
Rättsutredning relaterad till

**Kommunal kompetens inom försäljning och
installation av solceller och laddinfrastruktur
för fordon**

LARS HENRIKSSON

Professor i rättsvetenskap, jur. dr, civ.ek. DHS

Innehåll

1	Uppdragsbeskrivning och bakgrund	3
2	Allmänt om KOS-reglerna/Konfliktlösningsregeln	4
2.1	Vad innebär konfliktlösningsregeln?	4
2.2	Konkurrensrättsliga begrepp inom KOS-området	5
2.3	Mot vem får ett förbud riktas?	6
2.4	Frågan om huvudmannaskap för verksamheten.	7
2.5	Vilket marknadsbeteende eller vilken marknadsverksamhet kan förbjudas?	8
2.5.1	<i>Endast offentlig säljverksamhet omfattas av KOS-reglerna</i>	8
2.5.2	<i>Säljverksamheten måste vara konkurrenssnedvridande</i>	8
2.6	Är verksamheten eller förfarandena konkurrensbegränsande?	10
2.7	Neutrale effekter av i sig konkurrensbegränsade effekter	11
2.8	Försvarbart från allmän synpunkt	12
3	Marknader som omfattas av utredningen	13
3.1	Marknaden för laddinfrastruktur för elfordon	13
3.2	Marknaden för solceller och tillhörande installationstjänster	15
3.3	Förekomsten av konkurrensbegränsning enligt KOS-reglerna	16
3.3.1	<i>Prisrelaterade konkurrenssnedvridningar</i>	17
3.3.2	<i>Icke kompetensenliga verksamheter</i>	18
3.3.3	<i>Nätverkseffekter</i>	19
3.3.4	<i>Kombinationserbjudanden</i>	20
3.3.5	<i>Övriga åtgärder som nyttjar existerande kundförhållanden</i>	20
3.3.6	<i>Undanträngningseffekter</i>	20
3.3.7	<i>Underleverantörsförhållanden</i>	20
3.4	Skillnader mellan statliga och kommunala verksamheter	21
4	Särskilt om kommunal kompetensenlig verksamhet	21
4.1	Är tillhandahållande av laddinfrastruktur respektive solceller kompetensenliga verksamheter?	22
4.1.1	<i>Ellagens specialreglering av kommunala elföretag</i>	22
4.1.2	<i>De allmänna kompetensreglerna i kommunallagen</i>	24
4.1.3	<i>Anknytningskompetens</i>	26
4.1.4	<i>Bedömning av kompetensenlig verksamhet</i>	27

1 Uppdragsbeskrivning och bakgrund

1. Jag har fått i uppdrag av den ideella föreningen Svenskt Näringsliv att göra en rättsutredning av kommunal kompetens inom försäljning och installation av solceller och laddinfrastruktur för fordon.
2. Bakgrunden till uppdraget är de konkurrensproblem som stora delar av bransch- och arbetsgivarorganisationen Installatörsföretagens medlemmar upplever på grund av en omfattande konkurrerande verksamhet från offentliga aktörer. Det gäller både energibolag med statligt ägande, och i synnerhet de många kommunalt ägda energibolagen. Dessa bedriver, vid sidan om produktion och handel med el, ofta en omfattande annan verksamhet riktad mot andra offentligt ägda bolag, privat ägda bolag och privatpersoner. Det gäller bl.a. försäljning och/eller installation av solceller, laddinfrastruktur och batterier, värmepumpar, undercentraler, fjärrvärmeväxlare m.m. Detta sker oftast i direkt konkurrens med privata bolag. Med anledning av detta vill uppdragsgivaren så långt möjligt klarlägga de rättsliga ramarna för den offentliga verksamheten på området.
3. Uppdraget avgränsas och preciseras så att fokus riktas mot två områden/produkter där konkurrensproblemen tycks vara särskilt påtagliga, och där marknaderna är dynamiska. Det gäller försäljning och/eller installation av solceller respektive laddinfrastruktur för fordon (laddstolpar).
4. I uppdraget ingår definiera dessa produkter/tjänster, för att sedan för vart och ett av dessa beskriva och analysera de rättskällor som är centrala för att bedöma ramarna för den kommunala kompetensen. Det gäller särskilt, men inte uteslutande, kommunallagen (2017:725) respektive ellagen (1997:857) med tillhörande rättspraxis och förarbeten.
5. Uppdrag omfattar även att redogöra för om det innebär någon skillnad ifall den offentliga aktören tillhandahåller en produkt eller tjänst själv, t ex med egen personal, eller om man har anlitat – företrädesvis genom offentlig upphandling om så krävs – en privat underentreprenör, men själv sköter försäljning och marknadsföring.
6. Slutligen ska resoneras kring eventuella oklarheter i rättsläget och vad som är en rimlig och lämplig tolkning i sammanhanget, givet konsekvenserna samt utifrån jämförelser med andra liknande rättsliga situationer om det är befogat.

2 Allmänt om KOS-reglerna/Konfliktlösningsregeln

7. I Sverige finns sedan 1 januari 2010 nationella bestämmelser om konkurrensnedvridande offentlig säljverksamhet (KOS), även benämnd konfliktlösningsregeln. Bestämmelserna är utformade som fakultativa förbud mot säljverksamheter eller förfaranden av offentliga aktörer om vissa kriterier är uppfyllda. De materiella bestämmelserna finns i 3 kap. 27–29 §§ konkurrenslagen (2008:579), KL. Konfliktlösningsregeln består av flera delar och benämns härafter KOS-reglerna.
8. Förbudsbestämmelserna är – trots att de är intagna i konkurrenslagen – helt nationella förbud, vilka saknar motsvarighet inom EU-rätten. Som utgångspunkt är det därför svårt att söka vägledning i EU-rättslig praxis eller annan praxis som avser tillämpningen av artikel 101 eller 102 FEUF, eller dessas nationella motsvarigheter. Förvisso återkommer uttrycket *konkurrensnedvridande* inom KOS-reglerna, men med detta avses en något annan situation jämfört med konkurrensrätten i övrigt, trots att förbudsbestämmelserna i stort är ägnade att säkerställa en *effektiv konkurrens*, vilken har en snarlik definition enligt konfliktlösningsregeln.
9. Några begrepp i konfliktlösningsregeln hämtas från konkurrensrätten i övrigt, men syftet med bestämmelserna var, enligt förarbetena, att det fanns behov av en regel för att i domstol kunna lösa de särskilda konflikter som uppstår när staten, en kommun eller ett landsting (numera: region) bedriver säljverksamhet på marknaden, härav benämningen konfliktlösningsregeln. Utgångspunkten är att regeln ska lösa de konkurrensproblem som uppstår vid säljverksamhet och som inte kan lösas med tillämpning av förbuden i 2 kap. 1, 7 §§ KL.

2.1 Vad innebär konfliktlösningsregeln?

10. Syftet med förbudsbestämmelserna är att lösa konflikter som uppstår när staten, en kommun eller en region bedriver säljverksamhet på marknaden. Utgångspunkten är att regeln ska lösa de konkurrensproblem som uppstår vid säljverksamhet och som inte kan lösas med tillämpning av förbuden 2 kap. 1, 7 §§ KL; härav benämningen *konfliktlösningsregeln*. Regeln ska därtill göra det möjligt att ta hänsyn till andra allmänna intressen, även om förfarandet eller verksamheten skulle inskränka konkurrensintresset (se prop. 2008/09:231, s. 33).
11. Till skillnad från de EU-rättsligt baserade nationella förbudsbestämmelserna i KL är KOS-reglerna uteslutande framåtriktade genom beslut av patent- och marknadsdomstolen. Härigenom kommer med nödvändighet förbud att meddelas i det enskilda fallet gällande visst förfarande eller viss verksamhet med avseende på framtiden. I så måtto kan förbudens karaktär liknas med de förbud som gäller inom marknadsföringsrätten utanför förbudskatalogen och den svarta listan. Sanktioner i form av administrativa böter kan därigenom heller inte utgå med hänsyn till legalitetsprincipen, likaså blir förfaranden eller verksamhet som bedrivits fram till att förbud meddelats ej heller skadestandsgrundande.

12. Förbud som meddelas med stöd av 3 kap. 27 § KL får förenas med vite jml. 8 kap. 1 § p. 3 KL, vilket är den huvudsakliga sanktion som utgår vid eventuellt brott mot meddelat förbud. Huruvida det är effektivt eller inverkar avhållande på det allmänna när staten ingriper mot sig själv eller det allmänna i övrigt kan förvisso framstå som tveksamt, men får snarare ses som ett uttryck för att det är ovanligt att det allmänna inte rättar sig efter meddelade förbud av domstol.
13. Talerätten om förbud ankommer i första hand på tillsynsmyndigheten, Konkurrensverket (KKV), som i denna fråga alltså saknar rätt att utfärda beslut i första instans. Härigenom kvarstår även den i övriga konkurrensrätten avvecklade särskilda talerätten (subsidiär talerätt) för det företag som berörs av det offentliga företagets förfarandet eller verksamhet. Vidare får meddelade förbud omprövas av rätten på talan av tillsynsmyndigheten eller den mot vilken förbudet riktats (3 kap. 32 § KL).
14. Reformen av konkurrensreglerna 2021 omfattade inte KOS-reglerna, vilket bl.a. i övrigt innebär att talan om förbud handläggs enligt reglerna om indispositiva tvistemål i rättegångsbalken.¹

