hand ankommer på klaganden att visa att kommunens beslut är olagligt, men att bevisbördan i vissa situationer kan övergå till kommunen eftersom den får anses ha visst ansvar för utredningen i processen och måste kunna redovisa underlaget för beslutet. Regeringsrätten fann, särskilt med hänvisning till innehållet i det konkurrerande budet och avsaknaden av en oberoende värdering, att det fick anses vara visat att avtalet

inneburit ett individuellt riktat stöd till NCC och att kommunfullmäktiges beslut att godkänna det aktuella avtalet med NCC därför stred mot 2 kap. 8 § KL och avslag kommunens överklagande. Regeringsrätten prövade därmed inte frågan om beslutet även inneburit ett otillåtet åsidosättande av anmälningsskyldigheten enligt 6 § lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas statsstödsregler.

I RÅ 2010 ref. 119 (II) hade kommunfullmäktige i Årjängs kommun den 31 mars 2008 beslutat att genom bytesavtal överlåta en fastighet för 650 000 kr samt att förvärva en fastighet för 4 900 000 kr. En kommunmedlem överklagade beslutet hos länsrätten och yrkade att beslutet skulle upphävas. Som skäl anfördes att beslutet om bytesaffären innebär att kommunen förvärvar en fastighet till ett alltför högt värde och säljer en fastighet till bokfört värde, att ingen värdering av fastigheterna hade skett och att någon notifiering till kommissionen heller inte hade gjorts. Kommunen bestred bifall till överklagandet. Såväl länsrätten som kammarrätten avslag överklagandet, eftersom det inte ansågs visat att bytesaffären genom avvikelser från marknadspriser skett i strid mot bestämmelserna i 2 kap. 8 § och 8 kap. 1 § KL om stöd till enskilda näringsidkare och god ekonomisk hushållning, eller mot bestämmelserna om statsstöd.

Efter överklagande med åberopande av att beslutet stred mot statsstödsreglerna fann Regeringsrätten att det av handlingarna inte framgår att kommunen avsett att genomföra bytesaffären till underpris och därigenom ge motparten ett stöd i dennes näringsverksamhet. Samtidigt har inte någon oberoende värdering av fastigheterna gjorts före bytesaffären och transaktionen har inte heller skett genom ett öppet försäljningsförfarande där det bästa eller enda anbudet antagits. Det fick vidare anses vara ostridigt i målet att kommunen inte anmält beslutet att genomföra bytesaffären i enlighet med bestämmelserna om detta i 6 § lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas statsstödsregler. Den värdering av fastigheterna som kommunen lät göra efter det att bytesaffären genomfördes gav ett värde på 600 000 kr respektive 5 500 000 kr. Regeringsrätten fann därför att något lagligt hinder för kommunen att besluta om fastighetsaffären på sätt som skett inte förelåg och avslag därför överklagandet.

7.1.3 Kommunala borgensåtaganden

Vid sidan av det kommunala planmonopolet är bildandet och förvaltandet av kommunala bolag som tillgodoser behovet av olika allmännyttiga tjänster inom kommunen ett annat exempel på en kommuns möjlighet att organisera sin verksamhet. Även i dessa situationer står det dock klart att statsstödsreglerna kan komma att begränsa kommunens handlingsfrihet. Som otillåtna statsstöd kan även räknas åtgärder som riktar sig till den stödgivande myndighetens hel- eller delägda företag. I ett avgörande fastställde Kammarrätten i Stockholm att ett av kommunfullmäktige i Stockholm beslutat kapitaltillskott som riktade sig till tre av staden helägda bostadsbolag¹²⁸ kunde anses innefatta anmälningspliktigt statligt stöd.¹²⁹ Vidare har Kammarrätten i Göteborg¹³⁰ funnit att en kommunal borgen som beviljades av kommunfullmäktige i Göteborg till ett av staden majoritetsägt kommunalt renhållningsbolag, Renova AB, gjordes med statliga medel, att det inte var marknadsmässigt, att det snedvred konkurrensen och att det skulle ha anmälts till kommissionen. Göteborg bröt därför mot EU:s statsstödsbestämmelser när man beviljade ett bolag borgen och beslutet upphävs.

Bakgrunden var att Renova AB behövde ta upp ett lån. Vid lånet lämnades en kommunal borgen, varvid en borgensavgift om 0,25 % skulle belasta bolaget. Kommunen anförde att borgensåtagandet var marknadsmässigt och att det heller inte finansierades av offentliga medel utan av det kommunala bolagskollektivet genom en tilläggs marginal, avsedd att finansiera åtaganden som kommunen gör mot bolagen. Tilläggs marginalen sker således inte med offentliga medel och får heller inte sammanblandas med offentliga medel.

¹²⁸ Kommunala bostadsbolag har även i prop. 2009/10:185, Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag och reformerade hyressättningsregler, ansetts vara underkastade EU:s statsstödsregler. Enbart om företaget tillhandahåller offentligt subventionerade bostäder åt missgynnade medborgare eller socialt utsatta grupper som på grund av bristande betalningsförmåga inte kan skaffa sig en bostad på marknadsvillkor kan undantas från krav på förhandsanmälan, om medlemsstaterna klassificerar de tillhandahållna tjänsterna som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Ett undantag från förhandsanmälan innebär dock inte i sig ett undantag från statsstödsreglerna. Se vidare prop. 2009/10:185, s. 17 samt art. 2.1 (b) i EU-kommissionens beslut av den 28 november 2005 (2005/842/EG) om tillämpningen av art. 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, punkterna 7 och 16. Se närmare nedanstående avsnitt.

¹²⁹ Se Kammarrättens i Stockholm dom av den 16 februari 2009 i mål 4514-07. Avgörandet har ännu inte vunnit laga kraft.

¹³⁰ Se Kammarrättens i Göteborg dom 2011-03-23 (mål nr 7739-09).

Offentliga medel får heller inte täcka kostnader som uppstått med anledning av ett åtagande mot ett kommunalt bolag. På så sätt bär kommunen ingen ekonomisk risk med anledning av borgensåtagandet, då denna i sin helhet bärs av de kommunala bolagen. Vidare anför kommunen att den saknar kontroll och förfoganderätt över tillgångarna i de kommunala bolagen.

”[F]ör att medel från offentligt ägda företag ska kunna anses utgöra offentliga medel krävs att det allmänna kontrollerar och förfogar över tillgångarna samt fullständigt kan bestämma över användningen av medlen. På grund av bestämmelserna i aktiebolagslagen (2005:551) om bland annat borgenärsskydd och vinstutdelning är detta inte möjligt för kommunen. Kommunen i egenskap av aktieägare i de kommunala bolagen disponerar därmed inte över bolagens medel på ett sätt som gör deras medel offentliga.”¹³¹

Kammarrätten fann att det saknade betydelse om den ekonomiska risken för ett kommunalt bolag bars av kommunen eller av det kommunala bolagskollektivet – det kunde ändå röra sig om ett otillåtet statsstöd i Funktionsfördragets mening. Kammarrätten konstaterade vidare att det av

”kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd i form av garantier (2008/C 155/02) framgår beträffande enskilda statliga garantier att en förutsättning är att förekomsten av statligt stöd ska kunna uteslutas är att ett marknadsorienterat pris betalas för garantin. Om det pris som har betalats för garantin är minst lika högt som den motsvarande avgift på finansmarknaden som fungerar som riktmärke innehåller garantin inte stöd. Om ingen motsvarande garantiavgift som kan fungera som riktmärke står att finna på finansmarknaden, ska den totala finansiella kostnaden av det garanterade lånet, inklusive räntesatsen på lånet och garantiavgiften, jämföras med marknadspriset på ett motsvarande lån utan garanti.

¹³¹ Se kammarrättens dom, s. 3.

Det är i målet ostridigt att en sådan jämförelse visar att borgensåtagandet innebär en besparingseffekt för Renova AB, även om oenighet föreligger om till vilket belopp detta stöd ska beräknas. Kammarrätten anser därför att kravet på att borgensåtagandet ska innebära en fördel för Renova AB är uppfyllt.”¹³²

Kammarrätten konstaterar vidare att kravet på att stödet får anses vara selektivt enligt artikel 107 i Funktionsfördraget får anses vara uppfyllt och att borgensåtagandet även skulle kunna anses förstärka bolagets ställning gentemot andra aktörer på samma marknad. Kommunens beslut är därför olagligt enligt 10 kap. 8 § KL. Kommunen har därmed en skyldighet att återställa den situation som förelåg innan det olagliga stödet utbetalades.

7.2 Allmännyttiga bostadsföretag

Ett område som med hänvisning till EU-rätten är under stark omvandling är den svenska allmännyttan. Bakgrunden till det kommunala engagemanget på området går att finna i den bostadsbrist som efter det första världskriget uppstod i flera svenska städer och samhällen med anledning av den ökade urbaniseringen och industriella framväxten. Den statliga bostadspolitiken tog sig uttryck i statliga bostadslån, statliga räntesubventioner och statliga bostadsbidrag, medan kommunala bostadsbolag lät uppföra flerbostadshus. För svenskt vidkommande har allmännyttan varit ett viktigt instrument för att klara av bostadsförsörjningen. De allmännyttiga bostadsföretagen har heller inte varit vinstdrivande, utan har i huvudsak syftat till att kunna tillhandahålla goda bostäder till rimliga priser till alla oavsett social eller ekonomisk bakgrund.¹³³

De kommunala bostadsföretagen har därmed inte varit fria att själva fastställa sina hyror och till följd av bruksvärdesprincipen och det faktum att det kommunala lägenhetsbeståndet varit normerande även för hyrorerna inom det privata beståndet av lägenheter har heller inte de privata bostadsföretagen fritt kunnat bestämma vilka hyror som ska tas ut. I enlighet med de kommunala befogenheterna har samtidigt kommunerna på olika sätt kunnat stödja de

¹³² Se kammarrättens dom, s. 7 f.

¹³³ Se prop. 2001/02:58, s. 13, samt SOU 2008:38, EU, allmännyttan och hyrorerna.

egna bostadsföretagen ekonomiskt, till exempel genom subventioner eller genom borgensåtaganden.¹³⁴

Det faktum att de kommunala bostadsföretagen drevs utan vinstsyfte, samtidigt som kommunen på olika sätt ekonomiskt kunde stödja verksamheten gav upphov till frågor om det svenska systemet var i strid med EU-rätten, framför allt statsstödsreglerna. Som *Tobias Indén* påpekat är ett sådant förfarande knappast något som en privat investerare hade accepterat, varför sådana stödåtgärder skulle kunna konstituera ett stöd. Samtidigt utgör avsaknaden av ett vinstkrav inte något gynnande i förhållande till marknadens övriga aktörer, varför artikel 107.1 i Funktionsfördraget inte torde kunna aktualiseras på den grunden. En annan fråga är då om ett sådant stöd kan anses riskera att påverka handeln mellan medlemsstater. I de fall stöd måste utgå till kommunala bostadsföretag rör det sig med stor sannolikhet ofta om kommuner som lider av ett vikande befolkningsunderlag, varför det troligen inte heller finns ett intresse för utländska aktörer att engagera sig på dessa marknader. I den sistnämnda situationen där det i realiteten kanske finns endast en tänkbar aktör, det vill säga det kommunala bostadsföretaget, ter det sig långsökt att samhandeln skulle påverkas i någon större omfattning.¹³⁵

Mot bakgrund av den oklarhet som ansetts råda avseende de allmännyttiga bostadsföretagens förenlighet med EU-rätten beslutade lagstiftaren i juni 2010 om en ny marknadsanpassad modell.¹³⁶ I lagen om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag tydliggörs definitionen av bolagen och vidare uppställs krav på hur verksamheten bedrivs. Ett kommunalt bostadsaktiebolags huvudsakliga uppgift är därför att i allmännyttigt syfte förvalta fastigheter med hyresrätter, främja bostadsförsörjningen i kommunen samt erbjuda hyresgästerna inflytande. Bolagen ska driva verksamheten enligt affärsmässiga principer med normala avkastningskrav. I stället för en modell med begränsad vinstutdelning har införts en begränsning av värdeöverföringar från kommunala bostadsaktiebolag – vinsten ska därför stanna i bolaget.

¹³⁴ Se även RÅ 1997 ref. 47.

¹³⁵ Se närmare Tobias Indén, *Kommunen som konkurrent – Kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar*, Uppsala 2008, kap. 6.

¹³⁶ Se även prop. 2009/10:185, *Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag och reformerade hyressättningsregler*.

Vidare har det skett förändringar i hyreslagstiftningen. Hyressättningen i de allmännyttiga kommunala bostadsföretagen ska inte längre vara normerande för alla hyror. I stället ska kollektivt förhandlade hyror vara normerande, oavsett avtalsparter. Vidare infördes en skyddsregel mot kraftiga hyreshöjningar för att dämpa effekten av de kraftiga hyreshöjningar som kunde befaras i fall där hyran tidigare varit för låg i förhållande till bruksvärdet.

Verksamheten är dock inte klassificerad som en SGEI, eftersom lagstiftaren mot bakgrund av begreppet *social housing* i kommissionens beslut¹³⁷ om tillämpningen av statsstödsreglerna på SGEI ansåg att en sådan klassificering skulle ha tvingat de allmännyttiga bostadsföretagen att inskränka sin verksamhet till bostadsförsörjning för missgynnade hushåll.

”Utredningen har gjort bedömningen att bostadsförsörjningsfrågor i dag inte uppfyller kraven för att kunna betraktas som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Utredningen anser dock att det kan vara möjligt att utforma bostadspolitiken på ett sätt som gör att bostadsförsörjningsfrågor skulle kunna uppfylla EU-rättens krav på att definieras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Enligt utredningen sker detta lättast med en modell med bostadsföretag vars uppgift är att tillhandahålla bostäder för individer och grupper som har svårt att själva klara sig på bostadsmarknaden. Utredningen har inte analyserat en modell där affärsmässigt bedrivna kommunala bostadsföretag av kommunen skulle kunna direkt anförtros att utföra vissa uppdrag, vilka skulle definieras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. ... Regeringen ser i grunden nackdelar med en ordning där offentliga åtaganden utförs exklusivt av en aktör på marknaden som givits vissa fördelar. Tvärtom är regeringens uppfattning att det bör finnas konkurrens mellan olika aktörer på marknaden. Regeringen är mot

¹³⁷ Se kommissionens beslut 2005/842/EG 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.

den bakgrunden tveksam till en ordning där det skulle vara upp till respektive kommun att på grundval av i lagstiftningen inskrivna övergripande mål överlåta exklusiva fördelar till sina egna företag. Därmed skulle inte heller den av regeringen eftersträvade stabiliteten i regelverket uppnås.”¹³⁸

Föredraganden utesluter dock inte att bostadsföretag med ett brett definierat uppdrag, innebärande fokus på olika former av integration och social sammanhållning skulle kunna falla inom ramen för vad som kan utgöra SGEI, men gör trots allt bedömningen att bostadsförsörjningen varken generellt eller i delar bör definieras i lag som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. En liknande modell med subventionerade bostäder har emellertid ansetts vara tillåten i Nederländerna. Kommissionen erkänner förekomsten av en så kallad ”social mix” och social sammanhållning som bostadspolitiska mål samt möjligheten att genom generella parametrar beräkna kompensation för de särskilda skyldigheterna som åvilar bostadsbolagen. Det förefaller heller inte finns något uttryckligt krav på att uppdragen av allmänt ekonomiskt intresse ska utsättas för konkurrens eller tidsbestämmas.¹³⁹ Vidare slog EU-domstolen i målet *Sint Servatius* fast att en social bostadspolitik kan utgöra ett tvingande allmänintresse som kan motivera inskränkningar i den fria rörligheten för kapital.¹⁴⁰ Frågan är därför om begreppet SGEI ska tolkas så snävt som lagstiftaren gjorde och om de förändringar som gjorts avseende de allmännyttiga bostadsföretagen möjligen är mer långtgående än vad EU-rätten egentligen kräver. Frågan är också om det inte finns ett faktiskt behov av att kunna subventionera kommunala bostadsföretag i de fall de demografiska förutsättningarna så kräver.

¹³⁸ Se även prop. 2009/10:185, Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag och reformerade hyressättningsregler, s. 28.

¹³⁹ Se kommissionens beslut K(2009)9963, *The Netherlands Existing and special project aid to housing corporations*, p. 57, p. 58 och p. 67. Två processer mot beslutet har emellertid väckts vid tribunalen, mål nr T-201/10 och T-202/10.

¹⁴⁰ Se mål C-567/07, *Minister voor Wonen, Wijken en Integratie mot Woningstichting Sint Servatius*, REG 2009, s. I-9021.

7.3 Undantag från statsstödsreglerna, särskilt avseende fallet Altmark

Enligt artikel 107.3 i Funktionsfördraget kan flera undantag beviljas från statsstödsreglerna, till exempel om en stödåtgärd syftar till att genomföra viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi eller om stödet ska underlätta utvecklingen av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner. Ett stöd kan dock inte medges om stödet påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot EU:s intresse. För att ett stöd ska kunna utgå fordras att den aktuella regionen är missgynnad i förhållande till andra regioner i den aktuella medlemsstaten. Vilka områden i Sverige som kan undantas med hänvisning till att bestämmelsen följer av den så kallade regionalstödskartan.¹⁴¹ Ett stöd kan därför inte undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 i Funktionsfördraget om det utgår för att underlätta utvecklingen av andra regioner än de som anges i regionalstödskartan.

För att underlätta bedömningen huruvida undantag enligt artikel 107.3 i Funktionsfördraget ska kunna beviljas i särskilda situationer har också kommissionen genom rådets förordning 994/98/EG givits kompetens att utfärda så kallade gruppundantagsförordningar. Den allmänna gruppundantagsförordning som numera gäller slår i stor utsträckning fast under vilka villkor en medlemsstat inte behöver anmäla ett stöd innan det verkställs i enlighet med artikel 108.3.¹⁴²

Vissa stöd av social karaktär kan däremot undantas från en tillämpning av EU:s statsstödsregler, oavsett bestämmelsen i artikel 107.3 i Funktionsfördraget, med hänvisning till att ett stöd behövs för att ett företag ska kunna tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse. Denna möjlighet till undantag från statsstödsreglerna grundar sig inte endast på artikel 106.2 utan har också utvecklats i praxis.¹⁴³

¹⁴¹ Kommissionens beslut 20.12.2006 (K (2006) 6719 slutlig), Regionalstödscharta 2007–2013 (ärende N 431/2006), EUT 2007/C 34.

¹⁴² Se förordning (EG) nr 800/2008 av den 6 augusti 2008 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 87 och 88 i fördraget (allmän gruppundantagsförordning), EUT 2008/L 214/03.

¹⁴³ Se främst mål C-280/00, *Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Altmark)*, REG 2003, s. I-7747.

