
Rättsutredning relaterad till

Utredningen om privata sjukvårdsförsäkringar
Dir 2020:83

Innehåll

1	Sammanfattning.....	3
2	Uppdragsbeskrivning och bakgrund.....	4
2.1	Kommittédirektiven	4
2.2	Föreskrifter som sannolikt kan följa av utredningsdirektiven	5
3	Allmänna utgångspunkter för den rättsliga analysen.....	6
3.1	Nödvändiga steg i analysen.....	6
3.2	Beredningskravet och de föreslagna åtgärdernas rättsliga bakgrund.....	7
3.2.1	<i>Allmänt om beredningskravet</i>	7
3.2.2	<i>Utredningens allmänna utgångspunkter</i>	8
3.2.3	<i>Privata sjukvårdsförsäkringar gäller inte i den offentliga vården</i>	9
3.2.4	<i>Privata vårdgivares roll inom den offentligt finansierade vården</i>	10
3.2.5	<i>Den rättsliga bakgrunden</i>	12
3.2.6	<i>Målprinciperna i HSL</i>	12
3.2.7	<i>Verksamhetsformer inom den svenska hälso- och sjukvården</i>	14
3.3	Rättsliga konsekvenser av föreskrifter som strider mot högre rätt	14
4	Relevanta grunder som kan bli föremål för bedömning vid normprövning.....	16
4.1	Föreskrifterna strider sannolikt mot egendomsskyddet	16
4.1.1	<i>Egendomsskyddet i Europakonventionen, EKMR</i>	16
4.1.2	<i>Egendomsskyddet inom EU-rätten enl. rättighetsstadgan (primärrätten)</i>	17
4.1.3	<i>Allmänna förutsättningar för inskränkning av egendomsskyddet</i>	18
4.1.4	<i>Nationella svenska bestämmelser om egendomsskydd</i>	18
4.2	Föreskriften strider sannolikt mot näringsfriheten i svensk och europeisk rätt	20
4.2.1	<i>När begränsningar av näringsfriheten får göras</i>	20
4.3	Proportionalitetsprincipens inverkan i allmänhet vid inskränkande åtgärder.....	22
4.3.1	<i>Föreskrifterna kommer sannolikt att vara oförenliga med proportionalitetsprincipen</i>	22
4.4	Bestämmelserna skulle sannolikt strida mot fri rörlighet inom unionen och etableringsfrihet	23
4.4.1	<i>Etableringsrätten och tillhandahålllet av försäkringar inom unionen</i>	24
4.4.2	<i>Fri rörlighet för försäkrings-, hälso- och sjukvårdstjänster inom unionen</i>	25
4.5	Normalt oförenligt med upphandlingsrätten att utesluta leverantörer som bedriver privat sjukvård	26
4.5.1	<i>Regler om offentlig upphandling och begränsning av potentiella anbudsgivare</i>	27
4.5.2	<i>Generellt om sociala tjänster och andra särskilda tjänster</i>	28
4.5.3	<i>Allmänna principer för upphandling för icke reserverade kontrakt</i>	28
4.5.4	<i>Behandling av ekonomiska aktörer i allmänhet</i>	29
4.6	Inskränkningarna kan stå i strid mot den kommunala självstyrelsen	30

1 Sammanfattning

1. Kommittédirektiven 2020:83 bygger på ett mycket begränsat faktaunderlag och den problembild som direktiven söker lösningar på genom lagstiftningsåtgärder kan ifrågasättas. Det saknas konkreta underlag för att hävda att privat sjukvård ensamt eller i kombination med privata sjukvårdsförsäkringar dränerar den offentliga vården. Likaså saknas underlag för att påstå dessa skulle ge förtur till patienter i offentlig vård eller minska skattebetalningsviljan generellt.
2. Det kan inte hävdas att skillnaderna i kötider mellan privat och offentlig sjukvård utgör ett brott mot målprinciperna i HSL i så mätto att dessa motiverar inskränkande lagstiftningsåtgärder gentemot privat sjukvård eller privata sjukvårdsförsäkringar.
3. Det är inte korrekt att påstå att privata sjukvårdsförsäkringar ger förtur till den offentliga vården. Privata sjukvårdsförsäkringar ger tillgång till privata vårdgivare, vilka sannolikt har kortare kötider än den offentliga vården. Dessa sakförhållanden ändrar grundförutsättningarna för nu aktuell utredning.
4. Förslag till utformning av ev. inskränkningar och omfattningen därav är ännu oklara, men det förutsätts i denna analys att de avser begränsningar av tillhandahållandet av eller möjligheten att nyttja privata sjukvårdsförsäkringar eller att privata vårdgivares möjligheter att delta i offentlig upphandling begränsas om de samtidigt tillhandahåller vård till försäkringspatienter.
5. *Beredningskravet* innefattar en skyldighet att allsidigt och objektivt utreda och analysera dels huruvida det alls föreligger ett problem som motiverar en lagstiftningsåtgärd. Detta följer av behovet av ett adekvat underlag vid en inskränkande lagstiftning. I dag saknas ett sådant nödvändigt underlag för förslag om åtgärder av nu aktuell karaktär. Sammantaget kommer detta kommer sannolikt att innebära rättsliga konsekvenser genom att föreskrifter inte kan eller få tillämpas:
 - a) Inskränkningarna kommer sannolikt – om de införs – att innebära att reglerna om *egendomsskydd och skydd för näringsfrihet* kommer att aktualiseras. Underlaget som finns i dag torde inte kunna anses vara tillfyllest för att ens grundläggande krav är uppfyllda gällande det konstitutionella skyddet.
 - b) Vid tillämpning av *proportionalitetsprincipen* (som även är en del av *egendomsskydd, näringsfrihet och kommunalt självstyre*) saknas den erforderliga utredningen om ändamålsenlighet och utredning om alternativ. Detta medför sannolikt att bestämmelserna inte kan tillämpas.
 - c) Inskränkningar kan även sannolikt innebära att reglerna om den *fria etableringsrätten och tillhandahållandet av tjänster* inom unionen påverkas. Det saknas i dagsläget underlag för att bedöma om undantagsbestämmelser som gäller inom dessa områden kan bli uppfyllda och det framstår som svårt att se vilka de intressena skulle vara. Sannolikt strider nu aktuella åtgärder därför mot EU-rätten.
 - d) Med hänsyn till reglerna om *uteslutning av leverantörer inom den offentliga upphandlingsrätten* (utanför reserverade kontrakt) är det i rättsligt hänseende inte möjligt att utesluta leverantörer från offentlig upphandling av offentligt finansierade vård på den grunden att leverantören även bedriver privat vård eller i den verksamheten tar emot patienter med privat sjukvårdsförsäkring.
 - e) Inskränkningar i privatvård och tillhandahållande eller nyttjande av privata sjukvårdsförsäkringar kommer sannolikt att inverka på den *kommunala självstyrelsen*, varvid det ska göras en proportionalitetsbedömning. Med hänsyn att det kan ifrågasättas att utgångspunkten för åtgärden inte är korrekt och att det i vart fall finns mindre ingripande alternativ synes inskränkande åtgärder problematiska i rättsligt hänseende, varvid inskränkningarna inte kan tillämpas.

