Handelshögskolan vid Göteborgs universitet
Juridiska institutionen
Programmet för juris kandidatexamen
Tillämpade studier, 30 hp
Höstterminen 2009
Handledare: Andreas Moberg

Kommunala underprisöverlåtelser och återbetalningskrav med stöd av art. 88.3 EGF

En studie av svensk process- och sanktionsrätt utifrån den gemenskapsrättsliga effektivitetsprincipen

Författare: Johan Lidén

Innehållsförteckning

1. INLEDNING ... 4
1.1 Bakgrund ... 4
1.2 Problemformulering ... 6
1.3 Syfte ... 7
1.4 Frågeställning ... 7
1.5 Övriga avgränsningar ... 7
1.6 Metod och material ... 8
1.7 Terminologiska frågor ... 10
1.8 Disposition ... 11
2. GEMENSKAPSRÄTTSLIG KONTEXT ... 13
2.1 Inledning ... 13
2.2 Principen om direkt effekt ... 14
2.3 EG-rättens företräde ... 15
2.4 Begreppen ”EG-rätt” och ”svensk rätt” ... 16
2.5 Principen om nationell processautonomi ... 16
2.6 Förhållandet mellan effektivitetsprincipen och kravet på full effekt ... 19
3. GEMENSKAPSRÄTTSLIGT PERSPEKTIV ... 21
3.1 DE MATERIELLA STATSTÖDSREGLERNA ... 21
3.1.1 Inledning ... 21
3.1.2 Artikel 87.1 EGF ... 21
3.1.3 EG-domstolens tolkning av artikel 87.1 EGF ... 22
3.1.4 Samhandelskriteriet i förhållande till s.k. stöd av mindre betydelse ... 23
3.1.5 Sammanfattning – de materiella statsstödsreglerna ... 24
3.1.6 Angående artikel 87.1 EGF i förhållande till kommunala underprisöverlåtelser ... 25
3.2 DE PROCEDURELLA STATSSTÖDSREGLERNA ... 25
3.2.1 Inledning ... 26
3.2.2 Art. 88.3 EGF ... 26
3.2.3 Undantagen från artikel 88.3 EGF ... 27
3.3 KOMPETENSFÖRDELNINGEN MELLAN KOMMISSIONEN OCH NATIONELL DOMSTOL ... 27
3.3.1 Kommissionens granskningsförfarande ... 27
3.3.2 Nationell domstols kompetens ... 29
3.3.3 Nationell domstols roll när kommissionsbeslut ej föreligger ... 31
3.3.4 Nationell domstols skyldigheter/enskildas rättigheter ... 32

3.4 EFFEKTIVITETSPRINCIPEN ... 34
3.4.1 Allmänna utgångspunkter ... 35
3.4.2 Exempel ur EG-domstolens rättspraxis ... 36
3.4.3 EG-domstolens rättspraxis avseende återbetalning på grundval av ett kommissionsbeslut ... 44
4. RELEVANTA SVENSKA PROCESS- OCH SANKTIONSREGLER ... 49
4.1 Inledning ... 49
4.2 Laglighetsprövning ... 50
4.2.1 Överklagbarhet ... 51
4.2.2 Besvärsrätt ... 51
4.2.3 Besvärsfristen ... 51
4.2.4 Den materiella prövningen ... 52
4.2.5 Rättsföljder vid bifall ... 53
4.2.6 Konsekvenser av ett upphävande ... 53
4.2.7 Avslutande kommentarer ... 55
4.3 Exempel ur förvaltningsdomstolarnas rättspraxis ... 55
4.4 Sammanfattning – laglighetsprövning ... 60
4.5 Marknadsdomstolen ... 61
4.6 Allmän domstol – talan mot stödutgivaren ... 61
4.7 Allmän domstol – talan mot stödmottagaren ... 64
5. ANALYS ... 67
5.1 Inledning ... 67
5.2 Laglighetsprövning ... 68
5.2.1 Besvärsrätten enligt 10 kap. 1 § 1 st. KL ... 68
5.2.2 Överklagbart beslut enligt 10 kap. 2 § KL ... 70
5.2.3 Besvärs- och besvärsfaktafristen enligt 10 kap. 6 och 10 §§ KL. ... 74
5.2.4 Bevisbördereglerna ... 75
5.2.5 Upphävande som rättsföljd enligt 10 kap. 8 § 3 st. KL och rättelseregeln i 10 kap. 15 § KL ... 77
5.3 Vilka skyldigheter ålägger effektivitetsprincipen allmän domstol? ... 79
5.4 Avslutande reflektioner ... 81
6. KÄLLFÖRTECKNING ... 84

D E L E T T

1. INLEDNING

1.1 Bakgrund

I takt med att välfärdsstaten sedan början av 1990-talet kommit att sträva mot allt ökad marknadsmässighet och ekonomisk effektivitet, har gränserna mellan å ena sidan det traditionellt offentliga och å andra sidan det privata kommit att bli mindre distinkta. På områden av infrastrukturkaraktär, exempelvis vården och skolan, samsas numera både offentliga och privata aktörer. Samtidigt pågår en debatt om huruvida de svenska kommunerna i för hög utsträckning bedriver verksamhet av ekonomisk karaktär på vad som brukar kallas det egentliga näringslivets område.[1] Tydligt är att denna samhällets utveckling skapar nya utmaningar för såväl lagstiftaren som rättstillämpningen.

Denna uppsats ska belysa en av de konkurrensrättsliga aspekter som kan aktualiseras när kommunal egendom överlåts till privata företag: de gemenskapsrättsliga statsstödsreglerna. Redan här ska dock poängteras att syftet med uppsatsen inte är att utreda under vilka förutsättningar kommunala överlåtelser träffas av dessa regler. Min tanke är istället att undersöka de rättsliga möjligheter de svenska process- och sanktionsreglerna – bestämmelser om talerätt, tillåtna yrkanden etc. – erbjuder den som *påstår* att en kommunal överlåtelse utgör statsstöd i EG-fördragets mening. Frågan som uppsatsen avser att besvara är huruvida nämnda regler tillgodoser de krav som gemenskapsrätten påbjuder genom den s.k. *effektivitetsprincipen*.

En av de centrala gemenskapsrättsliga statsstödsreglerna är det s.k. *genomförandeförbudet* i artikel 88.3 EGF, en bestämmelse som föreskriver att en medlemsstat inte får sjösätta en statsstödsåtgärd utan att först ha fått den godkänd av den Europeiska kommissionen. Eftersom denna regel har ansetts ha direkt effekt, ska enskilda tillförsäkras vissa möjligheter att påtala en överträdelse av genomförandeförbudet direkt i nationell

[1] Se prop. 2008/09:231 *"Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m."*. Lagförslaget träder i kraft den 1 januari 2010.

domstol. Effektivitetsprincipens funktion är att säkerställa att dessa möjligheter är tillräckliga; *om en regel i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt för den enskilde att utöva de rättigheter som följer av gemenskapsrätten* (här: genomförandeförbudet) står den i strid med effektivitetsprincipen. Om nationell domstol i ett konkret fall finner att en regel utgör ett sådant hinder, får regeln inte tillämpas.

Jag fick idén till uppsatsen efter att i april 2009 ha sett ett avsnitt av SVT:s *Uppdrag granskning* som handlande om det rättsliga efterspelet till Täby kommuns avknoppning[2] av Tibble gymnasium. Kammarrätten hade här konstaterat att försäljningen hade genomförts till underpris – kommunen fick ingen ersättning för verksamhetens goodwill-värde – och upphävt kommunfullmäktiges avknoppningsbeslut såsom stridandes mot kommunallagen (otillåtet stöd till enskild näringsidkare).[3] Även om inte kammarrätten prövade huruvida transaktionen utgjorde statsstöd i gemenskapsrättslig mening kan det nog konstateras att det fanns ganska goda möjligheter att argumentera i den riktningen.[4]

Tv-programmets huvudpoäng var att kammarrättens avgörande inte fick några som helst praktiska konsekvenser. Förklaringen visade sig vara att de civilrättsliga avtal som tecknats mellan kommunen och dess motpart som utgångspunkt inte påverkades av det faktum att avknoppningsbeslutet upphävts av domstol. Dessa avtal var tvärtom fortsatt bindande såvida inte (läs: kommunen kunde visa att) motparten varit i ond tro angående de omständigheter som grundade beslutets upphävande. Således skulle det fordras att kommunen gav sig in i en högst osäker rättsprocess för att kunna vidta rättelse av det verkställda beslutet. Till saken hör att kommunallagens bestämmelse om rättelse av upphävda, redan verkställda, beslut (10 kap. 15 §) anger att rättelse bara behöver ske ”i den utsträckning det är möjligt”.[5] Av en pm författad av Täby kommuns jurist framgår att enligt dennes uppfattning, ”någon ond tro torde i vart fall inte vara möjligt att bevisa,

[2] Att en offentlig verksamhet avknoppas betyder att hela eller delar av verksamhetens personal tar över driften/ägandet av verksamheten – m.a.o. en form av ”riktad” privatisering.

[3] Kammarrätten i Stockholms dom den 19 april 2009 i mål nr 584-08.

[4] Se vid not 7 och angående begreppet statsstöd nedan 3.1.3.

[5] Angående 10 kap. 15 § KL, se nedan 4.2.6.

varför avtalen får anses ha bestånd".[6] Ovanstående medförde alltså att Täby kommun ansåg sig sakna faktiska möjligheter att vidta rättelse.[7]

Dödläget i *Tibblefallet* stod i viss kontrast till den tidigare erfarenhet jag hade angående en stödmottagares långtgående återbetalningsskyldighet av statsstöd som beviljats i strid med genomförandeförbudet (låt vara att denna fråga inte prövades i målet). Således uppstod idén att undersöka vilka möjligheter det i sammanhanget kommunala underprisöverlåtelser finns att i svensk domstol söka framtvinga återbetalning av statsstöd som inte anmälts till/godkänts av kommissionen. Det föll sig sedermera också naturligt att formulera en frågeställning som går ut på att granska de svenska reglerna utifrån den gemenskapsrättsliga effektivitetsprincipen.

1.2 Problemformulering

Som jag varit inne på avser jag att studera svenska process- och sanktionsreglers förenlighet med effektivitetsprincipen när det gäller anspråk baserade på artikel 88.3 EGF. I avgränsningssyfte har jag valt vissa utgångspunkter för framställningen, vilka följer nedan. Valet av premisser ska uppfattas som att jag velat utgå från en typsituation liknande den i *Tibblefallet* men med något mer generell utformning.

a) Någon söker i svensk domstol angripa *vad denne påstår* är en kommunal underprisförsäljning som genomförts i strid med genomförandeförbudet i artikel 88.3 EGF.

b) Vid tidpunkten för den enskildes talan har *civilrättslig bundenhet redan inträtt mellan kommunen och köparen*.

---

[6] Se tjänsteutlåtande Täby kommun 2009-06-04, s. 8, källa: *www.folkpartiet.se/Pages/119215/Tibble-återremiss-tjut-och-PM.pdf*

[7] Under uppsatsen gång (2009-11-11) har Täby kommun och "köparna" av Tibble gymnasium ingått en frivillig överenskommelse innebärandes att kommunen erhåller ytterligare 6,6 miljoner kr som ersättning det goodwillvärde som gymnasiet betingande vid tidpunkten för avknoppningen. Summan bygger på en oberoende värdering utförd av Ernst & Young i oktober 2009. Källa: *http://www.taby.se/Nyheter/Pressmeddelande-Frivillig-uppgorelse-mellan-Taby-kommun-och-Tibble-Fristaende-Gymnasium/*

c) Vad den enskilde vill uppnå med sin talan är att
1) få till stånd en prövning av huruvida försäljningen innebär att statsstöd beviljats i strid med genomförandeförbudet, och om så är fallet
2) få till stånd en återbetalning av statsstödet.

d) Det påstådda statsstödet har inte anmälts till den Europeiska kommissionen.[8] Inte heller har den Europeiska kommissionen godkänt beviljandet av stödet eller i övrigt fattat några beslut rörande stödet.

1.3 Syfte

Uppsatsen primära syfte är att undersöka huruvida de svenska processuella regler som aktualiseras vid anspråk baserade på artikel 88.3 EGF är utformade/tillämpas på ett sätt som strider mot den gemenskapsrättsliga effektivitetsprincipen. Den typ av svenska processregler jag valt att studera är de som kan komma att aktualiseras när en enskild, på de premisser som angetts ovan, vill angripa en kommunal underprisöverlåtelse under åberopande av genomförandeförbudet. Ytterligare ett syfte är att – för det fall jag finner att en regel kan stå i strid med effektivitetsprincipen – undersöka vilka svårigheter detta innebär för nationell domstol och hur dessa kan hanteras (finner nationell domstol att en regel strider mot effektivitetsprincipen är domstolen skyldig att åsidosätta regeln).

1.4 Frågeställning

Tillgodoser de svenska process- och sanktionsreglerna den gemenskapsrättsliga effektivitetsprincipen vad gäller enskildas rätt att i svensk domstol på grundval genomförandeförbudets direkta effekt söka genomdriva krav på återbetalning av statsstöd när sådant påstås ha beviljats genom en underprisöverlåtelse av kommunal egendom?

1.5 Övriga avgränsningar

Eftersom jag främst intresserar mig för vilka *processuella* möjligheter som svensk rätt erbjuder när det gäller att framföra anspråk baserade på genomförandeförbudet, kom-

[8] Angående den Europeiska kommissionens roll, se nedan 3.3.

mer jag endast översiktligt att beröra under vilka konkreta förutsättningar en kommunal verksamhetsöverlåtelse utgör respektive inte utgör statsstöd i EG-fördragets mening. Frågan kan likväl inte ignoreras eftersom en överträdelse av genomförandeförbudet *förutsätter* att åtgärden ifråga utgör statsstöd.[9] Jag kommer dock nöja mig med att påvisa att en kommunal underprisöverlåtelse – som företeelse betraktat – *kan* falla inom tillämpningsområdet för artikel 87.1 EGF.

De materiella regler enligt vilka den Europeiska kommissionen kan besluta att ett statsstöd är förenligt med den gemensamma marknaden, kommer i princip att utelämnas från framställningen. Skälet för denna avgränsning är att det är klassificeringen av en åtgärd som statsstöd – oberoende av om stödet är förenligt med den gemensamma marknaden – som ”aktiverar” genomförandeförbudet i artikel 88.3 EGF.

Även om stöd i strid med genomförandeförbudet beviljats av en *kommun* ger gemenskapsrätten under vissa förutsättningar en enskild rätt att utkräva skadestånd av *staten* enligt den s.k. *Francovich-doktrinen*. Sådana anspråk kommer inte att behandlas i uppsatsen.

Den med effektivitetsprincipen närbesläktade *likvärdighetsprincipen* kommer inte att behandlas mer än i förbigående.

1.6 Metod och material

Den valda frågeställningen gör att framställningen i mångt och mycket går ut på att försöka fastställa ”gällande rätt”. På nationell nivå undersöks den relevanta svenska process- och sanktionsrättens utformning och tillämpning. Här blir det alltså tal om att behandla regler om talerätt, tidsfrister, bevisbördans placering, tillåtna yrkanden etc. Ur effektivitetsprincipens synvinkel saknar det betydelse om en regel är lagstadgad eller om den växt fram i rättspraxis.

[9] Vilket betyder att frågeställningen vore mer eller mindre meningslös om en kommunal underprisöverlåtelse *aldrig* kan falla inom statsstödsbegreppets tillämpningsområde.

På gemenskapsrättslig nivå blir uppgiften att undersöka vilka *rättigheter* som följer av genomförandeförbudets direkta effekt. Vidare måste effektivitetsprincipen konkretiseras; vilka utgångspunkter gäller när man ska avgöra om en regel gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av artikel 88.3 EGF? Vilka typer av regler har EG-domstolen funnit stå i strid med effektivitetsprincipen och i vilka sammanhang?

Att uppgiften går ut på att fastställa gällande rätt medför att jag funnit det lämpligt att inta ett domarperspektiv. Således avser jag att utifrån de traditionella rättskällorna lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin försöka dra slutsatser om gällande rätt. Jag utgår helt enkelt ifrån att en domare angriper frågorna utifrån detta rättskällesystem.

Att försöka fastställa gällande rätt beskrivs ibland som att försöka fixera någonting som till sin natur är i ständig rörelse. Enligt detta synsätt kan man i princip betrakta gällande rätt som en fiktion; en förenkling av ”verkligheten”. Att enbart beakta de ovannämnda rättskällorna kan i någon mening sägas ytterligare urvattna verklighetsförankringen. Eftersom domare inte är något annat än vanliga människor är det väl i ärlighetens inte otänkbart att exempelvis personliga erfarenheter spelar in när en svårbedömd rättsfråga ska avgöras i endera riktningen? Trots att denna invändning är befogad väljer jag att bortse från dylika faktorer. Jag utgår med andra ord från en domare som enbart låter sig vägledas av rättskällorna. Fördelen med denna metod är att den underlättar en systematisering av rätten; även om rättskälleläran kan anklagas för att vara något verklighetsfrånvänd är den i vart fall förhållandevis förutsebar.

I enlighet med ovanstående kommer jag i uppsatsen att studera de för svensk rätt traditionella rättskällorna lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin. I den del gemenskapsrätten undersöks har jag beaktat primärrätt, sekundärrätt och gemenskapsdomstolarnas rättspraxis.[10]

[10] Se nedan 2.1.

I den mån jag citerar avgöranden från gemenskapsdomstolarna återges den (officiella) svenska översättningen. Vid något enstaka tillfälle har jag – till följd av otydligheter i den svenska översättningen – valt att komplettera med den engelska översättningen.

Eftersom Lissabonfördraget trädde ikraft först under slutskedet av uppsatsskrivandet har jag inte beaktat de förändringar som ikraftträdandet medför.[11]

1.7 Terminologiska frågor

För läsbarhetens skull kommer jag fortsättningsvis att använda uttryck som ”process-regler”, ”processuella regler” och ”det processuella landskapet” som en allmän beteckning för *både* process- och sanktionsregler (i vissa delar kommer det dock finnas anledning att behandla sanktionsregler särskilt).[12] Jag kommer inte att gå in på frågor som rör huruvida en regel är att betrakta som *processuell* eller *materiell*. Anledningen är att EG-domstolen, vid bedömningen av om en regel är förenlig med effektivitetsprincipen, såvitt jag kan bedöma inte fäster någon större vikt vid huruvida en regel är av processuell eller materiell natur. Det är vidare svårt att se varför EG-domstolen, som generellt anlägger ett konsekvensperspektiv,[13] skulle vara intresserad av denna fråga. Om vi tar talerättsregler som exempel är det ur kärandens synvinkel vanligen av ringa praktisk betydelse huruvida en talan *ogillas* (materiell prövning) eller *avvisas* (processhinder).[14]

Med effektivitetsprincipen avser jag i uppsatsen primärt det som också brukar kallas kravet på *genomdrivbarhet*: en nationell process- eller sanktionsregel får inte göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av gemenskapsrätten.[15] EG-domstolen har dock i vissa fall kommit att bedöma nationella process- och sanktionsregler utifrån ett strängare effektivitetskrav, närmare bestämt att nationell dom-

---

[11] För en översiktlig genomgång av den nya fördragsstrukturen och den nya artikelnumreringen på konkurrensrättens område, se http://www.konkurrensverket.se/t/Page____5479.aspx

[12] Se nedan 2.6 (förhållandet mellan kravet på full effekt och effektivitetsprincipen).

[13] Se i förhållande till effektivitetsprincipen mål C-312/93, *Peterbroeck* (1995), p. 21 och i förhållande till statsstöd (tolkningen av artikel 87.1 EGF) mål 173/73, *Italien mot kommissionen* (1974), p. 27.

[14] Jfr Fitger, *Rättegångsbalken 1*, s. 13:10(e).

[15] Bl.a. Andersson använder detta uttryck, se Andersson, *Rättsskyddsprincipen,* s. 71.

stol ska säkerställa att en gemenskapsrättslig bestämmelse *ges full verkan* (EG-rättens företräde).[16] Eftersom det är något oklart i vilka fall/för vilka regler effektivitetsprincipen gäller och för vilka det starkare kravet på full verkan gäller, har jag valt att *ta utgångspunkt* i det minst ingripande alternativet, effektivitetsprincipen, vilket är förklaringen till denna princip förekommer i uppsatsen titel, syfte och frågeställning. Detta betyder dock inte att framställningen bortser från den rättspraxis som handlar om kravet på full verkan. Jag berör förhållandet mellan kravet på gemenskapsrättens fulla verkan och effektivitetsprincipen i avsnitt 2.6.

Även om jag i framställningen utgår från transaktioner företagna av kommuner, d.v.s. primärkommuner eller ”vanliga” kommuner, bör, såvitt jag kan se, flertalet av i uppsatsen förekommande redogörelser och resonemang kunna tillämpas även i förhållande till landstingskommuner (s.k. sekundärkommuner).[17]

1.8 Disposition

Framställningen är uppdelad i fem delar. I del två behandlas de grundläggande gemenskapsrättsliga principer – häribland principen om direkt effekt och principen om EG-rättens företräde – som är förklaringen till varför gemenskapsrätten överhuvudtaget ska tillämpas i nationella domstolar. I denna del ges vidare bakgrunden till varför svenska processuella regler måste uppfylla effektivitetsprincipens krav.

I del tre behandlas statsstödsreglerna från ett gemenskapsrättsligt perspektiv. Framställningen inleds med en redogörelse för statsstödsbegreppet och övergår sedan till att redogöra för kompetensfördelningen mellan den Europeiska kommissionen och de nationella domstolarna. Vidare berörs EG-domstolens rättspraxis både vad gäller vilka rättigheter som följer av genomförandeförbudet och angående tillämpningen av effektivitetsprincipen.

---

[16] Se nedan 3.4.2 och de där beskrivna fallen *Factortame* och *Munoz*.

[17] Kommunallagen är gemensam för de båda kommuntyperna. Se Petersén, Reuterfors-Mattsson, Torngren & Wikell, *Kommunallagen: Kommentarer och praxis,* s. 43.

I del fyra skiftar fokus till de svenska processuella regler som på ett eller annat sätt kan aktualiseras i ljuset av frågeställningen. Här berörs främst institutet laglighetsprövning vid allmän förvaltningsdomstol men även regler och rättspraxis av betydelse för möjligheterna att vända sig till allmän domstol och Marknadsdomstolen.

I den avslutande delen ska jag slutligen försöka bedöma i vilken utsträckning de svenska processreglerna möjliggör för en enskild att utöva de rättigheter som följer av genomförandeförbudets direkta effekt på ett sätt som står i överensstämmelse med effektivitetsprincipen. Vidare berörs de svårigheter som nationell domstol kan ställas inför vid ett konkret åsidosättande av en processregel, samt hur dessa kan hanteras.

DEL TVÅ

2. GEMENSKAPSRÄTTSLIG KONTEXT

2.1 Inledning

Med hänsyn till att uppsatsen behandlar frågor som uppstår på grund av att både ”svensk rätt” och ”EG-rätt” ska tillämpas i svenska domstolar är i detta sammanhang nödvändigt att beröra *varför* EG-rätten överhuvudtaget ger upphov till verkningar på det nationella planet. I denna del handlar det alltså i någon mening om hur dessa båda ”rättsordningar” förhåller sig till varandra. Framställningen tar utgångspunkt i de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som handlar om direkt effekt, EG-rättens företräde och nationell processautonomi.

Med uttrycket ”EG-rätt” eller ”gemenskapsrätten” avses normalt följande rättskällor:

Primärrätten; de grundläggande fördragen inom Europeiska unionens första pelare, exempelvis EG-fördraget.[18]
Sekundärrätten; den lagstiftning i form av förordningar, direktiv och bindande beslut som gemenskapens institutioner antar på grundval av EG-fördraget.
Gemenskapsdomstolarna rättspraxis, EG-domstolens och förstainstansrättens avgöranden.
*Internationella avtal***;** avtal som gemenskapen såsom eget rättssubjekt ingår med stater/sammanslutningar av stater.