För att en tjänst ska anses vara av ett allmänt ekonomiskt intresse, och följaktligen kunna komma ifråga för undantag med hänvisning till verksamhetens särskilda karaktär, fordras normalt att det föreligger en skyldighet för företaget ifråga att tillhandahålla den aktuella tjänsten på likvärdiga villkor till samtliga medborgare,¹⁴⁴ samt att tjänsten skiljer sig från annan ekonomiskt verksamhet samtidigt som den inte hade kunnat tillvaratas på acceptabla villkor på den öppna marknaden.¹⁴⁵ Som typiska exempel på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kan nämnas avfallshantering, postdistribution och ambulanstransporter.¹⁴⁶

Enligt EU-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. 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 däremot att de kriterier som uppställdes av EU-domstolen i *Altmark* eller de krav som följer av kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG-fördraget (numera artikel 106.2 i Funktionsfördraget) är uppfyllda.¹⁴⁷

I fallet *Altmark*¹⁴⁸ var frågan om ett offentligt bidrag för att kunna bedriva linjetrafik i en region (*Landkreise*) som ett bussbolag som erhållit kunde anses utgöra ett otillåtet statsstöd. Genom domen slog EU-domstolen fast att ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresses utgör statligt stöd i

¹⁴⁴ Se Michael Steinicke, *Privilegerede virksomheder og EU-Retten*, 2002, s. 88 f.

¹⁴⁵ Icke-officiellt dokument från kommissionen, *Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd*, 12/11/2002, s. 8, p. 22.

¹⁴⁶ Se mål C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV m.fl. mot Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, REG 1998, s. I-4075, mål C-320/91, *Brottmål mot Paul Corbeau*, REG 1993, s. I-2533, respektive mål C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner mot Lndkreis Südwestpfalz*, REG 2001, s. I-8089. Se också till exempel Bent Christensen m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 2005, s. 820.

¹⁴⁷ Mål C-280/00, *Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Altmark)*, REG 2003, s. I-7747, respektive kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG.

¹⁴⁸ Mål C-280/00, *Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Altmark)*, REG 2003, s. I-7747.

den mening som avses i artikel 107.1 i Funktionsfördraget, och att den därför ska kontrolleras av kommissionen, såvida inte fyra kumulativa villkor är uppfyllda:

- a. Mottagaren måste anförtros ett klart definierat och tydligt avgränsat uppdrag att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.
- b. Grundvalarna eller kriterierna för att beräkna ersättningen måste i förväg ha fastslagits genom ett objektiva och öppet förfarande.
- c. Ersättningen får inte överstiga kostnaderna för att leverera hela eller delar av de allmännyttiga tjänsterna minus inkomsterna från dem – ersättningen får dock inkludera en rimlig vinst.
- d. Om in inte mottagaren kunnat väljas ut inom ramen en offentlig upphandling, ska ersättningens storlek beräknas på grundval av en undersökning av de kostnader som uppstår för ett genomsnittligt och välskött företag med de resurser som krävs för att tillhandahålla den offentliga tjänsten, med tillägg av en rimlig vinst.

En förutsättning för att det ska vara fråga om ett otillåtet statsstöd är att det mottagande företaget gynnas ekonomiskt och att det får en mer fördelaktig ställning i förhållande till konkurrerande företag. Om samtliga fyra kriterier är uppfyllda är det således vid tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte fråga om ett otillåtet statsstöd enligt artikel 107 och 108 i Funktionsfördraget. Om något av de kumulativa kriterierna inte är uppfyllt kan den offentliga stödåtgärden betraktas som ett statligt stöd och måste därför anmälas till och bedömas av kommissionen.

I ett enskilt ärende måste således först avgöras om den verksamhet som gynnats kan rymmas inom begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Om så är fallet måste därefter analyseras huruvida det aktuella stödet utgör en kompensation för utförande av en sådan tjänst enligt de kriterier som utvecklats av EU-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 (numera artikel 106.2 i Funktionsfördraget). 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 stödet är förenlighet med den inre marknaden. Vid en sådan bedömning kan kommissionen pröva den aktuella åtgärden också i förhållande till artikel 106.2 i Funktionsfördraget.

Nämnda praxis från EU-domstolen har stor betydelse för kommuner och landsting som upphandlar tjänster från den privata sektorn. Investeringar av statliga eller kommunala organ bör regelmässigt analyseras i förhållande till EU:s statsstödsregler. Om ett offentligt organ gör en investering på motsvarande villkor som en privat investerare under marknadsmässiga förhållanden är det inte fråga om statsstöd. Om det stödmottagande företaget är lönsamt eller inte är inte i sig av avgörande betydelse. Däremot ska frågan beaktas vid bedömningen av om den offentliga investeraren har agerat som en privat investerare i en marknadsekonomi eller om det mottagande företaget har beviljats ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor. I det senare fallet utgör investeringen statsstöd.¹⁴⁹

Samtidigt bör framhållas att EU-rätten som utgångspunkt godtar så kallade *de minimis*-stöd.¹⁵⁰ Det är dock viktigt att komma ihåg att det inte är värdet av ett kontrakt i sig som träffas av beloppsgränsen – det kan i princip vara hur högt som helst – utan inslaget av statsstöd.¹⁵¹

Alla stöd vars värde överstiger de belopp som anges i *de minimis*-förordningen behöver dock inte nödvändigtvis vara förbjudna i och med att det generella förbudet i artikel 107.1 i Funktionsfördraget är behäftat med flera undantag. Dessa möjligheter till undantag utgår dels ifrån att en medlemsstat kan genomföra en planerad stödåtgärd utan föregående anmälan med stöd av exempelvis gruppundantagsförordningen, dels att kommissionen efter en anmälan kan bevilja undantag med stöd av exempelvis artikel 107.3 i Funktionsfördraget.

¹⁴⁹ Se förenade målen T-228/99 och T-233/99, *Westdeutsche Landesbank mot Kommissionen*, REG 2003, s. II-435, p. 207–210.

¹⁵⁰ Jfr 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 2006/L 379/05.

¹⁵¹ Se även Christian Koenig & Susanne Kiefer, *Public Funding of Infrastructure Projects under EC State Aid Law*, *European State Aid Quarterly* 2005, s. 415–424, samt David O’Keeffe, *Public Private Partnerships, Local Authorities and State Aid*, *European Public Private Partnership Law Review* 2007, s. 17–24.

7.4 "Altmark-paketet"

Efter Altmarkdomen antog kommissionen i juli 2005 ett paket gällande tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, det så kallade post-Altmark-paketet.¹⁵² Syftet var att ge vägledning vid bedömningar av när sådan offentlig finansiering kunde anses vara tillåtna i förhållande till statsstödsreglerna. Paketet bestod av flera olika delar.

- a. Ett kommissionsbeslut (på grundval av artikel 106.3 i Funktionsfördraget) som specificerar villkoren för när ersättning till företag för att de levererar allmännyttiga tjänster är förenlig med statsstödsreglerna och därför inte behöver anmälas till kommissionen i förväg.¹⁵³ Beslutet gäller sjukhus och subventionerade bostäder, oavsett belopp samt andra sektorer där ersättningen inte överstiger 30 miljoner euro per år och om mottagarens årliga omsättning inte är högre än 100 miljoner euro. Luft- och sjötransporter till öar inom EU samt flygplatser och hamnar med en passagerarvolym som ligger under vissa trösklar¹⁵⁴ omfattas också av beslutet.
- b. Rambestämmelser som specificerar villkoren för när ersättning som inte omfattas av beslutet trots detta kan anses vara förenlig med statsstödsreglerna sedan de anmälts till och granskats av kommissionen. Ersättningar som överstiger kostnaderna för att tillhandahålla offentliga tjänster eller som företag använder på andra marknader som är öppna för konkurrens är inte motiverade och

¹⁵² See <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/937&format=HTML&ged=0&language=EN&guiLanguage=en>. Se även Tom Madell, Chapter 20; Sweden, i: *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, Markus Krajewski, Ulla Neergaard & Johan van de Gronden (red.), 2009, s. 423–450.

¹⁵³ Kommissionens beslut 2005/842/EG 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 L 312, 29.11.2005, s. 67.

¹⁵⁴ För luft- och sjöförbindelser till öar med en genomsnittlig årlig trafik på mindre än 300 000 passagerare, samt flygplatser och hamnar med en genomsnittlig årlig trafik på mindre än 1 000 000 passagerare för flygplatser och 300 000 passagerare för hamnar.

således oförenliga med statsstödsreglerna i fördraget.¹⁵⁵ Rambestämmelserna upphör att gälla i november 2011.

7.5 Kommissionens offentliga samråd med berörda parter

Med utgångspunkt i 2005-års Altmark-paket avseende statsstödsreglernas tillämpning på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har kommissionen inlett ett offentligt samrådsförfarande baserat på medlemsstaternas erfarenheter av och rapporter om hur paketet fungerat. I samband därmed har även ett frågeformulär utformats. Frågeformuläret ska inom ramen för ett offentligt samråd skickas till företag som tillhandahåller allmännyttiga tjänster, berörda parter, medborgare och alla övriga intressenter för att utvärdera 2005 års paket och för att eventuellt föreslå förbättringar.¹⁵⁶

7.6 Kommissionens vägledning om statsstöd och SGEI

Kommissionen har publicerat ett arbetsdokument om hur framför allt lokala och regionala myndigheter ska tolka statsstöds- och upphandlingsreglerna samt vad som generellt gäller för den inre marknaden avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Här finns bland annat vägledning kring vad som är ekonomisk verksamhet, vad som krävs för att det ska vara fråga om en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse m.m. Det är dock inte fråga om något juridiskt sett bindande dokument.¹⁵⁷

7.7 Den fortsatta reformeringen av EU:s statsstödsregler avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Den 23 mars 2011 presenterade kommissionen ett meddelande rörande en reform av EU:s regler om statligt stöd avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.¹⁵⁸ Syftet var att få igång en politisk diskussion med berörda aktörer vad gäller den kommande revideringen av post-Altmark-

¹⁵⁵ Gemenskapens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster, EUT C 297, 29.11.2005, s. 4.

¹⁵⁶ Se IP/10/715, Statligt stöd: Kommissionen samråder med berörda parter om statsstödsreglernas tillämpning på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Det offentliga samrådet nås på se <http://ec.europa.eu/competition/consultations/open.html>.

¹⁵⁷ Se Kommissionens Vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse, 7.12.2010, SEC(2010) 1545 final.

¹⁵⁸ Kommissionen, Reform av EU:s regler om statligt stöd avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, KOM(2011) 146 slutlig.

paketet. Kommissionen slår med hänvisning till protokoll 26 fast att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse – eller som det står i den svenska översättningen ”allmännyttiga tjänster” – spelar en central roll för unionens gemensamma värden. Dessa tjänster inte bara främjar social och territoriell sammanhållning och människors välmående inom EU, de bidrar också på ett väsentligt sätt till Europas ekonomiska utveckling och spänner över allt från stora kommersiella tjänster till sociala tjänster. Protokoll 26 till fördragen samt artikel 14 i Funktionsfördraget bemyndigar såväl unionen som medlemsstaterna att ”sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor, särskilt ekonomiska och finansiella, som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter” och ger också på överstatlig nivå en rättslig grund för att anta förordningar som fastställer dessa principer och villkor.

Det är viktigt att påminna om att artikel 14 i Funktionsfördraget inte påverkar tillämpningen av konkurrensreglerna på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, till exempel artiklarna 106 och 107 i Funktionsfördraget. Det råder alltså ingen tvekan om att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska granskas med avseende på inslaget av statligt stöd, även om de utgör sociala tjänster av allmänt intresse, om inte de fyra kumulativa villkor som är fastställda Altmark är uppfyllda. Som exempel på verksamheter som inte anses vara av ekonomisk art vid tillämpningen av konkurrensreglerna nämns till exempel flygnavigationssäkerhet, föroreningsövervakning samt förvaltningen av obligatoriska socialförsäkringssystem.¹⁵⁹

Vid tillhandahållandet av tjänster av allmänt intresse blir kontrollen av eventuella otillåtna statliga stöd av central betydelse, eftersom det allmänna på ett eller annat sätt vanligtvis finansierar dessa tjänster. Med anledning härav blir samspelet mellan artikel 106 och artikel 107 i Funktionsfördraget av stor betydelse. Artikel 106 ger kommissionen i uppdrag att kontrollera att en sådan ersättning är förenlig med konkurrensreglerna, medan artikel 107 slår fast vad som utgör otillåtna statliga stöd. Post-Altmark-paketet från 2005, särskilt beslutet och rambestämmelserna, klargör tillämpningen av reglerna om statligt stöd på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I beslutet anges på vilka villkor ersättning till företag för allmännyttiga tjänster anses förenlig med reglerna om statligt stöd och inte behöver anmälas till

¹⁵⁹ Kommissionen, Reform av EU:s regler om statligt stöd avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, KOM(2011) 146 slutlig, s. 3 f.

kommissionen, medan rambestämmelserna anger på vilka villkor ersättning som inte omfattas av beslutet kan godkännas av kommissionen. Förutom beslutet och rambestämmelserna har också flera sektorspecifika stödregler införts. Översynen av paketet är en del av kommissionens arbetsprogram för 2011.¹⁶⁰

Ett uttalat syfte med översynen av reglerna om statligt stöd är att genom tjänster av allmänt intresse försöka stimulera den ekonomiska återhämtningen inom EU. Paradoxen består i att samtidigt som medlemsstaterna måste garantera allmänheten tjänster av allmänt ekonomiskt intresse – till exempel sjukhus, utbildning, sociala tjänster, kommunikationer, energi och transporter – och dessutom har stor frihet att själva bestämma såväl tillhandahållandet som organisationen av dessa sådana tjänster anses en effektiv fördelning av offentliga medel för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse vara nödvändig för att garantera EU:s konkurrenskraft och den ekonomiska sammanhållningen mellan medlemsstaterna. Det finns därför ett inbyggt samband mellan effektivitet och tillväxt samt de sociala tjänsternas lindrande effekter på den ekonomiska krisens sociala konsekvenser.

Enligt vad som följer av post-Altmark-paketet har kommissionen genomfört ett samråd och fått in synpunkter från medlemsstater och andra berörda aktörer.¹⁶¹ Slutsatsen förefaller vara att såväl medlemsstaterna som andra organ generellt välkomnat paketet men att vissa bestämmelser i paketet bör justeras för att underlätta tillämpningen av reglerna om statligt stöd på olika nivåer i den nationella förvaltningen. Samrådet anses därför ha bekräftat att de befintliga rättsliga instrumenten var ett nödvändigt och lämpligt svar mot bakgrund av domen i *Altmark*, även om paketet till följd av bristande kunskap inte alltid genomförts som det var tänkt inom vissa områden, till exempel sociala tjänster. En tydlig slutsats av samrådet är att det finns ett behov av tydligare, enklare, effektivare och mer proportionella instrument för att säkerställa en enklare tillämpning av reglerna.¹⁶²

¹⁶⁰ Se även Speech/11/328, Joaquín Almunia, Vice President of the European Commission responsible for Competition Policy, Reform of EU State aid rules on the Services of General Economic Interest, Regionkommitténs 90:e plenarsession, Brussels, 12 May 2011.

¹⁶¹ Se artikel 9 i beslutet och punkt i 25 i rambestämmelserna.

¹⁶² Kommissionen, Reform av EU:s regler om statligt stöd avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, KOM(2011) 146 slutlig, s. 6.

För att nå de mål som framkommit genom samrådet överväger kommissionen att grunda den kommande reformen på två nyckelprinciper. För det första bedömer kommissionen att om det är möjligt ytterligare *förtydliga* vissa nyckelbegrepp som är relevanta för tillämpningen av reglerna om statligt stöd på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. För det andra undersöker kommissionen olika sätt att erbjuda mer *diversifierade och proportionerliga åtgärder* i samband med tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Syftet är att kontrollen av statligt stöd ska anpassas till tjänsternas art och omfattning, till exempel genom att förenkla tillämpningen av reglerna för vissa typer av småskaliga allmännyttiga tjänster av lokal karaktär med begränsad påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och för vissa typer av sociala tjänster. På motsvarande sätt skulle kommissionen å andra sidan kunna fokusera på effektivitets- och konkurrensaspekter vid behandlingen av storskaliga kommersiella tjänster som har en tydlig EU-dimension. Syftet med reformen är således att underlätta för nationella, regionala och lokala myndigheter att följa reglerna samtidigt som agerandet inte snedvrider konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna.

Som ett led i att förtydliga de regler om statligt stöd som är tillämpliga på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har kommissionens avdelningar bland annat lanserat en interaktiv informationstjänst där intresserade aktörer direkt via nätet kan ställa relevanta frågor om de regler som gäller för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och få ett svar från den ansvariga kommissionsavdelningen. Den vägledning som ges förtydligar bland annat reglernas räckvidd, villkoren för när kommissionen godkänner stöd för sådana tjänster och förhållandet mellan statligt stöd och reglerna för offentlig upphandling, men också distinktionen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska verksamheter enligt reglerna om statligt stöd och klassificeringen av vissa enheter som företag m.m.

Vad gäller arbetet med diversifierade och proportionerliga åtgärder avser kommissionen bland annat att göra en tydligare åtskillnad mellan olika typer av tjänster, eftersom många tjänster av allmänt intresse som tillhandahålls på den lokala nivån är relativt småskaliga och därför endast i begränsad omfattning påverkar handeln mellan medlemsstaterna. På dessa områden är det därför ett uttalat syfte att förenkla regelverket.

Samtidigt anser kommissionen att risken för snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden kan vara särskilt stor inom vissa sektorer som kännetecknas av storskalig kommersiell verksamhet, till exempel transporter, telekom, energiförsörjning och posttjänster.¹⁶³ Samråd om det nya beslutet och de nya rambestämmelserna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse med alla institutioner, medlemsstater och berörda aktörer skulle ha genomförts senast i juli 2011.¹⁶⁴

¹⁶³ Kommissionen, Reform av EU:s regler om statligt stöd avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, KOM(2011) 146 slutlig, s. 9.

¹⁶⁴ Kommissionen, Reform av EU:s regler om statligt stöd avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, KOM(2011) 146 slutlig, s. 10.

8 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och offentlig upphandling

Offentlig service i olika former kan i princip tillhandahållas på två olika sätt. Antingen producerar den offentliga sektorn själv de varor och tjänster som behövs för att den ska kunna uppfylla sitt uppdrag ("egen regi") eller så köps varor och tjänster in av privata leverantörer. Naturligtvis kan dessa alternativ även kombineras så att en del varor och tjänster produceras i egen regi medan andra typer av varor och tjänster införskaffas via inköp. En viktig distinktion är också den mellan inköp av hela verksamheter – till exempel driften av en vårdcentral – och inköp av varor och tjänster som behövs för egenregiverksamheten. Även en vårdcentral som drivs i egen regi kommer att behöva anskaffa förbrukningsmateriel, möbler, utrustning, servicetjänster med mera från den privata sektorn.

Det allmänna har en exklusiv rätt att organisera sin verksamhet och att välja hur offentliga uppgifter ska tillhandahållas, bland annat för att trygga sociala ändamål.¹⁶⁵ Vilka uppgifter det är fråga om, och hur och av vem dessa tillhandahålls blir av avgörande betydelse för om konkurrensreglerna och reglerna om offentlig upphandling blir tillämpliga.

