

EN LEVERANTÖRS MÖJLIGHETER ATT ÖVERPRÖVA BESLUT FRÅN SYSTEMBOLAGET

Av Rickard Bergflo¹

Systembolaget har detaljhandelsmonopol på alkoholdrycker i Sverige. Detta får till följd att ett beslut om marknadsstillträde för en produkt får stor betydelse för enskilda leverantörer. Krav måste därför ställas på att Systembolagets varuinköps- och offertssystem uppfyller rimliga krav på rättssäkerhet. Att en leverantör har möjlighet att få ett inköpsbeslut överprövat av ett oberoende kontrollorgan är önskvärt ur rättssäkerhetssynpunkt.

I dag står det klart att en leverantör kan överklaga ett avvisnings- eller avlistningsbeslut till Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden (se kapitel 3.2). Vidare råder inget tvivel om att en leverantör har möjlighet att begära överprövning av ett produktinköp med stöd av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och därigenom få tillgång till en domstolsprövning (se kapitel 2.4). Mycket talar för att Systembolaget skall anses utgöra en upphandlande myndighet och därigenom omfattas av LOU (se kapitel 2.2).

Större osäkerhet råder huruvida en leverantör med stöd av artikel 6 i Europakonventionen kan få till stånd en domstolsprövning av ett beslut från Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden. Enligt min mening kan man på goda grunder argumentera för att en leverantör har rätt till domstolsprövning med stöd av artikel 6 (se kapitel 4.2). Av intresse är då om denna rätt till domstolsprövning har kränkts, vilket är beroende av om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden kan anses vara en domstol i Europakonventionens mening. Sannolikt ses nämnden som en domstol (se kapitel 4.3).

1. INLEDNING

Systembolaget är ett aktiebolag vilket innebär att bolaget inte är en förvaltningsmyndighet eller annat offentligrättsligt organ.² Systembolagets beslut anses inte utgöra myndighetsutövning och Systembolaget omfattas inte av bestämmelserna i tryckfrihetsförordningen (1949:105) och sekretesslagen

¹ Jur.kand., artikel bygger på mitt examensarbetet med samma titel.

² Se Bohlin, Alf, Warning-Nerep, Wiweka, Förvaltningsrättens grunder, 2 uppl., Stockholm 2007, s. 31.

(1980:100) om offentlighet av allmänna handlingar.³

Då Systembolaget har detaljhandelsmonopol på alkoholförsäljning till allmänheten måste höga krav ställas på att Systembolaget vid val av produkter inte missgynnar eller diskriminerar någon leverantör. Systembolagets beslut att köpa in en produkt är således den enda möjligheten för en leverantör och partihandlare att få sälja sina alkoholprodukter till allmänheten. Systembolaget måste därutöver bedriva märkesneutrala inköp för att detaljhandelsmonopolet skall vara tillåtet enligt EG-fördraget.⁴

I det rättsliga efterspelet av den s.k. ”muthärvan” dömdes sammanlagt 65 butikchefer i hela landet för mutbrott.⁵ Brotten bestod i att butikschefer tog emot mutor i form av vinflaskor, vinkylar, resor och checkar från olika alkoholleverantörer i utbyte mot att butikscheferna köpte in leverantörernas produkter och gav dessa en gynnsam exponering i butik. Produkterna premierades även genom att de anställda instruerades att framhäva de utvalda produkterna vid rådgivning och information till kunderna. På så sätt ökade försäljningen av varorna vilket innebar att produkterna fick högre bidrags- och rankingpoäng i Systembolagets inköps- och sortimentsystem. Vissa leverantörer spenderade även stora pengar på att återköpa sina egna produkter från utvalda butiker för att på så sätt få upp bidrags- och rankingpoängen.⁶

När en produkt erhåller höga bidrags- och rankingpoäng placeras produkten i det fasta sortimentets s.k. basmodul vilket får till följd att produkten erhåller en garanterad butikstäckning i hela landet. Det är endast de högst rankade varorna i varje dryckessegment som ingår i denna basmodul. Produkter med sämre bidrags- och rankingpoäng hamnar i någon av de s.k. tilläggsmodulerna med innebörden att produkten får en garanterad butikstäckning på alltifrån 44 till 408 butiker beroende på vilken tilläggsmodul som produkten kvalificerar sig till.⁷ De varor som inte kvalificerar sig till moduldelen hamnar i kompletterandedelen. Denna del erbjuder inte någon garanterad butikstäckning utan

3 Se Bohlin, Alf, Offentlighetsprincipen, 7 uppl., Stockholm 2007, s. 56 f.

4 Se EG-domstolens dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren m.fl. (REG 2007, s. I-4071).

5 Se Helsingborgs tingsrätts dom i mål B 685-05.

6 Se Helsingborgs tingsrätts dom i mål B 685-05 och Stockholms tingsrätts domar i målen B 4684-03 och B 22379-05.

7 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 4A, p. 4A.1 och p. 4A.2.

varorna lagerförs efter beslut från varje enskild butik.⁸

Dagens inköpssystem innebär att åttio procent av varje butiks lagerhållning styrs centralt av Systembolaget medan tjugo procent styrs lokalt av varje butik. Detta skapar utrymme för leverantörer att påverka en butikschef att premiera just deras varor vid inköp och exponering.⁹ En leverantör är även beroende av att en vara erhåller så höga poäng som möjligt i Systembolagets bildtester för att gå vidare i ett inköpsförfarande. Då utprovningarna sker utan möjlighet till granskning och kontroll från oberoende aktörer måste höga krav ställas på att dessa tester sker på ett korrekt sätt. Mutbrottsrättegångarna visar även att de beslut som Systembolaget fattar rörande inköp och försäljning av alkoholprodukter får stora konsekvenser för enskilda leverantörer. Incitamenten att påverka en butikschef kvarstår alltså.

Det får mot bakgrund av det nu anförda inte råda några tvivel om att de beslut som avgör om en produkt ges tillträde till en monopoliserad marknad grundar sig på saklighet och opartiskhet. Att en leverantör ges möjlighet att få Systembolagets inköpsbeslut avseende olika drycker prövade i ett rättsligt förfarande är vidare önskvärt ur en rättssäkerhetssynpunkt. Syftet med denna artikel är således att försöka utreda vilka rättsmedel en leverantör av alkoholhaltiga drycker kan använda för att få till stånd en rättslig prövning av Systembolagets beslut.

2. MÖJLIGHETER TILL RÄTTELSE OCH ÖVERPRÖVNING MED STÖD AV LOU

2.1 OMFATTAS SYSTEMBOLAGET AV LOU?

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) kommer endast att behandlas översiktligt inom ramen för denna artikel och då primärt utifrån de möjligheter till överprövning som lagen ger. LOU grundar sig på EG-direktiv 2004/18/EEG vilket reglerar upphandlingar av bl.a. varor och tjänster som görs av stat, kommuner och landsting. Lagen gäller även för bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse. En förutsättning för att LOU skall gälla de senare katego-

⁸ Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 4A, p. 4A.1.2.

⁹ Misstanke om mutbrott mot butikschef har förekommit år 1997, 1999 och nu senast år 2003 då den stora muthärvan uppdagades. Se Helsingborgs tingsrätts dom i mål B 685-05 och Stockholms tingsrätts domar i målen B 4684-03 och B 22379-05.

rierna av juridiska personer är bland annat att det behov organen ska uppfylla inte är av industriell eller kommersiell karaktär.¹⁰

Systembolaget tillämpar idag inte bestämmelserna i LOU då bolaget själv anser sig stå utanför lagens tillämpningsområde. För att Systembolaget skall omfattas av LOU måste rekvisiten för att klassificeras som en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § LOU vara uppfylla. 2 kap. 19 § LOU har följande lydelse:

”Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpning av denna lag skall med myndighet jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och
2. offentligt styrda organ som avses i 12 §, samt
3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.”

2 kap. 12 § LOU har följande lydelse:

”Med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller,
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.”

Begreppet upphandlande myndighet i LOU är något missvisande då det organ som bedriver upphandlingen inte behöver vara en myndighet enligt svensk rätt och svenskt språkbruk. Även t.ex. privata bolag och stiftelser som uppfyller

10 Se prop. 2006/07:128, s. 133.

kraven i 2 kap. 12 § omfattas av LOU.¹¹

2.1.1 BEGREPPET OFFENTLIGT STYRDA ORGAN

För att ett bolag skall klassificeras som en upphandlande myndighet krävs enligt 2 kap. 19 § LOU att bolaget är ett offentligt styrt organ i enlighet 2 kap. 12 §. Bestämmelserna är utformade utifrån direktivets ordalydelse och bygger på EG-domstolens rättspraxis om vad som anses utgöra ett offentligt styrt organ.¹²

Med offentligt styrda organ i LOU menas en juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Genom EG-domstolens rättspraxis har klargjorts att en upphandlande myndighet som först efter bildandet anförtrotts uppgifter av allmänt intresse även skall betraktas som en upphandlande myndighet. Avseende skall således inte enbart fästas vid vad myndigheten anförtrotts för uppgifter vid bildandet, av intresse är även vad myndigheten bedriver för verksamhet efter bildandet.¹³

Att kraven på finansiering, kontroll och styrelsesammansättning enligt 2 kap. 12 § p. 1-3 LOU är uppfyllda i fråga om Systembolaget råder det inte någon tvekan om.¹⁴ Systembolaget har dock i en rad yttranden till Nämnden för offentlig upphandling (NOU), en myndighet som tidigare var tillsynsmyndighet över LOU:s efterlevnad men vars arbetsuppgifter sedan den 1 september 2007 överförts till Konkurrensverket, manifesterat att det inte anser sig bundet av LOU därför att Systembolaget inte utgör en upphandlande myndighet i den mening som avses i lagen.¹⁵ Som skäl har anförts att Systembolaget bedriver sin verksamhet i syfte att maximera sin försäljning och uppnå hög lönsamhet för aktieägaren, dvs. staten.¹⁶ Vidare har anförts att man måste skilja på bolagets verksamhet att köpa in och återförsälja alkohol och bolagets försäljningsvillkor,

11 Se prop. 2006/07:128, s. 147 f.

12 Se prop. 2006/07:128, s. 148.

13 Se prop. 2006/07:128, s. 148.

14 Se regeringens svar på den formella underrättelsen från Europeiska kommissionen, Fi 2000/454.

15 Se yttrande i ärende dnr 1999/0070-26 och yttrande i skrivelse dnr 1999/0233-29 till NOU.

16 Se NOU:s yttrande i ärende dnr 1999/0070-26, s. 4 ff.

som enligt bolaget är den egentliga kärnverksamheten.¹⁷ Systembolaget skulle därmed vara ett kommersiellt bolag vars syfte är att köpa in alkoholdrycker för att försälja dessa med vinst.¹⁸

I regeringens svar till Europeiska kommissionens formella underrättelse från februari år 2000 delade regeringen Systembolagets uppfattning att bolaget inte föll in under begreppet upphandlande myndighet.¹⁹ Regeringen anförde att Systembolaget uppfyllde villkoren på finansiering, kontroll och styrelsesammansättning i direktivet, men ansåg att Systembolaget inte hade inrättats i syfte att tillgodose ett behov i det allmännas intresse eller att, om bolaget skulle anses ha inrättats för ett sådant behov, tillgodoseendet av detta behov var av industriell eller kommersiell karaktär.

Regeringen framhöll att med begreppet ”tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen” menades en verksamhet som var till nytta för allmänheten, således inte vilken verksamhet som helst. Därav följde att Systembolaget inte hade inrättats för att tillgodose sådana allmännyttiga intressen då detaljhandel med alkohol inte var knutet till något samhällsintresse.