Det gemenskapsrättsliga samarbetet har kommit att bli mer långtgående än vad som i allmänhet gäller för mellanstatliga avtal enligt folkrättsliga regler.[19] De särdrag som samarbetet uppvisar är primärt två till antalet. För det första skapar gemenskapsrätten inte enbart rättigheter och skyldigheter för de inblandade staterna, utan även för medlemsstaternas enskilda medborgare (*principen om direkt effekt*). Den andra skillnaden rör

[18] Konsoliderad version av ”*Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen*”, EGT C 325, 24.12.2002.
[19] Craig & de Búrca, *EC Law: Text, cases and materials*, s. 72-75.

EG-rättens överordnade hierarkiska status i förhållande till nationell rätt vid en direkt konflikt normsystemen emellan (*principen om EG-rättens företräde*). Dessa båda egenskaper gör att gemenskapsrätten kan betraktas som en grundlag som ingår i samtliga medlemsstaters rättsordningar.

2.2 Principen om direkt effekt

Principen om direkt effekt framgår inte av EG-fördraget utan är i sin helhet ett koncept som har utvecklats av EG-domstolen. Ursprunget är EG-domstolens avgörande i *van Gend & Loos* (1963).[20] Ett företag – van Gend & Loos – hade här i nederländsk domstol åberopat artikel 12 i EEG-fördraget som grund för ett bestridande av en av de nederländska myndigheterna uttagen tullavgift. Frågan som därmed uppkom var om staten Nederländerna var bunden av denna artikels innehåll inte bara gentemot de andra medlemsstaterna, utan även gentemot de enskilda medborgarna inom gemenskapen. EG-domstolen uttalade att gemenskapen utgjorde en rättsordning i förhållande till vilken medlemsstaterna begränsat sina suveräna rättigheter och inom vilken rättsubjekten inte endast är medlemsstaterna, utan också dess invånare. EG-domstolen besvarade således frågan jakande och slog fast att en gemenskapsrättslig rättsregel är direkt tillämplig i nationell domstol (= har direkt effekt) under förutsättning att den är klar, otvetydig, ovillkorlig samt ägnad att vara riktad till enskilda.

Detta banbrytande avgörande gav upphov till fler frågor än vad det gav svar. Det var naturligtvis inte helt enkelt för de nationella domstolarna att veta vilka EG-rättsliga bestämmelser som var *klara, otvetydiga, ovillkorliga och ägnade att vara riktade till enskilda.*

Utifrån EG-domstolens nuvarande rättspraxis kan konstateras att flertalet bestämmelser i EG-fördraget har ansetts ha direkt effekt, att regler i förordningar *ofta* har direkt effekt och att direktivbestämmelser i vart fall *kan ha* direkt effekt.[21] Avgörande i varje enskilt fall är om en viss bestämmelse möter de krav som EG-domstolen formulerade i

[20] Mål 26/62, *van Gend & Loos* (1963).

[21] Craig & de Búrca, s. 275-281.

van Gend & Loos. I takt med att rättspraxis utvecklats har det kommit att något förtydligas hur dessa kriterier ska tolkas.[22]

Själva begreppet direkt effekt brukar delas upp i ett antal olika underbegrepp. Här är distinktionen vertikal respektive horisontell direkt effekt av central betydelse. Föreligger vertikal direkt effekt är regeln möjlig att åberopa gentemot nationella myndigheter (jfr *van Gend & Loos*). Innebörden av att en bestämmelse anses ha horisontell direkt effekt är att den även kan göras gällande gentemot privaträttsliga subjekt.[23] I detta sistnämnda fall ger en rättsregel upphov till såväl rättigheter som *skyldigheter* för medlemsstaternas invånare.

2.3 EG-rättens företräde

En oundviklig följd av att åtskilliga EG-rättsliga bestämmelser har direkt effekt och därmed ska tillämpas direkt i nationell domstol, är att normkonflikter mellan EG-rätten och nationell kan uppstå i rättstillämpningen vid de nationella domstolarna. På många sätt kan den av EG-domstolen utvecklade principen om EG-rättens företräde sägas vara en pragmatisk lösning på sådana konflikter.[24]

Även om målet *Costa Enel*[25] (1964) brukar framhållas som det mål vari EG-domstolen lade grunden för principen om EG-rättens företräde, skulle det dröja några ytterligare mål – här kan nämnas *Internationale Handelsgesellschaft*[26] (1970) och *Simmenthal*[27] (1978) – innan principens fulla innebörd stod klar.[28] Dess kärna är att samtliga medlemsstatliga organ som tillämpar EG-rätten – detta inbegripet såväl nationella domstolar som administrativa myndigheter – har en skyldighet att *säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan* genom att underlåta att tillämpa nationella regler som står i konflikt

[22] Craig & de Búrca, s. 277.

[23] Se exempelvis mål 43/75, *Defrenne* (1976).

[24] Se Andersson, s. 55.

[25] Mål 6/64, *Costa* (1964).

[26] Mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* (1970).

[27] Mål 106/77, *Simmenthal* (1978).

[28] Craig & de Búrca, s. 347.

med gemenskapsrätten.[29] Detta gäller oavsett vilken normstatus den nationella regeln har och oberoende av om nationell lagstiftning föreskriver att endast viss nationell domstol har rätt att bedöma ”giltigheten” av nationell rätt.[30] Principen om EG-rättens företräde ålägger dock *inte* nationell domstol att ogiltigförklara den aktuella nationella regeln; tillräckligt är att domstol avstår från att tillämpa den på fallbasis.[31]

2.4 Begreppen ”EG-rätt” och ”svensk rätt”

Som vi sett innebär principen om direkt effekt tillsammans med den om EG-rättens företräde att EG-domstolen – vad gäller regler med direkt effekt – betraktar gemenskapsrätten som en hierarkiskt överordnad integrerad del av de olika nationella rättssystemen.

Av ovanstående följer att uttrycket ”svensk rätt” inte endast innefattar (något förenklat) lagstiftning beslutad av riksdagen, utan även de gemenskapsrättsliga regler som är direkt tillämpliga i svensk domstol. Att på detta sätt betrakta EG-rätten som en i integrerad del i den nationella rätten brukar betecknas *monism.* Sverige har dock traditionellt sett tillämpat det *dualistiska* synsättet, vilket går ut på att mellanstatliga avtal anses bli en del av nationell rätt först när de införlivas i svensk rätt.[32] Även om traditionen av att införliva gemenskapsrätten i svensk rätt fyller många goda syften – det finns väl ett pedagogiskt värde i att de normer som gäller i landet direkt framgår av ”svenska” rättskällor – kan den riskera att leda till tankefel. Enligt EG-domstolens monistiska synsätt utgör en gemenskapsrättslig bestämmelse med direkt effekt en del av svensk rätt alldeles oavsett om den har införlivats eller inte.

2.5 Principen om nationell processautonomi

Som påpekats i det föregående har EG-domstolen genom sin rättspraxis fått tillfälle att klargöra vilka gemenskapsrättsliga bestämmelser som har direkt effekt och som där-

[29] Mål 106/77, *Simmenthal* (1978), p. 22 och mål C-118/00, *Larsy* (2001), p. 52.

[30] Mål 106/77, *Simmenthal* (1978).

[31] Mål 106/77, *Simmenthal* (1978) och de förenade målen C-10/97 till C-22/97 *IN.CO.GE'90* (1998).

[32] Att dualismen traditionellt tillämpats ska dock inte tolkas som att lagstiftaren/rättstillämpningen inte erkänner principerna om direkt effekt och företräde. Jfr bl.a. RF 11:14.

med ger upphov till rättigheter som enskilda har rätt att göra gällande direkt i nationell domstol. Vi har också sett att principen om EG-rättens företräde innebär att nationell domstol är skyldig att i den konkreta rättstillämpningen avstå från att tillämpa en nationell regel som står i konflikt med en gemenskapsrättslig bestämmelse. För att en sådan konkret normkonflikt överhuvudtaget ska kunna uppstå krävs emellertid att ett visst ärende hamnar i domstol, vilket i sin tur normalt fordrar att olika processuella förutsättningar är uppfyllda, exempelvis vad gäller talerätt. Med andra ord är inte allt frid och fröjd bara för att en viss bestämmelse i EG-rätten har tillerkänts direkt effekt – det måste ju också till en ”arena” för att en enskild ska kunna göra gällande de rättigheter som följer av gemenskapsrätten.

När enskilda önskar använda EG-rätten som en ”sköld” vållar den processuella kontexten inte nödvändigtvis några problem. Här kan *van Gend & Loos* tjäna som exempel; detta företag behövde bara vägra att betala tullen för att hamna i domstol. I andra fall kan det dock bli nödvändigt att använda gemenskapsrätten aktivt, som ett ”svärd”. När det gäller att ifrågasätta en kommunal underprisöverlåtelse – varvid en konkurrent som påverkas av konkurrenssnedvridningen uppträder som tredje man – behövs ett sådant svärd. Det finns helt enkelt ingen möjlighet för en konkurrent att passivt provocera fram en tvist.

En grundläggande kompetensregel för det gemenskapsrättsliga samarbetet är att medlemsstaterna bibehåller sin lagstiftande kompetens på områden inom vilka gemenskapen inte (ännu) tagit någon kompetens i bruk.[33] Därmed följer av det förhållande att det saknas gemenskapsrättsliga bestämmelser om exempelvis talerätt och andra processuella regler, att det i princip är upp till varje medlemsstat att utforma den processuella kontext i vilken gemenskapsrättsliga rättigheter ska utövas. Detta har EG-domstolen uttryckt på följande sätt:

> ”I avsaknad av gemenskapsrättsliga föreskrifter på området ankommer det på varje medlemsstats interna rättsordning att ange vilka domstolar som är behöriga och att fastställa de processuella regler

[33] Detta gäller dock inte på områden där gemenskapen har exklusiv kompetens, se Craig & De Búrca, s. 89.

som gäller för talan som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten."[34]

EG-domstolen fick tillfälle att kommentera denna "avsaknad av gemenskapsrättsliga föreskrifter" i *Express Dairy Foods* (1980):

"Beklagligtvis saknas gemenskapsbestämmelser om harmonisering av förfaranden och tidsfrister och domstolen har funnit att denna situation medför olikabehandling på gemenskapsnivå. Det ankommer inte på domstolen att utfärda allmänna materiella och processuella regler som endast de behöriga institutionerna kan anta."[35]

EG-domstolen har dock, väl medveten om att fullständig handlingsfrihet för medlemsstaterna i denna fråga skulle kunna bringa konceptet direkt effekt verkningslöst, inte känt sig förhindrad ställa vissa grundkrav på medlemsstaternas processordningar. Ur systematiseringssynpunkt brukar i litteraturen begreppet *rättsskyddsprincipen* användas för att beteckna samtliga krav nationella processuella regler måste iaktta.[36] Såsom rättslig grund för denna princip brukar EG-domstolen hänvisa till den mellan gemenskapens och medlemsstaternas institutioner långtgående lojalitetsplikt som anses komma till uttryck i artikel 10 EGF.[37]

Rätten till effektivt domstolsskydd/rättsskyddsprincipen kan sägas ha utmynnat i två grundprinciper som i praktiken inskränker den nationella processautonomin. För det första får reglerna som är tillämpliga på en talan som förs på EG-rättslig grund inte vara mindre förmånliga än de som gäller för en liknande talan med nationell rätt som grund (*likvärdighetsprincipen*)[38]. För det andra får de processuella reglerna inte vara utforma-

[34] Mål C-312/93, *Peterbroeck* (1995), p. 12.

[35] Mål 130/79, *Express Dairy Foods* (1980), p. 12.

[36] Alternativt *rätten till ett effektivt domstolsskydd* (effective judicial protection), se bl.a. Engström J, *Effektivt rättsskydd i förvirring,* Europarättslig tidskrift 2003:1 s. 172.

[37] Hänvisning brukar också göras till "medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner" och i denna del till artikel 6 och 13 i den *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna* (se mål 222/84, *Johnston* (1986), p. 18-19) och artikel 47 i *EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna* (se mål C-432/05, *Unibet* (2007), p. 37.

[38] Se exempelvis mål 10/73, *Rewe* (1973), p. 5 och mål C-432/05, *Unibet* (2007), p. 42.

de på ett sätt som i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av gemenskapsrätten (*effektivitetsprincipen*).[39]

2.6 Förhållandet mellan effektivitetsprincipen och kravet på full effekt

EG-domstolen har i ett flertal fall kommit att, i förhållande till nationell processrätt, tillämpa kravet på full effekt som standard istället för effektivitetsprincipen.[40] I dessa fall hänvisar alltså EG-domstolen till det starkare effektivitetskrav som följer av principen om EG-rättens företräde snarare än till det något svagare krav (inte omöjligt eller orimligt svårt…) som effektivitetsprincipen påbjuder.

Som jag redan antytt är det något oklart när respektive standard gäller. *Engström* har presenterat teorin att EG-domstolen synes hänvisa till det starkare kravet när det nationella processuella systemet helt saknar regler angående *sanktioner* som EG-domstolen anser är nödvändiga för att skydda den gemenskapsrättsliga rättighet/intresse varom det är fråga.[41] Finns däremot en sanktion, låt vara att tillgången till kan vara begränsad av olika processregler, ska dessa regler bedömas utifrån effektivitetsprincipen. Denna modell rimmar ganska väl med ett rättfall som tillkommit efter *Engströms* artikel, EG-domstolens avgörande i *Unibet* (2007).[42] Här konstaterade EG-domstolen till att börja med att det ”ankommer på varje medlemsstat att utforma sina interna processuella regler” och att ”EG-fördraget inte tillskapat några andra former av rättsliga förfaranden än de som föreskrivs i den nationella rätten”. Därefter uttalade EG-domstolen:

> ”Det förhåller sig på annat sätt endast om det av den nationella rättsordningens systematik framgår att det inte finns någon form av rättsligt förfarande som ens prejudiciellt ger möjlighet att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten” (eng: *”that no legal remedy existed which made it possible to ensure, even indirectly, respect for an individual’s rights under Community law”.)*[43]

---

[39] Se exempelvis mål 45/76, *Comet* (1976) p.12-16 och mål C-312/93, *Peterbroeck* (1995), p.12.

[40] Se exempelvis mål 106/77, *Simmenthal* (1978), mål C-213/89, *Factortame* (1990) och mål C-253/00, *Munoz* (2002). *Factortame* och *Munoz* behandlas nedan i 3.4.2.

[41] Engström J, *Effektivt rättsskydd i förvirring*, ERT 2003:1 s. 176.

[42] Mål C-432/05, *Unibet* (2007).

[43] Mål C-432/05, *Unibet* (2007), p. 41.

I anslutning till det ovan citerade hänvisade EG-domstolen bl.a. till målet *Factortame* (1990), vilket är ett annat av de mål där EG-rättens företräde/kravet på full effekt tillämpades. Således skulle det av EG-domstolen anförda kunna tolkas som att EG-domstolen förklarar när detta starkare effektivitetskrav utgör referenspunkten, nämligen då ingen ”remedy” (sanktion) existerar överhuvudtaget. I *Unibet* fann EG-domstolen att den nationella rätten tillhandahöll sanktioner.[44]

Även om andra förklaringar till hur kravet på full effekt och effektivitetsprincipen förhåller till sig till varandra är tänkbara,[45] kommer jag att i den fortsatta framställningen betrakta förekomsten/avsaknaden av en *sanktion* som den avgörande faktorn i denna del.

[44] Angående detta mål, se nedan 3.4.2.

[45] Se Engström J, *Effektivt rättsskydd i förvirring*, ERT 2003:1, s. 177.

D E L T R E

3. GEMENSKAPSRÄTTSLIGT PERSPEKTIV

3.1 DE MATERIELLA STATSTÖDSREGLERNA

3.1.1 Inledning

Det huvudsakliga skälet till att EG-fördraget innehåller bestämmelser som reglerar beviljandet av statliga stöd är det allmänna målet att inom gemenskapen skapa och upprätthålla en fri inre marknad.[46] Detta regelverk utgör en viktig del av konkurrenspolitiken eftersom det syftar till att garantera lika konkurrensvillkor för företagen inom gemenskapen.

Det statsstödsrättsliga regelverket utgår från EG-fördraget, sekundärrätt och gemenskapsdomstolarnas rättspraxis. Redogörelsen som följer nedan tar utgångspunkt i de relevanta fördragsbestämmelserna (artikel 87-89 EGF) och kompletteras vid behov med hänvisningar till existerande sekundärlagstiftning och relevanta domstolsavgöranden.

3.1.2 Artikel 87.1 EGF

Artikel 87.1 EGF är den mest centrala av fördragets statsstödsbestämmelser och föreskriver att statsstöd som huvudregel är oförenligt med den gemensamma marknaden.

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

Att det är fråga om utgångspunkt och inte ett absolut förbud framgår av den inledande satsen ”om inte annat föreskrivs i detta fördrag”. EG-fördraget innehåller ett antal be-

[46] Se artikel 3.1c och 3.1g EGF.

stämmelser – av störst betydelse är nog artikel 87.2, 87.3 och 86.2 EGF – som ger den Europeiska kommissionen (”kommissionen”) möjlighet att besluta att ett statsstöd är förenligt med den gemensamma marknaden.

3.1.3 EG-domstolens tolkning av artikel 87.1 EGF

Enligt EG-domstolens tolkning av artikel 87.1 EGF ska fyra kumulativa kriterier vara uppfyllda för att en åtgärd ska klassificeras som statsstöd.[47] För det första ska det vara fråga om en statlig åtgärd eller en åtgärd som vidtas med statliga medel; för det andra ska åtgärden innebära att mottagaren av åtgärden ska gynnas; för det tredje ska åtgärden snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen och för det fjärde ska åtgärden kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna. Som en generell utgångspunkt gäller att bedömningen utgår ifrån en åtgärds effekter, inte dess syfte. [48]

Under det första kriteriet omfattas såväl direkta som indirekta stöd, d.v.s. vare sig stödgivaren är en central myndighet, en regional myndighet eller ett organ över vilket det offentliga utövar kontroll.[49]

Vid bedömningen av gynnandekriteriet saknar det betydelse i vilken form ett stöd utges.[50] Det avgörande är istället om åtgärden på något sätt lättar de ekonomiska bördor som i normalfallet belastar mottagarens verksamhet.[51] Exempel på olika former av åtgärder som faller inom detta kriterium är direkta ekonomiska bidrag, skattelättnader, avgiftssubventioner och särskilt förmånliga (ej marknadsmässiga) villkor i samband med olika affärstransaktioner.[52] För att rekvisitet ska vara uppfyllt måste dock gynnandet vara *selektivt* i den meningen att det gynnar vissa företag eller viss produktion.

---

[47] Se exempelvis mål C-280/00, *Altmark* (2003), p.74-75.

[48] Mål 173/73, *Italien mot kommissionen* (1974), p. 27.

[49] Mål 290/83, *Kommissionen mot Frankrike* (1985), p. 14.

[50] Mål 6/64, *Costa* (1964).

[51] C-143/99, *Adria-Wien Pipeline* (2001), p. 38.

[52] Se Aldestam, *Nationella domstolars roll i EG:s statsstödssystem,* Europarättslig tidskrift 2005:2 s. 223.

Således föreligger inget gynnande om samtliga företag i en medlemsstat ges en identisk ekonomisk fördel, exempelvis genom en generell skattesänkning.[53]

De två avslutande kriterierna – snedvridning av konkurrensen respektive samhandelspåverkan – anses i allmänhet ha låga trösklar.[54] I denna del är det tillräckligt att stödet *har potential* att inverka på konkurrensen och samhandeln.[55] EG-domstolen har vidare uttalat samhandelskriteriet kan vara uppfyllt även om stödmottagarens verksamhet är av lokal eller regional karaktär samt att det i princip inte finns någon undre gräns för vilka stöd som är kapabla att påverka handeln mellan medlemsstaterna.[56]

3.1.4 Samhandelskriteriet i förhållande till s.k. stöd av mindre betydelse

Även om samhandelskriteriet i princip inte låter sig bedömas utifrån en specifik beloppsgräns är denna utgångspunkt i visst behov av nyansering. Till saken hör nämligen att kommissionen har utfärdat en förordning[57] om stöd av mindre betydelse (”de minimis aid”) vari det föreskrivs att om vissa övriga villkor är uppfyllda, stöd som beräknat på en treårsperiod understiger 200 000 euro *inte* påverkar handeln mellan medlemsstaterna i den mening som avses i artikel 87.1 EGF. Från förordningens tillämpningsområde undantas vissa kategorier av stöd, bl.a. exportstöd och stöd till jordbrukssektorn, men i övrigt gäller den för princip samtliga typer av stödåtgärder. Vid sidan om beloppstaket på 200 000 euro är det viktigaste villkoret för att förordningen ska vara tillämplig att stödet ifråga måste vara ”genomsynligt”.[58] Detta ska förstås som att det på förhand måste finnas vissa mekanismer som garanterar att stödet inte kommer att överstiga beloppsgränsen.[59]

---

[53] Mål C-148/04, *Unicredito Italiano* (2005), p. 49.

[54] Se exempelvis mål C-148/04, *Unicredito Italiano* (2005), p. 56-58 och mål C-172/03, *Wolfgang Heiser* (2005) p. 32-35. Se även Aldestam, *Nationella domstolars roll i EG:s statsstödssystem,* ERT 2005:2 s. 225-226.

[55] De förenade målen C-393/04 och C-41/05, *Air Liquide* (2006), p. 35.

[56] Mål 280/00, *Altmark* (2003) p. 81-82.

[57] Kommissionens förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006
om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse.

[58] I den engelskspråkiga versionen av förordningen: ”*transparent* de minimis aid”.

[59] Se artikel 2.4 förordning nr 1998/2006.

Genomsynlighetskravet kom att aktualiseras i målet *Wolfgang Heiser* (2005). Här var fråga om en medlemsstat kunde åberopa de-minimis-regeln som grund för att handeln mellan medlemsstaterna inte påverkades av det utgivna stödet (ett momsavdrag).

> ”Vad beträffar taket för försumbart stöd [*numera ”stöd av mindre betydelse”*] som föreskrivs i kommissionens meddelande [*numera förordningen om stöd av mindre betydelse*] av den 6 mars 1996, framgår det inte av de handlingar som den nationella domstolen har ingett till domstolen att storleken på de avdrag som en läkare kan medges enligt en sådan åtgärd som den omtvistade åtgärden i målet vid den nationella domstolen i samtliga fall understiger beloppet för försumbart stöd, vilket har fastställts till 100 000 euro [*dåvarande beloppsgräns*] under en period på tre år. Som Europeiska gemenskapernas kommission korrekt har påpekat föreskrivs det nämligen inte i den nationella lagstiftningen någon begränsning av det belopp som en läkare, i egenskap av enskilt företag, kan medges genom att man avstår från att jämka avdragen. Under dessa förhållanden kan det inte anses bevisat att en sådan åtgärd kan omfattas av den regel om försumbart stöd som fastställts i nämnda meddelande.”[60]

Som framgår ansåg EG-domstolen att stödet inte uppfyllde kravet på genomsynlighet eftersom momsavdraget potentiellt kunde bli större än vad beloppsgränsen medgav. Det *faktiska* momsavdrag det var fråga om i målet var endast 30 000 euro, d.v.s. med marginal på rätt sida om gränsen.

3.1.5 Sammanfattning – de materiella statsstödsreglerna

Samtliga fyra rekvisit som EG-domstolen tolkat in i artikel 87.1 EGF ska vara uppfyllda för att en åtgärd ska klassificeras som statsstöd.

Faller en åtgärd inom ramen för kommissionens förordning om stöd av mindre betydelse utgör denna inte statsstöd eftersom samhandelskriteriet i artikel 87.1 EGF då inte är uppfyllt.

Huruvida ett statsstöd är förenligt med den gemensamma marknaden eller inte enligt artikel 87.2, 87.3 eller 86.2 EGF saknar betydelse för frågan om åtgärden utgör stöd enligt artikel 87.1 EGF.

---

[60] Mål C-172/03, *Wolfgang Heiser* (2005), p. 34.

3.1.6 Angående artikel 87.1 EGF i förhållande till kommunala underprisöverlåtelser

Som jag påpekat i inledningen syftar inte uppsatsen till att undersöka under vilka specifika förutsättningar en kommunal underprisöverlåtelse utgör statligt stöd enligt 87.1 EGF. Likväl finns det anledning att i generella termer beröra de olika rekvisiten i artikel 87.1 EGF i förhållande till sådana transaktioner.