Reglerna om offentlig upphandling ska garantera att offentliga kontrakt inom EU tilldelas i rättvis och öppen konkurrens, vilket både skapar möjligheter för företag inom medlemsstaterna att delta i offentliga upphandlingar och säkerställer att offentliga medel används på bästa sätt. Om bestämmelserna inte följs kan det leda till slutna marknader och slöseri med allmänna medel. För att säkerställa att den offentliga upphandlingen inom EU följer samma principer och för att skapa förutsättningar för offentliga inköp under konkurrensmässiga förhållanden finns det på europeisk nivå ett tämligen detaljerat regelverk i form av flera direktiv, vilka det åligger medlemsstaterna

¹⁶⁵ Se protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse, vilket infogats till EU-fördraget och Funktionsfördraget.

att använda som utgångspunkt då de själva reglerar den offentliga upphandlingen.¹⁶⁶

För det fall det allmänna väljer att själv tillhandahålla, finansiera och utföra en allmännyttig tjänst, oavsett om den är av social karaktär eller inte, aktualiseras inte reglerna om offentlig upphandling. Undantaget är om en privat part går in som delägare i verksamheten för att den upphandlande myndigheten och den privata aktören tillsammans bildar ett bolag, till exempel för att driva ett sjukhus, ett så kallat IOPP. Såväl den privata parten som själva verksamheten ska i så fall upphandlas enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller enligt lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF.

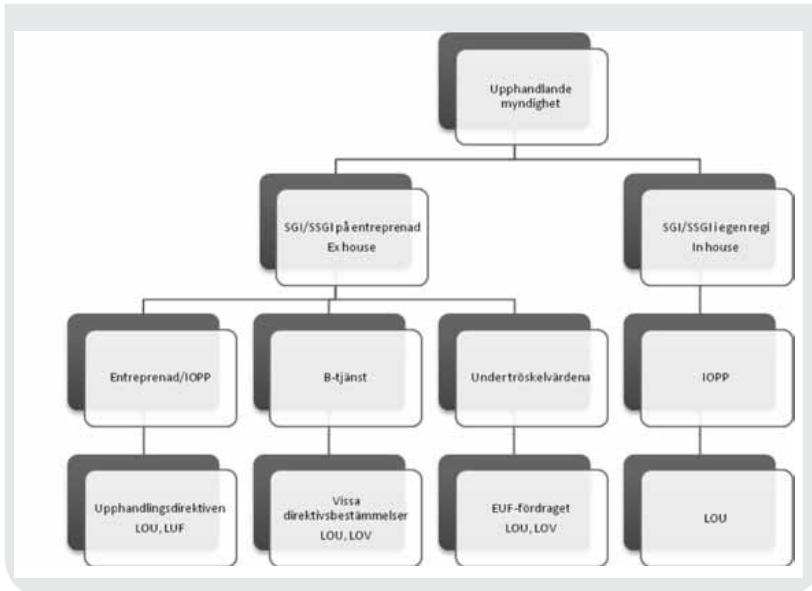
För det fallet att den upphandlande myndigheten väljer att lägga ut verksamheten på entreprenad aktualiseras i realiteten alltid reglerna om offentlig upphandling och de bakomliggande bestämmelserna i upphandlingsdirektiven. Om det rör sig om B-tjänster – vilket det oftast gör om det är fråga om SSGI – aktualiseras upphandlingsdirektiven endast i begränsad omfattning, medan ett sådant förfarande regleras i LOU. Om verksamheten organiserats inom ramen för ett valfrihetssystem regleras verksamheten i lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV. LOV är i första hand tänkt att tillämpas på bland annat omsorgs- och stödverksamhet för äldre, för personer med funktionsnedsättning samt på hälso- och sjukvårdstjänster.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Se direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet), direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet) samt direktiv 2009/81/EG om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet. Dessutom tillkommer rättsmedelsdirektiven, vilka visserligen inte påverkar hur medlemsstaterna reglerar själva upphandlingarna men som ställer upp vissa minimikrav vad gäller möjligheten till rättslig prövning i händelse av att en potentiell leverantör anser att en upphandlande myndighet inte agerat i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Se direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (klassiska sektorn), direktiv 92/13/EEG om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (försörjningssektorerna) samt direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

¹⁶⁷ Se prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, resp. SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem.

När det gäller primärvård är landstingen skyldiga att införa ett vårdvalssystem som ger allmänheten rätt att välja privat eller offentlig vårdcentral.¹⁶⁸ Av 5 § 2 st. hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, följer sedan den 1 januari 2010 att landstinget ska organisera primärvården inom ramen för ett vårdvalssystem så att alla som är bosatta inom landstinget kan välja utförare av hälso- och sjukvårdstjänster samt få tillgång till och välja en fast läkarkontakt.

Figur



Även i de fall en entreprenad betingar ett så lågt värde att den faller under de tröskelvärden som anges i upphandlingsdirektiven regleras förfarandet i LOU eller LOV. Även om upphandlingsdirektiven inte är tillämpliga gäller de grundläggande principerna i Funktionsfördraget.

Vidare finns även vid upphandlingssituationer skäl att framhålla statsstödsreglerna. Regleringen av den offentliga upphandlingen och statsstödsreglerna är två parallella regelverk med två separata men likartade och sammanlänkade syften. Upphandlingsreglerna är i grunden riktade mot

¹⁶⁸ Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården.

den inre marknaden och syftar till att säkerställa fri handel med varor och tjänster inom unionen medan statsstödsreglerna är avsedda att säkerställa att konkurrensen mellan företag på den inre marknaden inte snedvrids med statliga stöd mer än nödvändigt. Genom den vida tolkning EU-domstolen gjort avseende statsstödsbegreppet i Funktionsfördraget har EU:s statsstödsregler kommit att få en allt större betydelse för aktörer som finansieras med offentliga medel för att säkerställa olika former av allmännyttig verksamhet. EU:s statsstödsregler måste därför beaktas av de upphandlande myndigheterna.

Vad gäller frågor om offentlig upphandling förefaller det som om artikel 106.2 i Funktionsfördraget minskat i betydelse. Som exempel kan nämnas fallet *Ambulanz Glöckner*.¹⁶⁹ På motsvarande sätt kan även anföras de möjligheter till undantag från reglerna om offentlig upphandling som följer av *Teckal*¹⁷⁰ och *Stadt Halle*,¹⁷¹ vilket tas upp i det följande. Så länge de upphandlande myndigheterna inte bryter mot de allmänna principer som följer av EU-fördragen föreligger alltså ingen skyldighet att genomföra en offentlig upphandling enligt LOU eller LUF.¹⁷²

8.1 Ex house och in house; egna och gemensamma bolag

Utan att det uttryckligen behöver röra sig om tjänster av allmänt intresse kan som ett exempel på att EU-domstolens praxis gradvis luckrat upp de strikta regler som följer av upphandlingsdirektiven nämnas de undantag från upphandlingsskyldigheten som följer av de så kallade Teckal-kriterierna.¹⁷³

Då en upphandlande myndighet, i stället för att konkurrensutsätta driften av en viss verksamhet, väljer att utföra de aktuella uppgifterna i egen regi behöver någon offentlig upphandling givetvis inte genomföras. Om en uppgift kan skötas internt talas vanligtvis om *in house*-verksamhet. Vare sig reglerna om offentlig upphandling eller de allmänna EU-rättsliga principerna kan enligt EU-domstolen då aktualiseras.¹⁷⁴ Till skillnad från vad som gäller i fråga om *in house*-produktion måste således upphandlingsreglerna som utgångspunkt

¹⁶⁹ Se mål C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, REG 2001, s. I-8089.

¹⁷⁰ Se mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I-8121.

¹⁷¹ Se mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1.

¹⁷² Se mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1, p. 37.

¹⁷³ Se mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I-8121.

¹⁷⁴ Se mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1, p. 48.

tillämpas då en upphandlande myndighet har för avsikt att tillgodose sitt behov *ex house*.

Någon definition av begreppet *in house* finns inte i direktiven, men en utgångspunkt är att det rör sig om *in house* om både beställaren och utföraren befinner sig inom samma juridiska enhet, exempelvis om det rör sig om olika enheter inom en myndighet. En kommunal nämnd kan därför ”köpa” en tjänst av en annan del av den kommunala förvaltningen utan att någon upphandling behöver aktualiseras. Inte heller om en kommunal enhet låter en annan del av kommunen utföra en tjänst inom ramen för en beställar- och utförarmodell behöver således upphandlingsreglerna beaktas. Det rör sig med andra ord i dessa fall om en så kallad intraprenad.

Vidare finns det inget som hindrar att flera upphandlande myndigheter eller enheter tillsammans genomför en upphandling och överlåter till en av dem att sköta det praktiska, utan föregående upphandling. Det är även möjligt för övriga upphandlande myndigheter eller enheter att ersätta den som sköter det praktiska för dess kostnader, utan att det anses vara ett köp enligt upphandlingsbestämmelserna.¹⁷⁵

Skulle å andra sidan leverantören befinna sig utanför den kommunala enheten måste däremot upphandlingsreglerna som huvudregel följas. EU-domstolen har emellertid genom Teckal-kriterierna¹⁷⁶ utvidgat *in house*-bestämmelserna till att omfatta även vissa externa rättssubjekt. Förutsättningarna för att en myndighet ska kunna dra nytta av det aktuella undantaget är dels att den upphandlande myndigheten har kontroll över det aktuella företaget, motsvarande en sådan kontroll som man har över den egna verksamheten – vilket är ett uttryck för det så kallade kontrollrekvisitet – dels att leverantören utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande

¹⁷⁵ Se mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 57 ff. Se även Kristian Pedersen & Erik Olsson, *Commission v Germany: A new Approach on In-house Providing?* Public Procurement Law Review 2010, s. 33–45.

¹⁷⁶ Se mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I-8121.

myndigheten eller de upphandlande myndigheterna – vilket är ett uttryck för det så kallade verksamhetsrekvisitet.¹⁷⁷

Kriterierna som uppställs för att det ska röra sig om *in house* är inte helt klara – även om de senaste årens avgöranden från EU-domstolen i viss utsträckning förtydligat rättsläget. Problem som måste beaktas i sammanhanget är dock vilken typ av kontroll den upphandlande myndigheten ska kunna ha över leverantören, och vad som avses med huvuddelen av verksamheten.¹⁷⁸

EU-domstolen har också i mål C-26/03, *Stadt Halle* konstaterat att det aldrig kan röra sig om *in house* då en leverantör till viss del är privatägd, oavsett om den upphandlande myndigheten äger den allra största delen, vilket i det aktuella fallet motsvarade 75 procent, av företaget.

Av *Stadt Halle* följer vidare att ”[e]n offentlig myndighet som är en upphandlande myndighet har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation. I ett sådant fall kan det inte vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig

¹⁷⁷ Vad gäller verksamhetskriteriet, se närmare mål C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio, AGESP*, REG 2006, s. I-4137, samt mål C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparación y Manipulado de Correspondencia mot Administración General Estado (Correos)*, REG 2007, s. I-12175.

¹⁷⁸ Se till exempel mål C-26/03, *Stadt Halle and RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1; mål C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti och Padana Acque SpA*, REG 2005, s. I-7287; mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-8612; mål C-532/03, *Kommissionen mot Irland*, REG 2007, s. I-11353; mål C-29/04, *Kommissionen mot Österrike*, REG 2005, s. I-9705; mål C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA*, REG 2006, s. I-3303; mål C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio, AGESP*, REG 2006, s. I-4137; mål C-220/05, *Jean Aurox m.fl. mot Comune de Roanne*, REG 2007, s. I-385; mål C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales mot Transformación Agraria SA och Administración del Estado (Asemfo)*, REG 2007, s. I-2999; mål C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparación y Manipulado de Correspondencia mot Administración General Estado (Correos)*, REG 2007, s. I-12175; mål C-371/05, *Kommissionen mot Italien*, REG 2008, s. I-1110; mål C-324/07, *Coditel Brabant*; samt mål C-573/07, *Sea*. Se också mål C-91/08, *Wall*. Jfr mål C-17/09, *Kommissionen mot Tyskland*.

upphandling skall då inte tillämpas.”¹⁷⁹ Det centrala är härvid att kontroll och verksamhetsrekvisiten är uppfyllda.¹⁸⁰

Samtidigt fann Regeringsrätten (nu Högsta förvaltningsdomstolen)¹⁸¹ i RÅ 2008 ref. 26, SYSAV,¹⁸² att det undantag från kravet på offentlig upphandling som EU-domstolen medgett enligt *Teckal* inte har varit möjlig att tillämpa i Sverige utan uttryckligt lagstöd. Numera har det därför införts ett uttryckligt undantag i 2 kap. 10 a § LOU som innebär att *Teckal*-kriterierna också är tillämpliga vid upphandlingar som görs i Sverige. Den aktuella bestämmelsen är i avvaktan på pågående utredningsarbete tillfällig och gäller fram till den 1 januari 2013. I SOU 2011:43 föreslås att undantaget ska fortsätta gälla även efter 2013. För att säkerställa att kontrollrekvisitet uppfylls föreslås även att 3 kap. 17 § kommunallagen ändras så att en kommun blir skyldig att se till att det fastställda kommunala ändamålet liksom de kommunala befogenheter som utgör ramen för verksamheten i fråga anges i bolagsordningen för ett kommunalt bolag. Vidare ska kommunen eller landstinget se till att fullmäktige enligt föreskrift i bolagsordningen får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Dessutom föreslås ändringar i 6 kap. 1 a § kommunallagen som innebär en årlig kontroll av kommunstyrelsen om den verksamhet som bedrivits av företaget har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. I förslaget ligger även en skyldighet för fullmäktige att vid avvikelser vidta nödvändiga åtgärder.

¹⁷⁹ Se mål C-26/03, *Stadt Halle and RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1, p. 48.

¹⁸⁰ Se mål C-26/03, *Stadt Halle and RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1, p. 49. Se även mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I-8121, p. 50. I mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-8457, konstateras i p. 29 att "[b]land de relevanta omständigheter som framgår av beslutet om hänskjutande kommer domstolen först att behandla andelsinnehavet i koncessionsinnehavaren, sedan sammansättningen av koncessionsinnehavarens beslutande organ och slutligen de befogenheter som denna enhets styrelse har." Vidare anför domstolen i p. 46 att det "är viktigt att kontrollen som utövas över koncessionsinnehavaren är effektiv men det är inte nödvändigt att den är individuell" och i p. 50 anförs att om "flera offentliga myndigheter innehar andelar i en koncessionsinnehavare som de ger i uppdrag att tillhandahålla en offentlig tjänst, kan den kontroll som dessa offentliga myndigheter utövar över koncessionsinnehavaren således utövas gemensamt av dessa sistnämnda myndigheter."

¹⁸¹ Numera benämnd Högsta förvaltningsdomstolen.

¹⁸² SYSAV eller Sydsåkånes avfallsaktiebolag ägs av 14 kommuner i södra Skåne och bedriver avfallshantering och återvinning i regionen.

8.1.1 Kontrollkriteriet

För att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt ska den fristående enheten vara underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas i den fristående enheten. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande såväl över den fristående enhetens strategiska mål som över andra viktiga beslut. Kontrollkriteriet anses vara uppfyllt om den upphandlande myndigheten har rätt att utse ledamöter i den fristående enhetens styrelse, har möjlighet att styra över företagets verksamhet, kan besluta över den fristående enhetens ekonomiska ersättning, om den genom avtal har rätt att godkänna verksamhetens mål samt kan utse en tjänsteman eller liknande att övervaka verksamheten.¹⁸³

Vidare fastställde EU-domstolen i mål C-324/07, *Coditel*, att de upphandlande myndigheter som ingick i en förening utövade en kontroll över denna motsvarande den kontroll de utövade över de egna förvaltningarna. Myndigheterna kunde bland annat tillsätta representanter i kontrollorgan inne i föreningen, och därmed direkt påverka olika beslut. Domstolen konstaterade att det rörde sig om en kooperativ mellankommunal sammanslutning som inte kunde anses vara näringsidkare.¹⁸⁴ I mål C-573/07, *Sea*, konstaterade EU-domstolen att det följde av de möjligheter till kontroll som medgavs i den nationella aktiebolagsrättsliga regleringen att kontrollkriteriet även kan vara uppfyllt i de fall upphandlande myndigheter äger andelar i ett aktiebolag.

8.1.2 Verksamhetskriteriet

Vidare bör vikten av verksamhetskriteriet framhållas. Av 2 kap. 10 a § LOU följer att den verksamhet som utövas i huvudsak ska rikta sig mot den upphandlande myndigheten. Som ett exempel på de svårigheter som kan uppstå vad gäller att tillämpa Teckal-kriterierna kan nämnas en JO-anmälan mot Simrishamns kommun och Tomelilla kommun om domstolstrots rörande offentlig upphandling. De aktuella kommunerna blev i och med RÅ 2008 ref. 26, SYSAV, skyldiga att följa länsrättens (nuvarande förvaltningsrätten) beslut om att upphandlingen av avfallshanteringstjänster skulle göras om.

¹⁸³ Se till exempel mål C-410/04, *Associazione Nazionale Autotransporto Viaggiatori (ANAV) mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA*, REG 2006, s. I-3303; mål C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparación y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado (Correos)*, REG 2007, s. I-12175; samt mål C-371/05, *Kommissionen mot Italien*, REG 2008, s. I-110.

¹⁸⁴ Mål C-324/07, *Coditel Brabant*, p. 37.

Kommunerna underlät emellertid – bland annat med hänvisning till införande av reglerna avseende Teckal-undantagen i svensk rätt – att genomföra någon ny upphandling. SYSAV fick därför även fortsättningsvis svara för avfallshanteringen. JO anförde att det var anmärkningsvärt att kommunerna inte ens med anledning av JO-anmälan synes ha insett det olämpliga i sitt agerande, utan i stället öppet hävdade att Regeringsrätten hade meddelat felaktiga domar.¹⁸⁵

Frågan är då om kommunerna har något fog för sitt påstående att förfarandet blev lagligt efter den 15 juli 2010. Av 10 a § 2 st. 2 p. LOU framgår att Teckal-undantaget endast är tillämpligt om även det så kallade verksamhetskriteriet är uppfyllt, det vill säga om verksamhet som riktar sig till andra än ägarna ”endast är av marginell karaktär.” I det aktuella fallet tillhandahåller SYSAV tjänster även till andra än de kommuner som äger andelar i bolaget.

Av EU-domstolens uttalanden i mål C-340/04, *Carbotermo*, mål C-295/05, *Asemfo*, mål C-371/05, *Kommissionen mot Italien*, C-220/06, *Asociación Profesional Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado*, samt C-324/07, *Coditel*, följer en del allmänna riktlinjer om vad som krävs för att verksamhetskriteriet ska anses vara uppfyllt. Det i sammanhanget viktigaste målet är dock förmodligen mål C-295/05, *Asemfo*. I målet ägdes aktiekapitalet i det spanska aktiebolaget Tragsa till 99 % på olika sätt av den spanska staten, medan återstoden ägdes av fyra autonoma gemenskaper. Eftersom Tragsa bedrev mer än 55 % av verksamheten tillsammans med de autonoma gemenskaperna och ca 35 % tillsammans med staten ansågs verksamhetskriteriet vara uppfyllt. Målet antyder att verksamhetskriteriet är uppfyllt om ca 90 % av enhetens verksamhet bedrivs tillsammans med eller riktar sig mot de upphandlande enheter som innehar den.¹⁸⁶

Kommissionen har emellertid gett uttryck för att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt om 20 % av omsättningen härrör från verksamhet på den privata

¹⁸⁵ JO:s avgörande 2010-05-06, dnr 3026-2009, Anmälan mot Simrishamns kommun och Tomelilla kommun om domstolstrots rörande offentlig upphandling.

