

**Datum**

2023-03-2009

TN 2023-647

Legala förutsättningar för att, som ett alternativ till tjänstekoncession, i egen regi bedriva försäljningsverksamhet för kommersiell reklam på de ytor som staden kan upplåta/ använda för reklam.**Frågeställning**

Förvaltningens ledningsgrupp har efterfrågat legala förutsättningar för att, som ett alternativ till tjänstekoncession, i egen regi bedriva försäljningsverksamhet för kommersiell reklam på de ytor som staden kan upplåta/ använda för reklam. Utgångspunkten är kommersiell reklam på sådana ytor som inte omfattas av det år 2015 upphandlade hyrcykelavtalet. Det vill säga inte på de redan reklamfinansierade väderskydden och stadsinformationstavlor över vilka den upphandlade leverantören råder. En ytterligare utgångspunkt är att eventuell försäljningsverksamhet ska omfatta utomhusreklam¹.

Bakgrund

År 2015 handlade gatukontoret upp ett hyrcykelavtal i konkurrens. I detta gavs möjlighet till en reklamfinansierad lösning. Utgångspunkten var att kostnader för hyrcykelsystemet inte skulle belasta kommunens budget och den ekonomiska risken åvila leverantören. Vid tidpunkten för upphandlingen fanns det inte någon specifik lagstiftning som reglerade tjänstekoncession, som det var fråga om, utan konkurrensutsättningen skedde i enlighet med de europeiska gemenskapsrättsliga principer som rådde generellt för upphandling².

Kommunallagen och den kommunala kompetensen

Kommunal verksamhet kan bedrivas utifrån kommunallagens regler och speciallagstiftning. Kommuner är skyldiga att ha vissa verksamheter enligt lag, andra verksamheter är frivilliga och kan beslutas om av respektive kommun. Till de frivilliga uppgifterna hör exempelvis näringslivsutveckling, energifrågor och turismfrämjande åtgärder.

När det gäller verksamhet som bedrivs enligt kommunallagen är kommunerna i princip fria att besluta vad de önskar, så länge de håller sig inom den kommunala kompetensen samt att de grundläggande principerna i kommunallagen följs. En princip är att kommuner själva får ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse, som har anknytning till kommunens område eller deras medlemmar³ och som inte ska handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan⁴. Därutöver anges i kommunallagen att kommuner ska behandla sina medlemmar lika, om det inte finns sakliga skäl för något annat. Kommuner får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen.

¹ Handlar det inte om utomhusreklam kommer oftast inte Ordningsslagens reglering i fråga.

² Efter hyrcykelavtalets ikraftträdande har lag om tjänstekoncession tillkommit.

³ Detta benämnes vanligen som lokaliseringsprincipen.

⁴ Kommuner får exempelvis inte handha polisiära åtgärder, men i många frågor inte heller verka på en fungerande privat marknad (om inte vissa undantag föreligger se vidare under punkt //Kommunerna får inte begränsa konkurrensen...//

Det finns ingen uttömmande beskrivning av vad som ryms inom den kommunala kompetensen eller vad som kan anses utgöra tillåtliga verksamheter. Detta bestäms av rättspraxis och i viss mån av annan lagstiftning än kommunallagen. Rättspraxis utvecklas naturligt genom åren och vad som i rättspraxis betecknas som möjligt, eller inte olagligt, vid ett tillfälle kan under annan tid, och andra förutsättningar, senare befinnas inte stå i samklang med lagstiftningen vid en laglighetsprövning.

Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

Regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet finns i konkurrenslagen. Reglerna gäller för kommuner och andra offentliga organ. I lagtexten sägs att konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet kan förbjudas om en kommun⁵ bedriver en säljverksamhet som omfattas av lagen⁶.

Rekvisiten i lagen är att den offentliga säljverksamheten⁷ snedvrider, eller är ägnad att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnad att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Reglerna gäller även för uthyrning.

Offentlig säljverksamhet behöver inte vara inriktad på ekonomisk vinst för att omfattas av lagen. Offentlig säljverksamhet anses verka under andra förutsättningar än privata aktörer. Kommuner är skatte- och avgiftsfinansierade och har därmed uppenbara ekonomiska fördelar framför en privat aktör, genom att kommunen de facto kan hålla exempelvis lokalkostnader, personalkostnader etc. nere.

Förbud får dock inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt eller om verksamheten är förenlig med lag. Vad som är försvarbart från allmän synpunkt avgörs av rättspraxis. Fråga om förbud drivs av konkurrensverket på eget initiativ eller efter annans anmälan. En kommun som bryter mot ett meddelat förbud kan åläggas vite.

