



LUND UNIVERSITY

EU-rätt som inte kommer från EU – om svensk överanpassning till EU:s regler

Bakgrundsrapport till Jämlikhetskommissionen

Hettne, Jörgen

2020

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Hettne, J. (2020). *EU-rätt som inte kommer från EU – om svensk överanpassning till EU:s regler: Bakgrundsrapport till Jämlikhetskommissionen*. (07 uppl.) Jämlikhetskommissionen.

Total number of authors:

1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

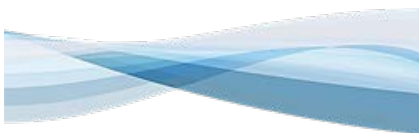
LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

EU-rätt som inte kommer från EU
– om svensk överanpassning
till EU:s regler

Bakgrundsrapport till Jämlikhetskommissionen

Av Jörgen Hettne



Jämlikhetskommissionen

Innehåll

1	Inledning	5
2	EU-rätten och dess krav på nationell anpassning	9
3	Undantag från EU:s inre marknadsregler	11
4	Alkohollagen (2010:1622) – 4 kap. 4 § 7 – privatinförsel	17
5	Spellagen (2018:1138)	23
6	Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse	29
7	EU:s statsstödsregler	33
8	Lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag	41
9	Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling	49
9.1	Inledning	49
9.2	EU:s regler om offentlig upphandling.....	50
9.3	Undantag för egenregi.....	52
9.4	Processbenägenhet och rättsmedel på upphandlingsområdet	55
10	Slutsatser	61

1 Inledning

EU-medlemskapet påverkar och sätter ramar för den svenska samhällsutvecklingen. Områden som särskilt berörs är arbets- och bostadsmarknaden samt välfärdssektorn i allmänhet. Utöver inre marknadsreglerna i allmänhet (de s.k. fyra friheterna) märks här framför allt statsstöds- och upphandlingsreglerna. Båda dessa områden har utvecklats väsentligt inom EU på senare tid. Två tendenser är tydliga i denna utveckling. För det första ökar EU-rättens spännvidd då allt fler verksamheter betraktas som ”ekonomiska”. Detta beror inte bara på en omdefiniering i praxis från rättstillämpande organ som Europeiska kommissionen och EU-domstolen, utan också på de privatiseringar och liberaliseringar som skett de senaste decennierna i offentlig verksamhet (den s.k. marknadiseringen). För det andra vidgas de EU-gemensamma undantagen för icke-ekonomiska hänsyn. Detta sker för att finna en rimlig balans mellan marknadsintresset och allmänintresset. En effekt av denna utveckling är emellertid att EU:s samlade regelverk blir mer komplext och svårbedömt, eftersom det inbegriper många intresseavvägningar. Ett tydligt exempel på detta är EU:s regelverk för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (Services of General Economic Interest, SGEI), vilket utgör en modellagstiftning för hur delvis motstridiga intressen kan vägas samman och på så sätt uppnå EU:s fördragsfästa mål om en social marknadsekonomi.

För svensk del finns tydliga tecken på att det är EU:s huvudregler och konkurrensintresse som stått i fokus vid den EU-anpassning som skett på flera områden. Undantagsreglerna, som syftar till en rimlig balans mellan potentiellt motstridiga intressen, har det i många fall fästs betydligt mindre vikt vid. Man kan här tala om en överanpassning till de krav som följer av medlemskapet i EU. Med detta menas att ett medlemsland i EU på olika sätt väljer att inte utnyttja sitt handlingsutrymme inom ramen för EU-rätten, vilket får

till följd att EU-rättens huvudinriktning i form av frihandel och konkurrens får ett mer absolut genomslag än vad som är åsyftat. En överanpassning kan vara av övergripande slag, till exempel genom att en viss marknad som tidigare stått under statlig kontroll liberaliseras såsom en följd av medlemskapet i EU, trots att det inte krävs enligt EU-rätten. Både omregleringen av den svenska apoteks- och spelmarknaden är exempel på förändringar som i huvudsak skett utan att detta har krävts till följd av EU-rätten.¹ En överanpassning kan också vara mer specifik. Med så kallad *överskjutande implementering*² menas att EU-regler i ett direktiv införs i ett land, men landet väljer att utsträcka reglerna till situationer som inte omfattas av EU-direktivet. Ett svenskt exempel på detta är den svenska upphandlingslagstiftningen, framför allt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Denna lag bygger praktiskt taget helt på bakomliggande EU-direktiv, men den går längre, eftersom den tillämpas även för offentlig upphandling som ligger under de tröskelvärden som gäller enligt EU:s direktiv.³ En tredje form av överanpassning är *övertolkning*. I detta fall sker överanpassningen i själva rättstillämpningen genom att EU:s huvudregler tolkas mer absolut än vad som krävs, dvs. utan att tillämpliga undantag beaktas. I samtliga fall kan det naturligtvis finnas fog för en överanpassning. Det kan dock vara viktigt att hålla isär vad som i juridisk mening följer av EU-medlemskapet och vad som grundas på andra skäl.

I det följande diskuteras situationer i Sverige där det förekommit en överanpassning av något slag. Ett första exempel är den svenska alkoholregleringen och i synnerhet de liberala reglerna för privatinförsel av alkohol. Ett andra exempel är den svenska spelregleringen som nyligen har reformerats och öppnats upp för privata aktörer på den svenska spelmarknaden. Ett tredje exempel är EU-anpassningen av villkoren för allmännyttiga bostadsföretag som får anses gå längre

¹ De krav som följer av EU-rätten framgår av EU-domstolens domar i mål C-438/02, Hanner, EU:C:2005:332 respektive de förenade målen C-447/08 och C-448/08, Sjöberg och Gerdin, EU:C:2010:415. Se Hettne, J., Apoteksdomen – Monopolet på fallrepet i Europarättslig tidskrift 2005, s. 562 och Spelet om spelintäkterna: Spellicensutredningen och EU-rätten, Sieps 2017:7epa.

² En svensk term som använts för detta är också ”överskjutande införlivande av direktiv” Jfr Hettne, J. & Otken Eriksson, I. (red.), EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 u., Norstedts Juridik 2011, s. 183 f. Se vidare Bernitz, U. & Kjellgren, A., Europarättens grunder, 6 u., Norstedts Juridik 2018, s. 292 f. och Bjerke, C., Överskjutande införlivande av direktiv, Europarättslig tidskrift 2006, s. 644.

³ Från 2020 gäller t.ex. ett tröskelvärde för varor och tjänster om 1 427 377 kr och för sociala tjänster om 7 701 675 kr. Se www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/Upphandlingsforfaranden/troskelvarden/

än vad EU-rätten kräver. Ett fjärde exempel är den svenska lagen om offentlig upphandling (LOU), som bland annat medfört att intresset av fri konkurrens och klagomöjligheter för enskilda företag (leverantörer) drivits längre än som krävs enligt EU-rätten.

Innan vi kommer in på dessa exempel finns det dock anledning att i mer allmänna termer beröra vilka krav som följer av medlemskapet i EU. Jag kommer också att översiktligt gå igenom EU:s regler i anslutning till de olika exemplen. Avslutningsvis förs en mer allmän diskussion om överanpassning mot bakgrund av vad som framkommit i rapporten.

2 EU-rätten och dess krav på nationell anpassning

Medlemskapet i EU ställer krav på förändringar i alla medlemsstater. Frågor som uppmärksammades under de svenska medlemskapsförhandlingarna var till exempel alkoholpolitiken, snuset och offentlighetsprincipen. Någon politisk strömlinjeförändring innebär dock inte medlemskapet i EU, vilket illustreras av att Systembolaget och snuset finns kvar samt en i allt väsentligt bibehållen offentlighetsprincip. Det finns samtidigt områden som kommer att påverkas mer av medlemskapet än man vid denna tidpunkt kunde förutse. År 1994 gjordes t.ex. en analys av hur kommunernas och landstingens verksamhet kunde komma att påverkas av ett svenskt EU-medlemskap.¹ Bedömningen var att kommunernas och landstingens verksamhet i mycket begränsad utsträckning skulle påverkas av EU-rätten. Utredningen ansåg till exempel att EU:s regelverk om fri rörlighet för personer och arbetstagare inte generellt sett kunde förväntas få några mer betydande konsekvenser för verksamheterna i kommuner och landsting. Även på hälso- och sjukvårdsområdet kunde ett svenskt EU-medlemskap, enligt utredningen, endast komma att få vissa indirekta konsekvenser för landstingen, främst genom informations- och erfarenhetsutbyte, eftersom medlemsländernas hälso- och sjukvårdslagstiftning inte var föremål för EU-rättslig harmonisering. Dock påpekades att EU:s regler om offentlig upphandling av varor och tjänster skulle inverka på all offentlig verksamhet, inklusive den kommunala.

I backspegeln har det visat sig att denna bedömning var felaktig. Betydelsen av upphandlingsreglerna uppmärksammades visserligen redan 1994 men graden av faktisk påverkan framskyntade inte. Samtidigt måste påpekas att EU vid denna tidpunkt var en annorlunda

¹ *Kommunerna, landstingen och Europa* (SOU 1994:2).

organisation än i dag. EU-rätten har expanderat väsentligt de senaste 25 åren. En ytterligare, ofta förbisedd, förklaring är utvecklingen på nationell nivå. Om statligt reglerade marknader liberaliseras och tidigare offentliga företag privatiseras, flyttas allt fler områden in under EU-rättens tillämpningsområde. Detta är också en förklaring till varför EU-rättens grundprinciper rörande fri rörlighet och konkurrens blir alltmer aktuella inom ramen för landstingens och kommunernas verksamhet i Sverige.²

Konsekvenserna av EU-rättens utbredning är att många nationella beslut (på såväl central som regional och lokal nivå) placeras i en ny juridisk kontext, där rättsliga krav ställs i det fall det gemensamma intresset av en fungerande inre marknad riskerar att störas. De politiska beslutsfattarna måste därför – om de påverkar marknadsmekanismerna – visa vilket samhällsintresse de eftersträvar, säkerställa att det inte uppstår diskriminering av EU-medborgare från andra EU-länder och i många fall också visa att den politiska åtgärden som valts är nödvändig för att åstadkomma det eftersträvade resultatet och står i proportion till detta.³ Man kan här tala om en juridifiering av politiken, som kräver ökad medvetenhet och kunskap om både det svenska och europeiska regelverket.⁴ Det finns mot denna bakgrund också en inbyggd risk att den politik som bedrivs grundas på felaktiga analyser av den bakomliggande juridiken, det vill säga EU-rätten. Det är i sådana situationer som frågan om överanpassning, inte minst i form av övertolkning, kommer in.

I det följande kommer vi in på sådana exempel. Först ska emellertid visas att det finns en gräns för hur mycket EU-rätten får påverka den nationella politik som förs. Om denna grundas på ett allmänintresse och konkurrensen inte snedvrids på ett omotiverat sätt till förmån för vissa företag, är de nationella åtgärderna, även om de inte alltid gillas av marknaden, förenliga med EU-rätten.

² Hettne, J., Kommunal affärsverksamhet i EU-rättslig belysning, *Europarättslig tidskrift* 2012, s. 227.

³ *Ibid.*, s. 228.

⁴ Jfr Azoulai, L., The Court of Justice and the Social Market Economy, *Common Market Law Review* 2008, s. 1335, se särskilt s. 1342.

3 Undantag från EU:s inre marknadsregler

Om en offentlig åtgärd medför en begränsning av den fria rörligheten på EU:s inre marknad kan man utgå ifrån att den träffas av något av de förbud som kommer till uttryck i de fyra ekonomiska friheterna. I viss mån kan även restriktioner från privaträttsliga objekt omfattas.¹ Dessa förbud är dock inte undantagslösa. Ett tydligt exempel på detta är artikel 36 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) som anger undantag som – trots förbuden i artikel 34 och 35 FEUF mot restriktioner i den fria rörligheten för varor – kan åberopas till stöd för nationella åtgärder som skapar hinder för varor från andra medlemsstater. I artikel 36 FEUF anges att bestämmelserna i artiklarna 34 och 35 inte ska hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Enligt artikel 36 får sådana förbud eller restriktioner dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. EU-domstolen har slagit fast att artikel 36 och dess undantag måste tolkas snävt. Syften som inte direkt framgår av artikeln kan därför inte åberopas. Det innebär till exempel att de samhällshänsyn som ett undantag kan stödja sig på måste vara av icke-ekonomisk natur.² Därutöver måste åtgärderna vara proportionerliga till sina

¹ Se t.ex. mål 36/74, *Walrave and Koch*, EU:C:1974:140, mål C-281/98 *Angonese*, EU:C:2000:296 och mål C-438/05 *The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union*, EU:C:2007:772. Jfr Weatherill, S., *The Internal Market as a Legal Concept* (Oxford University Press 2016), kap. 7, s. 95 ff.

² Se t.ex. mål 7/61, *kommissionen mot Italien*, EU:C:1961:31.

syften och det får inte finnas alternativa, mindre handelshämmande, åtgärder som skulle kunna uppnå skyddssyftena lika väl. Först när samtliga villkor uppfyllts kan nationella bestämmelser anses rättfärdigade enligt artikel 36 och det är den medlemsstat som stöder sig på skyddshänsynen i fråga som måste visa att skyddsbehov föreligger.³ Det krävs därför en mycket övertygande motivering i dessa fall, i regel vetenskapliga bevis. I fråga om människors hälsa har EU-domstolen sålunda slagit fast att undantagsbestämmelsen i artikel 36 FEUF får åberopas när det kan anses föreligga genuina vetenskapliga tvivel beträffande en viss substans ofarlighet. Mot denna bakgrund godtog domstolen i *Trikloretylenfallet*⁴ att det svenska förbudet mot denna kemikalie var både lämpligt och proportionerligt, eftersom av det rådande forskningsläget inte framgick hur hög exponering som var farlig. De svenska bestämmelserna gick därför inte utöver vad som kunde anses nödvändigt för att skydda arbetstagares hälsa.

Precis som för varor finns undantag också i förhållande till EU:s övriga ekonomiska friheter. Så anges till exempel för arbetskraftens fria rörlighet i artikel 45.3 FEUF att medlemsstaterna kan inför begränsningar som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa. Av artikel 52 FEUF, som återfinns i kapitlet om etableringsrätt, framgår på motsvarande sätt att medlemsstaterna får ha nationella bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare om de grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Denna bestämmelse gäller också på samma sätt för den fria rörligheten för tjänster (artikel 62 FEUF hänvisar till artikel 52 FEUF). I likhet med artikel 36 FEUF ovan har dessa bestämmelser tolkats snävt i rättspraxis.⁵

Ingen av dessa fördragsbaserade undantag är emellertid heltäckande. EU-domstolen har i sin rättspraxis tillskapat nya undantagsmöjligheter. I det välkända målet 120/78 (*Cassis de Dijon*)⁶ slog EU-domstolen fast att även icke-diskriminerande nationella åtgärder kan omfattas av förbudet mot hinder för den fria rörligheten för varor, vilket öppnade för principen om ömsesidigt erkännande, det vill säga

³ Se mål 251/78, *Denkavit Futtermittel*, EU:C:1979:252, mål 227/82 *Van Bennekom*, EU:C:1983:354 och mål C-14/02, *ATRAL SA*, EU:C:2003:265.