¹⁸⁶ Se närmare SOU 2011:43, Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor, s. 107–110.

marknaden.¹⁸⁷ Kommissionen har därför begärt att Sverige ska se till att EU:s bestämmelser om offentlig upphandling efterlevs när lokala myndigheter upphandlar avfallshantering. Kommissionen anser att Sverige har brutit mot dessa bestämmelser genom att tillåta att lokala myndigheter upphandlar avfallshantering utan något föregående anbudsförfarande. Sverige har lämnat svar på kommissionens begäran och det återstår att se om Sveriges svar är tillfredsställande eller om kommissionen kommer att hänskjuta ärendet till EU-domstolen.¹⁸⁸

8.2 Administrativa avtal mellan upphandlande enheter (offentliga-offentliga samarbeten)

EU-domstolens praxis har alltså gradvis förtydligat och utvidgat kommunernas möjligheter att själva välja hur de vill organisera sin verksamhet. EU-domstolens praxis är emellertid inte helt logisk ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv, men ligger väl i linje med de möjligheter en kommun i enlighet med såväl kommunallagens regler som Europarådets konvention om lokalt och regionalt självstyre måste anses ha för att reglera sin verksamhet på ett så funktionellt sätt som möjligt – och eventuellt också artikel 14 i Funktionsfördraget.¹⁸⁹

I sammanhanget ska också nämnas att EU-domstolen i mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, ytterligare utvecklat sitt resonemang rörande på vilket sätt offentliga myndigheter tillsammans kan välja att utöva viss verksamhet. I det aktuella målet hade fyra olika regioner (*Landkreise*) i Niedersachsen utan att detta föregåtts av en offentlig upphandling, ingått ett tjugouårigt avtal med Hamburgs stads renhållningstjänst avseende bortforsling av avfall för förbränning i avfallshanteringsanläggningen *Rugenberger Damm* – ett bolag med delvis privata ägare. Via Hamburg stad skulle de fyra *Landkreise* bidra ekonomiskt till driften av avfallsanläggningen. Det var dock endast Hamburg stad som hade ett avtal med avfallsförbränningsanläggningen.

¹⁸⁷ Se SOU 2011:43, Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor, s. 109.

¹⁸⁸ Se <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1442&format=HTML&aged=0&language=SW&guiLanguage=en>.

¹⁸⁹ Se närmare Michael Steinicke, Den udbudsretlige in house-regel – en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis, i: Juridiske emner ved Syddansk Universitet, 2009, s. 260–273, samt Tom Madell & Tobias Indén, Offentlig-Privat Samverkan – Rättsliga förutsättningar och utmaningar, 2010, s. 127 ff.

EU-domstolen uttalade att det inte förelåg någon skyldighet att genomföra en upphandling enligt upphandlingsdirektivets regler. Detta gjordes med hänvisning till bland annat att EU-rätten inte inbegriper någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift, i det aktuella fallet avfallshantering, fullgörs.¹⁹⁰ EU-domstolen har också klargjort att det inte uppstår en byggtreprenadssituation om myndigheten inte har ett direkt intresse av byggtreprenaden, ett villkor som inte är uppfyllt bara för att den upphandlande myndigheten använder sin befogenhet att utöva tillsyn avseende stadsplanering. Domstolen underströk att denna tillsyn avser ett allmänintresse.¹⁹¹ Vidare har EU-domstolen framhållit att en myndighet ”har möjlighet att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation, och att den möjligheten även kan utövas i samarbete med andra myndigheter.”¹⁹²

Domen i fallet *Kommissionen mot Tyskland* är emellertid svårtolkad och dess relation till de undantag som EU-domstolen slagit fast avseende Teckalkriterierna är inte heller helt klar, varför den också har gett upphov till en del reaktioner i doktrinen.¹⁹³ *Karsten Naundrup Olesen*¹⁹⁴ konstaterar att det inte uttryckligen framgår om domstolen anser att avtalet mellan Hamburg stad och de fyra *Landkreise* är att anse som något annat än ett ömsesidigt förpliktande avtal av ekonomisk karaktär och därmed faller utanför upphandlingsdirektivets definition av ett offentligt kontrakt, men att en sådan utgångspunkt kan ligga bakom utfallet. Samtidigt anför han att domstolen använder flera argument som talar mot en sådan tolkning och framför allt:

¹⁹⁰ Se mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2009, s. I-4747. Vad gäller fråga om akuta ambulanstransporter, se C-532/03, *Kommissionen mot Irland*, REG 2007, s. I-11353.

¹⁹¹ Se mål C-451/08, *Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*.

¹⁹² Mål C-215/09, *Mehiläinen Oy och Terveystalo Healthcare Oy mot Uleåborgs stad*, REU 2010, s. I-000.

¹⁹³ Se bland annat Totis Kotsonis, Co-operative agreements between public authorities in the pursuit of a public interest task: Commission of the European Community v Federal Republic of Germany (C-480/06), *Public Procurement Law Review* 2009, s. NA 212–216, Kristian Pedersen & Erik Olsson, *Commission v Germany: A new Approach on In-house Providing?*, *Public Procurement Law Review* 2010, s. 33–45, samt Karsten Naundrup Olesen & Michael Steinicke, EU-retlige rammer for offentlig organisering af opgaverne, *UfR* 2010, s. 80–87.

¹⁹⁴ Se Naundrup Olesen, Formål af almen interesse som element i EU-retten, i: Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 247–258.

om domstolen velat slå fast att den här typen av överenskommelser är något annat än ett offentligt kontrakt så borde den också ha gett uttryck för det på ett tydligare sätt. Däremot tyder vissa formuleringar i domen på att domstolen ansett att det är fråga om en tjänst av allmänt intresse eller en så kallad *public service*.¹⁹⁵

Han undersöker därför om diskussionen om *Public Service Obligations* – det vill säga rättsliga åligganden för det allmänna att ansvara för vissa samhällsfunktioner, oavsett om dessa kan tänkas generera en vinst eller inte – kan ge något stöd för en sådan tolkning, men tvingas konstatera att stödet för en sådan tolkning är svagt. På samma sätt rör det sig inte heller om ett undantag enligt 106.2 i Funktionsfördraget.

Han landar därför i slutsatsen att domen, utan att det uttryckligen sägs och trots att Lissabonfördraget ännu inte trätt i kraft vid tidpunkten för domens avkunnande, bör ses mot bakgrund av artikel 14 i Funktionsfördraget samt protokoll 26. En utveckling i riktning mot att lägga vikt vid allmänintresset skulle nämligen ligga i linje med ändringarna i Funktionsfördraget, där den tidigare artikel 16 EG genom artikel 14 i Funktionsfördraget utvidgats till att inte bara ge uttryck för en värdering, utan ett direkt stöd för Parlamentet och Rådet att utfärda förordningar rörande tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Även *Michael Steinicke*¹⁹⁶ har konstaterat att domstolens avgörande i *Kommissionen mot Tyskland* inte helt passar in i den systematik som domstolen byggt upp genom sina tidigare avgöranden men att domstolen genom avgörandet tagit ytterligare ett steg vad gäller möjligheterna att göra undantag från upphandlingsreglerna. Han konstaterar att domstolen uttalade att ett avtal som sluts mellan offentliga myndigheter och som avser dessa myndigheters skyldigheter att tillhandahålla offentliga tjänster inte är underkastade reglerna om offentlig upphandling. Domen är alltså inte ett exempel på ett klassiskt *in house*-resonemang. Samtidigt förefaller den typen av resonemang trots allt ha spelat en avgörande roll för utgången.

¹⁹⁵ Se mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 47 jämförd med p. 37.

¹⁹⁶ Se Michael Steinicke, *In house-kontrakter eller administrativa aftaler*, i: *Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext*, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 259-280.

Trots att domstolen hänvisar till flera olika argument anser han att domstolen i sina slutsatser fokuserar på i huvudsak två omständigheter. För det första att det rör sig om ett tillvaratagande av ett allmänintresse och för det andra att förfarandet sker utan inblandning av privata parter. Han konstaterar att domstolen inte preciserar vad som ingår i allmänintresset och om detta är identiskt med tjänster av allmänt intresse eller vilken betydelse som bör läggas vid den EU-rättsliga reglering som gäller avfallshantering. Vidare är de hänvisningar som görs till offentliga myndigheters möjligheter att organisera sin verksamhet relativt svepande och inte helt klargörande. Vidare förs ett resonemang om avtalets karaktär. Inte heller av detta resonemang går det dock att dra några säkra slutsatser – i vart fall inte att den här typen av överenskommelser skulle kunna klassificeras som ”administrativa avtal” som *per se* skulle vara undantagna från upphandlingsreglerna.

Han finner på grund av de många oklarheterna att det går att rikta flera invändningar mot domstolens avgörande – inte minst vad gäller domstolens argumentation och de svårigheter som föreligger vad gäller att slå fast de egentliga skälen för domstolens slutsats. Han tolkar dock argumenten som politiska snarare än juridiska och konstaterar att fallet efterlämnar en rad frågetecken, inte minst i vilken utsträckning domen påverkar Teckal-kriterierna.

*Janicke Wiggen*¹⁹⁷ väljer i sin analys av den omstridda domen att fokusera på betydelsen av vilken typ av samarbete det är fråga om och att samarbeten mellan offentliga aktörer inte alltid utgör kontrakt i den mening som avses i upphandlingsdirektiven, oavsett om samarbetet kan kvalificeras som något som utförs inom ramen för egenregi eller inte. Hon redogör utförligt för EU-domstolens praxis avseende kontraktsbegreppet och de offentliga myndigheternas möjligheter att själva organisera sin verksamhet. Hennes uppfattning är att det avgörande för utgången i målet *Kommissionen mot Tyskland* är att Hamburg stad inte erhöll någon ersättning från de fyra *Landkreise*, utan att fokus låg vid själva samarbetet för att lösa de aktuella uppgifterna – inte själva köpet av tjänster för att lösa dem.

¹⁹⁷ Se Janicke Wiggen, Anskaffelsesreglene og samarbeid i offentlig sektor: om avgrensningen av anskaffelsesdirektivets kontraktsbegrep utenfor læren om egenregi, i: Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 281–306.

Hon konkluderar sin analys med att konstatera att det av EU-domstolens praxis tydligt framgår att det inte finns något generellt undantag från upphandlingsreglerna vid samarbete mellan olika offentliga myndigheter och att offentliga och privata aktörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt. Samtidigt har EU-domstolen genom utvecklingen av Teckal-kriterierna försökt göra en avvägning mellan marknadshänsyn och de offentliga myndigheternas möjligheter att själva organisera sin verksamhet. Ett särdrag för de undantag från skyldigheten att genomföra en offentlig upphandling vid olika typer av offentliga samarbeten som går att utläsa från EU-domstolens praxis är enligt hennes mening att de alla har en stark ekonomisk och politisk dimension i förhållande till de offentliga myndigheternas möjligheter att själva organisera sin verksamhet. En argumentation som ser längre än bara till vilka parter som samarbetar för att lösa en viss offentlig uppgift medför också en större frihet än de relativt snäva ramar som följer av Teckal-kriterierna. På så sätt skulle en utvidgad tolkning av kontraktsbegreppet kunna innebära en nyansering av den inte alltid ändamålsenliga egenregidoktrinen.

Oavsett vilken tolkning av domen som är den rätta uppstår emellertid en paradox, avfallshantering ska upphandlas och ett antal kommuner kan tillsammans äga ett bolag som inom ramen för en avfallsförbränningsstation tar hand om deras sopor utan att en upphandling behöver göras. Om emellertid bolaget också i en omfattning som inte är helt marginell hanterar sopor från andra kommuner än ägarkommunerna kan det eventuellt vara så att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt¹⁹⁸ och att ägarkommunerna därför måste genomföra en offentlig upphandling. Om å andra sidan en kommun äger en avfallsförbränningsstation skulle det utifrån den aktuella domen vara möjligt för andra kommuner att utan föregående upphandling vända sig till kommunen för att sluta ett icke-kommersiellt avtal om att de skulle få leverera sina sopor till en viss avfallsförbränningsstation (NESGI) – låt vara att Teckal-kriterierna skulle kunna medföra att ägarkommunen måste upphandla tjänsten från sitt eget bolag (SGEI). Ekvationen är med andra ord inte helt logisk, men domen skulle kunna leda till att Teckal-undantagen får en minskad betydelse och att kommunerna därmed också får flera olika möjligheter att samarbeta inom ramen för ett offentligt-offentligt samarbete.

¹⁹⁸ Se ovan avsnitt 8.1.

9 Upphandlingar utanför direktiven – tjänstekoncessioner

Upphandlingsdirektiven gäller för de offentliga upphandlingar inom medlemsstaterna som kan ha en effekt på de grundläggande friheterna i Funktionsfördraget. Upphandlingar utan ett sådant intresse regleras därför som utgångspunkt varken av EU-direktiven om offentlig upphandling eller av fördragens bestämmelser och principer. I dessa fall har därför de enskilda medlemsstaterna rätt att välja om och hur sådana upphandlingar ska hanteras. Upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av B-tjänster är exempel på upphandlingar som enligt direktivens bestämmelser i allmänhet inte har en effekt på de grundläggande friheterna i fördragen. De anses i vissa fall ändå ha ett bestämt gränsöverskridande intresse¹⁹⁹ och för svenskt vidkommande regleras hur som helst såväl B-tjänster som upphandlingar under tröskelvärdena av LOU respektive LUF.²⁰⁰

Samtidigt finns det upphandlingar som, trots att de kan anses ha en effekt på de grundläggande friheter som följer av unionsrätten, ändå inte regleras specifikt; vilket i synnerhet anses gälla för tjänstekoncessioner, 1 kap. 2 § 5 st. LOU. När en enskild utövare ska tillhandahålla offentlig service krävs ofta någon form av godkännande av dennas verksamhet eller, i vissa fall, ett tillstånd från en myndighet att bedriva verksamheten. När en lagreglerad tillståndsgivning också medför någon form av ensamrätt att bedriva en viss verksamhet kan det sägas föreligga en koncession. Vissa av dessa träffas av unionsrätten, medan andra inte gör det.

I upphandlingsrättsligt hänseende kan koncessioner delas in i två kategorier, tjänstekoncessioner och byggkoncessioner. Tjänstekoncessioner faller i sin helhet utanför upphandlingsdirektiven och LOU och LUF, medan byggkoncessioner till viss del regleras av LOU. Koncessioner som överstiger de för offentliga upphandlingar uppställda tröskelvärdena anses emellertid vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater – inte minst beroende

¹⁹⁹ Se ovan nämnda mål C-507/03, *Kommissionen mot Irland*, REG 2007, s. I-9777, p. 29; de förenade målen C-147/06 och C-148/06, *SECAP och Santorso m.fl.*, REG 2008, s. I-3565; samt mål C-160/08, *Kommissionen mot Tyskland*.

²⁰⁰ Avsnittet bygger i huvudsak på Bergman et al, *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*, 2011, kapitel 8.

på att de faktiskt representerar betydande ekonomiska värden – varför de omfattas av de allmänna EU-rättsliga principerna.

Vid en tjänstekoncession har det allmänna överlåtit åt en enskild tjänsteleverantör att tillhandahålla en viss allmännyttig tjänst. En tjänstekoncession måste innehålla en rätt för koncessionshavaren att ekonomiskt utnyttja sina tjänster gentemot användarna, samtidigt som den ekonomiska risken för verksamheten övergår från den upphandlande myndigheten till leverantören. Därtill ska verksamheten vara förenad med särskilda eller exklusiva rättigheter.²⁰¹

Tjänstekoncessioner används inom såväl statlig som kommunal verksamhet och kan vara av olika karaktär. Vad gäller statlig tillståndsgivning kan exempelvis nämnas nätkoncessioner – det vill säga områdes- eller linjekoncessioner – som tilldelas med stöd av 2 kap. ellagen (1997:857).²⁰² Inom den statliga sektorn kan man därutöver hitta dem i form av bland annat förvaringsboxar på tågstationer, drift av restauranger och kafeterior i lokaler som används för statlig verksamhet (exempelvis universitet), försäljning och distribution av böcker, betaltjänster, linjesjöfart samt inrikesflyg.

Däremot har det inte varit så vanligt med tjänstekoncessioner inom kommunal verksamhet. Inom den landstingskommunala sektorn används de bland annat vid tågtrafik, busstrafik, drift av bad- och campingplatser samt restauranger och kafeterior. Inom den kommunala sektorn används tjänstekoncessioner bland annat vid biljettförsäljning, krav- och inkassotjänster, lånecyklar, campingplatser, fjärrvärme, drift av konsthallar, småbåtshamnar, restauranger och kafeterior, friskvårdsanläggningar, mäss- och kongressverksamhet, teaterevenemang, vänthallar, offentliga toaletter, papperskorgar, informationstavlor, parkeringsövervakning, turistbyråer, sotningstjänster samt miljöledningssystem och miljörevision.

²⁰¹ Se artikel 106 i Funktionsfördraget. Se även till exempel mål C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, REG 2000, s. I-10745, p. 14–16, och mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-8612, p. 7–9.

²⁰² För en utförlig redogörelse för dessa koncessioner och hur processen rörande tillståndsgivningen går till, se närmare SOU 2009:48.

I de fall det föreligger en valmöjlighet är det centrala för den upphandlande myndigheten att överväga vad som skapar den bästa möjliga affären för den upphandlande myndigheten vad gäller att få en viss tjänst utförd; en entreprenad eller en koncession. Är det så att det i realiteten saknas ekonomiska förutsättningar för att marknaden fullt ut ska kunna finansiera en tjänst som den upphandlande myndigheten vill ha utförd, är det bättre att välja en entreprenad. Risken är annars stor att leverantören inte förmår tillhandahålla tjänsten.

9.1 Tjänstekoncessioner och LOU

Generellt sett används således tjänstekoncessioner på verksamheter som är förenade med särskilda eller exklusiva rättigheter.²⁰³ Upphandling av tjänstekoncessionskontrakt tillämpas även på verksamheter som kan falla inom det allmännas ansvarsområde, på grund av verksamhetens karaktär, ändamål och de regler verksamheten omfattas av.²⁰⁴

Av 2 kap. 17 § LOU följer att med tjänstekoncession ”avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten”.²⁰⁵ Medan ett offentligt tjänstekontrakt innebär att en leverantör, mot en ekonomisk motprestation från den upphandlande myndigheten, åtar sig att utföra en tjänst för en upphandlande myndighets räkning, utgör vid en tjänstekoncession en eventuell ersättning från den upphandlande myndigheten inte den huvudsakliga delen av ersättningen.²⁰⁶

²⁰³ Se artikel 106 i Funktionsfördraget. Se även till exempel mål C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, REG 2000, s. I-10745, p. 14–16, och mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-8612, p. 7–9.

²⁰⁴ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2, 8 st. Jfr generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-360/96, *BFI Holding*, REG 1998, s. I-6821, respektive generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-108/98, *RI.SAN srl mot Commune d'Ischia*, REG1999, s. I-5219. Se även <http://europa.eu/scadplus/leg/sv/lvb/122011.htm>.

