

Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

T 2242/15 Stockholms kommun ./ Profilrestauranger AB

Stockholms kommun utvecklar grunderna för ändringsyrkandet m.m. enligt följande.

1. Skäl för prövningstillstånd

Målet, som gäller skadestånd om drygt 136 000 000 kr, aktualiserar följande från principiell synpunkt mycket väsentliga frågor som veterligt aldrig tidigare har ställts på sin spets i tingsrätter eller hovrätter.

1. Är det vid tillämpningen av 12 kap. 57 § 4 p. jordabalken (hyreslagen) ett sakligt skäl för en myndighet att få möjlighet att konkurrensutsätta ett löpande avtal vilket förutom en lokalupplåtelse innefattar inköp utav tjänster av mycket stort kontraktsvärde, tjänster som utförs av medkontrahenten med ensamrätt (här servering och åtföljande försäljning inom från lokalen åtskilda utrymmen i Stockholms stadshus)? Vidare, är det för utfallet av *den* bedömningen av avgörande betydelse - som underrätterna ansett - om den uppsägande myndigheten har haft en på rättsordningen grundad *skyldighet* att konkurrensutsätta avtalsrättigheterna eller inte? – Frågan kan också formuleras så: Ska den myndighet som befinner sig i denna situation behöva bevisa att det förelegat en skyldighet att upphandla de samlade avtalsrättigheterna, vid äventyr att annars befinnas ha agerat osakligt, eller ska det (som Stockholms kommun anser) räcka att myndigheten anser sig kunna konstatera att avtalet numera inbegriper en tydlig underprissättning?

2. Hur förhåller sig hyreslagens regler om indirekt besittningsskydd till EU-rätten när det gäller tjänstekoncessioner? Å ena sidan framgår av EU-domstolens praxis dels att primärrätten kräver att avtal om tjänstekoncessioner konkurrensutsätts med iakttagande av grundläggande EU-rättsliga principer, bl.a. principerna om öppenhet och likabehandling, dels att sådana avtal inte får ingås på obegränsad tid eftersom de annars på sikt hindrar konkurrensen mellan potentiella tjänsteleverantörer. Hyreslagens bestämmelser om indirekt skydd för besittningen till en förhyrd lokal å andra sidan syftar i stället till att på effektivt sätt förmå hyresvärdar till att förlänga annars uppsägningsbara hyresupplåtelser. Huvudregeln enligt hyreslagen är därför att hyresvärden ska betala "fullt" skadestånd enligt 58 b § hyreslagen om hyresvärden vägrar förlänga hyresavtalet. Den huvudregeln går stick i stäv med EU-rätten när det gäller avtal som utgör lokalhyresavtal enligt hyreslagen men samtidigt är tjänstekoncessioner enligt EU-rätten och därför kräver förnyad upphandling. Om hyreslagens besittningsskyddsregler i dessa fall ska tillämpas utan hänsyn till EU-rätten, kommer skadeståndsriskerna i praktiken och på ett avgörande sätt att leda till att myndigheten avstår från att låta konkurrensutsätta tjänstekoncessioner i enlighet med gällande regler.

3. Vilket ansvar har domstolarna för att utdöma skadestånd enligt 58 b § hyreslagen inte kommer i konflikt med förbudet mot olaga statsstöd?

1.1 Av vikt för rättstillämpningen

Fråga nr 1 har stor praktisk betydelse. Senast frågan vad som utgör sakligt skäl varit föremål för Högsta domstolens prövning är i NJA 2007 s. 1018 och NJA 2013 s. 1112. De avgörandena belyser inte rättsfrågan i detta mål. Fråga nr 1 kan aktualiseras så snart ett allmänt rättssubjekt upplåter en lokal för kommersiell rörelse i ett hus med verksamhet som riktar sig till allmänheten och där allmänhetens intresse att besöka huset primärt hänger samman med myndighetens verksamhet i huset. Det kan gälla en butikslokal/shop eller en café- eller restauranglokal i anslutning till en byggnad för verksamhet i form av utbildning/högskola, museum, teater/opera, mässor/utställningar/kongresser, badinrättning. Det kan även gälla en personalmatsal i ett kommunalhus etc. där de som arbetar i det allmännas verksamhet och kanske även en besökande allmänhet kan mot ersättning till utföraren/leverantören inta mat och dryck och köpa andra tjänster som denne avtalsenligt tillhandahåller. Gemensamt för dessa fall är att utföraren/leverantören i lokalen i huset med ensamrätt utför en tjänst som gagnar denne exempelvis i form av avgifter/betalningar som kan tas ut av kunderna till

lokalen. Sådana avtal förekommer i en stor omfattning i det allmännas fastighetsbestånd, d.v.s. även utanför kommunens eget fastighetsbestånd. Stockholms kommun uppskattar att det endast inom dess gränser finns minst ett 40-tal sådana verksamheter.

En fråga i sig i målet av vikt för rättstillämpningen är hur förlusten av en annan rättighet än själva hyresrätten ska bedömas enligt civilrätten (57-58 b § hyreslagen). Frågan är hur denna rättighet - som i förevarande mål var det huvudsakliga avtalsmomentet från ekonomisk synpunkt - ska bedömas och vad den har för ställning vid prövningen av om sakligt avflyttningsskäl förelegat samt vid intresseavvägningen. Det finns ett stort behov av klargöranden i praxis, något som genom underrätternas domar framstår som uppenbart (jfr NJA 2007 s. 1018 som underrätter uppenbarligen inte upplever som nog klargörande och även NJA 2013 s. 1112). En fråga för sig som även den kan belysas är vilken betydelse det ska ha att det (som i förevarande mål) rör sig om två moment i ett och samma avtalsdokument, och att de båda momenten inte (som i NJA 2007 s. 1018) regleras i två separata dokument.

