



YTTRANDE
2017-02-21 Dnr 4.1.1-2016/01974-2

Finansdepartementet

Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78)

Er referens Fi2016/04014/K

Sammanfattning

Kommerkollegium ansvarar för frågor som rör utrikeshandel, EU:s inre marknad och EU:s handelspolitik. Inom området EU:s inre marknad ska kollegiet särskilt arbeta för en väl fungerande inre marknad som bidrar till tillväxt och konkurrenskraft och verka för ett enhetligt genomförande och en korrekt tillämpning av EU-rätten i Sverige.

Yttrandet inskränker sig till de delar av betänkandet som berör kollegiets ansvarsområden.

Kollegiet har i yttrandet fokuserat på utredningens bedömning av huruvida förslaget om tillstånd för att ta emot offentlig finansiering vid privat utförda välfärdstjänster är förenligt med EU-rätten och våra internationella åtaganden på handelsområdet. Vidare har kollegiet kommenterat utredningens förslag om att undanta upphandling av vissa välfärdstjänster från upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde (upphandling vars värde understiger EU:s tröskelvärde och som saknar ett gränsöverskridande intresse), samt utredningens bedömning att återinvestering av vinst kan uppställas som upphandlingskriterium. Våra slutsatser är följande:

- Kollegiet efterlyser en tydligare bedömning ur ett frirörlighetsperspektiv av om de tjänster som berörs av utredningens förslag¹ omfattas av EUF-fördraget.
- Mot bakgrund av inre marknadsreglerna kan det inte uteslutas att hälso- och sjukvårdstjänster liksom sociala tjänster omfattas av EUF-fördraget. De av förslaget berörda utbildningstjänsterna omfattas sannolikt inte av fördraget.
- Kollegiet anser att utredningens proportionalitetsbedömning av förslaget är bristfällig, och att såväl allmänintresse som

¹ I punkterna nedan åsyftas förslaget på tillstånd för att ta emot offentlig finansiering vid privat utförd välfärd.

problembeskrivning är otydligt formulerade. Det går därmed inte att avgöra om förslaget är proportionerligt.

- Kollegiets uppfattning är att tjänsterna inte strider mot Sveriges (och EU:s) åtaganden i WTO:s tjänstehandelsavtal GATS (*General Agreement on Trade in Services*) och i EU:s bilaterala handelsavtal.
- Enligt kollegiet bör all upphandling under EU:s tröskelvärde omfattas av de grundläggande principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande på samma sätt som gäller idag.
- Kollegiet menar att det inte kan uteslutas att återinvestering av vinst som upphandlingskriterium strider mot de grundläggande principerna ovan. Det kan vidare vara svårt för den upphandlande myndigheten att avgränsa vad som är vinst i förhållande till ett visst kontrakt.

1 Förslagets förenlighet med EU-rätten (kap. 11 i betänkandet)

I de fall tjänsterna som omfattas av utredningens förslag om tillstånd för privata juridiska personer att ta emot offentlig finansiering anses vara ekonomiska, omfattas de av EUF-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster. I den mån tjänsterna är att betrakta som ekonomiska tjänster måste förslaget därmed prövas mot EU-rätten. Det innebär att de förslagna bestämmelserna måste tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, kunna motiveras utifrån ett tvingande allmänintresse och vara proportionerliga. Nedan följer kollegiets kommentarer på utredningens EU-rättsliga bedömning.

1.1 Förhållandet till EUF-fördraget

Kollegiet delar utredningens bedömning att EU-domstolens rättspraxis inte är entydig när det gäller frågan huruvida vissa av de tjänster som omfattas av förslaget är att betrakta som ekonomiska tjänster. Precis som utredningen anför kan det därför inte uteslutas att tjänster enligt hälso- och sjukvårdslagen, socialtjänstlagen och lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade omfattas av artikel 56 EUF-fördraget.