Om Systembolaget ändå skulle anses vara inrättat i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen, menade regeringen att tillgodoseendet av detta behov var av industriell eller kommersiell karaktär. Enligt regeringen var den enda rimliga tolkningen av detta begrepp att det var fråga om den verksamhet som tillgodoser de allmännyttiga behoven, inte behoven som sådana, som inte skall vara av industriell eller kommersiell karaktär.²⁰ Avgörande för frågan om verksamheten var av industriell eller kommersiell karaktär, var då om Systembolagets verksamhet kunde bedrivas utan att vara ekonomiskt beroende av staten. Som svar på frågan anförde regeringen att Systembolagets verksamhet bedrevs med krav på affärsmässighet och lönsamhet. Någon garanti för att bolaget skulle få tillskott av staten till sin verksamhet i händelse av att bolaget skulle gå med underskott fanns inte. Regeringen menade att detta sammantaget ledde till att Systembolagets verksamhet var av industriell eller kommersiell karaktär och att den därmed föll utanför upphandlingsdirektivet.²¹

17 Se NOU:s yttrande i ärende dnr 1999/0070-26, s. 5.

18 Se NOU:s yttrande i ärende dnr 1999/0070-26, s. 5.

19 Se Europeiska kommissionens formella underrättelse SG(2000) D/1997/4610 och regeringens svar på denna underrättelse, Fi 2000/454.

20 Se regeringens svar på Europeiska kommissionens formella underrättelse, Fi 2000/454, s. 5.

21 Se, Fi 2000/454, s. 8.

NOU var av motsatt uppfattning. NOU menade att Systembolaget var en juridisk person som i Sverige tilldelats rollen att bedriva ett alkoholpolitiskt motiverat detaljhandelsmonopol. Denna ensamrätt motiverades av folknykterhetshänsyn och utgjorde därmed ett behov som staten hade av att främja folkhälsan.²² Detta syfte fick, enligt NOU, anses vara det allmänna intresset som bolaget särskilt var skyldigt att tillgodose. Som stöd för dessa slutsatser anfördes att Systembolaget var tvungen att ta hänsyn till alkohol- och hälsopolitiska aspekter vid lokaliseringen av bolagets försäljningsställen, då polismyndighet och kommun skulle rådfrågas innan en ny butik fick öppnas.²³ Ersättningen till de näringsidkare som bedrev s.k. utlämningsställen²⁴ lades även på en sådan nivå att incitament för att bedriva merförsäljning motverkades. Ersättningen skulle endast ge täckning för näringsidkarens merkostnader förorsakade av utlämningsstället.²⁵ NOU menade att dessa omständigheter sammantaget innebär att Systembolagets allmännyttiga uppgift var överordnad bolagets strävan att maximera sin försäljning och generera vinst till aktieägaren. Följden blev att bolaget måste anses omfattas av begreppet upphandlande myndighet och var därmed skyldigt att tillämpa bestämmelserna i LOU.²⁶

Europeiska kommissionen anförde i sin formella underrättelse till regeringen att Systembolaget omfattades av gemenskapens direktiv om offentlig upphandling. Kommissionen stödde sig på EG-domstolens dom i Franzen-målet där EG-domstolen uttalat att ”ett statligt detaljhandelsmonopol för alkoholdrycker, såsom det som innehas av Systembolaget, avser ett mål av allmänintresse i det att det syftar till att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar”.²⁷ Vidare anförde kommissionen att den kommersiella eller industriella karaktären av allmänintresset beror av det sätt myndigheten i fråga förväntas tillgodose det på. Om en upphandlande myndighet är utsatt för konkurrens förutsätts att verksamheten bedrivs på marknadens villkor, men om myndigheten däremot saknar konkurrens skall direktivet om offentlig upphandling tillämpas.

22 Se NOU:s yttrande i ärenden dnr 1999/0070-26, s. 5.

23 Se 10 § i avtalet mellan Systembolaget och staten (2008:39).

24 Utlämningsställen är vanliga affärer som har rätt att sälja alkohol. Dessa utlämningsställen finns på vissa orter där en systembutik saknas.

25 Se 3 § i Systembolagets standardavtal mellan Systembolaget och de näringsidkare som bedriver utlämningsställen samt Systembolagets yttrande till NOU i ärende dnr 1999/0070-26, s. 2 f.

26 Se Rapport från Riksrevisionen, RiR 2006:15, s. 34.

27 Se Europeiska kommissionens formella underrättelse, dnr SG(2000) D/1997/4610 och EG-domstolens dom C-170/04 p. 41.

Slutsatsen som kommissionen drog var att Systembolaget inte var utsatt för ett lönsamhetskrav såsom privata markandsaktörer. Någon konkurrens rådde heller inte på detaljhandelsmarknaden för alkoholdrycker. Sammantaget ledde det till att Systembolaget ansågs ha tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen, samt att detta syfte inte var av industriell eller kommersiell karaktär.

Vilka slutsatser kan man då dra i fråga om Systembolaget? Skall bolaget anses utgöra en upphandlande myndighet i LOU:s mening? Någon tvekan torde inte råda om att Systembolaget har tillkommit i det allmännas intresse för främjandet av folkhälsan genom att begränsa alkoholens skadeverkningar.²⁸ Paralleller kan dras till EG-domstolens dom i Mannesmann, där ett tyskt bolag hade bildats för att med ensamrätt framställa officiella administrativa handlingar varav vissa omfattades av sekretess medan andra var avsedda att ge spridning åt statens lagar och författningar. Bolaget bedrev även annan verksamhet såsom framställande av böcker och andra trycksaker. Prissättningen på dessa trycksaker bestämdes av ett organ som var sammansatt av medlemmar som till majoriteten utnämndes av staten. Ett statligt kontrollorgan övervakade de trycksaker som omfattades av säkerhetsföreskrifter.²⁹ EG-domstolen konstaterade att bolaget enligt gällande tysk lagstiftning hade skapats i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen. Det spelade ingen roll att bolaget även bedrev annan kommersiell verksamhet. Domstolen konstaterade vidare att bolaget hade tillkommit för att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Detta då de handlingar som bolaget skall framställa ”är nära knutna till samhällsintresset och den verksamhet som staten bedriver i egenskap av institution, för vilka det krävs en garanterad tillförsel och framställningsvillkor som säkerställer att föreskrifter om konfidentialitet och säkerhet följs”.³⁰

Mot bakgrund av denna dom torde man kunna konstatera att även om Systembolaget, såsom de själva anför, anser att man kan dela upp kärnverksamheten från dess övriga verksamhet eller den ”egentliga” kärnverksamheten och de former under vilka denna bedrivs, så får Systembolaget anses vara ett sådant bolag som i upphandlingsdirektivet, och följaktligen även i LOU, anses utgöra ett bolag bildat för att särskilt tillgodose det allmännas intressen.

28 Se t.ex. prop. 1994/95:89, s. 39 f och EG-domstolens dom C-189/95 p. 41.

29 Se EG-domstolens dom den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73) p. 22-24.

30 Se EG-domstolens C-44/96, p. 24-26.

Det räcker dock inte med denna slutsats. Såsom tidigare konstaterats, och som framgår av Geemte Arnhem, måste åtskillnad göras avseende allmännyttiga behov av industriell och kommersiell karaktär och sådant behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.³¹ Att Systembolaget skulle vara ett bolag som täcker allmännyttiga behov av industriell eller kommersiell karaktär motsägs bl.a. av det faktum att en bärande tanke i det svenska alkoholmonopolet är att handel av alkoholdrycker skall vara förebehållet ett bolag där det allmänna äger bestämmande inflytande och som bedrivs utan enskilt vinstintresse.³² Som NOU även anförde sker ersättningen till leverantörer som bedriver utlämningsställen på ett sådant sätt att merförsäljning skall undvikas. Något utpräglat vinstintresse, vilket får anses utgöra kärnan i en kommersiell verksamhet, torde således i Systembolagets fall saknas då bolagets allmännyttiga uppgifter går före strävan att generera vinst.³³ Denna slutsats stöds även av regeringens yttrande till EG-domstolen i Franzen-målet. Regeringen anförde att försäljning av alkoholdrycker skall ske utan privat vinstintresse och att försäljningen skall bedrivas med socialt ansvar. Regeringen tillade i sitt yttrande att "detaljhandelsmonopolet utgör härvid den främsta garantin för att /.../ priserna på alkoholdrycker inte drastiskt sänks till följd av konkurrens på detaljhandelsmarknaden, med ökad konsumtion och ökade alkoholskador som följd".³⁴ Även Landskrona tingsrätt, den domstol som begärde förhandsavgörandet i Franzen-målet, fastslog att svensk alkoholpolitik har som målsättning att begränsa konkurrensen och privata vinstintressen.³⁵

Intressant är även att regeringen i förarbetena till ändringen av den äldre LOU, vars bestämmelser i huvudsak har överförts till nuvarande lagstiftning, har tolkat upphandlingsdirektivet så att "betydelsen av den industriella eller kommersiella karaktären har förtydligats till att avse de behov i det allmännas intresse, för vilka enheten inrättats [min kursivering]. Bestämmelsen i dess tidigare lydelse tillmätte felaktigt karaktären hos den upphandlande enheten denna betydelse".³⁶ Denna tolkning torde innebära att Systembolaget kan vara ett bolag som inrättats i syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse som inte

31 Se EG-domstolens dom den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821) p. 36.

32 Se prop. 1994/95:89, s. 41.

33 Jämför t.ex. vinstkravet i 3 kap. 3 § aktiebolagslagen (2005:551).

34 Se Europeiska kommissionens formella underrättelse, dnr SG(2000) D/1997/, s. 7.

35 Se Landskrona tingsrätts dom i mål B 234/94 och Europeiska kommissionens formella underrättelse, dnr SG(2000) D/1997/, s. 7.

36 Se prop. 1996/97:153, s. 58.

är av industriell eller kommersiell karaktär även om bolagets fortsatta verksamhet kan karakteriseras som kommersiell. Det avgörandet torde alltså vara om det behov i det allmännas intresse som bolaget inrättats för är av kommersiell eller industriell natur, och således inte bolagets numera faktiska verksamhet. Denna tolkning stöds även av Geemte Arnhem-domen där EG-domstolen konstaterade att betydelsen av den industriella eller kommersiella karaktären har tillkommit för att precisera det allmännyttiga behovet, och skapa en underkategori av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell beskaffenhet.³⁷ Tolkningen stöds även av uttalandet att åtskillnad skall göras mellan behov i det allmännas intresse som är av industriell eller kommersiell karaktär och sådant behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.³⁸ Det torde därvid vara fråga om det behov som Systembolaget inrättats för, som skall bedömas om det uppfyller kravet på att vara av kommersiell eller industriell beskaffenhet, och inte den verksamhet som bolaget bedriver.³⁹

I Geemte Arnhem-domen konstaterades att förekomsten av utvecklad konkurrens, i synnerhet den omständigheten att ett bolag handlar i en konkurrenssituation på marknaden, kan vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär.⁴⁰ Domstolen uttalar vidare att ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär i allmänhet är ett sådant behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta ha ett avgörande inflytande på.⁴¹ I domen klagörs att begreppet upphandlande myndighet måste tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.⁴² Detta uttalande stödjer enligt min mening NOU:s uppfattning att begreppet skall tolkas mot bakgrund av bl.a. marknadssituationen i Sverige. Systembolaget får därmed anses passa in i denna allmänna mall som EG-domstolen uppställer då staten väljer att bedriva detaljhandel av alkoholdrycker genom Systembolaget, vilket får anses ha ett starkt samband med allmänintresset.

Med hjälp av EG-domstolens rättspraxis på området, framförallt domarna

37 Se EG-domstolens dom C-360/96, p. 34.

38 Se EG-domstolens dom C-360/96, p. 36.

39 Regeringen är dock av motsatt uppfattning. Se regeringens svar på Europeiska kommissionens formella underrättelse, Fi 2000/454 s. 5.

