

Vinstbegränsningskrav - rättsliga frågeställningar



Författare: Lars Henriksson

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

Innehåll

1	Uppdraget	3
2	Sammanfattning	4
3	Avgränsningar.....	7
4	Förslagen om vinstbegränsningar i välfärds- och utbildningssektorn.....	8
5	Allmänt om reglering av marknader	10
6	Målsättningarna med regleringen av välfärdssektorn och vinstbegränsningskravet.	13
6.1	Syftet med regelverket inom utbildningsväsendet.....	13
6.2	Hälso- och sjukvårdssektorn	14
6.3	Socialtjänstens målsättningar.....	15
6.4	Målsättningar avseende stöd och service till vissa funktionshindrade.....	15
6.5	Målsättningarna med kommittédirektiven om kraven på vinstbegränsning.	16
6.6	Sammanfattande problembedömning.....	18
7	Begreppet ekonomisk verksamhet i förhållande till sociala tjänster	19
7.1	Allmänna utgångspunkter för klassificeringen som ekonomisk	19
7.2	Särskilt om hälso- och sjukvårdens ekonomiska eller icke-ekonomiska natur	21
7.3	Utbildningssektorn.....	22
8	Sektorer i värdekedjan som inte omfattas av förslagen	25
9	Begränsningsreglernas förhållande till den kommunala självbestämmandeprincipen.	26
10	Grundläggande rättsliga krav på ingrepp i egendom och inskränkning av näringsfrihet.	27
10.1	Krav på föreskrifter i form av lag och delegationsrätten	27
10.2	Legalitetsprincipen och konfiskatoriska åtgärder	27
10.3	Skyddet för egendom i allmänhet	28
10.4	Bestämmelser om vinstbegränsning och näringsfriheten.....	31
10.5	Bedömning av när ett angeläget allmänt intresse föreligger i allmänhet.....	33
10.6	Statens ansvar mot enskild vid ingrepp i äganderätten.....	35
10.7	Sammantagen bedömning av konstitutionella aspekter	35
10.8	Kringgång av grundlagsreglerna	36
11	Vinstbegränsningsregler i förhållande olika associationsformer inom Sverige och EU samt enskilda näringsidkare.....	37
11.1	Konsekvenser för enskilda näringsidkare och handelsbolag	37
11.2	Regler om vinstbegränsning i förhållande till aktiebolagslagen	38
11.3	Ekonomiska föreningar	40
11.4	Europarättsliga och utländska associationer.....	41
12	EU-rättslig bedömning om fördragsskyddade friheter	46
12.1	Fördragsreglerna om etableringsrätt och fri rörlighet.....	46
12.2	Fri rörlighet för kapital och vinstbegränsningskrav.....	52

13	Begränsningsregler för offentlig-privata kontrakt i förhållande till regler om offentlig upphandling.....	53
13.1	Verksamhet i egen regi: särskilt om offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn.....	54
13.2	Regler om offentlig upphandling och begränsning av potentiella anbudsgivare....	56
13.3	Nya regler om tjänstekoncessioner.....	61

1 Uppdraget

Jag fått i uppdrag av Anders Thorstensson, Svensk Näringsliv att utreda de rättsliga aspekterna och huruvida det kan anses vara förenligt med eller stridande mot gällande rätt att genomföra vinstbegränsningsregler i enlighet med det programdokument som framlagts av regeringspartierna under 2014/2015 i syfte att begränsa möjligheterna att ta ut vinster i välfärds- och utbildningssektorn. Till utredningen har knutits en referensgrupp för granskning av denna utredning.¹

Även om analysen skulle utvisa att reglerna vore förenliga med gällande rätt – därvidlag främst grundlagsreglerna – ska därutöver analyseras vilka troliga följdverkningar i rättsligt hänseende som reglerna kommer att ge upphov till.

I uppdraget ingår att ta hänsyn till hur de föreslagna åtgärderna förhåller sig till begreppet näringsfrihet såsom det är reglerat i grundlagsbestämmelser. Vidare ska analysen omfatta i stort kommittédirektiven för den stora vinstutredningen som aviserats av regeringen samt, om så blir aktuellt, även direktiven om en ny stopplag för privatisering av sjukhus och vårdinrättningar.

¹ Jag vill till referensgruppen rikta ett särskilt tack till professorerna Wiweka Warnling Nerep, Ulrik von Essen, och Erik Nerep, advokaten Eva-Maj Mühlenbock vid Advokatfirman Lindahl och Ellen Hausel Heldahl, vid Svenskt Näringsliv för värdefulla kommentarer och synpunkter på utkast till utredningen. Alla kvarvarande brister eller felaktigheter är självfallet mina egna.

2 Sammanfattning

Denna utredning behandlar rättsliga frågeställningar som uppkommer i samband med förslag om införande av vinstbegränsningsregler för företag verksamma inom vissa sociala sektorer, främst vård, skola och omsorg. De konkreta orsakerna till varför förslagen läggs synes vara oklara, men torde i väsentligen hänföra sig till föreställningen om att det finns ett adekvat orsakssamband mellan vinstintresset och negativa effekter för samhället och de sociala sektorernas avnämare. Andra skäl till förslaget kan heller inte uteslutas, men de framgår inte av föreliggande kommittédirektiv.

Tvivelsutan kan i allmänhet kombinationen av höga vinster hos utförare och undermåliga resultat för samhället inom de sociala sektorerna framstå som direkt provocerande. En sådan situation är aldrig hållbar eller acceptabel för samhället. Den relevanta frågan är dock, i den mån det objektivt sett föreligger brister, vad som orsakar bristerna. Konkret stöd saknas för att det finns ett generellt och direkt orsakssamband mellan vinstintresse i allmänhet och dåligt utfall i vård, skola och omsorg. Det kan självfallet inte uteslutas att vinstdrivande företag i syfte att vinstmaximera inte utför tjänsterna på ett ändamålsenligt sätt, men det saknas konkret stöd för att påstå att vinster i sig ger upphov till negativa effekter, än mindre att det kräver långtgående lagstiftningsinsatser mot själva vinstintresset. Motsatsvis saknas stöd för att vinstintresset i sig är en garanti för ett för samhället önskvärt utfall. Högst sannolikt finns det andra faktorer och förhållanden som förklarar eventuella missförhållanden och som därigenom borde stå i fokus för ett kontinuerligt förbättringsarbete.

I den mån det föreligger brister, felaktigheter eller andra tillkortakommanden i de aktuella sektorerna orsakade av privata utförare finns det ett flertal olika sätt att komma tillrätta med sådana brister. Samhället kan många gånger ställa krav på utförare och tillhandahålla ändamålsenliga incitament för verksamheterna. Upphandlande myndigheter kan även utforma förfrågningsunderlag och kontrakt så att oönskade utfall undviks. Felaktiga upphandlingar i kombination med bristfällig uppföljning och verkningfulla sanktioner mot regelbrott torde många gånger ha långt högre förklaringsvärde än vinstintresset i sig. Åtgärder ägnade att begränsa möjligheter att göra vinst, dela ut vinst eller tillgodogöra sig fulla värdet av en verksamhet vid överlåtelse synes vara motiverade av en allmän misstro mot vinstdrivande verksamhet, vilket som yttersta konsekvens torde sträva efter en återgång till drift enbart i det allmännas egna regi. I avsaknad av konkret stöd i vetenskapliga studier torde återgång till allmän egen drift ge lika låga garantier för ett bra samhällsutfall, som att vinstintresset i sig skulle ge upphov till dåliga resultat och vice versa.

De svenska verksamheterna inom vård, skola och omsorg kännetecknas av en långt gången liberalisering och dessa tjänstemarknader måste i dagsläget betraktas som öppna marknader som är tillgängliga för envar aktör inom unionen. Reversering av redan öppnade marknader är i allmänhet förenat med stora rättsliga svårigheter.

De föreslagna begränsningsåtgärderna kommer högst sannolikt – beroende av hur de slutligen utformas – att inverka mycket negativt på befintliga aktörers förmögenhetsvärde, vilket aktualiserar betänkligheter i konstitutionellt hänseende. Likaså får det hållas för visst att åtgärder i praktiken kommer att innebära en inskränkning av aktörernas näringsfrihet.

Det har i kommittédirektiven inte framkommit hur det nödvändiga angelägna allmänna intresset gestaltar sig som skulle motivera de aktuella inskränkningarna. Blotta intresset att vilja genomföra åtgärderna kan i sig inte betraktas som ett sådant angeläget allmänintresse.

De föreslagna åtgärderna torde i allt väsentligt kunna betraktas som stridande på den allmängiltiga proportionalitetsprincipen, inte minst i beaktande av att det synes finnas långt mindre inskränkande åtgärder för att komma till rätta med eventuella brister hos utförarna.

Vinstbegränsningsåtgärderna kan direkt eller indirekt få till följd att det påverkar kommuner och landstings möjlighet att själva välja sina leverantörer. I så måtto påverkas även det kommunala självstyret. Beroende av hur åtgärderna slutligen utformas kan det inte uteslutas att de kan stå i strid mot detta grundlagsfästa och praktiskt mycket viktiga självstyret för lokala och regionala kommuner.

Inom många verksamheter i de sociala sektorerna är själva tjänsten som nu omfattas av begränsningsförslagen en del i större integrerad kedja av verksamheter (fastigheter, lokalvård, förnödenheter, energi, personal, läkemedel, medicinsk utrustning med mera) vars kostnads massa många gånger överstiger själva tjänstevärdet. Förslaget innebär att endast tjänstedelen bryts ut från värdekedjan medan övriga verksamheter kvarstår oreglerade. Förslaget framstår tveksamt i proportionalitets- och likabehandlingshänseende och det är mycket sannolikt att vinsten i stället omfördelas till annan verksamhet, vilket kan leda till förfång för verksamheterna varvid förslaget riskerar bli kontraproduktivt.

Vinstbegränsningskravet är svårförenligt med många av de associationsformer som finns i Sverige. I vissa fall kommer vinstbegränsningskrav även att få den direkta eller indirekta konsekvensen att det blir förbud inte bara mot vinsten utan mot själva inkomsten. Sverige saknar även jurisdiktion över utländska associationer och unionsrättsliga rättssubjekt. Även om vinstbegränsningskrav riktas mot till exempel aktiebolag kommer det inte möjligt att reglera utländska personers möjligheter att ta ut vinster från utländska eller europarättsliga associationer.

Att begränsa möjligheterna att tillhandahålla tjänster på nu öppna marknader kan leda till att det innebär en begränsning av den unionsskyddade fria rörligheten för tjänster och kapital. Möjligheterna att kunna motivera sådana begränsningar med hänsyn till allmän ordning eller folkhälsa synes i praktiken vara obefintliga. Väsentligen skulle det innefatta ett påvisande av att privata verksamheter med vinstintresse skulle vara ett hot mot dessa intressen i kombination med att det saknas andra medel att komma till rätta med detta.

Likabehandlingsprincipen som följer av upphandlingslagstiftningen ger vid handen att det inte kommer att vara möjligt att begränsa tillträdet till offentliga kontrakt till sådana rättssubjekt som uppfyller vinstbegränsningskravet. Detta riskerar allvarligt att strida mot grundläggande krav inom upphandlingsrätten och på oriktiga grunder hindra aktörer att delta i anbudsprocesser om offentliga kontrakt.

Den sammantagna bedömningen av åtgärderna – såsom de skisseras i kommittédirektiven – är att de till stora delar torde komma att inte vara förenliga, och totalt sett mycket svårförenliga, med gällande rätt. Det torde finnas långt mer effektiva, ändamålsenliga och mindre inskränkande alternativ till de föreslagna och det är anmärkningsvärt i beredningshänseende att dessa inte kommit fram.

Sammanfattande tabell - Rättslig bedömning av vinstbegränsningskrav

Åtgärd	Förenligt med grundlag?	Förenlig med övrig lagstiftning?	Förenlig med EU-rätten?
Bibehålla befintliga monopol	Ja	Ja	I princip möjligt, men kan strida mot regler om fri rörlighet
Utföra tjänster inom välfärdssektorer i det allmänna egna regi	Ja	Ja, upphandling ej obligatorisk	Ja, upphandling ej obligatorisk
Utföra tjänster inom välfärdssektorer i det allmänna egna regi genom bolag som kontrolleras av det allmänna	Ja	Ja, men i dag oreglerat. Verksamhet genom egna bolag anses ej vara upphandling	Ja, verksamhet genom egna bolag anses ej vara upphandlingspliktiga artikel 12 i UpphDir.
Höja de kvalitetsmässiga kraven vid upphandling, koncessioner eller vid tillståndsgivning	Ja	Ja	Ja
Förbättrad uppföljning av kontrakt, ökad tillsyn	Ja	Ja	Ja
Återgång från liberaliserad marknad till monopol	Mycket svåröfrenligt - förutsätter angeläget allmänt intresse	Kräver förenlighet med grundlag	Nej, strider i regel mot regler om fri rörlighet, etableringsrätt.
Begränsning av näringsverksamhet eller intrång i äganderätt utan lagstöd	Nej, lag krävs i grunden, men delegationsrätt finns	Endast möjligt om så föreskrivs i lag	EU-rätten ställer inga särskilda krav på författningsform
Begränsning av möjligheterna att bedriva näringsverksamhet i allmänhet / nationalisering	Nej, om det inte är motiverat av ett angeläget allmänt intresse	Endast om grundlagsförenligt och om bestämmelser meddelas genom lag	Nej – kan strida mot EU:s rättighetsstadga
Begränsning av skyddet för egendom i allmänhet	Nej, om ej motiverat av ett angeläget allmänt intresse	Endast om grundlagsförenligt och om adekvat ersättning ges	Nej – kan strida mot EU:s rättighetsstadga
Möjlighet att behandla olika verksamheter i värdekedjan olika	Nej, om enskild gynnas på bekostnad av andra	Endast om grundlagsförenligt och om bestämmelser meddelas genom lag	Nej, om det drabbar utländska bolag negativt – dock är omvänd diskriminering i princip förenlig med EU-rätten
Möjlighet att införa vinstbegränsning när samma resultat kan uppnås med hjälp av kvalitativa krav	Nej, strider mot proportionalitetsprincipen	Endast om grundlagsförenligt och om bestämmelser meddelas genom lag	Nej, kan strida mot EU:s proportionalitetsprincip om det avser tillämpning av EU-rätten
Vinstbegränsning i aktiebolag	Kan strida mot grundlagsbestämmelser	Mycket svåröfrenligt med ABL - konstitutiv egenskap hos AB	Svåröfrenligt med bestämmelser om bl.a. SE-bolag
Vinstbegränsning i HB/KB och enskilda näringsverksamheter	Innefattar i praktiken en rådighetsinskränkning av lös egendom + indirekt förbud mot inkomst	Svåröfrenligt med näringsverksamheten i sig	Kan strida mot EU:s rättighetsstadga om det påverkar fördragsskyddade friheter
Krav på SVB-bolag	Ja, dock ej omvandling från privata AB till SVB	Ja, men tillgången till kapital kan bli mycket svår i praktiken	Nej, kan innebära diskriminering av utländska bolag
Vinstbegränsning och etableringsrätten	EU-rättens företräde	EU-rättens företräde	Nej, kommer att inskränka etableringsrätten
Vinstbegränsning och fri rörlighet för tjänster	EU-rättens företräde	EU-rättens företräde	Nej, strider mot fri rörlighet för tjänster
Vinstbegränsning och fri rörlighet för kapital	EU-rättens företräde	EU-rättens företräde	Nej, strider mot fri rörlighet för kapital
Allmän uteslutning av vinstdrivande bolag vid offentlig upphandling	EU-rättens företräde	Strider mot likabehandlingsprincipen	Strider mot likabehandlingsprincipen
Reservation av kontrakt till sociala företag	EU-rättens företräde	Endast möjlighet att begränsa kontrakt för vissa associationer och verksamheter - ej ännu infört i LUF/LOU	Nej - upphandlingsdirektivet medger endast vissa reservationskriterier

3 Avgränsningar

Inom ramen för uppdraget kommer det inte att behandlas villkoren för etablering av verksamheter inom till exempel vård, skola och äldreomsorg, eller villkoren för hur privata verksamheter erhåller ersättning för tjänster av allmänt, eller allmänt ekonomiskt intresse. Härigenom kommer alltså inte att behandlas själva verksamhetsetableringen knuten till villkor vid offentlig upphandling eller offentlig koncessionsgivning eller tilldelning av verksamhetstillstånd på annat sätt. Det förutsätts sålunda för uppdraget att etablering är tillkommen i korrekt och laga ordning.

Frågeställningen kommer därigenom att koncentrera sig till vissa centrala områden som ska utredas mera i detalj huruvida det i rättslig mening är möjligt för det allmänna

- att begränsa möjligheten för privata aktörer att dels göra vinst i verksamheten alternativt att dela ut vinsten till ägarna för befintliga eller kommande resultat i rörelsen;
- att utesluta aktörer såsom potentiella utförare till offentligt finansierade tjänster inom skola, vård och äldreomsorg på grundval av att verksamheterna är vinstdrivande.

4 Förslagen om vinstbegränsningar i välfärds- och utbildningssektorn

Bakgrunden till denna utredning ligger i kommittédirektiven om nytt regelverk för offentlig finansiering av privat utförda välfärdstjänster (Dir. 2015:22) av den 5 mars 2015. Kommittédirektivet tar som utgångspunkt att skattemedel ska användas till just den verksamhet som de är avsedda för. Enligt direktivet är det rimligt att kräva av privata aktörer som tillhandahåller välfärdstjänster att de kan visa att de offentliga medlen kommer brukarna till godo. Sålunda ska eventuella överskott som huvudregel *återinvesteras* i den verksamhet där de har uppstått, varvid det enda godtagbara undantaget från huvudregeln bör vara att privat insatt kapital, och medel motsvarande en låg ränta på kapitalet, inte behöver återinvesteras. I allmänhet bör därför införas regler med innehåll att möjligheterna till att dela ut vinst eller på annat sätt föra ut medel från verksamhet – även i samband med försäljning – starkt begränsas.

Reglerna ska tillämpas för privata aktörer som verkar inom ramen för vissa skattefinansierade välfärdstjänster i samband med upphandling av tjänsterna eller vid beviljande av tillstånd för bedrivande av verksamheten. Regelverket föreslås gälla inte bara tillkommande kontrakt och aktörer, utan även befintliga aktörer, även om de senare bör kunna erhålla övergångsregler. Tillvägagångssättet för att säkerställa att skattemedlen används på rätt sätt är att reglera möjligheten till vinstutdelning eller att reglera syftet med verksamheten (eventuellt i kombination med varandra). Ett tredje alternativ är att ställa kvalitativa krav på viss bemanningsgrad. Enligt kommittédirektiven ingår det inte att överväga eller föreslå ändringar i grundlag. Alla förslag måste sålunda vara förenliga med svensk konstitutionell rätt.

Uppdraget till utredaren omfattar bland annat att

- utreda om det är lämpligt, och rättsligt möjligt, att införa krav på att privata utförare av välfärdstjänster i sin bolagsordning eller motsvarande styrande dokument (till exempel stadgar) ska införa en *syftesparagraf* med innebörden att syftet med verksamheten är att bedriva och utveckla verksamheten med god kvalitet och att eventuella överskott som huvudregel ska återinvesteras;
- föreslå hur SVB-bolag, eller andra bolagsformer, kan användas för att säkerställa att offentliga medel kommer verksamheten och brukarna till godo (*krav på viss associationsform*);
- bedöma om det för tillståndspliktig verksamhet bör införas krav på hur offentliga medel får användas (destinationskrav) och i så fall överväga om det bör införas tillståndsplikt för sådana verksamheter för vilka det i dag inte krävs tillstånd (auktorisationskrav);
- utreda om det är lämpligt, och rättsligt möjligt, att ställa krav på bemanning i form av personaltäthet eller personalkostnader i samband med tillståndsprövning (kvalitativa eller kvantitativa krav på viss personal eller personalkostnad);
- överväga om det är lämpligt, och rättsligt möjligt, att på annat sätt ställa krav på användandet av offentliga medel så att det inte blir möjligt att dra ned på personaltäthet eller personalkostnader för att göra vinst (destinationskrav avseende överskott vid personalförändring);

- bedöma vilka andra metoder som kan användas för att uppnå målet att överskott som huvudregel ska återinvesteras i just den verksamhet som de offentliga medlen är avsedda för, med beaktande av att reglerna inte ska kunna kringgås för att tillgodose ekonomiska intressen;
- ta ställning till vilka krav som bör ställas på privata aktörer, och om kraven bör vara lika för alla eller om det finns behov av att ställa olika krav beroende på drifts- och verksamhetsform och verksamhetsområde; krav som dock samtliga ska ha som utgångspunkt att offentliga medel ska gå till just den verksamhet de är avsedda för och att eventuella överskott som huvudregel återinvesteras i den verksamhet där de har uppstått.

Det ska framhållas att det inte är klart vilka mer konkreta åtgärder som kommer att föreslås riksdagen av regeringen, vilket gör att den rättsliga bedömningen i många fall måste göras hypotetiskt och efter vissa givna antaganden. En mer konkret bedömning i enskilda fall förutsätter alltså att det finns ett färdigt förslag till åtgärder att bedöma. I det följande kommer därför denna PM att behandla frågeställningarna översiktligt och principiellt.

5 Allmänt om reglering av marknader

Marknader som har varit förbehållna vissa offentliga aktörer har i många fall genomgått vad som brukar betecknas *liberalisering*, det vill säga att tidigare reserverade marknader öppnas upp för privata aktörer att bedriva verksamhet i konkurrens med varandra och/eller med en eller flera offentliga aktörer. Så har bland annat skett inom sektorerna för elektronisk kommunikation, postverksamhet, luftfartssektorn, järnvägsområdet, energimarknader med mera. Syftet är ofta att öka effektiviteten på marknaden, höja kvaliteten på tjänster och sänka kostnader. Graden av liberalisering kan vara varierande och inom välfärdsområdet får detta betraktas som delvis liberaliserat. Fullständig liberalisering är i princip endast möjlig där marknadslösningar fungerar fullt ut, det vill säga utbud och efterfrågan är oberoende av offentlig intervention.

I samband med liberaliseringar är det vanligt att sådana marknader är i behov ett förhållandevis omfattande regelverk för att säkerställa att syftet med liberaliseringar inte motverkas eller går om intet – särskilt under en övergångsskede. Av det skälet talas sällan om avregleringar, eftersom liberaliseringar oftast medför fler regleringar än vad som gällde innan marknadsöppningen. Vidare är det vanligt att nyligen liberaliserade marknader behöver någon form av tillsyn och sanktionssystem, åtminstone under en övergångsperiod.

Inom välfärdssektorn har lagstiftaren valt att införa förhållandevis milda krav på aktörer gällande tillstånd, auktorisation, uppföljning och de rättsliga instrumenten för att åtgärda eventuella missförhållanden synes vara begränsade. Förvisso finns ett omfattande regelverk, men med tanke på den betydelse som välfärdstjänsterna har i allmänhet är det lika fullt anmärkningsvärt, och kan te sig förvånande, när andra sektorer har ett mycket hårdare regelverk (jfr bland annat finanssektorn) avseende verksamheterna i sig.

Ett sätt att betrakta detta förhållande är att lagstiftaren överlämnar ett stort förtroende till marknaden att uppfylla det allmännas målsättningar med verksamheterna. Detta förutsätter dock att incitamenten överensstämmer mellan huvudman och utförare. Genom att det inte finns någon egentlig marknad för välfärdstjänster har privata och offentliga utförare i allt väsentligt enbart en motpart, nämligen det allmänna (staten eller kommuner). Ersättningsnivåerna är ofta givna, varför det ett rationellt vinstmaximerande företag redan från början får förutsättas ha ett starkt incitament att hålla låga kostnader, hög genomströmningshastighet och en effektiv organisation. I avsaknad av kvalitativa krav, möjligheter att lägga utförare undermåliga resultat till last i senare perioder med mera finns det självfallet en risk att ett sådant system skulle kunna leda till snedvridna incitamentsstrukturer, vilka går ut över brukare, elever, patienter med flera på ett negativt sätt.

