

Företag och omsättning enligt kommissionens direktiv 80/723/EEG

Nils Wahl

1. Uppdraget

Jag har av Konkurrensverket givits i uppdrag att ge min tolkning av begreppen företag och omsättning i artikel 4.2 b av *kommissionens direktiv 80/723/EEG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet* (nedan transparensdirektivet, eller endast direktivet).¹ Mer specifikt bör enligt uppdragsbeskrivningen klargöras om omsättningen skall beräknas på hela myndighetens eller företagets omsättning eller enbart på den del som omfattas av de regler som direktivet är tänkt att fungera som stöd för, dvs. om det finns stöd för att dela upp myndigheter i delar som är att betrakta som företag eller om man bör, vad gäller omsättningskriteriet, betrakta hela verksamheten som ett objekt.²

2. Inledning

Transparensdirektivets övergripande ursprungliga syfte är att kommissionen skall ges tillgång till ekonomisk information som behövs för att kontrollera att företag inte får statligt stöd eller andra fördelar av en medlemsstat som strider mot konkurrensreglerna inom Unionen.³ Det förhållandet att viss ersättning utbetalts innebär emellertid inte med nödvändighet att det också föreligger ett förbjudet statligt stöd, eller ens att det föreligger ett statligt stöd. Huruvida så är fallet avgörs istället med tillämpning av fördragets artiklar 87-89. Genom de förändringar av transparensdirektivet som följer på kommissionens direktiv 2000/52/EG har

¹ Såsom ändrat genom kommissionens direktiv 85/413/EEG, kommissionens direktiv 93/84/EEG samt kommissionens direktiv 2000/52/EG.

² Jfr. här SOU 2003:48 *Införlivandet av transparensdirektivet*, bilaga 4 s. 202 ff.

³ SOU 2003:48 *Införlivandet av transparensdirektivet* s. 27.

ett ytterligare syfte lagts till det ursprungliga. Direktivet syftar numera också till att öka möjligheterna till insyn i eventuell korssubventionering av företag som omfattas av artikel 86.1 eller 86.2 av EG-fördraget (se vidare nedan i avsnitt 3). Från kommissionens praxis följer mer allmänt att korssubventionering föreligger

“where the earnings from a given service do not suffice to cover the incremental costs of providing that service and where there is another service or bundle of services the earnings from which exceed the stand-alone costs. The service for which the revenue exceeds the stand-alone cost is the source of the cross subsidy and the service in which revenue does not cover the incremental costs is its destination.”⁴

3. Transparensdirektivets struktur

Såsom anförts ovan är det övergripande ursprungliga syftet med transparensdirektivet att öka kommissionens insyn i de finansiella relationerna mellan medlemsstaterna och offentliga företag. Allmänt sett uppnås direktivets syfte genom det ställs särskilda krav på dessa företags redovisning och att medlemsstaterna kan åläggas av kommissionen att kommunicera denna information till kommissionen. Ett ytterligare och nytillkommet syfte med transparensdirektivet är att öka kommissionens insyn i verksamhet som bedrivs av företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter alternativt ålagts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (artikel 86 EG-fördraget), för att på detta sätt förbättra möjligheterna till kontroll av sk. korssubventionering.⁵ Kommissionens intresse för att beivra offentliga företags korssubventionering mellan skyddad och konkurrensutsatt verksamhet är tydlig även inom andra, mer specifika, rättsområden.⁶

Kraven på redovisning och insyn enligt artikel 1 av transparensdirektivet är uppdelat dels med avseende på vilka företag som omfattas, dels med avseende på kraven på redovisningen, dvs. vad som rent faktiskt skall kunna utläsas från redovisningen. För det första skall enligt artikel

⁴ Commission decision 2001/354/EC *UPS v Deutsche Post*, 20 March 2001, [2001] O.J. L125/27. grund 6.

⁵ Se vidare ingressen till kommissionens direktiv 2000/52. Sverige som ännu inte införlivat detta direktiv har fällts för denna överträdelse av direktivet i mål C-141/03 *Kommissionen mot Sverige* [2004] REG I-0000, dom den 15 juli 2004.

⁶ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 97/67/EG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/39/EG (ang postal verksamhet) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster inom telekommunikationsområdet.

