

Finansdepartementet
103 33 Stockholm
Dnr: Fi2020/03418

Remissvar betänkandet En gemensam angelägenhet (SOU 2020:46) Fi2020/03418

Forum - idéburna organisationer med social inriktning samlar nära 40 medlemsorganisationer som i sin tur består av flera tusen lokala föreningar. Forum arbetar för civilsamhällets möjligheter att verka, där frågeställningar som rör demokrati, välfärd och idéburen organisering står i centrum. Bland Forums medlemmar finns exempelvis kvinno- och tjejjourer, Riksföreningen Sveriges Stadsmissioner, Svenska Röda Korset, och Rädda Barnen. Idéburna organisationer har ofta vuxit fram när människor har sett brister och behov som det offentliga eller de privata företagen inte kunnat eller velat möta. Innovation och nytänkande är starka drivkrafter bakom idéburen verksamhet. Invånarna har hög tillit till civilsamhället, som också spelar en viktig roll i arbetet för ökad jämlikhet.

Sammanfattande kommentar

Forum bedömer att utredningens ansats, forskningsöversikt och genomgång av ojämlikhetens olika förklaringar och faktorer är vederhäftiga. Forum ställer sig dock frågande till avsaknaden av civilsamhällets roll i såväl bakgrundsbeskrivning som konkreta förslag. Vi saknar en beskrivning av svenskt civilsamhälle som en vital del av vårt samhälle och välfärd. Att civilsamhällets betydelsebärande roll i kampen mot ojämlikhet inte bejakas i utredningen, tar sig inte minst uttryck i det faktum att sökord som "ideell" och "civilsamhälle/civila samhället" sammantaget endast genererar 33 träffar. Satt i paritet till sökträffar i den motsvarande norska offentliga utredningen vid namn *Velferdstjenesteutvalget NOU (2020:13)* benämns motsvarande begrepp 1 100 gånger. Civilsamhället är en av de viktigaste krafterna för att långsiktigt säkra jämlika levnadsvillkor i Sverige. Ungdoms- och folkrörelser, intresseorganisationer, ideella föreningar, trossamfund, kooperativa företag och många andra ser till att fler röster blir hörda och ger människor möjligheter att på sina villkor delta i samhället. Till detta är organisationer delaktiga i välfärden som utförare av vård och omsorg såväl som socialt arbete. Civilsamhällets organisationer bidrar därmed till ökad jämlikhet på två olika sätt. Dels genom att ge människor möjligheten att göra sin demokratiska röst hörd och dels genom att arbeta mot ojämlikhetens sociala symptom. Vi hade önskat att Jämlikhetskommissionen hade belyst detta bidrag tydligare. Enligt vår mening präglas såväl analys som konkreta förslag av ett bristande perspektiv på de olika samhällssektorernas roll och bidrag.

Allmänna synpunkter

27.1 Utgångspunkter

- *Sociala problem har ofta en komplex bakgrund. På många områden försvåras lösningen av att flera aktörer är aktiva samtidigt – offentliga som stat, region och kommun, kommersiella företag och civilsamhällesorganisationer. Sådana kombinationer kan ofta te sig rationella men riskerar att leda till oklar ansvarsfördelning vad gäller både verksamheterna som sådana och deras finansiering.*

Forum: Vi tycker att det är problematiskt att utredningen ser mångfalden aktörer i samhället som ett problem istället för en tillgång i arbetet mot sociala problem. Det finns konkreta samverkansmodeller som tillvaratar civilsamhällets kunskap och expertis i det socialt förebyggande arbetet. Problemet är att det offentliga påfallande ofta saknar kunskap och erfarenhet av att samverka med civilsamhällets aktörer på ett konstruktivt och långsiktigt hållbart sätt. Forum ser gärna att uppdraget till Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor (MUCF) utvecklas och förstärks till att ytterligare höja kunskapen om samverkan med civilsamhället hos myndigheter och kommuner.

10.9 Policyfrågor

- *Det civila samhället i Sverige – om man begränsar perspektivet till de delar som bidrar positivt till samhället i stort – står starkt i internationell jämförelse. Anknypningen till civilsamhällets olika delar – föreningsliv, ideellt arbete med flera – varierar dock med den socioekonomiska bakgrunden. Med tanke på betydelsen för nätverk och social samhörighet finns alltså ett utrymme för en mer inkluderande politik.*

Forum: Vi tillstyrker utredningens beskrivning och Forum tillsammans med en rad andra civilsamhällesparaplyer arbetar i skrivande stund med att ta fram förslag på en mer inkluderande politik. Detta sker inom ramen för civilsamhällets nystartsgrupp för ett nytt samhällskontrakt (Nysta) och kommer att presenteras för regeringen sommaren 2021.

12.2 Närområdet

- *År 2018 antog regeringen en långsiktig strategi för att minska och motverka segregation och skapa jämlika uppväxt- och levnadsvillkor och goda livschanser för alla. I strategin definieras segregation som ett relationellt fenomen som innefattar hela staden, där även de delar som har en hög andel höginkomsttagare anses som segregerade då människorna där lever skilda från människor i andra delar av staden. På sätt och vis markerar strategin alltså ett avsteg från en tidigare politik, som ofta har inneburit riktade insatser till socioekonomiskt utsatta områden. Regeringen konstaterar att **det inte räcker med någon** enskild åtgärd för att uppnå målet, utan att det*

krävs ett strukturellt arbete inom områdena boende, utbildning, arbetsmarknad, demokrati och civilsamhälle och brottslighet. Att motverka segregation genom ett strukturellt arbete som involverar flera sektorer i samhället är i linje med forskningen, som visar att segregationen är starkast i samhällen med hög inkomstjämlighet.

Forum: Forum tillstyrker utredningens syn på civilsamhällets centrala roll i arbetet mot segregation. Det är viktigt att se och stärka civilsamhällets roll och ge ideella organisationer rätt förutsättningar att motverka segregationen och dess effekter. I detta ingår att tillhandahålla långsiktigt hållbara finansierings- och samverkansformer. Vårt förslag är att regeringen utökar anslaget till myndigheten Delegation mot segregation (DELMOS) och i detta inkluderar ett fördjupat ekonomiskt stöd till civilsamhällets organisationer i form av generella bidrag.

17.3.1 Huvudmannaskap, ledning och finansiering av förskolan och skolan

- *Resurserna till skolorna fördelas inom ramen för ett centralt reglerat system på basis av lokala faktorer som elevernas socioekonomiska bakgrund, andelen utlandsfödda elever, bebyggelsestruktur med flera. Skolverkets regionala organisation får säkerställa att det kompensatoriska uppdraget fullgörs på den lokala nivån. Resurstilldelningen ska ta full hänsyn till att de offentliga skolorna har kostnadskrävande uppgifter som de fristående inte har. Utredningen ställer sig frågan om man i det aktuella fallet om vinstdrivande verksamhet och offentlig förvaltning kan få det privata vinstintresset att harmoniera med det allmänintresse som verksamheten är tänkt att tjäna.*

Forum: Mot bakgrund av att den idéburna skolan, utifrån ett juridiskt perspektiv, kan ha samma bolagsform som privata skolor som verkar utifrån ett vinstintresse, vill Forum understryka att det faktiskt finns privata aktörer som verkar inom skolväsendet utan att för den delen drivas av ett vinstintresse. Därmed uppfyller den idéburna skolan det allmänintresset som verksamheten ämnar att tjäna. Genom att i lagstiftning bejaka den idéburna sektorns säregenhet, i förhållande till privata- och offentliga aktörer, skulle detta kunna innebära att den valfrihet som låg till grund för skolreformen på 90-talet kvarhålls och stimuleras, utan att den, som tidigare konstaterats i utredningen, riskerar att urholkas av ett starkt vinstintresse hos huvudmännen.