2 Uppdragsbeskrivning och bakgrund

1. Jag har fått i uppdrag av arbetsgivar- och branschorganisationen Vårdföretagarna att göra en rättsutredning av vissa frågeställningar som uppkommit med anledning av de kommittédirektiv som regeringen utformat i dir. 2020:83, *Begränsning av privata sjukvårdsförsäkringars påverkan på offentligt finansierad hälso- och sjukvård*.
2. Uppdraget avser i huvudsak att med ledning av kommittédirektiven analysera vilka rättsliga frågeställningar och sannolika rättsliga konsekvenser som aktualiseras på förhand och utreda vilka bedömningar som i rättsligt hänseende är nödvändiga att göra inom ramen för utredningsuppdraget – allt med hänsyn till det begränsade underlag som finns i direktiven.

2.1 Kommittédirektiven

3. Regeringen gav under 2020 ett uppdrag till Myndigheten för vård- och omsorgsanalys (Vårdanalys) att snabbutreda och beskriva riskerna med att patienter med privata sjukvårdsförsäkringar får företräde till hälso- och sjukvården framför patienter som får offentligt finansierad hälso- och sjukvård. Myndigheten presenterade sin rapport den 24 mars 2020.¹
4. På basis av utredningen har regeringen därefter konstaterat att personer med privat sjukvårdsförsäkring i genomsnitt får vård snabbare än personer som söker vård genom den offentligt finansierade hälso- och sjukvården och att det inte är sannolikt att skillnaden kan motiveras större medicinska behov. Härutöver konstateras även att patienter på gruppnivå inom den offentliga finansierade vården har längre väntetider än patienter hos privata vårdgivare som tar emot båda typerna av patienter.
5. På basis av skillnaderna uttrycker regeringen en oro för att detta förhållande kan urholka förtroendet för vårdsystemet. Även om det inte uttryckligen påstås av regeringen får kommittédirektiven tolkas så att förhållandena som Vårdanalys har framhållit i sig innebär ett brott mot eller åtminstone allvarig avvikelse från prioriteringsprinciperna i RF och HSL sedda sammantagna, vilket därigenom föranleder lagstiftningsåtgärder.
6. Av kommittédirektiven följer därför att utredningen ska beskriva privata sjukvårdsförsäkringars påverkan på offentligt finansierad hälso- och sjukvård och föreslå åtgärder som säkerställer att patienter med privat sjukvårdsförsäkring *inte* får snabbare tillgång till vård eller bättre vård *i den offentligt finansierade hälso- och sjukvården* framför patienter utan sådan försäkring. Målsättningen med sådana åtgärder är att säkerställa att alla patienter får vård på lika villkor i den offentligt finansierade hälso- och sjukvården.
7. En andra del av utredningen omfattar uppdraget att lämna ett författningsförslag som begränsar regionernas möjlighet att sluta avtal, innebärande att personer med privat

¹ Vårdanalys, *Privata sjukvårdsförsäkringar. Ett kunskapsunderlag om möjliga konsekvenser för patienter och medborgare*, Rapport 2020:3.

sjukvårdsförsäkring genom en sådan försäkring ges vård *inom* den offentligt finansierade hälso- och sjukvården.

8. Utredaren ska sammantaget:

- Beskriva de undanträngningseffekter eller risker för sådana effekter som privata sjukvårdsförsäkringar har lett till inom hälso- och sjukvården,
- föreslå författningsförslag, eller andra åtgärder som utredaren finner motiverade, som i möjligaste mån säkerställer att patienter med privata sjukvårdsförsäkringar inte får snabbare tillgång till vård eller bättre vård i den offentligt finansierade hälso- och sjukvården framför patienter utan sådana försäkringar,
- lämna ett författningsförslag som innebär begränsningar av hur hälso- och sjukvårdsverksamhet som bedrivs enligt avtal med regionen får finansieras, och
- analysera hur förslagen förhåller sig till rätten till egendomsskydd och näringsfrihet.

