



Är offentligt finansierade tjänster i valfrihetssystem för arbetsförmedling, skola och hemtjänst förenliga med EU-reglerna om statsstöd?

Caroline Wehlander

Är offentligt finansierade tjänster i valfrihetssystem för
arbetsförmedling, skola och hemtjänst förenliga med EU-reglerna om
statsstöd?

© Caroline Wehlander och Arena Idé, Stockholm, april 2020

Omslagsfoto: Peter Kroon

<https://arbetsformedlingen.se/images/18.4f830fa916b940c936f796e/1568117990509/arbetsformedlingen-flaggor.jpg>

Rapporten kan laddas ner från www.arenaide.se/rapporter



Författarpresentation

Caroline Wehlander är jur.dr och hennes forskning fokuserar på EU-rätten om fri rörlighet och konkurrens – särskilt upphandling och statsstöd – i förhållande till allmännyttiga tjänster.

1. Rapportens bakgrund, syfte, disposition och centrala slutsatser	5
1.1. <i>Bakgrund: LOV-system och det svenska valfrihetssystemet tillämpar inte EU-statsstödsreglerna på ett korrekt sätt</i>	5
1.2. <i>Rapportens syfte, slutsatser och disposition</i>	9
2. Offentlig finansiering av sociala tjänster i valfrihetssystem för bl.a. hemtjänst, skola och arbetsförmedling kan utgöra statligt stöd som normalt ska anmälas till kommissionen	10
2.1. <i>Allmänt om begreppet statligt stöd och dess tolkning i EU-domstolens rättspraxis</i>	11
2.1.1. <i>Stödmottagaren ska vara ett "företag" i EU-rättens mening, dvs. bedriva en ekonomisk verksamhet</i>	12
2.1.2. <i>Åtgärden ska ges med offentliga medel och innebära en ekonomisk fördel för stödmottagaren</i>	22
2.1.3. <i>Åtgärden ska vara selektiv</i>	23
2.1.4. <i>Åtgärden ska kunna snedvrیدا konkurrensen och påverka handeln</i>	24
2.2. <i>Fråga om den offentliga finansieringen av sociala tjänster i svenska valfrihetssystem utgör statsstöd i EU-rättens mening: särskilt fokus på skola, hemtjänst och arbetsförmedling</i>	25
2.2.1. <i>Fråga om den offentliga finansieringen av hemtjänst i LOV-valfrihetssystem kan innefatta statsstöd</i>	27
2.2.2. <i>Fråga om den offentliga finansieringen av skolor i det svenska valfrihetssystemet kan innefatta statsstöd</i>	30
2.2.3. <i>Fråga om den offentliga finansieringen av coachningstjänster i valfrihetssystem riskerar att betraktas som statsstöd</i>	38
3. Svenska valfrihetssystem för sociala tjänster som innefattar statsstöd måste anpassas till kommissionens regler om statsstöd till företag som anförtros SGEI	41
3.1. <i>De s.k. Altmark-kriterierna eller de minimis-reglerna som utesluter statligt stöd</i>	42
3.2. <i>Närmare om EU-begreppet SGEI</i>	44
3.3. <i>Kommissionens regelverk om statsstöd till företag som utför SGEI-uppdrag</i>	46
3.4. <i>Fråga om de svenska valfrihetssystemen för hemtjänst respektive skola innefattar statsstöd och i så fall om de uppfyller kommissionens regler om statsstöd till SGEI</i>	49
3.4.1. <i>Varken LOV-kontrakt eller tillståndssystemet för skolor kan anses utgöra upphandling i EU-rättens mening och därmed uppfylla det fjärde Altmark-kriteriet</i>	50
3.4.2. <i>Ersättning till företagen i LOV-baserade system (hemtjänst) och tillståndsbaserade valfrihetssystem (skola) kan inte anses uppfylla det fjärde Altmark-kriteriet</i>	52
3.4.3. <i>Statsstöd i valfrihetssystemen för hemtjänst (LOV) och för skola/förskola (tillstånd) kan inte anses uppfylla SGEI-beslutet och kan strida mot EU-rätten</i>	54
4. Reformen av arbetsförmedlingen: regeringen (och kommissionen) måste räkna med att ersättning till coachningsföretag på basis av LOV-kontrakt eller av tillstånd utgör statsstöd som ska notifieras till kommissionen	56
Referenser	62
<i>Rättsfall</i>	62
EU-domstolen	62
Tribunalen	63

1. Rapportens bakgrund, syfte, disposition och centrala slutsatser

1.1. Bakgrund: LOV-system och det svenska valfrihetssystemet tillämpar inte EU-statsstödsreglerna på ett korrekt sätt

I Sverige har liberaliseringen av välfärdsmodellen gått långt. Sedan 1990-talet har inte bara staten utan också kommunerna, som enligt lag ska säkerställa tillgång till och finansieringen av de flesta välfärdstjänsterna, överfört en allt större del av produktionen av dessa tjänster till privata utförare. Sedan början av 2000-talet har kundvalssystem börjat användas¹ och 2008 antogs lagen om valfrihetssystem (LOV). LOV ger kommunerna en möjlighet att tillhandahålla sociala tjänster under deras ansvar inom ramen för system, där privata operatörer som uppfyller lagens och kommunens krav får, i konkurrens och mot offentlig finansiering, erbjuda dessa tjänster, medan de personer som är berättigade att ta emot sådana tjänster får välja operatör enligt egen preferens.²

I ett EU-rättsligt perspektiv innebär denna utveckling att offentligt finansierade sociala tjänster erbjuds och tas emot på ”kvasimarknader”, vilket leder till att verksamheten måste betraktas som ekonomisk och dess utförare som företag i EU-rättens mening. Detta leder i sin tur till att EU:s statsstödsregler blir relevanta och begränsar Sveriges frihet att skattefinansiera välfärdstjänster, detta trots att EU-fördragen inte ger unionen befogenheter att bestämma den sociala välfärdspolitiken. Många andra medlemsstater som autonomt har beslutat att skattefinansierade sociala tjänster ska utföras av privata aktörer mot ersättning utan offentlig upphandling har konfronterats med denna rättsliga situation.

Utgångspunkten i EU-statsstödsreglerna är förbudet mot statsstöd fastlagt i artikel 107.1 FEUF och att medlemsstaterna ska anmäla stödåtgärder till EU-kommissionen (härefter ”kommissionen”) innan åtgärden verkställs, se artikel 108.3 FEUF. Från denna huvudregel om förbud finns många undantag, bland annat i reglerna om ersättning till företag som anförtros s.k. tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI). För sådana tjänster finns det särskilda principer och regler i EU-fördragen, bl.a. principen, fastlagd i artikel 106.2 FEUF, att undantag ska kunna göras från fördragets regler, särskilt

¹ I början var sådana system inte reglerade i lagstiftningen och kommuner som införde dem bröt i stor utsträckning oprövad mark. Se rapporten av Svenska Kommunförbundet, *Valfrihet och kundvalssystem i kommunal verksamhet – underlag för lokala bedömningar*, 2001.

² För offentligt finansierad primär sjukvård är dessa system obligatoriska.

konkurrensreglerna (vilket inkluderar statsstödsregeln i artikel 107.1 FEUF), för att företag som anförtrotts med SGEI ska kunna fullgöra sina uppdrag.

I *Altmark*-domen klargjorde EU-domstolen att den offentliga finansieringen av tjänster som är kopplade till sådana SGEI-uppdrag inte utgör statsstöd om (1) uppdraget är väldefinierat och obligatoriskt, (2) ersättningen är bestämd i förväg, (3) det finns mekanismer för att undvika och återkräva överkompensation och (4), i den mån uppdraget inte har upphandlats med priskonkurrens, ersättningen beräknas på grundval av vad uppdraget skulle kosta hos ett effektivt företag plus ”rimlig vinst”.

I det ofta förekommande fallet när det fjärde villkoret inte är uppfyllt, anses den offentliga finansieringen av sociala tjänster kunna utgöra statsstöd (i den mån de belopp som betalas ut till ett företag inte är av försumbara) som normalt ska anmälas till kommissionen innan den verkställs. Ett sådant stöd kan dock vara förenligt med fördragets statsstödsregler om det uppfyller de relevanta reglerna i kommissionens regelpaket om statsstöd i form av ersättning till företag som utför SGEI. Dessa regler bygger i allt väsentligt på villkoren (1–3) ovan i *Altmark*-domen.

Regelpaketet innehåller bl.a.

- ett beslut (tillämpligt på en rad sociala tjänster) som, under förutsättning att kraven i beslutet är uppfyllda, befriar medlemsstaterna från notifikationskravet (härefter kallat SGEI-beslutet)³
- rambestämmelser som fastställer vilka krav stödet ska uppfylla för att kommissionen, efter anmälan från medlemsstaten och efter egen granskning, ska godkänna det (härefter kallade SGEI-rambestämmelserna).⁴

I en bok publicerad 2016, där jag analyserat EU-begreppet SGEI i ett konstitutionellt perspektiv, har jag bl.a. kommit fram till att Sverige inte tillämpar dessa statsstödsregler på sina valfrihetssystem på ett korrekt sätt, varken på LOV-baserade system eller på tillståndssystemet för skolor och förskolor.⁵ Det börjar med att lagstiftaren gör en alltför ofta politiskt passande men juridiskt inkorrekt bedömning om huruvida den verksamhet som de aktörer som deltar i dessa system utför ska betraktas som ekonomisk eller inte, och därmed om dessa aktörer ska betraktas som företag i statsstödsrättens mening när de tar emot den offentliga

³ Kommissionens beslut (2012/21/EU) av den 20 december 2011 om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

⁴ Meddelande från kommissionen (2012/C 8/03) Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster.

⁵ Wehlander 2016.

finansieringen. I ett försök att underhålla myten om att skolbolag med vinstsyfte (en del börsnoterade) i det svenska valfrihetsystemet skulle bedriva en icke-ekonomisk verksamhet och därmed inte utgöra företag när de finansieras av offentliga medel, kallar man den ersättning som de får från kommunerna för ”bidrag”.

Så länge statsstödsreglerna på så sätt rundas, undviker man att underkasta sig reglernas krav att företagen *faktiskt* ska ha ett obligatoriskt och väldefinierat uppdrag av allmänt intresse, vilket legitimerar att deras verksamhet finansieras med offentliga medel och gör det möjligt att i förväg beräkna vad ett sådant uppdrag kostar om det utförs effektivt. Så länge statsstödsreglerna på så sätt rundas, kan man också underhålla myten att ”vinster i välfärden” skulle vara ett begrepp som uppfunnits av svenska politiker, när det i själva verket finns, och detta sedan *Altmark*-domen 2003, ett krav i EU-statsstödsreglerna att skattefinansierad ersättning till företag för deras produktion av allmännyttiga tjänster inte ska möjliggöra mer än rimlig vinst. Så länge statsstödsreglerna på så sätt rundas kan man även underlåta att kontrollera att företagen uppfyller sitt SGEI-uppdrag och att återkräva överkompensation från de företag som inte uppfyller sitt SGEI-uppdrag, vilket ofta drabbar de personer som är berättigade till den skattefinansierade tjänsten, utgör dålig hushållning av skattemedel och dessutom kan snedvrída konkurrensen på ett sätt som kan påverka den inre marknaden.

Så länge man ger sken av att ingen aktör gynnas ekonomiskt när tjänsternas egenskaper och kvalitet bestäms av tjänstens mottagare i stället för att bestämmas i förväg av den som betalar (dvs. offentliga myndigheter), samtidigt som tjänsternas ersättning (eller ”bidrag”) är lika med de resurser som ges till egenregiaktörer (som i fallet med hemtjänst och skolan har mer ansvar än de privata aktörerna, dvs. ett annat uppdrag), kan man hävda att EU-statsstödsreglerna inte behöver tillämpas.

Regeringen planerar nu en reform av arbetsförmedlingen i enlighet med det s.k. januariavtalet.⁶ Enligt denna överenskommelse ska Arbetsförmedlingen (härefter i denna rapport betecknas arbetsförmedlingsmyndigheten ”AF” medan arbetsförmedling som funktion betecknas ”arbetsförmedling” och utan versal) enbart ansvara för administrativa delar av den svenska arbetsmarknadspolitiken⁷ medan coachningstjänster ska utföras av privata aktörer inom ramen för

*Regeringen
planerar nu en
reform av
arbets-
förmedlingen i
enlighet med
det s.k.
januariavtalet.*

⁶ Se punkt 18 i januariavtalet, en sakpolitisk överenskommelse som regeringspartierna Socialdemokraterna och Miljöpartiet ingick i januari 2019 med Centerpartiet och Liberalerna.

⁷ Bl.a. registrering av den arbetssökande, bedömning av dennes behov av stödinsatser, beslut om insatser.

ett valfrihetssystem baserat på lagen om valfrihet (LOV) och finansierat av AF. I AF:s rapport om hur en sådan reform kan genomföras, lämnad till regeringen den 1 november 2019, saknas helt en analys av förslaget ur ett EU-rättsligt perspektiv. Detta är märkligt eftersom coachning är en ekonomisk verksamhet och dess offentliga finansiering uppenbarligen är problematisk i ett statsstödsrättsligt perspektiv.

Med anledning av den kritik som dessa planer har väckt, har regeringen informerat om att reformens genomförande skjuts upp till 2022 och att reformen inte längre ska göra det obligatoriskt för AF att upprätta valfrihetssystem baserade på LOV. Regeringen utesluter inte att valfrihetssystem ska kunna användas för coachningstjänster men preciserar inte på vilken grund de fristående aktörerna ska få utföra tjänsten mot ersättning från AF (kontrakt baserade på LOV eller på lagen om offentlig upphandling (LOU), tillstånd som ger rätt till ersättning). När denna rapport skrivs vet vi inte heller hur och var AF ska besluta om valfrihetssystem för coachning bör upprättas.⁸

Regeringen har tillsatt en utredning som ska analysera huruvida ändringar av nuvarande regelverk behövs för att kommuner, på uppdrag av och med ersättning från AF, ska kunna leverera coachning och rustning i valfrihetssystem enligt LOV eller upphandlade enligt LOU, och om den bedömer att sådana ändringar behövs ska lämna författningsförslag i detta syfte. Utredningen ska vara klar senast den 29 maj 2020.⁹

Om regeringen föreslår införandet av en möjlighet för AF att upprätta valfrihetssystem för coachningstjänster enligt nuvarande LOV eller i tillståndssystem som liknar det nuvarande valfrihetssystemet för skolor, är det uppenbart att sådana system inte uppfyller villkoren i SGEI-beslutet och därför måste anmälas till kommissionen. Eftersom sådana system inte heller uppfyller kraven i SGEI-rambestämmelserna kan kommissionen kräva att de ändras för att inte riskera att snedvrیدا konkurrensen och vara förenliga med fördragen.

Detta problem är inte teoretiskt, vilket visas av den situation som uppstod i Finland i början av 2019. Den Centerledda regeringen tvingades erkänna, några veckor före sitt mandats slut, att den social- och hälsovårdsreform som den hade lovat behövde anmälas till kommissionen. Både propositionen om denna reform¹⁰ och EU-rättsexperter som konsulterades av Finlands riksdags grundlagsutskott hade nämligen kommit fram till att den offentliga finansieringen av sjukvård i de planerade valfrihetssystemen nog var att betrakta som

⁸ Se arbetsmarknadsminister Eva Nordmarks presskonferens den 9 december 2019, tillgänglig per 2019-12-10 på <https://www.regeringen.se/sveriges-regering/arbetsmarknadsdepartementet/eva-nordmark/>.

⁹ Se direktiv 2019:86 Kommuners medverkan i den statliga arbetsmarknadspolitiken.

¹⁰ Finlands proposition med förslag till lag om valfrihet inom social- och hälsovården, se <https://www.finlex.fi/sv/esitykset/he/2018/20180016.pdf>.

statsstöd.¹¹ Därmed kunde regeringens flaggreform inte ros i land före mandattidens slut, vilket ledde statsministern att avgå.

1.2. Rapportens syfte, slutsatser och disposition

Rapporten har till syfte att förklara varför och på vilket sätt

- svenska valfrihetssystem baserade på LOV och på tillstånd såsom i det svenska skolsystemet innefattar statsstöd, vilket innebär att AF-reformen, om den baseras på dessa system, innefattar statsstöd
- sådana system måste beakta kommissionens regler om statsstöd till SGEI, vilket begränsar hur de tjänster som privata operatörer tillhandahåller i dessa system ska ersättas med offentliga medel, bl.a. vad gäller varaktigheten av operatörernas uppdrag och de vinster som dessa operatörer får dra från verksamheten.

Förutom denna introduktion består rapporten av tre delar (slutsatserna i fet stil).

I del 2 redogörs för EU-begreppet statsstöd och hur rekvisiten i dess definition har tolkats av EU-domstolen. Fokus ligger på rättspraxisen om rekvisitet att de som tar emot stödet ska vara företag, dvs. utövar en ”ekonomisk verksamhet”. Denna redogörelse kan upplevas som lång och svårläst men behövs för att i andra delen av del 2 visa att **den offentliga finansieringen av hemtjänst (LOV-kontrakt), skola (tillstånd från Skolinspektionen) och coachningstjänster (i skrivande stund osagt på vilken grund) kan anses gå till företag och utgöra statligt stöd, i den mån de belopp som betalas ut till företag inte är försumbara eller i den mån systemen inte uppfyller *Altmark*-villkoren om ersättning av SGEI. Det som kan betraktas som osäkert är huruvida de *offentliga* operatörerna, särskilt om de utgör en del av den ansvariga myndighetens egen förvaltning, kan ses som företag när de utför tjänster i sådana system.**

Del 3 ägnas åt en redogörelse av gällande EU-statsstödsregler om ersättning till företag som utför SGEI. Först tas de situationer upp där en sådan finansiering inte anses som statsstöd, nämligen när de belopp som betalas till företagen är så låga att de inte anses kunna påverka den inre marknaden (s.k. de minimis-stöd) eller när finansieringen uppfyller de fyra kriterier som EU-domstolen har formulerat i *Altmark*. Sedan redogörs för kommissionens regler om när statsstöd i form av ersättning till företag som utför SGEI kan anses förenligt med fördragen. I del 3.4 visas att **de svenska valfrihetssystemen för hemtjänst (LOV) och förskolor/skolor (tillstånd) utgör statsstöd och inte uppfyller kommissionens regler om statsstöd till SGEI. Därför måste dessa**

¹¹ Bland andra Tuomas Ojanen (professor i statsrätt vid Helsingfors universitet) och Juha Raitio (professor i EU-rätt vid Helsingfors universitet). Dessa turer rapporterades i finska medier, se bl.a. <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/02/23/expert-ingen-valfrihet-utan-eu-kommissionens-valsignelse>.

valfrihetssystem ändras för att vara förenliga med EU-reglerna om statsstöd till SGEI.

I del 4 visas, med stöd av analyserna i delarna 2 och 3, att **ett reformförslag som innebär att coachningstjänster kan tillhandahållas i valfrihetssystem enligt LOV eller på grundval av tillstånd såsom i skolsystemet, enligt min mening måste anmälas till kommissionen innan det träder i kraft och anpassas till kraven i kommissionens regler om statsstöd till företag som anförtros SGEI.**

Analyserna i rapporten görs med utgångspunkt av rättspraxisen i EU-domstolen och bygger i väsentliga delar på den forskning som jag har bedrivit på området.

2. Offentlig finansiering av sociala tjänster i valfrihetssystem för bl.a. hemtjänst, skola och arbetsförmedling kan utgöra statligt stöd som normalt ska anmälas till kommissionen

Statsstödsreglernas syfte är att säkerställa att konkurrensen på EU-marknaden inte snedvrids genom att sätta ramarna för medlemsstaternas möjligheter att stödja kommersiella verksamheter med offentliga medel. Reglerna utgår från följande princip, fastställd i artikel 107.1 FEUF:

Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Det är kommissionens skyldighet att, i samarbete med medlemsstaterna, fortlöpande granska alla stödprogram som förekommer i medlemsstaterna. Kommissionen ska till medlemsstaterna lämna förslag till lämpliga åtgärder som krävs *med hänsyn till den pågående utvecklingen eller den inre marknads funktion*. Om kommissionen finner att stödet inte är förenligt med den inre marknaden, eller att sådant stöd missbrukas, ska den besluta om att staten i fråga ska upphäva eller ändra dessa stödåtgärder inom den tidsfrist som kommissionen fastställer. Om staten i fråga inte rättar sig efter detta beslut inom föreskriven tid får kommissionen hänskjuta ärendet direkt till EU-domstolen.¹²

¹² Se artiklarna 108.1 och 108.2 FEUF.

