



## Protokollsutdrag

Sammanträdestid	2020-10-12 kl. 15:00-15:15
Plats	Stadshuset vån 7, 7046
Beslutande ledamöter	Katrin Stjernfeldt Jammeh (S) (Ordförande) Roko Kursar (L) (1:e vice ordförande) Håkan Fäldt (M)
Övriga närvarande	Andreas Norbrant (Stadsdirektör) Tomas Barring (Chefsjurist) Anna-Lena Alnerud (Sekreterare)
Utses att justera	Håkan Fäldt
Justeringen	2020-10-16
Protokollet omfattar	§593

### Underskrifter

Sekreterare	.....	
	Anna-Lena Alnerud	
Ordförande	.....	.....
	Katrin Stjernfeldt Jammeh	
Justerande	.....	.....
	Håkan Fäldt	

## § 593 Återrapportering av förslaget gällande skapandet av solcellsbolag för industritak

**STK-2019-1647**

### **Sammanfattning**

Kommunstyrelsens arbetsutskott beslutade den 21 oktober 2019 (STK-2019-1401) att ge stadskontoret, med stöd av miljöförvaltningen, i uppdrag att ta fram ett förslag på skapande av ett bolag, som i första hand är majoritetsägt av Malmö stad, med syfte att investera i långsiktig solcellsstruktur på industritak i kommunen samt att presentera ett första utkast på olika förslag till struktur, ägande och finansiering för ett sådant bolag.

Mannheimer Swartling Advokatbyrå har i en inledande och en fördjupad promemoria redogjort för de juridiska förutsättningarna för att bilda ett sådant kommunägt bolag som kommunstyrelsens arbetsutskott har föreslagit.

Genom de promemorior som föreligger från Mannheimer Swartling Advokatbyrå har en allsidig juridisk bedömning gjorts i ärendet. Utredningen visar att det, under förutsättning att ett antal villkor är uppfyllda, är möjligt att bilda ett kommunägt bolag med syfte att investera i långsiktig solcellsstruktur på industritak i kommunen.

Stadskontoret förordar att kommunstyrelsens arbetsutskott lägger utredningarna om de juridiska förutsättningarna till handlingarna samt att ärendet kompletteras med de ekonomiska förutsättningarna för att staden ska bilda ett sådant bolag i form av marknads- och riskanalyser där bland annat konkurrens- och skattefrågorna bedöms även ur detta perspektiv.

### **Beslut**

Kommunstyrelsens arbetsutskott beslutar

1. Kommunstyrelsens arbetsutskott lägger utredningarna om de juridiska förutsättningarna för att bilda ett solcellsbolag till handlingarna.
2. Kommunstyrelsens arbetsutskott ger stadskontoret i uppdrag att komplettera ärendet med en utredning av de ekonomiska förutsättningarna för att staden ska bilda ett sådant bolag. Utredningen ska bland annat bestå av marknads- och riskanalyser där exempelvis konkurrens- och skattefrågor bedöms ur detta perspektiv. Utredningen ska återrapporteras till kommunstyrelsens arbetsutskott senast i mars 2021.

### **Beslutet skickas till**

Avdelningen för intern ledning och stöd  
Miljöförvaltningen, förvaltningsdirektören

### **Beslutsunderlag**

- G-Tjänsteskrivelse KSAU 201012 Återrapportering av förslaget gällande skapandet av solcellsbolag för industritak

- Promemoria angående affärsmodell för installation av solcellsanläggningar 11 oktober 2019
- Promemoria angående genomförande av solelsatsning i Malmö stad 3 juni 2020



Datum  
2020-10-06  
Vår referens  
Jonas Rosenkvist  
Avdelningschef  
jonas.rosenkvist@malmö.se

## Tjänsteskrivelse

### **Återrapportering av förslaget gällande skapandet av solcellsbolag för industritak STK-2019-1647**

#### **Sammanfattning**

Kommunstyrelsens arbetsutskott beslutade den 21 oktober 2019 (STK-2019-1401) att ge stadskontoret, med stöd av miljöförvaltningen, i uppdrag att ta fram ett förslag på skapande av ett bolag, som i första hand är majoritetsägt av Malmö stad, med syfte att investera i långsiktig solcellsstruktur på industritak i kommunen samt att presentera ett första utkast på olika förslag till struktur, ägande och finansiering för ett sådant bolag.

Mannheimer Swartling Advokatbyrå har i en inledande och en fördjupad promemoria redogjort för de juridiska förutsättningarna för att bilda ett sådant kommunägt bolag som kommunstyrelsens arbetsutskott har föreslagit.

Genom de promemorior som föreligger från Mannheimer Swartling Advokatbyrå har en allsidig juridisk bedömning gjorts i ärendet. Utredningen visar att det, under förutsättning att ett antal villkor är uppfyllda, är möjligt att bilda ett kommunägt bolag med syfte att investera i långsiktig solcellsstruktur på industritak i kommunen.

Stadskontoret förordar att kommunstyrelsens arbetsutskott lägger utredningarna om de juridiska förutsättningarna till handlingarna samt att ärendet kompletteras med de ekonomiska förutsättningarna för att staden ska bilda ett sådant bolag i form av marknads- och riskanalyser där bland annat konkurrens- och skattefrågorna bedöms även ur detta perspektiv

#### **Förslag till beslut**

Kommunstyrelsens arbetsutskott föreslås besluta

1. Kommunstyrelsens arbetsutskott lägger utredningarna om de juridiska förutsättningarna för att bilda ett solcellsbolag till handlingarna.
2. Kommunstyrelsens arbetsutskott ger stadskontoret i uppdrag att komplettera ärendet med en utredning av de ekonomiska förutsättningarna för att staden ska bilda ett sådant bolag. Utredningen ska bland annat bestå av marknads- och riskanalyser där exempelvis konkurrens- och skattefrågor bedöms ur detta perspektiv. Utredningen ska återrapporteras till kommunstyrelsens arbetsutskott senast i mars 2021.

**Beslutsunderlag**

- Promemoria angående genomförande av solelsatsning i
- Malmö stad 3 juni 2020
- G-Tjänsteskrivelse KSAU 201012 Återrapportering av förslaget gällande skapandet av solcellsbolag för industritak
- Promemoria angående affärsmodell för installation av
- solcellsanläggningar 11 oktober 2019

**Beslutsplanering**

Kommunstyrelsens arbetsutskott 2020-10-12

**Beslutet skickas till**

Avdelning Intern ledning och stöd, avdelningschefen  
Miljöförvaltningen, förvaltningsdirektören

**Ärendet**

Kommunstyrelsens arbetsutskott beslutade den 21 oktober 2019 (STK-2019-1401) att ge stadskontoret, med stöd av miljöförvaltningen, i uppdrag att ta fram ett förslag på skapande av ett bolag, som i första hand är majoritetsägt av Malmö stad, med syfte att investera i långsiktig solcellstruktur på industritak i kommunen samt att presentera ett första utkast på olika förslag till struktur, ägande och finansiering för ett sådant bolag.

Mannheimer Swartling Advokatbyrå har i en inledande och i en fördjupad promemoria redogjort för de juridiska förutsättningarna för att bilda ett kommunägt bolag som primärt kommer att ha lokal solelproduktion som tjänst med inriktning mot byggande av solceller på tak till kommersiella fastigheter i industriområden.

Slutsatserna i den första promemorian är följande:

Den föreslagna Affärsmodellen är som utgångspunkt möjlig att genomföra, dock att olika regelverk måste vägas in när planerna utformas mer i detalj.

- Ett kommunalt bolag kan bildas för ändamålet. Verksamheten ska bedrivas på affärsmässig grund.
- Reglerna om förbud mot otillåtet gynnande av enskild och statsstöd ska beaktas. Individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas endast om det finns synnerliga skäl.
- Inga möjligheter till underprissättning av den producerade elen till vissa utvalda bolag/fastighetsägare.
- Verksamheten i sig är inte förbjuden enligt konkurrenslagen.
- Bolaget kommer att omfattas av regelverken avseende energiskatt, moms och inkomstskatt.
- Vid installation och ägande av solcellsanläggningar behöver det kommunala bolaget beakta frågor hänförliga till fastighetsrätten och ellagstiftningen, däribland att bolaget ansvarar för anläggningarnas elsäkerhet och för skador som anläggningarna orsakar.
- För att ytterligare främja utbyggnad av solelproduktion kan Affärsmodellen breddas till att även omfatta anläggningar som installeras för kommersiella hyresgäster. Malmö stad

kan även överväga att inte utge särskild ersättning för hyra av tak, eller överväga att istället sälja all producerad solcellsextern till elhandelsbolag.

- Utöver Affärsmodellen finns även andra affärsmodeller som kan av intresse för Malmö stad att utvärdera. Alternativa affärsmodeller kan exempelvis vara att solcellsanläggningar leasas till kunder, att staden upphandlar solceller genom ett PPA-upplägg eller investerar i en solpark för andelsägande.

I den fördjupade utredningen belystes följande frågeställningar ytterligare:

- Frågor rörande bolagsbildning; förutsättningarna för att bilda kommunalt bolag med ansvar för solesatsningen, dess verksamhet och syfte, krav på affärsmässighet samt möjligheter att deläga det kommunala bolaget med privat aktör.
- Konkurrensrättsliga aspekter.
- Upphandlingsfrågor; Malmö stads och andra kommunala bolags möjlighet till internupphandling av solcellsanläggningar och soletjänster från Bolaget.
- Skatterättsliga aspekter; en redogörelse över gällande skatteregler för produktion och försäljning av solceller samt övriga skattebestämmelser.

Därutöver har advokatbyrån utrett upphandlingsfrågor och skatterättsliga aspekter och framfört följande:

- Kommunen och kommunala bolag som omfattas av LOU/LUF kommer att kunna köpa solpaneler och/eller soletjänster från Bolaget om sådana anskaffningar uppfyller kontroll- och verksamhetskriterierna för intern upphandling.
- Kontrollkriteriet uppfylls när moderbolag köper solpaneler och/eller soletjänster av Bolaget förutsatt att bolaget är helägt, direkt eller indirekt, av kommunen och avgörande inflytande över Bolagets strategiska mål och viktiga beslut inte givits annan. Ett privat delägarskap i Bolaget skulle dock under alla omständigheter innebära att förutsättningarna för kontrollkriteriet inte längre är uppfyllda.
- Verksamhetskriteriets uppfyllelse förutsätter att Bolagets verksamhet till mer än 80 procent utförs för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning. Affärsmodellens syfte och (nuvarande) huvudsakliga inriktning mot kommersiella aktörer medför, enligt vår bedömning, att det finns en beaktansvärd risk för att verksamhetskriteriet inte kommer att uppfyllas.
- Det bör även noteras att en ren vidareförsäljning av solpaneler och/eller soletjänster genom Bolaget ses som ett kringgående av upphandlingsreglerna, eftersom Bolaget inte kan utgöra en inköpscentral.
- Bolaget kommer att behöva förhålla sig till 255 kWh-gränsen som är relevant för reglerna om energiskatt. Bolaget blir inte skattskyldigt för energiskatt för el som Bolaget producerar i sina solcellsanläggningar, om solcellsanläggningarna tillsammans har en sammanlagd installerad topp effekt om mindre än 255 kilowatt.
- Skattskyldighet uppkommer inte heller om Bolaget överför elen till någon som är frivilligt skattskyldig för energiskatt. Det är då istället den frivilligt skattskyldiga som är skattskyldig för energiskatt.
- Om Bolaget är skattskyldigt för energiskatt har det rätt till nedsättning av energiskatten (till 0,5 öre/kWh) genom avdrag i deklarationen givet att elen framställts i en solcellsan-

läggning, eller flera solesanläggningar som ska räknas som en, med en installerad toppeffekt om mindre än 255 kilowatt och att elen inte överförs till det koncessionspliktiga nätet.

- Om en fastighetsägare eller annan kund som förbrukar elen har rätt till nedsättning genom återbetalning kan Bolaget inte också få nedsättning av energiskatten.
- Bolaget kommer även att behöva beakta reglerna för inkomstskatt och mervärdesskatt för försäljning av el.

### **Stadskontorets bedömning**

Genom de promemorior som föreligger från Mannheimer Swartling Advokatbyrå har en allsidig juridisk bedömning gjorts i ärendet. Utredningen visar att det, under förutsättning att ett antal villkor är uppfyllda, är möjligt att bilda ett kommunägt bolag som primärt kommer att ha lokal solelproduktion som tjänst med inriktning mot byggande av solceller på tak till kommersiella fastigheter i industriområden.

Stadskontoret förordar att kommunstyrelsens arbetsutskott lägger utredningarna om de juridiska förutsättningarna till handlingarna samt att ärendet kompletteras med de ekonomiska förutsättningarna för att staden ska bilda ett sådant bolag i form av marknads- och riskanalyser där bland annat konkurrens- och skattefrågorna ska bedömas även ur detta perspektiv.

### **Ansvariga**

Daniel Olsson Sektionschef

Andreas Norbrant Stadsdirektör

## Promemoria angående affärsmodell för installation av solcellsanläggningar

### 1. Inledning

Malmö stad har som mål att öka utbyggnaden av förnybar elproduktion inom kommunen. Som ett led i detta arbete har Malmö stad genom miljönämnden (nedan ”Malmö stad”) tagit fram ett förslag till affärsmodell för att främja installation av solcellsanläggningar på byggnadstak till, framförallt, större industrifastigheter.

Vi har getts i uppdrag av Malmö stad genom miljöförvaltningen (ärende MN-2019-7748) att utreda de rättsliga förutsättningarna för förslaget till affärsmodell för installation av solelsanläggningar (se närmare beskrivning nedan). Vi har även uppdragits att belysa eventuella behov av modifieringar av förslaget samt ge förslag till alternativa möjliga affärsmodeller som kan tillgodose angivet syfte.

Vi har för denna utredning tagit del av följande underlag:

- (i) Offertförfrågan avseende juridisk bedömning av affärsmodell för installation av solcellsanläggningar, och
- (ii) Presentation av solcellsinitiativ, Simon Chrisander, kommunalråd för Stadsbyggnad och Miljö (L), ordförande Miljönämnden.

Vidare har vi haft ett möte med Malmö stad den 3 oktober 2019, då det från stadens sida förtydligades att vissa ytterligare frågeställningar hänförliga till den tänkta affärsmodellen skulle inkluderas i promemorian, däribland förutsättningar för bygglov för solcellsanläggningar och elregulatoriska frågor (t.ex. koncession, rätt till elcertifikat och elsäkerhetsansvar).

Syftet med denna promemoria är att redovisa våra slutsatser av utredningen och den rättsliga analysen av Malmö stads förslag till affärsmodell för solcellsanläggningar.

### 2. Malmö stads förslag till affärsmodell

Malmö stad, genom miljönämnden, har tagit fram ett förslag till affärsmodell som syftar till att öka installationstakten av solelsanläggningar inom kommunen. Förslaget innebär att ett kommunägt bolag bildas som primärt kommer ha som verksamhet att placera solceller på tak i industriområden på kommersiella fastigheter.

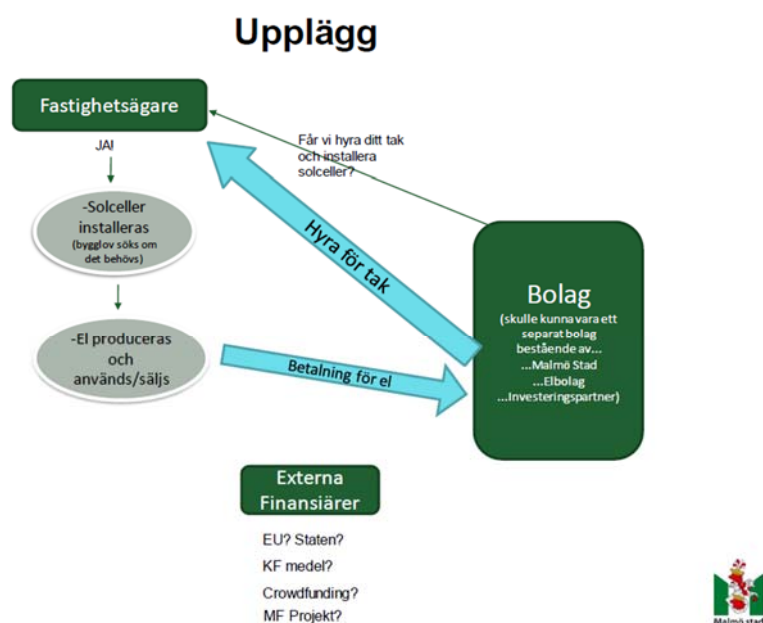
Malmö stad har i korthet beskrivit affärsmodellen så att kommunen avser att bilda ett kommunalt bolag vars verksamhet går ut på att hyra utrymme på tak från kommersiella fastighetsägare för att bygga solcellsanläggningar. Det kommunala bolaget investerar i, driver och äger solpanelerna. Solelen köps främst av fastighetsägaren till ett lägre pris än el från



leverantörer över ordinarie elnät. Återbetalningstiden för det kommunala bolaget beräknas till cirka 12-14 år och normal livslängd på solpaneler beräknas uppgå till 30 år.

Malmö stad har angett att affärsmodellen i första hand avses riktas mot kommersiella aktörer inom processindustrin, där den producerade solelen i dess helhet används inom fastighetsägarens/den kommersiella aktörens egen verksamhet (industri eller motsvarande). Uppkommer överskott av producerad solel ska fastighetsägaren/den kommersiella aktören kunna sälja elen externt, dvs. leverera elen till ordinarie elnät mot ersättning.

Den tänkta affärsmodellen har illustrerats av Malmö stad enligt följande:



Affärsmodellen som beskrivs ovan benämns i det följande ”Affärsmodellen”.

