



2008/59-5

Prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal (s.k. avknoppning) – kommunalrättsliga och EG/EU- rättsliga aspekter





MISSIV

DATUM
2008-04-29
ERT DATUM
2008-02-21

DIARIENR
2008/59-5
ER BETECKNING
Fi2008/1516 (delvis)

Regeringen
Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Uppdrag rörande frågor om prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal

Den 21 februari fick Statskontoret i uppdrag av regeringen att göra en analys av vilka principer som enligt gällande rätt ska ligga till grund för prissättningen av en verksamhet när en kommun eller ett landsting överlåter den till kommunal personal.

Statskontoret har i sin tur uppdragit åt Olle Lundin, docent i förvaltningsrätt vid Uppsala universitet, att utarbeta en promemoria som behandlar de frågeställningar som anges i Statskontorets uppdrag.

Härmed överlämnar Statskontoret promemorian *Prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal (s.k. avknoppning) – kommunalrättsliga och EG/EU-rättsliga aspekter*.

Generaldirektör Peder Törnvall har beslutat i detta ärende. Utredningschef Annika Nordlander Finn och avdelningsdirektör Rickard Broddvall, föredragande, var närvarande vid den slutliga handläggningen.

Peder Törnvall

Rickard Broddvall

Innehåll

	Sammanfattning	3
1	Inledning	5
2	Allmänt om avknoppning	7
3	Privatisering av kommunal verksamhet	9
4	Kommunalrättsliga aspekter	11
4.1	Allmänt om kommunallagen och kommunalrätten	11
4.2	Kommunalrättsliga aspekter på avknoppning, allmänt	11
4.3	Förbudet mot understöd till enskild	12
4.4	Likställighetsprincipen	13
4.5	Förbud mot understöd till enskilda företag	16
4.6	Ekonomisk förvaltning	17
4.7	Kommunalrättslig analys	17
5	EG/EU-rättsliga statsstödreger	19
5.1	Inledning	19
5.2	De fyra rekvisiten	20
5.3	Undantag från förbudet	21
5.4	Anmälan om statsstöd enligt artikel 88	23
5.5	Kommissionens granskning	24
5.6	Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader	24
5.7	Anmälningsskyldighet och klagomål	26
5.8	Årefallet	26
6	Förfarandet vid prissättning och avknoppning	31
6.1	Värdering	31
6.2	Erbjuda förvärv till en större krets	31
6.3	Högsta anbud	32
6.4	Om hembudsklausul som avtalsvillkor	33
7	Avslutande analys	35
	Källor och litteratur	39
Bilagor		
1	Regeringsuppdraget	41
2	Avknoppning, ett exempel från skolområdet	45



Sammanfattning

Prissättning vid försäljning av kommunal egendom, lös eller fast, ideella rättigheter m.m. ska, som huvudregel, alltid ske enligt marknadsvärdet. Kommunen är i princip skyldig att agera så att högsta pris uppnås.

Ovanstående följer både av det kommunalrättsliga regelverket, de allmänna principerna, primärt förbudet mot understöd till enskild, och de EG/EU-rättsliga reglerna. I det senare fallet finns ett generellt förbud mot att medlemsstaterna påverkar marknaden genom att utge statsstöd till marknadsaktörer. Alla typer av åtgärder som innebär en kostnad för det allmänna eller en intäkt för företaget inräknas i begreppet statsstöd. Exempelvis försäljning av fast egendom till underpris är som huvudregel inte tillåtet. Förbudet, med tillhörande undantag, omfattar i princip alla typer av understöd från det allmänna till den privata sektorn.

Förbudet mot statsstöd följer av EU-fördraget och kommissionen agerar tillsynsmyndighet inom området. Kommissionen kan besluta att vissa åtgärder är ogiltiga och t.o.m. ålägga mottagaren av ett otillåtet statsstöd att betala tillbaka det erhållna stödet.

Det väsentliga vid transaktioner av detta slag, dvs. överföringar från kommun till den privata sektorn, är att en värdering av det som ska överföras genomförs. Den praktiska huvudproblematiken ligger inom värderingsfrågan. Rättsligt sett är läget relativt klart. Marknadprissättning gäller och inga försäljningar under det ska, i princip, genomföras. Både kommunalrätten och EG/EU-rätten innebär det. Det innebär att en värdering och ett anbuds-förfarande ska genomföras. Enkelt uttryckt är marknadsvärde det pris som marknaden kan erbjuda. En genomförd värdering och ett öppet anbuds-förfarande torde i normalfallet leda fram till att ett marknadsvärde kan erhållas.

Avknoppning, som är en av denna utrednings problemfrågor, innebär ofta att de som är anställda inom kommunal verksamhet ska erbjudas att överta verksamheten i privaträttslig form. Det är i sig problematiskt. Självfallet kan anställda, i vilken rättslig form som helst, lägga bud på kommunal egendom m.m. som är till försäljning. Däremot är det inte rättsligt möjligt från kommunens sida rikta ett sådant erbjudande till de anställda. Som ovan sagts är det marknadsvärdet, det högsta anbudet, som gäller och de anställda betraktas som anbudsgivare utan någon särställning.

Begreppet avknoppning saknar definition och rättslig betydelse. Ett möjligt synsätt är att betrakta det som ett slags främjande av privata initiativ på det i sedvanlig mening kommunala verksamhetsområdet. Ett sätt att göra det är helt enkelt istället för att sälja ut viss kommunal egendom att upphandla en tjänst, t.ex. förskoleverksamhet, från den privata sektorn. I en sådan situation blir hela batteriet av upphandlingsregler tillämpliga och den rättsliga

2008-04-28

problematiken relativt klar. Det finns stora mängder rättspraxis, myndighetsuttalanden m.m. rörande upphandling.

Slutsatsen i denna utredning är att vid försäljning av kommunal egendom ska kommunen agera som vilken annan aktör som helst på en marknad och söka uppnå högsta pris. Det innebär bl.a. att det inte är möjligt att rikta erbjudanden till grupper av anställda. Till denna slutsats ska läggas det rättsliga kravet, som följer av åttonde kapitlet kommunallagen, på att en kommun ska upprätthålla en god ekonomisk förvaltning. Det innebär att kommunala försäljningar ska genomföras inom ramen för ett marknadstänkande. Den allmänna internationaliseringen av kommunalrätten, fr.a. med EG/EU-rättens inverkan, tydliggör och tvingar kommuner att agera i enlighet med marknadens villkor.

Värt att notera är att statsstödsreglerna, och även kommunalrätten, innehåller vissa undantag. Därför är det alltid väsentligt att en rättslig utredning görs i varje enskilt fall. Rättsreglerna kan ha olika tillämplighet vid skilda typer av kommunal verksamhet. Denna utredning är generell och grundläggande och verksamhetsspecifika bedömningar krävs i varje enskilt fall.

Det är angeläget vid en analys av problematiken kring prissättning av kommunal egendom och avknoppning att det slutliga ställningstagandet sker i Regeringsrätten och/eller EG-domstolen. Det är domstolarna, på nationell och EU-nivå, som har sista ordet. Det finns mycket lite rättspraxis kring dessa frågor och i den meningen är frågorna fortfarande olösta på ett auktoritativt sätt.

1 Inledning

Prissättning av kommunal egendom som ska försäljas till personal är problematisk. Företeelsen där kommunal personal förvärvar kommunal egendom och driver vidare verksamheten i egen regi har ibland kommit att kallas avknoppning. Jag¹ har fått i uppdrag av Statskontoret att utreda de rättsliga förutsättningarna för det i den kommunala sektorn allt vanligare fenomenet benämnt avknoppning. Någon gemensam och vedertagen definition för detta fenomen synes inte finnas. Grundtanken är dock att en viss begränsad del av den kommunala verksamheten överförs till den privata sektorn.² Förfarandet reser en rad rättsliga frågor vilka ska behandlas i denna utredning. Inriktningen på utredningen är huvudsakligen två spår, den kommunalrättsliga regleringen och de EG/EU-rättsliga reglerna kring statsstöd. Utredningens syfte är att söka klargöra vilka rättsregler som är styrande då kommunal egendom, innan en försäljning, ska prissättas. Det är således inte fråga om att ta fram nya principer eller angreppssätt.

Den kommunala verksamheten bedrivs inom ett otal specialreglerade sektorer där skilda regleringar i olika detaljeringsgrad anger lagstiftarens krav på kommunen. Denna utredning kommer inte att granska varje enskilt område utan den rättsliga analysen ligger på det grundläggande planet. Det är viktigt att komma ihåg att avknoppning inom varje specifikt område kan skapa särskilda problem som rör specialregleringen och dess efterlevande i sig.

Innan denna utredning beslutades upprättade Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) en utredning rörande avknoppningsfrågan. Fokus ligger i denna på avknoppning inom skolområdet. SKL:s utredning behandlar även kommunalrättsliga grundfrågor och den EG/EU-rättsliga problematiken kring statsstödsfrågan.³

Utredningsuppdraget är relativt begränsat och utredningstiden har varit mycket kort. De rättsliga frågor som ska utredas är av grundläggande slag, kommunalrätt och EG/EU-rätt. Huvudfrågan är vilka rättsregler som ska styra prissättning av kommunal egendom som ska försäljas till den egna personalen.⁴

Framställningen inleds med en diskussion om begreppet avknoppning. Sedan följer diskussioner kring de kommunalrättsliga och de EU/EG-rättsliga frågorna.

¹ Biträdande akademiombudsman Per Abrahamsson, Uppsala universitet, har bistått vid upprättande av denna rapport.

² Avknoppning, såsom det framställs i den allmänna diskussionen, är en form av privatisering.

³ Se SKL:s utredning "Avknoppning" av skolor – juridiska aspekter, från 2008-01-28.

⁴ Utredningen har även sammanträffat med kansliet för avknoppning i Stockholms stad.



2 Allmänt om avknoppning

Inom den kommunala sektorn har företeelsen avknoppning blivit allt vanligare på senare år. Ifråga om det privata näringslivet har det varit ett känt fenomen länge. Avknoppning kan beskrivas som att huvudmannen för en viss verksamhet, det kan vara en skola eller förskola, bedömer att verksamheten bäst bedrivs av annan än huvudmannen. Själva avknoppningen sker då primärt genom att de anställda inom den verksamheten helt enkelt övertar ansvaret för denna.⁵

Ovanstående beskrivning är dock grovt förenklad och avknoppning inom den kommunala sektorn uppträder i en rad olika former. En vagare och mer generell beskrivning är att det handlar om ett slags främjande från kommunens sida för att åstadkomma ett privat huvudmannaskap inom en viss verksamhetsgren eller del av sådan.⁶ Det är då fråga om mer generella åtgärder från kommunens sida som i princip inte riktar sig mot en viss intressent.

Begreppet ”avknoppning” är inget juridiskt begrepp. Med uttrycket brukar avses de situationer när kommuner och landsting låter en eller flera anställda bilda ett privaträttsligt organ i syfte att överta viss verksamhet eller vissa uppgifter som tidigare utförts i förvaltningsform.⁷ De anställda bildar en privaträttslig verksamhetsform och fortsätter att driva samma slags verksamhet som de tidigare utfört som anställda. Skillnaden är att de nu driver verksamheten som självständiga företagare på *uppdrag* av kommunen eller som enskild verksamhet med *bidrag* från kommunen. När det är fråga om ett uppdrag är kommunen eller landstinget fortfarande huvudman för verksamheten gentemot dem som tar i anspråk företagets tjänster. Exempel på detta är att en föreståndare för ett kommunalt sjukhem startar ett företag, tar över personalen och driver vårdhemmet på entreprenad.⁸

Även om begreppet avknoppning kan diskuteras och olika innebörd kan läggas däri är det ofrånkomligt så att avknoppning innebär att viss verksamhet överförs från kommunen till den privata sektorn. Avknoppning är helt enkelt en form av privatisering. Kommunen träder tillbaka och det privata initiativet tar över. Verksamheten överförs från kommunen till den privata sektorn. Det är väsentligt att komma ihåg i de fortsatta resonemangen att avknoppning är en form av privatisering.