Samarbetet mellan kommissionen och medlemsstaterna bygger på medlemsstaternas skyldighet att anmäla eller ”notifiera” sina planer på att införa eller ändra stödåtgärder. Denna notifikation ska göras i så god tid att kommissionen ska kunna göra en bedömning av stödåtgärdernas förenlighet med fördragen och yttra sig om denna. Om kommissionen anser att medlemsstatens stödplaner strider mot artikel 107, ska den utan dröjsmål (inom ungefär två månader) inleda det s.k. formella granskningsförfarandet, som normalt kan pågå i högst 18 månader. Principen om genomförandeförbud innebär att medlemsstaten inte får införa stödprogrammet förrän kommissionen har granskat programmet och har fattat eller kan anses ha fattat ett beslut om att godkänna stödet.¹³

Statsstöd som tilldelats företag i strid med fördragen ska återkrävas från dess mottagare. Ett återkrav av detta stöd innebär att den fördel som stödet gav stödmottagaren ska återställas, inte den eventuella ekonomiska nytta som stödmottagaren haft genom att utnyttja denna fördel. Det finns således ingen anledning att undersöka om och i vilken mån stödmottagaren faktiskt har använt den ekonomiska fördelen.¹⁴

Det finns åtskilliga undantag från huvudprincipen fastställd i artikel 107.1 FEUF. De regler som kan vara aktuella för att motivera att den offentliga finansieringen av företag som utför sociala tjänster av allmänt intresse är förenlig med fördragen tas upp under avsnitt 3. I förevarande avsnitt redogörs först allmänt för de rekvisit som ska vara uppfyllda för att en offentlig åtgärd ska utgöra statsstöd och hur dessa rekvisit har tolkats i rättspraxis och i doktrin (avsnitt 2.1) och sedan huruvida den offentliga finansieringen av sociala tjänster i svenska valfrihetssystem utgör statsstöd i EU-rättens mening, med ett särskilt fokus på systemen för hemtjänst, skola/förskola och arbetsförmedling (avsnitt 2.2).

2.1. Allmänt om begreppet statligt stöd och dess tolkning i EU-domstolens rättspraxis

I enlighet med artikel 107.1 FEUF måste följande kriterier vara uppfyllda för att offentliga åtgärder ska anses föranleda ”statsstöd i fördragets mening”:

- a. De operatörer som får statliga medel för att utföra arbetsförmedlingstjänster ska vara ”företag” i konkurrensrättens mening.
- b. Stödet ges med statliga medel.
- c. Stödet innebär en ekonomisk fördel för företag.
- d. Stödet är selektivt.

¹³ Se artikel 108.3 FEUF. På engelska kallas det för ”stand still” period.

¹⁴ *Kommissionen mot Aer Lingus Ltd och Ryanair*, punkt 100.

- e. Stödet kan snedvrída konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Hur dessa rekvisit tolkas av EU-domstolen tas upp i de följande avsnitten. Här ska understrykas att de åtgärder som kan utgöra statsstöd kan vara antingen

- enskilt stöd som beviljas till ett eller flera specifika företag eller
- ”stöddordningar” (beslut med allmän räckvidd, t.ex. lagföreskrifter) som förutser att företag som uppfyller angivna kriterier ska ha rätt till stöd med statliga medel.

2.1.1. Stödmottagaren ska vara ett ”företag” i EU-rättens mening, dvs. bedriva en ekonomisk verksamhet

Statsstödsreglerna gäller enbart stöd till *företag*. Det är fast rättspraxis att EU-domstolen definierar företag som “varje enhet som bedriver en *ekonomisk verksamhet*, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering”. Den fråga som ska besvaras är huruvida den i ärendet aktuella verksamheten är ekonomisk under de faktiska och rättsliga omständigheterna *i det enskilda fallet*. Definitionens funktionella karaktär innebär att även offentliga myndigheter och privata aktörer utan vinstsyfte kan komma att betraktas som företag.¹⁵ EU-domstolen har således klargjort att offentliga myndigheter kan agera antingen i egenskap av offentlig myndighet (genom att utöva sin offentliga makt) eller som företag (genom att utöva en ekonomisk verksamhet), beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.

Den omständigheten att en aktör bedriver en verksamhet som är icke-ekonomisk (t.ex. en kommuns myndighetsutövning eller en frivillig organisations opinionsbildning och informationsaktiviteter) utesluter inte i sig att en annan del av dess verksamhet är ekonomisk, vilket innebär att aktören betraktas som ett företag endast i denna del. Därför krävs en separat bedömning för var och en av de olika verksamheter som bedrivs av en och samma aktör (eller grupp av aktörer).¹⁶

En ”ekonomisk verksamhet” i den mening som avses i konkurrens- och statsstödsreglerna har definierats av EU-domstolen som ”all verksamhet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad”.¹⁷ Denna ”konkurrensrättsliga definition” utgör således domstolens utgångspunkt för att avgränsa begreppet ”företag” inom

¹⁵ EUD har funnit att aktörer utan vinstsyfte utför sina tjänster på marknaden, när tillhandahållandet skedde i konkurrens med andra aktörer vars verksamhet kan bedrivas i vinstsyfte. Se bl.a. *Congregación de Escuelas Pías*, punkt 46, och *MOTOE*, punkterna 27–29.

¹⁶ Se bl.a. *MOTOE*, punkt 25 och *Aéroports de Paris* EU:C:2002:617, punkterna 74–75. Ett exempel är flygplatser som vid sidan av rent administrativa uppgifter, t.ex. polisiära uppgifter, bedriver ekonomisk verksamhet i form av ledning och drift av flygplatsen, för vilken de erhåller omsättningsbaserade avgifter.

¹⁷ Se bl.a. *Congregación de Escuelas Pías*, punkt 45, *Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.*, punkt 108, *kommissionen mot Italien*, punkt 36 och *Pavlov m.fl.*, punkt 75.

konkurrensrättens område men ställer svåra frågor, bl.a. vad utgör en marknad enligt definitionen och hur avgörs när den aktuella operatören erbjuder sina tjänster *på* denna marknad.

Vid sidan av den konkurrensrättsliga definitionen av ekonomisk verksamhet (erbjuda tjänster eller varor på en marknad) har EU-domstolen utvecklat en ”frirörlighetsdefinition” av ekonomisk verksamhet. Med utgångspunkt i definitionen av tjänster i artikel 57 FEUF som ”prestationer som *normalt* utförs mot ersättning” har EU-domstolen klargjort att enbart sådana *tjänster som faktiskt* utförs mot ersättning *i det enskilda fallet*” utgör en ekonomisk verksamhet som åtnjuter skyddet av principen om fri rörlighet i artikel 56 FEUF.¹⁸ Huruvida en tjänst utförs mot ersättning bedöms utifrån förhållandena i det enskilda fallet. Det viktigaste kännetecknet på ”ersättning” är att (a) den utgör den *ekonomiska* motprestationen för tjänsten i fråga och (b) den normalt bestäms genom överenskommelse mellan leverantören och tjänstemottagaren.¹⁹ Ersättningen behöver inte komma från tjänstens mottagare, utan offentlig finansiering kan under vissa villkor betraktas som ersättning för tjänstens utförande. Det är inte nödvändigt i detta hänseende att den som tillhandahåller tjänsten gör detta i vinstsyfte.²⁰

En noggrann analys av praxis i EU-domstolen visar att både den konkurrensrättsliga definitionen och inre marknadsdefinitionen av ”ekonomisk verksamhet” bygger på samma grundkriterier, nämligen:

- Tjänsten i fråga utförs mot en ekonomisk motprestation.
- Verksamhetens utförande innebär en ekonomisk risk.²¹

Att båda definitioner är ekvivalenta i sak och att begreppet ”ekonomisk verksamhet” i sak har samma betydelse i hela EU-rätten har jag visat i ett annat sammanhang. Tydligast kan detta sägas vara i målet *Freskot* där EU-domstolen fann att den obligatoriska jordbruksförsäkring som var aktuell i målet inte var en ekonomisk verksamhet i EU-rättens mening. På exakt samma grunder slog domstolen fast att verksamhetens föremål inte var en tjänst och att det organ som förvaltade försäkringen inte var ett företag.²²

EU-domstolens rättspraxis om tolkningen av begreppet ”ekonomisk verksamhet” är tyvärr kasuistisk, dvs. ger svar i de situationer och verksamhetsområden som varit aktuella i de rättsfall som tagits upp till EU-domstolen utan att erbjuda tillräckligt enkla och generellt

¹⁸ *Jundt*, punkt 32.

¹⁹ *Humbel*, punkt 17.

²⁰ *Jundt*, punkt 33.

²¹ Wehlander 2016, s. 60.

²² *Freskot*, punkterna 56–59 och 78–79. Domstolen fann att avgiften för den obligatoriska försäkringen inte var en ekonomisk motprestation för förmånerna utan en pålaga uppburden av skattemyndigheten, eftersom den nationella lagstiftaren fastställde förmånerna och avgiften och dessa var samma för samtliga jordbrukare.

tillämpliga kriterier som kan hjälpa rättstillämparen i andra och nya situationer.

Skillnaden mellan tillämpningsområdet för konkurrens- och statsstödsreglerna respektive inre marknadsreglerna ligger således inte i betydelsen av begreppet ”ekonomisk verksamhet”, som trots sina två definitioner har i sak samma betydelse i dessa rättsområden. Skillnaden är i stället att konkurrens- och statsstödsreglerna är tillämpliga endast om den ifrågasatta åtgärden gäller ett organ som bedriver en ekonomisk verksamhet (utgör ett företag), medan frirörlighetsreglerna kan vara tillämpliga på en medlemsstats reglering av en verksamhet även när denna verksamhet inte är ekonomisk i denna stat, såsom den är reglerad och organiserad i denna stat.

Även om en tjänst är reglerad i specifika medlemsstater så att dess utförande i dessa stater är icke-ekonomisk, kan det vara så att denna typ av tjänst erbjuds mot ersättning i andra medlemsstater.

Även om en tjänst är reglerad i specifika medlemsstater så att dess utförande i dessa stater är icke-ekonomisk, kan det vara så att denna typ av tjänst erbjuds mot ersättning i andra medlemsstater (i dessa medlemsstater erbjuds tjänsten inom ramen för en ekonomisk verksamhet). Tjänsten uppfyller i så fall definitionen i artikel 57 FEUF, dvs. den anses ”normalt” utföras mot ersättning (även om den inte utförs mot ersättning i specifika medlemsstater). Även de medlemsstater vars regler och åtgärder innebär att tjänsten inte är ekonomisk i deras nationella system (medlemsstater A) tvingas i denna situation se till att sådana regler och åtgärder, i den mån de begränsar utländska företags frihet att tillhandahålla tjänsten i någon av medlemsstaterna A, har ett syfte av allmänt intresse och är proportionerliga till detta syfte.

Detta illustrerades i bl.a. *Freskot* (jordbruksförsäkring), *Watts* (sjukvård) och *kommissionen mot Tyskland* (utbildning). I *Watts* bekräftade EU-domstolen sin praxis att en medlemsstats regler som kräver ett förhandstillstånd för att systemet ska ersätta vården som patienter från denna medlemsstat söker i en annan medlemsstat hindrar dessa patienter från att vända sig till vårdgivare som tillhandahåller tjänsten mot ersättning i andra medlemsstater och därmed hindrar dessa vårdgivares frihet att tillhandahålla sina tjänster. När dessa vårdgivare erbjuder vård mot ersättning agerar de som företag och bedriver en ekonomisk verksamhet som åtnjuter frirörlighetsprincipen i artikel 56 FEUF. EU-domstolen har slagit fast att ett sådant hinder inte kan motiveras av ekonomiska skäl och väntelistor i det egna systemet, när den väntetid som följer av sådana väntelistor i det enskilda fallet överskrider den tid som är godtagbar enligt en objektiv medicinsk bedömning. Detta visar hur långa

väntelistor i solidariska vårdssystem kan användas för att trigga juridiska procedurer som leder till avreglering.

Denna rättspraxis i EU-domstolen bygger på en bred tolkning av begreppet tjänst och har varit problematisk inte bara i ett politiskt perspektiv utan även i ett juridiskt perspektiv. Frågan huruvida verksamheten är ekonomisk (åtminstone i vissa medlemsstater eller i en viss del av en medlemsstat) och därmed kan omfattas av fördragets principer om konkurrens och fri rörlighet är nämligen extremt känslig när det rör sig om medlemsstaternas åtgärder inom områden där medlemsstaterna har exklusiva politiska befogenheter, såsom sjukvård, ambulanstjänster, socialförsäkring och arbetsförmedling.²³ EU-domstolen har således medgett att EU-rätten inte innebär någon begränsning av medlemsstaternas behörighet att själva utforma sina sociala trygghetssystem. Därmed har domstolen erkänt att frågan om sociala tjänster och andra tjänster som bedöms vara av allmänt intresse ska bedrivas ekonomiskt är en politisk fråga som beslutas av politiska institutioner och i första hand bör avgöras av medlemsstaterna.²⁴ Detta uttrycks tydligt i EU-lagstiftning, se skäl 6 i LOU-direktivet och koncessionsdirektivet samt skäl 8 i LUF-direktivet, där det erinras om att ”medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster, såsom posttjänster, som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, eller som en blandning av dessa.”

EU-domstolen har slagit fast att en enhets verksamhet är icke-ekonomisk i två huvudfall, som utvecklas nedan:

- a. när verksamheten, på grund av sin natur, sitt syfte och de regler som gäller för den, är förenad med utövandet av offentlig makt
- b. när verksamheten har uteslutande social karaktär, utan något som helst vinstsyfte.

(a) EU-domstolen har klargjort att en verksamhet som är förenad med utövande av offentlig makt på grund av sin natur, sitt syfte och de regler som gäller för den ”inte [är] av sådan ekonomisk natur som gör det berättigat att tillämpa konkurrensreglerna i fördraget”.²⁵ På denna grund gjorde domstolen bedömningen i *Eurocontrol* och i *Diego Cali* att utföraren av kontrollen och övervakningen av luftrummet (*Eurocontrol*) respektive föroreningsövervakningen i Genuas oljehamn (*Diego Cali*) inte var att betrakta som företag när de begärde avgifter från de fartyg respektive flygbolag som använde hamnen respektive luftrummet.

I *Aéroports de Paris* förklarade EU-domstolen att en enhets olika verksamhetsdelar skall prövas var för sig och det förhållandet att vissa

²³ För en förteckning av denna rättspraxis, se Wehlander 2015, fotnoter 346 och 348.

²⁴ Se Hatzopoulos 2011, s. 7.

²⁵ Se *SAT Fluggesellschaft*, punkt 30, bekräftat i bl.a. *Diego Cali*, punkt 23.

av dessa delar kan likställas med myndighetsutövning innebär inte att de andra delarna inte kan vara av ekonomisk art. EU-domstolen slog vidare fast att, även om det finns en marknad för den verksamhet som utövas av en offentlig myndighet, är myndigheten inte att betrakta som ett företag för denna del av sin verksamhet om denna inte kan särskiljas från myndighetens utövande av offentlig makt.²⁶

Denna ”avskiljbarhetsprincip” har utvecklats i *SELEX*, *Compass-Datenbank* och *TenderNed*.

I *Compass-Datenbank* prövade EU-domstolen huruvida en statlig myndighet utövar en ekonomisk verksamhet när den i en databas lagrar uppgifter som företag enligt lag är skyldiga att anmäla till denna myndighet, låter intresserade personer ta del av dessa uppgifter och/eller lämnar ut pappersutskrifter med dessa uppgifter mot en avgift, samtidigt som den förbjuder all annan användning av dessa uppgifter med stöd av bland annat det skydd den har i egenskap av producent av databasen i fråga.

Domstolen delade upp den offentliga myndighetens verksamhet i två segment: (1) att samla in uppgifterna i en databas och (2) att lagra dem och göra dem tillgängliga för allmänheten. Domstolen prövade varje segment för sig och fann att uppgifternas insamling var direkt förenad med myndighetsutövning och att uppgifternas lagring oskiljbar från uppgifternas insamling som annars skulle sakna mening. Domstolen drog slutsatsen att även myndighetens lagring av uppgifterna och tillgängliggörandet för allmänheten var förenade med myndighetens utövande av maktbefogenheter och därför en icke-ekonomisk verksamhet, *oavsett om verksamheten ur denna kontext var ekonomisk eller inte*.²⁷

EU-domstolen har nyligen bekräftat denna princip i *TenderNed*. *TenderNed* är en plattform för elektronisk upphandling som drivs av en offentlig myndighet i Nederländerna och består av en annonseringsmodul (som möjliggör meddelandet av upphandlingar och tilldelningsbeslut som upphandlande myndigheter enligt holländsk lag är skyldiga att publicera), en anbudsmodul (som kan användas av företag när de lägger anbud) och en e-handbok om stöd vid användning av plattformen. EU-domstolen skulle överpröva tribunalens beslut i ett mål som privata leverantörer av plattformar för elektronisk upphandling väckte mot kommissionen. Kommissionen hade, efter anmälan från dessa privata leverantörer, granskat den holländska statens finansiering av upphandlingsplattformen *TenderNed* och kommit fram att *TenderNeds* verksamhet var icke-ekonomisk och att finansieringen därför inte utgjorde statsstöd.

²⁶ Tribunalens dom i *Aéroports de Paris*, punkterna 108–109.

²⁷ *Compass-Datenbank*, punkt 38.

EU-domstolen konstaterade att TenderNeds drift av *annonsmodulen* är förenad med myndighetens utövande av offentlig makt och därmed ingen ekonomisk verksamhet.²⁸ Vidare ansåg domstolen att *anbudsmodulen* är oskiljbar från *annonsmodulen*, med motiveringen att ett avskiljande av modulerna hade stört TenderNeds verksamhet och äventyrat de mål om säkerställande av e-upphandling som eftersträvas i EU:s upphandlingsdirektiv. Eftersom *anbudsmodulen* i systemet inte kunde skiljas från *annonsmodulen* i e-upphandlingsplattformen var även *anbudsmodulen* att anse som en del av organets utövande av offentlig makt.²⁹

EU-domstolens ”avskiljbarhetsprincip” har sammanfattats i *TenderNed* på följande sätt. Två verksamheter kan anses som oskiljbara när den ena skulle bli i stort sett meningslös utan den andra eller när båda verksamheterna är nära kopplade. Om en ekonomisk verksamhet som utövas av en offentlig myndighet inte kan skiljas från andra verksamheter förenade med utövande av offentlig makt, måste samtliga verksamheter anses förenade med utövande av offentlig makt.³⁰

Särskilt intressant i *TenderNed* är att EU-domstolen för första gången kopplade begreppet ”tjänst av allmänt intresse” (SGI) till avskiljbarhetsprincipen. Om domstolens resonemang förstås rätt här, menar domstolen att när en myndighet enligt lag är förpliktad att säkerställa tillgången till en tjänst av allmänt intresse (SGI), är myndighetens åtgärder för att uppfylla SGI-uppdraget att se som utövande av offentlig makt. Varje verksamhet som inte kan särskiljas från detta uppdrag är förenad med myndighetens utövande av offentlig makt. Det är fallet även när det finns en marknad för ett segment av denna SGI, dvs. även om det finns ekonomiska operatörer (företag) som utför det mot ersättning.³¹

EU-domstolens dom bekräftar i allt väsentligt den dom från tribunalen som överprövades. Därmed får man anta att den implicit godtog tribunalens och kommissionens slutsats att TenderNeds verksamhet, som enligt domstolen utgör en oskiljbar del av myndighetens skyldighet att säkerställa tillgång till en SGI, utgör en ”icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse” (på engelska ”non-economic service of general interest”, NSGI).³²

(b) På området för social trygghet har EU-domstolen slagit fast att vissa organ med uppgift att administrera lagstadgade sjukförsäkringar och pensionssystem som fyller en funktion av uteslutande social karaktär inte ska anses bedriva en ekonomisk verksamhet. Det är fallet

²⁸ *Compass-Datenbank*, punkterna 41–42.

²⁹ *Compass-Datenbank*, punkterna 43–45.

³⁰ *TenderNed*, punkt 44, med hänvisning till *Compass-Datenbank*, punkt 41 och *Selex*, punkterna 76 and 77.

³¹ *TenderNed*, punkterna 37 och 48.

³² Se tribunalens dom i *TenderNed*, punkterna 112–113.

Det sociala syfte som ligger till grund för systemet räcker inte för att utesluta verksamhetens ekonomiska karaktär.

när denna verksamhet har ett socialt syfte och saknar varje form av vinstsyfte samtidigt som försäkringsorganen endast tillämpar föreskrifter och saknar inflytande över avgifternas storlek, medelsanvändningen och nivån på de förmåner som ska tillhandahållas.³³

Det sociala syfte som ligger till grund för systemet räcker inte för att utesluta verksamhetens ekonomiska karaktär.³⁴ Det krävs därtill att verksamheten såsom den är reglerad i medlemsstaten karakteriseras av en hög grad av solidaritet på både operatörernas och tjänstemottagarnas sida³⁵ och att verksamheten är föremål för en hög grad av statlig kontroll³⁶.

EU-domstolen har klargjort att vissa organ utan vinstsyfte som bidrar till förvaltningen av ett socialförsäkringssystem innefattande en rad solidaritetselement kunde anses bedriva en ekonomisk verksamhet.³⁷

Det krävs en mycket låg grad av ekonomiska inslag i systemet för att verksamheten ska bedömas som icke-ekonomisk. I *Poucet och Pistre*, *Cisal*, *AOK* och *Kattner Stahlbau* fann EU-domstolen att graderna av solidaritet och av statlig kontroll i systemet var så höga att socialförsäkringsverksamheten var att betrakta som icke-ekonomisk. I samtliga dessa fall var den verksamhet som organen utövade inom ramen för systemet helt utan vinstsyfte. I målen *FFSA*, *Albany*, *Brentjens*, *Drijvende Bokken*, *Pavlov* och *AG2R* ansåg EU-domstolen att det fanns solidaritetselement i systemen men att graden av ekonomiska inslag i systemet var för hög och fann därför att försäkringsverksamheten var ekonomisk, detta trots att alla försäkringsorgan som var aktuella i dessa rättsfall saknade vinstsyfte.