1. En kommun är enligt artikel 87.1 EGF att betrakta som en del av staten. Motsvarande gäller regelmässigt för bolag som kontrolleras/ägs av kommunen.

2. En underprisöverlåtelse från en kommun till en privat aktör innebär normalt att köparen erhåller en selektiv ekonomisk fördel (en annan sak är att det kan vara svårt att avgöra vad som ska anses utgöra marknadspris).[61]

3. Konkurrenspåverkan föreligger normalt om andra aktörer finns eller kan etablera sig på den marknad varpå köparen är verksam.

4. Samhandelspåverkan föreligger normalt om "inomgemenskapliga" aktörer finns eller kan etablera sig på den marknad varpå köparen är verksam. Samhandelspåverkan kan föreligga även om marknaden är lokal eller regional. Samhandelspåverkan kan inte uteslutas enbart på grundval av det faktum att stödet understiger 200 000 euro.

Sammantaget är det förmodligen i praktiken främst vid större transaktioner, exempelvis vid fastighets- och verksamhetsöverlåtelser, som statsstödsreglerna kan aktualiseras.

3.2 DE PROCEDURELLA STATSSTÖDSREGLERNA

[61] Jag har här valt att bortse från de fall där en underprisöverlåtelse ingår som en del i en affärsmässig investering. I dessa fall aktualiseras en prövning enligt *the market economy investor principle*; d.v.s. hur hade en privat investerare i en marknadsekonomi agerat i motsvarande situation? Se exempelvis mål C-482/99, *Frankrike mot kommissionen* (2002), p. 70.

3.2.1 Inledning

I syfte att säkerställa en oberoende kontroll av att de materiella statsstödsreglerna respekteras utpekar EG-fördraget kommissionen till primärt tillsynsorgan. Grundprincipen för kommissionens kontroll är väldigt enkel: alla åtgärder som är att klassificera som statsstöd enligt artikel 87.1 EGF måste innan de får verkställas både *anmälas till* och *godkännas av* kommissionen (”anmälningsplikt” respektive ”genomförandeförbud”).

3.2.2 Art. 88.3 EGF

Såväl anmälningsplikten som genomförandeförbudet framgår direkt av artikel 88.3 EGF.

> Kommissionen skall underrättas i så god tid att den kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder. Om den anser att någon sådan plan inte är förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 87, skall den utan dröjsmål inleda det förfarande som anges i punkt 2.
>
> Medlemsstaten i fråga får inte genomföra åtgärden förrän detta förfarande lett till ett slutgiltigt beslut.

I likhet med vad som gäller för artikel 87.1 EGF har den närmare innebörden av artikel 88.3 EGF kommit i preciseras genom EG-domstolens rättspraxis. Ytterligare en central rättskälla är Rådets förordning 659/1999 (”Procedurförordningen”).[62] Procedurförordningen är bindande och direkt tillämplig i medlemsstaterna och är i praktiken en kodifiering av EG-domstolens rättspraxis angående tillämpningen av artikel 88 EGF.[63]

När det i artikel 88.3 EGF talas om ”stödåtgärder” avses sådana åtgärder som är att bedöma som statsstöd enligt artikel 87.1 EGF. Tillämpningsområdet för artikel 88.3 EGF är således under alla omständigheter aldrig större än det för artikel 87.1 EGF. Brister det i något av statsstödskriterierna gäller alltså vare sig anmälningsplikten eller genomförandeförbudet. I denna del ska det poängteras att medlemsstatens bedömning av åtgärdens karaktär som stadsstöd/inte statsstöd saknar betydelse. Frågan om genomfö-

---

[62] Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 (nuvarande artikel 88) i EG-fördraget.

[63] Se Aldestam, *Nationella domstolars roll i EG:s statsstödssystem*, ERT 2005:2 s. 217.

randeförbudet överträtts eller inte förblir alltså obesvarad tills dess att kommissionen eller nationell domstol fått tillfälle att bedöma åtgärden utifrån artikel 87.1 EGF.

3.2.3 Undantagen från artikel 88.3 EGF

Även för de åtgärder som faller inom artikel 87.1 EGF finns ett antal undantag från anmälningsplikten och genomförandeförbudet. Ett centralt sådant gäller för stöd som är att betrakta som *befintliga* (motsats: nytt stöd). Under denna kategori hamnar exempelvis stödåtgärder som redan godkänts av kommissionen samt stödsystem, exempelvis en skattelättnad, som vid det ursprungliga införandet inte utgjorde statsstöd men som på grund av EG-rättens utveckling kommit att klassificeras som sådant.[64]

Undantag från artikel 88.3 EGF återfinns också i de s.k. gruppundantagsförordningar som kommissionen utfärdat. [65] Förordningarna är uppbyggda på så sätt att undantag föreskrivs på basis av vilken typ av stöd det är fråga om. Därutöver gäller också regelmässigt en viss övre beloppsgräns samt diverse dokumentationsföreskrifter.[66] Exempel på stöd som kan omfattas av gruppundantagsförordningar är investeringsstöd till små och medelstora företag, stöd till förmån för forskning och utveckling samt stöd för olika miljöändamål. Det gäller för medlemsstaterna i varje enskilt fall undersöka om det finns något tillämpligt gruppundantag och därefter utreda vilka specifika krav som föreskrivs för att stödet ska få beviljas utan föregående anmälan till/godkännande av kommissionen.

3.3 KOMPETENSFÖRDELNINGEN MELLAN KOMMISSIONEN OCH NATIONELL DOMSTOL

3.3.1 Kommissionens granskningsförfarande

[64] Som exempel kan nämnas att EG-domstolen meddelar en dom som utvidgar tillämpningsområdet för artikel 87.1 EGF. Se artikel 1(b) Procedurförordningen.

[65] Dessa utfärdas med stöd av Rådets förordning (EG) nr 994/98 av den 7 maj 1998 om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EG-fördraget på vissa slag av övergripande statligt stöd. Vad som tidigare var ett flertal olika gruppundantagsförordningar har numera slagits samman till en genom Kommissionens förordning (EG) nr 800/2008 av den 6 augusti 2008 (allmän gruppundantagsförordning).

[66] En medlemsstat ska exempelvis föra ett detaljerat register över de stödåtgärder som vidtas med stöd av aktuell förordning, se artikel 10 förordning nr 800/2008.

Efter att en medlemsstat anmält en planerad åtgärd till kommissionen inleds det s.k. preliminära granskningsförfarandet. Även om utgångspunkten är att den stödutgivande medlemsstaten iakttar sin anmälningsplikt kan detta förfarande även inledas på kommissionens egna initiativ om detta organ från annat håll får kännedom om att en åtgärd som kan misstänkas utgöra statsstöd vidtagits av någon medlemsstat.[67]

Under det preliminära granskningsförfarandet har kommissionen att göra en första bedömning av åtgärden. Detta förfarande pågår i maximalt två månader och avslutas med något av följande beslut.[68]

1. Åtgärden utgör inte statsstöd, d.v.s. faller utanför tillämpningsområdet för artikel 87.1 EGF.
2. Åtgärden utgör statsstöd som är förenligt med den gemensamma marknaden.
3. Beslut att inleda det s.k. formella granskningsförfarandet (= åtgärden utgör statsstöd vars förenlighet med den gemensamma marknaden kan ifrågasättas)

Alternativ 1 och 2 innebär att det fritt fram för medlemsstaten att sjösätta stödet. Alternativ 3 innebär dock ett fortsatt genomförandeförbud. I detta läge hyser kommissionen tvivel om stödets förenlighet med den gemensamma marknaden och måste därför inleda en fördjupad granskning, det s.k. formella granskningsförfarandet. Den för detta förfarande viktigaste skillnaden jämfört med den preliminära undersökningen är att utomstående (intresserade parter) nu bereds tillfälle att lämna synpunkter på stödets förenlighet med den gemensamma marknaden.[69] Detta förfarande pågår som utgångspunkt i maximalt 18 månader och avslutas med att stödet förklaras antingen förenligt eller oförenligt med den gemensamma marknaden. Kommissionen kan också foga villkor till sitt beslut, d.v.s. förklara att stödet anses tillåtet under förutsättning att medlemsstaten inrättar sig efter de uppställda villkoren.[70]

[67] Se artikel 10 Procedurförordningen.

[68] Se artikel 4 Procedurförordningen.

[69] Se artikel 20.1 Procedurförordningen.

[70] Se artikel 13 Procedurförordningen.

Om en medlemsstat brutit mot genomförandeförbudet och kommissionen sedermera finner stödet oförenligt med den gemensamma marknaden, ska kommissionen också besluta om återbetalning av stödet.[71] Ett sådant beslut riktar sig mot medlemsstaten ifråga och innebär att återkravet ska verkställas utan dröjsmål och enligt den berörda medlemsstatens förfaranden enligt nationell lagstiftning, under förutsättning att dessa förfaranden gör det möjligt att *omedelbart och effektivt verkställa* kommissionens beslut.[72] Stödmottagaren ska erlägga ränta från och med det datum stödet kunde disponeras.[73]

Slutligen kan noteras att i princip alla i det föregående beskrivna beslut är överklagbara (som sådana) till förstainstansrätten/EG-domstolen enligt artikel 230 EGF.[74]

3.3.2 Nationell domstols kompetens

Nationell domstols roll i statsstödssystemet följer vare sig av EG-fördraget eller av Procedurförordningen, utan av att genomförandeförbudet i artikel 88.3 EGF anses ha direkt effekt.[75] Om ena sidan av myntet är att denna bestämmelse genom sin direkta effekt ger upphov till rättigheter som enskilda kan göra gällande i nationell domstol, är den andra sidan av myntet att nationell domstol har en skyldighet att säkerställa att rättigheterna också kan utövas.[76]

Från EG-domstolens sida är en standardformulering att kommissionen och nationell domstol ”fyller olika och kompletterande roller” när det gäller kontrollen av att det statsstödsrättsliga regelverket respekteras.[77] Vad gäller de yttre gränserna för den nationella domstolens behörighet är en ganska illustrativ utgångspunkt att nationell

---

[71] Dock inte om återbetalning skulle strida mot en allmän gemenskapsrättslig princip. Se artikel 14.1 Procedurförordningen.

[72] Artikel 14.3 Procedurförordningen.

[73] Artikel 14.2 Procedurförordningen.

[74] Talerätts- och forumreglerna varierar beroende på vem det är som klagar (stödutgivande medlemsstat, stödmottagare eller intresserad part). Se Craig & De Búrca, s. 1102.

[75] Mål 120/73, *Lorenz* (1973), p. 8.

[76] Andersson, s. 74.

[77] Mål C-39/94, *SFEI* (1996), p 41.

domstol getts precis tillräckligt mandat – varken mer eller mindre – för att ta ställning till frågor som på något sätt är hänförliga till om genomförandeförbudet respekterats.

Den intima kopplingen till genomförandeförbudet betyder att nationell domstol, om den ställs inför en fråga om huruvida artikel 88.3 EGF iakttagits, har behörighet att bedöma följande frågor: [78]

1. Utgör åtgärden statsstöd enligt 87.1 EGF? Är samtliga fyra rekvisit uppfyllda? (de minimis-stöd?)
2. Är stödet att betrakta som nytt eller befintligt?
3. Är något i gruppundantagsförordning angett undantag från artikel 88.3 EGF tillämpligt?

Frågan om ett stöds eventuella förenlighet med den gemensamma marknaden faller inom ramen för kommissionens exklusiva kompetens.[79] Som tidigare påpekats är detta också en fråga som helt saknar betydelse för det som den nationella domstolen har att avgöra – huruvida anmälningsplikten/genomförandeförbudets iakttagits eller inte. Stöd som beviljas i strid med genomförandeförbudet anses vara *olagliga*,[80] vilket är en brist som i princip inte läks ens om kommissionen sedermera förklarar stödet förenligt med den gemensamma marknaden (tillåtet stöd).[81] Således måste man särskilja ett stöds laglighet från dess tillåtlighet.

Även om framställningen fokuserar på den roll nationell domstol har i situationer då kommissionen inte har fattat några beslut angående det statsstöd som är föremål för den nationella domstolens bedömning, kan det ändå vara på sin plats att något beröra hur nationell domstols ”handlingsfrihet” begränsas när ett kommissionsbeslut föreligger avseende den aktuella stödåtgärden. Att sådana situationer kan uppstå är ett ofrånkomligt resultat av att kommissionen och nationell domstol tilldelats *överlappande* kompetens vad gäller att bedöma om en medlemsstat överträtt genomförandeförbudet.

[78] Se mål C-39/94, *SFEI*, (1996), p. 49 och mål C-368/04, *Transalpine* (2006), p. 39.

[79] Mål C-39/94, *SFEI* (1996), p. 41 och mål C-368/04, *Transalpine* (2006), p. 37.

[80] Se artikel 1(f) Procedurförordningen.

[81] Se exempelvis mål C-199/06, *CELF* (2007), p. 40.

Av central betydelse är att ett kommissionsbeslut utgör en *rättsakt* och att rätt att ogiltigförklara rättsakter antagna av gemenskapen endast tillkommer gemenskapsdomstolarna.[82] Detta betyder att nationell domstol inte får avvika från kommissionens bedömning utan att, via en begäran om förhandsavgörande, hänskjuta fråga om beslutets giltighet till EG-domstolen. Detta ska dock inte förstås som att den nationella domstolen är *bunden* av beslutet i egentlig mening; poängen är att ett ifrågasättande av beslutets giltighet måste ske inom ramen för ett förhandsavgörande.

3.3.3 Nationell domstols roll när kommissionsbeslut ej föreligger

Det har hävdats att vikten av att de nationella domstolarna medverkar till säkerställandet av att genomförandeförbudet respekteras, är som allra störst i situationer då kommissionen inte (ännu) fått tillfälle att granska en stödåtgärd.[83] Oavsett hur det förhåller sig med den här saken kan det nog i vart fall konstateras att utmaningarna för den nationella domstolen är som störst i dessa lägen. I situationer då det föreligger ett kommissionsbeslut har nationell domstol mer av en ”verkställande” roll, låt vara att den kan få anledning att ta ställning till om kommissionens bedömning är korrekt.[84]

Den nationella domstolen är emellertid inte helt utlämnad till att själv ta ställning till om genomförandeförbudet överträtts eller inte. Utöver att hänskjuta tolkningsfrågor till EG-domstolen – vilket alltid är en möjlighet när gemenskapsrätten tillämpas på nationell nivå – erbjuder kommissionen även viss ”informell” assistans i olika avseenden. Det är således möjligt att ställa frågor till kommissionen angående exempelvis om viss stödåtgärd omfattas av något gruppundantag eller om den innebär att stödmottagaren erhåller en ekonomisk fördel.[85] Kommissionens svar är dock *inte* bindande för domstolen och påverkar inte heller den nationella domstolens rätt/skyldighet att begära ett förhandsavgörande av EG-domstolen.

---

[82] Mål 314/85, *Foto-Frost* (1987), p. 20.

[83] Flynn J, avsnittet *”The Role of National Courts”* i “*The Law of State Aid in the European Union*”, s. 323.

[84] Se ovan 3.3.2.

[85] Se *Kommissionens tillkännagivande om nationella domstolars tillämpning av reglerna om statligt stöd,* p. 91.

3.3.4 Nationell domstols skyldigheter/enskildas rättigheter

Som framgått av det inledande kapitlet är det som utgångspunkt upp till nationell lagstiftning att definiera det processuella landskap inom vilket de rättigheter som följer artikel 88.3 EGF ska utövas. Vilka är då dessa rättigheter som följer av artikel 88.3 EGF och vem har rätt att utöva dem? För att illustrera på vilket sätt EG-domstolen har besvarat dessa frågor ska här återges utdrag av några av domstolens avgöranden:

Utdrag ur EG-domstolens avgörande i mål C-39/94, SFEI (1996)

> ”40. Nationella domstolar skall *tillförsäkra enskilda att följderna av ett åsidosättande av artikel 93.3 sista meningen* [nuvarande artikel 88.3] *i fördraget beaktas fullt ut i förhållande till nationell rätt*, såväl med hänsyn till *giltigheten av de rättsakter som har antagits för genomförandet* som med hänsyn till *återbetalningen av det finansiella stöd* som beviljats i strid med denna bestämmelse eller *med eventuella interimistiska beslut*.” (mina kursiveringar)

Utdrag ur EG-domstolens avgörande i mål C-368/04, Transalpine (2005)

> ”45. I den bemärkelsen, och då det saknas gemenskapsrättsliga bestämmelser på området, ankommer det således på varje medlemsstat att i sin interna rättsordning fastställa vilka domstolar som är behöriga och vilka förfaranden som gäller för att väcka talan för att tillvarata rättigheter som för enskilda följer av gemenskapsrätten, under förutsättning att dessa förfaranden inte är mindre förmånliga än dem som avser rättigheter som grundar sig på den nationella rättsordningen (likvärdighetsprincipen) eller gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av gemenskapsrätten (effektivitetsprincipen).
>
> 46. I enlighet med de rättsmedel som föreskrivs i den nationella rätten *kan* en ansökan om interimistiska åtgärder, exempelvis om inhibition av den ifrågavarande åtgärden, ges in till en nationell domstol i syfte att skydda de enskildas intressen, och särskilt *skydda de parter som påverkas* av den snedvridning av konkurrensen som följer av att det olagliga stödet beviljades.
>
> 47. Domstolen har för övrigt funnit att de *nationella domstolarna skall säkerställa* att enskilda som kan göra gällande ett åsidosättande av anmälningsskyldigheten också *kan utverka samtliga de konsekvenser som är en följd av detta åsidosättande enligt den nationella rätten*, i fråga om såväl giltigheten av de rättsakter genom vilka stödet genomförts som återkrav på de ekonomiska stöd som beviljats i strid med denna bestämmelse, eller eventuella interimistiska åtgärder.” (mina kursiveringar)

Utdrag ur EG-domstolens avgörande i mål C-199/06, CELF (2007)

”38. Medan kommissionen är skyldig att pröva det planerade stödets förenlighet med den gemensamma marknaden, även i sådana fall då medlemsstaten har åsidosatt förbudet mot att genomföra stödåtgärder, skall de nationella domstolarna endast – fram till kommissionens slutgiltiga beslut – *säkerställa de enskildas rättigheter* om statliga myndigheter skulle åsidosätta förbudet i artikel 88.3 EGF. *De parter som påverkas* av den snedvridning av konkurrensen som följer av att det rättsstridiga stödet beviljades måste nämligen skyddas.

39. De nationella domstolarna *skall i princip bifalla ett yrkande om återbetalning* av stöd som tillhandahållits i strid med artikel 88.3 EGF.

40. Kommissionens slutgiltiga beslut innebär nämligen inte att sådana rättsakter om genomförande av stödåtgärder – som när de antogs var ogiltiga på grund av att det förbud som anges i denna artikel åsidosatts – blir giltiga i efterhand. Varje annan tolkning skulle leda till att ett åsidosättande från den berörda medlemsstatens sida av artikel 88.3 sista meningen EGF skulle kunna löna sig, vilket skulle leda till att denna bestämmelse förlorar sin ändamålsenliga verkan.

41. De nationella domstolarna skall alltså säkerställa att *samtliga konsekvenser av ett åsidosättande av artikel 88.3 sista meningen EGF dras*, *i enlighet med deras nationella rätt*, både vad gäller giltigheten av de rättsakter som utfärdats för genomförandet av stödåtgärderna och vad gäller återkrävande av sådant finansiellt stöd som beviljats i strid med denna bestämmelse.” (mina kursiveringar)

Som vi ser förväntar sig EG-domstolen att enskilda som påverkas av konkurrenssnedvridningen, genom att åberopa genomförandeförbudet, ska kunna framföra följande anspråk i nationell domstol:

1. Fråga om giltigheten av sådan rättsakt genom vilken stöd beviljats i strid med artikel 88.3 EGF.
2. Fråga om återkrav av stöd som beviljats i strid med artikel 88.3 EGF.
3. Fråga om interimistiska åtgärder.

Samtidigt ska noteras att EG-domstolen i anslutning till snart sagt varje uttalande om enskildas rättigheter respektive nationell domstols skyldigheter hänvisar till ”i enlighet med nationell rätt” eller liknande. Detta innebär – även om ovanstående alltså *i princip* är sådana frågor som enskilda ska kunna lyfta i nationell domstol – att det är svårt att dra några slutsatser om vilken mer precis standard EG-domstolen tänker sig för att de

interna processreglerna ska vara förenliga med effektivitetsprincipen. Nästa steg blir därför att försöka förse denna princip med ett konkret innehåll – vilka utgångspunkter gäller egentligen vid bedömningen av om en processregel i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva ovanstående rättigheter*?*

3.4 EFFEKTIVITETSPRINCIPEN

Framställningen ska nu något flytta fokus från statsstödsrätten och istället beröra EG-domstolens rättspraxis avseende mål i vilka fråga uppkommit om nationella processregelers förenlighet med effektivitetsprincipen. Inledningsvis ska dock något sägas om de särskilda svårigheter som är förenade med att försöka precisera innehållet i denna princip.

I mål där EG-domstolen tillfrågas om tolkningen av den *materiella* gemenskapsrätten, exempelvis om en viss typ av åtgärd träffas av artikel 87.1 EGF, kan frågan normalt omformuleras på ett sätt som gör att EG-domstolens svar kan ges en hög grad av generalitet. Syftet är förstås att även andra domstolar än de hemmahörandes i den hänskjutande medlemsstaten ska kunna söka vägledning i avgörandet.[86]

När däremot fråga uppkommer om tolkningen av effektivitetsprincipen, d.v.s. huruvida en *regel X* gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva *rättigheten Y*, är det ibland svårare för EG-domstolen att tillhandahålla ett svar som även är användbart för övriga medlemsstater. Skälet härför är att EG-domstolen förklarat att en regels förenlighet med effektivitetsprincipen måste bedömas utifrån *det nationella processuella systemet som helhet*.[87] Detta betyder i teorin att regeln X kan stå i strid med effektivitetsprincipen i rättsordningen A samtidigt som samma regel kan vara fullt tillåten i rättsordningen B.

[86] Det ska i och för sig framhållas att det i litteraturen ifrågasatts om inte EG-domstolens avgöranden normalt är *för* allmänt hållna för att kunna fungera som meningsfulla prejudikat.

[87] Mål C-312/93, *Peterbroeck* (1995), p. 14. Se nedan 3.4.1.

Ytterligare en aspekt som försvårar analogislut från EG-domstolens avgöranden avseende effektivitetsprincipen är att det är långt ifrån givet att principens intensitet[88] är densamma oberoende av vilken typ av gemenskapsrättslig rättighet den relateras till.[89] Vissa rättigheter kan möjligen tänkas vara viktigare/tyngre än andra, och därmed också motivera att relativt sett högre krav ställs på de nationella processreglerna.

För denna framställning vore det alltså att föredra att i första hand studera EG-domstolens praxis om effektivitetsprincipens krav när det gäller utövandet av de *rättigheter som följer av genomförandeförbudet*. Dessvärre är dock antalet användbara avgöranden i denna del begränsat. Det finns förvisso ett relativt stort antal mål som berör nationella reglers förenlighet med effektivitetsprincipen då dessa hindrat verkställandet av ett lagakraftvunnet kommissionsbeslut om återbetalning. I avsnitt 3.4.3 ska jag dock redogöra för varför jag är tveksam till att denna praxis kan tillämpas fullt ut i den situation som uppsatsen avser (d.v.s. återbetalningskrav utan samband med kommissionsbeslut).

Bristen på relevanta avgöranden som är relaterade till genomförandeförbudet medför att jag i det följande kommer att redogöra för ett antal avgöranden som saknar direkt koppling till statsstödsfrågor. Inledningsvis ska dock belysas två avgöranden i vilka EG-domstolen formulerat viss generell vägledning för vilka faktorer som ska beaktas när en regel ska bedömas utifrån effektivitetsprincipen.

3.4.1 Allmänna utgångspunkter

I de båda målen *Peterbroeck*[90] (1995) och *van Schijndel*[91] (1995) kom EG-domstolen att för första gången dra upp allmänna riktlinjer för bedömningen av om en regel står i strid med effektivitetsprincipen:

---

[88] Med principens ”intensitet” avses hur sträng/ingripande principen är, d.v.s. hur relativt sett höga krav som ställs på den nationella processlagstiftningen.