Underrätterna har ju ansett sig ha anledning att redan i ett första prövningsled slå fast en gång för alla att målet gäller ett avtal och att "hela avtalet" ska bedömas enligt hyreslagen och att det därmed är avgjort från alla synpunkter att den andra rättigheten ska omfattas av det indirekta besittningsskyddet till lokal (jfr i den delen NJA 1971 s. 129). Detta har de ansett trots att det ena avtalsmomentet t.o.m. aktualiserar tillämpning av den EU-rättsliga primärrätten inklusive bestämmelser om statsstöd. Inslaget av statsstödsproblematik aktualiserar även frågan vilken skyldighet domstolen har att agera ex officio för att se till att olaga statsstöd återbetalas (jfr hovrättens anförande, domen s. 17n-18x).

Det är därför av stor vikt för *ledning av rättstillämpningen* att Högsta domstolen prövar frågan om det under angivna omständigheter utgör ett sakligt skäl enligt 57 § hyreslagen att myndigheten avser att konkurrensutsätta rättigheterna enligt ett löpande blandat avtal av detta slag och därför säger upp det för upphörande enligt 58 § samma lag. Förutom att fråga nr 1 alltså är av stor praktisk betydelse avser tvister av detta slag ofta mycket omfattande belopp - här rörelseskada om drygt 136 000 000 kr exkl. ansenlig ränta - och visar redan underrättsdomarna i målet att tingsrätter och hovrätter behöver ledning för att kunna bedöma de liknande fall som måste bedömas i framtiden.

Befinns skälet ha varit sakligt återstår att blott göra intresseavvägning enligt förstnämnda lagrum. Om beloppet råder ju inte tvist i Högsta domstolen.

Fråga nr 2 är av den största vikt och den måste sättas under belysning. Vid huvudförhandlingen redogjorde Stockholms kommun utförligt för EU-rätten, för EU-rättens betydelse för klassificeringen av parternas avtal och för kommunens skyldighet att låta konkurrensutsätta det som var tjänstemomenten i parternas blandade avtal och kopplat till hyresrätten (den då ingivna PM härom ges in på nytt, bilaga¹). Kommunen finner det synnerligen anmärkningsvärt att hovrätten inte bemödat sig om att sätta sig in i de EU-rättsliga frågor som så tydligt beskrivits även vid huvudförhandlingen. Det är av stor vikt att HD prövar EU-rättens genomslag på den nationella rätten i fråga om lokalhyresupplåtelse som EU-rättsligt är tjänstekoncessioner. Frågan är i högsta grad relevant även sedan det av EU antagna koncessionsdirektivet har implementerats i svensk rätt i enlighet med genomförandeutredningens förslag 2014.² Det är att märka att koncessionsdirektivet, som grundar sig på primärrätten och i allt väsentligt kodifierar EU-domstolens praxis, framför allt tar sikte på frågor hänförliga till myndigheternas upphandlingsplikt, förfaranden vid koncessionsupphandlingar, koncessionsvillkoren och rättsmedlen (t.ex. överprövningar). Däremot ges varken i direktivet eller i genomförandeutredningens förslag något svar på hur domstolarna ska lösa de slags konflikter mellan EU-rätten och de nationella lagreglerna om lokalhyra som aktualiseras i målet. Även efter genomförd implementering kommer alltså frågan om EU-rättens genomslag vid tolkningen av förevarande bestämmelser i hyreslagen att vara ett problem i rättstillämpningen beträffande vilket behövs vägledning. Till detta kommer att en ny lag om tjänstekoncessioner enligt genomförandeutredningens förslag inte omfattar upphandlingar av koncessioner som påbörjats före den 1 april 2016. Frågan om primärrättens genomslag i hyreslagen att kommer alltså att vara ett problem i rättstillämpningen beträffande det stora antal koncessioner som inte omfattas av den föreslagna lagen.

Det är således av vikt för rättstillämpningen att Högsta domstolen klargör vilken betydelse EU-rätten (primärrätten) ska tillmätas vid tillämpningen och tolkningen numera av hyreslagens regler om indirekt besittningsskydd i fall då tvisterna gäller hyresavtal som innehåller tjänstemoment i sådan grad att avtalen enligt EU-rätten utgör tjänstekoncessioner.

¹ Kommunens power point-dokumentation vid huvudförhandlingen innehåller samma redogörelse i korthet, men ges inte in på nytt.

² Direktiv 2014/23/EU samt SOU 2014:69, En lag om upphandling av koncessioner.

Som synes i avsnitt 7. nedan hemställer Stockholms kommun att Högsta domstolen inhämtar EU-domstolens förhandsavgörande i där angiven fråga och överväger frågan om prövningstillstånd först sedan EU-domstolens uttalande föreligger.

Fråga nr 3 rör domstolarnas ansvar för att utdömda skadestånd inte kommer i konflikt med det EU-rättsliga förbudet mot olaga statsstöd. Frågor om tjänstekoncessioner och statsstöd hänger rättsligt sett ihop såtillvida att tjänstekontrakt som har ett bestämt gränsöverskridande intresse även anses uppfylla det s.k. samhandelsrekvisitet. Frågan hur långt domstolarnas ansvar sträcker sig i mål där - som här - statsstödsproblematik aktualiserats, har stor principiell betydelse.