⁴ Mål C-473/98, *Tolex Alpha*, EU:C:2000:379.

⁵ När det gäller allmän ordning krävs t.ex. att det föreligger ett verkligt och allvarligt hot mot samhällets grundläggande intressen för att detta undantag ska kunna åberopas, vilket kan variera från medlemsstat till medlemsstat. Se t.ex. mål C-36/02 *Omega*, EU:C:2004:614.

⁶ Mål 120/78, *Rewe-Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, EU:C:1979:42.

att medlemsstaterna som utgångspunkt ömsesidigt ska erkänna varandras produktkrav. Domstolen klarlade dock samtidigt att denna presumtion för fri rörlighet kan brytas om tungt vägande samhällsintressen, så kallade *tvingande hänsyn*, görs sig gällande. Med tvingande hänsyn avses hänsyn till olika allmänintressen som EU-domstolen accepterat som potentiellt viktigare än fri rörlighet. De ovannämnda undantagen i artikel 36 kan naturligtvis göras gällande även i detta sammanhang, men därutöver erbjuder doktrinen om tvingande hänsyn ytterligare ett antal andra, mer eller mindre klart definierade, möjliga rättfärdigandehänsyn. För detta krävs dock att den nationella åtgärden som ska rättfärdigas (t.ex. lagstiftning) i formell mening måste behandla inhemska och utländska varor lika. I mål 120/78 nämndes att under dessa förhållanden kan hänsyn till effektiv skattekontroll, god handelssed och konsumentskydd väga tyngre än intresset av fri rörlighet för varor. I senare domar har denna exemplifiering utökats med bland annat skydd för skapande kulturell verksamhet, sparande på offentliga resurser, förbättrande av arbetsförhållanden, värnande om medias mångfald, biologisk mångfald, skyddande av den ekonomiska balansen i sociala trygghets- och socialförsäkringssystem och miljöhänsyn.⁷ I likhet med vad som gäller vid återopande av artikel 36 FEUF måste medlemsstater som önskar stödja sig på något tvingande hänsyn emellertid kunna styrka sina påståenden och visa att åtgärden står i proportion till sitt syfte.

En motsvarande rättsutveckling har skett avseende övriga friheter. EU-domstolen fastställde till exempel i mål 21/76 *Thieffry*⁸ att etableringsrätten kan begränsas av nationella bestämmelser under förutsättning att dessa är motiverade *med hänsyn till ett allmänintresse*. I skäl 40 i tjänstedirektivets ingress⁹ gjordes ett försöka att sammanfatta denna rättspraxis. Här förklaras att begreppet ”tvingande hänsyn till allmänintresset” som återfinns i direktivet har utvecklats i EU-domstolens rättspraxis rörande artiklarna om etableringsfrihet och tjänster. Det anges att enligt domstolens rättspraxis bör begreppet omfatta åtminstone följande grunder: allmän ordning, allmän säkerhet och folkhälsa som följer direkt av fördraget samt

⁷ Jfr Weatherill, S., *Law and Values in the European Union*, Oxford University Press 2016, e-bok, loc 8880.

⁸ Dom av den 28 april 1977 i mål 71/76, *Thieffry*, EU:C:1977:65.

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden, EUT 2006 nr L 376, s. 36.

upprätthållande av ordning i samhället, socialpolitiska mål, skydd av tjänstemottagarna, konsumentskydd, arbetarskydd, inbegripet arbetstagarnas sociala trygghet, djurskydd, bevarande av finansiell balans i socialförsäkringssystemen, bedrägeribekämpning, förebyggande av illojal konkurrens, miljöskydd och skydd av stadsmiljön, inbegripet samhällsplanering, skydd av långivare, säkrad sund förvaltning av rättsväsendet, trafiksäkerhet, skydd av immaterialrätten, kulturpolitiska mål, inbegripet skydd av yttrandefriheten med avseende på samhällets olika delar, särskilt sociala, kulturella, religiösa och filosofiska värderingar i samhället, behovet av att garantera en hög utbildningsnivå, upprätthållande av pressmångfald och främjande av det nationella språket, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet samt politik för veterinära frågor.

De rättfärdigande grunder som omfattas av doktrinen om tvingande hänsyn utgör alltså inte någon på förhand fastställd uttömmande lista, utan ytterligare undantag kan utvecklas i rättspraxis. Att EU-domstolen både har vidgat förbuden som kommer till uttryck i de fyra friheterna och sedan skapat nya undantagsmöjligheter innebär emellertid att medlemsstaterna kan tvingas försvara och rättfärdiga politiska beslut som de kanske inte haft en tanke på skulle omfattas av EU-rätten. En förekommande uppfattning är att den EU-rättsliga inblandningen i den politiskt betonade utvecklingen kan te sig oförutsebar.¹⁰ Det diskuteras därför ibland om EU-domstolen borde visa större förståelse för nationella politiska system och undvika att ingripa när den nationella politik som medför begränsningar av EU:s ekonomiska friheter vilar på en tydlig demokratisk grund som samtidigt inte är protektionistisk. Vad som ofta är besvärande för medlemsstaterna är den intresseavvägning som följer med proportionalitetsprincipen. Genom proportionalitetsprövningen skapas en möjlighet för såväl EU-domstolen som nationella domstolar att pröva om nationella regler och därmed nationella politiska beslut är nödvändiga och verkningsfulla i förhållande till sitt syfte, och om de mål som ska uppnås kan uppnås på ett sätt som inte inkräktar – eller inkräktar mindre – på EU:s ekonomiska friheter. Det handlar alltså i viss mån om en överprövning av politiska vägval även om denna

¹⁰ EU-rätten har beskrivits som "gubben i lådan (jack-in-the-box). Den överraskar, den stör och dess inverkan är svår att förutsäga. Jfr Wilhelmsson, T., 'Jack-in-the-Box Theory of European Community Law' i Krämer, L., Micklitz, H. och Tonner K. (red.), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order*, Nomos 1997, och Weatherill, S., *Law and Values in the European Union*, Oxford University Press 2016, e-bok, loc 9656.

prövning sker inom rättsliga ramar. EU-domstolen har, till synes mot denna bakgrund, avhållit sig från att tillämpa proportionalitetsprincipen i vissa sammanhang och nöjt sig med att enbart kontrollera att åtgärden i fråga inte är diskriminerande.

Det främsta exemplet på detta är EU-domstolens dom i de *förenade målen C-267/91 och C-268/91 Keck och Mithouard* som rör den fria rörligheten för varor.¹¹ Här prövades en fransk regel som med vissa undantag innebar att en återförsäljare inte fick sälja varor till lägre pris än han köpt dem för. Denna regel ansågs inte utgöra en åtgärd med motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner, vilket är en förutsättning för att den ska omfattas av artikel 34 FEUF som rör den fria rörligheten för varor. EU-domstolens dom visar att en regel som påverkar försäljning av en vara bör betraktas annorlunda än en regel om t.ex. den tekniska utformningen av en vara. Den senare typen av regel, vanligen kallad tekniskt handelshinder, faller alltid inom ramen för artikel 34 FEUF, medan en regel som avser försäljningen av en vara inte behöver göra det.¹² Genom den rättspraxis som följt i kölvattnet på denna dom – den så kallade *Keck-doktrinen* – kan vissa typer av icke-diskriminerande försäljningsformer som inte är ägnade att hindra handeln mellan medlemsstaterna alltså helt falla utanför artikel 34 FEUF. I de *förenade målen C-267/91 och C-268/91 Keck och Mithouard* underströk EU-domstolen att det måste röra sig om åtgärder som träffar samtliga berörda aktörer på marknaden och inte har till syfte att påverka importen mer än internhandeln. Vidare gäller att åtgärder inte får vara diskriminerande (vare sig rättsligt eller faktiskt).

Ett annat exempel på samma typ av återhållsamhet med svensk anknytning är EU-domstolens bedömning av det svenska Systembolaget. I målet spelade det stor roll om artikel 34 FEUF eller artikel 37 FEUF skulle tillämpas. Artikel 37 finns också i kapitlet om varor, men avser specifikt inskränkningar i handeln som uppkommer

¹¹ Se de förenade målen C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard*, EU:C:1993:905. Ett liknande resonemang fördes i mål 75/81 *Blesgen*, EU:C:1982:117, som rörde en belgisk reglering som begränsade möjligheten att sälja starksprit. Ett annat mål som var näraliggande, men avgjordes tidigare, var mål 145/88 *Torfaen Borough Council mot B & Q PLC*, EU:C:1989:593, där domstolen godtog en engelsk begränsning i möjligheten att hålla öppet affärer på söndagar.

¹² Se bl.a. mål C-292/92, *Hünernmund m.fl. mot Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, EU:C:1993:932, de förenade målen C-34-36/95, *Konsumentombudsmannen mot De Agostini och TV-Shop*, EU:C:1997:344 och mål C-405/98, *Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products AB*, EU:C:2001:135.

på grund av ett statligt handelsmonopol. EU-domstolen klargjorde i målet att prövningen enligt artikel 37 inte innefattar ett proportionalitetstest, vilket gör att likheten med en bedömning enligt Keck-doktrinen blir påtaglig. Om en proportionalitetsbedömning hade genomförts, hade det varit nödvändigt att avgöra om den svenska politiken hade kunnat tillgodoses genom ett licenssystem där ett antal butiker, på samma sätt som dagens Systembolagsbutiker, skulle kunna sälja alkohol under kontrollerade former.¹³

Det tycks alltså finnas förståelse från EU-domstolen för att vissa nationella regler är särskilt viktiga för en enskild medlemsstat (ibland flera medlemsstater) och att ett underkännande skulle kunna försvåra den europeiska integrationen. Det har diskuterats huruvida EU-domstolen skulle kunna anamma ett annat och mer transparent angreppssätt, när den testar nationella regler mot bakgrund av inre marknadsreglerna. Det är en utbredd uppfattning att det många gånger är svårt att på förhand veta vad EU-domstolen ska komma fram till, när frågorna blir komplexa och politiskt känsliga.¹⁴

¹³ Se mål C-189/95 Brottmål mot Harry Franzén, EU:C:1997:504. Jfr, för ett resonemang fokuserat på proportionalitetprövningen, förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i samma mål, föredraget den 4 mars 1997, EU:C:1997:101.

¹⁴ Här ska särskilt framhållas professor Miguel Poiars Maduros förslag om att EU-domstolen borde kontrollera vilka intressen som har beaktats i den nationella beslutsprocessen. Se *Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights*, *European Law Journal*, vol. 3, nr 1 1997, s. 55–82 och *We the Court – The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Hart Publishing 1998.

4 Alkohollagen (2010:1622) – 4 kap. 4 § 7 – privatinförsel

Som nämndes ovan har EU-domstolen godtagit att Sverige har ett detaljhandelsmonopol på alkoholområdet, vilket innebär att Systembolaget AB har ensamrätt att sälja alkoholdrycker till landets konsumenter. Trots detta förekommer internetbaserad alkoholförsäljning direkt till svenska konsumenter. Alkohol har på detta sätt till exempel levererats direkt till boende i Lund och Malmö från Danmark på kvällar och helger. Grunden för denna verksamhet är undantaget för *privatinförsel* i alkohollagen. Enligt 4 kap. 4 § punkt 7 alkohollagen (2010:1622) får spritdrycker, vin, starköl och andra jästa alkoholdrycker föras in ”av en enskild person som har fyllt 20 år genom yrkesmässig befordran eller annan oberoende mellanhand, om införseln sker från ett annat land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och dryckerna är avsedda för dennes eller dennes familjs personliga bruk.” Ett företag som genomför hemleveranser i Sverige anser sig alltså inte föra in några alkoholhaltiga drycker i kommersiellt syfte, utan erbjuder enbart privatpersoner hjälp att föra in dessa drycker för personligt bruk. Företaget är därmed inte en importör av utländsk alkohol utan enbart en behjälplig ”oberoende mellanhand”. Detta får betraktas som en vidsträckt tolkning av stadgandet om privatinförsel i alkohollagen, men sådan verksamhet förekommer, och rättsvårdande myndigheter har sällan ansett att det är möjligt att ingripa.

Undantaget för privatinförsel i 4 kap. 4 § punkt 7 alkohollagen utformades i kölvattnet på EU-domstolens dom i målet *Rosengren*¹ och ett sammanhängande mål där Europeiska kommissionen hade väckt talan mot Sverige (mål C-186/05).²

¹ Mål C-170/04, *Rosengren m.fl.*, EU:C:2007:313.

² Mål C-186/05, kommissionen mot Sverige, EU:C:2007:571.

I Rosengren prövades det dåvarande förbudet mot privatinförsel av alkohol gentemot artikel 34 FEUF om den fria rörligheten för varor. Artikel 37 FEUF, som tillämpades i fråga om Systembolaget, ansågs inte tillämplig, eftersom det i detta fall handlade om privatinförsel av alkohol till Sverige och inte detaljhandel i Sverige. EU-domstolen menade att konsumenter som använde sig av den då enda lagliga kanalen för privatinförsel, Systembolagets beställningstjänst, drabbades av *ett flertal olägenheter som de inte skulle ha haft om de själva hade importerat dryckerna*. Sådana olägenheter utgjorde enligt EU-domstolen handelshinder som måste kunna rättfärdigas. Den avgörande frågan blev därför om de svenska reglerna var berättigade av hänsyn till folkhälsan enligt artikel 36 FEUF, och om förbudet mot privatinförsel stod i proportion till sitt syfte.

EU-domstolen framhöll i detta avseende att det följer av fast rättspraxis att människors hälsa och liv intar den främsta platsen bland de värden och intressen som skyddas genom artikel 36 FEUF, och att det ankommer på medlemsstaterna att, inom de gränser som uppställs genom fördraget, fastställa på vilken nivå de vill säkerställa detta skydd. Den betonade emellertid att en nationell reglering eller praxis därutöver måste vara nödvändig för att effektivt kunna skydda människors hälsa och liv. En sådan reglering eller praxis kan inte grundas på det undantag som föreskrivs i artikel 36 FEUF, när människors hälsa och liv kan ges ett lika effektivt skydd genom åtgärder som i mindre omfattning hindrar handeln inom EU.

EU-domstolen påpekade därefter att det svenska införselförbudet tillämpades på envar, oavsett ålder. Enligt domstolen var det därför uppenbart att förbudet gick utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade målet att skydda ungdomar från alkoholkonsumtionens skadeverkningar. Det var inte heller styrkt att det svenska förbudet mot privatinförsel av alkohol stod i proportion till syftet att skydda ungdomar mot alkoholkonsumtionens skadeverkningar.