²⁰⁵ Samma definition av tjänstekoncessioner görs i 2 kap. 18 § LUF respektive artikel 1.d(3b) försörjningsdirektivet (2004/17/EG).

²⁰⁶ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2, 6 st., samt mål 458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-8612, p. 39; mål C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, REG 2000, s. I-10745, p. 58; Kammarrätten i Stockholm (mål nr 4374-05) samt NOU: s yttrande dnr 2005/0121-29, och Kammarrätten i Stockholm (mål nr 340-06).

Tjänstekoncessioner regleras, som anförts, vare sig i LOU, LUF eller i direktiven, 1 kap. 2 § 5 st. LOU, utöver vad som följer av 1 kap. 12 § LOU. I den sistnämnda bestämmelsen stadgas emellertid enbart att:

”[o]m en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, skall den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten skall iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.”

Det följer även av EU-rättslig praxis att en upphandlande myndighet är skyldig att följa Funktionsfördragets grundläggande regler i allmänhet och principen mot förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet, bland annat vad gäller skyldigheten att lämna insyn.²⁰⁷

Det finns följaktligen två kriterier som måste vara uppfyllda för att det ska vara fråga om en tjänstekoncession. För det första ska det inte vara fråga om ett tjänstekontrakt såsom följer av definitionen i LOU, utan ett kontrakt där ersättningen helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten. För det andra ska det röra det sig om särskilda rättigheter eller en ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse.

Det är därför viktigt att komma ihåg att även om tjänstekoncessioner inte uttryckligen regleras av LOU gäller givetvis de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande i likhet med vad som följer av 1 kap. 9 § LOU även för tilldelning av en tjänstekoncession.²⁰⁸

²⁰⁷ Se till exempel mål C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, REG 2000, s. I-10745. Se även Andrea Sundstrand, *Offentlig upphandling – LOU och LUF*, 2010, s. 54, Michael Steinicke & Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2008, s. 236 f. och s. 512, samt Simon Evers Hjelmberg, Peter stig Jakobsen & Sune Troels Poulsen, *EU-udbudsretten – Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder*, 2005, s. 273.

²⁰⁸ Se till exempel mål C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, REG 2000, s. I-10745, mål C-231/03, *Coname*, REG 2005, s. I-7287, mål C-264/03, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 2005, s. I-883, samt mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-8612.

9.2 Tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt

Gränsen mellan tjänstekoncessioner och offentliga tjänstekontrakt kan stundtals vara svår att dra.²⁰⁹ Av definitionen av tjänstekoncessioner i 2 kap. 17 § LOU framgår att kontrakt avseende tjänstekoncessioner kan vara konstruerade på två olika sätt. Antingen rör det sig om en rätt att utnyttja tjänsten eller dels en sådan rätt, dels betalning. Den förstnämnda varianten är relativt enkel att bedöma. Däremot finns ingen uttalad regel för hur stor andel av den totala ersättningen som måste utgå som betalning från det offentliga för att avtalet ska bedömas vara en tjänstekoncession.²¹⁰ Det enda riktmärke som finns är att storleken på betalningen inte får vara så stor att leverantören inte längre anses bära risken för verksamheten. För det fall verksamhetsrisken kan anses åvila den upphandlande myndigheten rör det sig därför om ett tjänstekontrakt.²¹¹

Ett sätt att skilja mellan ett kontrakt avseende tjänstekoncession och ett upphandlingskontrakt avseende tjänster kan därför vara att använda det så kallade nyttjanderättskriteriet.²¹² Kriteriet består av två faktorer, nämligen placeringen av ansvaret och placeringen av risken. I mål C-272/91, *Lottomatica*, konstaterade EU-domstolen att ansvaret för en verksamhet måste övergå på koncessionshavaren för att det ska anses röra sig om en tjänstekoncession.²¹³ Om såväl ansvaret som risken för verksamheten ligger hos leverantören anses nyttjanderättskriteriet vara uppfyllt och det rör sig därmed om en tjänstekoncession.²¹⁴

²⁰⁹ Se även Konkurrensverkets rapportserie 2008:4, s. 138–139.

²¹⁰ Se Konkurrensverkets rapport – Konkurrensen i Sverige 2007, s. 98.

²¹¹ Se mål C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, REG 2000, s. I-10745, p. 33 samt mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, REG 2007, s. I-6657, p. 39–40. Det kan exempelvis nämnas att Konkurrensverket har funnit att Värmlandsoperans avtal med Tinet om ett biljetthanteringssystem där Tinet erhåller största delen av sin ersättning genom att ta ut en avgift av varje enskild biljettköpare är att betrakta som ett tjänstekoncessionsavtal. Det innebär att, varför verksamhetsrisken för den aktuella tjänsten har överförts till Tinet. Avtalet omfattas därmed inte av tillämpningsområdet för lagen om offentlig upphandling, Konkurrensverkets beslut 2011-02-10, dnr 158/2010.

²¹² Se mål C-360/96, *BFI Holding*, REG 1998, s. I-6821, p. 25. Jfr Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2.

²¹³ Se mål C-272/91, *Kommissionen mot Italien*, REG 1994, s. I-1409, p. 33.

²¹⁴ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2. Se även Andrea Sundstrand, Offentlig upphandling – LOU och LUF, 2010, s. 82.

EU-domstolen har vid flera tillfällen avgjort mål som behandlat tilldelning av tjänstekoncessioner.²¹⁵ I mål C-234/03, *Contse m.fl.*, konstaterade domstolen att de i målet aktuella kontrakten inte, såsom den spanska regeringen hävdade, utgjordes av tjänstekoncessioner. Anledningen var dels att det inte skedde någon övergång av de risker som var förenade med tillhandahållandet av den aktuella tjänsten, dels att den spanska hälso- och sjukvårdsförvaltningen betalade ersättning för tjänsten. I mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, konstaterade domstolen att ett avtal med en överenskommelse om att en fast avgift ska betalas, utgör ett avtal med ekonomiska villkor och därmed ett offentligt tjänstekontrakt, vilket skulle upphandlas enligt upphandlingsdirektiven. I mål C-206/08, *WAZV Gotha*, uttalade domstolen att det är fråga om en tjänstekoncession om uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den själv utförde tjänsten, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentlighetsrättsliga villkoren för tjänstens organisation.²¹⁶ Den rättsliga klassificeringen beror dock på de faktiska omständigheterna i det konkreta fallet.²¹⁷

Praxis visar att tjänstekoncessioner ofta blivit åberopat, men att det förtjänar att understrykas att koncessionshavaren måste ta en egen, reell ekonomisk risk. I målen fastställer EU-domstolen att de allmänna kriterier som måste vara uppfyllda för att det ska vara fråga om en koncession även gäller för att ett tjänstekontrakt ska anses utgöra en tjänstekoncession, nämligen att koncessionshavaren:

- a) antingen har rätt att utnyttja tjänsten, eller
- b) dels rätt att utnyttja tjänsten, dels rätt till betalning samt
- c) bär den ekonomiska risken för verksamheten.

²¹⁵ Se till exempel mål C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, REG 2000, s. I-10745; mål C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, REG 2002, s. I-4685; mål C-231/03, *Coname*, REG 2005, s. I-7287; mål C-234/03, *Contse m.fl.*, REG 2005, s. I-9315; mål C-323/03, *Kommissionen mot Spanien*, REG 2006, s. I-2161; samt mål C-410/04, *ANAV*, REG 2006, s. I-3303.

²¹⁶ Se även mål C-196/08, *Acoset SpA mot Conferenza Sindaci and Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa m.fl.*, p. 39, samt mål C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*.

²¹⁷ Se mål C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik mot AOK Rheinland/Hamburg*, p. 70.

Ett avgörande kriterium synes vara att koncessionshavaren inte får den huvudsakliga ersättningen av den upphandlande myndigheten, utan att det är användarna eller brukarna av tjänster som också i huvudsak ska betala för dessa. EU-domstolen har nyligen preciserat²¹⁸ att när ersättningen till den utvalda ekonomiska aktören uteslutande betalas ut av andra än den upphandlande myndighet som tilldelat ett kontrakt och den ekonomiska aktören står verksamhetsrisken, även om denna risk är mycket begränsad – särskilt med hänsyn till att användaravgifterna för tjänsterna fastställs genom årliga förhandlingar med tredje man och att den ekonomiska aktören inte garanteras full täckning för de kostnader som burits inom ramen för ett utförande av verksamheten som är förenlig med de principer som uppställs i nationell lagstiftning – ska kontraktet i fråga kvalificeras som en tjänstekoncession. Det saknar dock betydelse hur det hela i praktiken administreras. Om ersättningen görs beroende av antalet användare och den ekonomiska risken kvarstannar hos koncessionshavaren får ersättning betalas ut i efterhand.²¹⁹ Att ersättningen betalas av den upphandlande myndigheten till koncessionshavaren saknar därför betydelse. Däremot är det oklart om den upphandlande myndigheten i sin tur måste samla in pengarna från brukarna, såsom genom vägtullar eller avgifter för kollektivtrafik.

Vid ett offentligt tjänstekontrakt behöver en leverantör inte ta affärsrisken på samma sätt som en innehavare av ett tjänstekoncessionskontrakt. Givetvis kan även offentliga tjänstekontrakt innebära ekonomiska risker – dessa hänför sig emellertid oftast till om leverantörens investeringar och driftkostnader överstiger den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande. En sådan risk anses dock inte utgöra affärsrisk som avses vad gäller tjänstekoncessioner. Inte heller risker som hänger samman med ändrad lagstiftningen – exempelvis avseende skatter eller miljö – anses utgöra den typ av ekonomiska affärsrisker som är av relevans i samband med att man ska avgöra om en viss transaktion kan tänkas utgöra en tjänstekoncession.²²⁰

Även ersättningen spelar en viktig roll vid fastställandet av om ett kontrakt avser en tjänstekoncession eller ett offentligt tjänstekontrakt. En alltför generös

²¹⁸ Se mål C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*.

²¹⁹ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.1.2, 10 st.; jfr NOU 2001-03-21, s. 4.

²²⁰ Se mål C-234/03, *Contse m.fl.*, REG 2005, s. I-9315, p. 22.

ersättning från en upphandlande myndighet kan leda till att affärsrisken övergår från koncessionshavaren till den upphandlande myndigheten.²²¹

I vissa fall kan det även föreligga en skyldighet för en tjänstekoncessionsinnehavare att erlægga en så kallad koncessionsavgift till den upphandlande myndigheten. Ett sådant upplägg förtar emellertid inte karaktären av tjänstekoncession.²²² Som ett svenskt exempel på när ett sådant upplägg bedömts falla inom ramen för en tjänstekoncession kan nämnas att driften av en gästbåthamn var att betrakta som en tjänstekoncession, då kommunen beslutat att låta ett bolag sköta driften av en gästbåthamn samtidigt som bolaget årligen skulle betala ett arrende till kommunen.²²³

I Sverige saknas bestämmelser om tilldelning av tjänstekoncessioner, men för att inte riskera att åsidosätta de EU-rättsliga grundprinciperna enligt Funktionsfördraget är en utgångspunkt att även upphandlingar av tjänstekoncessioner måste konkurrensutsättas på ett öppet och icke-diskriminerande sätt. För att förvissa sig om att konkurrensneutralitet uppnås har det anförts att en upphandlande myndighet, i brist på andra uttryckliga regler, bör tillämpa 15 kap. LOU även på upphandlingar av tjänstekoncessioner.²²⁴

Tjänstekoncessioner är ett område där man inom EU ännu inte lyckats enas om en gemensam reglering. Olika medlemsländer har olika tradition av att använda sig av koncessionslösningar, inte minst inom ramen för verksamheter som kan klassificeras som SGEI. De är otvivelaktigt så att tjänstekoncessioner erbjuder ett alternativ till de betydligt mer formaliserade reglerna rörande offentlig upphandling. I sammanhanget bör påpekas att det valfrihetssystem som används inom en rad områden av lagstiftaren har anförts vara tjänstekoncessioner.

²²¹ Se mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-8612, p. 40, samt mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, REG 2007, s. I-6657, p. 36.

²²² Se t.ex. mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-8612, samt mål C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, REG 2002, s. I-4685. Se även Michael Steinicke & Lise Groesmeyer, EU's Udbudsdirektiver, 2008, s. 239.

²²³ Se Kammarrätten i Stockholm (mål nr 340-06). Se även Kammarrättens i Göteborg dom 2011-05-23 (mål nr 6515-10).

²²⁴ Jfr Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009, s. 381 f.

Lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV, utgör ett inom vissa områden frivilligt alternativ till LOU.²²⁵ Valfrihetssystem finns inom en mängd olika tjänster, såsom hemtjänst och särskilda boenden för äldre, ledsagning, avlösning, daglig verksamhet enligt LSS samt familjerådgivning.²²⁶

När det gäller primärvård är landstingen skyldiga att införa ett vårdvalssystem som ger allmänheten rätt att välja privat eller offentlig vårdcentral.²²⁷ Av 5 § 2 st. hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, följer sedan den 1 januari 2010 att landstinget ska organisera primärvården inom ramen för ett vårdvalssystem så att alla som är bosatta inom landstinget kan välja utförare av hälso- och sjukvårdstjänster samt få tillgång till och välja en fast läkarkontakt. Landstinget får inte begränsa den enskildes val till ett visst geografiskt område inom landstinget. Av 5 § 3 st. HSL följer att landstinget ska utforma vårdvalssystemet så att alla utförare behandlas lika, om det inte finns skäl för något annat. Alla privata utförare som uppfyller landstingens krav ska ha rätt och frihet att etablera verksamhet i landstingen med offentlig ersättning. Ersättningen från landstinget till utförare inom ett vårdvalssystem ska följa den enskildes val av utförare.²²⁸

Tillämpningen av LOV har den 1 juli 2010 utvidgats till att omfatta även Arbetsförmedlingen. Arbetsförmedlingen får genom lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen besluta att tillhandahålla valfrihet för tjänster inom förmedlingens arbetsmarknadspolitiska verksamhet.²²⁹ Sedan den 1 december 2010 gäller även lagen om valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen när de tillhandahåller etableringslotsar för nyanlända invandrare.²³⁰

²²⁵ Se närmare Tom Madell, Finns det behov av att utvidga talerätten, stärka tillsynen samt införa sanktionsmöjligheter i LOV? Konkurrensverket 2010, samt Andrea Sundstrand, LOV – en olaglig lag? i: Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 329–342.

²²⁶ Se prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, resp. SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem.

²²⁷ Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården.

²²⁸ Se närmare prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, resp. SOU 2008:37, Vårdval i Sverige.

²²⁹ Se prop. 2009/10:146, Valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen.

²³⁰ Av lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare följer att de nyanlända inom ramen för ett valfrihetssystem ska ha rätt att välja en så kallad etableringslots. Se prop. 2009/10:60, Nyanlända invandrarers arbetsmarknadsetablering – egenansvar med professionellt stöd.

10 Vilka välfärdstjänster finns i Sverige?

Sverige har en lång tradition av att tillhandahålla välfärdstjänster till medborgarna. Som nämndes inledningsvis fyller de arbeten som på ett eller annat sätt berört den svenska välfärdsmodellen ett antal hyllmeter. De senaste åren finns även rapporter som mer eller mindre utförligt försökt kartlägga de tjänster av allmänt intresse som finns i Sverige.²³¹

Det saknas anledning att i föreliggande arbete göra en mer genomgripande genomgång över hur Sverige valt att organisera den centrala och de lokala nivåerna av samhället. Jag försöker i stället att kort presentera de välfärdstjänster som tillhandahålls, oavsett om de sedan kan klassificeras som SGEI eller NESGI – vilket redan nu kan sägas variera beroende på hur olika kommuner och landsting valt att organisera organisationen, tillhandahållandet samt finansieringen av välfärdstjänster.

Det finns ett närmast oändligt antal välfärdstjänster som tillhandahålls på olika nivåer i samhället. I vissa fall är ansvaret överlappande, till exempel i de fall då en kommun är den huvudsakliga leverantören av en viss tjänst – eller i vart fall den aktör som har ansvaret för att den tillhandahålls – medan staten har ett tillsynsansvar för att verksamheten utförs på ett korrekt sätt. En uppräkningslista kan heller inte bli komplett med tanke på att såväl utförandet av tjänsterna som kommunernas kompetens att tillhandahålla lika typer av (oreglerade) tjänster varierar från kommun till kommun beroende på de lokala förutsättningarna och behoven, vilket inte minst visas av en rikhaltig praxis avseende kommunala befogenheter från förvaltningsdomstolarna.

²³¹ Se till exempel Tom Madell, Chapter 20; Sweden, i: *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, Markus Krajewski, Ulla Neergaard & Johan van de Gronden (red.), The Hague 2009, s. 423–450, och Kerstin Kolam, *Public services in Sweden*, i: *Public services in the European Union & in the 27 member states; Statistics, Organisation and Regulations*, Pierre Bauby & Mihaela Maria Similie (red.), Mapping of the Public services, 2010.

En förteckning över ett antal centrala välfärdstjänster samt vem som ansvarar för att de tillhandahålls

Staten	Landsting/regioner	Kommunerna
Telekommunikation	Regional kollektivtrafik	Elproduktion
Posttjänster	Sjukhusvård	Eldistribution
Elproduktion	Hälso- och sjukvård	Lokal kollektivtrafik
Elnät	Tandvård (upp till 20 år)	Vatten
Naturgasdistribution		Avlopp
Persontrafik via järnväg		Fjärrvärme
Godstrafik via järnväg		Förskoleverksamhet
Högre utbildning		skolbarnsomsorg
Yrkesutbildning		Förskoleklass
Allmän socialförsäkring		Grundskola
Pensionssystem		Gymnasieskola
Vissa kulturella tjänster		Särskola
”Public service” (radio/TV)		Kommunal vuxenutbildning
		Svenska för invandrare
		Socialtjänst, inklusive individ- och familjeomsorg
		Stöd och service till funktionshindrade
		Äldreomsorg
		Hälso- och viss sjukvård i särskilt boende
		Stadsplanering och byggfrågor
		Miljö- och hälsoskydd
		Renhållning och avfallshantering
		Räddningstjänst
		Bibliotek
		Krisberedskap
		Bostadsförsörjning
		m.m.

Staten ansvarar för flera centrala verksamhetsområden. En stor del av verksamheten bedrivs i bolagsform och i den statliga bolagsportföljen fanns år 2009 57 hel- och delägda bolag, varav tre var börsnoterade. Verksamheten redovisas årligen i en regeringskrivelse.²³²

Kommunerna är enligt lag skyldiga att tillhandahålla ett antal välfärdstjänster: till exempel förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg, förskoleklass, grundskola, gymnasieskola och särskola, kommunal vuxenutbildning, svenska för invandrare, socialtjänst (inklusive individ- och familjeomsorg), omsorg om äldre och funktionshindrade, hälso- och viss sjukvård i särskilt boende, stadsplanering och byggfrågor, hälso- och miljöskydd, renhållning och avfallshantering, räddningstjänst, vatten och avlopp, bibliotek, krisberedskap, kollektivtrafik samt bostadsförsörjning.