2.2 Föreskrifter som sannolikt kan följa av utredningsdirektiven

9. Det är ännu oklart vilka mer konkreta lagstiftningsåtgärder som utredningen eventuellt kommer att föreslå. Med hänsyn till direktivens utformning kan antas – och med ledning av det ovan anförda – att dessa innefattar någon eller några av följande inskränkningar gällande:

- a) Möjligheten att nyttja privata sjukvårdsförsäkringar hos privata vårdföretag eller möjligheten för försäkringsgivare att tillhandahålla privata sjukvårdsförsäkringar
- b) Möjligheten för privata vårdföretag att bedriva verksamhet utanför rollen som kontrakterad utförare inom den offentliga vården
 - i) genom ett direkt förbud mot privat verksamhet, eller
 - ii) genom att villkora offentliga kontrakt med att utföraren inte samtidigt får bedriva privat verksamhet

10. Att lägga begränsningar på möjligheten för enskilda att nyttja lös egendom såsom sjukvårdsförsäkringar eller begränsa möjligheterna för försäkringsgivare att till enskilda tillhandahålla samma försäkringar är i rättslig mening en åtgärd som åtminstone är ägnad att *inskränka rådigheten över viss egendom* – här: försäkringstagarnas möjlighet att nyttja en försäkring. Beroende av hur långtgående åtgärderna utformas kan de även få karaktären av expropriationsliknande ingrepp. Redan i utredningsdirektivets sista utredningspunkt ges uttryck för detta.

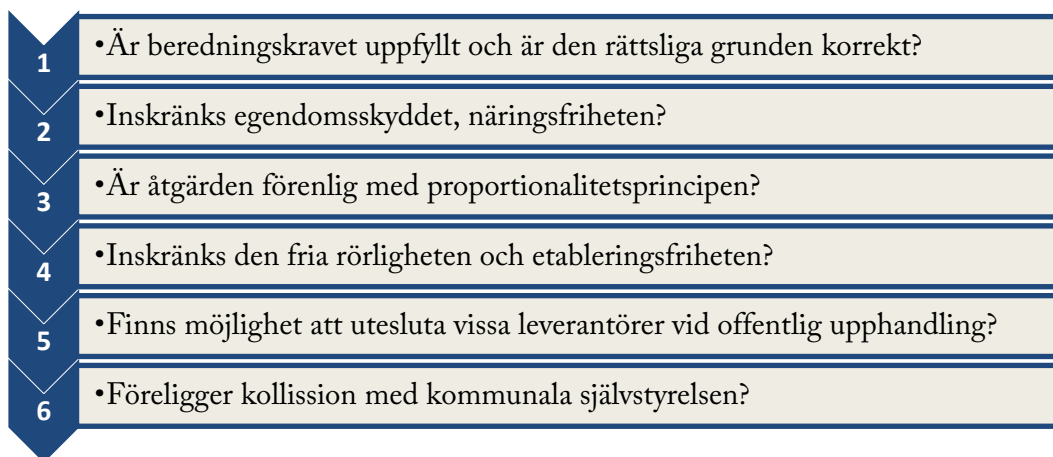
11. Om begränsningar införs i möjligheten att tillhandahålla sjukvård för enskilda utanför den offentligt finansierade vården uppkommer likaså en åtgärd som aktualiserar samma frågeställningar, men kanske mer allvarligt att det även kan innebära en inskränkning av den grundlagsskyddade *näringsfriheten*.

12. Det är den konkreta utformningen av inskränkningarna sett tillsammans med de effekter som åstadkoms eller avses åstadkommas därigenom som blir avgörande för vilka eventuella normkonflikter som uppstår och det är därför på förhand inte möjligt att uttala sig om huruvida initiativ på förhand slutligen är oförenligt med gällande rätt. Det ankommer dock på utredningen att genomföra konsekvensanalyser av de initiativ som ett kommittédirektiv ger uttryck för, även om det oaktat en uttrycklig instruktion härom torde vara en omistlig del av utredningsuppdraget.

3 Allmänna utgångspunkter för den rättsliga analysen

3.1 Nödvändiga steg i analysen

13. För att en inskränkande lagstiftningsåtgärd ska kunna införas krävs att ett antal rättsliga krav är uppfyllda. Dessa hänför sig till konstitutionella krav, EU-rättsliga krav och hävdvunna och allmänt vedertagna principer. Av särskild relevans för denna utredning är:



14. Med undantag från beredningskravet är de rättsliga kraven kumulativa, dvs. alla måste vara uppfyllda för att inskränkingsåtgärden ska kunna genomföras. Den i svensk rätt hävdvunna proportionalitetsprincipen är även en grundläggande princip inom EU-rätten. Principen tillämpas såväl som en separat regel, men även som en del av bl.a. bedömningen om den kommunala självstyrelsen. I det följande kommer kraven att behandlas var för sig.
15. Brister i beredningskravet innebär inte nödvändigtvis ett hinder för lagstiftningsåtgärd, men kan likafullt medföra att föreskriften inte kan eller ens får tillämpas. Brister kan vara inneboende i så måtto att kommittédirektiven är så styrande att en allsidig bedömning inte kan göras. Därutöver finns alltid risken att utredningen trots möjligheter därtill förbiser eller felbedömer fakta, omständigheter eller rättsläget. Sådana svagheter brukar dock uppmärksammas i efterföljande remissförfarande, av Lagrådet, utskottsarbetet eller – om det likafullt passerar riksdagen – i samband med lagprövning i efterhand.