I det andra målet (C-186/05) yrkade Europeiska kommissionen att domstolen skulle fastställa att Sverige hade åsidosatt sina skyldigheter *genom att förbjuda att privatpersoner importerar alkoholdrycker genom oberoende mellanhand eller yrkesmässig befordran*.³ Domstolen

³ Mål C-186/05, kommissionen mot Sverige, EU:C:2007:571. Jfr den franska termen för oberoende mellanhand: "intermédiaires indépendants". Domen är bara publicerad på svenska och franska.

utgick i sin bedömning från Rosengrendomen och beslutade den 4 oktober 2007 att Sverige hade åsidosatt sina skyldigheter i detta avseende. Efter EU-domstolens domar i Rosengren och kommissionen mot Sverige ändrades den svenska alkohollagen så att privatinförsel av alkoholdrycker blev tillåten. Den svenska lagstiftaren valde att i princip ordagrant föra in EU-domstolens domslut från mål C-186/05 i den svenska alkohollagen. Mot bakgrund av omständigheterna i Rosengrenmålet (C-170/04), som uppenbarligen var den i sammanhanget principiellt viktigaste domen, får med ”oberoende mellanhand” avses en transportör av något slag som är oberoende av säljaren, men inte nödvändigtvis ett yrkesmässigt transportbolag.⁴

I förarbetena till lagändringen anförde emellertid regeringen att för rätten till införsel saknar det betydelse om den bakomliggande transaktionen utgör en distansförsäljning, enligt den definition som ges i lagen om alkoholskatt, och varan transporteras av säljaren eller av någon annan för säljarens räkning, eller om köparen i det aktuella fallet har anlitat transportören.⁵ Denna tolkning innebar en avsevärd vidgning av begreppet ”privatinförsel” eftersom det öppnar för försäljningar på initiativ av säljaren. Detta har i sin tur lett till att det uppträtt ett stort antal aktörer på den svenska marknaden som i kommersiellt syfte *förmedlar* försäljningar av alkoholdrycker från utlandet eller på annat sätt medverkar till sådan försäljning. Som nämndes ovan har till och med snabbleveranser till svenska konsumenter förekommit på kvällar och helger mellan Danmark och Skåne.⁶

Både den senaste borgerliga och nuvarande socialdemokratiska regeringen har dock tillsatt utredningar med syfte att omformulera villkoren för privatinförsel och hindra att nya alkoholentreprenörer

⁴ Alkoholleveransutredningen (SOU 2014:58) anförde att en av huvudanledningarna till att det i dag anses råda oklarheter i vad som är tillåtet eller inte tillåtet enligt detta stadgande är att begreppet ”oberoende mellanhand” har använts. Det har lett till en föreställning om att oberoende aktörer i samband med privatinförsel har stora möjligheter att vidta en rad åtgärder (s. 75). Utredningen anförde också att domen i målet mellan kommissionen och Sverige hade tillmätts för stor betydelse. Den noterade att mål C-186/05 avgjordes av tre domare, medan Rosengrenmålet avgjordes av 13 domare.

⁵ Se Regeringens proposition 2007/08:119 Alkoholfrågor med EG-rättslig anknytning, s. 44 (författningskommentar).

⁶ Se SOU 2014:58 s. 9 samt Hettne, J., Näthandel med alkohol – lagligt eller olagligt? i Nyström, B., Arvidsson, N. och Flodgren, B (red.), *Modern affärsrätt*, Wolters Kluwer 2017, s. 101–116.

tar plats på den svenska alkoholmarknaden.⁷ Mot denna bakgrund har det föreslagits ändringar i alkohollagens fjärde kapitel som skulle innebära att den nuvarande extensiva tolkningen av begreppet ”melanhand” inte längre är möjlig. Det har bland annat föreslagits att uttrycket ”mellanhand” utmönstras ur bestämmelsen om privatinförse. Förslagen har dock blivit kritiserade bland annat för att gränserna för laglig privatinförse skulle förbli alltför oklara och att det skulle vara omöjligt att straffa dem som agerar i gråzonen.⁸ Huruvida svenska undantag från EU:s ekonomiska friheter måste vara så otvetydiga att de uppfyller traditionella krav på rättsäkerhet i Sverige har därmed blivit av avgörande betydelse för att komma tillrätta med önskad alkoholförmedling.

I Alkoholleveransutredningen angavs att det faktum att gränserna för det lagliga området är oklara och förfarandet med privatinförse i princip är oregerat i sig utgjorde ett reformbehov i Sverige, eftersom den grundläggande utgångspunkten när det gäller hantering av alkohol är att den ska vara reglerad. Oklarheterna blir särskilt bekymmersamma om man beaktar att överträdelser av reglerna är straffrättsligt sanktionerade och att den straffrättsliga legalitetsprincipen ställer stora krav på förutsägbarhet och tydlighet. Detta kan, menade utredningen, vara en bidragande orsak till att det inte förekommer domstolsprövningar i nämnvärd omfattning i ärenden som gäller privatinförse av alkoholdrycker. Utredningen konstaterade att de rättsvårdande myndigheterna hade valt att ingripa mot tveksamma e-handelsrelaterade förfaranden med stöd av alkohollagens bestämmelser i högst begränsad utsträckning.⁹

De tillämpningsproblem som uppstått i Sverige kan alltså ha sin förklaring i rättskulturella svårigheter. I Sverige har lagstiftaren sökt fastställa rättsläget genom att med stöd av en dom från EU-domstolen (C-186/05, kommissionen mot Sverige) definiera ett undantag för privatinförse i alkohollagen. Den svenska lagtexten har präglats av detta domsluts lydelse och skilda tolkningar influerade av svenska tolkningstraditioner har gjorts. Legalitetsprincipen som bland annat kommer till uttryck i föresatsen ”nulla poena sine lege” (inget straff

⁷ Se kommittédirektiv 2014:1 E-handel och hemleverans av alkoholdrycker till konsument och promemorian Reglering av distanshandel med alkoholdrycker (Ds 2016:33).

⁸ Se särskilt Advokatsamfundets remissvar R-2014/1227 resp. R-2016/1940, tillgängliga via advokatsamfundets webbsida (advokatsamfundet.se) under remissvar.

⁹ SOU 2014:58 s. 67 ff.

utan lag), har här haft avgörande betydelse, eftersom en domare som bekant hellre ska fria än fälla.

Som framgått byggde den bakomliggande EU-rätten på en intresseavvägning som i Rosengrenfallet resulterade i att dåvarande privatinförselförbud var oproportionerligt. Hur detta ställningstagande förhåller sig till nuvarande rättsläge där ”privat” införsel är tillåtet är dock inte helt klart. Att överföra EU-rättens intresseavvägningar till svensk rätt är uppenbarligen inte enkelt, i synnerhet om straffrättsliga överväganden spelar in.¹⁰ Det som krävs, utöver att de anvisningar som lagen ger är korrekta, är att nationella domstolar och andra rättsvårdande myndigheter gör egna avvägningar och bedömningar samt vid behov ställer frågor till EU-domstolen i komplicerade fall.¹¹ Legalitetsprincipens krav på förutsebarhet kan inte vara den enda parametern av relevans i detta sammanhang. Den transnationella rätt som ska iakttas i alla EU:s medlemsstater är till sin natur mindre förutsebar än nationell rätt i respektive land.¹²

I den situation som har uppstått i Sverige kan nu inskränkningar i näringsfriheten som är tillåtna enligt EU-rätten inte upprätthållas av rättssäkerhetsskäl. För att råda bot på detta får antingen lagstiftningen tolkas mindre enligt sin bokstav och mer enligt sitt ändamål, trots att det handlar som specialstraffrätt, eller så får regleringen överföras till ett annat rättsområde där den kanske rättssystematiskt bättre hör hemma, som den allmänna marknadsföringsrätten.¹³ Även om alkohollagen innehåller ett särskilt kapitel om marknadsföring av alkoholdrycker, är det i grunden en ålderdomlig reglering som successivt har anpassats till nya förutsättningar. Den straffrättsliga förbudsregleringen, som lagen präglas av, framstår inte som det bästa verktyget för att hantera dagens innovativa affärsupplägg i gråzonen för vad som är tillåtet. Det så kallade tillhandagående förbudet i 3 kap. 9 § alkohollagen härstammar från en tid då de företeelser som nu är i fråga var otänkbara, nämligen 1930-talets förordning angå-

¹⁰ Se närmare, Hettne, J., Näthandel med alkohol – lagligt eller olagligt? i Nyström, B., Arvidsson, N. och Flodgren, B. (red.), *Modern affärsrätt*, Wolters Kluwer 2017, s. 101–116.

¹¹ Se Hettne, J., Alkotaxi och alkoholpolitik – E-handel och gårdsförsäljning i Finland, *Europarättslig tidskrift* 2016, s. 469, 490.

¹² *Ibid.*

¹³ Tänkbart är en specialreglering som innehåller motsvarande eller delar av det sanktions-system som återfinns i marknadsföringslagen (2008:486), dvs. förbud, ålägganden, vite, marknadsstörrningsavgift och skadestånd.

ende försäljning av rusdrycker.¹⁴ Av bl.a. detta skäl fann Alkoholleveransutredningen att förbudet i 3 kap. 9 § inte var väl avpassat för att förbjuda dagens affärsupplägg.¹⁵

Sammanfattningsvis illustrerar den besvärliga frågan om privatinförsel att det kan vara en grannlaga uppgift för lagstiftaren att korrigera den svenska rätten efter en dom från EU-domstolen. Ett rättsligt avgörande rör en enskild situation, och domslutet kan sällan som sådant läggas direkt till grund för lagstiftning. I privatinförselfallet var ändringarna i alkohollagen en överanpassning som ledde till en utveckling av en ny försäljningskanal för alkoholdrycker i Sverige. En starkt bidragande orsak till denna utveckling är att det i Sverige är svårt att väga in bakomliggande ändamål i tolkningen av rättsregler där straffrättsliga sanktioner kan komma i fråga.

¹⁴ Se SOU 2013:50, s. 169 f. I 4 kap. 9 § 2 mom. förordningen (1937:436) angående försäljning av rusdrycker stadgades att ”ej må någon genom särskild, för ändamålet driven rörelse eller eljest i större omfattning och mot ersättning tillhandagå annan med anskaffande av rusdrycker.”

¹⁵ Se SOU 2014:58, s. 79.

5 Spellagen (2018:1138)

Den 7 juni 2018 fattade riksdagen beslut om en omreglering av den svenska spelmarknaden. Den svenska spelmarknaden delas därför numera in i en konkurrensutsatt del, som främst omfattar spel online och vadhållning, en del som förbehålls spel för allmännyttiga ändamål och som främst omfattar lotterier och bingo, samt en del som förbehålls staten och som främst omfattar de statliga kasinona och spel på värdeautomater. Skatt på licenspliktigt spel ska tas ut med 18 procent. Spel för allmännyttiga ändamål ska fortsatt vara skattebefriat. Den nya regleringen började gälla den 1 januari 2019 då den nya spellagen (2018:1138) trädde i kraft.

Införandet av en ny spellag har helt klart medlemskapet i EU att göra. Samtidigt är omregleringen ett politiskt val. I praktiken ger EU-rätten medlemsstaterna ett omfattande handlingsutrymme när det gäller utformningen av den nationella spelmarknaden.

Huvudregeln är förvisso att det ska råda fri rörlighet för speltjänster inom EU och därmed fri konkurrens mellan olika spelaktörer på hela EU:s inre marknad. EU:s regler om fri rörlighet för tjänster innebär att alla statliga inskränkningar som försvårar marknadstillträdet för speltjänster ska kunna rättfärdigas. Enligt artikel 56 FEUF är alla nationella begränsningar otillåtna som medför att tjänster från utländska tjänsteleverantörer förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva än där de lagligen tillhandahåller liknande tjänster.¹ Enligt rättspraxis gäller också att om en medlemsstat har lagstiftning enligt vilken leverantörer i en annan medlemsstat inte får erbjuda tjänster i den första medlemsstaten via internet, utgör detta en begränsning av friheten att erbjuda tjänster enligt artikel 56 FEUF.² Dessutom utgör

¹ Se t.ex. mål C-76/90, Säger, EU:C:1991:331, punkt 12, mål C-58/98, Corsten, EU:C:2000:527, punkt 33.

² Se t.ex. mål C-243/01, Gambelli, EU:C:2003:597, punkt 54.

den fria rörligheten för tjänster en rättighet både för leverantörerna och för mottagarna av tjänster, det vill säga även svenska spelkonsumenter.³

Av fördraget och EU-domstolens rättspraxis följer dock som framgått en rad undantag från denna huvudregel. Begränsningar godtas om de grundas på tvingande samhällshänsyn. I fråga om spelverksamhet har domstolen i sina domar erkänt ett antal motiveringar av tvingande allmänintresse, såsom konsumentskydd, förebyggande av bedrägeri och begränsningar av incitament till överdrivna utgifter på spelande samt det allmänna behovet att bevara den allmänna ordningen i samhället. I det sammanhanget kan moraliska, religiösa och kulturella faktorer och de moraliskt och finansiellt skadliga följderna för individen och samhället förknippade med spelande och vadhållning tjäna som motivering för att ge de nationella myndigheterna en tillräcklig bedömningsmarginal, så att de kan avgöra vad som krävs för konsumentskyddet och skyddet av allmän ordning. Begränsningarna måste dock vara lämpliga för att det eftersträvade målet ska nås och inte gå längre än vad som är nödvändigt för att nå målet. Det måste också tillämpas utan diskriminering.⁴

På spelområdet finns mot denna bakgrund ett stort antal exempel då ett allmänintresse har vägt tyngre än fritt tillträde till en medlemsstats spelmarknad.⁵ I det tidiga men samtidigt vägledande målet *Zenatti*⁶ prövades en italiensk spelreglering som gav enbart vissa aktörer rätt att efter särskilt tillstånd (koncession) tillhandahålla vadhållningstjänster. *Zenatti* hade inget sådant tillstånd utan bedrev förmedlingsverksamhet i Italien på uppdrag av ett i London etablerat bolag, vilket var i strid med italiensk lagstiftning. Domstolen angav att det var tillåtet att begränsa tillträdet till den nationella spelmarknaden genom att vissa organisationer gavs särskilda rättigheter eller exklusiva rättigheter, vilket hade de fördelarna med sig att avkastningen kunde användas för allmännyttiga ändamål, att spelbegäret och spelverksamheten kanaliserades till en begränsad krets och att risken för att verksamheten användes för bedrägerier och brott minskade. Domstolen tillade dock att en sådan begränsning endast

³ Se t.ex. de förenade målen 286/82 och 26/83, *Luisi och Carbone*, EU:C:1984:35, punkt 16.

