

# Kommunen som konkurrent

Den 12 december 2008 disputerade Tobias Indén, juridiska institutionen, Umeå universitet, på avhandlingen *Kommunen som konkurrent – kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar* (Iustus Förlag AB, Uppsala, 2008, ISBN 978-91-7678-706-9). Fakultetsopponent var Ulla Neergaard, Copenhagen Business School.

Syftet med forskningsprojektet som till stor del finansierades av Konkurrensverket var att analysera de regelkomplex som påverkar de konflikter som kan uppkomma då kommunala aktörer konkurrerar med privata företag, främst kommunalrätten och konkurrensrätten. Dessutom undersöktes hur dessa regler påverkar konkurrenskonflikterna på tre specifika områden. De områden som behandlas är kommunal bostadsförsörjning, kommunal friskvårdsverksamhet och kommunalt engagemang i vissa servicebranscher, inklusive kommunal turismnäring. Eftersom de aktuella konkurrensproblemen är ett ur samhällsekonomisk synvinkel allvarligt problem i skärningspunkten mellan offentlig och privat verksamhet syftade framställningen för det tredje till att presentera alternativa rättsliga strategier för att hantera de aktuella problemen. De alternativa strategier som beskrivs bygger inte endast på en analys av de behandlade rättsområdena utan också på förslag som tidigare lämnats i utredningar och i doktrinen. Dessutom ligger i viss mån den komparativa undersökning som görs, där framförallt dansk rätt analyseras, till grund för de alternativa strategier som föreslås.

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

Konkurrensproblem kan uppkomma då kommunerna, inbegripet deras företag, agerar på ett sätt som inte är marknadsmässigt. Ett exempel på ett sådant agerande är tillhandahållande av tjänster till en kostnad som understiger marknadspriset. För en privat aktör är ett sådant agerande under en längre tid uteslutet i och med att det på sikt skulle utarma företaget ifråga. Anledningarna till att kommunala aktörer kan tillhandahålla tjänster på villkor som inte är marknadsmässiga är flera. Den främsta orsaken är emellertid att kommunala aktörer i många fall gynnas på olika sätt av den egna kommunen.

Exempel på fördelar som kommunala företag kan dra nytta av är att finansiering inte sällan kan ordnas genom den egna kommunen till bättre villkor än vad marknadens privata aktörer får möjlighet till. En annan form av stöd som kan riktas till kommunala företag är kommunal borgen, som anses vara mycket säker i och med att kommuner inte kan gå i konkurs. Genom kommunal borgen, vilken inte är tillgänglig för privata alternativ, kan kommunala aktörer därför få lägre kapitalkostnader än de privata företag de konkurrerar med. De allvarligaste problemen torde däremot oftast uppkomma till följd av att den konkurrensutsatta verksamheten subventioneras genom skattemedel. Det kan ske dels genom att man inom ett kommunalt företag överför medel från en verksamhet till en annan, dels genom att kommunen tillför verksamheten medel. Kommunerna kan också med hänvisning till den s.k. underskottsprincipen själva välja vilken eller vilka verksamheter som ska finansieras av skatter respektive avgifter och i hur stor utsträckning det ska göras.

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

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

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

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

Andra regleringar som påverkar förhållandet mellan kommunerna och det egentliga näringslivet är EG-rättens statsstödsregler som återfinns i artikel 87–89 EG. Kärnan i statsstödsregler-

na är artikel 87.1 EG. Artikeln förbjuder en medlemsstat att gynna vissa företag eller viss produktion om gynnandet snedvrider eller riskerar att snedvrیدا konkurrensen i en sådan utsträckning att handeln mellan medlemsstaterna påverkas. Regeln är inte bara tillämplig då ett statligt organ lämnar ett visst stöd utan även då en kommun beviljar stöd till ett företag.

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

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

Den slutsats som kan dras efter en analys av de aktuella regelkomplexen är att de inte är anpassade till att hantera de problem som kan uppkomma då kommunala aktörer engagerar sig på den öppna marknaden i konkurrens med privata företag. I avhandlingen föreslås därför att både kommunalrätten och konkurrensrätten till viss del ändras för att de aktuella problemen ska kunna få en rättslig lösning.

Dels föreslås att regleringen rörande den allmänna kommunala kompetensen justeras så att en åtgärds påverkan på konkurrensen ges större genomslag vid avgörandet om åtgärden ska anses vara kompetenslig. Dels föreslås att den s.k. underskottsprincipen slopas på de områden kommunerna engagerar sig i konkurrens med privata företag. Dessutom föreslås att även självkostnadsprincipen slopas i sådana situationer, vilket skulle minska risken för att konkurrensen snedvrids då kommunala aktörer konkurrerar med privata företag. Det ska också nämnas att ett avskaffande av självkostnadsprincipen i viss mån är en förutsättning för att andra lösningsförslag av konkurrensrättslig karaktär ska kunna ges full genomslagskraft. Som nämnts är inte konkurrenslagen tillämplig i de situationer ett konkurrensbegränsande agerande har sin grund i självkostnadsprincipen. Om konkurrenslagen likväl skulle kunna tillämpas är det i viss mån också självkostnadsprincipen som ligger bakom att förbudet mot missbruk av dominerande ställning inte kan användas som verktyg för att hantera de aktuella konkurrensproblemen

I avhandlingen lämnas även exempel på hur de aktuella problemen kan lösas, eller åtminstone mildras, genom konkurrensrättsliga regleringar som tar hänsyn till de särskilda villkor som kommunala aktörer verkar under.