Ett annat sätt att förhålla sig till problemet är att uttrycka erkänsla för att de nyssnämnda snedvridna incitamentsproblemen potentiellt sett finns inneboende i systemet. Självfallet kan det inte uteslutas att vissa aktörer av ideella eller altruistiska skäl likafullt kommer att arbeta i linje med det allmännas målsättningar i enlighet med ett långsiktigt hållbarhetsmål. Däremot kan det från regleringssynpunkt framstå som något alltför troskyldigt att detta skulle gälla för samtliga potentiella privata utförare, men även offentliga sådana. Frågan blir därför hur en reglering ska utformas för att bäst tillgodose det allmännas krav och målsättningar med verksamheten. I princip finns tre huvudsakliga sätt att lösa problemet på.

- 1) Det första innebär att det allmänna, med beaktande av privata företags drivkrafter och möjligheter, utformar ett *kvalitativt regelverk*, eventuellt i kombination med *incitament* för kontinuerlig kvalitetsförbättring, som ställer höga krav på hur verksamhet bedrivs, höga krav på vem som får tillstånd att driva och ett effektivt sanktionssystem. Nackdelen med detta system är att tillsyns- och uppföljningsfunktioner måste vara effektiva och verksamma. Fördelarna är att möjligheter därigenom skapas för att både höja kvalitet och öka effektivitet.
- 2) Det andra sättet innebär att hantera problemet genom att knyta det till vissa aktörers inneboende drivkrafter eller målsättningar. Vissa verksamheter är av tradition inte väl ägnade för privata aktörer att utföra, bland annat polisverksamhet, domstolar, försvar, viss känslig myndighetsutövning. Vad gäller andra verksamheter som förvisso inte i sig är direkt ägnade att bedrivas i allmän regi kan saken te sig annorlunda. Huruvida välfärdssektorn tillhör sådan verksamhet är självfallet i grunden en ideologisk och politisk fråga – inte en rättslig. Om det icke desto mindre förutsätts att välfärdstjänster kan bedrivas i privat regi vid sidan av det allmänna kan en grundmurad misstro gentemot privata aktörer sedd tillsammans med en oförmåga att finna lämpliga regleringar leda fram till att verksamheten likafullt alltid bör bedrivas i *allmän egen regi*. I detta synes dock även ligga en tro på att sådan verksamhet i sig är effektiv i skattehushållningshänseende.
- 3) Det tredje och måhända svåraste sättet är att *kombinera* dem båda, det vill säga att uttrycka erkänsla för att privata aktörer kan vara effektivare och bättre än att driva verksamheten i allmän egen regi samtidigt som det allmänna saknar förmåga att reglera verksamheterna på ett ändamålsenligt sätt. Lösningen blir i sådana extrema fall, som inom ramen för kommittédirektiven, att i stället fokusera på vad privata aktörer gör med överskottet av verksamheten för att därigenom indirekt uppnå vad som en kvalitetsreglering skulle göra. Alternativt är det ett uttryck för att det framstår som stötande eller omoraliskt att vissa aktörer profiterar på en skattefinansierad välfärdstjänst.

Det tredje alternativet är i allmänhet förståeligt om situationen uppkommer att privata aktörer gör höga vinster samtidigt som kvaliteten eller resultaten för det allmänna, brukare, patienter, elever med flera är undermåligt. Objektivt sett är en sådan situation ohållbar. Avgörande i sådana fall är om orsakerna till missförhållanden eller brist på måluppfyllnad i sig är orsakat av att företagen är vinstdrivande, eller att det saknas ett adekvat regelverk för verksamheterna och/eller ändamålmässig incitamentsstruktur.

Tentativt, och utan att leda slutsatsen i bevis, torde vinstintresset i sig vare sig vara direkt orsak till missförhållanden, ej heller någon garanti för bra utförda eller effektiva tjänster. Om så hade varit fallet skulle det objektivt sett ha varit påkallat, på grund av erfarenheter och gedigen teori, att föreskriva ett allmänt brett förbud mot vinster för ett flertal verksamheter, eller allra helst förbjuda näringsverksamhet för sådana aktiviteter.

De verkliga orsakerna ligger snarare högst sannolikt i förhållanden som anknyter till frånvaro av adekvat regelverk, tillståndsförfarande, uppföljning och sanktioner med mera. Vad som därvidlag återstår är den politiska frågan om det trots uppenbara fördelar för det allmänna, brukare och patienter likafullt ska anses vara påkallat att begränsa vinster på mer moralisk eller ideologisk grund. Detta är, som ovan nämnts, en i grunden rättspolitisk fråga som ligger utanför den juridiska bedömningen.

I det följande kommer analysen att göras med utgångspunkt i kommittédirektiven. Sålunda kommer det inte att göras någon bedömning av vilka regleringsåtgärder som kan anses vara adekvata för att lösa befintliga eventuella missförhållanden, utan huruvida förbud mot, begränsningar i möjligheterna att göra och dela ut vinster kan anses vara förenlig med gällande rätt och hur dessa förhåller sig till målsättningar med de verksamheter de föreslås gälla för.

6 Målsättningarna med regleringen av välfärdssektorn och vinstbegränsningskravet.

En väsentlig del av utredningen är att undersöka vilka målsättningar och syften som lagstiftningen har för de verksamheter som kommittédirektiven avser gällande vinstbegränsning, eftersom dessa mål ytterst styr vilka medel som ska brukas för att uppnå dem.

6.1 Syftet med regelverket inom utbildningsväsendet

På utbildningsområdet anges i 1 kap. 4 § skollagen inledningsvis att syftet med *skolväsendet* att utbildningen inom skolväsendet syftar till att barn och elever ska inhämta och utveckla kunskaper och värden. Den ska främja alla barns och elevers utveckling och lärande samt en livslång lust att lära. Utbildningen ska också förmedla och förankra respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande demokratiska värderingar som det svenska samhället vilar på. I utbildningen ska hänsyn tas till barns och elevers olika behov. Barn och elever ska ges stöd och stimulans så att de utvecklas så långt som möjligt. En strävan ska vara att uppväga skillnader i barnens och elevernas förutsättningar att tillgodogöra sig utbildningen. Utbildningen syftar också till att i samarbete med hemmen främja barns och elevers allsidiga personliga utveckling till aktiva, kreativa, kompetenta och ansvarskännande individer och medborgare.

Enligt skollagen kan skolväsendet ha såväl offentliga som – efter prövning – enskilda huvudmän. Det görs ingen skillnad mellan huvudmännen och deras syften, det vill säga huruvida de är icke-kommersiella eller ideella och det saknas helt regler om hur eventuella överskott ska hanteras inom ramen för verksamheten. Lagstiftaren har i stället valt en ordning med blandade huvudmän och där resultatet av verksamheten i allt väsentligt vilar på kvalitativa krav genom Skolverkets verksamhet och tillsyn som bedrivs av Skolinspektionen.

Med *enskilda* avses enligt förarbetena bolag, föreningar, stiftelser, registrerade trosamfund eller enskilda individer, vilka samtliga får godkännas som huvudmän för de i bestämmelsen angivna skolformerna och för fritidshem. Även en juridisk person som helt eller delvis ägs av staten, en kommun eller ett landsting anses som en enskild juridisk person (jfr rättsfallet RÅ 2008 ref. 29). I 6 § skollagen finns emellertid bestämmelser som begränsar möjligheten för ett bolag eller en förening, där en kommun eller ett landsting äger aktier eller andelar eller på annat sätt har ett rättsligt inflytande, att vara huvudman inom skolväsendet.²

Vad beträffar *högskolestudier* (studier på grundnivå, avancerad nivå och forskarnivå) saknas en till skollagen motsvarande syftesbestämmelse i högskolelagen (1992:1434). Måhända är syftet därmed självförklarande och överflödigt att explicit reglera. Av högskolelagen 2–8 §§ följer att det i högskolornas uppgift ingår att samverka med det omgivande samhället och informera om sin verksamhet samt verka för att forskningsresultat tillkomna vid högskolan kommer till nytta. Verksamheten ska bedrivas så att det finns ett nära samband mellan forskning och utbildning. Särskilt stadgas även att i högskolornas verksamhet ska vetenskapens trovärdighet och god forskningssed

² Se prop. 2009/10:165, *Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet*, s. 643. Jfr även RÅ 2008 ref. 29.

värnas. Det finns krav på att avpassa verksamheten så att en hög kvalitet nås i utbildningen och forskningen samt att tillgängliga resurserna utnyttjas effektivt. Högskolorna ska verka för att studenterna tar en aktiv del i arbetet med att vidareutveckla utbildningen, främja en hållbar utveckling som innebär att nuvarande och kommande generationer tillförsäkras en hälsosam och god miljö, ekonomisk och social välfärd och rättvisa. Vidare ska i verksamheten jämställdhet mellan kvinnor och män alltid iakttas och främjas och högskolorna bör i verksamheten främja förståelsen för andra länder och för internationella förhållanden. Högskolestudierna bygger väsentligen på kunskaper som eleverna får på nationella program i gymnasieskolan eller motsvarande kunskaper (undantagsmöjligheter gäller för konstnärliga program). Sålunda ska utbildningen utveckla studenternas

- förmåga att göra självständiga och kritiska bedömningar,
- förmåga att självständigt urskilja, formulera och lösa problem, och
- beredskap att möta förändringar i arbetslivet.

Inom det område som utbildningen avser ska studenterna, utöver kunskaper och färdigheter, utveckla förmåga att

- söka och värdera kunskap på vetenskaplig nivå,
- följa kunskapsutvecklingen, och
- utbyta kunskaper även med personer utan specialkunskaper inom området.

Efter omorganisationen av tidigare Högskoleverket har sedan 2013 två nya myndigheter bildats, Universitetskanslerämbetet (UKÄ) och Universitets- och högskolerådet. UKÄ svarar för kvalitetssäkring av högskoleutbildning samt examenstillståndsprövning av statliga högskolor, juridisk tillsyn av högre utbildning samt granskning av effektivitet, uppföljning och omvärldsanalys samt statistikansvar för högskolesektorn.

Syftet med verksamheten inom högskoleområdet hänför sig sålunda väsentligen till resultatet av verksamheten. Högskolelagen gäller förvisso endast universitet och högskolor under statligt huvudmannaskap, men det saknas bestämmelser om verksamhetsform bland till exempel privata högskolor som innehar examensrätt i likhet med de statliga. I likhet med skolväsendet är det först som sist resultatet av verksamheten som regleringen tar sikte på.

6.2 Hälso- och sjukvårdssektorn

Inom hälso- och sjukvårdssektorn lyder såväl offentliga som privata aktörer under ett och samma regelverk. Målet för hälso- och sjukvården är enligt 2 § hälso- och sjukvårdslagen (HSL) en god hälsa och en vård på lika villkor för hela befolkningen. Vården ska ges med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans värdighet. Den som har det största behovet av hälso- och sjukvård ska ges företräde till vården. Ett antal övergripande krav på hälso- och sjukvården följer av 2 a–2 h §§ HSL. Regelverket inom enskilda delar av hälso- och sjukvården är förhållandevis omfattande för privata vårdföretag gäller – såsom för offentliga vårdgivare – ett antal övergripande regler.³

³ Se bland annat patientsäkerhetslagen (2010:659), Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om anmälan av verksamheter på hälso- och sjukvårdens område (SOSFS 1998:13), Förordningen (1998:899) om miljöfarlig verksamhet och hälsoskydd, FMH, Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om ledningssystem för systematiskt kvalitetsarbete (SOSFS 2011:9), Socialstyrelsens allmänna råd om yrkesmässig hygienisk verksamhet (SOSFS 2006:4), Socialstyrelsens föreskrifter om basal hygien inom hälso- och sjukvården med mera (SOSFS 2007:19), Patientdatalagen (2008:355), Socialstyrelsens föreskrifter om informationshantering och journalföring i hälso- och sjukvården (SOSFS 2008:14).

Det är alltså tillåtet i Sverige att bedriva privat hälso- och sjukvårdsverksamhet och verksamheten är föremål för såväl en omfattande kvalitativ reglering och tillsynsverksamhet av Socialstyrelsen. I HSL finns inga krav på associationsform eller viss nationstillhörighet – i stället talas om privata och ”andra” vårdgivare, vilket alltså inte utesluter vinstdrivande svenska eller utländska bolag, ej heller fysiska personer.

Med andra vårdgivare avses mer konkret privata vårdinrättningar, andra privatpraktiserande yrkesutövare inom hälso- och sjukvården än läkare, skolhälsovården och företagshälsovården. I doktrinen framhålls även att privata vårdgivare avser inte enbart enskilda privatpraktiserande vårdgivare, utan även personalkooperativ och företag i *olika verksamhetsformer* på hälso- och sjukvårdsområdet.⁴

6.3 Socialtjänstens målsättningar

På socialtjänstens område verkar såväl offentliga som privata aktörer. Målet med verksamhet enligt 1 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453) är att samhällets socialtjänst ska på demokratins och solidaritetens grund främja människornas ekonomiska och sociala trygghet, jämlikhet i levnadsvillkor och aktiva deltagande i samhällslivet. Socialtjänsten ska under hänsynstagande till människans ansvar för sin och andras sociala situation inriktas på att frigöra och utveckla enskildas och grupperns egna resurser. Verksamheten ska bygga på respekt för människornas självbestämmanderätt och integritet.

Under förutsättning att verksamheten uppfyller kraven på god kvalitet och säkerhet får ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ efter tillstånd av Inspektionen för vård och omsorg (IVO) yrkesmässigt bedriva verksamhet i form av

- hem för vård eller boende, äldreboende, boende för människor med funktionshinder,
- hem för viss annan heldygnsvård,
- hem eller öppen verksamhet för vård under en begränsad del av dygnet, oavsett var verksamheten bedrivs.

Socialtjänstlagen medger uttryckligen att i princip alla associationer – även sådana i andra EU-länder – har rätt att bedriva verksamhet. Några krav på särskild associationsform finns därmed inte och marknaden är sålunda öppen för etablering. Tillståndskravet är kvalitativt i grunden och tar sikte på resultatet av verksamheten – inte huruvida utföraren är vinstdrivande eller ej.

6.4 Målsättningar avseende stöd och service till vissa funktionshindrade

Lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) innehåller bestämmelser om insatser för särskilt stöd och särskild service åt personer med utvecklingsstörning, autism eller autismliknande tillstånd; med betydande och bestående begåvningsmässigt funktionshinder efter hjärnskada i vuxen ålder föranledd av yttre våld eller kroppslig sjukdom; eller med andra varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder som uppenbart inte beror på normalt åldrande, om de är stora och förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och därmed ett omfattande behov av stöd eller service.

⁴ Johansson & Sahlin, *Hälso- och sjukvårdslagen – En kommentar*, ver. den 1 januari 2010 (8 uppl.), kommentaren till 7 § 2 st.

I 5–6 §§ LSS uppställs regler om verksamhetens mål och allmänna inriktning. Sålunda stadgas att verksamheten ska främja jämlikhet i levnadsvillkor och full delaktighet i samhällslivet för de personer som anges i 1 § LSS. Målet ska vara att den enskilde får möjlighet att leva som andra. Härutöver ska verksamheten vara av god kvalitet och bedrivas i samarbete med andra berörda samhällsorgan och myndigheter. Verksamheten ska vara grundad på respekt för den enskildes självbestämmanderätt och integritet. Den enskilde ska i största möjliga utsträckning ges inflytande och medbestämmande över insatser som ges. Kvaliteten i verksamheten ska systematiskt och fortlöpande utvecklas och säkras. För verksamheten enligt denna lag ska det finnas den personal som behövs för att ett gott stöd och en god service och omvårdnad ska kunna ges.

Enligt 17 § LSS får ett landsting eller en kommun med bibehållet ansvar sluta avtal med någon annan om att tillhandahålla insatser enligt LSS. Det görs ingen skillnad i lagen på vilka aktörer som kan anses vara behöriga att sluta avtal. Kraven är i stället kvalitativa och utesluter inte fysiska personer, utländska associationer inom bland annat EU oaktat om svenska eller utländska juridiska/fysiska personer är vinstdrivande eller ej.

6.5 Målsättningarna med kommittédirektiven om kraven på vinstbegränsning

Det är något otydligt vad som i akt och mening är själva huvudsyftet med utredningen, eller snarare vilket konkret slutresultat som de åtgärder kommittén ska föreslå är ägnade att åstadkomma. Av kommittédirektiven framgår att syftet med utredningen är att *säkerställa* att offentliga medel används till just den verksamhet de är avsedda för och på ett sådant sätt kommer brukarna tillgodo. Härutöver är syftet att eventuella överskott som huvudregel ska återföras till den verksamhet där de uppstått. I detta ska utredningen föreslå hur offentlig verksamhet av privat utförda välfärdstjänster kan utformas så att den säkrar likvärdighet, kvalitet, samhälls- och ekonomisk effektivitet, behovsstyrning och öppenhet. Skrivningen i direktivet kräver alltså en mer ingående tolkning för att kunna analyseras.

Syftet innehåller väsentligen tre delmål. För det första bör det enligt direktiven säkerställas att de skattemedel som tillhandahålls för välfärdstjänster måste användas för just den verksamhet de är avsedda för. Det andra avser ett återföringskrav av vinstmedel och det synes vara tredje kvalitets- och effektivitetskrav på privat verksamhet.

Det första målet innefattar rimligen att ett grundkrav med regelverket är att skattemedel inte används för andra ändamål av vad de har utbetalats för. I detta ingår att skattemedel inte får användas så att de utbetalas utan att tjänsten utförs eller att den utförs undermåligt. Frågan uppkommer om detta är aktuellt att beakta om tjänsten utförs enligt regelverket eller till och med bättre än regelverket. Det synes redan finnas strukturella instrument för att hantera destinationsfrågan inom ramen för gällande regelverk. Vid brister i utförandet ska detta redan i dag leda till åtgärder från tillsynsmyndigheter alternativt upphandlande myndigheter. Anmärkningsvärt nog talas inte om vilken grad av utbyte som det allmänna får för de medel som utbetalas (*value for money*). Snarare förefaller direktiven indirekt förutsätta att eventuella överskott ska leda till ytterligare eller bättre vård än vad som regler eller kontrakt föreskriver.

Det huvudsakliga syftet med utredningen kan därmed rimligen inte innefatta hur det säkerställs att skattemedel verkligen betalas ut till den verksamhet som de i allmänhet är avsedda för. Vissa av frågeställningarna hänför sig i detta hänseende till rena kvali-

tetskrav (bemanningsgrad, gruppstorlek med mera). Den stora frågan gäller i stället väsentligen *hur* det eventuella *överskottet* i verksamheten ska hanteras när verksamheten har uppfyllt gällande krav eller målsättningar (givet att skattemedlen nått sin rätta destination).

Om avsikten är att förbättra välfärden, vården eller skolan samtidigt som effektivitet upprätthålls synes en naturlig ordning ha varit att diskutera det kvalitativa regelverkets utformning innan åtgärder mot eventuella överskott diskuteras. Utredningen går i stället ut på att begränsa möjligheterna för främst aktieägare att direkt eller indirekt tillgodogöra sig delar av det överskott som verksamheten genererar. Varför detta skulle vara en lämplig lagstiftningsåtgärd är oklart, men synes bero på en eller flera av följande faktorer och förutsättningar:

- a) En uppfattning att grundsyftet fortfarande är att skapa en god och effektiv välfärd där offentliga och privata aktörer samverkar och att detta förhållande i sig inte är av ondo, det vill säga att det objektivt sett saknas anledning att monopolisera/nationalisera verksamheterna.
- b) En uppfattning att bolag som tar gör vinst som senare delas ut till aktieägarna har ett inneboende intresse – i förhållande till offentliga aktörer – att försämra tjänsterna, allt i syfte att spara kostnader och därmed vinstmaximera till förfång för brukare, patienter och elever.
- c) Vinstintresset kommer i sig att alltid ha negativa effekter på resultatet av verksamheten. Om så inte vore fallet hade ett allmänt förbud inte varit påkallat, utan eventuella negativa externa effekter hade hanterats på annat sätt.
- d) En uppfattning om att bolag som berövas möjligheten att ta ut vinst kommer att bedrivas lika effektivt och i samma omfattning efter det att vinstbegränsningskravet införs.
- e) En uppfattning att bolag som berövas möjligheten att ta ut vinst tillhandahåller en lika bra eller bättre tjänst efter det att av vinstbegränsningskravet införs.
- f) En uppfattning om att eventuella överskott i dagsläget inte flyttas till oreglerade andra kostnadsområden (löner, lokalkostnader, räntekostnader med mera) inom ett och samma företag eller genom svenska eller internationella koncernbildningar.
- g) En uppfattning om att det finns i grunden moraliska betänkligheter med att bedriva privat verksamhet med överskott inom sektorer som finansieras av det allmänna, vilket i sådana fall strider mot grundsyftet i a).

Huruvida dessa förhållanden eller förutsättningar objektivt sett är sanna är självfallet inte en rättslig fråga, men icke desto mindre viktiga att beakta. För den rättsliga bedömningen kan dock syftet väsentligen ha tre tänkbara huvudmål att

- 1) privat vinstdrivande verksamhet bör begränsas eller förbjudas, eftersom det av angelägna allmänna skäl finns anledning att förbehålla välfärdstjänsterna för det allmänna till följd av en inneboende skadlighet av vinstdrivande verksamhet, eller att
- 2) privat verksamhet bör tillåtas inom välfärdsområdet, men i syfte att antingen höja kvaliteten och utbytet för brukare, patienter och elever bör vinstuttag begränsas alternativt, eller att
- 3) privat verksamhet förvisso kan tillåtas inom välfärdsområdet, men att vinstuttag bör begränsas av ideologisk-moraliska skäl.

6.6 Sammanfattande problembedömning

Såsom visats ovan bygger regleringen av verksamheterna inom välfärds- och utbildningssektorerna väsentligen på målsättningar kopplade till kvalitet och resultat. Det förekommer i princip ingen indirekt reglering av incitamentsstrukturerna för vare sig privat eller offentlig verksamhet. Marknaden är inte förbehållen någon särskild aktör i dagsläget och utesluter heller inte aktörer från bland annat EU. I vissa fall marknaden även öppen för aktörer från 3:e land. I det fall vinstbegränsningskravet realiserar kommer detta potentiellt sett att komma aktualisera frågor om, eller stå i konflikt med, grundläggande regler om egendomsskydd, näringsfrihet, fri rörlighet inom EU, etableringsfrihet, offentlig upphandling, koncessioner. Även frågeställningar om vinstbegränsningskravet är förenligt med gällande associationsrätt aktualiseras.

7 Begreppet ekonomisk verksamhet i förhållande till sociala tjänster

En fråga som kan ställas i samband med begränsningsregler om vinster inom tjänster av allmänt intresse och allmänt ekonomiskt intresse är om de utgör *ekonomisk verksamhet* i rättslig mening. Relevansen av detta är att det i vissa sammanhang skulle vara tillåtet att lägga begränsningar på verksamheter av icke-ekonomisk karaktär, bland annat i så måtto att EU:s konkurrens- och statsstödsregler inte vore tillämpliga på vissa verksamheter.

Det är dock primärt inte detta som den inom ramen för denna utredning aktuella frågeställningen avser, utan snarare om det samhälleliga åtagandet beträffande sociala tjänster och välfärdstjänster i sig kan motivera vinstbegränsningsregler med anledning av tjänsternas karaktär gentemot brukare/patienter/elever med flera vore icke-ekonomiska till sin natur.