Det kan finnas olika skäl för avknoppning. Önskan att öka valfriheten, mångfald och konkurrensen inom ett välfärdsområde kan vara några skäl. Kommuner som stödjer ”avknoppningar” uppmuntrar inte sällan nyföre-

⁵ Att söka rikta avknoppning mot viss grupp eller företag är dock problematiskt som vi nedan ska se.

⁶ Se SKL:s utredning bilaga 2.

⁷ Notera dock att en vedertagen definition synes helt saknas.

⁸ Se SKL:s utredning bilaga 1, s 1f.



2008-04-28

tagande och medarbetare inom kommunen som önskar driva verksamheten vidare i privat regi kan ibland få råd och stöd, s.k. ”avknoppningsstöd”.

3 Privatisering av kommunal verksamhet

Privatisering kan yttra sig i en rad olika former och diskussionen kring detta har varit rikhaltig och förts med olika frenesi under åren. I litteraturen har försök till systematiseringar gjorts. Marcusson delar in privatisering i fyra olika former:⁹

- *Avkommunalisering*, där kommunen helt enkelt träder tillbaka och överlämnar till den privata sektorn att fortsättningsvis handha uppgiften utan vidare styrning eller bidragsgivning från kommunens sida.
- *Bidragsgivning*, där kommunen genom bidragsgivning stödjer viss verksamhet utan att ha ansvar för produktion, övrig finansiering eller reglering.
- *Entreprenad*, där kommunen har kvar sitt huvudmannaskap och ansvaret för uppgifterna men genom entreprenadavtal överlämnar åt någon annan att utföra själva produktionen av uppgiften.
- *Bolagsbildning*, där kommunen medverkar i eller skapar ett eget privaträttsligt subjekt. Det formella huvudmannaskapet övergår då från kommun till det privaträttsliga subjektet.

En specifik problematik finns avseende myndighetsutövning. För att sådan ska kunna överföras till privat sektor krävs lagstöd.¹⁰ En särskild aspekt av det är att begreppet myndighetsutövning är oklart i sig.

Även sekretessfrågor kan självfallet uppstå, både i den verksamhet som överförs och vid förhandlingar med privata aktörer. Dessa behöver lösas med beaktande av relevant regelverk och kan vara nog så komplexa att hantera.

Frågor om eventuell övergång av personal, med stöd av arbetsrättsliga regler måste lösas. I vissa fall har personalen en arbetsrättslig rättighet att "följa med" och kvarstanna i den verksamhet som övertas av den privata aktören.

Väsentligt att beakta är att det kommunala ansvaret, både inför lagstiftare och kommunmedlemmar, i vissa fall inte kan överföras till den privata sektorn utan kvarstannar hos den avknoppande kommunen. I princip är det endast fråga om kommunal verksamhet inom den fakultativa sektorn, huvudsakligen fritid-, kultur- och idrottsverksamhet, som kan avknoppas med motsvarande ansvarsöverföring. I de flesta andra fall, där specialreglering stipulerar ett kommunalt ansvar för viss typ av verksamhet, t.ex. skolverksamhet, har kommunen ett fortsatt ansvar för verksamheten oavsett om huvudmännen är privata.

⁹ Marcusson, L., *Mot en ny kommunalrätt*, Iustus förlag 1992, s 138 f.

¹⁰ Framgår bl.a. av 11 kap. 6§ 3 st regeringsformen.



2008-04-28

Kommunens ansvar för den verksamhet som överflyttats till den privata sektorn varierar beroende vilken typ av verksamhet det är, vad eventuell speciallagstiftning stipulerar avseende ansvarfrågan och slutligen hur överflyttningen gjorts. Allt detta måste beaktas då en viss situation analyseras.

4 Kommunalrättsliga aspekter

4.1 Allmänt om kommunallagen och kommunalrätten

Kommunallagen kan beskrivas som ett slags grundlag som reglerar kommunernas kompetens, befogenheter och organisation m.m. Kommunernas befogenheter, som primärt regleras i 2 kap. kommunallagen, har fr.a. utvecklats genom rättspraxis under decennier. Den nu gällande kommunallagen, från 1991, innehåller vissa kodifieringar av principer som vuxit fram i Regeringsrättens rättsskapande verksamhet.

Det kommunalrättsliga landskapet har förändrats under de senaste åren. Den allmänna internationaliseringen och europeiseringen av rätten påverkar också de svenska kommunerna och deras befogenheter. EG/EU-rätten, som tar allt större plats i det svenska rättslivet, har en omfattande påverkan på kommunernas befogenheter och innebär att den svenska kommunalrätten förändras på ett inte oväsentligt sätt.

4.2 Kommunalrättsliga aspekter på avknoppning, allmänt

När en kommun överväger att överföra en gren av sin verksamhet eller en specifik del av verksamheten till privata aktörer aktualiseras en rad rättsliga frågor. En grundläggande fråga är om det är förenligt med den allmänna kompetensen att avhända sig viss verksamhet. Svaret är fr.a. beroende på hur överföringen, avknoppningen, genomförs.

Den första frågan är om kommunen kan avhända sig den verksamheten, eller verksamhetsgrenen. Kanske måste kommunen bedriva viss verksamhet? Av speciallagstiftning följer att vissa verksamhetstyper eller grenar är obligatoriska. En kommun har exempelvis ansvar, enligt skollagstiftningen, för att skolverksamhet finns inom kommunen. Det innebär dock inte att kommunen själv måste bedriva den utan enbart att kommunen är ansvarig för att sådan verksamhet finns och kan erbjudas kommunmedlemmarna.¹¹ Att skolverksamhet bedrivs genom privata initiativ är *ett*, av flera möjliga, sätt att uppfylla de rättsliga kraven och tillfredsställa kommunmedlemmarnas behov.

Generellt sätt finns inga rättsliga problem med att en kommun drar sig tillbaka och tillser att verksamhet bedrivs genom privata initiativ. Emellertid krävs särskilt lagstöd om verksamheten innebär en överföring av myndig-

¹¹ Se bilaga till denna utredning där skolområdet översiktligt beskrivs ur ett avknoppningsperspektiv.

hetsutövning från kommunen till den privata sektorn. Det följer av regeringsformen och är ett väl känt krav.¹² Dessutom tillkommer de situationer då lagstiftaren kräver att *kommunen* fullgör viss uppgift. Exempelvis krävs att kommunen handhar de allra flesta uppgifter vad gäller hantering och planering av räddningstjänst på kommunal nivå och utrymmet för att anlita entreprenörer eller på annat sätt överföra verksamhet till den privata sektorn är begränsat.¹³ I övrigt finns relativt stort utrymme för att verksamhet kan överföras från kommun till privata initiativ.

Ett antal olika principer, primärt framvuxna genom rättspraxis, återfinns inom ramen för den allmänna kompetensen i kommunallagen. De som bör uppmärksammas i detta sammanhang är likställighetsprincipen, förbudet mot understöd till enskild samt förbudet mot understöd till enskilda företag. Till det kommer kravet i åttonde kapitlet i kommunallagen att en kommun ska ha en god ekonomisk hushållning

4.3 Förbudet mot understöd till enskild

Det finns ett allmänt förbud inom kommunalrätten att understödja enskilda eller grupper av enskilda. Förbudet innebär att en kommun inte får ge bort eller försälja egendom, ideella rättigheter m.m. under marknadsvärdet. Tankegången kan beskrivas som att det får inte ske en förmögenhetsöverföring från kommunen till en enskild. Det som den enskilde förvärvar från kommunen måste ersättas med ett ekonomiskt värde som motsvarar den enskildes förvärv.

Att på något sätt understödja enskilda anses inte ingå i den kommunala kompetensen.¹⁴ Denna princip kan inte utläsas ur kommunallagen men den framgår av rättspraxis. Den bärande tanken bakom förbudet är att det inte ligger i det lokala kollektivets intresse att förbruka resurser på någon enskild.¹⁵ Ibland uttrycks förbudet så att understöd endast kan lämnas då det finns stöd i lag. Det är en självklarhet och innebär bara att de allmänna kompetensreglerna får vika för specialreglering.

Förbudet har ibland förhindrat reformer inom det familjepolitiska området på kommunal nivå. I RÅ 1985 2:79 hade fullmäktige beslutat om att ge ekonomisk ersättning till barnfamiljer som ombesörjde omsorgen av barnen på egen hand. Detta upphävdes av domstolen som stridande mot förbudet mot stöd till enskild.

¹² Se 11 kap. 6§ regeringsformen.

¹³ Se 3 kap. lag (SFS 2003:778) om skydd mot olyckor.

¹⁴ Detta genombryts självfallet av en rad olika rättighetslagar, t.ex. socialtjänstlagen (SFS 2001:435), där grundtanken är just att kommunen skall bistå enskilda.

¹⁵ Prop. 1990/91:117 s 28.

Förbudet är inte absolut. I vissa fall kan det vara av allmänt intresse att understöd lämnas. Det har då varit fråga om att från kommunens sida förebygga framtida eventuella skadeståndsanspråk från de berörda. I fallet RÅ 1992 ref 71 hade kommunen givit tillstånd att uppföra en enskild avloppsanläggning med WC på en fastighet. Ägaren av grannfastigheten klagade på detta och menade att avloppsanläggningen medförde förorening på hans jordbruksmark. Ägarens besvär prövades av länsstyrelsen och kammarrätten utan framgång för den klagande. Kammarrätten föreskrev dock att kommunen fortlöpande skulle kontrollera vattenkvaliteten och vidta erforderliga åtgärder. Trots den klagandes brist på framgång i överprövningsinstanserna beslutade kommunfullmäktige att ge ett bidrag om 100 000 kr för flyttning av avloppsanläggningen. Fullmäktiges beslut överklagades. Den klagande anförde bl.a. att beslutet innebar ett otillbörligt gynnande av enskild. Regeringsrätten uttalade att fullmäktige hade haft rimlig anledning att anta att kommunen skulle kunna bli skadeståndsskyldig om åtgärden, dvs. flyttning av avloppsanläggningen, inte vidtogs. Regeringsrätten menade därför att utbetalande av bidraget var kompetensenligt. I det aktuella fallet förelåg ingen rättslig tvist. Kommunens agerande kan betraktas som ett föregripande av en eventuell tvist. I ekonomiskt hänseende torde fullmäktiges beslut vara fördelaktigt både för den enskilde och kommunen då en rättstvist i allmänna domstolar kan bli både tidsödande och kostsam. Oklart är hur stor risken för en eventuell tvist mellan kommunen och en eller flera enskilda skall vara för att kommunens bidrag till enskild skall betraktas som kompetensenligt.

Förbudet innebär bl.a. att förmögenhetsöverföring inte får ske mellan en kommun och en enskild. Det innebär att försäljning, uthyrning, m.m. av fastigheter, inventarier och liknande alltid ska genomföras med beaktande av marknadsvärdet. Om ersättningen till kommunen motsvarar marknadsvärdet, om nu detta kan uppmätas, har kommunen inte orsakats någon ekonomisk skada, och motsvarande den enskilde inte erhållit någon ekonomisk vinst. Den kommunala förmögenheten är intakt.