Vidare finns en mängd verksamheter som det är frivilligt för kommunerna att tillhandahålla men som anses ligga inom ramen för den kommunala självstyrelsen, till exempel öppen förskola, fritidsverksamhet, byggande av bostäder, energi, hälso- och viss sjukvård i hemmet, sysselsättning, näringslivsutveckling samt kulturella tjänster.²³³

Landstingen är enligt lag ansvariga för tillhandahållandet av hälso- och sjukvård, tandvård för personer upp till 20 års ålder samt kollektivtrafik. Inom ramen för deras kompetens är det dessutom frivilligt att engagera sig inom exempelvis kultur, utbildning, turism och regional utveckling m.m.

²³² Se regeringens skrivelse 2009/10:140, 2010 års redogörelse för företag med statligt ägande.

²³³ Se http://www.sk1.se/kommuner_och_landsting/om_kommuner.

Vem tillhandahåller de olika välfärdstjänsterna?

Staten (även via bolag)	Kommuner och landsting (även via bolag)	Aktiebolag med såväl offentliga som privata aktieägare	Privata aktörer
Posttjänster	Elproduktion	Telekommunikation	Telekommunikation
Elnät	Eldistribution	Eldistribution	Posttjänster
Radio och TV	Lokal och regional		Eldistribution
Flygtransporter	kollektivtrafik		Persontrafik via järnväg
Universitetsutbildning	Vatten		Flygtransporter
Persontrafik på järnväg	Avlopp		Maritima transporter
	Fjärrvärme		Regional och lokal
	Sjukhusvård		persontrafik
	Förskoleverksamhet och		Fjärrvärme
	skolbarnsomsorg		Radio och TV
	Förskoleklass		Sjukhus
	Grundskola		Vårdcentraler
	Gymnasieskola och sarskola		Grundskola
	Kommunal vuxenutbildning		Gymnasieutbildning
	Svenska för invandrare		Universitet
	Socialtjänst, inklusive		Förskoleverksamhet och
	individ- och familjeomsorg		skolbarnsomsorg
	Stöd och service till		Stöd och service till
	funktionshindrade		funktionshindrade
	Äldreomsorg		Äldreomsorg
	Hälso- och viss sjukvård i		Kulturella tjänster
	särskilt boende		Finansiella tjänster
	Stadsplanering och		
	byggfrågor		
	Hälso- och miljöskydd		
	Renhållning och		
	avfallshantering		
	Räddningstjänst		
	Bibliotek		
	Krisberedskap		
	Bostadsförsörjning		

Hur ser marknaden för välfärdstjänster ut i Sverige?

Avreglerade marknader samt konkurrensutsättning	Avreglerade marknader med dominans av offentliga aktörer
Telekommunikation	Vatten
Elproduktion och eldistribution	Avlopp
Avfallshantering	Fjärrvärme
Flygtransporter	Posttjänster
Regional och lokal persontrafik	Sjukhusvård
Radio och TV	Universitet (än så länge)
Hälso- och sjukvård	Socialförsäkring
Grundskola	Förskola och barnomsorg
Gymnasieutbildning	Grundskola
Yrkesutbildning	Gymnasieutbildning
Finansiella tjänster	
Stöd och service till funktionshindrade	
Äldreomsorg	
Kulturella tjänster	
Apotek	
Bilprovning	

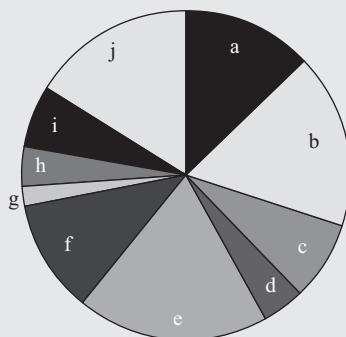
Hur finansieras de allmännyttiga tjänsterna?

Användaravgifter (eventuellt subventionerade)	Statlig finansiering (via skatter)	Landstings- finansiering (via skatter)	Kommunal finansiering (via skatter)	Skatte- finansiering, gratis för brukarna
Tele-kommunikation	Posttjänster	Regional	Lokal	Utbildning:
Posttjänster	Radio och TV	kollektivtrafik	kollektivtrafik	Grundskola
Eldistribution	Universitets- utbildning	Sjukhusvård	Vatten	Gymnasieskola
Naturgas-distribution		Hälso- och sjukvård	Avlopp	Universitet
Persontrafik via järnväg	Socialförsäkring Yrkesutbildning		Fjärrvärme	Yrkesutbildning
Godstrafik via järnväg			Utbildning på grundskole- och gymnasienivå	
Regional och lokal persontrafik			Sociala tjänster	
Flygtransport			Allmännyttiga	
Vatten			bostäder för särskilt behövande	
Avlopp			Förskola och barnomsorg	
Fjärrvärme			Stöd och service till	
Radio- och TV			funktionshindrade	
Förskola och barnomsorg			Äldreomsorg	
Finansiella tjänster			Kulturella tjänster	
			Bibliotek	

Enligt Sveriges Kommuner och landsting fördelas kommunernas kostnader per verksamhet på följande sätt (2009).²³⁴

Kommunernas kostnader per verksamhet (2009)

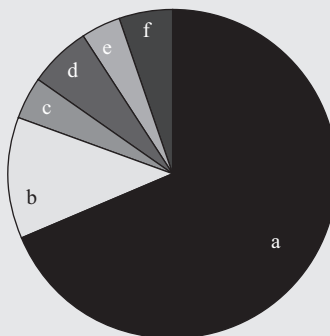
a) Förskoleverksamhet och skolbarnomsorg	13 %
b) Grundskola	17 %
c) Gymnasieskola	8 %
d) Övrig utbildning	4 %
e) Äldreomsorg	19 %
f) Funktionshinder	11 %
g) Ekonomiskt bistånd	2 %
h) Individ- och familjeomsorg (exklusive ekonomiskt bistånd)	4 %
i) Affärsverksamhet	6 %
j) Övrigt	16 %



Kommunernas intäkter fördelades på följande sätt (2009)

Kommunernas intäkter (2009)

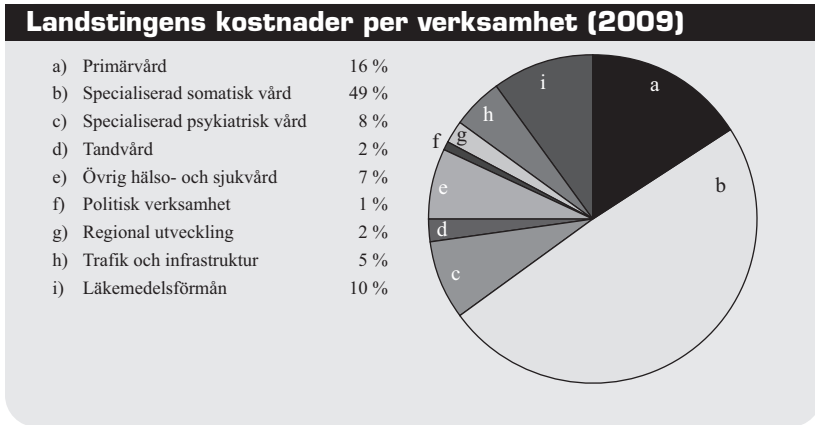
a) Skatteintäkter	68 %
b) Generella statsbidrag	12 %
c) Specialdestinerade statsbidrag	4 %
d) Taxor och avgifter	6 %
e) Hyror, försäljning av verksamhet	4 %
f) Övriga intäkter	5 %



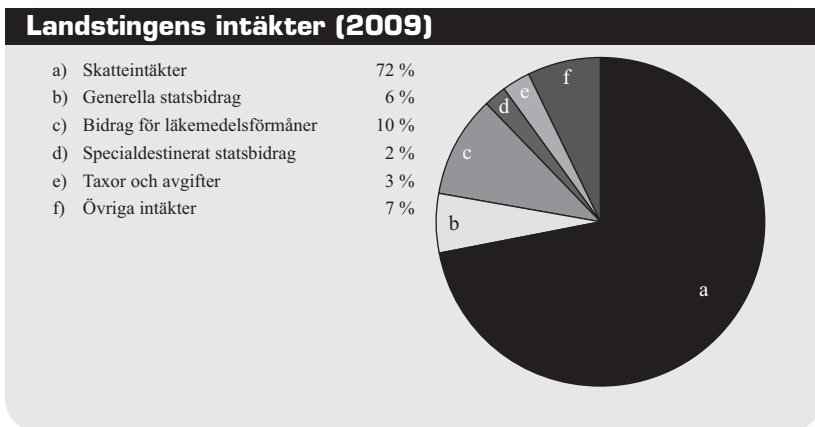
Landstingens verksamhet finansieras till största delen av landstingsskatten, en mindre del genom statsbidrag. Patientavgifter och andra egenavgifter utgör endast cirka tre procent av landstingens intäkter.

²³⁴ http://www.skl.se/kommuner_och_landsting/om_kommuner/kostnader_och_intakter.

Fördelning av landstingens kostnader per verksamhet (2009)²³⁵



Fördelning av landstingens intäkter (2009)



²³⁵ http://www.skl.se/kommuner_och_landsting/om_landsting_och_regioner/kostnader_och_intakter_1.

11 Ett försök till analys

Inledningsvis bör nämnas att det inte bara är EU-rätten som påverkat utvecklingen i Sverige. Den avregleringstrend som rått under flera decennier har i minst lika stor omfattning kommit inifrån. Bakgrunden till den omfattande avregleringen och privatiseringen kan till viss del stå att finna i den starka välfärdsmodell som sedan slutet av andra världskriget och fram till och med början av 1980-talet präglade den svenska politiken, med en stark politisk styrning – man kan nästan kalla det för social ingenjörskonst och statsvetare brukar benämna den svenska välfärdsmodellen för ”den starka staten”. Det var en i det närmaste given utgångspunkt att om det förelåg ett socialt problem så både kunde och skulle samhället lösa det²³⁶ – en inställning som även påverkade den juridiska bedömningen med en stark tonvikt på förarbetenas och därmed den politiska inriktningens betydelse.²³⁷ Den starka politiska styrningen märktes även tydligt genom en starkt statligt understödd regionalpolitik med stora satsningar på exportföretag och byggande. Prisregleringar, tillståndsberoende verksamheter och en utbredd byråkrati präglade såväl den privata som den offentliga sektorn i efterkrigstidens befolkningsökning, tillväxt och begynnande masskonsumtion. Avregleringstrenden kan därför egentligen spåras tillbaka till 1950-talet – i vart fall inom den privata sektorn och i synnerhet den stora och ineffektiva handelssektorn.

”När befolkningen växte snabbt samtidigt som inkomsterna steg utsattes handeln för ett mycket starkt förändringstryck. Dessutom hade den starka avregleringstrenden sitt centrum i handelssektorn. Handeln var i 1950-talets början genomreglerad. Lokala ordningsstadgar krävde att handeln delades upp i mjölk, bageri och charkuteributiker, men det var industrin som låg bakom det berömda bruttoprissystemet, som betydde att fabrikanter satte slutpriset på varan. Sänkte någon

²³⁶ Se Johannes Lindvall & Bo Rothstein, *The Fall of the Strong State*, *Scandinavian Political Studies*, Vol. 29 – No. 1, 2006, s. 47–63, särskilt s. 54.

²³⁷ Se Kjell-Åke Modéer, *Adjustment or Reluctance? Scandinavian Exceptionalism in Legal Cultures*, i: Hanne Petersen et al (red.), *Paradoxes Of European Legal Integration*, Ashgate 2008, s. 287–298, särskilt s. 289–292.

återförsäljare priserna blev det inga fler leveranser och därmed var det punkt och slut med all priskonkurrens. Till detta kom att det fanns en nyetableringskontroll inom branschen.”²³⁸

”Utvecklingen drog igång på allvar i slutet av 1940-talet när en stor utredning om nyetableringsrätten i handeln presenterade ett ambitiöst förslag som gick ut på att förbjuda både bruttoprissystemet och den interna nyetableringskontrollen. Förslaget resulterade i lagstiftning, och från 1955 var konkurrensen i princip fri i Sverige. I realiteten fungerade både byggnadsregleringen och bostadsbyggandet på ett sådant sätt att förändringen inte kunde slå igenom omedelbart. Det var svårt att få byggnadstillstånd, och i nya bostadsområden planerades livsmedelshandeln på ett sådant sätt att det bara blev rum för två affärer bredvid varandra i det nya centrumet.”²³⁹

Ett område som tydligt visar på den reglering som följde i efterkrigstidens spår är det svenska bostadsbyggandet och det så kallade miljonprogrammet, men framför allt det offentligt styrda hyresregleringssystemet och det efterföljande bruksvärdessystemet. ”Hur vi bor, om vi står i ’bostadsköer’, om vi valt att flytta till villor, eller om vi deltagit i den växande folkrörelsen för att ombilda våra lägenheter till bostadsrätter – allt sådant har i grund och botten styrts av 1942 års hyresreglering.”²⁴⁰

Den svenska politiken kom i mångt och mycket att förändras under 1980-talet. Ekonomiska kriser och en förändrad omvärld ledde till att bruksorter och industrier dukade under när de statliga subventionerna upphörde.²⁴¹ När avregleringsbollen väl var i rullning och ekonomin blev sämre är det logiskt att

²³⁸ Se Jan Jörnmark, *Övergivna platser*, Lund 2006, s. 57.

²³⁹ Se Jan Jörnmark, *Övergivna platser*, Lund 2006, s. 58.

²⁴⁰ Se Jan Jörnmark, *Övergivna platser*, Lund 2006, s. 81.

²⁴¹ Se de många målande exempel som finns beskrivna i Jan Jörnmark, *Övergivna platser*, Lund 2006.

trenden även smittade av sig på den offentliga sektorn.²⁴² Sverige började således avreglera järnvägstransporten 1979, telekommunikationerna och posten 1993 samt energiförsörjningen 1996. I denna process har delar av verksamheterna överförts från myndigheter eller affärsdrivande verk till statligt ägda företag.²⁴³

Även om det svenska samhället i stor utsträckning fortfarande baseras på allmän försäkring, social trygghet och ett omfattande ansvar för tillhandahållandet av offentliga tjänster brukar statsvetare tala om ”den starka statens fall”.²⁴⁴ Ofta sägs att utvecklingen är en följd av EU-anslutningen. Det är dock viktigt att komma ihåg att de förändringar som ägt rum inom svensk offentlig sektor de senaste tre decennierna påbörjades långt innan vi blev medlemmar i EU och att orsakerna till förändringarna i välfärdsstaten kommit såväl inifrån som utifrån.²⁴⁵

11.1 EU-rättens påverkan på de svenska välfärdstjänsterna

Att även EU-rätten på ett ingripande sätt ändrat förutsättningarna för ”den svenska modellen” visas genom vissa av de avregleringar av olika marknader och andra reformer som ägt rum de senaste decennierna.²⁴⁶ Ett tydligt exempel är den arbetsrättsliga kollektivavtalsmodellen, där lagändringar vidtagits med anledning av Laval-domen.²⁴⁷ Ett annat område som förändrats

²⁴² Som en förebild kan nämnas de privatiseringssträvanden som gjordes i Storbritannien under 1980-talet för att uppmuntra tillhandahållandet av offentliga tjänster genom eller med hjälp av privata medel. Den offentliga förvaltningen skulle stöpas om och i enlighet med tankarna bakom *New Public Management* skulle framför allt den kommunala verksamheten förvandlas från *local government* till *local governance*, det vill säga det allmänna skulle övergå från att vara en serviceleverantör till att enbart administrera fördelningen av de tjänster som i stället tillhandahålls av privata leverantörer. Se närmare Tom Madell & Tobias Indén, *Offentlig-privat samverkan*, Uppsala 2010, avsnitt 2.1.

²⁴³ Telia AB bildades 1993, Vattenfall AB 1993, Posten AB 1994 och SJ AB 2001.

²⁴⁴ Se Johannes Lindvall & Bo Rothstein, *The Fall of the Strong State*, *Scandinavian Political Studies*, Vol. 29 – No. 1, 2006, s. 47–63.

²⁴⁵ Se Kjell-Åke Modéer, *Adjustment or Reluctance? Scandinavian Exceptionalism in Legal Cultures*, i: Hanne Petersen et al (red.), *Paradoxes Of European Legal Integration*, Ashgate 2008, s. 287–298, särskilt s. 298.

²⁴⁶ Avsnittet bygger i stor utsträckning på den genomgång som görs i Caroline Wehlander, *Tjänster av allmänt intresse ur ett europeiskt respektive ett svenskt perspektiv*, i: *Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext*, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 41–80.

²⁴⁷ I enlighet med förslagen i SOU 2008:123, Förslag till åtgärder med anledning av Laval-domen, ändrades lagen 1976:580 om medbestämmande i arbetslivet och lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare genom lagen (2010:229).

med hänvisning till EU-rätten är den svenska allmännyttan,²⁴⁸ där lagstiftaren i juni 2010 beslutade om en ny marknadsanpassad modell. Verksamheten är dock inte klassificerad som en SGEI, eftersom lagstiftaren mot bakgrund av begreppet *social housing* i kommissionens beslut om tillämpningen av statsstödsreglerna på SGEI²⁴⁹ ansåg att en sådan klassificering skulle ha tvingat de allmännyttiga bostadsföretagen att inskränka sin verksamhet till bostadsförsörjning för missgynnade hushåll. En liknande modell med subventionerade bostäder har dock ansetts vara tillåten i Nederländerna²⁵⁰ och i målet *Sint Servatius* fann EU-domstolen att en social bostadspolitik kan utgöra ett tvingande allmänintresse som kan motivera inskränkningar i den fria rörligheten för kapital.²⁵¹

Den nya skollagen (2010:800) följer den utveckling av det svenska skolsystemet som inleddes på 1980-talet och där eleverna genom reformer på 90-talet gavs ökade möjligheter att välja grund- och gymnasieskola – även fristående skolor med samma rätt till offentlig finansiering som kommunala skolor.²⁵² Inom skolans värd bör även nämnas de så kallade ”avknoppningar” som gjorts.²⁵³ Tveksamheter i sättet att beräkna den ersättning som ska erläggas för skolbyggnader och inventarier har föranlett flera rättsprocesser

²⁴⁸ Se SOU 2008:38, EU, allmännyttan och hyrorna.

²⁴⁹ Se kommissionens beslut 2005/842/EG 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.

²⁵⁰ Se kommissionens beslut K(2009)9963, *The Netherlands Existing and special project aid to housing corporations*, p. 57. Kommissionen erkänner ”social mix” och social sammanhållning som bostadspolitiska mål (p. 58), godkänner generella parametrar för beräkningen av kompensation för bostadsbolagen särskilda skyldigheterna (p. 67) och kräver heller inte att uppdragen av allmänt ekonomiskt intresse ska utsättas för konkurrens eller tidsbestämmas. Två processer mot beslutet har emellertid väckts vid tribunalen, mål nr T-201/10 och T-202/10.

²⁵¹ Se mål C-567/07, *Minister voor Wonen, Wijken en Integratie mot Woningstichting Sint Servatius*, REG 2009, s. I-9021.

²⁵² Anders Björklund, Melissa A. Clark, Per-Anders Edin, Peter Fredriksson, Alan B. Krueger, *The Market Comes to Education in Sweden: An Evaluation of Sweden’s Surprising School Reforms*, Russel Sage Foundation, 2005, s. 9. Se även Tom Madell, *Public Private Education Partnerships*, *European Public Private Partnership Law Review* 2/2008, s. 87–91.