I målet *Dóvera* (som inte är avgjort när detta skrivs) prövas den slovakiska statens åtgärder inom ramen för det nationella obligatoriska sjukförsäkringssystemet, i vilket både statligt ägda och privata försäkringsgivare får delta. Dessa försäkringsgivare ska alla vara bolag med begränsat ansvar och får ha vinstsyfte, samtidigt som utdelningen av sådana vinster är särskilt begränsad. Personer som är bosatta i Slovakien kan för närvarande välja mellan följande tre

³³ Se bl.a. *Poucet och Pistre* punkt 18 och *Cisal*, punkterna 43–46.

³⁴ *AG2R*, punkterna 45–46 och där citerad rättspraxis.

³⁵ Beträffande solidariteten i systemet är karakteristiska element bl.a. försäkringsorganens obligatoriska anslutning till systemet, avsaknaden av en direkt koppling mellan avgifter och försäkringsförmåner, obligatoriska och identiska förmåner för alla försäkrade, avgifter proportionerliga till de försäkrades inkomst eller ett system som fungerar enligt fördelningsprincipen. Se bl.a. *Poucet och Pistre*, punkterna 9–12, *Cisal*, punkterna 34–43, *AOK* punkterna 52–53.

³⁶ Beträffande den statliga kontrollen av socialförsäkringssystem är karakteristiska element bland andra skyldigheten för organisationerna att erbjuda de försäkrade obligatoriska förmåner och omöjligheten för organisationerna att påverka dels typen och nivån av förmåner som är fastställda i lag, dels de avgifter som betalas av de försäkrade. Se *Cisal*, punkterna 43–44, *Freskot*, punkt 78 och *AOK*, punkt 52.

³⁷ Se bl.a. *FFSA*, punkt 22, *Albany*, punkterna 84–87, *Pavlov*, punkt 117.

sjukförsäkringsorgan: de statligt ägda försäkringsbolagen SZP och VZP (båda utan vinstsyfte) och de privatägda försäkringsbolagen Dôvera och Union (båda med vinstsyfte).

Till följd av ett klagomål från Dôvera om statligt stöd som Republiken Slovakien påstods ha beviljat SZP och VZP, inledde kommissionen ett formellt granskningsförfarande och antog 2014 det i målet omtvistade beslutet i vilket det fastställdes att de aktuella åtgärderna inte utgör statligt stöd, med motiveringen att den obligatoriska sjukförsäkringsverksamhet som organiseras och bedrivs i Slovakien inte kan betraktas som ekonomisk verksamhet och att SZP och VZP följaktligen inte kan anses utgöra ”företag”.

Dôvera överklagade beslutet. Tribunalen höll med kommissionen om att det slovakiska obligatoriska sjukförsäkringssystemet har många element av socialt syfte, solidaritet och statlig reglering men tyckte i motsats till kommissionen att de privata sjukförsäkringbolagens verksamhet inom ramen för detta system är ekonomisk, med följande motivering

“the fact that Slovak health insurance companies are *freely able to seek and make a profit* shows that, regardless of the performance of their public health insurance task and of State supervision, they are pursuing financial gains and, consequently, their activities in the sector fall within the economic sphere. Therefore, the strict conditions framing the subsequent use and distribution of profits which may result from those activities does not call into question the economic nature of such activities.”³⁸

Vidare fann tribunalen att även de statligt ägda bolagens verksamhet inom ramen för systemet är ekonomisk med följande motivering

”even if there is no competition within the Slovak compulsory health insurance system in respect of either the compulsory statutory benefits or formally on the amount of contributions, there is nevertheless intense and complex competition due to the market volatility resulting from insured persons’ power freely to choose their health insurance provider and to switch insurance company once a year, and the fact that health insurance bodies are competing in terms of the quality of service, which is assessed individually by the insured persons. It follows that, in view of *the profit pursued by health insurance companies and the existence of intense competition as to quality and the services offered*, the activity of providing compulsory health insurance in Slovakia is economic in nature.”³⁹

Tribunalen ansåg att EU-domstolen i *MOTOE* och i *Cassa di Riparmio di Firenze*⁴⁰ ska tolkas så att den omständigheten att tjänster erbjuds

³⁸ Dôvera, punkt 64 (min kursivering).

³⁹ Dôvera, punkterna 67–68 (min kursivering).

⁴⁰ *MOTOE*, punkt 27 och *Cassa di Riparmio di Firenze and Others*, punkterna 122–123.

utan vinstsyfte inte utgör hinder för att den enhet som erbjuder dem på marknaden ska anses som ett företag, om erbjudandet sker i konkurrens med andra aktörer som har ett vinstsyfte.⁴¹

Tribunalens dom har överklagats till EU-domstolen. Domstolens avgörande bör komma i april/maj 2020 men generaladvokaten lämnade sitt förslag till avgörande den 19 december 2019.

I motsats till tribunalens dom menar generaladvokaten att de statligt ägda försäkringsbolagen ska anses bedriva en icke-ekonomisk verksamhet inom ramen för det slovakiska sjukförsäkringssystemet. Enligt hans mening har tribunalen överskattat betydelsen av den konkurrens som medges enligt det obligatoriska sjukförsäkringssystemet. Han tolkar rättspraxisen så att det förhållande att de övriga enheterna i systemet för social trygghet har vinstsyfte är irrelevant för frågan huruvida de statligt ägda försäkringsbolagens verksamhet är ekonomisk.

Generaladvokaten anser att försäkringsverksamheten har tillräckliga inslag av solidaritet för att betraktas som icke-ekonomisk, trots att systemet har tydliga inslag av konkurrens och tillåter att operatörerna har vinstsyfte och att vinsterna används och delas ut. I denna argumentering söker generaladvokaten stöd i domstolens praxis om att socialförsäkring som fyller en funktion av uteslutande social karaktär inte utgör en ekonomisk verksamhet. Som ovan nämnts har EU-domstolen emellertid ställt mycket krävande kriterier för att verksamheten i ett socialförsäkringssystem ska anses fylla en funktion av uteslutande social karaktär, *framför allt att det ska sakna varje form av vinstsyfte* (se AOK punkt 47).

Därför får man gissa att generaladvokaten själv ser svagheten i denna argumentering, vilket förklarar hans hänvisning till EU-domstolens resonemang i *TenderNed*. Generaladvokaten hävdar dock att EU-domstolen i *TenderNed* ”har slagit fast att vissa verksamheter kan vara av icke-ekonomisk art, trots att de drivs av aktörer med vinstsyfte”, men detta stämmer inte riktigt. Som jag redogjort ovan har EU-domstolen i *TenderNed* klargjort att en viss verksamhet *i det enskilda fallet* (i detta fall tillhandahållande av en anbudsmodul i en e-upphandlingsplattform, utförd av en offentlig myndighet med direkt anknytning till dess obligatoriska uppdrag av allmänt intresse) kan vara förenad med utövandet av offentlig makt och därmed icke-ekonomisk, *samtidigt som verksamheten är typiskt sett ekonomisk* (normalt utförd mot ersättning, erbjuden på marknaden) *utanför* dessa specifika förhållanden.

Generaladvokaten verkar mena att de privata bolag som deltar i systemet, med vinstsyfte och med möjlighet att använda och dela ut

⁴¹ *Dóvera*, punkt 69.

vinst, inte bedriver en ekonomisk verksamhet och inte är att betrakta som företag, bara för att de utövar denna verksamhet inom ramen för ett obligatoriskt sjukförsäkringssystem som innefattar betydande solidaritetsinslag. En sådan ståndpunkt förefaller helt orimlig. Om några månader får vi i alla fall veta hur EU-domstolen ställer sig till saken. Det är svårt att tro att domstolen skulle komma fram till att verksamheten i det aktuella slovakiska försäkringssystemet är icke-ekonomisk såsom utövad av privata bolag med vinstsyfte.

Vad gäller frågan om hur man avgör när en annan social tjänst än social försäkring utgör en ekonomisk verksamhet i det enskilda fallet, finns det inte mycket rättspraxis från EU-domstolen på konkurrensrättens område. Det kan dock konstateras att när den måste avgöra huruvida en tjänsteverksamhet (annat än social försäkring) är ekonomisk, brukar EU-domstolen fokusera på huruvida två grundläggande kriterier är uppfyllda, nämligen

- huruvida tjänsten utförs mot ersättning i det aktuella fallet
- huruvida tjänstens utförande innefattar en ekonomisk risk.

Att kriterierna ansågs uppfyllda i de situationer som tagits upp i EU-domstolen förefaller bero på att den aktuella sociala tjänsten utfördes inom ramen för någon form av kontrakt och i konkurrens.

I *Smits och Peerbooms* förklarade domstolen att verksamheten är ekonomisk i ett sådant sjukvårdssystem som *finansieras av offentliga medel på grundval av avtal och förutbestämda taxor*.⁴² Denna bedömning tyder på att *inte* all sjukvård, oavsett hur den tillhandahålls i det enskilda fallet i en medlemsstat, kan anses vara utförd mot ersättning.

I *Sodemare* fann EU-domstolen att privata aktörer som verkade inom ramen för ett offentligt finansierat system för äldreboende var att betrakta som företag. Deras verksamhet var ekonomisk när den utövades på grundval av avtal som gav dem rätt att få kostnader för socialvårdstjänster av hälsovårdskaraktär ersatta av de offentliga myndigheterna, på villkor att de uppfyllde vissa lagfästa villkor, bl.a. avsaknad av vinstsyfte. I lag föreskrevs att avtalen skulle reglera de ekonomiska förbindelserna mellan det avtalsslutande offentliga organet och den privata aktören, varvid även föreskrevs om ersättning för varje enskild tjänst, på grundval av tjänstekvalitet och taxor bestämda i förväg, som i varje fall gjorde det möjligt att ersätta faktiska kostnader.

I *Ambulanz Glöcker* fann EU-domstolen att sjukvårdsorganisationer utan vinstsyfte som tillhandahöll akuttransporter och sjuktransporter utövade en ekonomisk verksamhet och därmed utgjorde företag. Dels utförde de tjänsterna mot ersättning från användarna, dels framhävde domstolen att sådana tjänster tidigare hade utförts av en privat aktör

⁴² *Smits och Peerbooms*, punkt 56.

med vinstsyfte i denna region, och att de inte nödvändigtvis behövde tillhandahållas av sådana sjukvårdsorganisationer eller offentliga myndigheter. Därmed ansåg domstolen att sjukvårdsorganisationerna erbjöd sina tjänster på en marknad.

I *CBI* bekräftade tribunalen kommissionens bedömning att offentliga sjukhus som tillhandahöll sjukvård i Bryssel-regionen utövade en ekonomisk verksamhet inom ramen för det aktuella systemet och därmed var företag i statsstödsreglernas mening. Sjukhusen i systemet finansierades genom anslag från flera myndigheter, vilka tillsammans med patientavgifterna ansågs som en ersättning för de tjänster som

tillhandahölls av sjukhusen. Det fanns en viss grad av konkurrens mellan de sjukhus som tillhandahöll vårdtjänsterna i systemet. Det faktum att de i målet aktuella sjukhusen var offentligt ägda ändrade inte denna bedömning.⁴³

Många åtgärder som inte innebär att offentliga medel direkt betalas ut till företag kan betraktas som ett överförande av offentliga medel.

2.1.2. Åtgärden ska ges med offentliga medel och innebära en ekonomisk fördel för stödmottagaren

Att stödet ges med statliga medel ska tolkas i bred mening, dvs. stödet kan ges med statliga, regionala eller kommunala medel. Många åtgärder som inte innebär att offentliga medel direkt betalas ut till företag kan betraktas som ett överförande av offentliga medel, till exempel beviljandet av tillgång till offentlig egendom under marknadspris, och riskerar att betraktas som statsstöd i strid med EU-rätten (mer om detta nedan i avsnitt 3.4.2).

För att en åtgärd ska kunna betraktas som statsstöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF krävs också att den offentliga åtgärden *gynnar vissa* företag eller *viss* produktion.

Det som ska påvisas är således dels att åtgärden innebär ett gynnande, dels att gynnandet avser vissa företag/produktion dvs. är selektivt.

Vad avser rekvisitet gynnande bör följande preciseras här. För tillämpningen av artikel 107.1 FEUF saknar det betydelse om den som förmodas ha åtnjutit en fördel genom åtgärden har försatts i en situation som är mer fördelaktig eller svårare än den som hen befann sig i enligt det tidigare rättsläget, eller om hens situation inte alls har förändrats.⁴⁴ Det är fast rättspraxis i EU-domstolen att beviljande av en ekonomisk fördel omfattar åtgärder som, oavsett form, direkt eller indirekt *kan* gynna företag.⁴⁵ Villkoret är inte uppfyllt om det mottagande företaget kunde få samma fördel som den som företaget fått genom statliga medel under förhållanden som motsvarar ”normala marknadsmässiga

⁴³ Se *CBI* och kommissionens beslut IRIS-sjukhus 2016, SA.19864, s. 109.

⁴⁴ *Adria-Wien Pipeline*, punkterna 33–36.

⁴⁵ *Club Hotel Loutraki*, punkt 70 och *Libert m.fl.*, punkt 83.

villkor”.⁴⁶ Med ”normala marknadsmässiga villkor” avses villkoren för en medlemsstats ekonomi när staten inte ingriper till förmån för vissa företag.⁴⁷ En statlig åtgärd som utan åtskillnad gynnar alla företag som är etablerade i landet kan således inte utgöra ett statligt stöd. När så visar sig vara möjligt, kan man direkt bedöma huruvida den statliga åtgärden kan medföra att mottagarna försätts i en ekonomisk situation som är mer fördelaktig än den situation som deras fastställda eller typiska konkurrenter befinner sig i.⁴⁸

2.1.3. Åtgärden ska vara selektiv

En statlig åtgärds selektiva karaktär utgör ett av kännetecknen för begreppet statligt stöd i artikel 107.1 FEUF, eftersom bestämmelsens syfte är att förhindra att företag med hjälp av statliga medel försätts i en ekonomisk situation som är mer fördelaktig än konkurrenternas.⁴⁹ Det är därför viktigt att kontrollera huruvida åtgärden i fråga medför fördelar *uteslutande* för vissa företag eller vissa verksamhetssektorer. Om åtgärden är avsedd som ett individuellt stöd är det i princip möjligt att presumera att den är selektiv, medan om åtgärden är avsedd som en allmän stödordning kan åtgärdens selektivitet inte presumeras utan måste påvisas.⁵⁰

Omständigheten att stödet inte riktas till en eller flera särskilda stödmottagare, utan i stället är underställt en rad objektiva kriterier enligt vilka stödet kan beviljas inom ramen för en allmän i förväg fastställd budgetram till ett obegränsat antal mottagare som inte individualiserats, räcker inte för att ifrågasätta åtgärdens selektiva karaktär. En dylik omständighet kan innebära att åtgärden i fråga inte är ett individuellt stöd men utesluter däremot inte att detta statliga ingripande ska kvalificeras som ett stödprogram som utgör en selektiv specifik åtgärd, om det på grund av dess tillämpningskriterier medför fördelar för vissa företag eller vissa verksamheter, medan andra företag eller verksamheter utesluts.⁵¹

Referensen i artikel 107.1 FEUF till ”vissa företag eller viss produktion” tyder på att stöd till specifika sektorer är att betrakta som selektivt. EU-domstolen har bekräftat att en åtgärd under vissa omständigheter kan vara selektiv trots att den avser en hel sektor, bl.a. i följande fall: stöd till företag som utför godstransport för andras räkning (C-6/97 *Italien mot kommissionen*, punkt 17), partiell återbetalning av energiskatt för företag som tillverkar varor⁵², mervärdesskatteåtgärd

⁴⁶ *Club Hotel Loutraki*, punkt 71 och *Frucona Košice mot kommissionen*, punkt 70.

⁴⁷ *Club Hotel Loutraki*, punkt 72 och *Grekland mot kommissionen*, punkt 34.

⁴⁸ *Club Hotel Loutraki*, punkt 74.

⁴⁹ *Kommissionen mot EDF*, punkt 90.

⁵⁰ Detta har nyligen bekräftats och förtydligats i *Mytilinaios Anonymos Etairia mot kommissionen*, punkt 67, med hänvisning till *kommissionen mot MOL*, punkt 60.

⁵¹ Dom i mål T-55/99 *CETM mot kommissionen* ECLI:EU:T:2000:223, punkt 40.

⁵² *Adria-Wien Pipeline*, punkterna 47–53.

som berörde all sjukvård i landet⁵³, statlig finansiering av screening av galnakosjukan som operatörer inom nötköttssektorn måste genomföra⁵⁴ och stödordning som medgav lägre sociala avgifter för arbetsgivare som verkar inom sektorer utsatta för stark internationell konkurrens⁵⁵. I dessa fall har EU-domstolen bedömt, uttryckligt eller underförstått, att åtgärderna inte kunde motiveras av det relevanta systemets karaktär och allmänna systematik.

Här bör också uppmärksammas på ett viktigt klarläggande från EU-domstolen. Även om en stödordning är uppenbart selektiv måste man påvisa dess selektivitet genom att förklara vilka företag som i faktiskt och rättsligt hänseende är jämförbara med de företag som stödordningen avser och samtidigt är uteslutna från stödordningen.⁵⁶

2.1.4. Åtgärden ska kunna snedvrیدا konkurrensen och påverka handeln

Dessa rekvisit är nära kopplade och prövas ofta ihop men är i grunden olika. En åtgärd kan således påverka konkurrensen utan att påverka handeln mellan medlemsstaterna och vice versa. Det som behöver visas är inte att stödåtgärden faktiskt påverkar handeln mellan medlemsstaterna och snedvrیدer konkurrensen, utan det räcker att visa att den riskerar att ha en sådan inverkan.⁵⁷ Frågan är således om det finns åtminstone en risk att åtgärdens grunddrag *vid tiden för dess implementering* stärker företagets/företagens ställning i förhållande till andra konkurrerande företag i handeln inom unionen.⁵⁸

Stödet behöver inte göra det möjligt för företaget/företagen att vinna nya marknadsandelar. Det räcker att stödet ger företaget en starkare konkurrensposition än vad det hade haft utan det och för det räcker det att företaget befrias från kostnader som det normalt borde ha burit inom ramen för sin verksamhet.⁵⁹ Kommissionen understryker att definitionen av statligt stöd kräver att snedvrیدningen av konkurrensen eller påverkan på handeln är betydande eller väsentlig. Den hänvisar till praxis i EU-domstolen som visar att låga stödbelopp eller det stödmottagande företagets små marknadsandelar inte i sig utesluter att konkurrensen snedvrیدs eller riskerar att snedvrیدas, under förutsättning att sannolikheten för en sådan snedvrیدning inte endast är rent hypotetisk.⁶⁰

⁵³ Heiser, punkterna 40–42.

⁵⁴ Belgien mot kommissionen, punkterna 52–53.

⁵⁵ Belgien mot kommissionen, punkterna 29–31.

⁵⁶ Comunidad Autónoma de Galicia m.fl. mot kommissionen, punkterna 61–62.

⁵⁷ Mytilinaios Anonymos Etairia mot kommissionen, punkt 82, och där angiven praxis.

⁵⁸ Ibid., punkt 83 och där angiven praxis.

⁵⁹ Heiser, punkt 55.

⁶⁰ Se Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd, punkt 189 och den rättspraxis i EU-domstolen som anges där.

När ett stöd stärker ett företags ställning i förhållande till andra konkurrerande företags ställning i handeln inom unionen, ska denna handel anses påverkad av detta stöd.⁶¹ Det framgår av rättspraxis i EU-domstolen att nästan allt selektivt stöd är att anse som konkurrenssnedvridande. I praktiken är det således relativt lätt att dra slutsatsen att konkurrensen och handeln påverkas av en stödåtgärd.

2.2. Fråga om den offentliga finansieringen av sociala tjänster i svenska valfrihetssystem utgör statsstöd i EU-rättens mening: särskilt fokus på skola, hemtjänst och arbetsförmedling

Sedan mer än tio år har en ständigt återkommande fråga i Sverige varit huruvida regleringen och finansieringen av svenska offentligt finansierade valfrihetssystem omfattas av EU-reglerna om statsstöd och upphandling. Dessa frågor har tagits upp i flera statliga utredningar och förarbeten i fråga om bl.a. införandet av LOV, genomförandet av de nya EU-upphandlingsdirektiven antagna 2014, vinster i välfärden och avtal om skolundervisning mellan skolhuvudmän.

2007 bedömde den s.k. kommunala kompetensutredningen att ”om en vara eller tjänst är skattefinansierad kan det, med hänsyn till att konsumenten inte direkt betalar för tjänsten, inte heller anses som något som omsätts på en marknad”.⁶² Bara ett år senare gick utredningen om valfrihetssystem tvärt emot denna bedömning och betraktade i stället som givet att de leverantörer som deltar i sådana skattefinansierade system bedriver en ekonomisk verksamhet och därmed är att anse som företag i statsstödsrättens mening.⁶³ Regeringen delade utredarens bedömning och underströk vikten ”att inte i allt för hög grad överprissätta tjänsten, eftersom leverantören då kan anses ha mottagit en förmån som skulle kunna anses strida mot EG:s statsstödsregler”.⁶⁴

⁶¹ Se *Mytilinaios Anonymos Etairia mot kommissionen*, punkt 83, *Philip Morris Holland mot kommissionen*, punkt 11 och GEMO, punkt 41.