Malmö stad har även angett att det är av vikt att Malmö stad är majoritetsägare i det kommunala bolaget, men att det ska finnas förutsättningar för Malmö stad att samarbeta med exempelvis energibolag eller investerare, vilka kan vara delägare i bolaget.

### 3. Analys av Affärsmodellen

#### 3.1 Utgångspunkter

Vår analys av Affärsmodellen innefattar en redogörelse dels av aspekter av direkt relevans för det tänkta upplägget, såsom kommunalrättsliga hänsynstaganden och avtalsförhållanden med fastighetsägare, dels andra juridiska frågeställningar som vi bedömer är av betydelse för Malmö stad att beakta inom ramen för affärsmodellen, exempelvis skattefrågor och energirelaterad lagstiftning.

Redogörelsen nedan är inte en uttömmande beskrivning för alla rättsliga aspekter som måste beaktas för Affärsmodellens genomförande. Om Affärsmodellen, efter beslut av Malmö stad, ska omsättas i praktiken kommer det bli aktuellt för Malmö stad att närmare utreda och ta

ställning till bland annat bolagsrättsliga frågor (för inrättande av nytt bolag), finansieringsfrågor, avtalsrättsliga frågor och upphandlingsrättsliga regler.

Denna analys hänför sig således till de rättsliga förutsättningarna för Affärsmodellen som sådan, men inkluderar även kringliggande regelverk som är av vikt att beakta vid planerade investeringar i solcellsanläggningar (t.ex. bygglov, försäkring, intäkter genom elcertifikat och ursprungsgarantier, samt ansvar för elsäkerheten).

## 3.2 Kommunala angelägenheter

### 3.2.1 Allmänt

Ramen för den allmänna kommunala kompetensen följer i huvudsak av de principer som anges i 2 kap. kommunallagen (2017:725) ("KL") samt rättspraxis. I det följande redogör vi för de bestämmelser som är av närmast relevans för Affärsmodellen.

### 3.2.2 Kommunal näringsverksamhet

Av rättspraxis följer bl.a. att det är förenligt med kompetensbestämmelserna att hantera energiförsörjning och att sådan verksamhet utgör s.k. sedvanlig kommunal näringsverksamhet som är tillåten enligt 2 kap. 7 § KL. Sådan affärsverksamhet kan bedrivas genom av kommunen helägda eller delägda bolag enligt de förutsättningar som anges i 10 kap. 3 och 4 §§ KL. En kommun kan alltså äga ett kommunalt bolag tillsammans med privata aktörer.

Kommunala energibolag får bildas i enlighet med 7 kap. 1-2 §§ ellagen. Ett sådant bolag får bl.a. bedriva produktion av och handel med el samt därmed sammanhängande verksamhet.

För kommunala energibolag gäller väsentliga avsteg från de ramar som annars gäller för kommunal näringsverksamhet. Istället för det vinstförbud som annars gäller enligt 2 kap. 7 § KL föreskriver 7 kap. 2 § ellagen (1997:857) att ett kommunalt energibolag ska bedriva sin verksamhet på affärsmässig grund. Den kommunalrättsliga självkostnadsprincipen, liksom likställighetsprincipen, som annars gäller för kommunal verksamhet, är således inte tillämplig på produktion och handel med el i bolagsform. Genom 7 kap. 1 § ellagen åsidosätts även lokaliseringsprincipen, eftersom det kommunala energibolaget tillåts bedriva produktion av och handel med el samt därmed sammanhängande verksamhet utanför kommunens område.

Vad gäller kravet på att verksamheten ska bedrivas på affärsmässig grund kan framhållas att det innebär ett visst avkastningskrav på verksamheten. I förarbetena till ellagen (prop. 1996/97:136 s. 168) anges följande:

Att verksamheten "skall" bedrivas på affärsmässig grund innebär främst att företaget skall tillämpa ett affärsmässigt beteende och en korrekt prissättning. En viss vinstmarginal skall inräknas i priset, om inte annat undantagsvis är särskilt motiverat. De villkor som gäller för det privata näringslivets affärsdrivande verksamhet skall alltså vara vägledande.

Kravet på att bedriva verksamheten på affärsmässig grund begränsar naturligtvis utrymmet att t.ex. sälja elen till berörda fastighetsägare och/eller verksamhetsutövare till underpris. Det finns dock även inom ramen för aktiebolagslagens regelverk viss möjlighet att bedriva annat än vinstmaximerande verksamhet (se 3 kap. 3 § aktiebolagslagen). Beskrivningen av energibolagets syfte i bolagsordningen bör därför formuleras med omsorg och den måste under alla omständigheter vara förenlig med kravet på att verksamheten ska bedrivas på affärsmässig grund.

Avslutningsvis kan noteras att kravet på att verksamheten ska bedrivas på affärsmässig grund m.m. enligt ovan endast gäller om verksamheten bedrivs i bolagsform. Om verksamheten istället bedrivs inom ramen för den egna förvaltningen med stöd av den allmänna kommunala kompetensen gäller istället sedvanliga kommunalrättsliga principer för kommunal näringsverksamhet såsom vinstförbud och lokaliseringsprincipen m.m.

### 3.2.3 Stöd till andra näringsverksamheter

Även om det som nämnts ovan krävs att verksamheten måste bedrivas på affärsmässig grund uppfattar vi att Affärsmodellen kan komma att innehålla inslag av subvention eller dylikt, vilket aktualiserar frågan om näringslivsfrämjande insatser enligt 2 kap. 8 § KL. Sådana insatser är i princip kompetensliga förutsatt att de kan anses vara *allmänt* näringslivsfrämjande och inte utgör individuellt inriktat stöd till enskild näringsidkare (för vilket krävs synnerliga skäl).

Mot bakgrund av det underliggande syftet att bidra till att åtgärda effektbristen i regionen och förutsatt att verksamheten går ut brett med sitt erbjudande till berörda näringslivsaktörer bör verksamheten enligt vår bedömning anses vara förenlig med 2 kap. 8 § KL. Risken för att verksamheten ska anses strida mot nämnda bestämmelse ökar dock ju större inslag av subvention som Affärsmodellen innebär samt ju mer selektivt och differentierat erbjudandet går ut till enskilda näringslivsaktörer.

## 3.3 Konkurrensrättsliga aspekter

Konkurrenslagstiftningen innehåller regler som tar sikte på situationer där det offentliga konkurrerar med privata aktörer, nämligen den s.k. konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § konkurrenslagen. Den verksamhet som planeras genom Affärsmodellen får i sig anses vara sådan säljverksamhet som kan träffas av det regelverket.

Av konfliktlösningsregeln följer att Patent- och marknadsdomstolen på ansökan av Konkurrensverket får förbjuda staten, en kommun eller ett landsting att tillämpa *ett visst förfarande* inom en säljverksamhet om detta snedvrider eller kan snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Ett förbud kan också meddelas för en kommun eller ett landsting att *överhuvudtaget bedriva en viss säljverksamhet* om detta snedvrider eller kan snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden.

Konfliktlösningsregeln innehåller alltså en möjlighet för domstolen att meddela två olika typer av förbud.

- (i) Förbud mot att *överhuvudtaget bedriva viss säljverksamhet*. Förbudet omfattar *vad* som säljs.
- (ii) Förbud mot ett visst *förfarande inom en säljverksamhet*. Förbudet omfattar *hur* en försäljning sker.

Ett förbud mot att bedriva viss säljverksamhet – punkt (i) ovan – får emellertid inte meddelas om säljverksamheten är förenlig med lag. Förenlighet med lag innebär i detta sammanhang att säljverksamheten faller inom den kommunala kompetensen. Mot bakgrund av slutsatsen i punkt 3.2 ovan att säljverksamheten i förevarande fall bedöms falla inom den kommunala kompetensen bör det alltså saknas förutsättningar för s.k. verksamhetsförbud i fråga om den nu aktuella affärsmodellen. Den frågan behandlas därför inte vidare.

Med det sagt är det i och för sig möjligt att enskilda förfaranden inom ramen för den kommande verksamheten kan komma att träffas av regelverket (punkten (ii) ovan), även om vi på befintligt

underlag inte har identifierat något förfarande inom ramen för Affärsmodellen som förefaller medföra en omedelbar risk för detta. Malmö stad behöver emellertid beakta de ramar som följer av konfliktlösningsregeln när verksamheten närmare utformas. Vi berör därför i det följande kortfattat de övergripande principerna för tillämpning av konfliktlösningsregeln.

Förbud kan meddelas mot förfaranden som snedvrider eller hämmar en effektiv konkurrens. Exempel på sådana förfaranden är bl.a. underprissättning, diskriminering och vägran att ge tillträde till viss infrastruktur. Det kan alltså vara fråga om att den offentlige aktören behandlar företag olika utan saklig grund eller drar oberättigade fördelar av en myndighetsroll vid sidan av säljverksamheten, vilket i sin tur kan leda till att privata aktörer faller bort eller överhuvudtaget inte träder in på marknaden till följd av den offentlige aktörens förfarande.<sup>1</sup>

Enligt förarbeten och praxis krävs att sådana effekter av ett visst förfarande påverkar konkurrensen i någon utsträckning av betydelse.<sup>2</sup> Exakt var gränsen går är emellertid inte klarlagt. I en dom beträffande Borås kommuns tillhandahållande av mark- och anläggningsentreprenader konstaterade dåvarande Marknadsdomstolen att eftersom servicekontorets (ägt av Borås kommun) omsättning endast utgjorde 0,15 procent av omsättningen på den totala marknaden, kunde servicekontorets försäljning *inte* anses ägnad att hämma konkurrensen. Detta gällde oaktat om servicekontoret i och för sig kunde anses ha konkurrensfördelar i egenskap av offentlig aktör.<sup>3</sup>

Även för de fall ett förfarande av en offentlig aktör bedöms hämma eller snedvrider en effektiv konkurrens enligt ovan får förbud *inte* meddelas om förfarandet är *försvarbart från allmän synpunkt*. Då sker alltså en intresseavvägning: om det allmänna intresset väger tyngre än konkurrensintresset är förfarandet försvarbart från allmän synpunkt. Ju större skador för konkurrensen, desto angelägnare måste de skäl som åberopas till stöd för att fortsätta förfarandet vara. Exempel på försvarbara förfaranden är sådana som vidtas som en ofrånkomlig följd av lag.

Sammanfattningsvis gör vi på befintligt underlag bedömningen att om verksamheten, om den som sådan faller inom den kommunala kompetensen, inte bör kunna förbjudas genom tillämpning av konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § konkurrenslagen. Eftersom regeln emellertid kan komma att bli tillämplig på enskilda förfaranden inom ramen för verksamheten, bör Malmö stad vara införstådd med regelverket framöver i det fortsatta arbetet med Affärsmodellen. Vi saknar dock omedelbara indikationer på att något visst förfarande i verksamheten såsom den beskrivits för oss skulle riskera att kunna angripas med konfliktlösningsregeln.

### 3.4 Statsstödsrättsliga aspekter

I artikel 107-109 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ("FEUF") återfinns regler som syftar till att säkerställa att konkurrensförhållandena inom EU inte snedvrids genom att medlemsstaterna ekonomiskt gynnar vissa företag eller viss produktion. För att det ska röra sig om ett statligt stöd i FEUF mening krävs att följande fyra förutsättningar samtidigt är uppfyllda:

- (i) åtgärden innebär en fördel för mottagaren,
- (ii) fördelen ifråga beviljas av det offentliga eller med hjälp av allmänna medel,

---

<sup>1</sup> Prop 2008/09:231 s. 57.

<sup>2</sup> Prop 2008/09:231 s. 37.

<sup>3</sup> MD 2016:3, punkt 108.

- (iii) åtgärden är konkurrensnedvridande genom att selektivt gynna det företag, eller den produktion, som mottar stödet, och
- (iv) åtgärden kan påverka handeln mellan EU-länderna (men kraven för att detta villkor ska vara uppfyllt är mycket lågt satta).

Det EU-rättsliga stödbegreppet omfattar även andra former av stöd än direkta ekonomiska subventioner, exempelvis försäljning av fastigheter eller annat till underpris. En jämförelse ska ske mot hur en motsvarande privat aktör, verksam på en konkurrensutsatt marknad, hade agerat i en jämförbar situation. Om de ovanstående kriterierna är uppfyllda aktualiseras en skyldighet att anmäla stödet till Europeiska kommissionen, som i sin tur prövar stödets förenlighet med den gemensamma marknaden.

På befintligt underlag gör vi bedömningen att statsstödsreglerna i och för sig kan komma att bli tillämpliga beträffande den i Affärsmodellen beskrivna planen på att sälja el till ett lägre pris än från elnätet till fastighetsägare på vilkas tak solceller installerats. Som framgår ovan gäller det om en sådan verksamhet kan komma att avvika från hur en privat investerare hade agerat i motsvarande situation.

Utan närmare detaljer om prissättningsmekanismer och uppgifter om hur selektiv Affärsmodellen kommer vara ifråga om vilka aktörer som blir aktuella för att köpa el till ett lägre pris är det svårt att uttala sig kategoriskt om Affärsmodellens laglighet i detta hänseende. Ju mer selektivt det kommunala bolaget agerar i frågan om vilka aktörer som tillåts köpa el till ett lägre pris än från elnätet, och ju större inslag av subvention som prissättningen kan sägas medföra, desto mer sannolikt är det att statsstödsreglerna aktualiseras. Frågan om förenlighet med statsstödsrättsliga regler kan således utredas närmare när planerna framskridit ytterligare.

### 3.5 Skatterättsliga aspekter

I detta avsnitt behandlas skatterättsliga aspekter avseende Affärsmodellen. Den skatterättsliga bedömningen är inte uttömmande och ska ses som en första översiktlig bedömning utifrån det kommunala bolagets skattesituation.

#### 3.5.1 Energiskatt på el

Om den planerade solcellsanläggningen uppnår en installerad toppeffekt av 255 kilowatt eller mer, kommer den el som det kommunala bolaget framställer genom solcellsanläggningen att vara skattepliktig för energiskatt (för närvarande 34,7 öre per förbrukad kilowattimme) enligt 1 kap. 1 § lag om skatt på energi ("LSE").

Detsamma gäller om det kommunala bolaget producerar el i en solcellsanläggning med en sammanlagd installerad toppeffekt av mindre än 255 kilowatt men det kommunala bolaget förfogar över flera mindre elproduktionsenheter som tillsammans har en sammanlagd installerad toppeffekt om 255 kilowatt eller mer.

Om det kommunala bolaget framställer el från olika energikällor, ska de installerade effekterna räknas om till motsvarande 50 kilowatt som gäller för annan installerad generatoreffekt. El som produceras i en solcellsanläggning med en sammanlagd installerad toppeffekt av mindre än 255 kilowatt, är även skattepliktig om producenten förfogar över flera elproduktionsanläggningar som tillsammans motsvarar en sammanlagd installerad generatoreffekt om 50 kilowatt eller mer. Skattskyldigheten inträder som utgångspunkt vid överföring av el till fastighetsägaren. Om fastighetsägaren i sin tur säljer elen vidare, utlöses ingen ytterligare skattskyldighet.

Om det kommunala bolaget kommer att framställa elektrisk kraft med sol som energikälla och förfogar över en *sammanlagd* installerad toppeffekt av mer än 255 kilowatt, är den av bolaget framställda elektriska kraften således skattepliktig. Enligt 11 kap.10 § LSE får dock den som är skattskyldig för energiskatt på el göra avdrag med skillnaden mellan gällande skattesats och 0,5 öre per förbrukad kilowattimme el om

- (i) elen har framställts i *en* solcellsanläggning med en sammanlagd installerad toppeffekt av mindre än 255 kilowatt, och
- (ii) inte överförs till det koncessionspliktiga elnätet.

Om solcellsanläggningen har en sammanlagd installerad toppeffekt som överstiger 255 kilowatt, får avdrag för skatt på elektrisk kraft *inte* göras. I detta sammanhang kan nämnas att produktionsenheter som geografiskt och tekniskt är sammanhängande ses som en enda anläggning.<sup>4</sup>

Om den planerade solcellsanläggningen inte uppnår en installerad toppeffekt om 255 kilowatt och det kommunala bolaget inte förfogar över några andra elproduktionsanläggningar, är det kommunala bolaget inte skattskyldigt för energiskatt. Eftersom det kommunala bolaget avser att äga flera solcellsanläggningar är det dock högst troligt att man kommer att överskrida denna gränsnivå och bolaget blir skattskyldigt för energiskatt.

### 3.5.2 Energiskatt och industriell verksamhet

LSE innehåller vissa skattelättnader avseende energiskatt ifråga om el som förbrukas i industriell verksamhet. Skattesatsen på el som förbrukas i tillverkningsprocessen i industriell verksamhet är 0,5 öre/kWh, jämfört med normalskattesatsen som uppgår till 34,7 öre/kWh (11 kap. 9 § och 11 kap. 3 § LSE). Vad som är att hänföra till industriell verksamhet bör, som även framgår av nedan, grundas på den näringsgrensindelning som tillämpas i den officiella statistiken, SNI.

Skattelättnaden uppnås genom avdrag eller återbetalning. Detta gäller dock endast el som förbrukats i tillverkningsprocessen i industriell verksamhet hos den skattskyldiga. Detta innebär att det inte är det kommunala bolaget som producerar el i solcellsanläggningen som har rätt till avdrag/återbetalning för el som förbrukats i industriell verksamhet (vi utgår ifrån att det kommunala bolaget inte förbrukar elen i industriell verksamhet i den mening som avses i 11 kap. 9 § LSE). Det är istället den som förbrukar elen för detta ändamål som kan ansöka om återbetalning enligt 11 kap. 14 § LSE, om förbrukaren inte själv är skattskyldig.