40 Se EG-domstolens dom C-360/96, p. 49.

41 Se EG-domstolens dom C-360/96, p. 51.

42 Se EG-domstolens dom C-360/96, p. 62.

i Geemte Arnhem- och Mannersmann-målen, samt med stöd av de svenska förarbetena till LOU, torde man kunna sluta sig till att Systembolaget utgör ett bolag som bildats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, samt att detta behov inte är av kommersiell eller industriell karaktär. Systembolaget är därmed ett offentligt styrt organ som skall omfattas av bestämmelserna i LOU.

2.2. VILKA RÄTTSMEDEL ERBJUDER LOU?

I föregående kapitel konstaterades att Systembolaget torde omfattas av LOU. De konsekvenser som därmed inträder är framför allt att en leverantör har möjlighet att utnyttja de rättsmedel som lagen erbjuder. Rättsmedlen är överprövning och skadestånd och bygger på rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG. Enligt direktivet är medlemsstaterna skyldiga att se till att beslut från upphandlande myndigheter kan prövas effektivt och skyndsamt. Prövningsförfarandet skall kunna åberopas av envar som har eller har haft intresse av att få ett upphandlingskontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse.⁴³ Den närmare utformningen av prövningsförfarandet överlämnas till medlemsstaterna att avgöra men vissa rättsmedel är obligatoriska, såsom att olagliga beslut skall kunna åsidosättas och skadestånd skall kunna utgå till den som lidit skada av en överträdelse. Genom 16 kapitlet i LOU har rättsmedelsdirektivets bestämmelser införlivats i svensk rätt.

För att en leverantör skall kunna vinna framgång med sin ansökan om överprövning krävs enligt 16 kap. 1 § LOU att leverantören kan visa att denne lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Efter det att ett upphandlingskontrakt har slutits mellan den upphandlande myndigheten och den vinnande anbudsgivaren öppnas även en möjlighet för förlorande leverantörer att begära skadestånd av den upphandlande myndigheten. En förutsättning för att vinna framgång med en skadeståndstalan är att den skadelidande kan visa att det skett ett fel i upphandlingen och att felet har medfört att leverantören har lidit skada. Skadan skall i princip bero på att leverantören inte utsågs till vinnare i upphandlingen och därmed drabbas av förlorade inkomster och onödiga kostnader.⁴⁴

43 Se EG-domstolens dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671).

44 Se prop. 1992/93:88 s. 103 och NJA 2000 s. 712.

2.3. KAN SYSTEMBOLAGETS BESLUT ÖVERPRÖVAS MED STÖD AV LOU?

I kapitel 2.1 konstaterades att LOU torde vara tillämpligt på Systembolaget. I detta kapitel skall utredas om Systembolagets beslut kan överprövas med stöd av LOU.

Begreppet beslut i rättsmedelsdirektivets mening skall tolkas extensivt enligt EG-domstolens rättspraxis. Beslut från en upphandlande myndighet behöver på intet sätt vara kvalificerat till sin natur eller till sitt innehåll för att kunna bli föremål för en rättslig prövning. Med stöd av EG-domstolens dom i Stadt Halle-målet har en leverantör rätt att få inköpsbeslut från Systembolaget prövat i förvaltningsdomstol, även om Systembolaget har valt att inte tillämpa LOU vid sina inköp.⁴⁵ I domen, som även citeras av Regeringsrätten i Ryanair-målet⁴⁶, konstaterar EG-domstolen:

”...att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattas utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt det beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.”⁴⁷

Enligt Regeringsrättens dom i Ryanair-målet är en leverantör taleberättigad enligt 16 kap. 1 § LOU om denne förlorat en upphandling där den upphandlande myndigheten valt att inte tillämpa LOU. Genom den upphandlande myndighetens förfarande får leverantören anses ha lidit skada då denne helt

45 Se EG-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), p. 41.

46 Se RÅ 2005 ref. 10.

47 Se EG-domstolens dom C-26/03, p. 41.

uteslutits från möjligheten att delta i upphandlingen.⁴⁸ Att en upphandlande myndighet redan valt att teckna kontrakt med en annan leverantör hindrar inte heller en leverantör från att begära överprövning med stöd av 16 kap. 2 § LOU.⁴⁹

Med detta i åtanke torde man kunna sluta sig till att Systembolagets samtliga beslut rörande inköp av alkoholdrycker kan bli föremål för överprövning. Man kan exempelvis tänka sig att Systembolagets beslut om att förkasta ett anbud på grund av en felaktigt ifylld offert kan överprövas, likaså att bolagets utprovningsbeslut kan prövas och förklaras ogiltigt av förvaltningsdomstol.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Systembolagets inställning till LOU inte får någon betydelse för en leverantörs rätt att begära överprövning. En annan sak är att möjligheten till framgång i en överprövningsprocess står och faller med om Systembolaget skall anses utgöra en upphandlande myndighet i LOU:s mening samt huruvida lagen i övrigt är tillämplig på den aktuella upphandlingen.⁵⁰

3. MÖJLIGHETER ATT ÖVERKLAGA SYSTEMBOLAGETS BESLUT TILL ALKOHOL- OCH LÄKEMEDELSSORTIMENTSNÄMNDEN

3.1 ALKOHOL- OCH LÄKEMEDELSSORTIMENTSNÄMNDEN

Alkohol- och läkemedelssortimentsnämndens verksamhet regleras i förordning (2007:1216) med instruktion för Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden. I förordningen står att läsa att förvaltningsmyndigheten skall bestå av en ordförande som skall vara eller har varit ordinarie domare samt fem andra ledamöter. Av dessa fem ledamöter bör minst en vara väl förtrogen med konkurrensrättsliga frågor, minst en väl förtrogen med livsmedelsfrågor samt minst en väl förtrogen med läkemedelsfrågor. Nämnden är beslutför när ordföranden och minst två andra ledamöter är närvarande. För beredning av ärenden skall det finnas en lagfaren sekreterare. Vidare får ingen väljas till ledamot i nämnden som på grund av sin ställning kan antas företräda något partsintresse.

Systembolaget är skyldigt att utan dröjsmål verkställa nämndens beslut samt

48 Se RÅ 2005 ref. 10.

49 Se RÅ 2005 ref. 10.

50 T.ex. måste värdet av en upphandling överstiga det i LOU uppställda tröskelvärdet.

tillhandahålla det material och de upplysningar som nämnden begär. I förordningen finns även ett överklagandeförbud med innebörden att inga beslut som nämnden fattar får överklagas.

Då nämnden är en förvaltningsmyndighet lyder den under förvaltningslagen (1986:223) (förvaltningslagen). Detta innebär bl.a. att en leverantör har rätt att lämna uppgifter muntligen i ett ärende som avser myndighetsutövning mot någon enskild, om det kan ske med hänsyn till arbetets behöriga gång (14 §). Leverantören har även rätt att ta del av allt material som tillförts ärendet om ärendet avser myndighetsutövning mot enskild (16 §). Ett ärende får inte heller avgöras utan att leverantören har underrättats om att en uppgift har tillförts ärendet av annan än honom själv och leverantören har fått tillfälle att yttra sig över uppgiften, om ärendet avser myndighetsutövning mot någon enskild (17 §). Vidare gäller 2 kap. tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen på nämndens verksamhet.

3.2 BESLUT SOM KAN ÖVERKLAGAS TILL ALKOHOL- OCH LÄKEMEDELSSORTIMENTSNÄMNDEN?

För att kunna avgöra vilka beslut som kan överprövas till Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden måste dels de produkter som kan träffas av överklagbara beslut identifieras, dels de beslut urskiljas som är möjliga att överklaga till nämnden. I avtalet mellan Systembolaget och staten stadgas följande i 4 § st. 2 och st. 3:

”På begäran av leverantör av produkt vilken avvisats från eller avförts ur Bolagets sortiment ska Bolaget skriftligen redogöra för de skäl som föranlett dess ställningstagande. Leverantören ska upplysas om sin rätt att få beslutet överprövat av Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden. Med sortiment avses i detta avtal de alkoholdrycker som Bolaget köper in efter offertförfrågan. Rätten till överprövning gäller ej beställningssortimentet.”

Vad som kan utläsas från denna bestämmelse är till en början att en leverantör har rätt att överklaga Systembolagets beslut, om detta innebär att en produkt avvisas eller avförs från Systembolagets sortiment. I paragraf 3.4 i Systembolagets allmänna inköpsvillkor synes en precisering av avvisningsbegreppet ske genom följande reglering:

”För det fall en Produkt inte utvalts för offertprov eller

inköp, redovisar Systembolaget skriftligen de skäl som föranlett ställningstagandet inom tio arbetsdagar efter dagen för beslutet. Sådant beslut har Leverantören rätt att få överprövat av Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden”

I dessa villkor preciseras avvisningsbegreppet till att avse alla sådana beslut som innebär att en produkt inte väljs ut för offertprov eller inköp. Även beslut som meddelas efter att en produkt provats och jämförts med andra produkter i ett senare skede av inköpsprocessen är att hänföra till avvisningsbeslut. Begreppet avvisningsbeslut innefattar med andra ord både beslut varigenom en produkt tagit sig vidare i inköpsprocessen, men blivit utslagen, och beslut varigenom en offert avvisas på grund av att offerten är felaktigt ifylld eller inte uppfyller offertförfrågan. Avvisningsbegreppet har således inte samma innebörd som begreppet avvisning normalt får anses ha i juridiskt språkbruk. Begreppet torde istället läsas så att alla beslut, som på något sätt innebär att den offererade produkten inte köps in, kan komma under nämndens prövning.

Vad som egentligen menas med att en produkt avvisas från Systembolagets sortiment har till viss del klargjorts genom Alkohol- och läkemedelssortimentsnämndens praxis. Till att börja med gäller att ett avvisningsbeslut måste vara slutligt, dvs. en leverantör måste ha uttömt alla vägar till marknadstillträde som finns tillgängliga.⁵¹ Det innebär att en leverantör som exempelvis har offererat en produkt till det fasta sortimentet även måste ansöka till en s.k. konsumentpanel. Om produkten blir avvisad av konsumentpanelen har leverantören uttömt alla möjligheter till marknadstillträde, varpå dörren öppnar sig för leverantören att överklaga avvisningsbeslutet till nämnden. Detta innebär att en leverantör måste iaktta de bestämmelser som reglerar när en ansökan får göras till konsumentpanelen, då dessa bestämmelser indirekt får betydelse för när ett avvisningsbeslut kan överklagas. Ansökan till konsumentpanelen kan endast göras efter att en offert blivit avvisad från Systembolagets fasta sortiment. För att få ansöka till konsumentpanelen krävs följande:⁵²

Produkten skall ha varit offererad till Systembolagets fasta sortiment men inte valts ut för inköp, dvs. offerten har avvisats. Produkten skall ha uppfyllt de krav som ställs i offertförfrågan och offerten skall ha varit fullständigt ifylld.

51 Se Konkurrensverkets rapport till Europeiska kommissionen om det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker från 2001-06-21, dnr 28/2001 s. 5.

52 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, p. 5.2.1.

Ansökan om provning av konsumentpanel skall vara Systembolaget tillhanda inom en månad efter dagen för avvisningsbeslutet. Ansökan kan endast omfatta en produkt. Endast produkter som kan levereras löpande och i övrigt uppfyller Systembolagets leveransvillkor och villkor för lanseringar i fast sortiment kan köpas in efter provning av konsumentpanel.