Det är från början viktigt att inte göra en sammanblandning mellan samhällsåtagandets karaktär i kärnan och sättet på vilket detta organiseras, eller av vem det genomförs. Ett icke-ekonomiskt samhällsåtagande kan mycket väl helt eller delvis utföras av företag som bedriver ekonomisk verksamhet. Faktum att till exempel utförandet läggs ut på entreprenad genom offentlig upphandling av vissa sociala tjänster innebär alltså inte att företagen som utför tjänster ska betraktas som icke-ekonomiska i utövandet. Det vore exempelvis strängt taget ologiskt att påstå att ett aktiebolag som vunnit en offentlig upphandling om vårdtjänster skulle upphöra att bedriva ekonomisk verksamhet enbart på den grunden att det utför en social tjänst mot ersättning gentemot det allmänna. Verksamheten i aktiebolaget är alltså ekonomisk i aktiebolaget oaktat tjänstens natur. EU-domstolen har även generellt slagit fast att *all verksamhet* som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad utgör ekonomisk verksamhet.⁵

I vissa fall kan trots vissa sociala tjänsters karaktär övergå till att bli ekonomiska även på beställarsidan. Detta ska utvecklas i det följande. Vidare ska beaktas att oaktat hur verksamheten i den sociala sektorn ska klassificeras i konkurrensrättsligt- eller statsstödsrättsligt hänseende många gånger är irrelevant att beakta om åtgärden i stället är ägnad att begränsa enskildas näringsfrihet, egendomsrätt eller fria rörlighet inom unionen. Att en verksamhet inte till sin natur är ekonomisk betyder inte nödvändigtvis att detta utesluter tillämpning av andra regelverk, bland annat unionsrätten.

7.1 Allmänna utgångspunkter för klassificeringen som ekonomisk

Vägledning avseende begreppet ekonomisk verksamhet kan hämtas från EU:s konkurrens- och statsstödsregler och där gällande lagstiftning. EU-domstolen har som utgångspunkt och som en allmän princip konsekvent definierat *företag* (eng. *undertaking*) som enheter som utövar ekonomisk verksamhet, oberoende av deras rättsliga ställning och hur de finansieras.⁶

⁵ Mål 118/85, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken*, REG 1987, s. 2599, p. 6–7, mål C-35/96, *Europeiska kommissionen mot Italienska republiken*, REG 1998, s. I-3851, p. 36, mål C-41/90, *Klaus Höfner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH*, REG 1991, s. I-1979, p. 21 och mål C-55/96, *Job Centre coop. Arl*, REG 1997, s. I-7119, p. 21

⁶ Se de förenade målen C-180/98 till C-184/98, *Pavel Pavlov med flera mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, REU 2000, s. I-6451. Se även Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT C 8, 11.1.2012, s. 4–14, avsnitt 2.1.1.

Klassificeringen av en viss enhet som ett företag beror därför helt och hållet på *vilken typ av verksamhet* den bedriver. Skillnaden mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster beror i hög grad på politiska och ekonomiska särdrag i en viss medlemsstat och det är, enligt kommissionen, inte möjligt att upprätta en uttömmande förteckning över verksamheter som utan föregående bedömning inte skulle vara ekonomiska. I stället läggs fokus på att analysera några viktiga områden i praktiskt hänseende. Med fokus lagd på typen av verksamhet får detta, enligt kommissionen, tre viktiga konsekvenser:⁷

- 1) Det är inte avgörande *vilken status* enheten har enligt nationell lagstiftning. Det kan till exempel hända att en enhet som klassificeras som en sammanslutning eller en idrottsförening enligt nationell lagstiftning ändå måste betraktas som ett företag i den mening som avses i artikel 101, 102 och 107 FEUF. Det enda relevanta kriteriet i detta hänseende är om företaget bedriver just en ekonomisk verksamhet.
- 2) Tillämpningen av reglerna om statligt stöd är *inte* beroende av om enheten har *skapats för att generera vinst*. Enligt domstolens och tribunalens rättspraxis kan även ideella enheter erbjuda varor och tjänster på en marknad.⁸ Om så inte är fallet faller icke-vinstdrivande leverantörer naturligtvis helt utanför konkurrensrätten och kontrollen av statligt stöd.
- 3) För det tredje är klassificeringen av en enhet som företag alltid relaterad till *en särskild verksamhet*. Ett företag som utför både ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet är att betrakta som ett företag endast med avseende på det förra.

EU-domstolen har även klargjort skillnaden mellan ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet genom att den konsekvent slagit fast att all verksamhet som går ut på att erbjuda varor och tjänster *på en marknad* utgör ekonomisk verksamhet, vilket bland annat kan innefatta att erbjuda tjänster mot betalning. Att bära den ekonomiska risken för verksamheten talar även för att verksamheten är ekonomisk.⁹

Existensen av en marknad är många gånger beroende av hur tjänsterna är organiserade i medlemsstaten i fråga.¹⁰ Den avgörande frågan är i de flesta fall om medlemsstaten har öppnat eller liberaliserat marknaden så att till exempel privata rättssubjekt har möjlighet att mot ersättning tillhandahålla varor eller tjänster på marknaden.

⁷ Se Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT C 8, 11.1.2012, s. 4–14, p. 9.

⁸ Se de förenade målen 209-215/78 och 218/78, *Heintz van Landewyck SARL med flera mot Europeiska gemenskapernas kommission*, REG 1980, s. 3125, p. 21, mål C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie och Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs mot Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, REG 1995, s. I-4013 och mål C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) mot Elliniko Dimosio*, REG 2008, s. 4863, där domstolen betonade att "... det förhållandet att ... inte har något vinstsyfte har för denna kvalificering, konstaterar domstolen ... att den omständigheten att tillhandahållandet av varor och tjänster sker utan vinstsyfte inte utgör hinder för att den enhet som gör dessa transaktioner på marknaden ska anses vara ett företag, då tillhandahållandet sker i konkurrens med andra aktörer, vars verksamhet bedrivs i vinstsyfte. ... [A]tt ... klagande i målet vid den nationella domstolen, själv är en ideell förening saknar ur denna synvinkel betydelse för frågan huruvida en sådan juridisk person som ELPA ska kvalificeras som ett företag. Det är inte uteslutet att det i Grekland, vid sidan av de föreningar vars verksamhet består i att utan vinstsyfte anordna och kommersiellt utnyttja motorcykeltävlingar, finns föreningar som bedriver sådan verksamhet i vinstsyfte och således konkurrerar med ELPA. Ideella föreningar som tillhandahåller varor eller tjänster på en marknad kan även konkurrera med varandra. Framgången och den ekonomiska överlevnaden för sådana föreningar är på lång sikt beroende av deras förmåga att på den aktuella marknaden slå sig fram med de tjänster som de erbjuder på bekostnad av de tjänster som andra aktörer erbjuder". (p. 27–28).

⁹ Se mål C-35/96, *Europeiska kommissionen mot Italienska republiken*, REG 1998, s. I-3851, p. 36–37, mål C-41/90, *Klaus Höfner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH*, REG 1991, s. I-1979, mål C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie och Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs mot Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, REG 1995, s. I-4013, p. 14. I mål C-55/96, *Job Centre coop. arl.*, REG 1997, s. I-7119, konstaterade EU-domstolen att en offentlig arbetsförmedling utgjorde ekonomisk verksamhet (p. 21).

¹⁰ Se förenade målen C-159/91 och C-160/91, *Christian Poucet mot Assurances générales de France och Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, REG 1993, s. I-637. Se även generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande i målet Mål C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mot Transformación Agraria SA (Tragsa) och Administración del Estado*, REG 2007, s. 2999, p. 110–116.

7.2 Särskilt om hälso- och sjukvårdens ekonomiska eller icke-ekonomiska natur

Inom unionen finns stora skillnader mellan hälso- och sjukvårdssystemen i olika medlemsstater. Utan att göra någon jämförelse mellan medlemsländerna är det inom ramen för utredningen tillräckligt att konstatera att ekonomisk verksamhet kan uppkomma i väsentligen två led, nämligen såväl redan i tjänstens karaktär gentemot avnämarna, men även genom offentliga kontrakt.

7.2.1 Ekonomisk verksamhet på utbudssidan

För det första kan skilda vårdgivare konkurrera med varandra i en marknadsmiljö på utbudssidan. Detta kan ske genom att sjukhus eller andra vårdgivare erbjuder sina tjänster i konkurrens med varandra angående tillhandahållandet av hälso- och sjukvårdstjänster mot ersättning, antingen direkt från patienterna eller via deras försäkring.¹¹ Enligt kommissionen är det i sådana fall inte möjligt ens för ett offentligt sjukhus att klassificera sina vårdtjänster som icke-ekonomiska.¹² Oberoende och andra privatpraktiserande läkares verksamhet har i rättspraxis även ansetts vara ekonomisk gällande tillhandahållande av vårdtjänster mot ersättning på egen risk.¹³

På utbudssidan finns det i andra länder verksamheter som till sin natur även är icke-ekonomiska, beroende av hur hälso- och sjukvården är organiserad. Det kan till exempel vara så att allmänna sjukhus är en integrerad del av ett nationellt hälso- och sjukvårdssystem, vilket i sin tur är uppbyggt på den så kallade solidaritetsprincipen. Kännetecknade för dessa sjukhus är att de finansieras direkt med statliga eller kommunala medel och är gratis eller är tillgängliga mot en försumbar kostnad för att all dem som är ansluta till system baserat på principen om allmän täckning. Dessa verksamheter är enligt rättspraxis inte ekonomiska till sin natur.¹⁴

I förhållande till offentlig upphandling och utövande av offentlig köparmakt kan även framhållas att det enligt rättspraxis tillika hittills har gällt att själva inköpen som en sådan icke-ekonomisk verksamhet gör heller inte innebär att sjukhuset ska betraktas som ett företag enbart på grundval av dess inköpsaktiviteter.¹⁵

7.2.2 Ekonomisk verksamhet i samband med offentliga kontrakt om hälso- och sjukvård

I vissa länder är det vanligt att samhällsåtagandet utförs av privata aktörer genom att det allmänna upphandlar tjänsterna eller beviljar tjänstekoncessioner för sådana tjänster till aktörer utanför den egna organisationen. I de fall när tjänsterna inte bedrivs i egen regi förekommer normalt upphandlingsplikt för den upphandlande myndigheten, varvid reglerna om offentlig upphandling tillämpas.

¹¹ Jfr mål C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie och Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs mot Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, REG 1995, s. I-4013, mål C-67/96, *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, REG 1999, s. I-5751, de förenade målen C-155/97 till C-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, REG 1999, s. I-6025 och mål C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV mot Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, REG 1999, s. I-6121.

¹² Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT C 8, 11.1.2012, s. 4–14, p. 24.

¹³ Se de förenade målen C-180/98 till C-184/98, *Pavel Pavlov med flera mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, REG 2000, s. I-6451, p. 75, 77.

¹⁴ Jfr de förenade målen C-159/91 och C-160/91, *Christian Poucet mot Assurances générales de France och Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, REG 1993, s. I-637 och mål T-319/99, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) mot Europeiska kommissionen*, REG 2003, s. II-357.

¹⁵ Mål T-319/99, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) mot Europeiska kommissionen*, REG 2003, s. II-357, p. 40.

Det framstår som uppenbart att privata aktörer som erbjuder tjänster för offentliga kontrakt mot ersättning ska betraktas som företag (och därigenom bedrivande ekonomisk verksamhet) i rättslig mening. Det är sålunda inte möjligt att hävda att dessa privata aktörer bedriver icke-ekonomisk verksamhet.

7.3 Utbildningssektorn

Det följer av rättspraxis att *offentligt tillhandahållande* av utbildningstjänster i normalfallet inte betraktas som ekonomisk verksamhet. Nationella utbildningssystem som finansieras av och övervakas av staten betraktas, som sådana, normalt till sin natur som icke-ekonomiska. EU-domstolen har slagit framhållit att staten

”... genom att upprätta och upprätthålla ett sådant system för offentlig undervisning som i regel finansieras med medel ur den offentliga budgeten och inte av eleverna eller deras föräldrar, inte avser att bedriva verksamhet i vinstsyfte utan endast att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare.”¹⁶

Den icke-ekonomiska karaktären av en offentlig ändras i princip inte av att elever eller deras föräldrar i vissa fall betalar undervisnings- eller inskrivningsavgifter som bidrar till att finansiera kostnaderna för att driva systemet. Enligt vad som framkommit i praxis täcker sådana avgifter oftast endast en bråkdel av de verkliga kostnaderna för tjänsten och kan således inte betraktas som betalning för den tjänst som tillhandahålls.¹⁷

Motsatsvis gäller dock att EU-domstolen har slagit fast att de kurser som sådana undervisningsinrättningar ger och som huvudsakligen finansieras med privata medel, bland annat av eleverna och deras föräldrar, emellertid utgör *tjänster* i den mening som avses i artikel 57 FEUF, eftersom syftet med dessa inrättningar nämligen är att erbjuda en tjänst mot ersättning.¹⁸ Det förekommer alltså inom unionen, parallellt med de skolor som ingår i ett offentligt utbildningssystem, skolor som inte ingår i ett sådant statligt undervisningssystem och som huvudsakligen finansieras med privata medel. Sådan undervisning har rättspraxis ansetts utgöra tillhandahållande av tjänster mot ersättning. Härigenom blir verksamheten för dessa ekonomisk till sin natur.¹⁹

Skillnaden är belysande i så måtto att det i rättspraxis har särskilt framhållits dessa åtskillnader i syfte att från ekonomisk verksamhet särskilja offentligt maktövande²⁰ eller när till exempel statliga myndigheter agerar i egenskap av offentliga myndigheter.²¹ Kommissionen har framhållit att företag anses agera genom att utöva offentliga befogenheter när verksamheten i fråga är en uppgift som utgör en del av statens väsentliga funktioner eller anknyter till dessa funktioner genom sin art, sitt syfte och de regler det omfattas av.²²

¹⁶ Mål C-318/05, *Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland*, REG 2007, s. I-6957, p. 68.

¹⁷ Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT C 8, 11.1.2012, s. 4–14, p. 27. Se även Eftadomstolens avgörande av den 21 februari 2008 i mål E-5/07.

¹⁸ Mål C-109/92, *Stephan Max Wirth mot Landeshauptstadt Hannover*, REG 1993, s. I-6447, där domstolen anförde att ”... whilst most establishments of higher education are financed in this way, some are nevertheless financed essentially out of private funds, in particular by students or their parents, and which seek to make an economic profit. When courses are given in such establishments, they become services within the meaning of [Article 57 TFEU]. Their aim is to offer a service for remuneration” (p. 17) och mål C-318/05, *Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland*, REG 2007, s. I-6957, p. 69.

¹⁹ Se Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT C 8, 11.1.2012, s. 4–14, p. 28.

²⁰ Se mål 118/85, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken*, REG 1987, s. 2599, p. 7–8.

²¹ Mål 30/87, *Corinne Bodson mot SA Pompes funèbres des régions libérées*, REG 1988, s. 2479, p.

²² Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT C 8, 11.1.2012, s. 4–14, p. 16. Se även mål C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH mot Eurocontrol*, REG 1994, s. I-43, p. 19–30.

Kommissionen framhåller vidare att om den aktuella medlemsstaten *inte* har infört *marknadsmekanismer* är verksamheter som i sig utgör en del av befogenheterna att utöva offentlig makt och utförs av staten generellt sett inte ekonomisk verksamhet.²³

Det kan mycket väl förhålla sig så att själva *systemet* med utbildning kan betraktas som icke-ekonomiskt, men frågan uppkommer då om det inom ramen för det svenska skolväsendet kan anses att friskolor eller skolor som bedrivs av aktiebolag skulle betraktas som icke ekonomiska i anledning av de inte erbjuder utbildningstjänsterna mot ersättning från elever eller deras föräldrar samt att det därigenom vore möjligt att begränsa aktörernas vinstuttag eller möjlighet att göra vinst i verksamheten. Egentligen saknar det i rättslig mening – och inom ramen för denna utredning – betydelse av hur själva verksamheten ska karaktäriseras. Att till exempel aktiebolag bedriver sådan verksamhet ändrar inte på aktiebolagets inriktning och det saknas därutöver en rättsgrund att ändra på aktiebolagen endast på grund av tjänstens karaktär. Att denna distinktion har stor betydelse gällande tillämpningen av reglerna om statsstöd och tillämpningen av förbuden i konkurrenslagen/artiklarna 101–102 FEUF är däremot en annan fråga, vilken saknar relevans för denna utredning.

Det kan konstateras att det i dag saknas begränsningar angående kretsen av presumtiva huvudmän för fristående skolor och även om det måhända kan argumenteras för att det inte existerar någon marknad i traditionell betydelse saknas enligt gällande rätt alltså möjligheter för staten att vägra etablering för vissa associationsformer. Detta följer redan av definitionen av fristående fritidshem, förskola eller skola i 1 kap. 3 § skollagen enligt vilken även efter lagändringen den 1 juli 2015 anger att detta är enheter vid vilka *enskild* bedriver verksamhet eller utbildning i enlighet med bestämmelserna i skollagen. Vad gäller huvudmannskapet följer av 2 kap. 5 § skollagen att *enskilda* efter ansökan får godkännas som huvudmän för förskola, förskoleklass, grundskola, grundsärskola, gymnasieskola, gymnasiesärskola och fritidshem. Enligt förarbetena framgår att med enskilda avses bolag, föreningar (ideella som ekonomiska), stiftelser, registrerade trossamfund eller enskilda individer. Särskilda regler finns dock angående konfessionella inslag i verksamheten, vilket inte behandlas här. Härutöver kan även en juridisk person som helt eller delvis ägs av staten, en kommun eller ett landsting anses som en enskild juridisk person (jfr RÅ 2008 ref. 29). Särskilda begränsningsbestämmelser för bolag eller föreningar över vilka kommun eller landsting utövar bestämmande inflytande finns dock i 2 kap. 6 § skollagen.²⁴

Det saknas således begränsningar i kretsen av berättigade enskilda rättssubjekt – även utländska rättssubjekt har rätt bli huvudmän. Att så är fallet ter sig högst naturligt. Lagstiftaren har liberaliserat verksamheten i så måtto att det inte finns något monopol för själva verksamheten och gjort det möjligt för enskilda att bli huvudmän parallellt med kommuner, landsting och i viss mån staten. Det torde därvidlag inte vara möjligt att begränsa kretsen av enskilda enbart till svenska rättssubjekt, eftersom detta skulle strida mot grundläggande EU-rätt.

I stället är skollagen inriktad på kvalitativa tillståndskrav. Av 2 kap. 5 § 2 st. följer att godkännande *ska* lämnas om den enskilde har förutsättningar att följa de föreskrifter som gäller för utbildningen och utbildningen inte innebär påtagliga negativa följder på lång sikt för eleverna eller för den del av skolväsendet som anordnas av det allmänna i den kommun där utbildningen ska bedrivas. För gymnasieskolor eller gymnasiesärskolor ska följderna i närliggande kommuner för den del av skolväsendet som

²³ Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT C 8, 11.1.2012, s. 4–14, p. 16. Med sådana verksamheter avses bland annat försvarsmakten eller polisen, flygnavigationssäkerhet och kontroll av luftrummet, sjötrafiksäkerhet och kontroll av sjötrafiken, föroreningsbegränsande övervakning, organisation, finansiering och verkställighet av fängelsedomar.

²⁴ Se prop. 2009/10:165, s. 643.

anordnas av det allmänna även beaktas. Avser godkännandet förskoleklass, grundskola eller grundsärskola krävs därutöver att elevunderlaget är tillräckligt för att verksamheten ska kunna bedrivas långsiktigt. Efter införandet av 2010 års skollag har sedermera även införts en *samrådsskyldighet* mellan enskild huvudman och den kommun där utbildningen bedrivs. De möjligheter som finns avseende *återkallelse* av godkännande för enskild återfinns i 29 kap. skollagen och saknar följaktligen sådana grunder som är hänförliga till om verksamheten bedrivs med vinst, delar ut vinst eller om den sker i viss associationsform.

Åtgärder som är ägnade att i efterhand begränsa kretsen av presumtiva enskilda huvudmän, eller till och med kretsen av befintliga sådana genom att de innebära ett *de jure*- eller *de facto*-förbud för vissa enskilda att bedriva verksamhet eller tillhandahålla tjänster inom skolområdet, allt beroende av hur åtgärderna utformas, innebär en reversering av den tidigare liberalisering som verksamheten kännetecknas av. Om så sker aktualiseras vad som i denna utredning behandlas om bland annat näringsfrihet, associationsrättsliga överväganden och fri rörlighet inom unionen. Verksamhetens klassificering såsom varande ekonomisk eller inte till sin natur påverkas inte den bedömningen.

Sammantaget är rättsligt mycket svårt – om alls möjligt – att från utgångspunkten fri etableringsrätt för varje enskild (svenska och europeiska rättssubjekt) sedermera reversera och begränsa denna under hänvisning till verksamheten till sin karaktär inte vore ekonomisk. Klassificering av verksamheten som ekonomisk eller inte har betydelse för tillämpning av konkurrensreglerna och statsstödsreglerna. När det däremot gäller grundläggande skyddsbestämmelser för befintlig näringsverksamhet, egendom eller förenligheten med fri rörlighet är detta inte av primär betydelse när sektorer har liberaliserats.

8 Sektorer i värdekedjan som inte omfattas av förslagen

De föreslagna begränsningsåtgärderna hänför sig i allt väsentligt till de företag som utför tjänster inom respektive välfärdssektor. För till exempel skol- och vårdverksamhet är emellertid själva tjänsten endast en av flera viktiga komponenter i en *värdekedja* som är nödvändig för att det samhälleliga åtagandet i sin helhet ska uppfyllas. Sålunda kan konstateras att det utöver tjänster även krävs tillgång till ändamålsenliga lokaler och fastigheter, uppvärmning, energi, förbrukningsmaterial, livsmedel, läkemedel, medicinsk-teknisk utrustning, tvätt- och städtjänster med mera. Flertalet av dessa deltjänster utförs av vinstdrivande bolag – vissa därtill statligt ägda.

Förslagen omfattar inte företag som utför och tillhandahåller dessa kompletterande och nödvändiga tjänster, varor och infrastrukturer. I vissa fall är de även en integrerad – till och med omistlig – del av värdekedjan. Varför just här aktuella tjänster skulle brytas ut från värdekedjan och särbehandlas, eller om man så vill; diskrimineras, framgår inte av kommittédirektiven. Från rättslig synpunkt synes det vara synnerligen olämpligt att ha olika behandlingar av aktörer inom en och samma verksamhet. Detta leder till betänkligheter i likabehandlingshänseende – särskilt om en av verksamheterna ska särbehandlas. Problemställningen liknar övervägandena om gynnande av enskild i 2 kap. 17 § RF – vissa associationsformer kommer genom förslagen att gynnas samtidigt som andra missgynnas inom de här aktuella tjänstesektorerna. Därtill kommer ett missgynnande att ske gentemot andra sektorer i värdekedjan. Denna särbehandling framstår som svår att motivera i proportionalitetshänseende.

Härtill ska läggas att genom att åtgärderna tillåter övriga vinstdrivande verksamheter att fortsätta utan inskränkning, att marknaderna inte ska återmonopoliseras, att bara vissa tjänster ska begränsas, så är det högst sannolikt att kostnader eller vinster flyttas till någon annan del av värdekedjan. Regleringen, såsom förefalla följa av förslaget, kommer nämligen högst sannolikt att skapa incitament för aktörer att flytta eventuella vinster till exempelvis hyreskostnader, personalkostnader, räntekostnader.

I praktiken synes det därigenom finnas goda möjligheter för ägarna att utradera vinster samtidigt som ägarna kan tillgodogöra sig överskottet i andra led av värdekedjan. Att en sådan ordning skulle befrämja effektivitet i tjänsteutbudet synes vara uppenbart oriktigt. Därigenom riskerar åtgärderna att snarare förvärpa de brister som ursprungligen använts som bevekelsegrund för vinstbegränsningskravet. Samtidigt framstår det som objektivt uppenbart att höjda och rättsligt oproblematiska kvalificerings- och kvalitetskrav sedda tillsammans med en ändamålsenlig incitamentsskapade ersättningsmodell är en långt mer effektiv metod att lösa eventuella problem.

Sett i kombination med förenligheten med EU-reglerna är det även sannolikt att begränsningar som drabbar svenska rättssubjekt leder till att verksamheter formellt sett kan läggas i utländska bolag, över vilka Sverige saknar jurisdiktion. Möjligheten att reglera vinstuttag i sådana bolag är i praktiken omöjligt.

9 Begränsningsreglernas förhållande till den kommunala självbestämmandeprincipen

Det följer direkt av 1 kap. 1 § regeringsformen (RF) angående den offentliga makten att denna i Sverige utgår från folket. Den svenska folkstyrelsen bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt; vilket förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse. Folkstyrelsen i Sverige realiserar genom bland annat genom den kommunala självstyrelsen som gäller för såväl kommuner och landsting (lokala och regionala kommuner), jfr 1 kap. 7 § RF.