²⁵³ Dessa ”avknoppningar” innebär enbart att kommunen lägger ned den egna verksamheten och överläter inventarierna och lokalerna till enskilda som har fått tillstånd från staten att driva en fristående skola. Den nyblivna fristående skolan drivs av den privata ägaren men finansieras fortfarande med offentliga medel.

grundade på bland annat statsstödrättsliga frågor.²⁵⁴ En central fråga vid en sådan bedömning blir huruvida undervisning på fristående skolor i Sverige utgör en ekonomisk verksamhet och därmed faller inom fördragens tillämpningsområde.²⁵⁵

Ett annat exempel är den valfrihetsreform som ägt rum de senaste åren. Lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) infördes 2008 som ett alternativ till LOU och ger enskilda möjligheten att välja utförare för tjänster som kommunen inom ramen för ett sådant system har godkänt och skrivit avtal med. Genom ändringar införda i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) har även landstingen blivit skyldiga att införa vårdvalssystem som ger medborgarna rätt att välja mellan olika vårdgivare i primärvården.²⁵⁶ Numera får privata företag inom valfrihetssystem upphandlade av Arbetsförmedlingen erbjuda sina tjänster som ”etableringslotsar” till nyanlända invandrare som har rätt till etableringsinsatser.²⁵⁷

Vad gäller de statliga monopolen kan anföras att Sverige med anledning av Franzén- domen luckrat upp alkoholmonopolet så att Systembolaget fortsatt driver detaljhandeln med ensamrätt medan partihandelsbolaget Vin och Sprit privatiserades 2009.

Vad gäller fjärrvärme har nyligen presenterats en utredning med uppdrag är att utforma ett regelverk för tredjepartstillträde till fjärrvärmenäten, vilket i likhet med el och naturgas är ledningsburen energi där infrastrukturen, det vill säga ledningarna, är ett naturligt monopol. En viktig skillnad mot el- respektive gasmarknaderna är emellertid att fjärrvärmemarknaderna är utpräglat lokala och bär därför på mycket varierande förutsättningar.²⁵⁸

²⁵⁴ Europeiska kommissionens ärende CP248/08 m.fl. Ärendena aktualiserar den intressanta frågan om verksamheten i fristående skolor ska betraktas som en tjänst i den mening som avses i artikel 57 i Funktionsfördraget.

²⁵⁵ Se närmare Tom Madell & Sofia Lundberg, Skall vi singla slant? Om försäljning av offentliga tillgångar, Konkurrensverket, 2008.

²⁵⁶ Se lagen (2009:140) om ändring i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763). Lagändringen syftar till att öka patienternas valfrihet och underlätta för vårdgivare att etablera sig i den så kallade primärvården med offentlig ersättning. Alla vårdgivare som uppfyller de av landstingskommunen beslutade kraven i vårdvalssystemet har rätt att etablera sig i primärvården med offentlig ersättning.

²⁵⁷ Se lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare.

²⁵⁸ SOU 2011:44, Fjärrvärme i konkurrens.

Det måste därför framhållas att avregleringens vindar blåst i Sverige sedan tiden innan dess att vi gick med i EU. Den svenska modellen var i stor utsträckning redan konkurrensutsatt och i viss mån EU-anpassad.

11.2 Det svenska förhållningssättet till SGI

EU-rättens konkurrens- och statsstödsregler måste sägas ha fått stort genomslag på de tjänster som tillhandahålls av det allmänna. Samtidigt har debatten om SGI varit nästan obefintlig. Kanske är det så att vi i Sverige varit alltför marknadsvänliga och haft allt för bråttom att privatisera, avreglera och konkurrensutsätta offentlig verksamhet. Svaret är i huvudsak politiskt, men ur ett juridiskt EU-rättsligt perspektiv kan det vara så att möjligheterna till nationella särlösningar av SGI går längre än vad vi hittills trott.

En annan förklaring kan helt enkelt vara att det ses som komplicerat att använda så förhållandevis undflyende begrepp som SGI och SGEI. Som visats av ovan redovisad praxis finns det också en flytande övergång mellan NESGI och SGEI som kan verka avskräckande. I ett sådant perspektiv är det givetvis enklare att – på samma sätt som vid offentlig upphandling och Regeringsrättens avgörande i SYSAV – låta allt omfattas av de konkurrensrättsliga reglerna. Samtidigt går det inte att förneka att begreppen och tolkningen av dem blir centrala i kommunikationen med EU. Som exempel kan nämnas den rapporteringsskyldighet som följer av det så kallade post-Altmark-paketet om statsstöd till SGEI. I den rapport till kommissionen som Sverige lämnade under 2008 avseende tillämpningen av kommissionens beslut 2005/842/EG²⁵⁹ anges att ingen ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som utgör statligt stöd till sjukhus eller till mindre företag har identifierats.²⁶⁰ I rapporten nämns ersättning för kassaservice till kunder i glesbygd och för allmän flygtrafikplikt som exempel på stödordningar för SGEI som inte

²⁵⁹ Sveriges rapport N2008/5126 av den 8 januari 2009 om genomförandet av kommissionens beslut 2005/842/EG om tillämpningen av artikel 86.2 EG på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas till företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Enligt artikel 8 var medlemsstaterna förpliktade att lämna den första rapporten tillsammans med en detaljerad beskrivning av tillämpningsvillkoren inom alla sektorer, inbegripet sektorn för socialt subventionerade bostäder och sjukhussektorn.

²⁶⁰ Med ”mindre företag” avses företag med en omsättning på mindre än 100 miljoner euro under de två räkenskapsår som föregick det år då en SGEI anförtraddes företaget och med en årlig ersättning för tjänsten i fråga på mindre än 30 miljoner euro.

anses utgöra statligt stöd.²⁶¹ I övrigt finns enligt regeringen ett stort antal tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk natur och därför inte omfattas av statsstödsreglerna, som exempel nämns grundutbildning och viss kulturverksamhet.²⁶²

Som bland annat anförts av *Wehlander*²⁶³ är det för svenskt vidkommande i huvudsak kommuner och landsting som visat störst intresse för EU-rätten regleringar avseende SGI. Skälet till det är att Sverige har en lång tradition av ett starkt lokalt självstyre med det huvudsakliga ansvaret för att organisera, finansiera och tillhandahålla välfärdstjänster. Ansvaret för ett stort antal av dessa tjänster – framför allt de exempel som gavs i avsnitten ovan – regleras direkt i lag men kommunerna har ju också inom ramen för den allmänna kompetensen möjlighet att engagera sig i verksamheter genom vilka de mot betalning tillhandahåller allmännyttiga anläggningar eller tjänster till allmänheten eller till öppna delkollektiv av allmänheten i kommunen, så kallad sedvanlig kommunal affärsverksamhet.²⁶⁴ Som exempel kan nämnas avfallshantering, hamnverksamhet, flygplatser, idrotts- och fritidsanläggningar, parkeringsanläggningar, persontransportföretag.

Möjligheterna att engagera sig i olika typer av välfärdstjänster och vad som egentligen är nödvändigt att engagera sig i varierar därför mellan olika

²⁶¹ Det bör i sammanhanget nämnas att Svensk kassaservice utgör den enda svenska verksamhet som prövats av kommissionen och som också befunnits vara en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, se kommissionens beslut N749/01 och N515/2007. Regeringen även gjort bedömningen att stöd för djurhälsovård och djursjukvård i områden där det inte är möjligt att bedriva lönsam vård utgör en SGEI, se prop. 2008/09:211, s. 27–28 och s. 50.

²⁶² Klassificeringen har valts trots att åtgärder innefattande påstått kommunalt stöd till fristående skolor i strid med statsstödsreglerna har anmälts till kommissionen, vilket torde innebära att de som anmält de kommunala åtgärderna uppfattar åtminstone en del av verksamheten för skolundervisning som ekonomisk. Den svenska bostadslagstiftningen som i rapporten betecknas som en öppen fråga har som ovan nämnts reformerats på så sätt att ingen del av verksamheten har reglerats som en SGEI.

²⁶³ Se Caroline Wehlander, Tjänster av allmänt intresse ur ett europeiskt respektive ett svenskt perspektiv, i: Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 41–80. Se även Sveriges Kommuner och Landsting, EU i lokalpolitiken, 2010, samt Jörgen Hettne, EU, lokala marknader och allmänintresset, SIEPS, Europa politisk analys 2011:3, och där anförda källor.

²⁶⁴ Se närmare Tobias Indén, Kommunen som konkurrent; Kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar, 2008.

kommuner. En annan sak är dock att dessa tjänster förvisso tillhandahålls under kommunalt ansvar men att det i stor utsträckning sker genom konkurrensutsättning. Effekten blir därför att den svenska regleringen av dessa tjänster direkt eller indirekt påverkas av unionsrättens regler om fri rörlighet och konkurrens trots att de – numera uttryckligen uttryckt i artikel 14 i Funktionsfördraget – egentligen hör till de politikområden där EU inte har tilldelats kompetens eller endast delvis har utnyttjat sin kompetens. I enlighet med detta ska konkurrensutsatta vårdtjänster således upphandlas i enlighet med de stundtals svårillämpade upphandlingsreglerna i LOU – och som dessutom sträcker sig betydligt längre än vad som är fallet med upphandlingsdirektiven –, finansiering av sociala tjänster måste granskas enligt EU:s statsstödsregler, avfallshantering måste vara förenlig med EU:s regler om fri rörlighet. Situationen blir därför måhända onödigt komplicerad, inte minst mot bakgrund av att EU-rätten på dessa områden är komplex och dessutom ständigt utvecklas i enlighet med en svåröverskådlig rättspraxis i EU-domstolen.

En utvecklingstendens i svensk rätt de senaste åren har varit att på olika sätt försöka skapa konkurrensneutralitet i förhållande till privata aktörer i de fall kommunerna utövar affärsverksamhet, till exempel genom att tillhandahålla bostäder, energi eller bredband. Ett sätt att uppnå detta har varit att genom speciallagstiftning uttryckligen införa undantag från kommunallagens principer om självkostnad och lokalisering. Därför följer numer av flera författningar att de kommunala bolagen ska drivas *affärsmässigt*, det vill säga i realiteten ett undantag från det förbud för kommuner att bedriva affärsverksamhet i vinstsyfte som finns i 2 kap. 7 § kommunallagen.²⁶⁵ Ett steg i samma riktning är som ovan nämnts den konfliktlösningsregel avseende konkurrensbegränsande säljverksamhet som införts i 3 kap. 27 § konkurrenslagen och som tar sikte på olika typer av kommunala tjänster som tillhandahålls med stöd av den kommunala kompetensen. ”En utgångspunkt för konfliktlösningsregeln är att det kan vara ett allmänt intresse för kommunen eller dess medlemmar att kommunen träder och agerar på en marknad, även inom verksamheter som hör till ’det egentliga näringslivet’. Man får därmed räkna i vissa fall med en dubbelreglering, dels EU-rättslig utifrån artikel

²⁶⁵ Se till exempel 1 kap. 2 och 3 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter och 7 kap. 1 och 2 § ellagen (1997:857). Se även SOU 2007:72, s. 117, och SOU 2008:38, s. 134, EU, allmännyttan och hyrorna.

106.2 FEUF om kommunen klassificerar sin verksamhet som en SGEI, och dels nationell enligt konfliktlösningsregeln och begreppen 'försvarligt från allmän synpunkt' och 'förenlig med lag'. Så länge förhållandet mellan de svenska begreppen och begreppet SGEI inte förtydligats kan befaras olika utfall beroende på den grund som används för att motivera den kommunala åtgärden."²⁶⁶

En viktig aspekt rörande distinktionen mellan SGEI och NESGI är därför att vi i Sverige, åtminstone teoretiskt, kan hitta 290 olika sätt att tillgodose behovet av olika välfärdstjänster. Det innebär att en tjänst som tillhandahålls på ett sätt i en kommun kan komma att kvalificeras som en SGEI, medan samma tjänst tillhandahålls på ett annat sätt i en näraliggande kommun och därför kan komma att kvalificeras som en NESGI. Genom att ha den utförliga reglering av offentlig upphandling och de regler om konkurrensbegränsande säljverksamhet som vi trots allt valt att ha i Sverige torde emellertid möjligheterna till lokal variation inte bara begränsas utan också eventuellt hämmas. *Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun* har exempelvis i en undersökning kommit fram till att Sverige i mindre utsträckning än Danmark, Finland, Frankrike och Tyskland betonat möjligheterna att beakta sociala hänsyn vid tilldelning av offentliga kontrakt. Sverige ligger därför efter dessa länder när det gäller att lagstiftningsvägen utnyttja möjligheterna att integrera exempelvis sociala och etiska hänsyn vid den offentliga upphandlingen.²⁶⁷ Det är symtomatiskt att det följer av 1 kap. 9 a § LOU att de upphandlande myndigheterna bör beakta såväl miljöhänsyn som sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

”Sverige har valt att som utgångspunkt ge upphandlingslagstiftningen ett vidsträckt tillämpningsområde och att endast i begränsad utsträckning utnyttja den flexibilitet som medlemsstaterna har utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområden. Här utmärker sig Sverige bland de länder som vi studerat. I

²⁶⁶ Se Caroline Wehlander, Tjänster av allmänt intresse ur ett europeiskt respektive ett svenskt perspektiv, i: Den nordiska välfärden och marknaden – Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext, Tom Madell, Tarjei Bekkedal & Ulla Neergaard (red.), 2011, s. 41–80, särskilt s. 75 f.

²⁶⁷ Se Kerstin Ahlberg & Niklas Bruun, Upphandling och arbete i EU, SIEPS 2010:3, s. 10 ff.

stort sett samma regler tillämpas på alla upphandlingar oberoende av om de faller inom direktivens tillämpningsområden eller ej. Bland annat gäller samma tilldelningskriterier på alla i lagen avsedda upphandlingar oberoende av deras omfattning och typ. Detta har stor betydelse då tröskelvärdet för offentliga byggentreprenadkontrakt ligger exempelvis på 4,8 miljoner euro och de oprioriterade tjänsterna täcker både social- och hälsovård och undervisning.”²⁶⁸

En effekt av den svårgenomträngliga regleringen i form av överlappande och i vissa fall motstridiga regler – såväl svenska som unionsrättsliga – vid kommunernas tillhandahållande, beställande eller finansierande av allmännyttiga tjänster är givetvis att det enklaste är att alltid använda sig av offentliga upphandlingar. Samtidigt är det inget som säger att det blir det billigaste för skattebetalarna – det finns därför heller inget incitament att inom ramen för den kommunala självstyrelsen analysera vad som utgör en lokal optimering av allmänna intressen inom den kommunala budgeten och inom vilka områden sådana överväganden bör göras.

Sverige står inför en viktig utmaning vad gäller att definiera vad som utgör SGEI respektive NESGI. Som *Jörgen Hettne* framhållit kan man tänka sig två utvecklingslinjer där den ena bygger på ett pro-europeiskt samarbete där tvingande miniminivåer regleras. Den andra utvecklingslinjen tar en pro-nationell utgångspunkt där utvecklingen i första hand sker inom de olika medlemsländerna, men mot bakgrund av EU-fördragen. Det torde rimligen vara så att arbetet med gemensamma utgångspunkter för SGEI bör ske inom ramen för ett pro-europeiskt samarbete, medan arbetet för att på ett tydligare sätt ta fram riktlinjer för när en verksamhet utgör en NESGI bör ligga på en pro-nationell nivå.²⁶⁹

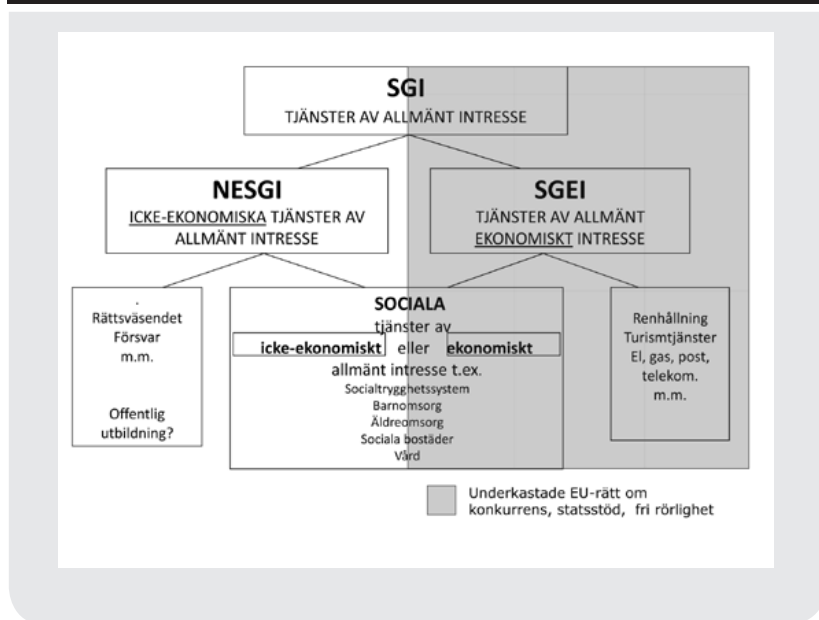
Det är därför nödvändigt att utveckla formerna för hur den EU-rättsliga regleringen av SGI förhåller sig till svensk rätt och medlemsstaternas egna traditioner och förutsättningar. Det kommunala självstyret och den lokala

²⁶⁸ Kerstin Ahlberg & Niklas Bruun, *Upphandling och arbete i EU*, SIEPS 2010:3, s. 10.

²⁶⁹ Se *Jörgen Hettne*, *EU, lokala marknader och allmänintresset*, SIEPS, Europapolitisk analys 2011:3.

nivåns organisationsfrihet behöver ses i sitt europeiska sammanhang, men med en genomtänkt nationell politik behöver inte EU-rätten utgöra ett hot mot den svenska välfärden. För närvarande kommer vi därför inte så mycket längre i analysen än den schematiska bild som tagits fram av *Caroline Wehlander*.²⁷⁰

Figur



11.3 Sammanfattande slutsatser

Ansvaret för tillhandahållandet av välfärdstjänster åvilar samtliga nivåer i det svenska samhället, även om det största ansvaret onekligen ligger på kommuner, landsting och regioner – inte minst ansvaret för att människor har tillgång till bland annat bostäder, hälso- och sjukvård, avfallshantering och utbildning.

²⁷⁰ Caroline Wehlander, Föreläsning om SGI, Kommersiell EU-rätt, Umeå universitet, 22 februari 2011.

Utförandet av dessa uppgifter sker många gånger huvudsakligen genom att privata aktörer står för det faktiska utförandet av verksamheten. När en verksamhet väl blivit konkurrensutsatt aktualiseras EU-rättens regler till skydd för den fria rörligheten, vilket också påverkar den kommunala sektorns handlingsutrymme – inte minst vad som är möjligt att göra i de fall där underlaget är för svagt för att privata aktörer ska vara intresserade av att verka, det vill säga det saknas utrymme för att uppnå en väl fungerande konkurrenssituation. Samtidigt erbjuder EU-rätten genom reglerna om SGI en möjlighet för medlemsstaterna att upprätthålla en god standard på välfärdstjänster i hela landet.