För det tillfälliga sortimentet ges inte möjlighet att ansöka till konsumentpanelen varför ett avvisningsbeslut från Systembolaget får anses som slutligt och därmed överklagbart direkt när Systembolaget meddelat avvisningsbeslutet. Detta gäller även för inköp av tillfälliga-, exklusiva-, och säsongsartiklar samt av primörviner. Numera är det således endast inköp till det fasta sortimentet som kan hänskjutas till konsumentpanelen, med följden att en leverantör måste göra en sådan ansökan för att kunna överklaga bolagets ursprungliga beslut.

Vidare krävs att produkten avvisas eller avförs från bolagets sortiment. I det tidigare avtalet mellan Systembolaget och staten var innebörden av begreppet att endast det fasta sortimentet avsågs, då endast detta sortiment var upptaget i Systembolagets katalog.⁵³ Innebörden har numera ändrats i och med det nya avtalet mellan Systembolaget och staten som trädde ikraft den 31 januari 2008.⁵⁴ Med sortiment menas numera de alkoholdrycker som köps in efter offertförfrågan, med undantag för beställningssortimentet. Av det följer att samtliga beslut avseende alkoholdrycker som bolaget köper in till det fasta och tillfälliga sortimentet kan överprövas. Exempelvis träffas inköp av säsongsartiklar eller nyheter till det fasta och tillfälliga sortimentet träffas av bestämmelsen. Även s.k. konsumentpanelartiklar, det vill säga artiklar som köps in via konsumentpanelen, ingår i begreppet sortiment.⁵⁵ Däremot utesluts de produkter som köps in genom privatimport, det vill säga när Systembolaget köper produkter som beställts av en enskild kund enligt 5 kap. 5 § alkohollagen (1994:1738) (alkohollagen).⁵⁶

Beslut om avlistning från det fasta sortimentet sker efter de utvärderingsperioder som löper två gånger per år.⁵⁷ För de fall produkten inte har hög kundeft-

53 Se avtalet mellan Systembolaget och staten (2004:490).

54 Se avtalet mellan Systembolaget och staten (2008:38).

55 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 4C, p. 4C.1.

56 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 2. Artiklar som köpts in genom privatimport ingår inte i Systembolagets ordinarie sortiment.

57 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 7, p. 7.1.

erfrågan och lönsamhet och därmed diskvalificerar sig för fortsatt försäljning i det fasta sortimentet, kommer en avlistning att ske. För produkter som befinner sig i det tillfälliga sortimentet sker ingen utvärdering, då dessa produkter till sin natur är tillfälliga.⁵⁸ Beslut om avlistning kan med andra ord endast träffa produkter som befinner sig i det fasta sortimentet.

4. MÖJLIGHETER ATT ÖVERKLAGA ALKOHOL- OCH LÄKEMEDELSSORTIMENTSNÄMNDENS BESLUT

4.1 RÄTTSSKYDDSPRINCIPEN

Som tidigare konstaterats innehåller Alkohol- och läkemedelssortimentsnämndens instruktion ett överklagandeförbud med innebörden att nämndens beslut inte kan överklagas till annan förvaltningsmyndighet eller till domstol. I och med EG-rättens inträde i svensk rätt finns det dock potentiellt två vägar för en leverantör att ändå få till stånd en domstolsprövning av nämndens beslut. En leverantör kan dels stödja sig på den s.k. rättsskyddsprincipen, dels på artikel 6 i Europakonventionen.⁵⁹ Rättsskyddsprincipen är en allmän rättsprincip som finns inskriven i artikel 47 i EU:s rättighetsstadga.⁶⁰ Principen har sin grund i målet Heylens m.fl., där EG-domstolen uttalade följande:⁶¹

”Eftersom fritt tillträde till en anställning är en grundläggande rättighet som enligt fördraget tillkommer varje enskild arbetstagare inom gemenskapen är det viktigt att det finns rättsmedel mot varje beslut av en nationell myndighet som innebär att denna rättighet inte beviljas, så att den enskildes rättigheter kan ges ett effektivt skydd.”

Principen går längre än artikel 6 i Europakonventionen, då rättsskyddsprincipen inte kräver att ett anspråk som någon vill göra gällande skall röra en s.k. civil rättighet eller skyldighet. Principen kräver emellertid att anspråket grundar sig på gemenskapsrätten. Någon närmare utredning om huruvida anspråk

58 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 4, p. 4.3.

59 Se RÅ 1997 ref. 65, RÅ 2002 ref. 104 och EG-domstolens dom av den 3 december 1992 i mål C-97/91, *Oleificio Borelli* (REG 1992, s. I-6313; svensk specialutgåva, volym 13)

60 Se Warnling- Nerep, Wiweka, *En introduktion till förvaltningsrätten*, 9 uppl., Stockholm 2008, s. 100 f.

61 Se EG-domstolens dom av den 15 oktober 1987 i mål C-222/86, *Heylens* (REG 1987, s. 4097; svensk specialutgåva, volym 9, s. 223), p. 12.

att få sälja alkoholdrycker till Systembolaget grundar sig på gemenskapsrätten kommer inte att göras i denna uppsats. Man torde dock på goda grunder kunna argumentera för att ett sådant anspråk har sin grund i gemenskapsrätten. Framförallt om en leverantör har sitt säte i ett annat EU-land och vill sälja en alkoholdryck på den svenska marknaden men nekas marknadstillträde. Min fortsatta framställning tar primärt sikte på Europakonventionen. Man bör emellertid ha i minnet att det alltså kan finnas en möjlighet att få till stånd en domstolsprövning av ett beslut med stöd av rättsskyddsprincipen. Av intresse är då om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden kan anses utgöra en domstol. Denna fråga redogörs för i kapitel 4.4.

4.2. ARTIKEL 6 I EUROPAKONVENTIONEN

Som tidigare konstaterats finns det en potentiell möjlighet att få ett avslagsbeslut prövat av domstol med stöd av artikel 6 i Europakonventionen. Artikel 6 är en processuell bestämmelse som är avsedd att garantera rätten till opartisk prövning av rättsliga anspråk. Artikel 6 syftar emellertid inte till att tillskapa några nya materiella rättigheter.⁶² Artikel 6 har följande lydelse:

”1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag...”

Förutsatt att leverantörens anspråk att få sälja sina produkter kan anses vara en civil rättighet har en leverantör rätt att få ett beslut rörande detta anspråk prövat i domstol. Detta trots det uppställda överklagandeförbudet i förordningen som reglerar Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden.

4.2.1 CIVILA RÄTTIGHETER ELLER SKYLDIGHETER

En första förutsättning för att en civil rättighet eller skyldighet skall anses falla inom räckvidden för artikel 6 är att det rör sig om en reell och seriös tvist mellan en enskild fysisk eller juridisk person och en annan person eller myndighet samt har en grund i den nationella rätten. Förmåner som beviljas efter

62 Se Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna* [cit. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*], 3 uppl., Stockholm 2007, s. 138

rent skönsmässiga överväganden omfattas således inte av bestämmelsen.⁶³ Det måste vidare röra sig om en rättighet av civil karaktär.⁶⁴ Europadomstolen har klargjort att en tvist måste antas vara reell och seriös om det inte finns klara indikationer på att så inte är fallet.⁶⁵ HD har i sin rättspraxis uppställt principen att det inte kan anses föreligga en reell och seriös tvist om det rättsliga anspråket är uppenbart oggrundat. Enligt Danelius krävs, för att denna princip inte skall komma i konflikt med konventionen, att begreppet uppenbart oggrundat ges en försiktig tolkning som svarar mot de låga krav som Europadomstolen uppställer i sin rättspraxis.⁶⁶

Vad som exakt anses falla inom räckvidd för artikel 6 är inte fastställt utan är istället föremål för en ständig utveckling med hjälp av Europadomstolens rättspraxis.⁶⁷ Generellt kan sägas att det saknar betydelse hur en rättighet klassificeras i inhemsk rätt. Den avgörande faktorn är istället rättighetens materiella innehåll.⁶⁸ Konventionstexten talar om "civila" rättigheter och skyldigheter. Begreppet skall ges en autonom tolkning, vilket innebär att det skall tolkas enhetligt i alla konventionsstater. Med hjälp av Europadomstolens omfattande rättspraxis kan dock konstateras att det inte föreligger någon begränsning av tvisten till civil art, utan även tvister som snarare kan karakteriseras som offentlighetsrättsliga eller förvaltningsrättsliga har kommit under Europadomstolens prövning.⁶⁹

Generellt kan sägas att klara fall av tvister som gäller fordringsanspråk eller rätt till egendom kan karakteriseras som civila rättigheter. Enligt Europadomstolens rättspraxis hör även förfaranden om tillstånd att förvärva, behålla eller utnyttja egendom till de civila rättigheter som omfattas av artikel 6.⁷⁰ Även rätten att bedriva viss ekonomisk verksamhet eller att erhålla myndighetstillstånd av betydelse för möjligheterna att bedriva sådan verksamhet hör till denna

63 Se RÅ 2004 ref. 122 och Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 141.

64 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – , s. 138 och Warnling-Nerep, Wiweka, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, 3 uppl., Stockholm 2008, s. 72.

65 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 140.

66 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 141.

67 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 139.

68 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 94.

69 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 95 och Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 143.

70 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 97 f och Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 144.

kategori.⁷¹

I målet Tre Traktörer Aktiebolag mot Sverige⁷² ansåg Europadomstolen att en återkallelse av ett tillstånd att på en restaurang servera alkoholdrycker föll inom räckvidden för artikel 6. Målet gällde indragandet av Tre Traktörer AB:s ("Tre Traktörer") tillstånd att servera alkoholhaltiga drycker på sin restaurang Le Cardinal i Helsingborg. Serveringstillståndet drogs in efter beslut av Länsstyrelsen. Beslutet överklagades till Socialstyrelsen som avlog överklagandet. Socialstyrelsens beslut gick inte att överklaga.⁷³ Tre Traktörer väckte talan i Europadomstolen och hävdade bl.a. att artikel 6 hade kränkts då företaget inte hade haft någon möjlighet att överklaga beslutet från Socialstyrelsen. Europadomstolen konstaterade att Tre Traktörer genom sitt serveringstillstånd hade haft en rättighet att servera alkoholhaltiga drycker på sin restaurang enligt villkoren i serveringstillståndet, samt att denna rättighet förvägrats när serveringstillståndet återkallades.⁷⁴

Vad gäller frågan om denna rättighet var av civil natur konstaterade domstolen att licensen att sälja alkoholdrycker gavs till personer och företag med avsikt att bedriva vinstgivande försäljning av alkoholdrycker samt att denna försäljning bedrevs mellan licensinnehavaren och kunden. Mot bakgrund av detta fann domstolen att, trots det faktum att offentlig rätt reglerar själva licensen och att Systembolaget hade försäljningsmonopol på alkoholdrycker, det fick anses röra sig om en civil rättighet.⁷⁵ Domstolen konstaterade även att varken Länsstyrelsen eller Socialnämnden var att uppfatta som en domstol, varför Europakonventionens artikel 6 var kränkt.⁷⁶ Domen ledde sedermera till en lagändring med innebörden att serveringstillstånd hädanefter kan överklagas till kammarrätten.⁷⁷

Ett liknande resonemang torde kunna appliceras på en alkoholleverantörs

71 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 144 och Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 95.

72 Se Europadomstolens dom i Tre Traktörer Aktiebolag mot Sverige nr. 4/1988/148/202 av den 7 juli 1989.

73 Se Warnling-Nerep, Wiweka, Nubben på krogen med eller utan "ölgås"; om serveringstillståndets livsvillkor, skriften utgiven i boken Maträtt, 2 uppl., Stockholm 1994, s. 101.