3.2 Beredningskravet och de föreslagna åtgärdernas rättsliga bakgrund

3.2.1 Allmänt om beredningskravet

16. Av 1 kap. 9 § RF följer skyldigheten att beakta allas likhet inför lagen samt att iaktta saklighet och opartiskhet. Om uppdraget för kommittén avser införande skyldigheter för enskilda gäller även ett allmänt krav på att beredningen skall ha en sådan kvalitet att skyldigheten för föreslås kan efterlevas. I 7 kap. 2 § RF föreskrivs att behövliga upplysningar och yttranden skall inhämtas från berörda myndigheter vid beredningen av regeringsärenden samt att, i den omfattning som behövs, tillfälle skall lämnas sammanslutningar och enskilda att yttra sig. Formerna för den interna beredningen inom Regeringskansliet regleras däremot inte i RF och förvaltningslagen (FL) gäller förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden.
17. Regeringen är inte förvaltningsmyndighet, vilket medför att FL inte direkt tillämplig i regeringsärenden. Det följer emellertid av rättspraxis att de principer som kommer till uttryck i FL gäller vid handläggningen av regeringens förvaltningsärenden, däribland serviceskyldighet och allmänna krav på handläggningen.
18. I Sverige saknas en generell bestämmelse som närmare reglerar förvaltningsmyndigheternas utredningsansvar, men av officialprincipen anses följa en allmän skyldighet för myndigheterna att tillse att ärendena blir så utredda som deras beskaffenhet kräver (jfr regleringen i 8 § förvaltningsprocesslagen). En viktig utgångspunkt torde därför vara att om en föreslagen åtgärd innebär inskränkningar som aktualiserar konstitutionella gränsdragningsfrågor så ökar även kraven på utredningen och tillhörande konsekvensanalys.
19. Om det brister i beredningskravet föreligger en överhängande risk att en föreskrift kan komma att inte tillämpas eller t o m riskera att inte få tillämpas med hänsyn till normprövningen (se mer härom nedan). Detta gäller särskilt om t.ex. en inskränkning bygger på proportionalitetsöverväganden.
20. I allmänhet är det en kommittés uppdrag att ta fram fakta, analysera dem och lägga fram förslag. Innehållet i utredningen styrs förvisso starkt av vilka frågeställningar som föreläggs kommittén att utreda och besvara. Vidare kan alltför ledande frågor styra kommitténs arbete i en viss riktning och i väg från i sig relevanta och påverkande faktorer. Därigenom finns alltid en inneboende risk att frågor inte blir allsidigt behandlade eller att vissa väsentliga omständigheter som kan påverka bedömningen, tillämpningen av förslaget eller t.o.m. analys av lagligheten därav åsidosätts.
21. Centralt för beredningen av ny lagstiftning är bl.a. remissförfarandet och adekvata konsekvensanalyser. Bristfälliga utredningar i det hänseendet riskerar att leda till kritik från Lagrådet vid förhandsgranskningen, men i allvarigare fall kan det riskera att leda till domstolar eller myndigheter ser sig tvingande att tillämpa lagprövningsrätten, under förutsättning att föreskriften i fråga är bindande och inte fakultativ (se mer härom nedan).

22. Genom att ett av utredningsuppdragets fundament är att analysera utifrån fakta och verkliga förhållanden torde det vara av yttersta vikt att utredningen inte från början baseras på lösa antaganden, bristfällig empiri eller oriktiga förhållanden. Därigenom skulle annars själva syftet med utredningsväsendet förfelas.
23. Emellertid bygger direktiven på den svårförståeliga föreställningen att det är själva *skillnaden* mellan privat och offentlig vård som är problematisk och lösningen primärt skulle vara att låta den offentliga vårdens väntetider i något hänseende vara normerande. An-norlunda uttryckt synes det vara *avvikelserna* därifrån som är problematiska – inte väntetiderna i den offentliga vården. Det framstår strängt taget som osannolikt att regeringens intentioner genom direktiven vore att försämra möjligheterna för privat vård för att därigenom åstadkomma *en upplevelse* av rättvis vård där ingen i praktiken får det bättre.² Snarare måste förutsättas att syftet rimligen måste vara en realisera de mål som ges uttryck för i HSL – en i sig svår uppgift som inte låter sig lösas med enkla förbud.
24. Utgångspunkterna för utredningsarbetet synes därför redan från början vara så styrda att resultatet riskerar att bli felaktigt och förslagen till nya föreskrifter kan bli svåra eller omöjliga att tillämpa.

3.2.2 Utredningens allmänna utgångspunkter

25. Enligt min mening finns det några mycket allvarliga brister i de *rättsliga utgångspunkterna* i kommittédirektiven och det finns därför anledning att mer konkret klarlägga de faktiska och rättsliga förutsättningarna inför analysen som utredningen är satt att genomföra.
26. Bristerna hänför sig i allt väsentligt till två huvudområden:
 - a) För det första huruvida de skillnaderna mellan offentligt finansierad vård och privat vård i sig och i rättsligt hänseende kan anses vara ett förhållande som alls omfattas av målprinciperna i 3 kap. HSL och därigenom huruvida omständigheterna som sådana alls utgör ett rättsligt problem.
 - b) Om det likafullt skulle anses att skillnaderna omfattades av principerna att dessa enligt gällande rätt inte kan föranleda åtgärder syftande till att begränsa möjligheterna att bedriva *annan* verksamhet – här: privat sjukvård – eller begränsa möjligheterna att nytta privata sjukvårdsförsäkringar.

² Ett numera välkänt citat från docenten och tid. statsrådet Wigforss som i en motion till värriksdagen 1928 skrev att "[f]attigdomen fördrages med jämnmood, då den delas av alla. Den blir outhärdlig, då den dagligen kan jämföras med andras överflöd." Uttalandet skapade stor debatt och missstolkades av politiska meningsmotståndare som att fattigdomen vore eftersträvansvärd, alltmedan uttalandet snarare var ett uttryck för upplevelse av allmän orättvisa av fördelning av tillgångar, som förvisso objektivt sett i ljuset av dagens fördelningspolitiska mål var korrekt. Det är givetvis politikens privilegium att argumentera för ny lagstiftning utifrån moralfilosofiska utgångspunkter. Likafullt torde legitimiteten och ytterst giltigheten av föreskrifter kräva att åtgärderna inte i alltför hög grad baseras på känslor eller löst tyckande. Jfr Bauhn, P., *Leva fritt och leva väl: en studie i moral, mening & mänskliga rättigheter*, Fri Tanke, 2020.