2.1 Extraordinär dispens

Det finns synnerliga skäl till en prövning i Högsta domstolen, till följd varav prövningstillstånd ska beviljas. Domen inbegriper domvilla i det att hovrätten *inte har prövat* om det av kommunen åberopade avflyttningsskälet utgjort ett sakligt skäl för uppsägning. Genom att hovrätten synbarligen endast prövat om kommunen varit skyldig enligt upphandlingslagstiftning och EU-direktiv att upphandla tjänstekoncessioner i allmänhet - i vilken del hovrätten har gjort en uppenbar felbedömning i och för sig - har hovrätten faktiskt underlåtit (tagit sig förbi) prövningen av frågan om kommunens i uppsägningen angivna avflyttningsskäl varit sakligt underbyggt. Hovrätten har inte ens uttalat i domen om det omtvistade avtalet innefattade en tjänstekoncession eller inte (jfr domen s. 10m-y). Kommunen anser att frågan om avtalets karaktär och huruvida upphandlingsskyldighet förelegat eller inte, visserligen kan stärka avflyttningsskälens egenskap av att vara av saklig art men att den frågan rätteligen hör till det andra prövningsledet, intresseavvägningen. Genom att på detta vis endast pröva en fråga om upphandlingsskyldighet har förelegat, har det förekommit förfarandefel och felaktig rättstillämpning. Det är uppenbart att utgången i målet har påverkats såväl härav som av hovrättens uppenbara felbedömning i och för sig när det gäller upphandlingsskyldigheten och detta på ett avgörande sätt, därigenom att kommunens *intresse* av att genomföra konkurrensutsättning av de underprissatta avtalsrättigheterna på så vis *icke alls* kommit under bedömning.

2. Grunder för ändringsyrkandet

Mot vad hovrätten funnit har kommunens avflyttningsskäl varit sakligt. Vid intresseavvägningen som underrätterna inte gjort men hade bort göra, ska kommunens intresse att upplösa avtalsförhållandet befinnas väga avsevärt tyngre än Profilrestaurangers intresse av att behålla hyresrätten till den lokal som uppläts i och med det blandade avtalet. Kommunen hade därför befogad anledning att upplösa avtalsförhållandet, inbegripet det däri ingående momentet av lokalupplåtelse. Profilrestaurangers skadeståndsyrkande ska alltså ogillas.

Hyresvärd i målet är myndigheten Stockholms kommun. Till bilden hör *dels* att det vid hyrestidens utgång utgående samlade vederlaget för avtalsrättigheterna - här servering och åtföljande försäljning inom vissa andra delar av Stockholms stadshus - hade varit oförändrat under ett stort antal år, ca 11 år, och att myndigheten på goda grunder ansett att avtalsrättigheterna var underprissatta vid uppsägningstidpunkten och att medkontrahenten obehörigen gynnades, *dels* att det *inte funnits jämförliga avtalsobjekt* som kunde ge ledning för vad som varit ett skäligt samlat vederlag för avtalsrättigheterna.

Underrätterna har som nämnts ansett sig inte ens behöva besvara frågan om viljan att upphandla och konkurrensutsätta avtalsrättigheterna varit av saklig art. *I stället* har de prövat frågan om kommunen *haft en skyldighet* enligt gällande upphandlingslagstiftning och EU-direktiv att upphandla tjänstekoncessioner, besvarat den frågan nekande samt funnit att kommunens avsiktsförklaring att konkurrensutsätta avtalsrättigheterna - med tjänsteinslaget däri - därför har burits upp av ett icke-legitimt intresse. Det nekande svaret var i sig felaktigt, som nämnts.

2.1 Närmare om hovrättens domskäl

Kommunen måste rikta stark kritik mot hovrättens för utfallet viktiga domskäl på sidan 6-7ö i domen. Där för hovrätten ett resonemang som synes ha till ändamål att pröva om hyreslagstiftningen över huvud taget är tillämplig i parternas avtalsförhållande. Inom ramen för sin bedömning i denna del "insmyger" hovrätten dessutom sin för utgången helt centrala ståndpunkt - som den delar med tingsrätten - att "hela avtalet" ska bedömas i enlighet med hyreslagstiftningen (s. 7ö). Detta märkliga sätt att pröva målet leder till att kommunens centrala invändning inte prövas av hovrätten. Kommunens centrala ståndpunkt i målet (se

t.ex. kommunens skrift, s. 2m haktbil. 6) är den följande: *Det var ett blandat avtal, som förutom själva lokalupplåtelsen även och huvudsakligen innehöll en rätt att bedriva försäljning utanför det som var lokalen (en försäljningsrättighet).*

Kommunen har aldrig anfört att lokalupplåtelsen skulle ha varit så underordnad att hyreslagen ej skulle gälla i parternas avtalsförhållande. I själva verket har aldrig rått någon tvist i frågan om hyreslagens tillämplighet såvitt gäller det som utgjort lokalen.