Särskilda synpunkter

Forum väljer att ge synpunkter på några enskilda delar av betänkandet, som kan kopplas till erfarenheter som Forum och våra medlemsorganisationer gjort.

17.3.1 Huvudmannaskap, ledning och finansiering av förskolan och skolan

- *Förslag: Offentlighetsprincipen bör ges samma innebörd hos fristående skolor som i dag gäller för kommunala skolor. Privatanställda är normalt underkastade avtalad tystnadsplikt som inte viker för meddelarfrihet. Det är en fråga som bör utredas närmare.*

Forum: Forum tillstyrker att offentlighetsprincipen även bör omfatta friskolor.

- *EU-domstolens rättspraxis kan ge stöd för bedömningen att fristående förskolor och skolor inom utbildningsområdet är att betrakta som företag i statsstödsreglerna. Även svenska domstolar har bedömt att fristående skolor utgör ekonomisk verksamhet och således är företag.*

Forum: Vi vill uppmärksamma regeringen på att Jämlikhetskommissionen bortser från relevant praxis från både EU-domstolen och EFTA-domstolen, inte minst EU-domstolens avgörande i mål C-74/16 *Congregación*. *Congregación* rör frågan om offentligt finansierad utbildning som tillhandahålls av en privat utförare är "ekonomisk verksamhet". Enligt vår mening motsäger *Congregación* Jämlikhetskommissionens tolkning att fristående förskolor och skolor är "företag" som omfattas av EU:s statsstödsregler. Vi vill uppmärksamma regeringen på att frågan om skattefinansierad utbildning omfattas av EU:s statsstödsregler är en del av en bredare frågeställning, nämligen i vilken utsträckning EU:s marknadsregler (fri rörlighet, konkurrens, statsstöd, upphandling, moms etc.) omfattar medlemsländernas välfärdsystem¹. Denna bredare frågeställning har betydelse för det demokratiska reformutrymmet på välfärdsområdena, inte minst på lokal nivå, liksom var gränslinjen ska gå mellan EU:s överhöghet och medlemsstaternas självbestämmande. Vi gör gällande att det finns stöd i EU-domstolens och EFTA-domstolens praxis för att välfärdstjänster som finansieras enligt en solidaritetsprincip, dvs. där behoven – inte betalningsförmågan – avgör rätten till välfärd, är "icke-ekonomisk verksamhet" som inte omfattas av EU:s statsstödsregler, eller heller behöver omfattas av LOU. EU-domstolen beskriver dessa välfärdssystem som "[s]ystem för social trygghet som genomför solidaritetsprincipen"². Vi hävdar att en välfärdsmodell som bygger på skattefinansiering är ett tydligt exempel på en välfärdsmodell som genomför det EU-domstolen benämner "solidaritetsprincipen", dvs. där behoven och inte betalningsförmågan avgör rätten till välfärd. Vi hävdar också att det saknar betydelse om utföraren är offentlig eller privat. Inte heller privata utförare bedriver "ekonomisk verksamhet" när de – som i fallet friskolor - ingår i ett lagstadgat och skattefinansierat utbildningssystem. Detta är en rimlig slutsats från EU-domstolens och EFTA-domstolens praxis, inte minst avgöranden som meddelats i närtid.³

¹ Detta gäller även EFTA-staterna Norge, Island och Lichtensteins välfärdssystem, vilka genom EES-avtalet ingår i det Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet.

² Se till exempel EU-domstolens dom i de förenade målen C-262/18 P och C-271/18 P *Dôvera*, p. 32.

³ Eftersom EFTA-domstolen enligt EES-avtalet ska tillämpa unionsrätten på ett sätt som överensstämmer med

17.3.4 Vuxenutbildning och livslångt lärande

- *Förslag: Arbetsförmedlingens och kommunernas strategier för upphandling av arbetsmarknadsutbildning bör ses över, med egen regi som ett alternativ.*

Forum: Vi ser positivt på utredningens förslag att se över kommunernas strategier för upphandling av arbetsmarknadsutbildning, men ser kritiskt på egen regi som alternativ. Forum föreslår att Arbetsförmedlingens och kommunerna istället ges i uppdrag att utöka och utveckla partnerskapet med civilsamhällets organisationer inom området för arbetsmarknadsutbildning, samt med arbetsintegrerade sociala företag. Den idéburna sektorn har lång och gedigen erfarenhet av att bedriva verksamhet som riktar sig mot målgrupper i behov av stöd och insatser relaterade till arbete och sysselsättning. En betydande andel av målgruppen utgörs av de som står längst ifrån den reguljära arbetsmarknaden. Verksamhet i egen regi är för kommunerna redan nu svaret i hög utsträckning och dessutom innebär det att sociala företag blir konkurrerande med kommunens egna verksamheter vilket är mycket problematiskt.

Därtill vill Forum understryka att civilsamhällets arbete med att integrera dessa individer på arbetsmarknaden begränsas av den ersättning som erhålls från uppdragsgivaren (AF). I vissa fall har detta inneburit att ersättningen för insatserna inte har täckt de kostnader som tillkommit av de resurskrävande stödinsatserna. Forums medlemmar vittnar om att lönestödet idag inte täcker de anpassningar som är nödvändiga. Detta beror delvis på att Arbetsförmedlingen har en daterad bild av löner och övriga personalkostnader och delvis på att lönestöd förväntas minska med tiden (kostnaden och ansvar för företaget ökar med tid). Vår erfarenhet är att många människor med kronisk psykisk ohälsa behöver anpassningarna under en mycket lång tid. Forum anser därför att ersättningen bör ses över.

18.3.1 Tillgång till äldreomsorg

- *Bedömning: En bibehållen eller ökad omfattning av den offentligt finansierade äldreomsorgen i form av hemtjänst och äldreboende bidrar till både jämlikhet och jämställdhet och har dessutom positiva effekter på arbetsutbudet i ekonomin.*

Forum: Idéburna aktörer inom äldreomsorgen bidrar till att uppfylla det offentliga intresset och bidrar i samma utsträckning som det offentliga till jämlikhet och jämställdhet. Dels genom att deras verksamhet inte är

EU-domstolens praxis, är det relevant att också beakta avgöranden från EFTA-domstolen som rör frågan om EU:s statsstödsregler omfattar offentligt finansierad utbildning. Ett sådant relevant avgörande är EFTA-domstolens dom i mål E-5/07 *Private Barnehager* som meddelades den 21 februari 2008. Målet rörde frågan om de kommunala förskolorna i Norge bedrev "ekonomisk verksamhet" och därmed skulle klassificeras som "företag" enligt EU:s statsstödsregler. I domen slår EFTA-domstolen fast att de kommunala förskolorna inte bedriver någon "ekonomisk verksamhet" och följaktligen inte utgör "företag". Detta därför att förskoleverksamheten i Norge, liksom är fallet i Sverige, till största delen är offentligt finansierad.

betingad av marknadens mekanismer, men framför allt för att den ger individer i vårt samhälle med särskilda behov en möjlighet till valfrihet. Genom att dessa två aspekter uppfylls förstärker det även jämlikheten och demokratin i samhället. Forum anser mot bakgrund av detta att det krävs bättre förutsättningar för idéburna aktörer i äldreomsorgen att utveckla och vidga sin verksamhet.