4.4 Likställighetsprincipen

En kommun skall behandla sina medlemmar på ett likvärdigt och rättvist sätt. I 2 kap. 2 § kommunallagen stadgas att kommunen skall behandla sina medlemmar lika om det inte finns sakliga skäl för annat. Principen grundar sig på ett slags tanke om ekonomisk rättvisa. Alla kommunmedlemmar skall komma i åtnjutande av de gemensamt hopsamlade medlen på lika villkor och i samma omfattning. Likställighetsprincipen upprätthålls relativt strikt i rättspraxis.¹⁶

¹⁶ Se exempelvis nedan behandlade RÅ 1996 ref 9.

Kommunerna betraktades ursprungligen som ett slags associationsrättsliga sammanslutningar och i det sammanhanget framstår kravet på ekonomisk rättvisa som naturligt. Motsvarande tankegång kan återfinnas i de flesta associationsrättsliga regleringar. Då kommunerna fick fler och fler uppgifter av offentligrättslig art förändrades också synen på kommunen som rättssubjekt. Idag utgör kommunerna tillsammans med staten en del av begreppet ”det allmänna” som används exempelvis i regeringsformen. Kommunerna är idag renodlade offentligrättsliga subjekt och i det perspektivet har likställighetsprincipen stora beröringspunkter med objektivitetsprincipen i regeringsformen.¹⁷

Likställighetsprincipen bygger på tanken att medlemmarna ska komma i åtnjutande av frukterna av den kommunala sammanslutningen i princip samma omfattning. I det ligger att medlemmarna ska behandlas lika när de agerar i egenskap av kommunmedlemmar.¹⁸ Det kan knappast anses vara fallet då en enskild, låt vara kommunmedlem, överväger att överta viss kommunal verksamhet. Den enskilde ska då betraktas som en köpare som agerar på en marknad där ett antal andra aktörer finns. Kravet på likställighet gäller inte i sådana situationer.

Principens kodifiering genomfördes genom införandet av den nya kommunallagen år 1991. Lagstiftaren betonade kravet på att det skall finnas en objektiv grund för att kommunen skall kunna särbehandla vissa kommunmedlemmar och menade att detta kan uttryckas genom krav på rationella skäl eller sakliga överväganden för att det skall föreligga en behörighet att särbehandla. Det underströks vikten av att ”det oeftergivliga kravet på objektivitet och rättvisa kommer till klart uttryck” när principen skall uttryckas i lagtext.¹⁹

Likställighetsprincipen innebär ett krav på att kommunmedlemmarna är likställda både avseende rättigheter och skyldigheter.²⁰ Således får en kommunmedlem inte gynnas eller missgynnas i förhållande till en annan. Det innebär vidare att en kommunmedlem inte får erhålla förmåner i större utsträckning än andra kommunmedlemmar. Den får inte heller åläggas avgifter eller andra skyldigheter i vidare mån än som drabbar andra kommunmedlemmar.

I RÅ 1996 ref 9 hade fullmäktige beslutat om att ge viss rabatt på båttrafik till fastboende på ön Ven. Skälet var att dessa kunde då billigare åka mellan Ven och fastlandet och tillgängligheten på den kommunala servicen skulle öka för denna grupp. Kommunen menade att de öboende hade ökade kostnader för att komma i åtnjutande av den kommunala servicen än övriga

¹⁷ Vilken återfinns i 1 kap. 9 §.

¹⁸ Närmare vad det innebär kan självfallet diskuteras och inte sällan har detta misstolkats och gjort att likställighetsprincipens tillämpningsområde blivit orimligt snävt.

¹⁹ Prop 1990/91:117 s 29 och 149

²⁰ Se bl.a. RÅ 1995 ref 24 I.

2008-04-28

kommunmedlemmar. Utan närmare diskussion underkände RegR kommunens resonemang och upphävde beslutet såsom stridande mot likställighetsprincipen.

Kravet på likabehandling av kommunmedlemmarna är inte absolut. Av stadgandet framgår att särbehandling är tillåten, om det finns sakliga skäl för den. Ändringen av Kommunallagskommitténs formulering ”annan särskild grund” till ”sakliga skäl” syftade till att markera att det krävs objektivitet vid bedömningen av de skäl som kan motivera en särbehandling av kommunmedlemmar. Det innebär att kommuner och landsting måste kunna motivera en särbehandling av kommunmedlemmar sakligt och objektivt, om det inte finns uttryckligt lagstöd för en sådan.²¹

Där finns exempel från praxis där exempelvis kommunens verksamhetsansvar ansågs vara ett sakligt skäl för olikbehandling. Se RÅ 1991 ref 19. I fallet fick barnomsorgspersonal förtur i barnomsorgskön i syfte att främja rekryteringen av sådan personal. Kommunens verksamhetsansvar tog då över och detta ansågs av domstolen vara ett sakligt skäl för olikbehandling.

Även organisatoriska skäl kan medföra olika servicenivå inom en kommun utan att det innebär att likställighetsprincipen kränkts.²² Utgångspunkten är dock att kommunmedlemmarna skall behandlas lika.

Kravet på likabehandling innebär också att olika fall skall behandlas olika. I RÅ 1997 ref 66 tog en kommun ut planavgift enligt taxa med stöd av plan- och bygglagstiftningen. Den sökande hade dock haft egna kostnader för detaljplaneläggning och det beaktades inte av kommunen. Beslutet upphävdes därför som stridande mot likställighetsprincipen. Fallet visar också tydligt att de allmänna kommunalrättsliga principerna är tillämpliga på specialreglerade områden.

En väsentlig fråga är vilka typer av kommunala verksamheter, eller situationer, som omfattas av likställighetsprincipen. Utgångspunkten är att all kommunal verksamhet eller åtgärder omfattas av principen. Emellertid finns undantag. I förarbeten har det uttryckts så att likställighetsprincipen är tillämplig då kommunen träder i direkt kontakt med kommunmedlemmarna i deras egenskap av att vara kommunmedlemmar. Principen är därför inte tillämplig ifråga om upphandling eller i övrigt när kommunen sköter sin förmögenhetsförvaltning.²³ Ett annat exempel är när kommunen träder i kontakt med sina anställda i dessas egenskap av att vara anställda och inte kommunmedlemmar, t.ex. vid en lönekonflikt. Kommunen uppträder då i

²¹ Se vidare i Lerwalls uppsats i *Offentlighetsprinciper*, Iustus 2005.

²² Se vidare prop. 1990/91:117 s 150.

²³ Prop 1990/91:117 s 150 och Madell, T., *Det allmänna som avtalspart - särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverknings*, Norstedts juridik, 1998, s 185.

2008-04-28

egenskap av arbetsgivare. En arbetstagare kan således inte med hänvisning till kravet på likställdhet kräva samma lönenivå som sina kolleger.

Inte heller skall likställighet råda då kommunen köper eller säljer fastigheter.²⁴ I ett sådant fall skall kommunen tillse att få ut bästa pris och agera marknadsmässigt. De grundläggande tankegångarna i 8 kap. om ekonomisk förvaltning, med bl.a. krav på god avkastning, tar då över. Enkelt uttryckt kan läget i princip beskrivas så att om det finns ett nyttjandekollektiv skall likställighetsprincipen beaktas. I annat fall skall kommunens ekonomiska intresse beaktas. Ytterligare viktiga undantag är de som följer av specialregleringar.²⁵

4.5 Förbud mot understöd till enskilda företag

Denna princip har självfallet stora beröringspunkter med förbudet mot understöd till enskild. Förbudet mot understöd till enskilda företag har vuxit fram som en särskild princip och mycket rättspraxis finns kring denna problematik.²⁶

Att ha ett rikt och aktivt lokalt näringsliv är självfallet något som ligger i en kommuns intresse. Sådant genererar arbetstillfällen och skatteinkomster. Därför kan också en kommun understödja näringslivet med olika åtgärder. Kommunala ”företagsparker” där exempelvis industrifastigheter hyrs ut till subventionerade priser är relativt vanliga. En kommun kan understödja det lokala näringslivet i generellt avseende. Stödet skall rikta sig till hela det lokala näringslivet eller åtminstone en större grupp. Individuellt inriktat stöd är i princip inte tillåtet. I 2 kap 8 § stadgas att en kommun allmänt får främja näringslivet men att individuellt inriktat stöd endast får lämnas om det finns synnerliga skäl. Sådana skäl gäller i princip endast för att upprätthålla eller tillskapa ett slags minimistandard på servicen i kommunen. Därför har det i rättspraxis accepterats att en kommun understött den enda bensinstationen i kommunen eller det enda hotellet i tätorten.²⁷

Utgångspunkten är att en kommun inte får ge stöd, oavsett hur stödet ter sig, t.ex. borgensförbindelse, lån till fördelaktig ränta, subventionerad lokalhyra m.m.. Undantaget ”synnerliga skäl” är mycket begränsat och tillämpligt i ett fåtal fall. All försäljning av kommunal egendom, fast eller lös, eller annat som kan vara av ekonomiskt värde, exempelvis ideella rättigheter till privata

²⁴ Se prop. 1990/91:117 s 150.

²⁵ Vad gäller exempelvis kommunala energiföretag anges i 7 kap 2 § Ellagen (1997:857) att verksamheten skall bedrivas på affärsmässig grund. Därigenom får likställighetsprincipen anses vara urkopplad.

²⁶ För en fyllig redogörelse för kommunalrättens förhållande till näringslivet se SOU 2007:72 *Kommunal kompetens i utveckling*.

²⁷ Se RÅ 1979 Ab 14 och RÅ 1995 ref 98.

företag ska därför ske till marknadsvärde. Försäljning under marknadsvärdet är att betrakta som understöd till enskild näringsidkare.

4.6 Ekonomisk förvaltning

Ett övergripande ekonomiskt krav för all kommunal verksamhet är att kommunerna skall ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet. Kravet anges i 8 kap. 1 § kommunallagen och gäller både kommunala myndigheter och kommunala företag. Kravet innefattar inte bara tjänster som produceras åt medborgarna utan också aktiviteter av rent förmögenhetsrättslig natur. Den goda ekonomiska förvaltningen ska präglade den kommunala förmögenhetshanteringen.

Vidare finns en allmän princip om självkostnad, i 8 kap. 3 c § kommunallagen, som primärt avser situationer då kommunen tar ut avgifter för sin verksamhet. För överlåtelse av fast och lös egendom gäller inte självkostnadsprincipen utan ett principiellt krav på marknadsmässig prissättning utifrån kravet på god ekonomisk hushållning.²⁸ Även för immaterialrättsliga värden som skapats av en kommun gäller som huvudregel att självkostnadsprincipen inte är tillämplig.

Kravet på god ekonomisk hushållning i kommunallagen ska inte läggas till grund för laglighetsprövning enligt 10 kap 8 § kommunallagen av olika kommunala beslut även om något uttryckligt förbud häremot inte föreligger.²⁹ Kravet på god ekonomisk hushållning får i stället sin största betydelse som ett mål för den ekonomiska förvaltningen och tolkningsbakgrund till olika åtgärder som kommunen vidtar eller borde vidta.

Kravet på god ekonomisk förvaltning för också konsekvenser för kommunens hantering av egendomen och den egna förmögenheten. När en kommun avyttrar en del av den kommunala egendomen är kommunen skyldig att agera så att förmögenheten är intakt, eller så intakt som möjligt. Av det följer att en kommun måste söka uppnå marknadspris vid försäljningar av fast och lös egendom m.m.

4.7 Kommunalrättslig analys

Förbudet mot stöd till enskilda och enskilda företag visar att en kommun ska agera så att marknadspris uppnås vid försäljning av olika typer av kommunal egendom. Även kravet på en god ekonomisk förvaltning ger att kommunen ska agera på sådant sätt. Det finns ett väldigt begränsat utrymme för en kommun att försälja egendom under marknadspris eller rikta erbjudanden

²⁸ Se prop. 1993/94:188, s 83

²⁹ Prop. 1990/91:117, s 110f.