1.1 redovisas omfattningen av de allmänna medel som direkt eller indirekt tillförts offentliga företag och vad dessa medel har använts till. Den inledande bestämmelsen tar således sikte på redovisningen av det offentligas totala engagemang i ett visst företag. Samtliga offentliga företag, dvs. företag i vilka det offentliga direkt eller indirekt kan utöva ett bestämmande inflytande, omfattas av bestämmelsen. Enligt artikel 1.2 skall dessutom vissa särskilt angivna företag redovisa vilka kostnader och intäkter som dessa företag har haft från skilda verksamhetsgrenar och vilka metoder som använts vid konteringen och fördelningen av kostnaderna och intäkterna. De företag som omfattas av bestämmelsen i artikel 1.2 är sk. *företag som är skyldigt att ha separat redovisning* enligt definitionen i artikel 2.1.d, dvs. företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter alternativt anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och som därvid erhåller någon form av statligt stöd eller subvention, samtidigt som företaget även bedriver annan verksamhet.

Inledningsvis förtjänar här att framhållas att de företag som omfattas av bestämmelsen i artikel 1.2 inte nödvändigtvis också omfattas av bestämmelsen i artikel 1.1. Avgörande för tillämpningen av bestämmelserna i artikel 1.1 är det offentligas engagemang, medan i artikel 1.2 utgångspunkten istället är huruvida företaget i någon bemärkelse fått en skyddad position. Inte heller har det någon egentlig betydelse huruvida företaget är offentligt eller inte, vilket framgår direkt från bestämmelsens ordalydelse. Det är även av detta skäl som transparensdirektivet fick ett nytt namn när skyldigheterna enligt artikel 1.2 infördes.⁷

Uppdelningen av artikel 1 i en underavdelning som rör just finansiella relationer mellan offentliga myndigheter och offentliga företag och en annan underavdelning som tar sikte på företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter etc, återspeglas i undantagsbestämmelsen i artikel 4.

Enligt artikel 4.1 undantas vissa företags verksamhet från den i övrigt gällande rapporteringsskyldigheten. Det är här fråga om företag vars verksamhet inte kan påverka handeln mellan medlemsstaterna eller i övrigt har en förhållandevis låg omsättning. Även centralbankerna är undantagna. När det gäller sk. *företag som är skyldigt att ha separat redovisning* enligt definitionen i artikel 2.1.d, undantas även vissa av dessa företag från direktivets tillämpningsområde genom artikel 4.2. I likhet med regleringen i artikel 4.1

⁷ Som följer av kommissionens direktiv 2000/52 tillades genom det direktivet ”*samt i vissa företags ekonomiska verksamhet*”.

undantas inledningsvis företag vars verksamhet inte kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. I artikel 4.2 b undantas företag vars totala nettoomsättning understiger 40 miljoner euro (beräknat på särskilt sätt). Vidare undantas de företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och som ersättning för detta erhåller statligt stöd eller subventioner, under förutsättning att ersättningen har fastställts enligt ett öppet, genomblickbart och icke-diskriminerade förfarande.

4. Analys av uppdragets frågeställning

Som angivits under punkten 1 skall belysas på vilket sätt som begreppen företag och omsättning i artikel 4.2.b bör tolkas. I allt väsentligt är det här fråga om en och samma frågeställning, nämligen huruvida det är möjligt att inom ramen för direktivets tillämpningsområde dela ett företag i två eller flera delar. I den utsträckning en sådan uppdelning är möjlig kommer begreppet omsättning att relateras till respektive del av företaget.

Inom konkurrensrätten tas till utgångspunkt att snart sagt varje typ av ekonomisk eller kommersiell verksamhet kan kategoriseras som ett företag oberoende av dess rättsliga status eller på vilket sätt som verksamheten är finansierad. Även om det förvisso finns verksamhet som inte omfattas av definitionen synes det klart att definitionen är synnerligen omfattande, och det torde vara klart att delar av den verksamhet som bedrivs inom ramen för svenska myndigheter, landsting och kommuner i många fall är att betrakta som företagsverksamhet. Under alla förhållanden tar själva uppdragsbeskrivningen till utgångspunkt att sådan offentlig verksamhet många gånger är att betrakta som företagsverksamhet.

En första fråga i detta sammanhang är huruvida det konkurrensrättsliga begreppet företag skall tillämpas även med avseende på de situationer som omfattas av transparensdirektivet, alternativt om det är så att direktivet har någon egen definition av företagsbegreppet.