Utredningen synes dock i sin bedömning av förslagets förenlighet med EU-rätten främst ha ett konkurrensrättsligt perspektiv. Utredningen konstaterar en möjlig skillnad mellan konkurrensreglerna och inre marknadsreglerna, men drar ingen uttalad slutsats avseende EUF-fördragets tillämpning på inre marknadsområdet. Kollegiet efterlyser därför en utförligare bedömning av huruvida de tjänster som förslagen berör omfattas av EUF-fördraget från ett frirörlighetsperspektiv.

Vad gäller tjänster på hälso- och sjukvårdsområdet noterar kollegiet att EU-domstolen återkommande tillämpat bestämmelserna om fri rörlighet i fall då medborgare från en medlemsstat tagit vårdtjänster i en annan medlemsstat i

anspråk.² Domstolen har uttalat att EUF-fördraget inte kräver att tjänsten betalas just av den som mottar den. Offentligt finansierad vård leder inte heller automatiskt till att vården *inte* ska anses vara tjänster i den mening som avses i EUF-fördraget.³ Dessa uttalanden har EU-domstolen alltså gjort i fall som rör *tjänstemottagarens* fria rörlighet. EU-domstolen har emellertid hittills avstått från att ta ställning till om tjänster som erbjuds gratis genom ett helt offentligt finansierat sjukvårdssystem *i sig* utgör tjänster i den mening som avses i artikel 56.⁴ Utgångspunkten bör dock enligt kollegiets mening vara att EU-domstolen kan komma att bedöma att tjänster enligt hälso- och sjukvårdslagen utgör tjänster som omfattas av EUF-fördraget även avseende den fria rörligheten för *tjänsteleverantören*.

Även vissa sociala tjänster omfattas enligt EU-domstolens praxis av EU-fördraget enligt inre marknadsregelverket⁵. Kollegiet instämmer därför med utredningen att det inte kan uteslutas att de föreslagna tjänsterna som regleras av socialtjänstlagen och lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade är att anses som tjänsteverksamhet enligt artikel 56 i EUF-fördraget.

Kollegiets slutsats är alltså att det inte heller mot bakgrund av inre marknadsreglerna kan uteslutas att hälso- och sjukvårdstjänster liksom sociala tjänster omfattas av EUF-fördraget.

Utredningens förslag omfattar vidare verksamhet som omfattas av skollagen och gör bedömningen att sådan verksamhet inte anses utgöra ekonomisk verksamhet och således inte omfattas av EUF-fördraget. Av rättspraxis på inre marknadsområdet framkommer att undervisning som ges inom ramen för det offentliga utbildningssystemet och som helt eller delvis finansieras med offentliga medel inte omfattas av EUF-fördraget. Enligt rättspraxis syftar det nationella utbildningssystemet till att uppfylla statens sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot befolkningen.⁶

I rättspraxis behandlas, såvitt kollegiet känner till, inte samtliga de tjänster som omfattas av förslaget på utbildningsområdet. Domstolen har inte heller uttalat sig om den svenska utbildningssituationen. Då de aktuella förslagen emellertid omfattar verksamhet som finansieras med offentliga medel och som syftar till att uppfylla statens sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter ligger

² Se t.ex. målen C-157/99, Smits och Peerboms, C-372/04, Watts och C-385/99, Müller-Fauré och Van Riet.

³ Mål C-157/99, Smits och Peerboms, p. 56-58. Det aktuella sjukvårdssystemet finansierades dock enbart delvis av staten och delvis av privata premier och andra medel.

⁴ Se mål C-372/04, Watts, p. 91 och mål C-318/05, Kommissionen mot Tyskland, p. 74-75.

⁵ Se mål C-70/95, Sodemare, i vilket EU-domstolen prövade ett medlemslands möjlighet att uppställa förbud mot vinstuttag mot artikel 52 (nuv. 49) i EUF-fördraget.

⁶ Se mål 236/86, Belgien mot Humbel, p. 18, C-109/92, Wirth mot Landeshauptstadt Hannover, p. 15 och C-318/05, kommissionen mot Tyskland, p. 68. Se liknande resonemang om förskoleverksamhet i mål från EFTA-domstolen mål E-5/07, Private Barnehagers Landsforbund mot EFTA Surveillance Authority

det emellertid, enligt kollegiets uppfattning, nära till hands att samtliga tjänster skulle kunna komma att bedömas utgöra en icke-ekonomisk tjänst.