⁶² SOU 2007:72 *Kommunal kompetens i utveckling*, s. 113 och 116.

⁶³ SOU 2008:15 *LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem*, s. 191–195, där utredningen bedömde huruvida kommunernas finansiering av dessa system kunde anses förenlig med statsstödsreglerna, utan att ens nämna att finansieringens mottagare måste vara ett företag för att statsstödsreglerna ska vara tillämpliga.

⁶⁴ ”Regeringen delar /.../utredningens åsikt att det är angeläget att den föreslagna vårdvalsreformen följs upp och utvärderas ur konkurrenssynpunkt. /.../ När det gäller särredovisning av verksamhet inom det offentliga området vill regeringen erinra om de principer för att beräkna kostnader och intäkter som finns upptagna i Gemenskapens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2005/C 297/04), i EG-kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2005/842/EG) och i lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. Principerna bör kunna vara vägledande även i de fall de angivna tröskelvärdena inte uppnås.” Se proposition 2008/09:29 s. 81. Se också proposition 2008/09:74 *Vårdval i primärvården*, s. 44.

2016 publicerades utredningen om vinster i välfärden, där bedömningen var att välfärdstjänster är huvudsakligen icke-ekonomiska i Sverige, att den verksamhet som omfattas av den svenska skollagen (förskola, grundskola och gymnasium) inte är ekonomisk men att det är oklart om någon verksamhet enligt hälso- och sjukvårdslagen, socialtjänstlagen och lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade ska ses som ekonomisk. I departementspromemorian om en översyn av statens bidrag till ideella kvinno- och tjejjourer, publicerad i april 2019, framhålls att det i Sverige finns inslag av konkurrens inom exempelvis socialtjänst och hälso- och sjukvård och att *”även om [dessa tjänster] i sin helhet finansieras av det allmänna kan de utgöra ekonomisk verksamhet som omfattas av statsstödsreglerna”*.⁶⁵

I svenska förarbeten brukar rättsläget om avgränsningen mellan ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet beskrivas som oklart. När man ska pröva huruvida verksamheten i sådana system är ekonomisk eller inte bör man därför skilja mellan det som kan betraktas som oklart från det som kan betraktas som säkert.

Som ovan nämnts har tribunalen nämligen funnit att både privata och offentligt ägda sjukhus bedriver en ekonomisk verksamhet när de deltar i konkurrens i det offentligt finansierade system som gäller i Brysselområdet. Vidare har Stockholms tingsrätt funnit att Aleris, Capio och Hjärtkärlgruppen haft konkurrensbegränsande samarbeten inom ramen för Stockholms läns landstings upphandling av vård. Tingsrätten tvekade inte om att samtliga svarandebolag är företag i konkurrenslagens mening eftersom de *”är juridiska personer som bedriver verksamhet av ekonomisk och kommersiell natur”*.⁶⁶ Dessa bedömningar, samt den rättspraxis i EU-domstolen som redogjorts för ovan, visar att rättsläget är betydligt säkrare än vad svenska offentliga utredningar ger en bild av.

⁶⁵ Ds 2019:7 *Ny modell för statsbidrag till vissa ideella organisationer inom brottsofferområdet*, s. 42 min kursivering.

⁶⁶ Dom i mål nr T 12305–13 meddelat av Stockholms tingsrätt, s. 42. Kommissionen gjorde uppenbarligen samma bedömning i fusionsbesluten Capio 2007 M.4367, 2011 M.6103 och fusionsbesluten Aleris 2006 M.4205 och M.4382, 2010 M.5816, 2012 M.6675.

Vad gäller svenska valfrihetssystem måste konstateras att de går ut på att bolag med vinstsyfte, ideella organisationer samt offentliga organ får offentlig finansiering när de erbjuder sina tjänster i konkurrens med varandra på det som i den ekonomiska teorin kallas för ”kvasimarknader”.⁶⁷ Det är således självklart att bolag med vinstsyfte som levererar välfärdstjänster mot ersättning från det allmänna utövar en ekonomisk verksamhet och därmed utgör företag i statsstödsrättens mening. Det kan vidare anses som tämligen säkert att organisationer utan vinstsyfte kan anses bedriva en ekonomisk verksamhet när de deltar i välfärdssystem i konkurrens med vinstdrivande företag.⁶⁸ Huruvida offentliga organ bedriver en ekonomisk verksamhet när de levererar tjänster i konkurrens med privata aktörer är en knepigare fråga.

I det följande redogörs för de grunder som leder till slutsatsen att den offentliga finansieringen av enheter som deltar i valfrihetssystem för hemtjänst, utbildning enligt skollagen och coachningstjänster i den planerade reformen av arbetsförmedlingen utgör statsstöd i EU-rättens mening.

2.2.1. Fråga om den offentliga finansieringen av hemtjänst i LOV-valfrihetssystem kan innefatta statsstöd

2008 utgick regeringen från att verksamheten i LOV-baserade system är ekonomisk. I propositionen kallas således de belopp som betalas till leverantörerna för ”ersättning” för de utförda tjänsterna.⁶⁹ I propositionen talas om ”faktureringsvillkor” och att om ”den upphandlande myndigheten [vill] stimulera till fler nystartade företag kan det finnas anledning att se över betalningsrutinerna.”⁷⁰

Det är i alla fall tveklöst så att privata operatörer som utför hemtjänst mot ersättning inom ramen för LOV-baserade kontrakt bedriver en ekonomisk verksamhet i EU-rättens mening. Med tillämpning av ”frirörlighetsdefinitionen” av en ekonomisk verksamhet (prestation

Svenska valfrihetssystem går ut på att bolag med vinstsyfte, ideella organisationer samt offentliga organ får offentlig finansiering när de erbjuder sina tjänster i konkurrens med varandra på det som i den ekonomiska teorin kallas för ”kvasimarknader”.

⁶⁷ Se t.ex. Le Grand definition av kvasimarknad, här citerad på engelska: “Under a quasi-market, the public service concerned is provided free, or largely free, at the point of use to its users. However, the users (or, in some cases, agents acting on their behalf) are not allocated to particular providers but can choose which provider they wish to supply the service for them. The state then pays the service provider for the item of service provided on behalf of the user. The providers may be private profit-making organisations; but they could also be non-profits, or indeed organisations still within the public sector.” Le Grand, 2011.

⁶⁸ Frågan om en organisation utan vinstsyfte kan anses bedriva en icke-ekonomisk verksamhet när den tillhandahåller äldreomsorg inom ramen för ett s.k. IOP-avtal som slutits med Alingsås kommun är aktuell i ett mål som högsta förvaltningsdomstolen kommer att avgöra alldeles snart.

⁶⁹ Proposition 2008/09:29 *Lag om valfrihetssystem*, s. 81.

⁷⁰ Ibid.

utförd mot ersättning) och i analogi med det ovannämnda resonemanget i *Smits och Peerbooms* måste konstateras att utbetalningarna av myndigheter inom ramen för LOV-avtal utgör den ekonomiska motprestationen för hemtjänsterna och otvivelaktigt har karaktären av ersättning för de hemtjänstoperatörer som erhåller dem och som bedriver ekonomisk verksamhet.

Med tillämpning av ”konkurrensrättens definition” av en ekonomisk verksamhet måste konstateras att LOV-system bygger på att rättsinnehavare väljer operatör utifrån egna preferenser och att aktörer som erbjuder hemtjänst inom ramen för LOV-avtal är i stark konkurrens med varandra. Oavsett om de har vinstsyfte eller inte, erbjuder privata aktörer inom ramen för LOV-kontrakt sina tjänster på offentligt finansierade marknader för hemtjänst och bedriver en ekonomisk verksamhet.

Att myndigheter inrättar och finansierar ett LOV-system med ett socialt syfte kan inte ändra denna bedömning. De privata operatörer som utför tjänsterna inom ramen för LOV-baserade kontrakt gör det nämligen inte i myndighetens utan i eget syfte (i de flesta fallen ett vinstsyfte).

Huruvida offentliga enheter som erbjuder hemtjänst inom ramen för LOV-system bedriver en ekonomisk verksamhet och därmed är att anse som företag är en svårare fråga. Dessa enheter tillhandahåller inte sina tjänster på grundval av avtal, utan som en del av den offentliga myndighetens uppgift enligt sociallagen att säkerställa att äldre personer får omsorg i hemmet efter behov.

I 2 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453) (SoL) föreskrivs att varje kommun svarar för socialtjänsten inom sitt område, och har det yttersta ansvaret för att enskilda får det stöd och den hjälp som de behöver, utan att detta innebär någon inskränkning i det ansvar som vilar på andra huvudmän. Vidare föreskrivs i 5 kap. 5 § SoL att kommunens socialnämnd ska ge äldre människor som behöver det stöd och hjälp i hemmet och annan lättåtkomlig service. Kommunen har således en skyldighet att säkerställa att äldre personer som vistas i kommunen har tillgång till den hemtjänst som de behöver.

När den agerar inom ramen för denna obligatoriska uppgift kan kommunen, i enlighet med den ovan redogjorda rättspraxis i bl.a. *TenderNed* anses utöva offentliga maktbefogenheter. Det kan anses vara fallet när kommunen prövar enskilda personers behov av hemtjänst och beslutar om vilka insatser de ska ha rätt till. Frågan är om kommunen kan anses utöva sina maktbefogenheter om och när den tillhandahåller hemtjänst i egen regi men inom ramen för ett LOV-system. Det är möjligt att EU-domstolens princip om avskiljbarhet (se den ovan redogjorda praxisen, särskilt *TenderNed*) kan åberopas för att hävda att egenregiverksamheten inte kan särskiljas från kommunens

uppdrag av allmänt intresse att säkerställa tillgång till hemtjänst och därmed är förenad med myndighetens utövande av offentlig makt, även när kommunen har upprättat ett LOV-system och därmed skapat en marknad för denna tjänst, dvs. när det finns privata företag som utför det mot ersättning. Det är denna fråga som vållar osäkerhet eftersom EU-domstolen så vitt jag förstår inte har klargjort under vilka omständigheter egenregiverksamhet ska betraktas som oskiljbar från myndighetens obligatoriska uppdrag av allmänt intresse och därmed som utövande av dess maktbefogenheter.

Den offentliga finansieringen av privata hemtjänstföretag inom ramen för LOV-kontrakt innebär en ekonomisk fördel i form av lättare tillgång till en finansiellt säker efterfrågan än på den vanliga marknaden. Företagen som deltar i LOV-systemen kan dessutom lättare erbjuda extra eller andra skattesubventionerade s.k. rottjänster till de personer hos vilka de redan levererar hemtjänst. Detta gynnar selektivt den grupp av företag som erbjuder städning, hemleverans av mat, personlig assistans till äldre personer m.m., jämfört med jämförbara företag i dessa branscher och med jämförbara företag i andra sektorer.

I LOV-system för hemtjänst är de krav som ställs på företagen – krav som följer av lag och av kommunernas egna villkor för att företag ska få delta i deras system – oftast allmänt hållna och svårsmätbara. Även om kommunerna ytterst bär ansvaret för att den hemtjänst som den finansierar håller en godtagbar nivå är det främst tjänstemottagarna, ofta äldre personer i stark beroendeställning och därför ofta mindre väl informerade – som väljer operatör och indikerar om de är ”nöjda” med operatörens prestation. Detta, tillsammans med varierande arbetsvillkor på olika hemtjänstföretag och varierande ersättningsnivåer mellan kommuner som driver LOV-system, innebär att företagets kostnad för att producera tjänsten, och därmed företagets vinstmarginaler, kan variera avsevärt mellan företag och medföra ganska olika vinstnivåer.

Vidare måste påpekas att några större hemtjänstföretag ägs av bolag som också säljer andra sociala tjänster, såsom vård, äldreboende m.m. För sådana bolag erbjuder dagens reglering av hemtjänst i LOV-system goda möjligheter att korssubventionera sina andra verksamheter där de behöver stärka sin marknadsposition. Det finns en EU-marknad för både hemtjänst, äldreboende och vård och därmed är det tydligt att LOV-system, såsom de är reglerade för närvarande, riskerar att snedvrída konkurrensen och påverka handeln på den inre marknaden.

Slutsatsen här är att LOV-system för hemtjänst innefattar statsstöd, i den mån de belopp som betalas till företagen inte är försumbara och ersättningen i systemen inte uppfyller de s.k. *Altmark*-villkoren (om denna fråga, se avsnitt 3.4).

2.2.2. Fråga om den offentliga finansieringen av skolor i det svenska valfrihetssystemet kan innefatta statsstöd

I Sverige är valfrihetssystemet obligatoriskt inom förskola, skola och primärvård.

I Sverige är valfrihetssystemet obligatoriskt inom förskola, skola och primärvård. Eleven/barnet och dennes familj får välja vem som ska utföra tjänsten bland de enheter som erbjuder den. Utförarna får vara offentliga eller privata, med eller utan vinstsyfte. Privata utförare i systemet måste ha tillstånd från Skolinspektionen, vilket kräver att de uppfyller vissa yrkesmässiga och ekonomiska lämplighetsvillkor och att deras etablering i kommunen inte innebär påtagliga negativa följder på lång sikt för eleverna eller för de kommunala skolorna. Beträffande gymnasieskolor ska godkännandet även beakta följderna på kommunala skolor i närliggande kommuner. Avser godkännandet förskoleklass eller grundskola/grundsärskola krävs därutöver att elevunderlaget är tillräckligt för att verksamheten ska kunna bedrivas långsiktigt.⁷¹

Fristående förskolor/grundskolor och gymnasier som fått tillstånd har rätt till ersättning från hemkommunen för varje barn/elev som valt denna skola. I skollagen (2010:800) (SkolL) föreskrivs att det bidrag (ofta kallat ”barnpeng” och ”skolpeng”) som fristående skolor får från varje elevs/barns hemkommun innefattar ett grundbelopp som ska avse ersättning för undervisning, omsorg (förskola) eller elevhälsa (grundskola/gymnasium), lärverktyg/pedagogiskt material, måltider, administration (schablon 3 %), kompensation för mervärdesskatt (schablon 6 %) och lokalkostnader samt individuellt bestämda tilläggsbelopp bl.a. för barn/elever som har ett omfattande behov av särskilt stöd eller ska erbjudas modersmålsundervisning.

Ett bidrag till enskilda fristående förskolor/grundskolor/gymnasieskolor ska beslutas per kalenderår, grunda sig på kommunens budget för det kommande budgetåret och beslutas före kalenderårets början. Om ytterligare resurser ges till hemkommunens verksamhet under budgetåret, ska motsvarande tillskott ges till de enskilda huvudmännen. Om hemkommunen minskar ersättningen till sin motsvarande verksamhet får bidrag till enskilda huvudmän minskas i motsvarande mån genom att återstående utbetalningar under budgetåret sätts ner. Om den enskilde huvudmannen och kommunen inte kommer överens om annat, ska bidraget betalas ut med en tolfedel varje månad.⁷²

⁷¹ Se 2 kap. 5–7 §§ SkolL.

⁷² Se Skolinspektionens sammanställning vid

<https://www.skolinspektionen.se/sv/Tillstandsprovning/Starta-fristaende-skola/Bidrag-till-fristaende-skolor/>.

Vad gäller utbildningstjänsternas innehåll och tillgänglighet ska privata utförare av förskolor, grundskolor och gymnasieskolor uppfylla många krav som är reglerade i skollagen, exempelvis skyldigheter att följa läroplanerna, att vara öppen för alla barn/ungdomar som har rätt till utbildningen m.m. De privata utförarna har emellertid ett betydande utrymme att organisera verksamheten, bl.a. i fråga om lärartäthet, så att de uppfyller sina skyldigheter samtidigt som de uppnår *sina egna* ekonomiska eller ideella syften.

2019 var 28 procent av förskolorna, 17 procent av grundskolorna och 33 procent av gymnasieskolorna drivna av privata aktörer. 20 % av barnen inom förskolan går i fristående förskolor, 15 % av barnen i grundskolan går på fristående grundskolor och 28 % av gymnasieeleverna går i fristående gymnasier. 70 procent av alla fristående grund- och gymnasieskolor är aktiebolag (76 procent av de elever som går i friskolor går i friskolor som ägs av aktiebolag) och 55 procent av förskolebarnen går i en förskola som drivs som aktiebolag. Etableringen av fristående skolor och konkurrensen mellan dem och med de kommunala skolenheterna är förstås störst i de större städerna.

Faktum är att skolutbildning i det svenska skolväsendet numera är en väl etablerad marknad med en trend till ökad koncentration. På denna marknad finns det 20 privata aktörer som driver fler än 10 skolenheter; totalt äger dessa aktörer 22 procent av förskole- och skolenheterna. Av dessa är två bolag noterade på Stockholmsbörsen, AcadeMedia AB (sedan juni 2016) och Internationella Engelska Skolan i Sverige Holdings II AB ("IES", sedan september 2016⁷³). Dessa bolag ingår i en koncern som har en uttalad expansionsstrategi. 2017 stoltserade AcadeMedia med 101 förskolor i Norge (genom sitt bolag Espira) och 38 förskolor i Tyskland (genom bolagen Joki, Stepke, KTS och Espira). Sedan 2018 är IES ensamägare av fem privata skolor i Spanien och driver (genom en stiftelse) en skola i Storbritannien.⁷⁴ I dessa EU/EES-länder är det än så länge bara förskolor som får drivas med vinstsyfte. Vad gäller grundskolor och gymnasieskolor säljer en del svenska bolag sina utbildningstjänster till skolor utan vinstsyfte, till exempel Kunskapsskolan som säljer sitt s.k. "KED-koncept" till nederländska skolor. Dessa bolag driver lobbying och opinionsbildning på global

⁷³ I juni 2018 var IES:s (indirekt) största ägare det amerikanska riskkapitalbolaget TA Associates, som är nära kopplat till de främsta universiteten och stiftelser i USA och IES-grundaren Barbara Bergström. Andra stora ägare var då Paradigm Capital, Swedbank Robur fonder, den tredje AP-fonden, SEB fonder och AMF Försäkring & Fonder (delägd av LO).

⁷⁴ Vd:n har förklarat att IES fortsätter att delta i det svenska skolsystemet samtidigt som de expanderar på den "attraktiva spanska skolmarknaden". Hon informerade om att deras elevvolym ständigt ökar, att de har ett genomsnittresultat över de senaste tio åren på 19 % och att det per 30 mars 2018 fanns ca 179 000 elever på deras väntelistor för de kommande åren. Se <https://news.cision.com/internationella-engelska-skolan/r/swedish-schools-inspectorate-approves-ies-as-operator-for-all-new-applications-for-permits-to-start-c2566217>.

nivå för att öka acceptansen för vinstsyftande skolverksamhet inspirerad bl.a. av ”den svenska modellen”.

Under dessa omständigheter måste konstateras att privata aktörer som driver förskola, grundskola och gymnasieskola i det svenska valfrihetsystemet erbjuder sina tjänster på en konkurrensutsatt marknad. Deras verksamhet är således ekonomisk i enlighet med EU-domstolens definition av ”ekonomisk verksamhet” på konkurrensrättens område och de utgör följaktligen företag i statsstödsrättens mening.

Även när man använder frirörlighetsdefinitionen av ”ekonomisk verksamhet” måste man konstatera att de aktörer som driver fristående förskolor/grundskolor/gymnasieskolor utför sina prestationer mot ersättning, och därmed uppfyller EU-domstolens definition av en ekonomisk verksamhet i frirörlighetsrättens mening. De tjänster som de tillhandahåller barnen/eleverna är fastställda i förväg, de erbjudna bidragen ska täcka de kostnader som en liknande skola i kommunens regi har för sådana tjänster och är fastställda i förväg för varje skolår. För de privata aktörer som autonomt väljer att driva friskolor, grundskolor eller gymnasieskolor på grundval av dessa ekonomiska villkor, utgör således de grundbelopp och eventuella tilläggsbelopp som betalas av kommunerna en ersättning för just de tjänster som de utför utifrån egna verksamhetsmodeller och på egen ekonomisk risk.⁷⁵ Den ekonomiska risken på den svenska skolmarknaden är reell: konkurrensen mellan skolorna är på vissa håll stark, vissa skolor går i konkurs eller förlorar sina tillstånd när Skolinspektionen konstaterar alldeles för allvarliga och långvariga brister.

I flera svenska förarbeten har emellertid hävdats att utbildning i det svenska valfrihetssystemet inte kan anses som ekonomisk. Till stöd för denna uppfattning brukar åberopas *Humbel*, en dom från 1986 där EU-domstolen fann att den avgift som ett statligt institut för allmän och teknisk utbildning i Belgien begärde från elever utanför Belgien inte var att se som en ersättning, eftersom (1) staten genom att upprätta och upprätthålla ett sådant system för offentlig undervisning inte avser att bedriva verksamhet i vinstsyfte utan endast att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare och (2) ett sådant system i regel finansieras med medel ur den offentliga budgeten och inte av eleverna eller deras föräldrar.⁷⁶

Detta resonemang i *Humbel* innebär emellertid inte att all offentligt finansierad skolutbildning, oavsett hur den är organiserad i det nationella systemet, är ”fredad” från EU-marknadsreglerna. Visserligen

⁷⁵ Se EU-domstolens ovannämnda resonemang i *Smits och Peerbooms*.