74 Se Europadomstolens dom nr. 4/1988/148/202, p. 39.

75 Se Europadomstolens dom nr. 4/1988/148/202, p. 43-44.

76 Se Warnling-Nerep, Nubben på krogen med eller utan "ölgås", s. 101.

77 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 38.

rätt att få sälja alkoholdrycker på en monopoliserad marknad. Systembolaget skickar ut sina offertförfrågningar till alla leverantörer som innehar tillstånd att bedriva partihandel.⁷⁸ Så länge en leverantör innehar tillstånd att bedriva partihandel har leverantören även rätt att sälja sina alkoholprodukter till Systembolaget.⁷⁹ Rätten att bedriva partihandel är således reglerad av lagen (1994:1564) om alkoholskatt (LAS) och alkohollagen, vilket torde innebära att det inte rör sig om ett beslut som beviljas efter rent skönsmässiga grunder.⁸⁰ Slutsats stöds även av att Systembolaget inte har någon rätt att göra en diskretionär eller skönsmässig bedömning av offererade produkter vid inköp till sitt sortiment, utan måste följa rättsliga principer såsom likabehandlingsprincipen.⁸¹

I likhet med Tre Traktörer torde således en alkoholleverantör ha rätt att få sälja alkoholdrycker och denna rättighet måste betraktas som en civil rättighet. Det rör sig således om en civil rättighet som har sin grund i den nationella rätten.⁸² Att själva tillståndet att få sälja alkoholdrycker till Systembolaget regleras av LAS och är ett förfarande av offentligrättslig karaktär, i likhet med tillstånd att servera alkoholdrycker, torde inte inverka på rättighetens civila karaktär.⁸³ När Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden beslutar att avslå ett överklagande torde det röra sig om ett förfarande som direkt påverkar den privata rättigheten.⁸⁴

En möjlig väg att gå för leverantören är då att hävda att hans civila rättighet

78 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 5, p. 5.1.1.

79 Se alkohollagen (1994:1738) 4 kap. 1 § och Systembolagets allmänna inköpsvillkor, p. 3.1.

80 Jfr. Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 141 och RÅ 2004 ref. 122.

81 Jfr. NJA 2002 s. 288 där HD uttalar att även i sådana fall då det beslutande organet har givits ett betydande utrymme för skälighets- och lämplighetsbedömningar har emellertid artikeln ansetts vara tillämplig om beslutet innefattar tillämpning av vissa regler eller principer. Att Systembolaget inte skönsmässigt kan välja ut sitt sortiment är en förutsättning för att alkoholmonopolet skall vara tillåtet enligt artikel 31 i EG-fördraget. Jmf EG-domstolens dom C-432/02, p. 42.

82 Jfr Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 138.

83 Jfr Europadomstolens dom i Tre Traktörer Aktiebolag mot Sverige nr. 4/1988/148/202 av den 7 juli 1989, p. 43- 44.

84 Se Warnling-Nerep, Nubben på krogen med eller utan "ölgås", s. 105. Inte endast ett återkallat tillstånd utan också ett förvägrat tillstånd är att uppfatta som en civil rättighet, se tex. Europadomstolens dom i Allan Jacobsson mot Sverige, nr. 18/1987/141/195 av den 25 oktober 1989.

enligt alkohollagen har kränkts genom Systembolagets avvisnings- eller avlistningsbeslut. Det krävs enligt praxis inte att anspråket är välgrundat, utan det är tillräckligt att någon på rimliga grunder kan hävda att han har en sådan rättighet.⁸⁵ Enligt min mening är det inte osannolikt att en leverantör skulle kunna vinna framgång med en sådan argumentation. Stöd för denna slutsats kan bland annat hämtas från Rolf Gustafsson mot Sverige⁸⁶, där Europadomstolen har uttalat att artikel 6 i konventionen är tillämplig när en tvist har uppstått om en rättighet, som på rimliga grunder kan göras gällande i den materiella rätten. Tvisten, uttalar domstolen vidare, måste vara reell och seriös och den behöver inte endast röra själva rättigheten som sådan utan kan även gälla rättighetens omfattning och utövande. Vidare måste utgången i tvisten vara direkt avgörande för rättigheten i fråga.⁸⁷ I ljuset av detta torde man alltså, på rimliga grunder, kunna hävda att ett avvisnings- eller avlistningsbeslut rör en civil rättighet som kan göras gällande i den materiella rätten. Utgången av den tvist som då uppstår rörande anspråket i fråga är direkt avgörande för rättigheten att få sälja alkohol till Systembolaget.

Förutsatt att en reell och seriös tvist har uppstått mellan en enskild juridisk person och en förvaltningsmyndighet har en leverantör, i enlighet med artikel 6, rätt att få denna tvist prövad i domstol. Den följdfråga man då får ställa sig är om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden kan anses utgöra en domstol i Europakonventionens mening?

4.3 ÄR ALKOHOL- OCH LÄKEMEDELSSORTIMENTSNÄMNDEN ATT ANSE SOM EN DOMSTOL I EUROPAKONVENTIONENS MENING?

Som tidigare konstaterats har prövningen av om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden är en domstol i Europakonventionens mening avgörande betydelse för om artikel 6 kan anses kränkt. Om man konstaterar att nämnden inte är en domstol måste ett annat organ identifieras som kan fylla domstolsfunktionen. Om ett sådant organ inte låter sig finnas kan en kränkning av Europakonventionen föreligga.⁸⁸

Enligt Europadomstolens rättspraxis behöver en domstol i Europakonventionens mening inte vara en traditionell domstol som ingår i den sedvanliga

85 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 138.

86 Se Europadomstolens dom i Rolf Gustafsson mot Sverige nr. I 13/1995/619/709 av den 1 juli 1997.

87 Se Europadomstolens dom nr. I 13/1995/619/709, p. 38.

88 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 87.

domstolsorganisationen.⁸⁹ En mängd olika prövningsorgan har således ansetts härröra under domstolsbegreppet. För svenskt vidkommande anses exempelvis Brottskadenämnden,⁹⁰ Presstödsnämnden,⁹¹ och Resegarantinämnden⁹² vara domstolar i konventionens mening. Danelius synes dock vara skeptisk till den alltmer öppna praxis som har skapats rörande vilka nämnder som anses utgöra domstolar.⁹³ Warnling-Nerep påpekar även att det är ovisst vilka slutsatser som kan dras av Europadomstolens rättspraxis i detta avseende.⁹⁴ En viss försiktighet torde således vara på sin plats vid utredning av vilka nämnder som kan anses utgöra domstolar.

Enligt konventionen skall en domstol vara oavhängig och opartisk samt upprätthållen enligt lag. De förstnämnda två termerna innefattar krav på att domstolen skall handla objektivt och inte påverkas av ovidkommande omständigheter.⁹⁵ Faktorer som därvid är av betydelse är bl.a. hur domstolens ledamöter utses, hur lång ämbets tiden är samt om det finns några garantier mot extern påverkan.⁹⁶ Något tvivel får inte heller föreligga om domstolens objektivitet. Praxis ställer även krav på att domstolens utslag måste vara bindande, att prövningen av ett ärende är tillräckligt omfattande samt att ett antal rättssäkerhetsgarantier är uppfyllda, såsom offentlighet och att rättegången hålls inom skälig tid.⁹⁷

Hur utreder man då om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden kan anses uppfylla dessa viktiga rättssäkerhetskrav. Enligt min mening är en lämplig metod att jämföra denna nämnd med liknande nämnder som har bedömts som domstolar av Europadomstolen eller av svenska domstolar. I NJA 2002 s. 288 kom HD fram till att Presstödsnämnden var en domstol i konventionens mening. HD anförde i domen följande:

”Utgångspunkten för Europadomstolens bedömning av om rätten till domstolsprövning kränkts har varit om den na-

89 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 87 och Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 181.

90 Se Europadomstolens dom, nr. 113/1995/619/709.

91 Se NJA 2002 s. 288.

92 Se Rå 2002 ref. 104.

93 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 181.

94 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 61.

95 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 182.

96 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 61.

97 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 79 och 87.

tionella prövning som förekommit gjorts av ett oavhängigt och opartiskt organ samt om processuella rätts säkerhetskrav, såsom rätten att ta del av allt processmaterial, möjlighet att lägga fram sin sak muntligen samt offentlighet, varit uppfyllda mot bakgrund av vad sakens beskaffenhet krävt i det enskilda fallet./.../Kravet på opartiskhet anses innebära bl.a. att det för en objektiv iakttagare inte får föreligga några legitima farhågor för att domstolen skulle kunna agera partiskt.”

Vidare anförde HD att Presstödsnämnden är en myndighet som särskilt tillskapats för prövning av presstödsfrågor. I Presstödsnämnden ingår intresseledamöter och ledamöter med särskilda sakkunskaper. För nämndens handläggning av presstödsärenden gäller, förutom reglerna i presstödsförordningen och nämndens instruktion, bestämmelserna i förvaltningslagen, vilka garanterar bl.a. rätten att ta del av processmaterial, att lägga fram sin sak muntligen och att yttra sig över vad som av annan tillförts ärendet. Hos nämnden gäller offentlighetsprincipen och sekretesslagen och det får antas att lagstiftarens avsikt varit att nämnden, vars beslut inte får överklagas, skall äga att allsidigt och slutgiltigt pröva presstödsfrågor. Mot bakgrund av detta slöt sig HD till att Presstödsnämnden är en domstol i Europakonventionens mening. Även Regeringsrätten ansåg i RÅ 2004 ref. 122 rörande avtrappat driftsstöd för en nyhetstidning, att Presstödsnämnden föll under Europakonventionens domstolsbegrepp.

Resegarantinämnden har i RÅ 2002 ref. 104 ansetts vara en domstol. I domen anförde kammarrätten följande, vilket sedermera fastställdes av Regeringsrätten:

”Enligt kammarrättens mening får vid en sammantagen bedömning den svenska lagregleringen av Resegarantinämndens sammansättning och verksamhet anses vara utformad på sådant sätt att det finns tillräckligt fog för uppfattningen att Resegarantinämnden skulle kunna anses jämställd med domstol såvitt nu är i fråga. Även om det finns omständigheter som i viss mån talar för en motsatt bedömning kan en sådan bedömning i vart fall inte anses så säker att domstol på grund härav äger rätt att åsidosätta det i resegarantilagen intagna fullföljdsförbudet.”

I förordning (2007:1039) med instruktion för Resegarantinämnden och förordning (2007:1191) med instruktion för Presstödsnämnden regleras nämndens sammansättning och hur handläggning av ärenden skall gå tillväga.

För Resegarantinämnden gäller enligt resegarantilagen (1972:204) att nämndens ordförande, och ersättare till denne, skall vara eller ha varit ordinarie domare. Nämnden skall bestå av en ordförande och fyra andra ledamöter varav två av dessa ledamöter skall tillgodose konsumentintressen och två skall tillgodose företagartressen. Nämnden är beslutför när ordföranden och två andra ledamöter är närvarande. Ordföranden får ensam, på nämndens vägnar, vidta förberedande åtgärder och avgöra ärenden av mindre vikt. Ordföranden får även överlåta sådana uppgifter till handläggare vid Kammarkollegiet. Presstödsnämndens är uppbyggd på liknande sätt. I den förordning som reglerar Presstödsnämndens verksamhet stadgas att nämnden skall bestå av högst tio ledamöter. En av ledamöterna skall vara ordförande och denna ledamot ska vara eller ha varit ordinarie domare. Regeringen utser vice ordförande och suppleanter i nämnden.

För Alkohol- och läkemedelsnämnden gäller en i stort sett liknande reglering. Nämnden skall vara sammansatt av en ordförande och fem andra ledamöter. Ordföranden skall vara eller ha varit ordinarie domare. Av de övriga ledamöter bör minst en vara kunnig inom konkurrensrätt, minst en inom livsmedelsfrågor och minst en inom läkemedelsfrågor. Till ledamot i nämnden får inte utses någon som på grund av sin ställning eller sin verksamhet kan antas företräda något partsintresse. För beredning av ärenden skall det finnas en lagfaren sekreterare. Jävsregleringen och kravet på lagfaren sekreterare finns inte med i förordningarna som reglerar Presstöds- och Resegarantinämndens verksamheter. Innebörden torde bli att högre rättssäkerhetskrav är ställda på Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden.