Kollegiet kommer därmed till samma slutsats som utredningen beträffande de föreslagna tjänsterna på utbildningsområdet.

1.2 Är förslaget om krav på tillstånd förenligt med EUF-fördraget?

Liksom utredningen anför kan det inte uteslutas att vissa tjänster som omfattas av förslaget omfattas av EUF-fördraget. Förslaget måste därför prövas mot EU-rätten. Krav på tillstånd för att få utföra tjänster på en annan medlemsstats territorium har enligt EU-domstolens praxis⁷ återkommande ansetts utgöra en inskränkning i den fria rörligheten för tjänster i EUF-fördragets mening. Som utredningen mycket riktigt påpekar måste nationella bestämmelser som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna uppfylla vissa förutsättningar. I den utsträckning de aktuella tjänsterna omfattas av EU-rätten måste de föreslagna bestämmelserna därför uppfylla vissa villkor.⁸ Det innebär att bestämmelserna måste tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, vara motiverade utifrån tvingande hänsyn till allmänintresset, ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas med bestämmelserna, samt inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning (dvs. vara proportionerliga).

Kollegiet välkomnar att utredningen bedömer förslaget om krav på tillstånd för att få offentlig finansiering utifrån denna modell, men anser att bedömningen har brister. För kollegiet är det oklart om utredningen anser att de skäl⁹ som ligger till grund för förslaget faller under något av de legitima skyddsintressen som erkänts i EU-domstolens praxis, eller om utredningen anser att de skäl som åberopas troligen skulle godtas som skyddsintressen vid en eventuell framtida prövning. För att utredningen ska kunna visa att den åtgärd som föreslås är nödvändig och därmed proportionerlig krävs enligt kollegiet en tydligare beskrivning av de *faktiska* problem som förslaget syftar till att lösa, t ex bristande kvalitet inom alla sektorer i välfärden. Eftersom kollegiet anser att såväl allmänintresse som problembeskrivning är otydligt beskrivet går det inte att avgöra om förslaget är proportionerligt. Det saknas argumentation gällande varför det fastslagna taket på vinstuttag, inom alla områden på vilka regleringen föreslås gälla, utgör det minst ingripande alternativet för att uppnå det eftersträvade målet med förslaget (t ex avhjälpa bristande kvalitet i välfärden).

1.3 Förhållandet till tjänstedirektivet (kap. 11.11 i betänkandet)

Kollegiet delar utredningens bedömning att verksamhet enligt hälso- och sjukvårdslagen undantas från tjänstedirektivets tillämpningsområde, under

⁷ Se t.ex. mål C-458/08, Kommissionen mot Polen, p. 84

⁸ Se EU-domstolens dom i mål C-55/94, det s.k. Gebhard-testet.

⁹ T ex upprätthållande av förtroendet för välfärdssektorn och minskning av incitament som riskerar att motverka de lagstadgade målen på välfärdsområdet inte uppfylls.

förutsättningarna att de aktuella tjänsterna utförs av någon som utövar ett reglerat yrke¹⁰. Även vad gäller tjänster som omfattas av socialtjänstlagen och lagen om stöd och service till funktionshindrade instämmer kollegiet i utredningens bedömning att dessa undantas från tjänstedirektivet¹¹. Av skäl 34 i tjänstedirektivet framgår att utbildningstjänster som tillhandahålls inom ramen för det nationella utbildningssystemet och som till största delen finansieras med offentliga medel faller utanför tjänstedirektivets tillämpningsområde.