⁷⁶ *Humbel*, punkt 18. På begäran av utredningen lämnade prof. Erika Szyszczack ett rättsutlåtande där hon, helt i linje med mina forskningsresultat (som hon vid denna tidpunkt redan hade haft vänligheten att publicera tillsammans med tre andra professorer i EU-rätt i deras bokserie om SGEI), bedömde att utbildning i det svenska offentligt finansierade skolsystemet utgör en ekonomisk verksamhet.

har EU-domstolen slagit fast att undervisning som ges av skolor som till största delen finansieras med privata medel som inte kommer från tjänsteleverantören själv utgör en ekonomisk tjänsteverksamhet, eftersom syftet med dessa skolor är att erbjuda en tjänst mot ersättning.⁷⁷ Detta innebär dock inte att utbildningstjänster ska behöva vara till största delen privat finansierade för att kunna ha ekonomisk karaktär. Som redan nämnts är det nämligen fast rättspraxis att kvalificeringen som ”ekonomisk verksamhet” inte är beroende av att tjänsten betalas av de som drar nytta av den.

Även offentligt finansierad utbildningsverksamhet kan under vissa omständigheter vara att anse som ekonomisk. I *Jundt* fann således EU-domstolen att kurser som en lärare bosatt i Tyskland tillfälligt utförde på ett franskt universitet utgjorde en ekonomisk verksamhet. Det arvode som han fick betalades av universitetet och inte av studenterna men kunde ändå anses som en ersättning för hans prestation.⁷⁸ I *Jundt* underströk domstolen att, till skillnad från situationen i *Humbel*, den aktuella utbildningsverksamheten inte bedrevs av universitetet själva utan som bisysslor av fysiska personer, vilka universitetet anlitar för att uppfylla sina uppgifter. Betalningen för dessa tjänster kan utgöra en ersättning från universitetet i fråga.

Omständigheterna när privata aktörer utför förskole-/grundskole- eller gymnasieskolejänster i det svenska valfrihetssystemet är jämförbara med situationen i *Jundt*. Friskolor beskrivs i svensk lagstiftning som en del av det nationella skolväsendet⁷⁹ men de har enligt skollagen huvudmannaskap för driften av sina skolenheter. Staten har enbart begränsad kontroll över deras verksamhet och förbjuder inte att de driver sin skolverksamhet med vinstsyfte, dvs. ett helt annat syfte än statens. Friskolornas situation ska därför inte jämföras med omständigheterna i *Humbel* (en dom som avgjordes vid en tid då vinstsyfte inte var tillåtet i något offentligt finansierat utbildningssystem) där frågan gällde en specifik *statlig* institution som inte bara formellt var en del av det nationella systemet utan de facto kunde förutsättas utföra utbildningen *med statens utslutande sociala syfte*.

En del domar visar att även svenska domstolar anser att fristående förskolor, grundskolor och gymnasieskolor utgör en ekonomisk verksamhet. Kammarrätten slog således 2009 fast att Täby kommun

Även offentligt finansierad utbildningsverksamhet kan under vissa omständigheter vara att anse som ekonomisk.

⁷⁷ *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, punkterna 48–49 och den rättspraxis som nämns där.

⁷⁸ Case C-281/06 *Jundt* [2007] ECR I-12231.

⁷⁹ Se 1 kap. 1 § andra stycket Skoll.

hade brutit mot kommunallagen genom att sälja skolinventarier och utrustning till en friskola under tillgångarnas marknadsvärde inom ramen för en s.k. avknoppning.⁸⁰ Domen är inte prejudicerande men visar att kammarrätten ansåg att den friskola som skulle ersätta den nedlagda kommunala skolan bedrev en kommersiell verksamhet. I ett referat av domen i *Tibble gymnasium* påpekade Konkurrensverket att domen överensstämde med den bedömning som den själv hade gjort i fråga om vård- och omsorgsenheter, nämligen att sådana försäljningar aktualiserar både förbudet i kommunallagen mot understöd till enskilda och EG:s statsstödsregler.⁸¹ Det kan också noteras att kammarrätten nyligen fann, i en dom som är överklagad⁸², att sekretess gäller för uppgifter om skolors genomströmning, betygsättning och sammansättning av elever, eftersom sådana uppgifter inte kan röjas utan att enskilda friskolor riskerar att lida ekonomisk skada. Kammarrätten bedömer att sådana uppgifter gäller enskildas ”ekonomiska förhållanden”, eftersom de avser detaljer om friskolornas verksamhet när dessa ”bedriver verksamhet på en konkurrensutsatt marknad”.

Rättspraxisen i EU-domstolen ger tydligt stöd för bedömningen att även privata aktörer utan vinstsyfte måste anses erbjuda sina tjänster på den offentligt finansierade skolmarknaden och betraktas som företag i statsstödsrättens mening. Vad gäller de kommunala förskolor, grundskolor och gymnasieskolor som ingår i det svenska valfrihetssystemet kan sägas följande. Samtidigt som de de facto är i konkurrens med privata operatörer med eller utan vinstsyfte, kan de kommunala förskolorna, grundskolorna och gymnasieskolorna anses utföra sina tjänster som ett sätt att fullfölja kommunernas lagfästa skyldigheter att säkerställa att kommunens barn och elever får tillgång till den skolutbildning som de har rätt till enligt lag. Detta innebär att EU-domstolens princip om avskiljbarhet (se redogörelse ovan) kan vara relevant.

Skollagen ålägger nämligen barnens hemkommuner att säkerställa att utbildning i förskola och grundskola kommer till stånd för alla som enligt lagen har rätt att gå i sådana skolor och som inte fullgör sin skolgång på annat sätt. Hemkommunen ska anordna dessa skolformer i den omfattning som krävs för att bereda dem för alla i kommunen som är berörda. Om det finns särskilda skäl kan detta ansvar uppfyllas genom kommunal samverkan.⁸³ Vidare ska varje kommun säkerställa

⁸⁰ Domarna av Kammarrätten i Stockholm KR nr 584–08 (*Tibble gymnasium i Täby*) och KR nr 3801–09 (*Sollentuna kommun*). I 2 kap. 8 § 2 st. kommunallagen (2017:725) föreskrivs att individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas endast om det finns synnerliga skäl för det.

⁸¹ Konkurrensverkets referat vid

[http://www.konkurrensverket.se/Beslut/Referat%20KR%20Sthlm%204671-08%20Tibble%20\(PC\)%20slutlig.pdf](http://www.konkurrensverket.se/Beslut/Referat%20KR%20Sthlm%204671-08%20Tibble%20(PC)%20slutlig.pdf), där Konkurrensverket hänvisar till sitt PM från 2008-09-04 ”Avknoppning inom vård och omsorg – upphandlingsrättsliga aspekter”.

⁸² Dom meddelad den 16 december 2019 av kammarrätten i Göteborg, nr 6267–19.

⁸³ Se 8 kap. 12 §, 9 kap. 12 §, 10 kap. 24 § och 11 kap. 24 § Skoll.

att ungdomarna i kommunen erbjuds gymnasieutbildning av god kvalitet, genom att erbjuda utbildning som den själv anordnar eller som ordnas i kommunal samverkan. De utbildningar som erbjuds och antalet platser på dessa ska så långt det är möjligt anpassas med hänsyn till ungdomarnas önskemål.⁸⁴ Hemkommunen ansvarar för att alla behöriga ungdomar i kommunen erbjuds utbildning på nationella program.⁸⁵ När friskolor läggs tvärt ned, antingen för att ägaren går i konkurs⁸⁶ eller självmant bestämmer att stänga skolan⁸⁷ eller för att Skolinspektionen beslutar att stänga av den på grund av allvarliga brister som kan drabba de elever som är inskrivna hos den, är det således kommunen som ytterst ansvarar för att eleverna, eller ibland skolan, får tillgång till den utbildning som de har rätt till.⁸⁸

Kommunernas obligatoriska uppgift att säkerställa tillgång till skolutbildning utgör typiska tjänster av allmänt intresse, SGI-uppdrag, som EU-domstolen anser förenade med utövande av offentlig makt, se redogörelsen av *TenderNed* ovan. Om driften av kommunens förskolor/grundskolor och gymnasieskolor kan anses nära kopplad till kommunens SGI-uppdrag bör det kunna hävdas att driften av de kommunala enheterna inte kan skiljas från SGI-uppdraget som är förenat med utövande av offentlig makt. I så fall måste både SGI-uppdraget och driften av kommunala enheter anses förenade med utövande av offentlig makt, även om driften av skolverksamhet inom ramen för valfrihetssystemet i övrigt utgör en ekonomisk verksamhet.⁸⁹

Att tillämpa avskiljbarhetsprincipen på myndighetens egna operatörer som ingår i ett valfrihetssystem leder till en juridisk situation som kan visualiseras på följande sätt:

⁸⁴ 15 kap. 30 § och 18 kap. 27 § SkoL.

⁸⁵ 16 kap. 42 § SkoL.

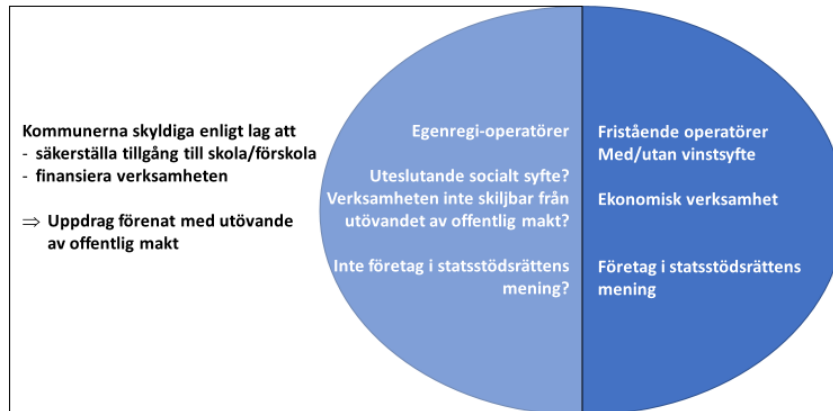
⁸⁶ Vilket i praktiken händer, exempelvis när John Bauer-skolkoncernen gick i konkurs 2013, vilket drabbade tusentals elever. Orsakerna till sådana konkurser kan bl.a. vara för höga utdelningar till skolornas ägare eller elevunderlag som av diverse skäl (demografiska förändringar, skolans dåliga prestationer eller annat) minskar vilket leder till ekonomiska svårigheter.

⁸⁷ Detta tilläts av gällande skollagen och hände nyligen med Thea privata grundskola, vars huvudman sent på våren 2019 informerade om att verksamheten på Södermalm i Stockholm skulle avvecklas inför läsåret 2019/2020 på grund av ombyggnationer i skolans fastighet, se <http://www.theagrundskola.se/vara-skolor/stockholm-sodermalm/>.

⁸⁸ När Thea privata grundskola avvecklades blev Stockholms stad tvungen att omedelbart erbjuda de drabbade barnen platser på de kommunala skolorna, i den mån barnen och deras familjer inte valt en friskola och fått plats där, se <http://www.theagrundskola.se/wp-content/uploads/2019/07/Information-till-VH-vid-Thea-privata-grundskola-ny.docx>.

⁸⁹ *TenderNed*, punkt 44, med hänvisning till *Compass-Datenbank*, punkt 41 och *Selex*, punkterna 76 and 77.

Offentligt finansierad marknad för skolor/förskolor
Skolutbildning "normalt" en ekonomisk verksamhet
Elever/barn väljer förskola/grundskola/gymnasium



Det ovan förda har viss analogi med EFTA-domstolens resonemang i *Private Barnehagers*, där domstolen fann att de kommunala förskolorna i det norska systemet inte utgör företag.⁹⁰ EFTA-domstolen förklarade att den avgift som föräldrarna betalade täckte endast en bråkdel av produktionskostnaderna för tjänsten och inte kunde ses som en ersättning utan bara som ett bidrag till ett system som främst finansieras av allmänna medel. Därmed var det enligt EFTA-domstolen uppenbart att den norska staten, när den upprättar och upprätthåller ett system där varje barn ökar statens kostnader, inte har något vinstsyfte utan fullgör sina sociala, kulturella och utbildningsskyldigheter gentemot den egna befolkningen.

Faktum är i alla fall att de privata aktörer som deltar i det svenska valfrihetssystemet tar emot offentliga medel som ger dem en ekonomisk fördel jämfört med vanliga marknadsvillkor, bl.a. får de tillgång till en stabil och finansiellt säker efterfråga. Stödet är selektivt eftersom det enbart avser företag som verkar inom skolbranschen och dessutom bara dem som har fått tillstånd från Skolinspektionen.

Den offentliga finansieringen av fristående skolor riskerar att snedvrیدا konkurrensen, eftersom den inte bygger på priskonkurrens och inte kan ses som upphandling i EU-rättens mening (se avsnitt 3.4.1). I det nuvarande systemet kan skolorna uppvisa omfattande brister under en lång tid utan att behöva betala böter eller bli avstängda. I ett system som det nuvarande där betyginflation dokumenterats och får råda utan ekonomiska sanktioner, är det uppenbart att konkurrensen *är* snedvriden.⁹¹ Risken att konkurrensen snedvrیدs är särskilt stor om de

⁹⁰ *Private Barnehagers*, s. 6.

⁹¹ Skolverket har rapporterat om skillnader mellan skolor när det gäller hur betyg sätts i relation till resultat på nationella prov. Det är systematiska avvikelser och betygen avviker oftare uppåt. I september 2019 beslutade därför regeringen om ett tilläggsdirektiv till Betygsutredningen 2018, som bland annat utreder frågan om ämnesbetyg, se Dir. 2019:66 Tilläggsdirektiv till Betygsutredningen 2018. Enligt det utvidgade uppdraget ska utredaren analysera behovet av ytterligare insatser för att undvika betygsinflation, det vill säga en utveckling över tid där betygen ökar utan att kunskapsnivån

företag som deltar i systemet kan hänvisa till affärssekretess för att dölja viktiga uppgifter som skolornas genomströmning, betygsättning och sammansättning av elever från myndigheterna, eleverna och deras familjer. Även i detta konkurrensrättsliga perspektiv blir det intressant att se om högsta förvaltningsdomstolen meddelar tillstånd för att överpröva den dom av kammarrätten i Göteborg som jag kort kommenterat ovan.

Beträffande kriteriet om att det ekonomiska stödet ska kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna för att utgöra statsstöd i EU-rättens mening, kan följande sägas. Det skulle kunna hävdas att marknaden för barnomsorg och utbildning i förskolor och skolor har ”lokal karaktär” eftersom barn och elever normalt måste gå på skolor som är relativt nära deras bostad. Den ekonomiska verkligheten i denna bransch, som jag kort beskrivit ovan, ger emellertid en helt annan bild. Det som utvecklats i Sverige är en svensk skolindustri i vilken några större aktörer redan har etablerat sig i andra medlemsstater och avser att växa både inom och utanför EU. Dessa satsningar kan göras med de vinster som görs i Sverige, vilket innebär att dessa företag kan öka sina marknadsandelar i andra medlemsstater tack vare de offentliga medel som de tar emot i det svenska systemet. Inte bara den inre marknaden för privata skolor påverkas utan även den inre marknaden för kapital eftersom vissa större svenska skolföretag ingår i koncerner som ägs av riskkapitalbolag.⁹²

Under sådana förhållanden kan det svenska valfrihetssystemet för skolor och förskolor onekligen anses påverka den inre marknaden. Slutsatsen här är således att det svenska valfrihetssystemet innefattar statsstöd, i den mån de belopp som betalas ut till företagen inte är försumbara (s.k. de minimis) eller utgör en ersättning av skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som uppfyller de s.k. Altmark-kriterierna (se nedan avsnitt 3.1).⁹³

höjs.

⁹² Den största aktieägaren i IES är för närvarande Bock Capital som den 31 december 2019 ägde 31,9 % av bolagets aktier. Bock Capital är ett Luxemburg-baserat private equity-bolag som investerar i europeiska tillväxtbolag. Bolagets mål är att investera i växande och lönsamma företag. Bock Capital har varit verksamt på den europeiska marknaden sedan 2007 inom sektorerna teknologi, finansiella tjänster, företagstjänster, hälso- och sjukvård samt konsumentindustri. Se <http://www.bockcapital.lu/>. Den andra största aktieägaren i IES var per 2019-12-31 Paradigm Capital AG, med 20,6 % av aktierna, se <http://corporate.engelska.se/sv/finansiell-information/aktieinformation/storsta-aktieagare>.

⁹³ Denna slutsats drog jag redan i min tidigare forskning, se bl.a. Wehlander 2016, s. 322–330.

2.2.3 Fråga om den offentliga finansieringen av coachningstjänster i valfrihetssystem riskerar att betraktas som statsstöd

I sin reviderade reform av offentligt finansierade arbetsförmedlingstjänster planerar regeringen att

- huvuddelen av matchning och rustning ska utföras av fristående aktörer, inklusive ideella aktörer
- det ska finnas en mångfald av aktörer i systemet (även om avsikten sägs vara att aktörerna inte ska vara så många att det inte går att följa upp och kontrollera deras verksamhet)
- de fristående aktörerna ska ersättas med statliga medel.

Under sådana omständigheter kommer de fristående aktörerna som deltar i Arbetsförmedlingens system för coachning och rustning av arbetslösa personer att utöva en ekonomisk verksamhet och att utgöra ”företag” i statsstödsrättens mening. Detta blir fallet oavsett om de bedriver verksamheten inom ramen för LOU-kontrakt eller LOV-kontrakt (se det ovan förda resonemanget om LOV-baserade valfrihetssystem för hemtjänst). Även om fristående aktörer utförde offentligt finansierade coachnings- och rustningstjänster med stöd av administrativa tillstånd i stället för kontrakt (ett alternativ som förespråkas av Nacka kommun), skulle deras verksamhet betraktas som ekonomisk.⁹⁴ I inget av dessa alternativ kan förhållandena att verksamheten är offentligt finansierad och att myndigheterna upprätthåller systemet i ett socialt syfte utesluta att de fristående coachnings- och rustningsaktörerna måste betraktas som företag i konkurrens- och statsstödsrättens mening.

Rättsläget är däremot osäkert beträffande *offentliga myndigheter* som utför coachning och rustning inom ramen för Arbetsförmedlingens system efter reformen. I analogi med EU-domstolens resonemang om avskiljbarhet i bl.a. *TenderNed* är det kanske möjligt att hävda att viss coachning och rustning som utförs av offentliga myndigheter är förenad med utövande av offentlig makt, samtidigt som ett marknadsutbud för sådana tjänster finns i Sverige. En korrekt tolkning av EU-domstolens princip om avskiljbarhet i *TenderNed* kan vara att myndigheters utförande av coachning eller rustning bör ses som förenad med utövandet av offentlig makt under följande förutsättningar.

För det första ska myndigheten ha en *obligatorisk* uppgift att säkerställa att arbetssökande får tillgång till coachning eller rustning efter behov. Om *TenderNed* uppfattats korrekt, är det bara en sådan obligatorisk uppgift som kan anses vara en verksamhet förenad med utövande av offentlig makt. Det är tveksamt huruvida Arbetsförmedlingen enligt gällande rätt har en sådan skyldighet. De

⁹⁴ Se Dagens Samhälle av den 2 januari 2020, <https://www.dagenssamhalle.se/debatt/lat-nackas-modell-bli-nya-arbetsformedlingens-forebild-31083?noaccount=true>.

regler som för närvarande styr dess verksamhet innebär enbart en skyldighet för Arbetsförmedlingen att verka för att förbättra arbetsmarknadens funktionssätt och att utforma sin verksamhet så att arbets sökande har tillgång till en *likvärdig* service i hela landet, att den anpassas till skilda förutsättningar och behov i olika delar av landet och att den anpassas efter den enskildes förutsättningar.⁹⁵

För det andra kan *TenderNed* förstås så att myndighetens utförande av coachning eller rustning ska vara förenad med dess *egen* skyldighet, i motsats till en *annan* myndighets skyldighet, att säkerställa tillgång till tjänsten. En sådan förståelse, om den är korrekt, skulle innebära att även om reformen införde en skyldighet för Arbetsförmedlingen att säkerställa coachning efter behov (en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse, en NSGI), coachning i kommunal regi inte skulle anses oskiljbar från Arbetsförmedlingens obligatoriska uppgift.

Även om den svenska lagstiftaren skulle bestämma att införa en obligatorisk uppgift för AF att säkerställa tillgång till coachning efter behov, kan EU-domstolens beslut i *Höfner* och *Job Centre* göra det svårt att argumentera för att coachning i AF:s regi skulle anses förenad med dess obligatoriska uppgift och därmed vara en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse, oavsett om coachning utanför dessa förhållanden utgör en ekonomisk verksamhet i Sverige. I dessa mål fann EU-domstolen att arbetsförmedling i offentliga organs regi var ekonomisk även om arbetsförmedling i de aktuella medlemsstaterna normalt anförtroddes offentliga organ, eftersom ”arbetsförmedling inte alltid har bedrivits — och inte behöver nödvändigtvis bedrivas — av offentliga enheter”.⁹⁶ Baserat på detta mycket vida – och kontroversiella – kriterium fann domstolen först i *Höfner* och senare i *Job Centre* att offentliga organ utgjorde företag i konkurrensreglernas mening i den del av deras verksamhet som bestod av arbetsförmedlingstjänster.⁹⁷

Oavsett om offentliga myndigheter kan betraktas som företag när de utför offentligt finansierad coachning eller inte, finns det en klar risk att tillståndsbaserade eller LOV-baserade valfrihetssystem för coachning och rustning uppfyller alla rekvisit som definierar statsstöd enligt artikel 107.1 FEUF.