2008-04-28

om försäljning till vissa kategorier, t.ex. anställda inom en viss sektor eller verksamhetsgren. Det innebär att en kommun måste vid en avknopningsprocess göra en värdering av det som ska avknoppas och fr.a. av eventuell egendom som ska försälas. Den värdering som ska göras är en totalvärdering, även immateriella värden ska ingå i värderingen.³⁰

³⁰ Länsrätten i Stockholms län har genom dom 2007-12-20 (mål nr 1063-07) avgjort ett mål om laglighetsprövning avseende beslut om avveckling av verksamhet vid ett kommunalt gymnasium samt försäljning av inventarier och utrustning i den kommunala skolan till ett fristående gymnasium. Länsrätten konstaterade bl.a. att kommunen grundat sin försäljning av inventarier i skolan på en intern värdering. Det är oklart om värderingen innefattade en bedömning av eventuella goodwillvärden. Länsrätten fann emellertid sammanfattningsvis att försäljningen skett till marknadspris och att det inte fanns några omständigheter som kunde medföra att det överklagade beslutet skulle upphävas. Domen är mycket oklar och, enligt min mening, felaktig. Det hävdas bl.a. att en prövning av goodwillvärdets värdering inte skulle inrymmas i laglighetsprövningen utan är en lämplighetsfråga.

5 EG/EU-rättsliga statsstödreger

5.1 Inledning

Det europeiska samarbetet bygger bl.a. på tankar om fri rörlighet och fungerande marknader. Som en följd av det finns regler som ska förhindra att medlemsstaterna involveras i eller påverkar marknaden. De grundläggande bestämmelserna om statligt stöd finns i artiklarna 87 och 88 i EG fördraget. Artikel 87 lyder enligt följande.

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

2. Förenligt med den gemensamma marknaden är

a) stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, under förutsättning att stödet ges utan diskriminering med avseende på varornas ursprung,

b) stöd för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser,

c) stöd som ges till näringslivet i vissa av de områden i Förbundsrepubliken Tyskland som påverkats genom Tysklands delning i den utsträckning stödet är nödvändigt för att uppväga de ekonomiska nackdelar som uppkommit genom denna delning.

3. Som förenligt med den gemensamma marknaden kan anses

a) stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning,

b) stöd för att främja genomförandet av viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi,

c) stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,

d) stöd för att främja kultur och bevara kulturarvet, om sådant stöd inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen inom gemenskapen i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,

e) stöd av annat slag i enlighet med vad rådet på förslag från kommissionen kan komma att bestämma genom beslut med kvalificerad majoritet.

5.2 De fyra rekvisiten

Artikel 87.1 stipulerar fyra rekvisit vilka samtliga måste vara uppfyllda för att ett statligt stöd ska föreligga, nämligen:

- Överföring av statliga medel
- Stödet gynnar vissa företag eller viss produktion
- Stödet snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen
- Stödet påverkar handeln mellan medlemsstaterna

Nedan följer en genomgång av de fyra rekvisiten.

Överföring av statliga medel

Statligt stöd innefattar inte enbart stöd från staten centralt utan även genom ”regionala myndigheter” såsom stöd från kommuner, landsting, myndigheter, offentliga företag, banker och stiftelser.³¹ Stöd från EU kan betraktas som statsstöd om stödet uppfyller kriterierna enligt ovan. Även stöd som kanaliseras genom en privat aktör till företag uppfyller kriteriet om offentliga medel.³²

Oftast handlar det om överföring av medel till mottagaren men även andra former av fördelar innebär stöd, exempel på andra stödformer är skattefördelar, lån, borgen, överlåtelser till underpris av såväl varor som tjänster,³³ överlåtelser av fastigheter till underpris eller att staten går in som delägare i ett privat bolag.³⁴

Genom åtgärden skapas en ekonomisk fördel som företaget inte skulle få inom ramen för sin normala affärsverksamhet. Detta medför att företaget i fråga får en mer gynnad ställning jämfört med konkurrenterna. För att det skall vara fråga om statligt stöd krävs dock att åtgärden har konsekvenser för budgeten dvs. att inkomsterna för den offentliga sektorn minskar eller att den offentliga sektorns utgifter ökar.

Stödet gynnar vissa företag eller viss produktion

Definitionen på företag är enligt EG:s rättspraxis omfattande. Med företag avses, enligt EG:s rättspraxis, samtliga juridiska former som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett deras juridiska form. Till exempel enskild näringsverksamhet i form av en person som bedriver verksamhet som egenföretagare, en stiftelse som bedriver näringsverksamhet eller ett aktiebolag.

³¹ Se 323/82 Intermills / Kommissionen.

³² Se 290/83 Kommissionen / Frankrike.

³³ Se exempelvis rättsfallen C-241/94 Frankrike / Kommissionen, och C-387/92 Banco Exterior de España / Ayuntamiento de Valencia.

³⁴ C-142/87 Belgien / Kommissionen.

Stödet snedvrider eller hotar att snedvrída konkurrensen

För att artikel 87 i EG-fördraget skall äga tillämpning krävs dessutom att åtgärden är av selektiv natur. Vilket innebär att gruppen av potentiella stödmottagare har begränsats exempelvis geografiskt eller sektorsvis. Stöd som beviljas på geografiska grunder uppfyller kriteriet om selektivitet eftersom det har gjorts en geografisk begränsning. Därför betraktas en sänkning av skatter eller arbetsgivaravgifter för samtliga företag i en medlemsstat som en allmän åtgärd som inte utgör statsstöd. I praktiken innebär selektivitet att de myndigheter som administrerar åtgärden i fråga har frihet att göra egna bedömningar och att man genom myndigheternas agerande kan inverka på företagets och konkurrenternas ställning på marknaden.

Stödet påverkar handeln mellan medlemsstaterna

För att det skall anses vara fråga om statsstöd måste åtgärden, stödet, i fråga ha inverknings på handeln mellan medlemsstaterna. För att så skall vara fallet räcker det med att stödmottagaren bedriver ekonomisk verksamhet och opererar på en marknad där det förekommer handel mellan medlemsstater. Det saknar betydelse vilken ekonomisk eller juridisk ställning som stödmottagaren har. En icke vinstdrivande organisation kan alltså bedriva ekonomisk verksamhet, exempelvis en ideell förening. Kommissionen behöver inte heller visa att det faktiskt påverkar handeln mellan medlemsstaterna det räcker att kommissionen visar att det kan ha påverkan.³⁵ Även stöd till lokala marknader inom till exempel transportnäringen kan betraktas som otillåtet stöd eftersom det försvårar för andra medlemsstaters näringsidkare att komma in på marknaden.

5.3 Undantag från förbudet

Kommissionen har på delegation från rådet med stöd av artikel 87.3 antagit en del regler om undantag från huvudregeln om statligt stöd. Sådana undantag finns för exempelvis små och medelstora företag,³⁶ de minimalistöds³⁷ och sysselsättningsstöds.³⁸ Om en stödåtgärd utformas i enlighet med undantaget torde inget statligt stöd föreligga enligt artikel 87.1 i fördraget.

Vidare finns rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster³⁹ vilka till stor del bygger på den så kallade ”Altmarkdomen”.⁴⁰ Enligt rambestämmelserna innebär begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 86 i EG-fördraget att staten har tilldelat de berörda företagen särskilda uppgifter. Därutöver ska ansvaret för att till-

³⁵ Se T-298, 312, 313, 315, 600-607/97.

³⁶ 364/2004 25 feb. 2004[2004] OJ L63/22

³⁷ 69/2001 12 jan. 2001 [2001] OJ 110/30.

³⁸ 2204/2002 12 dec. 2002 [2002] OJ L337/3.

³⁹ 2005/C 297/04.

⁴⁰ C-280/00 Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg.

2008-04-28

handahålla tjänsten vara av allmänt ekonomiskt intresse, anförtros det berörda företaget genom en eller flera officiella handlingar. I handlingen eller handlingarna skall framför allt följande anges:

- a) den exakta innebörden av skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av offentliga tjänster och skyldigheternas varaktighet,
- b) de berörda företagen och det berörda området,
- c) exklusiva eller särskilda rättigheter som beviljats företagen,
- d) metoderna för att beräkna, kontrollera och se över ersättningen,
- e) åtgärder för att hindra och återbetala eventuell överkompensation.

Enligt bestämmelserna får ersättningen inte vara större än vad som är nödvändigt för att täcka de kostnader som orsakats av fullgörandet av skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av offentliga tjänster.

Vidare konstateras att om ett företag bedriver verksamhet både i form av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och annan verksamhet, ska det klart framgå av företagets redovisningen vilka kostnader och intäkter som hänger samman med tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse och vilka kostnader och intäkter som avser andra tjänster samt hur kostnaderna och intäkterna har fördelats.

I punkterna 2 och 3 i artikel 87 definieras de undantag på basis av vilka stödåtgärderna kan godkännas. Exempel på sådana stöd är

- stöd för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer
- stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarderna är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning,
- stöd för att främja genomförandet av viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse
- stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,
- stöd för att främja kultur
- stöd av annat slag i enlighet med vad rådet på förslag från kommissionen kan komma att bestämma genom beslut med kvalificerad majoritet

Medlemsstaterna själva kan inte bedöma huruvida stödet kan godkännas utan i fråga om statsstöd tillämpas förfarandet för *förhandsanmälan*. Enligt huvudprincipen skall i samtliga fall med stöd enligt artikel 87 ett förhandsgodkännande från kommissionen erhållas (artikel 88.3) innan stödet införs. Stöd som beviljas utan förhandsgodkännande strider mot fördraget. I ett sådant fall kan det beslutas att stödet återkrävs från företaget.

5.4 Anmälan om statsstöd enligt artikel 88

Enligt artikel 88 i EG-fördraget har kommissionen erhållit uppgiften att övervaka statliga stöd. Förfarandet innebär att en förhandsanmälan om samtliga stödordningar som planeras eller om enskilda stöd som inte hör till någon stödordning skall skickas till kommissionen enligt artikel 88. 3. Som exempel på enskilda stöd som inte hör till någon stödordning kan nämnas de stöd som kommuner beviljar.

Kommissionen skall, genom anmälningsförfarandet, få tillfälle att bedöma om det planerade stödet är förenligt med målen för den inre marknaden. Enskilda stöd kan införas först efter att kommissionen har godkänt dem. Stöd som beviljas utan godkännande från kommissionen strider mot förordningen och det kan bli nödvändigt att återkräva stödet jämte ränta av stödmottagaren. Tolkningen av artikel 88 baserar sig till en stor del på den s.k. procedurförordningen.⁴¹

Det finns nationella regler om kommuners skyldighet att anmäla åtgärder som kan innebära statsstöd enligt fördraget. Kommuner och landsting har en upplysningsskyldighet enligt 6 § lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler. Där stadgas att "[K]ommuner och landsting är skyldiga att lämna upplysningar till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer om alla former av stöd som planeras och som kan bli föremål för prövning av Europeiska gemenskapernas kommission." Enligt 7 § lagen om tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler kan regeringen upphäva ett beslut av en kommun eller ett landsting som innebär stöd, om kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft eller EG-domstolen funnit att lämnat stöd står i strid med artikel 87 i EG-fördraget.

