



UNIVERSITY OF GOTHENBURG
SCHOOL OF BUSINESS, ECONOMICS AND LAW

Kommuners köp från kommunägda bolag

En närmare studie av In House Providing och kontrollkriteriets möjliga
tillämpning i svensk rätt

Författare: Cecilia Hesselén

Tillämpade studier 30 hp

Handledare: Filip Bladini

2009

Innehållsförteckning

1. INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Problemformulering.....	4
1.3 Syfte	6
1.4 Metod	6
1.5 Avgränsningar	6
1.6 Disposition	7
AVDELNING I	7
2. KOMMUNERS VERKSAMHET I BOLAGSFORM.....	7
2.1 Motiv för att bedriva kommunal verksamhet i bolagsform	8
2.2 Den kommunala kompetensen för att driva verksamhet i bolag.....	9
2.3 Villkor vid bildande av kommunala bolag.....	10
3. OFFENTLIG UPPHANDLING	11
3.1 Syfte med upphandlingslagstiftningen.....	12
3.2 Gemenskapsrätten och EG-direktiven om offentlig upphandling	12
3.3 Gällande nationell rätt.....	14
3.3.1 Lagen om offentlig upphandling.....	14
AVDELNING II.....	15
4. IN HOUSE PROVIDING.....	15
4.1 In House Providing i EG-rätten	16
4.1.1 Teckal-kriterierna.....	16
4.1.2 Kontrollkriteriet	17
4.1.2.1 Kommunens aktieinnehav.....	18
4.1.2.2 Kommunens påverkansmöjligheter i bolaget.....	18
4.1.2.3 Bolagsordningens innehåll.....	19
4.1.2.4 Sammanfattning kontrollkriteriet	20
4.1.2.5 Kontrollkriteriets gräns.....	21
4.1.3 Teckal-kriteriernas förenlighet med nationell rätt	22
4.2 In House Providing i svensk rätt	23
4.2.1 SYSAV-domarna	23
4.2.2 Kommentar till SYSAV-domarna	24

5. KONTROLLKRITERIETS MÖJLIGA TILLÄMPNING I SVENSK RÄTT	25
5.1 Prövning av kontrollkriteriet.....	26
5.1.1 Styrinstrument.....	26
5.1.1.1 Bolagsstyrelsen.....	27
5.1.1.2 Bolagsordningen.....	29
5.1.1.3 Bolagsstämman.....	30
5.1.1.4 Ägardirektiv.....	31
5.1.1.5 Andra möjliga styrinstrument.....	32
5.1.1.6 Sammanfattande bedömning av styrinstrumenten	32
5.1.2 Ägarrollen.....	33
5.1.2.1 Kommunens aktieinnehav.....	33
5.1.2.2 Aktieägarens möjligheter att påverka beslutsfattandet i bolaget.....	35
5.1.2.3 Sammanfattande bedömning av ägarrollen	37
5.1.3 Tillsyn.....	37
5.1.3.1 Kommunstyrelsen uppsikt över de kommunala bolagen.....	37
5.1.3.2 Revision i kommunala bolag	38
5.1.3.3 Sammanfattande bedömning av tillsynen.....	39
6. AVSLUTANDE DISKUSSION	40
7. KÄLLFÖRTECKNING	44

1. INLEDNING

1.1 Bakgrund

En kommun kan organisera sin verksamhet på olika sätt. Traditionellt består en kommun av kommunfullmäktige som högsta beslutande organ och därunder en kommunstyrelse jämte de nämnder som fullmäktige bedömer som nödvändiga för att fullgöra kommunens uppgifter.

Kommunen kan emellertid ordna sin verksamhet på andra sätt t.ex. i bolagsform och då företrädevis i aktiebolagsform. Bolagiseringen av den kommunala verksamheten handlar framförallt om kommunernas grundlagsfästa rätt till självstyre, RF 1 kap 1 §. Av förutsättningarna för att driva kommunal verksamhet i bolagsform, som återfinns i kommunallagen, kan utläsas att en kommun kan överlämna ansvaret för vissa uppgifter till ett av kommunen hel- eller delägt bolag. Uppgiftsöverföringen sker på kommunalrättslig grund och innebär att kommunen helt enkelt väljer den driftsform som bedöms vara mest effektiv.

Den kommunala verksamheten är huvudsakligen finansierad av offentliga medel. Det är därför viktigt att tillförsäkra att tillgångarna utnyttjas på ett effektivt sätt. Som hjälp härför finns reglerna om offentlig upphandling som i synnerhet syftar till att tillförsäkra en så ändamålsenlig användning som möjligt av de offentliga resurserna. Detta görs bland annat genom krav på upphandling i konkurrens, dvs. att aktörer skall konkurrera om offentliga uppdrag.

1.2 Problemformulering

På senare år har kommunerna tenderat att, i större utsträckning än tidigare, bolagisera delar av sin verksamhet eftersom de anser att en privaträttslig form är mer fördelaktig än den gängse förvaltningsformen. I de fall kommunerna vill använda sig av det egna bolagets tjänster uppkommer frågan om de kan sluta avtal direkt med bolaget, med frångående av LOU:s regler, eller om upphandling måste ske. Frågan huruvida kommunerna kan organisera sin verksamhet i bolagsform, utan att det därigenom uppstår ett upphandlingspliktigt förhållande mellan kommuner och dess egna bolag, har varit föremål för omfattande diskussioner under en lång tid.

De främsta företrädarna för kommunerna¹ anser att köp från hel- eller delägda kommunala bolag närmast skall vara att anse som kommunal uppgiftsöverföring och därmed anses utgöra kommunal egenregiverksamhet.² Det finns dock de som hävdar att det kommunala företaget inte skall gynnas på bekostnad av exempelvis privata företag på så sätt att kommunen underlåter att begära in anbud till förmån för sina egna bolag.

Det kan sålunda konstateras att det idag finns en motsättning mellan upphandlingslagstiftningens syfte att värna om de allmänna medlen och därigenom den effektiva konkurrensen och kommunens intresse av att själva välja hur de skall styra verksamheten. Varken EG-rätten eller nationell rätt medger något formellt undantag från reglerna om offentlig upphandling. Däremot finns det enligt EG-rättslig praxis ett undantag som avser egenregi. Undantaget, som benämns antingen Teckal-kriterierna eller In House Providing, består av två kriterier; kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet. I enlighet med detta har en kommun rätt att direkttilldela ett kontrakt till en fristående juridisk person utan någon föregående upphandling förutsatt att den sistnämnda är knuten till kommunen på ett visst sätt.³ Kontrollkriteriet anses vara de mest komplicerade av de två kriterierna.⁴ Den främsta anledningen härför är att det är oklart vilken grad av kontroll som fordras för att undantaget skall bli tillämpligt.

I ett nyligen avgjort fall från Regeringsrätten, SYSAV-målen⁵, menade dock domstolen att nuvarande svensk rätt inte möjliggör att det EG-rättsliga undantaget tillämpas. I anledning av SYSAV-domarna har Sveriges Kommuner och Landsting begärt en lagändring som föreslår att Teckal-kriterierna införs i den svenska lagstiftningen.⁶ Förutsatt att kriterierna uppfylls skulle kommuner på så sätt kunna anlita egna bolag utan föregående upphandling. En del anser dock att, även om Teckal-kriterierna hade varit tillämpliga vid tillfället för Regeringsrättens bedömning i SYSAV-domarna, hade utgången i målet sannolikt blivit densamma.⁷ Det kan konstateras att det är oklart huruvida Teckal-kriterierna, och framförallt kontrollkriteriet, överhuvudtaget är möjliga att uppfylla med gällande legalt system. En lagändring är emellertid trolig varför det kan vara intressant att närmare utreda Teckal-kriterierets kontrollkriterium och om det kan tillämpas i svensk rätt.

¹ Kommunala Företagens samorganisation (KFS) och Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)

² http://www.kfs.net/projekt/dokument/LO_upphandlingsutredningen_050602.pdf och Sveriges Kommuner och Landstings hemställan, dnr 08/1808

³ Mål C-107/98, *Teckal*

⁴ Prop. 2006/07:128, s. 189

⁵ RÅ 2008 ref. 26

⁶ Sveriges Kommuner och Landstings hemställan, dnr 08/1808

⁷ Pedersen, *Upphandlingskrönika*, Europarättslig Tidsskrift, årgång 2008, nr 2, s. 543

1.3 Syfte

Uppsatsen har som främsta syfte att närmare utreda huruvida kontrollkriteriet kan tillämpas när svenska kommuner direktupphandlar från sina egna bolag. Syftet är att belysa de bestämmelser i kommunallagen och aktiebolagslagen som medger att kommunen får viss kontroll över det kommunala bolaget. De aktuella reglerna skall sedan prövas mot kontrollkriteriet för att undersöka om undantaget skulle kunna tillämpas i den nu gällande svenska rätten.

1.4 Metod

För uppsatsens genomförande har jag framförallt använt mig av kommunallagen (1991:900) (KomL), lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), aktiebolagslagen (2005:551) (ABL). Vidare har facklitteratur, som behandlar rättsområdet, studerats. Även skriften ”Principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag” utgiven av Sveriges Kommuner och Landsting har varit intressant för uppsatsen. Dessa principer är ett arbete som initierades ur diskussionen om ”corporate-governance”⁸ men som genom ett samarbete mellan experter och kommuner och landsting anpassats till den kommunala sektorn. Av vikt för uppsatsen har likaledes varit såväl EG-rättslig praxis som nationell praxis på området. Slutligen har muntliga informationskällor varit en viktig del av uppsatsarbetet. För att sätta mig in i frågeställningen har jag varit i kontakt med advokat Roland Adrell⁹ på Gärde Wesslau Advokatbyrå, projektassistent Erik Sandin¹⁰ vid Göteborgs Universitet, förbundsjurist Ulf Palm¹¹ på Sveriges Kommuner och Landsting, doktorand och tillika advokat Andrea Sundstrand¹² vid Stockholms Universitet samt jurist Robert Moldén¹³ på Konkurrensverket.

1.5 Avgränsningar

Det för uppsatsen valda ämnet är omfattande varför det är nödvändigt att göra vissa avgränsningar. Vad gäller Teckal-kriterierna kommer uppsatsen enbart att behandla kontrollkriteriet medan verksamhetskriteriet endast kommer att behandlas översiktligt. Den främsta orsaken till detta är att kriterierna berör olika frågor. Kontrollkriteriet behandlar

⁸ Coporate governance brukar översättas med bolagsstyrning

⁹ Roland Adrell har varit behjälplig under hela arbetes gång

¹⁰ Erik Sandin har hjälpt till med uppsatsens frågeställning och han har även varit till hjälp under arbetsprocessen

¹¹ Ulf Palm har hjälpt till med att ta fram olika dokument från Sveriges Kommuner och Landsting

¹² Andrea Sundstrand har framförallt varit behjälplig vad gäller de förvaltningsrättsliga bolagen

¹³ Robert Moldén har hjälpt till vid frågeställningen

framförallt styrnings- och kontrollmöjligheterna för kommunen under det att verksamhetskriteriet¹⁴ aktualiserar frågor om bolagets omsättning.

Vidare kommer det enbart att fokuseras på LOU och upphandling inom den klassiska sektorn och inte på upphandling inom försörjningssektorn. Uppsatsen kommer endast att beröra kommunal verksamhet och för enkelhetens skull inte upphandling som berör landsting och landstingsägda bolag. Det skall dock poängteras att förhållandet mellan kommuner och landsting och deras respektive bolag i mångt och mycket är desamma. Vad gäller den kommunala verksamheten är det blott aktiebolagsformen som aktualiseras och stiftelseformen omnämns inte. Huruvida ett kommunalt bolag är upphandlingspliktigt kommer inte att avhandlas utan det centrala för uppsatsen är att undersöka kommunens upphandlingsskyldighet gentemot sina kommunägda bolag.

1.6 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i två avdelningar. Avdelning I är en bakgrundsdel som syftar till att sätta den kommande frågeställningen i en rättslig kontext. I kapitel 2 behandlas kort kommunens verksamhet i bolagsform och i det efterföljande kapitel 3 redogörs det för gällande rätt beträffande offentlig upphandling.

Uppsatsens utredande del återfinns i avdelning II. Avdelningen inleds med kapitel 4 som presenterar under vilka omständigheter som EG-rätten tillåter att upphandling inte behöver ske vid förvärv mellan två skilda juridiska personer. Därefter följer uppsatsens mer analyserande del i kapitel 5. Utgångspunkten i kapitlet är jämföra de svenska reglerna rörande kommuner och deras kommunala bolag i förhållande till EG-domstolens kontrollkriterium. Avdelning II avrundas med kapitel 6 och en avslutande diskussion.

AVDELNING I

2. KOMMUNERS VERKSAMHET I BOLAGSFORM

Kommunal bolagsbildning är ingen ny företeelse utan det framkommer av rättspraxis från 1800-talets senare hälft att kommunerna kunde teckna aktier i järnvägs-, teater-, och badhusbolag.¹⁵ De kommunala bolagens ställning reglerades emellertid först i början på 1990-

¹⁴ Verksamhetskriteriet kommer att utvecklas kort under 4.1.1

¹⁵ Petersén, Reuterfors-Mattson, Torngren och Wikell, *Kommunallagen, kommentarer och praxis*, s. 154

talet.

I 8 kap 5 § regeringsformen framgår det att grunderna för kommuners organisation och verksamhetsformer skall bestämmas i lag. I 1991 års kommunallag finns det regler om kommunens verksamhet i bolagsform. Kommuner kan således driva kommunal verksamhet i privaträttslig form. Den kommunala bolagsformen utgör en hybrid mellan offentlig rätt och privat rätt och såväl KomL:s som ABL:s regler är tillämpliga.