⁴ Se t.ex. mål C-19/92, *Kraus*, EU:C:1993:125, punkt 32 och mål C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:411, punkt 37, samt specifikt ang. speltjänster mål C-243/01, *Gambelli*, EU:C:2003:597, punkterna 63–65 och de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, *Placanica m.fl.*, EU:C:2007:133, punkterna 46–49.

⁵ Se t.ex. mål C-176/11, *HIT* och *HIT LARIX*, EU:C:2012:454.

⁶ Mål C-67/98, *Zenatti*, EU:C:1999:514.

var tillåten om, för det första, den verkliga tjänade syftet att *minska* spelomöjligheterna och, för det andra, finansieringen av de sociala aktiviteterna endast utgjorde en *accessorisk positiv konsekvens* och inte det verkliga syftet med den restriktiva politik som fördes (punkt 36 i domen). EU-domstolen har sedermera ställt allt mer tydliga krav på att den politik som förs i syfte att rättfärdiga begränsningar i den fria rörligheten för speltjänster är *systematisk och sammanhängande*.⁷ Den har också sökt säkerställa att de medlemsstater som valt koncessionssystem, i likhet med det italienska systemet som berördes ovan, är öppna för utländska spelföretag som är beredda att underkasta sig kraven i den nationella regleringen.⁸ EU-domstolen har emellertid också accepterat att vissa länder valt mer monopolistiska ordningar där staten själv kontrollerar spelverksamheten. Kravet på att den nationella spelpolitiken är systematisk och sammanhängande behöver sålunda inte innebära att den behöver vara likartad i alla medlemsländer. Mot denna bakgrund accepterade EU-domstolen det tidigare svenska spelmonopolet i målet *Sjöberg och Gerdin*.⁹ EU-domstolen påpekade i sin dom att kulturella, moraliska eller religiösa överväganden kan motivera inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster för arrangörer av hasardspel, bland annat eftersom det kan anses oacceptabelt att tillåta att *privata vinstintressen* drar nytta av ett socialt gissel eller spelares svaghet och olycka. Enligt den värdeskala som är specifik för varje medlemsstat, och med beaktande av medlemsstaternas utrymme för skönsässig bedömning, är det således tillåtet för en medlemsstat att begränsa anordnandet av hasardspel och att förbehålla offentliga organ eller allmännyttiga organisationer anordnandet av sådana spel.

Omregleringen av den svenska spelmarknaden genomfördes alltså inte för att den hittillsvarande spelregleringen var oförenlig med EU-rätten. Den snabbt växande digitala spelmarknaden i Europa och världen i övrigt har emellertid skapat nya villkor för nationell spelreglering. Som ofta är fallet när den tekniska utvecklingen går fort, har många lagstiftare inte hängtt med. Spelmarknadens digitala och gränslösa natur har i praktiken gjort den svenska lagstiftningen

⁷ Se särskilt mål C-258/08, Ladbrokes Betting och Stichting de Nationale, EU:C:2010:308, de förenade målen C-316/07, C-358/07 – C-360/07, C-409/07 och C-410/07, Markus Stoß m.fl., EU:C:2010:504, och mål C-347/09, Jochen Dickinger och Franz Ömer, EU:C:2011:582.

⁸ Se bl.a. mål C-203/08, Sporting Exchange, EU:C:2010:307 och mål C-64/08, Engelmann, EU:C:2010:506. Se även SOU 2017:30, del 1, s. 289.

⁹ De förenade målen C-447/08 och C-448/08, Sjöberg och Gerdin, EU:C:2010:415. Se även SOU 2017:30, del 1, s. 316.

delvis verkningslös. Monopolföretag som Svenska Spel har i praktiken inte alls haft monopol på sina tjänster utan utsatts för en kraftfull och i många avseenden orättvis konkurrens, eftersom i lagens mening illegala aktörer lockat till sig svenska konsumenter med erbjudanden som inte har varit tillåtna i Sverige. Nu har emellertid ett paradigmskifte skett då privata vinstintressen tillåts, åtminstone på stora delar av den svenska spelmarknaden.¹⁰

Den svenska spelpolitiken har alltså tagit en tvär vändning. Det handlar inte längre om att hålla borta privata vinstintressen utan tvärtom om att skapa tillräckligt goda förutsättningar för internationella spelbolag. Reglerna får inte vara alltför betungande för dessa företag, och skatten måste vara låg. Bara på det sättet kan en del av spelintäkterna fortsätta att tillfalla staten. Sverige har därför strategiskt lagt sig mellan lågskatteländerna Storbritannien (15 procent) och Danmark (20 procent). Med en skatt på 18 procent på spelbolagens spelnetto är tanken att en så kallad ”kanalisering” om 90 procent ska uppnås, vilket betyder att 90 procent av den spelverksamhet som äger rum i Sverige, också förväntas beskattas i Sverige.¹¹

Den fråga man kan ställa sig är dock om inte något är fundamentalt fel. Är det de internationella spelbolagens behov som ska styra svensk spelreglering? Har inte lagstiftaren gett upp, om den så tydligt tillmötesgår spelindustrin? Den svenska lagstiftaren råder dock inte själv över frågan. Den nuvarande situationen i Europa är i själva verket ett skolexempel på skadlig reglerings- och skattekonkurrens, eftersom en negativ kravspiral kan förutses, ett så kallat ”race to the bottom”. Det är inte heller bara skatten som blir låg och kraven på bolagen som urvattnas; konsekvensen blir av allt att döma även ett sämre konsumentskydd. Skyddet för konsumenterna blir reaktivt (vård av spelmissbrukare) i stället för proaktivt: begränsning och kontroll av spelutbudet.

Det borde därför ankomma på EU-lagstiftaren, som har till uppgift att säkerställa att det inte uppstår konkurrenssnedvridningar och osund regleringskonkurrens på den inre marknaden, att ingripa. Europeiska kommissionen har flera gånger tagit initiativ till gemensamma regler, men intresset från medlemsstaterna har minst sagt va-

¹⁰ Se närmare Hettne, J., *Spelet om spelintäkterna: Spellicensutredningen och EU-rätten*, Sieps 2017:7epa.

¹¹ Jfr SOU 2017:30, del 1, s. 25.

rit svalt.¹² Sverige borde dock tillhöra de stater som ser fördelen med en reglerad europeisk marknad med gemensamma marknadsföringsregler, vinståterbäringsregler, skattebaser och en lägsta skattenivå. Endast på det sättet kan staterna återta kontrollen över spelmarknaden i EU. I dag styr de privata vinstintressena oavsett vad EU-länderna individuellt tar sig för.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att Sveriges anpassning till den europeiska spelmarknaden inte är en överanpassning till EU:s regler i egentlig mening. Snarare handlar det om en anpassning till en ny omvärldssituation, där internets utveckling och digitaliseringens framfart gjort den tidigare kontrollordningen omodern och ineffektiv. Det var alltså inte skyldigheten att följa EU:s regelverk som aktualiserade reformen av den svenska spelmarknaden. Sverige gick längre än som krävdes i ett strikt rättsligt perspektiv. Möjligheten att i stället hitta en gemensam europeisk lösning på problemet med ”race to the bottom” tycks man dock inte ha fäst någon avgörande vikt vid.

¹² Se t.ex. grönboken om onlinespel på den inre marknaden (KOM (2011) 128 slutlig) och Schneider, S., Towards a Comprehensive European Framework on Online Gaming, *Gaming Law Review and Economics*, vol. 17, no 1 2012, s. 6. Se också Europaparlamentets resolution av den 10 mars 2009 om integriteten för hasardspel online (2008/2215(INI)); P6-2009-0097. Bland de frågor som tas upp finns annonsering och marknadsföring (punkt 29), bedrägerier och annan brottslig verksamhet (punkt 30) och integritet, socialt ansvarstagande konsumentskydd och beskattning (punkt 31).

6 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Ett utrymme för EU:s medlemsstater att hitta en balans mellan marknadsintressen och andra samhällsintressen återfinns också i regelverket för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I Funktionsfördraget används detta begrepp för att markera medlemsstaternas möjlighet att reglera en marknad enligt andra premisser än de renodlat marknadsekonomiska. Begreppet återfinns i fördragets inledande artiklar, i ett särskilt protokoll, i kapitlet om konkurrenspolitik och i stadgan om de grundläggande rättigheterna. I det följande ska dessa stadganden belysas, men först ska något sägas om själva begreppet.¹ I en renodlad marknadsekonomi förutsätts konkurrerande enskilda intressen också leda till eftersträfvade allmänna intressen. Effektiv konkurrens är i regel gynnsamt för samhället i stort. När enskilda intressens agerande inte leder till önskat resultat, uppstår emellertid behov av någon form av statligt ingrepp. Detta kan naturligtvis ske på många olika sätt men återspeglas i Funktionsfördraget framför allt genom bestämmelserna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Skälet till att man i fördraget talar om tjänster av ”ekonomiskt” intresse beror på att dåtidens omfattande grupp av icke-ekonomiska tjänster förutsattes falla utanför fördragets reglering. Med tanke på EU-rättens expansion och allt vidare tillämpningsområde samt den allmänna samhällsutvecklingen har dock många tjänster som ursprungligen ansågs falla utanför fördraget kommit att omfattas. Detta gäller bland annat hälso- och sjukvård och utbildning i viss utsträckning.²

Det finns ingen definition av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i fördraget, utan det ankommer på medlemsstaterna själva att,

¹ Se Hettne, J., *EU, lokala marknader och allmänintresset*, Sieps 2011:3epa, s. 9 ff.

² Se Louis, J-V. och Rodrigues, S., *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant 2006, s. 3 ff.

inom vissa ramar, avgöra om en tjänst ska betraktas som en sådan. Detta innebär att en tjänst som anses som allmännyttig i en medlemsstat inte behöver vara det i en annan medlemsstat.

I rapporten *Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv* (Sieps 2011:8), diskuterar Tom Madell vilka tjänster av allmänt intresse som finns i Sverige. Han påpekar att det finns ett närmast oändligt antal välfärdstjänster som tillhandahålls på olika nivåer i det svenska samhället. I vissa fall är ansvaret överlappande, till exempel i de fall då en kommun är den huvudsakliga leverantören av en viss tjänst – eller i vart fall den aktör som har ansvaret för att den tillhandahålls – medan staten har ett tillsynsansvar för att verksamheten utförs på ett korrekt sätt. En fullständig uppräkningslista är emellertid svår att göra med tanke på att såväl utförandet av tjänsterna som kommunernas kompetens att tillhandahålla lika typer av (oreglerade) tjänster varierar från kommun till kommun beroende på de lokala förutsättningarna och behoven, vilket inte minst visas av en rikhaltig praxis avseende kommunala befogenheter från förvaltningsdomstolarna. I princip kan dock hela det uppdrag som åligger kommuner och landsting kvalificeras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i EU-rättslig mening.

Caroline Wehlander har konstaterat att det är påfallande sällan som begreppet ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse” ägnats någon djupare analys i svenska förarbeten. Inte heller förekommer det i lagen (2009:1079) om tjänster på den inre marknaden.³ Hon förväns över vad hon kallar ett bristande intresse att undersöka ett instrument som ger staten – inklusive kommuner och landsting – möjligheter att genomföra sitt ansvar på det sociala området och på miljöområdet i bättre harmoni med privata marknadsaktörer.⁴ En förklaring menar hon är att begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse upplevs som abstrakt och föremål för osäker reglering. Med hänvisning till bland annat riksdagsbetänkandet om regeringens proposition om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag och reformerade hyressättningsregler menar hon att en tydlig skep-

³ Se Wehlander, C., Tjänster av allmänt intresse ur ett europeiskt respektive ett svenskt perspektiv, i *Den nordiska välfärden och marknaden; Nordiska erfarenheter av tjänster av allmänt intresse i en EU-rättslig kontext*, Madell, T., Bekkedal, T. & Neergaard, U. (red.), 2011, s. 41–80. Se för en mer detaljerad och ingående analys; Wehlander, C., *Who is afraid of SGEI? Services of general economic interest in EU law with a case study on social services in Swedish systems of choice*, Umeå universitet 2015.

⁴ Wehlander, C., Tjänster av allmänt intresse ur ett europeiskt respektive ett svenskt perspektiv.

sis framträder inför det av EU-rätten anvisade sättet att lösa konflikter mellan fri konkurrens på marknaden och offentliga åtgärder av allmänt intresse på marknaden.⁵ Inställningen till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har framför allt haft betydelse i bedömningen av om den svenska bostadspolitiken är förenlig med EU:s statsstödsregler, vilket berörs i det följande.

⁵ Betänkandet 2009/10:CU24 Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag och reformerade hyressättningsregler, s. 9.

7 EU:s statsstödsregler

Funktionsfördraget regler om statligt stöd utgör en del av den reglering som ska säkerställa att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids. Reglerna återfinns i artiklarna 107–109 FEUF. De har till syfte att förhindra att konkurrensförhållandena inom EU förvanskas genom att medlemsstaterna ekonomiskt gynnar vissa företag eller viss produktion. Statliga åtgärder ska inte ge vissa företag obefogade fördelar som sätter marknadskrafterna ur spel, vilket i sin tur minskar EU:s allmänna konkurrenskraft. Statligt stöd får i synnerhet inte användas till att bygga upp hinder för tillträde till marknaden. Om konkurrensen på detta sätt snedvrids, finns risk för att kunderna får finna sig i högre priser, att det blir lägre kvalitet på varorna och mindre innovation.¹

I artikel 107.1 FEUF uppställs fyra kumulativa villkor som måste vara uppfyllda för att en offentlig stödåtgärd ska omfattas av förbudet. Undantag från förbudet stadgas i artikel 107.2 och 107.3 FEUF. Domstolen har vid upprepade tillfällen uttalat att en åtgärd kan utgöra stöd endast när alla villkor i artikel 107.1 FEUF är uppfyllda.²

Stödet måste:

1. utgöra en selektiv ekonomisk förmån, det vill säga gynna visst företag eller viss produktion,
2. finansieras direkt eller indirekt genom offentliga medel,
3. snedvrیدا eller hota att snedvrیدا konkurrensen och
4. påverka handeln mellan medlemsstaterna.

¹ Jfr Kommissionens handlingsplan för statligt stöd, KOM (2005) 107 slutlig, s. 4.

² Se t.ex. mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, EU:C:2003:415, punkt 74.