Mot bakgrund av bedömningarna i framförallt NJA 2002 s. 288 och RÅ 2002 ref. 104 ligger det nära till hands att anse att även Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden uppfyller kraven i artikel 6. Ett faktum som skulle kunna motverka denna slutsats är emellertid nämndens sammansättning. I Langborger mot Sverige⁹⁸ ansågs inte Bostadsdomstolen uppfylla kraven i artikel 6 därför att domstolens ledamöter hade ett nära samband med Hyresgästföreningen

98 Se Europadomstolens dom i Langborger mot Sverige nr. 20/1987/143/197 av den 22 juni 1989.

och därmed var jäviga.⁹⁹ Europadomstolen framhöll emellertid att den inte hade några invändningar mot ett system med intresseledamöter som sådant. Alkohol- och läkemedelssortimentsnämndens ledamöter får med andra ord inte ha en sådan sammansättning att det för en objektiv iakttagare föreligger några legitima farhågor för att nämnden skulle kunna agera partiskt.¹⁰⁰

Som påpekats i kapitel 3.1 måste nämnden vid sin handläggning följa reglerna i nämndens instruktion och bestämmelserna i förvaltningslagen. Hos nämnden gäller offentlighetsprincipen och sekretesslagen och det får antas att lagstiftarens avsikt varit att Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden skall äga att allsidigt och slutgiltigt pröva alkohol- och läkemedelssortimentsfrågor. Mot bakgrund härav torde man kunna konstatera att Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden sannolikt uppfyller kraven i artikel 6 och därmed får anses vara en domstol i Europakonventionens mening.

Om nämnden inte skulle anses vara en domstols i konventionens mening, t.ex. därför att någon av intresseledamöterna är jävig, måste ett annat organ för domstolsprövning identifieras. Då måste utrönas vilken domstol som har erforderlig kompetens att pröva saken. Eftersom Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden lyder under förvaltningslagen blir stadgandet i förvaltningslagen 22 a § tillämpligt. Detta lagrum innebär att allmän förvaltningsdomstol är behörig då nämnden är en förvaltningsmyndighet.¹⁰¹ Det kan tilläggas att det förhållandet att förvaltningslagen normalt är subsidiär (3 §), och att ett överklagandeförbud i en specialförfattning såldes tar över, inte utgör något problem vid tillämpning av 22 a §. Detta har 2006 klargjorts genom en uttrycklig anvisning i 3 § st. 2, att bestämmelserna ”om överklagande i denna lag” alltid tillämpas om det behövs för att uppfylla kraven på domstolsprövning enligt artikel 6.

5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Ovan har redovisats de möjligheter som står till buds för en leverantör som vill få till stånd en rättslig prövning av ett beslut fattat av Systembolaget. Störst chans till framgång med en överprövning torde en leverantör ha om denne vänder sig till en allmän förvaltningsdomstol och begär att ett produktinköp skall överprövas med stöd av LOU. Det följer av att Systembolaget sannolikt

99 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 81.

100 Se NJA 2002, s. 288.

101 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 251 f.

får anses vara en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 12 § och 19 § LOU, eftersom Systembolaget enligt min mening är en juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.¹⁰²

En leverantör har enligt 16 kap. 1 § LOU talerätt om den förlorat en upphandling där den upphandlande myndigheten valt att inte tillämpa LOU. Genom att den upphandlande myndigheten inte alls tillämpat LOU, skulle leverantören kunna anses ha lidit skada eftersom denne helt uteslutits från möjligheterna att delta i upphandlingen.¹⁰³

En leverantör kan även vända sig till Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden med en begäran om överprövning av ett inköpsbeslut. Denna rätt har leverantörer till följd av avtalet mellan Systembolaget och staten som reglerar Systembolagets verksamhet.¹⁰⁴ Beslut som fattas av Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden kan enligt lag inte överklagas till annan förvaltningsmyndighet eller domstol. Genom EG-rättens företrädare framför svensk rätt ges emellertid två potentiella vägar för en leverantör att även överklaga beslut från nämnden, även om ett överklagandeförbud finns uppställt.

En leverantör kan stödja sig på den s.k. rättsskyddsprincipen för att få till stånd en domstolsprövning av nämndens beslut. Principen kräver emellertid att det anspråk som en leverantör vill göra gällande skall grunda sig på gemenskapsrätten.¹⁰⁵

Vidare torde en leverantör kunna stödja sig på artikel 6 i Europakonventionen för att få till stånd en överprövning av Alkohol- och läkemedelssortimentsnämndens beslut. Artikel 6 är en processuell bestämmelse vars syfte är att garantera rätten till opartisk prövning av rättsliga anspråk. Om en leverantör skall kunna utnyttja artikel 6 krävs att en leverantörs anspråk att få sälja sina produkter anses vara en civil rättighet eller skyldighet. Enligt min mening talar mycket för att en leverantörs anspråk att få sälja alkoholprodukter når upp till de låga krav som är uppställda i rättspraxis för att ett anspråk skall anses vara en civil rättighet eller skyldighet enligt artikel 6.¹⁰⁶

102 Se kapitel 2. i denna artikel.


103 Se kapitel 2.4 i denna artikel.

104 Se kapitel 3 i denna artikel.

105 Se kapitel 4.1 i denna artikel.

106 Se kapitel 4.2 i denna artikel.

Vad som sannolikt kan sätta käppar i hjulen för en leverantör som vill överklaga ett beslut av Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden är dock att denna nämnd torde ses som en domstol i Europakonventionens mening. Flera andra nämnder med liknande sammansättning och struktur har av HD och Regeringsrätten bedömts vara domstolar i Europakonventionens mening. Om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden anses uppfylla artikel 6 är vägen stängd för en överprövning, eftersom en leverantör då har fått sin sak prövad i domstol. En bedömning måste dock göras från fall till fall. Om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden till exempel har en jävig intresseledamot i ett visst prövningsärende anses nämnden inte uppfylla Europakonventionens krav. Då öppnas möjligheten för att få ett beslut från Systembolaget överprövat av allmän förvaltningsdomstol med stöd av artikel 6 i Europakonventionen och 22 a § förvaltningslagen.¹⁰⁷

Sammanfattningsvis kan konstateras att en leverantör av drycker till Systembolaget har få klara möjligheter att få sina anspråk prövade av en rättslig instans. Alkohol- och läkemedelsnämndens prövningsförfarande står öppet för de beslut som enligt gällande regler kan överklagas till nämnden. I annat fall måste leverantören försöka att få sin sak prövad i allmän förvaltningsdomstol enligt bestämmelserna i LOU. Det vore önskvärt ur ett rättssäkerhetsperspektiv om en framtida rättsprocess klargör om Systembolaget omfattas av LOU. Systembolaget skulle då behöva följa bland annat principerna om transparens och förutsebarhet samt övriga krav i LOU vid sina inköp. Vidare skulle leverantörerna ges tillträde till allmän förvaltningsdomstol för att där kunna få sina anspråk prövade av en oberoende rättsinstans. 

107 Se kapitel 4.3 i denna artikel.

STATEN KONKURRERAR PÅ OJÄMNLIGA VILLKOR

Av Fredrik Olsson¹

Den 1 november förra året trädde den nya konkurrenslagen (2008:579) i kraft. Bland annat fick Konkurrensverket då ökade befogenheter genom möjlighet att utfärda avgiftsföreläggande och konkurrenslagen EG-anpassades på en del områden. Vad som saknades var emellertid en lösning på det problem som varit föremål för diskussion i många år: att näringsverksamhet i offentlig regi och det privata näringslivet inte konkurrerar på samma villkor.

1. INLEDNING

De senaste decennierna har det offentliga i högre utsträckning fått en mer marknadsorienterad syn på den verksamhet de bedriver. I allt högre utsträckning verkar det offentliga också som producenter av varor och tjänster på marknader där det även förekommer privata företag. Sedan mitten av 1990-talet har problem med det offentligas agerande på dessa marknader kunnat identifieras och enskilda näringsidkare har framfört klagomål på att staten och kommuner konkurrerar med deras verksamhet på ojämnliska villkor.

Övergripande handlar problemet om att den offentliga näringsverksamheten subventioneras, det övertag som ges på grund av myndighetsutövning utnyttjas i konkurrensutsatt verksamhet och det sker en sammanblandning mellan myndighetsrollen och näringsverksamheten. I dagsläget saknas det ofta möjlighet att få ett sådant agerande prövat. Befintlig reglering i konkurrenslagen och kommunallagen (1991:900) är otillfredsställande.

Trots många års utredande och ett flertal rapporter har lagstiftaren fortfarande inte agerat och i den nya konkurrenslagen finns inte heller någon lösning på problematiken. Det har emellertid utarbetats en departementspromemoria med förslag på ändring i konkurrenslagen. Lagändringen föreslås träda i kraft den 1 juli 2009.

Lagförslaget går sammanfattningsvis ut på att stat, kommun eller landsting får förbjudas att bedriva en viss verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur eller förbjudas att utöva ett visst förfarande i denna verksamhet om denna snedvrider, eller är ägnad att snedvrider, förutsättningarna för en effektiv

¹ Jur.kand, skriven under tiden som jur.stud. Arbetar numera på Setterwalls advokatbyrå.

konkurrens. Förslaget får ses som ett välkommet försök att få bukt på en del av de problem som idag existerar, man kan emellertid fråga sig om den föreslagna lösningen är tillräcklig.

Denna artikel kommer att redogöra för och analysera problemen avseende konkurrens på ojämnliska villkor mellan det privata och det offentliga, samt redogöra för och analysera den föreslagna prövningsmöjligheten av dessa.

2. DET OFFENTLIGAS VERKSAMHET PÅ KONKURRENSUTSATT MARKNADER

2.1. GRÄNSERNA FÖR DEN VERKSAMHET SOM FÅR BEDRIVAS AV DET OFFENTLIGA

För kommuner och landsting är kommunallagen det regelverk som sätter ramar för vilken typ av verksamhet som kommun och landsting får och inte får bedriva. Kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga tjänster åt medlemmarna i kommunen. Verksamheten styrs också av tre mer generella kommunalrättsliga principer: lokaliserings-, likställighets- och självkostnadsprincipen. Vad som närmare avses med allmännyttiga tjänster kan dock inte närmare utläsas i lagen. I förarbeten och doktrin brukar man tala om sedvanlig kommunal verksamhet, t.ex. bostadsföretag, tvätterier, el-, gas- och värmeverk, renhållningsverk, buss- och spårvägsföretag.² En kommun får endast bedriva övrig näringsverksamhet enligt två undantagssituationer som utvecklats i rättspraxis, det skall vara fråga om att anknytningskompetens föreligger eller så handlar det om försäljning av tillfällig överskottsproduktion.