2.1 Motiv för att bedriva kommunal verksamhet i bolagsform

Motiven för att driva kommunala bolag har växlat genom åren. Under senare delen av 1800-talet erbjöd aktiebolagsformen en form för samarbete mellan kommunerna och privata intressen.¹⁶ Ett viktigt argument för aktiebolagsformen var att den inte var underkastad offentligrättslig reglering, vilken ansågs som omständlig och tidskrävande i affärsmässiga sammanhang. Numera är dock detta argument inaktuellt eftersom de kommunala bolagen har öppnats upp för offentlighet på samma sätt som den kommunallagsreglerade förvaltningen med avseende på bland annat bestämmelserna i tryckfrihetsförordningen (1949:105) och sekretesslagen (1980:100).¹⁷

På senare tid har det istället framhållits att de demokratiska beslutsvägarna i fullmäktige etc. ofta uppfattas som alltför omständliga och utdragna, särskilt i affärsmässiga sammanhang, varför bolagsformen har varit att föredra.¹⁸

Den största fördelen med bolagsformen är att det blir lättare att samverka med andra aktörer. Detta eftersom ABL innehåller relativt utförliga organisationsmönster och regler om ägarstyrning.¹⁹ ABL:s tämligen klara roller för aktieägare, bolagsstyrelse, verkställande direktör och revisorer anses som en effektivitetsfördel i förhållande till förvaltningar.²⁰ Kommunerna framhäver också ofta fördelen med ekonomisk effektivitet och att bolaget utgör en urskiljbar ekonomisk enhet.²¹

Slutligen understryker kommunerna ofta som motiv för bolagsformen att de vill värna om

¹⁶ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 21 ff

¹⁷ Lindqvist, *Kommunala befogenheter*, s. 88

¹⁸ A.a., s. 86 ff

¹⁹ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 22

²⁰ A.a., s. 22

²¹ Lindqvist, *Kommunala befogenheter*, s. 88

friheten att själva bestämma formerna för den kommunala verksamheten.²²

2.2 Den kommunala kompetensen för att driva verksamhet i bolag

En kommun kan inte ingå avtal om något som de inte har kompetens att reglera i kommunalrättslig ordning och det kommunala bolagets verksamhet måste falla inom den kommunala kompetensen.²³ Det finns olika typer av kommunal kompetens. För det första har kommunerna en s.k. allmän kompetens och för det andra finns det kompetensregler som styr det kommunala näringslivet.

Bestämmelsen om den allmänna kompetensen finns i KomL 2 kap 1 § där det stadgas att kommuner själva får ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller deras medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun eller någon annan. Lagrummet begränsar föremålet för den kommunala verksamheten till allmänintresset och lokaliseringsprincipen²⁴. Dessutom får inte verksamheten vara förbehållen någon annan offentlig huvudman eller annan.

Vid sidan av den allmänna kompetensregeln i 2 kap 1 § KomL har det utvecklats vissa speciella principer som styr tillåtligheten av kommunal näringsverksamhet vilka återfinns i 2 kap 7-8 §§ KomL. Den kommunala näringsverksamheten skall bäras upp av ett samhälleligt intresse och syftet skall vara att tjäna de egna kommuninvånarna.²⁵

Kommunernas befogenheter inom området för sedvanlig kommunal affärsverksamhet regleras i 2 kap 7 § KomL. Enligt regeln får kommuner driva näringsverksamhet förutsatt att den går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen. Dessutom fordras det att den kommunala näringsverksamheten drivs utan vinstsyfte. Detta är ett uttryck för den kommunalrättsliga grundprincipen om förbud mot spekulativa företag. Principen innebär att en kommun inte får inlåta sig på företag som har till huvudsakligt syfte att ge kommunen en ekonomisk vinst. Genom vinstförbudet framträder skillnaden mellan det privata näringslivet, som har ett klart vinstsyfte, och den kommunala verksamheten, som bärs upp av ett allmänt och samhälleligt intresse.²⁶ Även om syftet är att den kommunala näringsverksamheten skall tjäna de egna medlemmarna är det enligt motiven

²² SOU 2001:31, s. 92 f

²³ Petersén m.fl., *Kommunallagen, kommentarer och praxis*, s. 155

²⁴ Lokaliseringsprincipen innebär att en kommunal åtgärd måste vara knuten till kommunens eget område eller dess invånare för att den skall anses som laglig.

²⁵ SOU 2001:31, s. 95

²⁶ Petersén m.fl., *Kommunallagen, kommentarer och praxis*, s. 117

inget som hindrar att anläggningarna eller tjänsterna i praktiken också utnyttjas av andra än kommunmedlemmarna.²⁷

I 2 kap 8 § KomL stadgas att kommunen får vidta åtgärder för att främja näringslivet i kommunen. Till de allmänt främjande åtgärderna hör att tillhandahålla mark och teknisk service till företagen. Individuellt stöd får endast förekomma i undantagsfall och om synnerliga skäl föreligger.

2.3 Villkor vid bildande av kommunala bolag

För kommunala bolag finns det dels regler i ABL, dels regler i KomL. KomL:s regler om bolag omfattar endast de specifika krav som lagstiftaren valt att ställa på kommunerna som bildare/ägare av olika former av kommunala bolag. Svar på övriga frågor som rör aktiebolag får sökas i ABL.

Frågan om tillåtligheten av kommunal verksamhet genom bolag är reglerad i 3 kap 16 § KomL. Av bestämmelsen framkommer att kommuner får lämna över vården av en kommunal angelägenhet, för vars handhavande inte särskild ordning föreskrivs, genom beslut av fullmäktige. Det beslutsunderlag som föreligger i fullmäktige innehåller regelmässigt redovisning av skälen för bolagsbildning och ibland innehåller det även en precisering av under vilka villkor bolaget skall drivas.

Det är enbart den verksamhet som faller inom den kommunala kompetensen som kan överlämnas till ett privaträttsligt organ.²⁸ Enligt 3 kap 16 § KomL 2 st och med hänvisning till 11 kap 6 § regeringsformen får vården av en angelägenhet som innefattar myndighetsutövning endast överlämnas till ett bolag om det finns stöd i lag. Ett sådant lagstöd förekommer undantagsvis så som exempelvis i lagen (1987:24) om kommunal parkeringsövervakning och lagen (1993:802) om entreprenadförhållanden inom skolan.

I 3 kap 17-18 §§ KomL finns det formregler för bolagisering som syftar till att främja kommunens styrning av och inflytande i de egna företagen. Bestämmelserna avser att motverka att kommunens resurser används för syften som är främmande för kommunens kompetens. Reglerna riktar sig till kommunen och inte till de kommunala bolagen eftersom de senare regleras av privaträtten och följaktligen framförallt av ABL.

²⁷ Petersén m.fl., *Kommunallagen, kommentarer och praxis*, s. 116

²⁸ A.a., s. 155

I 3 kap 17 § KomL anges det villkor som uppställs för kommunala bolag som en kommun har bildat ensam, dvs. där kommunen är ensam ägare till bolaget. Av bestämmelsen framgår det att kommunfullmäktige för det första skall fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten, för det andra utse samtliga styrelseledamöter och för det tredje se till att de får ta ställning innan beslut av större vikt fattas.

I 3 kap 18 § KomL återfinns en bestämmelse som reglerar det förhållande när en kommun lämnar över en kommunal angelägenhet till ett bolag eller en förening där kommunen endast är delägare. Fullmäktige skall i detta fall se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i 3 kap 17 § KomL i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt.

Intressant att notera är att Konstitutionsutskottet under lagberedningen påpekade att en majoritet i utskottet ansåg att den kommunala verksamheten i största möjliga utsträckning bör ske i kommunala nämnder.²⁹ Eftersom någon begränsning inte följer av lagtexten utan endast av ett utskottsuttalande får utrymmet för företagsbildningar dock anses som relativt stort.³⁰

3. OFFENTLIG UPPHANDLING

Reglerna om offentlig upphandling är visserligen nära knutna till bestämmelser om otillåtet statsstöd, konkurrensrätt och annan lagstiftning som rör hur marknaden fungerar men det anses likväl vara ett eget rättsområde som befinner sig i gränslandet mellan offentlig rätt och civilrätt. Bestämmelserna brukar karakteriseras som kommersiell förvaltningsrätt eftersom offentlig upphandling handlar om hur den offentliga sektorn skall agera vid kommersiella transaktioner.³¹

Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger på EG-rätten. Sverige är även anslutet till ett avtal avseende offentlig upphandling, det så kallade General Procurement Agreement (GPA) inom ramen för samarbetet i världshandelsorganisationen WTO.³² Genom att följa den svenska upphandlingslagstiftningen följer upphandlande myndigheter således de skyldigheter som följer av både EG-direktiv och GPA.

²⁹ 1990/91:KU 38 s. 14 och 44

³⁰ Lindqvist, *Kommunala befogenheter*, s. 90

³¹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 21

³² Konkurrensverket, *Upphandlingsreglerna - en introduktion*, s. 6

3.1 Syfte med upphandlingslagstiftningen

Syftet med upphandlingsreglerna är att upphandlande myndigheter, genom att dra nytta av konkurrensen på den aktuella marknaden, på bästa sätt skall använda de offentliga medel som finansierar de offentliga upphandlingarna. Dessutom är det viktigt att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.³³

Mer precist vad det gäller den EG-rättsliga lagstiftningen är det främsta syftet att förverkliga den inre marknaden. Reglerna avser att skydda etableringsfriheten och de enskildas rätt att utnyttja den fria rörligheten.³⁴ Med tiden förväntas den fria rörligheten på den inre marknaden leda till en sund konkurrens och därmed till att såväl företag och upphandlande enheter som konsumenter får tillgång till produkter av hög kvalitet till förmånliga priser.

Den svenska lagstiftningen avser framförallt att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt, t.ex. för att diskriminera eller gynna vissa leverantörer, skapa handelshinder eller på annat sätt ta ovidkommande hänsyn.³⁵

3.2 Gemenskapsrätten och EG-direktiven om offentlig upphandling

LOU skall tolkas fördragskonformt vilket innebär att LOU skall läsas i ljuset av dels EG-rättens regler dels den praxis som utvecklats i EG-domstolen. Med gemenskapsrätten för offentlig upphandling avses främst EG-fördraget (EGF), EG-direktiven om offentlig upphandling och EG-rättslig praxis. EGF saknar en direkt hänvisning till reglerna om offentlig upphandling men rättsområdet kan sägas ha ett nära sakligt samband med EGF:s konkurrensregler.³⁶

I artikel 86 EGF återfinns en bestämmelse som rör offentliga företag och företag som medlemsstaterna beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter. Bestämmelsen stipulerar att medlemstaterna inte skall vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i EGF och i synnerhet inte mot regeln i artikel 12 EGF. Artikel 12 EGF reglerar den inom EG-rätten mycket centrala likabehandlingsprincipen. Bestämmelsen i artikel 86 EGF torde aktualiseras när kommuner önskar underlåta att upphandla vid köp från sina kommunala bolag eftersom det kan anses att bolaget får en fördel i förhållande till andra bolag.

³³ Konkursverket, *Upphandlingsreglerna - en introduktion*, s. 6

³⁴ Slavicek, *Upphandlings olika ansikten*, Europarättsligt tidskrift årgång 2002, nr 1, s. 17

³⁵ A.a., s. 15

³⁶ Bernitz, *Europarättens grunder*, s. 297

I syfte att säkerställa konkurrensen har rådet, framförallt genom direktiv, byggt upp ett omfattande regelverk för offentlig upphandling. Tidigare fanns det två direktiv på området, 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster ("tjänstedirektivet") och 93/36/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor ("varudirektivet"). Europeiska unionen har emellertid uppdaterat reglerna om offentlig upphandling och den 31 mars 2004 antog rådet det s.k. klassiska direktivet, direktiv 2004/18/EG om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Rådet har även antagit direktiv 2004/17/EEG om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling på området vatten, energi, transport och posttjänster, de så kallade försörjningssektorerna, vilket inte kommer att behandlas närmare i denna uppsats. Att flertalet av de rättsfall som behandlar problematiken med Teckal-kriterierna utgår från bestämmelserna i de äldre direktiven torde inte inverka på den fortsatta framställningen eftersom bestämmelserna i de aktuella upphandlingsdirektiven är likartade.

Man har i lagstiftningsarbetet strävat efter att förenkla, harmonisera och modernisera lagstiftningen. Direktiv 2004/18/EG kan, tillsammans med övriga upphandlingsdirektiv, ses som en kodifiering av de "fyra friheterna" på området offentlig upphandling. Det anses även i mångt och mycket innebära ett fastställande av EG-rättslig praxis. Direktiven på upphandlingsområdet är detaljerade och man kan peka på några gemensamma huvudprinciper så som kravet på transparens, den gemensamma definitionen på upphandlande enhet och allmänna diskrimineringsbestämmelser.