Även om riksdagen ytterst sätter gränserna för det kommunala självstyret och att gränserna för detta måhända betraktas som inte helt klarlagda är självstyret icke desto mindre en samhällsföreteelse som många gånger sätter gränser för riksdagens makt. I annat fall hade bestämmelsen i regeringsformen varit innehållslös och det hade i grundlagen funnits mer detaljerade bestämmelser för riksdagens befogenheter att inskränka självstyret.²⁵

Det kan svårligen uteslutas att kravet på vinstbegränsningar i den mening som följer av förslaget kommer att ha inverkan på kommunala inrättningars möjligheter att rättshandla med privata aktörer. Även i detta sammanhang torde det vara nödvändigt för riksdagen att beakta en proportionalitetsprincip i så måtto att om det finns för det kommunala självstyret mindre inskränkande åtgärder bör det väljas framför sådana som är mer inskränkande.

Ett väsentligt område att utreda vidare är hur begränsningsreglerna kommer att påverka kommunal verksamhet och huruvida deras möjligheter att själva bestämma över till exempel organisation av verksamhet och tilldelning av kontrakt med externa leverantörer. Tentativt torde det finnas långt fler alternativ än vinstbegränsningskrav för att komma tillrätta med eventuella brister i välfärdstjänsterna.

²⁵ Se lagrådsremiss till prop. 2000/01:36, s. 30 och bet. 1999/2000:BoU11, s. 23 f.

10 Grundläggande rättsliga krav på ingrepp i egendom och inskränkning av näringsfrihet

10.1 Krav på föreskrifter i form av lag och delegationsrätten

För att det allmänna ska kunna ingripa med *inskränkande åtgärder* i näringsfriheten krävs det som minst lagstöd i grunden för alla sådana åtgärder. Det följer av 8 kap. 2 § p. 2–3 regeringsformen (RF) att föreskrifter ska meddelas genom lag om de avser enskildas personliga ställning och deras personliga och ekonomiska förhållanden inbördes samt förhållandet mellan enskilda och det allmänna under förutsättning att föreskrifterna gäller skyldigheter för enskilda eller i övrigt avser ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden.

En begränsning för enskilda²⁶ att bedriva verksamhet eller inskränkningar i möjligheterna att tillgodogöra sig värdet av egendom – innefattande bland annat aktiers eller andelars fulla värde av bolag – kommer att kräva stöd i lag för att kunna åberopas gentemot enskild. Utan lagstöd kommer sålunda begränsningar inte att kunna göras gällande mot enskild. Det är alltså endast Riksdagen som har makt i Sverige att införa sådana begränsningar, även om delegationsmöjligheter därefter är omfattande.

Under alla förutsättningar kommer därför alla åtgärder som syftar till att begränsa vinstuttag att kräva någon form av grundläggande lagstiftning för att det i rättslig teknisk mening ska vara möjligt att ställa sådana krav på företag. Visserligen är möjligheten till delegation omfattande i svensk rätt (jfr. 8 kap. 3, 10 §§ RF), men det torde inte vara möjligt att ställa indirekta krav på sådana vinstbegränsningar om detta inte ytterst grundas på ett sådant bemyndigande. Hur detta hanteras inom upphandlingslagstiftningen kommer att behandlas separat nedan.

10.2 Legalitetsprincipen och konfiskatoriska åtgärder

En vedertagen princip inom straffrätten och förvaltningsrätten är förbudet mot retroaktiv belastande lagstiftning. Legalitetsprincipen sätter gränser för det allmännas makt över enskild. Det innebär att myndigheter måste fatta beslut i enlighet med lag, varigenom enskilda tillförsäkras ett effektivt skydd mot eventuellt missbruk av makt. Likaså skapas en tydlighet om vilka handlingar och åtgärder som är tillåtna och vilka som är förbjudna. Omfattningen av principen och innehållet varierar dock mellan straffrätten och förvaltningsrätten och principen ska inte ses som ett allmänt förbud mot all form av retroaktivitet. Icke desto mindre är principen viktig att beakta i händelse av att bestämmelser ges retroaktiv verkan.

Principen träffar som sådan såväl direkta som indirekta förfaranden och vad gäller näringsverksamhet måste det finnas en garanti för att i sig legala förfaranden i efterhand inte görs till förbjudna. Utan att göra en djupare analys om legalitetsprincipens inverkan på näringsverksamheter förefaller det emellertid rättsligt problematiskt att rikta åtgärder mot befintliga existerande utdelningsbara medel i existerande företag i syfte att uppnå vinstbegränsningar.

²⁶ Här inräknas rättssubjekt i allmänhet, det vill säga fysiska personer, men även juridiska personer såsom aktiebolag, handels- och kommanditbolag, stiftelser, ideella och ekonomiska föreningar med flera.

Åtgärder som är ägnade att begränsa aktieägares rättigheter till befintligt existerande fritt utdelningsbart kapital, och vilket bolagsstämman lagligen råder över, ska närmast vara att betrakta som konfiskatoriska åtgärder. Härigenom kommer värdet på aktierna väsentligen att påverkas negativt, vilket enligt 2 kap. 18 § 2 st. RF ger upphov till en rätt till ersättning. Detta förhållande kommer emellertid att mildras av möjligheten för aktieägare att genom eventuella övergångsbestämmelser innan ikraftträdande kunna tillgodogöras sig sådana medel. Mera allvarligt torde dock vara möjligheten till framtida verksamhet.

Begränsningar av möjligheten att göra vinst och att göra värdeöverföringar av det fritt utdelningsbara kapitalet kan sålunda betraktas som skilda inskränkningar:

- 1) En åtgärd kan vara ägnad att begränsa möjligheterna för aktieägarna att disponera över befintliga medel i bolag, vilka de i dagsläget lagligen råder över.
- 2) Åtgärderna kan innebära att möjligheterna att bedriva befintliga näringsverksamheter begränsas eller inskränks.
- 3) Åtgärderna kan negativt påverka möjligheterna att avyttra aktier eller erhålla marknadsmässig ersättning.

Med denna utgångspunkt kommer utredningen att övergå till en bedömning av förenligheten av föreslagna åtgärder med egendomsskyddet och näringsfriheten.

10.3 Skyddet för egendom i allmänhet

10.3.1 Egendomsskyddet i Europakonventionen, EKMR

Rättighetsfrågorna är för svenskt vidkommande dels reglerade direkt i grundlagen genom bestämmelsen om inkorporering av Europakonventionen. Enligt 2 kap. 19 § RF gäller att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen. Konventionen måste sålunda beaktas och genom grundlagsstödet finns det i svensk rätt en begränsning för normgivningen – dock inte i förhållande till grundlagen.

En lag som strider mot 2:19 RF kan sålunda bli föremål för lagprövning i enlighet med 11 kap 14 § och 12 kap. 10 § RF.²⁷ Det ankommer alltså sålunda på såväl riksdagen och regeringen att inte utfärda föreskrifter (inom ramen för deras resp. kompetens) i strid mot EKMR. I näringsfrihetshänseende och med hänsyn till egendomsskyddet tillför EKMR i sak inga nya skyddsbestämmelser för enskilda i förhållande till existerande nationella särbestämmelser om egendomsskydd och näringsfrihet, däremot skiljer det sig åt gällande tolkningen och tillämpningen av reglerna.

Det kan konstateras allt medan grundlagsbestämmelserna om egendomsskydd och näringsfrihet i Sverige traditionellt sett har tolkats försiktigt och disparat har Europadomstolen tillämpat artikel 1 EKMR tämligen extensivt. Ett exempel på den mer extensiva tolkningen av artikel 1 är att egendomsskyddet getts ett tämligen vidsträckt tillämpningsområde innefattande såväl ekonomiska förmåner och intressen som legitima förväntningar i utövandet av näringsverksamhet. Sålunda är det gängse att beträffande egendomsskyddet balansera det allmännas intressen mot den enskildes olägenheter.²⁸

Verksamhet på liberaliserade marknader torde i normalfallet ge upphov till starkt befogade förväntningar bland aktörerna att liberaliseringen i sig inte kommer att reverseras

²⁷ Jfr Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 95.

²⁸ Nerep, E., Warnling-Nerep, W., *Marknad och myndighet – Förvaltningsrätt i ett näringsrättsligt perspektiv*, 3 uppl. Norstedts, Stockholm 2014, s. 111 f. Se även Nergelius, J., *De europeiska domstolarna och det svenska äganderättsskyddet*, Norstedts, Stockholm 2012.

– inte minst med tanke på de närmast oöverblickbara ekonomiska konsekvenser detta skulle få. Däremot får torde vara såväl att förvänta som i sig proportionerligt att ställa krav på utförandet av tjänsterna. Det kan alltså i sådana situationer betraktas som en rättighet att bedriva verksamhet och åtnjuta skydd för förmögenhetsmassan, däremot kan det aldrig betraktas som en rättighet att tillhandahålla undermåliga tjänster.

10.3.2 Egendomsskyddet inom EU-rätten enl. rättighetsstadgan

Vad gäller EU-rätten är det i detta sammanhang även aktuellt att beakta EU:s rättighetsstadga²⁹, som innehåller bestämmelser om egendomsskydd och regler om näringsfrihet. Rättighetsstadgan infördes 2009 samexisterar sålunda med EKMR, men har en högre rättsstatus för Sverige genom att den tillhör den så kallade primärrätten, det vill säga den ligger på samma höga rättskällennivå som EU:s grundfördrag.

Rättighetsstadgans tillämpningsområde. EU-domstolen har framhållit i *Åkerberg Fransson* att "[d]e grundläggande rättigheter som garanteras i unionens rättsordning är tillämpliga i samtliga fall som *regleras av unionsrätten*, men inte i andra fall. Domstolen har därför redan påpekat att den inte kan pröva en nationell lagstiftning mot stadgan när lagstiftningen inte omfattas av unionsrättens tillämpningsområde. Om nämnda lagstiftning däremot omfattas av unionsrättens tillämpningsområde ska EU-domstolen, när den tagit emot en begäran om förhandsavgörande, lämna samtliga tolkningsfakta som är nödvändiga för att den nationella domstolen ska kunna avgöra lagstiftningens förenlighet med de grundläggande rättigheterna, vilka EU-domstolen ska säkerställa att de iakttas." [...] Denna definition av tillämpningsområdet för unionens grundläggande rättigheter har stöd i förklaringarna till artikel 51 i stadgan, vilka i enlighet med artikel 6.1 tredje stycket FEU och artikel 52.7 i stadgan ska beaktas vid tolkningen av stadgan [...] Enligt nämnda förklaringar gäller att "medlemsstaterna är skyldiga att respektera de grundläggande rättigheter som fastställts inom ramen för unionen endast när de fattar beslut inom tillämpningsområdet för unionsrätten". [...] De grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan måste således iakttas när en nationell lagstiftning omfattas av unionsrättens tillämpningsområde, och något fall som sålunda omfattas av unionsrätten, utan att de grundläggande rättigheterna äger tillämplighet, är följaktligen inte möjligt. Är unionsrätten tillämplig innebär detta att de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan är tillämpliga." [min kurs.]³⁰

Genom artikel 17 i rättighetsstadgan föreskrivs att var och en har rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid. Nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen.

Rättighetsstadgan gör ingen åtskillnad mellan olika typer av egendom, varför denna är något mer långtgående beträffande rådighetsinskränkningar för lös egendom än vad som följer av svensk rätt (mer om det nedan). Visserligen framhålls att äganderätten inte är absolut och att öppnar för att enskildas intressen ibland måste vika för samhällsintresset, men enbart om detta är nödvändigt. I Sverige knyts detta till uttalandet i grundlagen om ett angeläget allmänt intresse.

²⁹ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT C 326, 26.10.2012, s. 391–407.

³⁰ Mål C-617/10 REC, *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*. [ännu inte publicerat], p. 19–21.

Att begränsa rådigheten över egendom kan sålunda stå i direkt strid med rättighetsstadgan om det innebär att till exempel aktieägare inte längre kan nyttja eller förfoga över egendomen som de lagligen kunde innan åtgärden införs. Begränsningar av möjligheten att göra värdeöverföringar från bolags existerande fria egna kapital kommer att aktualisera denna bestämmelse. I förevarande fall är det emellertid inte aktuellt att med EU-rättsakter införa begränsningar, varför det är tveksamt om föreslagna åtgärder står i strid med rättighetsstadgan, men det kan inte uteslutas och är beroende av hur åtgärderna slutligen utformas. Om däremot åtgärderna gäller tillämpning av EU-lagstiftningen blir den tillämplig, alltmedan nationella svenska bestämmelser tillämpas för rent nationella förhållanden.

10.3.3 Nationella svenska bestämmelser om egendomsskydd

Egendomsskyddet regleras i 2 kap. 15 § RF. Därav följer att vars och ens egendom är tryggad genom att ingen kan *tvingas avstå* sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller något annat sådant förfogande utom när det krävs för att tillgodose *angelägna allmänna intressen*. I detta sammanhang behandlar jag inte reglerna om rådighetsinskränkningar i fast egendom. Den som genom expropriation eller något annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom ska vara tillförsäkrad full ersättning för förlusten.

Av lagkommenterarna framgår att med uttrycket ”tvingas avstå sin egendom” avses att en förmögenhetsrätt med ekonomiskt värde såsom äganderätt, nyttjanderätt eller servitut *överförs* eller *tas i anspråk* utan samtycke. Enligt doktrinen gäller även ett krav på att värdet av det avtvingade *kommer någon annan till godo*, även om det är något oklart exakt hur ett sådant krav på förmögenhetsöverföring ska förstås i praktiken. Även immateriella rättigheter omfattas av skyddet. Med uttrycket ”liknande förfoganden” avses bland annat nationaliseringar.³¹

I förevarande fall är det förvisso inte aktuellt att direkt expropriera egendom eller helt förbjuda verksamhet. Däremot riskerar de föreslagna åtgärderna att helt begränsa möjligheterna för aktieägare att disponera över bolagens medel. Även om befintliga vinstmedel i bolaget måhända inte är satt i fara genom föreslagna åtgärder finns det en överhängande risk för att *värdet* av befintlig verksamhet kommer att påverkas negativt.

Av vikt i sammanhanget är vilket värde som är relevant att beakta. Om endast nuvarande situation för aktörerna skulle det kunna hävdas att aktieägarna inte går förlustig om substansvärdet i bolaget till följd av möjligheterna att dela ut eller skifta ut tillgångar innan reglerna träder i kraft. Det kan dock inte uteslutas att åtgärderna negativt påverkar möjligheterna att under normala förhållanden avveckla verksamheten. Åtgärder som omöjliggör eller kraftigt försvårar fortsatt driftform kommer med stor sannolikhet att påverka värdet på befintliga tillgångar.

Mera påtagligt kommer dock förslagen att påverka bolagens framtida *avkastningsvärde*. Genom införande av vinstbegränsningar är det stor sannolikhet att sådana åtgärder leder fram till att ägarna kan ha mycket svårt att överhuvudtaget finna köpare för verksamheten. En försiktig bedömning av vinstbegränsningskrav i kombination med begränsning av avyttringsvärde ger med nödvändighet och i enlighet med en analys av diskonterat kassaflöde ett mycket lågt värde. Det är sålunda mest väsentligt det framtida avkastningsvärdet som aktieägarna går miste om åtgärderna införs.

³¹ Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 89 f.

Den förmögenhetsrätt som följer av aktieinnehavet kommer därigenom att gå dem förlustig, åtminstone till viss väsentlig del. Härigenom är det inte orimligt att betrakta åtgärderna som ett liknande förfogande. Medlen tas nämligen i anspråk för ett annat syfte än vad som de lagligen i dag är ägnade för, varvid ägarna förlorar rättigheten till dessa medel.

I sammanhanget ska dock hållas i åtanke att egendomsskyddet i Sverige skulle kunna vara svårt att återropa i förevarande fall med hänsyn till att någon egentlig äganderätt inte inskränks – det är snarare *rådigheten* över egendomen som begränsas. I egendoms-hänseende är det emellertid viktigt att beakta att åtgärderna sannolikt medför att nu befintlig egendom blir betydligt mindre värd om åtgärderna genomförs. Det är även viktigt att beakta att det just är värdet av egendom och möjligheten att tillgodogöra sig detta värde som förslagsställaren vill begränsa med åtgärderna. Detta ska skiljas från åtgärder, vilka indirekt påverkar värdet av egendom (till exempel allmänt skatte-tryck eller andra generella krav som indirekt fördyrar verksamheter).³²

Genom att det primära föremålet för åtgärderna är möjligheten för enskild att tillgodogöra sig fulla värdet av egendomen kommer det, enligt min mening, måhända inte aktualisera frågan huruvida åtgärderna strider mot egendomsskyddet i sig, men åtminstone i förhållande till 2 kap. 15 § RF att aktualisera frågor om adekvat ersättning, varvid det inte kan uteslutas att detta inte inskränker sig till kompensation för nedgång i substansvärde, utan även annat värde. Samtidigt är det viktigt att betona att äganderätten inte uteslutande regleras av grundlagsbestämmelsen utan det är samtidigt viktigt att beakta EKMR.

10.4 Bestämmelser om vinstbegränsning och näringsfriheten

Enligt artikel 16 i EU:s rättighetsstadga ska näringsfriheten erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis. Denna kompletterar sålunda reglerna om fri rörlighet, etablering med mera. I Sverige gäller såsom en grundläggande fri- och rättighet en *allmän näringsfrihet* och *konkurrensfrihet*. Bestämmelsen innehåller väsentligen två delar, nämligen dels under vilka omständigheter som begränsningar alls får göras och dels vilket ansvar som staten ikläder sig gentemot den enskilde när sådana begränsningar är motiverade och vidtas.

10.4.1 När begränsningar av näringsfriheten får göras

Vad gäller frågan om möjligheten att göra begränsningar i näringsfriheten följer av 2 kap. 17 § RF att begränsningar i rätten att driva näring eller utöva yrke införs endast för att skydda *angelägna allmänna intressen* och *aldrig* i syfte enbart att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag. Bestämmelsen är alltså en *begränsningsregel* för riksdagens makt att inskränka näringsfriheten. Det finns ett därigenom ett konstitutionellt krav att inskränkningar måste vara motiverade av sådant allmänintresse.

Bestämmelsen i grundlagen ger uttryck för att det är möjligt att begränsa näringsfriheten när så är påkallat av angelägna allmänna intressen och att alla behandlas på samma sätt (*likabehandlingskrav*). Redan i detta hänseende kan det framstå som svår-förenligt med grundlagsbestämmelsen att behandla företag inom välfärdssektorerna olika enbart pga. att de tillhandahåller olika delar av värdekedjan. Att bryta ut vissa delar av till exempel en integrerad vårdkedja förefaller rättsligt svårmotiverat.

³² Allmänt om egendomsskyddet – se Åhman, K. (red.), *Äganderätten – Dess omfattning och begränsningar*, Iustus, Uppsala 2009.

Bestämmelsen utesluter i princip alltså inte förekomsten av, bibehållande av, eller ens återgång till monopol på en marknad – sådana drabbar argumentationsvis alla lika. Vidare måste framhållas att näringsfriheten kan anses ibland vara negativt påverkad av skilda kvalifikationskrav i allmänhet. Detta är dock företeelser som ska betraktas som begränsningar, vilka inte primärt påkallar grundlagsskydd – de drabbar alla lika och får i vart fall anses motiverade av angelägna allmänna skäl (legitimation inom sjukvården, tillstånd för farlig verksamhet med mera).³³ Skyddet för näringsfriheten tar i stället sikte på möjligheterna för enskild att bedriva näring i sig.

Motsatsvis gäller att liberaliserade marknader, det vill säga sådana som övergått från monopoliserad eller skyddad verksamhet till konkurrensutsatt verksamhet i skilda former svårligen i allmänhet kan återgå till monopolverksamhet just på grund av *frånvaron* av ett angeläget allmänt intresse. Återgång till monopol påverkar i sig förutsättningarna för näringsverksamhet, varför begränsningen enligt grundlagen måste vara motiverad av det kan påvisas ett angeläget allmänt intresse.

I det sammanhanget kan det strängt taget te sig motsägelsefullt att hävda ett allmänt intresse för att liberalisera en marknad i ett första skede och sedan använda samma motiv för inskränkning av samma liberaliserade marknad. Om till exempel effektiviserings- och förbättringsmotiv används till stöd att liberalisera marknader blir det mycket svårt att återmonopolisera marknader under hänvisning till detta skulle förbättra eller effektivisera vården. Det framstår alltså som svårt att åberopa ett angeläget allmänintresse när samma argument använts för till stöd för motsatsen. Just för liberaliserade marknader torde begränsningsåtgärder kräva att påvisandet av så allvarliga missförhållanden eller marknadsmisslyckanden att åtgärden i sig vore motiverad. Detta är dock enbart ett grundkrav – åtgärden måste därtill vara proportionerlig (se mer härom nedan).

Visserligen kan alltså denna motsägelse inte uteslutas om målsättningarna med liberaliseringen allvarligt förfelats, men vanligen är det allmänna intresset i sådana situationer det omvända, det vill säga det är mera betydelsefullt för det allmänna att åstadkomma en konkurrensutsättning och de fördelar som följer med det, än att bibehålla eller återgå till ett monopol. När marknader har liberaliserats är de som utgångspunkt även tillgängliga för rättssubjekt inom EU, varvid det är viktigt att beakta reglerna om fri rörlighet och etableringsfrihet, vilket ska behandlas nedan i avsnittet om EUn rätts inverkan.

10.4.2 Bedömning av inskränkning av näringsfriheten föreligger angående vinstbegränsningskrav

Lagrådet har tidigare diskuterat huruvida det anses utgöra en begränsning av rätten att bedriva näring i samband med propositionen till den så kallade stopplagen. I det fallet innebar förslaget i allt väsentligt ett förbud mot att landsting skulle få överlämna ansvaret för driften av akutsjukhus till någon som bedrev sådan verksamhet i vinstsyfte. Lagrådet ansåg i det fallet att ett förbud för landstinget att överlämna uppgiften fatt ansvaret för driften av ett akutsjukhus till någon som avser att driva verksamheten med vinstsyfte skulle få den effekten att möjligheterna att få driva akutsjukhus i praktiken skulle begränsas för vissa som bedrev näring genom att ge hälso- och sjukvård. Lagrådet framhöll att detta i sig skulle ses som en begränsning av näringsfriheten, även om regleringen formellt sett avsåg beställaren (landstinget).³⁴

³³ Se Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 92 f.

³⁴ Se prop. 2000/01:36, s. 31.

Förevarande förslag om vinstbegränsning är riktade direkt mot de företag som är verk-samma inom respektive område och är i förhållande till förslaget om stopplagen mera långtgående. Därigenom finns det goda skäl för att göra bedömningen att förslagen kommer att inverka begränsande på näringsfriheten. Omfattningen är naturligtvis bero-ende av hur förslagen gestaltar sig i slutänden, men under alla omständigheter kommer det att bli rättsligt mycket svårt att bortse från faktum att näringsfriheten inskränks genom åtgärderna.

10.5 Bedömning av när ett angeläget allmänt intresse föreligger i allmänhet

En väsentlig begränsning i möjligheterna att inskränka egendomsskyddet och närings-friheten är just att de måste uppfylla ett *angeläget allmänt intresse*, som skyddet får ge vika för. Vanligtvis rör det sig om rikets försvarsintressen, natur- och miljövård, bostads- och trafikbyggnad med mera.³⁵ Den relevanta frågan i förevarande fall är om intresset att upprätthålla en god vård, skola eller omsorg i sig är ägnat dels vara så angeläget och att det därtill måste göras på detta sätt. Tvivelsutan är det väl så att det finns ett angeläget intresse att medborgarna ska tillförsäkras en god vård, omsorg och utbildning, men i förvarande fall är det inte så att här aktuella intressen står i direkt konflikt med egendoms- eller näringsfrihetsintresset, såsom det kan göra vid en angelägen vägbyggnad, där enda alternativet kan vara tvångsmässig inlösen av egendom genom expropriation.