Samtliga kriterier måste vara uppfyllda för att det ska vara fråga om statligt stöd i EU-rättslig mening. Om vi börjar bakifrån ska först påpekas att de båda sista villkoren – att stödet ska snedvrída konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstaterna – ofta är oskiljaktigt sammanbundna.³ Villkoren är inte uppfyllda om endast handeln inom en medlemsstat påverkas eller då företags verksamhet sker utanför EU:s gränser. Kommissionen är dock inte skyldig att visa vilken faktisk inverkan ett stöd har på konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna. I praktiken krävs det inte mycket för att villkoren ska anses uppfyllda. Enligt EU-domstolens rättspraxis behöver till exempel inte det förhållande att ett stöd är av relativt ringa betydelse eller att det mottagande företaget är relativt litet utesluta att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas.⁴ Även till synes lokala förhållanden kan sålunda omfattas. Av praktiska skäl har dock vissa schablonbestämmelser utfärdats. Stöd förutsätts inte påverka handeln inom EU om det omfattas av de så kallade *de-minimis*-bestämmelserna. Enligt *Kommissionens förordning (EU) 1407/2013 om [...] stöd av mindre betydelse* gäller att stöd får utbetalas till företag om de understiger beloppsgränsen 200 000 euro (under en period av tre år).⁵ Denna förordning har senare kompletterats genom *Kommissionens förordning (EU) nr 360/2012* som höjer beloppsgränsen till 500 000 euro för det fall det rör sig om företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.⁶

Att stödet ska finansieras direkt eller indirekt genom offentliga medel innebär att statsbudgeten måste påverkas på något sätt, men stödet kan komma både direkt från staten och från regionala eller lokala organ inom landet. Det kan vidare ges av offentliga eller privata organ som staten inrättat eller utsett för att administrera stö-

³ Se dom av den 15 juni 2000 i förenade målen T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97-T-607/97, T-1/98, T-3/98-T-6/98 och T-23/98, Alzetta Mauro m.fl. mot kommissionen, EU:T:2000:151, och där nämnd rättspraxis.

⁴ Se dom av den 21 mars 1990 i mål 142/87 Belgien mot kommissionen, EU:C:1990:125, punkt 43; dom av den 14 september 1994 i förenade målen C-278/92–C-280/92 Spanien mot kommissionen, EU:C:1994:325, punkt 40-42.

⁵ Se Kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 av den 18 december 2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse, EUT L 352 s. 1.

⁶ Se Kommissionens förordning (EU) nr 360/2012 av den 25 april 2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT 2012 L 114 s. 8.

det.⁷ Även ett privat företag vars styrelse utnämns eller på annat sätt kontrolleras av staten anses vara en del av staten och kan sålunda bli stödgivare.⁸

Vad slutligen gäller villkoret att en stödåtgärd måste utgöra en selektiv ekonomisk förmån, kan två skilda rekvisit urskiljas. Stödet måste vara selektivt och innebära en ekonomisk förmån. Att stödet är selektivt innebär att det gynnar vissa företag eller viss produktion. Det är inte statligt stöd i EU-rättslig mening om alla företag och industrigrenar gynnas, som vid en allmän nedsättning av arbetsgivaravgifterna i ett land. Det är däremot selektivt om en viss region eller bransch gynnas. För att bedöma om en åtgärd utgör en ekonomisk förmån används i regel *testet om den marknadsekonomiska investeraren*.⁹ Detta utvecklades ursprungligen av kommissionen för att utröna huruvida en stats ägande av ett företag utgjorde stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. I enlighet med testet ansåg kommissionen att en sådan inblandning i det privata näringslivet inte utgjorde ett stöd om staten agerade på samma villkor som en privat investerare, det vill säga under normala förhållanden i en marknadsekonomi (marknadsekonomisk investerare). EU-domstolen har godtagit testet i sin rättspraxis och har sedermera tillämpat det på andra former av statliga åtgärder.¹⁰ För att bedöma huruvida åtgärden har karaktären av ett stöd prövar både kommissionen och domstolen om en privat aktör som till sin storlek är jämförbar med en statlig aktör skulle ha vidtagit åtgärden i fråga på samma villkor.

Förbudet mot statligt stöd är emellertid inte undantagslöst. Det följer av artikel 107.2 FEUF att vissa stöd är automatiskt förenliga med den inre marknaden. Det rör sig framför allt om stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, under förutsättning att stödet ges utan diskriminering med avseende på varornas ursprung, samt stöd för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser. Med stöd av social karaktär avses

⁷ Se bl.a. dom av den 22 mars 1977 i mål 78/76 Steinike och Weinlig mot Tyskland, EU:C:1977:52, punkt 21; dom av den 30 januari 1985 i mål 290/83, kommissionen mot Frankrike, EU:C:1985:37; dom av den 21 mars 1991 i mål C-305/89 Italien mot kommissionen, EU:C:1991:142, punkt 13.

⁸ Se dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99 Frankrike mot kommissionen, EU:C:2002:294.

⁹ Jfr Santa Maria, A. (red.), *Competition and State Aid, An Analysis of the EC Practice*, Kluwer 2007, s. 23 ff. En variant av detta test är det så kallade Private-Creditor Criterion som användas för att granska statens agerande som långgivare.

¹⁰ Se t.ex. dom av den 2 februari 1988 i förenade målen 67, 68 och 70/85 Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV m.fl. mot kommissionen, EU:C:1988:38, punkt 28.

stöd till personer med låg inkomst, såsom äldre personer, barn och handikappade. Stödet får inte förmedlas via en arbetsgivare, eftersom det då kan innebära en indirekt fördel för vissa företag.¹¹ Stöd som omfattas av denna bestämmelse är alltid tillåtna men ska anmälas till kommissionen för att denna ska kunna förvissa sig om att villkoren i bestämmelsen är uppfyllda.¹²

Enligt tredje stycket i artikel 107 FEUF kan dessutom vissa stöd anses som förenliga med den inre marknaden om de uppfyller särskilda syften. Det kan röra sig om:

- a) stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning,
- b) stöd för att främja genomförandet av viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi,
- c) stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,
- d) stöd för att främja kultur och bevara kulturarvet, om sådant stöd inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen inom unionen i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset.

Vid prövningen om villkoren i artikel 107.3 FEUF är uppfyllda har kommissionen *ett utrymme för skönsmåsig bedömning*, eftersom ekonomiska och sociala bedömningar måste göras i ett EU-rättsligt sammanhang.¹³ Kommissionen prövar om villkoren är uppfyllda enligt ett särskilt förfarande som föreskrivs i artikel 108 FEUF och i rådets förordning (EU) 2015/1589.¹⁴ I fördraget saknas närmare bestämmelser om vad som är tillåtet inom de kategorier som räknas upp i artikel 107.3 FEUF. För att bättre klargöra detta har den ut-

¹¹ Ett sådant stöd kan dock eventuellt undantas enligt artikel 107.3 FEUF. Se allmänt angående villkoren för tillämpning av artikel 107.2 FEUF, Bacon, K., *European Union Law of State Aid*, Oxford University Press, kap. 3 (B).

¹² Se t.ex. Indén, T., *EU:s statsstödsrätt – EU-rättens krav och den nationella rättens utmaningar*, Iustus 2013, s. 114. Jfr dom av den 25 juni 2008 i mål T-268/06, Olympiaki Aeroporia Ypiresies (Olympic Airways) mot kommissionen, EU:T:2008:222, punkt 53.

¹³ Se bl.a. mål 730/79 Philip Morris mot kommissionen, EU:C:1980:209 och mål 310/85, Deufil mot kommissionen, EU:C:1987:96, punkt 18.

¹⁴ Rådets förordning (EU) 2015/1589 av den 13 juli 2015 om genomförandebestämmelser för artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT L 248, s. 9.

format många och omfattande *riktlinjer* som visar hur den bedömer olika typer av stöd. Kommissionen har exempelvis antagit riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av icke-finansiella företag i svårigheter (EUT 2014/C 249/01), statligt regionalstöd för 2014–2020 (EUT 2013/C 209/01), statligt stöd till miljöskydd och energi för 2014–2020 (EUT 2014/C 200/01), statligt stöd för att främja riskfinansieringsinvesteringar (EUT 2014/C 19/04) och för statligt stöd till flygplatser och flygbolag (EUT 2014/C 99/03). Riktlinjerna är skrivna med viss säkerhetsmarginal. Från kommissionens utgångspunkt handlar det om stödsinslag som bedöms så ofarliga från konkurrenssynpunkt att kommissionen kan utlova att den inte bedömer att det föreligger några konkurrensproblem med åtgärderna i fråga så länge de angivna villkoren är uppfyllda. Härutöver finns också förordning (EU) nr 651/2014, den så kallade allmänna gruppundantagsförordningen (GBER).¹⁵ Enligt denna utgör bland annat regionalstöd, stöd till miljöskydd och stöd till forskning, utveckling och innovation kategorier av stöd som kan accepteras utan förhandsanmälan om det särskilda villkor som finns i förordningen är uppfyllda.

I sammanhanget ska understrykas att ersättning för tillhandahållandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse *inte är att betrakta som en selektiv ekonomisk förmån* och alltså inte utgör statligt stöd. I det betydelsefulla målet *Altmark*¹⁶ var frågan om bussbolaget Altmark Trans kunde erhålla ett offentligt bidrag för att bedriva linjetrafik i den tyska regionen Landkreis Stendal utan att detta betraktades som statligt stöd i EU-rättslig mening. Domstolen påpekade att det krävdes att företaget i fråga gynnades ekonomiskt och fick en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag för att ersättningen skulle betraktas som statligt stöd. Det var inte utslutet att den aktuella linjetrafiken var så pass olönsam att den inte kunde bedrivas under normala konkurrensvillkor och att ett offentligt bidrag därmed kunde vara berättigat. EU-domstolen ställde dock upp ett antal villkor för att kontrollera att så verkligen var fallet. För

¹⁵ Kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget, EUT L 187/1.

¹⁶ Mål C-280/00, *Altmark*, REG 2003, s. I-7747, p. 88 ff. Av intresse i sammanhanget är förstainstansrättens avgörande i BUPA-målet där kriterierna i *Altmark*-domen anpassades till nya och annorlunda omständigheter. I detta mål prövade förstainstansrätten ett påstått stöd till en riskutjämningsordning som inrättats av Irland på marknaden för privata sjukförsäkringar. Mål T-289/03, *BUPA*, REG 2008, s. II-81.

det första skulle företaget i fråga ha ålagts en skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och denna skyldighet skulle vara klart definierad. *För det andra* skulle de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknades vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt. *För det tredje* fick ersättningen inte överstiga vad som krävdes för att täcka hela eller delar av de kostnader som hade uppkommit i samband med skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid hade erhållits och till en rimlig vinst på grundval av fullgörandet av denna skyldighet. *För det fjärde* skulle, i frånvaro av ett offentligt upphandlingsförfarande, storleken av den nödvändiga ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag normalt skulle ha haft med tillägg för en rimlig vinst.

Mot bakgrund av denna rättsutveckling antog kommissionen under 2011–2012 flera rättsakter med anknytning till Altmark-kriterierna, vilka ersätter ett tidigare regelpaket från 2005.¹⁷ Det rör sig om:

- Ett meddelande om tillämpning av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.¹⁸
- En förordning om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.¹⁹

¹⁷ Se http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html.

¹⁸ EUT nr C 8, 11/01/2012, s. 4.

¹⁹ Se Kommissionens förordning (EU) nr 360/2012 av den 25 april 2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT 2012 L 114 s. 8.

- Ett beslut om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.²⁰
- Rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster.²¹

²⁰ Beslut 2012/21/EU, EUT nr L 7, 11/01/2012, s. 3.

²¹ EUT nr C 8, 11/01/2012, s. 15

8 Lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag

I dag debatteras flitigt bristen på bostäder, inte minst för unga och nyanlända. Bostadsförsörjning är en fråga av stor betydelse för många EU-medborgare. EU har dock högst begränsade befogenheter att lägga sig i medlemsländernas bostadspolitik. EU saknar nämligen uttrycklig lagstiftningskompetens när det gäller bostadspolitik. Medlemsstaterna är därför som utgångspunkt fria att utforma sin egen bostadspolitik. Ändå kan man hitta ett kommittédirektiv från den svenska regeringen från 2013 (2013:68) som har titeln ”EU-rättsliga förutsättningar för kommunal bostadspolitik”. Detta direktiv har sedermera resulterat i SOU 2015:58, EU och *kommunernas bostadspolitik*. EU har alltså ingen egen politik på området men bestämmer ändå förutsättningarna för bostadspolitiken i Sverige – hur hänger detta ihop?

Förklaringen ligger i EU:s inre marknad och gemensamma konkurrenspolitik. Häri ingår de ovan berörda statsstödsreglerna. Bostadspolitik kan därmed komma i konflikt med EU-rätten ifall ”bostadsmarknaden” utformas på ett sätt som försvårar för utländska företag eller snedvrider konkurrensförhållandena till nackdel för vissa aktörer. Eftersom bostadspolitiken knappast kan skiljas från bostadsmarknaden, måste den politik som förs kunna rättfärdigas i förhållande till marknaden, eller som regeringen uttryckte det, uppfylla de ”EU-rättsliga förutsättningarna”. En omdiskuterad fråga är mot denna bakgrund vilka möjligheter som finns att offentligt stödja kommunala bostadsbolag att investera i samhällsnyttig verksamhet, till exempel säkerställa tillgång till hyresrätter i delar av landet där detta inte framstår som ekonomiskt lönsamt.

När statligt stöd ges till aktörer på en marknad där det också förekommer privata företag, blir EU:s statsstödsregler som framgått tillämpliga. Med statligt stöd menas alla offentliga åtgärder (också på regional och lokal nivå) som leder till lättnader i ett företags budget, till exempel förmånliga garantier, lån och markförsäljningar samt riktade skattenedsättningar och avdrag. Ett företag kan dessutom vara vilken aktör som helst, vinstdrivande eller inte, som ägnar sig åt ekonomisk verksamhet. Det kan till exempel vara ett kommunalt bolag eller till och med en del av en kommun eller statlig myndighet.¹

En åtgärd som utgör statligt stöd enligt EU-rätten ska föränmälas till Europeiska kommissionen, som avgör om det kan godkännas och betalas ut. Utgångspunkten är att statligt stöd är förbjudet om det inte finns särskilda skäl till undantag. Det är därför viktigt att det finns EU-gemensamma undantag som talar om att vissa typer av stöd är tillåtna. Dessa utformas av kommissionen och tar sikte på situationer där inverkan på marknaden i övrigt är minimal, till exempel stöd till socialt subventionerade bostäder (*social housing*).² Kommissionen har alltså utformat dessa undantag med en tydlig säkerhetsmarginal. De stödformer som undantas är sådana som har prövats tidigare. Många av dem omfattas av den allmänna gruppundantagsförordningen och behöver inte anmälas ifall alla föreskrivna villkor är uppfyllda.³ Mer okända stödformer måste dock prövas innan de kan godkännas.

Den svenska bostadspolitiken, som främst syftar till minskad segregation och ökad integration av olika grupper på bostadsmarknaden, har inte alls testats på EU-nivån. Sverige har valt att självutvärdera och självanpassa sin bostadspolitik på ett sätt som inneburit en långtgående marknadisering, det vill säga att lika konkurrensvillkor på bostadsmarknaden väger tyngre än andra samhällsintressen.