EG-kommissionen har vid ett flertal tillfällen tagit ställning till om EG-fördraget eller direktiven om offentlig upphandling anger några specifika bestämmelser för undantag från upphandlingsreglerna vid köp i egenregi men det har kunnat konstateras att så inte är fallet.³⁷

Medlemsstaterna skulle införliva direktiven från år 2004 i nationell lagstiftning senast den 1 februari 2006. För Sveriges vidkommande trädde den nya lagen om offentlig upphandling (2007:1091) (LOU) ikraft nästan två år senare, dvs. den 1 januari 2008. Förutsatt att bestämmelserna har direkt effekt dvs. att de är ovillkorliga, klara och precisa, har de dock kunnat åberopas under den tvåårsperiod då bestämmelserna ännu inte var implementerade i Sverige.³⁸

³⁷ SOU 2001:31, s. 108

³⁸ Se framförallt EG-domstolens mål C-76/97 *Tögel*

3.3 Gällande nationell rätt

3.3.1 Lagen om offentlig upphandling

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är, som nämnts ovan, baserad på EG-direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG. Regeringen tillsatte år 2004 en särskild utredning som i huvudsak fick i uppdrag att lämna förslag till hur direktiven skulle införlivas i svensk rätt. I mars 2005 lämnade utredningen över delbetänkandet Nya Upphandlingsregler.³⁹ Förslaget var därefter på lagrådsremiss och en del justeringar föreslogs. Propositionen ”Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster” lämnades över till riksdagen i juni 2007. LOU trädde i kraft den 1 januari 2008 och ersatte den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU). Bestämmelserna i LOU har en ny struktur i förhållande till ÄLOU.

Det har ovan under kapitel 2 redogjorts för att KomL möjliggör för en kommun att lämna över driften av en kommunal angelägenhet till ett kommunalt bolag. Detta innebär dock inte att reglerna om offentlig upphandling för den sakens skull sätts ur spel. Med upphandlande myndighet avses enligt 2 kap 19 § LOU statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpning av bestämmelsen skall med myndighet jämföras beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ samt sammanslutningar av en eller flera myndigheter, församlingar eller organ. En kommun är således en upphandlande myndighet. Enligt LOU är upphandlande myndigheter skyldiga att upphandla vid tilldelning av kontrakt om leverans av varor eller tjänster. Således skall en kommun, som har för avsikt att köpa varor eller tjänster från en juridisk person, genomföra en upphandling oavsett om de äger den juridiska personen eller inte. En viktig princip inom upphandlingslagstiftningen är att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt i enlighet med 1 kap 9 § LOU.

Dagens lydelse av LOU medger vissa undantag från lagens tillämpningsområde. I korthet undantas teletjänster för allmänheten, 1 kap 4 § LOU, samt rättigheter till fastigheter, anskaffning och produktion av programmaterial avsett för radio- och TV-tjänster, skiljemanna- och förlikningsuppdrag, finansiella tjänster, anställningar, forsknings- och utvecklingstjänster och verksamhet som rör statskulden, 1 kap 6 § LOU. Vidare är LOU inte tillämplig på tjänstekontrakt som tilldelats på grund av ensamrätt, 1 kap 7 § LOU, och inte

³⁹ SOU 2005:22

heller för kompletterande byggtreprenadkontrakt i samband med byggkoncessioner, 1 kap 8 § LOU. LOU tillämpas inte heller när kommun, som är medlem i kommunalförbund, tar i anspråk kommunalförbundets tjänster eftersom den senare anses utgöra en specialkommun som endast tagit över huvudmannskapet för en del av kommunens verksamhet.⁴⁰ Slutligen finns det, under vissa förutsättningar, möjlighet att direkttilldela kontrakt vid så kallad direktupphandling.⁴¹ Det kan dock noteras att det inte finns några explicita undantag som rör kommuners köp från kommunägda bolag.

Den så kallade Upphandlingskommittén, som tillsattes år 1998 för att göra en översyn av LOU:s dåvarande regler, föreslog att ÄLOU skulle kompletteras med en ny bestämmelse. Bestämmelsens innebörd var att alla typer av upphandling inom den klassiska sektorn från eller till ett sådant bolag som avses i KomL 3 kap 17 § under vissa förutsättningar skulle kunna ske direkt.⁴² Förslaget avvisades dock med motiveringen att det ansågs att EG-rätten inte gav någon tydlig anvisning om rättsläget för kommuners rätt att göra anskaffningar utan upphandling från sitt helägda bolag. Av denna anledning ansåg regeringen att frågan behövde utredas ytterligare.⁴³ Därefter har det inte skett mycket i frågan men i och med att SYSAV-domarna avkunnades i våras⁴⁴ har saken aktualiserats på nytt.

Av det ovanstående kan det konstateras att någon undantagsbestämmelse fram till dags dato inte har kodifierats i varken gemenskapsrätten eller svensk rätt. Detta innebär emellertid inte att det är något som hindrar att ett sådant undantag utvecklas i EG-rättslig praxis, se avsnitt 4.

AVDELNING II

4. IN HOUSE PROVIDING

EG-domstolen har skapat en undantagsregel som medför att kommuner, i vissa fall, likväl kan genomföra köp från sina egna bolag. Köp i egenregi benämns vanligen In House Providing och avser avtal som en myndighet ingår med vissa offentliga organ vilka är knutna till den egna myndigheten. Undantaget kan ses som en avvägning mellan två motstående intressen, dvs. å ena sidan intresset av upphandling i fri konkurrens och å andra sidan offentliga aktörers

⁴⁰ SOU 1999:139, s. 70 f

⁴¹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 65

⁴² SOU 2001:31, s. 289

⁴³ Prop. 2001/02:142, s. 84

⁴⁴ Våren 2008

intresse av att fritt kunna organisera sin verksamhet.⁴⁵

In House Providing har formulerats bland annat i dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal. I Teckaldomen har domstolen skapat två kumulativa kriterier för undantagets tillämplighet, de så kallade Teckal-kriterierna. Kriterierna har sedermera vidareutvecklats i efterkommande EG-rättslig praxis. Nedan, under avsnitt 4.1, följer en genomgång av Teckal-kriterierna vilka kommer att ligga till grund för bedömningen i kapitel 5. Det är framförallt kontrollkriteriet som vållar svårigheter i tillämpningen⁴⁶ och som nämnts redan inledningsvis kommer uppsatsens huvudsakliga fokus att ligga på detta kriterium. Under avsnitt 4.2 behandlas möjligheterna att tillämpa In House Providing-undantaget i svensk rätt.

4.1 In House Providing i EG-rätten

4.1.1 Teckal-kriterierna

Målet Teckal (C-107/98) rörde förhållandet mellan en italiensk kommun och ett konsortium, dvs. en sammanslutning av kommuner som enligt stadgarna var en juridisk person med självständig förvaltning. Den italienska kommunen hade anförtrott konsortiet ett uppdrag utan att kontraktet hade föregåtts av upphandling. Rättsfrågan var huruvida det var möjligt för en kommun att underlåta att upphandla vid köp av en vara från självständig juridisk person. I målet menade domstolen att det fanns utrymme för ett undantag från upphandlingsreglerna.

Innebörden av undantaget är i korthet att om en upphandlande myndighet avser att sluta ett skriftligt kontrakt om leverans av varor⁴⁷ med en fristående juridisk person behöver inte upphandling ske *om* den upphandlande myndigheten kan visa att:

- 1) Den upphandlande myndigheten samtidigt utövar en kontroll över den fristående enheten motsvarande den som de utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet, se nedan under avsnitt 4.1.2)
- 2) Den fristående enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som är ägare.⁴⁸

Teckal-kriterierna har åberopats i den utsträckningen att det gör att de numera uppfattas som

⁴⁵ Pedersen, *Upphandlingskrönika*, Europarättslig Tidskrift, årgång 2008, nr 2 s. 543 ff

⁴⁶ Prop. 2006/07:128, s. 189

⁴⁷ Teckal-kriterierna avsåg varudirektivet men EG-domstolen har i mål C-94/99, ARGE, bekräftat att undantaget även är tillämpligt på upphandlingar som rör tjänstedirektivet.

⁴⁸ Mål C-107/98, *Teckal*, p. 50

ett materiellt undantag från upphandlingsskyldigheten.⁴⁹ EG-domstolen gjorde ingen analys av kriterierna i det specifika fallet men Teckal-kriterierna har emellertid utvecklats i senare rättsfall så som Parking Brixen, Stadt Halle, Carbotermo, Coditel m.fl. Trots de många tolkningar som gjorts av Teckal- domen är det fortfarande relativt oklart vad kriterierna egentligen innebär och hur de skall tillämpas.⁵⁰ Detta visar sig inte minst genom att nationella domstolar fortsätter att inhämta förhandsavgöranden från EG-domstolen i frågor som rör In House Providing-undantagets tillämplighet.⁵¹

4.1.2 Kontrollkriteriet

Kontrollkriteriet innebär att kommunen inte behöver upphandla om den utövar kontroll över enheten motsvarande den som den utövar över sin egen verksamhet. Det centrala för undantagets tillämplighet är att kontrollen skall medföra att den kontrollerade enheten styrs på samma sätt som kommunens egen verksamhet.

EG-domstolen har klargjort att varje undantag från upphandlingsskyldigheten skall tolkas restriktivt och det är den som åberopar undantagsreglerna som har bevisbördan för att bestämmelserna är tillämpliga.⁵² Vid bedömningen av om den upphandlande myndigheten utövar kontroll skall ”samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter beaktas”.⁵³

Undantaget har motiverats ur ett avtalsrättsligt perspektiv vilket framkommer av rättsfallet Stadt Halle, C-26/03. Bakgrunden i målet var följande. Stadt Halle hade tilldelat bolaget RPL diverse uppdrag avseende förstöring av avfall utan genomföra något formellt upphandlingsförfarande. I målet anför domstolen att den som kontrollerar en fristående juridisk person såsom sin egen förvaltning inte skall behöva använda sig av avtal för att förmå den juridiska personen att vidta en viss åtgärd. Det anses att det kommunala bolaget visserligen är juridiskt sett fristående från kommunen men, i de fall undantaget är tillämpligt, är det rättsligt och ekonomiskt helt uppbundet till denna varför det inte kan anses ha någon affärsfrihet. Av denna anledning kan ett avtal med ömsesidiga villkor inte slutas mellan kommunen och det kommunala bolaget och ett kontrakt kan i så fall inte heller komma till stånd. Det anses att affärsförhållandet istället får genomföras utan avtal vilket gör att reglerna

⁴⁹ Stenberg, "Fel av Regeringsrätten bortse från EG-rättsfall i upphandlingsmål?", Pointlex,

⁵⁰ Petersén m.fl., *Kommunallagen, kommentarer och praxis*, s. 156

⁵¹ Pedersen, *Upphandlingskrönika*, Europarättslig Tidskrift, årgång 2008, nr 2, s. 543 ff

⁵² Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 46

⁵³ Mål C-340/04, *Carbotermo SpA*, p. 36

om offentlig upphandling inte är tillämpliga i det specifika fallet.⁵⁴

EG-domstolen har som sagt tolkat kontrollkriteriet i flera efterkommande rättsfall och bedömningen har framförallt koncentrerats kring kommunens aktieinnehav i bolaget, kommunens möjlighet att påverka beslutsfattandet i bolaget och bolagsordningens innehåll.

4.1.2.1 Kommunens aktieinnehav

I målet Carbotermo, C- 340/04, tilldelade kommunen ett kontrakt till aktiebolaget AGESP avseende leverans av bränsle. AGESP ägdes till 100 procent av företaget AGESP Holding som i sin tur ägdes till 99,98 procent av den aktuella kommunen. Övriga aktier ägdes av sex kommuner med en aktie var. EG-domstolen har beträffande kommunens aktieinnehav uttalat att ”den omständighet att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet tyder på, utan att för den skull vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag”.⁵⁵

Ett annat i sammanhanget intressant fall är det nyligen avgjorda målet C-324/07 Coditel. Omständigheterna i målet var följande. En belgisk kommun hade anslutit sitt lokala TV-nät till en kooperativ mellankommunal sammanslutning och därigenom fått 8,26 procent av andelarna. Avtalet hade inte föregåtts av någon anbudsgivning. I rättsfallet uttalade domstolen att det är viktigt att kontrollen är effektiv men det är inte nödvändigt att den är individuell.⁵⁶ Om det hade krävts att kontrollen skulle vara individuell skulle det enligt domstolen bli nödvändigt med anbudsförfarande i de flesta fall när en offentlig myndighet avser att ansluta sig till exempelvis en mellankommunal sammanslutning.⁵⁷ Rättsfallet klargör att det således är möjligt för flera kommuner alternativt kommunala sammanslutningar att uppfylla kontrollkriteriet gemensamt och det förhållandet att en upphandlande myndighet bara äger en mindre andel hindrar inte i sig att kontrollkriteriet kan anses vara uppfyllt.