För det första bygger sådana system på att staten finansierar aktörer som åtminstone när de är privata måste ses som företag i statsstödsrättens mening. För det andra utgör statens finansiering en fördel för de företag som får utföra tjänsterna och gynnar de företag som deltar i systemen. För det tredje kan denna fördel ses som selektiv,

⁹⁵ Se 2 och 3 §§ förordning (2007:1030). Förordningen (2000:628) om den arbetsmarknadspolitiska verksamheten innehåller inte heller någon bestämmelse som anförtrodder AF en obligatorisk uppgift att säkerställa tillgång till coachning eller rustning efter behov.

⁹⁶ Punkt 21 i domarna i mål C-41/90 *Höfner* [1991] ECR I-1979 och mål C-55/96 *Job Centre* [1997] ECR I-7119.

⁹⁷ *Höfner*, punkt 23 och *Job Centre*, punkt 25.

eftersom endast företag som erbjuder coaching eller rustning kan få ersättning.

För det fjärde riskerar den offentliga finansieringen att snedvrída konkurrensen. Valfrihetssystem för coaching och rustning baserade på LOV eller på tillstånd bygger nämligen inte på priskonkurrens och kan inte ses som upphandling i EU-rättens mening (om att LOV-system och tillståndssystem inte utgör upphandling, se avsnitt 3.4.1). I den mån sådana system inte på annat sätt säkerställer att ersättningen står i proportion till kostnaderna för att utföra tjänsterna, riskerar de att snedvrída konkurrensen. Risken är särskilt påtaglig om ersättning går till företag som valts med ett stort mått av godtycke av arbetssökandena, utan precisa krav på tjänstens innehåll och kvalitet.

För det femte kan ersättning till företag som utför coaching eller rustning inom LOV- eller tillståndsbaserade valfrihetssystem påverka handeln mellan medlemsstaterna. I *Job Centre* förtydligade EU-domstolen att detta villkor kan vara uppfyllt även om åtgärden inte rent faktiskt har påverkat handeln, och att det räcker att det kan fastställas att handlandet kan komma att få en sådan verkan.⁹⁸ I målet skulle prövas om den offentliga arbetsförmedlingens ensamrätt och dess reglering i italiensk rätt omfattades av och var förenliga med EU:s konkurrensregler. EU-domstolen slog fast att en potentiell påverkan på handeln mellan staterna föreligger bland annat när den arbetsförmedling som bedrivs av privata bolag kan komma att utsträckas till att omfatta andra medlemsstaters medborgare eller territorier.⁹⁹

En sådan potentiell påverkan på handeln finns när den svenska staten finansierar privata bolag som utför arbetsförmedlingstjänster inom ramen för de LOV-baserade eller tillståndsbaserade valfrihetssystem som kommer att inrättas efter reformen. Det kan nämligen förväntas att de privata aktörer som redan nu deltar i AF:s valfrihetssystem för coaching baserade på ramavtal enligt LOU, kommer att vilja delta i de valfrihetssystem som inrättas efter reformen. Bland dessa aktörer finns Academic Work, som på sin hemsida anger att de förutom sina 17 kontor i Sverige har kontor i Norge, Finland, Danmark, Tyskland och Schweiz.¹⁰⁰ Även Manpower, ett multinationellt bolag som redan deltar i svenska valfrihetssystem baserade på LOU-ramavtal, kommer troligen att vilja delta i de valfrihetssystem som upprättas efter reformen.

Det är viktigt att här påpeka att offentlig finansiering av företag som utför allmännyttiga tjänster (SGI)

⁹⁸ *Job Centre*, punkt 36.

⁹⁹ *Job Centre*, punkt 37.

¹⁰⁰ Se <https://www.academicwork.se/om-oss/internationellt>. Där anges också att Academic Work öppnade sitt första kontor utomlands 2007 och startade 2015 sin verksamhet i Genève i Schweiz som är deras sjätte och senaste marknad.

- under vissa villkor kan anses som ersättning för SGEI som inte utgör statligt stöd. Dessa regler redogörs för i avsnitt 3.1.
- även om det utgör statligt stöd kan anses som ersättning för SGEI som är förenlig med fördragen i den mån stödordningen uppfyller de krav som ställs i kommissionens regler om statsstöd till SGEI. Dessa regler redogörs för i avsnitt 3.2.

3. Svenska valfrihetssystem för sociala tjänster som innefattar statsstöd måste anpassas till kommissionens regler om statsstöd till företag som anförtros SGEI

Den ekonomiska karaktären av verksamheten i de svenska valfrihetssystem som analyseras i avsnitt 2.2 innebär att den offentliga finansieringen av företag i systemen strider (hemtjänst, skola) eller riskerar att strida (LOV-kontrakt eller tillstånd för coachningstjänster i reformen av arbetsförmedling) mot fördragets regler om statsstöd.

EU:s statsstödsregler är en del av svensk rätt.¹⁰¹ För att vara laglig måste svenska myndigheters offentliga finansiering av sociala tjänster som utförs av företag vara förenlig med EU-reglerna om statsstöd, vilket kan vara fallet i två huvudfall.

- I det första huvudfallet (se avsnitt 3.1) utgör finansieringen inte statsstöd antingen för att dess belopp är så lågt att det inte kan anses påverka handeln (200 000 euro per företag över en period av tre år) eller för att finansieringen utgör ersättning för allmännyttiga tjänster (SGEI) och uppfyller samtliga villkor som EU-domstolen har fastställt i *Altmark*.
- I det andra huvudfallet (se avsnitt 3.3) avser finansieringen en sådan ersättning för allmännyttiga tjänster (SGEI) som inte uppfyller alla villkor uppställda i *Altmark* och därmed utgör statsstöd som kan vara förenlig med EU-rätten om den uppfyller kommissionens regler om statsstöd till SGEI.

Både *Altmark*-domen och kommissionens regler om statsstöd tar sin utgångspunkt i EU-begreppet SGEI. I avsnitt 3.2 ges därför en översikt av EU-begreppet SGEI och de fördragsregler som är förknippade med begreppet.

¹⁰¹ Sverige är medlem i Europeiska unionen, 1 kap. 10 § RF.

3.1. De s.k. Altmark-kriterierna eller de minimis-reglerna som utesluter statligt stöd

Den offentliga finansieringen av sociala tjänster som utförs av företag utgör inte statsstöd i de två följande situationerna.

Den första situation som utesluter att den offentliga finansieringen av företag som utför sociala tjänster betraktas som statsstöd är att beloppet per företag är lågt och därmed av mindre betydelse för konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna. Det är viktigt att understryka att det enligt EU-domstolens rättspraxis inte finns någon gräns eller procentsats under vilken man kan anse att handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas. Domstolen bedömer att ett relativt litet stöd eller en relativt liten storlek på det stödmottagande företaget inte innebär att det omedelbart kan uteslutas att handeln mellan medlemsstaterna påverkas.¹⁰²

Kommissionen har emellertid gjort bedömningen att stödåtgärder med låga belopp inte kan anses påverka den inre marknaden och därför inte uppfyller alla kriterier för att betraktas som statsstöd. Med stöd av sina befogenheter enligt artikel 108 FEUF och av bemyndigandet i rådets förordning (EG) nr 994/98¹⁰³, har kommissionen antagit en förordning som innebär att stöd av mindre betydelse (s.k. de minimis-stöd) inte ska anses uppfylla samtliga kriterier i artikel 107.1 FEUF och därför inte ska omfattas av anmälningsskyldigheten enligt artikel 108.3 FEUF, om de uppfyller villkoren i denna förordning. Det totala stödet av mindre betydelse per medlemsstat till ett enda företag får inte överstiga 200 000 euro under en period av tre beskattningsår.¹⁰⁴

Det andra alternativet för att kunna utesluta att ersättningen för allmännyttiga tjänster betraktas som statsstöd formulerades av EU-domstolen i *Altmark*. I denna dom slog domstolen fast att en offentlig finansiering av företagsverksamhet inte ska anses som statsstöd i den mån den ska betraktas som ersättningen för tjänster som företaget har tillhandahållit för att fullgöra ”skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster”, när finansieringen inte innebär att företaget gynnas ekonomiskt och får en fördel gentemot konkurrerande företag.¹⁰⁵ Detta är fallet om samtliga följande villkor är uppfyllda:

1. Det mottagande företaget ska faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och dessa skyldigheter skall vara klart definierade.

¹⁰² *Altmark*, s. 81 och där angiven rättspraxis, se även *Administración del Estado*, punkterna 40–43.

¹⁰³ Rådets förordning (EG) nr 994/98 av den 7 maj 1998 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 FEUF på vissa slag av övergripande statligt stöd.

¹⁰⁴ Se artikel 3.1 och artikel 3.2 första stycket i kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 av den 18 december 2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 FEUF på stöd av mindre betydelse.

¹⁰⁵ *Altmark*, punkt 87.

2. De kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas ska vara fastställda i förväg på ett objektivet och öppet sätt, på så sätt att det kan undvikas att ersättningen medför att det mottagande företaget gynnas ekonomiskt i förhållande till konkurrerande företag.
3. Ersättningen får inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av dessa skyldigheter.
4. När det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna i ett konkret fall inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna, ska den ersättningsnivå som behövs fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt utrustat skulle ha åsamkats vid fullgörandet av skyldigheten att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna.¹⁰⁶

Här måste noteras att de fyra *Altmark*-villkoren faktiskt bygger på begreppet SGEI, trots att begreppet SGEI inte förekommer i domen. Begreppet ”skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster” i *Altmark*-villkoren anses nämligen synonymt med begreppet ”SGEI-uppdrag”. Vidare bör understrykas att det fjärde villkoret i *Altmark*-testet har etablerat en stark koppling mellan upphandling och statsstöd genom att fastställa att statsstöd kan uteslutas genom upphandling. Det som emellertid krävs i det fjärde *Altmark*-villkoret är att det är fråga om ”ett offentligt upphandlingsförfarande som gör det möjligt att anskaffa tjänsterna till den lägsta kostnaden för det allmänna”.

När företag som fått i uppdrag att tillhandahålla SGEI inte har valts ut efter ett sådant offentligt upphandlingsförfarande kan det fjärde *Altmark*-kriteriet ändå anses uppfyllt om den ersättning som företagen erhåller fastställs ”på grundval av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt utrustat skulle ha åsamkats vid fullgörandet av skyldigheten att tillhandahålla denna SGEI”. Ett vanligt problem när tillhandahållandet av en SGEI inte organiseras genom upphandlade kontrakt, utan exempelvis genom system med tillstånd förenade med rätt till ersättning för utförda tjänster, är att det inte finns ett godtagbart referensobjekt i form av ett ”genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt utrustat för att fullgöra SGEI-skyldigheterna”.

¹⁰⁶ *Altmark*, punkterna 88–93.

3.2 Närmare om EU-begreppet SGEI

Reglerna om statligt stöd ska tillämpas på ersättning för tillhandahållande av offentliga tjänster som inte uppfyller *Altmark*-kriterierna, men ersättningen kan förklaras förenlig med den inre marknaden bland annat med stöd av artikel 106.2 FEUF, som har följande lydelse

Företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.

Denna bestämmelse, som gör det möjligt att göra undantag från fördragsreglerna om bl.a. fri rörlighet och konkurrens, kan anses utgöra ett särskilt uttryck för principen, fastställd i artikel 14 FEUF, om att EU och medlemsstaterna, var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom fördragets tillämpningsområde, ska sörja för att SGEI utförs på grundval av principer och villkor, särskilt ekonomiska och finansiella, som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter. Denna princip har fått ett tolkningsunderlag i protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse (SGI) som fogats till fördragen och består av två artiklar. Artikel 1 i protokollet om SGI förtydligar hur EU-begreppet SGEI ska förstås och har följande lydelse

- nationella, regionala och lokala myndigheters avgörande roll och stora handlingsutrymme när det gäller att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse så nära användarnas behov som möjligt,
- mångfalden av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och de skillnader i användarnas behov och preferenser som olika geografiska, sociala eller kulturella förhållanden kan leda till,
- en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter.

Denna bestämmelse bekräftar det som har klarlagts i EU-domstolens rättspraxis, nämligen att medlemsstaterna har en omfattande frihet att fastställa vad de anser utgöra en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI) inom ett visst område. SGEI är emellertid ett EU-begrepp vilket innebär att EU-domstolen och kommissionen får kontrollera att medlemsstaterna inte uppenbart missbrukar begreppet.

Medlemsstater ska se till att SGEI-uppdrag uppfyller vissa minimikriterier som är gemensamma för samtliga uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i EG-fördraget och visa att dessa kriterier verkligen är uppfyllda i det enskilda fallet. EU-

domstolen har i sin rättspraxis angett att en tjänst får karakteriseras som en SGEI in den mån den uppfyller åtminstone följande objektiva kriterier¹⁰⁷

- a. de aktuella aktörerna har tilldelats ett uppdrag av *allmänt ekonomiskt intresse* genom en åtgärd som vidtagits av en offentlig myndighet.
- b. uppdraget är samhällsomfattande (i vid betydelse, dvs. den aktuella tjänsten behöver inte fylla ett behov som är gemensamt för *hela* befolkningen eller tillhandahållas inom *hela* området¹⁰⁸)
- c. uppdraget är obligatoriskt till sin karaktär.

Trots att begreppet har fått namnet ”tjänst av allmänt ekonomiskt intresse” har EU-domstolen gjort tydligt att det allmänna intresset som eftersträvas med SGEI-uppdrag inte ska vara ekonomiskt.¹⁰⁹

Termen ”ekonomiskt” i begreppet SGEI markerar i stället att det allmännyttiga uppdraget (SGI-uppdraget) har ekonomisk relevans för en marknad. Det kan vara fallet i fråga om ett SGI-uppdrag som lagstiftaren har anförtrott till offentliga myndigheter (t.ex. kommunernas obligatoriska uppdrag enligt skollagen att säkerställa tillgång till viss utbildning) eller om ett SGI-uppdrag som lagstiftaren eller offentliga myndigheter har anförtrott till företag och som därmed uppenbarligen kommer att utföras *på* marknaden.¹¹⁰

SGEI-uppdrag bör därför förstås så att både företag och myndigheter kan ha anförtrotts sådana uppdrag, genom olika offentliga handlingar.

Som exempel på uppdrag som EU-domstolen har ansett kunna vara SGEI-uppdrag som kan motivera undantag från fördragets regler kan nämnas

- skyldigheten att säkerställa landets försörjning av elektricitet till lägsta möjliga kostnad och på ett samhällsansvarigt sätt¹¹¹
- skyldigheten att säkerställa akuta sjuktransporter till ett enhetligt pris och med likvärdig kvalitet inom hela det berörda området¹¹²
- skyldigheten att säkerställa tillgången till privat sjukförsäkring till rimliga priser och på enhetliga villkor till alla personer bosatta på Irland¹¹³
- skyldigheten att säkerställa ett sortiment av de läkemedel som används i landet och leverans inom 24 timmar av varje läkemedel i sortimentet till varje apotek inom företagets område¹¹⁴

¹⁰⁷ BUPA, punkt 172 och CBI, punkt 101.

¹⁰⁸ BUPA, punkt 186 och där angiven rättspraxis.

¹⁰⁹ CBI, punkt 88.

¹¹⁰ Observera att sådana SGEI-uppdrag som offentliga myndigheter anförtrotter företag genom exempelvis avtal ofta har sin grund i myndighetens eget SGI-uppdrag.

¹¹¹ *Kommissionen mot Nederländerna*, fråga om undantag från konkurrensreglerna.

¹¹² *Ambulanz Glöckner*, fråga om undantag från konkurrensreglerna.

¹¹³ BUPA, undantag från statsstödsreglerna med stöd av artikel 106.2 FEUF.

¹¹⁴ *Ferring*, undantag från statsstödsreglerna.

- skyldigheten att säkerställa att hushållsavfallet omhändertas vid en så nära belägen anläggning som möjligt¹¹⁵
- skyldigheten att säkerställa e-upphandling inom medlemsstatens område¹¹⁶
- skyldigheten att ge alla patienter, inbegripet socialt utsatta patienter, tillgång till vård.¹¹⁷

Ett annat exempel är skyldigheten för flygplatsbolag att bedriva sin verksamhet så att flygplatsen kan ta emot alla flygbolag som vill trafikera den till rådande kommersiella villkor och under publicerade öppettider, som kommissionen anser kunna vara ett SGEI-uppdrag.¹¹⁸

3.3 Kommissionens regelverk om statsstöd till företag som utför SGEI-uppdrag

Om offentliga myndigheter ersätter företag som utför allmännyttiga tjänster med belopp som kan överstiga 200 000 euro över en period av tre år per företag och om ersättningen inte uppfyller det fjärde *Altmark*-villkoret – dvs. tjänsten har inte upphandlats med priskonkurrens och ersättningen har inte heller fastställts på grundval av kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt utrustat skulle ha för att uppfylla sin skyldighet att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna (sitt SGEI-uppdrag) – utgör den offentliga finansieringen statsstöd.

Ett sådant stöd eller en sådan stödordning kan dock anses förenligt med fördragen om det uppfyller de villkor som ställs i undantagsregeln i 106.2 FEUF. EU-domstolen har gett en vid tolkning av detta undantag på verksamhetsområden där unionen saknar befogenheter eller inte har antagit lagstiftning för att harmonisera marknaden. En prövning under artikel 106.2 FEUF är därför begränsad till en kontroll av frågan huruvida den fastställda ersättningen är nödvändig för att det ifrågasvarande SGEI-uppdraget ska kunna fullgöras *på ekonomiskt godtagbara villkor*.

Kommissionen har preciserat förutsättningarna för en tillämpning av undantagsregeln i artikel 106.2 FEUF i sitt regelverk om statligt stöd i form av ersättning till företag som tillhandahåller SGEI. Detta regelverk, som antogs först 2005, uppdaterades år 2011 och består för närvarande av fyra instrument:

- Det ovannämnda SGEI-beslutet om statsstöd i form av ersättning för SGEI-tjänster som kan anses förenligt med artikel 106.2 i

¹¹⁵ *Kommissionen mot Tyskland*, fråga om samverkansavtal mellan upphandlande myndigheter.

¹¹⁶ *TenderNed*, fråga om undantag från statsstödsreglerna.

¹¹⁷ *CBI*, fråga om undantag från statsstödsreglerna.

¹¹⁸ Se kommissionens beslut om statsstöd SA.38757 och SA.38892 om Sundsvall Timrå och Skellefteå flygplatser. SGEI-uppdraget inkluderade att resenärerna skulle ha tillgång till parkering i nära anslutning till terminalbyggnaden, till enklare mat- och kaféservice och till sedvanlig försäljning på flygplatsen.

fördraget och därför undantas från kravet på förhandsanmälan i artikel 108.3 FEUF. SGEI-beslutet tillämpas på bl.a. SGEI som tillhandahålls av sjukhus som utför medicinsk vård samt akuttjänster och SGEI som uppfyller sociala behov när det gäller sjuk- och långtidsvård, barnomsorg, tillträde till och återinträde på arbetsmarknaden, socialt subventionerade bostäder och vård och social integrering av sårbara grupper.¹¹⁹ *Endast statsstöd som uppfyller alla villkor som fastställs i beslutet kan undantas från kravet på förhandsanmälan.*

● De ovannämnda SGEI-rambestämmelserna om statsstöd i form av ersättning för SGEI-tjänster, som anger hur kommissionen kommer att granska stöd i form av ersättning för SGEI-tjänster *som inte omfattas av SGEI-beslutet.*

● Ett meddelande från kommissionen om tillämpningen av statsstödsreglerna på ersättning för tillhandahållande av SGEI som klargör hur artikel 107 FEUF och *Altmark*-kriterierna tillämpas på sådan ersättning.¹²⁰

● En förordning som föreskriver vissa villkor under vilka ”de minimis” stöd, dvs. stöd av mindre betydelse (för närvarande under 500 000 euro under en period om tre beskattningsår) inte ska anses som statsstöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF.¹²¹

De villkor som fastställs i SGEI-beslutet och i SGEI-rambestämmelserna, med undantag för vissa ytterligare krav, bygger på de tre första kriterier som fastslagits i domen i målet *Altmark*.

För att ett planerat system som innefattar statligt stöd till företag i form av ersättning för SGEI ska omfattas av SGEI-beslutet och därmed undantas från skyldigheten att notifiera till kommissionen, ska det uppfylla de villkor som fastställs i SGEI-beslutet.¹²² Bland annat ska samtliga följande villkor vara uppfyllda:

- a. Den period för vilken företaget har anförtrots att tillhandahålla SGEI överstiger inte tio år. Denna period får överstiga tio år om tjänsteleverantören behöver göra en betydande investering som måste skrivas av över hela den period som tjänsten tillhandahålls.¹²³
- b. Tillhandahållandet av SGEI ska anförtros det berörda företaget genom en eller flera offentliga handlingar som medlemsstaten får fastställa formen för men där framför allt följande ska anges

¹¹⁹ Se artikel 2.1 b och c i SGEI-beslutet.

¹²⁰ Meddelande från kommissionen (2012/C 8/03) Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster.