Regleringen har behandlats i doktrinen. I en artikel kring denna reglering, kommunerna och statsstödsreglerna diskuterar Aldestam och analyserar empiriskt när och hur regleringen har tillämpats.⁴² En av slutsatserna är att det finns en skyldighet för kommunerna att rapportera till regeringen innan stödåtgärder vidtas men denna reglering tillämpas inte. Ingen ansvarig på departementen kände till ett enda fall när en kommun inrapporterat en åtgärd enligt regleringen.⁴³

Frågan om varför regelverket inte tillämpas är omöjlig att besvara. Ett möjligt svar är att kommunalrätten i princip inte tillåter stöd till enskilda företag. Om frågan om eventuell anmälan till regeringen angående stöd från kommun till ett företag skulle aktualiseras hos kommunen tyder det på att

⁴¹ Rådets förordning (EG) nr 659/1999.

⁴² Se Aldestam, M., *Kommunal förvaltning i statsstödsrättslig belysning*, i *God förvaltning – ideal och praktik*, red., Marcusson L., Uppsala 2006.

⁴³ Den empiriska undersökningen är från 2006 och självfallet kan en dramatisk vändning ägt rum. Det finns dock få tecken som tyder på det.

kommunen håller på att företa sig något rättsvidrigt. Sannolikt är det så att kommunen inte uppfattar att en statsstödsituation är för handen, vilket ju i så fall vore kommunalrättsligt felaktigt, och anmäler därför inte.⁴⁴ Det problematiska är dock att statsstödsreglerna bygger primärt på förhandsanmälan, och efterföljande prövning, till kommissionen. De svenska kommunerna kan därför hamna i svårigheter då det i efterhand konstaterades att anmälnings-skyldighet faktiskt förelåg.

5.5 Kommissionens granskning

Enligt artikel 88. 2 i EG-fördraget kan kommissionen inleda ett granskningsförfarande avseende misstänkt statsstöd. En sådan granskning kan mynna ut i ett beslut innebärande att staten i fråga skall upphäva eller ändra de ifrågavarande stödåtgärderna inom den tidsfrist kommissionen fastställer. Av artikel 14 i förordning (EG) nr 659/1999, framgår även att allt ogiltigt stöd återkrävas från mottagaren. Det företag som köpt en fastighet till underpris kan få betala mellanskillnaden mellan erlagt pris och marknadspris.

Kommissionen kan på eget initiativ inleda ett granskningsförfarande om misstänkt statsstöd. Ärenden om ej tillåtna statsstöd kan även initieras genom en anmälan till kommissionen eller genom klagomål från tredje man. Väsentligt är att kommissionens granskning är långtgående och inte förhindrad av rena laglighetsprövningar.

5.6 Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader

För att minska antalet ärenden samt för att klargöra sitt allmänna synsätt beträffande problemet med statligt stöd vid överlåtelse av mark och byggnader har kommissionen utarbetat en allmän vägledning till medlemsstaterna.⁴⁵ Vägledningen tar upp två former av överlåtelse samt medlemsstatens anmälningsplikt.

Överlåtelse genom villkorslöst anbuds-förfarande

En fastighetsöverlåtelse efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbuds-förfarande, där det bästa eller det enda anbudet antas, utgör, enligt kommissionens meddelande, per definition en försäljning till marknadspris och innefattar följaktligen inte statligt stöd.

⁴⁴ Se Årefallet där kommunen uppenbarligen borde anmält men uppfattningen synes ha varit att försäljningen av den fasta egendomen skett till marknadspris.

⁴⁵ Rådets förordning (EG) nr 659/1999.

Det är ovidkommande om en annan värdering av fastigheten fanns innan anbudsförfarandet, jfr bokfört värde eller liknande, för att tillhandahålla ett tänkt lägsta utgångsbud.

För att ett anbud skall anses vara ”vederbörligen offentliggjort” skall det, enligt meddelandet, ”upprepade gånger under en rimligt lång tidsperiod (två månader eller mer) tillkännagivits i inhemsk press, fastighetstidningar eller andra lämpliga publikationer”. Detta för att alla tänkbara köpare ska nås.

Om överlåtelsen rör en fastighet som med tanke på sitt höga värde eller andra egenskaper kan locka investerare som är verksamma internationellt, bör tillkännagivandet ske i publikationer som har en regelbunden internationell spridning. Vidare så bör sådana erbjudanden tillkännages genom mäklare som vänder sig till kunder internationellt.

För att ett erbjudande skall anses vara villkorslöst krävs att alla köpare, oberoende av om de är näringsidkare eller inte generellt är oförhindrade att förvärva fastigheten och att köparen får använda den för sina egna syften. Inskränkningar får, enligt meddelandet, endast införas för att förhindra olägenheter för allmänheten, för att skydda miljön eller för att undvika rena spekulationsanbud. Restriktioner som genom detalj- och regionplanläggning åläggs ägaren i enlighet med inhemsk lagstiftning om markanvändning påverkar inte erbjudandets villkorslösa karaktär.

Om det finns ett överlåtelsevillkor att den framtida ägaren skall åta sig särskilda förpliktelser utöver de ovan nämnda betraktas erbjudandet som ”villkorslöst” i den betydelse som avses i definitionen ovan endast om alla tänkbara köpare är skyldiga och i stånd att uppfylla denna förpliktelse, enligt kommissionen.

Överlåtelse utan villkorslöst anbudsförfarande

Om myndigheten, kommunen, landstinget etc. inte avser att använda förfarandet som beskrivs ovan bör, enligt kommissionen, en oberoende värdering genomföras av en eller flera oberoende värderingsmän före förhandlingarna om överlåtelsen för att fastställa marknadsvärdet på grundval av allmänt accepterade marknadsindikatorer och värderingsstandarder. Det marknadspris som då fastställts är det lägsta pris som kan avtalas utan att statligt stöd beviljas.

Visar det sig att det inte går att försälja fastigheten till det pris som värderingsmännen har fastställt får en avvikelse på högst 5 % från detta pris anses överensstämma med marknadsvillkoren. Om det efter ytterligare en tidsperiod är uppenbart att fastigheten inte kan säljas till det pris som fastställts av värderingsmännen, reducerat med felmarginalen på 5 % får, enligt kommissionen, en ny värdering genomföras. Denna värdering skall ta hänsyn till de erfarenheter som gjorts och de anbud som erhållits.

Finns det särskilda förpliktelser som är förbundna med fastigheten och inte med köparen eller dennes ekonomiska verksamhet får dessa kopplas till överlåtelsen för att tillvarata samhällsintresset. Förutsättningen är att alla tänkbara köpare är skyldiga att uppfylla dem oberoende av om köparen bedriver näringsverksamhet eller ej.

Myndighetens ursprungliga köpeskillning vid förvärv av en tomt är ett riktmarke för marknadsvärdet, i vart fall under de tre följande åren.

5.7 Anmälningsskyldighet och klagomål

Om en överlåtelse har skett utan att de ovanstående principerna har iakttagits skall medlemsstaten till kommissionen göra en anmälan om överlåtelsen för att göra det möjligt för kommissionen att fastställa om statligt stöd förekommer och, om så är fallet, att göra en bedömning av dess förenlighet med den gemensamma marknaden.

Om kommissionen mottar ett klagomål eller annat där någon anför att ett statligt stöd förekommit i en överlåtelse av mark och byggnader av offentliga myndigheter, kommer kommissionen att förutsätta att något statligt stöd inte ingår om informationen från det berörda medlemslandet visar att ovan nämnda principer iakttagits. Kommissionen fungerar här som vilken tillsynsmyndighet som helst och upptar klagomål från vem som helst och kan självfallet agera på eget initiativ.

5.8 Årefallet

Av särskilt intresse är det som kan benämnas Årefallet där både de nationella kommunalrättsliga reglerna och de EG/EU-rättsliga reglerna om statsstöd aktualiserades. Fallet avgjordes av kammarrätten i Sundsvall under denna utrednings gång och berör kärnpunkterna i utredningen. Väsentligt i målet är att kommissionen fattar ett beslut, efter anmälan, med direkt bäring på transaktionen, själva affären som är under prövning. Fakta i målet är följande:

Åre kommun sålde en obebyggd fastighet för 2 milj. kronor till Konsum Jämtland trots att Lidl, innan beslutet att sälja till Konsum var fattat av kommunfullmäktige, bjöd 6,6 milj. kronor för fastigheten. Beslutet att genomföra affären överklagades till länsrätten samt anmäldes till EU-kommissionen som inledde ett granskningsförfarande av ärendet.

Åre kommun anförde till länsrätten att buden inte var jämförbara eftersom affären var en del i en trepartsuppgörelse där en tredje part skulle få köpa den fastighet som Konsum Jämtland skulle lämna i och med nybyggnationen på den nya fastigheten, och att affären därmed var en del i en planeringsstrategi. Det var enligt kommunen en kommunal angelägenhet som

innebar att flera viktiga funktioner kunde lokaliseras enligt kommunens planer för att uppnå en optimal samhällsnytta med kvaliteter i samhällsbygget för byns framtoning, service, miljö och kommersiella utbud.

Länsrättens prövning

Länsrätten konstaterar i sin laglighetsprövning att beslutet har fattats på ett korrekt sätt och avslår överklagandet.⁴⁶ Länsrätten gör, i enlighet med laglighetsprövningen ingen lämplighets eller skälighetsprövning.

EU-kommissionens prövning

Kommissionen begärde in ett yttrande från Åre kommun som anförde följande:

- Kommunen är inte rättsligt skyldig att inleda ett anbudsförfarande vid försäljning av mark.
- En extern värdering har gjorts (inga bevis på en sådan värdering uppvisades dock).
- Försäljningen var ett led i ett antal marktransaktioner och om Lidl's anbud hade antagits hade kommunen inte kunnat fullfölja sin utvecklingsplan.

EU-kommissionen konstaterar att:

- Det var *användning av offentliga medel* eftersom priset låg under marknadsvärdet.
- Det *gynnade ett visst företag*.
- Det var *snedvridning av konkurrensen och påverkan av handeln mellan medlemsstaterna* eftersom en konkurrent till Lidl hade tagit emot offentliga medel.

Vidare hade inte försäljningen gjorts i enlighet med bestämmelserna i kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader.⁴⁷ Försäljningen hade heller inte anmälts till kommissionen i enlighet med artikel 88.3.

EU-kommissionen konstaterar i sitt beslut⁴⁸ att otillåtet statsstöd har delats ut från Åre kommun och att Konsum Jämtland skall betala 4,6 milj. kronor plus ränta till kommunen. Kommissionen tog ingen hänsyn till trepartsuppgörelsen eftersom den inte fanns dokumenterad i köpeavtalet.

⁴⁶ Länsrätten i Jämtlands län, mål nr 791-05.

⁴⁷ 97/C 209/03.

⁴⁸ Europeiska kommissionens beslut den 30 januari 2008, C 35/2006

Kammarrättens prövning

Länsrättens dom överklagades till kammarrätten som i sin dom behandlade frågorna om beslutet stred mot 2 kap. 8 § KL samt om beslutet stred mot lag.⁴⁹

Kammarrätten konstaterade att för ett individuellt riktat stöd skall få ges måste det enligt 2 kap. 8 § KL finnas synnerliga skäl för det. Vidare konstaterade kammarrätten att det är ”utrett att försäljningen skedde till ett pris som väsentligen understeg marknadsvärdet samt att det fanns en annan spekulant på fastigheten som var beredd att betala ett högre pris”. Mot bakgrund av det konstaterade kammarrätten ”att försäljningen till Konsum Jämtland är att anse som ett individuellt inriktat stöd till en enskild näringsidkare som får ges endast om det föreligger synnerliga skäl”.