I stället finns skilda sätt att bedriva och organisera verksamheten och inskränkningen i här aktuellt hänseende blir därigenom något motstridig till sin natur; själva verksam-heten och egendomen är inte satt i fråga eller inskränkt för att uppnå det allmänna intresset, utan snarare är åtgärderna ägnade skapa vissa förutsättningar som i sin tur bedöms leda till visst resultat för brukare, patienter och elever.

Liksom lagrådet framhöll i samband med förslaget till den så kallade stopplagen är det viktigt att notera att den centrala frågan i detta hänseende är sambandet mellan den föreslagna regleringen och skyddet av principerna för hälso- och sjukvård samt här andra sektorer. Hur de aktuella begränsningsförslagen överhuvudtaget anknyter till eller bidrar till realiseringen av de målsättningar som analyserats ovan är oklart. Snarare förefaller det finns en politisk vilja att begränsa vinstintresset. Såsom lagrådet har framhållit kan önskemålet att begränsa möjligheterna att driva verksamheter inte i sig motiveras med att man vill införa samma begränsning. Ett sådant cirkelresonemang kan inte användas för att kringgå grundlagsreglerna.³⁶

Det kan självfallet teoretiskt sett inte uteslutas att åtgärderna är objektivt motiverade i enlighet med ett angeläget allmänintresse. Detta synes dock förutsätta för grundlags-förenligheten att det går att påvisa att enskilda verksamheter med vinstintresse även-tyrar målsättningarna inom här aktuella sektorer och att begränsningarna praktiskt sett utgör enda eller mest ändamålsenliga alternativet. Utan att göra någon djupare analys i frågan kan redan här konstateras att det torde finnas långt enklare och mer ändamålsenliga åtgärder för att komma tillrätta med eventuella missförhållanden och brister. Synbarligen förbises sålunda effekterna av förbättrade kravställningar, höjda kvalitetsstandarder, bättre upphandlingar, uppföljning av kontrakt, tillsyn i allmänhet och sanktioner och remedier vid brott mot avtalen.

³⁵ Vid till exempel vägbyggnad kan enskildas äganderätt komma att stå i konflikt med intresset att anlägga allmän infra-struktur, varvid det enskilda intresset kan få vika. Detta motiverar bland annat existens av bestämmelser om expropriering av egendom.

³⁶ Jfr prop. 2000/01:36, s. 31.

10.5.1 Proportionalitetsprincipens inverkan på vinstbegränsningskrav

Under alla omständigheter måste de allmänna intressena vägas mot enskilda intressen enligt *proportionalitetsprincipen*, som numera är en fast del av svensk rätt. HFD har framhållit såsom en grundläggande princip att en inskränkning från det allmänna sida av den enskildes rätt att använda sin egendom *förutsätter* att det föreligger en rimlig balans eller proportionalitet mellan vad det allmänna vinner och den enskilde förlorar på grund av inskränkningen.³⁷

Denna proportionalitetsprincip har vunnit hävd i svensk rätt, vilket även framgår av den proposition som låg till grund för bland annat inkorporeringen av konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) och den samtidigt beslutade preciseringen av egendomsskyddet i 2 kap. 18 § RF (prop. 1993/94:117 s. 39–40). Vid tillämpningen av art. 1 i det första tilläggsprotokollet till konventionen har Europadomstolen konsekvent hävdat en sådan proportionalitetsprincip.³⁸

Proportionalitetsprincipen innefattar flera olika krav som rättsordningen ställer på balans mellan mål och medel och mellan motstående intressen. När det gäller att pröva villkoren för och resultatet av ingrepp från det allmänna sida mot enskilda intressen är det vanligt att anlägga tre olika aspekter:³⁹

- 1) **Ändamålsenlighet (lämplighet).** Är det aktuella ingreppet ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet? Denna bedömning innefattar huruvida den ifrågasatta åtgärden överhuvudtaget kan bidra till att uppnå de mål som den syftar till.⁴⁰ Om bedömningen slutar i ett negativt svar kommer åtgärden redan på denna grund att betraktas som oproportionerlig, varvid ytterligare utredningar om proportionalitet är obehövliga och ingreppet blir sålunda i strid mot grundlagsbestämmelsen.
- 2) **Nödvändighet.** Är ingreppet nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet eller finns det mindre långtgående alternativ? Om ingreppet bedöms vara nödvändigt ska en bedömning göras om det finns mindre ingripande alternativt som lika, eller nästan lika, ändamålsenliga för att uppnå syftet och därtill realistiska ur kostnads- och effektivitetssynpunkt. Om så är fallet ska ingreppet betraktas som oproportionerligt och därmed grundlagsstridigt.
- 3) **Proportionalitet i strikt mening.** Står den fördel som det allmänna vinner genom ingreppet i rimlig proportion till den skada som ingreppet förorsakar den enskilde? Den sista bedömningen vilar på förutsättningen att ingreppet både är lämpligt och nödvändigt, men att det fortfarande trots detta krävs att det råder en rimlig balans mellan de berörda intressena (proportionalitet i strikt mening). När det gäller att bedöma om kravet på proportionalitet i strikt mening är uppfyllt måste naturligtvis beaktas att myndigheterna i många avväggningsfrågor har ett betydande handlingsutrymme och att ett underkännande av ett myndighetsingripande i sådana fall knappast kan komma i fråga i andra fall än sådana där det råder ett klart missförhållande mellan det allmänna intresset av ingripandet och den belastning som ingripandet innebär för den enskilde (jfr bland annat RÅ 1997 ref. 59).

Bestämmelsen i 2 kap. 18 § 1 st. RF innehåller alltså ett uttryckligt krav på ändamålsenlighet och nödvändighet samt strikt proportionalitet. I rättspraxis har de olika proportionalitetskraven, inte minst det sistnämnda kravet på proportionalitet i strikt mening, kommit till klart uttryck (jfr RÅ 1996 ref. 22, 40, 44 och 56 samt RÅ 1997

³⁷ RÅ 1996 ref 56.

³⁸ Jfr Danelius, SvJT 1991 s. 329–333, 1994 s. 381–383 och 1995 s. 534–535.

³⁹ Se RÅ 1999 ref. 76.

⁴⁰ Jfr Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 90.

ref. 59 och not. 107). I lagkommentarerna har det särskilt framhållits att bestämmelsen om egendomsskyddet saknar ett krav på *vilken typ* av regler som kan begränsa egendomsskyddet (till exempel lag eller förordning). Sålunda är kravet generellt och gäller alla de åtgärder som staten vidtar mot enskild. Såsom ovan framhållits torde vinstbegränsningskrav allra minst kräva lagstöd i enlighet med 8 kap. RF.⁴¹

10.6 Statens ansvar mot enskild vid ingrepp i äganderätten

I samband med grundlagsreformen 2010 infördes ett förtydligande i 2 kap. 15 § 2 st. RF, genom vilket det numera uttryckligen framgår att den som genom expropriation eller något annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom ska vara tillförsäkrad *full ersättning* för förlusten.⁴² Med uttrycket ”full ersättning” avses som utgångspunkt det fulla marknadsvärdet och varje lagstiftningsåtgärd som görs i syfte att inskränka egendomsskyddet i nu aktuellt hänseende måste därför ha ersättningsregler.

Varje medborgares egendom är genom grundlagsbestämmelsen tryggad genom att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.

Om en enskild genom expropriation eller annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom ska denne vara *tillförsäkrad ersättning* för förlusten. Ersättningen bestäms enligt grunder som anges i lag. Även i Europakonventionen, artikel 1 i det första tilläggsprotokollet, återfinns skydd för egendomsrätten:

”Varje fysisk eller juridisk person ska ha rätt till respekt för sin egendom. Ingen får berövas sin egendom annat än i det allmänna intresse och under de förutsättningar som anges i lag och i folkrättens allmänna grundsatser.”

Nyssnämnda bestämmelser inskränker emellertid inte statens rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner nödvändig för att *reglera nyttjandet* av egendom i överensstämmelse med det allmänna intresse, eller för att säkerställa betalning av skatter eller andra pålagor eller av böter och viten.

Det är alltså i konstitutionellt hänseende förenligt med gällande rätt att ställa kvalitativa krav på verksamheter samtidigt som det är oförenligt med grundlagen och Europakonventionen att tvinga enskild att avstå från egendom utan ersättning.

10.7 Sammantagen bedömning av konstitutionella aspekter

Är det så möjligt att förvänta sig att vinstbegränsningskravet kommer att uppfylla kraven på proportionalitet? Om kravet hänför sig till mer moraliska överväganden om det lämpliga i att alls göra vinst i här aktuella verksamheter blir det inte fråga om en proportionalitetsbedömning, utan snarare om ett sådant övervägande kan anses utgöra ett angeläget allmänt intresse, vilket som visats ovan inte kan anses vara ett sådant intresse.

Lagstiftaren synes tvärtom redan ha gjort en bedömning som *de facto* resulterat i det motsatta; det synes finnas ett allmänt intresse av att ha privata aktörer i här aktuella sektorer av skäl som delvis förvisso må vara ideologiska, men kanske viktigare att de

⁴¹ Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 90.

⁴² Se Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 90.

medger en möjlighet för det allmänna att spara kostnader (effektivitetsmål), men även att bredda utbudet av tjänster inom till exempel skolektorn (kvalitetsmål). Ett ideologiskt intresse att begränsa vinstintresset bland utförare av tjänster inom välfärdssektorn kan därför svårligen utgöra ett sådan angeläget allmänt intresse att det i sig motiverar inskränkningar i egendomsrätten eller näringsfriheten. Särskilt gäller detta när det allmänna har ansett det lämpligt av allmänna skäl – till gagn för samhället i stort och för enskilda individer – att införa nuvarande ordning. Att liberaliseringen generellt sett och enskilda verksamheter har brister eller andra tillkortakommanden med hänsyn till kvalitetskrav med mera synes inte vara primärt orsakat av allvarliga brister i bevekelsegrunderna för liberaliseringsåtgärderna – snarare i sådana fall främst ett uttryck för brist på kompletterande krav, tillsyn och uppföljning.

Det senare är även relevant att beakta för det fall att åtgärderna – trots det nyss ovan nämnda – mot förmodan skulle ses som angelägna från allmän synpunkt. I sådana fall framstår det som uppenbart att de föreslagna åtgärderna brister i proportionalitets-hänseende – såväl vad gäller ändamålsenlighet och nödvändighet som proportionalitet i strikt mening.

Sammantaget blir åtgärderna om vinstbegränsning svårförenliga med till viss del egendomsskyddet men främst näringsfriheten. Sett till sammans med EKMR förstärks den slutsatsen. Strängt taget framstår enda logiska åtgärden att åter monopolisera marknaderna tillbaka till drift helt i det allmännas regi. Det framstår emellertid som ologiskt att å ena sidan tillåta och uppmuntra privat verksamhet för det allmännas räkning, men samtidigt förbjuda verksamheterna att ta ut vinster. Det ologiska ligger däri att incitamentsstrukturen för verksamheten snedvrids på så sätt att klara incitament att inte bedriva verksamhet är mer sannolika än att bedriva fortsatt verksamhet under de nya förutsättningarna. Härigenom blir det mest sannolikt fråga om en indirekt nationalisering av verksamheterna. Det är inte möjligt att kringgå grundlagsbestämmelserna genom att skapa negativa drivkrafter för företag att idka verksamhet – kraven blir då i akt och mening likställda med återgång till monopol.

10.8 Kringgång av grundlagsreglerna

Även om det skulle kunna anföras att det vore möjligt att införa begränsningarna med hänvisning till att det vore oklart huruvida det är oförenligt med grundlagsskyddet i 2 kap. framstår sådana åtgärder som olämpliga i rättsligt hänseende. Det kan mycket väl vara så att en i sig grundlagsstridig åtgärd i det enskilda fallet inte kan angripas med stöd av 11 kap. 14 § RF till följd av att det brister i förutsättningarna för detta. Ett sådant förhållande ska emellertid inte tas till intäkt för lagstiftaren eller regeringen att det vore problemfritt att genomföra åtgärden.

Visserligen finns det en oenighet om den exakta räckvidden för grundlagsskyddet i svensk rätt, men så mycket är klart att de är riktade främst mot lagstiftaren och inverkar begränsande på lagstiftningsmakten (jfr NJA 2014 s. 332). Bestämmelserna bör vidare inte ses helt isolerade utan i sitt sammanhang och tillsammans med det skydd som följer av EKMR.

Grundlagsskyddet är det trots allt Sveriges främsta skydd för landets status som en fullvärdig rättsstat. Åtgärder som syftar till att direkt eller indirekt kringgå sådana bestämmelser bör, enligt min mening, helt undvikas. Åtgärder som inskränker ovan behandlade friheter bör tillämpas mycket restriktivt och i händelse av tveksamheter om förenligheten med högre rätt bör åtgärderna undvikas fram till dess att sådan osäkerhet har kunnat biläggas. Grundlagsskyddet i här aktuellt hänseende är folkets primära skydd mot lagstiftarens arbiträra åtgärder och är en omistlig del av det representativa parlamentariska statsskicket.

11 Vinstbegränsningsregler i förhållande olika associationsformer inom Sverige och EU samt enskilda näringsidkare

11.1 Konsekvenser för enskilda näringsidkare och handelsbolag

Kommittédirektiven synes primärt ta sikte på aktiebolagsformen i allmänhet, och koncernbolag i synnerhet – främst sådana som ägs av *private equity*-bolag. Märkligt nog problematiseras mycket litet vad som gäller internationella koncerner, det vill säga bolag med utländska moder- eller systerbolag, europabolag, europeiska ekonomiska intressegrupperingar, men även andra mer nationellt betingade näringsidkare.

11.1.1 Enskilda näringsidkare

Vissa verksamheter inom välfärdssektorn kan bedrivas av fysiska personer, synbarligen inom ramen för en enskild firma. Sådana verksamheter har ingen bolagsordning och förmögenhetsmassan (överskottet inkluderat) är personens egna, låt vara att inkomster av näringsverksamhet beskattas annorlunda jämfört med inkomster av tjänst. Överskottet av verksamheten eller om man så vill; vinsten, utgör enskilda näringsidkares inkomst.

Det förefaller rättsligt svårförståeligt hur ett vinstbegränsningskrav som riktas mot verksamheter kommer att gestalta sig avseende enskilda personer. Kravet kommer därmed att innebära att en viss del av en enskild persons förmögenhetsmassa inte kan användas för annat än att täcka kostnader i näringsverksamheten, det vill säga i praktiken ett förbud med överskott och därmed ett förbud mot effektiv verksamhet. Det framstår som praktiskt mycket svårhanterligt – om ens möjligt att ålägga enskilda individer ett sådant vinstbegränsningskrav. En sådan uppdelning av enskilda näringsidkares förmögenhetsmassa kan te sig omöjligt att hålla separerad.

Vinstbegränsningskrav skulle därtill riskera att innebära en indirekt inkomstbegränsning (det vill säga inte vinstbegränsning) och därigenom gå längre än vad som till synes åsyftas med förslagen. Begränsningarna skulle sålunda kunna betraktas som en indirekt begränsning av sådana personers lönenivåer. Sådan begränsning gäller dock ej bolagsfunktionärer och anställda i aktiebolag, vilket leder till allvarliga betänkligheter i likabehandlingshänseende.

11.1.2 Handels- och kommanditbolag

Verksamheter kan bedrivas i handels- och kommanditbolag och även om bolaget är en juridisk person beskattas delägarna i sådana bolag individuellt för eventuella överskottet i verksamheten. Till skillnad från till exempel aktiebolag finns inget krav på bundet eget kapital i handelsbolag, utan eget kapital i ett HB/KB är i stället den andel av tillgångarna i handelsbolaget som delägarna förfogar över. När det inte finns något krav på insats i bolaget kan det egna kapitalet alltså bestå i det verksamhetsöverskott, eller residual som är kvar, när tillgångar och skulder och avsättningar balanserats för varje år.

Här är det alltså mycket svårt att beräkna en tillåten avkastning eftersom kapitalbasen är överskottet. Därigenom riskerar handelsbolagen att negativt särbehandlas i

förhållande till aktiebolag. Vinstbegränsningskrav kan därmed innebära antingen att det inte finns något överskott att begränsa eftersom det vore liktydigt med att konfusion mellan bolagets och delägarnas medel, eller ett än hårdare krav för just handelsbolagen: verksamheten får inte bedrivas med vinst. I detta fall blir svårt för delägarna att kompensera sig för vinstbegränsning genom lön, eftersom delägarna inte kan vara anställda i bolaget. Vidare finns en risk att sådana regler för handelsbolag verksamma i här aktuella branscher även kommer att få negativ påverkan på sjukpenninggrundande inkomst, eftersom basen därför är överskottet för bolagsmännen var och en för sig. Resultatet riskerar därmed att bli ett *de facto*-verksamhetsförbud.

Det finns även betänkligheter mot bakgrund av att handels- och kommanditbolag riskerar att allvarligt missgynnas för vissa verksamheter – särskilt om verksamheten kan bedrivas i handelsbolagsform och att detta inte indirekt utesluts genom till exempel kvalifikationskraven i 11 kap. LOU. Det ter sig dock m.h.t. proportionalitetsprincipen och kravet på samband med kontraktsföremålet svårmotiverat att ställa krav på viss svensk associationsform enbart i syfte att stävja vinster, värdeöverföringar eller försäljningsvärden. Därtill riskerar det hamna i konflikt med EU-reglerna om utländska rättssubjekts möjligheter att delta i till exempel upphandlingar i Sverige, vilket ska utvecklas nedan.

11.2 Regler om vinstbegränsning i förhållande till aktiebolagslagen

Aktiebolagslagen (2005:551), ABL, förutsätter som utgångspunkt att syftet med bolagets verksamhet är att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna (3 kap. 3 § ABL).⁴³ Härigenom skyddas aktieägarna mot att företagsledningen använder bolagets resurser till annat än vad som är till gagn för bolaget. Visserligen hindras inte enligt samma lagrum att aktieägarna vid bolagsstämma, genom införande i bolagsordningen, beslutar att inte driva bolaget i vinstsyfte, vilket dock i praktiken är mycket sällsynt. Detta innebär emellertid inte att bolaget kan drivas med förlust, eftersom detta skulle göra de tvingande likvidationsreglerna tillämpliga när aktiekapitalet är förbrukat till viss mängd. Rent teoretiskt kan ägarna bestämma att bolaget endast ska ha kostnads-täckning eller inte dela ut vinst, men i praktiken kommer sådana bestämmelser likafullt innebära att bolaget måste generera ett överskott eller ha ett system för att låka kapitalbrist för att trygga långsiktig överlevnad och säkerställa bolagets konsolideringsbehov, oavsett vilken verksamhet som bedrivs. I vart fall krävs att det i bolagsordningen anges hur bolagets vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation ska användas.

I den rättsvetenskapliga doktrinen framhålls även vinstsyftet som en *konstitutiv egen-skap* för aktiebolag och att ägarna intar en ställning som residualtagare som får del av det överskott som är nödvändigt för verksamheten och att ägandet sålunda är för-enat med risk. Vinstsyftet sammanfaller även med minoritets- och borgenärsskydds-intresset, varvid vinsten i sig är fundamental för aktiebolagets själva funktion och gör det mycket svårt att begränsa detta till visst intresse eller ändamål. Det framhålls även i doktrinen, på mycket goda grunder, att om aktiebolaget saknar vinstsyfte är bolaget att betrakta som en annan form av association.⁴⁴

Detta innebär sålunda att förutan vinstsyftet i bolaget hotas inte bara incitamenten för en effektiv verksamhet och investeringsviljan hos ägarna, utan även själva bolagets exis-tens/rättsliga status. En osäkerhet kring bolags rättsliga status i sig torde ha mycket

⁴³ Se även prop. 1975:103 s. 476 och prop. 2004/05:85, s. 218 ff.

⁴⁴ Nerep, E., Samuelsson, P., *Aktiebolagslagen – en lagkommentar del 1, Kapitel 1–10*, 2009, s. 204 f.

långtgående effekter på såväl investeringsvilja, sättet på vilka de drivs, skatterättsliga konsekvenser, personligt ansvar med mera. Härigenom finns det en överhängande risk att det allmänna högre målsättningar om god undervisning, vård med mera, som läggs ut på privat verksamheter förfelas p.g.a. att utfallet blir sämre än med vinstsyfte. Regler som tar sikte på själva vinsten kommer alltså att allvarligt hota aktiebolagets rättsliga existens *i sig* och i praktiken indirekt utesluta alla associationsformer där vinstsyfte finns.

Det framstår redan på denna grund som särdeles svårförenligt med bolagskonstruktionen privata eller publika aktiebolag att förbjuda vinster eller på nu aktuellt sätt begränsa vinstutdelning. Om vinstbegränsningen gäller befintliga verksamheter aktualiseras egendomsskyddet. Åtgärderna riskerar att ställa omotiverade indirekta krav på viss bolagsform, i Sverige undantaget vissa stiftelser och ideella föreningar. Att aktiebolaget synes vara den associationsform som åtgärderna främst riktas mot innebär även att de riskerar att undergräva själva associationsformen. Härigenom riskerar åtgärderna att skapa indirekta verksamhetsförbud.

11.2.1 SVB-bolag och vinstbegränsningskrav

Bestämmelser om aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning har intagits i 32 kap. ABL och gäller som utgångspunkt endast privata aktiebolag, det vill säga inte publika aktiebolag. Redan på denna grund kan det förefalla svårförenligt med gällande rätt att begränsa möjligheten för publika bolag att bedriva verksamhet inom välfärdssektorn. Vinstbegränsning inom vissa sektorer som kommer till uttryck genom krav på viss associationsform kommer alltså att endast kunna uppfyllas av privata aktiebolag. Indirekt kommer därigenom publika bolag att kunna bedriva verksamhet om bolagsordningen föreskriver liknande krav.

Syftet med sådana bolag är å ena sidan att undvika att bolagets tillgångar lämnar bolaget till förfång för verksamheten. Å andra sidan gäller att de som investerat resurser i verksamheten ska tillåtas erhålla åtminstone viss utdelning på insatt kapital.

Den särskilda begränsningen som avses har kommit till uttryck genom bestämmelsen i 32 kap 5 § ABL, enligt vilken värdeöverföringar – utöver bestämmelserna i 17 kap. 3–4 §§ ABL – inte får överstiga summan av ett belopp motsvarande en begränsad ränta på tillskjutet kapital. Ränta beräknas så att det utgör statslåneräntan vid föregående räkenskapsårs utgång med ett tillägg av en procentenhet. I praktiken innebär detta en årsränta på insatt kapital om ca 2–3 procent.

Vidare gäller att vid likvidation av ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning ska aktieägarna tillskiftas maximalt ett belopp som motsvarar

- det kapital som har tillskjutits till bolaget som betalning för aktier, och
- del av återstående tillgångar med den begränsning som framgår av 32 kap. 5 § aktiebolagslagen.

Vad som därefter återstår ska tillfalla det eller de andra aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning som anges i bolagsordningen. Saknar bolagsordningen uppgift om ett sådant aktiebolag eller finns inte det eller de aktiebolag som anges i bolagsordningen, ska tillgångarna tillfalla allmänna arvsfonden.

Såsom Nerep & Samuelsson framhåller ligger det en inneboende konflikt i att bedriva riskfylld verksamhet utan att erhålla någon avkastning som motsvarar risken. Den

riskfria räntan (jfr 5-årig statsobligationsränta) är därtill mycket låg, vilket kan göra det svårt att skaffa kapital SVB-bolag. Härigenom är det sannolikt att de blir begränsade till sin omfattning och i sig möjligen passa för till exempel sjukvårdsverksamhet i samband med överlämning från offentlig aktör till privat aktör.⁴⁵

Att en privat aktör skulle vara villig att åta sig verksamhet förenad med risk samtidigt som avkastningen inte skulle motsvara mer än den riskfria ränta torde i praktiken innebära att det kan jämföras med ett verksamhetsförbud. Investeraren blir i sådana fall inte kompenserad för risken och riskfyllda investeringar som endast avkastar riskfri ränta torde i normalfallet vara både irrationellt och omöjligt att genomföra. Jämförelsevis torde även avkastningsränta på externt kapital ligga avsevärt högre än den tillåtna utdelningsbara avkastningen på eget kapital. Att avkastningen på det egna kapitalet, som har högre risk än externt kapital, skulle vara lägre än externa avkastningsräntan talar starkt för att detta omöjliggör tillgången till riskvilligt kapital i här aktuella verksamheter. Detta förhållande torde sålunda få till följd att vinstbegränsningsregeln indirekt framtvingar stiftelselösningar, rent ideella verksamheter eller, mest sannolikt, en återgång till offentlig drift.