27. Vad gäller de faktiska förutsättningarna kan konstateras att det även saknas ett adekvat empiriskt underlag för att med säkerhet kunna bekräfta slutsatserna från Vårdanalys. Det förhållandet är i rättsligt hänseende emellertid inte nödvändigt eller ett hinder mot lagstiftningsåtgärder. Däremot kan detta förhållande ha avgörande betydelse i efterföljande överväganden gällande bl.a. tillämpning av proportionalitetsprincipen.
28. I sammanhanget kan dock nära nog säkert förutsättas att det beskrivna skillnaderna är korrekta. Själva huvudsyftet med en privat sjukvårdsförsäkring är erbjuda försäkringsstagaren just snabb, men även adekvat vård och mer effektiv rehabilitering än vad alternativet är i den offentliga vården. I annat fall skulle själva existensberättigandet för sjukvårdsförsäkringar kunna sättas i fråga och värdet av tjänsten är helt beroende av att de faktiskt leder fram till snabbare vård än alternativet. I dag är för de flesta patienter alternativet den offentliga vården. Det får därför inom ramen för utredningens uppdrag hållas för visst att privata sjukvårdsförsäkringar på såväl individ- som gruppnivå ger försäkringstagaren tillgång till en snabbare vård än den offentliga vården.
29. Nära förbudet med snabbare tillgång till vård i allmänhet är även huruvida det förekommer längre eller kortare väntetider bland patienter i privat vård i jämförelse med offentlig vård. Även om det kan finnas andra faktorer som styr kötider är det inte osannolikt att köerna är kortare hos privata vårdgivare än hos offentliga vårdgivare.
30. Sålunda kan det med relevans för uppdraget förutsättas att patienter med privat sjukvårdsförsäkring *de facto* erhåller vård snabbare än patienter som söker vård hos den offentliga vården.
31. Det är viktigt att notera att med *offentlig vård* avses all den vård som har regioner eller kommuner som huvudman. Privat vård är sådan vård som tillhandahålls patienter *utanför* den offentliga vården. Privata vårdgivare kan emellertid bedriva verksamhet *på uppdrag av* den regioner eller kommuner, men i det fallet utgör verksamheten alltså den offentliga vården. Privata vårdgivare kan därför vara verksamma inom *både* offentlig vård (som upphandlad utförare) och inom privat vård. Som utgångspunkt råder därför en åtskillnad mellan privat och offentlig vård genom att utförande av privata aktörer inom den offentliga vården baseras på ett specificerat uppdrag med avtalad kapacitet och på de villkor som följer av upphandlingsdokumenten och avtalet med huvudmannen.

3.2.3 Privata sjukvårdsförsäkringar gäller inte i den offentliga vården

32. En viktig faktor att framhålla i sammanhanget är att privata sjukvårdsförsäkringar ger tillgång till hälso- och sjukvård hos *privata* vårdgivare – *inte* inom den offentliga vården. Detta följer direkt av försäkringsvillkoren och torde ha varit ett uppenbart faktum som skulle ha beaktats redan i direktiven till utredningen. Att privata sjukvårdsförsäkringar aldrig kan ge förtur inom den offentliga vården följer även av det uppenbara faktum att en sådan ordning är oförenlig med gällande rätt. Det är därför direkt felaktigt i sak att påstå att privata sjukvårdsförsäkringar ger förtur till vård inom eller i den offentliga vården.

33. Sakförhållandena är emellertid att privata vårdgivare är verksamma både som kontrakterad utförare för och inom den offentligt finansierade vården och *därutöver* även som fristående privat vårdgivare. Privata sjukvårdsförsäkringar gäller inom den sistnämnda verksamheten. Det är, enligt min mening, anmärkningsvärt att denna väsentliga skillnad inte har tydliggjorts i kommittédirektiven och utgör ett allvarligt förbiseende som är ägnat att ge upphov till allvarliga fel i betänkandets slutsatser.
34. Den förmenta förturen framställs även som gällande vård i allmänhet. Det är förvisso oklart av direktivtexten om så varit avsikten, men det är likafullt viktigt att inte generalisera om vad *kötider* avser. Privata sjukvårdsförsäkringar ersätter kostnader för viss vård och är i så måtto mer avgränsade än den offentliga vården. Det är vanligt att det finns olika försäkringspaket och ersättningen är vidare förenad med villkor som inte finns inom den offentliga vården. Sådana skillnader är ytterst viktiga att ta hänsyn till – särskilt om utredningsuppdraget avser att inskränka möjligheterna att tillhandahålla eller nyttja sådana försäkringar.
35. Med det ovanstående i beaktande kan det starkt ifrågasättas om det alls är möjligt att tala om en *förtur* i egentlig bemärkelse. Sakförhållandena visar att det är *kortare kötider* hos privata vårdgivare i jämförelse med den offentliga vården, men det kan inte jämföras – åtminstone i rättsligt hänseende – med förtur, än mindre att det skulle utgöra en otillbörlighet.