[89] Se Engström J, *Rättsskyddsprincipens krav på talerätt i nationell domstol […],* Europarättslig tidskrift 2006:3 s. 518.

[90] Mål C-312/93, *Peterbroeck* (1995), p. 14.

[91] De förenade målen C-430/93 och C-431/93, *van Schijndel* (1995), p. 19.

> ”Vid tillämpningen av dessa principer [*effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen*] måste varje fall, i vilket frågan gäller om en nationell förfarandebestämmelse gör det praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att tillämpa gemenskapsrätten, bedömas med beaktande av den ställning denna bestämmelse har inom förfarandet i dess helhet, dess förlopp och särdrag vid de olika nationella domstolarna. Ur denna synvinkel finns det anledning att i förekommande fall beakta de principer som det nationella rättssystemet bygger på, som till exempel skyddet för rätten till försvar, principen om rättssäkerhet och principen om förfarandets riktiga förlopp [*eng: ”proper conduct of procedure”*].”

Tydligt är att denna ”modell” för intresseavvägning mellan å ena sidan nationell processautonomi och å andra sidan utövandet av de rättigheter som följer av effektivitetsprincipen, inte ger särskilt handfast vägledning i det enskilda fallet. Inte desto mindre framgår att vad som ska företas är en helhetsbedömning samt att det finns visst utrymme för att en regel kan vara förenlig med effektivitetsprincipen trots att den hindrar utövandet av gemenskapsrätten.

3.4.2 Exempel ur EG-domstolens rättspraxis

Notera att EG-domstolen, i vissa av de avgöranden som följer nedan, bedömer en nationell regel i ljuset av principen om EG-rättens företräde/kravet på full effekt snarare än utifrån effektivitetsprincipen.[92]

3.4.2.1 Ang. bevisbörderegler – San Giorgio[93] (1983), Laboratoires Boiron[94] (2006)

I *San Giorgio* sökte ett italienskt företag återkräva en tullavgift som, i strid med gemenskapsrätten, hade tagits ut av den italienska staten i samband med import till landet. Den italienska lagstiftningen innehöll en bestämmelse som uteslöt återbetalning av avgiften om den ”på något sätt hade övervältrats på andra personer.” Vidare följde av lagstiftningen att avgiften *skulle anses ha* övervältras om de varor för vilka betalning erlagts hade kommit att överlåtas. Denna presumtion gällde såvida inte motsatsen kunde styrkas med skriftliga bevis. På frågan om en sådan presumtionsregel och kravet på skriftlig bevisning var förenligt med gemenskapsrätten svarade EG-domstolen följande: ”Effektivitetsprincipen hindrar att återbetalning av nationella avgifter görs beroende av

[92] Se ovan 2.6 angående förhållandet principerna emellan.

[93] Mål 199/82, *San Giorgio* (1983).

[94] Mål C-526/04, *Laboratoires Boiron* (2006).

att bevis läggs fram till styrkande av att övervältring inte skett, om återbetalningen är underkastad bevisregler som gör det praktiskt taget omöjligt att utöva rätten till återbetalning." EG-domstolen överlämnade alltså bedömningen till den nationella domstolen, men det framgår av domskälen att EG-domstolen ansåg att så särskilt kan vara fallet när regler föreskriver begränsningar beträffande formerna för de bevis som får läggas fram.

Även i *Laboratoires Boiron* (2006) fick EG-domstolen tillfälle att uttala sig om en nationell bevisbörderegels förenlighet med effektivitetsprincipen. I målet – vilket handlade om ett företags krav på återbetalning av erlagd skatt – kom EG-fördragets statsstödsregler att aktualiseras indirekt. I denna del är det av betydelse att känna till att EG-domstolen har fastslagit att en nationell skatt under vissa förutsättningar kan vara att betrakta som en integrerad beståndsdel i en stödåtgärd; det handlar i dessa fall om att en medlemsstat mer eller mindre skräddarsytt en skatt i syfte att finansiera ett statligt stöd.[95] Konsekvensen av att en skatt på detta sätt ingår i stödsystemet är att den part som betalat skatten har rätt till återbäring på gemenskapsrättslig grund. Frågan om skatten hade denna koppling till stödet besvarade EG-domstolen jakande. Den för framställningen mest intressanta aspekten i målet var dock huruvida det som företaget Boiron påstod vara själva *stödåtgärden* – en skattelättnad – överhuvudtaget var att klassificera som stöd enligt artikel 87.1 EGF (vilket också krävs för att rätt till återbäring skulle föreligga). Till saken hör att de företag som åtnjöt skattelättnaden utförde sådana uppdrag i de allmännas tjänst att de enligt *Altmark-doktrinen*[96] kunde ha rätt till *viss* kompensation för de ökade kostnader som uppdraget medförde. Den nationella rätten innehöll härvid en bevisbörderegel som ålade företaget Boiron att visa att åtminstone ett av de fyra s.k. *Altmark-villkoren* inte var uppfyllda. I praktiken innebar detta att Boiron behövde bevisa att de konkurrerande företag som erhöll skattelättnaden överkompen-

[95] Se exempelvis de förenade målen C-261/01 och C-262/01, *Van Calster* (2003), p. 47-49.

[96] Altmark-villkoren formulerades av EG-domstolen i mål C-280/00 *Altmark* (2003) och kan sägas utgöra ett undantag till det kriterium i artikel 87.1 EGF som avser "ekonomisk fördel". Om samtliga fyra Altmark-villkor är uppfyllda anses ingen ekonomisk fördel tillkomma stödmottagaren, vilket betyder att åtgärden faller utanför statsstödsbegreppet. Altmark-villkoren gäller endast vid stöd till företag som på uppdrag av det offentliga fullgör allmännyttiga uppgifter på ett sätt som gör att de tvingas bära större kostnader än motsvarande aktörer utan sådant uppdrag. Tanken är att ersättning för dessa extra kostnader ska kunna utgå till företaget såsom ren kompensation för samhällsuppdraget utan att för den skull statsstödsreglerna aktualiseras.

serades.[97] Eftersom fullgörandet av detta beviskrav kunde misstänkas kräva information (om konkurrenternas verksamheter) som inte Boiron hade tillgång till, frågade den nationella domstolen om regeln var förenlig med effektivitetsprincipen. EG-domstolen konstaterade att regeln, mot bakgrund av den relativt långtgående möjlighet som den nationella domstolen hade vad gäller att *förelägga en part att frambringa bevisning,* inte stod i strid med effektivitetsprincipen. EG-domstolen poängterade dock att *om* den nationella domstolen skulle finna att regeln gjorde det omöjligt eller orimligt svårt för Boiron att fullgöra sin bevisbörda, effektivitetsprincipen ålade domstolen att använda sig av samtliga processrättsliga medel som stod till dess förfogande för att bereda företaget tillgång till bevisning som innehades av motparten eller tredje man.

3.4.2.2 Ang. rätt till viss typ av talan - Munoz[98] (2002), Unibet[99] (2007)

I *Munoz* (2002) uppstod fråga om nationell domstol var skyldig att tillåta en form av talan som inte var möjlig att föra enligt nationell rätt. EG-domstolen kom här att bedöma den nationella rätten utifrån kravet på gemenskapsrättens fulla verkan. Bakgrunden var att företaget Munoz – en brittisk producent av bordsdruvor – sökte förhindra ett konkurrerande företag från att sälja bordsdruvor under en beteckning som stred mot gemenskapsrätten (kommissionens förordningar nr 1035/72 och nr 2200/96 om bl.a. kvalitetsnormer för bordsdruvor). Konkurrenterna anklagades helt enkelt för att ha märkt druvorna med fel namn och därmed bryta mot följande förordningsbestämmelse: *"Innehavaren av produkter för vilka normer antas får inte i försäljningssyfte ställa ut eller utbjuda till försäljning, sälja, leverera eller på annat sätt saluföra dessa produkter inom gemenskapen om de inte uppfyller dessa normer. Han är ansvarig för att normerna följs."*

Förordningarna föreskrev att varje medlemsstat skulle utse en kontrollmyndighet för att övervaka bestämmelsernas efterlevnad. Eftersom den brittiska kontrollmyndigheten – trots upprepade klagomål från Munoz sida – inte vidtog några åtgärder mot konkurrenten, beslöt Munoz att väcka en civilrättslig talan mot denna aktör. Munoz yrkade att

---

[97] Se vid not 96.

[98] Mål C-253/00, *Munoz* (2002).

[99] Mål C-432/05, *Unibet* (2007).

domstolen skulle ålägga konkurrenten att följa märkningsföreskrifterna.[100] Första instans fann visserligen att konkurrenten hade brutit mot den aktuella bestämmelsen, men avvisade Munoz talan eftersom den ansåg att förordningarna inte gav producenter som Munoz rätt att väcka en civilrättsligt talan som grundade sig på den konstaterade överträdelsen. Nästa instans kom att begära ett förhandsavgörande. Frågan som EG-domstolen ställdes inför var huruvida gemenskapsrätten gav Munoz rätt att via en civilrättslig process genomdriva att en konkurrent iakttog den skyldighet som stadgades i förordningarna angående uppfyllandet av kvalitetsnormerna.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att förordningar enligt artikel 249 EGF är direkt tillämpliga i varje medlemsstat och att de därmed kan ge upphov till rättigheter för enskilda som den nationella domstolen är skyldig att skydda. Därefter hänvisade EG-domstolen till de nationella domstolarnas skyldighet att säkerställa att sådana bestämmelser ges *full verkan* i medlemsstaterna. Slutligen slog EG-domstolen fast – med hänvisning till bl.a. att en möjlighet för en konkurrent att väcka talan skulle bidra till att avskräcka från ett agerande som ofta är svårt att avslöja och som innebär att konkurrensen snedvrids – att: ”[förordningarna] ska tolkas på så sätt att en näringsidkare skall kunna väcka en civilrättslig talan mot en konkurrerande näringsidkare i syfte att få säkerställt att bestämmelserna i [förordningarna] angående kvalitetsnormer som är tillämpliga på frukt eller grönsaker iakttas.” Munoz skulle alltså i princip ges möjlighet att föra sin civilrättsliga talan.

Även i *Unibet* (2007) var det fråga om gemenskapsrätten fordrade att en viss typ av talan skulle tillåtas. Bakgrunden var att svenska myndigheter med stöd av lotterilagen hade vidtagit olika administrativa åtgärder gentemot medieföretag som låtit ta in annonser av det utländska spelbolaget Unibet. Detta företag – som dock inte självt hade blivit föremål för åtgärder – ansåg att myndighetsåtgärderna och lotterilagen stod i strid med etableringsfriheten enligt artikel 49 EGF. Unibet valde därför att väcka en fastställelsetalan mot staten vid svensk allmän domstol och yrkande (bl. a.) att domstolen skulle fastställa att bolaget på grundval av artikel 49 EGF och utan hinder av lotteri-

[100] Munoz sökte en ”Order for Injunction”, se Engström J, *Effektivt rättsskydd i förvirring*, ERT 2003:1 s. 169.

lagen hade rätt att marknadsföra sina tjänster i Sverige. Efter att de aktuella yrkandena avvisats av underrätterna hamnade målet hos Högsta domstolen, som valde att begära ett förhandsavgörande av EG-domstolen.

En av de hänskjutna frågorna var om gemenskapsrättens krav på effektivt rättsskydd (vari effektivitetsprincipen ingår) innebär att en medlemsstats processregler måste medge en fastställelsetalan som den Unibet förde. Högsta domstolen karakteriserade denna talan som en s.k. abstrakt normprövning, Unibet sökte utan samband med konkret tvist få fastställt att lotterilagen stred mot gemenskapsrätten. EG-domstolen förklarade att rätten till effektivt rättsskydd – under förutsättning att den nationella rättsordningen erbjuder andra effektiva rättsmedel via vilka den enskilde kan ifrågasätta nationell rätts förenlighet med gemenskapsrätten – *inte* kräver att en fristående talan som den av Unibet förda, medges. Även om EG-domstolen överlät till Högsta domstolen att avgöra om sådana alternativa effektiva rättsmedel stod till buds framgår det av domskälen att EG-domstolen ansåg att så var fallet. I denna del pekade EG-domstolen bl.a. på möjligheten för Unibet att ansöka om undantag från lotterilagen hos regeringen och därefter, i händelse av avslag, åberopa artikel 49 EGF i den efterföljande processen i Regeringsrätten.

3.4.2.3 Ang. ex officio-prövning av EG-rättslig grund – van der Weerd (2007)[101]

I *van der Weerd* (2007) var fråga om en uppsättning regler i den nederländska förvaltningsprocessen stod i strid med effektivitetsprincipen. I målet vid den nationella domstolen hade en enskild ifrågasatt lagligheten av ett förvaltningsbeslut och åberopat ett antal omständigheter som domstolen fann *inte* kunde läggas till grund för ett bifall till överklagandet. Däremot kunde domstolen konstatera att den enskilde sannolikt hade kunnat vinna bifall om denne hade åberopat andra omständigheter till grund för sin talan, närmare bestämt omständigheter hänförliga till att beslutsmyndigheten hade förfarit i strid med direktiv 85/511/EEG (om införandet av gemenskapsåtgärder för att bekämpa mul- och klövsjuka). Den nederländska förvaltningsprocessen tillät att domstolen beaktade *rättsliga grunder* på eget initiativ; däremot var domstolen förhindrad

[101] De förenade målen C-222/05 till C-225/05, *van der Weerd* (2007).

att basera sitt avgörande på andra faktiska omständigheter än de som åberopats i målet.[102] Frågan som hänsköts till EG-domstolen var huruvida denna regel – att domstolen inte fick komplettera de faktiska omständigheterna – stod i strid med effektivitetsprincipen. EG-domstolen – som baserade sitt svar på det tidigare avgörandet *van Schijndel*[103] (ett mål med stora likheter med det förevarande) – fann att regeln var förenlig med effektivitetsprincipen. Detta ställningstagande motiverades utifrån att den nederländska domstolen hade tilldelats en passiv roll i förfarandet; det var upp till parterna att ange tvistens ramar. Enligt EG-domstolens mening skulle ett frångående av denna roll riskera att ”inverka på rätten till menligt försvar eller förfarandets riktiga förlopp och särskilt medföra att förfarandet försenas till följd av bedömningen av de nya grunderna”. Domstolen påpekade dock att en dylik regels förenlighet med effektivitetsprincipen förutsätter att förfaranderegleрna ger parterna en *verklig möjlighet* att åberopa gemenskapsrätten; saknas en sådan verklig möjlighet kan regeln stå i strid med effektivitetsprincipen.

3.4.2.4 Ang. processuella tidsfrister – i-21 Germany[104]

Enligt EG-domstolens rättspraxis anses *skäliga* processuella tidsfrister i allmänhet vara förenliga med effektivitetsprincipen, vilket är en utgångspunkt som brukar motiveras utifrån att dylika regler bidrar till att skapa rättssäkerhet.[105] I denna del är det naturligtvis svårt att generellt säga vad som är att betrakta som en skälig frist. Flertalet fall från EG-domstolen rör tidsfrister som på olika sätt begränsat enskildas möjligheter att framföra anspråk på grundval av direktiv som en medlemsstat försummat att implementera i rätt tid.[106] Denna typ av fall har dock sådana särdrag att de inte är av omedelbart intresse för denna framställning. Vad gäller frister avseende att överklaga olika typer av offentliga beslut synes rättspraxis vara tunnare. I målet *i-21 Germany* (2006)

---

[102] Det kan tilläggas att det fanns ett undantag från denna regel, nämligen om det var fråga om regler rörande grunderna för rättsordningen (exempelvis domstolens behörighet). EG-domstolen fann att bestämmelserna i det aktuella direktivet *inte kunde anses likvärdiga* med sådana regler (jfr likvärdighetsprincipen).

[103] De förenade målen C-430/93 och C-431/93, *van Schijndel* (1995).

[104] De förenade målen C-392/04 och C-422/04, *i-21 Germany* (2006).

[105] Se mål 33/76 *Rewe* (1976), p. 5 och mål C-261/95 *Palmisani* (1997), p. 27.

[106] Se exempelvis mål C-208/90, *Emmot* (1991) och mål C-261/95, *Palmisani* (1997).

kom det dock att indirekt att bli fråga om huruvida en 30-dagars överklagandefrist var förenlig med effektivitetsprincipen.

Bakgrunden i målet var att företagen i-21 och Arcor hade erlagt myndighetsavgifter för individuella telekommunikationstillstånd. Omkring ett halvår senare upphävde tysk federal förvaltningsdomstol ett beslut avseende avgifter som, enligt samma beräkningsgrund som för i-21 och Archor, hade debiterats ett tredje företag. Orsaken var att beräkningsgrunden ansågs stå i strid överordnade tyska rättsregler. Frågan var nu om de lagakraftvunna besluten mot i-21 och Archor kunde återkallas enligt den tyska regel som medgav detta i situationer då ett beslut var uppenbart *oförenligt med den nationella rätten*. Tysk domstol fann att ett sådant återkallade inte kunde komma ifråga. På EG-domstolens bord hamnade frågan om likvärdighetsprincipen krävde att återkallanderegeln även skulle tillämpas vid uppenbar *oförenlighet med gemenskapsrätten* (direktiv 97/13/EG angav att tillståndsavgifterna skulle stå i rimlig proportion till det utförda arbetet). EG-domstolen besvarade denna fråga jakande och överlät till den tyska domstolen att avgöra om beräkningsgrunden stred mot nämnda direktivbestämmelse. Angående 30-dagarsfristen, om vilken den tyska domstolen *inte* hade ställt någon tolkningsfråga, uttalade EG-domstolen följande:

> ”Beträffande effektivitetsprincipen krävs det enligt denna princip att de regler som är tillämpliga på behandlingen av avgiftsbeslut som fattats med stöd av en lagstiftning som är oförenlig med [direktiv 97/13/EG] inte gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av detta direktiv.
>
> Det är därför viktigt att de berörda företagen kan överklaga sådana beslut inom en rimlig frist från den tidpunkt då besluten meddelas och göra gällande de rättigheter som de har enligt gemenskapsrätten, särskilt enligt artikel 11.1 i direktiv 97/13.
>
> I de aktuella målen vid den nationella domstolen har det inte gjorts gällande att reglerna avseende överklagande, och särskilt den tidsfrist på en månad som föreskrivs i detta hänseende, är orimliga.”[107]

[107] De förenade målen C-392/04 och C-422/04, *i-21 Germany* (2006), p. 58-60.

Flynn har kommenterat EG-domstolens uttalande ovan enligt följande: "*the Court seemed to accept that a one-month time-limit for appeals against administrative decisions setting licence fees were not unreasonable and did not contravene the principle of effectiveness*".[108] För egen del är jag något tveksam till om en sådan tolkning låter sig göras; vad EG-domstolen konstaterar är ju enbart att ingen av parterna ifrågasatt fristens skälighet.

3.4.2.5 Ang. interimistiska åtgärder - Factortame[109] (1990)

I *Factortame* var fråga om tillåtligheten av en nationell regel som omöjliggjorde beviljandet av interimistiska åtgärder. Bakgrunden var att Storbritannien hade infört regler avsedda att förhindra att brittiska fartyg utan verklig anknytning till Storbritannien fick ta del av landets fiskekvoter. Reglerna kom att medföra att det brittiska bolaget Factortame skulle förlora sin fiskekvot (bolaget hade för stor anknytning till Spanien). Under åberopande av att reglerna stred mot gemenskapsrätten tog man saken till nationell domstol och begärde att interimistiska åtgärder skulle beviljas under processens gång. Den nationella domstolen fann att förutsättningar förelåg att bevilja de begärda åtgärderna (synbart välgrundad talan, risk för irreparabel skada m.m.) så när som på två punkter. Dels förbjöd en commonlaw-regel att interimistiska åtgärder meddelades mot den brittiska staten, dels förelåg i engelsk rätt en sorts presumtion för att nationell rätt stod i överensstämmelse med gemenskapsrätten. Frågan om nämnda reglers förenlighet med gemenskapsrätten hänsköts till EG-domstolen. EG-domstolen kom att svara att gemenskapsrätten ska tolkas på så sätt att ”en nationell domstol, som i ett mål som rör gemenskapsrätten anser att det enda hindret mot att besluta om interimistiska åtgärder är en nationell rättsregel, inte ska tillämpa denna regel”. EG-domstolen motiverade detta ställningstagande utifrån att en sådan regel hindrar gemenskapsrättens fulla verkan.

---

[108] Flynn L, *Enforcement of EC Law: Protection of Individual's Rights in National Courts,* Europarättslig tidskrift 2007:2 s. 323.

[109] Mål C-213/89, *Factortame* (1990).

3.4.3 EG-domstolens rättspraxis avseende återbetalning på grundval av ett kommissionsbeslut

Som jag har varit inne på kan man misstänka att effektivitetsprincipens intensitet kan variera utifrån vilken gemenskapsrättslig rättighet ett anspråk är baserat på. Den fråga som nu ska beröras är om effektivitetsprincipens krav i förhållande till artikel 88.3 EGF *är desamma* oberoende av om kommissionen beslutat om återbetalning eller inte. Den för framställningen viktiga poängen med denna aspekt är att EG-domstolen i väldigt hög grad varit ovillig att godta olika nationella processuella hinder vid situationer då en medlemsstat haft att verkställa av kommissionen beslutad återbetalning. Utöver att rättskraftsregler underkänts såsom stridandes mot effektivitetsprincipen (se målet *Luccini* som kommenteras strax nedan) kan nämnas att EG-domstolen varit synnerligen ovillig att godta nationella regler som inneburit att stödmottagaren kunnat undgå återbetalning under åberopande av *god tro*.[110] I denna del kan den röda tråden i EG-domstolens praxis sägas vara att *berättigad* god tro (s.k. berättigade förväntningar) endast kan föreligga i de fall gemenskapens institutioner (i praktiken oftast kommissionen) på något sätt gett stödmottagaren anledning att förvänta sig att en åtgärd inte utgjorde statsstöd, alternativt utgjorde stöd som var förenligt med den gemensamma marknaden.[111] Denna ståndpunkt grundar sig i utgångspunkten att en omdömesgill aktör *borde ha insett* att stödåtgärden ifråga utgjorde stöd som endast kunde beviljas om förfarandet i artikel 88.3 EGF hade följts.

Att det inte är givet att denna ”stränga” rättspraxis är rättesnöret för hur effektivitetsprincipen ska förstås i kontexten återbetalning utan samband med kommissionsbeslut, ska i det följande illustreras utifrån målen *Lucchini* (2007) och mål *Fallimento* (2009):

I *Lucchini (2007)*[112] hade kommissionen beslutat om återbetalning av ett statsstöd som den i ett lagakraftvunnet beslut hade funnit var oförenligt med den gemensamma marknaden. När de italienska myndigheterna skulle återkräva stödet visade det sig dock

[110] Se exempelvis mål C-24/95, *Alcan* (1997), p.43.

[111] Se Sinnaeve, *”State aid procedures: Developments since the entry into force of the Procedural Regulation”*, Common market law review 44 (2007), s. 1002-1003.

[112] Mål C-119/05, *Lucchini* (2007).

att en italiensk rättskraftsregel förhindrade att fråga om stödets återbetalning prövades av domstol. Efter att fråga om regelns förenlighet med gemenskapsrätten hade hänskjutits, fann EG-domstolen att gemenskapsrätten utgjorde hinder mot att regeln tillämpades. EG-domstolen förklarade att kommissionens exklusiva behörighet att besluta om ett stöds förenlighet med den gemensamma marknaden innebar att en tillämpning av regeln skulle medföra att ett italiensk domstolsavgörande tillerkändes rättsverkningar som gick utöver gränserna för italiensk domstols behörighet (d.v.s. inkräktade på kommissionens exklusiva behörighet att bedöma ett stöds förenlighet med den gemensamma marknaden). Därmed ansågs den italienska domstolen, med hänsyn till EG-rättens företräde och nationell domstols skyldighet att ge gemenskapsrätten full verkan, förhindrad att tillämpa regeln i en situation som den förevarande.

