



Rektor

Rikard Skårfors
FD, Utbildningsledare
Rektors kansli, Ledningssekretariatet

Regeringskansliet (Finansdepartementet)

Yttrande över betänkandet *Idéburen välfärd* (SOU 2019:56)

Stockholms universitet har av Regeringskansliet (Finansdepartementet) anmodats att inkomma med synpunkter på betänkandet *Idéburen välfärd* (SOU 2019:56). Universitetet tillstyrker i stort förslagen i betänkandet men har kommentarer i vissa delar, vilka redovisas i det följande.

Förslag till definition

Utredningen lämnar lagförslag om en definition av en idéburen aktör och identifierar kriterier för vad som kan känneteckna ett idéburet offentligt partnerskap (avsnitt 1.1, s. 33; avsnitt 7.4.1, ss. 322ff.) samt föreslår att idéburna aktörer som uppfyller kriterierna ska kunna registrera sig i ett särskilt register som ska upprättas och underhållas av länsstyrelserna (avsnitt 5.4.5, ss. 179f.). Universitetet föreslår att det kommande registret även ska synliggöra de idéburna organisationernas typ av verksamhet, t.ex. om de inriktas mot social service eller social förändring och i vilken juridisk form de bedrivs.

Definitionen och kriterierna framstår generellt som väl avvägda och användbara, men omfattar inte något demokratikriterium. Utredningen redogör (avsnitt 4.1.4, ss. 67f.) för demokrativillkorsutredningens förslag till demokratikriterier som är tänkta att ingå i samtliga statsbidragsförordningar, men redovisar inte några slutsatser i frågan för egen del och lämnar inte heller några förslag om införande av motsvarande krav. I stället anges (avsnitt 5.4.3, s. 166) att syftet med definitionen inte är att utesluta några idéburna aktörer, utan att avgränsa dem mot offentliga aktörer och mot kommersiella aktörer. Av det följer att det är möjligt för icke-demokratiska idéburna organisationer att registrera sig. En sådan registrering innebär inte i sig att organisationen kommer att tilldelas ett offentligt finansierat välfärdsuppdrag, vilket förutsätter att en offentlig aktör ingår avtal med organisationen. Det kan dock finnas en risk att en upptagning i det särskilda registret uppfattas ge organisationen en viss legitimitet, varför den offentliga aktören inte undersöker vilka idéer som ligger bakom den idéburna organisationen. Enligt universitetets uppfattning skulle det vara såväl ändamålsenligt som konsekvent att införa ett demokratikriterium även i detta sammanhang.

Vidare hänvisar utredningen (avsnitt 6.4.2, ss. 263f.) till en definition av offentligt kontrakt som tagits fram inom ramen för en extern rapport (Bilaga 3, avsnitt 4.1, s. 437). Definitionen

återges i utredningen, men några förslag till lagstiftning eller andra åtgärder läggs inte i denna del. Redan i dag råder vissa oklarheter avseende delfrågor på området, exempelvis om två förvaltningsmyndigheter kan ingå sådana kontrakt. Kammarrätten i Stockholm har funnit att så kan ske, medan Konkurrensverket i ett ställningstagande kommit till motsatt ståndpunkt¹. Frågan berörs inte i utredningen, men i den bilagda rapporten omnämns frågan helt kort, där rapportförfattarna ansluter sig till Konkurrensverkets tolkning (Bilaga 3, avsnitt 4.1, s. 438). Som framhålls av utredningen (avsnitt 6.4.2, s. 262) är begreppet offentligt kontrakt ett EU-rättsligt begrepp som ska tolkas unionskonformt. Begreppets närmare definition kan enbart fastställas auktoritärt av EU-domstolen. Det blir därför oklart vilken rättslig betydelse den definition som presenteras i utredningen kan sägas ha.