Diskussionen om den svenska bostadspolitikens förenlighet med EU kan sägas ha startat den 1 juli 2002, då ett klagomål från EPF

¹ Se t.ex. de förenade målen C-180/98 till C-184/98, Pavlov m.fl., EU:C:2000:428, punkt 74, mål C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., EU:C:2006:8, punkt 107, och mål C-49/07, MOTOE, EU:C:2008:376, punkt 27.

² Se beslut om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktions-sätt på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (Beslut 2012/21/EU, EUT nr L 7, 11/01/2012, s. 3).

³ Kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget, EUT L 187/1.

(European Property Federation) överlämnades till kommissionen. EPF är en samarbetsorganisation för europeiska fastighetsägare. EPF hävdade att inrättandet av Statens bostadsnämnd, som då var aktuellt, innebar att otillåtna statsstöd beviljades allmännyttiga bostadsbolag i Sverige. Den svenska regeringen försvarade sig med att den dåvarande svenska bostadspolitiken var av icke ekonomisk karaktär och föll utanför tillämpningsområdet för EU:s statsstödsregler.⁴ I maj 2005 lämnades ytterligare ett klagomål från EPF till kommissionen som i mer allmänna termer fokuserade på skillnader i konkurrensförhållanden mellan privata och kommunala fastighetsägare på den svenska bostadsmarknaden. Kommissionen gick inte vidare med något av ärendena, men den dåvarande regeringen ansåg att frågan var problematisk och tillsatte därför i oktober 2005 en särskild utredning som resulterade i SOU 2008:38, *EU, allmännyttan och hyrorna*. Utredningen lämnade flera förslag, men förordade att kommunala bostadsbolag skulle bedriva verksamhet på affärsmässig grund. Detta ansågs säkrast med hänsyn till de krav som följer av EU-rätten, i synnerhet statsstödsreglerna. Detta förslag bearbetades sedan i Ds 2009:60, *Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag – övervägande och förslag*, och resulterade slutligen i prop. 2009/10:85, *Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag och reformerade hyres-sättningsregler*. I denna proposition angav regeringen att bostadsförsörjningen *varken generellt eller i delar bör definieras i lag som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse*.⁵ Detta resulterade i den nya allbolagen (2010:879), enligt vilken de kommunala bostadsbolagen ska bedriva sin verksamhet enligt affärsmässiga principer (och inte till självkostnad). Detta har gjort att Sverige saknar ett av de verktyg som tidigare funnits för att hantera de utmaningar på bostadsmarknaden som vi nu ser. De ”EU-rättsliga förutsättningarna”, såsom de uppfattats i Sverige, har tydligt begränsat det bostadspolitiska utrymmet på kommunal nivå.

Men har Sverige anpassat sig rätt? Nederländerna, som enligt den svenska regeringen vid denna tidpunkt var ett avskräckande exempel, får sägas ha valt en mindre diplomatisk väg. I stället för att anpassa sig frivilligt tog Nederländerna strid för en nationell speciallösning som utformades efter landets traditioner och förutsättningar. Det krävdes

⁴ Denna utveckling har beskrivits ingående av Anders Kjellström, EU:s inre marknad och den svenska allmännyttan, i Salonen (red), *Nyttan med allmännyttan*, Liber 2015, s. 79 ff.

⁵ Prop. 2009/10:185, s. 29.

visserligen anpassningar även i Nederländerna, men där finns i dag en betydligt mindre marknadsanpassad politik än den svenska, som genomförs av icke-vinstsyftande *Wocos* (*woningcorporaties*) med särskilt samhällsansvar. Dessa kan bland annat erhålla förmånliga lån från den nederländska kommunbanken (*Bank Nederlandse Gemeenten*) och beviljas stöd för olika ändamål från en särskild fond (*Centraal Fonds Volkshuisvesting*). Kommissionen tog upp ärendet till prövning, eftersom *wocos* i vissa avseenden direkt konkurrerade med privata fastighetsägare och därför bedrev ekonomisk verksamhet som var föremål för offentligt stöd.⁶

Kommissionen hyste inledningsvis tvivel om de tjänster som *wocos* tillhandahöll kunde utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i EU-rättslig mening, eftersom uppdraget var mycket ospecifikt och sträckte sig i princip över hela bostadsmarknaden.⁷ Det var något annat än det som tidigare hade accepterats som social housing inom ramen för bland annat den irländska bostadspolitiken.⁸ Efter långvariga och intensiva förhandlingar mellan Nederländerna och kommissionen, nåddes dock enighet om att *wocos* kärnuppdrag kunde betraktas som *en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse* som omfattades av begreppet socialt boende (*social housing*). Den sociala målsättningen behövde dock tydliggöras och eventuella stöd skulle kopplas till merkostnaderna för att nå målet. Nederländerna accepterade att begränsa målgruppen för stödet till hushåll vars inkomst understeg 33 000 euro (cirka 43 procent av den nederländska befolkningen) och att ett takbelopp för hyran fastställdes.⁹ Minst 90 procent av *wocos* lägenhetsbestånd skulle vidare tillfalla hushåll i målgruppen. Fördelningen av bostäderna skulle övervakas, och eventuell överkompensation skulle återbetalas. Oberoende revisorer skulle granska att gränsen för andelen inkomstsvaga hushåll i bostäderna upprätthölls. Lägenheterna skulle också fördelas enligt en transparent process med överklagande möjligheter. *Wocos* kunde även utföra rent kommersiella tjänster, men i så fall skulle det ske på

⁶ SOU 2015:58, s. 250.

⁷ Ibid, s. 206.

⁸ State aid N 209/2001 – Ireland Guarantee for borrowings of the Housing Finance Agency (SG (2001) D/ 289528).

⁹ Hösten 2014 höjde Nederländerna inkomstgränsen till 38 000 euro. Kommissionen har inte gjort någon ny prövning mot bakgrund av denna förändring eftersom kommissionens beslut om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse bygger på att medlemsstaterna själva kan beslut om tillämpningen av regelverket så länge som det inte är fråga om en uppenbart felaktig bedömning (se SOU 2015:58, s. 206).

marknadsmässiga villkor och redovisas särskilt. Det fjärde Altmark-kriteriet var inte uppfyllt (se avsnitt 7 ovan), eftersom wocos inte tilldelades allmännyttiga uppdrag efter ett upphandlingsförfarande och det inte fanns bevis för att storleken på den samlade ersättningen erhöill hade fastställts på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag normalt skulle ha haft med tillägg för en rimlig vinst. Den nederländska ordningen godkändes i stället enligt kommissionens beslut 2005/842/EC om stöd till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (nu 2012/21/EU) den 15 december 2009.¹⁰

I samma beslut uttalade sig kommissionen om särskilt stöd till infrastruktursatsningar som var nödvändiga för de subventionerade bostäderna. Kommissionen fann att stöd för att hyra ut lägenheter och för att ombesörja underhåll av fastigheter på så kallade vikande marknader var tillåtet.

Avsikten är inte att här jämföra svensk och nederländsk bostadspolitik. Det finns dock anledning att peka på det hadlingsutrymme som finns vid tolkningen av EU:s statsstödsregler, när det handlar om hittills oprövade förhållanden. I den svenska lösningen togs inte vara på de undantagsmöjligheter som finns. I lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag talas om allmännyttigt syfte och preciseras möjligheter till statligt stöd, men bara enligt EU:s allmänna statsstödsregler. Det särskilda regelverket för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse nämns inte, vilket kan tolkas som att det inte är tillämpligt. Nederländerna agerade på motsatt sätt. De tog strid för ett bostadspolitiskt system som inte var utformat enligt de speciella kriterier som successivt utvecklats inom ramen för EU-rätten. Något försök till frivillig anpassning skedde inte. Nederländerna fick därmed ett konkretare besked som, oavsett om det upplevs som en framgång eller inte, innebär att en ordning har kunnat behållas där icke vinstsyftande företag figurerar på samma marknad som vinstsyftande företag. En specialbehandling av allmännyttan är därför fortfarande regel och inte undantag.¹¹

Sammanfattningsvis kan därför sägas att Sverige och Nederländerna har anpassat sig till EU-rätten på vitt skilda sätt. Sverige har gjort de tidigare icke vinstsyftande bostadsbolagen vinstsyftande

¹⁰ Se KOM (2009) 9963 slutlig, av den 15.12.2009 ang. ärendena E 2/2005 och N642/2009, *The Netherlands Existing and special project aid to housing corporations*.

¹¹ Se närmare Hettne, J, *Rättsutlåtande angående offentliga stöd till bostadssektorn*, Bostad 2030, Rapport nr. 7, 2018.

(affärsmässiga principer) medan Nederländerna har behållit icke vinstsyftande företag som endast när de agerar affärsmässigt måste ta höjd för statsstödsreglerna. Nederländerna har därmed bevarat en större del av sin sociala bostadspolitik än Sverige, som nu brottas med större problem med att finna nya vägar för en bostadspolitik som möjliggör att alla invånare kan erbjudas boende till överkomliga priser.

En generell slutsats som kan dras är vidare att det nu befintliga undantagen från statsstödsreglerna inte bör betraktas som en orubblig statisk ordning. Som nämndes inledningsvis har EU ingen egen bostadspolitik. Är det då rimligt att kommissionens fördefinierade undantag i praktiken tillåts forma Sveriges och andra medlemsländers bostadspolitik? Inom EU:s sociala pelare skymtar möjligen en annan utvecklingslinje. För första gången presenteras bostadspolitik inte som ett undantag från konkurrenspolitiken utan som en fråga av gemensamt europeiskt intresse. Det sägs bland annat att alla som behöver ska få subventionerade bostäder eller bostadsbidrag och att hemlösa ska erbjudas boende och sättas i kontakt med andra sociala tjänster som kan underlätta integrering i samhället. Den sociala pelaren vittnar om att bostadspolitik alltmer framstår som en tjänst av allmänt europeiskt intresse och härigenom kan bli föremål för öppen socialpolitisk samordning enligt EU:s fördrag (artikel 156 FEUF, EU:s socialpolitik). Detta betyder inte att kommissionen kan lägga fram några skarpa lagförslag, men kan anmodas att utreda hur det förhåller sig i medlemsländerna och organisera samråd kring bostadspolitiska utmaningar samt fastställa riktlinjer för hur vissa frågor av gemensamt intresse kan lösas. EU skulle till och med kunna fastställa principer för bostadspolitisk finansiering enligt artikel 14 FEUF, om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Mer EU-inblandning är naturligtvis inte svaret på alla frågor, men i detta fall kan knappast något politiskt handlingsutrymme gå förlost (till följd av ett ökat EU-engagemang) jämfört med att bostadspolitiken fortsätter att styras indirekt som undantag till statsstödsreglerna. Att undantag i stället blir huvudregel gynnar rimligen alla länder som har ambitioner på det bostadspolitiska området. Detta skulle också förändra maktförhållandena inom EU. Kommissionen har monopol på undantag från statsstödsreglerna och har därför, hur märkligt det än kan förefalla, ett fast grepp om nationell bostadspolitik. Om en europeisk bostadspolitisk samordning växte fram,

skulle Europaparlamentet involveras mer. Om det skulle det bli aktuellt med gemensam EU-lagstiftning enligt artikel 14 FEUF (finansiering av bostadspolitik), skulle för övrigt beslutsmakten ligga hos Europaparlamentet och rådet.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Sveriges anpassning till EU:s statsstödsregler på det bostadspolitiska området utgör en överanpassning, då de möjligheter som ryms inom det särskilda regelverket för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har utnyttjats sparsamt.¹² Utvecklingen har nu gått så långt att det framstår som en fördel för Sverige att välkomna en försiktig samordning av bostadspolitik på europeisk nivå. Fungerande bostadspolitik bör ses som en europeisk angelägenhet och inte enbart som ett möjligt undantag inom konkurrenspolitiken.

¹² På senare år har EU:s regelverket börjat att användas: Se förordningen (2016:880) om statligt stöd för att anordna och tillhandahålla hyresbostäder och bostäder för studerande, förordning (2016:848) om statligt stöd för att anordna och tillhandahålla bostäder för äldre personer och förordningen (2018:111) om statsbidrag till kommuner med svag bostadsmarknad.

9 Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

9.1 Inledning

I takt med att kommunerna blivit allt mer påverkade av EU:s regelverk har marknadstänkande och konkurrens som överordnad princip blivit allt mer styrande. Kommunerna är i växande grad aktörer ute på marknaden, samtidigt som marknaden går in i den kommunala verksamheten.¹ EU:s marknadsregler och sammanhängande nationell lagstiftning berör de flesta, om inte alla verksamheter som kommunerna ansvarar för. Det gäller till exempel äldreomsorg och åtgärder för att minska långtidsarbetslöshet. Det tydligaste exemplet på detta är lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), som berör i stor sett hela den kommunala verksamheten.²

LOU har beskrivits som ett av de viktigaste instrumenten för en effektiv användning av offentliga resurser och främjande av tillväxt i allmänhet. Lagen kan vara ett viktigt instrument för politiken att tillsammans med olika samhällsaktörer hantera centrala samhällsproblem. Den har emellertid också beskrivits som oerhört krånglig, svårtolkad och ibland direkt hindrande för den kommunala politiska handlingsfriheten.³ Det har till exempel talats om att LOU bidrar till en juridifiering av politiken som i praktiken innebär att jurister får ta över den problemlösning och konfliktlösning som tidigare skett i politiska församlingar.⁴ LOU är resultatet av att Sverige har införlivat EU:s upphandlingsregler med svensk rätt. Det är alltså EU:s regler som genom LOU tillämpas i Sverige och därmed påverkar det kommunala handlingsutrymmet, det vill säga det utrymme som

¹ Se SOU 2015:24, En kommunallag för framtiden, s. 377.

² Se Hettne, J. och Montin, S., *Politik och juridik inom offentlig upphandling*, Statsvetenskaplig tidskrift 2018, s. 115.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

kommunen förfogar över när den bestämmer vilka politiska mål som ska prioriteras och hur dessa ska uppnås. I det följande ska diskuteras huruvida LOU har försvårat för kommunal samverkan och huruvida det har lett till ett överdrivet antal överprövningar av upphandlingar i svensk domstol. Först måste dock något sägas om den bakomliggande EU-rätten, som LOU bygger på.

9.2 EU:s regler om offentlig upphandling

I början av 1990-talet blev offentlig upphandling särskilt uppmärksammas inom EU, eftersom de tidigare reglerna inte hade lett till en tillräcklig konkurrensutsättning av offentlig sektor. Upphandlingsreglerna är en del av regelverket som ska åstadkomma fri rörlighet för varor och tjänster, etableringsfrihet samt eliminera all diskriminering på grund av nationalitet. Efter flera revisioner återfinns nu EU:s upphandlingsregler i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (LOU-direktivet), direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF-direktivet) och direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet). I Sverige motsvaras EU:s direktiv av den tidigare nämnda lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) samt lagen (2016:1146) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). I det följande berörs enbart LOU-direktivet och LOU.