En paradoxal fråga i sammanhanget är att enda sättet att erhålla en högre avkastning för ägarna är att öka det insatta kapitalet. Här finns dock klara negativa incitament för ägarna: Ju mer eget kapital som sätts in i bolaget desto högre blir alternativkostnaden (eller snarare avsaknad av alternativintäkt). Normalt sett måste ett bolag prestera en högre avkastning om skuldkvoten är låg till följd av att riskvilligt kapital alltid är dyrare för bolaget än till exempel externa skulder förenade med säkerheter. Reglerna kommer att motverka en optimal mix mellan eget och främmande kapital, vilket i sin tur kan medföra att ägarna helt avstår från verksamhet pga. objektiv omöjlighet. Därigenom uppkommer en *de facto* återmonopolisering av marknaden.

En särskild fråga i sammanhanget är om det är möjligt för staten att kräva att befintliga privata aktiebolag *ombildas* till SVB-bolag för att få fortsätta att driva verksamhet över huvud taget eller åtminstone inom ramen för de befintliga avtal som gäller mellan dem och offentliga huvudmän (stat, kommun, landsting). I sådana fall aktualiseras frågan om egendoms- och näringsfrihetsskyddet. Det förefaller strängt taget högst osannolikt att en sådan tvångsombildning skulle vara förenlig med grundlagsskyddet.

Det ovan beskrivna omständigheter har även givit praktiska avtryck i näringslivet. Under september 2015 fanns hos Bolagsverket endast 87 sådana SVB-aktiebolag registrerade, varav 5 blivit försatta i konkurs och 4 har genomgått likvidation. Detta utgör 0,2 promille av samtliga aktiebolag i Sverige och 70 ppm av samtliga företag i Sverige 2014.⁴⁶

11.3 Ekonomiska föreningar

En ekonomisk förening har enligt 1 kap. 1 § lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar (föreningslagen, FL) till ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet i vilken medlemmarna deltar som konsumenter eller andra förbrukare, som leverantörer, med egen arbetsinsats, genom att begagna föreningens tjänster, eller på annat liknande sätt.

⁴⁵ Se Nerep E., Samuelsson P., *Aktiebolagslagen – en lagkommentar*, kapitel 23–32, s. 482. Se även prop. 2004/05:178, avsnitt 5.1.

⁴⁶ Källa: Bolagsverket september 2015 och SCB, Företagsregistret, november 2014.

Det förutsätts sålunda att ekonomiska föreningar ska främja medlemmarnas ekonomi genom att driva en ekonomisk verksamhet.

Enligt 10 kap. 1 § FL 1 § får föreningens medel betalas ut till medlemmarna endast i form av överskottsutdelning, återbetalning av medlemsinsatser enligt 4 kap. FL, utbetalning vid nedsättning av medlemsinsatsernas belopp och utskiftning vid föreningens likvidation. Med *överskottsutdelning* avses i FL

- 1) gottgörelse i form av efterlikvider, återbäringar eller liknande som grundas på rörelsens resultat utan att ha räknats in i redovisade årsresultat, och
- 2) utdelningar från redovisade årsresultat i form av medlemsåterbäring eller på annat sätt (*vinstutdelning*).

Det följer av 2 kap. 2 § att stadgarna ska innehålla bestämmelser om användningen av vinst och av behållna tillgångar vid föreningens likvidation.

Inom ramen för utredningen saknas anledning att här vidare analysera kooperationskravet för ekonomiska föreningar. Vad gäller ändamålet och hantering av överskottet följer emellertid direkt av lagstiftningen att ekonomiska föreningar *saknar eget vinstsyfte*. Jfr härvidlag aktiebolaget som i regel har till syfte att bereda vinst åt aktieägarna. Uttrycket att *främja medlemmarnas ekonomiska intresse* infördes redan genom 1911 års föreningslag och går i allt väsentligt ut på att öka medlemmarnas materiella resurser genom att minska deras utgifter eller öka deras inkomster. Frånvaron av eget vinstsyfte och främjandekravet innebär därigenom att verksamhetens överskott, efter konsolidering/utvidgning på något sätt ska komma medlemmarna till godo. Det ska dock noteras att det inte ställs något eget vinstkrav för ekonomiska föreningar, eftersom själva främjandet kan uppkomma på annat sätt.⁴⁷

Frågan blir då vilka konsekvenser som vinstbegränsningsregler, utdelningsbegränsningsregler och/eller begränsningar i möjligheten att skifta ut egendom i samband med likvidation kommer att ha på ekonomiska föreningar. Till att börja kan sådana regler stå i strid mot själva grundtanken med ekonomiska föreningar för det fall att de negativt påverkar främjandekravet. Föresättningsvis riskerar här aktuella begränsningar även att drabba inte själva föreningen utan direkt dess medlemmar. Härigenom finns även en överhängande risk att associationen inte längre är registrerbar, med tillhörande personligt ansvar som följd. De föreslagna kraven kommer alltså att vara mycket svåra att förena med denna kooperativa företagsform. De föreslagna kraven riskerar därigenom att effektivt utestänga denna associationsform från vissa samhällssektorer.

11.4 Europarättsliga och utländska associationer

11.4.2 Europabolag, SE-bolag

Inom EU finns den särskilda europeiska företagsformen Europabolag (SE-bolag, Societas Europaea), vilket är en gränsöverskridande verksamhet i aktiebolagsform. Kännetecknade för bolagsformen är i likhet med det svenska aktiebolaget en juridisk person med aktiekapital med begränsat personligt ansvar. Bolaget ska ha sitt säte och huvudkontor i en och samma medlemsstat.

⁴⁷ Se Mallmén, A., *Lagen om ekonomiska föreningar*, kommentaren till 1 kap. 1 §, Zetee version den 30 april 2002 (tredje upplagan).

Särskiljande är dock att det bildandet har sin grund i en gränsöverskridande dimension och det kan komma till på flera olika sätt.⁴⁸

- 1) Genom *fusion* mellan minst två eller flera publika aktiebolag från olika medlemsstater.
- 2) Genom etablering av ett europeiskt *holdingbolag* där minst två av de ingående aktiebolagen lyder under olika medlemsstaters lagstiftning eller i minst två år har ett dotterbolag eller en filial i en annan medlemsstat.
- 3) Genom bildandet av ett europeiskt *dotterbolag*, där minst två av de stiftande bolagen lyder under olika medlemsstaters lagstiftning eller i minst två år har ett dotterbolag eller en filial i en annan medlemsstat.
- 4) Genom *ombildning* av ett befintligt publikt aktiebolag som i minst två år har ett dotterbolag i en annan medlemsstat.

Ett europabolag kan härutöver även bildas såsom dotterbolag till ett annat europabolag. Sverige saknar som utgångspunkt jurisdiktion över utländsk associationsrätt, varvid Sverige inte kan hindra att publika aktiebolag, bildade enligt en annan medlemsstats rättsordning, bildar europabolag. Sverige kan heller inte som utgångspunkt förhindra att sådana bolag bedriver verksamhet i Sverige eller har sitt säte i Sverige utan att detta äventyrar unionsrätten. Sverige saknar därmed möjlighet att bestämma över hur europabolag disponerar överskottet av sin verksamhet. Detta har potentiell inverkan även på möjligheterna att begränsa vinster bland aktörer verksamma i här aktuella sektorer. Lagliga hinder saknar nämligen för att sådana bolag bedriver verksamhet inom dessa sektorer. Som visats ovan saknas i dag hinder mot att utländska associationsformer bedriver verksamhet i de sektorer som omfattas av denna utredning.

Sammantaget föreligger hinder för Sverige att genomföra begränsningsregler om vinst, vinstuttag samt tillgodogörande av försäljningsvärden för europabolagen.

11.4.3 Europeiska ekonomiska intressegrupperingar (EEIG)

En europeisk ekonomisk intressegruppering (EEIG) liknar ett handelsbolag som verkar över nationsgränserna. Associationsformen bygger på en EU-förordning⁴⁹ och regleras i Sverige genom lagen (1994:1927) om europeiska ekonomiska intressegrupperingar

Kännetecknade för EEIG är att den ska registreras, men behöver inte ha något eget kapital samtidigt som medlemmarna är obegränsat solidariskt ansvariga för grupperingens skulder. Syftet med en grupperings verksamhet är att underlätta eller utveckla medlemmarnas ekonomiska verksamhet och att förbättra resultatet av denna verksamhet; en gruppering har inte till syfte att skapa vinst för egen del. Sålunda ska en grupperings verksamhet knyta an till medlemmarnas ekonomiska verksamhet och får endast vara av understödande karaktär i förhållande till den senare verksamheten (artikel 3 EEIG-förordningen).

⁴⁸ Rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag, EGT L 294, 10/11/2001 s. 1–21.

⁴⁹ Rådets förordning (EEG) nr 2137/85 av den 25 juli 1985 om europeiska ekonomiska intressegrupperingar (EEIG), EGT L 199, 31/07/1985, s. 1–9.

Beträffande *medlemmar* i grupperingar stadgas enligt artikel 4.1–4.2 EEIG-förordningen att endast följande rättssubjekt kan vara medlemmar i en gruppering:

- a) *Bolag*⁵⁰ och andra rättsliga enheter av offentligrättsligt eller privaträttsligt slag, som har bildats enligt en medlemsstats lagstiftning och som har sitt registrerade eller i lag bestämda säte samt sitt huvudkontor inom gemenskapen; om ett bolag eller en annan rättslig enhet enligt en medlemsstats lagstiftning inte behöver ha ett registrerat eller i lag bestämt säte, räcker det att bolaget eller den rättsliga enheten har sitt huvudkontor inom gemenskapen.
- b) *Fysiska personer* som utövar industri-, handels-, hantverks- eller jordbruksverksamhet eller ett fritt yrke eller annan verksamhet inom gemenskapen.

En gruppering ska vidare omfatta minst

- a) två bolag eller andra rättsliga enheter enligt ovan och som har sina huvudkontor i olika medlemsstater, eller
- b) två fysiska personer enligt ovan och som bedriver sin huvudsakliga verksamhet i olika medlemsstater, eller
- c) ett bolag eller någon annan rättslig enhet enligt ovan och en fysisk person, av vilka den förstnämnda har sitt huvudkontor i en medlemsstat och den senare utövar sin huvudsakliga verksamhet i någon annan medlemsstat.

Vidare följer enligt artikel 4.3–4.4 att en medlemsstat kan bestämma att grupperingar som är intagna i den statens register inte får ha mer än 20 medlemmar. Med hänsyn därtill får en sådan medlemsstat även bestämma att enligt dess lagstiftning varje medlem i en rättslig enhet, som har bildats enligt den lagstiftningen och som inte är ett registrerat bolag, ska behandlas som en särskild medlem när det gäller medlemskap i en gruppering. Slutligen får varje medlemsstat med hänsyn till sina allmänna intressen förbjuda eller begränsa rätten för vissa kategorier av fysiska personer, bolag eller andra rättsliga enheter att delta i grupperingar.

Av artikel 21 EEIG-förordningen följer att *vinsten* av en grupperings verksamhet ska anses som *medlemmarnas egen vinst* och delas mellan dem enligt vad som är bestämt i avtalet om att bilda grupperingen eller, om sådana bestämmelser saknas, i lika delar.

Sverige saknar möjligheter att lägga begränsningar på dessa grupperingar möjligheter att göra och fördela överskottet av dess verksamhet. Grupperingen är en unionsrättslig associationsform som Sverige som medlemsstat inte ensidigt kan inskränka funktionssättet för.

11.4.4 Europeiska kooperativa föreningar (SCE-föreningar)

Inom unionen är intresset starkt att säkerställa lika konkurrensvillkor och bidra till sin ekonomiska utveckling. Detta bör enligt unionsrätten även avse kooperativen, som är en allmänt erkänd organisationsform i alla medlemsstater. Sverige har som ovan nämnts en lång tradition av ekonomiska föreningar. I syfte att underlätta kooperativens gränsöverskridande verksamheter finns sedan 2003 en förordning om stadga för europeiska kooperativa föreningar (SCE-föreningar).⁵¹ Förutom unionsintresset för

⁵⁰ Med *bolag* avses i artikel 54 2 st. FEUF bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte.

⁵¹ Rådets förordning (EG) nr 1435/2003 av den 22 juli 2003 om stadga för europeiska kooperativa föreningar (SCE-föreningar) Europeiska unionens officiella tidning nr L 207, 18/08/2003 s. 0001–0024

sådana associationer har även FN uppmuntrat samtliga regeringar att skapa en *stödjande miljö* där kooperativ kan delta på samma villkor som andra företagsformer.⁵²

I SCE-stadgan framhålls att kooperativen företrädevis utgör sammanslutningar av personer eller rättsliga enheter vars verksamhet regleras av särskilda principer som skiljer sig från andra marknadsaktörers. Där ingår principerna om demokratisk struktur och kontroll samt en rättvis fördelning av nettot av räkenskapsårets resultat (skäl 7).

Kooperativen har, liksom aktiebolagen, ett insatskapital. Deras medlemmar kan vara antingen fysiska personer eller företag. Dessa medlemmar kan helt eller delvis bestå av kunder, arbetstagare eller leverantörer. Under vissa omständigheter kan emellertid en viss andel av medlemmarna även bestå av investerande medlemmar som inte är avnämare eller av tredje man som drar fördel av kooperativens verksamhet eller utför arbete för deras räkning (skäl 9).

Ordningen för fördelning av vinster regleras i kapitel V i SCE-förordningen (artiklarna 65–67). Sålunda följer därav särskilda regler om reserver, utdelning och fördelning av disponibelt överskott.

Lagstadgad reserv. Utan att det påverkar tvingande bestämmelser i nationell lagstiftning ska stadgarna fastställa regler för fördelningen av överskott för varje räkenskapsår. I händelse av ett sådant överskott ska stadgarna föreskriva att det upprättas en lagstadgad reserv som finansieras med överskottet innan någon annan fördelning görs. Så länge reserven inte motsvarar minimikapitalet om 30 000 euro, ska det belopp som avsätts till reserven utgöra minst 15 procent av överskottet för räkenskapsåret efter avdrag för överföring av eventuella förluster. Medlemmar som lämnar en SCE-förening ska inte kunna göra anspråk på belopp som i enlighet med detta avsatts för reserven. Detta motsvaras i Sverige av reglerna i 10 kap föreningslagen om reglerna om överskottsutdelning och annan användning av föreningens egendom.

Utdelning. Stadgarna får föreskriva utdelning till medlemmarna i proportion till deras transaktioner med SCE-föreningen eller deras insatser i SCE-föreningen. Denna regel tar sikte på fördelningen mellan medlemmarna och påverkar inte möjligheten att dela ut överskott i sig.

Fördelning av disponibelt överskott. Det överskott som återstår efter avsättningen av ett belopp till den lagstadgade reserven, eventuell utdelning samt överföring av förluster skall, ökade med eventuella överförda överskott från föregående räkenskapsår och belopp som tagits ur reserven, utgöra de vinstmedel som *är disponibla för fördelning*. Sålunda får den föreningsstämma som fattar beslut om redovisningen för räkenskapsåret dela ut överskottet i den ordning och de proportioner som fastställs i stadgarna, och *i synnerhet*

- föra över dem till nästa räkenskapsår,
- avsätta dem till en lagstadgad eller stadgeenlig reservfond,
- *ge avkastning på inbetalt kapital och kvasikapital*, varvid utbetalningen kan göras i kontanter *eller* andelar.

⁵² Resolution antagen av generalförsamlingen vid Förenta nationernas 88:e plenarmöte den 19 december 2001 (A/RES/56/114).

Fördelning kan även förbjudas i stadgarna, men det är en fråga som ytterst medlemmarna råder över och kan som utgångspunkt inte påtvingas dem. I vart fall saknar Sverige rättsliga möjligheter att införa särbestämmelser för SCE-föreningar, eftersom detta är en fråga som ankommer på unionens institutioner.

11.4.5 Filialer till utländska bolag

Den särskilda företagsformen *filial* innebär att ett utländskt företag bedriver näringsverksamhet i Sverige. Verksamheten regleras huvudsakligen av lagen (1992:160) om utländska filialer med mera (filiallagen) och förordningen (1992:308) om utländska filialer med mera. Enligt 2 § i filiallagen ska ett utländskt företag bedriva sin näringsverksamhet i Sverige genom (i) ett avdelningskontor med självständig förvaltning (filial), (ii) ett svenskt dotterföretag, eller (iii) en agentur med verksamhet i Sverige. Dessa bestämmelser gäller emellertid inte om näringsverksamheten omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet för varor och tjänster i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller motsvarande bestämmelser i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

Det ska noteras att en filial är *en del* av ett *utländskt företag*. Sverige saknar som utgångspunkt möjlighet att påverka kraven som gäller för den utländska företagsformen. Det är sålunda inga svenska rättsliga hinder mot att man i England startar ett brittiskt aktiebolag (till exempel *private limited company*, Ltd) med bara ett pund som aktiekapital. Det brittiska aktiebolaget kan alltså sedan bedriva näringsverksamhet direkt i Sverige genom exempelvis en filial, utan att bilda svenska dotterbolag. Detta följer även av etableringsfriheten inom unionsrätten.⁵³

Svenska vinstbegränsningskrav kan sålunda inte åläggas utländska bolag i anledning av att Sverige saknar jurisdiktion över sådana rättssubjekt.

⁵³ Se Bertniz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, 5 uppl., Stockholm, Norstedts, 2014, s. 326 ff.

12 EU-rättslig bedömning om fördragsskyddade friheter

Ett vinstförbud eller obligatorisk vinstbegränsning för företag som utför tjänster för det allmänna måste även beaktas i ljuset av tillämpliga EU-regler. Utgångspunkten för bedömningen är att det allmänna har öppnat marknaden för etablering på olika sätt (tillstånd, koncession, upphandling), vilket gör att potentiella utförare inte enbart kan komma från Sverige, utan även andra medlemsländer inom EU. Krav på förbud eller begränsning av vinster i verksamheten kan därför drabba rättssubjekt i andra EU-länder.

Såsom visats ovan finns det i utgångsläget inga begränsningar i kretsen av personer som kan tillhandahålla tjänster inom de sociala sektorerna som här behandlats. Marknaderna kännetecknas sålunda av fri etableringsrätt och en i övrigt oinskränkt rätt att bedriva näring inom respektive område (allt med hänsyn till gränser som sätts genom antal kontrakt som upphandlas, elev- eller patientunderlag med mera). Föreslagna vinstbegränsningsåtgärder kan i enlighet med vad som ovan utretts leda till att vissa aktörer förhindras att fortsätta sin verksamhet och andra kan vidkännas kraftiga begränsningar i näringsutövandet. Frågan blir nu hur detta förhåller sig till EU-rätten. Det ska även från början framhållas att det saknas EU-regler om allmän vinstbegränsning liknande de åtgärder som följer av kommittédirektiven.

12.1 Fördragsreglerna om etableringsrätt och fri rörlighet

Redogörelsen ovan avseende vilka verksamheter som är liberaliserade i den meningen att lagstiftningen tillåter eller att nuvarande ordning inte utesluter privat verksamhet, kan inledningsvis konstateras att liberaliseringsåtgärderna omfattar i princip alla här aktuella välfärdsområden. Sålunda måste marknaderna betraktas som *öppna* för privata aktörer – även för associationer inom EU.

En lagstiftningsåtgärd som skulle innefatta vinstbegränsning och därigenom indirekt endast tillåta de bolag eller verksamheter som överensstämmer med den politiska målsättningen om kvarhållande av överskottsmedel i verksamheten kommer därmed praktiskt sett få till effekt att verksamhetsrätten reserveras till vissa svenska bolag som uppfyller de politiska kraven. Härigenom aktualiseras frågan om de föreslagna åtgärderna är förenliga med etableringsrätten och reglerna om fri rörlighet inom unionen samt diskrimineringsförbudet.

12.1.1 Diskrimineringsförbudet och kraven på likabehandling inom EU-rätten

Det följer av artikel 18 FEUF att inom fördragets tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördragen, ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden. Denna mycket centrala bestämmelse i primärrätten innebär att fysiska och juridiska personer från någon annan medlemsstat skal behandlas på samma sätt – eller åtminstone inte sämre än – som det egna landets medborgare och företag. Likabehandlingskravet gäller såväl direkta som indirekta åtgärder där andra än direkta nationellt relaterade kriterier ställs upp som leder fram till samma resultat som nationell särbehandling.⁵⁴

⁵⁴ Se Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 5 uppl. 2014, s. 153 ff.

Den allmänna bestämmelsen i artikel 18 FEUF kompletteras även av det särskilda förbudet i artikel 49 FEUF, enligt vilket framgår att inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium *ska förbjudas*. Förbud omfattar även inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag. Detta ska utvecklas nedan.

I förevarande fall finns det en uppenbar risk att verksamheter inom de i dag öppna sektorerna för skola, vård och omsorg indirekt kommer att förbehållas sådana associationer som uppfyller de politiska målsättningarna. Detta kommer att omfatta befintliga och framtida verksamheter inom sektorerna. Frågan blir därför om det kan betraktas som diskriminerande i EU-rättslig mening att införa vinstbegränsningskrav som kvalificeringsgrund för befintlig eller framtida verksamhet.

Genom att marknaderna i dag är öppna för etablering och för alla verksamheter samt att vinstbegränsningskravet kommer att innebära en inskränkning i kretsen av behöriga organisationer (det synes åtminstone indirekt utesluta fysiska personer, handelsbolag med flera) måste åtgärderna betraktas som en delvis återgång till långt snävare krets av företag och verksamhetsutövare. Kraven kan innebära ett indirekt verksamhetsförbud mot vissa aktörer och om vinstbegränsningsförbudet inte är möjligt att genomföra i andra EU-länder på motsvarande sätt som de föreslagna åtgärderna i Sverige kommer åtgärden att innebära en *de facto*-diskriminering av andra EU-aktörer, vilket skulle innebära att Sverige inte skulle kunna hindra sådana bolag att bedriva verksamhet inom här aktuella sektorer. Att förbjuda verksamhet helt för sådana aktörer skulle likaså strida mot förbudet genom att det vore en direkt diskriminering.

Kvarstår gör den från EU-rätten något märkliga situationen att det enligt unionsrätten är möjligt att negativt särbehandla svenska associationer genom så kallad omvänd diskriminering, vilket dock ej gäller vid offentlig upphandling (se mer härom nedan). Sålunda skulle det i detta snäva hänseende kunna betraktas som förenligt med unionsrätten att vinstbegränsningskraven endast drabbar svenska rättssubjekt, men inte utländska. Därigenom skulle i dag svenska organisationer kunna bilda bolag i utlandet som sedan driver verksamhet i Sverige utan vinstbegränsning. Härigenom skulle förslaget om vinstbegränsning bli helt verkningslöst och i sämsta fall endast riktat mot svenska aktörer som med enkelhet kan kringgå förbudet.

12.1.2 Bolags rätt till etablering

Bolag som är verksamma inom skola och omsorgssektorn kan åberopa reglerna i funktionsfördraget om etableringsfrihet (artikel 49 FEUF), rättigheten att tillhandahålla tjänster (artikel 56 FEUF) eller fri rörlighet för kapital (artikel 63 FEUF).

Enligt artikel 49 FEUF ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud omfattar inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag. Etableringsfriheten innefattar rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, *särskilt* bolag⁵⁵, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.

⁵⁵ Som de definieras i artikel 54 FEUF.