19.3.1 Asyltiden

- *Förslag: Utredningen förslår att genomföra Mottagandeutredningens alternativa förslag om ett statligt ansvar för hela asyltiden, koncentrerat mottagande i centrum där asylutredning genomförs och ärendesortering utifrån hur omfattande utredningsbehovet är.*

Forum: Forum kvarstår vid tidigare ståndpunkt som uttryckts i remissvar beträffande SOU 2018:22. De uppenbara riskerna som ett centraliserat mottagande skulle innebära överträffar, enligt Forums uppfattning, de fördelar som uttrycks i utredningen. Att avskärma individer, som inte sällan bär med sig trauman från sitt tidigare vistelseland, från det etablerade samhället medför inte bara en ökad risk för segregation för de som sedermera beviljas uppehållstillstånd. Men, framför allt begränsas möjligheten till ett kontaktnät som endast utgörs av individer som också är avskärmade från samhället. Därutöver kan en centralisering innebära en ökad risk för illdåd riktade mot flyktingboende, vilket vi tidigare skådat i Sverige.

- *Rekommendation: Den så kallade EBO-lagen bör upphävas. Asylsökande som ordnar egen bostad under asyltiden ska inte ha rätt till dagersättning.*

Forum: Att frånta den asylsökande rättigheten till att kunna bosätta sig med -eller i nära anslutning till exempelvis en bekant eller vän från sitt hemland, innebär också att den sökande berövas möjligheten att närma sig en miljö som är igenkännbar och trygg. Genom att förstärka civilsamhällets möjlighet att bidra till integrering samt genom att ge civilsamhället goda förutsättningar att verka i de områden som pekas ut som segregerade och därutöver en starkare implementering av modellen för social prövning, framhåller Forum att lagen inte behöver rivas upp.

- *Förslag: Ändra lagen (2013:156) om samhällsorientering för vissa nyanlända invandrare så att målgruppen för insatsen utökas till att omfatta även asylsökande.*

Forum: Forum tillstyrker förslaget. Forum anser att det är centralt att svensk asylpolitik utvecklas i en riktning som utgår från mänskliga rättigheter och ett perspektiv som ser migranter som en social, ekonomisk och politisk tillgång och resurs på samtliga nivåer i samhället.

- *Förslag: Regeringen bör skyndsamt låta utreda utformning av och nivå på dagersättningen för asylsökande, så att en större del av de basala behoven täcks.*

Forum: Forum tillstyrker utredningens förslag.

- *Förslag: Utred möjligheten att Arbetsförmedlingen eller bemanningsföretag tar över arbetsgivaransvaret för personer med subventionerade anställningar.*

Forum: Forum avstryker förslaget. För de fall att subventioner inte är tillräckliga och personer står alltför långt från den reguljära arbetsmarknaden finns idéburna alternativ, samt det statligt ägda Samhall. En anställning via Arbetsförmedlingen eller via bemanningsföretag skulle utgöra ett mellansteg som idag inte efterfrågas. De arbetsintegrerade sociala företag samt de ideella organisationer som har verksamhet för målgruppen ger även personer som inte får chansen inom privat vinstdrivande eller offentlig verksamhet möjlighet till ett arbete. Det vore mer konstruktivt att utreda hur dessa verksamheter skulle kunna stödjas och hur framväxten av nya verksamheter kan stimuleras, än att utreda en förändring av arbetsgivaransvaret.

20.3.4 En social bostadspolitik

- *Rekommendation: Regeringen bör ge Boverket och Socialstyrelsen i uppdrag att tillsammans med intresserade kommuner pröva och utvärdera ett antal modeller som ger strukturellt hemlösa barnfamiljer rätt till boende.*

Forum: Det är mycket viktigt att civilsamhällets arbete och kunskap på området tillvaratas. Vi föreslår därför att uppdraget även bör inkludera att tillsammans med relevanta civilsamhällesorganisationer pröva och utvärdera modeller. Flera framgångsrika exempel på samverkan mellan civilsamhällets organisationer och offentliga aktörer finns, bland annat Stadsmissionens arbete med BostadFörst.

- *Förslag: Utred kommunernas och regionernas möjligheter att avsätta medel och disponera positiva ekonomiska resultat i sociala investeringar.*

Forum: Forum tillstyrker förslaget men vill passa på att understryka vikten av att de sociala investeringsmodeller som utreds inkluderar en bred palett av modeller. Hit hör exempelvis partnerskapslösningar där man gemensamt identifierar de samhällsproblem man vill kämpa mot och tydligt identifierar vilka roller olika aktörer har. Forum bidrar gärna med kunskap om vilka förändringsprocesser som krävs för att sådana partnerskapslösningar ska bli framgångsrika? Vikten av en bredd av modeller bottnar bland annat i de negativa konsekvenser som sociala investeringar i form av modellen Social Impact Bonds (SIB) och andra exempel på payment-by-result-strukturer haft i flera andra länder. Modellen går ut på att den offentliga sektorn sätter mål för att exempelvis minska brottslighet bland unga. Sedan kan privata eller ideella organisationer erbjuda sig att utföra egenfinansierade projekt för att uppnå dessa mål. Uppnå målen betalar det offentliga ut pengarna som organisationen har lagt ut. Om inte utgår ingen ersättning. Det finns en rad argument mot idén om social impact bonds. I England har man inrättat en kommission som kallas Independence Panel. Varje år granskar de tillståndet för de civila samhällets organisationer och i rapporten (från 2014) skriver de att civilsamhällets identitet som självständig kraft i det engelska civilsamhället är hotat. En av de grundläggande förklaringarna till detta är just finansieringssystem som fokuserar på så kallat "payment by results". De skriver:

"Despite commitments by the Government to provide equal access to the voluntary sector, state commissioning and procurement practices tend to favour the private sector and new payment by results contracts used in the Work Programme and elsewhere are forcing the voluntary sector to become a sub-contractor with even less influence over terms and power to resolve problems."

Risken ska läggas över från skattebetalaren till den som åtar sig uppdraget. Dels betyder det att om idéburna organisationer ska åta sig ett uppdrag måste organisationen ligga ute med kapital under en lång tid. Det är få organisationer, med några mycket stora undantag, som klarar av detta. Det betyder att små organisationer inte kan vara delaktiga i arbetet med att skapa bra förutsättningar i dessa områden.