I alla EU:s direktiv finns så kallade tröskelvärden, vilket innebär att de detaljerade bestämmelserna i direktiven endast behöver tillämpas om det aktuella offentliga kontraktets värde överstiger dessa trösklar. LOU har dock en vidare tillämpning. Även i de fall ett offentligt kontrakt betingar ett värde som är lägre än tröskelvärdena i EU:s direktiv regleras förfarandet av de svenska bestämmelserna.⁵ Riksdagen har emellertid nyligen beslutat om förenklade regler som

⁵ Se Madell, T., Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv, Sieps 2011:8, s. 84 och Hettne, J., *Kommunal affärsverksamhet i EU-rättslig belysning*, Europarättslig tidskrift 2012, s. 243.

ska gälla för upphandling av varor och tjänster under EU:s tröskelvärden.⁶

Offentlig upphandling är i huvudsak utformad så att potentiella leverantörer via sluten budgivning konkurrerar om ett eller flera offentliga kontrakt, där den leverantör som lagt det anbud som har lägst pris eller det så kallat mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet tilldelas kontraktet. Tilldelning enligt kriteriet *lägsta pris* innebär att anbuden enbart utvärderas utifrån deras pris, vilket däremot inte utesluter att den upphandlande myndigheten beaktar kvalitetsaspekter vid inköpet. Detta görs genom att obligatoriska kvalitativa krav ställs på leverantören. För att överhuvudtaget komma i fråga som leverantör måste budgivaren uppfylla dessa krav. Att tilldela kontraktet baserat på principen om *ekonomiskt mest fördelaktigt anbud* innebär att anbuden värderas utifrån fler dimensioner än pris, som kvalitet och miljöhänsyn. Vid ett sådant förfarande kan den upphandlande myndigheten också välja att i viss utsträckning exempelvis ta sociala hänsyn, till exempel genom att kräva att det företag som anförtros det offentliga kontraktet delvis anställer långtidsarbetslösa eller personer med funktionsnedsättning. Dessa krav kan normalt inte göras obligatoriska utan viktas mot bland annat priset vid tilldelning av kontraktet (s.k. tilldelningskriterier som normalt kommer till uttryck i poängsättning).

Till EU:s regelverk hör även ett särskilt direktiv om rättsmedel.⁷ Kraven på rättsmedel kompletterar och förstärker kraven på likabehandling och insyn i upphandlingsförfarandet, eftersom fall av otilåtten särbehandling kan avslöjas och granskas av domstolar och tillsynsmyndigheter.⁸ Enligt rättsmedelsdirektiven ska medlemsstaterna inrätta lämpliga förfaranden så att beslut i strid med upphandlingsbestämmelserna kan upphävas och ersättning ges till dem som

⁶ Prop. 2017/18:158, bet. 2017/18:FiU43, rskr. 2017/18:356. SFS 2018:1159. Lagändringen trädde i kraft den 1 januari 2019.

⁷ Se rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg och anläggningsarbeten, rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

⁸ Jfr Hettne, J., *Rättsprinciper som styrmedel – Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Norstedts juridik 2008, s. 128.

skadats av överträdelserna. Precis som inom konkurrensrätten⁹ har EU-lagstiftaren härigenom sökt stimulera så kallad private enforcement, det vill säga att enskilda som har intresse av att reglerna tillämpas korrekt ges möjlighet att vidta rättsliga åtgärder om de inte respekteras. En skillnad som inte ska bortses från är dock att i motsats till konkurrensrätten är upphandlande myndigheter inte privata företag med eget kapital utan offentliga organ med offentlig finansiering.¹⁰ Ogrundade klagomål vid offentlig upphandling och de tidsutdräkter och kostnader som detta för med sig belastar den offentliga budgeten. Skadeståndsmöjligheten, precis som andra rättsmedel som är tillgängliga för enskilda, måste därför på ett annat sätt än inom konkurrensrätten vägas mot effektivitetsintressen, det vill säga att regelverket i stort fungerar som det är tänkt.¹¹

EU-domstolen har mot denna bakgrund betonat att rättsprocesser som inte bidrar till, utan tvärtom försvårar för, uppfyllandet av de allmänna intressen som eftersträvas med EU:s upphandlingsdirektiv inte är tillåtna.¹²

9.3 Undantag för egenregi

Av särskilt intresse för svenska kommuner har varit vilket utrymme de har att anskaffa varor och tjänster från egna bolag utan föregående upphandling. Bakgrunden till denna utveckling är den så kallade Teckaldomen.¹³ Häri och i efterföljande rättspraxis har EU-domstolen uttalat att ett avtal om offentlig upphandling måste ingås av fristående personer eller enheter. Resonemanget i domen anknyter till själva upphandlingskonstruktionen eller, annorlunda uttryckt, avtalsbegreppet i EU:s upphandlingsrätt. Ett avtal mellan sinsemellan beroende personer, till exempel olika delar av samma kommun, är inte ett upphandlingskontrakt i direktivens mening.¹⁴

⁹ Se i synnerhet Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser.

¹⁰ Jfr Schebesta, H., *Damages in EU Public Procurement Law, Studies in European Economic Law and Regulation*, Springer Switzerland 2016, e-bok, loc. 899.

¹¹ *Ibid.*, loc. 1002.

¹² Se Hettne, J., *Aktsambet och omsorg i upphandlingsprocessen: om frånvaron av preklusionsregler i LOU*, Upphandlingsrättslig tidskrift 2016, s. 201–214.

¹³ Mål C-107/98, Teckal, EU:C:1999:562.

¹⁴ Hettne, J., *Kommunal affärsverksamhet i EU-rättslig belysning*, Europarättslig tidskrift 2012, s. 244.

Detta innebär att kommuner, i vissa fall, kan genomföra köp från egna bolag utan att tillämpa de föreskrivna förfarandena. Sådana köp i egenregi benämns vanligen *In House Providing* på engelska och avser avtal som en myndighet ingår med vissa offentliga organ vilka är knutna till den egna myndigheten. EU-domstolen har inte själv närmare förklarat varför den avgränsar skyldigheterna enligt upphandlingsrätten på detta sätt. Det har hävdats att undantaget kan ses som en avvägning mellan två motstående intressen, nämligen å ena sidan värdet av upphandling i fri konkurrens och å andra sidan offentliga aktörers behov av att fritt kunna organisera sin verksamhet.¹⁵

Det var alltså EU-domstolen som skapade undantaget för egenregi som gör det möjligt för kommuner att i vissa fall genomföra köp utan att följa det föreskrivna upphandlingsförfarandet. Detta domarskapta undantag ansåg dock inte Regeringsrätten (nu Högsta förvaltningsdomstolen) kunde tillämpas i Sverige utan uttryckligt lagstöd. Regeringsrätten klarade detta i ett ärende som gällde ett avtal mellan ett antal kommuner i Skåne län enligt vilket kommunerna förbundit sig att samverka inom avfallsområdet genom det gemensamt ägda aktiebolaget SYSAV.¹⁶ Av avtalet framgick att SYSAV bland annat skulle svara för den regionala återvinningen och avfallshandlingen för delägarkommunerna och driva regionala behandlingsanläggningar.

Regeringsrätten uttalade att ”LOU:s ordalydelse svårligen ger utrymme för en tolkning innebärande att kommunerna när de köper tjänster från kommunala bolag skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Tvärtom torde det allmänt anses att LOU inte medger att kommuner och landsting utan formell upphandling köper varor och tjänster från sina egna bolag”.¹⁷

Svenska kommuner kunde alltså inte utnyttja det undantag för egenregi som EU-domstolen hade slagit fast i den ovannämnda Teckaldomen. Regeringsrätten ansåg att detta undantags tillämpning inte kunde aktualiseras, eftersom något sådant undantag inte fanns i den nationella lagstiftningen. En synpunkt som framfördes var att Regeringsrätten mycket väl hade kunnat resonera på annat sätt genom att inte enbart utgå från gällande lagtext utan i stället följa EU-

¹⁵ Pedersen, K., *Upphandlingskrönika Europarättslig tidskrift* 2008, s. 543–549.

¹⁶ SYSAV eller Sydskaånes avfallsaktiebolag ägs av 14 kommuner i södra Skåne och bedriver avfallshandling och återvinning i regionen.

¹⁷ RÅ 2008 ref. 26, SYSAV.

domstolens uttalanden i liknande ärenden samt beakta förarbetena till upphandlingslagstiftningen och därmed komma fram till en annan slutsats.¹⁸ Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) tillskrev regeringen med en begäran om en lagändring innebärande att Teckal-kriterierna skulle skrivas in i LOU.¹⁹

Frågan blev därför föremål för utredning (SOU 2011:43), och så småningom infördes ett uttryckligt undantag i dåvarande 2 kap. 10 a § LOU som innebar att det så kallade Teckal-kriterierna också var tillämpliga vid upphandlingar som görs i Sverige. Efter den senaste revisionen av EU:s upphandlingsdirektiv har Teckal-kriterierna förts in i direktiven och de har därför också införlivats med svensk rätt och återfinns numera i 3 kap. 12–16 §§ LOU. Det är dock i detta sammanhang intressant att konstatera att det inledningsvis krävdes att den svenska lagstiftaren ingrep för att svenska kommuner skulle få samma handlingsutrymme som sina lokala motsvarigheter i Europa.

Om de s.k. Teckal-kriterierna är uppfyllda i ett enskilt fall kan dock i sin tur vara juridiskt invecklat. Konkurrensverket ansåg i ett tillsynsbeslut år 2015 att de skånska kommuner som är delägare i SYSAV inte skulle få fortsätta att köpa tjänster av bolaget med hänvisning till undantaget för egenregi (in house), eftersom samtliga kriterier inte är uppfyllda. Detta beslut har nu undanröjts av Högsta förvaltningsdomstolen.²⁰ HFD fann att det saknades rättslig grund för Konkurrensverket att tvinga en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse. Konkurrensverket saknade därför befogenhet att meddela det aktuella förbudet.

EU:s upphandlingsregler är alltså inte bara överimplementerade (överskjutande implementering av direktiv) utan det finns även tecken på att huvudregeln, det vill säga upphandlingsskyldighet, övertolkas i den svenska kontexten. Det var till att börja med inte möjligt att utnyttja ett undantag från upphandlingsskyldighet som EU-domstolen hade fastställt i sin rättspraxis, och när väl möjligheten hade införts via en lagändring, är det fortfarande oklart om och hur det ska användas, i synnerhet som Konkurrensverket i sin tillsynsverksamhet tycks prioritera att det inte ges någon vidsträckt till-

¹⁸ Pedersen, K., *Upphandlingskrönika Europarättslig tidskrift* 2008, s. 543–549.

¹⁹ Sveriges Kommuner och Landsting, 2008, Sysavmålet och LOU, Cirkulär 08:34.

²⁰ HFD 2018 ref. 71.

lämpning. Som framgått gick Konkurrensverket utanför sina befogenheter för att förhindra att det utnyttjades i fallet SYSAV. Det ska dock tilläggas att frågan huruvida undantaget för egenregi verkligen är korrekt tillämpat i SYSAV-fallet, enligt EU-domstolens bakomliggande rättspraxis, fortfarande inte kan anses slutgiltigt avgjord.

9.4 Processbenägenhet och rättsmedel på upphandlingsområdet

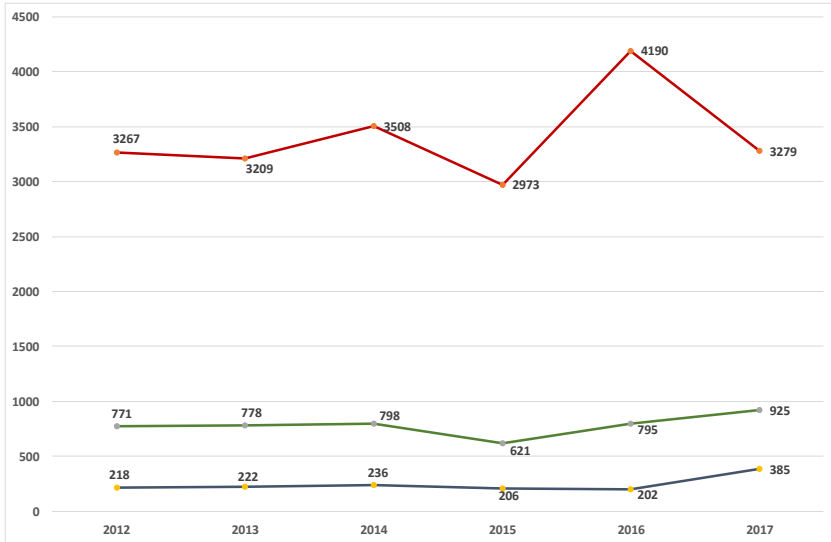
Ett utmärkande drag för den svenska upphandlingsrätten är vidare det stora antalet klagomål på upphandlande myndigheters beslut. I Sverige uppgår antalet mål om överprövning i domstol till cirka 3 000 per år. I rapporten *Statistik om offentligupphandling 2018* anges att under 2017 inkom 3 279 mål om överprövning vid förvaltningsdomstolarna.²¹ Detta var en minskning med 22 procent jämfört med 2016. Efter att antalet mål under de senaste åren varit cirka 3 000 per år ökade antalet markant 2016. År 2017 är emellertid antalet tillbaka på samma nivå som tidigare.²²

I rapporten återges följande diagram över antalet inkomna mål 2012–2017.

²¹ Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2 och Konkurrensverkets rapport 2018:9.

²² I rapporten (s. 157) påpekas att antalet mål om överprövning i domstolarna inte kan likställas med antalet upphandlingar som överprövas. Domstolarna kan registrera flera målnummer vid överprövning av en enskild upphandling. Detta kan exempelvis ske när en leverantör begär överprövning av en samordnad upphandling där flera myndigheter deltagit, då ett målnummer skapas för varje myndighet som omfattas av överprövningen. Om ansökan om överprövning lämnas in vid flera förvaltningsrätter, t.ex. vid en samordnad upphandling där myndigheterna som deltagit finns inom olika domstolars områden, kan flera målnummer skapas vid överföringen mellan domstolarna. Detta innebär att en enda upphandling som överprövas kan generera ett stort antal målnummer, även om de i praktiken handläggs som en enda överprövning. Det finns exempel på flera enskilda upphandlingar som har gett upphov till över 50 målnummer vardera.

Figur 9.1 Antal inkomna mål om överprövning vid domstol 2012–2017 (röd: förvaltningsrätt, grön: kammarrätt, blå: Högsta förvaltningsdomstolen).



Källa: Domstolsverket (uppgifter) och Konkurrensverket (bearbetning) 2018.