2.2 Konkurrensrättsliga begrepp inom KOS-området

15. Även om KOS-reglerna är en helt nationell företeelse som saknar motsvarighet inom EU-rätten har lagstiftaren valt att infoga regeln i konkurrenslagen. Detta kan framstå som motiverat med hänsyn till att det finns flera konkurrensrättsliga begrepp som är likalydande inom KOS-området. Till dessa kan räknas först begreppet *företag* i 1 kap. 5 § KL, dvs. att det måste vara fråga om en ekonomisk verksamhet i konkurrensrättslig mening. Om det t.ex. är fråga om myndighetsutövning är konfliktlösningsregeln inte tillämpning även om t.ex. en kommuns agerande genom myndighetsutövningen påverkar konkurrensförutsättningarna.
16. KOS-reglerna är enligt lagtextens ordalydelse tillämpliga på de effekter som uppkommer på *marknaden*. Huruvida det ska betraktas som synonymt med det konkurrensrättsliga begreppet *relevant marknad* har inte klargjorts i författningen. Mot bakgrund av att reglerna saknar koppling till EU-konkurrensrätten är det inte möjligt att söka vägledning från EU-rättslig rättspraxis eller motsvarande nationell praxis i tolkningen av begreppet. Däremot följer det uttryckligen av förarbetena att prövningen av förbudet bör ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den *relevanta* marknaden (se prop. 2008/09:231, s. 37, 38, och särskilt s. 58). Av det följer sålunda indirekt ett krav på en korrekt avgränsning av den relevanta marknaden och avsaknad därav skulle i formell mening utesluta möjligheterna att korrekt bedöma förfarandets eller verksamhetens effekter. I rättspraxis har även denna ordning väsentligen bekräftats.

¹ Till skillnad från dispositiva tvistemål är det bl.a. inte möjligt för parterna att träffa förlikning i indispositiva mål. Vidare har domstolen en större möjlighet att agera på eget initiativ i bevisfrågor. Målens karaktär innebär i praktiken även att frågor om beviskrav behöver beaktas och att det i sådana mål finns ett högre beviskrav än i dispositiva mål.

17. Det följer av fast konkurrensrättslig rättspraxis och beslutspraxis från EU-kommissionen att en relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara. Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren (se Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT nr C 372, 09/12/1997 s. 5–13).
18. I rättspraxis har understrukits betydelsen av en korrekt definition av den relevanta marknaden. I MD 2015:12 betonade dåvarande Marknadsdomstolen att den relevanta marknaden måste fastställas för att det ska vara möjligt att avgöra huruvida ett påtalat agerande påverkar förekomsten av, eller innebär fara för, negativa effekter av någon betydelse för konkurrensen. I MD 2016:3 upphävde MD tingsrättens dom i själva saken. Avgörande i målet var att varken produktmarknaden eller den geografiska marknaden hade avgränsats korrekt, något som medförde att bedömningen av konkurrenssnedvridande effekterna blev annorlunda i sak, varigenom det inte kunde anses att förfarandet var ägnat att hämma konkurrensen (jfr även ATV-Medias subsidiära talan i mål T 9245-12 där påtalande part inte hade presenterat en adekvat utredning för avgränsning av den geografiska marknaden).
19. Av särskild betydelse för KOS-reglerna är en korrekt avgränsning av den geografiska marknaden. När det gäller kommunala företags verksamheter är det större sannolikhet att konkurrenssnedvridande effekter uppkommer om det är lokala marknader.
20. Den relevanta marknad i förhållande till vilken ett givet konkurrensproblem bedöms (här: KOS-reglerna) fastställs därför genom att produktmarknaden och den geografiska marknaden kombineras.
21. Vad som kan förbjudas i sak anknyter även nära till *konkurrensbegränsningskriteriet* i 2 kap. 1 § KL, fastän det inom ramen för konfliktlösningsregeln har en något annan innebörd, vilket utvecklas nedan.

2.3 Mot vem får ett förbud riktas?

22. Utformningen av förbudet kan delas upp i frågan om mot vem som förbudet kan riktas och för vilket marknadsbeteende. Själva förbudet kan i huvudsak avse vissa förfaranden eller mera omfattande – hela säljverksamheter.
23. Gällande rättssubjekten, mot vilka förbud mot vissa förfaranden ska gälla, omfattar regeln staten, en kommun eller en region. Kommuner och regioner kan även förbjudas att bedriva delar av eller en hel säljverksamhet som sådan, dock inte om den är förenlig med lag. Staten kan inte förbjudas att bedriva viss verksamhet – endast att tillämpa vissa förfaranden inom ramen för en säljverksamhet på den relevanta marknaden.

24. Om förbudet omfattar ett förfarande kan det även riktas mot *annan juridisk person* om staten, en kommun eller en region direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över den juridiska personen genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt. Formuleringen avses ge samma innehåll i sak som definitionen av *offentligt företag* inom EU-rätten² Gällande förbud mot verksamheter kan även omfatta den juridiska personen om den t.ex. ägs av en kommun eller en region. Juridiska personer som staten har sådant inflytande över kan emellertid inte förbjudas att bedriva viss verksamhet.
25. En begränsning gällande förbud för vissa säljverksamheter är att en sådan inte får förbjudas om den är förenlig med lag, varigenom endast vissa förfaranden inom säljverksamheten kan förbjudas (3 kap. 27 § tredje stycket). Inom det kommunala området avses därmed att vägledning ska uttömmande hämtas från kommunallagen och specialförfattningar och därtill hörande rättspraxis om vilken verksamhet som är kompetensenlig. Sådan verksamhet kan inte förbjudas. Om däremot verksamheten inte vore kompetensenlig kan förbud enligt KOS-reglerna dock även avse själva verksamheten.
26. Av relevans för denna utredning är de kommunalt ägda elbolagen eller energibolagen. Helägda kommunala elbolag omfattas av den krets av personer mot vilka förbud *kan* riktas. De statliga bolagen omfattar totalt 45 hel- och delägda bolag samt två verksamhetsstiftelser, av vilka endast Vattenfall AB:s verksamhet är relevant för denna utredning, men då endast beträffande visst konkurrensbegränsande säljförfarande. KOS-reglerna omfattar däremot inte utländska energiföretag såsom E.ON eller Ellevio, även om de skulle bedriva identisk verksamhet med Vattenfall inom marknaderna för laddinfrastruktur och solceller. Här bortses vidare från myndigheter som eventuellt bedriver ekonomisk verksamhet inom de områden som omfattas av utredningen.

2.4 Frågan om huvudmannaskap för verksamheten.

27. Det ingår i uppdraget att redogöra för om den rättsliga bedömningen påverkas av att den offentliga aktören tillhandahåller en produkt eller tjänst själv, t ex med egen personal, eller om man har anlitat – företrädesvis genom offentlig upphandling om så krävs – en privat underentreprenör, men själv sköter försäljning och marknadsföring.
28. Vad som torde vara avgörande i förhållande till KOS-reglerna är vem som är ansvarig för säljverksamheten. I det hänseendet kan försäljning ske direkt från det

² Jfr Kommissionens direktiv 2006/111/EG av den 16 november 2006 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet (kodifierad version), EUT L 318, 17.11.2006, p. 17–25. Enligt artikel 2 avses med *offentligt företag* i direktivet varje företag, över vilket de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt kan utöva ett dominerande inflytande till följd av ägarskap, finansiell medverkan eller gällande regler. Se även lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. och definitionen av offentligt företag i 2 §. Skrivningen i KL är dock utvidgad så att den även omfattar ”på annat sätt”, vilket är avsett att även omfatta avtalsmässiga relationer som ger upphov till inflytande över den juridiska personen (jfr prop. 2008/09:231, s. 59).

offentliga företaget genom anställd personal, genom uppdragstagare, handelsagenter eller t.o.m. kommissionärer (vilket torde vara synnerligen ovanligt). Oaktat förekomsten av mellanmän kan detta inte medge ett kringgående av KOS-reglerna, eftersom det i sådana fall alltså är det offentliga företaget som är huvudman för försäljningsverksamheten.

29. Frågan ska därför besvaras så att det vid tillämpningen av KOS-reglerna saknar betydelse om den offentlige aktören själv, eller genom anlitad tredje man som agerar på uppdrag av den offentlige aktören, bedriver säljverksamhet. Det är sålunda inte möjligt att kontraktera ut ansvaret till tredje man för att därigenom kringgå regelverket.

2.5 Vilket marknadsbeteende eller vilken marknadsverksamhet kan förbjudas?

2.5.1 Endast offentlig säljverksamhet omfattas av KOS-reglerna

30. Förbud enligt KOS-reglerna begränsas inledningsvis endast till *säljverksamhet* av ekonomisk eller kommersiell natur. En inledande avgränsning är sålunda att bestämmelserna inte omfattar det offentliga inköpsverksamhet, vilket bl.a. motiveras av formerna för sådana förfaranden regleras genom den offentliga upphandlingsrätten.
31. Med säljverksamhet avses *försäljning* av varor, tjänster och andra nyttigheter. Till detta fogas även andra utbudsverksamheter såsom uthyrning. Det förfarande som kan förbjudas omfattar även underlåtenhet att sälja, t.ex. diskriminerande självvägran, eller att under vissa villkor vägra tillträde till nödvändiga faciliteter. Det noteras i motiven att KOS-reglerna inte omfattar ekonomiskt stöd som sådant till egen säljverksamhet, men däremot effekten av stödet. Härmed avses att regeln förvisso inte utgör en nationell motsvarighet till artikel 107 FEUF, men att t.ex. ett stöd kan medföra konkurrenssnedvridning, varigenom ett eventuellt förbud kan omfatta det förfarande eller verksamhet som stödet/förmånerna ger upphov till (se prop. 2008/09:231, s. 35, 57).