En fastighetsägare som förbrukar el i tillverkningsprocessen i industriell verksamhet bör därmed kunna ansöka om återbetalning av energiskatt på el som denne förbrukat för detta ändamål. Rätten till återbetalning gäller endast för skillnaden mellan det betalda skattebeloppet och 0,5 öre per kWh, och endast i den utsträckning rätt till återbetalning inte följer av någon annan återbetalningsbestämmelse. Återbetalning får dock endast göras för den del som överstiger 8 000 kronor per kalenderår. Däremot kan det kommunala bolaget ha rätt till avdrag enligt 11 kap. 10 § LSE för el som framställs i solcellsanläggningarna, givet att elen har framställts i mindre anläggningar (installerad toppeffekt om 255 kilowatt) och elen inte har överförs till ett koncessionspliktigt nät (se punkt 3.5.1 ovan).

<sup>4</sup> Skatterättsnämndens förhandsbesked 2019-02-14, dnr 24-18/I.

Det ska även nämnas att den som beräknas förbruka elektrisk kraft i mycket stor omfattning (minst 10 GW per kalenderår) får godkännas som *frivilligt skattskyldig* om elen förbrukas för vissa angivna ändamål, t.ex. tillverkningsprocessen i industriell verksamhet (11 kap. 6 § LSE). För ett sådant godkännande krävs även att den sökande är lämplig med hänsyn till sina ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt.

Om fastighetsägaren förbrukar el i tillverkningsprocessen i industriell verksamhet, har fastighetsägaren således möjlighet att ansöka om godkännande som frivilligt skattskyldig. I det fall fastighetsägaren godkänns som frivilligt skattskyldig, är inte det kommunala bolaget skattskyldigt för energiskatt på el vid överföring av el till fastighetsägaren, eftersom elen överförs till någon som är skattskyldig (jfr. 11 kap. 7 § LSE). Det är alltså istället fastighetsägaren som är skattskyldig för energiskatt som frivilligt skattskyldig. Fastighetsägaren får då göra avdrag för skatt på el som förbrukats i tillverkningsprocessen i industriell verksamhet enligt 11 kap. 9 § LSE.

### 3.5.3 Inkomstskatt

Inkomsterna från försäljning av el beskattas hos det kommunala bolaget som inkomst av näringsverksamhet.

Värdeminskingsavdrag och avdrag för utgifter för reparation och underhåll på solcellsanläggning medges enligt byggnads- respektive inventarieregler i 19 kap. respektive 18 kap. inkomstskattelagen ("IL").

En fråga som uppkommer är om en solcellsanläggning som ägs av det kommunala bolaget men installeras på en byggnad som ägs av ett annat företag hänförs till byggnaden eller utgör byggnadsinventarier. Skatteverkets uppfattning är att en solcellsanläggning som är placerad på en byggnad eller är integrerad i tak eller fasad på en näringsfastighet normalt sett ska hänföras till byggnaden.<sup>5</sup> Även en fristående solcellsanläggning på näringsfastigheten som betjänar en byggnad på näringsfastigheten räknas till byggnaden. Skatteverket menar att med "betjänar en byggnad" avses att *syftet* med anläggningen är att reducera kostnaderna för elektrisk ström i byggnaden.

En solcellsanläggning i en byggnad som direkt tjänar den näringsverksamhet som bedrivs i byggnaden utgör byggnadsinventarier enligt 19 kap. 19 § IL. Skatteverket anger att anläggningen inte får till någon del tjäna byggnadens allmänna användning, dvs. den elektriska ström som anläggningen genererar ska direkt och uteslutande användas för den näringsverksamhet som bedrivs i byggnaden. Med "direkt" avses att elen förbrukas i samband med att den produceras eller lagras på batteri för senare förbrukning.

För att avgöra om solcellsanläggningarna hänförs till byggnad eller byggnadsinventarier ska därmed hänsyn tas till om anläggningen till någon del tjänar byggnadens allmänna användning. Frågan måste utredas närmare, även med anledning av att flera företag är inblandade.

### 3.5.4 Mervärdesskatt

Enligt 1 kap. 1 § mervärdesskattelagen ("ML") ska mervärdesskatt betalas till staten vid sådan omsättning inom landet av varor och tjänster som är skattepliktig och görs av en beskattningsbar

---

<sup>5</sup> Skatteverkets ställningstagande av 2014-11-12, dnr 131 622261-14/111.

person i denna egenskap, i den utsträckning den beskattningsbara personen inte är befriad från skatt på omsättningen. Den som är skattskyldig för mervärdesskatt är skyldig att registrera sig för och betala mervärdesskatt. Som huvudregel tas mervärdesskatt ut med 25 procent av beskattningsunderlaget (7 kap. 1 § 1 st. ML). Beskattningsunderlaget är det värde på vilket mervärdesskatt ska beräknas. Vid försäljning av en vara eller tjänst är huvudregeln att beskattningsunderlaget är ersättningen (priset) exklusive mervärdesskatt.

Affärsmodellen innebär att det kommunala bolaget avser att sälja den el som produceras av solcellsanläggningen främst till fastighetsägare. Elförsäljningen utgör skattepliktig omsättning enligt ML och därmed blir det kommunala bolaget mervärdesskatteskyldigt för elförsäljningen. Fastighetsägaren kan dra av mervärdesskatten om den bedriver mervärdespliktig verksamhet. Om fastighetsägaren eller den kommersiella aktören säljer el vidare till elnätet, är även sådan elförsäljning mervärdesskattepliktig.

En beskattningsbar person är befriad från skatt på omsättning av varor och tjänster som den beskattningsbara personen gör inom landet under ett beskattningsår, om omsättningen enligt 9d kap. 3 § ML inte beräknas överstiga 30 000 kr under beskattningsåret och inte har överstigit 30 000 kr för något av de två närmast föregående beskattningsåren. Detta innebär att om det kommunala bolaget eller fastighetsägaren/den kommersiella aktören har en begränsad försäljning kan bolaget omfattas av skattebefrielse. Avsikten att främst sälja el till industriella verksamheter med stor elförbrukning indikerar dock att bestämmelserna om skattebefrielse inte är tillämpliga.

### 3.5.5 Fastighetsskatt

Vid fastighetstaxeringen fattas beslut om fastigheternas skatte- och avgiftspliktsförhållanden och indelning i taxeringsenheter. Fastighetstaxering sker enligt fastighetstaxeringslagen ("FTL"). Huvudregeln innebär att en fastighet är skatte- och avgiftspliktig så länge den inte undantas av regler i FTL. För en fastighet som omfattas av huvudregeln fastställer man ett taxeringsvärde som utgör underlag till fastighetstaxering. Skatteverket anger att i det fall solceller installeras på en näringsfastighet, ändras inte klassificering av byggnaden och dess taxeringsvärde.<sup>6</sup>

## 3.6 **Fastighetsrättsliga aspekter**

### 3.6.1 Bygglov

#### 3.6.1.1 *Inom detaljplanelagt område*

Inom detaljplanelagt område är det som utgångspunkt bygglovspliktigt att byta färg, taktäckningsmaterial eller på annat sätt avsevärt ändra byggnadens utseende. Från denna bygglovsplikt har emellertid sedan den 1 augusti 2018 undantagits montering av solcellspaneler och solfångare som följer byggnadens form (9 kap. 3 c § PBL). I förarbetena (prop. 2017/18:197 s. 24) förtydligas undantagets omfattning på följande sätt:

Genom kravet på att de aktuella anläggningarna monteras på en byggnad omfattar undantaget inte sådana solcellspaneler och solfångare som integreras i byggnaden och därmed ingår i byggnadens fasadbeklädnad eller

---

<sup>6</sup><https://www.skatteverket.se/foretagochorganisationer/skatter/fastighet/mikroproduktionavfornybarelnaringsfastighet.4.309a41aa1672ad0c837b4e8.html>



taktäckningsmaterial. Undantaget omfattar inte heller solcellspaneler och solfångare som är uppvecklade eller utvecklade från byggnadens form.

Installationen måste således monteras utanpå byggnadens takbeklädnad men i övrigt i alla väsentliga delar följa byggnadens form för att bygglovsbefrielsen ska föreligga.

Bygglovsbefrielsen gäller inte i följande fall:

1. Kommunen har bestämt i detaljplan att åtgärden är bygglovspliktig. Detta torde vara sällan förekommande, särskilt mot bakgrund av att undantagsbestämmelsen funnits endast ett drygt år.
2. Åtgärden vidtas på en byggnad eller inom ett bebyggelseområde som anses vara särskilt värdefullt från historisk, kulturhistorisk, miljömässig eller konstnärlig synpunkt. Detta torde vara relativt sällsynt, men det förekommer att byggnader m.m. inom äldre industriområden har sådan skyddsstatus.
3. Åtgärden vidtas inom eller i anslutning till (dvs. inom det s.k. influensområdet (prop. 2017/18:197 s. 24)) sådana områden som enligt 3 kap. 9 § andra stycket miljöbalken är av riksintresse på grund av att de behövs för totalförsvarets anläggningar. I vilken mån sådana riksintressen berörs kan möjligen utläsas av kommunens översiktsplan men i annat fall bör länsstyrelsen kunna ge besked i de enskilda fallen.

Om bygglovsbefrielse inte föreligger enligt ovan måste bedömas om bygglovsplikt föreligger enligt den ovan nämnda huvudregeln att det är bygglovspliktigt att byta färg, taktäckningsmaterial eller på annat sätt avsevärt ändra byggnadens utseende (9 kap. 2 § första stycket 3 c). Förutsatt att solcellsanläggningarna på industritaken är tillräckligt omfattande samt synliga för omgivningen får bygglovsplikt, enligt vår bedömning, i regel påräknas. Bygglovsförutsättningarna får då prövas utifrån gällande planförutsättningar (vilka måste iaktas även om åtgärden inte kräver bygglov, 10 kap. 2 § PBL).

Detaljplaner innehåller i regel bestämmelser om hur höga byggnader får vara. Om tillåten byggnadshöjd redan är maximalt utnyttjad, vilket ofta är fallet, kan en solcellsanläggning på taket anses vara planstridig. Några decimeters överskridande brukar dock anses ingå i tolkningsmånen och kunna accepteras. I övriga fall av planavvikelse får de prövas mot tillämpliga bestämmelser för planavvikelse. Generellt kan sägas att det finns visst utrymme för att tillåta planavvikelse om avvikelsen bedöms vara liten och förenlig med detaljplanens syfte (9 kap. 31 b § PBL). Särskilt mot bakgrund av att elproduktion inte är väsensskilt från industriverksamhet och dylika ändamål som ifrågavarande detaljplaner sannolikt föreskriver torde det finnas relativt goda möjligheter att tillåta ett marginellt byggnadshöjdsöverskridande. I detta sammanhang kan även påpekas att för detaljplaner som föreskriver viss byggnadshöjd (och inte totalhöjd) normalt tillåts en indragen påbyggnad på taket enligt den s.k. 45-gradersregeln (se 1 kap. 3 § plan- och byggförordningen), vilket är av särskild relevans för mer eller mindre platta industritak.

Större utrymme för planavvikelse finns när det gäller detaljplaner där genomförandetiden gått ut. Avvikelse från sådana, lite äldre, detaljplaner tillåts bl.a. om åtgärden anses tillgodose ett angeläget gemensamt behov eller allmänt intresse eller utgör ett lämpligt komplement till den användning som har bestämts i detaljplanen (9 kap. 31 c § PBL). Enligt vår bedömning är det fullt tänkbart att det anses vara både ett angeläget allmänt intresse och ett lämpligt komplement till industriverksamheten att säkra eltillförseln till industrin m.fl. genom att anlägga solcellsanläggning på industritak.

Vidare kan framhållas att industriområden typiskt sett är mindre känsliga för omgivningsförändringar av det nu aktuella slaget. Det talar för att berörda detaljplaner sannolikt inte innehåller särskilt många begränsande planbestämmelser i nu relevanta avseenden samt att utrymmet för att godta planavvikelser är relativt stort. Industriområdets relativa tålighet för förändringar (pga. avsaknad av bevarandekrav m.m. samt allmän acceptans för förändringar) talar även för att risken för tidsödande överprövningsprocesser är begränsad. Det gäller dock inte eventuellt förekommande äldre industribyggnader som kan vara särskilt värdefulla ur kulturmiljösynpunkt m.m.

### 3.6.1.2 *Utanför detaljplanelagt område*

Vi utgår från att sådana industribyggnader som kan bli aktuella för det nu aktuella projektet närmast uteslutande ingår i detaljplanelagda områden. Därför berör vi endast i korthet vad som gäller utanför detaljplanelagt område.

Den ovan angivna bygglovsplikten vid ändring av byggnads utseende m.m. föreligger normalt inte utanför detaljplanelagt område. För att bygglovsplikt ska föreligga i sådana områden för nu aktuella åtgärder förutsätts i huvudsak att kommunen har bestämt det i områdesbestämmelser (9 kap. 2 § andra stycket samt 8 § PBL).

Om bygglovsplikt föreligger prövas åtgärden mot områdesbestämmelserna (vilka måste iaktas även om åtgärden inte kräver bygglov, 10 kap. 2 § PBL), men i likhet med planavvikelser finns visst utrymme att tillåta åtgärder som avviker från områdesbestämmelser (9 kap. 30, 31a och 31b §§ PBL).

### 3.6.1.3 *Vem kan ansöka om bygglov?*

Vem som helst kan ansöka om bygglov. Det finns således inget krav på att det är t.ex. den berörda fastighetsägaren, hyresgästen eller den som ska utföra installationsarbetena som ansöker. Det står således kommunen fritt att, t.ex. för tids vinnande, ansöka om erforderliga bygglov i förväg. Notera dock att ett bygglov upphör att gälla om det inte tas i anspråk (arbetena påbörjas) inom två år från den dag då bygglovet vann laga kraft.

### 3.6.1.4 *Anmälningsplikt i vissa fall*

Avslutningsvis i denna del ska framhållas att om bygglovsplikt inte föreligger bör övervägas om det istället föreligger anmälningsplikt. Anmälningsplikt föreligger bl.a. om solcellsanläggningen berör byggnadens bärande konstruktion och/eller väsentligt påverkar byggnadens brandskydd (6 kap. 5 § första stycket 3 och 6 plan- och byggförordningen).

### 3.6.2 Anläggningens sakrättsliga status

Solcellsanläggningar på industritak kan under vissa förutsättningar anses utgöra byggnadstillbehör och/eller industritillbehör och därmed fast egendom tillhörande den fastighet på vilken den installerats (2 kap. 1-3 §§ jordabalken). Solelsanläggningar som tillförts byggnaden av annan än fastighetsägaren (t.ex. ett kommunalt bolag enligt någon form av nyttjanderättsavtal) hör dock till fastigheten först när solcellsanläggningen och fastigheten ”kommit i samma ägares hand” (2 kap. 4 § jordabalken).

Det betyder att solcellsanläggningen behåller sin status som lös egendom i det kommunala bolagets ägo till dess parterna kommer överens om annat, t.ex. att överlåta solcellsanläggningen till fastighetsägaren.

Så länge anläggningarna är att betrakta som lös egendom kommer de inte att omfattas av sedvanlig fastighetsförsäkring. Malmö stad eller det kommunala bolaget behöver därför, i samråd med försäkringsmäklare, ombesörja erforderligt kompletterande försäkringsskydd.

### 3.6.3 Nyttjandetiden

En nyttjanderätt inom detaljplanelagt område kan inte vara bindande längre än 25 år. Utanför detaljplanelagt område är den maximala bindningstiden istället 50 år (7 kap. 5 § jordabalken).

Inom detaljplanelagt område är det således inte möjligt att ingå ett nyttjanderättsavtal som säkerställer en nyttjandetid som omfattar anläggningarnas hela tekniska livstid om uppskattningsvis 30 år. Det finns dock inget som hindrar att parterna inför avtalstidens utgång kommer överens om en förlängning av upplåtelseiden. Det bör dock övervägas att redan från början införa en restvärdeslösning, dvs. att fastighetsägaren åtar sig att förvärva anläggningen mot anläggningens restvärde om avtalet sägs upp efter 25 år.

## 3.7 **Vissa frågor hänförliga till ellagstiftningen**

I följande punkter redogör vi kortfattat för vissa frågor som hänför sig till ellagstiftningen och som vi bedömer vara av relevans för Malmö stads vidare arbete med Affärsmodellen (eller med alternativa affärsmodeller).

### 3.7.1 Nätkoncession

Utgångspunkten i ellagen är att alla starkströmsledningar för överföring av el kräver nätkoncession, antingen för linje eller område. Vissa elledningar är dock undantagna från kravet om nätkoncession och får byggas utan tillstånd, s.k. icke koncessionspliktiga nät, enligt förordningen (20017:215) om kravet på nätkoncession enligt ellagen ("**IKN-förordningen**"). Undantaget från koncessionsplikt gäller exempelvis för interna nät som ligger inom eller på en enda byggnad eller inom en industrianläggning (det finns även andra undantagsfall som bedöms vara av mindre relevans för Affärsmodellen).

I IKN-förordningen finns även undantagsbestämmelser för när ett internt nät får användas utan koncession för att överföra el till annan än den som äger nätet. Elnät eller elledningar som ligger i eller på en byggnad får bl.a. användas för att överföra el till andra utan att det krävs nätkoncession. När det gäller småskaliga solcellsanläggningar där solceller installeras på tak till en byggnad för förbrukning av den producerade elen i samma byggnad, kopplas solcellsanläggningen in på byggnadens egna interna och icke koncessionspliktiga nät.

För det fall en solcellsanläggning installeras på en byggnad där elen ska användas i en *annan* byggnad omfattas det nät som överför elen från en byggnad till en annan *inte* av undantaget från nätkoncession.<sup>7</sup> För sådana ledningar behövs alltså ett särskilt tillstånd (koncession).