När det gäller synnerliga skäl konstaterar kammarrätten att det endast är i undantagsfall som sådana stöd kan anses godtagbara samt att det ankommer på den kommun som beslutat om stödet att visa på sådana omständigheter som gör att det föreligger synnerliga skäl. De skäl som kommunen anförde, att försäljningen ingick som en del i en serie affärer mellan kommunen och Konsum Jämtland, är inte sådana omständigheter som gjort det på kallat att ge det aktuella stödet till Konsum Jämtland enligt kammarrätten. Kommunfullmäktiges beslut hänför sig således till något som inte är en angelägenhet för kommunen och beslutet skall därför upphävas, enligt kammarrätten.

Därefter konstaterar kammarrätten att kommunfullmäktiges beslut, enligt EU-kommissionens beslut, är oförenligt med den gemensamma marknaden eftersom det är ett olagligt statligt stöd. Eftersom EG-fördraget utgör svensk lag strider, enligt kammarrätten, kommunfullmäktiges beslut mot lag och ska därför upphävas även på den grunden

Sammanfattning

Den EG-rättsliga regleringen bygger på principen att statliga stöd är oförenliga med den gemensamma marknaden. Kommissionen övervakar och kontrollerar alla typer av åtgärder som kan påverka företag förutsatt att kriterierna i artikel 87.1 är uppfyllda. Huvudregeln är att statligt stöd skall anmälas till kommissionen som prövar om stödet är tillåtet. Ett stöd som inte har anmälts är otillåtet och kan återkrävas.

Vad som kan konstateras är att statsstöd inte behöver vara att en myndighet ger en kontant ersättning utan att stödet kan utformas på en mängd olika sätt. Statsstödsreglerna gäller alla svenska myndigheter, kommuner och landsting samt andra former av organisationer som handhar offentliga medel. Stödet skall ge mottagaren en fördel som företaget inte normalt skulle ha erhållit. Stödet skall vara selektivt och således påverka jämvikten

⁴⁹ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1715-06.

2008-04-28

mellan olika företag. Vidare skall stödet snedvrída eller kunna snedvrída konkurrensen mellan medlemsstaterna.

Av det ovan redovisade ”Årefallet” framgår att en kommun är skyldig att sälja till det högsta pris som bjuds, det är det som är marknadspriset. Att exempelvis gynna kommunalt anställda som avser att överta en fastighet för att där bedriva verksamhet, genom att sälja till ett pris under marknadsvärdet, synes inte vara möjligt utan det är marknadspriset som skall gälla. Inget hindrar dock kommunen från att sälja till sina anställda så länge som de är beredda att betala det högsta priset samt att försäljningen sker i enlighet med de riktlinjer som kommissionen meddelat.

”Årefallet” klargör även att, i vart fall när det gäller fastighetsaffärer, så spelar det ingen roll att kommunen ser en försäljning som ett led i en kommunal angelägenhet i detta fall fullföljandet av en utvecklingsplan.

Eftersom fri rörlighet för varor och tjänster är en av de grundläggande hörnstenarna inom EU så är sannolikheten att kommissionen skall betrakta varje försök till kringgående av statsstödsreglerna som oförenligt med den gemensamma marknaden stor. Att avyttra fastigheter eller byggnader utan att beakta den vägledning som kommissionen har utarbetat torde med största sannolikhet innebära att ett otillåtet statsstöd är för handen. Även vid avyttring av lös egendom torde dessa regler få en stor inverkan eftersom det är marknadspriset som skall fastställas på ett tillfredsställande sätt.

Den prövning som kommissionen gör är betydligt mer långtgående än vad en laglighetsprövning är. Kommissionen gör en sakprövning till skillnad från den prövning som görs av de svenska förvaltningsdomstolarna som endast gör en begränsad prövning om beslutet är fattat i enlighet med gällande rättsregler.

Vidare så är kretsen av dem som kan begära prövning i stort sett obegränsad när det gäller kommissionens prövning medan kretsen av dem som kan påkalla laglighetsprövning är begränsad till kommunmedlemmar enligt 10 kap. 1 § kommunallagen.



6 Förfarandet vid prissättning och avknoppning

6.1 Värdering

En av de bärande punkterna för att en avknoppning ska anses korrekt i rättsligt hänseende är att en objektiv värdering av det som ska avknoppas genomförs. I denna värdering ska det totala värdet av det avknoppade uppskattas. Inventarier, fastigheter, ideella värden, t.ex. goodwill, ska ingå i denna värdering. Detta kan sägas dels vara ett utflöde av förbudet mot understöd till enskild eller enskilt företag, förvärvaren ska inte erhålla något vars verkliga värde understiger den erlagda köpeskillingen, dels vara en konsekvens av kommunallagens krav på god ekonomisk förvaltning. Om kommunen upparbetat viss goodwill ska självfallet detta värde, om det överförs till den privata sektorn, komma kommunen, och slutligen kommunmedlemmarna till godo.

Att en värdering ska genomföras är tämligen klart och teoretiskt enkelt. Däremot är den reella och faktiska frågan om att värdera viss kommunal verksamhet oerhört komplex. Inom många segment av den kommunala verksamheten finns ingen eller en mycket rudimentär marknad.

I det längre perspektivet torde denna komplexitet och oklarhet kring värderingsfrågan förändras i positiv riktning. I takt med att marknaden ökar till omfång och fler och fler verksamheter värderas borde det bli enklare att genomföra värderingar.

Vid en rättslig överprövning, exempelvis i en förvaltningsdomstol vid en kommunalbesvärsprocess, torde dock prövningen begränsas till frågan om en värdering överhuvudtaget skett och vilka delar som värderats. För att domstolen materiellt ska ifrågasätta den faktiska värderingen krävs sannolikt att det är tydligt, på gränsen till uppenbart, att värderingen skett på felaktiga grunder.⁵⁰ Ett tecken på att värderingen kan vara felaktig torde vara om flera anbud inkommer som väsentligt överstiger den uppskattade värderingen. I det ovan redovisade Årefallet inkom Lidl med ett bud som översteg det andra budet med flera hundra procent vilket gjorde domstolens bedömning enkel.

6.2 Erbjuda förvärv till en större krets

När värderingen är genomförd är det väsentligt att en större krets erbjuds möjligheten till förvärv. Hela processen från början till slut bör präglas av

⁵⁰ Detta följer av att kommunalbesvärsprocessen, numera benämnd laglighetsprövning, är en rättslig överprövning där enbart lagligheten i det överklagade beslutet ska prövas. Låt vara att det kan sägas vara något modifierat i praktiken då många rättsregler i kommunallagen är så vaga att de ibland behöver fyllas ut av aspekter som gränsar till lämplighet.

öppenhet och genomskinlighet. Därför är det väsentligt att fler än ett litet fåtal kan vara med vid avknopningsförfarandet. Detta kan vara problematiskt i vissa situationer där det helt enkelt endast existerar ett fåtal eller t.o.m. enbart en privat aktör som har intresse av förvärv. Sådana situationer torde kunna bli vanliga i exempelvis glesbygdskommuner eller inom typer av verksamheter där det saknas privata initiativ. Sådana situationer innebär också att värderingsfasen är problematisk att genomföra. Om potentiella anbudsgivare helt enkelt saknas torde verksamheten i princip sakna värde.⁵¹

6.3 Högsta anbud

Då en viss verksamhet erbjuds den privata marknaden kommer köpeskillingens storlek vara av stor betydelse. En väsentlig fråga är om det högsta anbudet ska vara styrande, d.v.s. ska alltid den som bjuder högst vinna anbudsförfarandet. För att kunna besvara det krävs att kommunens skäl och rättsliga argument kring avknoppning granskas närmare.

Det kan finnas olika anledningar till att den politiska majoriteten i en kommun väljer att avknoppa viss verksamhet. Inte sällan är skälen av politisk karaktär. En föreställning om att privata aktörer bedriver verksamhet på ett effektivare sätt än offentliga aktörer brukar vara ett skäl att överföra verksamhet från den offentliga till den privata sektorn. Detta kan sägas vara en blandning av ett politiskt och ekonomiskt skäl till avknoppning.

Om kommunen genomfört en objektiv och synbarligen korrekt värdering ska då denna vara bestämmande? Beakta följande hypotetiska situation:

Den verksamhet, viss förskoleverksamhet, som ska avknoppas uppskattas till ett värde av fyra miljoner. Fem anbud inkommer. Två av dessa ligger väsentlig högre än värderingen, åtta miljoner och tio miljoner. De övriga ligger i ungefärlig nivå med de värderade fyra miljonerna. Logiskt vore att kommunen accepterade det högsta anbudet på tio miljoner. Emellertid kan finnas en önskan och ett behov från kommunen att ta skilda hänsyn. Ett antal faktorer kan behöva bör beaktas innan kommunen kan skrida till beslut. Eftersom verksamheten, förskolan, är en specialreglerad sådan kvarstår det kommunala övergripande ansvaret för verksamheten i kommunen. De fem anbudsgivarna uppfyller dock alla rättsliga krav, som följer av specialregleringen, och är därmed lika acceptabla ur det hänseendet för kommunen.⁵² Det kan emellertid finnas en vilja från kommunen att exempelvis främja att flera privata aktörer verkar inom kommunen. Detta är idag mycket proble-

⁵¹ Det är självfallet en grov förenkling men visar att problem kan uppstå både vid värdering och vid anbudsgivande. En viss typ verksamhet kan betinga mycket skilda värden beroende på kommunens geografiska belägenhet.

⁵² För exempelvis skolområdet krävs ett tillstånd från Skolverket för att få bedriva friskola. Prövningen av huruvida den privata aktören uppfyller speciallagstiftningens krav görs således inte av kommunen utan av den statliga tillsynsmyndigheten.

matiskt. Det finns exempelvis inget som kan utläsas ur Årefallet som tyder på det. Tvärtom så synes kammarrätten, och kommissionen i sitt beslut, inte tillmäta kommunens förklaring att den genomförda affären var en del i en större plan om utbyggnad av stadskärnan och att plan- och bygghänsyn legat bakom det ingångna avtalet med Konsum.⁵³ Kommunens vilja att ta andra hänsyn än enbart prisfrågan synes ha mycket lite stöd i rättskällorna. Risken att ett dylikt avsteg kommer att betraktas som stöd till enskilt företag och/eller otillåtet statsstöd är uppenbar.

Slutsatsen är att det finns med allra största sannolikhet inget rättsligt utrymme att rikta erbjudande om att överta den kommunala verksamheten till en viss intressent, ett visst kollektiv, exempelvis anställda. Snarare är det sannolikt på det sättet att kommunen, genom att besluta att avknoppning, privatisering ska ske, i stor utsträckning berövat sig själv de verktyg som gör att olika kommunala hänsyn kan påverka utfallet av avknoppningen. I mycket hög grad kommer priset, högsta anbud, att vara gällande.

6.4 Om hembudsklausul som avtalsvillkor

Då kommunen avhänder sig viss verksamhet kan som ett avtalsvillkor finnas en s.k. hembudsklausul. Innebörden av en sådan kan variera, den grundläggande tanken är dock att kommunen ska ha möjlighet att i första hand köpa tillbaka verksamheten om förvärvaren väljer att sälja vidare. I vissa fall finns avtal med innebörd att kommunen ska erhålla viss del av vinsten då förvärvaren, inom en angiven tidsperiod, säljer vidare verksamheten. Sådana typer av villkor är oproblematiske ur kommunalrättslig synpunkt. Det väsentliga är att samma villkor erbjuds alla intressenter.

Det är svårt att se att en hembudsklausul skulle innebära ett problem ur EG/EU-rättslig synvinkel. Det väsentliga är, även här, att kommunen uppträder på samma sätt i förhållande till alla intressenter. I övrigt råder avtalsfrihet. Eventuellt kan avtalsvillkor få en sådan effekt att vissa intressenter blir avskräckta eller förhindrade att ingå avtal. Om det blir diskriminerande, p.g.a. nationalitet, kan EG/EU-rätten slå till och innebära att det specifika villkoret blir ogiltigt. Det är dock svårt att se att ett hembudsvillkor skulle betraktas som ett slags indirekt diskriminering.⁵⁴

⁵³ Det är dock inte helt klart eftersom den invändningen inte var tydligt dokumenterad i fallet.