Samma italienska regel kom så småningom att återigen bli föremål för EG-domstolens bedömning i målet *Fallimento* (2009).[113] Vid detta tillfälle var fråga om regeln fick tillämpas i ett mål rörande mervärdeskatt. EG-domstolen kom visserligen än en gång att underkänna regeln, men den här gången utifrån *effektivitetsprincipen*. EG-domstolen förklarade att den situation som målet *Luccini* aktualiserade inte kunde jämföras med den förevarande. Härvid anförde EG-domstolen att *Luccini* avsåg en ”alldeles speciell situation i vilken principer avseende kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och gemenskapen vad gäller statligt stöd var aktuella”. Därefter övergick domstolen till att – med hänvisning till *Peterbroeck*[114] – avgöra om rättssäkerhetsaspekter kunde berättiga en tillämpning av rättskraftsregeln. Denna bedömning landade i att principen om rättssäkerhet inte kunde rättfärdiga de omfattande hinder för gemenskapsrättens tillämpning som regeln utgjorde. Därmed stred regeln mot effektivitetsprincipen.

Vad kan då dras för slutsats av att EG-domstolen i *Fallimento* men inte i *Lucchini* hänvisade till intresseavvägningen enligt *Peterbroeck*? Enligt min uppfattning ligger det nära till hands att intresset av att på statsstödsområdet förhindra en konkret kompetenskonflikt mellan kommissionen och nationell domstol är så stort att den processuella auto-

[113] Mål C-2/08, *Fallimento* (2009).

[114] Se ovan 3.4.1.

nomin i princip får ge vika när kommissionen beslutat om återbetalning av stöd som befunnits oförenliga med den gemensamma marknaden. Konflikter mellan nationella regler och verkställandet av ett kommissionsbeslut om återbetalning får istället en lösning som tangerar den som följer av principen om EG-rättens företräde, d.v.s. att *gemenskapsrätten* (= kommissionens beslut) *ska ges full effekt*.

Följer då av ovanstående att samma hänsyn gör sig gällande när återbetalningskrav framförs i nationell domstol utan föregående kommissionsbeslut härom? Jag är inte så säker på att detta är en riktig slutsats. Föreligger inget kommissionsbeslut har ju inte kommissionen ännu s.a.s. tagit sin exklusiva kompetens i bruk, varför det inte heller, oavsett vilka nationella regler som tillämpas, kan bli tal om någon konkret kompetenskonflikt mellan en nationell regel och kommissionens exklusiva kompetens att bedöma ett stöds förenlighet med den gemensamma marknaden. [115]

Visst stöd för denna ståndpunkt återfinns i generaladvokat Jacobs förslag till avgörande i *SFEI* (1996), vilket för övrigt är ett av få förhandsavgöranden jag funnit avseende återbetalningskrav i en situation då kommissionen inte (ännu) fattat något beslut om stödet ifråga. Generaladvokaten fick här tillfälle att resonera kring huruvida en omdömesgill aktör *borde* ha insett att stödåtgärden ifråga utgjorde stöd som endast kunde beviljas om förfarandet i artikel 88.3 EGF hade följts:

> ”I förevarande fall förefaller detta tveksamt [d.v.s. *huruvida en omdömesgill aktör borde ha insett att åtgärden ifråga utgjorde stöd som endast kunde beviljas om förfarandet i artikel 88.3 EGF följts*]. För det första är åtgärderna i fråga inte sådana att de uppenbart framstår som stöd. Om de kan anses utgöra ett stöd beror det på om det franska postverket har mottagit ett tillräcklig vederlag för sina tjänster, en omständighet som det har varit svårt, för att inte säga omöjligt, för SFMI [*stödmottagaren*] att kontrollera. För det andra beslutade kommissionen, efter att ha genomfört en inledande granskning, att inte undersöka ärendet vidare. Dessutom har kommissionen, sedan den återupptog granskningen, ännu efter tre år inte fattat ett beslut. Om den nationella domstolen mot denna bakgrund finner att åt-

[115] Som påpekats ovan 3.3.1 innebär det faktum att det föreligger ett kommissionsbeslut om återbetalning att kommissionen funnit att stödet är oförenligt med den gemensamma marknaden. I andra fall får inte kommissionen besluta om återbetalning.

> gärderna utgör stöd, är den enligt min mening berättigad att anse en återbetalning av stödet som olämplig."[116]

Av de tre argument generaladvokaten lägger fram står de två sistnämnda att känna igen från EG-domstolens praxis angående återbetalning i samband med ett kommissionsbeslut härom; *kommissionens agerande* kan ge upphov till berättigade förväntningar hos stödmottagaren. Det första argumentet däremot – huruvida åtgärden objektivt sett "uppenbart framstår som stöd" – brukar kategoriskt avfärdas såsom ovidkommande (såvida inte förstås det är kommissionens agerande som gett upphov till denna berättigade förväntning).[117] Enligt min mening framstår det dock snarare som att vad generaladvokaten menar ovan, är att en omdömesgill stödmottagares uppfattning om åtgärdens klassificering som statsstöd enligt artikel 87.1 EGF *kan tillmätas självständig betydelse*.

När EG-domstolen sedermera avgjorde målet *SFEI* (1996) upprepades visserligen inte generaladvokatens resonemang – dock gjordes en direkt hänvisning till det ovan citerade:

> "Med hänsyn till att det är av betydelse för den gemensamma marknadens funktion att den inledande granskningen av planerade statliga stödåtgärder genomförs, skall nationella domstolar i princip bifalla ett yrkande om återbetalning av stöd som tillhandahållits i strid med artikel 93.3 i fördraget. *Såsom generaladvokaten emellertid har framhållit i punkt 73-77 i sitt förslag till avgörande*, kan dock exceptionella omständigheter föreligga som innebär att det vore olämpligt att besluta om återbetalning av stödet."[118] (min kursivering)

Sammantaget förefaller det som att man inte utan vidare kan utgå från att EG-domstolens rättspraxis avseende effektivitetsprincipen vid verkställandet av ett kommissionsbeslut om återbetalning, också utgör gällande rätt vid den typ av återbetalningssituationer som uppsatsen behandlar. Att effektivitetsprincipens intensitet relativt

---

[116] GA Jacobs förslag till avgörande i mål C-39/94, *SFEI* (1996), p. 76.

[117] Se mål T-129/96 (förstainstansrätten), *Preussag Stahl AG* (1998), p. 77-78 och Sinnaeve, *State aid procedures: Developments since the entry into force of the Procedural Regulation*, CMLR 44 (2007), s. 1002-1003.

[118] Mål C-39/94, *SFEI* (1996), p. 70.

sett *kan vara något lägre* när återbetalningskrav framförs utan samband med ett kommissionsbeslut får möjligen inga större praktiska konsekvenser i flertalet delar, men mot bakgrund av generaladvokat Jacobs resonemang är det möjligen inte uteslutet att en stödmottagare *i viss utsträckning* kan åberopa berättigade förväntningar utifrån det faktum att åtgärdens klassificering som statsstöd/inte statsstöd objektivt sett var väldigt svårbedömd. Samtidigt hänvisade generaladvokaten även till kommissionens agerande, varför det får anses ovisst vilken självständig betydelse åtgärdens objektiva grad av ”statsstödskaraktär” egentligen har i situationer då stödmottagaren inte kan stödja sig på det sätt vilket kommissionen uppträtt.

En betydelsefull principiell konsekvens av det ovan förda resonemanget är att nationell domstol, vid återbetalningskrav *utan samband* med kommissionsbeslut, har att bedöma nationella reglers förenlighet med effektivitetsprincipen utifrån *Peterbroeck*-intresseavvägningen (jfr *Luccini* och *Fallimento* ovan). Jag kommer fortsättningsvis att utgå ifrån att den mer ingripande referensram som principen om EG-rättens företräde/kravet på full effekt medför – här är ingen intresseavvägning aktuell – inträder först när kommissionen faktiskt tagit sin exklusiva kompetens i bruk.

DEL FYRA

4. RELEVANTA SVENSKA PROCESS- OCH SANKTIONSREGLER

4.1 Inledning

En inledande observation är att det i svensk rätt saknas generellt tillämpliga regler vad gäller krav om återbetalning av statsstöd som utbetalats i strid med genomförandebudet.[119] Avgörande för vilket processuellt förfarande som aktualiseras är istället vilket rättssubjekt som beslutat att verkställa den åtgärd som klaganden vill angripa.

De enda svenska lagbestämmelser som hänvisar till de gemenskapsrättsliga statsstödsreglerna är tre till antalet och återfinns lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapens konkurrens- och statsstödsregler. I denna lag finns för det första vissa regler angående samarbetet mellan kommissionen och Kronofogdemyndigheten (5a §). För det andra framgår att kommuner och landsting har en skyldighet att meddela regeringen innan man vidtar åtgärder som potentiellt kan utgöra statsstöd (6 §), och för det tredje att regeringen får upphäva ett kommunalt beslut att bevilja stöd om kommissionen, alternativt någon av gemenskapsdomstolarna, funnit att stödet står i strid med artikel 87 EGF (7 §).

Av 3 kap. 9 § kommunallagen (1991:900) (KL) följer att kommunfullmäktige beslutar i ärenden av ”principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen”. När det gäller transaktioner som involverar kommunal egendom kan såväl transaktionens *värde* som dess *art* göra att den är att hänföra till omnämnda beslutskategori. Eftersom beslut avseende fastighets/verksamhetsöverlåtelser vanligen aktualiserar grundläggande principiella/politiska ställningstaganden – och därtill inte sällan involverar betydande ekonomiska värden – torde dylika transaktioner bara undantagsvis kunna företas utan att beslut på fullmäktigenivå krävs.[120]

[119] Se Coyet & Persson Giolto, *Study on the enforcement of state aid at the national level,* s. 455.

[120] Jfr Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, s. 36.

När det gäller kommunal verksamhet som bedrivs i aktiebolagsform, följer av 3 kap. 17 § 1 st. 3 KL att kommunfullmäktige har en skyldighet att *se till att den får ta ställning* innan beslut av principiell beskaffenhet/av större vikt fattas av något av bolagets beslutsorgan. I praktiken sker detta genom att det i bolagsordningen eller genom ägardirektiv/annat avtal regleras att denna typ av beslut ska gå via kommunfullmäktige. Det ska dock uppmärksammas att ett befogenhetsöverskridande i denna del – låt säga att bolagets styrelse fattar ett ”principiellt” beslut om att ingå ett avtal utan att kommunfullmäktige bereds tillfälle att ta ställning i frågan – i princip inte får rättsverkningar annat än *mellan kommunen och aktuellt bolagsorgan.* Av 8 kap. 42 § 2 st. aktiebolagslagen (2005:551) (ABL) följer att ett träffat avtal är bindande även om det beslutsfattande bolagsorganet överträtt en föreskrift i bolagsordningen/ägardirektiv/annat avtal. [121]

Som huvudregel gäller att kommunala beslut (fattade av kommunfullmäktige eller nämnder) får överklagas genom *laglighetsprövning*, den ena av två besvärstyper som förekommer inom svensk förvaltningsrätt. Endast i den mån så särskilt föreskrivs skall beslut överklagas genom *förvaltningsbesvär*. Angående beslut att sälja kommunal egendom saknas sådana särskilda föreskrifter.

4.2 Laglighetsprövning

En laglighetsprövning omfattar – precis som namnet antyder – endast en prövning av om det överklagade beslutet är lagligt. Detta kan sättas i motsats till den bedömning av ett besluts lämplighet/skälighet som sker inom ramen för besvärsformen förvaltningsbesvär. I praktiken kan dock lämplighetsaspekter i mer eller mindre utsträckning komma att ges indirekt betydelse även inom ramen för en laglighetsprövning.[122] Inte desto mindre brukar laglighetsprövningen snarare karakteriseras som en form av allmän medborgarkontroll än ett rättsmedel i egentlig mening.[123] De huvudsakliga förfarandereglerna återfinns i 10 kap. KL.

[121] Se även Petersén mfl., s. 166.

[122] Bohlin, s. 224.

[123] Bohlin, s. 223 och Indén, *Kommunen som konkurrent*, s. 63.

Processförutsättningar vid en laglighetsprövning är att beslutet ska vara överklagbart, att klaganden ska ha besvärsrätt och att besvär ska ha framförts inom besvärstiden. Behörig domstol i första instans är länsrätten (10 kap. 1 § 1 st. KL).

4.2.1 Överklagbarhet

Eftersom samtliga kommunfullmäktiges beslut är överklagbara är det avgörande i denna del huruvida det som besväret avser utgör ett ”beslut” eller inte. Här uppställs i allmänhet väldigt låga krav; utgångspunkten är att varje meningsyttring av fullmäktige – under förutsättning att den är dokumenterad i protokollet – utgör ett överklagbart beslut.[124]

”Processhinder” kan likväl föreligga om den aktuella åtgärden beslutats av exempelvis styrelsen i ett kommunalt bolag utan att kommunfullmäktige tagit ställning i frågan. I dessa fall är alltså en laglighetsprövning utesluten.

4.2.2 Besvärsrätt

Besvärsrätt tillkommer enligt 10 kap. 1 § 1 st. KL samtliga medlemmar hemmahörandes i den aktuella kommunen. Utöver de fysiska personer som är folkbokförda i kommunen räknas som medlemmar även juridiska personer med fast egendom i kommunen. Noterbart är att det saknar betydelse om kommunmedlemskapet förelåg vid tidpunkten för beslutet – avgörande är att klaganden är kommunmedlem när besvär anförs.[125]

4.2.3 Besvärsfristen

Den som önskar anföra besvär över ett beslut har att inge ett överklagande till länsrätten inom tre veckor från det att det justerade protokoll, av vilket beslutet framgår, tillkännagivits på kommunens anslagstavla (10 kap. 6 § KL). Vidare gäller efter denna frists utgång – vilket är ett särartat drag för laglighetsprövningen – ett ovillkorligt förbud mot att anföra nya omständigheter till grund för besväret. Samtliga s.k. besvärsfakta måste således presenteras inom treveckorsfristen. Klaganden har dock rätt att under proces-

[124] RÅ 1975 ref. 102 och RÅ 2004 ref. 8.

[125] RÅ 1932 ref. 56.

sens gång vidareutveckla sin talan, vilket i enlighet med RÅ 1994 ref. 65 ska förstås som *förtydliganden* och *preciseringar* av de omständigheter som åberopats inom fristen.[126]

4.2.4 Den materiella prövningen

Som utgångspunkt anses det ankomma på den klagande kommunmedlemmen att visa att det klandrade beslutet är olagligt.[127] Detta hindrar dock inte att bevisbördan – beroende på beslutstyp och vad klaganden gör gällande – i vissa situationer kan sägas övergå på kommunen, exempelvis genom att denna förväntas redovisa sitt beslutsunderlag.[128] Ibland kan det därför vara mer rättvisande att tala om en ”delad” bevisbörda.[129]

Av 10 kap. 8 § KL följer att ett beslut skall upphävas om det:

1) inte har tillkommit i laga ordning
2) hänför sig till någon som inte är en angelägenhet för kommunen eller landstinget
3) överskrider det beslutande organets befogenheter, eller
4) strider mot lag eller författning

I enlighet med principen *jura novit curia* krävs inte att klaganden åberopar någon särskild *besvärsgrund* för sitt besvär.[130] Vad klaganden ska visa är de omständigheter som gör beslutet olagligt; det är sedan upp till rätten att avgöra om dessa kan subsumeras under någon av de besvärsgrunder som anges i 10 kap. 8 § KL. Av detta följer att det saknas formella hinder mot att förvaltningsdomstol beaktar gemenskapsrätten på eget initiativ. Att rätten inte får gå utöver de besvärsfakta som klaganden anfört kan väl dock i praktiken innebära att klaganden inte kan lyfta artikel 88.3/87.1 EGF *efter* treveckorsfristen. Har inte klaganden gjort gällande en överträdelse av genomförandeförbudet redan inom besvärsfristen har ju klaganden sannolikt heller inte inom denna frist anfört nödvändiga omständigheter rörande exempelvis konkurrens- och samhandelspåverkan.

[126] RÅ 1994 ref. 65.

[127] Bohlin, s. 242.

[128] Bohlin, s. 242.

[129] RÅ 1974 ref. 31 och RÅ 1993 ref. 98.

[130] Bohlin, s. 244.

4.2.5 Rättsföljder vid bifall

Den rättsföljd förvaltningsdomstol har att tillgå om någon besvärsgrund befinns vara tillämplig, är att *upphäva* det klandrade beslutet (10 kap. 8 § 1 och 3 st. KL). Med andra ord kan domstolen vare sig ändra beslutet, ersätta beslutet med ett nytt eller i övrigt besluta om andra rättsföljder. Undantagsvis kan dock domstolen – trots att förutsättningar för ett upphävande föreligger – avstå från att upphäva beslutet, närmare bestämt om felet beslutet är behäftat med saknat betydelse för ärendets utgång (ringa handläggningsfel). Motsvarande gäller om det klandrade beslutet kommit att förlora sin betydelse till följd av senare inträffade förhållanden, vilket till exempel kan vara fallet om kommunen har ersatt det klandrade beslutet med ett nytt beslut som vunnit laga kraft.

4.2.6 Konsekvenser av ett upphävande

När upphävandet avser ett beslut som redan har verkställts skall det organ som fattat beslutet se till att verkställigheten rättas ”i den utsträckning som det är möjligt” (10 kap. 15 § KL). Oavsett vad kommunen kommer fram till i denna del föreligger en skyldighet att fatta ett beslut i frågan. Härigenom tillförsäkras klaganden en rätt att även få prövat rättelsebeslutets laglighet.[131] Vilka krav som uttrycket ”i den utsträckning det är möjligt” motsvarar berördes något i förarbetena till den aktuella bestämmelsen.[132] Här uttalas bl.a. att det kommunala organet är skyldigt att använda alla till buds stående medel för att bringa verkställigheten till återgång och att den omständigheten att återgångsförfarandet är förknippat med kostnader eller förluster i princip inte försvagar det grundläggande kravet på återgångsåtgärder. Samtidigt uttalas att undantagsvis situationer kan tänkas förekomma där ett återgångsförfarande skulle medföra så omfattande ekonomiska förluster för kommunen att det skulle te sig orimligt att upprätthålla kravet på återgång.

Vilka förluster det rent storleksmässigt måste handla om för att rättelseskyldigheten ska ge vika synes inte rättskällorna ge några tydliga svar på. Såvitt jag kunnat utreda har

[131] D.v.s. få prövat om kommunen gjort tillräckligt för att åstadkomma rättelse.

[132] Prop. 1975/76:187, *Om kommunal demokrati, ny kommunallag m.m.,* s. 559.

Regeringsrätten aldrig fått tillfälle att uttala sig om rättelseskyldighetens omfång. Överhuvudtaget synes mål vari ett rättelsebesluts laglighet ifrågasätts vara ovanliga.

När ett upphävt beslut avser en överlåtelse, utgörs själva verkställigheten i regel av att kommunen tecknar avtal med köparen. Om ett sådant beslut har hunnit verkställas innan det upphävs av domstol är kommunens möjligheter att ensidigt vidta rättelse förhållandevis små. Att kommunfullmäktiges beslut kommit att upphävas påverkar nämligen inte som utgångspunkt det civilrättsliga avtalsförhållandet mellan kommunen och dess avtalspart. Om ingen hävningsrätt avtalats för den uppkomna situationen krävs förmodligen, för att kommunen ska kunna frånträda avtalet såsom ogiltigt, att köparen kan visas ha varit i ond tro angående de omständigheter som grundat beslutets olaglighet.[133] Även om det i litteraturen har framförts vissa allmänna riktlinjer för bedömningen, exempelvis att godtrosskyddet bör vara större i de fall motparten är en privatperson jämfört med om motparten är ett större företag, är det svårbedömt att sia om vilken grad av kunskap som krävs för att ond tro ska föreligga i det enskilda fallet och vilka beviskrav som gäller i denna del.[134]

Om vi ställer saker och ting på sin spets – köparen hävdar god tro och motsätter sig rättelse – återstår för kommunens del att vända sig till allmän domstol.[135] Mot bakgrund av förarbetsuttalandena och den osäkerhet i rättsläget som får konstateras föreligga angående bedömningen av ond tro, är det långt ifrån självklart att kommunens skyldighet att försöka nå rättelse omfattar att ge sig i en sådan process. Däremot finns med största säkerhet en långtgående skyldighet att förhandlingsvägen söka nå rättelse i form av en uppgörelse med köparen. Ur ett statsstödsperspektiv bör det vara likgiltigt om rättelse sker via prestationernas återgång eller (vilket nog ofta är mer praktiskt) genom

[133] Se Indén, s. 69.

[134] Se Madell, *Det allmänna som avtalspart*, s. 387 och Petersén mfl., s. 438.

[135] Att motparten motsätter sig rättelse är inte alldeles självklart (jfr *Tibble* vid not 7) – goodwillaspekter kan komma att spela in med hänsyn till bl.a. intensiv mediabevakning – men inte heller osannolikt.

en justerad köpeskilling upp till marknadspris. I båda fallen ska principiellt sett också ränta utgå till kommunen.[136]

4.2.7 Avslutande kommentarer

Som vi har sett kan det vara förenat med svårigheter för en kommun att vidta rättelse när redan verkställda beslut upphävs av förvaltningsdomstol. Här kan vidare noteras att en kommun i princip kan verkställa ett beslut så snart protokollet över det justerats. Förvisso följer av 10 kap. 14a § KL att ett omedelbart verkställande bara får ske ”om inte särskilda skäl talar emot det”. Här har kommunen att bedöma *hur stor risken är att beslutet blir upphävt* och *vilka möjligheter som i sådant fall*, om beslutet verkställs omedelbart, *finns att vidta rättelse*.[137] En sådan bedömning – vilken i praktiken innebär att kommunala effektivitetshänsyn ska vägas mot intresset av att inte göra överklagandemöjligheten illusorisk – är naturligtvis inte helt okomplicerad. Eftersom kommunen själv svarar för att göra denna avvägning kan man nog med någorlunda säkerhet utgå ifrån att effektivitetsintresset vanligen är det som prioriteras.[138]

4.3 Exempel ur förvaltningsdomstolarnas rättspraxis

Det finns ganska gott om exempel på att det inom ramen för laglighetsprövningsinstitutet förekommer att klaganden åtminstone delvis baserar sin talan på genomförandeförbudet. Att en sådan grund rent principiellt är möjlig att åberopa följer av att en av besvärsgrunderna i 10 kap. 8 § KL är att beslutet *strider mot lag eller författning*.[139]

Även om genomförandeförbudet åberopas som besvärsgrund står det naturligtvis klaganden fritt att stödja sig på alternativa lagrum. Skälen till att den som för besvär på grundval av genomförandeförbudet också normalt vill åberopa KL som besvärsgrund ska här kort beröras. Av 2 kap. 8 § KL följer att en kommun som huvudregel inte har rätt att utge ekonomiska stöd till enskilda näringsidkare. Även om detta inte är rätt sam-

---

[136] I annat fall blir det fråga om ett räntefritt lån. En annan sak är förstås att denna ”kvarstående” stödåtgärd möjligen inte – sedd isolerad – träffas av artikel 87.1 EGF (obetydlig konkurrens/samhandelspåverkan).

[137] Petersén mfl, s. 436.

[138] Det är väl också fullt naturligt att utgå från att en kommun *tror sig* fatta lagliga beslut.

[139] Angående gemenskapsrätten som del av svensk rätt, se ovan 2.4.

manhang att diskutera de materiella likheterna respektive skillnaderna mellan 2 kap. 8 § KL och artikel 87.1 EGF kan konstateras att tillämpningsområdena i många avseenden överlappar.[140] Den som söker få upphävt ett kommunalt beslut i syfte att angripa en påstådd förmögenhetsöverföring från kommunen till en näringsidkare har därför en strategisk möjlighet att hänvisa till *både* genomförandeförbudet och KL. Den som vänder sig till länsrätten i syfte att ”försvara” fri konkurrens inom gemenskapen kan alltså i någon mening få draghjälp av 2 kap. 8 § KL. På motsvarande sätt kan den som överklagar ett kommunalt beslut för att utöva medborgerlig kontroll (möjligen finns en kommunalpolitisk agenda) förstärka sin kommunalrättsliga argumentation med gemenskapsrätten.[141]

För att illustrera hur de allmänna förvaltningsdomstolarna har hanterat mål vari överträdelse av genomförandeförbudet gjorts gällande ska i det följande redogöras för ett antal relativt aktuella fall ur rättspraxis.[142] I samtliga är det på ett eller annat sätt fråga om huruvida en kommun har överfört värden till den privata sektorn.