Undantagen i IKN-förordningen gäller utan särskilda beslut från Energimarknadsinspektionen, men om osäkerhet föreligger kan det ansökas om ett bindande besked där Energimarknadsinspektionen avgör om en elledning eller ett elnät omfattas av undantag från kravet på nätkoncession eller inte.

---

<sup>7</sup> Energimarknadsinspektionens beslut 2018-102080 och 2018-102252.

### 3.7.2 Elcertifikat och ursprungsgarantier

*Elcertifikat* utfärdas för producerad solel, enligt lag (2011:1200) om elcertifikat. För varje producerad megawattimme (MWh) förnybar el som produceras och mäts erhåller producenten ett elcertifikat som kan överlåtas och generera en extra intäkt. För att tilldelas elcertifikat ska innehavaren av en anläggning skriftligen ansöka hos Energimyndigheten om godkännande av anläggningen för tilldelning av elcertifikat.

Mätningen av produktionen kan ske antingen i anslutningspunkten till elnätet eller i direkt anslutning till solcellsanläggningen. Elcertifikat tilldelas för elproduktion som mäts per timme. Om elen bara ska förbrukas inom fastigheten (på ett icke koncessionspliktigt nät, se ovan) och inte levereras ut på koncessionspliktigt nät, är det innehavaren av anläggningen som svarar för mätningen och rapporteringen. För mätning av produktionen direkt i anslutning till anläggningen (dvs. utan avdrag för självkonsumtionen) krävs en särskild mätare.

Elcertifikaten säljs på en öppen marknad där priset bestäms mellan säljare och köpare. Elcertifikat tilldelas i 15 år för en anläggning och registreras och säljs via Cesar, ett kontoföringssystem för elcertifikat och ursprungsgarantier. Köpare är aktörer med så kallad kvotplikt, vilka är skyldiga att inneha elcertifikat i en mängd som motsvarar den kvotpliktiges försäljning eller förbrukning av el.

Kvotpliktiga är bl.a. elanvändare som använder el som de själva producerat om mängden använd el uppgår till mer än 60 MWh per beräkningsår och har producerats i en anläggning med en installerad effekt som är högre än 50 kW. Även elproducenter som producerar el i ett nät som används utan stöd av nätkoncession är kvotpliktiga, om mängden levererad el uppgår till mer än 60 MWh per beräkningsår och om elen yrkesmässigt levereras vidare till användare som tar ut elen på samma nät.

I förhållande till Affärsmodellen omfattas det kommunala bolaget av kvotplikten om man producerar solel i ett icke koncessionspliktigt nät och säljer mer än 60 MWh per år. I egenskap av innehavare till en solcellsanläggning kan producenten således både vara berättigad till elcertifikat och vara kvotpliktig.

*Ursprungsgarantier* är en elektronisk handling som anger ursprunget på elen (vilken energikälla som har använts för elproduktionen). En ursprungsgaranti utfärdas för varje producerad MWh solel. Tilldelning av ursprungsgarantier sker av Energimyndigheten, på samma sätt som för elcertifikat. Ursprungsgarantierna kan sedan säljas på en öppen marknad. Köpare är en elleverantör som vill sälja den typ av el som producenten producerar, dvs. om det finns en stor efterfrågan på solel ökar även efterfrågan på ursprungsgarantier.

### 3.7.3 Ansvar för elsäkerhetsfrågor

#### 3.7.3.1 *Ansvar för fortlöpande kontroll av starkströmsanläggningar och elektrisk utrustning*

En solcellsanläggning utgör en starkströmsanläggning.<sup>8</sup> Den som innehar en starkströmsanläggning ansvarar enligt 6 § elsäkerhetslagen (2016:732) för att det fortlöpande kontrolleras att anläggningen, och arbete på anläggningen, ger betryggande säkerhet mot personskada och sakskada.

---

<sup>8</sup> En elektrisk anläggning för sådan spänning, strömstyrka eller frekvens som kan vara farlig för människor eller egendom, se 3 § elsäkerhetslagen.

Innehavaren av en elektrisk utrustning ska se till att den underhålls på ett godtagbart sätt och används på ett sätt som inte riskerar säkerheten. Den som använder en elektrisk utrustning ska även försäkra sig om att den är säker för användning. Reglerna framgår av 17-18 §§ elsäkerhetslagen.

Med *innehavare* av en anläggning avses den som rent faktiskt innehar en anläggning, oavsett om innehavet grundar sig på äganderätt eller nyttjanderätt. Reglerna gäller både för innehavare av anläggningar för yrkesmässig verksamhet som för innehavare av anläggningar för enskilt bruk. Skyldigheten innebär inte att innehavaren personligen måste utföra kontrollen utan endast att innehavaren bär ansvaret.<sup>9</sup>

Enligt den föreslagna Affärsmodellen, då det kommunala bolaget äger och innehar anläggningen, kommer det kommunala bolaget därmed ha ansvar för fortlöpande kontroll och underhåll av solcellsanläggningarna. Detta innebär inte att det är bolaget som sådant som måste utföra kontrollen (tjänsten kan anlitas), men som innehavare av anläggningarna bär det kommunala bolaget det övergripande ansvaret när anläggningen tagits i bruk.

### 3.7.3.2 *Ansvar vid elinstallationsarbete*

Elinstallationsarbete ska enligt 26 § elsäkerhetslagen utföras på ett sådant sätt att anläggningen ger betryggande säkerhet mot personskada och sakskada. Bestämmelsen innehåller ett allmänt aktsamhetskrav vid elinstallationsarbete.<sup>10</sup> Ett elinstallationsföretag ska utöva egenkontroll över arbetet enligt ett egenkontrollprogram som bl.a. säkerställer att elinstallationsarbete utförs enligt elsäkerhetslagen och tillämpliga föreskrifter. Skyldigheter enligt egenkontrollprogrammet innebär att elinstallationsföretaget har ansvar för anläggningen *innan* den tas i bruk, därefter är det anläggningens innehavare som ansvarar för anläggningen.

Om det kommunala bolaget kommer att installera solcellsanläggningen ansvarar bolaget således för elinstallationsarbetet och att anläggningen är säker mot personskada och sakskada.

### 3.7.3.3 *Ansvar för person- och sakskador som orsakats av el eller säkerhetsbrist i el*

Om solcellsanläggningarna skulle orsaka person- eller sakskador, genom el från sådan anläggning, ska skador ersättas av innehavaren av anläggningen. Skadeståndsansvaret regleras i 28 och 29 §§ elsäkerhetslagen. Anläggningsinnehavaren har som huvudregel strikt ansvar för sådana skador. Om anläggningsägaren har upplåtit nyttjanderätten helt eller delvis till någon annan svarar ändå ägaren till starkströmsanläggningen för skador som om ägaren är innehavare, enligt 32 § elsäkerhetslagen. Det kommunala bolaget skulle därmed ha strikt ansvar för skador som orsakats av el eller säkerhetsbrist i el från de egna solcellsanläggningarna.

### 3.7.3.4 *Ansvar för person- och sakskador som orsakats på grund av säkerhetsbrist i komponent*

I en elektrisk anläggning ingår flera produkter som kan ge upphov till skadeståndsansvar. Den som tillverkar, representerar den som tillverkar, importerar, distribuerar eller installerar en elektrisk utrustning ska enligt 16 § elsäkerhetslagen se till att utrustningen uppfyller gällande säkerhetskrav. Det kommunala bolaget har ansvar för anläggningen såsom innehavare, men det

---

<sup>9</sup> Prop. 2015/16:16 s. 48.

<sup>10</sup> Prop. 2015/16:16 s. 52.

hindrar inte att produktansvar eller liknande utkrävs från tillverkare, importör, distributör eller installatör.

## **4. Modifiering av Affärsmodellen**

Nedan redogörs för tre möjliga tillägg eller förändringar av Affärsmodellen som vi bedömer vara relevanta för Malmö stad att överväga.

### **4.1 Utöka Affärsmodellen till att även innefatta kommersiella hyresgäster**

Många verksamhetsutövare till industrier, kontor och andra verksamheter äger inte fastigheter utan hyr sina verksamhetslokaler. Affärsmodellen är angiven som ett avtalsförhållande mellan ett kommunalt bolag och ägare till kommersiella fastigheter. Ofta är det dock kommersiella hyresgäster som har ett incitament och intresse av att installera solceller och därigenom täcka sitt energibehov av ”egenproducerad” el.

För att utöka förutsättningarna för en ökad solelproduktion anser vi att Malmö stad bör överväga att Affärsmodellen även inkluderar kunder som är kommersiella hyresgäster. I ett sådant upplägg träffar hyresgästen i så fall ett avtal med hyresvärden (fastighetsägaren) om att denne upplåter fastighetens tak och att hyresgästen därefter har ett avtalsförhållande med det kommunala bolaget om installation av en solcellsanläggning (eller hyra/leasing av en anläggning, se punkt 5.1 nedan), där hyresgästen erlägger betalning genom ett fast pris för producerad solel.

### **4.2 Ingen separat reglering av hyra av tak**

En modifiering av Affärsmodellen kan vara att det kommunala bolaget inte erlägger en separat hyra för taket, utan istället att fastighetsägaren upplåter taket vederlagsfritt. Ersättning för nyttjandet av taket ingår i priset för den producerade solel, dvs. kunden betalar ett kWh-pris som också utgör ersättning för takytan som upplåts. Detta kan bl.a. leda till minskad administration.

### **4.3 Direkt försäljning av elen till elhandelsbolag**

Ett tredje sätt att modifiera Affärsmodellen är att det kommunala bolaget matar ut all producerad solel på elnätet, istället för att fastighetsägaren tillgodogör sig elen direkt i fastigheten. Det kommunala bolaget träffar då avtal med elnätsbolaget för inkoppling av solcellsanläggningen till det koncessionspliktiga nätet samt ett avtal med elhandelsbolag som köper den inmatade elen. Om elen säljs till den öppna marknaden för att generera en intäkt till det kommunala bolaget undviks bl.a. frågeställningar om Affärsmodellens förenlighet med kommunalrätten och konkurrensrätten, inklusive statsstödsreglerna, eftersom det då inte blir fråga om affärsförhållanden med vissa näringsidkare. En aspekt att beakta är dock att elen blir skattepliktig vid överföring till koncessionspliktigt nät.

## **5. Alternativa affärsmodeller**

### **5.1 Leasing av solceller**

En alternativ affärsmodell för att öka produktionen av solel är att det kommunala bolaget ger fastighetsägare och hyresgäster en möjlighet att leasa (hyra) solceller. Leasing av solceller

innebär att kunden ingår ett leasingavtal med det kommunala bolaget som levererar, driftar och förvaltar anläggningen mot en fast månadskostnad eller ett fast pris per kWh producerad sol.

Vid en affärsmodell som innebär att kunden leasar solceller kan kunden ges möjlighet att överta anläggningen efter ett antal år, efter erläggande av återstående marknadsvärde (utköpspris) för anläggningen.

Solcellsanläggningen kan leasas antingen av fastighetsägare eller av hyresgäst till en kommersiell fastighet. En hyresgäst hyr taket från fastighetsägaren och ingår leasingavtal med leverantören (i detta fall det kommunala bolaget). När hyresgästen leasar anläggningen kan fastighetsägaren således få en extra intäkt i form av hyra för taket. En fördel med ett leasingupplägg är bl.a. att parterna i leasingavtalet kan avtala om utköp/övertagande av solcellsanläggningen. Det blir normalt sett fastighetsägaren/hyresgästen som betraktas som producent av solen då fastighetsägaren/hyresgästen förfogar över solcellsanläggningen och den el som produceras.

När ägaren av en solcellsanläggning upplåter denna med nyttjanderätt, som innebär att någon annan än ägaren faktiskt innehar och driver anläggningen, är den sistnämnde att anse som innehavare av anläggningen och kan därmed erhålla elcertifikat och ursprungsgarantier.

När det gäller ansvar för elsäkerhet kvarstår detta hos det kommunala bolaget i egenskap av ägare för anläggningen (se punkt 3.7.3 ovan).

När flera företag är inblandade vid produktion av el uppkommer frågan vem som är skattskyldig enligt LSE, dvs. vilket företag som ska anses framställa el i den mening som avses i 11 kap. 5 § 1 st. LSE. Skatteverkets uppfattning är att den som ursprungligen har rätt att förfoga över elen, dvs. den ursprunglige ägaren, ska anses framställa elen. Om fastighetsägaren, eller i förekommande fall hyresgästen, förfogar över solcellsanläggningen och har ensamrätt att leverera el till förbrukare bör fastighetsägaren respektive hyresgästen i regel anses vara elproducent i den mening som avses i 11 kap. 5 § 1 st. LSE. Om det kommunala bolaget äger, driftar och förvaltar anläggningen, kan dock bedömningen bli en annan.

Det kommunala bolaget ska beskattas för intäkter som härrör från leasing av solcellsanläggningen. Därtill är det kommunala bolaget skattskyldigt för mervärdesskatt.

## **5.2 Offentlig upphandling av solceller genom PPA (elköpsavtal)**

En kommun eller ett kommunalt bolag kan genom ett offentligt upphandlingsförfarande införskaffa solcellsanläggningar från extern leverantör som installerar anläggningarna på kommunens eller det kommunala bolagets mark, fastigheter eller byggnader. Kommunen eller det kommunala bolaget betalar då ett fast pris för producerad el som tillhandahålls kommunen eller det kommunala bolaget. Leverantören äger, bygger och förvaltar solcellsanläggningen.

I detta fall köper kommunen alternativt det kommunala bolaget in förnybar el från en extern leverantör. Den externa leverantören äger och förvaltar solcellsanläggningen och förfogar över försäljningen av el som produceras från anläggningen. Därmed bör den externa leverantören anses vara skattskyldig i den mening som avses i 11 kap. 5 § LSE.

Om kommunen eller det kommunala bolaget säljer el vidare ska kommunen respektive det kommunala bolaget beskattas för intäkter som härrör från en sådan elförsäljning samt betala mervärdesskatt på försäljningarna.

### 5.3 Andelsägande i solcellsanläggningar

En variant för att främja produktion av solet är anläggande av storskaliga solcellsanläggningar (s.k. solparker). För anläggande av en solpark krävs dels en större mark- eller takyta som det kommunala bolaget förfogar över, dels investeringskapital för etableringen. Det kommunala bolaget kan själv, eller tillsammans med en samarbetspart, initiera och anlägga en större solpark där andelar i anläggningen (enskilda solcellspaneler) upplåts till olika ägare som vill investera i solet och bidra till utbyggnaden av förnybar el. Erbjudande som andelsägande brukar vanligtvis rikta sig brett mot såväl privatpersoner som företag.

Andelsägda solcellsanläggningar kan exempelvis förvaltas av en ekonomisk förening, i vilken samtliga andelsägare är medlemmar. Intäkterna från försåld el och elcertifikat från solcellsanläggningen hanteras då av föreningen och resultatet fördelas mellan andelsägarna.

Om det kommunala bolaget är andelsägare i den ekonomiska föreningen kommer bolaget att beskattas för intäkterna från försåld el som utbetalas av den ekonomiska föreningen. Eftersom det kommunala bolaget endast är en andelsägare i den ekonomiska föreningen blir inte det kommunala bolaget skattskyldigt för energiskatt på el (11 kap. 5 § LSE).

## 6. Slutsatser

- Den föreslagna Affärsmodellen är som utgångspunkt möjlig att genomföra, dock att olika regelverk måste vägas in när planerna utformas mer i detalj.
- Ett kommunalt bolag, såsom ett kommunalt energibolag, kan bildas för ändamålet. Ett sådant bolag ska bedrivas på affärsmässig grund, vilket innebär att prissättning och andra villkor ska vara affärsmässiga.
- Därtill (särskilt när det gäller prissättning och de erbjudanden som riktas mot vissa näringsidkare/fastighetsägare) ska beaktas regler om förbud mot otillåtet gynnande av enskild och statsstöd. Individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas endast om det finns synnerliga skäl. För tillämpningen av dessa regler är det av vikt hur affärserbjudandena utformas med hänsyn till bl.a. pris och selektivitet. Möjligheter till underprissättning av den producerade elen till vissa utvalda bolag/fastighetsägare får i allmänhet betraktas som små.
- Om verksamheten som sådan faller inom den kommunala kompetensen, bör den inte kunna förbjudas genom tillämpning av konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § konkurrenslagen angående kommunal säljverksamhet.
- Det kommunala bolagets verksamhet kommer, beroende på Affärsmodellens upplägg mer i detalj, omfattas av regelverken avseende energiskatt, moms och inkomstskatt.
- Vid installation och ägande av solcellsanläggningar behöver det kommunala bolaget beakta frågor hänförliga till fastighetsrätten och ellagstiftningen, däribland att bolaget ansvarar för anläggningarnas elsäkerhet och för skador som anläggningarna orsakar.
- För ytterligare främja utbyggnad av soletproduktion kan Affärsmodellen breddas till att även omfatta anläggningar som installeras för kommersiella hyresgäster. Malmö stad kan även överväga att inte utge särskild ersättning för hyra av tak, eller överväga att istället sälja all producerad solet externt till elhandelsbolag.



- Utöver Affärsmodellen finns även andra affärsmodeller som kan av intresse för Malmö stad att utvärdera. Alternativa affärsmodeller kan exempelvis vara att solcellsanläggningar leasas till kunder, att staden upphandlar solceller genom ett PPA-upplägg eller investerar i en solpark för andelsägande.
- 

Stockholm/Malmö den 11 oktober 2019

MANNHEIMER SWARTLING ADVOKATBYRÅ

## Promemoria angående genomförande av solelsatsning i Malmö stad

### 1. Bakgrund

Malmö stad har beslutat att utbyggnaden av solcellsanläggningar och därmed produktionen av solex ska stimuleras och öka i kommunen. Staden har för detta ändamål arbetat fram ett förslag på en affärsmodell som innebär att ett kommunägt bolag ("Bolaget") bildas som primärt kommer ha lokal solexproduktion som tjänst med inriktning mot byggande av solceller på tak till kommersiella fastigheter i industriområden ("Affärsmodellen").