2.5.2 Säljverksamheten måste vara konkurrenssnedvridande

32. Inom ramen för säljverksamheten avser förbudet i sak sådant förfarande (eller verksamhet), som *snedvrider*, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller *hämmar*, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Oaktat om det offentliga företags säljverksamhet strider mot lag är alltså förekomsten av konkurrenssnedvridning en förutsättning för förbud.
33. Det övergripande syftet med regeln är att komma till rätta med konkurrenssnedvridningar som kan uppstå när en offentlig aktör bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer. Den huvudsakliga orsaken till att snedvridningar kan uppkomma är det faktum att det offentliga – till skillnad från privata verksamheter –

kan bedriva verksamheten utan några beaktansvärda affärsrisker. Dessa skillnader i grundförutsättningar för verksamheten kan därför leda till att marknadsstörningar blir ofrånkomliga och oundvikliga.

34. Mot den bakgrunden tar förbudsregeln sikte på förekomsten av *negativa effekter för konkurrensen* och konkurrenssnedvridningen som sådan. Avgörande för meddelande av förbud är därigenom huruvida marknadsbeteendet i fråga skadar drivkrafterna till konkurrensen samt själva mekanismerna på marknadsplatsen. Motiven nämner i det hänseendet bortfall av incitament till en tävlan som skapar effektiv konkurrens och att förbudet bör omfatta både situationer där konkurrens på lika villkor saknas och fall där privata aktörer inte etablerar sig eller bortfaller till följd av den offentlige aktörens beteende (jfr prop. 2008/09:231 s. 35 f.)
35. Det är uppenbart att förbudet i allmänhet har en längre räckvidd än vad som följer av förbuden i 2 kap. 1, 7 §§ KL. Icke desto mindre är det av rena legalitetsskäl av intresse att konkretisera vilka marknadsbeteenden som kan komma att bli föremål för förbud. Regeringen anslöt i förarbetena till Konkurrensrådets betänkande (SOU 2000:117) innehållande identifierade problem när offentliga och privata aktörer möts på marknaden:
- a) en blandning av monopolskyddad och konkurrensutsatt verksamhet,
 - b) utnyttjande av myndighetsutövning på konkurrensutsatta marknader,
 - c) ensam tillgång till en strategisk nytthet (facilitet), t.ex. viss tung infrastruktur,
 - d) försäljning av överskottskapacitet
 - e) stöd till den egna säljverksamheten,
 - f) offentlig produktion när privata företag saknas,
 - g) sysselsättning av arbetshandikappade,
 - h) sysselsättning av arbetslösa och ungdomar,
 - i) gynnande av egen verksamhet vid offentlig upphandling, samt
 - j) kommunal försäljning över kommungränsen
36. Anledningen till att problemen återges i förarbetena är att de kan tjäna som vägledning för att tolka KOS-reglernas mer konkreta innebörd i så måtto att de tydliggör vilka beteenden som i det enskilda fallet är negativa för konkurrensen och därigenom bör kunna omfattas av ett förbud. Av detta följer även att vissa förfaranden ska anses kunna snedvrider eller hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden och bland dessa kan särskilt märkas underprissättning, diskriminering, vägran att ge tillträde till viss infrastruktur.
37. Uppräkningen är inte avsedd att vara uttömmande, varför även andra ageranden kan omfattas av förbud. Lagstiftarens avsikt var att skapa en *dynamisk rättstillämpning och rättsutveckling*. Med hänsyn till den knapphändiga praxis som etablerats kan dock denna ambition inte anses vara uppnådd. Förvisso måste beaktas att antalet potentiella KOS-ärenden begränsas av antalet kommuner och regioner och mängden dessas eventuella ekonomiska verksamhet som innefattar säljtätgar.

38. Av motiven följer att lagstiftaren inte avsett att åstadkomma en regel där enskilda ageranden som sådana ska anses konkurrensnedvridande, dvs. att ett visst förfarande ska betraktas som ett *per se*-förbud, vilket annars även skulle kunna ge upphov till praktiska problem med gränsdragningen för kompetensenlig kommunal verksamhet. Prövningen ska i stället ta i beaktande de långsiktiga effekterna av marknadsbeteendet och inte vad som sker på kort sikt. Avgörande är om beteendet i fråga kan medföra att konkurrenstrycket på sikt ökar, eller är ägnat att öka, eller omvänt om beteendet minskar konkurrenstrycket.
39. Om konkurrenstrycket till följd av det offentliga företags agerande minskar kan detta enligt förarbetena *endast* godtas om det tillgodoser några andra intresset som gör beteendet *försvarbart från allmän synpunkt* (se mer härom nedan om förutsättningar för försvarbarhet). En ytterligare begränsning i möjligheten att meddela förbud är sådana beteenden som *ex ante* skulle kunna vara snedvridande men som till följd av lokala marknadsförutsättningar likafullt är neutrala, t.ex. det saknas ett kommersiellt utbud.

2.6 Är verksamheten eller förfarandena konkurrensbegränsande?

40. Ett förbud förutsätter att rekvisitet *hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på marknaden* är uppfyllt. Som tidigare har utretts är syftet med KOS-reglerna att komma till rätta med konkurrensnedvridningar som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer. En allmän bevekelsegrund för regeln är t.ex. att en kommun kan bedriva verksamhet utan några påtagliga risker för verksamhetens existens och att offentliga aktörer verkar under andra förutsättningar än privata företag.
41. Vidare anför i förarbetena att förekomsten av, eller fara för negativa effekter på konkurrensen på lång sikt bör vara en grundförutsättning vid tillämpningen av en konfliktlösningsregel mellan offentliga och privata aktörer (jfr prop. 2008/09:231, s. 36.). Härmed bör fokus ligga på konkurrensbegränsningen som sådan, dvs. effekterna för själva konkurrensen. I det enskilda fallet behöver prövningen göras utifrån om beteendet eller t o m hela verksamheten skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen.
42. I förarbetena omnämns att den offentliga aktörens blotta närvaro på marknaden kan leda till att privata aktörer får upphöra med eller får svårt att expandera sin verksamhet eller att närvaron i sig utgör ett etableringshinder, s.k. undanträngningseffekter. I så måtto skulle ett förbud vara motiverat bl.a. i de fall när det privata alternativet faller bort eller att privata aktörer över huvud inte träder in på marknaden till följd av den offentliga aktörens förfarande. Likafullt torde en krävas en bedömning i det enskilda fallet om dessa effekter kan förväntas uppkomma eller om de redan uppkommit. (se prop. 2008/09:231, s. 36, 57).
43. Detta hänger nära samman med att enskilda beteenden inte generaliseras såsom varande olämpliga. Bedömningen bör koncentreras till huruvida ett visst marknadsbeteende skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på

marknadsplatsen och ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden inte vad som sker eller kan ske på kort sikt. En övergripande frågeställning i det sammanhanget är om konkurrenstrycket på marknaden ökar, eller är ägnat att öka, eller om det minskar eller är ägnat att minskas genom det aktuella beteendet.

44. Vad gäller begreppet "effektiv konkurrens" är det tydligt att lagstiftaren avsett att detta i högsta grad ett dynamiskt begrepp som inte ska ha en given eller fixerad innebörd. Det finns därför ingen bestämd ekonomisk nivå där exempelvis produktivitet nått ett optimum. Förarbetena anger explicit att *dynamiken* i marknaden står i fokus, varför "...konkurrensen och det tryck denna skapar när intensiteten är hög just ska generera ständig förändring i form av uppgradering genom tekniskt och ekonomiskt framåtskridande" (se prop. 2008/09:231 s. 57).
45. Beteendet får inte vara obetydligt, även om det vid tillämpningen av KOS-reglerna inte finns något märkbarhetskrav såsom vid tillämpning av t.ex. 2 kap. 1 § KL. Ett förbud förutsätter därför att de negativa effekter är av "någon betydelse", där begreppen "snedvrider" och "hämmar" innebär att förfarandet håller tillbaka, dvs. *hejdar* och *dämpar*, konkurrenstryckets *styrka* (jfr prop. 2008/09:231, s. 58).
46. Vidare anges i lagtexten uttrycket "ägnat", vilket enligt motiven speglar ett inbyggt *färemoment* för konkurrenshämmande effekter, dvs. att det inte krävs att några faktiska effekter av förfarandet, utan det räcker med att fara för detta har uppkommit. Vidare anges uttrycket sätter fokus på om förfarandet till sin art har en sådan inriktning eller utformning som får anses i påtaglig grad riskera att hämma förekomsten eller utvecklingen av effektiv konkurrens (se prop. 2008/09:231, s. 57 f).
47. Det är sålunda uppenbart att lagstiftaren har valt *inte* efterlikna de kriterier som gäller för 2 kap. 1 § KL eller artikel 101 FEUF, dvs. att förfarandet måste vara märkbart resp. huruvida de EU-rättsliga *de minimis* reglerna är tillämpliga. Något krav på påvisande av bl.a. viss omsättning eller marknadsandel är alltså som utgångspunkt inte nödvändigt. Snarare ger förarbetena uttryck för att det kan vara blotta förhandenvaron av viss säljverksamhet som leder till snedvridningar och att därigenom risken för konkurrenssnedvridning har en större betydelse vid tillämpning av KOS-reglerna.
48. Mot den bakgrunden kan konstateras att det saknas stöd i rättskällorna för ett tillkommande krav – eller förhöjd tillämpningströskel – på faktiska negativa effekter på marknaden, eller att den offentliga säljverksamheten måste ha en viss omfattning för att förutsättningarna för förbud ska vara uppfyllda. En sådan ordning skulle innebära en inskränkning av att KOS-reglerna även innefattar en risk för konkurrenssnedvridning.