När hovrätten på s. 6m-n i domen för sitt resonemang i den delen - det landar alltså i att "hela avtalet" ska bedömas i enlighet med hyreslagstiftningen - grundas resonemanget i det väsentliga på att lokalupplåtelsen och försäljningsrättigheten reglerades i ett och samma dokument och att parterna valt att låta intäkterna som föll ut utav utnyttjandet av försäljningsrättigheten ingå i beräkningsunderlaget för det som var ett samlat vederlag för både lokalupplåtelsen och försäljningsrättigheten (årshyra). Hovrätten vill t.o.m. tolka in i avtalet att parterna skulle ha haft en "avsikt" att försäljningsrättigheten "inte var någon självständig rättighet". Hovrätten skjuter vid sidan om målet. Kommunen har inte anfört att försäljningsrättigheten skulle ha varit någon självständig rättighet; parterna hade ett ömsesidigt beroende. Kommunen ställde sina hyresgäster i Statvåningens olika delar (Blå Hallen, Gyllene Salen, Tre Kronor och Prinsens Galleri) till Profilrestaurangers förfogande, med monopolställning för bolaget. Bolaget tillgodosåg kommunens intresse av att restauratören i det som var lokalen (väsentligen själva Stadshuskällaren och personalmatsalen Eken) bedrev serveringsverksamheten utanför lokalen på ett tillfredsställande sätt. Men det förhållandet att såväl lokalupplåtelsen som försäljningsrättigheten reglerades i ett och samma dokument vederlägger givetvis inte faktum att avtalet var ett *blandat* avtal. Det har ålegat hovrätten att beakta kommunens åberopande av att avtalet var blandat samt att pröva om detta förhållande ska ha den verkan som kommunen gjort gällande i målet (se strax nedan vad som anförs om NJA 1971 s. 129). Det har hovrätten underlåtit. Det är svårt att undertrycka en känsla av att den underlåtenheten hängt samman med en ovilja mot att överväga kommunens avflyttningsskäl just i ljuset av avtalets karaktär, d.v.s. om kommunen i ljuset av avtalets blandade karaktär haft sakligt skäl för sin uppsägning. Annorlunda uttryckt anser kommunen att ett nödvändigt beaktande av den blandade avtalskaraktären måste leda till slutsatsen att kommunen haft sakligt skäl för sin uppsägning, med påföljd att parternas intressen *måste avvägas* för att domstolen ska kunna komma till slutsatsen om kommunens förlängningsvägran varit obefogad eller inte. Det är ju först vid bedömningen som ska ske

inom ramen för intresseavvägningen som kommunens intresse av och bevekelsegrunder för att konkurrensutsätta det blandade avtalet får egentlig betydelse.

Frågan som både tingsrätten och hovrätten haft att bedöma har således *inte* varit om hyreslagens regler ska tillämpas på försäljningsrättigheten (tingsrättens dom s. 33) eller om "hela avtalet" ska bedömas enligt hyreslagstiftningen eller inte (hovrättens dom s. 7ö). Vad domstolarna rätteligen haft att beakta vid sin prövning har varit det som Högsta domstolen framhöll redan 1971, nämligen om det i parternas rättsförhållande funnits "ett behov av att smidigt kunna vidta de förändringar av rättsförhållandet som påkallas av utvecklingens gång" och vilken betydelse det får i målet att "de tvingande bestämmelserna om hyra - - - medger en tillämpning som kan taga skälig hänsyn även till omständigheter av den speciella natur som parternas rättsförhållande uppvisar." (NJA 1971 s. 129). Kommunens återkommande framhållande bl.a. av behovet av att kunna åstadkomma avtalsöversyn p.g.a. utvecklingens gång i form av den numera gällande primärrätten har underrätterna inte velat förstå eller kunnat tillgodogöra sig.

Hovrätten har även på detta sätt tagit sig en väg förbi prövningen av frågan om kommunens avflyttningsskäl varit sakligt eller inte. Prövningen i stället av en fråga huruvida försäljningsrättigheten omfattades av tillämpningsområdet för LOU och EU-direktiven och huruvida kommunen - som kommunen f.ö. själv anfört - har haft någon därpå grundad skyldighet att upphandla "tjänstekoncessioner", landar dessutom i hovrättens felaktiga slutsats att kommunen inte varit skyldig enligt svensk eller EU-rättslig lagstiftning att upphandla tjänstekoncessioner (domen s. 10y). Nedan ska göras klart att hovrätten inte känner lagen.

3. Närmare om EU-rättens betydelse; hovrättens dom i det hänseendet

För utveckling av det kommunenen ovan anför i avsnitt 1. (fråga 2) samt i avsnitt 2. (grunder för ändringsyrkandet), får följande anföras.

Hovrätten misstolkar EU-rätten, inklusive LOU, när domstolen påstår att tjänsterna inte omfattades av LOU:s tillämpningsområde och de därtill bakomliggande EU-direktiven (domen s. 10m). Ett moment i det blandade avtalet utgjordes av kommunens/Stadshus-expeditionens egna inköp för ca 3 mkr/år (se vidare nedan i avsnitt 5.). Det momentet omfattades i och för sig av LOU och därmed givetvis även av det bakomliggande upphandlingsdirektivet och den primära EU-rätten. En upphandlande myndighet som löpande

köper restaurangtjänster utan föregående upphandling gör sig skyldig till otillåtna direktupphandlingar (direkttilldelningar). I det fall att hovrättens påstående - mot vad man kan tro - är resultatet av ett hovrättens beaktande av EU-rättens huvudsaklighetsprincip, kan hovrättens slutsats godtas såvitt den avser LOU:s tillämpningsområde. Även kommunen anser att det aktuella blandade avtalet är ett tjänstekoncessionsavtal i enlighet med den gällande huvudsaklighetsprincipen. Det är då särskilt värt att notera att personalmatsalen Eken primärt tjänat som Stadshusets personalrestaurang och att kommunen hade valt att inte själv bedriva den verksamheten. Eken hade i stället upplåtits åt Profilrestauranger, som en del av det som utgjorde lokalen, och upplåtelsen innefattade att kommunen tillhandahöll kundunderlaget. Redan upplåtelsen av lokaldelen Eken var således ett typiskt exempel på tjänstekoncession.