1.4 Förslagets upphandlingsrättsliga aspekter (kap. 17-20 i betänkandet)

1.4.1 Kontrakt under tröskelvärden utan gränsöverskridande intresse ska inte omfattas av den nya lagen om offentlig upphandling (kap. 17.5.1 i betänkandet)

Utredningen föreslår att kontrakt på välfärdsområdet under tröskelvärdena som *inte har* något gränsöverskridande intresse ska undantas från lagen om offentlig upphandling. Som det konstateras i proposition 2015/16:195¹² utgör upphandling under tröskelvärdena och av f.d. B-tjänster (där välfärdstjänster ingår) en stor del av de upphandlingar som genomförs. Kollegiet kan därmed konstatera att med utredningens förslag skulle en stor del av de upphandlingar som genomförs i Sverige bli oreglerade, vilket kan öppna upp för godtycke och minska möjligheterna för insyn och uppföljning.

Enligt utredningens förslag ska upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdena som *har* ett gränsöverskridande intresse omfattas av de grundläggande principerna enligt fördraget (icke-diskriminering, transparens, likabehandling, ömsesidigt erkännande och proportionalitet). Huruvida det föreligger ett gränsöverskridande intresse ska avgöras i varje enskild upphandling av den upphandlande myndigheten. I ovan nämnda proposition konstateras att det inte är vare sig ändamålsenligt eller tillräckligt för att garantera rättssäkerhet i upphandlingsförfarandet att överlåta åt den upphandlande myndigheten att avgöra om det finns ett gränsöverskridande intresse i varje enskild upphandling.¹³ Enligt kollegiet bör därför *alla* upphandlingar under tröskelvärdena omfattas de grundläggande principerna på samma sätt som gäller idag. På så sätt skapas förutsättningar för öppen konkurrens utan diskriminering, med transparens och objektiva upphandlingsförfaranden.

1.4.2 Återinvestering av vinst som upphandlingskriterium (kap.18.1.3 i betänkandet)

Utredningen bedömer att återinvestering av vinst i verksamheten kan uppställas som upphandlingskriterium. Både tilldelningskriterium och tillkommande

¹⁰ Se undantag i artikel 2.2 (f)

¹¹ Se undantag i artikel 2.2 (j)

¹² Nytt regelverk om offentlig upphandling.

¹³ Proposition 2015/16: 195 s. 882.

kontraktsvillkor tas upp i sammanhanget. Förutsättningen är bl.a. att kriteriet utformas så att det finns en koppling till kontraktetsföremålet och är förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Kollegiet instämmer i att rättsläget är oklart och kan inte utesluta att sådana kriterier skulle kunna ifrågasättas utifrån de grundläggande principerna, t.ex. proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen. Kraven måste också kunna följas upp, vilket kommer att förutsätta kunskap hos de upphandlande myndigheterna att bedöma vinstmarginalerna. En annan aspekt är att om sådana kriterier kan anses vara kopplade till kontraktetsföremålet, kan det sannolikt uppstå gränsdragningsproblem när det gäller att avgränsa vad som är vinst i förhållande till ett visst kontrakt.

2 Förslagets förenlighet med våra internationella åtaganden på handelsområdet

Förslaget innebär begränsningar i företags möjligheter att ta ut vinst när det tar emot offentlig finansiering vid utförande av vissa välfärdstjänster. Kollegiet kan konstatera att denna begränsning kan påverka utländska företags vilja att etablera sig på och investera i den svenska välfärdsmarknaden. Kollegiets uppfattning är att tjänsterna i dagsläget sannolikt inte omfattas av Sveriges (och EU:s) åtaganden i WTO:s tjänstehandelsavtal GATS (*General Agreement on Trade in Services*) och i EU:s bilaterala handelsavtal. Det saknas emellertid resonemang i utredningen angående dessa frågor.

Ärendet har avgjorts av generaldirektören Anna Stellingert i närvaro av enhetschefen Agnès Courades Allebeck, chefsjuristen Anna Renman, ämnesråden Ulrika Båth Bertram och Tomas Lindell och utredarna Marita Ljunggren, Anna Egardt, Jonas Hallberg samt utredaren Sara Sandelius, föredragande. I den slutliga handläggningen har även utredaren Erik Dahlberg deltagit.

Anna Stellingert

Sara Sandelius