Affärsmodellen innebär att Bolaget investerar i, driver och äger solcellsanläggningarna. Bolaget betalar en nyttjanderättsavgift för taket till fastighetsägare (kunderna). Bolaget hanterar ansvar för projektering, installation, drift, underhåll, tillstånd, försäkringar m.m. Den genom solcellsanläggningen producerade solexen säljs till fastighetsägaren för förbrukning inom fastigheten. Eventuell överskottsel matas ut på elnätet och säljs. I denna promemoria har vi utgått från att det är Affärsmodellen som i första hand avses realiseras genom Bolagets verksamhet.

Vi har i en promemoria daterad den 11 oktober 2019 utrett de rättsliga förutsättningarna för förslaget till Affärsmodellen samt belyst alternativ till Affärsmodellen. Med utgångspunkt i vår förra promemoria har vi uppdragits av Malmö stad, genom miljöförvaltningen och stadsbyggnadskontoret, att närmare utreda och redogöra för hur Affärsmodellen och solelsatsningen ska kunna realiserars på ett sätt som är förenligt med regelverken för kommunal bolagsbildning och affärsverksamhet.

De frågor som Malmö stad bett oss att i denna promemoria närmare utreda och belysa är följande:

- (a) Frågor rörande bolagsbildning; förutsättningarna för att bilda kommunalt bolag med ansvar för solelsatsningen, dess verksamhet och syfte, krav på affärsmässighet samt möjligheter att deläga det kommunala bolaget med en privat aktör (*avsnitt 2*).
- (b) Konkurrensrättsliga aspekter (*avsnitt 3*).
- (c) Upphandlingsfrågor; Malmö stads och andra kommunala bolags möjlighet till internupphandling av solcellsanläggningar och solextjänster från Bolaget (*avsnitt 4*).
- (d) Skatterättsliga aspekter; en redogörelse över gällande skatteregler för produktion och försäljning av solex samt övriga skattebestämmelser hänförliga till solcellsanläggningar (*avsnitt 5*).

Efter varje avsnitt sammanfattas några av de centrala punkterna samt vilka regler som är relevanta för Malmö stad att förhålla sig till i det fortsatta arbetet med solelsatsningen och genomförandet av Affärsmodellen.

## 2. Bildande av kommunalt bolag

### 2.1 Allmänna utgångspunkter

Malmö stad avser bilda ett nytt aktiebolag vars verksamhet och ändamål ska vara att bedriva stadens satsning på utökad produktion av solel, genomföra den planerade Affärsmodellen eller motsvarande, samt tillhandahålla soletjänster i övrigt. Bolagets verksamhet och mål har inte närmare utarbetats. Enligt Malmö stad ska bolagets verksamhet, inom vissa ramar, kunna utvecklas och anpassas till behov, efterfrågan och affärsidéer, exempelvis genom att tillämpa andra affärsmodeller.

Det föreligger inte i sig något hinder för överlämnande av den planerade verksamheten till ett kommunalt aktiebolag, förutsatt att de grundläggande reglerna om kommunal bolagsbildning är uppfyllda samt att bolagets verksamhet rymms inom den kommunala kompetensen. Detta innebär att verksamheten baseras på ett allmänintresse enligt 2 kap. 1 § kommunallagen (2017:725) ("KL"). Kommunala bolag är som huvudregel även bundna av de grundläggande kommunalrättsliga principerna, dvs. likställighetsprincipen, lokaliseringsprincipen och självkostnadsprincipen. I kravet på likställighet och allmänintresse ligger förbudet mot gynnande (stöd) av enskild.

Mot bakgrund av självkostnadsprincipen ska kommunal näringsverksamhet i allmänhet bedrivas utan vinstsyfte och syfta till att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen.<sup>1</sup> Det finns dock inte ett absolut vinstförbud i den meningen att verksamheten aldrig kan tillåtas generera överskott. Det väsentliga är att verksamheten inte inrättas eller drivs med ett huvudsakligt syfte att vara vinstbringande.

När det gäller kommunala elbolag, vars verksamhet utgörs av produktion och handel med el samt därmed sammanhängande verksamhet, åsidosätts regeln att kommunal affärsverksamhet ska bedrivas enligt självkostnadsprincipen. Kommunala elbolag ska bedrivas på affärsmässig grund enligt 7 kap. 1-2 §§ ellagen (se punkt 2.3 nedan).

### 2.2 Grundläggande regler för bildande av kommunala bolag

Om kommunen önskar bilda ett *helägt* kommunalt bolag ska det vara ett aktiebolag där kommunen direkt eller indirekt innehar samtliga aktier. När skötseln av en kommunal angelägenhet ska lämnas över till ett helägt kommunalt bolag anger 10 kap. 3 § KL att fullmäktige ska:

- fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten,
- se till att det fastställda kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna som utgör ram för verksamheten anges i bolagsordningen,
- utse samtliga styrelseledamöter,
- se till att det anges i bolagsordningen att fullmäktige får ta ställning till sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt innan de fattas,

---

<sup>1</sup> 2 kap. 7 § KL.

- utse minst en lekmannarevisor, och
- se till att bolaget ger allmänheten insyn i den verksamhet som genom avtal lämnas över till privata utförare.

Om verksamheten ska bedrivas i ett *delägt* kommunalt bolag, t.ex. tillsammans med en privat aktör, ska fullmäktige se till att bolaget blir bundet av samma villkor som gäller för helägda bolag (se punkterna ovan), dock med en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt.<sup>2</sup> Fullmäktige ska också verka för allmänhetens insyn i det delägda bolaget.

### 2.3 Kommunalt bolag eller kommunalt elbolag

Som angetts ovan ska som huvudregel näringsverksamhet som bedrivs i kommunala bolag vara förenlig med den kommunala kompetensen och iaktta de kommunalrättsliga reglerna om självkostnad (ej vinstsyfte), lokalisering och likställighet.

Detta gäller dock inte ett kommunalt bolag som är en sådan juridisk person som avses enligt 10 kap. 2-6 §§ KL och som bedriver produktion av och handel med el samt därmed sammanhängande verksamhet, dvs. är ett kommunalt elbolag enligt 7 kap. ellagen. Med sammanhängande verksamhet avses exempelvis konsultverksamhet med inriktning på energihushållning och entreprenadverksamhet med anknytning till elproduktion.<sup>3</sup>

Verksamhet i kommunala elbolag ska drivas på affärsmässig grund och redovisas särskilt från annan kommunal verksamhet. Lokaliseringsprincipen gäller inte utan verksamheten får bedrivas utanför kommunens gränser. Anledningen till att kommunala elbolag ska bedrivas på affärsmässig grund, och agera såsom privata bolag på den öppna och konkurrensutsatta marknaden, är att sådana bolag tillhandahåller en vara eller tjänst som ligger i det allmännas intresse men där det kommunala bolaget konkurrerar på samma marknad som privata bolag.

Solcellsanläggningar medför den speciella möjligheten till produktion och försäljning av el inom interna nät, dvs. utan att elen behöver överföras till kunder över koncessionspliktiga (allmänna) elnät. Av bestämmelserna i ellagen om kommunala elbolag, samt dess förarbetena, framgår inte om sådana bolags produktion av el eller handel med el måste inkludera in- och utmatning av el på koncessionspliktigt nät, eller om det även innefattar försäljning av el bakom uttagpunkter till koncessionspliktigt nät.

I förslaget till ny elmarknadslag används begreppet kommunala elhandelsföretag i lagkommentaren till de bestämmelser i den föreslagna lagen som motsvarar bestämmelserna om kommunala elbolag i nuvarande 7 kap. ellagen.<sup>4</sup> Begreppet elhandelsföretag definieras i lagförslaget som den som yrkesmässigt levererar el till en elanvändare i en uttagpunkt. Uttagpunkt definieras i sin tur som den punkt på elnätet där en elanvändare, enligt avtal med ett nätföretag tar ut el för förbrukning. Enligt dessa föreslagna definitioner synes alltså elhandel syfta på transaktioner av el som nyttjar det koncessionspliktiga externa nätet. Dessa begrepp är dock inte uttalade på motsvarande sätt i nu gällande ellag.

<sup>2</sup> 10 kap. 4 § KL.

<sup>3</sup> Prop. 1996/97:136, s. 167.

<sup>4</sup> Ds 2017:44, s. 472 f.

Reglerna om kommunala elbolag och kravet på affärsmässighet (och undantaget från självkostnadsprincipen och lokaliseringsprincipen) tillkom emellertid för att säkerställa konkurrens på elmarknaden och för att de kommunala företagen ska verka som en konkurrerande aktör i förhållande till privata elbolag.<sup>5</sup> Med hänsyn till detta syfte torde även ett kommunalt bolag som producerar och försäljer el utan att var gång nyttja det koncessionspliktiga nätet omfattas av reglerna om affärsmässighet. Detta eftersom köpare av den sol-el som det kommunala bolaget producerar kan välja att inhandla el från andra elleverantörer till marknadsmässiga priser. En underprissättning av elen skulle riskera en osund konkurrenssituation och kunna vara oförenlig med syftet med att kommunala elbolag ska bedrivas på affärsmässig grund.

Enligt Affärsmodellen kommer Bolaget äga och installera solcellsanläggningar samt producera sol-el. Affärsmodellen innebär även att Bolaget kommer att sälja den el som produceras. Även annan verksamhet som är kopplad till elproduktion omfattas av definitionen av ett kommunalt elbolag, såsom ”sammanhängande verksamhet”. Mot denna bakgrund, samt den breda definitionen av verksamhet som ett bolag ska bedriva för att vara ett kommunalt elbolag, är vår bedömning att den verksamhet som kommunen önskar bedriva genom Bolaget medför att Bolaget blir ett kommunalt elbolag.

För det fall Bolaget skulle bedriva enbart annan verksamhet rörande solenergianläggningar som *inte* är kopplad till produktion och handel med el och därmed sammanhängande verksamhet, ska Bolaget anses vara ett vanligt kommunalt bolag. Ett sådant kommunalt bolag är bland annat skyldigt att iaktta självkostnadsprincipen och bedrivas utan vinstsyfte.

Om kommunen istället väljer att inte bedriva sol-elverksamheten i ett bolag, utan i förvaltningsform, gäller även här principerna i KL om bland annat självkostnad och likställdhet fullt ut.

## 2.4 Förutsättningar för att bilda ett kommunalt elbolag

För att bilda ett helägt kommunalt elbolag ska bolaget vara en sådan juridisk person som avses i 10 kap. 2-6 §§ KL, dvs. ett helägt eller delägt bolag. Villkoren för att överlåta verksamhet till ett helägt kommunalt aktiebolag har redogjorts för i punkt 2.2 ovan. Vidare ska följande beaktas.

### 2.4.1 Verksamhet inom den kommunala kompetensen

Bolagets verksamhet ska ligga inom den kommunala kompetensen, dvs. verksamheten ska vara av allmänt intresse för kommunens medlemmar. Det ska vara ändamålsenligt, lämpligt och skäligen att kommunen befattar sig med verksamheten. Om det anses vara ett allmänt intresse att en kommun främjar ett visst ändamål, är det kompetensenligt även om åtgärden bara kommer en mindre del av kommunen eller dess medlemmarna direkt till godo.<sup>6</sup> Det krävs dock att verksamheten är av ett samhällsintresse för kommunen. Enligt praxis anses energiförsörjning normalt ligga inom den kommunala kompetensen.

I kravet på allmänintresse ligger förbudet för en kommun att lämna understöd åt enskilda kommunmedlemmar, om möjlighet att lämna stöd inte följer uttryckligen av lag.

<sup>5</sup> Prop. 1993/94:163, s. 162 ff.

<sup>6</sup> Prop. 1990/91:117 s. 148.

#### 2.4.2 Särskilda krav på bolagsordningen

Bolagsordningen måste uppfylla vissa krav. Bolagsordningen ska ange det kommunala ändamålet med verksamheten och föreskriva att fullmäktige ska ta ställning till sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt innan de fattas. Bolagsordningen ska ange att verksamheten ska bedrivas på affärsmässig grund, se punkt 2.4.4 nedan. För ett kommunalt elbolag ska varken självkostnadsprincipen eller lokaliseringsprincipen anges i bolagsordningen.

Om Bolaget ska kunna ägna sig åt olika affärsmodeller och en bred verksamhet kopplat till solel eller annan energiproduktion bör Bolagets ändamål och verksamhet inte formuleras alltför smalt eller vara begränsat till en viss typ av affärsmodell, för att på olika sätt kunna uppnå syftet med en ökad solelproduktion i kommunen. Föremålet för Bolagets verksamhet kan exempelvis anges vara att producera och försälja el producerad från sol och/eller förnyelsebara energikällor. Det kommunala ändamålet kan exempelvis formuleras som att främja kommunens utveckling inom solelproduktion och/eller produktion från andra förnyelsebara källor, att bistå kommunen vid utbyggnad av elproduktion från solceller, energiförsörjningsfrågor eller vara kommunens expertorgan i planering-och utredningsverksamhet, eller motsvarande.

#### 2.4.3 Iakttagande av aktiebolagslagen

Aktiebolagslagens ("ABL") bestämmelser ska följas, vilket bland annat innebär att Bolaget (när det är fråga om ett kommunalt elbolag) ska drivas med vinstsyfte.<sup>7</sup> Om Bolagets verksamhet ska ha ett annat syfte än att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna måste detta anges i bolagsordningen. Det måste i sådant fall även anges hur Bolagets vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation ska användas.

#### 2.4.4 Affärsmässig grund

Den verksamhet som kommunala elbolag bedriver måste vara affärsmässig och undantagen självkostnadsprincipen. Bedrivande på affärsmässig grund innebär att de villkor som gäller för det privata näringslivets affärsdrivande verksamhet ska vara vägledande. Med utgångspunkt i ABL ska ett affärsmässigt drivet bolag syfta till att ge vinst till ägarna.

Bolaget ska således tillämpa ett affärsmässigt beteende och en korrekt prissättning.<sup>8</sup> Verksamheten ska vara konkurrensneutral och en vinstmarginal ska räknas med i priset.<sup>9</sup> Kommunala energibolag ska ha samma marknadsmässiga avkastningskrav som motsvarande privata vinstdrivande företag. I förarbetena har angetts att det kan finnas speciella situationer när det inte går att räkna med någon vinst eller väldigt liten vinst, men detta ska ses i ljuset av hur marknadssituationen ser ut.<sup>10</sup>

I affärsmässigheten ligger också att verksamheten inte får bli beroende av stöd eller korssubventioner dvs. att en kommunal verksamhet subventionerar en annan kommunal verksamhet med sina överskott.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Jfr. 3 kap. 3 § ABL.

<sup>8</sup> Prop. 1996/97:136, s. 168.

<sup>9</sup> Prop. 2009/10:185, s. 18.

<sup>10</sup> SOU 2007:72, s. 117.

<sup>11</sup> Prop. 2008/09:21, s. 58.

När det gäller prissättning av el finns det ett marknadsmässigt referenspris för samtliga aktörer på marknaden (spotpris på elbörsen Nord Pool), vilket innebär att prisjämförelser kan göras till undvikande av icke-marknadsmässiga priser.

## 2.5 Delägt kommunalt bolag

Malmö stad överväger om Bolaget ska kunna ingå i partnerskap eller samarbete med privata aktörer, exempelvis bolag med verksamhet eller erfarenhet inom solelbranschen.

Det kommunalrättsliga regelverket uppställer inga hinder mot delägda kommunala bolag som ägs tillsammans med privata aktörer, exempelvis genom joint ventures. Det finns ingen gräns uppställd för hur mycket av ett bolag en kommun ska äga för att det ska anses vara ett kommunalt bolag.<sup>12</sup> Däremot måste fullmäktige se till att Bolaget blir bundet av de villkor som följer av 10 kap. 3 § KL (se punkt 2.2 ovan) i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt.<sup>13</sup> Detta får bedömas i varje enskilt fall när kommunen vill vara delägare i ett bolag, bland annat beroende på ägarandel.

När ett bolag ägs tillsammans med en privat aktör uppkommer normalt sett frågor om styrning och insyn i bolaget, särskilt om kommunen inte är majoritetsägare i bolaget. För att äga ett bolag med en privat ägare behöver parterna hitta en rimlig balans mellan kraven som uppställs i KL på styrning från fullmäktige och den privata ägarens intressen. Av denna anledning är det av särskild vikt att kommunen och de privata delägarna från början är ense om verksamhetens mål och syfte, och att detta formuleras i ägardirektiv och/eller bolagsordningen. Kommunfullmäktige ska verka för ett visst innehåll i bolagsordningen, men det är bolagsstämman som antar bolagsordningen. Kommunens möjlighet att påverka bolagsordningen, aktieägardirektiv och bolagets verksamhet kan därför vara begränsad om den privata ägarandelen är större än kommunens.

Utöver bolagsordningen och ägardirektiv utgör aktieägaravtalet det centrala styrmedlet för delägda bolag. Det reglerar förhållandet mellan kommunen och övriga aktieägare avseende bland annat frågor om hur kapitaltillskott, ägarförändringar och val av styrelseledamöter och verkställande direktör ska ske, samt hur bolagets verksamhet ska utvecklas och bedrivas. Även gällande aktieägaravtalet är det därför av vikt att kommunen som ägare söker påverka de delar som är centrala ur kommunens perspektiv. Då kommunala elbolag ska bedrivas på affärsmässig grund torde dock frågor om vinst och verksamhetens utformning vara något enklare att komma överens om med privata delägare.