Inom reklambranschen finns åtminstone två tongivande, multinationella, företag som erbjuder utomhusreklam av den typ som frågan gäller och konkurrensen dem emellan har utmynnat i ett flertal rättsliga processer mot varandra men också mot kommuner, däribland Malmö kommun. Att en anmälningsbenägenhet skulle finnas får anses vara obestriddigt och därmed också att frågan med stor sannolikhet skulle kunna komma att prövas av domstol såvida kommunen i egen regi skulle bedriva försäljningsverksamhet avseende kommersiell utomhusreklam. Utsikten av att kommunen skulle vinna en sådan process kan inte förespås men sannolikheten torde inte vara stor eftersom förfarandet inte handlar om myndighetsutövning och inte har stöd i vare sig kommunallagens kompetensregler eller speciallagstiftning och sannolikt inte heller kan anses vara försvarbart utifrån allmän synpunkt.

⁵ Också i bolagsform där kommunen har ett avgörande inflytande.

⁶ I princip verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som bedrivs av företag, fysiska eller juridiska personer, dock inte till den del verksamheten består i myndighetsutövning.

⁷ Att i egen regi bedriva försäljningsverksamhet för kommersiell reklam på ytor som staden kan upplåta/använda för reklam torde omfattas av begreppet säljverksamhet.

Ordningslagen, lokala ordningsstadgan och upphandlingslagstiftningen

I ett antal mål har reklamföretag angripit tjänstekoncessioner som haft som förutsättning att ersättning utöver taxa, enligt lagen om rätt för kommun att ta ut avgift (avgiftslagen), skulle erläggas i samband med erhållande av koncessionen. Argumentationen från båda parter sida i dessa mål har varit att de upphandlande kommunernas ändamål med ersättningen är att kommunerna önskade undersöka vad marknaden var beredd att betala för att få den aktuella koncessionen, så att kommunen kunde göra en så god affär som möjligt. Det vill säga bekosta allmännyttiga installationer med reklamintäkter. Om ändamålet är sådant är detta föremål för upphandlingslagstiftning; LOU eller LUK⁸. Utformningen av upphandlingarna i de aktuella målen har varit ägnad att tillgodose ändamålet; bekostande av offentliga allmännyttigheter. Domstolarna har i de flesta fallen avgjort målen på upphandlingsregler men också angett att domstolarna inte ansett det möjligt att utforma upphandlingen på ett sätt som strider mot avgiftslagen.

Den skrivelse som inkom från konkurrensverket i december 2021 avseende Lumagica i Slottparken tyder också på att konkurrensverket på eget initiativ bevakar frågan om upplåtelse borde ha upphandlats. Oaktat det marknadsföringsavtal som stadskontoret tecknat med Lumagica fanns inte något incitament eller annan insats från kommunens sida varför Konkurrensverket efter skriftväxling med fastighets- och gatukontoret avskrev ärendet. Den upplåtelsen var således en ”ren upplåtelse” i linje med ordningslagen (OL) och krävde inte upphandling.

Enligt OL ska polismyndigheten inhämta yttrande från kommunen innan tillstånd ges för att ta i anspråk offentlig plats. Om kommunen avstyrker ansökan får tillstånd inte meddelas. Om kommunen för tillstyrkan uppställer villkor får tillstånd meddelas endast om det förenas med kommunens villkor. Sådana villkor får omfatta de intressen som kommunen har att bevaka i fråga om skötseln av den offentliga platsen, markanvändning, stadsbild, miljö och trafik.

Vill kommunen efter uppförande av toaletter, eller på egna befintliga toaletter, förena dessa anläggningar⁹ med en möjlighet att affischera/bedriva reklamverksamhet kan upplåtelse efter tillståndsansökan hos polismyndigheten ske i enlighet med OL. Upplåtelse ska ges till den som först söker tillstånd hos polisen¹⁰. Kommunen har vid handläggningen av ärenden enligt OL givetvis att beakta principer om bland annat likabehandling, objektivitet och saklighet. Ytterligare förutsättningar är att reklamföretaget i fråga ska, i princip på egen hand, ha uppmärksammat möjligheten att bedriva reklamverksamhet och reklamen ges den exponering och placering som reklamföretaget kan antas behöva för att nyttja anläggningen i ett eget affärsmässigt sammanhang. Erbjuds reklamplatsen för finansiering av toaletten ska den enligt vad ovan anförts upphandlas.

⁸ Eftersom leverantören i sådana fall som nu synes vara för handen inte ska tillhandahålla de allmännyttiga inrättningarna – toaletterna – får det anses troligt att det är LOU som kommer i fråga.

⁹ Troligen genom vitriner placerade på anläggningen, uppförda och bekostade av kommunen.

¹⁰ Förutsatt att kommunen i sitt remissyttrande till Polismyndigheten inte, på grundval av de skäl som anges i OL, lämnar veto/avstyrker upplåtelsen. Upplåtelse tildelas i princip utifrån ”först till kvarn” – om platsen redan är upptagen av styrks ansökan.

En upplåtelse enligt OL innebär inte att kommunen upplåter en rätt att för kommunens räkning bedriva någon verksamhet. OL:s reglering gäller för alla som avser att använda offentlig plats inom detaljplanelagt område på ett sätt som inte stämmer överens med det ändamål som platsen har upplåtits för eller som inte är allmänt vedertaget. Samma sak gäller för reklamskyltar som för uteserveringar eller för upplåtelser av parkmark, så länge det handlar om offentlig plats. Det kan i sammanhanget noteras att de för Malmö kommun gällande lokala ordningsföreskrifterna reglerar skyltar och affischering med ett krav på tillstånd från polismyndigheten.