Gränserna för vilken verksamhet de statliga affärsverken, myndigheterna och övriga organisationer under statlig tillsyn får bedriva är inte lika tydliga. Det finns ingen lagstadgad reglering utan verksamheten styrs utifrån mål och rekommendationer i förvaltningspolitiska styrdokument. I regel får myndigheter ägna sig åt så kallad uppdragsverksamhet t.ex. att högskolor utför uppdragsutbildningar åt företag. Uppdragsverksamheten kännetecknas av att den är frivilligt efterfrågad och att den ofta har, en till myndighetens verksamhet, anknytande karaktär. Uppdragsverksamhet är ibland, men inte alltid, konkurrensutsatt. Regeringen har rätt att besluta om införandet av avgift för denna verksamhet, i regel delegeras dock rätten att bestämma avgiften till den aktuella myndigheten. En vanlig formulering i myndigheternas styrdokument

2 Prop. 1990/91:117, Om en ny kommunallag, s. 152.

beträffande uppdragsverksamhet är att myndigheten ”mot avgift får tillhandahålla tjänster som har anknytning till myndighetens uppgifter”. Det finns dock sällan några preciseringar avseende myndigheternas rätt att sälja olika tjänster på en öppen marknad. Det finns nästan aldrig heller några närmare riktlinjer om vilka villkor som skall gälla för konkurrensutsatt verksamhet.³

2.2. NÄRINGSVERKSAMHET I DET OFFENTLIGAS REGI

Avseende kommunal verksamhet saknas det underlag som visar i vilken utsträckning näringsverksamhet bedrivs i förvaltningsform, däremot omsatte kommunal- och landstingsägda bolag drygt 170 miljarder kronor år 2006. Uppgifter om hur stor del av denna verksamhet som är utsatt för konkurrens saknas.⁴ Att kommunal- och landstingsägda bolag delvis bedriver verksamhet i konkurrens med privata företag torde dock vara uppenbart.

Vad gäller näringsverksamhet som bedrivs i statlig regi kan sägas följande: år 2006 uppgick avgifter avseende uppdragsverksamhet till 43,5 miljarder kronor (ca. 79 procent av de totala intäkterna) för myndigheterna. Motsvarande siffra för affärsverken var 9 miljarder kronor (ca. 65 procent av de totala intäkterna). Den totala försäljningen till aktörer utanför statsförvaltning uppgick till ca. 39,7 miljarder kronor för myndigheterna, inklusive affärsverken.⁵ Det saknas dock uppgifter om hur mycket av denna försäljning som avser uppdragsverksamhet. Vidare saknas även uppgifter om i vilken utsträckning statliga myndigheters försäljning av varor och tjänster till andra statliga myndigheter skett i konkurrens med andra aktörer.⁶ Enligt en kartläggning som Statskontoret har gjort omsatte myndigheternas konkurrensutsatta verksamheter ca. 25 miljarder kronor år 2006, 109 myndigheter bedrev detta år konkurrensutsatt verksamhet.⁷

Enligt en undersökning gjord av Konkurrensverket menade en tredjedel av de tillfrågade företagen att de möter konkurrens från offentliga aktörer i mycket

3 Om detta stycke se Näringsdepartementets promemoria, Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden, Dnr N2008/4625/MK, s. 16-18.

4 Konkurrensverkets rapportserie, Vål fungerande marknader för ett konkurrenskraftigt Sverige – om regelreformer och offentlig näringsverksamhet, 2008:2, s. 42.

5 Uppgifter från Ekonomistyrningsverket (ESV) 2007.

6 Konkurrensverkets rapportserie 2008:2, s. 42.

7 Statskontorets rapportserie, Konkurrensutsatt eller inte?, 2008:1.

stor omfattning (12 procent) eller i stor omfattning (22 procent)⁸ Organisationen Företagarna visar i en rapport att ca. 18 procent av småföretag med 1-49 anställda upplever sig vara utsatta för konkurrens från offentlig verksamhet.⁹

3. OFFENTLIG KONKURRENS PÅ OJÄMNLIKA VILLKOR

Stycket ovan visar att det offentliga bedriver näringsverksamhet i konkurrens med privata företag. Detta behöver inte nödvändigtvis vara ett problem. På en del marknader behövs det offentliga initiativ och förekomsten av privata aktörer på en marknad är inget argument i sig för att verksamhet i offentlig regi inte skall få förekomma.

Många näringsidkare upplever dock att staten eller kommunen bedriver näringsverksamhet i konkurrens med dem på ojämnliska villkor. Problematiken uppmärksammades redan 1994 då en utredning tillsattes för att motverka konkurrensproblem i samband med att offentliga och privata aktörer möts på marknaden.¹⁰ År 2007 handlade 12 procent av de tips och klagomål som inkom till Konkurrensverket om offentliga aktörer som ägnat sig åt otillbörlig näringsverksamhet.¹¹ Enligt Konkurrensverket är det framförallt tre klagomål som är särskilt framträdande: verksamheten subventioneras så att man inte behöver bära sina egna kostnader, det sker en sammanblandning av myndighetsrollen och näringsverksamheten och information från myndighetsrollen vidareutnyttjas för kommersiella syften.¹²

Att offentlig näringsverksamhet subventioneras med offentliga medel ger upphov till underprissättning. Detta kan i sin tur utgöra ett problem då ineffektiv verksamhet finansieras genom skattemedel och riskerar att tränga undan mer effektiva företag, samhällsresurserna utnyttjas inte effektivt. Subventioner av offentlig näringsverksamhet tar sig olika uttryck. Det kan röra sig om korssubventionering då en offentlig aktör tar intäkter från en reglerad monopolverksamhet för att hålla nere priserna på en konkurrensutsatt verksamhet,

8 Konkurrensverkets rapportserie, Myndigheter och marknader - tydligare gräns mellan offentligt och privat, 2004:4, s. 50.

9 Företagarna, Osund konkurrens - ett hinder för små företag, maj 2008.

10 Dir 1994:72. Resulterade i betänkandet: SOU 1995:105, Konkurrens i balans - åtgärder för ökad konkurrensneutralitet vid offentlig prissättning m.m.

11 Konkurrensverkets rapportserie 2008:2, s. 42.

12 Konkurrensverkets rapportserie 2008:2, s. 43-47. Nedan följande tre stycken hänför sig alltså till denna källa.

vilket enligt Konkurrensrådet är den vanligaste typen av subventionering.¹³ Vidare förekommer subventionering då konkurrensutsatt verksamhet bedrivs integrerat med anslagsfinansierad verksamhet eftersom det förekommer att de faktiska kostnaderna för verksamheten inte beaktas, t.ex. kapital-, lokal och lönekostnader, vilket leder till underprissättning. Offentlig verksamhet har också en lägre kapitalkostnad då den finansiella risken eller risken för konkurs är avsevärt mindre än för privata företag. Verksamhetens fortskridande garanteras i högre utsträckning genom möjlighet till lån eller garantier från stat och kommun. Vid överkottsförsäljning, som vid tillfällig art är tillåten enligt kommunalrättslig praxis, förekommer det att den offentliga aktören sätter ett pris motsvarande de rörliga kostnaderna, vilket är lägre än de faktiska kostnaderna. Det bortses alltså från fasta kostnader och försäljningen subventioneras indirekt.

Att den konkurrensutsatta näringsverksamheten bedrivs i kombination med myndighetsutövning kan också ge upphov till konkurrensproblem och förtroendeproblem. Konkurrensen kan snedvridas vid t.ex. upphandlingar då egenregienheten konkurrerar med privata aktörer och egenregienheten gynnas genom förmånligare villkor eller avbrutna upphandlingar. Det förekommer också att kontrakt tilldelas den egna verksamheten utan föregående upphandling. Ett ytterligare exempel som kan snedvrیدا konkurrensen är då resurserna eller infrastrukturen som den offentliga verksamheten har genom myndighetsutövningen används som försäljningskanal i den egna näringsverksamheten. Ett exempel är då Svensk Bilprovning AB säljer bildiagnoser och säkerhetskontroller i konkurrens med privata företag och använder rollen som myndighetsutövare för att gynna denna verksamhet.

Ofta förekommer det att den offentlige aktören har ensam eller unik tillgång till en funktion, t.ex. en databas med information, på grund av det åläggs myndigheten att upprätta denna inom ramen för myndighetsuppdraget. Vid dessa situationer finns det en risk att myndigheten vid tillhandahållandet av t.ex. viss information gynnar sin egen näringsverksamhet och att informationen inte tillhandahålls marknadens aktörer på samma villkor. Ett exempel på en sådan situation är marknaden för digitala sjökort. Genom sin myndighetsroll har Sjöfartsverket ensam tillgång på information nödvändig för produktion av digitala sjökort. På marknaden för digitala sjökort konkurrerar Sjöfartsverket

13 SOU 2007:117, Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor.

med flera privata företag.¹⁴

4. MÖJLIGHET ATT FÅ OTILLBÖRLIG OFFENTLIG KONKURRENS PRÖVAD

4.1. KOMMUNALLAGEN

Som ovan redogjorts för ska den verksamhet som kommunen bedriver följa vissa principer. Detaljerade bestämmelser för vilken verksamhet som kommunen skall bedriva saknas dock i kommunallagen, denna fråga har således lämnats till domstolarna att avgöra i det enskilda fallet. En grundläggande brist i kommunallagen är dock att frågor om kommunens verksamhet i många fall inte kan bli föremål för prövning, speciellt inte på talan av privata näringsidkare. Den möjlighet som kommunallagen ger är laglighetsprövning, vilket regleras i 10 kap. kommunallagen. Enligt kommunallagen kan vidare endast beslut överklagas. Ibland startas dock en verksamhet utan att ett formellt beslut tas. Beslut som fattas av kommunala bolag kan inte heller bli föremål för prövning, utan endast de beslut som fattas av kommunfullmäktige, kommunala nämnder m.fl. kan prövas. Vidare är det bara kommunmedlemmar som har rätt att överklaga besluten. Med kommunmedlem avses den som är folkbokförd, äger fastighet eller är taxerad för kommunalskatt i kommunen. Företag kan således endast överklaga beslut i egenskap av fastighetsägare. Avslutningsvis måste ett kommunalt beslut överklagas senast tre veckor efter det att det justerade protokollet anslogs på kommunens anslagstavla. Möjligheterna tycks alltså vara små att på kommunalrättslig väg pröva om den näringsverksamhet som bedrivs ligger inom den kommunala kompetensen eller om sättet som denna bedrivs på är förenlig med kommunallagen.

4.2. KONKURRENSLAGEN

Konkurrenslagen i dess nuvarande utformning saknar bestämmelser som specifikt tar sikte på offentlig näringsverksamhet. Förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen mot konkurrensbegränsande samarbete torde mycket sällan vara tillämplig. Förbudet i 2 kap. 7 § konkurrenslagen mot missbruk av dominerande ställning bör vara den bestämmelse som ligger närmast till hands, men även denna bestämmelse är svår att tillämpa på otillbörlig offentlig näringsverksamhet. För att det skall vara fråga om missbruk av dominerande ställning krävs nämligen dels dominerande ställning på den relevanta marknaden, dels

14 För detta exempel se Svenskt Näringslivs rapport, Osund statlig konkurrens slår ut privat företagsamhet, oktober 2006, s. 10.

missbruk av denna dominerande ställning. Med avseende på underprissättning uppställs också ett avsiktsrekvisit, vilket torde vara svårt för näringsverksamhet i offentlig regi att uppfylla.¹⁵

4.3. ÖVRIGA MÖJLIGHETER

Man skulle även kunna tänka sig att försöka använda sig av regler som återfinns i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Lagen om offentlig upphandling har bestämmelser som skall säkerställa att en upphandlande enhet uppträder på ett konkurrensneutralt sätt. Lagen tar dock i första hand sikte på offentliga aktörer som köpare, inte säljare, vilket begränsar dess räckvidd.