¹²¹ Kommissionens förordning (EU) nr 360/2012 av den 25 april 2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 FEUF på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

¹²² Artikel 3 i SGEI-beslutet.

¹²³ Artikel 2.2 i SGEI-beslutet. Subventionerade bostäder nämns som exempel på SGEI som kan behöva en betydande investering, se skäl 12 i SGEI-beslutet.

- innebörden av skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster och skyldigheternas varaktighet
 - företaget och, i förekommande fall, det territorium som berörs
 - innebörden av exklusiva eller särskilda rättigheter som beviljats företaget av den beviljande myndigheten
 - en beskrivning av ersättningsmekanismen och parametrarna för att beräkna, kontrollera och se över ersättningen
 - åtgärder för att undvika och återkräva eventuell överkompensation
 - en hänvisning till SGEI-beslutet.¹²⁴
- c. Ersättningen får inte överstiga vad som krävs för att täcka nettokostnaden för att fullgöra SGEI-uppdraget, inklusive en *rimlig vinst*. Med ”rimlig vinst” avses den kapitalavkastning som skulle krävas av ett typiskt företag som överväger om det ska tillhandahålla den aktuella SGEI under hela den period som anförtroendet gäller, med hänsyn till graden av risk, viken beror på den berörda sektorn, typen av tjänst och ersättningens art. Om företaget också bedriver verksamhet som faller utanför SGEI-uppdraget, ska endast de kostnader som har ett samband med SGEI beaktas. Det ska klart framgå av den interna redovisningen vilka kostnader och intäkter som hänger samman med SGEI-uppdraget respektive med andra tjänster samt parametrarna för fördelning av kostnaderna och intäkterna. De kostnader som ska beaktas kan omfatta alla direkta kostnader för SGEI-uppdraget samt ett lämpligt bidrag till kostnader som är gemensamma för SGEI-uppdraget och annan verksamhet som eventuellt bedrivs av företaget. Företagets redovisning ska särskilja de kostnader och intäkter som hänger samman med SGEI från kostnader/intäkter från annan verksamhet som eventuellt bedrivs av företaget.¹²⁵

Medlemsstaterna ska se till att den beviljade ersättningen för SGEI-uppdraget uppfyller kraven i beslutet och i synnerhet att företaget inte mottar någon kompensation. Medlemsstaterna ska utföra regelbundna kontroller eller se till att kontroller utförs, åtminstone vart tredje år under den period då den anförtrödda tjänsten tillhandahålls och vid utgången av den perioden. Om ett företag har fått ersättning som överstiger det belopp som fastställts i enlighet med beslutet, ska

¹²⁴ Artikel 4 i SGEI-beslutet.

¹²⁵ Artikel 5 i SGEI-beslutet.

medlemsstaten ålägga det berörda företaget att betala tillbaka all överkompensation.¹²⁶

Medlemsstaterna ska under den period då tjänsten tillhandahålls och under åtminstone tio år från utgången av denna period hålla alla uppgifter tillgängliga som krävs för att avgöra om den beviljade ersättningen är förenlig med SGEI-beslutet.¹²⁷

Enskilda stödåtgärder eller stödordningar som en medlemsstat anser nödvändiga för att företag ska fullgöra sina skyldigheter att utföra allmännyttiga tjänster (dvs. sitt SGEI-uppdrag), och som inte uppfyller villkoren i SGEI-beslutet, ska anmälas till kommissionen. Denna ska då normalt granska huruvida stödet kan anses lagligt med stöd av SGEI-rambestämmelserna eller på annan grund.

3.4. Fråga om de svenska valfrihetssystemen för hemtjänst respektive skola innefattar statsstöd och i så fall om de uppfyller kommissionens regler om statsstöd till SGEI

I avsnitten 2.2.1 och 2.2.2 visades att finansieringsmodellerna i de LOV-baserade valfrihetssystemen för hemtjänst och i det svenska tillståndsbaserade valfrihetssystemet för skolor och förskolor riskerar att innefatta statligt stöd, eftersom tjänsteutförarna som deltar i systemen – åtminstone de icke-offentliga utförarna – utgör företag och stödet är selektivt. Att dessa system dessutom gynnar företag, riskerar att snedvrیدا konkurrensen och att påverka den inre marknaden, och därmed innefattar statsstöd, kan uteslutas endast om de uppfyller de fyra kriterierna i *Altmark*-domen eller villkoren i de minimis-stödförordningen.

I detta avsnitt visas att de svenska valfrihetssystemen för hemtjänst (baserade på LOV-kontrakt) och för skola och förskola (baserade på tillstånd från Skolinspektionen) inte kan anses uppfylla det fjärde *Altmark*-kriteriet, eftersom

- a. de inte utgör upphandling i EU:s upphandlings- och statsstödsrätts mening och
- b. de inte säkerställer att den ersättning som företagen erhåller fastställs på grundval av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt utrustat skulle ha åsamkats vid fullgörandet av skyldigheten att tillhandahålla denna SGEI.

¹²⁶ Artikel 6.1 och 6.2 i SGEI-beslutet.

¹²⁷ Artikel 8 i SGEI-beslutet.

3.4.1. Varken LOV-kontrakt eller tillståndssystemet för skolor kan anses utgöra upphandling i EU-rättens mening och därmed uppfylla det fjärde Altmark-kriteriet

I skäl 4 EU-direktivet om offentlig upphandling (härefter ”LOU-direktivet”¹²⁸) anges att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte bör ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem (exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster). Skäl 4 är inte bindande men kan anses uttrycka den tolkning av EU-begreppet upphandling som EU-domstolen har gjort i målen *Falk Pharma* och *Tirkkonen*.

Målet i *Falk Pharma* rörde det förfarande som en tysk försäkringskassa använde i syfte att ingå tre-åriga avtal om köp av vissa läkemedel till nedsatt pris.¹²⁹ Alla berörda företag som uppfyllde uppställda kriterier godkändes och kunde ingå ett standardavtal med försäkringskassan. Företag som uppfyllde kriterierna kunde ansluta sig till avtalssystemet under dess giltighetstid.¹³⁰

Först slog EU-domstolen fast att urvalet av ett anbud och därmed av en vinnande anbudsgivare utgör ett grundläggande kriterium med avseende på EU-begreppet ”upphandling”.¹³¹ Detta kriterium var inte uppfyllt av det system som var aktuellt i målet, där leveransavtal ingicks med alla ekonomiska aktörer villiga att leverera de berörda produkterna på de villkor som försäkringskassan hade angett, eftersom systemet innebar att ingen ekonomisk aktör valdes ut och gavs ensamrätt till ett kontrakt.¹³²

Därefter slog EU-domstolen fast att det inte ska anses föreligga ett offentligt kontrakt i LOU-direktivets mening när det inrättas ett system inom ramen för vilket ett offentligt organ anskaffar produkter på marknaden genom att, under systemets hela giltighetstid, ingå avtal med varje ekonomisk aktör som åtar sig att leverera de berörda varorna på i förväg fastställda villkor, utan att därvid göra något val mellan intresserade ekonomiska aktörer (varvid de ekonomiska aktörerna ges möjlighet att ansluta sig till nämnda system under systemets hela giltighetstid).¹³³

I *Tirkkonen* var bakgrunden följande. EU-förordningen om finansiering, förvaltning och övervakning av den gemensamma

¹²⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹²⁹ Det var fråga om läkemedel i vilket det verksamma ämnet är mesalazin.

¹³⁰ *Falk Pharma*, punkt 14. Ett sådant avtal ingicks med Kohlpharma som var det enda företag som visade intresse.

¹³¹ *Falk Pharma*, punkt 38–40.

¹³² *Falk Pharma*, punkt 37.

¹³³ *Falk Pharma*, punkt 42.

jordbrukspolitiken ålägger medlemsstaterna att inrätta system för jordbruksrådgivning för jordbrukare som får miljöstödet. För att genomföra denna skyldighet begärde det finska Landsbygdsverket anbudsinfordran för kontrakt för år 2015–2020, i enlighet med finska föreskrifter som kräver att rådgivarna i ett sådant system väljs genom offentlig upphandling. Alla rådgivare som uppfyllde kraven i anbudsinfordran valdes ut, efter två successiva beslut: först valdes de rådgivare som hade lagt anbud och uppfyllde kraven om kvalifikation, utbildning och erfarenhet som rådgivare; sedan tilldelades kontrakt till de rådgivare som hade valts ut villkorligt och dessutom hade klarat det prov som angavs i bilagan till anbudsinfordran. Inom ramen för systemet fick jordbrukarna välja rådgivare bland dem som hade kontrakt med Landsbygdsverket. Landsbygdsverket betalade rådgivaren med timlön och jordbrukaren betalade moms på denna ersättning. När upphandlingen var slutförd skulle inga nya rådgivare få kontrakt under den avsedda perioden.

I enlighet med sin dom i *Falk Pharma* fann EU-domstolen att ett system för jordbruksrådgivning, genom vilket ett offentligt organ väljer ut samtliga ekonomiska aktörer som uppfyller alla krav och prov som anges i anbudsinfordran, inte ska anses utgöra ett offentligt kontrakt i LOU-direktivets mening. I *Tirkkonen* preciserade domstolen att detta gällde även i system där inga nya ekonomiska aktörer tillåts ansluta sig till det avtalsbaserade systemet under dess begränsade giltighetstid.¹³⁴

Mot bakgrund av denna rättspraxis, som kan anses få uttryck i skäl 4 LOU-direktivet, är det tydligt att varken LOV-baserade system (till exempel för hemtjänst) eller tillståndsbaserade valfrihetssystem (till exempel för fristående skolor och förskolor) ska betraktas som upphandling i LOU-direktivets mening. Denna rättsuppfattning förefaller delas av svenska utredningar och av regeringen, som också verkar räkna med att offentlig finansiering i de svenska valfrihetssystemen kan omfattas av EU:s konkurrensregler, inklusive statsstödsregler.¹³⁵

Även om LOV-system ofta kallas för ”upphandling”, bl.a. på Konkurrensverkets eller Upphandlingsmyndighetens respektive hemsidor, kan varken LOV-system eller ett tillståndsbaserat valfrihetssystem som det svenska systemet för skolor och förskolor anses utgöra upphandling i EU-rättens mening. Ännu mindre kan de anses utgöra ett upphandlingsförfarande ”som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta

¹³⁴ *Tirkkonen*, punkterna 34–35.

¹³⁵ Se SOU 2016:78 *Ordning och reda i välfärden*, s. 574 och proposition 2017/18:159 *Tillstånd att ta emot offentlig finansiering inom socialtjänsten, assistansersättningen och skollagsreglerad verksamhet*, s. 155–156.

kostnaden för det allmänna” som nämns i det fjärde Altmark-kriteriet, eftersom inget av dessa system innefattar priskonkurrens.

3.4.2. Ersättning till företagen i LOV-baserade system (hemtjänst) och tillståndsbaserade valfrihetssystem (skola) kan inte anses uppfylla det fjärde Altmark-kriteriet

Ersättningsmodellerna i valfrihetssystemen för hemtjänst (LOV) och skola (tillstånd) kan knappast anses uppfylla det alternativa kravet i det fjärde *Altmark*-kriteriet (jämförelse med ett välskött företag).

Vad gäller hemtjänst i LOV-system, var LOV-utredningens bedömning att valfrihetssystem baserade på LOV uppfyller *Altmark*-kriterierna, och därmed inte behövde notifieras till kommissionen, om kommunen eller landstinget anger ersättningsnivån i förväg och beräknar ersättningsnivån utifrån en ekonomiskt effektiv egenregiverksamhet.¹³⁶ Utredaren gjorde således implicit bedömningen

- att de tjänster som utförs i valfrihetssystem utgör en ekonomisk verksamhet
- att kommunala operatörer kan anses som ”företag” i statsstödsrättens mening
- att den offentliga finansieringen som sker i LOV-system är förenlig med EU-rätten på grund av tjänsternas SGEI-karaktär
- att det första *Altmark*-kriteriet är uppfyllt i LOV-system, dvs. företagen har faktiskt ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och *dessa skyldigheter är klart definierade*
- att LOV-system inte kan betraktas som ”ett offentligt upphandlingsförfarande som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna” som nämns i det fjärde *Altmark*-kriteriet men att det fjärde *Altmark*-kriteriet kan vara uppfyllt om de kostnader som en egenregi-operatör har vid utförande av tjänsten används för att beräkna den ersättning som fristående operatörer som deltar i systemet erhåller när de fullgör sin skyldighet att tillhandahålla den allmännyttiga tjänsten (sitt SGEI-uppdrag)
- att egenregi-operatören följaktligen utgör ett sådant ”genomsnittligt och välskött *företag* som är lämpligt utrustat” i det fjärde *Altmark*-kriteriets mening.

En del av dessa antaganden måste ifrågasättas. För det första är det som sagt i avsnitt 2.2.1 osäkert huruvida en kommuns egenregi-hemtjänst ska betraktas som företag i statsstödsreglernas mening när den deltar i ett LOV-valfrihetssystem. Om egenregi-hemtjänsten utgör en oskiljbar del av kommunens obligatoriska uppdrag att säkerställa tillgång till hemtjänst efter behov, kan operatörens hemtjänstverksamhet anses som förenad med kommunens utövande av offentlig makt.

¹³⁶ SOU 2008:15 *LOV att välja*, s. 198.

För det andra kan diskuteras huruvida de *skyldigheter* att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som hemtjänstföretag åläggs i LOV-baserade valfrihetssystem kan anses vara ”klart definierade”. Om dessa skyldigheter inte är tillräckligt klart definierade kan ersättningen till hemtjänstföretagen inte anses uppfylla det första *Altmark*-kriteriet.

För det tredje är det är tveksamt huruvida en hemtjänstsenhet i kommunens regi ska kunna anses som en typisk och effektiv utförare av SGEI-uppdraget i det fjärde *Altmark*-kriteriets mening. De kostnader som åsamkas egenregi-enheten för tjänstens utförande kan knappast användas som referens för beräkningen av ersättningen till de fristående operatörerna, om dessa inte har ett SGEI-uppdrag som är identiskt med egenregi-hemtjänstens SGEI-uppdrag. Man bör bl.a. beakta att egenregiverksamheten kan bli dyrare än de externa leverantörernas verksamhet när myndigheten är förpliktad genom lag att säkerställa att hemtjänst tillhandahålls efter behov, vilket kan medföra högre kostnader för egenregi-enheten.

Vad gäller det svenska valfrihetssystemet för förskola, grundskola och gymnasium är utgångspunkten här att de fristående skolornas och förskolornas verksamhet är ekonomisk (se avsnitt 2.2.2). Den offentliga finansieringen av fristående förskolor och skolor i valfrihetssystemet kan därför anses utgöra statsstöd eftersom den uppenbarligen inte ligger under de s.k. ”de minimis”-värdena och inte heller uppfyller de fyra *Altmark*-kriterierna, på grund av skollagens ersättningsmodell för de fristående förskolorna och skolorna.

Enligt skollagen ska utbildning på fristående förskolor och skolor vara avgiftsfri för barn/elever men dessa fristående aktörer finansieras genom ”bidrag” från barnets/elevens hemkommun, i form av grundbelopp och tilläggsbelopp. Grundbeloppet ska bestämmas efter samma grunder som kommunen tillämpar vid fördelning av resurser till sin egen förskola.¹³⁷ Tilläggsbelopp ska lämnas för barn/elever som har ett omfattande behov av särskilt stöd. Tilläggsbeloppet ska vara individuellt bestämt utifrån barnets/elevens behov.¹³⁸

Att beräkna ersättningen till fristående förskolor och skolor på detta sätt kan inte anses uppfylla det fjärde *Altmark*-kriteriet av följande skäl. För det första är det osäkert huruvida skolor och förskolor i kommunal regi kan ses som ”företag” och därmed kunna utgöra den referensenhet som avses i det fjärde *Altmark*-kriteriet. Om en fristående skola läggs ner oavsett anledning (se ovan avsnitt 2.2.2), är det kommunens lagfästa skyldighet att säkerställa att de barn/elever som drabbas av nedstängningen får tillgång till den utbildning de har rätt till, en rätt som fram till årskurs nio är kopplad till skolplikt. För att i sådana

¹³⁷ Se bl.a. 8 kap. 22 § andra stycket., 10 kap. 38 § andra stycket och 16 kap. 55 § första stycket Skoll.

¹³⁸ Se bl.a. 8 kap. 23 § första stycket och 10 kap. 39 § andra stycket och 16 kap. 54 § första stycket Skoll.

situationer kunna fullgöra denna skyldighet kan kommunala förskolor och skolor utgöra en nödvändig reservkapacitet. Kommunens förskolor och skolor i egenregi kan således som helhet anses ha mer långtgående skyldigheter att tillhandahålla allmännyttig utbildning än de fristående skolorna. Med andra ord, de kommunala respektive fristående förskolornas och skolornas SGEI-uppdrag kan inte ses som identiska. Att grunda ersättningen till fristående enheter på de kostnader som kommunala skolor har för att tillhandahålla *sina* SGEI-tjänster kan således knappast anses uppfylla det fjärde *Altmark*-kriteriet.

Vissa kommuner avviker dessutom i praktiken från denna ersättningsmodell och höjer indirekt skolpengen till ett specifikt skolföretag genom att subventionera dess lokalkostnader på en nivå som ligger långt över kommunens ordinarie bidrag/skolpeng, antingen genom ett särskilt hyresavtal eller genom uthyrning av kommunal mark under marknadspris. I sådana situationer är det alldeles uppenbart att det fjärde *Altmark*-kriteriet inte är uppfyllt. En sådan specifik åtgärd, som utanför ramen av valfrihetssystemet gynnar ett skolföretag och kan snedvrída konkurrensen, kan utgöra statsstöd i strid med fördragen och ska notifieras på förhand till kommissionen om den inte uppfyller de villkor som ställs i kommissionens SGEI-beslut (vilket den inte gör).¹³⁹

3.4.3. Statsstöd i valfrihetssystemen för hemtjänst (LOV) och för skola/förskola (tillstånd) kan inte anses uppfylla SGEI-beslutet och kan strida mot EU-rätten

Som visat ovan kan varken LOV-baserade system (exempelvis hemtjänst) eller valfrihetssystemet för förskolor och skolor anses uppfylla det fjärde *Altmark*-kriteriet. De belopp som betalas till företag i dessa system överstiger dessutom de s.k. ”de minimis”-värdena. Följaktligen utgör den offentliga finansieringen av välfärdstjänster som utförs av företag i sådana system statsstöd som normalt ska notifieras till kommissionen. Det statsstöd som ges till företag i dessa valfrihetssystem behöver inte notifieras till kommissionen om den verksamhet som avses av systemet omfattas av SGEI-beslutets tillämpningsområde och om systemet uppfyller de villkor som fastställts i SGEI-beslutet.

Detta undantag från notifikationskravet är inte relevant för statsstöd i form av ersättning till företag som utför utbildning (och omsorg) inom ramen för det svenska valfrihetssystemet för skolor och förskolor. Utbildning ingår nämligen inte bland de sociala tjänster som omfattas

¹³⁹ Om etableringen av IES med förmånliga lokalkostnadsvillkor från flera kommuner, se bl.a. artikeln ”Kommuner ger Engelska skolan högre skolpeng”, Dagens Samhälle av den 5 februari 2020, och debattartikeln ”Engelska skolan får gräddfil av Allianskommuner” av Marcus Larsson, publicerad i Arbetsvärlden den 6 november 2019, se <https://www.arbetsvarlden.se/debatt/engelska-skolan-far-graddfil-av-allianskommuner/>

av SGEI-beslutet.¹⁴⁰ Vidare kan konstateras att de belopp som betalas ut till vissa företag i systemet överstiger 15 miljoner euro årligen för tillhandahållande av SGEI.¹⁴¹

Hemtjänst kan anses ingå bland de sociala tjänster som omfattas av SGEI-beslutet men det är uppenbart att LOV-system för hemtjänst, i deras nuvarande reglering i LOV, inte uppfyller kraven i SGEI-beslutet, framför allt kraven att

- den period för vilken företaget har anförtrotts att tillhandahålla SGEI inte överstiger tio år
- systemet innefattar åtgärder för att undvika och återkräva eventuell överkompensation, dvs. ersättning som överstiger vad som krävs för att täcka nettokostnaden för att fullgöra SGEI-uppdraget, inklusive en *rimlig* vinst
- de handlingar varmed SGEI-uppdraget anförtros företaget hänvisar till SGEI-beslutet.

Eftersom stöd inom ramen för LOV-system och i valfrihetssystemet för skolor och förskolor inte uppfyller kraven i SGEI-beslutet ska sådana stödordningar normalt granskas av kommissionen innan de införs. Sverige har dock aldrig notifierat dessa stödordningar. Under sådana förhållanden kan kommissionen få för sig (särskilt om den får klagomål om stödet från berörda personer) att kontrollera huruvida stödet är förenligt med fördragen och i första hand om det uppfyller kraven i SGEI-rambestämmelserna.¹⁴² Eftersom både LOV-reglerna och skollagstiftningen saknar effektiva mekanismer för att undvika och återkräva eventuell överkompensation är det troligt att stödet i dessa system inte skulle anses uppfylla kraven i SGEI-rambestämmelserna. En följd kan vara att Sverige tvingas återkräva vissa belopp som betalats ut till företag och att ändra utformningen av dessa valfrihetssystem.