Antalet överprövade mål har alltså 2017 återgått till ett normalläge om drygt 3 000 ärenden. Vad rapporten dock inte fäster uppmärksamhet på är att detta antal är extremt högt i ett EU-perspektiv. Av en rapport från Europeiska kommissionen från 2017 framkommer att Sverige är det land i EU som har det högsta antalet överprövningar i absoluta tal.²³ Detta är uppseendeväckande, då Sverige som bekant med avseende på befolkningsmängd är ett relativt litet EU-land. I kommissionens rapport återges statistik från åren 2009–2012 och 2012–2014. I båda jämförelserna ligger Sverige högst. Det är värt att notera att Sverige under den första perioden hade 11 144 överprövningar, medan det största landet inom EU, Tyskland, hade 4 222 fall och grannlandet Danmark 580 fall. Motsvarande antal ärenden för den andra perioden är 9 974 fall för Sverige och 3 461 för Tyskland. Uppgifter från Danmark saknas i denna jämförelse. Kommissionens mer kompletta jämförelse av EU:s medlemsstater från åren 2009–2012 återges nedan.

²³ Staff working document, SWD (2017) 13 final.

Tabell 9.1 Antalet överprövningar i EU:s medlemsländer 2009–2012

Medlemsland	2009	2010	2011	2012	Total
AT	253	204	241	234	932
BE	138	160	192	221	711
BG	1 224	1 072	1 146	969	4 411
CY	111	130	73	66	380
CZ	508	511	710	1 049	2 778
DE	1 275	1 065	989	893	4 222
DK	75	99	201	205	580
EE	193	208	224	254	879
EL	-	~207	~207	~207	~621
ES	-	~441	~441	~441	~1 323
FI	610	587	569	425	2 191
FR		6	16	18	40
HR	1 374	1 810	1 888	1 867	6 939
HU	598	673	688	460	2 419
IE	1	1	11	8	21
IT	69	91	180	0	340
LT	235	413	409	353	1 410
LU	18	8	10	3	39
LV	901	835	1 019	1 020	3 775
MT		5	83	152	240
NL	254	279	271	307	1 111
PL	1 985	2 823	2 820	2 942	10 570
PT	16	18	30	22	86
RO	225	401	619	427	1 672
SE	1 990	3 156	2 960	3 038	11 144
SI	392	419	537	516	1 864
SK	189	284	314	472	1 259
UK	5	13	16	13	47
Totalt	11 265	13 461	14 328	14 067	55 064

Källa: EU-kommissionen, SWD (2017) 13 final.

Möjligheten att klaga på en upphandlande myndigheters beslut måste naturligtvis finnas av rättssäkerhetsskäl. Missnöjda leverantörer kan ha fullt legitima skäl att klaga. Om processbenägenheten går till överdrift, vilket den svenska statistiken vittnar om, föreligger dock ett problem. Upphandlingsregleringen har till syfte att spara på offentliga resurser, medan överprövningar tär på offentliga resurser. Problemet har uppmärksamrats inom akademien, även om debatten inte kan sägas ha varit särskilt omfattande. Indén m.fl. har påpekat att det finns en ”överprövningskultur” och därmed tendenser till rättsmedelsmissbruk från leverantörskollektivet.²⁴ Det finns tecken på att överprövningar används som ett kommersiellt instrument för att tillvarata intressen som inte kan kopplas till ett effektivt genomförande av det materiella upphandlingsregelverket.²⁵ Regeringen har också tillsatt offentliga utredningar för att se över situationen och minska processbenägenheten, men då skarpa förslag lagts fram, har dessa i regel mött hårt motstånd från remissinstanser, och några större förändringar har inte skett.²⁶ Den nuvarande situationen i Sverige kan dock inte anses som långsiktigt hållbar. Drygt 3 000 överprövningar per år gör att upphandlingsregleringens samhällsekonomiska lönsamhet minskar avsevärt.

Den svenska regleringen tycks alltså generera ett exceptionellt stort antal rättsprocesser, till synes för att tillmötesgå EU-rättsliga krav. EU-reglerna, i det här fallet rättsmedelsdirektivet, har dock sträckt sig över hela den svenska upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde, alltså även under EU:s tröskelvärden. Överprövningsmöjligheterna har vidare utformats på ett tämligen ovillkorligt sätt, medan man i andra EU-länder har infört begränsningar i möjligheten att klaga. En faktor som har bidragit är sannolikt att överprövningar sker inom ramen för en traditionell förvaltningsrättslig överprövning (förvaltningsbesvär). Till saken hör att Sverige tillhör de medlemsstater där domstolarna gör en jämförelsevis ingående och allsidig prövning av huruvida myndighetens agerande och beslutsfattande har inneburit en överträdelse av någon norm i LOU.²⁷ En kanske ännu viktigare faktor är att det i svensk rätt

²⁴ Se Indén, T. m.fl., *Överprövning av offentliga upphandlingar: En intervjustudie om skillnader mellan LOU och LUF*, Konkurrensverket 2014:8., s. 8 ff.

²⁵ Se Morawetz, F., *Avbrutna upphandlingar – Ansvar i gränslandet mellan privat och offentlig rätt*, Lunds universitet 2019, s. 117.

²⁶ Se SOU 2015:12 och SOU 2018:44.

²⁷ Se prop. 1992/93:88 s. 46 och s. 48 och jfr von Essen, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, 7 uppl., Wolters Kluwer 2017, s. 19 och s. 21. Den svenska förvaltningsrätten bygger nämligen

inte görs någon avvägning mellan leverantörernas intresse av att en ansökan om överprövning bifalls och potentiella skador för den upphandlande myndigheten (allmänintresset eller den upphandlande myndighetens samhällseliga uppdrag). Som påpekats av Morawetz²⁸ fanns en sådan avvägningsregel ursprungligen när överprövningsmekanismen implementerades i 6 kap. 2 § i 1992 års LOU. I lagmotiven angavs att:

”[d]e åtgärder som kan övervägas måste avvägas i förhållande till den skada som görs gällande och de kostnader som en rättelse kan medföra för upphandlingen i fråga. De intressen som domstolen kan väga in i bedömningen av den skadan får avse även det allmännas intresse. [...] Domstolen kan alltså konstatera att ett fel har begåtts, men att den skada som föranletts av detta fel är mindre än de ekonomiska följderna av att ingripa i ett pågående förfarande. Domstolen får alltså i en sådan situation avslå framställningen.”²⁹

Avvägningsregeln togs emellertid bort i samband med en revision av LOU under 1995, till synes för att lagtexten bättre skulle stämma överens med EU:s rättsmedelsdirektiv, där det inte fanns någon uttrycklig avvägningsnorm.³⁰ Morawetz ser detta som ett exempel på att EU-reglerna har tolkats motsatsvis (det vill säga, det som inte uttryckligen är tillåtet är otillåtet), vilket medfört en form av överimplementering av det huvudsakliga ändamålet med EU-reglerna – möjlighet till överprövning – medan andra samhällsintressen samtidigt får stå tillbaka. Detta har lett till att det svenska rättsläget avviker från övriga Skandinavien, där skadeavvägningar ingår som naturliga moment vid tillämpningen av de regler som implementerar rättsmedelsdirektivets överprövningsbestämmelse.³¹

Det ska vidare framhållas att EU-domstolen i sin rättspraxis i mycket hög grad väger olika intressen mot varandra, när den bedömer behovet av rättsmedel på upphandlingsområdet. EU-domstolen har dels godtagit begränsningar i möjligheten att klaga, dels krävt att leverantörerna själva ska visa omsorg och inte utnyttja klagomöjligheterna

på en stark tradition där överprövningen präglas av en allsidig och ingående granskning (Se vidare Reichel, *God förvaltning*, Jure 2006, s. 327).

²⁸ Se Morawetz, F, *Avbrutna upphandlingar – Ansvar i gränslandet mellan privat och offentlig rätt*, Lunds universitet 2019, s. 114.

²⁹ Prop. 1992/93:88 s. 102.

³⁰ Se prop. 1995/96:165 s. 9 och även Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure 2012, s. 76: ”rättsmedelsdirektivet gav [...] inte utrymme för en sådan skadeavvägning”.

³¹ Se Morawetz, F, *Avbrutna upphandlingar – Ansvar i gränslandet mellan privat och offentlig rätt*, Lunds universitet 2019, s. 114.

annat än när det finns ett tydligt samhällsintresse. EU-domstolen har i sin tolkning av rättsmedelsdirektivet därför ställt sig mycket negativ till en processbenägenhet under upphandlingsförfarandet som förfelar syftet med direktiven. Den har till exempel klargjort att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven inte är uppfyllda, när en leverantör inte ansöker om prövning när fel upptäcks utan i stället klagar på det slutliga tilldelningsbeslutet.³² Ett liknande perspektiv har anlagts av den svenska överprövningsutredningen från 2015:

”Systemet med upphandlingar inklusive överprövningssystemet handlar, som utredningen ser det, inte bara om att skydda den leverantör som anser sig förfördelad under något stadium i upphandlingsförfarandet utan också om att man ska kunna tillhandahålla varor och tjänster för allmänheten på ett bra sätt. Konsekvensen av ett system där överprövningar stoppar upp och fördröjer upphandlingar under en längre period drabbar ytterst allmänheten. En lång process kan exempelvis innebära att ett antal personer inte får den livsnöd-vändiga medicin de skulle behöva.”³³

Vad både EU-domstolen och överprövningsutredningen ger uttryck för är alltså att en avvägning måste ske mellan enskilda och allmänna intressen. Leverantörernas intresse av att kunna klaga och därmed fördröja ett beslut om tilldelning kan i ett sådant perspektiv inte vara oinskränkt, utan måste vägas mot intresset av ett skyndsamt och effektivt tilldelningsförfarande.

Mängden överprövningsmål på upphandlingsområdet får därför ses som en konsekvens av både överimplementering och övertolkning. Morawetz har framhållit att den svenska implementeringsmodellen, och rättsmedelsdirektivets möte med den svenska rättskulturen, medfört starka strukturer för *private enforcement* av de materiella upphandlingsreglerna och tydliga incitament att begära förvaltningsrättslig överprövning av upphandlingsförfaranden. De empiriska studier som finns på området indikerar att leverantörer i stor omfattning har utnyttjat de mekanismer som står till buds och att Sverige (i absoluta tal) har det högsta antalet överprövningsprocesser i första instans inom EU.³⁴

³² Se härom Hettne, J., Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen: om frånvaron av preklusionsregler i LOU, *Upphandlingsrättslig tidskrift* 2016, s. 201–214.

³³ SOU 2015:12, Överprövning av upphandlingsmål m.m., s. 14.

³⁴ Se Morawetz, F, *Avbrutna upphandlingar – Ansvar i gränslandet mellan privat och offentlig rätt*, Lunds universitet 2019, s. 261.

10 Slutsatser

Ovan har redovisats flera exempel som illustrerar att en förändring på ett politikområde – som det kan tyckas ligga nära till hands att härleda till EU – i huvudsak kan bero på beslut som fattats självständigt i Sverige. Vi har också sett i de behandlade exemplen att det i Sverige finns en tendens att anamma huvudreglerna i EU:s regelverk utan att beakta de undantag som ska säkerställa att resultatet blir rimligt. Ett sådant förhållningssätt förstärker EU:s konkurrens- och frihandelsparadigm, eftersom nödvändiga intresseavvägningar försvåras. Tydligast märks detta när EU:s regler används i situationer som de inte är tänkta för, vid så kallad överskjutande implementering (upphandlingsområdet), men det kan också bero på att huvudreglerna tolkas mer absolut än vad som är avsett (bostadsområdet) eller att enskilda domar från EU-domstolen leder till lagstiftning som får icke åsyftade konsekvenser (alkoholområdet). Att på nationell nivå anpassa sig till EU:s konkurrens- och frihandelsparadigm och samtidigt bortse från möjligheten till påverkan och förändringar på den europeiska beslutsnivå ger vidare intryck av att EU framtvingar förändringar, när det egentliga skälet är ett annat. Emellanåt saknas politisk vilja att finna lösningar på den europeiska nivån (spelområdet). Det tycks också finnas en ovilja att ta strid juridiskt (eller riskera en juridisk tvist), även då det rör sig om politiskt angelägna frågor (bostadsområdet). I stället finns en tendens till ”hemmasnickrade” lösningar som innebär långtgående EU-anpassningar även i politiskt kontroversiella frågor.

Det är viktigt att framhålla att EU-rätten inte är skriven i sten. Det är i många fall i den faktiska tillämpningen som rätten utvecklas och i vissa fall skapas. Det betyder att utöver det traditionella sättet att på politisk väg förändra EU-rättens innehåll finns i många fall även utrymme att på juridisk väg göra samma sak.¹ Medlemsstaterna

¹ Se Hettne, J., *Kan Lissabonfördraget minska EU:s sociala underskott?* Sieps 2010:4epa.

har till exempel rätt att intervensera eller lämna synpunkter i alla mål som prövas av EU-domstolen. Domstolsförhandlingarna blir därmed i vissa fall en alternativ arena för politik, även om det sker i en juridisk kontext. Ytterst handlar det för staterna om att lägga fram – och se till att de har – rätt argument inför Europeiska kommissionen och EU-domstolen, om de vill bevara nationella lösningar som potentiellt kolliderar med europeiska intressen. Att den juridiska argumentationen är så viktig hänger samman med att allt fler av EU-domstolens prövningar är intresseavvägningar. Vid en sådan avvägning gäller det att föra fram argument och omständigheter som får rätt vågskål att väga tyngst. Det är ofrånkomligt att detta i viss utsträckning förutsätter en juridifiering av politiken.² Politiska argumenten måste omvandlas till juridisk retorik om de ska användas inför en rättslig instans. Som jag ser det har Sverige ett outnyttjat utrymme att ta tillvara väsentliga intressen inom ramen för de spelregler vi bekänner oss till genom medlemskapet i EU. Motsvarande fråga har diskuterats i Norge där Fredrik Sejersted har argumenterat för en ny norsk strategi när det gäller norska intressen inom ramen för EES-avtalet. Han framhåller att det lagliga nationella handlingsutrymmet inom EU-rätten är större än vad medlemsstaterna inser och att det finns en risk för att det genomförs onödigt långtgående reformer i medlemsländerna på grund av felaktiga EU-rättsliga analyser.³ Liknande argument förs fram av Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun i rapporten *Upphandling och arbete i EU* (Sieps 2010:3) som menar att osäkerheten när det gäller att beakta icke-ekonomiska hänsyn vid offentlig upphandling har lett till en försiktighetsprincip som verkar starkt hämmande på intresset att vid offentlig upphandling beakta allmänt accepterade mål för lagstiftningen, såsom att främja jämställdhet, integration av funktionshindrade, god arbetsmiljö och goda arbetsvillkor. EU har dessutom oförskyllt gjorts till syndabock för denna utveckling.

Slutligen ska sägas att det som i denna rapport beskrivs som överanpassning inte behöver vara fel. Poängen är att det handlar om ett politiskt val i Sverige och inte en automatisk följd av EU-medlemskapet.

² Ibid.

³ Se Sejersted, F., Norges rettslige integrasjon i EU (*Nytt Norsk Tidsskrift* 4/2008, s. 313) och Rett og politikk i europeiseringens tid (*Nytt Norsk Tidsskrift* 4/2008, s. 545).