Uppdrag åt Upphandlingsmyndigheten att ta fram vägledning

Utredningen har tagit fram en särskild vägledning (separat bilaga till betänkandet) där olika alternativ för att kunna ingå idéburna offentliga partnerskap som är förenliga med gällande regelverk, såväl nationellt antagna som EU-rättsliga, beskrivs. Upphandlingsmyndigheten förslås (avsnitt 7.5, s. 328) få i uppdrag att arbeta med informationsinsatser genom vägledningar till offentliga och idéburna aktörer. Upphandlingsmyndigheten har redan idag i sin instruktion fått uppdrag att ta fram vägledningar i statsstödsfrågor till kommuner och regioner.

Att svenska förvaltningsmyndigheter ges i uppdrag att ta fram icke-rättsligt bindande dokument till stöd för rättstillämpningen, bl.a. genom allmänna råd, är inte någon ny företeelse i svensk rätt. När förvaltningsmyndigheter ges i uppdrag att uttolka EU-rättsliga regelverk är dock frågan delvis en annan. Det är som diskuterats ovan enbart EU-domstolen som auktoritärt kan uttolka EU-rätten, vilket innebär att det kan finnas en risk att svenska vägledningar inte ger uttryck för gällande rätt och därmed blir missledande. I den mån vägledningen redovisar innehållet i bindande rättskällor, såsom de uttolkats av EU-domstolen i befintlig praxis, liksom redovisar oklarheter i rättsläget, bör problemet vara hanterligt. Eftersom uttolkningen av EU-rättskällor kan vara en krävande uppgift som förutsätter relevant juridisk kompetens, kan vägledningar som tas fram av svenska förvaltningsmyndigheter trots allt innebära ett värdefullt stöd i rättstillämpningen.

Det finns dock ytterligare en aspekt som inte bör underskattas. När förvaltningsmyndigheter antar svenska allmänna råd görs det utifrån en närmare tolkning av svenska rättskällor, som antagits av riksdagen och regeringen. När vägledningar tas fram utifrån ett EU-rättsligt regelverk kommer uppgiften att tolka EU-reglerna på nationell nivå att läggas på

¹Kammarrätten i Stockholms dom den 26 juni 2017 i mål nr 7355-16 respektive Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1, Omfattas en statlig myndighets anskaffningar från en annan statlig myndighet av upphandlingsskyldighet?, s. 9.

förvaltningsmyndigheter i stället för på politiskt valda organ, riksdag och regering. (Svenska domstolar kan givetvis komma att tolka vägledningarna, eventuellt efter att en fråga ställts till EU-domstolen.) Utvecklingen förstärks genom att de förarbeten som riksdag och regering tar fram vid antagande av lagstiftning som syftar till att genomföra EU-rätten i Sverige är att betrakta som deskriptiva, snarare än normativa.² Förvaltningsmyndigheter kommer därigenom att få en viktig roll som nationell uttolkare av EU-rätten, vilket kan ge myndigheterna en starkare position inom den svenska rättsordningen. Detta kan leda till att regeringens möjligheter att styra myndigheterna i förlängningen försvagas, samt att riksdagens möjligheter till insyn i förvaltningens förehavande minskar.

Idéburna offentliga partnerskap som är förenliga med bl.a. kommunallagen

I utredningens uppdrag ingår att ta fram exempel på när definitionen av idéburen aktör och det förfarande för idéburna offentliga partnerskap (IOP) som föreslås skulle kunna användas, exempelvis vid ömsesidig samverkan mellan idéburen och offentlig sektor, vid bidragsgivning från staten och kommunsektorn, vid köp av verksamhet eller vid utformning av undantag från krav som inte är ändamålsenliga för idéburna aktörer.

Kommuner³ torde vara den största offentliga aktören gällande välfärdstjänster. Kommunernas handlingsutrymme att samverka med idéburna aktörer begränsas inte enbart av statsstödsregler och upphandlingsregler, utan även av bestämmelser i speciallagstiftning och i kommunallagen. Det hade därför varit önskvärt med en mer utförlig analys av vilket handlingsutrymme som den kommunala kompetensen, såväl den specialreglerade som den allmänna kompetensen, kan tänkas ge kommuner inom den välfärdsverksamhet som är aktuell för den här typen av samverkan mellan det offentliga och det privata. Frågor som inte heller analyseras närmare i utredningen är om det får någon betydelse för kommunernas möjligheter att ingå ett IOP om den uppgift som samverkan avser regleras av kommunernas allmänna eller specialreglerade kompetens eller om det rör sig om en obligatorisk uppgift för kommunerna.