- *Rekommendation: Inrätta ett anslag på statsbudgeten för experiment med och utvärdering av sociala investeringar, med sikte på att bygga upp erfarenheter och kunskap om hur kostnader och intäkter bör fördelas. Anslaget ska förvaltas av analysmyndigheten på området.*

Forum: Forum tillstyrker förslaget men vill samtidigt understryka vikten av att civilsamhällets organisationer ges plats att medverka mot bakgrund av deras långtgående erfarenhet av sociala investeringar. I övrigt se Forums ovanstående svar om utmaningar med alltför snäva modeller för sociala investeringar.

27.3.3 EU-relaterade frågor

- *Rekommendation: Gör en systematisk genomgång av några av de olika lagar som implementerar EG-rätten i syfte att identifiera outnyttjat handlingsutrymme med avseende på jämlikhetsperspektivet.*

Forum: Forum tillstyrker detta. Se fördjupad analys nedan.

Fördjupad analys av EU-relaterade frågor

Den för kommissionen skrivna underlagsrapporten av Jörgen Hettne om implementeringen av EU-regelverket i Sverige visar på ett förtjänstfullt sätt att implementeringen av EU-rätten på viktiga områden har karaktäriserats av överanpassning, det vill säga att svenska regeringar av inrikespolitiska skäl har gått längre än vad EU-regelverket kräver. EU:s huvudregler och konkurrensintresse har stått i fokus vid den EU-anpassning som har skett, och undantagsreglerna, som syftar till en rimlig balans, har i många fall ignorerats. Kommissionen föreslår en genomgång av viktigare politikområden med sikte på att mer effektivt utnyttja det befintliga handlingsutrymmet. Exempel på implementeringar som skulle vara aktuella för en översyn med sikte framför allt på utnyttjat handlingsutrymme är lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Forum välkomnar detta med emfas. Idéburen sektor i välfärden i Sverige har i tio år uppmärksammat dessa bekymmersamma omständigheter gällande implementeringen av lagen om offentlig upphandling. Forum tillstyrker kommissionens slutsats att det nationella handlingsutrymmet inom EU bör utnyttjas fullt ut.

Betänkandet konstaterar att det är viktigt att diskussionen inom Sverige vilar på korrekta grunder och att man inte felaktigt använder medlemskapet som motiv för lagändringar som man vill genomföra av inrikespolitiska skäl. Trots detta visar betänkandet prov på långtgående slutsatser i just den anda som Jörgen Hettne beskriver. Dessa frågor är juridiska till sin karaktär och vi lämnar här en fördjupad analys.

De idéburna organisationerna har i ett flertal remissvar anfört att svenska domstolar, myndigheter och utredningar övertolkar unionsrättens påverkan på nationella välfärdssystem samt att denna tillämpning, enligt vår mening, inte överensstämmer med EU-domstolens praxis⁴. Detta gäller dessvärre också Jämlikhetsutredningens slutsats att skattefinansierad utbildning utgör "ekonomisk verksamhet" som omfattas av EU:s statsstödsregler. Forum tillstyrker enligt ovan att det nationella handlingsutrymmet bör nyttjas fullt ut. Avseende att skattefinansierad utbildning skulle utgöra "ekonomisk verksamhet" anser vi att Jämlikhetskommissionens tolkning av rättsläget är ett exempel på svensk överanpassning till de krav som följer av medlemskapet i EU.

Vi vill uppmärksamma regeringen på att Jämlikhetskommissionen bortser från relevant praxis från både EU-domstolen och EFTA-domstolen, inte minst EU-domstolens avgörande i mål C-74/16 *Congregación* som rör just frågan om offentligt finansierad utbildning som tillhandahålls av en privat utförare är "ekonomisk verksamhet". Enligt vår mening motsäger *Congregación* och annan rättspraxis Jämlikhetskommissionens tolkning att fristående förskolor och skolor är "företag" som omfattas av EU:s statsstödsregler⁵.

Vi går nedan igenom mer i detalj EU-domstolens praxis, särskilt det nyss nämnda avgörandet i

⁴ Se t.ex. gemensamt remissvar från Coompanion, Skoopi samt KFO och IDEA (numera Forum) 2020-11-04 över SOU 2020:41 Kommuners medverkan i den statliga arbetsmarknadspolitiken – en analys av de rättsliga förutsättningarna.

⁵ Se "En gemensam angelägenhet", SOU 2020:46, vol. 2, s. 576.

mål C-74/16 *Congregación*. Det kan tilläggas att även EFTA-domstolen har meddelat domar som har relevans eftersom de rör unionsrättens tillämpning i Norge och Island vilka har välfärdsmodeller som, likt det svenska systemet, innebär att välfärdstjänster i stor utsträckning finansieras med skatter.

Vi utvecklar också varför det avgörande från EU-domstolen på vilket Jämlikhetskommissionen stödjer sin tolkning⁶, enligt vår mening, saknar relevans för frågan om offentligt finansierad utbildning omfattas av EU:s statsstödsregler.

Frågan vad som är ”ekonomisk verksamhet” har betydelse för var gränsen går mellan EU:s makt och Sveriges självbestämmande

Inledningsvis vill vi uppmärksamma att frågan om skattefinansierad utbildning omfattas av EU:s statsstödsregler är en del av en bredare frågeställning, nämligen i vilken utsträckning EU:s marknadsregler (fri rörlighet, konkurrens, statsstöd, upphandling, moms etc.) omfattar medlemsländernas välfärdsystem⁷. Denna bredare frågeställning har betydelse för det demokratiska reformutrymmet på välfärdsområdena, inte minst på lokal nivå, liksom var gränslinjen ska gå mellan EU:s överhöghet och medlemsstaternas självbestämmande.

Jörgen Hettne i och för sig förtjänstfulla genomgång av den svenska överanpassningen till EU:s regler belyser, enligt vår mening, inte tillräckligt denna överanpassning på välfärdsområdena utbildning, vård och social omsorg⁸. Enligt Hettne har ”många tjänster som ursprungligen ansågs falla utanför fördraget” såsom ”hälso- och sjukvård och utbildning i viss utsträckning” numera kommit att omfattas av unionsrätten som en följd av ”EU-rättens expansion och allt vidare tillämpningsområde”⁹

Vi reserverar oss mot denna slutsats. Vi anser inte att den stämmer med EU-domstolens praxis när det kommer till offentligt finansierade – eller solidariskt finansierade - välfärdstjänster. Vi noterar att Hettne stödjer denna slutsats på en femton år gammal referens samt att hänvisningar till färsk relevant praxis saknas.

Vi gör istället gällande att det i EU-domstolens och EFTA-domstolens praxis finns stöd för att välfärdstjänster som finansieras enligt en *solidaritetsprincip*, dvs. där behoven – inte betalningsförmågan – avgör rätten till välfärd, är ”icke-ekonomisk verksamhet” som inte omfattas av EU:s statsstödsregler. EU-domstolen beskriver dessa välfärdssystem som ”[s]ystem för social trygghet som genomför solidaritetsprincipen”¹⁰. Välfärdssystem som genomför solidaritetsprincipen måste inte bygga på skattefinansiering. Av EU-domstolens praxis framgår att också välfärdssystem som består av obligatoriska sjuk- eller socialförsäkringar kan genomföra denna solidaritetsprincip och därmed bedriva ”icke-ekonomisk verksamhet”¹¹.