Men, oavsett hur avtalets tjänstemoment - rätten att sälja mat och dryck till kommunens hyresgäster utanför det som var lokalen, d.v.s. väsentligen i Statvåningen - klassificeras har hovrätten helt ignorerat de LOU och svensk lagstiftning överordnade rättskällor som EU-fördragen och EU-domstolens praxis utgör. (Märk att primärrätten är överordnad den nationella rätten.)

Hovrätten konstaterar att kommunen sedermera inte genomförde upphandlingsförfarandet som en traditionell tjänsteupphandling utan i form av en tjänstekoncession (domen s. 10). Kommunen påpekar i denna del att valet av upphandlingsform (rubriceringen) vid den upphandling som sedermera genomfördes saknar varje betydelse i målet. Kommunen bedömde att det gällde ett tjänstekoncessionsavtal - och inte ett avtal om köp av restaurangtjänster som skulle ha behövt upphandlas enligt LOU - men valet av upphandlingsform är betydelselöst. Kommunen var skyldig att upphandla avtalet antingen enligt LOU eller enligt primärrätten. Kommunen upphandlade också tjänsterna 2011 just "i enlighet med gällande upphandlingslagstiftning".

Hovrättens uttalande att det varken i svensk eller i EU-rättslig lagstiftning finns någon skyldighet att upphandla tjänstekoncessioner och att det skulle vara "en annan sak" att kommunen inom ramen för upphandling av en tjänstekoncession hade att iaktta vissa grundläggande regler och principer (domen s. 10) kan endast uppfattas på följande sätt: Hovrätten anser att tjänstekoncessioner inte behöver konkurrensutsättas av myndigheten. Uttalandet är lika uppseendeväckande som det är gripet ur luften. Hovrätten vill helt ignorera såväl innehållet i EU-fördragens bestämmelser som den praxis som utmejslats genom

EU-domstolens avgöranden. Följande måste slås fast. Upphandling av tjänstekoncessioner är visserligen undantagna både från LOU:s och upphandlingsdirektivens tillämpningsområde, men *tjänstekoncessioner är inte undantagna från bestämmelserna i EU-fördragen*. Omvänt uttryckt har bestämmelserna i EU-fördragen full giltighet när det gäller tjänstekoncessioner och de bestämmelserna ska beaktas av den upphandlande myndigheten. Att tjänstekoncessioner ska konkurrensutsättas har också slagits fast av EU-domstolen. I motiven till LOU uttalas följaktligen bl.a.:

”Regeringen vill med hänvisning till EG-domstolens uttalande i ovan nämnda domar [i mål C-458/03, Parking Brixen, och mål C-324/98 Telaustria], som upphandlande myndigheter respektive upphandlande enheter har att följa, särskilt framhålla att alla de grundläggande principer för offentlig upphandling, som framgår av såväl EG-fördraget som de föreslagna lagarna är tillämpliga vid upphandling av ett kontrakt avseende tjänstekoncessioner”.³

Det aktuella blandade avtalet hade aldrig konkurrensutsatts; det hade direkttilldelats den ursprungliga hyresgästen Provobis Profilrestauranger AB (vars hyresrätt övertogs av Profilrestauranger). På så sätt hade de grundläggande principerna för offentlig upphandling som framgår av EG-fördraget trätts för när samt hade åsidosättandet av EU-rätten pågått under hela den tid avtalsförhållandet bestod. Det var kommunens skyldighet 2008 att med tillämpning av enligt avtalet till buds stående bestämmelser och med beaktande av gällande civilrättslig lagstiftningen säga upp avtalet för upphörande vid utgången av en avtalstid/hyrestid. Det gjorde kommunen 2003 (då för omförhandling) - tyvärr utan rättslig verkan - och sedan även i augusti 2008.

Förevarande tjänstekoncession hade ett uppenbart gränsöverskridande intresse med hänsyn till kontraktsvärdet, vilket ska bedömas utifrån värdet under hela avtalstiden. Kontraktsvärdet får beräknas på Profilrestaurangers årsomsättning om ca 60 mkr enligt avtalet.⁴ Kontraktsvärdet var under den första femåriga avtalsperioden ca 300 mkr. Med beaktande av avtalets automatiska förlängningsperiod om fem år var kontraktsvärdet det dubbla, ca 600 mkr. Kontraktsvärdet var således synnerligen stort. Två av anbudsgivarna i kommunens 2011 genomförda tjänstekoncessionsupphandling var i Sverige verksamma utländska restaurangkedjor.

Hovrättens domskäl - att det inte fanns bestämmelser om skyldighet att upphandla tjänstekoncessioner och att det skulle vara ”en annan sak” att kommunen vid en tjänstekoncessionsupphandling haft att iaktta grundläggande regler och principer - är i själva

³ Prop. 2006/07:128 s. 183.