3.2.4 Privata vårdgivares roll inom den offentligt finansierade vården

36. Det är vanligt att regioner nyttjar resurser utanför den egna organisationen och det är vanligt att i stället för att huvudmännen ingår anställningsavtal med sjukvårdspersonal används i stället upphandling av tjänster från bemanningsföretag. Sjukvården är även många gånger beroende av privata utförare inom vitt skilda områden från ambulanssjukvården, medicinsk-teknisk utrustning, förbrukningsartiklar, till fastigheter och fastighetsservice. Detta innebär att skattemedel som allokeras till sjukvårdshuvudmännens verksamhet används för många olika kostnadsslag i en komplex sammansättning, var och en i varierande grad viktiga för tillhandahållandet av hälso- och sjukvård till patienter.
37. I Vårdanalys rapport anges att det är svårt att ge ett entydigt svar på om patienterna i den offentligt finansierade hälso- och sjukvården *påverkas* av privata sjukförsäkringar, dvs. huruvida förekomsten av privata sjukförsäkringar tränger undan patienter i den offentliga vården. Det saknas i vart fall helt ett faktaunderlag som stödjer en slutsats att patienter i den offentliga vården påverkas negativt av förekomsten av privata sjukvårdsförsäkringar eller tillhandahållandet av privat vård.
38. Snarare är förhållandet det motsatta, nämligen att tillhandahållandet av hälso- och sjukvård i Sverige bygger på att privata aktörer på olika sätt bidrar till att medborgarna erhåller hälso- och sjukvård. Att privat verksamhet eller privata sjukvårdsförsäkringar skulle ha negativ påverkan på enskilda patienters möjlighet att erhålla vård torde därför allra minst kräva att det objektivt kan fastställas att utfallet av de driftsformer som i dag

gäller avsevärt skulle bli bättre av att inte bara att all verksamhet skulle utföras i offentlig egen regi, utan även att privat verksamhet vid sidan av sådan verksamhet skulle inskränkas eller t.o.m. förbjudas. I detta hänseende måste rimligen förutsättas att de av sjukvårdshuvudmännens i dag tillämpade driftsformerna är valda på basis av att dessa förbättrar verksamheten – inte försämrar den.³

39. Det finns sålunda två huvudsakliga *orosmoment* – dock ej faktabaserade erfarenheter – som enligt kommittédirektiven föranleder inskränkande lagstiftningsåtgärder. Det första är ett argument som hänför sig till orättvis vårdtillgång eller eventuellt en diskriminerande behandling av patienter inom vården. Det andra hänför sig till ett antagande om förhandenvaron av privata sjukvårdsförsäkringar skulle dränera den offentliga vården på resurser och därigenom förstärka skillnaderna.
40. Uppdraget till utredningen blir på grundval av det ovannämnda enligt min mening högst problematisk. Direktiven bygger nämligen bl.a. på den felaktiga föreställningen om verkliga förhållanden att privat vård och offentlig vård skulle vara en och samma vård och inom ramen därinom att den privata hälso- och sjukvården har ett eget ansvar att samordna sin verksamhet med den offentliga vården gällande bl.a. väntetider, oaktat faktum att något sådant ansvar inte följer av gällande rätt.
41. I beredningshänseende väcker kommittédirektiven därför ett antal i sig allvarliga betänkligheter. Själva underlaget för initiativet förefaller vara baserat på en svagt belagd föreställning om existensen av vissa sakförhållanden såsom att privata sjukvårdsförsäkringar skulle dränera den offentliga vården på resurser, att förekomsten av privata sjukvårdsförsäkringar skulle påverka viljan att betala skatt negativt och att privata utförare inte uppfyller kraven i avtalen med regioner och kommuner. Ingen av dessa har emellertid kunnat bekräftas utan stannar vid just antaganden som saknar något konkret underlag. Om så är fallet finns emellertid stora risker för att lagstiftningsåtgärden riskerar att redan från början inte uppfylla kravet på ändamålsenlighet, annorlunda uttryckt ”*a non-remedy for a non-malady*”.
42. Kommittédirektiven ger sålunda ett felaktigt uttryck för att det föreligger ett förhållande som i *rättsligt hänseende* föranleder begränsande åtgärder. Som visats ovan stämmer inte den utgångspunkten. Likafullt är det givetvis riksdagens privilegium att stifta lagar – även inskränkande sådana – för enskilda. Ävenså är det envars frihet att utifrån politiska värderingar lägga förslag på förändringar. Det kan därför heller inte i *rättsligt hänseende* anses vara felaktigt att lägga förslag utifrån moralfilosofiska resonemang. Regeringen är sålunda som utgångspunkt fri att låta utreda även sådana lagförändringar. Huruvida sådana förslag ytterst vinner Riksdagens gillande eller håller i en efterföljande rättslig prövning är dock en annan sak.
43. Föreställningar om vad utgör rättvisa i allmänhet och vad som detta bör medföra i regelbaserade rättigheter för envar är en komplex frågeställning. Återigen är det inom ramen för de demokratiska idéerna – såsom detta kommer fram i RF – förbehållet

³ För en presentation av nu tillämpade driftsformer inom hälso- och sjukvården, se Peedu, K., Sveriges Kommuner och Regioner i samarbete med Meier, H., *Driftsformer – kommuner och regioner*, 2020.

riksdagen att genom det representativa och parlamentariska statsskicket ge materiellt innehåll till regler.

44. Alla regler existerar i ett sammanhang och vissa regler har högre dignitet eller tyngd i förhållande till andra. Exempelvis har de konstitutionella reglerna i grundlagarna företräde framför lagar. Likaså har genom Sveriges partiella överlämnande av suveräniteten till Europeiska unionen medfört att EU-rätten på många områden har företräde framför nationell rätt. Icke desto mindre finns det ett förhållandevis stort utrymme för Sverige att bestämma om hur samhället i stort ska organiseras och på vilka villkor det ska ske.

3.2.5 Den rättsliga bakgrunden

45. Den rättsliga bakgrunden till nuvarande initiativ ligger i den temporära lag som riksdagen fattade beslut om för 20 år sedan genom lagen (2000:1440) om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan, den s.k. stopplagen. Genom lagen inskränktes dåvarande landstingens, och kommuners som inte ingick i ett landsting, rätt enligt 3 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, att sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som landstingen ansvarar för enligt HSL.
46. I praktiken innebar lagen en begränsning av möjligheterna att upphandla sjukvårdstjänster. Enligt 2 § samma lag fick uppgiften att ansvara för driften av ett akutsjukhus efter upphandling enligt 1992 års lag om offentlig upphandling (ÅLOU) eller på annat sätt överlämnas till den som avser att driva verksamheten med syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent.
47. Stopplagens bestämmelser var en inskränkning i främst dåvarande landstingens möjligheter att upphandla akutsjukhusvård till vissa aktörer och utgjorde sålunda en begränsning av de uppgifter som ankommer på annan än staten att utföra.