Vi hävdar emellertid att en välfärdsmodell som bygger på skattefinansiering är ett tydligt

⁶ C-281/06 *Jundt*.

⁷ Detta gäller även EFTA-staterna Norge, Island och Lichtensteins välfärdssystem, vilka genom EES-avtalet ingår i det Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet.

⁸ Jören Hettne, ”EU-rätt som inte kommer från EU – om svensk överanpassning till EU:s regler”, Lund 2020.

⁹ Hettne, s. 29.

¹⁰ Se till exempel EU-domstolens dom i de förenade målen C-262/18 P och C-271/18 P *Dôvera*, p. 32.

¹¹ Se till exempel EU-domstolens dom i de förenade målen C-264/01, C-305/01, C-354/01 och C-355/01 *AOK Bundesverband* samt det nedan berörda avgörandet i de förenade målen C-262/18 P och C-271/18 P *Dôvera*.

exempel på en välfärdsmodell som genomför det EU-domstolen benämner "solidaritetsprincipen", dvs. där behoven och inte betalningsförmågan avgör rätten till välfärd. Vi hävdar också att det saknar betydelse om utföraren är offentlig eller privat. Inte heller privata utförare bedriver "ekonomisk verksamhet" när de – som i fallet friskolor - ingår i ett lagstadgat och skattefinansierat utbildningssystem. Detta är en rimlig slutsats från EU-domstolens och EFTA-domstolens praxis, inte minst avgöranden som meddelats i närtid.

E-5/07 Private Barnehager

Eftersom EFTA-domstolen enligt EES-avtalet ska tillämpa unionsrätten på ett sätt som överensstämmer med EU-domstolens praxis¹², är det relevantt att också beakta avgöranden från EFTA-domstolen. Vi vill uppmärksamma regeringen på EFTA-domstolens dom i mål E-5/07 *Private Barnehager* som meddelades den 21 februari 2008. Målet rör frågan om de kommunala förskolorna i Norge bedriver "ekonomisk verksamhet" och därmed ska klassificeras som "företag" enligt EU:s statsstödsregler.

I domen slår EFTA-domstolen fast att de kommunala förskolorna inte bedriver någon "ekonomisk verksamhet" och följaktligen inte utgör "företag". Detta därför att förskoleverksamheten i Norge är till största delen offentligt finansierad.

EFTA-domstolen grundade denna bedömning på kriterier som EU-domstolen formulerat i en dom meddelad den 27 september 1988 i mål C-263/86 *Humbel* till varför offentligt finansierad gymnasieutbildning i Belgien inte är (ekonomiska) tjänster och följaktligen inte omfattas av EU:s regler om fri rörlighet. I *Humbel* slår EU-domstolen fast att offentligt finansierad gymnasieutbildning inte är en (ekonomisk) tjänst¹³. EU-domstolen anger två kriterier som avgör detta, 1) att staten tillhandahåller utbildningen av sociala, kulturella och utbildningspolitiska skäl och inte för att göra vinst, samt 2) att utbildningen är huvudsakligen finansierad med offentliga medel¹⁴.

Jämlikhetskommissionen nämner i och för sig EU-domstolens dom i *Humbel* samt att *Humbel* kan tolkas så att utbildning inte är "ekonomisk verksamhet" när utbildningen är offentligt finansierad och därmed inte "betalas av den som drar nytta av den"¹⁵. Jämlikhetskommissionen avfärdar emellertid omedelbart denna tolkning med motiveringen att den motsägs av ett senare avgörande, C-281/06 *Jundt*, där EU-domstolen, enligt Jämlikhetskommissionen, slår fast att "offentligt finansierad utbildningsverksamhet är att betrakta som ekonomisk verksamhet"¹⁶.

Enligt vår mening är detta en felaktig tolkning av *Jundt*. Vi återkommer till *Jundt* nedan. Först vill vi uppmärksamma regeringen på att Jämlikhetskommissionens tolkning inte delas av EFTA-domstolen i *Private Barnehager*. Enligt EFTA-domstolen ska nämligen de kommunala förskolornas verksamhet betraktas som "icke-ekonomisk verksamhet". EFTA-domstolen grundar denna slutsats på samma kriterier som i *Humbel*.

Enligt EFTA-domstolen utgör de kommunala förskolornas verksamhet inte "ekonomisk

¹² Se artikel 6 EES-avtalet.

¹³ Endast (ekonomiska) tjänster omfattas av EU:s regler om statsstöd, upphandling, konkurrens etc.

¹⁴ C-263/86 *Humbel*, p. 18.

¹⁵ "En gemensam angelägenhet", SOU 2020:46, vol. 2, s. 576.

¹⁶ "En gemensam angelägenhet", SOU 2020:46, vol. 2, s. 576.

verksamhet” och omfattas således inte av EU:s statsstödsregler eftersom 1) den norska statens syfte med att upprätthålla och finansiera förskoleverksamheten inte är att göra vinst utan att uppfylla sina skyldigheter mot befolkningen på det sociala, kulturella och utbildningspolitiska området, samt 2) 80 procent av kostnaden täckts av offentliga medel¹⁷.

En invändning skulle kunna vara att EFTA-domstolen, i *Private Barnehager*, inte uttalar sig om de privata förskolorna, om också deras verksamhet är ”icke-ekonomisk verksamhet”. Vid tidpunkten hade de privata förskolorna drygt 40 procent av marknaden i Norge. Vi gör emellertid gällande att samma bedömning ska gälla också för privata utförare som bedriver verksamhet inom ramen för ett offentligt reglerat och finansierat förskole- eller utbildningssystem. Vi hävdar att detta framgår av senare praxis, inte minst ovan nämnda avgörande i mål C-74/16 *Congregación*.

C-74/16 Congregación

Frågan om *Humbel*kriterierna också gäller för privata utförare aktualiseras i ett avgörande som meddelades av EU-domstolen den 27 juni 2017 i mål C-74/16 *Congregación*. C-74/16 *Congregación*, avser tillämpligheten av EU:s statsstödsregler på offentligt finansierad utbildningsverksamhet. Frågan som EU-domstolen ska besvara i detta förhandsavgörande är om det spanska trossamfundet, kongregationen, bedriver ”ekonomisk verksamhet” när det tillhandahåller offentligt finansierad utbildning i sin skola La Inmaculada.

Congregación skiljer sig i från *Private Barnehager* i det att utföraren en privat aktör. Enligt EU-domstolen i *Congregación* saknar detta emellertid betydelse för frågan om kongregationen bedriver ”ekonomisk verksamhet”. Enligt EU-domstolen saknar det nämligen betydelse om utföraren är offentlig eller privat för bedömningen om utföraren ska klassificeras som ett ”företag” som bedriver ”ekonomisk verksamhet” enligt EU:s statsstödsregler. EU-domstolens besked är tydligt i det avseendet. I punkterna 41 och 42 i domen klargör EU-domstolen följande:

Det framgår av domstolens fasta praxis att begreppet företag, inom unionens konkurrensrätt, omfattar varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras (dom av den 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., C-222/04, EU:C:2006:8, punkt 107).