I *Årefallet*[143] (2008) var fråga om Åre kommun hade överlåtit en fastighet till underpris. Klaganden i målet ansåg att fastigheten hade sålts till underpris och anförde att eftersom ingen oberoende värdering av marken hade skett, det pris som en konkurrent till köparen erbjudit sig att köpa fastigheten för skulle anses utgöra marknadspris. Enligt klaganden var beslutet därmed olagligt enligt såväl KL som gemenskapsrätten. Länsrätten – som prövade båda grunderna – ansåg att det inte framkommit att beslutet utgjorde otillåtet stöd till enskild enligt KL eller statsstöd enligt 87.1 EGF.

Vid tidpunkten för kammarrättens prövning hade den omständigheten tillkommit att kommissionen, som funnit att försäljningen utgjorde statsstöd som var oförenligt med

---

[140] Se exempelvis prop. 2008/2009:21 *”Kommunala kompetensfrågor m.m.”* s. 49-54.

[141] När en kommunmedlem *som inte lider skada av den påstådda konkurrenssnedvridningen* åberopar artikel 88.3 EGF är alltså laglighetsprövningens talerättsregler mer tillåtande än vad effektivitetsprincipen jämte artikel 88.3 EGF kräver.

[142] Framställningen avser inte att vara uttömmande; jag har valt att fokusera på förhållandevis färska avgöranden.

[143] Kammarrätten i Sundsvalls dom den 9 april 2008 i mål nr 1715-06.

den gemensamma marknaden, hade beslutat om återbetalning av stödet (4,6 milj. kronor jämte ränta).[144] Kammarrätten fann att beslutet skulle upphävas på såväl kommunalrättslig som EG-rättslig grund. Vad gäller den sistnämnda hänvisade kammarrätten till det av klaganden åberopade kommissionsbeslutet och konstaterade att ”[e]ftersom EG-fördraget utgör svensk lag strider kommunfullmäktiges beslut mot lag och ska därför upphävas också på den grunden”.

I *Tibblefallet*[145] (2009) var fråga om Täby kommuns privatisering/försäljning av Tibble gymnasium hade inneburit en otillåten förmögenhetsöverföring från kommunen till köparna. Klagandena gjorde (bl.a.) gällande att kommunen, genom att underlåta att ta betalt för de goodwill-värden som ingick i verksamheten, överfört värden till köparna i strid med 2 kap. 8 § KL. Till skillnad från länsrätten[146], som avslog överklagandet, fann kammarrätten att det fanns ett övervärde i verksamheten som inte prissatts av kommunen. Utan att uttala sig om storleken på detta övervärde konstaterade kammarrätten att det mot bakgrund av vad klagandena hade anfört ”fick anses i det närmaste uteslutet att det totala värdet av verksamheten endast skulle motsvara det som kommunen hade fått ersättning för” (värdet av inventarier och annan utrustning). Kammarrätten upphävde därmed beslutet såsom utgörandes otillåtet stöd till enskild näringsidkare. Domen överklagades inte.

Noterbart i *Tibblefallet* är att klaganden först i kammarrätten anförde att beslutet stred mot gemenskapsrätten. Skälet till att kammarrätten inte prövade stödet utifrån EG-rätten kan förstås vara ”minsta motståndets lag”; beslutet upphävdes ju ”redan” på kommunalrättslig grund. Samtidigt innebär nog i praktiken förbudet mot att anföra nya besvärsfakta (10 kap. 10 § KL) att kammarrätten var förhindrad att bedöma försäljningen utifrån artikel 88.3/87.1 EGF.[147]

---

[144] Kommissionens beslut K(2008) 311 slutlig av den 30 januari 2008.

[145] Kammarrätten i Stockholms dom den 19 april 2009 i mål nr 584-08.

[146] Länsrättsdomen är inte särkilt illustrativ i denna del, men av allt att döma ansåg länsrätten att det i verksamheten *inte ingick någon goodwill*. Se länsrätten i Stockholms läns dom den 20 december 2007 i mål nr 10633-07, s. 33.

[147] Se ovan 4.2.4.

Ett med *Tibblefallet* snarlikt ärende avsåg en av Stockholms kommun genomförd privatisering av kommunal hemtjänst, *Hemtjänstfallet* (2009).[148] Även vid denna transaktion hade ersättning endast utgått för värdet av verksamhetens inventarier, och återigen uttryckte kammarrätten att det med hänsyn till vad klaganden anfört framstod som i det närmaste uteslutet att det totala värdet av den överlåtna verksamheten endast skulle motsvara värdet av inventarierna. Kammarrätten undanröjde således kommunens beslut med hänvisning till att otillåtet stöd till enskild näringsidkare hade utgetts (2 kap. 8 § KL). Länsrätten hade vid sin prövning avslagit överklagandet med hänvisning verksamheten karaktär och omfattning medförde att det eventuella goodwill-värdet var så begränsat att det inte ansågs visat att något stöd till en enskild näringsidkare hade utgått.

Klaganden hade i *Hemtjänstfallet* redan i länsrätten anfört att stödet träffades av statsstödsreglerna. Medan länsrätten i denna del fann att det inte var visat att något stöd som kunde påverka samhandeln mellan medlemsstaterna hade beviljats, valde kammarrätten att inte beröra inte denna aspekt alls. Kammarrättens val kan även här möjligen vara hänförligt till rent pragmatiska överväganden. Det är också tänkbart att kammarrätten ansåg att klaganden inte hade angett de omständigheter som skulle krävas för rättens ställningstagande i statsstödsfrågan. Såvitt jag kan utläsa ur de båda instansernas domar hade klaganden *inte uttryckligen påstått* att (och därmed inte heller *hur*) transaktionen var kapabel att påverka samhandeln.[149]

Avgörandena i *Tibble-* respektive *Hemtjänstfallet* illustrerar att klagandens eventuella framgång är beroende av vilken bevisbörda denne åläggs. Medan kammarrätten i de båda målen synes ha godtagit klagandens påståenden att goodwill av inte obetydligt

[148] Kammarrätten i Stockholms dom den 9 april 2009 i mål nr 4671-08. Domen är överklagad till Regeringsrätten.

[149] Frågan i denna del är om det, när klaganden påstår att åtgärden utgör statsstöd enligt 87.1 EGF, ska anses underförstått att denne gör gällande att (exempelvis) samhandelspåverkan föreligger? Eller måste detta uttryckligen anges? Måste klaganden före utgången av fristen förklara varför samhandeln påverkas eller är detta att anse som en precisering (vidareutveckling av talan)? Dessa frågor är inte helt enkla att besvara. Eftersom länsrätten faktiskt prövade den EG-rättsliga grunden ansåg tydligen länsrätten att omständigheten fick anses åberopad.

värde typiskt sett ingår i en kommunal gymnasie- respektive hemtjänstverksamhet (varumärke och befintlig kundbas) synes länsrätterna krävt mer av klagandena.[150]

Slutligen ska beröras ett intressant avgörande från Kammarrätten i Jönköping, *NCC-fallet* (2008).[151] Här hade klaganden ansökt om verkställighetsförbud (inhibition) avseende ett beslut fattat av Karlskrona kommun om en fastighetsförsäljning. Klaganden i målet stödde sig på såväl KL som gemenskapsrätten och anförde att köpeskillingen för den planerade försäljningen kraftigt underskred marknadspriset. Marknadspriset skulle enligt klagandens mening bestämmas utifrån att en konkurrent till köparen (före dess att beslutet fattats) erbjudit sig att betala ytterligare 2 milj. kr för fastigheten. (jfr *Årefallet* ovan)

En omständighet som gjorde målet särskilt komplicerat var att parterna även tvistade om hur långtgående civilrättsliga verkningar som hade hunnit inträda mellan kommunen och köparen. Klaganden gjorde gällande att till följd av att köpebrev inte ännu hade utfärdats, beslutet var att betrakta som icke verkställt. Kommunen å sin sida gjorde gällande att ”full” civilrättslig bundenhet hade inträtt i och med underskriften av köpeavtalet och att kommunen därför saknade möjlighet att dra sig ur affären. Vidare anförde kommunen att köparen å sin sida hade tecknat avtal med en hyrestagare (detta skulle kunna drabba kommunen ekonomiskt vid händelse av kommunens avtalsbrott).

Grunden som klaganden åberopade för inhibition var att en lagfartsövergång allvarligt skulle försvåra återgång för det fall att beslutet sedermera kom att upphävas. Klaganden hänvisade vidare till det enskilda intresse (d.v.s. den konkurrerande aktörens rätt) som till följd av den försvårade återgången riskerade att lida skada av beslutets verkställande. Kommunen menade att ett verkställighetsförbud inte var motiverat med hänsyn till att det skulle orsaka kommunen, köparen och hyrestagaren beaktansvärd skada och omfattande ekonomiska förluster.

---

[150] Jfr kammarrätten i *Tibblefallet:* ”mot bakgrund av vad klagandena anfört får det anses i det närmaste uteslutet att det totala värdet av verksamheten endast skulle motsvara det som kommunen fått ersättning för” (värdet av inventarier och annan utrustning).

[151] Kammarrätten i Jönköpings dom den 7 juni 2008 i mål nr 1258-08.

Kammarrätten fann att vid bedömningen av vilken skada den yrkade inhibitionen var ägnad att förhindra, det *inte fanns skäl att ifrågasätta* att kommunen var civilrättsligt bunden gentemot köparen. Vad klaganden anfört bedömdes inte vara tillräckliga skäl för inhibition.

När målet väl prövades i sak beslöt länsrätten att upphäva beslutet såsom ogiltigt enligt såväl KL som gemenskapsrätten.[152] Vid bedömningen av fastighetens marknadsvärde ansåg länsrätten att det 2 milj. kr högre bud som konkurrenten hade erbjudit skulle ha beaktats. Domen är överklagad.[153]

4.4 Sammanfattning – laglighetsprövning

Som vi har sett är det fullt möjligt att åberopa en överträdelse av genomförandeförbudet inom ramen för en laglighetsprövning. Att domstolarna primärt väljer att upphäva beslut på kommunalrättslig grund istället för att ta ställning till de gemenskapsrättsliga reglerna förefaller ganska naturligt.[154] För klagandens del synes detta vara liten betydelse; oavsett enligt vilken norm ett beslut ogiltigförklaras är den enda möjliga rättsföljden att beslutet upphävs. Det är vidare inte otänkbart att de gemenskapsrättsliga argumenten kommer klaganden till godo indirekt genom exempelvis en *outtalad* bevisbördelättnad inom ramen för tillämpningen av 2 kap. 8 § KL. Jag har inga direkta belägg för detta påstående, men ett sådant resonemang skulle kunna vara en förklaring till att länsrätt och kammarrätt kom till olika slut i såväl *Tibble*- som *Hagsätrafallet*. Möjligen låter en domstol hellre gemenskapsrätten något ”spilla över” på den kommunalrättsliga bedömningen än att ta itu med den snårigare uppgift som det innebär att avgöra om genomförandeförbudet överträtts eller inte.[155]

---

[152] Länsrätten i Blekinge läns dom den 21 oktober 2008 i mål nr 316-08.

[153] Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3589-08, målet ej avgjort per 2009-11-20.

[154] Utöver rent pragmatiska hänsyn kan, som påpekats, anledningen möjligen också vara att klaganden inte angett för den statsstödsrättsliga prövningen nödvändiga besvärsfakta.

[155] Se för ett liknande resonemang Engström J, *Rättsskyddsprincipens krav […],* ERT 2006:3 s. 529 angående Regeringsrättens extensiva tolkning av 22 § FL i RÅ 2006 ref. 9.

4.5 Marknadsdomstolen

De typer av mål och ärenden som Marknadsdomstolen handlägger framgår av 1 § i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m. En av denna specialdomstols mest centrala uppgifter är att den utgör sista instans i konkurrensmål enligt Konkurrenslagen (2008:579). Eftersom det i lagen om marknadsdomstol inte hänvisas till lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapens statsstödsregler – den enda svenska lag som innehåller statsstödsbestämmelser – kan man utifrån en motsatsvis tolkning av lagtexten sluta sig till att Marknadsdomstolen saknar behörighet att pröva en talan baserad på artikel 88.3 EGF.[156]

Vid 2000-talets början hade dock de ovannämnda lagarna en delvis annan lydelse, varför det i vart fall fanns visst utrymme för att argumentera för att Marknadsdomstolen var behörigt forum för en talan baserad på genomförandeförbudet. Härigenom kom Marknadsdomstolen att få tillfälle att uttala sig om sin behörighet att pröva en sådan talan.[157] Bakgrunden i målet (*MD 2002:1*) var att käranden påstod att Sävsjö kommun hade utgett statsstöd i strid med genomförandeförbudet. Väl i Marknadsdomstolen framställdes ett flertal yrkanden gentemot Sävsjö kommun, svenska staten och stödmottagaren. I förhållande till staten angavs som rättslig grund artikel 88.3 EGF, i förhållande till kommunen och stödmottagaren åberopades artikel 6 § i lagen (1994:1894).[158] Marknadsdomstolen förklarade sig sakna behörighet att pröva en talan som fördes på dessa grunder och avvisade talan i sin helhet.

4.6 Allmän domstol – talan mot stödutgivaren

Med hänsyn till att forumregeln i 10 kap. 17 § 1 st. rättegångsbalken (1942:740) (RB) principiellt ger allmän domstol saklig behörighet att pröva tvister när andra tillämpliga forumregler saknas, är det tänkbart att betrakta just allmän domstol som ”rätt forum”

[156] Enligt 10 kap. 17 § RB är allmän domstol sakligt behörig att ta upp alla typer mål som inte uttryckligen undantagits från dess kompetens, d.v.s. alla typer av mål som inte uttryckligen tilldelats annan domstol (exempelvis MD).

[157] Se MD 2002:1 och MD 2001:25.

[158] D.v.s. kommunens ”anmälningsplikt” gentemot regeringen.

för en talan som förs på grundval av genomförandeförbudet. Högsta domstolen fick i oktober 2009 tillfälle att ta ställning i denna fråga.[159]

Bakgrunden detta mål var att researrangörsföretaget Nya Destination Stockholm (NDS) hade väckt talan vid tingsrätten i anledning av att Stockholms Stad och stadens holdingbolag påstods ha utgett ekonomiska stöd till koncernbolaget Stockholm Visitors Board, ett bolag som i likhet med NDS verkade inom turistnäringen.[160] NDS förde en förbudstalan på grundval genomförandeförbudet och yrkade att Stockholms Stad och holdingbolaget vid vite skulle förbjudas att bevilja ytterligare stöd till dess att åtgärderna blivit behörigen godkända av kommissionen alternativt gemenskapsdomstolarna. Svarandena invände bl.a. att allmän domstol inte var behörig att pröva tvisten. Tingsrätten höll dock inte med; detta med hänsyn till att ”inget annat forum anvisats för talan” samt att yrkandena, enligt tingsrättens mening, var att betrakta som interimistiska yrkanden avsedda att gälla till dess att frågan om åtgärdernas förenlighet med den gemensamma marknaden slutligen avgjorts på gemenskapsnivå. Därtill framhöll tingsrätten – som svar på svarandenas invändning att allmän förvaltningsdomstol var behörigt forum – att talans syfte *inte synes vara* att få till stånd en prövning av lagenligheten av beslut fattade enligt KL. Svarandena framställde även invändningar om bristande talerätt och att yrkandena i sig inte var tillåtna enligt RB:s regler. I talerättsdelen godtog tingsrätten klagandens påstående om att utbetalningarna vållat NDS, såsom konkurrent Stockholm Visitors board, skada. Likaså godtogs NDS förbudstalan (negativ fullgörelsetalan) enligt 13 kap. 1 § 4 RB; detta med hänvisning till domstolens skyldighet att skydda de enskildas rättigheter som följer av gemenskapsrätten. Hovrätten avslog svarandenas överklagande i samtliga avvisningsfrågor.

---

[159] Högsta domstolens beslut den 22 oktober 2009 i mål nr Ö 1261-08.

[160] Parallellt har NDS också rapporterat stödet till kommissionen, ett segdraget ärende som nu, via förstainstansrätten (avvisning), ligger på EG-domstolens bord. Kommissionen ansåg, *utan att fatta något formligt beslut* (därav avvisningen i förstainstansrätten), att delar av stödet var att anse som *befintligt* och andra delar som förenligt med den gemensamma marknaden. Se mål C-322/09 P (överklagande ingett 2009-08-12).

Högsta domstolen lämnade endast prövningstillstånd i forumfrågan, i vilken man kom att dela tingsrättens bedömning. HD:s motivering är kortfattad och ska därför återges här:

> ”Frågan i målet är om allmän domstol är behörig att pröva Nya Destination Stockholms talan.
>
> Allmän domstol är i allmänhet behörig att pröva en tvist som gäller skadestånd eller tvist med syfte att förhindra ytterligare skada. Nya Destination Stockholms talan syftar till att förhindra att bolaget drabbas av ytterligare skada genom att Staden och Stadshuset gör utbetalningar till Stockholm Visitors Board i strid med bestämmelserna i artikel 88.3 i EG-fördraget. I avsaknad av lag eller annan författning som utpekar annan myndighet än domstol eller särskild domstol som ensam behörig att uppta en sådan tvist (10 kap. 17 § första stycket 1 rättegångsbalken) ankommer det på allmän domstol att pröva den av Nya Destination Stockholm förda talan.”[161]

Såvitt jag har kunnat utreda är detta första gången som en talan baserad på genomförandeförbudet tas upp till prövning av allmän domstol. Även om Högsta domstolens beslut tills viss del öppnar upp för att enskilda kan vända sig till tingsrätt i anledning av påstådda överträdelser av genomförandeförbudet handlar målet som framgått inte om återbetalning av redan utbetalda stöd utan endast en talan att förhindra *ytterligare framtida stöd*.

Det får anses mycket svårt att spekulera i vad Högsta domstolens beslut allmänt innebär för räckvidden av allmän domstols sakliga behörighet när en part för talan på grundval av genomförandeförbudet. Av visst intresse är förstås att tingsrätten anför att ”talans syfte inte synes vara att få till stånd en prövning av lagenligheten av beslut fattade enligt KL”. Detta skulle kunna tolkas som att tingsrätten menar att vägen via allmän domstol bör vara stängd för den som väcker talan med ”fel avsikt”, vilket skulle kunna förstås som att det handlar om ett försök att kringgå laglighetsprövningens förfaranderegler. Betyder detta att vägen via allmän domstol kan vara öppen när det brister i någon av laglighetsprövningens processförutsättningar, exempelvis beslutskravet eller besvärs-

[161] Högsta domstolens beslut den 22 oktober 2009 i mål nr Ö 1261-08.

rätten? Det känns ganska utsiktslöst att spekulera sådana frågor, särskilt som Högsta domstolens beslut inte avslöjar om denna resonerade på samma sätt som tingsrätten.

En möjlig slutsats av Högsta domstolens beslut är att allmän domstol principiellt är behörigt forum om käranden ”interimistiskt”[162] söker förhindra en planerad åtgärd som påstås utgöra en överträdelse av genomförandeförbudet. Å andra sidan talar Högsta domstolen om att förhindra *ytterligare* skada, vilket skulle kunna tolkas att det måste vara fråga om att förhindra utbetalningar i ett läge där visst påstått stöd redan utgetts. Här kan noteras att Stockholms stad och dess holdingbolag mellan 2002-2005 hade tillskjutit 223 miljoner kronor till Stockholm Visitors Board.[163] Således kan det finnas anledning att inte dra för stora växlar av Högsta domstolens beslut; detta är möjligen ett särpräglat fall som inte kan läggas till grund för några allmänna slutsatser. De stora summorna gör naturligtvis att NDS hade ett väldigt stort behov av att kunna få frågan om interimistiskt skydd *prövad*.

När det gäller den typen av stöd som uppsatsen tar sikte på – *engångsstöd* i samband med överlåtelser – är nog Högsta domstolens beslut av ganska liten praktisk betydelse. En kommun har som vi sett i goda möjligheter att snabbt verkställa ett beslut om en överlåtelse. Således är det nog sällan som någon hinner – detta oavsett i vilket forum frågan väcks – ansöka om inhibition/föra en förbudstalan innan beslutet verkställs/civilrättslig bundenhet inträder.

4.7 Allmän domstol – talan mot stödmottagaren

Även om några säkra slutsatser om vidden av allmän domstols sakliga behörighet vid tillfällen då statsstöd redan utbetalats inte kan dras av Högsta domstolens beslut ovan, kan det finnas anledning att – med bortseende från forumfrågan – kort beröra huruvida det kan finnas någon möjlighet för en konkurrent att stämma stödmottagaren och yrka att denne ska *förpliktas återbetala stödet till kommunen*. En sådan typ av talan – som

[162] D.v.s. ett beslut som ska skydda käranden från kränkningar av genomförandeförbudet tills dess att kommissionen fått tillfälle att bedöma åtgärden.

[163] Se vid not 160 för kommissionens bedömning.

alltså går ut på att svaranden ska förpliktas utge något till tredje man – innebär att käranden i eget namn för talan för annans räkning. Med ”för annans räkning” menas då inte något påstått ställföreträdarskap eller liknade utan vad det handlar om är att konkurrenten väcker talan som part.

Den allmänna utgångspunkten i svensk rätt är att en dylik talan ska avvisas *såvida* det inte följer av lag att käranden äger rätt att föra talan för annans räkning.[164] Som ett exempel kan nämnas 29 kap. 9 § ABL som stadgar en rätt för minoritetsaktieägare att i eget namn föra talan mot exempelvis styrelseledamot om skadestånd till bolaget.[165]

Av *NJA 1984 s. 215* följer dock att det i ”utpräglade undantagssituationer” kan vara tillåtet att även utan lagstöd föra den aktuella typen av talan.

> ”I vissa bestämmelser förutsätts att part kan föra talan mot annan om att denne skall fullgöra något till en tredje. Som ett exempel bland flera kan nämnas talan enligt 4 kap 23 § 1 st och 9 kap 11 § 3 st UB. Det kan tänkas att sådan talan även utan uttryckligt stöd av lag får föras och kan vinna bifall. Det rör sig emellertid här om utpräglade undantagssituationer. Som regel saknas anledning att låta någon som part föra talan om annans rätt. När det såsom i förevarande fall är uppenbart att speciella omständigheter inte föreligger, bör sådan talan avvisas.”[166]

Det verkar inte som att uttrycken ”utpräglade undantagssituationer” respektive ”speciella omständigheter” har blivit föremål för någon ytterligare precisering i rättspraxis. Av doktrinen att döma förefaller det som att lagstödskravet får betraktas som en mycket stark huvudregel.[167]

I vilken utsträckning kan då allmän domstol förväntas acceptera genomförandeförbudets direkta effekt jämte effektivitetsprincipen såsom sådana ”speciella omständigheter” som Högsta domstolen omnämner? Mot bakgrund av ovanstående får det nog konstateras att det inte med någon säkerhet går att uttala sig om gällande rätt i denna del. I

---

[164] Fitger, *Rättegångsbalken*, s. 13:10k.

[165] Se NJA 2002 s. 446.

[166] NJA 1984 s. 215.

[167] Se Fitger, s. 13.10k och Ekelöf, *Rättegång II*, s. 72f.

vilken utsträckning effektivitetsprincipen *kräver* att den aktuella typen av talan tillåts diskuteras först i det avslutande avsnittet.

Slutligen kan det noteras att EG-domstolen uttalat att den omständigheten att en medlemsstat bryter mot genomförandeförbudet inte utgör rättslig grund för att stödmottagaren ska ådra sig *skadeståndsansvar* gentemot skadelidande konkurrenter. [168] Således kan inte gemenskapsrätten läggas till grund för en konkurrents *skadeståndstalan* mot stödmottagaren. Inte heller enligt intern svensk rätt torde det finnas någon rättslig grund för ett sådant anspråk.[169]

[168] Mål C-39/94, *SFEI* (1996), p. 74.

[169] Som *huvudregel* ersätts i utomobligatoriska förhållanden ren förmögenhetsskada bara om den orsakats genom brott, 2 kap. 4 § SkL.