4.1.2.2 Kommunens påverkansmöjligheter i bolaget

Av stort intresse för kontrollkriteriet är även mål Parking-Brixen, C- 458/03. Tvisten rörde huruvida kommunen var tvungen att upphandla driften av en parkeringsrörelse eller om de kunde direkttilldela verksamheten till ett kommunalt bolag. I målet lägger EG-domstolen stor

⁵⁴ Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 48

⁵⁵ Mål C-340/04, *Carbotermo SpA*, p. 37

⁵⁶ Mål C-324/07, *Coditel*, p. 46

⁵⁷ A.a., p. 47

vikt vid vilken grad av självständighet som företaget rättsligt och faktiskt har i förhållande till kommunen. Domstolen uttalar att det är centralt att det bolag som tilldelats kontraktet är underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas i bolaget. Det skall vara fråga om ”en möjlighet att utöva en avgörande påverkan i fråga om såväl strategiska mål som viktiga beslut”.⁵⁸

Generaladvokaten har i förslag till avgörande i *Parking Brixen* påpekat att ”avgörande för huruvida ett företag skall anses som en intern enhet eller som en annan marknadsaktör är inte om den upphandlande myndigheten formellt sett har samma juridiska möjligheter till inflytande som den har över sin egen verksamhet, till exempel genom rätt att utfärda anvisningar i det enskilda fallet. Det viktiga är istället huruvida den upphandlande myndigheten faktiskt alltid har möjlighet att påverka företaget att ta hänsyn till de mål av allmänintresse som kommunen eftersträvar.” Det framhålls att, i de fall ett företag är så självständigt att den upphandlande myndigheten inte kan göra sina intressen gällande i företaget, kan det inte längre vara fråga om den kontroll som fordras enligt Teckalkriterierna.⁵⁹

Även i *Stadt Halle* fäster domstolen stor vikt vid att den kommunala verksamheten styrs av överväganden där mål av allmänintresse eftersträvas. Detta eftersom privata investeringar i ett företag alltid styrs av överväganden som är specifika för privata intressen och som har andra syften.⁶⁰

I rättsfallet *Coditel* aktualiseras frågan om styrelsens befogenheter i förhållande till kontrollkriteriet. Domstolen menar att även om styrelsen ansågs ha långtgående befogenheter hade den inte tillräckligt stort utrymme för självbestämmande varför det var möjligt för de anslutna kommunerna att utöva kontroll över sammanslutningen.⁶¹ Vidare anförde domstolen att den omständighet att sammanslutningens beslutande organ bestod av representanter från de anslutande kommunerna tydde på att kommunerna kunde utöva ett bestämmande inflytande på såväl strategiska mål som viktiga beslut.⁶²

4.1.2.3 Bolagsordningens innehåll

EG-domstolen har i två avgöranden avseende bolagsordningens innehåll och struktur kommit

⁵⁸ Mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 65

⁵⁹ Förslag till avgörande i mål C-485/03, *Parking Brixen*, p. 72-73

⁶⁰ Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 50

⁶¹ Mål C-324/07, *Coditel*, p. 39

⁶² A.a., p. 34

fram till att kontrollkriteriet inte kunde anses vara uppfyllt.

I målet Carbotermo framkom att det aktuella bolagets stadgar gav bolagsstyrelsen långtgående befogenheter avseende den löpande och den icke-löpande förvaltningen. Enligt bolagsstadgarna gavs inte kommunen i fråga några särskilda kontrollmöjligheter och det kunde av domstolen konstateras att den kontroll som kommunen utövade motsvarade den som majoriteten av aktieägarna har enligt bolagsrätten vilket ansågs begränsa kommunens möjlighet att påverka bolagets beslut.⁶³

Även i Parking-Brixen har de kommunala bolagens bolagsordning kommit upp till bedömning. I den aktuella bolagsordningen framgick bland annat att bolagsstyrelsen hade kompetens att sköta bolagets löpande förvaltning med befogenhet att företa alla handlingar som den fann lämpliga för att uppnå bolagets ändamål. Vidare framgick det av bolagsordningen att det i den löpande förvaltningen ingick att köpa eller sälja andelar i andra bolag, att köpa, sälja eller utarrendera företag eller företagsdelar och att sälja eller köpa fordon upp till ett värde av 5 miljoner euro. Avslutningsvis framkom det av bolagsordningen att styrelsen var ensam behörig att fatta sådana beslut som avsåg fastställelse och/eller förändring av ersättning såsom särskilda utgifter i den mening som avsågs i den italienska civillagstiftningen.⁶⁴ Med anledning av bolagsordningens bestämmelser uttalade domstolen att bolaget är självständigt i förhållande till kommunen. Domstolen konstaterade att ett bolag som var så självständigt inte kunde anses vara en del av kommunens egenregiverksamhet varför upphandling därför hade bort ske.⁶⁵

4.1.2.4 Sammanfattning kontrollkriteriet

Kontrollkriteriet kan sammanfattas enligt följande. För att det skall vara fråga om att en upphandlande myndighet har kontroll över enheten så som om den vore i dess egen förvaltning fordras det enligt EG-rättslig praxis

- att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga organ äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet
- att det är möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka dels viktiga beslut, dels strategiska beslut som fattas i bolaget

⁶³ Mål C-340/04, *Carbotermo SpA*, p. 36-38

⁶⁴ Mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 18

⁶⁵ A.a., p. 72

- att den upphandlande myndigheten kan påverka bolaget att ta hänsyn till de mål av allmänintresse som myndigheten eftersträvar
- att bolagsordningen inte får ge så pass stora befogenheter till bolagsstyrelsen att bolaget är att anse som självständigt i förhållande till ägaren

För att kunna göra en fullständig bedömning av kontrollkriteriet skall dock samtliga relevanta lagbestämmelser beaktas i enlighet med uttalandet i Carbotermo.⁶⁶ Dessutom skall bedömningen ske med utgångspunkt i varje enskilt fall enligt Parking Brixen.⁶⁷ För svenskt vidkommande innebär det att ytterligare kontrollmöjligheter så som exempelvis andra styrinstrument och tillsynsfrågan kan vara av intresse för bedömningen, se kapitel 5.

4.1.2.5 Kontrollkriteriets gräns

Det finns vissa svårigheter med kontrollkriteriet vad gäller aktiebolagens självständiga ställning. Med tanke på styrelsens och stämmans inverkan på bolaget kan det i själva verket vara komplicerat för en kommun att ha fullständig kontroll över ett kommunägt bolag, särskilt i de fall det även finns privata ägare.

Beträffande bolag som har både offentliga och privata ägare, dvs. ”halvoffentliga” bolag, uttalade EG-domstolen i Stadt Halle, efter att ha hänvisat till Teckal, att ”om ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter i alla händelser att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet.”⁶⁸ Vidare påpekar domstolen att det först skall anmärkas att sambandet mellan en offentlig myndighet som är upphandlande myndighet, och dess egen verksamhet i bolag styrs av överväganden och krav som är specifika för ett sammanhang där mål av allmänintresse eftersträvas. Privata investeringar i företag styrs däremot alltid av överväganden som är specifika för privata intressen och som har andra syften.⁶⁹ Dessutom anför domstolen att tilldelningen av ett offentligt kontrakt till ett halvoffentligt företag utan anbudsinfordran skulle undergräva målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling. Detta särskilt i de fall ett privat företag, som äger en del av det

⁶⁶ Mål C-340/04 *Carbotermo SpA*, p. 36

⁶⁷ Mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 65

⁶⁸ Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 49

⁶⁹ A.a., p. 50

kommunägda företaget, skulle få en konkurrensfördel i förhållande till sina konkurrenter.⁷⁰

Halvoffentliga bolag har även berörts i mål C-29/04, Kommissionen mot Österrike. Omständigheterna i målet var följande. En österrikisk kommun hade bildat ett bolag och därefter ingått ett avtal om bortsjaffande av avfall. Efter detta överläts 49 procent av aktierna i bolaget till en privat aktör. Domstolen hänvisar till Teckal-kriterierna men konstaterar samtidigt att vid den här typen av försök att kringgå lagstiftningen skall upphandlingslagstiftningen tillämpas.⁷¹ Trots att bolaget således var helägt vid kontraktstidpunkten betraktade EG-domstolen det som delvis privatägt vid bedömningen av Teckal-kriterierna.

Mot bakgrund av ovanstående kan det konstateras att domstolen satt en gräns för undantaget ibland annat målet Stadt Halle och Kommissionen mot Österrike. Kontrollkriteriet kan följaktligen endast tillämpas när samtliga aktier eller andelar i bolaget ägs av ”en eller flera offentliga myndigheter”. Även den statliga Upphandlingskommittén kom till samma slutsats.⁷² Av denna anledning kommer avdelning II inte att behandla ”halvoffentliga bolag” utan avdelningen kommer att belysa tänkbara kontrollmöjligheter inom ramen för ett 100 procentigt aktieäggande från eller flera kommuners sida.

4.1.3 Teckal-kriteriernas förenlighet med nationell rätt

I mål, C-410/04, ANAV konstaterade EG-domstolen att artiklarna 43 EGF, 49 EGF och 86 EGF liksom principerna om likabehandling, om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och om insyn inte utgjorde hinder för en nationell lagstiftning som tillät offentliga myndigheter att direkttilldela kontrakt till ett bolag som ägs helt av denna myndighet under förutsättning att Teckal-kriterierna var uppfyllda.⁷³

Frågan har även behandlats i Tragsa-domen, C-295/05 där domstolen kom till samma slutsats, dvs. att det inte finns något som hindrar en medlemsstat att, genom nationell lagstiftning, tilldela ett offentligt företag en rättslig ställning som möjliggör för företaget att utföra uppdrag utan att omfattas av upphandlingsdirektiven.⁷⁴

⁷⁰ Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 51

⁷¹ Mål C-29/04, *Kommissionen mot Österrike*, p. 49

⁷² SOU 2001:31, s. 290

⁷³ Mål, C-410/04, *ANAV*, p. 33

⁷⁴ Mål C-295/05, *Tragsa*, p. 65

Således finns det utrymme för den svenske lagstiftaren att införa Teckal-kriterierna för att kunna undanta de offentliga företag som på ett visst sätt anses knutna till kommunen från upphandlingsskyldigheten. För att lagstiftningen skall få effektiv verkan måste dock förhållandet mellan kommunen och det kommunala bolaget medge en kontrollmöjlighet för den förstnämnda.

4.2 In House Providing i svensk rätt

4.2.1 SYSAV-domarna

RÅ 2008 ref. 26, de så kallade SYSAV-domarna meddelades av Regeringsrätten den 12 mars 2008. Parter i målen var å ena sidan renhållningsbolagen SITA Sverige AB, Sydkraft Eco Plus AB, Ragn-Sells AB samt Liselotte Lööf AB (nedan kallade renhållningsbolagen) och andra sidan Tomelilla respektive Simrishamns kommun.

Omständigheterna var i korthet följande. Tomelilla och Simrishamns kommuner samögde tillsammans med ett flertal andra kommuner Sydskånes Renhållnings AB (SYSAV). Ägarbolagens samverkan i SYSAV reglerades i ett konsortialavtal.⁷⁵ Tomelilla och Simrishamns kommuner hade överlåtit sin avfallshantering på SYSAV utan någon föregående upphandling. Av denna anledning yrkade renhållningsbolagen att upphandlingsförfarandet skulle göras om. Frågan i målen rörde huruvida kommunerna hade rätt att köpa tjänster från SYSAV utan någon upphandling i konkurrens.

Tomelillas kommun anförde att det var fråga om verksamhet i egen regi varför någon upphandling inte behövde genomföras. Dessutom ansåg kommunen att kontrollkriteriet var uppfyllt, dvs. att kommunen hade en så pass omfattande kontroll över SYSAV att någon upphandlingsskyldighet inte förelåg.

Renhållningsbolagen å sin sida menade att de uteslutits från möjlighet att i fri konkurrens med varandra och andra företag delta med anbud. De yrkade därför att kommunernas förfarande skulle göras om så att upphandlingen skulle ske i konkurrens med andra leverantörer. Till stöd för sin talan åberopade de att kommunerna brutit mot kravet på affärsmässighet vid upphandlingen och likabehandlingsprincipen.

Regeringsrätten ansåg att SYSAV var att anse som en egen juridisk person. Vidare

⁷⁵ Konsortialavtal, Sydvästra Skånes Avfall AB. Konsortialavtalet ger emellertid ingen ledning i frågan vilka kontrollmöjligheter de olika ägarna har.

konstateras det att LOU:s ordalydelse svårligen ger utrymme för en tolkning innebärande att kommunerna, när de köper tjänster från kommunala bolag, skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Tvärtom skall LOU tolkas så att inga undantag medges vid kommuners köp från egna bolag.

Som tidigare anförts har EG-domstolen i Tragsa-domen uttalat att bestämmelserna i direktiv 92/50 EEG inte hindrar att medlemsstaterna i nationell lagstiftning inför Teckal-kriterierna.⁷⁶ Regeringsrätten fann dock att eftersom svensk rätt inte innehåller några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten finns det inte något utrymme att tillämpa Teckal-kriterierna i de aktuella målen. Av denna anledning menade domstolen att kommunen var skyldig att upphandla i enlighet med LOU:s bestämmelser.

Genom Regeringsrättens domar i SYSAV-målen får det anses klarlagt att svenska kommuners köp av varor och tjänster från egna, hel- eller delägda bolag, alltid skall föregås av upphandling och att något undantag från denna regel i dagsläget inte är möjligt, varken enligt LOU eller enligt praxis.

4.2.2 Kommentar till SYSAV-domarna

Inledningsvis skall det konstateras att Regeringsrätten, i och med utslaget i SYSAV-domarna, intagit en strängare hållning än EG-domstolen. Upphandling kommer att behöva ske i Sverige även i de fall då EG-domstolen bedömt att det är möjligt att direktupphandla.

Enligt Regeringsrätten är det i första hand inte EG-rättslig lagstiftning som sätter stopp för In House-undantaget, dvs. Teckal-kriterierna, utan det är istället den nationella rätten eftersom det enligt Regeringsrätten saknas ett undantag från upphandlingslagstiftningen i den aktuella frågan. Regeringsrätten gör en bokstavstolkning av bestämmelserna i LOU. Domen har dock kritiserats och det faktum att svensk rätt inte innehåller något explicit undantag har ansetts som ett svagt argument. EG-domstolen har inte varit hindrad att utveckla undantaget trots avsaknad av direktivtext varför Regeringsrätten hade kunnat göra på samma sätt.⁷⁷

En annan intressant aspekt på domen är att det inte finns några förarbetsuttalanden som pekar på att den svenske lagstiftarens intentioner i frågan inte skulle vara att en tolkning skall ske i enlighet med upphandlingsdirektiven. En analys av förarbetena visar tvärtom att lagstiftaren genomgående förutsatt att lagstiftningen skall tolkas i enlighet med EG-rätten och EG-rättslig

⁷⁶ Mål C-295/05, *Tragsa*, p. 65

⁷⁷ Pedersen, *Upphandlingskrönika*, Europarättslig tidskrift, årgång 2008, nr 2, s. 543 ff

praxis.⁷⁸

En konsekvens av domen är att det numera kommer att råda en viss osäkerhet beträffande i vilken utsträckning EG-domstolens rättspraxis kan läggas till grund för tolkningen av den nationella upphandlingslagstiftningen. Eftersom det inte finns något lagstadgat undantag i varken EG-rätten eller svensk rätt hade det varit möjligt för Regeringsrätten att gå på EG-domstolens linje och därmed tillämpa In House undantaget.⁷⁹ Det anses nämligen att det hade varit tänkbart för Regeringsrätten att, med tillämpning Teckal-kriterierna, komma fram till samma slutsats beträffande undantagets tillämplighet i svensk rätt.⁸⁰

Avslutningsvis skall det poängteras att Regeringsrättens avgörande ger uttryck för den praxis som för närvarande gäller i Sverige. En lagändring på området är dock att vänta. Regeringsrättens valda lösning av frågan om kommuner kan köpa från egna bolag utan föregående upphandling kan inte förmodas bli bestående.