Av detta följer att frågan om huruvida den enhet som bedriver den aktuella verksamheten ska betecknas som ”företag” inte påverkas av om enheten är offentlig eller privat [vår understrykning].

Enligt vår mening ska samma bedömning gälla också för friskolor i Sverige. Den omständigheten att friskolor är privata aktörer ska inte påverka bedömningen huruvida de bedriver ”ekonomisk verksamhet” eller inte. Det som avgör bedömningen är inte om utföraren är offentlig eller privat, utan de egenskaper som kännetecknar verksamheten. Omständigheter som talar för att friskolorna bedriver ”icke-ekonomisk verksamhet” är att de måste bedriva verksamheten i enlighet med skollagen, att utbildningen ska vara avgiftsfri och att friskolorna står under statlig tillsyn.

I *Congregación* utgår EU-domstolen från kriterierna i *Humbel* (ovan). EU-domstolen slår fast att

¹⁷ E-5/07 *Private Barnehager*, punkterna 81-84.

den verksamhet som kongregationen bedriver i sin skola La Inmaculada inte ska betraktas som "ekonomisk verksamhet" eftersom verksamheten "ingår som en del av ett offentligt utbildningssystem, och som till största delen finansieras med offentliga medel" samt att den spanska staten upprättar och upprätthåller detta utbildningssystem inte i syfte att göra vinst utan för "att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot medborgarna"¹⁸. Sådan verksamhet kan därför, enligt EU-domstolen "inte kvalificeras som 'ekonomisk'" enligt EU:s statsstödsregler¹⁹.

Jörgen Hettne har gjort en förtjänstfull genomgång av den svenska överanpassningen till EU:s regler på flera samhällsområden. Vi saknar emellertid en fullständig analys av statsstödsreglernas tillämplighet. I avsnittet om EU:s statsstödsregler anges de fyra kumulativa villkoren för att en offentlig stödåtgärd ska strida mot artikel 107.1 i funktionsfördraget²⁰. Det mest grundläggande villkoret nämns emellertid inte, nämligen att den som mottar stödet måste bedriva "ekonomisk verksamhet" och därmed vara ett "företag" i unionsrättslig mening. Är inte denna förutsättning uppfylld saknas anledning att granska stödet mot de fyra övriga villkoren. Vi saknar också hänvisningar till relevant praxis, till exempel de ovan nämnda avgörandena *Congregación* och *Private Barnehager* som rör statsstödsreglernas tillämplighet på skola och förskola.

Förekomsten av konkurrens medför inte att en verksamhet är "ekonomisk"

Det är en utbredd uppfattning att existensen av en marknad där aktörerna konkurrerar om brukarna medför att välfärdsverksamhet är "ekonomisk"²¹. Vi vill därför påpeka att det finns konkurrens också den spanska skolmarknaden. Detta påverkade emellertid inte EU-domstolens bedömning i *Congregación*.

I förslag till avgörande i *Congregación* konstaterar generaladvokaten att den omständigheten att det i Spanien finns en marknad där offentliga och privata skolor konkurrerar om eleverna inte får till följd att den skattefinansierade utbildningen ska anses vara en "ekonomisk verksamhet"²².

Existensen av konkurrens på den norska "marknaden" för förskolor där privata förskolor dessutom hade en marknadsandel på mer än 40 procent påverkade inte EFTA-domstolens bedömning i *Private Barnehager*.

Vi hänvisar också till de förenade målen C-264/01, C-305/01, C-354/01 och C-355/01 *AOK Bundesverband* där EU-domstolen slår fast att de tyska sjukförsäkringskassornas verksamhet "skall anse vara av icke-ekonomisk art"²³. Existensen av konkurrens mellan sjukförsäkringskassorna påverkade inte bedömningen:

*Det handlingsutrymme som sjukförsäkringskassorna har vid fastställandet av avgiftsnivåer och för att i viss mån konkurrera om anslutna påverkar inte denna bedömning.*²⁴

¹⁸ C-74/16 *Congregación*, p. 50.

¹⁹ C-74/16 *Congregación*, p. 56.

²⁰ Jörgen Hettne, s. 33.

²¹ Se till exempel HFD 2020 ref. 15.

²² C-74/16 *Congregación*, förslag till avgörande, p. 47.

²³ De förenade målen C-264/01, C-305/01, C-354/01 och C-355/01 *AOK Bundesverband*, p. 55.

²⁴ De förenade målen C-264/01, C-305/01, C-354/01 och C-355/01 *AOK Bundesverband*, p. 56.

Konkurrens medför alltså inte med någon automatik att en välfärdsverksamhet ska klassificeras som ekonomisk. Detta framgår också av ett senare avgörande från EU-domstolen i de förenade målen C-262/18 P och C-271/18 P *Dóvera*, vilket vi återkommer till nedan.

Finansieringen av välfärdstjänster är central för bedömningen av huruvida de ska anses vara "ekonomiska"

En avgörande faktor för bedömningen om en välfärdsverksamhet är "ekonomisk" eller "icke-ekonomisk" är sättet denna verksamhet finansieras. I *Congregación* konstaterar EU-domstolen att kongregationen också bedriver verksamhet som ska betraktas som "ekonomisk". Vid sidan av den offentligt finansierade utbildningsverksamheten bedriver nämligen kongregationen också verksamhet "på förskolenivå, utanför skoltid och efter skolpliktens upphörande". EU-domstolen konstaterar vidare att verksamheten utanför den lagstadgade skolundervisningen finansieras "genom privata bidrag som lämnas, framför allt av eleverna och deras föräldrar"²⁵, varför denna verksamhet därmed uppfyller kriterierna för att klassificeras som "ekonomisk verksamhet"²⁶.

En betydligt viktigare faktor för bedömningen om en välfärdsverksamhet ska klassificeras som "ekonomisk" eller "icke-ekonomisk" än existensen av konkurrens är alltså sättet välfärdstjänster finansieras. Av *Congregación* framgår att en utbildningsverksamhet som är offentligt finansierad är "icke-ekonomisk" medan utbildningsverksamhet som finansieras med privata medel är "ekonomisk".

Det saknar betydelse om den privata utföraren har ett vinstsyfte

Många svenska friskolor är organiserade som aktiebolag med vinstsyfte. Vi hävdar emellertid att detta inte innebär att de ska betraktas som "företag" enligt EU:s statsstödsregler eller att den svenska friskolemarknaden därmed utgör en "ekonomisk verksamhet". Stöd för vår bedömning finns i ett färskt avgörande från EU-domstolen, de förenade målen C-262/18 P och C-271/18 P *Dóvera*, som meddelades den 11 juni 2020, som visar att även privatägda aktiebolag med vinstsyfte inskrivet i bolagsordningen kan bedriva "icke-ekonomisk verksamhet" om de verkar inom ramen för ett statligt reglerat och kontrollerat välfärdssystem som genomför solidaritetsprincipen.