D E L F E M

5. ANALYS

5.1 Inledning

Som framgått i det föregående ger EG-domstolens praxis endast fragmentarisk vägledning vad avser de krav effektivitetsprincipen ställer på nationell processrätt. Det existerar helt enkelt ingen heltäckande och för alla situationer tillämplig gemenskapsrättslig ”referensprocessordning” som de nationella reglerna kan jämföras mot.[170] Rättspraxis får nog snarare karakteriseras som något av ett lapptäcke.

Vid min bedömning av reglernas förenlighet med effektivitetsprincipen kommer jag när det finns möjlighet att hämta ledning från de exempel ur EG-domstolens praxis som redogjorts för i 3.4.2, låt vara att sådana analogier kan vara mer eller mindre osäkra. När relevanta avgöranden saknas blir det nödvändigt att falla tillbaka på den allmänna intresseavvägning som EG-domstolen först formulerade i *Peterbroeck* och som bekräftats i senare avgöranden.[171]

> ”Vid tillämpningen av dessa principer [*effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen*] måste varje fall, i vilket frågan gäller om en nationell författningsbestämmelse gör det praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att tillämpa gemenskapsrätten, bedömas med beaktande av den ställning denna bestämmelse har inom förfarandet i dess helhet, dess förlopp och särdrag vid de olika nationella domstolarna. Ur denna synvinkel finns det anledning att i förekommande fall beakta de principer som det nationella rättssystemet bygger på, som till exempel skyddet för rätten till försvar, principen om rättssäkerhet och principen om förfarandets riktiga förlopp [*eng: ”proper conduct of procedure”*].”[172]

Ovanstående innebär att en regel, även om den hindrar utövandet av gemenskapsrätten, kan vara tillåten om den skyddar berättigade intressen som i sin tur följer av grundläggande principer i den nationella rätten. Svårigheten ligger naturligtvis i att avgöra hur å

[170] Se resonemanget ovan 3.4.

[171] Se exempelvis mål C-2/08, *Fallimento* (2009).

[172] Se ovan 3.4.1.

ena sidan utövandet av gemenskapsrätten och å andra sidan de grundläggande nationella principerna ska vägas mot varandra.[173]

För det fall jag finner att en regel får anses stå i strid med effektivitetsprincipen kommer jag även att resonera kring och föreslå hur de svenska domstolarna kan åsidosätta/modifiera regeln på ett sätt som tillgodoser effektivitetsprincipen. Utan att föregripa mina slutsatser är det tydligt att det kan uppstå situationer då det krävs mer kreativa lösningar från en domstols sida än att enbart avstå från att tillämpa regeln ifråga.

5.2 Laglighetsprövning

Som vi har sett är 10 kap. KL om laglighetsprövning det processuella förfarande inom vilket en enskild har att framföra sitt påstående om att en redan verkställd kommunal underprisöverlåtelse utgjort en överträdelse av genomförandeförbudet. Givet att det i princip inte kan anses finnas några alternativa förfaranden att tillgå är nog en rimlig slutsats att effektivitetsprincipen ställer förhållandevis höga krav på laglighetsprövningsinstitutet (jfr *Unibet*).[174]

5.2.1 Besvärsrätten enligt 10 kap. 1 § 1 st. KL

Besvärsrätt tillkommer enligt 10 kap. 1 § 1 st. KL endast kommunens medlemmar och företag med fastighetsinnehav i kommunen. Detta innebär att en *konkurrent* i praktiken hänvisas till antingen ”skaffa sig” besvärsrätt via ett fastighetsköp eller att föra talan genom en kommunmedlem. Eftersom båda dessa alternativ framstår som högst konstruerade kan det inte råda någon tvekan om att denna regel är kapabel att väsentligen försvåra utövandet av de rättigheter som följer av genomförandeförbudets direkta effekt.

Kan regeln rättfärdigas?

Med hänsyn till att laglighetsprövningens syfte är vara ett rudimentärt instrument för medborgerlig kontroll är det förvisso inte annat än logiskt att besvärsrätten tillkommer

[173] Se Andersson, s. 123.

[174] Se ovan 3.4.2.2.

alla i kommunen men ingen annan, d.v.s. att besvärsrätten avgränsas geografiskt snarare än utifrån ett intressebaserat kriterium. Likväl har vi sett att en kommun avgjort *kan* vidta dispositioner, exempelvis underprisförsäljningar, som ger upphov till konkurrenssnedvridande effekter med verkningar även utanför kommungränserna. Under sådana förhållanden är det svårt att se hur de intressen som en gång fick regeln att framstå som naturlig skulle kunna motivera att näringsidkare som lider skada av statsstödsöverlåtelser förvägras besvärsrätt utifrån vad som i praktiken är ett fastighetsägarkriterium. Detta blir naturligtvis än tydligare i ett fall som det i Åre då två konkurrerande aktörer bjuder på samma fastighet. Ironiskt nog leder det faktum att konkurrenten inte fick köpa fastigheten till att denne inte heller ges någon rättslig möjlighet att klaga över beslutet.[175] Sammantaget kan inte bedömningen bli någon annan än laglighetsprövningens funktion och syfte inte förmår rättfärdiga det absoluta hinder för rättslig prövning som regeln kan leda till i det enskilda fallet.

Hur bör i det enskilda fallet regeln åsidosättas/modifieras av förvaltningsdomstol?
Det är tydligt att – för att tillgodose effektivitetsprincipen – ett åsidosättande av 10 kap. 1 § 1 st. KL måste ske genom att någon form av intresseorienterad talerättsprövning företas istället. Möjligen kan förvaltningsdomstol, för att undvika att hamna i ett rättsligt vakuum, falla tillbaka på 22 § förvaltningslagen (1986:223) (FL), ”ett beslut får överklagas av den som beslutet angår”. [176] Vilka precisa krav som domstolen ska uppställa för talerätt är inte helt enkelt att uttala sig om.[177] Av *CELF* och *Transalpine* följer att den som *påverkas* av konkurrenssnedvridningen skyddas av artikel 88.3 EGF.[178] I brist på annan ledning kan man möjligen av *Munoz* dra slutsatsen att det bör vara till-

[175] Det ska dock poängteras att artikel 88.3 EGF inte ger konkurrenten någon rätt att få köpa fastigheten; vad det är fråga om är en rätt att inte behöva tåla att köparen får den till ett kraftigt underpris.

[176] Se exempelvis RÅ 2006 ref. 9 (Pfizer). Även om Regeringsrätten medgav Pfizer talerätt utan att hänvisa till gemenskapsrätten har det ansetts ligga nära till hands att effektivitetsprincipen indirekt påverkade bedömningen. Se Engström J, *Rättsskyddsprincipens krav […],* ERT 2006:3 s. 529.

[177] Det har av Andersson hävdats att frågan om vilka som är materiellt berättigade att åberopa/genomdriva en gemenskapsrättslig rättighet är den mest svårbesvarade av alla av de som kan uppstå då gemenskapsrätten ska tillämpas i nationella domstolar. Se Andersson, s. 320.

[178] Se ovan 3.3.4.

räckligt att klaganden är i samma bransch som stödmottagaren.[179] Förmodligen gäller att under alla omständigheter, kraven bör ställas något *lägre* än de talerättskrav som enligt EG-domstolens praxis gäller för en konkurrent som enligt artikel 230 EGF söker en ogiltigförklaring av ett kommissionsbeslut att godkänna statsstöd.[180]

5.2.2 Överklagbart beslut enligt 10 kap. 2 § KL

Kravet på att det måste finnas ett ”beslut” att överklaga bör inte normalt utgöra något väsentligt hinder för genomdrivandet av anspråk med stöd av genomförandeförbudet; i vart fall inte när kommunen själv uppträder som säljare. Tröskeln för vad som anses utgöra ett beslut är mycket låg.

Däremot kan det i situationer då kommunala bolag är involverade, vara så att det faktiskt inte finns något kommunalt beslut att överklaga. Förvisso är kommunfullmäktige i enlighet med 3 kap. 17 § KL skyldig att säkra beslutanderätt i principiella frågor i bolagiserad verksamhet. Samtidigt innebär en dylik reglering i exempelvis bolagsordningen inte någon garanti för att samtliga potentiella ”statsstödstransaktioner” går via kommunfullmäktige. Först och främst är det inte givet att en sådan transaktion *alltid* är anse som av principiell karaktär eller annars av större betydelse för kommunen. För det andra tar inte det beslutsfattande organet i det kommunala bolaget någon särskilt stor affärsmässig risk om detta väljer att betrakta den aktuella dispositionen som varandes av icke-principiell beskaffenhet. Ett eventuellt befogenhetsöverskridande påverkar ju inte giltigheten av de rättshandlingar som ingås med tredje man. Sammantaget kan inte 3 kap. 17 § KL betraktas som annat än en så till den grad svag garant för att en beslut-

[179] Se ovan 3.4.2.2.

[180] Detta kan möjligen anses följa indirekt av att EG-domstolen, såsom ett av argumenten för den restriktiva talerätt som gäller för ”direkt och personligen berörd” enligt artikel 230.4 EGF, anfört att rätten till effektivt rättsligt skydd för de som saknar talerätt enligt denna artikel *tillgodoses genom systemet med förhandsavgöranden*. Ett sådant resonemang tycks förutsätta att kraven för talerätt enligt den nationella rätten är lägre (*dock oklart hur mycket lägre*) än de som gäller för artikel 230.4 EGF. Se exempelvis mål C-50/00, *UPA* (2002), p. 40-41.

gång via fullmäktige iakttas, att 10 kap. 2 §, i det enskilda fallet, är kapabel att utgöra ett väsenligt hinder för utövandet av de rättigheter som följer av artikel 88.3 EGF. [181]

Kan regeln rättfärdigas?

En regel som ställer upp vissa krav på vad som kan bli föremål för en rättslig överprövning kan inte betraktas som särskilt kontroversiell; även om jämförelserna haltar något gäller exempelvis ett beslutskrav också enligt 22 § FL och vid en ogiltighetstalan enligt artikel 230 EGF. Beslutskravet bör vidare ses mot bakgrund av att rättsföljden vid bifall till en laglighetsprövning är *beslutets upphävande.*

Även om beslutskravet har en viktig funktion – det finns såväl ur kommunal som ur domstolssynpunkt en poäng i att någonstans dra en gräns för vad som ska vara möjligt att överklaga – har systemet problem om enskildas rättssfär påverkas utan att beslut fattas på det sätt som systemet förutsätter. Oavsett i vilken utsträckning kommunala bolag faktiskt agerar så pass självständigt att kommunfullmäktiges ställningstagande förbigås i lägen då en sådan beslutsgång borde ha iakttagits, får det konstateras att 10 kap. 2 § vid varje sådant fall utgör ett *absolut* hinder mot att få till stånd en rättslig prövning av åtgärden ifråga. Motsvarande gäller i princip för sådana åtgärder som i något fall, trots att de potentiellt kan träffas av statsstödsreglerna, likväl inte skulle vara av principiell beskaffenhet för ett visst kommunalt bolag. Med hänsyn till förevarande hinders absoluta karaktär har jag svårt att se att de möjligen rättfärdigande intressen jag berört skulle väga tyngre än de enskildas rättigheter som följer av artikel 88.3 EGF. Detta skulle också kunna uttryckas som att den konkurrent som har ett berättigat intresse av att åberopa genomförandeförbudet inte bör bära risken för att ett kommunalt bolag utger statsstöd utan att kommunfullmäktige fattat beslut på det sätt som 3 kap. 17 § KL åsyftar. Slutsatsen får därmed bli att 10 kap. 2 § KL i sådana situationer får anses stå i strid med effektivitetsprincipen.

[181] Skyldigheten för kommunfullmäktige/nämnd att fatta beslut när kommunen uppträder som säljare är visserligen inte heller någon absolut garanti för att beslut verkligen fattas, men här finns ändå en avsevärt större kommunalpolitisk kontroll.

Ovanstående slutsats måste dock ges en reservation; här handlar det om det förhållandet att allmän domstol *möjligen* kan vara behörigt forum i statsstödsrelaterade mål. Eftersom en regels förenlighet med effektivitetsprincipen ska bedömas utifrån det processuella landskapet som helhet, är denna aspekt av betydelse. Att utifrån Högsta domstolens beslut i *NDS-målet*[182] sluta sig till att allmän domstol ”täcker upp” som behörigt forum i situationer då beslutskravet brister, är dock enligt min mening att dra för långtgående slutsatser av detta beslut. Inte desto mindre går det naturligtvis att argumentera i denna riktning; finns överhuvudtaget inte något beslut att överklaga – trots att ett beslut faktiskt borde ha fattats – kan den som vänder sig till tingsrätten inte gärna anklagas för vara ute efter en laglighetsprövning eller att försöka ”kringgå” denna besvärsforms bestämmelser.[183] En process i allmän domstol skulle naturligtvis innebära helt andra processuella förutsättningar jämfört med en laglighetsprövning, men det är inte givet att denna miljö skulle missgynna den som önskar göra gällande överträdelse av genomförandeförbudet.[184]

Det följer av ovanstående resonemang att nationella domstolars fullgörande av sina skyldigheter enligt effektivitetsprincipen kräver viss samordning dem emellan. Från effektivitetsprincipens synpunkt är det i princip likgiltigt vilken typ av domstol som säkerställer enskildas rätt, det väsentliga är att någon typ av domstol gör det. Det oklara rättsläget angående allmän domstols behörighet gör att allmän förvaltningsdomstol – om den kommer till samma slutsats som jag angående aktuell regels oförenlighet med effektivitetsprincipen – har två alternativ. Det första är att åsidosätta 10 kap. 2 § KL såsom stridandes mot effektivitetsprincipen, det andra att tillämpa bestämmelsen och mer eller mindre hänvisa klaganden till tingsrätten.[185] Det faktum att förvaltningsdomstolen inte kan lämna några som helst garantier för att tingsrätten kommer anse sig vara behörigt forum, synliggör lagstiftarens viktiga roll i sammanhanget. Möjligen kan

[182] Se ovan 4.6.

[183] Jfr tingsrättens resonemang i NDS-målet, se ovan 4.6.

[184] Det finns tyvärr inte utrymme för någon fördjupning i denna fråga.

[185] Härvid skulle förvaltningsdomstolen även ha att ta hänsyn till likvärdighetsprincipen.

man hävda att det *oklara rättsläget i sig* strider mot effektivitetsprincipen eftersom risken finns att ingen av domstolarna anser sig behöriga.[186]

Hur bör regeln åsidosättas/modifieras av förvaltningsdomstol?
En tillämpning av 10 kap. 2 § KL i ljuset av effektivitetsprincipen skulle kunna bestå i att förvaltningsdomstolen – trots att inget överklagbart beslut existerar – likväl tillåter klagandens talan på grundval av att kommunen brustit i sin skyldighet att fatta beslut i frågan. Detta betyder alltså i princip att domstolen fingerar ett beslut som innebär att kommunfullmäktige godkänt den överlåtelse/transaktion som det kommunala bolaget genomfört. Det finns naturligtvis flertalet invändningar mot att en sådan lösning skulle vara lämplig. Till att börja med skulle sådana fingerade beslut medföra att laglighetsprövningen i någon mening blev ett instrument för att sanktionera kommunalt lagtrots.[187] Vidare skulle ett fingerat beslut ge upphov till flertalet följdfrågor, exempelvis avseende *beslutets innehåll* och *klagofristens beräkning*.

Slutligen ska dock betonas att de svårigheter som här har belysts i princip inte utgör giltiga skäl för förvaltningsdomstol att avstå från att åsidosätta en regel som domstolen finner strida effektivitetsprincipen. En domstol kan alltså inte undandra sig sitt ansvar genom att hänvisa till att lagstiftaren bär ansvaret för regeln och att det är upp till lagstiftaren att ändra den. Däremot måste rimligen domstolen, när den ska bestämma vilka *regler/principer* som ska tillämpas istället för den åsidosatta regeln, även fortsättningsvis ta i beaktande såväl *klagandens rättigheter enligt gemenskapsrätten* som *rättsordningens allmänna grundsatser*.[188]

---

[186] Se för ett liknande resonemang mål 104/86, *Kommissionen mot Italien* (1988), p. 12 (fördragsbrottstalan). EG-domstolen underkände Italiens resonemang avseende att den aktuella nationella regeln inte längre tillämpades i praxis. EG-domstolen förklarade att regeln, genom att fortfarande vara en del av den nationella rätten, gav upphov till en osäkerhet för enskilda vad gäller deras möjligheter att utöva de rättigheter om följer av gemenskapsrätten.

[187] Möjligen ingen överdrivet stark invändning; ett åsidosättande ska ju bara ske på fallbasis.

[188] D.v.s. intresseavvägningen enligt *Peterbroeck,* se 3.4.1.

5.2.3 Besvärs- och besvärsfaktafristen enligt 10 kap. 6 och 10 §§ KL.

Som framgått i avsnitt 3.4.2.4 ger EG-domstolens rättspraxis vid handen att skäliga processuella frister i princip är förenliga med effektivitetsprincipen, vilket är ett ställningstagande som framförallt motiveras utifrån rättssäkerhetsskäl. Frågan är då om tre veckor är att anse som en skälig talefrist?

Med hänsyn till att stödbeloppet vid underprisöverlåtelser i princip uppgår till differensen mellan köpeskilling och marknadspris kan det i normalfallet inte förväntas vara förknippat med några större svårigheter för klaganden, som ju är en konkurrent, att redan på ett relativt tidigt stadium bedöma huruvida en överlåtelse ger köparen en ekonomisk fördel. Har inte kommunen företagit någon egen värdering synes beviskravet kunna uppfyllas genom en hänvisning till alternativa trovärdiga bud eller andra referensuppgifter.[189] Vid ”rena” överlåtelser bör det heller inte vara alltför problematiskt att avgöra om konkurrens- och samhandelskriterierna är uppfyllda; dessa kriterier utlöses som vi sett redan vid risk för påverkan. Sammantaget ser jag inte att treveckorsfristen skulle utgöra något väsentligt hinder för att klaganden inom denna frist skulle hinna ta ställning till om besvär ska föras över ett beslut.

Inte desto mindre kan det uppstå situationer då en klagande först lång tid efteråt får vetskap om en överlåtelse ägt rum, eftersom fristen börjar löpa vid tidpunkten för det justerade protokollets anslående. Även om regeln i ett sådant läge kan hindra utövandet av de rättigheter som följer av genomförandeförbudet, är min bedömning – med hänsyn till det offentligas intresse att planera och bedriva sin verksamhet på ett effektivt sätt – att den får anses förenlig med effektivitetsprincipen. Det ska dock erkännas att man på goda grunder skulle kunna göra gällande att laglighetsprövningen relativt ”uddlösa” karaktär på uppsatsens område medför att ovanstående intressen inte skulle drabbas märkvärt av en något mer liberal klagofrist. Sammantaget landar likväl min slutsats att klagofristen längd får anses skälig och att därmed 10 kap. 6 § KL inte står i strid med effektivitetsprincipen.

[189] Se ovan 4.3 om avgörandena i *Tibble*- respektive *Hagsätrafallet.*

Vad gäller förbudet mot att anföra nya besvärsfakta kan konstateras att domstolen i den svenska förvaltningsprocessen intar en passiv roll; det är endast de omständigheter som klaganden angett som domstolen har att beakta. Av *van der Weerd* följer därmed att effektivitetsprincipen inte kräver att domstolen överger denna roll så länge som klaganden *har en verklig möjlighet* att åberopa en överträdelse av genomförandeförbudet och ange de omständigheter som gör att försäljningen utgör statsstöd. Därmed blir frågan; är tre veckor tillräckligt för att klaganden ska anses ha en sådan verklig möjlighet? Som utgångspunkt får nog svaret bli jakande på denna fråga. En central aspekt är dock vilken inställning förvaltningsdomstolarna intar avseende bedömningen av om en omständighet kan anses som ett *förtydligande* eller en *precisering* av vad klaganden tidigare anfört (jfr ny omständighet). Hur domstolarna resonerar vid dylika bedömningar har inte varit alldeles enkelt att utreda; i likhet med vad som gäller för frågor kring bevisvärdering har nog domstolarna ganska stort utrymme att vara flexibla i denna del.

5.2.4 Bevisbördereglerna[190]

Hur bevisbördan är placerad/fördelad vid en laglighetsprövning framgår inte uttryckligen av någon rättsregel, men enligt rättspraxis har det som påpekats som utgångspunkt ansetts åligga klaganden att visa varför beslutet ska upphävas. I linje med EG-domstolens förhandsavgörande i *Laboratoires Boiron* kan enligt min mening det faktum att bevisbördan som *utgångspunkt* ligger på klaganden inte i sig anses strida mot effektivitetsprincipen.[191] Av samma rättsfall framgår dock att domstolen måste kunna bistå klaganden om denne, för att kunna fullgöra sin bevisbörda, behöver tillgång till material som innehas av motparten eller tredje man. Enligt min uppfattning tjänar kammarrätternas avgöranden i *Tibble* och *Hagsätra* som goda exempel på hur andemeningen i avgörandet *Laboratoires Boiron* kan omsättas i praktiken. Som jag tolkar dessa domar ansågs klaganden ha fullgjort sin bevisskyldighet genom att på objektiva grunder hävda

[190] Det får framhållas att det möjligen gränsar till övermod att försöka dra generella slutsatser angående tillämpningen av bevisbördereglerna på basis av det begränsade antal svenska fall jag studerat. Bevisreglernas oskrivna natur gör vidare att de kan tillämpas med viss dynamik. Om domstolen konstaterar ”det är inte visat att…” eller motsvarande är det svårt att avgöra vad domstolen faktiskt krävde för bevisning av klaganden.

[191] Se ovan 3.4.2.

att det i verksamheterna ingick viss goodwill, varefter kommunen förväntades prestera sitt värderingsunderlag. En sådan bevisbördans övergång får anses vara ett ur effektivitetsprincipshänseende likvärdigt alternativ till att den klagande parten bereds tillgång till visst material; i båda fallen förväntas ju motparten i praktiken frambringa viss bevisning.

Att kammarrätten i båda dessa avknoppningsmål upphävde besluten på *kommunalrättslig* grund hindrar nog inte att avgörandena illustrerar att bevisbördan vid prövningen snarare är ”delad” mellan parterna än ensidigt placerad på klaganden. Även om det inte prövades huruvida överlåtelserna också utgjorde statsstöd är det inte osannolikt att kammarrätten – för att ”slippa” behandla gemenskapsrätten – vid sin bevisvärdering indirekt tog intryck av den.[192]

För de fall förvaltningsdomstol även har att pröva om en åtgärd utgör statsstöd, utgör förmodligen inte effektivitetsprincipen något hinder mot att klaganden åläggs prestera någon form av bevisning angående stödets belopp, exempelvis genom att hänvisa till vad en seriös konkurrent erbjudit sig att betala för överlåtelseobjektet.[193] Vad gäller undantaget för stöd av mindre betydelse kan, utifrån EG-domstolens avgörande i *Wolfgang Heiser*,[194] ifrågasättas om genomsynbarhetskravet överhuvudtaget kan vara uppfyllt om kommunen underlåtit att företa någon föregående värdering av egendomen. Ett påstående om att stödet omfattas av aktuellt undantag torde därmed kunna vederläggas bara genom att klaganden hänvisar till avsaknaden av föregående värdering.[195]

---

[192] Se ovan 4.4.

[193] När klaganden och denna konkurrerande aktör är samma person/företag kan förstås svårigheter uppstå vad gäller att bedöma om ett lämnat bud är seriöst (d.v.s. om det kan läggas till grund för bedömningen av marknadsvärdet). Konkurrenten/klaganden har ju i dessa lägen ett uppenbart intresse av att överdriva sitt eget bud. Till följd av de formkrav som gäller vid köp av fast egendom (anbud är ej bindande) gäller detta inte minst vid fastighetsaffärer.

[194] Se ovan 3.1.4.

[195] Att denna situation inte uppstår i de svenska domstolarna beror på att kommunen, till följd av KL:s regler om otillåtna stöd, inte har något att vinna på att åberopa att de-minimis-stöd är för handen.