5. KONTROLLKRITERIETS MÖJLIGA TILLÄMPNING I SVENSK RÄTT

Med ledning av SYSAV-domarna kan det konstateras att Teckal-kriterierna inte kan tillämpas i svensk rätt. Som nämnts inledningsvis i uppsatsen föreslår dock Sveriges Kommuner och Landsting i en begäran till regeringen att den nationella lagstiftningen skall kompletteras i linje med Teckal-kriterierna.⁸¹ Ärendet bereds för närvarande av statsrådsberedningen och en eventuell lagändring kan komma att införas, tidigast år 2010.

Det finns de som anser att kontrollkriteriet i princip aldrig kan bli uppfyllt eftersom det i de nuvarande reglerna är fråga om autonoma aktiebolag vars bolagsstämma och styrelse självständigt beslutar om bolagets verksamhet. Detta skulle innebära att något undantag inte kan tillämpas även om en lagändring i LOU skulle ske. Istället skulle man behöva införa en helt ny typ av kommunalt bolag som skulle medge tillräcklig kontroll.⁸² Andra upphandlingsaktörer⁸³ hävdar dock att detta emellertid är ett felaktigt betraktelsesätt och att relationen mellan kommunägda bolag och dess delägarkommuner typiskt sett uppfyller kraven för att undantaget skall kunna tillämpas.⁸⁴ Den sistnämnda uppfattningen vinner även

⁷⁸ Pedersen, *Upphandlingskrönika*, Europarättslig tidskrift, årgång 2008, nr 2, s. 543 ff

⁷⁹ Stenberg, Pointlex, "Fel av Regeringsrätten bortse från EG-rättsfall i upphandlingsmål?"

⁸⁰ Pedersen, *Upphandlingskrönika*, Europarättslig tidskrift, årgång 2008, nr 2, s. 543 ff

⁸¹ Sveriges Kommuner och Landstings hemställan, dnr 8/1080

⁸² <http://www.dagensjuridik.se/sv/Arkiv/Regeringsrattens-dom-har-feltolkats> (besökt 4.11.2008)

⁸³ Kommunala Företagens samorganisation (KFS) och Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)

⁸⁴ http://www.kfs.net/projekt/dokument/LO_upphandlingsutredningen_050602.pdf och Sveriges Kommuner och Landstings hemställan, dnr 08/1808

stöd i generaladvokatens framställning i *Stadt Halle*.⁸⁵

Den följande delen av arbetet förutsätter att den ovan angivna lagändringen kommer att realiseras i LOU. Det är av denna anledning av intresse att pröva huruvida svenska kommunala bolag uppfyller kontrollkriteriet.

5.1 Prövning av kontrollkriteriet

Nedanstående avsnitt syftar till att undersöka de bestämmelser som rör kommunens organisering och kontroll av sina kommunala bolag. Med hjälp av den EG-rättsliga praxis som berörts under kapitel 4 fokuserar bedömningen på om EG-domstolen skulle kunna anse att de svenska reglerna medför att kommunen, i egenskap av ägare, har en kontroll över bolaget motsvarande den över sin egen förvaltning.

I bedömningen av om kontroll föreligger kan man behöva skilja mellan formell och reell kontroll. Med formell kontroll åsyftas den kontroll som kan uppkomma genom en lagregel. Med reell kontroll avses den faktiska påverkan som utövas genom lagregeln. Förekomsten av formell kontroll är en nödvändig förutsättning för kontrollkriteriets tillämpning men för att säkerställa att kontrollen är effektiv fordras det även att reell kontroll är förhanden.⁸⁶

Av intresse är framförallt om kontroll kan uppnås genom följande medel: styrinstrument, ägarrollen och tillsyn.

5.1.1 Styrinstrument

Kommunen brukar använda sig av olika styrinstrument för att styra verksamheten i sina kommunala bolag. Bolagsordningen anses vara ett av de viktigaste och reglerar bl.a. verksamhetsändamålet.⁸⁷ Utöver bolagsordningen förekommer även bolagsstämman, bolagsstyrelsen, ägardirektiv och styrningsavtal. Både bolagsordningen och ägardirektiven har ansetts vara mycket effektiva former av ägarstyrning.⁸⁸ Styrningsavtal förekommer framförallt i äldre kommunala bolag varför de inte kommer att behandlas närmare här.

⁸⁵ Förslag till avgörande i mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 64-65 samt p. 76

⁸⁶ Saken berörs i viss mån av generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-485/03, *Parking Brixen*, p. 72-73

⁸⁷ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 44

⁸⁸ SOU 2001:31, s. 293

5.1.1.1 Bolagsstyrelsen

Enligt 8 kap 1 § ABL skall ett bolag ha en bolagsstyrelse med en eller flera ledamöter. Styrelsen skall svara för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter, 8 kap 4 § ABL. Vidare skall den fortlöpande följa upp och utvärdera bolagets verksamhet för att försäkra sig om att ägarens ändamål med verksamheten eftersträvas och att det finns en adekvat strategi för att uppnå dessa mål.⁸⁹

Enligt 3 kap 17 § 2 p KomL skall kommunfullmäktige utse samtliga styrelseledamöter i helägda kommunala bolag. Kommunfullmäktiges rätt att utse styrelseledamöter är betydelsefull ur kontrollsynpunkt vilket även kommenterades i motiven till KomL.⁹⁰ Bestämmelsen medför att ABL:s traditionella regler, som stipulerar att bolagsstyrelsen utses av bolagsstämman, åsidosätts till förmån för kommunens möjlighet till inflytande.⁹¹ Genom bestämmelsen uppnås en formell kontroll för kommunen beträffande styrelseledamöternas tillsättning.

Det förhållandet att kommunen har rätt att utse bolagsstyrelsen innebär dock inte med automatik att en reell kontroll föreligger. I en dom från kammarrätten ansåg domstolen att även om regionen tillsatte styrelseledamöterna, och hade möjlighet att byta ut dessa, var bolagsstyrelsen likväl att anse som självständig. Den främsta anledningen härtill var att det i målet framkommit att sjukhusledningen inte hade skyldighet att följa direktiv från regionledningen.⁹² Således är det tveksamt om en tillräcklig kontroll kan uppnås endast genom det faktum att kommunen har rätt att utse styrelsen. Eftersom det inte förelåg någon skyldighet att följa direktiv från sjukhusledningen kan det nämligen anföras att den reella kontrollen förmodligen gick förlorad.

Vidare skall det, beträffande den reella kontrollen, noteras att det inte finns något som direkt hindrar bolagsstyrelsen i det kommunala bolaget från att fatta beslut som strider mot fullmäktiges vilja. Huvudregeln vid befogenhetsöverskridanden är att avtalets giltighet blir beroende av om bolaget kan visa att motparten varit i ond tro, 8 kap 42 § 2 st 1 p ABL. Detta gäller dock inte när styrelsen överträtt en föreskrift om föremålet för bolagets verksamhet eller andra föreskrifter som meddelats i bolagsordningen eftersom bolaget i dessa fall blir bundet oavsett motpartens goda eller onda tro, 8 kap 42 § 2 s t 2 p ABL. Således kan bolaget

⁸⁹ Sveriges Kommuner och Landsting, *Bolagsstyrningsprinciper*, s. 10

⁹⁰ Prop. 1990/91:117, s. 54

⁹¹ A.a., s. 54

⁹² Kammarrätten Göteborg, mål nr 5032-5033-2002

binda ägaren dvs. kommunen mot dennes vilja. Det förhåller sig emellertid så att en tänkbar sanktionsmöjlighet är att fullmäktige kan entlediga styrelsen i det kommunala bolaget med stöd av 8 kap 14 § ABL, om denna fattar ett beslut som inte kommunfullmäktige kan ställa sig bakom. Sanktionsmöjligheten har berörts särskilt i en av statens offentliga utredningar som behandlat frågan huruvida kommuner behöver upphandla vid köp från egna bolag. Kommittén anförde att kommunledningen närsomhelst kan initiera att fullmäktige kan avsätta styrelsen i ett kommunalt bolag vilket ansågs vara ett mått på kontroll.⁹³

Kontrollkriteriet stadgar att ”ägaren skall ha en kontroll över bolaget motsvarande den över sin egen förvaltning”⁹⁴. Av denna anledning är det av intresse att undersöka hur det förhåller sig internt inom kommunen. Vid en jämförelse med de kommunala nämnderna kan det konstateras att möjligheten att avsätta ledamöter i en nämnd är ytterst begränsad, 4 kap 10 och 10 a §§ KomL. I och med kommunfullmäktiges rätt att avskeda bolagsstyrelseledamöter med stöd av 8 kap 14 § ABL förefaller det närmast som om kommunen får ökad kontroll genom bolagiseringen. Således kan det framhållas att kommunen får anses ha en tillräcklig kontroll beträffande styrelseledamöterna.

Kommunens reella kontroll över bolagsstyrelsen är dock även avhängig av hur bolagsordningen är utformad. I *Parking Brixen* framkommer att i de fall bolagsstyrelsen tilldelas väsentliga befogenheter i bolagsordningen kan tillräcklig kontroll inte uppnås.⁹⁵ I det senare målet *Coditel* konstaterar domstolen dock att om styrelsen, trots långtgående befogenheter, likväl inte har ett tillräckligt stort utrymme för eget självbestämmande kan en kontroll vara möjlig.⁹⁶ Det kan noteras att domstolens praxis får anses ha mjukats upp beträffande hur bolagsordningens stadgar förhåller sig till kontrollkriteriets uppfyllande. För att avgöra kommunens reella kontroll i det här avseendet måste bolagsordningen studeras i det enskilda fallet.

Avslutningsvis skall ett för kontrollkriteriet viktigt uttalande uppmärksammas. I *Parking Brixen* påtalas vikten av att kommunen har en avgörande påverkansmöjlighet över bolagets strategiska frågor.⁹⁷ I svenska kommunala bolag är det bolagsstyrelsen som fattar beslut i denna typ av frågor.⁹⁸ Det finns således inga direkta möjligheter för kommunen att påverka i

⁹³ SOU 2001:31, s. 293

⁹⁴ Mål C-107/98, *Teckal*, p. 50

⁹⁵ Mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 72

⁹⁶ Mål C-324/07, *Coditel*, p. 34

⁹⁷ Mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 65

⁹⁸ Sveriges kommuner och landsting, *Bolagsstyrningsprinciperna*, s. 22

det här avseendet. Frågan huruvida kontroll föreligger blir därför beroende av ägardirektivens omfattning och bolagsordningens verksamhetsändamål.

5.1.1.2 Bolagsordningen

Alla aktiebolag måste ha en bolagsordning. Enligt 3 kap 1 § ABL skall bolagsordningen bl.a. innehålla bolagets namn, aktiekapital och verksamhetsändamål. En i sammanhanget viktig bestämmelse är att det kommunala bolagets verksamhetsändamål skall fastställs av kommunfullmäktige, 3 kap 17 § 1 p KomL. Det framgår inte av förarbetena vad som närmare avses med kommunalt ändamål. Av motiven kan det dock utläsas att ändamålet kan preciseras så att de olika grundsatserna som gäller för kommunal verksamhet, bl.a. likställighetsprincipen⁹⁹, skall gälla för bolagets verksamhet.¹⁰⁰

I såväl *Parking Brixen*¹⁰¹ som *Stadt Halle*¹⁰² poängterar domstolen vikten av att den upphandlande myndigheten har en möjlighet att påverka bolaget att ta hänsyn till mål av allmänintresse. Frågan är om en svensk kommun, i enlighet med uttalandena, har en möjlighet att genom bolagsordningen påverka sitt bolag att sträva efter vissa mål av allmänintresse.

Verksamhetsändamålet borde kunna ge riktlinjer för de mål av allmänintresse som åsyftas i *Parking Brixen* och *Stadt Halle*. Som redan nämnts ovan förhåller det sig emellertid så att verksamhetsändamålet i bolagsordningen visserligen är bindande för bolaget internt men om bolaget företar en rättshandling som går utanför den i bolagsordningen fastställda ordningen kommer rättshandlingen likväl att bli bindande för bolaget, 8 kap 42 § 2 st 2 p ABL. Det har ingen betydelse att avtalsparten kände till att avtalet föll utanför bolagets verksamhetsföremål utan bolaget blir bundet likafullt. Detta innebär i praktiken att bolagsstyrelsen kan fatta beslut som avviker från verksamhetsändamålet och därmed från de mål av allmänintresse som kommunen fastställt. I likhet med andra situationer, när bolagens intressen frångås, finns det risk för sanktioner i form av exempelvis entledigande av styrelse, 8 kap 14 § ABL alternativt skadeståndsskyldighet för dess ledamöter, 29 kap 1 § ABL. Bolaget kommer trots detta likväl att vara bundet av den företagna rättshandlingen som står i strid med bolagsordningen. Vid en första anblick förefaller det således som om det inte föreligger någon reell kontroll. Kontrollkriteriet fokuserar dock som bekant framförallt på huruvida ägaren har en kontroll

⁹⁹ Likställighetsprincipen innebär att kommuner skall behandla sina medlemmar lika om det inte finns sakliga skäl för något annat.