⁴ Profilrestaurangers sakkunniga vittne Lewin uppgav att ca 75 % av bolagets omsättning sammanhängde just med försäljningsrättigheten (”event, återkommande förbeställningar”).

verket motsägelsefulla. Hovrätten måste mena att en upphandlande myndighet har rätt att välja mellan att å ena sidan konkurrensutsätta/upphandla en tjänstekoncession och då behöva iaktta de grundläggande reglerna och principerna och att å andra sidan i stället låta avtalsförhållandet bestå eller att fortsätta med "direktutdelning" av tjänstekoncessionen ifråga och då ha rätt att strunta i de grundläggande reglerna och principerna! Det står alldeles klart att hovrätten inte har satt sig in i eller förmått tillgodogöra sig rättsreglerna och rättskällorna. Det finns anledning att rikta allvarlig kritik ej endast mot tingsrätten utan även mot hovrätten.

Hovrätten inte har inte heller velat sätta sig in i rättsreglerna när det gäller statsstödsfrågorna i målet. Hovrätten anser att en "obefogad uppsägning" av hyresavtal medför att det i målet inte ska göras någon särskild prövning i förhållande till EU-rättens bestämmelser om olaglig överföring av statliga medel (domen s. 10ö, 17n-18x). Hovrätten väljer, följaktligen, att vid bestämmandet av rörelseskada endast beakta sådana ökade kostnader som var "kända vid värdetidpunkten" (s. 15y), men vill inte beakta villkoren i det nya hyresavtal/tjänstekoncessionsavtal som kommunen i öppen och fri konkurrens sedermera slutit med Mässrestauranger/Stadshusrestauranger i Stockholm AB. Det avtalet innebär att kommunens nya avtalspartner betalar drygt 8 mkr mer i vederlag per år än vad Profilrestauranger betalade. Hovrätten har inte ens beaktat det anbud som Profilrestauranger självt lämnade i upphandlingen 2011 och som innebar att Profilrestauranger var berett att betala ca 5,2 mkr mer per år i vederlag än tidigare. Hovrätten för i det sammanhanget ett svårbegripligt resonemang om att Profilrestaurangers avtal "dessutom inte [var] uppsagt för omförhandling".

Vad hovrätten inte förstått är att rätten även vid bedömandet av skadans värde *varit skyldig* att också pröva om skadeberäkningen kan komma i konflikt med statsstödsreglerna⁵ samt att hovrätten har haft en skyldighet att noggrant analysera likheter och olikheter mellan avtalsrelationen med Mässrestauranger/Stadshusrestauranger i Stockholm AB å ena sidan och den med Profilrestauranger å andra sidan. Hovrätten undviker frågan genom att anföra att de olika avtalen inte är "jämförbara" (domen s. 15x). Att avtalsvillkoren skiljer sig åt i vissa avseenden innebär inte att de ej är "jämförbara". Enligt kommunens uppfattning är avtalen fullt jämförbara. De få skillnader som finns talar i såväl höjande som sänkande riktning när det gäller vederlaget för avtalsrättigheterna.

⁵ Se prop. 2012/13:84 s. 20 och not 26 om skyldigheten för en domstol att verka för återbetalning av olaga statsstöd.

4. Omständigheterna i målet

Parternas avtal innebar alltså förutom en lokalupplåtelse att Profilrestauranger med utomordentligt gott ekonomiskt utbyte även kunde utnyttja kommunens kundunderlag - kommunens hyresgäster - inom den annars "stängda" anläggning som Statvåningens olika delar i Stadshuset utgjorde. Bolaget var ensamt om det kundunderlaget. Bolaget hade inte "försäljningsytorna" i sin besittning och de omfattades givetvis inte av någon vårdplikt, något underhållsansvar eller liknande för Profilrestaurangers vidkommande. Detta mycket speciella särdrag hos parternas avtal medförde ostridigt (omnämnt av bolagets egna sakkunniga vittne Lewin) att ca 75 % av bolagets omsättning sammanhängde just med försäljningsrättigheten ("event, återkommande förbeställningar") och denna gav en oerhört mycket högre vinstmarginal/rörelsemarginal än den som gällde för bolagets verksamhet i det som var lokalen (väsentligen själva Stadshuskällaren och personalmatslen Eken). Detta är särdrag i det blandade avtalet som måste beaktas i målet (se NJA 1971 s. 129). Avtalsförhållandet avvek på så vis mycket starkt från vad som normalt förekommer vid hyra, utan att avtalet för den skull saknar hyreskaraktär.

Ovan har klargjorts att kommunen var skyldig att upphandla avtalet antingen enligt LOU eller enligt primärrätten. Trots detta ovedersägliga förhållande kan anmärkas följande. Kommunens vilja 2008 att säga upp avtalet för upphörande den 31 december 2009 bör även ses mot bakgrund av att jämförliga objekt saknades som kunde ge ledning i frågan vad som kunde vara ett skäligt vederlag för de samlade avtalsrättigheterna.

Varken tingsrätten eller hovrätten har prövat om den avsikten (viljan) hos kommunen har uppburits av ett legitimt intresse på kommunens sida och således utgjort ett sakligt skäl. Det enda hovrätten behagat göra i den delen är (domen s. 10m) att notera att "det kan ifrågasättas om kommunens i uppsägningen uttalade avsikt att upphandla i sig kunde utgöra ett sakligt skäl för uppsägning". (Kommunen anmärker därvid att en i en uppsägning uttalad "avsikt" - här sedermera realiserad - inte är mindre klargörande än om ordet "ska" eller ordet "vill" används.⁶) Men hovrätten besvarar inte ens sin ställda fråga. Den för utgången i detta slags mål helt avgörande bedömningen om hyresvärdens uppsägning varit av saklig art eller inte

⁶ Det kan givetvis inte vara någon skillnad mellan att i en uppsägning anförs "hyresvärdens avser att låta huset undergå större ombyggnad" och att det anförs "huset ska undergå större ombyggnad" (jfr 57 § första stycket 3 p. hyreslagen).

prövas icke. I stället prövar hovrätten alltså den för sakligt skäl-bedömningen mindre intressanta frågan huruvida försäljningsrättigheten omfattades av tillämpningsområdet för LOU och EU-direktiven och huruvida kommunen haft en därpå grundad skyldighet att upphandla tjänstekoncessioner. Härefter anför hovrätten:

”Redan mot denna bakgrund kan kommunen inte anses ha haft sakligt skäl att säga upp avtalet....”