## 2.6 Verksamhet i befintligt bolag

Malmö stad har även lyft frågan om möjlighet att bedriva solelverksamheten inom ramen för ett annat kommunalt bolags verksamhet. Olika verksamheter som ändå är nära sammanhängande kan oftast bedrivas inom ett och samma bolag. Det är exempelvis inte ovanligt att energiförsörjning och bredbandsverksamhet bedrivs inom samma kommunala bolag. Om solelverksamheten ska inkluderas i ett befintligt kommunalt bolag behöver bolagsordning och ägardirektiv sannolikt anpassas, vad gäller bland annat bolagets ändamål. Om det blir ett kommunalt elbolag måste det även framgå av bolagsordningen att verksamheten ska drivas på

<sup>12</sup> Prop. 2016/17:171, s. 417.

<sup>13</sup> 10 kap. 4 § KL.

affärsmässig grund. Det måste därför bedömas om det är lämpligt att solevksamheten bedrivs tillsammans med annan verksamhet som eventuellt omfattas av andra kommunala principer.

## 2.7 Näringslivsfrämjande åtgärder

Kommuner får genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen. Om verksamheten i det nya kommunala bolaget är att anse som allmänt näringslivsfrämjande är det som utgångspunkt kompetensligt. Däremot, om Affärsmodellen syftar till, eller resulterar i, att vissa enskilda näringsidkare subventioneras, t.ex. genom försäljning av el till låga priser, aktualiseras dock frågor om gynnande av enskild. Individuellt riktade stöd till enskilda näringsidkare är normalt sett inte möjligt utan kräver synnerliga skäl enligt 2 kap. 8 § KL.

Om det kommunala bolaget är ett kommunalt elbolag ligger det implicit i kravet på affärsmässighet att konsekvent underprissättning inte är marknadsmässigt motiverat. Det finns inget hinder i sig mot att försöka vinna fördelar mot konkurrenter genom det kommunala elbolagets tjänst (om det är affärsmässigt betingat), men underprissättning i strid mot vinstsyftet anses inte vara affärsmässigt. I detta sammanhang bör även noteras de konkurrensrättsliga reglerna, se avsnitt 3 nedan.

Därutöver gäller – för samtliga kommunala bolag (dvs. även om Bolaget inte är ett elbolag) – att inriktade stöd till vissa näringsidkare är oförenligt med kommunallagstiftningen. För att undvika att attraktiva erbjudanden till fastighetsägare eller andra aktörer om solcellsinstallationer och solevförsäljning betraktas som individuellt gynnande, bör verksamheten erbjuda tjänster till en bred krets av näringsidkare. Risken för att verksamheten ska anses strida mot 2 kap. 8 § KL ökar ju större inslag av subvention som affärsmodellen innebär samt ju mer selektivt och differentierat erbjudandet går ut till enskilda näringslivsaktörer.

## 2.8 Sammanfattning och relevanta förhållningsregler

- Ett kommunalt bolag som bedriver produktion av och handel med el och därmed sammanhängande verksamhet är ett kommunalt elbolag och undantas från självkostnadsprincipen. Verksamheten ska bedrivas på affärsmässiga grunder och med vinstsyfte.
- Det är av vikt att kommunen genom bolagsordning och ägardirektiv sätter ramarna för Bolagets verksamhet och ändamål samt anger vilka principer som ska gälla för Bolaget.
- Näringslivsfrämjande åtgärder som är allmänt inriktade är kompetensliga, men får inte innebära individuellt inriktade stöd till enskilda företag.
- Bolaget kan ägas tillsammans med en privat aktör men fullmäktige är skyldig att verka för att bolaget blir bundet av de kommunalrättsliga bestämmelserna så långt rimligt, däribland att bolagsordningen reglerar det kommunala ändamålet med verksamheten och att allmänheten ges möjlighet till insyn.
- Om solevksamheten ska bedrivas i ett befintligt kommunalt bolag måste bolagsordningen och styrdokument för det kommunala bolaget justeras och bland annat ange att verksamheten ska bedrivas på affärsmässig grund om bolaget, genom solevksamheten, blir ett kommunalt elbolag.



### 3. Konkurrensrättsliga aspekter

#### 3.1 Inledning

I promemorian av den 11 oktober 2019 behandlades frågan om lanseringen av ett kommunalägt bolag, ägnat att hyra yta på industrifastigheter för produktion av solel, och försäljning av denna el till fastighetsägare, är förenligt med relevanta konkurrensrättsliga regler. Vår samlade bedömning var att sådan verksamhet som utgångspunkt bör kunna bedrivas av kommunen, utan att detta i sig innebär en överträdelse av konkurrensrätten. Upplägget ger dock anledning till en större medvetenhet om konkurrensrättsliga handlingsregler i den löpande driften av verksamheten än vad som hade behövts för ett renodlat privat initiativ. I det följande görs därför ett antal medskick för att verksamheten så långt möjligt ska begränsa eventuell framtida riskexponering på konkurrensrättslig grund. Som framgår i följande avsnitt behandlar vi här särskilt reglerna om statsstöd, konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet och missbruk av en dominerande ställning, eftersom vi ser en ökad sannolikhet att dessa regler aktualiseras med anledning av projektet. Bolaget bör förstås, som vilket annat bolag som helst, även följa den allmänna konkurrensrätten, inklusive förbudet mot konkurrensbegränsande avtal.

#### 3.2 Relevanta rättsregler

Såsom nämnts ovan kan det föreslagna upplägget särskilt aktualisera följande tre delområden inom konkurrensrätten:

- Regler om förbud mot offentlig säljverksamhet,
- Regler om olagligt statsstöd, och
- Regler om missbruk av dominerande ställning.

Reglerna överlappar i viss utsträckning varandra, och ett och samma agerande kan under vissa förutsättningar därmed komma att stå i strid med alla tre reglerna. Som exempel kan tas ett dominerande kommunalägt bolag som säljer varor eller tjänster till betydande underpriser till ett privat företag. Ett sådant agerande kan både anses vara ett förfarande i strid med reglerna om offentlig säljverksamhet, ett otillåtet statsstöd till de kunder som gynnas av de icke marknadsmässiga priserna, liksom ett exkluderande missbruk av en dominerande ställning till nackdel för privata aktörer som inte kan matcha bolagets prissättning.

I det följande redogörs kort för respektive delområde:

##### 3.2.1 Regler om förbud mot offentlig säljverksamhet

Patent- och marknadsdomstolen kan enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen på ansökan av Konkurrensverket förbjuda staten, en kommun eller ett landsting att tillämpa ett visst förfarande inom en säljverksamhet om detta snedvrider eller kan snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Ett förbud kan också meddelas för en kommun eller ett landsting att överhuvudtaget bedriva en viss säljverksamhet om detta snedvrider eller kan snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Hela säljverksamheten som sådan kan emellertid inte förbjudas om den är *förenlig med lag*, vilket i detta sammanhang betyder att säljverksamheten faller inom den kommunala kompetensen. En konsekvens av vår bedömning i promemorian av den 11 oktober 2019 – att säljverksamheten i det föreslagna upplägget faller inom den kommunala kompetensen – är också att det saknas möjlighet att förbjuda hela verksamheten som sådan med hjälp av 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Vissa förfaranden inom säljverksamheten kan dock förbjudas om dessa förfaranden snedvrider eller hämmar en effektiv konkurrens. Exempel på detta är underprissättning, diskriminering, att blanda myndighetsutövning med affärsverksamhet och vägran att ge tillträde till viss infrastruktur.

I förevarande upplägg finns risk att förbud kan meddelas om Bolaget säljer el till ett pris som understiger det pris en privat, effektiv aktör hade tagit ut för motsvarande el. Även den idé som framgår av avsnittet "Frågor & Svar" på sida 18 i Malmö stads presentation benämnd "Solcellsinitiativ" om att instifta en särskild grupp personer som behandlar bygglovsansökningar specifikt från Bolaget för att snabba på processen att erhålla bygglov riskerar att förbjudas. Detta eftersom kommunen i sådana fall blandar sin myndighetsroll med affärsutövning på ett sätt som inte är tillåtet med hänsyn till risken för att snedvrider konkurrensen.

### 3.2.2 Regler om olagligt statsstöd

I artikel 107-109 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ("FEUF") återfinns regler som syftar till att säkerställa att konkurrensförhållandena inom EU inte snedvrids genom att medlemsstaterna ekonomiskt gynnar vissa företag eller viss produktion. För att det ska röra sig om ett statligt stöd i FEUF:s mening krävs att följande fyra förutsättningar samtidigt är uppfyllda:

- åtgärden innebär en fördel för mottagaren,
- fördelen ifråga beviljas av det offentliga eller med hjälp av allmänna medel,
- åtgärden är konkurrenssnedvridande genom att selektivt gynna det företag, eller den produktion, som mottar stödet, och
- åtgärden kan påverka handeln mellan EU-länderna (men kraven för att detta villkor ska vara uppfyllt är mycket lågt satta).

Inte bara direkta ekonomiska subventioner innefattas utan det EU-rättsliga stödbegreppet omfattar även andra former av stöd, exempelvis försäljning av fastigheter eller annat till underpris. En jämförelse ska göras mot hur en motsvarande privat aktör, verksam på en konkurrensutsatt marknad, hade agerat i en jämförbar situation.

I förevarande upplägg bör man vara uppmärksam på såväl kommunens eventuella stöd till Bolaget som Bolagets eventuella stöd till privata handelsparter, om icke marknadsmässiga villkor tillämpas.

Ett olagligt statsstöd till Bolaget kan t.ex. bestå av rena kapitaltillskott som inte hade gjorts av en privat investerare. Stödet kan även utgöras av borgensåtaganden. där Bolaget betalar en för billig, icke-marknadsmässig avgift till Malmö stad för borgensåtagandet.<sup>14</sup>

Även Bolagets eventuella försäljning av el till underpris (såvida underpriset inte är marknadsmässigt motiverat) skulle kunna anses utgöra olagligt statsstöd. Detta är dock bland annat avhängigt ägarförhållandena i bolaget, det krävs att kommunen kommer att ha sådant inflytande och sådana förfogandemöjligheter över Bolaget att Bolagets medel anses härröra från statliga medel.<sup>15</sup> Det kan också komma att få betydelse hur bred mottagarkretsen är och hur stort det eventuella stödet är per mottagare. En närmare konkurrensrättslig analys bör därför göras innan en prissättning som ligger under Bolagets kostnader införs.

### 3.2.3 Regler om missbruk av dominerande ställning

Enligt 2 kap. 7 § konkurrenslagen är det förbjudet att missbruka en dominerande ställning. Motsvarande förbud finns även i artikel 102 FEUF. Ett företag anses ha en dominerande ställning om det har en sådan marknadsmakt att det kan agera utan att ta någon eller endast begränsad hänsyn till sina konkurrenter, kunder och leverantörer. Den enskilt viktigaste omständigheten för bedömningen av om ett företag är dominerande är företagets marknadsandel. En marknadsandel över 40 procent är ett tecken på dominans. Ju högre marknadsandel ett företag har därutöver, desto större är sannolikheten att företaget är dominerande. Andra omständigheter som är relevanta för bedömningen är t.ex. konkurrenternas marknadsandelar, företagets finansiella styrka och om det finns betydande inträdeshinder på marknaden. Det är inte i sig förbjudet att ha en dominerande ställning. Däremot är det förbjudet att missbruka denna så att konkurrensen och konsumenterna skadas.

Exempel på missbruk är leveransvägran, villkor om exklusivitet, underprissättning, kopplingsförbehåll och kombinationserbjudanden samt lojalitetsskapande rabatter

Vi kan inte i nuläget bedöma frågan om Bolaget sannolikt kan komma att inta en dominerande ställning på någon relevant marknad, när det väl är i drift. Ett led i denna bedömning kommer att vara vilken typ av konkurrens det nybildade bolaget kommer att möta. Om Bolaget kommer att stå relativt ohotat inom en viss nisch kan det vara ett tecken på att detta segment är en egen relevant marknad där Bolaget innehar en dominerande ställning. Omvänt skulle ett snabbt och effektivt kommersiellt svar från faktiska eller potentiella konkurrenter, till exempel andra elproducenter, vara ett tecken på att man träder in på en bredare marknad där man sannolikt inte intar en dominerande ställning. För det fall Bolaget kan komma att inta en dominerande ställning skulle det med förevarande upplägg behöva bedömas om Bolagets eventuella

<sup>14</sup> Se Renovamålet (mål nr 7739-09 23 mars 2011) där Göteborgs kommun gick i borgen för det kommunägda Renova AB:s uppförande av en förbränningslinje på Värme Kraftverket i Sävenäs. Borgensåtagandet uppgick till 544 050 000 SEK och för det betalade Renova en årlig borgensavgift till kommunen om 0,25 procent. Kammarrätten i Göteborg upphävde kommunens borgensåtagande eftersom en jämförelse mellan vad Renova betalade för det garanterade lånet (räntekostnad och borgensavgift) och vad Renova hade behövt betala för ett ogaranterat lån (räntekostnad) innebar att Renova genom kommunens borgensåtagande gjorde en besparing i strid med genomförandeförbudet eftersom det genomförts utan att ha anmälts till EU-kommissionen.

<sup>15</sup> Se bl.a. Mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen, REG 2002, s. I-4397 där en bankkoncern inom vilken franska staten ägde 80 procent av aktierna i moderbolaget ansågs vara en koncern bestående av offentliga företag.

underprissättning och kombinationserbjudandet att erbjuda såväl hyra av tak som försäljning av el kan riskera att utgöra missbruk av en dominerande ställning.

Testet för om missbruksmässig underprissättning föreligger utgår från den genomsnittliga påverkbara kostnaden. Om ett dominerande företag tar ut ett pris som ligger under den genomsnittliga påverkbara kostnaden för hela eller delar av produktionen täcker det inte de kostnader som hade kunnat undvikas genom att inte producera denna volym, företaget ådrar sig en förlust som hade kunnat undvikas. Om företagets priser ligger under den genomsnittliga påverkbara kostnaden är det därför en tydlig indikation på en uppoffring som utgör missbruk.

Med kopplingsförbehåll avses i regel situationer där en kund som köper en produkt (solelen) även måste köpa en annan produkt (acceptera att Bolaget hyr taket) av det dominerande företaget. Med andra ord att varorna eller tjänsterna inte kan köpas var för sig. Kopplingsförbehåll kan vara teknik- eller avtalsbaserade. Vid blandade kombinationserbjudanden, ofta även kallade flerproduktsrabatter, står produkterna också till buds separat, men om produkterna säljs var för sig är det totala priset högre än det kombinerade priset. Ett företag med dominerande ställning kan anses avskärma konkurrenter inom någon av de produktmarknader som kombinationen avser (andra potentiella nyttjare av taket eller andra leverantörer av el) om kombinationspriset är så lågt att en effektiv konkurrent på någon av marknaderna fräntas möjligheten att konkurrera.

### 3.3 Sammanfattning och relevanta förhållningsregler

Såsom framgått ovan syftar samtliga här relevanta regler till att värna förutsättningarna för en effektiv och rättvis konkurrens. Det offentliga får inte ge otillbörliga fördelar till egenägda eller privata bolag, på bekostnad av deras konkurrenter. Offentliga bolag har i sin tur en skyldighet att inte använda sin särskilda ställning för att utestänga konkurrenter på någon relevant marknad. Vad detta innebär konkret för den tänkta solelsatsningen är bland annat följande:

- Kommunen bör som ägare till Bolaget agera som en marknadsekonomisk privat investerare. Detta innefattar att alla kapitaltillskott från kommunen och därmed jämförbara åtgärder som borgensåtaganden och dylikt måste ske på marknadsmässigt vis.
- Bolaget bör även i sin tur agera som en marknadsekonomisk privat aktör. Detta innefattar bland annat att prissätta sina tjänster och produkter marknadsmässigt och att inhandla varor och tjänster till så låga priser som möjligt.
- Kommunen får som utgångspunkt inte använda sin myndighetsroll för att ge Bolaget bättre förutsättningar än dess faktiska eller potentiella privata konkurrenter. Detta innebär bland annat att kommunen inte får ge det kommunala bolaget några fördelar vid upphandlingar eller att skapa någon snabbfil eller liknande för tillståndsprövningar som inte även kommer privata aktörer till del.
- Om privata aktörer verkar eller träder in i det marknadssegment som det kommunala bolaget är avsett att verka inom bör inga åtgärder vidtas som syftar till att förhindra eller försvåra den privata aktörens inträde eller expansion. Bolaget har rätt att konkurrera med pris och prestation, men bör inte söka "låsa in" sina kunder genom exklusivitet eller rabatter och paketerbjudanden som en lika effektiv privat aktör inte kan matcha.

## 4. Förutsättningar för intern upphandling

### 4.1 Allmänna utgångspunkter

Det kan finnas ett intresse för kommunen – inklusive övriga kommunala bolag inom Malmö stad – att ta del av Bolagets varor och tjänster, för att exempelvis installera solcellsanläggningar på kommunens fastigheter för att nyttja solelen inom den fastigheten.

Malmö stad har bett oss utreda om kommunen eller andra kommunala bolags köp av t.ex. solpaneler eller solettjänster från Bolaget måste föregås av konkurrensutsättning genom annonserad upphandling, eller om sådana anskaffningar skulle uppfylla kriterierna för intern upphandling i 3 kap. 11-16 §§ lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") eller motsvarande bestämmelser i 3 kap. 11-16 §§§ lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ("LUF"), och därmed vara undantagna upphandlingsreglerna.

Om förutsättningarna för undantaget för intern upphandling är uppfyllda är en anskaffning undantaget LOU/LUF:s tillämpningsområde förutsatt att den upphandlande myndigheten/enhetens motpart är en fristående juridisk person.<sup>16</sup> Vad gäller Bolaget är detta uppfyllt genom bildandet av ett aktiebolag. LOU/LUF anger fyra situationer då undantaget för intern upphandling kan bli tillämpligt, varav vi bedömer att följande tre situationer skulle kunna bli aktuella avseende Bolaget:

- (a) Kommunen ("moderbolaget") köper en vara eller tjänst från Bolaget,
- (b) Ett dotterbolag köper en vara eller tjänst från Bolaget, och
- (c) Ett systerbolag köper en vara eller tjänst från Bolaget.