I fråga om ersättning för användningen av en offentlig plats gäller särskilda bestämmelser. Dessa bestämmelser ges i avgiftslagen. Kommunfullmäktige har med stöd av avgiftslagen beslutat om grunderna för beräkning av avgiften i ”**Taxa för upplåtelse av offentlig plats**”. Kommuner har inte befogenhet att genom privaträttsliga avtal med enskilda reglera offentlig myndighetsutövning, vilket upplåtelser enligt OL utgör, liksom uttag av ersättning enligt avgiftslagen.¹¹

De omständigheter som en kommun får beakta vid bestämmande av avgift enligt avgiftslagen är att ersättningen ska utgå i form av en avgift med belopp, som kan anses skäligt med hänsyn till ändamålet med upplåtelsen, nyttjarens fördel av denna, kommunens kostnader med anledning av upplåtelsen och övriga omständigheter.

Det kan konstateras att avgift för reklam på tilltänkta nyttigheter inte kan skilja sig från annan reklam i taxan så som avgifterna nu är konstruerade. Ett beslut att konstruera en särskild avgift för reklam bara på tillkommande eller befintliga toaletter med stöd av avgiftslagens regler torde inte vara rimlig och skulle kunna angripas rättsligt.

Särskilt om elanslutning till belysta reklamvitriiner som nyttjas av annan och ellagstiftningen

Att erbjuda el gratis är inte tillåtet för kommuner. Den kommunala kompetensen omfattar visserligen elförsörjning, men om och när verksamheten bedrivs i bolagsform ska detta enligt ellagen ske på affärsmässiga grunder. Att erbjuda gratis el är inte förenligt med ett krav på affärsmässighet ens om kommunen bedrev ett eget kommunalt energibolag. Ett erbjudande om gratis el riskerar även att komma i konflikt med den kommunalrättsliga likabehandlingsprincipen, som gäller för samtliga kommunala aktörer oavsett verksamhetsform. Om en kommun väljer att ge bort eller subventionera el kan det anses gynna vissa kommuninvånare eller särskilda näringsidkare framför andra.

Därutöver krävs det undantag från koncessionskrav för att vidarebefordra el. Dessa undantag finns uttömmande i förordningen om icke-koncessionspliktiga nät. I denna förordning finns inget undantag som skulle kunna möjliggöra vidarebefordran av el från kommunen till en vitrintavla som är belyst på kommunens anläggningar. Leverantören måste således själv bekosta sådan inkoppling, liksom kabeldragning och inneha ett abonnemang för belysningen.

¹¹ Högsta förvaltningsdomstolens, dåvarande Regeringsrättens, mål nummer RÅ 1992 ref 87.

Hur kan eventuella felaktiga beslut angripas

Utöver ovan angivet kan det konstateras att ett felaktigt beslut kan angripas på flera rättsliga vägar.

- ✓ Genom kommunallagens regler om laglighetsprövning avseende det kommunala beslutet i förvaltningsdomstol,
- ✓ genom konkurrenslagens regler om förbud och vite utfärdade av konkurrensverket vilka kan överklagas till patent- och marknadsdomstol,
- ✓ genom upphandlingslagstiftning i förvaltningsdomstol,
- ✓ genom skadeståndskrav i allmän domstol och
- ✓ genom laglighetsprövning av kommunens yttrande i tillståndsprocessen i enlighet med OL som hänvisar till kommunallagen¹².

Även själva avgiftsuttaget kan bestridas i allmän domstol som oskäligt eller för att det saknar laglig grund. Ingendera av dessa angreppsmöjligheter behöver utesluta varandra¹³ utan ett flertal processer kan pågå samtidigt även om det rör ”samma sak”.

Sammanfattande bedömning

Försäljningsverksamhet avseende kommersiell reklam på ytor som kan upplåtas/ användas för detta ändamål torde inte vara förenligt med den kommunala kompetensen.

Försäljningsverksamhet avseende kommersiell reklam på ytor som kan upplåtas/ användas för detta ändamål torde med största sannolikhet strida mot konkurrenslagens regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

Någon möjlighet att införa en ”specialtaxa” för kommersiell reklam på ytor som kan upplåtas/ användas för detta ändamål finns inte.

Någon möjlighet att ”ge bort” eller subventionera el till belysning av kommersiell reklam på ytor som kan upplåtas/ användas för detta ändamål finns inte.

Eva Nilsson Lundqvist
Stadsjurist

Benny Nilsson
Kanslichef

¹² OL hänvisar till laglighetsprövning vid överklagande

¹³ Upphandlingsbeslut får inte överklagas med stöd av 13 kap. Kommunallagen om LOU eller LUK är tillämpliga på beslutet.