Det går inte att förstå hur det hovrätten anför i de båda styckena närmast före det nu citerade kan berättiga till den slutsats som hovrätten uttalar. Det är icke möjligt att i hovrättens domskäl utläsa vad domstolen anser i den för utgången i målet centrala och egentliga frågan: Har uppsägningsskälet varit sakligt eller har det uppburits av ett obehörigt, icke-legitimt och subjektivt präglad intresse. Hovrätten tar här en genväg som gör avgörandet ofullständigt och obegripligt.

Det förhåller sig i detta hänseende på motsvarande sätt som t.ex. i ett rivnings- eller ombyggnadsfall enligt 57 § hyreslagen; rätten ska då inte pröva om den tillämnade åtgärden är ändamålsenlig och lämplig⁷. Huruvida kommunen måste upphandla försäljningsrättigheten får som sagt betydelse först inom ramen för intresseavvägningen som ska göras av domstolen (låt vara att förhandenvaron av skyldighet kan vara ägnat att förstärka den sakliga karaktären).

Denna felaktiga prövning och rättstillämpning av hovrätten har ju gjort det möjligt för hovrätten att i ett slag slå fast att kommunen saknat befogad anledning att upplösa avtalsförhållandet och det alltså utan att avväga partsintressena som lagstiftaren förutsätter ska ske och fälla det slutliga avgörandet i ansvarsfrågan. Härigenom har alla de omständigheter som rätteligen ska beaktas vid en intresseavvägning – till vilka otvivelaktigt hör frågan om kommunens skyldighet enligt upphandlingslagstiftningen att konkurrensutsätta det blandade avtalet – blivit sopade under mattan.

Just som Högsta domstolen framhåller i NJA 1971 s. 129 anser kommunen att det vid prövningen av vad som utgör sakligt skäl finns all anledning att tillämpa hyreslagens bestämmelser med beaktande av utvecklingens gång samt på sådant sätt att skäligen hänsyn tas till omständigheter av den speciella natur som parternas rättsförhållande uppvisar. Sverige är numera medlem i EU och bundet av dess rättsakter. Stockholms kommun är en hyresvärd som

⁷ Se SOU 1966:14 s. 330 och prop. 1968:91 Bihang A, s. 126 f.

vid sitt agerande inom ramen för ett avtalsförhållande av detta slag är bunden vid att iaktta EU-fördragets principer om likabehandling, transparens och konkurrensfrihet. Förevarande avtal gäller inte bara lokaluthyrning utan även köpet av tjänster. Kommunen har således haft ett utomordentligt starkt intresse av att på det i praktiken enda tänkbara sättet få klarhet i frågan om värdet av det avtalsmoment som försäljningsrättigheten i det blandade representerade, nämligen genom att konkurrensutsätta det blandade avtalet under öppna och transparenta former, med tillgodoseende även av krav på likabehandling. Se även 2 kap. 8 § andra stycket kommunallagen (1991:900) med principiellt förbud mot gynnande av enskild. För övrigt fanns inga jämförelseobjekt - har även nämnts ovan - som kunde möjliggöra bedömning av vad som efter åtta års avtalsförhållande kunde utgöra en skälig samlad ersättning för avtalsrättigheterna (kommunen har oemotsagd upplyst att ett medlingsförfarande vid hyresnämnden inte hade bringat klarhet eller nytta till något i det hänseendet).

Märk också att Högsta domstolen hade ett för förevarande mål motsvarande betraktelsesätt i NJA 2007 s. 1018. I det målet ansågs det utgöra sakligt skäl att fastighetsägaren ville göra sig fri från ett från lokalupplåtelsen skilt avtalsmoment i parternas relation och avtalskomplex, alltså ett moment som inte har med hyra att göra. Högsta domstolen fann att hyresvärden Shell haft sakligt avflyttningskäl och vägde därefter av intressena, varvid Shells intresse bl.a. att frigöra sig från alla samarbetsförpliktelserna ansågs vägra tyngre än hyresgästen Dalbobolagets. Dalbobolagets intresse fick vika för Shells intresse att övergå till drift i egen regi av stationen. Förhållandet att det i nu aktuellt mål avser två moment i ett och samma avtal och inte - som i 2007 års dom - reglering av de båda momenten i två separata dokument, kan givetvis inte motivera en annan bedömning i nu aktuellt mål. Det väsentliga är att det är fråga om två olika moment i en om samma partsrelation och det tillkommer i nu aktuellt mål att den från lokalupplåtelsen skilda försäljningsrättigheten var det ekonomiskt huvudsakliga.

Hovrättens rättstillämpning i nu aktuellt mål är felaktig. Domen, som innefattar skadeståndsansvar för kommunen med ett belopp om drygt 136 000 000 kr, är obegriplig.