### 4.2 Moderbolag köper av det Bolaget

Ett moderbolags eller kommuns anskaffning från ett dotterbolag ska anses vara en intern upphandling om följande kriterier är uppfyllda:

1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (det s.k. *kontrollkriteriet*),
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens räkning eller för andra juridiska personer eller nämnder som myndigheten utövar kontroll över (det s.k. *verksamhetskriteriet*), och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.<sup>17</sup>

#### 4.2.1 Kontrollkriteriet

Kontrollkriteriet innebär att den upphandlande myndigheten, dvs. kommunen eller ett moderbolag (t.ex. ett kommunalt holdingbolag), ska utöva kontroll över Bolaget motsvarande den som den upphandlande myndigheten har över sin egen förvaltning. Ett mellanled i ägarstrukturen i form av ett indirekt ägande har dock enligt praxis från EU-domstolen ansetts

<sup>16</sup> 3 kap. 11 § LOU/LUF.

<sup>17</sup> 3 kap. 12 § LOU/LUF.

kunna innebära en försvagning av kontrollen som kan innebära att kontrollkriteriet inte bedöms vara uppfyllt.<sup>18</sup>

En upphandlande myndighet ska anses utöva sådan kontroll om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt KL som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten.<sup>19</sup> Något direkt privat ägande får inte förekomma för att kontrollkriteriet ska anses vara uppfyllt.<sup>20</sup>

Vid bedömningen om kontrollkriteriet är uppfyllt eller inte måste en helhetsbedömning göras av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet.<sup>21</sup> I bedömningen kan bolagsordningens utformning, utformningen av aktieägardirektiv och andra styrdokument hos det berörda bolaget vara av betydelse och leda till att den upphandlande myndigheten anses ha sådan kontroll som motsvarar vad de utövar över sin egna förvaltning.<sup>22</sup>

Vad som avses med *avgörande inflytande* över strategiska mål och viktiga beslut har beskrivits av EU-domstolen i ett flertal avgöranden. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut.<sup>23</sup> Den upphandlande myndigheten ska med andra ord utöva strukturell och funktionell kontroll<sup>24</sup>, men även faktisk kontroll.<sup>25</sup> Många gånger får antas att den upphandlande myndigheten försäkras sig om möjligheten att utöva ett bestämmande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut genom representation i beslutsorganet. Motpartens möjligheter att agera självständigt i förhållande till den upphandlande myndigheten som är dess ägare, har i EU-domstolens rättspraxis tillmätts stor betydelse vid bedömningen av huruvida kontrollkriteriet ska anses vara uppfyllt eller inte.

Om Bolaget kommer vara *helägt*, direkt eller indirekt, av kommunen, och under förutsättning att kommunen har ett avgörande inflytande över Bolagets strategiska mål och viktiga beslut, är kontrollkriteriet är uppfyllt.

Om Malmö Stad överväger att Bolaget ska kunna ingå i partnerskap eller samarbete med privata aktörer, dvs. vara ett *delägt* bolag tillsammans med en privat ägare, kommer däremot förutsättningarna för kontrollkriteriet enligt 3 kap. 12 § LOU/LUF inte vara uppfyllda.

#### 4.2.2 Verksamhetskriteriet

Verksamhetskriteriet innebär att motparten, dvs. det kommunala bolaget, ska utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens räkning eller för andra juridiska personer eller nämnder som myndigheten utövar kontroll över. Det innebär att den eventuella verksamhet som

<sup>18</sup> Se EU-domstolens dom, C-340/04 Carbotermo.

<sup>19</sup> 3 kap. 12 § 2 st. LOU/LUF.

<sup>20</sup> 3 kap. 12 § 3 p. LOU/LUF.

<sup>21</sup> Se EU-domstolens dom, C-537/07, *Sea*.

<sup>22</sup> Lexino lagkommentar, Forssell Ulfsson A, 3 kap. 12 § LOU..

<sup>23</sup> Jfr EU-domstolens domar i mål C-458/03, *Parking Brixen*, mål C-324/07, *Coditel Brabant* samt mål C-573/07, *Sea*.

<sup>24</sup> Jfr EU-domstolens domar i mål C-371/05, *Kommissionen mot Italien*.

<sup>25</sup> EU-domstolens domar i mål C-182/11 och C-183/11, *Econord*, samt mål C-324/07, *Coditel Brabant*.

Bolaget utför tillsammans med någon annan än kommunen endast får uppgå till 20 procent av den totala verksamheten.

Enligt 3 kap. 16 § LOU/LUF ska verksamhetsandelen bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen, dvs. treårsperioden ska vara den närmast innan upphandlingen avslutas, eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på basis av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått. Ett sådant verksamhetsmått kan t.ex. vara kostnader som uppstått hos den berörda juridiska personen, (dvs. Bolaget), eller upphandlande myndigheten i fråga om tjänster, varor och byggtreprenader.<sup>26</sup>

Verksamhetskriteriet syftar till att se till att upphandlingsreglerna tillämpas i de fall då bolag, som kontrolleras av en eller flera myndigheter, är aktivt på marknaden och kan konkurrera med andra företag.<sup>27</sup> Ett bolag kan anses göra det om bolaget kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer, även om de beslut som rör bolaget fattas av den myndighet som äger bolaget. Av EU-domstolens praxis följer att såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter ska beaktas vid bedömningen om det kontrollerade bolaget bedriver huvuddelen av sin verksamhet gentemot den kontrollerande upphandlande myndigheten.<sup>28</sup>

En relevant omständighet vid bedömningen av om verksamhetskriteriet anses uppfyllt är hur stor andel av det kontrollerade bolagets omsättning som är hänförlig till andra än den upphandlande myndighet som äger bolaget.<sup>29</sup> Den omsättning som anses avgörande är den som avser all den verksamhet som bolaget bedrivit enligt den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut. Detta inkluderar även omsättningen från den verksamhet som bolaget bedriver tillsammans med användarna som nyttjar de upphandlade tjänsterna.

Det ovan sagda innebär att även om Bolaget tillhandahåller varor och tjänster till andra än ägarkommunen innebär det inte per automatik att den delen av verksamheten anses bedrivas med någon annan än ägarkommunen. Avgörande för bedömningen är om verksamheten bedrivs inom ramen för en tilldelning som ägarna gjort. Det innebär enligt EU-domstolens praxis att både den som mottar och betalar för resultatet av de tillhandahållna tjänsterna eller varorna kan vara en annan aktör än den upphandlande myndigheten, så länge tjänsterna eller varorna tillhandahålls inom ramen för en tilldelning som myndigheten gjort.<sup>30</sup>

Som beskrivits ovan är Bolagets verksamhet tänkt att driva Malmö stads satsning på utökad produktion av solel, genomföra den planerade Affärsmodellen eller motsvarande samt tillhandahålla soletjänster i övrigt. Bolagets verksamhet eller mål har inte närmare beslutats ännu. Vi har ingen kännedom om att Bolagets verksamhet kommer att bedrivas inom ramen för en tilldelning av Malmö stad. Med denna utgångspunkt kommer sannolikt all verksamhet som tillhandahålls annan än ägarkommunen, dvs. Malmö stad, att bedömas som extern omsättning vid beräkningen av verksamhetsandelen.

---

<sup>26</sup> Prop. 2015/16:195 s. 964.

<sup>27</sup> Se EU-domstolens dom, C-340/04 *Carbotermo*.

<sup>28</sup> Se EU-domstolens dom, C-340/04 *Carbotermo*.

<sup>29</sup> Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7089-10.

<sup>30</sup> Se EU-domstolens dom C-340/04, *Carbotermo*.

Mot bakgrund av Affärsmodellens syfte och huvudsakliga inriktning mot kommersiella aktörer är vår bedömning att det finns en beaktansvärd risk för att verksamhetskriteriet vid en domstolsprövning inte skulle anses uppfyllt. Detta eftersom Bolaget i så fall kommer att utföra huvuddelen av sin verksamhet gentemot privata aktörer på den konkurrensutsatta marknaden, dvs. till annan än ägarkommunen Malmö stad.

Konsekvensen av att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt blir att kommunen eller ett moderbolags köp av tjänster från det Bolaget måste föregås av ett annonserat upphandlingsförfarande. För att verksamhetskriteriet ska anses vara uppfyllt krävs, som angetts ovan, att det kommunala bolaget utför mer än 80 procent av verksamheten för Malmö stads räkning eller för andra juridiska personer eller nämnder som Malmö stad utövar kontroll över.

### 4.3 Dotterbolag köper av Bolaget

Ett dotterbolags (den upphandlande myndigheten) köp av ett moderbolag (den kontrollerande motparten) ska anses vara intern upphandling enligt LOU/LUF om:

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll av motparten som motsvarar den som motparten utövar över sin egen förvaltning,
2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande motpartens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller nämnder som den kontrollerande motparten utövar kontroll över, och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.<sup>31</sup>

En motpart ska anses utöva sådan kontroll enligt punkt 1 om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut, och om motparten är ensam kontrollerande myndighet. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt KL som själv kontrolleras på samma sätt av motparten.

Om kontrollen över dotterbolaget utövas av moderbolaget (dvs. Bolaget) tillsammans med andra som är att anse som upphandlande myndigheter så finns alltså inte förutsättningar att undanta upphandlingen från LOU/LUF.<sup>32</sup> Sammantaget, om Bolaget avser bilda ett helägt dotterbolag kan dotterbolaget göra anskaffningar från Bolaget som intern upphandling om kriterierna enligt ovan är uppfyllda. En bedömning av om kriterierna är uppfyllda får göras på samma sätt som redogjorts för i avsnitt 4.2 ovan. Vår bedömning är att det inte helt går att utesluta risken för att verksamhetskriteriet vid en eventuell genomsyn inte skulle anses vara uppfyllt.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> 3 kap. 14 § LOU/LUF.

<sup>32</sup> Prop. 2015/16:195, s. 962.

<sup>33</sup> Det kan i sammanhanget noteras att Kammarrätten i Stockholm i ett mål, mål nr 4167-16, fann att s.k. genomsyn skulle ske och att det var aktuellt att beakta ett annat koncernbolags verksamhet, i det fallet dotterbolagets, vid bedömningen av om verksamhetskriteriet var uppfyllt. Målet överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som meddelade prövningstillstånd. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande, mål nr 1894-17, innebar att det beslut av Konkurrensverket som var föremål för prövning undanröjdes, då domstolen fann att verket agerat utanför sin kompetens, och kammarrättens (och förvaltningsrättens) dom upphävdes. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade sig således inte om frågan om genomsyn kan tillämpas vid prövning av verksamhetskriteriet. Med denna utgång i målet torde dock kammarrättens bedömning få ett begränsat värde.



#### 4.4 Systerbolag köper av Bolaget

Ett dotterbolags (den upphandlande myndigheten) köp av ett systerbolag (motparten) ska anses vara intern upphandling enligt LOU/LUF om:

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll som motsvarar den som den kontrollerande personen (dvs. moderbolaget) utövar över sin egen förvaltning och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll över motparten,
2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande personens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller nämnder som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.<sup>34</sup>

Den kontrollerande personen, moderbolaget, (dvs. antingen kommunen eller det kommunala moderbolaget) ska anses utöva sådan kontroll enligt punkt 1 om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens och motpartens strategiska mål och viktiga beslut, samt om den kontrollerande personen är enda kontrollerande myndighet. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt KL som själv kontrolleras på samma sätt av den kontrollerande personen.

Om kontrollen över Bolaget eller systerbolaget utövas av den kontrollerande personen tillsammans med andra myndigheter som är att anse som upphandlande myndigheter finns inte förutsättningar att undanta upphandlingen från LOU/LUF.<sup>35</sup>

Sammantaget skulle ett systerbolag till Bolaget, som också till fullo kontrolleras antingen av kommunen eller av samma kommunala moderbolag (dvs. av en och samma kontrollerande person), kunna göra anskaffningar från Bolaget som anses vara intern upphandling, om kriterierna 1-3 ovan är uppfyllda. En bedömning av kriterierna är uppfyllda görs på samma sätt som redogjorts för i avsnitt 4.2 ovan. Vår bedömning är att det inte helt går att utesluta risken för att verksamhetskriteriet vid en eventuell genomsyn inte skulle anses vara uppfyllt.<sup>36</sup>

#### 4.5 Något om vidareförsäljning av varor och tjänster

Om det rör sig om en ren vidareförsäljning av solpaneler och/eller erbjudande av soletjänster riskerar en sådan vidareförsäljning att ses som ett kringgående av upphandlingslagstiftningen. Denna risk för kringgående aktualiseras däremot *inte* om försäljningen avser varor/tjänster som Bolaget själv har producerat eller tillhandahåller.

En vidareförsäljning av varor eller tjänster kan utgöra en s.k. inköpscentral. En inköpscentral är en upphandlande myndighet eller enhet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet.<sup>37</sup> En inköpscentral kan agera grossist genom anskaffning av varor och tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter eller som mellanhand

<sup>34</sup> 3 kap. 15 § LOU/LUF.

<sup>35</sup> Prop. 2015/16:195, s. 963.

<sup>36</sup> Se not 37.

<sup>37</sup> 1 kap. 14 § LOU och 1 kap. 13 § LUF.

tilldela kontrakt eller ingå ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

Vår bedömning är att en eventuell försäljning av solpaneler och/eller erbjudande av soletjänster från Bolaget till kommunen eller andra kommunala bolag dock inte skulle anses utgöra en sådant tillhandahållande av centraliserad inköpsverksamhet som skulle innebära att Bolaget utgör en inköpscentral i LOU/LUF:s mening. Detta främst mot bakgrund av Affärsmodellens syfte och nuvarande huvudsakliga inriktning och av de skälen att Bolagets verksamhet inte innebär att Bolaget agerar mellanhand på det sätt som angetts ovan eller bedriver traditionell grossistverksamhet. Snarare finns det enligt vår mening en risk att en ren vidareförsäljning av solpaneler och/eller erbjudande av soletjänster till kommunen eller kommunala bolag utan upphandling skulle kunna riskera att ses som ett kringgående av upphandlingslagstiftningen.

#### **4.6 Sammanfattning och relevanta förhållningsregler**

- Kommunen och kommunala bolag som omfattas av LOU/LUF kommer att kunna köpa solpaneler och/eller soletjänster från Bolaget om sådana anskaffningar uppfyller kontroll- och verksamhetskriterierna för intern upphandling.
- Kontrollkriteriet uppfylls när moderbolag köper solpaneler och/eller soletjänster av Bolaget förutsatt att bolaget är helägt, direkt eller indirekt, av kommunen och avgörande inflytande över Bolagets strategiska mål och viktiga beslut inte givits annan. Såvitt avser situationen att det är dotter- eller systerbolag som gör inköpen, se avsnitten 4.3 och 4.4. Ett privat delägarskap i Bolaget skulle dock under alla omständigheter innebära att förutsättningarna för kontrollkriteriet inte längre är uppfyllda.
- Verksamhetskriteriets uppfyllelse förutsätter att Bolagets verksamhet till mer än 80 procent utförs för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning. Affärsmodellens syfte och (nuvarande) huvudsakliga inriktning mot kommersiella aktörer medför, enligt vår bedömning, att det finns en beaktansvärd risk för att verksamhetskriteriet inte kommer att uppfyllas.
- Det bör även noteras att en ren vidareförsäljning av solpaneler och/eller soletjänster genom Bolaget ses som ett kringgående av upphandlingsreglerna, eftersom Bolaget inte kan utgöra en inköpscentral.

## 5. Skatterättsliga aspekter

Den verksamhet som Malmö stad avser att Bolaget ska bedriva medför att vissa särskilda skattefrågor hänförliga till solcellsanläggningar aktualiseras. I promemorian den 11 oktober 2019 redogjordes för relevanta skattebestämmelser. Malmö stad har bett oss att även i denna promemoria närmare redogöra för de skatterättsliga aspekterna avseende Affärsmodellen, dvs. där Bolaget hyr tak av fastighetsägare och där producerar el som säljs till fastighetsägarna. Även skatterättsliga aspekter av en affärsmodell där uthyrning av solcellsanläggningar från Bolaget sker till fastighetsägare beaktas.

### 5.1 Energiskatt på el

#### 5.1.1 Skattskyldighet för el framställd genom solcellsanläggningar

Förbrukning av el som framställts genom solcellsanläggningar är under vissa förutsättningar energiskattepliktig enligt lag om skatt på energi ("LSE").

Skattskyldighet föreligger om Bolagets solcellsanläggningar uppnår en installerad toppeffekt av 255 kilowatt eller mer. Skattskyldighet föreligger också om solcellsanläggningar i sig producerar el med en sammanlagd installerad toppeffekt mindre än 255 kilowatt ("mindre solcellsanläggning"), men Bolaget förfogar över flera mindre solcellsanläggningar som tillsammans har en sammanlagd installerad toppeffekt om 255 kilowatt eller mer.<sup>38</sup>

Vi utgår från att Bolaget endast ska producera el genom solcellsanläggningar. Skulle Bolaget framställa el från olika energikällor finns särskilda regler för beräkningen av den sammanlagda installerade toppeffekten.

Om Bolaget framställer el genom solcellsanläggningar och förfogar över en sammanlagd installerad toppeffekt av mer än 255 kilowatt, är den el Bolaget framställer skattepliktig. Om en solcellsanläggning inte uppnår en installerad toppeffekt om 255 kilowatt och Bolaget inte förfogar över några andra elproduktionsanläggningar, är Bolaget inte skattskyldigt för energiskatt. Eftersom Bolaget enligt Affärsmodellen avser att äga flera solcellsanläggningar är det dock högst troligt att man kommer att överskrida denna gränsvå och Bolaget blir skattskyldigt för energiskatt.