2.7 Neutrala effekter av i sig konkurrensbegränsade effekter

49. KOS-reglerna är inte avsedda att tillämpas när det offentliga företags säljverksamhet har neutrala effekter för konkurrensen på marknaden. Enligt förarbetena

omfattas här åtgärder som är ägnade att upprätthålla service och annan infrastruktur på områden där det finns ett bristande kommersiellt utbud (se prop. 2008/09:231 s. 37).

50. Ett hittills i rättspraxis oprövat marknadsförhållande är om KOS-reglerna kan tillämpas när det redan etablerats en omfattande konkurrens på marknaden och där den geografiska marknaden är nationell. Enligt min mening bör dock detta inte i första hand bedömas som ett undantag med hänsyn till neutrala effekter, utan snarare med hänsyn till att det inte är möjligt att påvisa konkurrenssnedvridande effekter.

2.8 Försvarbart från allmän synpunkt

51. KOS-reglerna innehåller ett i konkurrensrättsligt sammanhang egenartat undantag som påminner om bestämmelser i äldre rätt, om än i omvänd betydelse. Enligt 1982 års konkurrenslag (1982:729) gällde att förutsättningarna för förbud var att konkurrensbegränsningen skulle vara otillbörlig från allmän synpunkt. Till skillnad från äldre rätt gäller beträffande konfliktlösningsregeln numera ett till synes omvänt synsätt där ett beteende med konkurrenssnedvridande verkningar kan accepteras, eller snarare; förvaras, om det finns allmänna intressen utöver konkurrensintresset som ska ges *högre prioritet* i förhållande till effekterna av konkurrenssnedvridningen, något som är nära förbundet med intresset att värna det offentliga uppdraget så att KOS-reglerna inte felaktigt ger upphov till oönskade inskränkningar.
52. Beteendet kan som utgångspunkt inte vara försvarbart om det strider mot lag, annan författning eller andra bindande direktiv såsom bolagsordningar eller ägardirektiv. Om beteendet däremot är en direkt och avsedd effekt av en specialreglering eller en ofrånkomlig följd av denna ska KOS-regeln inte tillämpas. Väsentligen blir undantagsregeln tillämplig när regleringen innebär att fri konkurrens inte ska råda på marknaden eller att det ska råda särskilda förutsättningar för konkurrensen (se prop. 2008/09:231, s. 37, jfr även prop. 1992/93:56 s. 70).
53. Undantagsregeln kommer klart till uttryck i förarbetena genom att det vid tillämpningen ska vägas in det allmännas behov av att säljverksamheten bedrivs (s.k. externa motiv), medan mer interna behov, såsom den offentlige aktörens egenintresse, bör stå tillbaka – allt i ljuset av de långsiktiga effekterna på marknaden. Lagstiftaren har med hänsyn till att det kan finnas många olika skäl till att undantaget ska kunna åberopas lämnat över till rättstillämpningen att närmare göra avvägningen i det enskilda fallet (se prop. 2008/09:231 s. 38).
54. Undantagsregeln innebär sålunda att en domstol kan ingripa mot offentlig säljverksamhet eller förfarande i samband med säljverksamhet som saknar försvarbarhet. I doktrinen har analyserats hur försvarsbarhetsbedömningen stegvis bör utformas (jfr Hedelin, J., *Kommunal konkurrensrätt*, 2013, s. 163 ff., 190 ff.).

- i) Strider det konkurrensbegränsande förfarandet mot lag eller annan författning? Om verksamheten som sådan strider mot lag, t.ex. inte är kompetens-enlig saknas definitionsmässigt försvarbarhet varvid förutsättningarna för förbud mot en konstaterad konkurrensbegränsning redan av detta skäl är uppfyllda. Kompetensenlig verksamhet kan även bedrivas på sådant sätt att den inte uppfyller lagliga eller andra krav på t.ex. affärsmässighet, prissättning eller liknande och om dessa krav inte är uppfyllda saknas tillika försvarbarhet.
- i) Är motivet för förfarandet godtagbart som sådant? Till skillnad från första steget saknas i detta steg lagreglering direkt betydelse. I stället är försvarbarhetsbedömningen kopplad till sättet på vilket uppdraget genomförs. Av intresse blir här huruvida verksamhetens målsättningar verkligen är ägnade att uppfylla ändamålet med den offentliga verksamheten och huruvida det därigenom är nödvändigt att hemfalla till just konkurrensbegränsande förfarande. Om svaret är nekande talar det mot att förfarandet är försvarbart
- ii) Finns det andra möjligheter att tillgodose det offentliga intresset? Såsom i det andra steget efter ändamålsenlighet i den i svensk rätt hävdvunna proportionalitetsprincipen ingår en bedömning om det finns mindre ingripande alternativa åtgärder än de konkurrensbegränsande. Existerar sådana alternativ talar det mot att förfarandet är försvarbart.

3 Marknader som omfattas av utredningen

3.1 Marknaden för laddinfrastruktur för elfordon

55. En rättslig bedömning av konkurrens effekterna för laddinfrastruktur förutsätter en avgränsning av den relevanta marknaden. Som tidigare nämnts tar bedömningen sin utgångspunkt i efterfrågeelasticiteten, varigenom det inledningsvis är nödvändigt att analysera hur efterfrågan gestaltar sig gällande laddinfrastruktur. Elfordon har gemensamt att de helt eller delvis drivs av elmotor och i de flesta fall är beroende av laddning med el. Det finns även elfordon som drivs av en bränslecell, men sådana fordon tankas med vätgas, som omvandlas till el i bränslecellen. Vidare finns s.k. hybridfordon där framdriften sker av en förbränningsmotor och en elmotor som laddas av fordonets bromsenergi och därigenom inte är laddbara från elnätet. Dessa fordon omfattas inte av denna utredning. I stället ligger fokus på sådana fordon som kan laddas från elnätet. Bland dessa kan nämnas två huvudkategorier:

- **Helelektriska bilar**, dvs. ett fordon som enbart drivs av el och laddar sitt batteri från elnätet (eng. *Battery Electric Vehicle*, BEV).
- **Laddhybrider / plug-in-hybrider**, dvs. fordon som kan ladda batteriet från elnätet men som även drivs av förbränningsmotor (eng. *Plug-in Hybrid Electric Vehicle*, PHEV).³

³ Se Energimyndigheten, om olika typer av elfordon: <https://www.energimyndigheten.se/klimat--miljo/transporter/energieffektiva-och-fossilfria-fordon-och-transporter/elfordon-och-laddning/>.

56. Från ett efterfrågeperspektiv finns sålunda ett behov att kunna ladda elfordon, vilket kan ske på olika sätt⁴

Laddarens hastighet och typ	Märkeffekt	Laddningstid, ca
Långsam (1-fas, växelström)	3–7 kW	7–16 timmar
Normal (3-fas, växelström)	11–22 kW	2–4 timmar
Snabb (likström)	50–100 kW	30–40 minuter
Ultrasnabb (likström)	>100 kW	<20 minuter

57. Förutom laddningssättet kan infrastruktur för laddning av elfordon göras tillgänglig på olika sätt; elbilsaddning för företag och organisationer, anställda och boende (s.k. icke-publik laddning), elbilsaddning för allmänheten (publika laddstationer), laddning och laddinfrastruktur för andra fordon än personbilar (t.ex. laddstationer för lastbilar, bussar eller båtar). En *laddningspunkt* är sålunda ett gränssnitt där ett elfordon i taget kan laddas eller där ett batteri i taget på ett elfordon kan bytas ut (jfr 3 § förordningen (2020:577) om statligt stöd för utbyggnad av publika laddstationer för snabbaddning av elfordon).
58. Laddningspunkter kan alltså bestå av s.k. laddboxar eller laddstolpar med olika hastigheter och är även sammanhängande med olika system för betalning av el som förbrukas i samband med laddning.
59. Sedan maj 2020 gäller även att laddning av elfordon utgör ett nytt egenskapskrav i plan- och bygglagen (2010:900), PBL. Reglerna innefattar vilka byggnader som ska ha utrustning för laddning av elfordon eller förberedelser för laddning genom s.k. *ledningsinfrastruktur* (jfr 3 kap. 20 b § plan- och byggförordningen, 2011:338, PBF). Boverket har även gett ut tillämpningsregler gällande vilka typer av ladduttag som ska användas (Boverkets föreskrifter och allmänna råd om utrustning för laddning av elfordon, BFS 2021:2).
60. Installation av laddinfrastruktur omfattas av bestämmelserna i elsäkerhetslagen (2016:732). I enlighet med definitionerna i den lagen utgör t.ex. laddpunkter en elektrisk utrustning och starkströmsanläggning. Därigenom blir bestämmelserna om elinstallationsarbete tillämpliga. I teknisk mening skiljer sig sålunda dessa produkter och tillhörande installationstjänster från den verksamhet som avses i 7 kap. 1 § ellagen.
61. Från ett efterfrågeperspektiv är det även av vikt att beakta att laddning inte sker endast från en laddpunkt, utan ägare av elfordon torde typiskt sett vara beroende av

⁴ Europeiska revisionsrätten, Särskild rapport 05/2021: Infrastruktur för laddning av elfordon: laddningsstationerna har blivit fler, men den ojämna utbyggnaden gör det svårt att resa i EU, <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/electrical-recharging-5-2021/sv/#table01>.

tillgång till ett nätverk av laddningspunkter som har en gemensam standard och ett ändamålsenligt betalningssystem.