5. Intresseavvägningen

När det gäller vad som ska beaktas vid den intresseavvägning som ska göras i målet hänvisar kommunen till det den anfört vid underrätterna (se t.ex. s. 15f i taktbil. 142 och s. 7f i

haktbil. 6). Kommunen vill med anledning av hovrättens domskäl (s. 10) särskilt lyfta fram följande.

Vid det moment i prövningen som innebär att avvägning av partsintressena har det avgörande betydelse att kommunen - mot vad underrätterna ansett sig kunna finna - var skyldig att upphandla försäljningsrättigheten enligt LOU och detta *redan* av det skälet att kommunen vid sin egen representation i Stadshuset, i de från lokalen skilda utrymmena, ostridigt gjorde inköp hos Profilrestauranger för i och för sig kraftigt rabatterade årliga men likväl ansevärd belopp (se p. 13 och p. 12 i taktbil. 5). Det i fakturerade beloppet härför var i genomsnitt ca 3 mkr per år (t.ex. 3,1 mkr år 2008).

Även i detta prövningsled - avvägningen av intressena - måste hyreslagen tillämpas med beaktande av utvecklingens gång och under skälig hänsyn till de omständigheter av speciell natur som parternas rättsförhållande visar upp (se NJA 1971 s. 129). Sverige är sedan förra hälften av 1990-talet medlem i EU och bunden av primärrätten och EU-direktiv. En lokalupplåtelse som inrymmer ett tjänstemoment är upphandlingspliktig enligt primärrätten om tjänstemoment utgör huvudsaken (därvid gäller en överviktsprincip). Parternas avtal uppvisade en speciell natur i det att avtalet med ekonomiska utgångspunkter huvudsakligen var ett avtal om tjänsteköp/försäljningsrättighet; den "civilrättsliga" lokalupplåtelsen och bolagets intäkter av rörelsen i den var från ekonomisk synpunkt av helt underordnad betydelse. Avtalet var av gammalt datum; sedan det ingåtts 1998 skedde en på kommunens sida helt ofrivillig automatisk avtalsförlängning den 31 december 2004. Kommunen måste beakta kravet enligt EU-rätten att en tjänstekoncession av detta slag måste konkurrensutsättas öppet och transparent med iakttagande av krav på lika behandling. Allt detta gör det tydligt att kommunen haft ett mycket tungt vägande behov av möjlighet till frigörelse från avtalets försäljningsrättighet (se NJA 2007 s. 1018).⁸

Primärrätten tillmäter avgörande betydelse åt omständigheten att en lokalupplåtelse som inrymmer ett huvudsakligt tjänstemoment är upphandlingspliktig ifall tjänstemoment utgör huvudsaken. Primärrätten är överordnad svensk civilrätt. Det kan inte vara lagstiftarens avsikt att en särskild försäljningsrättighet av detta slag – som avser försäljningsverksamhet som

⁸ Se härtill 2 kap. 8 § andra stycket kommunallagen (1991:900).

bedrivs utanför det som är lokalen och är upphandlingspliktig enligt primärrätten – ska omfattas av lagbestämmelser om indirekt skydd för besittningen till en förhyrd lokal.

Profilrestaurangers investeringar i det som utgjorde lokalen var obetydliga och sedan länge ”avskrivna”. Bolagets intresse av att behålla det som utgjorde lokalen ska därför tillmätas en klart begränsad vikt och får under alla förhållanden stå tillbaka för kommunens intresse.

6. Bevisning

Kommunen åberopar i Högsta domstolen samma bevisning som vid tingsrätten och hovrätten, med några undantag, d.v.s. den bevisning som anges i taktbil. 63 (s. 9 f.), taktbil. 81 (s. 10), taktbil. 121 (s. 17 f.) och taktbil 140 (s. 4).

Undantagen avser dels den skriftliga bevisning som anges i punkt 7-12 i taktbil. 81 (s. 11) och taktbil. 121 (s. 18), dels de båda förhören med Jan Treffner och Björn Gauffin (se punkt 1-2 i taktbil. 63 s. 9), ty om beloppet råder i Högsta domstolen ingen tvist.

Kommunens i Högsta domstolens åberopade muntliga bevisning - förhören med Anne-Marie Tingeborn och Anita Lidberg - kan även i Högsta domstolen upptas genom uppspelning av ljud- och bildupptagningarna vid tingsrätten.

7. Inhämtande av EU-domstolens förhandsavgörande

Stockholms kommun hemställer att Högsta domstolen inhämtar EU-domstolens förhandsavgörande i följande båda frågor.

1. Ska den av EU-domstolen (mål C-458/03, Parking Brixen) konstaterade upphandlingsskyldigheten avseende tjänstekoncessioner tolkas så att annars civilrättsligt bindande avtal ska sättas åt sidan för att den nationella civilrätten inte ska verka hindrande inför en ny upphandling eller för att undvika uppkomst av olaga statsstöd?
2. Om fråga 1 besvaras nekande såvitt gäller åsidosättande av den nationella rätten: Har det betydelse att nationell svensk civilrätt innefattar en reglering som gör det möjligt att avväga de tvistande parternas intressen när det gäller civilrättsliga verkningar av ett avtalsupphörande, och i så fall på vad sätt?

Kommunens utgångspunkt är att frågan om prövningstillstånd provas först sedan EU-domstolens förhandsavgörande föreligger.

Stockholm den 18 juni 2015

Ulf Skorup

Peter Östman

Ronny Henning