Skattskyldigheten för Bolaget som producent inträder vid överföring av elen till fastighetsägaren eller om det tar elen i anspråk för annat ändamål än försäljning (t.ex. själv förbrukar elen).<sup>39</sup> Om el överförs till någon som är frivilligt skattskyldig för energiskatt blir Bolaget dock inte skattskyldigt för elproduktionen (se vidare avsnitt 5.1.3 nedan).

Skattskyldigheten innebär att Bolaget varje månad måste deklarerera och betala in energiskatt till Skatteverket.

---

<sup>38</sup> 11 kap. 1-2 §§ LSE.

<sup>39</sup> 11 kap. 5 och 7 §§ LSE.

Energiskatten uppgår till ett belopp som bestäms med utgångspunkt i ett fastställt belopp (34,7 öre per förbrukad kilowattimme) multiplicerat med ett för året bestämt jämförelsetal. För kalenderåret 2020 uppgår energiskatten till 35,3 öre per förbrukad kilowattimme.<sup>40</sup>

#### 5.1.2 Nedsättning för energiskatt på el framställd genom solcellsanläggningar

Om den skattepliktiga elen framställts i en mindre solcellsanläggning och elen inte överförs till ett koncessionspliktigt nät, har den som är skattskyldig för energiskatt på el möjlighet att göra avdrag för energiskatten.<sup>41</sup> I bedömningen av om elen framställts i en mindre solcellsanläggning anses solcellsanläggningar som är tekniskt och geografisk sammanhängande som en enda solcellsanläggning.<sup>42</sup> En solcellsanläggning, eller flera solcellsanläggningar som ska ses om en, som har en sammanlagd installerad topp effekt över 255 kilowatt ger därmed inte rätt till nedsättning av energiskatten.

Detta innebär alltså att då Bolaget är skattskyldigt för elproduktionen får avdrag göras för energiskatt på el som framställts i en mindre solcellsanläggning och inte överförs till det koncessionspliktiga nätet. Skattenedsättningen innebär att energiskatten sätts ner till 0,5 öre per förbrukad kilowattimme. Bolaget får därmed göra avdrag i deklarationen med skillnaden mellan den vanliga skattesatsen (35,3 öre per förbrukad kilowattimme för 2020) och 0,5 öre per förbrukad kilowattimme elektrisk kraft.<sup>43</sup>

Om nedsättning följer av tidigare bestämmelser i LSE (se t.ex. avsnitt 5.1.3 nedan), medges inte avdrag enligt ovan. För att ha rätt till avdraget krävs vidare att Bolaget uppfyller reglerna om statligt stöd. Ett av villkoren för att få statligt stöd är att Bolaget inte har ekonomiska svårigheter.<sup>44</sup>

#### 5.1.3 Nedsättning av energiskatt vid förbrukning i industriell verksamhet

LSE innehåller skattelättnader för energiskatt på el som förbrukas i tillverkningsprocessen i industriell verksamhet. Vad som är att hänföra till industriell verksamhet bör grundas på den näringsgrensindelning som tillämpas i den officiella statistiken, SNI. Skattelättnaden innebär att energiskatten blir 0,5 öre per förbrukad kilowattimme och nedsättning medges därmed med skillnaden mellan den vanliga skattesatsen och 0,5 öre per förbrukad kilowattimme elektrisk kraft.<sup>45</sup>

Skattelättnaden uppnås genom avdrag eller återbetalning. Det är den som förbrukar elen för tillverkning i industriell verksamhet som har rätt till avdrag eller återbetalning. Detta innebär att det inte är Bolaget som producerar el i solcellsanläggningen som har rätt till avdrag/återbetalning för el som förbrukats i industriell verksamhet (vi utgår ifrån att Bolaget inte förbrukar elen i industriell verksamhet i den mening som avses i LSE). Det är istället den

---

<sup>40</sup> 11 kap. 3 § LSE och 1 § förordning (2019:681) om fastställande av omräknat belopp för energiskatt på elektrisk kraft för år 2020.

<sup>41</sup> 11 kap. 10 § LSE.

<sup>42</sup> Skatterättsnämndens förhandsbesked 2019-02-14, dnr 24-18/I.

<sup>43</sup> 11 kap. 10 § 3 st. LSE.

<sup>44</sup> 11 kap. 17 § LSE och 1 kap. 12 § LSE.

<sup>45</sup> 11 kap. 9 § LSE.

som förbrukar elen för detta ändamål som kan ansöka om återbetalning, även om förbrukaren inte själv är skattskyldig.<sup>46</sup>

En fastighetsägare eller hyresgäst som förbrukar el från Bolaget i tillverkningsprocessen i industriell verksamhet bör därmed kunna ansöka om återbetalning av energiskatt på el som denne förbrukat för detta ändamål. Rätten till återbetalning gäller endast för skillnaden mellan det betalda skattebeloppet och 0,5 öre per kWh, och endast i den utsträckning rätt till återbetalning inte följer av någon annan återbetalningsbestämmelse. Återbetalning får dock endast göras för den del som överstiger 8 000 kronor per kalenderår.

Den som beräknas förbruka elektrisk kraft i mycket stor omfattning, dvs. minst 10 gigawattimmar per kalenderår, för vissa angivna ändamål, t.ex. förbrukning i tillverkningsprocessen i industriell verksamhet, får godkännas som frivilligt skattskyldig.<sup>47</sup> För ett sådant godkännande krävs även att den sökande är lämplig med hänsyn till sina ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt.

Om fastighetsägare förbrukar el i stor omfattning i tillverkningsprocess i industriell verksamhet har de således möjlighet att ansöka om godkännande som frivilligt skattskyldig. I det fall fastighetsägaren godkänns som frivilligt skattskyldig är inte Bolaget skattskyldigt för energiskatt på el vid överföring av el till fastighetsägaren, eftersom elen överförs till någon som är frivilligt skattskyldig.<sup>48</sup> I så fall är det alltså fastighetsägaren som är skattskyldig för energiskatt. Fastighetsägaren får då göra avdrag i deklarationen för el som är förbrukat i tillverkningsprocessen i industriell verksamhet för att nå skattelättnaden enligt 11 kap. 9 § LSE som beskrivits ovan.

Sammanfattningsvis innebär ovan att om Bolagets kunder är frivilligt skattskyldiga för energiskatt är Bolaget inte skattskyldigt för energiskatt vid överföring av el till dem. Det är då den frivilligt skattskyldiga som ska deklarerar och betala energiskatten till Skatteverket. För den frivilligt skattskyldiga innebär det en möjlighet att begära nedsättning av energiskatten genom avdrag direkt i deklarationen, istället för att i efterhand begära nedsättning genom återbetalning.

#### 5.1.4 Skattskyldighet vid uthyrning av solcellsanläggningar

För det fall Bolaget hyr ut solcellsanläggningar till fastighetsägare uppkommer frågan om fastighetsägaren kan anses vara producent av elen enligt 11 kap. 5 § LSE.

I ett förhandsbesked, som avsåg en liknande situation gällande leasing av vindkraftverk, uttalade Skatterättsnämnden att ägaren i realiteten inte hade överfört en fullständig förfoganderätt över vindkraftverket till en leasingtagare då den ekonomiska risken för vindkraftverket i egentlig mening låg kvar hos ägaren.<sup>49</sup> Därmed ansågs ägaren skattskyldig för energiskatt. I fallet hade visserligen leasingtagaren full förfoganderätt till vindkraftverket, den producerade kraften m.m. Det framgick dock i ett bolagsavtal att ägaren skulle administrera produktionen, företräda bolagsmännen mot tredje man och myndigheter avseende drift, försäljning m.m. Det leasingtagaren gjorde var således att finansiera ägarens kostnader med en leasingavgift och som motprestation mottog denne en del av resultatet.

<sup>46</sup> 11 kap. 14 § LSE.

<sup>47</sup> 11 kap. 6 § LSE.

<sup>48</sup> Jfr 11 kap. 7 § LSE.

<sup>49</sup> Skatterättsnämnden förhandsbesked 2018-05-09, dnr. 23-17/I.

Med bakgrund i detta förhandsbesked framstår det således viktigt att fastighetsägare i realiteten får fullständig förfoganderätt över hyrd solcellsanläggning om fastighetsägaren ska kunna anses vara skattskyldig som producenter enligt LSE.

## 5.2 Inkomstskatt

### 5.2.1 Inkomst från försäljning av el och avdrag för inköp av solcellsanläggningar

Inkomsterna från försäljning av el beskattas hos Bolaget som inkomst av näringsverksamhet.<sup>50</sup>

Bolagets kostnader för solcellsanläggningarna får dras av i enlighet med reglerna i inkomstskattelagen ("IL"). Hur värdeminskingsavdrag får göras beror dels på om fastighetsägarna skattemässigt anses bli ägare till solcellsanläggningarna och dels på om solcellsanläggningarna anses utgöra en del av byggnaden eller ett inventarium. Den skattemässiga bedömningen av vem som är ägare kan skilja sig från den civilrättsliga. Som kommer presenteras nedan beror alltså storleken på värdeminskingsavdrag på om en solcellsanläggning skattemässigt ska anses tillhöra fastighetsägaren och byggnaden, eller om solcellsanläggningen skattemässigt ska anses tillhöra det kommunala bolaget.

*Om fastighetsägare anses omedelbart bli ägare till solcellsanläggning*

Som nyttjanderättshavare av de hyrda taken har Bolaget rätt att göra avdrag enligt byggnads- respektive inventariereglerne i 18-19 kap. IL, om fastighetsägaren direkt blir ägare till tillbehören.<sup>51</sup>

I enlighet med praxis bör en solcellsanläggning direkt kunna tillfalla fastighetsägaren om solcellsanläggningen fysiskt förenats med byggnaden på ett sätt så den endast kan skiljas från byggnaden mot höga kostnader. Om parterna inte avtalat om äganderätten, men där det inte framstår som ett alternativ att ta bort anläggning vid nyttjandetidens slut har fastighetsägare ansetts bli ägare även till anläggningar tillförda av nyttjanderättshavare.<sup>52</sup>

Bolaget medges i så fall avdrag enligt reglerna om byggnader eller inventarier, beroende på om en solcellsanläggning ska anses vara en del av byggnaden eller ett inventarium. Skatteverkets uppfattning är att solcellsanläggningar som är placerade på en byggnad eller integrerad i tak eller fasad på en näringsfastighet normalt sett ska hänföras till byggnaden.<sup>53</sup> Även en fristående solcellsanläggning på näringsfastigheten som betjänar en byggnad på näringsfastigheten räknas till byggnaden. Skatteverket menar att med "betjänar en byggnad" avses att syftet med anläggningen är att reducera kostnaderna för elektrisk ström i byggnaden. Om en solcellsanläggning däremot direkt tjänar den näringsverksamhet som bedrivs i byggnaden anser Skatteverket att solcellsanläggningen utgör ett byggnadsinventarium. Detta förutsätter dock att solcellsanläggningen inte till någon del också tjänar byggnadens allmänna användning, dvs. den elektriska ström som anläggningen genererar ska direkt och uteslutande användas för den näringsverksamhet som bedrivs i byggnaden. Med "direkt" avses att elen förbrukas i samband med att den produceras eller lagras på batteri för senare förbrukning.

<sup>50</sup> Jmf. 15 kap. 1 § inkomstskattelagen.

<sup>51</sup> 19 kap. 26-27 §§ IL.

<sup>52</sup> Se Kammarrätten i Jönköping 4365-05.

<sup>53</sup> <https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/327381.html>.

Om en solcellsanläggning hänför sig till byggnad medges värdeminskingsavdrag för kostnaden för solcellen som utgångspunkt med 2-5 procent per år.<sup>54</sup> Om solcellsanläggningen istället utgör ett inventarium får Bolaget göra värdeminskingsavdrag med upp till 30 procent per år.<sup>55</sup>

#### *Om fastighetsägare inte anses bli ägare till solcellsanläggning*

Om fastighetsägaren inte omedelbart blir ägare till solcellsanläggning som monteras på dennes tak, bör solcellsanläggningen inte kunna hänföras till byggnaden eftersom byggnaden och solcellsanläggningen inte har samma ägare.<sup>56</sup>

Solcellsanläggningen bör i så fall anses vara ett inventarium i det kommunala bolagets verksamhet för vilket värdeminskingsavdrag medges enligt 18 kap. IL, dvs. med max 30 procent per år.

#### 5.2.2 Inkomst från uthyrning av solceller och avdrag för inköp av solcellsanläggningar

Om Bolaget istället hyr ut solcellsanläggningar till fastighetsägare utgör inkomster från uthyrningen hos Bolaget inkomst av näringsverksamhet.<sup>57</sup>

Vid uthyrning av tillgångar har den som hyr ut tillgångarna i vissa fall nekats värdeminskingsavdrag då hyrestagaren utövat ”de väsentliga ägarfunktionerna” över den uthyrda tillgången och där det ansetts förutsatt att den som hyrt ut inte skulle komma att återta tillgången efter uthyrningstiden.<sup>58</sup> I en sådan situation finns alltså en risk att Bolaget nekas avdrag för kostnaden för inköp av solcellerna för uthyrning till fastighetsägarna.

### 5.3 Mervärdesskatt

Enligt 1 kap. 1 § mervärdesskattelagen (”ML”) ska mervärdesskatt betalas till staten vid sådan omsättning inom landet av varor och tjänster som är skattepliktig och görs av en beskattningsbar person i denna egenskap, i den utsträckning den beskattningsbara personen inte är befriad från skatt på omsättningen. Den som är skattskyldig för mervärdesskatt är skyldig att registrera sig för och betala mervärdesskatt. Som huvudregel tas mervärdesskatt ut med 25 procent av beskattningsunderlaget.<sup>59</sup> Beskattningsunderlaget är det värde på vilket mervärdesskatt ska beräknas. Vid försäljning av en vara eller tjänst är huvudregeln att beskattningsunderlaget är ersättningen (priset) exklusive mervärdesskatt.

Bolagets försäljning av den el som produceras av solcellsanläggningarna till fastighetsägarna utgör skattepliktig omsättning enligt ML, vilket innebär att Bolaget är mervärdesskatteskyldig för elförsäljningen. På priset för elförsäljningen utgår 25 procent mervärdesskatt. Fastighetsägare kan dra av mervärdesskatten om de bedriver mervärdespliktig verksamhet. Om fastighetsägaren eller den kommersiella aktören säljer el vidare till elnätet, är även sådan vidareförsäljning av elen mervärdesskattepliktig.

<sup>54</sup> 19 kap. 26 § IL.

<sup>55</sup> 19 kap. 27 § IL och 18 kap IL.

<sup>56</sup> 2 kap. 6 § IL.

<sup>57</sup> Jmf. 15 kap. 1 § IL.

<sup>58</sup> RÅ 1998 ref. 58 I.

<sup>59</sup> 7 kap. 1 § 1 st. ML.

Om Bolaget istället hyr ut solcellsanläggningarna, utgör ersättningen för uthyrningen mervärdesskattepliktig omsättning som blir föremål för mervärdesskatt.

En person är befriad från mervärdesskatt på omsättning av varor och tjänster inom Sverige under ett beskattningsår, om omsättningen inte beräknas överstiga 30 000 kr under beskattningsåret och om omsättningen inte överstigit 30 000 kr för något av de två närmast föregående beskattningsåren.<sup>60</sup> Detta innebär skattebefrielse om Bolaget eller fastighetsägaren har en begränsad försäljning. Avsikten att främst sälja el till industriella verksamheter med stor elförbrukning indikerar dock att bestämmelserna om skattebefrielse inte är tillämpliga.

#### 5.4 Fastighetsskatt

Vid fastighetstaxeringen fattas beslut om fastigheternas skatte- och avgiftspliktsförhållanden och indelning i taxeringsenheter. Fastighetstaxering sker enligt fastighetstaxeringslagen. Enligt huvudregeln är en fastighetsägare skatte- och avgiftspliktig för en fastighet om den inte undantas av regler i lagen. För en fastighet som omfattas av huvudregeln fastställs ett taxeringsvärde som underlag till fastighetstaxering. Skatteverket anger att i det fall solceller installeras på näringsfastighet, ändras inte klassificering av byggnaden och dess taxeringsvärde.

#### 5.5 Sammanfattning och relevanta förhållningsregler

- Bolaget kommer att behöva förhålla sig till 255 kWh-gränsen som är relevant för reglerna om energiskatt. Bolaget blir inte skattskyldigt för energiskatt för el som Bolaget producerar i sina solcellsanläggningar, om solcellsanläggningarna tillsammans har en sammanlagd installerad topp effekt om mindre än 255 kilowatt.
- Skattskyldighet uppkommer inte heller om Bolaget överför elen till någon som är frivilligt skattskyldig för energiskatt. Det är då istället den frivilligt skattskyldiga som är skattskyldig för energiskatt.
- Om Bolaget är skattskyldigt för energiskatt har det rätt till nedsättning av energiskatten (till 0,5 öre/kWh) genom avdrag i deklarationen givet att elen framställts i en solcellsanläggning, eller flera solelsanläggningar som ska räknas som en, med en installerad topp effekt om mindre än 255 kilowatt och att elen inte överförs till det koncessionspliktiga nätet.
- Om en fastighetsägare eller annan kund som förbrukar elen har rätt till nedsättning genom återbetalning kan Bolaget inte också få nedsättning av energiskatten.
- Bolaget kommer även att behöva beakta reglerna för inkomstskatt och mervärdesskatt för försäljning av el.

---

MANNHEIMER SWARTLING ADVOKATBYRÅ

---

<sup>60</sup> 9 d kap. 1 § ML.