I *SEVIC* uttalade EU-domstolen att tillämpningsområdet för etableringsrätten omfattar

”... alla de bestämmelser som tillåter eller också enbart underlättar tillträdet till en annan medlemsstat än etableringsstaten och utövandet av näringsverksamhet i den staten, och som ger berörda ekonomiska aktörer möjlighet att effektivt och på samma villkor som de nationella aktörerna delta i medlemsstatens näringsliv.”⁵⁶

Artikel 54 FEUF stadgar att bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom unionen ska vid tillämpningen av bestämmelserna etableringsfrihet inom EU likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna. Vidare gäller att med benämningen ”bolag” förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentliggrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med *undantag* av sådana som *inte* drivs i vinstsyfte.

Artikel 54 utesluter från etableringsfriheten alltså juridiska personer som inte drivs med vinstsyfte. Innebörden av bestämmelsen ska emellertid inte förstås så att bolag som enligt nationell associationsrätt inte drivs med vinstsyfte är undantagna etableringsfriheten. Det är snarare fråga om ett funktionellt kriterium och enligt fast rättspraxis omfattas även ideella organisationer så länge som de bedriver *ekonomisk verksamhet* – ett kriterium som även återkommer inom konkurrensrätten.⁵⁷

Rent teoretiskt skulle därför kunna tänkas att Sverige i syfte att upprätthålla vinstförbudet skulle åberopa att utländska bolag saknade möjlighet att åberopa etableringsrätt i Sverige. Motiveringen skulle i sådana fall vara att det i Sverige råder förbud mot vinster för företag som levererar tjänster till det allmänna och att därigenom endast utländska bolag utan vinstsyfte hade möjlighet att etablera sig i Sverige och därefter kvalificera sig som potentiella tillhandahållare av tjänster på nationell basis.

Detta ter sig emellertid praktiskt omöjligt. Sverige har som stat inte rätt att ingripa i andra länders rättsordningar och styra över hur vinster må fördelas i bolag etablerade i andra länder. Praktiskt sett kommer därmed såväl svenska som EU-baserade utländska bolag, europabolag (SE-bolag), europeiska ekonomiska intressegrupperingar (EEIG), att åtnjuta etableringsfrihet i Sverige, åtminstone så länge som de bedriver ekonomisk verksamhet. Verksamheterna inom här aktuella sektorer måste under alla omständigheter betraktas som ekonomiska i rättslig mening.

Åtgärderna enligt kommittédirektivet kommer sannolikt inte att direkt påverka möjligheterna till själva etableringen i vare sig inskränkt mening (att överhuvudtaget etablera verksamhet) eller full mening (att bedriva näringsverksamhet efter genomförd etablering). Eftersom samma regler gäller för svenska som för utländska bolag förefaller det inte finnas något problem i etableringshänseende. Visserligen ligger tillhandahållandet av tjänster och etablering nära varandra i praktisk verklighet, men etablering i sig är typiskt sett något mera omfattande än att endast tillhandahåller tjänster från en annan medlemsstat.⁵⁸

⁵⁶ Mål C-411/03, *SEVIC Systems AG*, REG 2005, s. I-10805, p. 18.

⁵⁷ Med ekonomisk verksamhet följer att kriteriet ofta är knutet till huruvida verksamheten är ekonomisk till sin natur i kontrast mot myndighetsverksamhet, eller om bolaget i fråga erhåller ersättning för utförda tjänster.

⁵⁸ Jfr Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 5 uppl. 2014, s. 326 f.

I sammanhanget bör dock erinras om att vinstbegränsningskravet i sig trots allt kan bli problematiskt i etableringshänseende. Kravet hänför sig till hur associationen i fråga hanterar sitt fria egna kapital. Härigenom skulle det exempelvis bli svårt för utländska bolag att verka genom filial i Sverige om de inte uppfyller vinstbegränsningskravet. I praktiken kan kravet sålunda omöjliggöra en etablering och potentiellt sett stå i strid mot etableringsfriheten.

Det är vidare inte möjligt att behandla svenska och utländska bolag olika vid till exempel upphandlingar och det kan därför inte favoriseras sådana bolag, vars ändamål saknar vinstsyfte. Vinstbegränsningskravet skulle sålunda även indirekt kunna göra det omöjligt för vinstdrivande utländska bolag att idka verksamhet i Sverige inom aktuella sektorer. Mera härom nedan under avsnittet om offentlig upphandling.

12.1.3 Fri rörlighet för tjänster inom unionen

Åtgärderna enligt kommittédirektivet hänför sig främst till tillhandahållandet av tjänster till det allmänna. Sociala tjänster och sjukvårdstjänster har inom unionen traditionellt varit en nationell angelägenhet med förhållandevis restriktiv inställning till liberalisering. Sverige intar dock en särställning i det hänseendet med sina påtagligt liberaliserade marknader inom dessa sektorer. Som utgångspunkt är därför marknaderna i rättslig bemärkelse öppna för såväl svenska som europeiska rättssubjekt.

Vad gäller reglerna om tillhandahållande av tjänster inom unionen följer av artikel 56 FEUF att inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen ska förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten. Med detta avses företag som är etablerade i andra medlemsländer har rätt att använda sin arbetskraft för att utföra tjänster i ett annat medlemsland.⁵⁹

Det följer vidare av artikel 57 FEUF att med *tjänster* avses i fördragets mening prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer – särskilt verksamhet av industriell natur, av kommersiell natur, inom hantverk och inom fria yrken. Vidare gäller att utan det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i kapitlet om etableringsrätt får den som tillhandahåller en tjänst tillfälligt utöva sin verksamhet i den medlemsstat där tjänsten tillhandahålls på samma villkor som denna stat uppställer för sina egna medborgare.

Tillhandahållande av tjänster skiljer i många hänseenden från handeln med varor, genom att många sektorer där tjänster kan tillhandahållas är föremål för regleringar och utgör *förbehållna sektorer*. Därigenom har just liberaliseringsåtgärder fått en central plats i EU:s primärrätt. Enligt artikel 59.1 FEUF ska Europaparlamentet och rådet, i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén, *utfärda direktiv* för att genomföra liberaliseringen av en *särskild tjänst*. Sådana direktiv ska i allmänhet i första hand avse sådana tjänster som direkt inverkar på produktionskostnaderna eller vilkas liberalisering bidrar till att underlätta varuutbytet. Enligt artikel 60 FEUF finns en skyldighet med medlemsstaterna att sträva efter att gå utöver den liberalisering av tjänster som de direktiv kräver som utfärdas enligt artikel 59.1, om deras allmänna ekonomiska läge och situationen inom den berörda ekonomiska sektorn tillåter det.

⁵⁹ Se Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, 5 uppl. 2014, s. 329 f. EU-domstolen har framhållit att dessa bestämmelser "... utgör ... hinder för att en medlemsstat förbjuder den som tillhandahåller tjänster och som är etablerad i en annan medlemsstat att förflytta sig fritt inom dess territorium med all sin personal, eller att denna medlemsstat uppställer restriktiva villkor vad gäller personalen, till exempel villkor att anställning ska ske på plats eller krav på arbetstillstånd.", Mål C-113/89, *Rush Portuguesa Ld* mot *Office national d'immigration*, REG [1990] s. I-1417, p. 12.

För det fall att medlemsstaterna inte avvecklar inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster gäller enligt artikel 61 FEUF att varje medlemsstat ska tillämpa dessa inskränkningar på alla i artikel 56 första stycket avsedda personer som tillhandahåller tjänster, utan att göra åtskillnad i fråga om nationalitet eller hemvist.

Utan att vidare gå in på frågan om när och under vilka omständigheter som medlemsstater måste överge vissa nationella monopol och liberalisera marknader kan konstateras att EU-rätten har intagit en förhållandevis försiktig inställning i detta hänseende gällande tillhandahållande av tjänster. Därtill finns undantagen som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, vilka skulle kunna motivera en strängare behandling av utländska medborgare och företag.

För Sveriges vidkommande kan emellertid konstateras att lagstiftaren trots avsaknad av direktivsbestämmelser på egen hand har valt att liberalisera många marknader som tidigare har varit föremål för nationella monopolordningar. Detta gäller inte minst transportsektorn (flyg och järnväg), postbefordran, taxi med mera. Inom välfärdssektorerna är det inte fråga om en full liberalisering – inte minst beroende av att det allmänna står för kostnaderna i slutänden. Icke desto mindre är det fullt tillåtet bedriva verksamhet och i så måtto är marknaderna redan liberaliserade. Sammantaget kan därför framhållas att tidigare eventuella inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom de sektorer som omfattas av denna utredning har sålunda för Sveriges vidkommande redan avvecklats (jfr artiklarna 60, 61 FEUF). Marknaden är sålunda öppen även för utländska associationer.

Vinstbegränsningskravet skulle praktiskt sett innebära en återgång till en inskränkning av redan genomförd liberalisering: Vissa bolag skulle inte längre få bedriva verksamhet alternativt tvingas avstå egendom med mera. Utländska vinstdrivande bolag skulle bli utestängda från verksamheterna. Därtill synes det genom höjda kvalitetskrav finnas alternativa och långt mindre inskränkande metoder att komma till rätta med eventuella brister och problem i här aktuella sektorer, vilket innebär att förslaget strider mot grundläggande proportionalitetskrav.

En återgång kommer därför att aktualisera om det finns någon grund för i hänseendet folkhälsa, allmän säkerhet eller ordning, vilket förefaller ytterst osannolikt (artikel 62 jämförd med artikel 52 FEUF). Att anföra dessa skäl för att stänga ute utländska bolag ter sig strängt taget fullständigt orimligt. I allt väsentligt skulle sådana argument gå ut på den allmänna ordningen eller folkhälsan äventyras inte bara av att det är privata företag som utför tjänsterna, utan att detta i sig orsakas av att dessa företag är vinstdrivande. Detta synes förutsättas att det kan styrkas att privat verksamhet i allmänhet föranleder behov av att begränsa rörligheten mot bakgrund av dess i sig skadliga effekter på folkhälsa, ordning eller säkerhet. I synnerhet ska sedan kunna påvisas att det just är vinstintresset i dessa bolag eller liknande associationer som är den direkta orsaken till de skadliga effekterna som motiverar inskränkningarna.

Att detta skulle kunna leda i bevisning framstår objektivt sett som orimligt och torde i rättsligt hänseende kräva ett otvetydig vetenskapligt stöd för att vinna trovärdighet inom ramen för tillämpningen av unionsrätten. Sverige som stat kommer vid införande av här aktuella begränsningar att riskera ådra sig en tung förklaringsbörda. Liberaliseringsåtgärderna synes ju ha vidtagits i syfte att förbättra respektive system i förhållande till utgångsläget. Genom att en återgång, helt eller delvis innefattar inskränkningar av liberaliseringsåtgärderna är det högst sannolikt att staten måste påvisa inte bara att det just är liberaliseringen och de nu aktiva aktörerna som allvarligt hotar skyddsintressena, utan att det dessutom saknas möjligheter att på annat sätt eventuella påstådda brister.

12.1.4 Särskilt om tjänstedirektivet

I sammanhanget är det även viktigt att beakta lagen (2009:1079) om tjänster på den inre marknaden som genomför det EU-rättsliga tjänstedirektivet.⁶⁰ Den svenska genomförandelagen och direktivet tillämpas inte på bland annat tjänster som tillhandahålls av bemanningsföretag, hälso- och sjukvårdstjänster samt sociala tjänster som rör subventionerat boende, barnomsorg och stöd till permanent eller tillfälligt behövande familjer och enskilda, som tillhandahålls av staten, tjänsteleverantörer på uppdrag av staten eller av staten erkända välgörenhetsorganisationer. För dessa tjänster gäller i stället primärrettens bestämmelser. Direktivet är däremot tillämpligt på utbildningstjänster.

Direktivets bestämmelser om etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster bör, enligt premabeln p. 8, endast tillämpas om den berörda verksamheten är *öppen för konkurrens*, så att medlemsstaterna inte tvingas att liberalisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, att privatisera offentliga enheter som tillhandahåller sådana tjänster eller att avskaffa existerande monopol för andra verksamheter eller vissa distributions-tjänster. Det kan noteras att Sverige – till skillnad från många andra länder – har valt en ordning som innebär liberalisering av marknaderna varigenom det ej längre finns monopol för det allmänna inom dessa sektorer.

Tjänstedirektivet fastställer de allmänna bestämmelser som ska underlätta utövandet av etableringsfriheten för tjänsteleverantörer och den fria rörligheten för tjänster, samtidigt som tjänsternas höga kvalitetsnivå bibehålls. I direktivet görs en åtskillnad mellan etableringsrätten och tillhandahållande av tjänster. Huvudregeln vid tillhandahållande av tjänster är, enligt artikel 16 i tjänstedirektivet att den medlemsstat där tjänsten tillhandahålls ska garantera rätten att *fritt få tillträde* till och utöva tjänsteverksamhet inom dess territorium. Medlemsstaterna får, enligt artikel 16.1 i tjänstedirektivet, för att tillåta tillträde till eller utövande av en tjänsteverksamhet på sitt territorium, inte ställa krav som inte respekterar följande principer:

- a) *icke-diskriminering*: kravet får varken vara direkt eller indirekt diskriminerande på grundval av nationalitet eller, för juridiska personer, etableringsmedlemsstat.
- b) *Nödvändighet*: kravet ska motiveras med skäl som avser allmän ordning, allmän säkerhet, folkhälsa eller miljöskydd.
- c) *Proportionalitet*: kravet ska vara lämpligt för att uppnå det mål som eftersträvas och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet.

Detta hindrar inte att medlemsstaterna uppställer krav på *hur en tjänsteverksamhet bedrivs*, om detta är motiverat av skäl som avser allmän ordning, allmän säkerhet, folkhälsa eller miljöskydd och som överensstämmer med artikel 16.1 i tjänstedirektivet. Inte heller får en medlemsstat hindras att, i enlighet med unionsrätten, tillämpa sina regler för anställningsvillkor, inbegripet regler i kollektivavtal.

Vad gäller tillstånd till etablering gäller enligt artikel 9.1 i tjänstedirektivet att medlemsstaterna endast får kräva tillstånd för tillträde till och utövande av tjänsteverksamhet om följande villkor är uppfyllda:

- a) Tillståndsförfarandet *diskriminerar* inte tjänsteleverantören i fråga.
- b) Behovet av ett tillståndsförfarande är motiverat av *tvingande hänsyn till allmänintresset*.
- c) Det eftersträfvade målet kan inte uppnås med en *mindre begränsande åtgärd*, i synnerhet därför att en efterhandskontroll skulle ske för sent för att få någon reell verkan.

⁶⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden, EUT L 376, 27.12.2006, s. 36–68 (Tjänstedirektivet).

Vad gäller vinstbegränsningskrav saknas explicita regler i tjänstedirektivet men om rättigheten till etablering skulle innebära att det uppställs krav som rör företagets kapitalinnehav eller som innebär att endast vissa tjänsteleverantörer på grund av verksamhetens särskilda karaktär får starta tjänsteverksamheten i fråga (med undantag för krav rörande områden som omfattas av direktiv 2005/36/EG eller sådana krav som föreskrivs i andra gemenskapsinstrument) måste sådana krav utvärderas. Nya krav på etablering med denna innebörd måste anmälas till kommissionen (vilket inte hindrar genomförande) men alltid uppfylla följande kriterier:

- a) *Icke-diskriminering*: kraven får varken vara direkt eller indirekt diskriminerande på grundval av nationalitet eller, i fråga om företag, var företaget har sitt säte.
- b) *Nödvändighet*: kraven ska vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset.
- c) *Proportionalitet*: kraven ska vara lämpliga för att säkerställa att det eftersträlvade målet uppnås, de får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet och det ska inte vara möjligt att ersätta dessa krav med andra, mindre begränsande åtgärder som skulle ge samma resultat.

Såsom i svensk nationell rätt förefaller det osannolikt att målsättningen att öka kvaliteten i skolverksamheten bäst säkerställs genom ett vinstbegränsningskrav. Det förefaller svårförenligt med proportionalitetsbestämmelsen i tjänstedirektivet. Sammantaget är det därför högst sannolikt att Sverige mot bakgrund av den redan långtgående liberaliseringen på här aktuella marknader kommer att få stora svårigheter att inskränka möjligheterna till verksamhet som i praktiken följer av de föreslagna begränsningsåtgärderna.

12.2 Fri rörlighet för kapital och vinstbegränsningskrav

Vinstbegränsningskravet innefattar bland annat en skyldighet för ägarna att inte genomföra värdeöverföringar i högre grad än en viss låg ränta på insatt kapital, men även att inte tillgodogöra sig överskottet av värdet av aktier vid försäljning av verksamheten.

Det följer av artikel 63 FEUF att alla restriktioner för kapitalrörelser och betalningar mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredjeland ska vara förbjudna.

Undantagen enligt artikel 65 FEUF omfattar vissa bestämmelser i skattelagstiftning som skiljer mellan skattebetalare som har olika bostadsort eller som har investerat sitt kapital på olika ort eller åtgärder för att vidta alla nödvändiga åtgärder för att förhindra överträdelse av nationella lagar och andra författningar, särskilt i fråga om beskattning och tillsyn över finansinstitut, eller att i administrativt eller statistiskt informations syfte fastställa förfaranden för deklaration av kapitalrörelser eller att vidta åtgärder som är motiverade med hänsyn till allmän ordning eller allmän säkerhet.

I vart fall får undantagsbestämmelserna inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller en förtäckt begränsning av den fria rörligheten för kapital och betalningar enligt artikel 63 FEUF.

De föreslagna åtgärderna kommer med säkerhet att innebära begränsningar för utländska bolag att genomföra koncernbidrag, värdeöverföringar i övrigt och tillgodogöra sig det fulla värdet i och av dotterbolag i Sverige inom nu aktuella sektorer. Än svårare kommer detta att bli gällande filialers och unionsrättsliga associationers verksamheter inom landet.

Sammantaget finns härigenom en överhängande risk för att åtgärder av detta slag kommer att stå i strid mot reglerna om fria kapitalrörelser inom EU. Det synes samtidigt inte föreligga någon sådan situation som föranleder undantag från förbudet.

13 Begränsningsregler för offentlig-privata kontrakt i förhållande till regler om offentlig upphandling

När det allmänna gentemot medborgarna ska tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller sociala tjänster i allmänhet finns det ett flertal tänkbara sätt att åstadkomma ett sådant syfte, av vilka följande torde vara de vanligaste:

- 1) Avstå från att rättshandla med privata utförare och bedriva verksamheten i egen regi.
- 2) Rättshandla med privata utförare genom att upphandla tjänster.
- 3) Tillskapa offentliga-privata samriskriskprojekt.
- 4) Tilldelning av koncession för utförande av vissa tjänster.
- 5) Liberalisera marknaden fullständigt eller delvis och tillämpa marknadslösningar.

De föreliggande förslagen tar sikte på möjligheten för det allmänna att begränsa själva vinstuttaget i organisationer som utför vissa tjänster för samhället. Ovan har analyserats möjligheterna att i efterhand begränsa vinstuttag för organisationer med befintliga avtalsförhållanden med det allmänna. En annan väg att åstadkomma det föreslagna syftet vore att *diskvalificera* vissa anbudsgivare till offentliga kontrakt, eller begränsa kretsen av potentiella berättigade anbudsgivare till sådana som uppfyller vinstbegränsningssyftet.

Det ska som utgångspunkt konstateras att det inte finns några rättsliga hinder för det allmänna att bedriva verksamhet i egen regi. Det är sålunda inte förbjudet för till exempel staten eller kommuner att bedriva här aktuella verksamheter och *avstå* från att upphandla tjänster från privata aktörer. Tvärtom ligger det samhälleliga huvudansvaret för att tjänsterna tillhandahålls på det allmänna, vilket alltså innebär en rättslig skyldighet att för respektive huvudman att tillse att tjänsterna tillhandahålls och därigenom blir frågan i stället hur de ska erbjudas och genomföras gentemot avnämarna.

Huruvida en verksamhet ska bedrivas i egen regi, i samarbete med privat aktörer eller enbart av privata aktörer är i grunden både en politisk, ekonomisk och praktisk fråga:

- *Politisk* i så måtto att det kan finnas rättspolitiska, moraliska eller värderingsgrundande argument för att viss verksamhet ska förbehållas det allmänna, eller om verksamheten ska öppnas upp för enskilda. Sverige har valt det senare.
- *Ekonomisk* därför att marknaden i vissa fall inte förmår att effektivt tillhandahålla tjänsten som bedöms vara av allmänt ekonomiskt eller icke-ekonomiskt intresse.
- *Praktiskt* i bemärkelsen att samhället bör tillhandahålla vissa myndighetsfunktioner i monopol såsom rättsväsende, polisiär verksamhet, tull med mera. I vissa fall är verksamheten i grunden myndighetsmässig, men kan utföras av olika aktörer. I andra fall är verksamheten i grunden ekonomisk, men kan ha mer eller mindre tydliga politiska förtecken i tillhandahållandet (till exempel subventionerad fjärrvärme).

Olikheterna har medfört att det i vissa fall blivit uppenbart att verksamheterna måste bedrivas helt på kommersiell grund – såsom i fallet med fjärrvärmeverksamhet – eller så har det av effektiviserings- eller kvalitetsmässiga skäl ansetts vara lämpligt för det allmänna att inte längre tillhandahålla tjänsten i egen regi, utan att lägga ut verksamheten till andra (ofta privata) aktörer.

Skälen till utlokalisering av verksamheter kan givetvis vara olika, men i allmänhet framstår det som orimligt att inte förutsätta att detta har gjorts i syfte att erhålla en för samhället bättre situation, eller ett bättre resultat, i jämförelse med om verksamheten hade fortsatt att bedrivas i egen regi. Redan på denna grund kan det förefalla märkligt att vinstbegränsning i efterhand ses som en lösning på kvalitetsproblem med mera. Det ologiska häri synes gestalta sig i ett i efterhand uppkommet misstroende mot de bevekelsegrunder som åberopats för att *inte* fortsätta bedriva verksamheten i egen regi. De skäl som legat till grund för varför utläggning av verksamheten genomförts i första skedet läggs därigenom utförarna till last i ett senare skede. Om skälen är rent ideologiska till detta ifrågasättande synes återgång till drift i egen regi vara lösningen. Om skälen däremot är att det finns tillkortakommanden i utförandet, eller icke önskvärda resultat, torde en översyn av kravspecifikationer, bättre uppföljning, genomdrivande av sanktioner och remedier vara förstahandsvalet framför nu föreslagna åtgärder.

Inom ramen för denna utredning ska därför inte första alternativet bortses ifrån och kan i många fall te sig långt mer logiskt än nu föreslagna åtgärder. Om emellertid det förutsätts att det allmänna inte väljer egen regi uppkommer därigenom frågan vilka möjligheter som står till buds för att rättsligt begränsa möjligheterna för potentiella utförare att ta ut vinst med mera.

13.1 Verksamhet i egen regi: särskilt om offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn

Genom EU-domstolens uttalande i *Teckal* gjordes klart att för ett förfarande skulle vara upphandlingspliktigt var det, enligt dåvarande upphandlingsdirektivet, i princip tillräckligt att avtalet hade slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet *fristående* juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, *utövade en kontroll* över den ifrågasvarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.⁶¹ Detta avgörande anses vara startpunkten på undantaget för upphandlingsplikt mellan upphandlande myndigheter och företag inom dess egen kontrollsfär eller verksamhet i egen regi, den så kallade *in-house doctrine*. Avgörandet har sedermera bekräftats i EU-domstolens praxis.

Det uppmärksammas att det hittills har rått en betydande rättsosäkerhet om i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan enheter inom den offentliga sektorn ska omfattas av regler för offentlig upphandling. Därtill har tolkningen av EU-domstolens rättspraxis varierar mellan medlemsstaterna, men även mellan upphandlande myndigheter. Mot denna bakgrund har det ansetts nödvändigt att klargöra i vilka fall reglerna om offentlig upphandling *inte* är tillämpliga på kontrakt som ingås *inom* den offentliga sektorn. Samtidigt har det ansetts nödvändigt att säkerställa att undantag för samarbete mellan myndigheter inte leder till att konkurrensen snedvrids i förhållande till privata ekonomiska aktörer i den mån det gynnar en privat tjänsteleverantör i förhållande till dess konkurrenter (LOU-direktivet, skäl 31).⁶²

⁶¹ Mål C-107/98, *Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, REG [1999] s. I-8121, p. 50.