EU-domstolens dom i *Dóvera* avser statsstödsreglernas tillämplighet på sjukvård i Slovakien. I Slovakien, liksom många andra kontinentaleuropeiska länder, är sjukvården organiserad i ett obligatoriskt sjukförsäkringssystem. Även om den kontinentaleuropeiska välfärdsmodellen organisatoriskt skiljer sig från den nordiska välfärdsmodellen, vilken förvaltas av det allmänna och till stor del finansieras med offentliga medel, så är likheterna ändå stora. Båda modellerna kan genomföra solidaritetsprincipen, enligt vilken välfärden tillhandahålls efter brukarens behov och inte efter brukarens betalningsförmåga och därmed vara "icke-ekonomisk verksamhet".

Av *Dóvera* framgår att två av tre aktörer i det slovakiska sjukförsäkringssystemet är vinstsyftande aktiebolag ägda av privat kapital. Enligt EU-domstolen bedriver emellertid ingen

²⁵ C-74/16 *Congregación*, p. 57-58.

²⁶ C-74/16 *Congregación*, p. 57.

av aktörerna "ekonomisk verksamhet"²⁷. Omständigheterna att de är vinstsyftande aktiebolag och att aktörerna i systemet konkurrerar med varandra om brukarna medför inte att sjukvården ska betraktas som "ekonomisk verksamhet" och aktörerna klassificeras som "företag"²⁸. Detta därför att andra faktorer väger tyngre, som att systemet är solidariskt finansierat och reglerat samt att aktörerna kontrollerade av staten²⁹.

Enligt vår mening ska de svenska friskolorna bedömas på samma sätt. Varken idéburna eller vinstsyftande friskolor är "företag" eftersom alla verkar inom ramen för samma offentligt finansierade utbildningssystem med både tillståndskrav och statlig kontroll.

Omfattas skattefinansierade välfärdstjänster av LOU?

Av omständigheterna i *Congregación* framgår att den spanska regionen Madrid tecknat ett avtal med kongregationen enligt vilket den senare skulle bedriva offentligt finansierad utbildning. Detta ger anledning att ifrågasätta om offentligt finansierade utbildningstjänster inte bara faller utanför EU:s statsstödsregler utan också utanför EU:s regler om offentlig upphandling. Vi är väl medvetna om att Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) i en dom som meddelades förra året, HFD 2020 ref. 15, ger uttryck för en annan bedömning. Enligt HFD omfattas äldreomsorg av lagen om offentlig upphandling trots att äldreomsorgen till ca 90 procent är skattefinansierad³⁰. HFD motiverar detta med att "*det i Sverige finns en marknad för sådana tjänster*".

Vi gör emellertid gällande att HFD:s bedömning kan ifrågasättas. Vi vill uppmärksamma regeringen på att det kort tid efter meddelades två domar som talar i en annan riktning. Det ena är den nyss nämnda domen i de förenade målen C-262/18 P och C-271/18 P *Dóvera* där EU-domstolen slår fast att existensen av en marknad inte medför att sjukvården i Slovakien ska betraktas som "ekonomisk verksamhet". Det andra avgörandet meddelades den 10 december 2020 av EFTA-domstolen, mål E-13/17 *Hradbraut*. Målet rörde frågan om en huvudsakligen offentligt finansierad utbildningstjänst omfattas av EU:s regler om offentlig upphandling.

Bakgrunden är att den isländska staten slutit avtal med tre externa skolor för att dessa mot betalning skulle tillhandahålla huvudsakligen offentligt finansierad gymnasieutbildning. Frågan som EFTA-domstolen besvarar är om dessa avtal borde ha upphandlats enligt reglerna i EU:s direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling. EFTA-domstolens svar är nekande. I domen slår EFTA-domstolen fast att huvudsakligen offentligt finansierad gymnasieutbildning inte är en "tjänst" enligt definitionen i artikel 57 Europeiska fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och följaktligen inte omfattas av EU:s regler om offentlig upphandling³¹. EFTA-domstolen grundar sin bedömning på de ovan nämnda *Humbel*-kriterierna³².

Enligt vår mening är *Hradbraut* belägg för på att huvudsakligen skattefinansierade välfärdstjänster faller utanför EU:s regler om offentlig upphandling och därmed också utanför lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

²⁷ Se C-262/18 P och C-271/18 P, p. 39.

²⁸ C-262/18 P och C-271/18 P, p. 39-40 och p. 48.

²⁹ C-262/18 P och C-271/18 P, p. 49-50.

³⁰ HFD 2020 ref. 15.

³¹ E-13/19 *Hradbraut* p. 88-98.

³² E-13/19 *Hradbraut* p. 92-96.

C-281/06 Jundt saknar relevans för frågan om offentligt finansierad utbildning är "ekonomisk verksamhet"

Enligt Jämlikhetskommissionen slår EU-domstolen i C-281/06 *Jundt* fast "att offentligt finansierad utbildningsverksamhet är att betrakta som ekonomisk verksamhet." Jämlikhetskommissionen hänvisar även till Wehlander³³, som i en rapport för Arena Idé ger uttryck för samma uppfattning³⁴, samt några svenska avgöranden³⁵.

Inledningsvis vill vi påpeka att EU-domstolens mål C-281/06 *Jundt* inte rör statsstöd. *Jundt* avser ett annat rättsområde, nämligen fri rörlighet för tjänster. Även om mycket talar för att EU:s regler om fri rörlighet och om statsstöd är besläktade så bör en utredning som ska svara på frågan om offentligt finansierad utbildning är "ekonomisk verksamhet" enligt EU:s statsstödsregler, i första hand utgå från befintlig praxis från EU-domstolen som rör statsstödsreglernas tillämplighet på offentligt finansierad utbildning. Detta gäller i synnerhet som det finns sådan praxis. *Congregación* är både ett mer relevant och färskare avgörande än *Jundt*. *Congregación* är dessutom ett tyngre avgörande eftersom det är meddelat av EU-domstolens stora avdelning.

Vi gör vidare gällande att Jämlikhetskommissionen tolkar *Jundt* felaktigt. Det är en feltolkning att EU-domstolen i *Jundt* "... slår fast att offentligt finansierad utbildningsverksamhet är att betrakta som ekonomisk verksamhet."

Redan den omständigheten att EU-domstolen inte gör någon hänvisning till *Jundt* i *Congregación* är en indikation på att *Jundt* saknar relevans för frågan om offentligt finansierad utbildning omfattas av EU:s statsstödsregler. Inte heller EFTA-domstolen gör någon hänvisning till *Jundt* i *Private Barnehager*.

Bakgrunden till i *Jundt* var att den tyske advokaten Hans-Dieter Jundt hade en bisyssla som lärare vid universitet i Strasbourg för vilket han 1991 erhöll ett arvode om 5 760 franska franc. Enligt tysk lag var Hans-Dieter Jundt skyldig att betala inkomstskatt för detta belopp. Hade han emellertid undervisat vid ett tyskt universitet hade han sluppit betala skatt. Enligt EU-domstolen stred detta mot fördragets bestämmelse om fri rörlighet för tjänster³⁶.

Den enkla förklaringen till varför *Jundt* saknar relevans för frågan om offentligt finansierad utbildningsverksamhet är "ekonomisk verksamhet" är att *Jundt* inte avser offentligt finansierad utbildning utan personaluthyrning samt att utbildning och personaluthyrning har olika mottagare.