Som anfördes ovan har EU-domstolen genom åren prövat räckvidden av artikel 106.2 i Funktionsfördraget och i en rad frågor försökt väga genomförandet av allmänna intressen mot intresset av en inre marknad med välfungerande konkurrens. Samtidigt som EU-domstolen genom sin praxis utvecklat tolkningen av fördragsreglerna om fri rörlighet, konkurrens och statsstöd är också EU-domstolens praxis om tillämpningen av fördragets begrepp ”tjänst” och ”företag” på allmännyttiga tjänster av betydelse för regleringen av tjänster av allmänt intresse.²⁷¹ Här bör särskilt framhållas att domstolen valt att tolka artikel 106.2 i Funktionsfördraget mindre restriktivt när den inte kunde hitta någon annan ventil i fördragen för att möjliggöra för företag anförtrodda med SGEI att genomföra sina särskilda uppgifter.²⁷²

Vidare bör framhållas att domstolen inom ramen för nationella undervisnings- och sociala trygghetssystem lagt vissa kriterier till grund för bedömningen av begreppen ”tjänst” respektive ”företag” som förefaller lämna ett större

²⁷¹ Se till exempel mål C-158/96, *Raymond Kohll mot Union des caisses de maladie*, REG 1998, s. I-1931, mål C-157/99, *B.S.M. Smits mot Stichting Ziekenfonds VGZ och H.T.M. Peerbooms mot Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, REG 2001, s. I-5473, samt mål C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser mot Macrotron GmbH*, REG 1991, s. I-1979, p. 21.

²⁷² Se till exempel mål C-320/91, *Brottmål mot Paul Corbeau*, REG 1993, s. I-2533, mål C-393/92, *Commune d'Almelo m.fl. mot NV Energiebedrijf Ijsselmij*, REG 1994 s. I-01477, mål C-157/94, *Kommissionen mot Nederländerna*, REG 1997, s. I-5699, mål C-158/94, *Kommissionen mot Italien*, REG 1997, s. I-5788, mål C-159/94, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 1997, s. I-5815, samt mål C-209/98, *Entreprenörföreningens Affalds/Miljøsektion (FFAD), på uppdrag av Sydhavnens Sten & Grus ApS mot Københavns Kommune*, REG 2000, s. I-3743.

utrymme för nationellt självbestämmande.²⁷³ De senare årens praxis är delvis konsoliderade i ny sekundärrätt och så kallad *soft law*.²⁷⁴ I linje med artikel 14 i Funktionsfördraget visar såväl EU-domstolen som EU i stort en positivare inställning till att använda SGEI och tycks i större mån redo att beakta subsidiaritetsprincipen och principen om det lokala och regionala självstyret.

Slutsatsen måste bli att lokala och regionala myndigheter inom ramen för sin rätt till självstyrelse får använda ändamålsenliga lösningar för att genomföra sitt ansvar. Fenomen som in-houseproduktion av allmännyttiga tjänster, offentlig-privat samarbete, tjänstekoncessioner, konkurrensvillkor vid stadsplanering utvecklas ständigt i EU-domstolens praxis – många gånger på ett sätt som får anses öka medlemsstaternas frihet.

En naturlig slutsats är också att de förändringar i EU-rätten som ägt rum till följd av Lissabonfördraget talar för att nationella, regionala och lokala myndigheter har ett stort frihetsutrymme att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Subsidiaritetsprincipen och principen om den kommunala självstyrelsen är starka på områden inom social- och miljöpolitiken samtidigt som det slutligen tillkommer EU-domstolen att tolka principerna i EU-fördragen. En tydligt driven politik i medlemsstaterna behöver heller inte stå i konflikt med de konkurrensrättsliga reglerna i Funktionsfördraget. Artikel 106.2 i Funktionsfördraget kräver dock att genomförda offentliga åtgärder som kan ha negativa konsekvenser för marknaden också är nödvändiga och proportionerliga.

Förhållningssättet till SGI måste för svenskt vidkommande sägas ha varit något vacklande och utvecklingen följer flera parallella spår. Utan att i för sig ta ställning till begreppet SGI förefaller exempelvis EU-domstolen acceptera olika undantag vad gäller offentlig upphandling när det utan föregående upphandling är möjligt att tillhandahålla välfärdstjänster genom helägda bolag – vilket för svenskt vidkommande manifesterats genom 2 kap.

²⁷³ Se till exempel 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-00637, samt mål C-263/86, *État belge contre René Humbel et Marie-Thérèse Edel*, REG 1988, s. 5365.

²⁷⁴ Kommissionen har gett sin egen tolkning av rättspraxis om sociala SGEI i formen av två ”FAQ” – som är tänkta att vara interaktiva och bör uppdateras i enlighet med praxis.

10 a § LOU.²⁷⁵ Vidare pågår en statlig utredning som arbetar med frågan om det behövs en generell regel om att kommuner och landsting ska agera affärsmässigt när de bedriver verksamhet på en marknad som är ägnad för konkurrens.²⁷⁶ En sådan regel skulle sannolikt innebära att flera grundläggande kommunala principer – framför allt självkostnadsprincipen och förbudet mot vinstsyfte för kommunal näringsverksamhet – endast skulle bli tillämpliga i undantagsfall, medan kravet på affärsmässighet och vinstsyfte i praktiken blir huvudregeln när kommuner levererar eller finansierar allmännyttiga tjänster och anläggningar. Mot bakgrund av de svenska kommunernas möjligheter att själva organisera sin verksamhet kunde det i stället för ett ökat fokus på konkurrensrättsliga regler vara av intresse att analysera huruvida begreppen SGI och SGEI kan tjäna som ventiler för att upprätthålla grundläggande rättigheter, den kommunala självstyrelsen och den svenska välfärdspolitiken.

Den centrala frågan bör dock vara vad konsekvensen blir av att vi i Sverige i större utsträckning än vad som för närvarande förefaller ske använder oss av SGI. Vad gäller SGEI torde det inte medföra någon större skillnad i upphandlingsrättsligt hänseende. Troligen är det i förhållande till statsstödsreglerna som någon effekt skulle kunna märkas, så länge en nationell lösning inte står i konflikt med de grundläggande principer som följer av EU-fördragen.

Det centrala torde inledningsvis vara att slå fast varför vi har det system vi har för att tillhandahålla olika välfärdstjänster, vilka välfärdssystem och -tjänster vi finner önskvärda och hur vi vill tillhandahålla dem. Hur vi sedan ska agera för att behålla de nationella välfärdslösningar som vi finner önskvärda, oavsett om vi benämner dem SGI eller inte, är ytterst en politisk fråga där Sverige kan välja ett aktivt eller ett passivt förhållningssätt; antingen begär vi ett förhandsavgörande i EU-domstolen om det uppkommer en tvist eller

²⁷⁵ Se SOU 2011:43, Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor.

²⁷⁶ Se direktiv 2010:9, Vissa frågor om statligt stöd. Utredaren ska bland annat pröva om bestämmelserna om återkrav av kommunalt stöd i 7 § lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas statsstödsregler och motsvarande bestämmelser i 21 § förordningen (1988:764) om statligt stöd till näringslivet bör förändras. Vidare ska utredaren ta ställning till om de bestämmelser om intyg av revisor som gäller enligt lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. bör ändras och, om så befinner sig fallet, föreslå författningsändringar. Slutligen ska utredaren ta ställning till om det behövs ett undantag från den kommunalrättsliga självkostnadsprincipen och, om så är fallet, lämna sådana författningsförslag som krävs. Någon utredning har dock ännu inte presenterats.

så väntar vi till dess att EU-domstolen eller kommissionen förbjuder oss att tillämpa vår modell. Exemplet *Sint Servatius* visar trots allt en flexibilitet hos EU-domstolen för det fall ett tvingande allmänintresse kan motivera inskränkningar i den fria rörligheten.²⁷⁷

²⁷⁷ Se mål C-567/07, *Minister voor Wonen, Wijken en Integratie mot Woningstichting Sint Servatius*, REG 2009, s. I-9021.

Summary in English

Sweden has a long tradition of being a welfare state with local authorities both having the responsibility for the provision of public services and being the ones delivering the services. However, since the 1980's many countries, including Sweden, have been adjusting their models of welfare capitalism to a changed economic environment. One type of adjustments has been reforms of the public sector generally known as "New Public Management" (NPM). The reforms usually covered by this heading are, for instance, the introduction of explicit measures of performance, decentralisation, introduction of private-sector styles of management, contracting out, privatisation, and an increased focus on service and client orientation. Thus, since NPM was introduced, the scene has changed dramatically when it comes to service providers and today one can find both public and private actors in almost all areas of Services of General Interest (SGI). The purpose of this report is to map the developments in the area of SGI in Sweden and to show the relation between these developments and the purpose of EU free movement and competition law.

Today municipalities, county councils and regions to a large extent procure SGI from private companies. The activities carried out by private companies on behalf of municipalities, county councils or regions are financed using public funds. In some areas – such as dental care – it has for a long time been common for the public authorities to procure services externally. In the last ten years an increased number of private companies have also begun to run preschools, schools, hospitals and care facilities. Competition with private enterprise, and privatisation, has been a hallmark of the municipal area since the beginning of the 1990s and in this respect the influence of EU cannot be underestimated.

In spite of a strong public sector, the EU concepts in the fields of public services are not commonly used in Sweden. In the legal and common language it is the national concepts of general interest, public services and social services that are used, not the concepts of SGI, SGEL, NESGI and SSGI (SSGEL or NESSGI) etc. However, there is no doubt that all the services that can be labelled as SSGI, e.g. statutory and complementary social security schemes, social assistance, reintegration into society and labour market, health and disability services, social housing, child care, teaching, education and training etc., in different ways are provided and financed within the

Swedish welfare system. As stated above, the obligations to provide the services usually follow explicitly from legislation, but due to local or regional differences the local self-government concept of general interest may differ. Even if a service in an urban area isn't considered to be of general interest and therefore falls outside the municipality's competence to provide, it might well be a service that a rural area municipality can provide – since it in that case falls within the general interest in the municipality due to the principle of local-self government.

A part from the problem that can occur due to local and regional differences another important question is that it might be a democratic problem if the regulation concerning SSGIs if these services are developed without an open and strategic connection between on one hand the general interest that are desired and on the other hand the rules concerning transparency and competition that follows from the EU treaties. One of the biggest challenges today is to define the ability of local authorities to determine their own internal structures without getting in conflict with the EU rules. There are some areas that can be problematic in relation to Swedish SGIs.

There is no doubt that municipalities and county councils are free to decide the forms in which municipal and county council services may be organised, in-house (sometimes including municipal companies) or ex-house by providers that have been procured under the Public Procurement Act (Sw.: *lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU*).

On the other hand, cases from the EU Court clearly show a more flexible approach towards decentralised governance and the obligation to follow the public procurement regime, e.g. the Teckal criteria's (based on the case C-107/98, Teckal) if an entity exercises a control over the person concerned which is similar to that which it exercises over its own departments and if that person carries out the essential part of its activities with the controlling local authority or authorities. Another example is the case C-480/06, Commission v. Germany, which appears to broaden the range of arrangements between local authorities, which would not be subject to the procurement rules.

The Swedish Public Procurement Act not only follow the directives, they also cover procurements under the thresholds and so-called "B-services", *i.e.* contracts which have as their object services listed in Annex II B and solely

shall be subject to Art. 23 and 35(4) in the Directive 2004/18/EC. The only general exception from using the procurement regime is if the value of the contract is low, *i.e.* contract values less than 15 per cent of the thresholds (287 000 SEK). This strict regime leads to that SGI – if not provided in-house – usually are procured under the public procurement regime or, when possible, under the Act on Free Choice Systems (Sw.: *lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV*). Therefore, it might be so that the EU Court has a more flexible approach on SGI than Swedish law. However, one has to keep in mind that it is not only the EU legislation that has led to a change in the Swedish welfare model – it is more like a change into a new era and an ideology change. Thus, the Swedish model can be said to be eroding both from the inside and from the outside.

Another important issue is the relation between SGIs and state aid – either you follow the procurement regime or not it is very important to analyse the situation from a state aid perspective. The Swedish Public and social housing – the municipal housing companies – can be mentioned as one example that has been considered to be problematic from a state aid perspective. The municipal housing companies in Sweden have by law been given a social obligation to provide good housing for all households. These companies also provide public utilities on the Swedish housing market. Rent control has also been a feature of the Swedish housing system. The Swedish Parliament ruled that the municipal owned housing companies together with tenant representatives were to negotiate rent level and the agreed rents set the ceiling for private and all other landlords' rents for similar dwellings.

Since January 1st 2011 municipal housing companies are to be run according to sound business principles. This means not only that the municipalities may not give direct subsidies to their municipal housing companies, but also that the companies must eventually generate the highest possible profit, taking into account the operational risks the municipality elects to accept. The Government decided not to classify any part of the activity in the municipal housing companies as a SGEI. The interpretation of Article 106(2) and the definition of “social housing” led to a view that such a classification would have forced the companies to limit the activity to housing for certain vulnerable groups. Such an interpretation is probably too narrow compared to the Commissions definition concerning model of subsidised housing in the Netherlands. The Commission considers social mix and social cohesion to

be valid public policy objectives. The interpretation might also create state aid problems for municipal housing companies when it comes to the need of municipal subsidising of the companies in e.g. low-density regions. In the Netherlands case (COM(2009)9963, p. 67.) the Commission stated that the nature of the public service obligations is established in the Housing Act, which specifies that the purpose is to provide both social housing and public purpose buildings in the whole of the Netherlands.

The conclusion is that many questions concerning SGI remain to be answered. In this process Sweden can choose to act in two different ways, in a proactive or a more defensive way. However, the first step should be to analyse our welfare system versus the concept of SGI/SGEI. Is the concept something that can be useful for defending our system or doesn't it really matter, since most of the services already are performed by private actors.

Sieps publikationer

2011

2011:7

Organiserade intressen i Europeiska unionen.

Bidrar de till att hämma eller främja unionens demokrati och effektivitet?

Författare: Thomas Persson och Karl-Oskar Lindgren

2011:6

Achieving Europe's R&D Objectives.

Delivery Tools and Role for the EU Budget

Författare: Jorge Núñez Ferrer och Filipa Figueira

2011:5

Korruption i Europa. En analys av samhällsstyrningens kvalitet på nationell och regional nivå i EU:s medlemsstater

Författare: Nicholas Charron, Victor Lapuente och Bo Rothstein

2011:4

Regional Disparities in the EU:

Are They Robust to the Use of Different Measures and Indicators?

Författare: José Villaverde och Adolfo Maza

2011:3

The EU Budget – What Should Go In? What Should Go Out?

Författare: Stefan Collignon, Friedrich Heinemann, Arjan Lejour, Willem Molle, Daniel Tarschys och Peter Wostner

2011:2

Which Economic Governance for the European Union?

Facing up to the Problem of Divided Sovereignty

Författare: Nicolas Jabko

2011:1

The Financial Crisis – Lessons for Europe from Psychology

Författare: Henry Montgomery

2011:1op

An Interim Review of the 2011 Hungarian Presidency

Författare: Gergely Romsics

2011:10epa

En finanspolitisk union för euron: lärdomar från federala stater

Författare: Lars Jonung

2011:9epa

Hur kan eurokrisen hanteras? För och nackdelar med olika strategier

Författare: Lars Calmfors

2011:8epa

Brussels Advocates Swedish Grey Wolves: On the encounter between species protection according to Union law and the Swedish wolf policy

Författare: Jan Darpö

2011:7epa

A New Proportionality Test for Fundamental Rights

Författare: Anna-Sara Lind and Magnus Strand

2011:6epa

The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism

Författare: Bruno de Witte

2011:5epa

Comment on the European Commission's "Green Paper towards adequate, sustainable and safe European pension systems"

Författare: Conny Olovsson

2011:4epa

Opinionsstödet för EU fortsätter att öka

Författare: Sören Holmberg

2011:3epa

EU, lokala marknader och allmänintresset

Författare: Jörgen Hettne

2011:2epa

*Pressfriheten i Europa och EU – Ungerns medielag
i ett rättsligt sammanhang*

Författare: Joakim Nergelius

2011:1epa

*How Small are the Regional Gaps? How Small is the Impact of Cohesion
Policy? A Commentary on the Fifth Report on Cohesion Policy*

Författare: Daniel Tarschys

2010

2010:7

*Recalibrating the Open Method of Coordination:
Towards Diverse and More Effective Usages*

Författare: Susana Borrás och Claudio M. Radaelli

2010:6

The Creeping Nationalism of the EU Enlargement Policy

Författare: Christophe Hillion

2010:5

A European Perspective on External Balances

Författare: Philip R. Lane

2010:4

Immigration Policy for Circular Migration

Författare: Per Lundborg

2010:3

Upphandling och arbete i EU

Författare: Kerstin Ahlberg och Niklas Brun

2010:2

*Förhandsavgöranden av EU-domstolen
– Svenska domstolar hållning och praxis*

Författare: Ulf Bernitz

2010:1

Regelförenkling genom konsekvensutredningar

Författare: Magnus Erlandsson

2010:2op

The 2010 Belgian Presidency: Driving in the EU's Back Seat

Författare: Edith Drieskens, Steven Van Hecke och Peter Bursens

2010:1op

The 2010 Spanish EU Presidency:

Trying to Innovate Europe in Troubled Times

Författare: Ignacio Molina

2010:14epa

Mollifying Everyone, Pleasing No-one?

An Assessment of the EU Budget Review

Författare: Iain Begg

2010:13epa

Reform av EU:s marknad för finansiella tjänster

– från Lamfalussy till Lissabon

Författare: Josefin Almer

2010:12epa

Kommittologin efter Lissabon:

en kommentar till förslaget till ny kommittologiförordning

Författare: Josefin Almer

2010:11epa

Social and Employment Policy in the EU and in the Great Recession

Författare: Giuseppe Bertola

2010:10epa

*The Socio-Economic Asymmetries of European Integration
or Why the EU cannot be a "Social Market Economy"*

Författare: Fritz W. Scharpf

2010:9epa

Strengthening the Institutional Underpinnings of the Euro

Författare: Stefan Gerlach

2010:8epa

Papperslös, laglös, rättslös? Papperslösa migranterns rättsliga ställning

Författare: Shannon Alexander, Markus Gunneflo, Andreas Inghammar, Gregor Noll och Mats Tjernberg.

2010:7epa

Från finanspolitiska räddningspaket till global skuldsättning

Författare: The European Economic Advisory Group

2010:6epa

The European External Action Service: towards a common diplomacy?

Författare: Christophe Hillion

2010:5epa

Nu har en majoritet svenska mentalt gått med i EU

Författare: Sören Holmberg

2010:4epa

Kan Lissabonfördraget minska EU:s sociala underskott?

Författare: Jörgen Hettne

2010:3epa

Förstärkt finansmarknadstillsyn i EU: Insikter från litteraturen

Författare: Jonas Eriksson och Henrik Sikström

2010:2epa

Rethinking How to Pay for Europe

Författare: Iain Begg

2010:1epa

Internal and External EU Climate Objectives and the Future of the EU Budget

Författare: Jorge Núñez Ferrer



Sieps ●●●

Svenska institutet för europapolitiska studier

Fleminggatan 20
112 26 Stockholm
Tel: 08-586 447 00
Fax: 08-586 447 06
E-post: info@sieps.se
www.sieps.se