⁵⁴ Hembuds rätt finns exempelvis inom arrenderättsområdet. En arrendator har i vissa fall rätt att köpa en fastighet då fastighetsägaren utbjuder den till försäljning till marknaden. Arrendatorn har då rätt att förvärva fastigheten till marknadspris. Hembudet påverkar därmed inte köpeskillingen utan enbart vilken som slutligen får förvärva fastigheten. Se 4 kap. 4 § Jordabalken.



7 Avslutande analys

Avknoppning är ett oklart och mångtydigt begrepp som knappast har en definition som någon som helst enighet råder kring. Emellertid är det fråga om att viss verksamhet överförs från kommun till den privata sektorn. Ett sådant överförande kan göras på flera olika sätt och avknoppning synes vara en underavdelning av det mer omfattande begreppet privatisering.

Prissättning av kommunal egendom som ska försälgas ska alltid bygga på marknadstänkande. Marknadspriset, i princip det högsta priset som kan erhållas, gäller som utgångspunkt. Det finns idag inget tydligt stöd i rättskällorna för att avvika från denna utgångspunkt.

Det finns ingen gemensam definition av avknoppning. Innebörden synes primärt vara att de redan anställda i viss kommunal verksamhet ska erbjudas att på något sätt "ta över" denna verksamhet. I normalfallet genom att bilda ett privaträttsligt organ och sedan förvärva inventarier m.m. och hyra fastighet och befintlig byggnad av kommunen. Det synes vara ett relativt vanligt förfaringssätt. Det verkar finnas en önskan från flera kommuner att sådant ska kunna genomföras. Denna utredning visar dock att detta förfaringssätt innebär en rad rättsliga komplikationer och kan i vissa fall vara stridande mot flera olika rättsregler.

Det kommunalrättsliga grundregelverket, primärt 2 kap. kommunallagen där den kommunala kompetensen regleras, ställer bl.a. krav på att kommunen inte får ekonomiskt gynna en eller flera enskilda eller enskilda företag. All försäljning av egendom, fast och lös, samt ideella rättigheter ska ske till marknadspris. Sker det under marknadsvärdet har ett kommunalt stöd till enskild eller enskilt företag utgått vilket, i princip, strider mot kommunallagen. Utgångspunkten är här att marknadsvärdet är det värde som marknaden kan erbjuda. Om då kommunen erbjuder en grupp anställda att förvärva viss egendom och/eller vissa ideella rättigheter kan självfallet ett utomstående företag bjuda kommunen ett högre försäljningspris och kommunen blir då tvingad att acceptera detta.⁵⁵

De EG-rättsliga statsstödsreglerna är med största sannolikhet ett ännu större hinder mot avknoppningar med sikte på anställda.⁵⁶ Ifråga om åtgärder och inom verksamheter som träffas av statsstödsreglerna finns väldigt lite manöverutrymme för kommunerna. I princip träffar statsstödsreglerna alla kommunala verksamheter där det finns privata aktörer på en marknad.⁵⁷ Det

⁵⁵ Såvida det inte finns rättsliga skäl till att den utomstående intressenten inte kan, rättsligen, accepteras som exempelvis entreprenör inom skolområdet. Det är primärt en prövning som den statliga tillsynsmyndigheten gör, Skolverket.

⁵⁶ Se SOU 2007:72 s 249 f där slutsatsen i och för sig är att kommunallagen och statsstödsreglerna inte kolliderar utan fungerar väl.

⁵⁷ Det är dock av yttersta vikt att varje enskilt fall utreds särskilt då det onekligen finns undantag från statsstödsreglerna.

2008-04-28

torde vara de flesta områden där kommunen är verksam som inte primärt präglas av offentlig maktutövning.⁵⁸ Aktuellt i debatten har skolområdet varit och där är det mycket sannolikt att statsstödsreglerna gäller.⁵⁹ I sådana fall är utgångspunkten att statsstöd, och med detta avses också stöd från en kommun, inte är tillåtet. Stöd innefattar bl.a. försäljning av egendom m.m. till ett pris understigande markandsvärdet. Kommissionen har genom beslut utfärdat rekommendationer för hur försäljning av fast egendom ska gå till. Ledorden är öppenhet, saklighet och opartiskhet. Värdering av det som ska försälas ska genomföras och så många som möjligt ska inbjudas till att delta i anbudsgivningen.⁶⁰ Processen ska präglas av marknadstänkande. Det innebär att om kommunens avsikt var att erbjuda en grupp anställda att förvärva viss verksamhet så är det ingalunda säkert att så blir fallet. Eftersom allt ska ske öppet, så öppet och vitt som möjligt, blir gruppen av anställda enbart en intressent av flera. Kommunens möjlighet att påverka utfallet är mycket begränsad.

En väsentlig fråga som uppkommit ett flertal gånger under denna utrednings gång är i vilken mån en kommun är bunden av det högsta anbudet. Det kan också formuleras som så; finns det giltiga argument för en kommun som vill acceptera ett anbud som inte är det högsta. Frågan är relevant och principiellt viktig. Inom skolområdet kan en kommun vilja ha flera aktörer som erbjuder privata alternativ istället för en stor kapitalstark som riskerar att en viss rikriktning av de privata alternativen uppstår. I sådana fall kanske kommunen vill ta det näst högsta anbudet av just det skälet. Det finns väldigt lite idag som talar för att ett sådant argument från kommunens sida skulle accepteras som giltigt. Risken är stor att exempelvis kommissionen skulle hävda att kommunen givit ett otillåtet statsstöd genom att inte acceptera det högsta budet och underkänna transaktionen.⁶¹

Som rättsläget är idag kan avknoppning, i meningen att riktade erbjudanden till anställda utgår från kommunen, inte betraktas som rättsenlig. Privatiseringserbjudandet ska ut på en öppen och stor marknad för att bästa anbud ska uppnås. De kommunala intressen, som självfallet kan finnas, att söka rikta privatiseringen har mycket svårt att göra sig gällande och överleva en rättslig granskning, oavsett om det är av en svensk förvaltningsdomstol eller om det är av kommissionen.

Utvecklingen inom EG/EU-rätten torde göra att kommissionen blir än mer restriktiv ifråga om tolkningen av statsstödsreglerna. Så även om det finns

⁵⁸ Som väl känt är kan inte myndighetsutövning överföras till den privata sektorn utan att särskilt lagstöd finns. All sådan överföring är därmed, åtminstone i viss utsträckning, reglerad.

⁵⁹ Se SKL:s utredning bilaga 3. Där rekommenderas att kommunerna av försiktighetsskäl undviker försäljningar av kommunal egendom under marknadspris.

⁶⁰ Notera att det finns i princip två olika förfaranden med mer eller mindre öppet anbudsförfarande, se vidare i avsnitt 5.6.

⁶¹ Se KamR:ns dom i Årefallet där det synes vara så att kommunala argument kring plan- och bygg och utveckling av Åre centrum underkändes.

2008-04-28

visst, om än mycket litet utrymme, enligt kommunalrätten att stödja viss verksamhet så är det sannolikt så att EG/EU-rätten innebär att den kommun som väl beslutat om avknoppning/privatisering av viss verksamhet sedan endast kan betrakta marknadskrafternas övertagande av densamma. Väsentligt är dock att denna slutsats är sann i olika grad beroende på vilken typ av verksamhet som är ifråga. Den första frågan som måste ställas är om statsstödsreglerna överhuvudtaget är tillämpliga i denna situation. Det är en bedömning från fall till fall.

Denna utredning har som uppdrag att utreda de generella kommunalrättsliga och EU/EG-rättsliga frågorna kring fenomenet avknoppning. Detta har genomförts och slutsatsen är tämligen enkel och tydlig. Huvudregeln är att vid avknoppning ska öppenhet och marknadsmässighet vara ledstjärnor. Sedan finns ett antal mer komplexa frågor som behöver analyseras vid varje givet tillfälle, och dessutom möjligen utredas mer än vad som här gjorts.

Den första frågan är hur värderingen ska genomföras och vilka instrument som ska användas. Att en värdering görs är väsentligt och kan självfallet vara av stor nytta både för kommunen och eventuell anbudsgivare. Värderingen är mycket viktig i processen och behöver därför genomföras väl. Sannolikt är det nödvändigt att värderingen genomförs sakligt och objektivt och av en utomstående professionell värderare.

Den andra frågan, vilken är relaterad till den verksamhetstyp som är ifråga, är i vilken utsträckning statsstödsreglerna är tillämpliga i just den situationen. Kommissionens riktlinjer om försäljning av fast egendom ställer upp relativt långtgående krav på kommunens agerande för att uppnå marknadsmässighet i förfarandet. Sannolikt råder liknande krav vid försäljning av lös egendom m.m. även om dessa ännu inte konkretiserats. Det torde dock finnas verksamhetstyper där kommunen har större möjlighet att påverka utgången av en avknoppning än vad som redovisats i denna rapport. Det är dock en analys som måste göras i varje enskilt fall.



Källor och litteratur

Aldestam, M., *Kommunal förvaltning i statsstödsrättslig belysning*, i *God förvaltning – ideal och praktik*, red., Marcusson L., Iustus förlag, Uppsala 2006.

Björkman, U., och Lundin, O., *Kommunen och lagen*, Iustus förlag, Uppsala 2007.

Bohlin, A., *Kommunalrättens grunder*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007.

Lerwall, L., *Den kommunala likställighetsprincipen*, red., Marcusson, L., *Offentlighetsprinciper*, Iustus förlag, Uppsala 2005.

Madell, T., *Det allmänna som avtalspart - särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, Norstedts juridik, 1998.

Marcusson, L., *Mot en ny kommunalrätt*, Iustus förlag, Uppsala 1992.

Proposition 1990/91:117 *Förslag till ny kommunallag*

Proposition 1993/94:188 *Lokal demokrati*

SOU 2007:72 *Kommunal kompetens i utveckling*



2008-04-28

Bilaga 1

Regeringsuppdraget



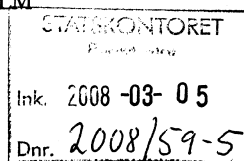
Regeringsbeslut 16

2008-02-21

Fi 2008/1516 (delvis)

Finansdepartementet

Till avd.....	1	Statskontoret
Kontakt med.....		Box 8110
Beslut.....	Ed	104 20 STOCKHOLM
Datum 08.03.06..	Sign. PT	



Uppdrag till Statskontoret rörande frågor om prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal

Regeringens beslut

Regeringen uppdrar åt Statskontoret att göra en analys av vilka principer som enligt gällande rätt ska ligga till grund för prissättningen av en verksamhet när en kommun eller ett landsting överläter den till kommunal personal. I uppdraget ingår att bedöma om olika utgångspunkter ska användas beroende på om det är fastigheten, verksamheten eller båda delarna som överläts. Analysen ska göras mot bakgrund av såväl kommunalrättsliga bestämmelser som EG:s statsstödsregler. I uppdraget ingår vidare att utreda om nuvarande regelverk ger utrymme för att särbehandla den egna personalen när verksamheter överläts och vilken inverkan en hembudsklausul kan tänkas få på försäljningspriset.

Regeringen beslutar att ersätta Statskontoret för deras kostnader med högst 50 000 kronor. Kostnaden ska belasta det under utgiftsområde 01 upptagna anslaget 90:5 Regeringskansliet m.m. anslagspost 1 Till Regeringskansliets disposition, budgetram 6 Finansdepartementet. Ersättning utbetalas mot faktura.