3.2.6 Målprinciperna i HSL

48. Det nu aktuella utredningsuppdraget tar emellertid sin utgångspunkt i målbestämmelserna i 3 kap. 1 § HSL om vård på lika villkor för hela befolkningen (vårdmöjlighetsprincipen). I andra stycket samma lagrum stadgas att vården ska ges med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans värdighet (människovärdeprincipen) och att den som har det största behovet av hälso- och sjukvård ska ges företräde till vården (behovs- och solidaritetsprincipen). Vidare stadgas att offentligt finansierad hälso- och sjukvårdsverksamhet ska vara organiserad så att den främjar kostnadseffektivitet (kostnadseffektivitetsprincipen).
49. Vård på lika villkor för hela befolkningen innefattar ett rättsligt krav att vården ska utformas så att det ska vara möjligt för alla – oavsett var de bor i landet – att vid behov och på lika villkor få del av hälso- och sjukvårdens tjänster. I lagkommentarerna framhålls att möjligheterna att erholda vård får inte påverkas av sådana förhållanden som ålder, kön, förmåga att ta initiativ, utbildning, betalningsförmåga, nationalitet eller

kulturella olikheter. Principen om vårdmöjligheter på lika villkor har ett vidare syfte än den allmänna kommunala likställighetsprincipen.⁴

50. Den finns en skillnad mellan första och andra stycket i så måtto att kraven i första stycket utgör ett generellt mål för hälso- och sjukvården och därigenom inte krav på att målet under var tid ska vara uppfyllt. Däri uttrycks alltså önskvärda framtida tillstånd och det är inte egenskaper eller krav på organisatoriska tillstånd som regleras. Huvudmännens skyldigheter regleras därför inte genom den bestämmelsen.⁵
51. Vad gäller kraven på vården enligt 3 kap. 1 § andra stycket motsvarar den bestämmelserna som infördes i äldre rätt den 1 juli 1997 på grundval av Prioriteringsutredningens betänkande⁶ och efterföljande lagförslag. Bestämmelsen är trots imperativet ”ska” en *målparagraf* och motsvaras även av en likalydande bestämmelse i 1 kap. 6 § patientlagen (2014:821).⁷ Målparagrafen är dock inte primärt ägnad att ge uttryck för vilka utförare som ska få tillhandahålla vård eller vilka verksamheter de i övrigt kan utföra. Än mindre är målparagrafen ett uttryck för om begränsningar bör gälla för vissa utförare. I stället finns bestämmelserna i 5 kap. 3 § HSL om vilka krav som ställs på *hur* verksamheten bedrivs gällande diagnos- och behandlingsmetoder med hänsyn till människovärde och integritet.
52. Vad gäller människovärdes- samt behovs- och solidaritetsprincipen följer det även av 1 kap. 2 § regeringsformen att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet. Med tillämpning på hälso- och sjukvårdens område träffar den endast den offentliga vården, men skrivningen i HSL utvidgar principen till att även gälla privat hälso- och sjukvård. Det finns sålunda ett krav på att principen iakttas oaktat *vem* som bedriver verksamheten. Principen ger alltså klart uttryck för att det är det medicinska behovet som styr prioriteringar. Det är förvisso inte alltid oinskränkt med hänsyn till knappa resurser i den dagliga verksamheten. Däremot finns det inom en och samma verksamhet (privat eller offentlig) knappast något utrymme för att nedprioritera en vårdsökande framför en annan som har en sjukvårdsförsäkring. Johnsson framhåller även att skilda former av vårdgarantier i viss mån begränsar prioriteringar genom att tillgänglighet ges försteg framför behovet eller nyttan av en vårdåtgärd, varvid patienten själv gör prioriteringen utan hänsyn till andra patienters behov och nytta.⁸
53. Det följer av nu nämnda principer att det inom en samma verksamhet inte finns något utrymme för att prioritera en patient med sjukvårdsförsäkring framför en som inte har det. Det är i stället medicinska bedömningar som utgångspunkten för vårdens tillhandahållande – oavsett om det sker inom privat eller offentlig vård. Kostnadseffektivitetsprincipen ändrar inte på denna slutsats, eftersom den är underordnad de andra principerna (jfr prop. 1996/97:60 s. 21).

⁴ Vahlne Westerhäll, L., Kommentaren till 3 kap. 1 § HSL, Karnov, 2021.

⁵ Johnsson, L-Å., *Hälso- och sjukvårdslagen*, 10 uppl., Juno, ver. 10, 2017, kommentaren till 3 kap. 1 §.

⁶ SOU 1995:5, *Vårdens svåra val*. Se även prop. 1996/97:60.

⁷ Se Johnsson, L-Å., *Hälso- och sjukvårdslagen*, 10 uppl., Juno, ver. 10, 2017, kommentaren till 3 kap. 1 §.

⁸ Johnsson, L-Å., *Hälso- och sjukvårdslagen*, 10 uppl., Juno, ver. 10, 2017, kommentaren till 3 kap. 1 §.

54. *Sammantaget* stadgar bestämmelserna i HSL ingenting angående hur eller om privata sjukvårdsförsäkringar ska eller får användas eller huruvida privat vård får bedrivas parallellt med den offentliga vården. Förhållandet att det föreligger skillnader i kö- eller väntetider mellan privat och offentlig vård regleras heller inte i HSL.