¹⁰⁰ Prop. 1990/91:117, s. 162

¹⁰¹ Förslag till avgörande i mål C-485/03, *Parking Brixen*, p. 72-73

¹⁰² Mål C-26/03, *Stadt Halle* p. 50

som motsvarar den som denne har i den egna förvaltningen.¹⁰³ Följaktligen måste det därför återigen göras en jämförelse med kommunens interna verksamhet. Som redan påpekats under avsnitt 5.1.1.1 kan det konstateras att i och med de förevarande sanktionsmedlen tycks kommunen ha mer kontroll över styrelseledamöterna i bolaget än över ledamöterna i nämnderna. Av denna anledning förefaller det som om kontroll trots allt kan anses föreligga i de fall bolagsstyrelsen går utöver sin kompetens.

Frågan huruvida kommunen kan erhålla tillräcklig kontroll beträffande verksamhetsändamålet och mer precist dess mål av allmänintresse torde även vara beroende av hur pass utförlig bolagsordningen är till sin karaktär vilket, behandlats ovan i avsnitt 5.1.1.1. För det fall stadgarna ger stor frihet till styrelsen går det inte att tala om någon egentlig kontroll medan saken förmodligen skulle bedömas annorlunda i en motsatt situation.

Avslutningsvis skall det härutöver påpekas att bolagsordningens regler om verksamhetsändamål sällan ger uttömmande svar när det gäller att avgöra hur ändamålet skall förverkligas i bolagets verksamhet. Istället utvecklar vanligen kommunen verksamhetsändamålet i aktieägardirektiv som således torde ha större betydelse för kontrollkriteriet, se nedan 5.1.1.4.

5.1.1.3 Bolagsstämman

Bolagsstämman är bolagets högsta beslutande organ och det är här aktieägarna kan utöva sin rätt att besluta i bolagets angelägenheter, 7 kap 1 § ABL. Vidare har bolagsstämman möjlighet att ge instruktioner till bolagets styrelse om hur bolaget skall drivas. Den formella kontrollen kan utläsas genom bestämmelsen i 8 kap 41 § 2 st ABL. Regeln stadgar att de beslut som bolagsstämman fattar skall verkställas av bolagsstyrelsen om beslutet inte strider mot ABL, bolagsordningen eller bolagets intresse. Det föreligger således en lydnaplikt för bolagsstyrelsen i förhållande till ägaren/kommunen som följaktligen kan ge instruktioner till bolagsstyrelsen på bolagsstämman. Stattin är av den uppfattningen att bolagsstyrelsens lydnaplikt är ett mått på kontroll.¹⁰⁴ Eftersom bolagsstyrelsen måste verkställa de beslut som fattas på bolagsstämman finns det även enligt min mening en påverkansmöjlighet för kommunen vid bolagsstämman.

En ägare som innehar 100 procent av aktierna förfogar även över samtliga röster på

¹⁰³ Mål C-107/98, Teckal, p. 50

¹⁰⁴ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 88

bolagsstämman. Den helägande kommunen kan därför ensam besluta i frågor som det enligt aktiebolagsrättsliga bestämmelser ankommer på bolagsstämman att besluta om så som fråga om ansvarsfrihet för samtliga ledamöter i bolagets styrelse och disposition över bolagets vinst och förlust.¹⁰⁵ I detta fall är bolagsstämman ett mycket viktigt styrinstrument eftersom det ger en stor kontroll. Dessutom kan bolagsstämman utfärda omfattande ägardirektiv.

I de fall bolaget ägs av många kommuner kan det vara svårare att utöva kontroll och konsortialavtalets utformning kan därför få betydelse för i vilken utsträckning som kontroll kan utövas. Det centrala för bedömningen är dock att det är fråga om en effektiv kontroll.¹⁰⁶

5.1.1.4 Ägardirektiv

Ägardirektivet är ett skriftligt styrdokument som ägaren lägger fram på bolagsstämman.¹⁰⁷ Direktivet kan omfatta både hur verksamheten skall bedrivas och ekonomiska mål. Det kan exempelvis röra sig om regler för avkastning, regler om finansiering, samverkan inom kommunkoncernen och följsamhet mot olika kommunala planer.¹⁰⁸ När styrelsen får ett direktiv från bolagsstämman skall den först pröva om direktivet strider mot någon aktiebolagsrättslig regel. Om den finner att direktivet är förenligt med gällande rätt skall det efterföljas.¹⁰⁹ Ägardirektiven, som är ett mera formlost styrmedel än bolagsordningen, är ett viktigt styrinstrument för kommunen.

Den formella kontrollen kan utläsas e contrario av bestämmelsen i 8 kap 41 § 2 st ABL där det stadgas att bolagsstyrelsen skall följa direktiv från bolagsstämman så länge de inte strider mot ABL eller bolagsordningen. Den reella kontrollen torde framförallt uppnås i de fall kommunen utfärdar omfattande ägardirektiv eftersom bolaget i detta fall starkare knyts till kommunen. Visserligen begränsas kommunens kontrollmöjlighet genom att direktiven inte får vara så ingripande att de fråntar bolagsstyrelsen eller den verkställande direktörens deras funktioner i bolaget¹¹⁰ men enligt min mening har en ägare likväl möjlighet att utfärda ägardirektiv som är tillräckligt detaljerade för att uppnå en kontroll som fyller kontrollkriteriets krav. I de fall kommunen däremot avger relativt ytliga direktiv är det mer tveksamt om man kan tala om en dylik kontroll.

¹⁰⁵ Af Sandberg, *Aktiebolagsrätten*, s. 120

¹⁰⁶ Mål C-324/07, *Coditel*, p. 46

¹⁰⁷ Albrektsson, *Styrelseboken*, s. 25

¹⁰⁸ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 45

¹⁰⁹ A.a., s. 49

¹¹⁰ A.a., s. 45

Om styrelsen finner att ägardirektivet är förenligt med gällande rätt skall det som sagt efterföljas.¹¹¹ I de fall styrelsen vägrar verkställighet av ett ägardirektiv, som är förenligt med gällande rätt, har den varit oaktsam och kan på den grunden drabbas av skadeståndsansvar enligt 29 kap 1 § ABL. Det skall dock uppmärksammas att styrelsen först och främst är förpliktigad att se till bolagets bästa vilket kan inverka på skadeståndsskyldigheten. Det tycks inte finnas något annat påtryckningsmedel än skadeståndsansvar alternativt entledigande av styrelsen för att få denna att efterleva bolagsstämmans ägardirektiv vilket kan diskuteras ur kontrollsynpunkt.

Sammantaget finns det enligt min mening en större möjlighet för kommunen att påverka det kommunala bolaget att ta hänsyn till allmänintresset genom ägardirektiv än genom bolagsordningen. Det faktum att ägardirektiven trots allt inte får vara så ingripande att de fråntar styrelsen eller VD:s funktioner i bolaget torde dock få en viss inverkan på kommunens kontrollmöjlighet.

5.1.1.5 Andra möjliga styrinstrument

I diskussionerna om styrning av kommunala bolag har anförts informell styrning genom dialog och samråd som ett möjligt komplement till den formella styrningen i form av bolagsordningen, ägardirektiv och bolagsstämman. En sådan informell styrning kan göras genom dialog mellan kommunen och bolaget. För en fungerande dylik styrning fordras det dock att bolagsstyrelsen lyssnar och beaktar kommunens synpunkter. I dialogen bör frågor rörande bolagets förhållande till kommunkoncernen behandlas liksom strategiska frågor som berör ägaren och bolaget. Genom dialogen kan kommunens förväntningar på bolaget tydliggöras och ägarens uppfattning om innehållet i bolagsordningen och ägardirektiven kan klargöras.¹¹² Den informella styrningen kan aldrig ge upphov till samma slags kontroll som de övriga styrmedlen men å andra sidan kan den ledamot som inte hör samman kommunens synpunkter drabbas av sanktioner.

5.1.1.6 Sammanfattande bedömning av styrinstrumenten

Det finns mycket som talar för att styrinstrumenten medger tillräcklig kontroll för kommunen. För det första, vad gäller bolagsstyrelsen sammansättning, får kommunen kontroll genom tillsättningen av styrelseledamöter. Det faktum att kommunfullmäktige omgående kan skilja

¹¹¹ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 49

¹¹² Sveriges kommuner och landsting, *Bolagsstyrningsprinciperna*, s. 6

en styrelserepresentant från sitt uppdrag medger goda kontrollmöjligheter, särskilt i jämförelse med hur det förhåller sig beträffande de kommunala nämndernas ledamöter. För att kunna bedöma huruvida kontrollen över styrelsen är effektiv måste dock bolagsordningens stadgar studeras. Beträffande påverkansmöjligheten i de strategiska frågorna ligger beslutsfattandet uteslutande hos bolagsstyrelsen vilket således minskar kommunens kontrollmöjligheter. Genom utförliga ägardirektiv kan dock viss kontroll i dessa frågor likväl etableras för kommunen.

För det andra finns det möjligheter till påverkan på bolagsstämman. I de fall en viss kommun äger samtliga aktier sammanfaller bolagsintresset och ägarintresset vilket gör att kontroll föreligger.

För det tredje finns det goda möjligheter för kommunen att genom ägardirektiv påverka bolagets beslut. Visserligen får inte direktiven vara alltför ingripande men trots detta torde en tillräcklig kontroll kunna uppnås.

För det fjärde medför det faktum att bolagsordningen är något statisk till sin natur att det är mer tveksamt om den verkligen kan utgöra ett fullgott styrinstrument. Jag anser emellertid att i kombination med utförliga ägardirektiv kan erforderlig kontroll uppnås. Dessutom fyller bolagsordningen en viktig funktion för att fastsälla och ge riktlinjer vad gäller verksamhetsändamålet.

Avslutningsvis finns det även informella styrmedel som i viss mån kan påverka bolaget. Här torde man dock inte kunna tala om en kontroll, särskilt inte eftersom det inte finns några direkta sanktioner.

5.1.2 Ägarrollen

5.1.2.1 Kommunens aktieinnehav

Vanligen äger kommunen samtliga aktier i sina kommunala bolag och kommunen kan i dessa fall utöva en viss kontroll genom sitt aktieäggande eftersom de innehar dels samtliga röster på bolagsstämman, dels kan utfärda utförliga aktieägardirektiv.¹¹³ Kontrollmöjligheterna är dock även beroende av andra faktorer så som en samarbetsvillig bolagsstyrelse, efterlevnad av

¹¹³ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 106

ägardirektiv m.m., se ovan.

Det förekommer även att kommunen äger ett kommunalt moderbolag som i sin tur äger de andra kommunala bolagen. Bolagskonstruktionen, i form av en koncern, medför att de kommunala organen blir förhindrade att utöva ägarrollen direkt i förhållande till de kommunala dotterbolagen eftersom ägarrollen måste utövas genom moderbolagets styrelse. Av denna anledning skulle man kunna tro att kommunens kontroll uttunnats. Detta torde emellertid inte vara fallet eftersom avsikten med en koncern-konstruktion inte är att avhända sig det totala ägarinflytandet.

Flera kommuner kan också äga ett bolag tillsammans. EG-domstolens och svenska domstolars bedömning beträffande de fall när flera kommuner gemensamt äger ett bolag går dock isär.

I Coditel menar EG-domstolen att det centrala är att kontrollen är effektiv och att det således inte är nödvändigt att det är fråga om en individuell kontroll för varje sammanslutande enhet.¹¹⁴ Domstolen uttalar att kravet på individuell kontroll skulle vara orimligt och att följderna i så fall skulle bli att upphandling skulle behöva ske i de flesta fall.¹¹⁵ Aktieinnehavet har även berörts i Carbotermo där EG-domstolen framhåller att ”den omständighet att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelas kontraktet, tyder på, utan att för den skull vara avgörande, att den upphandlande myndigheten utövar kontroll över detta bolag”.¹¹⁶

I SYSAV- domen däremot uttalade Kammarrätten att det faktum att Tomelilla kommun endast kontrollerade 1,47 procent av kapitalet och rösterna var en bidragande orsak till att kommunen inte kunde anses ha sådan kontroll över aktiebolaget som motsvarar den som kommunen utövar över sin egen förvaltning.¹¹⁷ Stattin instämmer i Kammarrättens bedömning och påpekar att ”även om övriga ägare var upphandlande myndigheter förefaller det långsökt att påstå att ett så litet ägande skulle leda till kontroll över bolaget”.¹¹⁸

EG-domstolens syn på aktieinnehavet borde vara den riktiga bedömningen. Således skall det inte fokuseras på en viss kommuns procentandel av aktieinnehavet och det faktum att en kommun endast äger en mindre andel i ett bolag skall i sig inte hindra att kontrollkriteriet kan

¹¹⁴ Mål C-324/07, *Coditel*, p. 46

¹¹⁵ A.a., p. 47

¹¹⁶ Mål C-340/04, *Carbotermo SpA*, p. 37

¹¹⁷ RÅ 2008 ref. 26, s. 22

¹¹⁸ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 89

vara uppfyllt. Det viktiga är att kontrollen är effektiv och i de fall flera kommuner gemensamt äger bolag blir det därför istället intressant att studera den sammantagna kontrollen.