Den verksamhet som utredningen anser ska ingå i begreppet välfärd är till övervägande del specialreglerad obligatorisk verksamhet för kommuner och regioner, t.ex. hälso- och sjukvård, sociala omsorgstjänster och utbildning. Det bör innebära att kommunernas kompetensutrymme inom respektive område främst får tolkas mot bakgrund av specialregleringarna. Ett exempel är kvinnojourernas verksamhet i form av skyddat boende. Även om skyddat boende inte skulle ses som en obligatorisk uppgift för kommunerna är det ett kommunalt ansvar som följer av socialtjänstlagen. En risk, när kommuner finansierar den här typen av verksamhet genom bidrag, som lyfts fram i Ds 2019:7, s. 82, är att det kan bli

² C-371/02 Björnekulla Fruktindustrier mot Procordia Food, EU:C:2004:275, s. 13.

³ Välfärdstjänster tillhandhålls av både kommuner och regioner. I yttrandet används främst ordet kommun, men både kommuner och regioner avses när det handlar om reglering i kommunallagen.

otydligt både för kommuner och kvinnojouurer angående regelverkets tillämplighet om uppdraget att genomföra socialtjänst ersätts med bidrag istället för uppdragsersättning. Det leder i sin tur till rättsosäkerhet för dem som vistas i boendet.

För socialtjänst, utbildning och hälso- och sjukvård finns särskild reglering för när kommuner vill uppdra åt någon enskild person, fysisk eller juridisk, att utföra kommunens uppgifter eller insatser inom respektive verksamhetsområde, se 2 kap. 5 § SoL, 17 § LSS, 23 kap. SkoL och 15 kap. HSL. I nämnda bestämmelser, vilka har en liknande utformning, anges att kommun kan sluta avtal med en enskild person om att utföra kommunens uppgifter inom respektive verksamhetsområde. I utredningen (avsnitt 7.2.4, s. 293) konstateras att sluta avtal enligt 2 kap. 5 § SoL inte innebär att det blir fråga om ett offentligt kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen, eftersom kommunerna inte behöver detaljreglera villkoren i avtal. Universitetet ställer sig tveksamt till slutsatsen att kommuner inte behöver detaljreglera villkor när en social tjänst lämnas över till ett privaträttsligt subjekt. Utredningen motiverar inte heller hur slutsatsen förhåller sig till kommunernas skyldigheter att kontrollera och följa upp verksamheten enligt 10 kap. 8 och 9 §§ KL. I fotnot nämns skyldigheterna, men deras påverkan på kommunernas utformning av avtalen kommenteras inte. Innehållen i avtalen torde enligt universitetets mening vara av stor vikt för att kommunerna ska kunna fullgöra sitt ansvar inom området.

Välfärdsverksamheterna är till stor del offentligt finansierade och subventionerade. Kraven på kontroll och insyn i dessa verksamheter kan därför inte ställas lägre för att det är idéburna aktörer som ska tillhandahålla olika typer av välfärdstjänster som det allmänna enligt lag ansvarar för. De bestämmelser som reglerar när och hur kommuner kan samverka med enskilda personer är avsedda att motverka en del av de rättsliga följdverkningar som uppkommer när privaträttsliga subjekt ombesörjer kommunala uppgifter. Om en kommunal samverkan med en idéburen aktör är att ses som ett uppdragsförhållande där kommunen har finansiering, reglering och ansvar för en verksamhet bör det avse sådana situationer som regleras i 10 kap. 1 §, 10 kap. 8 och 9 § samt i 2 kap. 5 § SoL, 17 § LSS, 23 kap. SkoL och 15 kap. HSL. Dessa situationer torde förutsätta, särskilt avseende specialreglerade välfärdsuppgifter, detaljregleringar i avtal för att kommunerna ska uppfylla sina skyldigheter enligt kommunallagen och specialregleringar.