¹⁴⁰ Se artikel 2.c i SGEI-beslutet.

¹⁴¹ Se artikel 2.a i SGEI-beslutet.

¹⁴² Meddelande från Kommissionen, 2012/C 8/03, Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster, punkt 1(7).

4. Reformen av arbetsförmedlingen: regeringen (och kommissionen) måste räkna med att ersättning till coachningsföretag på basis av LOV- kontrakt eller av tillstånd utgör statsstöd som ska notifieras till kommissionen

I december 2019 meddelade regeringen att reformen av arbetsförmedlingen kommer att avvika från januariöverenskommelsen på så sätt att det inte blir obligatoriskt för AF att upprätta sådana valfrihetssystem för coaching som vilar på LOV. Regeringen har dock ännu inte förtydligat om dess reformförslag kommer att *ålägga* AF att upprätta valfrihetssystem för offentligt finansierade coachingstjänster och vilka offentliga handlingar (kontrakt, tillstånd) som ska eller ska kunna användas av AF när den anförtror tillhandahållandet av coaching till externa aktörer.

I det följande analyseras därför bara kort huruvida regeringens förslag om en ny organisation av coachingstjänster kan föranleda statsstöd, ska anmälas till kommissionen och kan bedömas vara förenligt med kommissionens regler om statsstöd till SGEI, *under förutsättningen att förslaget leder till att Arbetsförmedlingen använder valfrihetssystem baserade på LOV enligt dess nuvarande lydelse eller på ett tillståndssystem som skulle likna det som används för skolor/förskolor.*

Eftersom coachingstjänster utgör en ekonomisk verksamhet i Sverige (se ovan avsnitt 2.2.3), måste regeringen i alla fall ställa sig frågan om den offentliga finansieringen av coachingstjänster utförda av företag riskerar att strida mot EU-reglerna om statsstöd. I den mån reformen leder till att Arbetsförmedlingen använder valfrihetssystem baserade på LOV *enligt dess nuvarande lydelse* eller på tillstånd *såsom de som används i skolsystemet*, är det i princip säkert att de belopp som betalas ut till företag i ersättning för deras coachingstjänster kommer att utgöra statsstöd eftersom

- det inte kan garanteras att de stödbelopp som betalas ut till ett företag understiger 200 000 euro under en period av tre år. Finansieringen ligger därför inte inom ramen av förordningen om *de minimis*-stöd
- det fjärde *Altmark*-kriteriet inte med säkerhet kan anses uppfyllt av ersättningsmodellerna i dessa system. De analyser som förts i avsnitt 3.4.1 för hemtjänst och förskola/skola visar att LOV-kontrakt

eller tillstånd enligt systemet för förskolor och skolor inte kan betraktas som upphandling i EU-rättens mening, och ännu mindre som ”upphandling som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla tjänsterna till den lägsta kostnaden för det allmänna”.

Eftersom den offentliga finansieringen av coachningstjänster i LOV-baserade system eller i tillståndssystem liknande skolsystemet inte utesluter statsstöd (oavsett om det är lagstiftaren eller AF som ansvarar för bedömningen) ska den motiveras med stöd av reglerna om statsstöd till SGEI.

Ersättning för tillhandahållande av SGEI som uppfyller sociala behov när det gäller tillträde till och återinträde på arbetsmarknaden omfattas av SGEI-beslutets tillämpningsområde.¹⁴³ Analysen i avsnitt 3.4.3 visar emellertid att hemtjänst i LOV-system och utbildning i det tillståndsbaserade valfrihetssystemet för skolor och förskolor inte uppfyller kraven i SGEI-beslutet. Om reformförslaget förutsätter att Arbetsförmedlingen ersätter coachningsföretag på grundval av kontrakt som bygger på LOV eller tillstånd i likhet med systemet för skolor/förskolor, är det således uppenbart att det inte heller kan uppfylla kraven och ska anmälas till kommissionen.

Om kommissionen tar emot ett sådant ärende kan dess granskning ta många månader i anspråk. Ärendet kan nämligen vara komplext, särskilt om AF eller kommunerna ska kunna delta som operatörer i valfrihetssystemen. Kommissionen lär i så fall pröva regeringens förslag mot SGEI-rambestämmelserna, som innehåller bl.a. följande villkor för att ersättning för SGEI-tjänster ska anses som statsstöd som är förenligt med fördragen:

- a. Kravet att ansvaret för att tillhandahålla SGEI-tjänsten anförtros de berörda företagen genom en eller flera officiella handlingar, där det framför allt måste anges innebörden av skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster och skyldigheternas varaktighet, beskrivningen av kompensationsmekanismen och parametrar för att beräkna, övervaka och se över ersättningen samt åtgärderna för att undvika och återkräva eventuell överkompensation.¹⁴⁴
- b. Kravet att uppdragets varaktighet bör motiveras med hänvisning till objektiva kriterier som t.ex. behovet av att skriva av fasta tillgångar som inte kan överföras. I princip bör uppdraget inte ha en längre varaktighet än vad som krävs för avskrivning av de viktigaste tillgångarna som behövs för att tillhandahålla tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse.¹⁴⁵

¹⁴³ Se artikel 2.c i SGEI-beslutet.

¹⁴⁴ Se punkterna 15–16 i SGEI-rambestämmelserna.

¹⁴⁵ Se punkt 17 i SGEI-rambestämmelserna.

- c. Kravet att ersättningen inte överstiger vad som krävs för att täcka nettokostnaden för att fullgöra skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster, inklusive en rimlig vinst.¹⁴⁶ Med rimlig vinst avses den kapitalavkastning som skulle krävas av ett typiskt företag som överväger om det ska tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse under hela den period beslutet om tilldelning gäller, med hänsyn tagen till graden av risk. Graden av risk beror på vilken sektor eller typ av tjänst det är fråga om och vilka egenskaper kompensationsmekanismen har.¹⁴⁷

Enligt min mening skulle valfrihetssystem för coachningstjänster, om de utformas efter reglerna i det nu gällande LOV eller i det nu gällande tillståndssystemet i skollagen, inte uppfylla dessa krav. Dessa regler ställer nämligen inga krav på att företagens kontrakt/tillstånd ska vara tidsbegränsade. De ställer inga krav på att ersättningen ska täcka nettokostnaden för att fullgöra skyldigheterna plus en vinst som ska vara rimlig. De innehåller inga tydliga mekanismer för att undvika och återkräva eventuell överkompensation till företagen.

För att undvika en sådan överkompensation inom ramen för ett valfrihetssystem för coachningstjänster är det avgörande att AF följer upp huruvida aktörerna utför sitt arbete i enlighet med avtalen/tillstånden och uppnår målen med tjänsterna och med systemet. På detta område har AF dock en dålig historik. I en rapport av 2013 konstaterade nämligen Konkurrensverket att AF:s uppföljning av sina dåvarande valfrihetssystem och deras leverantörer var otillräcklig, vilket kunde medföra att kvalitetskraven inte följdes upp, resultera i konkurrensfördelar för de företag som brister i dessa avseenden och påverka förtroendet för valfrihetssystemen.¹⁴⁸ Även AF bedömer att dagens resurser inte är tillräckliga och att det är en prioritet att myndigheten bygger upp och utvecklar kompetensen på området.¹⁴⁹

Även om statsstödsproblematiken inte behandlas i AF:s rapport om en reform av arbetsförmedling, är både AF och regeringen medvetna om att det planerade valfrihetssystemet för coachningstjänster kan innebära problem i förhållande till statsstödsreglerna.¹⁵⁰ Redan 2007 insåg regeringen att statsstödsreglerna behövde beaktas när den antog förordningen (2007:414) om jobb- och utvecklingsgarantin, enligt vilken AF får betala ett ekonomiskt stöd till arbetsgivare som anordnar

¹⁴⁶ Se punkt 21 i SGEI-rambestämmelserna.

¹⁴⁷ Se punkt 33 i SGEI-rambestämmelserna.

¹⁴⁸ Konkurrensverkets rapportserie 2013:7, Valfrihetssystem inom Arbetsförmedlingen, s. 6, tillgänglig vid <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/valfrihetssystem-inom-ams.pdf>.

¹⁴⁹ AF-rapport, s. 151.

¹⁵⁰ Ett utkast av förevarande rapport har nämligen presenterats i en workshop där tjänstemän som är kopplade till reformen deltog. Märkligt nog nämns vissa statsstödsrelaterade frågor i AF-rapporten, dock utan att kopplingen mellan dessa frågor och AF:s reformförslag tydliggörs, se s. 280 och 283.

arbetsträning enligt förordningen (s.k. fas 3-bidrag). I förordningen infördes nämligen en föreskrift om att AF ska säkerställa att det ekonomiska stöd som den betalar ut inte strider mot statsstödsreglerna i fördragen.¹⁵¹ Den lagstiftningsteknik som regeringen således använde för förordningen om jobb- och utvecklingsgarantin var

- a. att föreskriva att AF kunde betala ekonomiskt stöd till företag
- b. att diskret markera att detta stöd kunde utgöra stöd i statsstödsreglernas mening
- c. att inte fastställa den procedur som AF skulle följa för att dessa betalningar skulle vara förenliga med EU-statsstödsreglerna
- d. att delegera ansvaret att hitta en lösning för att stödet inte ska strida mot statsstödsreglerna till AF själv.

Hettne tyckte att denna lagstiftningsteknik var märklig eftersom den dölde att det fanns hur mycket problem som helst med stödet.¹⁵² Jag håller med denna kritik och menar dessutom att det bör diskuteras huruvida den svenska lagstiftaren får införa en stödordning som innebär att offentliga myndigheter får betala ut ekonomiskt stöd till företag i ersättning för vissa tjänster utan att själv reglera hur stödet ska betalas ut för att inte strida mot statsstödsreglerna. Om regeringen nu vill införa en reform som förutsätter att AF får ersätta företag på grundval av LOV-kontrakt eller tillstånd (eller båda), är det troligen att se som planer på att införa en stödordning. Detta torde enligt min mening kräva att den svenska lagstiftaren (och inte AF) gör en ingående och offentlig juridisk analys och bedömning av (1) huruvida dessa system innefattar stöd och i så fall (2) huruvida stödet kan betalas ut i enlighet med kraven i kommissionens SGEI-regler. Om den betalningsprocedur som lagstiftaren vill införa innefattar stöd som inte uppfyller kraven i SGEI-beslutet, ska regeringen, i enlighet med artikel 108.3 FEUF, anmäla denna del av sina reformplaner till kommissionen i så god tid att denna kan yttra sig om dem. Regeringen ska enligt denna bestämmelse inte genomföra denna del av reformen förrän kommissionen har tagit ett slutgiltigt beslut om stödets förenlighet med fördragen. Kommissionen kan därvid begära att reformen omarbetas för att anses förenlig med fördragen.

Som nämnt ovan i del 1, fick den finska regering som var i tjänst mellan 2015 och 2019 kritik från riksdagens grundlagsutskott för sin ovilja att i enlighet med EU-statsstödsreglerna notifiera kommissionen om sina planer att införa valfrihetssystem i hälso- och sjukvården. I en artikel i Svenska Yle publicerad den 4 mars 2019 rapporterades emellertid en intervju med ambassadören Marja Rislakki vid Finlands ständiga representation i Bryssel där denna gav överraskande uppgifter

¹⁵¹ Enligt 18 § i förordningen om jobb och utvecklingsgarantin.

¹⁵² Se Jörgen Hettnes kommentar rapporterad av Mats Peyer i sin artikel av den 14 april 2014 i Arbetet, tillgänglig vid <https://arbetet.se/2014/04/14/regeringen-slipper-ta-ansvar/>.

om att kommissionen hade bett Finland om att inte notifiera sin planerade vårdreform.¹⁵³

Enligt ambassadören, som bekräftade vad statsministern Sipilä hade angett i en frågetimme i radio, hade hon den 27 februari 2019 fått ett samtal från konkurrenskommissionär Margrethe Vestagers kabinetschef Ditte Juul-Jørgensen, som rekommenderade att Finland inte skulle skicka in en notifikation gällande vårdreformen. Kabinetschefen hade enligt ambassadörens uppgift sagt att det skulle vara svårt att få juridisk klarhet i en så mångfasetterad fråga men att kommissionen var redo att diskutera hur man på andra sätt kunde föra saken vidare och diskutera saken med finländska tjänstemän. I intervjun ville ambassadören inte dra några slutsatser om huruvida kommissionens besked betyder att vårdreformen är förenlig med EU:s konkurrenslagstiftning. I artikeln anges slutligen att kommissionens enda kommentar till dessa uppgifter förmedlades via mejl av en talesperson som angav att kommissionen var i kontakt med de finländska myndigheterna.

Från denna artikel kan man inte dra slutsatser om kommissionens respektive Finlands avsikter, men den väcker frågan om kommissionen får anmana en medlemsstat att inte notifiera en åtgärd som kan strida mot EU-statsstödsreglerna, bl.a. regler som kommissionen själv har beslutat om. Här finns inte plats för att analysera denna fråga men man bör vara medveten om att både kommissionens exklusiva befogenheter att kontrollera statsstöd och medlemsstaternas uppgift att anmäla stöd är obligatoriska:

- Enligt artikel 108.1 FEUF ska kommissionen fortlöpande granska alla stödprogram som förekommer i medlemsstaterna, i samarbete med dessa.
- Enligt artikel 108.3 FEUF ska medlemsstaterna notifiera kommissionen om sina planer att vidta stödåtgärder i god tid innan de införs.

I kommissionens regler om bästa praxis vid kontroll av statligt stöd (härefter ”reglerna om bästa praxis”)¹⁵⁴ beskriver och klargör kommissionen de förfaranden som kommissions avdelningar följer när de bedömer ärenden om statligt stöd. I dessa regler anges att kommissionen bör samarbeta nära med medlemsstaterna som partner för att säkerställa att reglerna för statligt stöd tillämpas korrekt och effektivt och i detta sammanhang erbjuda kontakter före anmälan

¹⁵³ Se artikeln av Magnus Swanljung publicerad den 4 mars 2019 i Svenska Yle, tillgänglig vid <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/03/04/eu-kommissionen-bad-finland-att-inte-notifiera-om-vardreformen-eftersom-fragan>.

¹⁵⁴ Kommissionens regler om bästa praxis vid kontroll av statligt stöd 2018/C 253/05.

angående statliga stödåtgärder som medlemsstaterna överväger att genomföra.¹⁵⁵

Medlemsstaterna uppmanas att kontakta kommissionens avdelningar innan de formellt anmäler potentiella statliga stödåtgärder till kommissionen i så kallade ”förhandskontakter”.¹⁵⁶ Syftet med en sådan ”förhandsanmälan” anges vara att möjliggöra en diskussion om vilka upplysningar som behövs och därmed påskynda anmälan handläggning, en informell och konfidentiell diskussion om de rättsliga och ekonomiska aspekterna av planerade stödåtgärder innan dessa anmäls formellt och en första bedömning från kommissionen av huruvida ärendet kan hanteras genom det s.k. effektiviserade förfarandet eller inte.¹⁵⁷ Reglerna om bästa praxis skapar inte några rättigheter utöver dem som föreskrivs i EUF-fördraget och i de procedurregler som har antagits för artikel 108 FEUF.¹⁵⁸ I dessa regler har jag hittills inte sett något som tyder på att kommissionen får anmana en medlemsstat att inte notifiera sina planer att införa stödåtgärder och att ”i stället” erbjuda att diskutera saken vidare med medlemsstatens tjänstemän.

Sammanfattningsvis ska både den svenska regeringen och EU-kommissionen enligt min mening räkna med att en reform av arbetsförmedling, om den möjliggör ersättning till företag i valfritetssystem baserade på LOV eller på tillstånd såsom i det svenska skolsystemet, ska anmälas till kommissionen och att sådana system inte ska införas förrän kommissionen har beslutat att godkänna stödordningen.

¹⁵⁵ Punkt 5 i reglerna om bästa praxis.

¹⁵⁶ Punkt 9 i reglerna om bästa praxis.

¹⁵⁷ Punkt 10–12 i reglerna om bästa praxis.

¹⁵⁸ Se punkt 8 i reglerna om bästa praxis, med hänvisning till rådets förordning (EU) 2015/1589 av den 13 juli 2015 om genomförandebestämmelser för artikel 108 FEUF och kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 av den 21 april 2004 om tillämpningsföreskrifter för artikel 108 FEUF.

Referenser

Konkurrensverkets forskningsrapport 2018:5, *När medför en offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU? – Studie med särskilt fokus på EU-begreppen SGEI och NSGI*, författad av Wehlander C., se http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/uppdraagsforskning/forsk-rapport_2018-5.pdf

Hatzopoulos, V., 2011, *The Concept of Economic Activity in the EU Treaty: from ideological dead-ends to workable judicial concept*, Research Papers in Law 6/2011, College of Europe

Le Grand, J., 2011, Quasi-Market versus State Provision of Public Services: Some Ethical Considerations Julian Le Grand London School of Economics, *Public Reason* 3 (2): 80-89

Wehlander C., 2016, *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law*, Springer 2016 (Wehlander 2016)

Wehlander C., 2015, *Who is afraid of SGEI? Services of General Economic Interest in EU Law with a Case Study on Social Services in Swedish Systems of Choice*, skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet nr 32 (Wehlander 2015).

Forskningsrapport KKV 2018:5 *När medför en offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU?*

Rättsfall

EU-domstolen

730/79 *Philip Morris Holland mot kommissionen* EU:C:1980:209

263/86 *Humbel* ECLI:EU:C:1988:451

C-41/90 *Höfner* [1991] ECR I-1979

C-364/92 *SAT Fluggesellschaft* ECLI:EU:C:1994:7

C-157/94 *Kommissionen mot Nederländerna* ECLI:EU:C:1997:499

C-343/95 *Diego Cali* ECLI:EU:C:1997:160

C-35/96 *Kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1998:303

C-55/96 *Job Centre* [1997] ECR I-7119

C-67/96 *Albany* ECLI:EU:C:1999:430

C-75/97 *Belgien mot kommissionen* ECLI:EU:C:1999:311

C-180/98–C-184/98 *Pavlov m.fl.* ECLI:EU:C:2000:428

C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404

C-143/99 *Adria-Wien Pipeline*, ECLI:EU:C:2001:598

C-475/99 *Ambulanz Glöckner* ECLI:EU:C:2001:577

C-53/00 *Ferring*, ECLI:EU:C:2001:627

C-218/00 *Cisal* ECLI:EU:C:2002:36

C-280/00 *Altmark* ECLI:EU:C:2003:415

C-82/01 *Aéroports de Paris* EU:C:2002:617

C-126/01 *GEMO* EU:C:2003:622

C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 AOK
ECLI:EU:C:2004:150
C-88/03 *Portugal mot kommissionen* ECLI:EU:C:2006:511
C-172/03 *Heiser* ECLI:EU:C:2005:130
C-71/04 *Administración del Estado* ECLI:EU:C:2005:493
C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.* EU:C:2006:8
C-281/06 *Jundt* [2007] ECR I-12231
C-480/06 *kommissionen mot Tyskland* ECLI:EU:C:2009:357
C-49/07 *MOTOE* EU:C:2008:376
C-113/07 P *Selex Sistemi Integrati v Commission* EU:C:2009:191
C-437/09 *AG2R* ECLI:EU:C:2011:112
C 124/10 P *kommissionen mot EDF* EU:C:2012:318
C-73/11 P *Frucona Košice mot kommissionen* EU:C:2013:32
C-138/11 *Compass-Datenbank* ECLI:EU:C:2012:449
C-197/11 och C-203/11 *Libert m.fl.* EU:C:2013:288
C-15/14 P *kommissionen mot MOL* EU:C:2015:362
C-296/14 P *Grekland mot kommissionen* EU:C:2015:72, ej publicerat
C-410/14 *Falk Pharma*, ECLI:EU:C:2016:399
C 524/14 P *kommissionen/Hansestadt Lübeck* EU:C:2016:971
C-131/15 P *Club Hotel Loutraki* ECLI:EU:C:2016:989
C-164/15 P och C-165/15 P *Kommissionen mot Aer Lingus Ltd och Ryanair* ECLI:EU:C:2016:990
C-270/15 P *Belgien mot kommissionen* ECLI:EU:C:2016:489
C-70/16 P *Comunidad Autónoma de Galicia m.fl. mot kommissionen*
ECLI:EU:C:2017:1002
C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías* ECLI:EU:C:2017:496
C-9/17 *Tirkkonen* EU:C:2017:962
C-687/17 P *Aanbestedingskalender BV m.fl. mot kommissionen (TenderNed)* ECLI:EU:C:2019:932.
C-332/18 P *Mytilinaios Anonymos Etairia mot kommissionen*
ECLI:EU:C:2019:1065

Tribunalen

T-106/95 *FFSA* ECLI:EU:T:1997:23
T-128/98 *Aéroports de Paris* ECLI:EU:T:2000:290
T-55/99 *CETM mot kommissionen* ECLI:EU:T:2000:223
T-289/03 *BUPA* ECLI:EU:T:2008:29
T-137/10 *CBI* ECLI:EU:T:2012:584
T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. mot kommissionen (Dôvera)*
ECLI:EU:T:2018:64 (domen finns bara på franska och engelska)
T-138/15 *TenderNed* EU:T:2017:675 (inte publicerad)
E-5/07 *Private Barnehagers*, Efta Court Report 2008

arenaidé