62. Den relevanta produktmarknaden, dvs. de produkter som från efterfrågesynpunkt ska anses vara utbytbara med varandra, förefaller mest sannolikt att bestå av laddinfrastruktur för elfordon och att denna är skild från andra marknader inom elproduktion och eldistribution. Denna relevanta produktmarknad torde kunna delas upp i undergrupper beroende på om infrastrukturen är anpassad för långsam/normal eller snabb/ultrasnabb samt huruvida den är publik eller icke-publik och därtill hörande installationstjänster.
63. Med hänsyn till att kunder för laddinfrastruktur kan ha ett intresse av installation för eget bruk (t.ex. privatkunder) men även för att tillhandahålla för tredje man (företag, privata bostadsföretag, eller de som tillhandahåller publika laddpunkter), kan sannolikt även marknaden har olika efterfrågestrukturer mellan dessa kundgrupper.
64. Från ett efterfrågeperspektiv torde laddpunkter med tillhörande installation efterfrågas som ett blandat köp, dvs. att produktmarknaden mest sannolikt kommer innefatta såväl laddpunkten som installation därav. I vart fall framstår den relevanta produktmarknaden sannolikt inte vara större än laddinfrastruktur med tillhörande installationstjänster, men detta behöver stödjas av en separat undersökning.
65. Vad gäller den geografiska marknaden finns det inget underlag som jag har tagit del av som indikerar en nationell marknad. Snarare förefaller det utifrån ett högst begränsat underlag vara fråga om lokala eller regionala marknader inom riket. Förvisso finns större aktörer som erbjuder laddinfrastruktur inom ett större område, men de förefaller i allt väsentligt följa de områden inom vilka aktörerna för närvarande har sitt elnät och därtill närliggande områden. Den geografiska marknaden behöver sålunda vidare undersökas mera noggrant för att med säkerhet kunna göra en korrekt avgränsning.

3.2 Marknaden för solceller och tillhörande installationstjänster

66. Solceller som produkt är ett ljuskänsligt halvledarmaterial som omvandlar energin i solinstrålning till elektrisk energi. Solceller monteras ofta tillsammans i en solcellsmodule eller solcellspanel som består av ofta seriekopplade solceller. Olika tekniker finns för att producera el från solceller (monokristallina, polykristallina och tunnfilmssolceller). Varianter därav inkluderar takintegrerade solceller. Vidare finns kombinerade energisystem, t.ex. photovoltaic thermal hybrid solar collector (PVT) som alstrar såväl värme som el. Utvecklingen går snabbt framåt och olika andra tekniker är under utveckling såsom perovskitsolceller, dye-sensitized solar cells (DSSC) och nanotrådbaserade solceller.⁵

⁵ Se Energimyndigheten, Olika typer av solceller, <https://www.energimyndigheten.se/fornybart/solelportalen/lar-dig-mer-om-solceller/olika-typer-av-solceller/>.

67. Inom ramen för detta uppdrag behandlas solceller avsedda för att producera egenanvänd el, dvs. el som genereras på en byggnad eller på dess tomt och används till att tillgodose elbehovet inom samma byggnad. Det finns även möjlighet att från en solcellsanläggning sälja el tillbaka till elnätet. Anläggningar för storskalig kommersiell produktion av el är även under utveckling, men dessa anläggningar omfattas inte av denna utredning. Elsäkerhetsverket framhåller att installation av solceller utgör ett elinstallationsarbete som ska utföras av registrerade elinstallationsföretag som är registrerat för verksamhetstypen elproduktionsanläggningar.
68. Inom ramen för förevarande utredning kretsar frågeställningen kring de konkurrensrättsliga aspekterna av försäljning och installation av solceller. En avgörande fråga i detta sammanhang är hur den relevanta marknaden bör avgränsas. Utan att närmare analysera efterfrågestrukturen för solceller avsedda att använda för egenanvänd el torde den kunna avgränsas till solceller för enskilda fastigheter av en sådan effekt att de tillgodoser egenanvändningen.
69. Det synes tentativt vara svårt göra en uppdelning mellan försäljning av solceller och installationstjänster för samma produkt. Såvitt kan bedömas torde det från ett efterfrågeperspektiv i köprättsligt hänseende även i detta fall vara fråga om ett blandat köp, vilket i konkurrensrättsligt hänseende bör betraktas som den relevanta produktmarknaden.
70. Vad gäller den relevanta geografiska marknaden saknas ett adekvat underlag för att närmare göra en avgränsning. Det följer av elbolagens marknadsföringsuppgifter att marknaden sannolikt inte är större än Sverige, men att det i vissa fall finns anledning att se till en mer avgränsad lokal eller regional marknad. I detta hänseende krävs en närmare bedömning av efterfråge- och utbudsstrukturerna. Efterfrågan från privatkunder eller de som efterfrågar mindre anläggningar torde i första hand vara lokala eller regionala. Avgörande i det sammanhanget är t.ex. om kunder i norra Sverige möter säljare endast lokalt, eller om det finns en nationell försäljningsmarknad.

3.3 Förekomsten av konkurrensbegränsning enligt KOS-reglerna

71. Det ingår inte i uppdraget att göra en bedömning av huruvida det finns någon konkurrenssnedvridning, eftersom en sådan bedömning måste göras specifikt för ett enskilt fall. I stället kommer i det följande resoneras i allmänna termer kring vad som skulle kunna vara en konkurrensbegränsning enligt KOS-reglerna på dessa marknader, och hur en sådan bedömning kan göras. Utifrån en allmän beskrivning av situationen på marknaden identifieras vissa relevanta förhållanden, vilka bör beaktas i samband med en eventuell förbudstalan.
72. Den hittills knapphändiga rättspraxis som utvecklats på området – trots lagstiftarens ambitioner om en dynamisk utveckling – ger vid handen att utrednings- och bevisbördan som åvilar påtalande part är tämligen omfattande. Till skillnad från konkurrensmålen eller konkurrensärendena i övrigt saknas en adekvat praxis om hur högt beviskravet lagts. Det följer dock indirekt av det faktum att måltypen är indispositiv och att handläggningen därigenom i allt väsentligt präglas av officialprövning. Detta

innebär att KKV måste presentera en utredning som är så *robust* att domstolen kan döma i saken. I praktiken måste det därför utredas hur de långsiktiga effekterna ser ut av det offentliga företags säljverksamhet (se bl.a. Strömstads Badanstalt, MD 2015:12).

3.3.1 Prisrelaterade konkurrenssnedvridningar

73. Om ett elbolag inte erhåller full täckning för sina kostnader vid försäljning av laddinfrastruktur eller solceller kan detta vara indikativt på en *underprissättning*. Noteras bör att vid tillämpning av KOS-reglerna gäller inte samma rekvisit för underprissättning (eng. *predatory pricing*) som vid missbruk av marknadsdominans. KOS-reglerna tar inte i första hand sikte på det strategiska utestängningsbeteende som kan beivras med stöd av 2 kap. 7 § KL. I stället kretsar frågeställningen mer allmänt runt olönsam eller orimligt låg prissättning av varor och tjänster.
74. En absolut förutsättning för att verksamheten eller förfarandet ska vara otvetydigt förenligt med KOS-reglerna torde vara att verksamheten genererar vinst. Det borde vara tillfyllest att ett offentligt företag använder sig av mer förmånliga priser eller villkor än privata alternativ för att konflikt i den mening som avses i 3 kap. 27 § KL föreligger. Frågan blir därefter om ett förbud är motiverat och hur långtgående det bör utformas.
75. Från tillsynsmyndigheten har rapporterats att offentliga företags *låga priser* upplevs vara det största konkurrensproblemet (jfr KKV, Tio år med bestämmelser om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet – Kommunernas säljverksamhet i fokus, Rapport 2020:2). Offentliga företags underprissättning skiljer sig från privata – främst med hänsyn till unika tillgången till eget kapital, kreditvärdighet eller andra avkastningskrav jämfört med privat verksamhet. Gällande prissättning finns flera omständigheter att beakta:
 - Vid beräkning av kostnader måste hänsyn tas till huruvida verksamheten över tid ger en skäligen avkastning på eget kapital.
 - Lönsamhetsbedömningen måste även innefatta huruvida det offentliga bolaget har några kommersiella fördelar som inte står öppna för privata bolag. En relevant jämförelse från statsstödsområdet är huruvida verksamheten lever upp till de krav som följer av MEIP (Market Economy Investor Principle), eller den härledda principen Private Creditor Principle, PCP.
 - Den konkurrensutsatta verksamheten under prövning måste balans- och resultatmässigt *stå på egna ben*. I konkurrensrättslig praxis har det uppställts krav på frånvaro av korssubventionering mellan skyddade (ibland skattefinansierade) verksamheter och konkurrensutsatta verksamheter. När det gäller KOS-reglerna torde det inte vara ett krav att finansierad verksamhet inte skulle vara konkurrensutsatt, utan det är sannolikt tillräckligt att det finns andra verksamheter inom bolaget eller koncernen/ägaren som täcker upp eventuella underskott. I det sammanhanget är det även viktigt med samkostnader och gemensamma kostnader fördelas på ett adekvat sätt (Jfr EU-kommissionens beslut

2001/354/EG av den 20 mars 2001, COMP/35.141 – *Deutsche Post AG*, EGT L 125, 5/5/2001 s. 27–44). Till stöd för bedömningen i denna del finns även bestämmelserna i lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser (transparenslagen).

- I vissa fall, såsom inom el- och fjärrvärmeverksamhet, finns uttryckliga lagkrav på att verksamheten måste bedrivas *affärsmässigt*. Härav följer sålunda praktiskt sett ett krav att verksamheten ska bedrivas på samma sätt som om det offentliga företaget inte hade de fördelar som följer av att vara just offentligt.