Avslutningsvis är det, som redan påpekats under avsnitt 4.1.2.5, inte möjligt att ett bolag har båda offentliga och privata ägare eftersom detta utesluter kontrollkriteriets tillämplighet.¹¹⁹

5.1.2.2 Aktieägarens möjligheter att påverka beslutsfattandet i bolaget

En viktig fråga vad gäller kommunens påverkansmöjligheter i sitt bolag är om beslutfattandet i viktiga frågor har förbehållits kommunen eller om de kan fattas i bolagets styrelse. För kontrollkriteriet är det av särskild vikt huruvida kommunen kan påverka de beslut som tas i bolaget och det måste således finnas en möjlighet att från kommunens sida ha inflytande över såväl viktiga beslut som strategiska mål i företaget i enlighet med uttalandet i Parking Brixen.¹²⁰ Beträffande de strategiska frågorna har de behandlats ovan under avsnitt 5.1.1.1. Nedan kommer kommunens påverkansmöjligheter i viktiga beslut att behandlas.

Genom bestämmelsen i 3 kap 17 § 3 p KomL, i vilken kommunfullmäktige ges en rätt att ta ställning innan beslut av större vikt fattas, uppnås en formell kontroll för kommunen att påverka bolaget. Ändamålet med föreskriften är att garantera att fullmäktige utövar det avgörande inflytandet över frågor av stor betydelse.¹²¹ Med beslut av större vikt avses bland annat ändring i bolagsordningen eller förändringar i aktiekapitalet.¹²²

Kommunfullmäktiges påverkan på viktiga beslut är dock begränsad. Det finns framförallt tre anledningar till att man kan ifrågasätta fullmäktiges möjligheter till ett reellt inflytande. För det första rör yttranderätten endast principiellt viktiga beslut och frågor som behandlar den löpande driften omfattas inte.¹²³ De frågor som gäller den löpande driften behandlas uteslutande av bolagets styrelse. För det andra har det i motiven framkommit en begränsning som innebär att föreskriften inte skall uppfattas som ett ingrepp i aktiebolagsrätten och fullmäktige kan inte skaffa sig vetorätt i styrelsen för ett kommunalt bolag.¹²⁴ Slutligen är regeln om yttranderätt alldeles för allmänt formulerad för att kunna användas som något annat än en allmän fingervisning till bolagsledningen om att vissa beslut bör föranleda intresse från

¹¹⁹ Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 49-51

¹²⁰ Mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 65

¹²¹ Lindqvist, Losman, *Kommunallagen i lydelse den 1 juni 2006*, s. 56

¹²² Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, s. 63 f

¹²³ Prop. 1990/91:117, s. 162

¹²⁴ 2001/02:KU 14, s. 52

kommunledningens sida.¹²⁵ Att ta ställning i en fråga skall enligt propositionen mer uppfattas som synonymt med att göra ett uttalande i en viss fråga.¹²⁶ Det finns inte heller något krav på att kommunfullmäktige skall godkänna besluten och det har uttalats att en dylik lagregel skulle kunna leda till problem i förhållande till de regler som gäller på associationsrättens område.¹²⁷

Med stöd av ovanstående kan det konstateras att den aktuella lagstiftningen, som stadgar yttranderätt men inte beslutanderätt, knappast kan anses tillgodose de krav som EG-rättens kontrollkriterium ställer. Bestämmelsen om kommunfullmäktiges inflytande är alltför tandlös för att i realiteten ge ett inflytande som kan medföra den kontroll som ytterst fordras.

En förklaring till den aktuella lagstiftningen kan vara att lagstiftningskommittén ansåg att det saknades anledning att tro att kommunala bolag skulle gå emot kommunfullmäktige i en för bolaget grundläggande fråga.¹²⁸ Det finns emellertid ett exempel som påvisar motsatsen. Fallet gällde det kommunala avfallsbolagets i Skåne avsikt att bygga ut sitt avfallskraftvärmeverk med en ugnsanläggning. Eftersom frågan om tillbyggnaden ansågs vara av principiell betydelse tillfrågades kommunfullmäktige i Lund. Kommunfullmäktige fann dock att anläggningen var onödig varför avfallsbolaget ombads avvakta. Trots kommunfullmäktiges yttrande beslutade avfallsbolaget likväl att bygga ut ugnsanläggningen.¹²⁹

Bolaget har, helt i linje med KomL:s regler, gett kommunfullmäktige möjlighet att ta ställning i frågan. Naturligt kan synas vara att bolaget därefter rättat sig efter kommunfullmäktiges ställningstagande. När så inte skett måste man fråga sig vad orsaken härtill kan vara och vilka slutsatser man kan dra härav.

Något självklart svar härpå går knappast att ge för en utomstående. Det enda man med säkerhet kan konstatera är att bolaget valt att inte beakta kommunfullmäktiges inställning i frågan. Kommunfullmäktiges synpunkter har således inte fått något genomslag och någon kontroll har inte förelegat på det sätt som åsyftas i Parking Brixen. Man skall emellertid kanske inte dra alltför långtgående slutsatser av utgången i detta exempel. Det är t.ex. inte känt vilket politiskt spel inom kommunen som kan ha påverkat bolaget att trots

¹²⁵ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 47

¹²⁶ Prop. 1990/91:117, s. 54

¹²⁷ A.a., s. 54

¹²⁸ A.a., s. 54

¹²⁹ Kommunfullmäktige i Lund, sammanträdesprotokoll från 2005-06-16, 90 §

kommunfullmäktiges ställningstagande likväl bygga anläggningen. Vidare kan det också konstateras att bolaget endast ombads att avvakta med beslutet och kommunfullmäktiges ställningstagande kan således eventuellt uppfattas som om man inte velat ge ett kategoriskt nej för all framtid.

Exemplet visar dock att kommunfullmäktiges påverkansmöjligheter i det aktuella fallet i realiteten var små och det kan konstateras att de knappast kan vara att jämföra med den inverkan som åsyftas i Parking Brixen. Det är sålunda inte alldeles självklart att kommunen, via kommunfullmäktige, kan ha en kontroll över besluten på det sätt som fordras enligt kontrollkriteriet.

5.1.2.3 Sammanfattande bedömning av ägarrollen

Vad det gäller ägarens aktieinnehav kan det konstateras, att om kommunen direkt äger samtliga aktier i det kommunala bolaget talar detta för att ett visst mått av kontroll kan utövas från kommunens sida. När det däremot dessutom finns privata aktieinnehav kan inte en i sammanhanget tillräcklig kontroll anses föreligga.¹³⁰ I de fall bolaget ägs av flera kommuner skall inte bedömningen göras för varje enskild kommun utan istället skall det fokuseras på om de sammanslutande kommunerna tillsammans uppnår en effektiv kontroll.¹³¹

Beträffande kommunfullmäktiges påverkansmöjligheter i så kallade principiella beslut kan det anföras att det är tveksamt om en möjlighet till reell kontroll föreligger. Skälet härför är dels att kommunfullmäktiges påverkansmöjlighet är begränsad till vissa specifika beslut, dels att bestämmelsen är för allmänt formulerad för att fullmäktige skall få en direkt inverkan på bolagets beslut vilket exemplet med avfallsbolagen i Skåne vittnar om.

5.1.3 Tillsyn

5.1.3.1 Kommunstyrelsen uppsikt över de kommunala bolagen

Av 6 kap 1 § KomL följer att bland kommunstyrelsens uppgifter ingår att ha ”uppsikt över” kommunal verksamhet som bedrivs i företagsform. Tillsynsbestämmelsen skall ses mot bakgrund av att man i 1991 års KomL velat markera behovet av bättre insyn och kontroll i de kommunala företagen.¹³² Det skall dock påpekas att KomL inte ger kommunstyrelsen några externa maktmedel utan uppsikten skall vara begränsad till en rätt att göra påpekanden, lämna

¹³⁰ Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 49-51

¹³¹ Mål C-324/07, *Coditel*, p. 46

¹³² Prop. 1990/91:117, s. 50

råd och anvisningar. I de fall kommunstyrelsen finner det nödvändigt skall de även se till att fullmäktige, i egenskap av högsta organ, ingriper.¹³³

Regleringen vad gäller tillsynen över de kommunala bolagen skiljer sig något från tillsynen över den övriga kommunala verksamheten. Kommunstyrelsen kan nämligen inte begära in yttranden och upplysningar på samma sätt som gäller för nämnderna enligt 6 kap 3 § KomL.

Med ledning av bestämmelserna i 6 kap 1 och 3 §§ KomL kan det fastslås att formell kontroll inte är förhanden.

Däremot torde formell kontroll kunna uppnås om bestämmelserna om tillsyn ges i ägardirektiv eftersom ägardirektiven medför att kommunstyrelsen kan ålägga bolaget att lämna, för tillsynen, nödvändiga uppgifter.¹³⁴

Det skall uppmärksammas att av intresse i sammanhanget är att tillsynsfrågan ytterst aktualiserar de problem som uppkommer när kommunen medverkar i ett privaträttsligt subjekt. Det privaträttsliga subjektet är formellt sett skilt från kommunen men verksamheten är likväl fortfarande att betrakta som kommunal vilket skapar komplikationer i bland annat tillsynsfrågan.¹³⁵ Det föreligger svårigheter för kommunen att utöva tillsyn över ett privat aktiebolag och eftersom det inte finns några regler om kontinuerlig information till aktieägaren i ABL blir tillsynsfrågan avhängig av ägardirektiv som ålägger bolagsstyrelsen att lämna nödvändiga uppgifter.¹³⁶

5.1.3.2 Revision i kommunala bolag

En annan typ av tillsyn är revision, dvs. granskning av det kommunala bolaget. Det finns två typer av revision som aktualiseras; aktiebolagsrättslig och ”kommunalrättslig” revision. Aktiebolagsrättslig revision regleras i 9 kap ABL och syftar till att kontrollera räkenskaperna och ge en korrekt bild av bolagets ekonomiska ställning. Kommunal revision regleras i 9 kap KomL. Innebörden av den kommunala revisionen är att ändamålsenligheten i den kommunala verksamheten utvärderas av lekmannarevisorer.¹³⁷ Det är framförallt den kommunalrättsliga revisionen som är av intresse i kontrollfrågan eftersom den

¹³³ KARNOV-kommentar till 6 kap 1 § KomL, not 186, författare Alf Bohlin

¹³⁴ Petersén m.fl., *Kommunallagen, kommentarer och praxis*, s. 281

¹³⁵ Lundin, *Kommunal revision*, s. 229

¹³⁶ Petersén m.fl., *Kommunallagen, kommentarer och praxis*, s. 281

¹³⁷ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 114 f

aktiebolagsrättsliga revisionen endast syftar till att kontrollera räkenskaperna och inte verksamheten i sig.

Lekmannarevisorn utses av kommunfullmäktige, 9 kap 1 § KomL. Precis som när det gäller andra bolagsorgan kan bolagsstämman ge direktiv till lekmannarevisorerna om hur de skall utföra granskningen. Kommunens uppdrag går ut på att lekmannarevisorn skall undersöka om bolagets verksamhet drivs enligt de mål som aktieägarna satt upp för verksamheten.¹³⁸

Genom att kommunfullmäktige utser lekmannarevisorerna kan en viss kontroll uppnås. Även det faktum att bolagsstämman har möjlighet att utfärda direktiv till lekmannarevisorerna är positivt ur kontrollsynpunkt eftersom kommunen på så sätt, i viss mån, kan bestämma utformningen av revisionen. Vetskapen om att en årlig kontroll sker medför förmodligen att bolagets styrelse försöker att driva en så ändamålsenlig verksamhet som möjligt. Kontrollen är dock retroaktiv eftersom den syftar till att försäkra att verksamheten i bolaget skötts ändamålsenligt. I och med retroaktiviteten kan den faktiska kontrollmöjligheten ifrågasättas. Samtidigt skall det noteras att en retroaktiv kontroll kan vara önskvärd för att kunna avgöra om en reell kontroll faktiskt utövats. Dessutom har lekmannarevisionen betydelse för bolagets framtida verksamhet och det kan förmodas att ett påpekande från revisionen får en förebyggande effekt vilket i förlängningen konstituerar en kontrollmöjlighet.

5.1.3.3 Sammanfattande bedömning av tillsynen

Det faktum att kommunen skall utöva tillsyn över ett privaträttsligt organ medför att tillsynens effektivitet blir beroende av utförliga ägardirektiv. Även i händelse av dylika direktiv återstår problemen med att det inte finns någon garanti för att ägardirektiven efterlevs vilket får som konsekvens att tillsynsmöjligheterna i realiteten blir osäkra. Det ges därutöver inga maktmedel till kommunstyrelsen vilket gör att tillsynen blir tandlös och därmed finner jag att det inte går att tala om någon kontroll för kommunen i det här avseendet.

Lekmannarevisorerna medger ingen direkt kontroll för kommunen eftersom den är retroaktiv och därmed inte ger kommunen verktyg för att kontrollera beslutsfattandet och bolagsverksamheten i stort. Det kan dock hävdas att revisionen har viss förebyggande inverkan vilket kan ge viss kontroll.

¹³⁸ Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, s. 118 ff

6. AVSLUTANDE DISKUSSION

Mycket talar för att Teckal-kriterierna, på ett eller annat sätt, kommer att införas i svensk rätt. Det råder emellertid delade meningar i frågan om det överhuvudtaget är möjligt att införa Teckal-kriterierna i LOU utan att ändra lagstiftningen för de kommunala bolagen. Kritiker till lagändringen anför bland annat att uppbyggnaden av de kommunala bolagen inte medger den ägarkontroll som fordras enligt kontrollkriteriet.¹³⁹ Av denna anledning skulle inte ett införande av kriterierna lösa kommunernas problem eftersom det likväl skulle återstå att bevisa att de är uppfyllda. Andra, så som Sveriges Kommuner och Landsting, menar dock att detta är ett felaktigt betraktelsesätt och att det under vissa förutsättningar visst är möjligt för en kommun att ha erforderlig kontroll över sitt bolag.¹⁴⁰

Föreliggande uppsats har sökt svaret på den omtvistade frågan huruvida en kommun har möjlighet att skaffa sig den kontroll över ett kommunalt bolag som krävs för att kontrollkriteriet, så som det utformas i EG-rättslig praxis, skall anses tillgodosett.