Sammanfattningsvis finner jag att, i de avgöranden jag studerat, de bevisbördeprinciper förvaltningsdomstolarna (framförallt kammarrätterna) tillämpat förefaller vara förenliga med effektivitetsprincipen.

5.2.5 Upphävande som rättsföljd enligt 10 kap. 8 § 3 st. KL och rättelseregeln i 10 kap. 15 § KL

Som vi har sett medför regeln i 10 kap. 8 § 3 st. KL att vid bifall till klagandens talan, förvaltningsdomstolens befogenheter inskränker sig till att upphäva det klandrade beslutet. För redan verkställda beslut har vidare framgått att 10 kap. 15 § KL ålägger kommunen att så snart förvaltningsdomstolens avgörande vunnit laga kraft söka åstadkomma rättelse av verkställigheten. Slutligen har också konstaterats att när verkställighet innebär att civilrättslig bundenhet inträtt mellan kommunen och dess avtalspart, det civilrättsliga godtrosskyddet medför att en kommun har en, vad man får förmoda, begränsad möjlighet att ensidigt åstadkomma rättelse. Även om rättsläget är svårbedömt, innefattar därmed förmodligen inte 10 kap. 15 § en skyldighet för kommunen att ge sig in i osäker civilrättslig process för att söka få avtalet förklarat ogiltigt.

Sammanfattningsvis är den klagande som söker uppnå återbetalning genom laglighetsprövning beroende av att kommunen medverkar till att rätta verkställigheten av beslutet. Att bollen ligger hos kommunen är givetvis problematiskt i sig eftersom kommunen, i egenskap av motpart i laglighetsprövningsprocessen, kan förväntas ha helt andra intressen än klaganden. En kommun som är måttligt intresserad av att vidta rättelse kan sannolikt stödja sig 10 kap. 15 § KL i ganska stor utsträckning. För den kommun som däremot vill tvista med sin avtalspart i återbetalningsfrågan är möjligheterna begränsade med hänsyn till den i svensk rätt svaga kopplingen mellan offentligrättslig ogiltighet och civilrättsligt ogiltighet. Klagandens intresse av att konkurrensen återställs är därmed inte bara avhängig kommunens inställning utan framförallt stödmottagarens vilja att göra rätt för sig.

Eftersom jag inte funnit något avgörande där gemenskapsdomstolarna behandlat hur ”kraftfull” återbetalningssanktionen måste vara utifrån effektivitetsprincipen, blir i

denna del att tillämpa den allmänna intresseavvägningen enligt *Peterbroeck*.[196] Till att börja med kan det inte råda någon tvekan om att de aktuella reglerna utgör hinder mot att återbetalning kommer till stånd. Även om reglerna till stor del samverkar får själva kärnan anses vara den förmodade möjlighet som en stödmottagare har att under åberopande av god tro hänvisa till att det civilrättsliga avtalet gäller oförändrat. Även om jag i avsnitt 3.4.3 anfört att effektivitetsprincipen måhända inte utesluter viss möjlighet för en stödmottagare att åberopa god tro, är det nog tveksamt om en underprisöverlåtelse – i vart fall om det handlar om större belopp – är en sådan typ av stödåtgärd varom det objektivt sett kan föreligga osäkerhet om huruvida den faller inom artikel 87.1 EGF eller inte. För denna typ av stöd får nog EG-domstolens rättspraxis anses vara förhållandevis entydig. För *andra kategorier av stöd* skulle bedömningen kanske kunna bli en annan, exempelvis vad gäller stöd som utgör kompensation för utförandet av allmännyttiga samhällsuppdrag enligt *Altmark-doktrinen.*[197]

Det som vissa oklarheter till trots gör mig benägen att utifrån effektivitetsprincipen underkänna de regler som nu granskas, är det faktum att de tillsammans skapar och vidmakthåller ett mycket oklart rättsläge. Detta rättsläge gynnar kommunen och stödmottagaren lika mycket som det är till nackdel för en skadelidande konkurrent. Fanns en större klarhet i godtrosskyddets omfattning – som jag varit inne på medger nog effektivitetsprincipen på sin höjd ett högst begränsat skydd för stödmottagaren – skulle kommunen ha ett betydligt bättre förhandlingsläge när det gäller att försöka vidta den typ av rättelse som utifrån ett praktiskt perspektiv är lämpligast för avtalsparterna; en korrigering av köpeskillingen. Vid äventyr av att avtalet förklaras ogiltigt skulle naturligtvis stödmottagaren vara mer intresserad av att på frivillig basis medverka till att rättelse kommer till stånd. Rådande rättsläge leder dock till att vidden av godtrosskyddet – och effektivitetsprincipens eventuella inverkan härvid – förblir oklar.

[196] Se ovan 3.4.2 om EG-domstolens praxis vad gäller effektivitetsprincipen då kommissionen beslutat om återbetalning.

[197] Se vid not 96.

Mot bakgrund av ovanstående är slutsatsen att *regeln i 10 kap. 8 § 3 st. KL*, *regeln i 10 kap. 15 § KL* samt det *oklara rättsläge som råder angående vidden av stödmottagarens godtrosskydd* sammantaget kan stå i strid med effektivitetsprincipen.

Hur bör reglerna åsidosättas/modifieras av förvaltningsdomstol?
Enligt min uppfattning är det tveksamt om det ens existerar något sätt för förvaltningsdomstolarna att inom ramen för laglighetsprövningen säkerställa en bättre överensstämmelse med effektivitetsprincipen i denna del. Eftersom stödmottagaren inte är part i en laglighetsprövning är det, med hänsyn till den grundläggande rätten till försvar, naturligtvis otänkbart att inom ramen för detta förfarande ålägga stödmottagaren några direkta förpliktelser. Av detta följer att tvister om återbetalning nödvändigtvis måste slitas i allmän domstol. Därmed hamnar också i slutändan ansvaret för effektivitetsprincipens tillämpning hos dessa domstolar.

5.3 Vilka skyldigheter ålägger effektivitetsprincipen allmän domstol?

Till att börja med får det konstateras att det inte med någon säkerhet går att avgöra om effektivitetsprincipen kräver att en skadelidande konkurrent ska kunna väcka en civilrättslig talan om återbetalning, d.v.s. stämma stödmottagaren och yrka att denne ska förpliktas att betala mellanskillnaden mellan köpeskilling och marknadsvärde till kommunen. Såvitt jag kunnat utreda har aldrig EG-domstolen fått tillfälle att ta ställning till huruvida en skadelidande konkurrent är berättigad till en taleform inom vilken ett direkt återbetalningsyrkande ska kunna framställas mot stödmottagaren.[198]

I *Munoz* såg vi visserligen att EG-domstolen har gått så långt som att kräva att nationell rätt skapar en ny typ av talan för att säkerställa gemenskapsrättens fulla effekt. Dock gäller detta starkare effektivitetskrav troligen bara för de fall den nationella rätten helt saknar en nödvändig sanktion.[199] Det är utifrån EG-domstolens rättspraxis inte möjligt att identifiera *vilken* sanktion EG-domstolen tänker sig vid den typ av återbetalnings-

[198] Tänkbara (ej belagda) förklaringar till avsaknaden av rättspraxis i denna del är 1) återkravsverksamheten ombesörjs normalt istället av nationella myndigheter och 2) bristande intresse från konkurrenter att väcka en sådan talan; möjligen inväntar man hellre kommissionens agerande.

[199] Se ovan 2.6.

krav som uppsatsen behandlar. Å ena sidan kan man, i frånvaro av rättspraxis som utpekar en direkt återbetalningstalan mot stödmottagaren som den nödvändiga sanktionen, betrakta laglighetsprövningen som *en sanktion* genom vilken återbetalning – låt vara på ett indirekt sätt – kan genomdrivas. Å andra sidan skulle man kunna hävda att de svenska processuella reglerna helt saknar tillgängliga sanktioner/taleformer för de skadelidande konkurrenter *som saknar besvärsrätt enligt KL*. Vid denna senare slutsats har man i vart fall aktiverat det starkare effektivitetskravet – eftersom ingen sanktion överhuvudtaget existerar gäller att svensk domstolar måste ge genomförandeförbudets direkta effekt full verkan.

Även om man enligt ovanstående kommer fram till att laglighetsprövningen ska betraktas som en *icke-sanktion*, kvarstår det faktum att jämförelsen med *Munoz* haltar betänkligt. Det får väl anses högst tveksamt om det går att jämföra den typ av talan som där var aktuell – ett åläggande att i fortsättningen iaktta gemenskapsrätten vad gäller korrekt märkning av bordsdruvor – med en talan som rör återbetalning av redan utbetalt statsstöd. Därtill föreskrev den direktivbestämmelse som det var fråga om i *Munoz* en väldigt klar och tydlig skyldighet riktad direkt mot enskilda (”*Han är ansvarig för att normerna följs.*”).[200] En stödmottagare åläggs inga explicita skyldigheter enligt artikel 88.3 EGF; här är det istället fråga om *rättigheter* som tillkommer en skadelidande konkurrent.

Givet att utifrån effektivitetsprincipen, kommunen skulle kunna basera en civilrättslig talan mot stödmottagaren på genomförandeförbudet, kan man dock hävda att det saknas bärande argument för att inte också ge en skadelidande konkurrent rätt till en direkt taleform mot stödmottagaren. Det kan inte från stödmottagarens synvinkel spela någon större roll vem som för en sådan talan; exempelvis ser jag inte något som skulle hindra att stödmottagaren gör gällande exempelvis god tro/berättigade förväntningar i förhållande till stödet även för det fall en konkurrent är kärandepart i tvisten. Har man sedan dragit slutsatsen att det för stödmottagaren är likgiltigt vem som framställer återbetalningskravet förefaller det märkligt om inte den aktör som avgjort har störst intresse av att återbetalning kommer till stånd ges möjlighet att föra talan.

[200] Se ovan 3.4.2.2.

Sammantaget kan man alltså möjligen argumentera för att laglighetsprövningen ska betraktas som en *icke-sanktion* i förhållande till skadelidande konkurrenter. Vidare går att argumentera för att kravet på gemenskapsrättens fulla effekt därmed kan berättiga sådana konkurrenter till en sanktion bestående i att genom en civilrättslig talan yrka att stödmottagaren ska förpliktas att återbetala stödet till stödutgivaren. Därmed går det också argumentera för att gemenskapsrätten *kan* innebära en skyldighet för allmän domstol att anse sig vara behörigt forum och pröva en sådan talan. Det nu sagda är dock endast *en möjlig tolkning* av kravet på full effekt/effektivitetsprincipen i förhållande till artikel 88.3 EGF. Frågan om hur EG-domstolen skulle komma att bedöma ovanstående frågor, där osäkerhet föreligger i flera led, tvingas jag nog mot bakgrund av det oklara rättsläget lämna obesvarad.

5.4 Avslutande reflektioner

I min analys har jag pekat på vad jag, utifrån genomförandeförbudet jämte effektivitetsprincipen, funnit vara ett flertal brister i de svenska regler som aktualiseras när en enskild vill framföra anspråk på basis av artikel 88.3 EGF. Institutet laglighetsprövning – som det främst kommit att handla om – är inte särskilt väl anpassat för att inrymma en talan baserad på genomförandeförbudet.

Svaret på frågeställningen som uppställdes ovan i 1.4 är alltså nej, de svenska process- och sanktionsreglerna tillgodoser inte *fullt ut* den gemenskapsrättsliga effektivitetsprincipen vad gäller enskildas rätt att i svensk domstol – på grundval genomförandeförbudets direkta effekt – söka genomdriva krav på återbetalning av statsstöd när sådant påstås ha beviljats genom en underprisöverlåtelse av kommunal egendom.

Beträffande vissa av de studerade reglerna, här tänker jag främst på 10 kap. 1 § 1 st. KL (besvärsrätt) och 10 kap. 2 § KL (överklagbart beslut), kan oförenligheten med effektivitetsprincipen svårligen betvivlas. I flertalet andra delar får nog konstateras att de framlagda slutsatserna, av skäl som redovisats i framställningen, är behäftade med en större grad av osäkerhet. Detta gäller inte minst bedömningen av det regel- och principkomplex som utgörs av upphävandepåföljden, kommunens rättelseskyldighet samt (det

oklara rättsläget kring) stödmottagarens godtrosskydd. Med beaktande av dessa reglers/principers sammantagna effekter, ligger det dock nära hands att ifrågasätta deras förenlighet med effektivitetsprincipen. I denna del vore det önskvärt att det antingen i rättstillämpningen eller från lagstiftarens håll klargjordes i vad mån kommunens avtalspart kan åberopa god tro när det kommunala beslutet att ingå avtal ogiltigförklarats på gemenskapsrättslig grund. Ett sådant klargörande – vilket torde innefatta ett konstaterande att godtrosskyddet vid aktuella typer av transaktioner är högst begränsat – skulle förbättra förutsättningarna för att en förvaltningsdomstols upphävandebeslut också kan leda till reella konsekvenser ifråga om återbetalning.[201]

Vad gäller en skadelidande konkurrents direkta återbetalningstalan mot stödmottagaren – en taleform som möjligen kan framstå som attraktiv med tanke på kommunernas nuvarande ovilja att själva driva sådana processer – har konstaterats att EG-domstolens praxis inte avslöjar om en sådan talan innefattas i de enskildas rättigheter som följer av genomförandeförbudet. Möjligheterna att enligt gällande svensk intern rätt föra en sådan talan får nog betraktas som små. Även om det ur ett juridiskt-akademiskt perspektiv vore intressant att få se denna fråga prövad (av såväl allmän domstol som av EG-domstolen), kan man inte bortse ifrån att en skadelidande konkurrent förmodligen bara undantagsvis är intresserad av att inleda en sådan process. Eftersom stödmottagaren inte kan ådra sig ersättningsskyldighet gentemot skadelidande konkurrenter, finns det inget skadestånd för konkurrenten att hämta för egen del. Vid mycket stora stödbelopp kan möjligen återbetalningen i sig utgöra tillräckliga ekonomiska incitament, men i dessa lägen finns det samtidigt också anledning att tro att en anmälan till kommissionen bär frukt. Kommissionens förfarande tar naturligtvis tid, men motsvarande gäller även för en parallell process i nationell domstol.

Således är det nog även fortsättningsvis upp till laglighetsprövningen att härbärgera de anspråk som framförs på grundval av genomförandeförbudet. Med tanke på att stats-

[201] Det kan noteras att det vid detta scenario (”nya” godtrosregler/principer vid upphävda beslut på *gemenskapsrättslig grund*) inte längre skulle vara för klaganden likgiltigt på vilken grund – kommunalrättslig eller gemenskapsrättslig – som ett kommunalt beslut upphävs. (Gemenskapsrätten hindrar ju inte att det ”befintliga” godtrosskyddet kvarstår ifråga om stöd som träffas av 2 kap. 8 § KL men som *inte utgör statsstöd enligt artikel 87.1 EGF*.)

stödsfrågorna här tenderar att primärt komma att handla om kommunalrätt, är nog risken att de frågor som saknar kommunalrättslig motsvarighet – häribland den om återbetalning – även framledes får finna sig i att stå en bit utanför händelsernas centrum.

6. KÄLLFÖRTECKNING

1. Offentligt tryck m.m.

EG

Kommissionens förordning (EG) nr 800/2008 av den 6 augusti 2008 (allmän gruppundantags-förordning)

Kommissionens förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse

Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 (nuvarande artikel 88) i EG-fördraget

Rådets förordning (EG) nr 994/98 av den 7 maj 1998 om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 (nuvarande artikel 88-89) i EG- fördraget på vissa slag av övergripande statligt stöd

Kommissionens beslut K(2008) 311 slutlig av den 30 januari 2008,

Sverige

Propositioner

Prop. 2008/09:231 ”Konfliktlösningsregel vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.”

Prop. 2008/09:21 ”Kommunala kompetensfrågor m.m.”

Prop. 1975/76:187 ”Om kommunal demokrati, ny kommunallag m.m.”

2. Rättsfall

Avgöranden från EG-domstolen

Mål 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Neder-ländska skatteförvaltningen [1963], REG 1963, Svensk specialutgåva s. 161

Mål 6/64, Flaminio Costa mot E.N.E.L. [1964], REG 1964, Svensk specialutgåva s. 211

Mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970], REG 1970 s. 1125, Svensk specialutgåva s. 503

Mål 10/73, Rewe Zentral AG mot Hauptzollamt Kehl [1973], REG 1973 s. 01175

Mål 173/73, Italien mot kommissionen [1974], REG 1974 s. 709

Mål 120/73, Gebrüder Lorenz GmbH mot Förbundsrepubliken Tyskland och

Land/Rheinland/Pfalz [1973], REG 1973 s. 1471, Svensk specialutgåva s. 177

Mål 45/76, Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen [1976], REG 1976 s. 02043

Mål 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA [1978], REG 1978 s. 629, Svensk specialutgåva s. 75

Mål 149/77, Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena [1978], REG 1978 s. 1365, Svensk specialutgåva s. 127

Mål 130/79, Express Dairy Foods Limited mot Intervention Board for Agricultural Producers [1980], REG 1980 s. 1887, Svensk specialutgåva s. 227

Mål 199/82, Amministrazione delle finanze dello Stato mot SpA San Giorgio [1983], REG 1983 s. 03595

Mål 290/83, Kommissionen mot Frankrike [1985], REG 1985 s. 00439

Mål 222/84, Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [1986], REG s. 1651

Mål 314/85, Foto-Frost mot Hauptzollamt Lübeck-Ost [1987], REG 1987 s. 4199

Mål 104/86, Kommissionen mot Italien [1988], REG 1988 Page 01799

Mål C-213/89, The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a. [1990], REG 1990 s. I-02433

Mål C-208/90, Theresa Emmott mot Minister for Social Welfare och Attorney General [1991], REG 1991 s. I-04269

Mål C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires och Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon [1991], REG 1991 s. I-5505

Mål C-312/93, Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS mot Belgiska staten [1995], REG 1995 s. I-04599

Mål C-39/94, Syndicat français de l'Express international (SFEI) m. fl. mot La Poste m.fl. [1996], REG 1996 s. I-3547

Mål C-24/95, Land Rheinland-Pfalz mot Alcan Deutschland GmbH [1997], REG 1997 s. I-01591

Mål C-261/95, Rosalba Palmisani mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) [1997], REG 1997 s. I-04025

Förenade målen C-10/97 till C-22/97, Ministero delle Finanze mot IN.CO.GE.'90 m.fl. [1998], REG 1998 s. I-06307

Mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH mot Finanzlandesdirektion für Kärnten. [2001], REG 2001 s. I-08365

Mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen [2002], REG 2002 s. I-04397

Mål C-118/00, Gervais Larsy mot Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI) [2001], REG 2001 s. I-05063

Mål C-253/00, Antonio Muñoz y Cia SA och Superior Fruiticola SA mot Frumar Ltd och Redbridge Produce Marketing Ltd. [2002], REG 2002 s. I-07289

Mål C-280/00, Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg mot Nahverkehrgesellschaft Altmark GmbH, REG 2003 s. I-7747

Förenade målen C-261/01 och C-262/01, Belgische Staat mot Eugène van Calster och Felix Cleeren och Openbaar Slachthuis NV [2003], REG 2003 s. I-12249

Mål C-172/03, Wolfgang Heiser mot Finanzamt Innsbruck [2005], REG 2005 s. I-01627

Mål C-148/04, Unicredito Italiano SpA mot Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova 1 [2005], REG 2005 s. I-11137

Mål C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH m.fl. mot Finanzlandesdirektion für Tirol m.fl.. [2006], REG 2006 s. I-09957

Förenade målen C-392/04 och C-422/04, i-21 Germany GmbH och **Arcor** AG & Co. KG mot Bundesrepublik Deutschland [2006], REG 2006 s. I-08559

Förenade målen C-393/04 och C-41/05, Air Liquide Industries Belgium SA mot Ville de Seraing och och Province de Liège [2006], REG 2006 s. I-05293

Mål C-119/05, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato mot Lucchini SpA [2007], REG 2007 s. I-06199

Mål C-432/05, Unibet (London) Ltd och Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern [2007], REG 2007 s. I-02271

Mål C-2/08, Amministrazione dell'Economia e delle Finanze och Agenzia delle entrate mot Fallimento Olimpiclub Srl [2009]

Förstainstansrätten

Mål T-129/96, Preussag Stahl AG mot kommissionen [1998], REG 1998 s. II-00609

Högsta domstolen

NJA 2002 s. 446

NJA 1984 s. 215

Högsta domstolens beslut 2009-10-22, mål nr Ö 1261-08

Regeringsrätten

RÅ 2006 ref. 9

RÅ 2004 ref. 8

RÅ 1994 ref. 65

RÅ 1993 ref. 98
RÅ 1975 ref. 102
RÅ 1974 ref. 31
RÅ 1932 ref. 56

Marknadsdomstolen
MD 2002:1
MD 2001:25

Övriga svenska avgöranden
Kammarrätten i Sundsvalls dom 2008-04-09, mål nr 1715-06
Kammarrätten i Stockholms dom 2009-04-19, mål nr 584-08
Kammarrätten i Stockholms dom 2009-04-09, mål nr 4671-08
Kammarrätten i Jönköpings dom 2008-05-07, mål nr 1258-08
Länsrätten i Blekinge läns dom 2008-10-21, mål nr 316-08

3. Litteratur

Andersson, Torbjörn, *"Rättsskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv",* Volym 56 av Skrifter från Juridiska fakulteten i Uppsala, Iustus förlag, 1997

Biondi, Andrea, Eeckhout, Piet & Flynn, James mfl., "*The Law of State Aid in the European Union*", Oxford University Press, 2004

Bohlin, Alf, "*Kommunalrättens grunder*", 3:e upplagan, Norstedts juridik, 2000

Craig & De Búrca, "*EU law,: text, cases and materials*", 4:e upplagan, Oxford University Press, 2008.

Ekelöf, Per Olof, *"Rättegång II*", 8:e upplagan, Norstedts juridik, 1996

Fitger, Peter, *"Rättegångsbalken 1"*, Norstedts juridik, 2006

Indén, Tobias, *"Kommunen som konkurrent: Kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar"*, Volym 19 av Skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå Universitet, Iustus förlag, 2008

Madell, Tom-Erik, "*Det allmänna som avtalspart: särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar"*, Norstedts juridik, 1998

Petersén, Leif, Reuterfors-Mattsson, Irene, Torngren, Håkan & Wikell, Staffan, "*Kommunallagen: Kommentarer och praxis"*, 4:e upplagan, Kommentus förlag, 2006

Artiklar

Aldestam, Mona, "*Nationella domstolars roll i EG:s statsstödssystem",* Europarättslig tidskrift 2005:2 s. 217-235

Coyet, Johan & Persson Giolto, Malin, avsnitt "Sweden" i "*Study on the enforcement of state aid at the national level",* Report prepared by external consultants for the Directorate-General for Competition of the European Commission (2006)

Engström, Johanna, "*Effektivt rättsskydd i förvirring – nationell process- och sanktionsrätt i ljuset av C-253/00 Munoz"*, Europarättslig tidskrift 2003:1 s. 167-181

Engström, Johanna, "*Rättsskyddsprincipens krav på talerätt i nationell domstol i ljuset av RÅ 2006 ref 9 och C-216/02 – Ombytta roller i främjandet av EG-rättens effektivitet?"*, Europarättslig tidskrift 2006:3 s. 511-530

Flynn, Leo, "*Enforcement of EC Law: Protection of Individual's Rights in National Courts",* Europarättslig tidskrift 2007:2 s. 294-351

Sinnaeve, Adinda, "*State aid procedures: Developments since the entry into force of the procedural regulation*", Common market law review 44: 965-1033 2007, Kluwer Law International

4. Övrigt

Tjänsteutlåtande Täby kommun 2009-06-04, *www.folkpartiet.se/Pages/119215/Tibble-återremiss-tjut-och-PM.pdf* (avläst 2009-12-06)

Pressmeddelande ”Frivillig uppgörelse mellan Täby kommun och TFG”, *http://www.taby.se/Nyheter/Pressmeddelande-Frivillig-uppgorelse-mellan-Taby-kommun-och-Tibble-Fristaende-Gymnasium/* (avläst 2009-12-06)

Konkurrensverket: ”Lissabonfördraget”, *http://www.konkurrensverket.se/t/Page___5479.aspx* (avläst 2009-12-19)