3.3.2 Icke kompetensenliga verksamheter

76. En vanlig klagomålskategori hos KKV är att det offentliga företaget *agerar utanför sin kompetens*, t.ex. utanför sitt uppdrag eller utanför kommungränsen (se KKV, a. rapport. s. 55). Förvisso torde kunna hävdas att olaglig verksamhet i sig utgör en marknadsaktivitet som inte alls ska få förekomma och om den gör det så måste den rimligen presumeras ha effekter på marknaden. Det är dock – måhända förvånande – att den knapphändiga rättspraxis som finns på området likafullt ställt höga krav på påtalade part att i detalj påvisa att effekterna likafullt ska vara konkurrenssnedvridande (jfr. MD 2016:3 och MD 2015:12).
77. Utvecklingen av rättspraxis angående icke kompetensenliga verksamheter är enligt min mening olycklig. Det framstår mycket svårförståeligt att tillsynsmyndigheten skulle vara tvingad att påvisa negativa långsiktiga effekter av en verksamhet som enligt lag aldrig skulle få förekomma.
78. Förvisso skulle kunna hävdas att lagstiftningen förutsätter konkurrenssnedvridning och att det därigenom är nödvändigt att påvisa just detta. I förarbetena anges tydligt att det är flera rekvisit som ska vara uppfyllda för att förbud ska kunna meddelas, bl.a. att förfarandet snedvrider eller hämmar (faktisk effekt) eller är ägnat att göra det samma (potentiell effekt).
79. Härigenom förbises dock att det är tillfyllest för meddelande av ett förbud att förfarandet är *ägnat* att hämma förekomsten eller utvecklingen av konkurrensen, dvs. det förutsätts ingen konkret snedvridning av konkurrensen (jfr ovan diskussionen om faremoment). Ånyo bör erinras om att i begreppet ägnat ligger det inbyggda momentet av fara för konkurrenshämmande effekter och huruvida förfarandet till *själva sin art* har en sådan inriktning eller utformning som får anses i påtaglig grad *riskera* att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens (jfr prop. 2008/09:231, s. 57 f.).
80. Lagstiftaren skulle å ena sidan kunnat ha särskilt angivit att icke-kompetensenlig verksamhet ska presumeras ha negativa effekter. Å andra sidan finns redan i lagtexten och tillhörande förarbeten ett väl utvecklat resonemang om innebörden av begreppet "ägnat". Ingen marknadsaktör torde behöva räkna med att det får förekomma lagstridig verksamhet på marknaden, ej heller att den konflikt som därigenom uppkommer av sådan verksamhet endast kan lösas om det kan påvisas en effekt. Likaså framstår det som orimligt att lagstridig verksamhet kan tolereras enbart på

grund av dess mindre omfattning. Därigenom bortses från faktum att blotta närvaron av den olagliga verksamheten påverkar marknadsförhållandena.

81. Sålunda framstår det som naturligt att en i sig olaglig offentlig säljverksamhet även till själva sin art måste presumeras att i påtaglig grad åtminstone riskera att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens. En striktare tolkning av lagtexten synes inte ha varit lagstiftarens avsikt och mot den bakgrunden är alltså tillkommande krav på viss omfattning, påvisande av konkreta effekter m.m. inte vara förenlig med KOS-regelns syfte.
82. Likafullt borde det – trots den orimliga utvecklingen i praxis – skäligen inte vara några större problem att leda i bevisning de negativa effekter som blotta närvaron av illegal verksamhet för med på den relevanta marknaden. I vart fall ska därtill hållas i åtanke att icke kompetensenlig verksamhet har en avgörande betydelse för huruvida verksamheten eller förfarandet är försvarlig från allmän synpunkt, vilket utvecklas nedan.
83. En aspekt av icke kompetensenlig verksamhet som därtill bedrivs utanför kommunens eget område är, som ovan nämnts, förvisso inte ett tillräckligt förhållande som motiverar förbud i sig. Däremot är det ofrånkomligt att sådana verksamheter kan finansieras med medel från andra områden, vilket kan påverka etableringen av konkurrens i det nya området alternativt snedvrida konkurrensen för existerande privata aktörer.

3.3.3 Nätverkseffekter

84. Fördelar för ett offentligt företag kan uppkomma genom stordriftsfördelar mellan relevanta geografiska lokala marknader och det är inte uteslutet att sådana styrkeförhållanden kan hämma konkurrensen. Integrerade verksamheter inom elverksamhet och (olagliga) verksamheter på härledda, nedströms, marknader kan ge fördelar som inte står öppna för privata företag.
85. Problematiska nätverkseffekter enligt KOS-reglerna torde vara nära sammanbundna med dels om framväxten av verksamheter sker med stöd av medel eller förmåner som inte finns tillgängliga för privata företag, dels huruvida verksamheten sker i strid mot lokaliseringsprincipen.
86. Noteras bör att från ett konsumentperspektiv behöver nätverkseffekter i sig inte vara problematiska – åtminstone så länge som de uppkommer som ett resultat av en väl fungerande marknad som kännetecknas av genuin och oförvrängd konkurrens. Själva fundamentet för konfliktlösningsregelns existens är trots allt bl.a. att i sig olaglig verksamhet inte ska förekomma på en väl fungerande marknad.

3.3.4 Kombinationserbudanden

87. Om det offentliga företaget använder sig av kombinationserbudanden i så måtto att köparen erhåller fördelar inom området för elhandel under villkor att säljaren får leverera en kombinerad tjänst utgör detta ett förfarande som privata installationsföretag eller försäljare av infrastruktur och solceller svårligen kan erbjuda i samma utsträckning.
88. Kombinationserbudanden kan även snedvrider konkurrensen om det säljande offentliga företaget använder sig av helkundsrabatter, lojalitetsrabatter eller andra förmåner som är ägande att skapa inläsningseffekter.

3.3.5 Övriga åtgärder som nyttjar existerande kundförhållanden

89. Mer begränsande förfaranden kan även medföra påtagliga fördelar som inte kan nyttjas av privata företag – t.ex. nätägare har i kraft av sin monopolsituation möjlighet att nå ut till i princip samtliga potentiella kunder på nedströms marknader. En sådan befintlig kundrelation kan nyttjas till att uppnå fördelar i samband med marknadsföring i samband med fakturering m.m.

3.3.6 Undanträngningseffekter

90. KKV har framhållit att det i klagomålsärenden är relativt vanligt att den offentliga aktörens agerande upplevs få till effekt att privata aktörer trängs undan. Effekter uppkommer genom hinder för expansion och nyetablering eller framtvungen volymminskning (jfr KKV ärenden dnr 33/2012 och dnr 683/2013).

3.3.7 Underleverantörsförhållanden

91. Om det kommunala elbolaget nyttjar privata aktörer som underleverantörer i vissa hänseenden för traditionell elverksamhet och önskar utvidga sådana avtalsförhållanden till att omfatta även de produkter där det offentliga och privata kommer i konkurrensförhållande med varandra, kan detta påtagligt hämma drivkrafterna eller t.o.m. möjligheterna för konkurrensen att utveckla sig.
92. Beroendeförhållanden med omväxlande vertikala och horisontella förhållanden i den mening som avses inom konkurrensrätten avseende distributionsförhållanden kan förstärka effekten av en olaglig marknadsnärvaro av det offentliga företaget. Om exempelvis ett installationsföretag är underleverantör till elbolagets normala elverksamhet och elbolaget diversifierar sin verksamheter nedström i distributionskedjan kan existerande partsförhållanden även bli konkurrenter. Ett elbolag med marknads-makt torde i ett sådant scenario med sin blotta närvaro på en marknad där de inte får agera skapa konkurrensbegränsningar i den mening som följer av KOS-reglerna. Återigen indikerar rättspraxis – i min mening felaktigt och överflödigt – att själva konkurrensbegränsningen därvidlag måste påvisas i någon mån.

3.4 Skillnader mellan statliga och kommunala verksamheter

93. De konkurrensmässiga konfliktytorna torde vara mest påtagliga inom den kommunala verksamheten när den geografiska marknaden är lokal eller regional. Bedömningen blir svårare gällande de statliga elbolagen om den geografiska marknaden är större. Visserligen kvarstår det potentiella problemet att privata mindre företag kan uppleva konkurrenssvårigheter gentemot t.ex. Vattenfall, men samma torde då även kunna gälla gentemot andra utlandsägda energikoncerner som inte omfattas av KOS-reglerna.
94. Om detta ska betraktas som en brist i lagstiftningen eller ett uttryck för att situationen inte har ansetts behöva regleras med hänsyn till det fåtal problem som hittills uppenbarats är oklart enligt gällande rätt. Inom ramen för detta uppdrag kan emellertid konstateras att tillämpningen av KOS-reglerna gentemot statliga företag behöver utredas och analyseras mer ingående innan någon slutsats kan dras huruvida ett eventuellt förbud kan meddelas.

4 Särskilt om kommunal kompetensenlig verksamhet

95. Inom det kommunala området finns det omfattande bestämmelser om huruvida kommunala verksamheter är kompetensenliga, dvs. om de alls får bedrivas av kommuner. Det ingår emellertid inte i uppdraget att närmare analysera hur laglighetsprövningen görs vid bedrivande av icke-kompetensenlig verksamhet. Däremot är det av intresse att närmare utreda konsekvenserna i konkurrenshänseende av att en verksamhet i *materiellt hänseende* är kompetensöverskridande. Även om verksamheten skulle vara kompetensenlig kan den bedrivas på sådant sätt att förfarandet medför en konkurrenssnedvridning.
96. Vissa kompetensenliga verksamheter träffas förvisso av den kommunala självkostnadsprincipen, varigenom försäljning till nollvinst inte kan utgöra hinder för förbud enligt KOS-reglerna. Å andra sidan följer redan av annan lagstiftning en skyldighet att iakttä affärsmässiga principer för verksamheten.