Det som enligt EU-domstolens motivering i *Humbel* avgör att offentligt finansierad utbildning

³³ Jämlikhetskommissionen: "En gemensam angelägenhet", SOU 2020:46, s. 576.

³⁴ Caroline Wehlander, "Är offentligt finansierade tjänster förenliga med EU:s statsstödsregler?", Arena idé, april 2020, s. 33.

³⁵ Jämlikhetskommissionen hänvisar till Kammarrätten i Stockholms dom i mål 584-08 och Kammarrätten i Göteborgs som i mål 6267-19 vilka enligt Jämlikhetskommissionen utgör bevis på att "fristående skolor utgör ekonomisk verksamhet och således är företag" (s. 576 och not 62). Vi ställer oss frågande till denna slutsats eftersom ingen av domarna gör något sådant uttalande. Domarna hänför sig till andra regelverk än EU:s regler om statsstöd, huvudsakligen till svensk lagstiftning som kommunallagen och skollagen respektive offentlighets- och sekretesslagen.

³⁶ Dävarande artikel 49 i EG-fördraget, nu artikel 57 i EUF-fördraget.

inte är "ekonomisk verksamhet" är att mottagarna, dvs. eleverna och deras föräldrar, inte måste betala för utbildningen annat än möjligen en mindre administrativ avgift. Eleverna och deras föräldrar är emellertid inte mottagare av personaluthyrningstjänst, i vart fall inte i någon direkt mening. Mottagaren av en personaluthyrningstjänst är den organisation som hyr in personalresursen. I fallet *Jundt* är mottagaren universitetet i Strasbourg.

Precis som en arbetsgivare är den direkta mottagaren av en arbetstagares prestationer är den organisation som hyr in en personalresurs den direkta mottagaren av en personaluthyrningstjänst. Universitetet i Strasbourg betalade också ersättning till Hans-Dieter Jundt. En personaluthyrningstjänst uppfyller därmed inte *Humbel*kriterierna.

För personaluthyrning gör sig inte samma sociala och solidariska motiv gällande (*Humbel* kriterierna) eftersom mottagaren inte är en fysisk brukare utan en organisation vilken oftast är en juridisk person. Personaluthyrning är inte heller reglerad på samma sätt i lagstiftning eller står under samma strikta statliga tillsyn. Personaluthyrning utförs dessutom mot ersättning från mottagaren, som i fallet *Jundt* var det franska universitetet i Strasbourg.

Det som skiljer Hans-Dieter Jundts tjänster från en friskolas utbildningsverksamhet eller sjukvård som tillhandahålls av en privat vårdcentral är alltså att Hans-Dieter Jundts "kund" inte var eleverna utan universitetet. Han var i en inhyrs resurs till universitetet och arbetade under universitetets arbetsledning. Eftersom universitetet dessutom betalade honom för hans tjänster är det fråga om en (ekonomisk) tjänst enligt definitionen i artikel 57 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, dvs. en prestation "*som normalt utförs mot ersättning*".

Det kan i sammanhanget nämnas att skillnaden mellan en utbildningstjänst där eleverna är mottagarna och en personaluthyrningstjänst där inhyraren är mottagare är central också för tillämpligheten av EU:s mervärdesskatteregler. Undantag från mervärdesskatt gäller enligt art. 132 i direktiv 2006/112/EG för bland annat sjukvård, äldreomsorg och utbildning oavsett om utföraren är offentlig eller privat aktör. Detta gäller emellertid endast under förutsättning att utföraren bedriver verksamheten i egen regi, dvs. utföraren tillhandahåller tjänsterna under eget ansvar i egna lokaler direkt mot patienterna. Är det däremot fråga om en hyrläkare ska mervärdesskatt tas ut på hyrläkarens tjänster.

Sjukvård är momsbefriad men personaluthyrning är momspliktig. Skillnaden mellan sjukvård som tillhandahålls av en vårdcentral och av en hyrläkare är alltså att vårdcentralen tillhandahåller sjukvården direkt till patienten medan hyrläkaren, i juridisk mening, tillhandahåller sina prestationer till den organisation som hyr in hyrläkaren³⁷. Denna distinktion framgår av beslut från Skatteverket³⁸.

³⁷ I *Horizon College* konstaterade EU-domstolen att mottagaren av en bemanningstjänst är den organisation som bemannas. Enligt EU-domstolen sker "*utlåningen av de berörda lärarna... till förmån för mottagarinstitutet*". I avgörandet anför EU-domstolen vidare att de utlånade lärarnas huvuduppgift var att underlätta för mottagarinstitutet att fullgöra sitt uppdrag som därmed är den direkta mottagaren av den uthyrda lärarens tjänster: "*...utlåningen av en lärare till mottagarinstitutet under sådana förhållanden inte i sig betraktas som en verksamhet som omfattas av begreppet undervisning i den mening som avses i artikel 13 A.1 ii i sjätte direktivet. Såsom den grekiska och nederländska regeringen, liksom kommissionen, har gjort gällande är syftet med avtalet mellan Horizon College, mottagarinstitutet och läraren på sin höjd endast att underlätta den undervisning som ges vid mottagarinstitutet*" (*Horizon College*, p. 22).

³⁸ Skatteverket har i ett beslut den 25 oktober 2018, 202 398355-18/111 funnit att det ska utgå mervärdesskatt på hyrläkare. Beslutet, som innebär att hyrläkare inte omfattas av undantagen från

Enligt vår mening gäller samma distinktion för frågan om en prestation är att bedöma som en "ekonomisk" eller "icke-ekonomisk" tjänst. Den förklarar de skilda utgångarna i *Humbel, Private Barnehager* och *Congregación* å ena sidan och *Jundt* å andra sidan. Eftersom friskolor tillhandahåller utbildning direkt till eleverna, vilka därmed är mottagare av friskolornas utbildningsverksamhet och utbildningen enligt skollagen dessutom ska vara avgiftsfri finns svaret på frågan om friskolorna bedriver "ekonomisk verksamhet" i domar som *Humbel, Private Barnehager, Congregación* och *Dóvera* snarare än i *Jundt*.

Stockholm 12 april



Maria Alsander
Kanslichef, Forum

mervärdesskatt för sjukvård enligt art. 132 i direktiv 2006/112/EG, grundade sig på att ett företag som hyrde ut läkare inte ansågs tillhandahålla sjukvård utan personaluthyrning. Enligt Skatteverket "är det fråga om uthyrning av personal när köparen ansvarar för arbetsledning, bestämmer arbetsmetoder och definierar arbetsuppgifterna och säljaren ställer arbetskraft till förfogande", dvs. till förfogande för den organisation som hyr in läkaren. Frågan hade bedömts annorlunda om säljaren tillhandahållit "vården för egen räkning och under eget ansvar, det vill säga säljaren driver den vårdmottagning som tillhandahåller vården gentemot patienten." I beslutet hänvisar Skatteverket bland annat till HFD 2018 ref. 41 och till 31 Beslut den 25 oktober 2018, 202 398355-18/111.13 (16) avgöranden i *Horizon College* (C-434/05), som avsåg uthyrning av lärare, och "go fair Zeitarbeit OHG" (C-594/13), som avsåg uthyrning av vårdpersonal och äldreomsorgare.