I direktivets artikel 2 tas till utgångspunkt att de definitioner som ges gäller inom ramen för direktivets tillämpningsområde. I ett tidigt rättsfall konfirmerade EG-domstolen kommissionens rätt att definiera vad som avsågs med bl.a. offentliga företag inom ramen för

direktivet.⁸ Definitionen av begreppet offentliga företag i direktivet ansågs av EG-domstolen inte utgöra en definition av samma begrepp i artikel 86, utan specifikt giltig för direktivet. Det synes klart att EG-domstolens avgörande är av relevans även för de nu använda definitionerna av företag. Som jag uppfattar artikel 2 av direktivet tas direkt till utgångspunkt att definitionen av *företag som är skyldigt att ha separat redovisning* endast är giltig med avseende på tillämpningen av direktivet. På motsvarande sätt förhåller det sig med definitionerna i underpunkterna e-g av artikel 2.1. Sammanfattningsvis är det därför min uppfattning att de begrepp som används i direktivet endast är giltiga för tillämpningen av direktivet, varför konkurrensrättens mer allmänna företagsdefinition inte nödvändigtvis har samma innebörd som i direktivet. Sett utifrån en mer praktisk utgångspunkt torde emellertid skillnaderna vara små, om ens några.

Såsom jag tolkar mitt uppdrag är det dock främst inte fråga om att försöka definiera de begrepp som används i artikel 4.2 b. Konkurrensrådet har i en rapport till Transparensutredningen redan genomfört en sådan analys.⁹ Mer intressant – vilket också förutsätts i utredningsuppdraget – är att diskutera huruvida begreppet företag omfattar hela den verksamhet som bedrivs av en viss juridisk person, eller om det skall ske en uppdelning beroende på den verksamhet som bedrivs. Vid en sådan analys krävs enligt min uppfattning ett beaktande av syftena med transparensdirektivet (såsom ändrat). Innan så sker finns det emellertid anledning att framhålla vilka kriterier som uppställs i direktivet för att ett företag över huvud taget skall vara redovisningsskyldigt enligt artikel 1.2.

För det första skall det vara fråga om företag som omfattas av artikel 86.1 eller 86.2 EG-fördraget. Dessa företag skall dessutom ha erhållit någon statlig subvention och samtidigt bedriva annan verksamhet. I den utsträckning som företaget inte erhåller någon statlig subvention, eller många gånger kanske mer relevant; inte bedriver någon annan verksamhet, omfattas företaget inte av redovisningsskyldigheten i artikel 1.2. Av detta följer att kommunal eller statlig verksamhet som i och för sig skulle kunna kategoriseras som verksamhet enligt artikel 86.1 eller 86.2, inte omfattas av artikel 4.2 b, i den utsträckning som de inte bedriver annan verksamhet. Lokutionen *annan verksamhet* är i direktivet (artikel 2.1 e) definierat som skillnaden mellan å ena sidan de varor eller tjänster för vilka företaget givits en skyddad position (dvs. omfattas av artikel 86.1 eller 86.2) och å den andra sidan, varje annan enskild

⁸ Mål 190/80 *France, Italy and United Kingdom v. Commission* [1982] ECR 2545.

⁹ Se vidare bilaga 4 till SOU 2003:48 *Införlivandet av transparensdirektivet*.

vara eller tjänst som ingår i företagets verksamhet. Mot den bakgrunden blir det relevant att försöka uttolka vad som ligger i begreppet *företagets verksamhet*, dvs. huruvida det syftar på varje annan verksamhet eller om det istället skall uppfattas som endast syftande på kommersiell och konkurrensutsatt verksamhet. Även denna fråga ställer krav på en analys av syftena med direktivet.