I målet *Hässleholms kommun* hade patent- och marknadsdomstolen, PMD, förbjudit kommunen att ”på det sätt som skett neka upplåtelse till mark till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun och därmed jämförliga förfaranden”. Patent och marknadsöverdomstolen, PMÖD, ansåg dock att domen gav upphov till olika tolkningar om förbudets innebörd och räckvidd, vilket inte kunde avhjälpas genom materiell processledning. PMD:s dom undanröjdes och ärendet återförvisades till PMD för fortsatt behandling. (PMT 3931-19, 2020-01-21).

Efter ny handläggning utformades förbudet så att Hässleholms kommun förbjöds att ”praktisera en sådan principiell hållning som meddelats i sista stycket på s. 2 i brev från Tekniska förvaltningen i kommunen den 7 oktober 2015, som består i att kommunen inte ingår några nya markavtal för nedläggning av fiber på kommunala fastigheter över huvud taget, och som innebär att kommunen kategoriskt och utan individuell prövning nekar upplåtelse av mark för nedläggning av fiberkabel till företag som vill etablera

och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun, eller [...] ställa som villkor för upplåtelse av mark för nedläggning av fiberkabel till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun att företaget måste etablera fiberanslutningar i hela Hässleholms kommun.” (PMT 1212-20, 2020-12-17).

97. I den hittills förhållandevis knapphändiga rättspraxis som utvecklats sedan regeln infördes i konkurrenslagen har betydelsen av kompetensenlig verksamhet varit central för bedömningen. Att ett kommunalt bolag inte bedriver kompetensenlig verksamhet innebär dock inte med automatik att verksamheten ska förbjudas med stöd av 3 kap. 27 § KL. Frågan blir alltid om verksamheterna i fråga snedvrider, eller är ägnade att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller om de hämmar, eller är ägnade att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens (se bl.a. MD 2015:12, s. 12).
98. Huruvida verksamheten är kompetensenlig har dock betydelse för utformningen av ett förbud. Om verksamheten är kompetensenlig kan förbudet enbart omfatta ett inom verksamheten specifikt förfarande – i annat fall kan förbudet träffa själva verksamheten. Vad gäller de statliga bolagens verksamheter kan konstateras att förbudet inte kan omfatta själva verksamheten, utan endast enskilda förfaranden. I sammanhanget bör ånyo erinras om betydelsen att på ett korrekt sätt definiera vilket förfarande som träffas av förbudet.

4.1 Är tillhandahållande av laddinfrastruktur respektive solceller kompetensenliga verksamheter?

99. Möjligheterna för en kommun eller kommunalt bolag att bedriva säljverksamhet, dvs. om säljverksamheter av laddinfrastruktur eller solceller är förenliga med lag regleras på olika sätt:
- a) Specialreglering med undantag för lokaliserings- och självkostnadsprincipen inom vissa områden, t.ex. elområdet avseende elproduktion och försäljning av el,
 - b) de allmänna kompetensreglerna i 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen,
 - c) de speciella undantagen för anknytningskompetens och tillfälligt överskott,
 - d) verksamheter enligt befogenhetslagen.
100. De verksamheter som omfattas av lagen (2009:47) om vissa befogenheter (befogenhetslagen) är inte relevanta att beakta inom ramen för denna utredning.

4.1.1 Ellagens specialreglering av kommunala elföretag

101. I 7 kap. ellagen (1997:857) finns särskilda bestämmelser om kommunala elföretag som omfattar kommunala bolag enligt 10 kap. 2–6 §§ kommunallagen (2017:725). Bestämmelsen har ändrats redaktionellt med anledning av ändringar i kommunallagen under 2000-talet. Bestämmelsen har sin grund i tidigare 4 § elhandelslagen är till sitt materiella innehåll oförändrad sedan dess.

102. Till att börja med finns i ellagens bestämmelser ett undantag från den kommunala lokaliseringsprincipen. Undantaget gäller endast för verksamhet i egen juridisk person och endast i två fall; produktion och handel med el samt nätverksamhet.
103. Det andra undantaget avser *nätverksamhet*. I motiven görs klart att det i motsats till det första fallet får nätverksamhet utanför kommungränsen inte bedrivas var som helst i landet, utan det bör finnas ett *klart samband* med företagets nätverksamhet i *den egna kommunen*. Detta utvecklas så att syftet måste vara att uppnå en ändamålsenlig nätverksamhet genom att bilda rationella koncessionsområden. Företagets nätverksamhet utanför kommunen ska därför ha geografisk närhet till den egna nätverksamheten inom kommunen. Däremot innebär det inte att koncessionsområdena måste gränsa direkt till varandra. Det bör dock inte vara tillåtet att etablera nätverksamhet i skilda delar av landet (prop. 1996/97:136, s. 166). Nätverksamheten är inte relevant att närmare analysera inom ramen för denna utredning.
104. Vad däremot gäller första undantaget *produktion och handel med el* samt därmed *sammanhängande verksamhet* är det av större intresse att klargöra kompetensfrågan. Av särskild betydelse för denna utredning är vad som avses med det sistnämnda uttrycket. Förarbetena nämner här konsultverksamhet med inriktning på energihushållning och entreprenadverksamhet med anknytning till elproduktionen (prop. 1993/94:162, s. 167). Av betydelse för huvudfrågan om möjligheten att bedriva verksamheter i konkurrens med privata aktörer är det nödvändigt att analysera bakgrunden till bestämmelserna i ellagen.
105. Kompetensenlig sammanhängande verksamhet inom elområdet måste bedrivas *på affärsmässig grund* och iaktta *särredovisning*. Inom ramen för denna utredning torde det vara överflödigt att beakta elverksamhet i verksform, dvs. inom den kommunala förvaltningen, eftersom den då endast kan bedrivas med iakttagande av lokaliseringsprincipen och då tillämpas även andra kommunala principer på verksamheten, bl.a. självkostnads- och likställighetsprinciperna. Det förutsätts därför härafter att verksamheterna bedrivs i bolagsform.
106. Med kravet på *affärsmässig grund* avses enligt förarbetena att företaget ska tillämpa ett affärsmässigt beteende och korrekt prissättning, vilket bl.a. innebär att samma villkor som för privata näringslivs affärsdrivande verksamheter ska vara vägledande för hur bolagen drivs, inkl. att verksamheten ska generera vinst. Särredovisningskravet omfattar bolagets samlade verksamhet som bedrivs på affärsmässig grund (se prop. 1996/97:136 s. 167). Det följer av 5 kap. 2 § naturgaslagen (2005:403) att samredovisning får ske med elverksamhet, dock ej fjärrvärmeverksamhet (jfr 40–43 §§ fjärrvärmelagen, 2008:263). Möjligheten till samredovisning torde dock ej kunna förstås så att det följd av redovisningsmässig sammanblandning av verksamhet uppkommer hinder för att bedöma om verksamheten bedrivits affärsmässigt.
107. Redan 1992 framhölls av regeringen att elmarknaden borde reformeras för att skapa större valfrihet för konsumenterna gällande elleverantör och att det var viktigt för alla distributionsföretag att kunna agera på likvärdiga villkor på den avreglerade elmarknaden. Kommunala elföretag skulle därför under vissa förutsättningar få

likvärdiga konkurrensvillkor som för övriga företag på marknaden. Noteras bör att detta avser sålunda den då liberaliserade elmarknaden och inte någon härledd eller angränsande marknad, eller någon marknad som är beroende av el som insatsvara.

108. Det framgår uttryckligen av förarbetena att undantagsbestämmelsen från lokaliseringsprincipen uteslutande avser *elverksamhet*, dvs. produktion och handel med el (se även SOU 2003:115 om vad begreppet innefattar). Detta följer även av motiven att syftet med undantaget var att kommunen på en avreglerad elmarknad skulle ha möjlighet att konkurrera på olika villkor med andra aktörer på *elmarknaden* (prop. 1993/94/162, s. 125). I motiven saknas därför stöd för att kompetensen utvidgas till någon härledd, nedströms eller angränsande marknad.
109. Det är därför tydligt att lagstiftaren har åsyftat ett väsentligen avgränsat kompetensområde för kommunala elbolag och i så måtto finns en begränsning för vad verksamhetsföremålet kan vara jämfört med aktiebolag i allmänhet – jfr begreppet verksamhetsföremålet i bolagsordningen i 3 kap. 1 § punkten 3 i aktiebolagslagen (2005:551) och den praxis som utvecklas kring en allmän acceptans av tillägget ”därmed förenlig verksamhet”.
110. Av betydelse för denna utredning är om försäljning av laddinfrastruktur eller solceller – allt inkluderande installationstjänster – kan anses omfattas av uttrycket ”sammanshängande verksamhet”. Till att börja ryms sådan verksamhet inte inom lagens ordalydelse och förarbetena ger heller inte uttryck av att avse sådan verksamhet. Det saknas i allt väsentligt någon rättspraxis om laglighetsprövning av den kommunala kompetensen gällande kommunala elbolags verksamhet utöver elproduktion och handel med el samt nätverksamhet. Sannolikt beror detta på att verksamheterna har tilltagit i omfattning endast på senare år.
111. Vidare bör beaktas att saluföring och installation av laddinfrastruktur och solceller inte på något sätt kan betraktas som en verksamhet som är integrerad med eller utgör en del av elproduktion eller handel el. Förvisso nyttjas el vid laddning av elfordon, men laddinfrastruktur och installation därav måste rimligen betraktas som en egen, måhända härledd, marknad från elmarknaden. De i distributionskedjan uppströms marknaderna för elproduktion och eldistribution samt handel med el måste därför betraktas som insatsprodukter till laddningsinfrastruktur.
112. El behövs givetvis för en oräknelig rad av nedströms verksamheter och det är i konkurrensrättslig mening inte möjligt att hävda att sådana nedströms verksamheter skulle inräknas i uppströms produktmarknader. *Sammantaget* torde det vara klarlagt att tillhandahållande av laddinfrastruktur och solceller samt därtill hörande installationstjänster inte ligger inom de specialreglerade kompetensreglerna i ellagen. En liknande kompetensbegränsning finns dock inte bland de statligt ägda elbolagen.