Uppdraget ska redovisas till regeringen (Finansdepartementet) senast den 30 april 2008.

Närmare om uppdraget

Inom kommuner och landsting förekommer att verksamheter överläts till personal, så kallad avknoppning. Beroende på vilken verksamhet det rör sig om kan denna efter en avknoppning fortsätta antingen som en driftentreprenad eller som en ny verksamhet med enskilt huvudmannaskap. När en verksamhet bedrivs som en driftentreprenad inom exempelvis hälso- och sjukvården krävs att den upphandlas enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Om avknoppningen

Postadress 103 33 Stockholm	Telefonväxel 08-405 10 00	E-post: registrator@finance.ministry.se
Besöksadress Drottninggatan 21	Telefax 08-21 73 86	Telex 117 41 FINANS S

2

enbart innebär att en fastighet överläts till företrädare för personalen är LOU inte tillämplig.

I samband med avknoppningar har vissa rättsliga frågeställningar uppkommit. En av dessa frågeställningar är vilket pris som kommunen eller landstinget ska ta ut av den som övertar verksamheten. Frågan är om kommuner och landsting är skyldiga att ta ut ett marknadspris när verksamheter eller fastigheter överläts till personalen och hur ett sådant marknadsvärde ska bedömas. En annan frågeställning är vilken prispåverkande funktion en hembudsklausul skulle kunna ha vid en avknoppning.

En försäljning till underpris aktualiserar EG:s regler om statstöd. Begreppet stöd i artikel 87 EG-fördraget omfattar inte enbart konkreta förmåner som bidrag. Statstöd kan även bestå i försäljning av fastigheter eller byggnader till underpris (Kommunala kompetensutredningen; SOU 2007:72 s. 257).

I den mån en verksamhet medvetet överläts till icke-marknadsmässigt pris aktualiseras också de förbud som finns i 2 kap. 1 och 8 §§ kommunallagen (1991:900) mot att ge understöd till enskild eller enskild näringsidkare.

Av intresse är även bestämmelsen i 8 kap. 1 § kommunallagen om att kommuner ska ha en god ekonomisk hushållning.

Det som särskilt har aktualiserat behovet av en fördjupad analys är frågan vad som utgör ett marknadsmässigt pris vid överlåtelse av en kommunal verksamhet. Frågan är om en kommun eller ett landsting, för att undvika att bryta mot gällande rätt, ska ta ut ett pris för det marknadsvärde som verksamheten kan ha inräknat exempelvis elev- eller kundunderlag, varumärke och allmän goodwill när den överlåter en verksamhet till någon annan.

Frågan har nyligen prövats av Länsrätten i Stockholms län i ett mål som avsåg överlåtelse av en gymnasieskola i Täby kommun (mål nr 10633-07). Länsrätten fann i domen att eftersom kommunen i det fallet hade sålt inventarierna till marknadspris förelåg inget otillåtet understöd till enskild näringsidkare. Vad de klagande anfört om att hänsyn även skulle tas till goodwillvärdet ansåg länsrätten vara en fråga om beslutets lämplighet och skälighet, vilket inte omfattades av dess prövning.

Skälen för regeringens beslut

Regeringen vill stimulera en större mångfald av utförare inom den offentligt finansierade välfärden. Det är regeringens uppfattning att med fler utförare ökar möjligheten till utveckling och högre kvalitet i verksamheten. Ett sätt att uppnå sådan mångfald är att anställda inom en offentligt driven verksamhet får ta över och driva den vidare på egen



2008-04-28

3

hand. För att avknoppningar ska fungera är det viktigt att det finns tydliga regler för hur överlåtelser av verksamhet ska gå till. En fråga som därför särskilt behöver belysas är vilka principer för prissättningen som ska användas vid sådana överlåtelser.

På regeringens vägnar



Mats Odell



Emil Högberg

Kopia till:

Finansdepartementet/KE
Utbildningsdepartementet/S
Utbildningsdepartementet/G
Socialdepartementet/HS
Socialdepartementet/ST



Bilaga 2

Avknoppning, ett exempel från skolområdet

Inledning

Enligt 1 kap 2 § skollagen (1985:1100) ska alla barn och ungdomar, oberoende av kön, geografisk hemvist samt sociala och ekonomiska förhållanden, ha lika tillgång till utbildning i det offentliga skolväsendet. Utbildningen ska vidare vara likvärdig oavsett skolform.

Av 1 kap 1 § skollagen framgår att det allmänna ordnar utbildning i form av förskoleklass, grundskola och gymnasieskola samt vissa motsvarande skolformer i form av särskola, specialskola och sameskola. Huvudregeln är således att det är det allmänna som är huvudman för skolan.

Huvudmän för förskoleklassen och grundskolan är enligt 1 kap 4 § skollagen kommunerna och för gymnasieskolan kommuner och landsting. Kommunerna är även enligt 1 kap. 5 § skollagen huvudman för särskolan.

Barn som är bosatta i landet har enligt 3 kap 1 § skollagen skolplikt. Skolplikt gäller dock inte i fråga om barn, som varaktigt vistas utomlands eller vars förhållanden är sådana att det uppenbarligen inte kan begäras att barnet skall gå i skola. Skolplikten motsvaras av en rätt att få utbildning inom det offentliga skolväsendet för barn och ungdom. Det finns således en rätt att få utbildning inom det offentliga skolväsendet för barn som är bosatta i landet.

Fristående skolor

Vid sidan av de skolformer som anordnas av det allmänna kan det finnas skolor som anordnas av enskilda fysiska eller juridiska personer, så kallade fristående skolor, vilket framgår av 1 kap 3 § skollagen. Skolplikten får enligt 9 kap. 1 § skollagen fullgöras i en fristående skola om den fristående skolan är godkänd av Statens skolverk, avseende grundskolan eller särskolan, och av styrelsen för specialskolan avseende specialskolan.

En fristående skola, vars utbildning ger kunskaper och färdigheter som till art och nivå väsentligen svarar mot de kunskaper och färdigheter som grundskolan, särskolan respektive specialskolan skall förmedla, ska enligt 9 kap 2 § skollagen godkännas, om

1. skolan även i övrigt svarar mot de allmänna mål och den värdegrund som gäller för utbildning inom det offentliga skolväsendet,
2. huvudmannen för skolan har förutsättningar att bedriva verksamheten i enlighet med ovan angivna villkor,
3. skolan står öppen för alla barn som enligt denna lag har rätt till utbildning inom motsvarande skolform i det offentliga skolväsendet, med

2008-04-28

undantag för sådana barn vilkas mottagande skulle medföra att betydande organisatoriska eller ekonomiska svårigheter uppstår för skolan,

4. skolan har minst 20 elever, om det inte finns särskilda skäl för ett lägre elevantal,
5. skolan, om den motsvarar särskolan eller specialskolan, bereder eleverna de omsorger som behövs,
6. skolan för undervisningen använder lärare, förskollärare eller fritidspedagoger som har en utbildning avsedd för den undervisning de i huvudsak skall bedriva, dock med undantag för fall då personer med sådan utbildning inte finns att tillgå eller det finns något annat särskilt skäl med hänsyn till eleverna, och
7. skolan uppfyller de ytterligare villkor som regeringen föreskriver i fråga om utbildningen vid fristående skolor och om antagningen till och ledningen av sådana skolor.

Det är således tydligt reglerat att det går att fullgöra skolplikten i en fristående grundskola, särskola eller specialskola som uppfyller det krav som ställs och är godkänd av Statens skolverk.

Gymnasiefriskola

En gymnasiefriskola godkänns inte på samma sätt som tidigare nämnda skolor. I stället skall dessa, enligt 9 kap 8 § skollagen av Statens skolverk förklaras berättigade till bidrag av elevens hemkommun om en sådan friskola lämnar utbildning som ger kunskaper och färdigheter som till art och nivå väsentligen svarar mot de kunskaper och färdigheter som gymnasieskolan skall förmedla på nationella eller specialutformade program.

En sådan förklaring får dock lämnas endast om:

1. skolan även i övrigt svarar mot de allmänna mål och den värdegrund som gäller för utbildning inom det offentliga skolväsendet,
2. huvudmannen för skolan har förutsättningar att bedriva verksamheten i enlighet med ovan angivna villkor,
3. skolan står öppen för alla ungdomar som har rätt till motsvarande utbildning i gymnasieskolan enligt denna lag, med undantag för sådana ungdomar vilkas mottagande skulle medföra att betydande organisatoriska eller ekonomiska svårigheter uppstår för skolan,
4. skolan för undervisningen använder lärare som har en utbildning avsedd för den undervisning de i huvudsak skall bedriva, dock med undantag för fall då personer med sådan utbildning inte finns att tillgå eller det finns något annat särskilt skäl med hänsyn till eleverna, och
5. skolan uppfyller de ytterligare villkor som regeringen föreskriver i fråga om utbildningen vid fristående skolor och om antagningen till och ledningen av sådana skolor.

2008-04-28

En sådan förklaring får inte lämnas om det skulle innebära påtagliga negativa följder för skolväsendet i den kommun där skolan är belägen eller i närliggande kommuner.

Sammanfattning

Även om det enligt skollagen är ”det allmänna” som ordnar utbildning finns det möjlighet för enskilda fysiska eller juridiska personer att anordna skolor. Statens skolverk prövar om en fristående skola skall godkännas respektive förklaras berättigad till bidrag av elevens hemkommun. Det finns således en rättslig reglering som möjliggör skolverksamhet i annan form än den som de allmänna anordnar.

Processen hos kommunen

Efter beslut av fullmäktige om att viss skolverksamhet ska avknoppas inleds själva det praktiska förfarandet. Inledningsvis måste ställning tas till vad som ska överföras till det privata. Ett vanligt förfarande är att kommunen upphandlar en viss tjänst som den behöver få utförd. Det kan exempelvis vara förskoleverksamhet. I ett sådant fall är det kommunen som köper en tjänst från den privata sektorn. Upphandlingsförfarandet är genomreglerat och en mängd rättspraxis, uttalanden från kommissionen, Nämnden för offentlig upphandling, Konkurrensverket m.fl. aktörer, finns. Teoretiskt sett är upphandling mycket enkelt och förfarandet ska bl.a. präglas av öppenhet och saklighet.

En annan variant, än att genomföra en upphandling, är att försälja viss kommunal egendom för att främja att verksamheten överförs till privat regi. Fast egendom kan överlåtas, skolbyggnaden, inventarier, skolbänkar m.m. och slutligen kan namnet, goodwillvärdet försälas. Varianter av detta kan självfallet tänkas, exempelvis att bara namnet på skolan överlåts. Här blir det fråga om överföring av värden från den kommunala till den privata sektorn. Den första åtgärden är då att genomföra en värdering av det som ska försälas. Det bör då vara en totalvärdering där även ideella värden ingår. Det här är en komplicerad och osäker del av processen. Svårigheten att värdera sådant som traditionellt hanterats inom ramen för den kommunala sektorn är naturligtvis stor. Nästa steg i processen är dock att bjuda ut det hela till försäljning. Ju större krets som inbjuds desto bättre. Här uppstår det intressanta som möjligen kan reparera att värderingsmomentet är osäkert och komplext. Om ett antal anbud inkommer, vilket inte alls behöver vara fallet, erhålls en bättre mätare för vad som ska anses vara marknadsvärdet. Enkelt uttryckt är det högsta anbudet det som är marknadsvärdet, det som marknaden anser att det erbjudna är värt. En öppen försäljningsprocess där så många aktörer som möjligt deltar gör att värderingsmomentets betydelse minskas. Därmed inte sagt att en värdering kan underlåtas att genomföras.