⁶² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242. (LOU-direktivet).

Regler om offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn har numera reglerats i artikel 12 i LOU-direktivet. Sålunda ska enligt artikel 12.1 ett offentligt kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person *inte* omfattas av tillämpningsområdet för direktivet om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Den upphandlande myndigheten *utövar kontroll*⁶³ över den berörda juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.
- b) Den kontrollerade juridiska personen utför *mer än 80 procent av sin verksamhet* för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utövar kontroll över.
- c) Det finns *inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital* med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

Upphandlingskravet gäller heller inte, enligt artikel 12.2, när den kontrollerade juridiska personen är en upphandlande myndighet, och myndigheten tilldelar ett kontrakt till den kontrollerande upphandlande myndigheten eller till en annan juridisk person som kontrolleras av samma upphandlande myndighet, förutsatt att det inte finns något direkt privat ägarintresse i kapitalet i den juridiska person som tilldelas det offentliga kontraktet med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

Vidare gäller dock enligt artikel 12.3 att en upphandlande myndighet som inte utövar kontroll över en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person i den mening som avses i artikel 12.1 kan tilldela ett offentligt kontrakt till denna juridiska person utan att tillämpa upphandlingsdirektivet om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Den upphandlande myndigheten utövar tillsammans med andra upphandlande myndigheter kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar (gemensam kontroll).
- b) Den juridiska personen utför mer än 80 procent av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning eller för andra juridiska personer som samma upphandlande myndigheter utövar kontroll över.
- c) Det finns inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

⁶³ Med utövande av kontroll avses att en upphandlande myndighet utövar kontroll över en juridisk person motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning om myndigheten har ett avgörande inflytande över både den kontrollerade juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut. Sådan kontroll kan också utövas av en annan juridisk person, som själv kontrolleras på samma sätt av den upphandlande myndigheten.

För tillämpningen av artikel 12.3 a) ska de upphandlande myndigheterna anses utöva *gemensam kontroll* över en juridisk person om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- i) Den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan består av representanter från samtliga deltagande upphandlande myndigheter. Enskilda representanter får företräda flera eller samtliga av de deltagande upphandlande myndigheterna.
- ii) Dessa upphandlande myndigheter har tillsammans ett avgörande inflytande såväl över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål som över dess viktiga beslut.
- iii) Den kontrollerade juridiska personen har inget eget intresse som strider mot de kontrollerande upphandlande myndigheternas intressen.

Vad gäller förhållandet att ett kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter ska omfattas detta inte av LOU-direktivet, om samtliga följande villkor är uppfyllda (artikel 12.4):

- a) Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.
- b) Genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.
- c) De deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet.

I andra sammanhang gäller enligt artikel 1 i LOU-direktivet att med *upphandling* avses i direktivet en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte.

LOU-direktivet ska tillämpas om inte annat följer av artikel 346 i EUF-fördraget och direktivet påverkar inte medlemsstaternas frihet att i enlighet med unionsrätten *definiera* vad de anser vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, hur dessa tjänster bör organiseras och finansieras i enlighet med bestämmelserna om statligt stöd samt vilka särskilda krav de bör underställas. LOU-direktivet påverkar inte heller myndigheters beslut om huruvida, hur och i vilken omfattning de önskar utöva offentliga funktioner själva, i enlighet med artikel 14 i EUF-fördraget och protokoll nr 26.

I det följande ska så utredas vad som gäller i rättsligt hänseende vid offentlig upphandling i förhållande till föreslagna regler om vinstbegränsningar. Särskilt ska behandlas möjligheterna att utesluta potentiella leverantörer från upphandling direkt eller indirekt genom att ställa kvalificeringskrav innefattande vinstbegränsning av här aktuellt slag.

13.2 Regler om offentlig upphandling och begränsning av potentiella anbudsgivare

Enligt det klassiska upphandlingsdirektivet⁶⁴ gäller såsom huvudregel att i det fall det allmänna väljer att upphandla tjänster och inte bedriva verksamheten i egen regi, så saknas det möjlighet för den upphandlande enheten att lägga begränsningar i kretsen av potentiella anbudsgivare. EU-domstolen har betonat att det skall

⁶⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG Text av betydelse för EES EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242

"... erinras om att skyldigheten att respektera principen om likabehandling är central i direktiven om offentlig upphandling, vilka bland annat syftar till att utveckla en effektiv konkurrens inom deras respektive tillämpningsområde och vilka innehåller föreskrifter om kriterier för tilldelning i avsikt att garantera en sådan konkurrens"⁶⁵

Redan tidig rättspraxis betonar att offentlig upphandling kräver en likabehandling av samtliga anbudsgivare och att det följer av unionsrätten att bestämmelserna ska tolkas

... as precluding national rules which reserve to undertakings established in particular regions of the national territory a proportion of public supply contracts ..."⁶⁶

Ett första uppenbart problem är att upphandlingsdirektiven som ett av sina huvudsyften har att undvika diskriminering bland anbudsgivare från olika länder inom unionen. Sverige saknar möjligheter att lagstifta om utländska associationers rättigheter att ta ut vinst från verksamheten. Genom direktivet är inte heller inte möjligt, som utgångspunkt, att reservera kontrakt för här aktuella tjänster enbart för svenska associationer.

Diskrimineringsförbudet träffar inte bara direkta åtgärder, utan även indirekta åtgärder som ger samma effekt. Enligt EU-domstolen finns det

"... anledning att med hänvisning till domstolens rättspraxis påminna om att principen om likabehandling, ..., förbjuder inte enbart öppen diskriminering grundad på nationalitet utan även alla former av *dold diskriminering* som, genom tillämpning av andra särskiljande kriterier, faktiskt leder till samma resultat." [min kurs.]⁶⁷

Sverige som medlemsstat måste alltså iaktta de regler, som ska vara implementerade senast 18 april 2016, för undantag och begränsningar som följer av direktivet, men även iaktta de grundläggande EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande. Förutom de regler om undantag som finns i bland annat artikel 10 h), artikel 12 finns härutöver särreglering gällande sociala tjänster.

13.2.1 Generellt om sociala tjänster och andra särskilda tjänster

I preambeln till LOU-direktivet framhålls att i syfte att sörja för kontinuitet i offentliga tjänster inom områdena hälsovårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster bör det finnas en *möjlighet* för medlemsstaterna att begränsa deltagande i upphandlingsförfaranden till vissa organisationer. Personalen ska vara ägare eller aktivt delta i förvaltningen och befintliga organisationer som kooperativ. Begränsningsmöjligheterna gäller uteslutande vissa hälsovårdstjänster, sociala tjänster och närbesläktade tjänster,

⁶⁵ Förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom SA mot Belgiska staten*, REG 2005, s. I-1559, p. 26. Se även mål C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne*, REG 2002, s. I-7213, p. 81 och mål C-243/89, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark*, REG 1993, s. I-3353, p. 33.

⁶⁶ Mål C-351/88, *Laboratori Bruneau Srl mot Unità sanitaria locale RM/24 di Monterotondo*, REG 1991, s. I-3641, p. 7. Se även mål C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SPA mot Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara*, REG 1990, s. I-889.

⁶⁷ Mål 3/88, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken*, REG 1989, s.4035, p. 8. Se även mål C-360/89, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken*, REG 1992, s. I-3401, p. 11 och mål 22/80, *Boussac Saint-Frères SA mot Brigitte Gerstenmeier*, REG 1980, s. 3427.

vissa utbildningstjänster, bibliotekstjänster, arkivtjänster, museitjänster och andra kulturella tjänster, idrottstjänster, och tjänster för privata hushåll, och är inte avsett att täcka något av de undantag som annars föreskrivs i direktivet (skäl 119).

Det ska alltså från början framhållas att direktivet möjliggör att det i nationell lagstiftning tas in begränsningar om *vem* som får tilldelas vissa kontrakt. Om medlemsstaterna väljer att inte nyttja denna möjlighet kommer i stället direktivets allmänna regler att gälla och i vart fall kommer ett särskilt upphandlingssystem jml. artiklarna 74–76 (offentliggörande av meddelande) om värdet på kontraktet överstiger € 750 000 (jfr artikel 4 d).

13.2.2 Principer vid tilldelning av kontrakt om sociala och andra särskilda tjänster

Enligt artikel 76 gäller att Sverige ska införa nationella regler för tilldelning av kontrakt som omfattas av avd. III, kap. 1 i direktivet för att se till att de upphandlande myndigheterna följer principerna om *öppenhet* och *likabehandling* av ekonomiska aktörer. Sverige kan därvidlag själv fastställa vilka förfaranderegler⁶⁸ som är tillämpliga, så länge dessa regler gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga. Vidare gäller att Sverige måste tillse att de upphandlande myndigheterna *får* beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriernas specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta gruppers behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation. Slutligen gäller att Sverige även får föreskriva att valet av tjänsteleverantör ska göras på grundval av det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet med hänsyn till kvalitets- och hållbarhetskriterier för sociala tjänster.

Det följer emellertid inte av upphandlingsdirektivet att Sverige som utgångspunkt får lägga begränsningar på tilldelning av kontrakt med hänsyn till huruvida potentiella anbudsgivare har viss organisationsform eller vars syfte överensstämmer med målen om vinstbegränsning. Direktivet har dock, som ovan nämnts, en särskild bestämmelse om en möjlighet för begränsning av kretsen av anbudsgivare som ska uppfylla vissa kriterier. Bestämmelsen kräver implementering i nationell svensk rätt och måste då uppfylla vissa kriterier.

Det följer av punkt 1 i artikel 77 i klassiska direktivet att kontrakt för vissa tjänster – häribland skola, hälsovård och äldreomsorg – kan *reserveras* av medlemsstaterna. Sålunda är det *tillåtet* enligt direktivet för medlemsstaterna att föreskriva att de upphandlande myndigheterna *får* reservera rätten för en organisation att delta i offentlig upphandling exklusivt för de hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster som avses i artikel 74⁶⁹, som omfattas av CPV-koderna 75121000-0, 75.12.2000-7, 75123000-4, 79.62.2000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, från och med 85000000-9 till och med 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.⁷⁰

⁶⁸ Till exempel öppet förfarande, selektivt förfarande, förhandlad förfarande under konkurrens, konkurrenspräglad dialog.

⁶⁹ Offentliga kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga XIV ska tilldelas i enlighet med kapitlet om sociala och särskilda tjänster i direktivets avdelning III, när värdet på kontrakten uppgår till eller överstiger det tröskelvärde som anges i artikel 4 d (750 000).

⁷⁰ Det framgår av preambeln i upphandlingsdirektivet att det är lämpligt att identifiera dessa tjänster genom att hänvisa till specifika poster i den gemensamma terminologin vid offentlig upphandling (CPV) som antagits genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002, en hierarkiskt uppställd nomenklatur indelad i huvudgrupper, grupper, undergrupper, kategorier och underkategorier. Vidare anges där att det för att undvika rättsosäkerhet bör klargöras att hänvisning till en huvudgrupp inte implicit innebär en hänvisning till underavdelningar. En sådan heltäckande hänvisning bör i stället göras explicit genom att alla relevanta poster nämns, där så är lämpligt som ett intervall av koder (p. 119).

Innebär upphandlingsdirektivet därigenom en möjlighet för upphandlande enheter att utesluta vinstdrivande utförare? Nej, enligt direktivet ska en organisation som avses i punkt 1 i artikel 77 uppfylla samtliga följande villkor (kumulativa krav):

- a) Verksamhetens *syfte* ska vara att fullgöra ett *offentligt uppdrag* som är kopplat till tillhandahållande av sådana tjänster som avses i punkt 1.
- b) Vinsterna ska återinvesteras *för att uppnå organisationens syfte*. Vid eventuell vinstutdelning eller omfördelning bör detta ske på grundval av deltagande.
- c) Lednings- och ägarstrukturen i den organisation som fullgör kontraktet ska grundas på personalens ägande eller deltagande, eller ska kräva aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.
- d) Organisationen får inte ha tilldelats något kontrakt för den berörda tjänsten av den berörda upphandlande myndigheten enligt denna artikel under de senaste tre åren.

Det kan noteras att LOU-direktivet inte förbjuder att organisationen gör vinst utan endast att det överskott som generas i verksamhet ska återinvesteras så att syftet med verksamheten – eller snarare; föremålet för verksamheten, det vill säga det som i svensk rätt motsvaras av det obligatoriska kravet i bolagsordningen att associationen ska ange föremålet för bolagets verksamhet, angivet till sin art. Som tidigare utretts förutsätts att ett aktiebolag i övrigt drivs i vinstsyfte. Bestämmelsen i artikel 77 innebär alltså ett direkt krav på konsolidering i förhållande till verksamhetsföremålet i aktiebolaget och har sin direkta motsvarighet i försiktighetsregeln i 17 kap. 3 § ABL, vilken stadgar ett skydd för bolaget bundna egna kapital och därutöver även att värdeöverföringar från bolaget till aktieägare endast får göras om det framstår som försvarligt med hänsyn till de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken av det egna kapitalet och bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt.

De första två kriterierna utesluter å andra sidan inte att kontrakt kan tilldelas SVB-bolag, ideella föreningar eller andra associationer. LOU-direktivet föreskriver emellertid inte, för det fall Sverige skulle välja att utnyttja möjligheten till begränsning av tilldelningskretsen, att sådana organisationer måste sakna vinstutdelningsmöjlighet. Eftersom det inte är möjligt att reservera sådana kontrakt för enbart svenska utförare förutsätter en sådan reglering att det i andra medlemsländer finns motsvarande ordning, vilket inte är för handen.

Den tredje punkten synes åsyfta en obekant associationsform i Sverige, eftersom det i svensk rätt endast praktiskt sett synes omfatta vissa former av ideella föreningar med vissa stadgar och ledningsutformning. I bland annat engelsk rätt finns associationsformerna *mutuals* och *sheltered workshops* eller numera så kallade *social enterprises*⁷¹, vilka kan vara *såväl* vinstdrivande som rent ideella. Sålunda synes det vara svårförenligt att reservera kontrakt för sociala och särskilda tjänster enbart till exempelvis kooperativ utan vinstutdelningsmöjlighet, eftersom det skulle kunna utesluta motsvarande utländska organisationer som är vinstdrivande.

13.2.3 Treårs - och diskvalifieringsregeln

Det sista villkoret enligt direktivet är att organisationen inte får ha tilldelats något kontrakt de senaste tre åren *samt* att inget kontrakt får ha en längre löptid än tre år (p. 3). Treårsgränsen innebär därigenom att dels att avtal inte får förnyas med en

⁷¹ Dessa kan ta skilda former såsom co-operative, mutual organization, disregarded entities, a social business, benefit corporations, a community interest companies or a charity organization.

och samma utförare efter att en treårig avtalsperiod har förflutit, dels att ny upphandling ska ske, varvid den avgående utföraren inte tillåts delta i upphandling. En utförare som inom den senaste treårsperioden innehaft ett avtal med kortare löptid än tre år ska även uteslutas från upphandlingen. Avgörande är om det funnits ett avtalsförhållande mellan den upphandlande myndigheten någon gång under den senaste treårsperioden. Det synes emellertid inte finnas något rättsligt hinder att en tidigare utförare från och med fjärde året efter utgången av ett tidigare avtalsförhållande. Diskvalificeringskriteriet begränsas ytterligare av att det måste röra sig om *den berörda tjänsten*, det vill säga om utföraren har haft ett avtal med den upphandlande enheten om en annan tjänst borde de vara oförhindrade att delta i kommande upphandlingar om en viss – annan – tjänst. Hur den mer konkreta gränsdragningen ska göras beträffande vad som ska anses utgöra den berörda tjänsten är inte närmare beskrivet i direktivet. Vidare finns det inget hinder mot att en utförare tar ett identiskt uppdrag hos en annan myndighet. I vart fall får det anses stå helt klart att utrymmet för en långsiktig planering eller långsiktigt avtalsförhållande med en samma utförare är synnerligen begränsat.

Sammantaget gäller sålunda att om Sverige skulle välja att införa reservationsrätten i nationell lagstiftning kommer det alltså inte att vara möjligt att använda sig av långa kontrakt. Kretsen av behöriga anbudsgivare kommer att begränsas till organisationer som i praktiken är ytterligt sällsynta i Sverige. Väljer Sverige att avstå från möjligheten att begränsa kretsen till sociala företag kommer det inte vara möjligt att ställa krav på viss bolagsform, viss utformning av associationens stadga/bolagsordning. I stället kommer därvidlag de allmänna principerna för upphandling att gälla (öppenhet och likabehandling). Potentiella anbudsgivare blir därmed alla ekonomiska aktörer.

Med *ekonomisk aktör* avses enligt direktivet *varje* fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller enheter, inbegripet tillfälliga företagsammanslutningar, som erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller ett byggnadsverk, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden.

13.2.4 Allmänna principer för upphandling

De upphandlande myndigheterna ska enligt artikel 18 behandla ekonomiska aktörer på ett *likvärdigt* och *icke-diskriminerande* sätt samt förfara på ett *öppet* och *proportionerligt* sätt. Härigenom är det inte tillåtet att utforma upphandlingen i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för direktivet, eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt *favorisera* eller *missgynna* vissa ekonomiska aktörer.

Vidare har Sverige en skyldighet att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X i direktivet.

13.2.5 Behandling av ekonomiska aktörer

Enligt artikel 19 i LOU-direktivet är inte tillåtet att utesluta ekonomiska aktörer som enligt lagstiftningen i sin den medlemsstat där de är etablerade har rätt att tillhandahålla den aktuella tjänsten endast på grund av att lagstiftningen i den medlemsstat där kontraktet tilldelas kräver att de ska vara antingen fysiska eller juridiska personer. Juridiska personer kan likväl åläggas att, när det gäller offentliga tjänstekontrakt och offentliga byggentreprenadkontrakt samt offentliga varukontrakt som dessutom

omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten, i anbudet eller anbudsansökan uppge namn och relevanta yrkeskvalifikationer för den personal som ska fullgöra kontraktet i fråga.

Vidare gäller att grupper av ekonomiska aktörer, inbegripet tillfälliga sammanslutningar, *får* delta i upphandlingsförfaranden. De upphandlande myndigheterna *får inte* kräva att de ska ha en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan. De upphandlande myndigheterna får vid behov i upphandlingsdokumenten klargöra hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk kunskap och yrkeskunskap (som avses i artikel 58), förutsatt att detta motiveras av objektiva skäl och är proportionerligt. Medlemsstaterna får fastställa standardvillkor för hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla dessa krav. Villkor för dessa grupper av ekonomiska aktörers fullgörande av ett kontrakt som skiljer sig från dem som gäller för enskilda deltagare ska också motiveras av objektiva skäl och vara proportionella.

Slutligen gäller, trots det nyss ovannämnda, att upphandlande myndigheter får kräva att grupper av ekonomiska aktörer antar en *viss juridisk form* när de har blivit tilldelade kontraktet, om det är nödvändigt för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

Mot bakgrund av dessa bestämmelser är utrymmet för svenska upphandlande myndigheter att begränsa urvalet – i enlighet med vinstbegränsningsförslagen – av potentiella anbudsgivare ytterligt begränsat. Om myndigheten väljer att bedriva verksamheten i egen regi aktualiseras inte dessa regler, men så snart de aktuella tjänsterna ska upphandlas är det inte längre möjligt att begränsa urvalet till sådana associationer som uppfyller vinstbegränsningskravet.

I sammanhanget ska även konstateras att likabehandlingskravet är mer långtgående än det allmänna diskrimineringsförbudet. EU-domstolen har framhållit att "... likabehandlings- eller icke-diskrimineringsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling."⁷²

Det är sålunda inte möjligt för Sverige att behandla svenska rättssubjekt sämre än utländska rättssubjekt i samband med offentlig upphandling. Likabehandlingen innebär att samtliga leverantörer måste behandlas på samma sätt oavsett nationalitet. Därigenom är det inte möjligt att ha inskränkande regler för svenska leverantörer i förhållande till utländska.⁷³

13.3 Nya regler om tjänstekoncessioner

I svensk rätt har hittills saknats regler om tjänstekoncessioner, men på grundval av koncessionsdirektivet (LUK-direktivet)⁷⁴ har Genomförandeutredningen under 2014 lämnat förslag i sitt slutbetänkande om ny lag om tilldelning av koncessioner⁷⁵. Koncessionsdirektivet ska vara implementerat i Sverige senast 18 april 2016. Enligt artikel 8 i LUK-direktivet ligger tröskelvärdet för tillämpning av de EU-baserade reglerna på upphandling av koncessioner, vars värden uppgår till minst € 5 186 000.

⁷² Mål C-304/01, *Konungariket Spanien mot Europeiska kommissionen*, REG 2004, s. I-7655, p. 30. Se även mål C-210/03, *The Queen, på begäran av Swedish Match AB och Swedish Match UK Ltd mot Secretary of State for Health*, REG 2004, s. I-11893, p. 70.

⁷³ Se allmänt om likabehandlingsprincipen, Arrowsmith, S., *The law of public and utilities procurement. Regulation in the EU and UK*, 3 uppl., Sweet & Maxwell, London 2014, s. 883 f.

⁷⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, EUT L 94, 28.3.2014, s. 1–64.

⁷⁵ SOU 2014:69, *En ny lag om upphandling av koncessioner*.

Beträffande upphandlingar av tjänstekoncessioner, vars värden understiger tröskelvärdet och för upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster bör, enligt Genomförandeutredningen, i princip samma uppsättning regler gälla. Härigenom föreslås att samma principer kommer att gälla för samtliga koncessionsupphandlingar som underskrider det EU-rättsliga tröskelvärdet.

I LUK-direktivet saknas en motsvarande bestämmelse som återfinns i LOU-direktivet om möjligheter för medlemsstaterna att begränsa vissa kontrakt gällande sociala och särskilda tjänster för vissa organisationer. I stället är området helt oreglerat på EU-nivå för alla koncessionsupphandlingar som underskrider tröskelvärdet, med undantag för de allmänna principerna som gäller vid all upphandling.

Enligt artikel 19 i LUK-direktivet gäller att koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster som förtecknas i bilaga IV och som omfattas av LUK-direktivet ska endast omfattas av de skyldigheter som följer av artiklarna 31.3, 32, 46 och 47. I allt väsentligt innebär detta ett mer flexibelt och enklare system för upphandling gällande just dessa tjänster. Noterbart är att bilageförteckningen inte helt överensstämmer med de tjänster som avses i LOU-direktivet, men det finns heller ingen möjlighet enligt direktivet att reservera kontrakt⁷⁶ för vissa organisationer.

Principerna om behandling av ekonomiska aktörer är väsentligen de samma i LUK- och LOU-direktiven. Det är därför inte möjligt att utesluta utländska aktörer från upphandlingen enbart på grundval av att sådana associationer hanterar överskottet av verksamheten på visst föreskrivet sätt.

Genom införande av reglering av vinstbegränsning finns det överhängande risk att andra aktörer inom EU riskerar att uteslutas från upphandlingar av koncessioner utan att det finns någon acceptabel rättslig grund för detta. Härigenom måste vinstbegränsningsreglerna åsidosättas vid tilldelning av kontrakt – något som annars riskerar att leda till lagkonflikter med primärrätten.

Stockholm den 9 oktober 2015

Lars Henriksson

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

⁷⁶ Ett undantag till detta följer av artikel 24 i LUK-direktivet, där det föreskrivs att medlemsstaterna får reservera deltagandet i koncessionstilldelningsförfaranden för *skyddade verkstäder* och ekonomiska aktörer vars främsta syfte är *social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning* eller *missgynnade personer*, eller föreskriva att koncessionerna ska utföras inom ramen för program för *skyddad anställning*, förutsatt att minst 30 % av arbetstagarna i sådana verkstäder, ekonomiska aktörer eller program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade arbetstagare. I Sverige kommer denna möjlighet sålunda att i princip att vara begränsad till verksamheter som till exempel bedrivs av Samhall AB.

www.svensktnaringsliv.se

Storgatan 19, 114 82 Stockholm

Telefon 08-553 430 00