4.1.2 De allmänna kompetensreglerna i kommunallagen

113. Det följer av 2 kap. 1 § kommunallagen att kommuner får själva ha hand om angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller

deras medlemmar. Vad gäller kommunal näringsverksamhet får sådan, jml 2 kap. 7 § kommunallagen, endast drivas utan vinstsyfte och syfta till allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna. Frågan blir därför inledningsvis vad som utgör ett allmänintresse som gör att det är lämpligt, skäligt och ändamålsenligt för kommunen att befatta sig med en verksamhet (jfr. prop. 1990/91:117, s. 148).

114. Utrymmet för att en verksamhet ska anses ha ett allmänt intresse är tämligen begränsat. En kompetensenlig åtgärd måste förutom att ha allmänt intresse även uppbäras av ett allmänt till kommunen knutet intresse (jfr RÅ 1993 ref. 25). I såväl motiven som doktrinen har identifierats vad som kännetecknar ett allmänt kommunalt intresse;

- det ska vara fråga om en kollektiv nytta vars behov bäst tillgodoses i just kommunal regi,
- investeringskostnaderna är så höga att de normalt sett inte kan bäras av brukarna,
- det får inte finnas ett vinstintresse i verksamheten och möjligheterna till att gå med vinst ska vara begränsade, och
- privata initiativ och privata konkurrenser ska vara få till antalet eller saknas helt.⁶

115. Detta innebär även från ekonomisk synpunkt att verksamheten ska vara av den arten att den enligt välfärdsekonomisk teori bäst tillgodoses i allmän regi.⁷ Samstämmigt i litteraturen⁸ framhålls att även proportionalitetsöverväganden måste tas i beaktande, dvs. kommunens intresse av att bedriva verksamheten ska vägas mot det privata näringslivets intresse av att inte möta konkurrens av kommunen, och von Essen framhåller särskilt att det kan starkt ifrågasättas:

”[...] om det finns ett allmänt intresse, i den betydelse uttrycket har i KomL, av många av de verksamheter som kommunerna faktiskt engagerar sig i. Många gånger finns det privata intressenter på området i fråga och det är då tveksamt om det kan anses lämpligt, skäligt och ändamålsenligt att kommunen driver verksamheten. [...] Med andra ord handlar det inte om en kollektiv nytta som bäst ombesörjs i kommunal regi där det saknas ett vinstintresse. I dessa fall torde dessutom en tillämpning av proportionalitetsprincipen [...] inte sällan falla ut till förmån för att kommunen ska avhålla sig från verksamheten. Visserligen kan denna vara viktig för kommunen, men då verksamheten kan komma till stånd utan kommunal inblandning kan kommunens intresse av att driva affärsverksamhet själv inte överväga det privata näringslivets intresse av att inte möta konkurrens från kommunen.”[kurs. tillagd]⁹

⁶ von Essen, U., *Rättsliga ramar för kommunernas näringsverksamhet*, FT 2/2010, s. 114 f och Indén, T., *Kommunen som konkurrent: kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar*, 2008, s. 42 f och Indén, T., *Marknadsstatens utveckling och kommunalrättens stagnation*, FT 2/2009, s. 133.

⁷ Se *Kommunen som konkurrent: kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar*, 2008, s. 43. Se även SOU 2000:117; ”Sådana verksamheter som strider mot kommunallagen är sålunda också onödiga att producera från välfärdsteoretisk utgångspunkt”, s. 144.

⁸ von Essen, U., a.a., s. 115, Indén, T., a.a. (2008) s. 49, med hänvisningar och Lindquist, *Kommunala befogenheter*, 2005, s. 49.

⁹ von Essen, U., a.a., s. 115.

116. Enligt min mening torde det vara uppenbart att verksamheten som innefattar att på rent kommersiell grund saluföra laddinfrastruktur och solceller samt installations-tjänster inte har ett sådant allmänintresse som krävs enligt kommunallagen. Verksamheten bedrivs i vissa fall utanför kommunens område och skulle då även bryta mot lokaliseringsprincipen.
117. Vad som avses med allmännyttiga tjänster är inte närmare definierat i kommunallagen, men i praxis har utvecklats att det rör sig om att producera nyttigheter av mer kollektiv natur såsom eldistribution (sedermera särreglerat), renhållning, busstrafik och idrottsarenor, försörjning av bostäder, energi och kollektivtrafik (se prop. 1990/91:117 s. 152 och prop. 2008/09:231, s. 16).
118. Det följer sålunda av praxis att avsikten med bestämmelsen är att kommunerna ska kunna ägna sig åt s.k. sedvanlig kommunal affärsverksamhet, såsom energiförsörjning och kollektivtrafik, men endast i undantagsfall engagera sig på det *egentliga näringslivets område* (se prop. 1990/91:117 s. 33 f och 152 samt Stockholms tingsrätts dom i mål T 8160-11, 2013-07-12, s. 47 f.) Utrymmet för kommuner – eller här kommunala elbolag – att agera på den öppna och konkurrensutsatta marknaden är utan kompetensutvidgande särreglering ytterst begränsat (se Bohlin, A., *Kommunalrättens grunder*, 2016 s. 118–124 och Lindquist, m.fl. *Kommunala befogenheter*, 2016, s. 376–421).
119. Vad som återstår enligt förarbetena är situationen där det enskilda initiativet viker eller faller bort på ett visst serviceområde som normalt hävdas av den privata företagsamheten. I sådana fall kan det uppkomma ett rättsligt utrymme för kommunala åtgärder som annars skulle vara otillåtna. I förarbetena talades uttryckligen om ”insatser”, ”åtgärder” och ”understöd” såsom varande kompetensenliga i dessa yttersta undantagsfall. Utrymmet för sådana stödåtgärder torde avsevärt ha kringkurits genom inträdet i EU 1995 och statsstöd i den mening som följer av artikel 107 FEUF är i dag föremål för en annan hantering än den äldre ordningen i svensk rätt (jfr. prop. 1990/91:117 s. 152 f).
120. *Sammantaget* kan inte saluförande av laddinfrastruktur och solceller och tillhörande installationstjänster betraktas som kompetensenlig verksamhet enligt de allmänna kompetensreglerna i kommunallagen.

4.1.3 Anknytningskompetens

121. Enligt ellagens bestämmelser finns som ovan nämnts en begränsat utvidgande kompetensbestämmelse om därmed sammanhängande verksamhet. Kommunal verksamhet som i sig faller utanför kompetensen kan i vissa fall likafullt tillåtas om den har en anknytning till redan befintlig och erkänd kommunal verksamhet, s.k. anknytningskompetens. Denna i rättspraxis utvecklade och utvidgande regel är dock endast tillämplig under vissa förutsättningar (jfr RÅ 1992 ref. 61 och RÅ 1980 Ab 497):

- a) Det ska finnas ett naturligt och nära samband med en kompetensenlig verksamhet
- b) Den anknyttande verksamheten ska vara av begränsad omfattning
- c) Verksamheten ska bedrivas utan vinstsyfte

122. Anknytningskompetens är i första hand inte avsedd som en till specialregleringen utvidgande bestämmelse, utan utvidgar primärt den allmänna kompetensen. I förevarande fall kan konstateras att här aktuella verksamheter inte har det erforderliga naturliga och nära sambandet med en allmän kompetensenlig verksamhet, den bedrivs inte i begränsad omfattning och därtill med vinstsyfte (vilket följer direkt av att bolagsformen)

123. *Sammantaget* är det därför inte möjligt att hävda att nu aktuella verksamheter är kompetensenliga enligt anknytningskompetens.

4.1.4 Bedömning av kompetensenlig verksamhet

124. *Slutsatsen* av det ovanstående är att kommunala elbolags saluförande av laddinfrastruktur och solceller och därtill hörande installationstjänster *inte är förenligt med lag*.

125. Att verksamheten är oförenlig med lag innebär att om verksamheten eller förfarandet medför en konkurrensbegränsning i den mening som följer av KOS-reglerna är den inte försvarbar. Härigenom finns inget hinder mot att ett förbud meddelas mot kommunala elbolag.

126. Liknande verksamheter som utförs av statligt ägda bolag är emellertid förenliga med lag – detta med anledning av det till skillnad från kommuner saknas en kompetensinskränkande lagstiftning för staten och dess dotterbolag.

127. Vad gäller statliga elbolag är alltså säljverksamheten som sådan förenlig med lag och i det fallet blir frågan om förfarandet är konkurrensbegränsande och huruvida detta kan anses försvarbart för att uppnå de allmänna behov som finns. Det är emellertid svårt att alls generellt fastställa en generell försvarbarhet för att statligt ägda verksamheter bedriver säljverksamhet som är konkurrenssnedvridande.

Stockholm 2022-04-21



Lars Henriksson