5. EN NY PRÖVNINGSMÖJLIGHET I KONKURRENSLAGEN

Trots att problem med offentlig näringsverksamhet har funnits sedan långt tid tillbaka och många utredningar har gjorts, har lagstiftaren ändå inte valt att försöka lösa dessa problem i den nya konkurrenslagen som trädde i kraft den 1 november 2008. Som ovan anförts tillsattes en utredning redan 1994 som resulterade i betänkandet Konkurrens i balans - åtgärder för ökad konkurrensneutralitet vid offentlig prissättning m.m.¹⁶ Regeringen beslöt 1997 att inrätta Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Konkurrensrådet). Rådets arbete mynnade ut i betänkandet Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor.¹⁷ Med utgångspunkt i rådets betänkande utarbetades inom Näringsdepartementet departementspromemorian Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor.¹⁸ Konkurrensverket, Svenskt Näringsliv och andra intresseorganisationer har dessutom vid ett flertal tillfällen gett uttryck för de konkurrensproblem som råder mellan offentliga och privata aktörer på konkurrensutsatta marknader. Trots detta behandlar alltså inte den nya konkurrenslagen frågan. Det har emellertid utarbetats en departementspromemoria¹⁹ med förslag på ändring i den kommande konkurrenslagen. Lagändringen föreslås träda i kraft den 1 juli 2009.

15 Angående detta stycke se Näringsdepartementets promemoria, Dnr N2008/4625/MK s. 25, Konkurrensverkets rapportserie 2008:2, s. 48, Indén, Tobias och Madell, Tom, Allmännyttig verksamhet eller missbruk av dominerande ställning?, JT 2002-03, s. 45.

16 SOU 1995:105.

17 SOU 2000:117.

18 Ds 2001:17.

19 Näringsdepartementets promemoria, Dnr N2008/4625/MK.

Lagändringen som föreslås i den promemoria som nu utarbetats liknar den lösning som föreslogs redan 2001 i departementspromemorian Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor. Förslaget går i korthet ut på att en verksamhet som bedrivs av stat, kommun eller landsting av ekonomisk eller kommersiell karaktär får förbjudas eller att ett förfarande i denna verksamhet får förbjudas om det snedvrider, eller är ägnat att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Vid förbudsbedömningen skall fästas vikt vid om verksamheten eller förfarandet i verksamheten är försvarbart från allmän synpunkt och vid denna bedömning skall särskilt beaktas om verksamheten eller förfarandet strider mot lag, författning eller något annat bindande direktiv. Den centrala paragrafen avseende konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet föreslås ha följande lydelse:

Stockholms tingsrätt får förbjuda staten, en kommun eller ett landsting att driva en verksamhet som omfattas av 1 kap. 5 §, eller att i denna tillämpa ett visst förfarande, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden.

Förbud enligt första stycket får inte meddelas beträffande verksamheter eller förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Vid prövning av frågan om försvarbarhet ska det särskilt beaktas om verksamheten eller förfarandet strider mot en lag, en annan författning eller något annat för staten, kommunen eller landstinget bindande direktiv. Om försvarbarhet saknas på någon annan grund får såvitt avser verksamhet som bedrivs av en kommun eller ett landsting förbud endast meddelas i fråga om ett förfarande i verksamheten.

Vad som här sägs gäller även en verksamhet eller ett förfarande i en annan juridisk person om staten, en kommun eller ett landsting direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över den juridiska personen genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt. Vad som sägs om staten, en kommun eller ett landsting tillämpas därvid på den juridiska personen.

För fullständighetens skull skall sägas att hänvisningen i paragrafen sker till en bestämmelse i den nya konkurrenslagen som stadgar: "I denna lag avses med företag en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller

kommersiell natur, dock inte till den del verksamheten består i myndighet-sutövning.”

Lagändringen som föreslås är naturligtvis ett välkommet förslag för att försöka få bukt på de problem som idag existerar. Det finns dock anledning att peka på en del brister som förslaget tycks ha.

Rent generellt kan sägas att den föreslagna lösningen uppställer ganska många krav för att ett förbud skall bli aktuellt. En prövning skall göras i två steg. Det skall dels vara fråga om ett visst förfarande enligt första stycket, sedan skall det göras en försvarbarhetsbedömning enligt andra stycket. I praktiken kan man föreställa sig att det med denna regelstruktur kan föreligga svårigheter att föra en framgångsrik talan.²⁰ Det torde vara fallet framförallt mot bakgrund av att det saknas mycket information, uppgifter och dokumentation om i vilken uträkning det offentliga faktiskt bedriver näringsverksamhet i konkurrens med privata aktörer. Till exempel är det sällan som offentlig näringsverksamhet särredovisas,²¹ förekomsten av underprissättning och subventioner kan då bli svår att påvisa, vilket vållar problem i förhållande till det första rekvisitet i regeln.²² Vidare avseende försvarbarhetskriteriet i regeln är som ovan anförts reglerna för vilken verksamhet som statliga organisationer får ägna sig åt ofta otydliga. Det blir då svårt att göra en bedömning enligt detta kriterium.²³

Vidare tar konfliktlösningensregeln som den kallas i promemorian sikte på situationer när offentliga aktörer uppträder som producenter eller distributörer av varor eller tjänster på marknaden. Det framkommer av promemorian att regeln inte omfattar beteende då den offentlige aktören stödjer den egna säljverksamheten ekonomiskt i den ena eller andra formen. Konfliktlösningensregeln omfattar inte heller gynnande av egenregienheten i samband med att den offentlige aktören agerar upphandlare.²⁴ Detta är precis det beteende som ovan beskrivits som en del av det problem som idag existerar.

20 Därmed inte sagt att regeln i teorin inte uppfyller de krav som ställs i relation till andra rättsregler och vad som krävs för att reglera en i detta fall relativt komplex fråga.

21 Konkurrensverkets rapportserie, 2008:2, s. 51.

22 Se Konkurrensverkets yttrande med anledning av promemorian Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden, Dnr 379/2008, s. 4.

23 För vidare bevisvärigheter m.m. kan hänvisas till Konkurrensverkets yttrande med anledning av promemorian Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden, Dnr 379/2008.

24 Näringsdepartementets promemoria, Dnr N2008/4625/MK, s. 34.

Ett annat problem med den föreslagna konfliktlösningsregeln är dess förhållande till den kommunala självkostnadsprincipen som återfinns i 8 kap. 3 c § kommunallagen. Den kommunala självkostnadsprincipen är en generell princip som innebär att avgifter skall bestämmas så att överskott undviks, avgifterna skall alltså täcka kommunens kostnader. Principen har motiverats på grund av att det skyddar konsumenterna från monopolprissättning när den offentlige aktören har ensamrätt på viss verksamhet. På de marknader där det råder fungerande konkurrens kan dock principen ifrågasättas vilket även gjordes i rapporten Avgifter inom kommunal verksamhet,²⁵ där det föreslogs att avgifter skall få sättas marknadsmässigt på marknader med fungerande konkurrens där kommunen agerar.²⁶ Självkostnadsprincipen påbjuder alltså underprissättning, speciellt då kommuners självkostnad ofta blir lägre än självkostnaden för privata aktörer, då sättet att beräkna självkostnad avviker från det gängse företagsekonomiska sättet att beräkna självkostnad.²⁷ Underprissättning är alltså i många fall en direkt följd av självkostnadsprincipen och den föreslagna konfliktlösningsregeln kan inte appliceras i dessa fall eftersom beteendet är påbjudet i lag och således försvarbart enligt andra stycket i den föreslagna regeln.²⁸

6. FÖRSLAG PÅ YTTERLIGARE ÅTGÄRDER ATT UTFORSKA

Konfliktlösningsregeln är troligen en dellösning på problemet med näringsverksamhet som bedrivs på ojämnliska villkor i det offentliga regi. Det finns dock anledning att överväga även andra lösningar som delvis har en mer proaktiv utgångspunkt i relation till en förbudsregel för redan etablerad verksamhet.²⁹ Kortfattat skall nu redovisas för ett par förslag som kan fungera som uppslag för vidare forskning.

25 Ds. 1993:16, Avgifter inom kommunal verksamhet - en modifierad självkostnadsprincip.

26 Se även Näringsdepartementets promemoria, Dnr N2008/4625/MK s. 15. Indén, Madell, Allmännyttig verksamhet eller missbruk av dominerande ställning?, s. 45. Sistnämnda källa argumenterar dock sammanfattningsvis för att en modifiering av självkostnadsprincipen inte är att föredra, se s. 51-53.

27 Se vidare Indén och Madell, Allmännyttig verksamhet eller missbruk av dominerande ställning?, s. 41-42.

28 Se Näringsdepartementets promemoria, Dnr N2008/4625/MK s. 40. Se även Indén och Madell, Allmännyttig verksamhet eller missbruk av dominerande ställning?, s. 41-42.

29 En bra översikt över lämpliga lösningar ges i Konkurrensverkets rapportserie, 2008:2, s. 49-51.

Av framställningen ovan är det tydligt att problemen med otillbörlig offentlig näringsverksamhet delvis bör kunna undvikas om regelverket kring de statliga organisationernas verksamhet blir tydligare. Varför myndigheter skall ägna sig åt näringsverksamhet på konkurrensutsatta marknader bör i högre utsträckning motiveras i styrdokumentet.³⁰ År 2006 gav regeringen Förvaltningskommittén i uppdrag att se över den statliga förvaltningens uppgifter. Betänkandet presenteras i december 2008 och innehåller en rad åtgärder för att tydliggöra statsförvaltningens uppgifter och roll. Än så länge har förslagen dock inte implementerats i lag eller förordning.

Som ovan beskrivits består delvis problemet av att offentlig verksamhet subventioneras på olika sätt. Statsstödsreglerna i EG-fördraget möjliggör förbud för statsstöd om detta överstiger 200 000 euro under en period om 3 år och detta riskerar att snedvrider konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstaterna.³¹ I Danmark har man som komplement till dessa regler i den nationella konkurrenslagstiftningen infört en regel som möjliggör förbud och återbetalning även för subventioner som påverkar konkurrensen inom landet. Att införa en sådan nationell regel i Sverige med lägre beloppsgränser än vad som följer av det EG-rättsliga regelverket skulle kunna övervägas.

Ytterligare en åtgärd som får ses som nödvändig för att överhuvudtaget få insikt om subventioner och underprissättning förekommer, är att i högre utsträckning särredovisa offentlig näringsverksamhet. Lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella instrument m.m., den s.k. transparenslagen, utgör ett viktigt komplement till EG:s statsstödsregler. I lagen ställs det krav på myndigheter och offentliga företag att särskilja verksamheten i olika delar och redovisa transaktioner mellan dessa delar. Lagen omfattar dock bara företag som omsätter mer än 40 miljoner euro per år. Regler som på ett liknande sätt skulle ställa krav på mindre verksamheter skulle ge mer information om subventioner och stöd som snedvrider konkurrensen och ett sådant beteende skulle bli lättare att upptäcka.

7. AVSLUTNING

Att staten och kommuner bedriver näringsverksamhet i konkurrens med privata aktörer på ojämnliska villkor är en företeelse som upprör många privata företagare. Maktlösheten för privata näringsidkare tilltar i och med att förfarandet är mycket svårt att få prövat i domstol. Förslag på en lagändring för att få till

30 Konkurrensverkets rapportserie, s. 49.

31 Se närmare EG-förordning nr 1998/2006 samt artikel 87 och 88 i EG-fördraget.

stånd en möjlighet att pröva det offentligas agerande på olika marknader har emellertid arbetats fram. Förslaget innehåller emellertid, som visats i denna artikel, en del brister och möjligheten för näringsidkare att få domstol att meddela ett förbud mot en verksamhet som bedrivs i offentlig regi verkar i realiteten vara ganska liten. Det regelverk som idag finns för att skapa effektiva och konkurrenskraftiga marknader inom EU och i Sverige är väl utvecklat och relativt omfattande. Det innefattar allt från regler om konkurrensbegränsande samarbete, missbruk av dominerande ställning, förvärvskontroll och offentlig upphandling. Tyvärr saknas ett lika omfattande och effektivt regelverk för den näringsverksamhet som bedrivs på ojämnliska villkor av offentliga aktörer, något som är tråkigt att konstatera i en modern marknadsekonomi som Sverige år 2009. 