Såsom diskuterats ovan är numera ett av syftena med transparensdirektivet att kommissionen skall ges insyn i vissa företags redovisning. Detta mer omfattande syfte framgår klart från punkterna 2-9 av direktiv 2000/56/EG. Kraven på insyn riktas mot företag som av en medlemsstat beviljats en legal ensamrätt eller i övrigt en särskild rättighet, alternativt anförtrotts att utföra vissa tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och för detta erhållit ersättning, samtidigt som dessa företag även bedriver annan verksamhet. Inkluderandet av dessa företag – vilka inte nödvändigtvis är offentliga företag – indikerar att kommissionens intresse inte är begränsat till de direkta effekterna av statligt engagemang genom ägande, utan också omfattar andra effekter som följer på beviljandet av särskilda rättigheter. Det är i och för sig klart att kommissionen även utan denna utvidgning av transparensdirektivet i många fall ändå har möjligheter att skaffa sig inblick i dessa företags redovisning,¹⁰ men kommissionen har ansett att det är väsentligt att alla företag behandlas på samma sätt.¹¹ Grunden för kommissionens intresse av insyn i de aktuella bolagen är risken för sk. korssubventionering mellan den legalt skyddade verksamheten och annan konkurrensutsatt verksamhet.¹²

Om nu grunden för inkluderandet av denna – i vart fall potentiellt – större gruppen av företag är risken för subventionering av konkurrensutsatt verksamhet med statliga medel mer allmänt, alternativt medel erhållna i skydd av en legal ensamrätt, följer att det vore föga meningsfullt att begränsa redovisningen till endast delar av omsättningen av ett visst företag. För att det skall vara möjligt att avgöra om det föreligger korssubventionering måste naturligtvis ett företags hela verksamhet analyseras i syfte att härleda intäkter och kostnader. Med detta är emellertid inte sagt att alla former av subventionering omfattas av artikel 1.2.

¹⁰ Se härom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/67/EG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/39/EG (ang postal verksamhet) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster inom telekommunikationsområdet.

¹¹ Ingressen punkten 9, kommissionens direktiv 2000/52.

¹² Se ang korssubventionering mer allmänt Henriksson, L., *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans*, Stockholm 2003, s. 257 ff.

Om vi antar att ett företag i direktivets mening (vilket skulle kunna vara en kommun eller en statlig myndighet) har tre skilda verksamheter, nämligen en myndighetsverksamhet (eller i vart fall inte kommersiell), en kommersiell verksamhet som uppfyller kriterierna i artikel 86.1 eller 86.2, samt en kommersiell verksamhet som är konkurrensutsatt, måste inledningsvis diskuteras vilken verksamhet som teoretiskt kan subventionera en annan.

Låt oss först anta att företaget (dvs. en myndighet eller en kommun) låter delar av sitt anslag (statligt eller kommunalt) subventionera den verksamhet som är skyddad och/eller den konkurrensutsatta. I denna situation kommer statliga medel att subventionera kommersiell verksamhet, varför den också omfattas av bestämmelsen i artikel 1.1. När nu denna situation omfattas av bestämmelserna i artikel 1.1, förefaller det osannolikt att även artikel 1.2 skulle ta sikte på samma situation.

Om man istället vänder på situationen och låter den konkurrensutsatta verksamheten subventionera den skyddade och/eller den rena myndighetsverksamheten, föreligger över huvud taget inget konkurrensrättsligt problem. Inte heller den situationen kan därför vara relevant när vi diskuterar omfattningen av undantaget i artikel 4.2 b.

Den situation som återstår, dvs. den då skyddad verksamhet subventionerar konkurrensutsatt verksamhet, är också den enda situationen som torde omfattas av redovisningsskyldigheten i artikel 1.2. Endast i detta kan det ju över huvud taget föreligga en subventionering av den konkurrensutsatta verksamheten som inte är redovisningspliktig enligt andra bestämmelser i direktivet.

Från det sagda följer enligt min uppfattning sammanfattningsvis att en myndighets hela anslag inte skall medräknas vid analysen av huruvida omsättningsgränserna i artikel 4.2 b uppnås. Endast den nettoomsättning som uppnås inom ramen för verksamhet som är skyddad från konkurrens (genom att företaget beviljats en skyddad position) samt annan konkurrensutsatt verksamhet skall räknas in i den omsättningströskel som anges i artikel 4.2 b.

Applicerat på företagsverksamhet bedriven av myndigheter, kommuner mfl. kan då konkluderas att den totala nettoomsättningen från all kommersiell verksamhet skall medräknas vid analysen om tröskelvärdena i artikel 4.2 b uppnås. Intäkter från annan icke-kommersiell verksamhet, i form av anslag eller intäkter av annat slag, skall inte räknas in. I

detta ligger att organisationer eller juridiska personer som bedriver en blandad verksamhet kan och bör delas i flera skilda delar i syfte att uppnå syftet med transparensdirektivet.