Kommuners möjligheter att ge bidrag eller olika stöd till enskilda fysiska personer eller enskilda näringsidkare begränsas inte enbart av statsstödsreglerna, utan även av 2 kap. 1 § och 2 kap. 8 § KL. Förbudet mot understöd följer av att stöd till enskilda som utgångspunkt inte anses vara av allmänt intresse för kommuner. För att ge stöd krävs som regel lagstöd och avseende stöd till enskilda näringsidkare krävs att det föreligger synnerliga skäl. Stöd till kultur, fritid och annat föreningsliv faller inom kommunernas allmänna kompetens. När det gäller hur stödet ska fördelas aktualiseras likställighetsprincipen. Utredningen bedömer (avsnitt 7.2.5, s. 294) att IOP utformade enligt kriterierna rymms inom den kommunala kompetensen enligt 2 kap. 1 § KL. Bedömningen grundar sig på att den offentliga finansieringen inte anses innebära ett stöd till enskild utan till verksamhet av allmänt,

samhälleligt intresse. Universitetet delar utredningens uppfattning men vill samtidigt påpeka att gränsen mellan tillåtet respektive otillåtet stöd kan vara svår att förutse. En restriktiv tolkning utifrån konkurrenshänsyn kan begränsa utrymmet.

Enligt utredningen är IOP inom de välfärdsverksamheter som ingår i begreppet välfärd typiskt sett inte att betrakta som individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare (avsnitt 7.2.5, s. 295). Utredningen motiverar inte sin uppfattning närmare. Det finns inte många vägledande avgöranden från HFD från senare tid som kan bidra till tolkningen av begreppet enskild näringsidkare. Vissa indikationer finns att domstolarna inte lägger avgörande vikt vid associationsform och vilken typ av verksamhet som avses, utan kan även lägga vikt vid om den som får ett stöd bedriver verksamheten i konkurrens med andra. RÅ 2010:100 rör frågan om avveckling av viss hemtjänstverksamhet och försäljning av inventarier tillhörande verksamheten innebär ett otillåtet individuellt inriktat stöd till enskild näringsidkare. Understödet riktades till ett aktiebolag, som uppenbart faller inom kategorin enskild näringsidkare, men HFD påpekar i sammanhanget att bolaget var en privatägd hemtjänstleverantör, som i konkurrens med ett antal andra leverantörer bedrev hemtjänst i Stockholms kommun. I underrättspraxis bekräftas bilden av att konkurrens på en marknad kan få betydelse för bedömningen av begreppet enskild näringsidkare. Även om en förening utan vinstsyfte bedriver verksamhet, som faller inom området för den kommunala kompetensen, har kammarrätt gjort en vid tolkning av begreppet enskild näringsidkare och upphävt kommuns beslut om stöd som stridande mot 2 kap. 8 § KL.⁴ Om en idéburen organisation tillhandahåller tjänster som tillhandahålls av andra näringsidkare, dvs. i konkurrens med andra som inte får ta del av motsvarande kommunal förmån, kan det leda till att domstol upphäver kommunens beslut om IOP med stöd av 2 kap. 8 § KL. Konkurrensutsättningen av kommunal välfärdsverksamhet kan således komma att påverka bedömningen av om stöd till en idéburen organisation ska ses som ett understöd till enskild näringsidkare enligt 2 kap. 8 § KL alternativt stöd till enskild enligt 2 kap. 1 § KL.

⁴ Se t.ex. dom meddelad av Kammarrätten i Stockholm, 2006-04-26, mål nr. 6516-05 och dom meddelad av Kammarrätten i Jönköping, 2012-05-31, mål nr. 2609-11.



Detta beslut är fattat av rektor, professor Astrid Söderbergh Widding, i närvaro av prorektor, professor Clas Hättestrand, och universitetsdirektör Eino Örnfeldt. Studeranderepresentanter har informerats och haft tillfälle att yttra sig. Övrig närvarande har varit Ulf Nyman, Ledningssekretariatet (protokollförare).

Astrid Söderbergh Widding

Rikard Skårfors