Frågan om kontrollkriteriet kan anses uppfyllt i svensk kommunal verksamhet är komplex. Å ena sidan finns det regler i KomL och ABL som medger i vart fall ett visst mått av kontroll. Ägaren/kommunfullmäktiges rätt att skilja styrelserepresentant från sitt uppdrag visar, i jämförelse med ledamöternas ställning i nämnderna, att kommunen besitter en större kontroll i bolaget än i den egna förvaltningen. Vidare finns det, särskilt i de fall en kommun är ensam ägare, goda påverkansmöjligheter på bolagsstämman. Dessutom finns det möjligheter för kommunen att utfärda ägardirektiv som, i de fall de är tillräckligt utförliga, torde medföra en kontroll.

Å andra sidan kan det framhållas att det finns bestämmelser om inflytande för kommunen, som likväl inte medför att kommunen kan uppnå kontroll. Ett, ur kontrollsynpunkt, centralt stadgande är kommunfullmäktiges rätt att ta ställning i viktiga beslut. Ovanstående utredning har påvisat att regeln i realiteten inte ger kommunfullmäktige det inflytande som krävs för att man skall kunna tala om en effektiv kontroll. Även bolagsordningens utformning inverkar på kommunens kontrollmöjligheter. I de fall bolagsstyrelsen ges väsentliga befogenheter i bolagsordningen kommer kommunen inte att kunna göra sina intressen gällande i bolaget

¹³⁹ <http://www.dagensjuridik.se/sv/Arkiv/Regeringsrattens-dom-har-feltolkats/>

¹⁴⁰ Sveriges Kommuner och Landstings hemställan, dnr 08/1808

varför det i så fall inte kan vara fråga om en i sammanhanget tillräcklig kontroll.

Vid en bedömning måste samtliga omständigheter beaktas och det centrala är huruvida en effektiv kontroll kan uppnås.¹⁴¹ Ett problem för kommunens kontrollmöjligheter är att även om styrinstrumenten i form av ägardirektiv och bolagsstyrelse kan medföra en formell kontroll så blir den reella kontrollen beroende av exempelvis bolagsordningens och ägardirektivens utformning i det enskilda fallet. Styrinstrumenten i sig medför således inte en tillräcklig kontroll utan det fodras att de ges ett innehåll som skapar en reell kontroll. Mot bakgrund av EG-domstolens uttalande att varje undantag från upphandlingskyldigheten skall tolkas strikt¹⁴² är det enligt min mening tveksamt om EG-domstolen skulle anse att nuvarande svenska regler medger erforderlig kontroll.

Med nuvarande möjligheter till påverkan anser jag att det inte är föredra att ändra LOU och därigenom införa ett undantag för köp mellan kommuner och dess kommunala bolag. Ett införande av Teckal-kriterierna i LOU skulle sannolikt inte medföra någon ändring i förhållande till dagsläget eftersom det i varje enskilt ärende skulle kvarstå att visa att tillgängliga styrinstrument i så stor utsträckning utnyttjats att kontrollkriteriet skulle kunna anses uppfyllt.

En möjlig lösning skulle kunna vara att ändra de bolagsrättsliga reglerna för att på så sätt tillse att kommunen får nödvändig kontroll. Antingen skulle man kunna införa speciella regler för de kommunala bolagen i befintlig aktiebolagsrätt eller så skulle man kunna skapa en särskild bolagsform för den kommunala verksamheten. Ändamålet med den nya lagstiftningen skulle vara att öka påverkansmöjligheterna för kommunen i egenskap av ägare. En ökad kontrollmöjlighet skulle möjliggöra att kontrollkriteriet skulle kunna bli uppfyllt vilket i sin tur skulle medföra att kommuner och dess kommunala bolag inte behöver konkurransutsätta anskaffningen. Den här typen av förvaltningsrättsliga bolag finns i dagsläget i bland annat Tyskland och Österrike.¹⁴³ För svenskt vidkommande har frågan berörts i SOU 1982:113, Kommunal företaget, men kommittén fann dock att det inte fanns något intresse av att skapa en särskild bolagsform för kommunal verksamhet. Det är möjligt att saken skulle bedömas annorlunda idag i och med tillkomsten av kontrollkriteriet. Att skapa en ny bolagsform för kommunal verksamhet kommer dock inte med nödvändighet att tas emot som något positivt från kommunalt håll eftersom den kommunala verksamheten i så fall förlorar möjligheten att

¹⁴¹ Se närmare mål C-340/04, *Carbotermo SpA*, p 36 och mål C-324/07, *Coditel*, p. 46

¹⁴² Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 46

¹⁴³ Enligt uppgift från, Andrea Sundstrand via telefonsamtal den 16 december 2008, advokat och doktorand vid Stockholms universitet

driva viss verksamhet i privaträttslig form.

I de fall en ny typ av förvaltningsrättsliga bolag införs torde kommunerna kunna få tillräcklig kontroll över sina kommunala bolag vilket i sin tur skulle innebära att upphandling i konkurrens inte skulle behöva ske i det specifika fallet. Man kan dock fråga sig om det kanske trots allt finns övervägande fördelar med att konkurrensutsätta marknaden. Bestämmelserna om offentlig upphandling syftar ytterst till att säkerställa att offentliga medel används på ett effektivt sätt. I förarbetena till den ÄLOU uttalar departementschefen att ”syftet med direktiven är att åstadkomma att den offentliga sektorns upphandling utsätts för marknadens villkor och alltså kan ske på ett affärsmässigt sätt”.¹⁴⁴ Att avstå från konkurrensutsättning skulle innebära fördyringar eftersom en effektiv konkurrens anses bidra till en bättre användning av samhällets resurser.¹⁴⁵ Genom att ge kommuner rätt att direktupphandla från egna bolag finns det således en risk för att syftet med upphandlingsreglerna går om intet. Det finns visserligen fördelar för kommunerna att handla direkt med sina egna bolag eftersom förfarandet blir mer effektivt men jag tycker dock att säkerställandet av ett effektivt nyttjande av de offentliga medlen måste anses som viktigare på lång sikt.

Frågan om kontrollkriteriet kan även belysas på ett mer övergripande sätt. Är det överhuvudtaget möjligt för kommunen att delegera makt och likväl behålla kontrollen? Att det är möjligt att, under vissa förutsättningar, delegera makt råder det inga oklarheter om men frågan om kontrollen i ett sådant fall fortfarande finns kvar hos den ursprungliga maktutövaren är mer komplex. Att delegera makt från ett offentlighetsrättsligt organ till ett annat offentlighetsrättsligt organ kanske inte nödvändigtvis behöver innebära att den ursprungliga maktutövaren går miste om kontrollen eftersom det rör sig om en uppgiftsöverföring inom samma juridiska person. En maktöverföring från ett offentlighetsrättsligt till ett privaträttsligt organ borde dock innebära att en viss kontroll går förlorad. Ett privaträttsligt synsätt på det föreliggande förhållandet medför att ett aktiebolag, som har en kommun som ägare, fortfarande är att betrakta som ett ordinärt aktiebolag enligt ABL. Att lagen inte gör någon skillnad på vem som är ägare till ett bolag innebär i det aktuella fallet att kommunen, så som redan beskrivits ovan, inte får ett tillräckligt inflytande över bolagets styrelse.

Avslutningsvis skall det påpekas att ovanstående sammanställning berör två skilda regelsystem; kommunalrätten och offentlig upphandling. Problemet när man interagerar de

¹⁴⁴ Prop. 1992/93:88, s. 40

¹⁴⁵ NOU:s uppdrag att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt LOU att genomföra köp från sina egna företag, dnr 165/97-29, s. 22

två regelsystemen med varandra är att det blir svårt att ta ställning till regelns funktionalitet i förhållande till dess syfte. De bestämmelser i KomL som rör de kommunala bolagen är inte skapade för att möta kontrollkriteriets krav på kontroll utan istället syftar reglerna till att ge kommunen den nödvändiga kontroll som behövs för att den skall kunna tillåtas att driva en del av den kommunala verksamheten i bolagsform. I det fall regeringen har intresse av att möjliggöra en tillämpning av Teckal-kriterierna bör den således, för att säkerställa en effektiv reglering, inledningsvis se över de bestämmelser som reglerar kommunens kontroll över dess bolag så att regelsystemet blir mer anpassat till de krav som kontrollkriteriet ställer. Först därefter kan det bli aktuellt att ändra gällande reglering i LOU.

7. KÄLLFÖRTECKNING

Lagtext

Tryckfrihetsförordning (1949:105)

Fördraget av den 25 mars 1957 om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EGF)

Regeringsformen (1974:152)

Lag (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda

Sekretesslag (1980:100)

Kommunallag (1991:900)

Aktiebolagslag (2005:551)

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Litteratur

Af Sandberg, *Aktiebolagsrätten*, Studentlitteratur, Lund, 2006

Albrektsson, *Styrelseboken*, Svenska kommunförbundet, Stockholm, 2001

Bernitz, *Europarättens grunder*, Nordstedts Juridik, Vällingby, 2006

Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2000

Lindqvist, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2005

Lindqvist, Losman, *Kommunallagen i lydelse den 1 juni 2006*, Nordstedts Juridik, 2006

Lundin, *Kommunal revision*, Iustus Förlag, Uppsala, 1999

Pedersen, *Upphandlingens grunder*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2008

Petersén, Reuterfors-Mattson, Torngren och Wikell, *Kommunallagen, kommentarer och praxis*, Kommentus Förlag, Stockholm 2006

Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2007

Åhman, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*, Iustus Förlag, Uppsala, 1997

Artiklar

Pedersen, *Upphandlingskrönika*, Europarättslig Tidsskrift, årgång 2008 nr 2, s. 543

Slavicek, *Upphandlingens olika ansikten*, Europarättsligt Tidsskrift årgång 2002, nr 1, s. 17
Stenberg, Pointlex, ”*Fel av Regeringsrätten bortse från EG-rättsfall i upphandlingsmål?*”

Rättsfall från svensk domstol

RÅ 2008 ref. 26, SITA Sverige AB, Sydkraft Eco Plus AB, Ragn Sells AB, Liselotte Löf AB mot Tomelilla kommun

Kammarrätten Göteborg, mål nr 5032-5033-2002, Region Skåne mot Barnläkargruppen Kristina Weidenstolpe KB

Rättsfall från EG-domstolen

Mål C-76/97 *Walter Tögel* mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse

Mål C-107/98, *Teckal Srl* mot Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia

Mål C-94/99, *ARGE* Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft

Mål C-26/03, *Stadt Halle* och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna

Mål C-458/03, *Parking Brixen GmbH* mot Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG

Mål C-340/04 *Carbotermo SpA* mot Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA

Mål C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (*ANAV*) mot Comune di Bari/AMTAB Servizio SpA,

Mål C-295/05, Asociacion Nacional de Empresas Forestales (*Asemfo*) mot Transformacion Agraria SA (*Tragsa*)

Mål C-324/07, *Coditel* Brabant SA mot Commune d’Uccle, Région de Bruxelles-Capitale,

Direktiv

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (varudirektivet)

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (tjänstedirektivet)

Rådets direktiv 2004/18/EG om offentlig upphandling och konkurrensprincipen

Offentligt tryck

Prop. 1990/91:117, *Om en ny kommunallag*

Prop. 1992/93:88, *Om offentlig upphandling*

Prop. 2001/02:142, *Ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m.*

Prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*

SOU 1982:113, *Kommunalföretaget*

SOU 1999:139, *Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt*

SOU 2001:31, *Mera värde för pengarna*

SOU 2005:22, *Nya Upphandlingsregler*

Betänkande 2001/02:KU 14, *Demokrati för nya seklet*

Betänkande 1990/91:KU 38, *Ny kommunallag*

Internet

<http://www.dagensjuridik.se/sv/Arkiv/Regeringsrattens-dom-har-feltolkats> (besökt 4.11.2008)

http://www.kfs.net/projekt/dokument/LO_upphandlingsutredningen_050602.pdf (besökt 12.11.2008)

Muntliga källor

Roland Adrell, Gärde Wesslau Advokatbyrå, 031-10 76 00

Robert Moldén, Kammarrätten i Göteborg, 031- 732 74 00

Ulf Palm, Sveriges Kommuner och Landsting, 08- 452 70 00

Erik Sandin, projektassistent Göteborgs Universitet, 031-786 10 00

Andrea Sundstrand, doktorand Stockholms Universitet, 08- 16 28 72

Övrigt

Sveriges Kommuner och Landstings hemställan till Finansdepartementet den 8 maj 2008, dnr 08/1808

Sveriges Kommuner och Landsting, *Principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag – erfarenheter och idéer*, Stockholm, 2006

Konkurrensverket, *Upphandlingsreglerna - en introduktion*, 2008

NOU, *Uppdrag att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag*, dnr 165/97-29

KARNOV-kommentar till 6 kap 1 § KomL, not 186 och 187, författare Alf Bohlin

Kommunfullmäktige i Lund, sammanträdesprotokoll från 2005-06-16, 90 §

Konsortialavtal, Sydvästra Skånes Avfalls AB (SYSAV)