3.2.7 Verksamhetsformer inom den svenska hälso- och sjukvården

55. I Sverige är det *tillåtet* för privata aktörer att bedriva sjukvård och erbjuda sådan vård till fysiska personer, oberoende av nationalitet. Sälunda råder etableringsfrihet inom sjukvårdsområdet och det saknas rättsliga hinder för att bedriva sådan verksamhet. Som utgångspunkt är det därför tillåtet för envar att tillhandahålla sådana tjänster inom riket. Härigenom är det alltså även tillåtet för företag etablerade inom den Europeiska unionen att bedriva verksamhet i Sverige. Dessa förutsättningar har betydelse i rättsligt hänseende när inskränkande regler ska behandlas av lagstiftaren.
56. Regeringen har särskilt framhållit att det i Sverige råder *etableringsfrihet* inom bl.a. primärvården, dock utan rätt till offentlig finansiering. Regionerna har ett lagstadgat ansvar att erbjuda vård och kan sluta avtal med privata utförare, såväl vinstdrivande som icke vinstdrivande aktörer, om att utföra de uppgifter som landstinget ansvarar för.⁹

3.3 Rättsliga konsekvenser av föreskrifter som strider mot högre rätt

57. Vad händer då om författningsbestämmelser som de ovan antagna är oförenliga med gällande rätt? Riksdagen kan förvisso alltjämt besluta om lagstiftning med nu aktuellt innehåll, men om lagen strider mot rättsordningens principer, högre rätt eller överordnade normer kan myndighet eller ytterst domstol inom ramen för den s.k. *normprövningsrätten* åsidosätta sådana bestämmelser.¹⁰
58. Normprövningsrätten kommer till uttryck i bestämmelserna i 11 kap. 14 § och 12 kap. 10 § regeringsformen gällande domstolars respektive offentliga organs möjlighet till lagprövning. Sålunda gäller att om en domstol eller offentligt organ finner att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.
59. Normprövningsrätten innebär inte att föreskriften (t.ex. en lagbestämmelse) blir ogiltig, men den kan alltså inte tillämpas. Detta brukar i normalfallet föranleda nya lagstiftningsåtgärder för att t.ex. korrigera tillkortakommanden.
60. Det är förvisso den svenska lagstiftarens privilegium att stifta lagar med visst innehåll, även ekonomisk ineffektiva eller gynnande av vissa särintressen. Lagstiftningsmakten

⁹ Prop. 2014/15:15, s. 10.

¹⁰ Se bl.a. Eka., A., Gustavsson, D., *Lagprövning och andra frågor om normkontroll — rapport från en expertgrupp*, SvJT, 2007, s. 769–778., Crafoord, C., *Normprövning och Europakonventionen*, SvJT 2007, s. 862–881. Se även Söderlund, O., *Regeringsformens proportionalitetskrav som grund för lagprövning och grundlagskonform tolkning i domstol efter 2010 års reform (del I)*, SvJT 2018, s. 375–413. Normprövningsrätten är måhända en bättre beteckning än den ”lagprövning” anges i RF.

är emellertid *inte helt oinskränkt*, utan begränsas av ytterst av det nyssnämnda konstitutionella skyddet. Även om gränserna för lagstiftningsmakten kan analyseras i många dimensioner kan i huvudsak sägas att det sammanfattningsvis kommer till uttryck på tre sätt:

- a) *För det första* följer av det demokratiska styrelseskicket att föreskrifter som saknar ett långsiktigt stöd hos medborgarna har sämre förutsättningar att vinna framgång över tid. Omvänt gäller att regler som har ett brett och över tid oföränderligt politiskt och demokratiskt stöd har goda förutsättningar att bli långlivade och även upphöjas till allmänt vedertagna rättsprinciper, just därför att de står emot tidens prövningar. I vissa fall upphöjs de även till konstitutionell nivå – t.ex. reglerna om mänskliga rättigheter om bl.a. egendomsskydd.
- b) *För det andra* är det viktigt att erinra om regler som måhända i sig upplevs ha ett bredare opinionsmässigt stöd kan ha tillkommit i orätt ordning trots att de författningsmässigt och juridiskt sett är korrekta. Det kan röra sig om regler om upplevd orättvisa som baseras på oriktiga förutsättningar, vilka används som stöd för införande av regler. Sådana regler är till skillnad från den förra kategorin mer försåtliga genom att de vid närmare granskning får lägre legitimitet och kan på längre sikt äventyra tilltron till själva lagstiftningsprocessen och ytterst reglerna som sådana. Dessa hinder är många gånger överlappande nästa kategori om lagkonflikter, eftersom härtill kan hänföras frågor om något väsentligt åsidosatts vid tillkomsten av föreskriften i fråga.
- c) *För det tredje* inskränks lagstiftningsmöjligheterna av rena normkonflikter, dvs. när en föreslagen åtgärd strider mot högre rätt eller har allvarliga inverknings på andra områden. Det kan röra sig om allt från normhierarkiska hinder till proportionalitetsmässiga överväganden som resulterar i att åtgärden inte kan genomföras. Till denna kategori hänför sig den förhandsgranskning som Lagrådet gör, men framför allt den efterhandsprövning som kan bli aktuell inom ramen för lagprövning enligt 11:14 eller 12:10 RF¹¹ Denna rättsutredning kommer huvudsakligen att uppehålla sig kring dessa överväganden och vilka frågor som sannolikt uppkommer vid normprövning.

61. Hur rättsprövningen mer konkret kommer att gestalta sig beror på ett flertal faktorer; vem som driver talan, vad talan avser och i vilket forum som talan förs. Det kan exempelvis röra sig om en försäkringstagare som ej längre kan nyttja sin försäkring och för talan mot staten i om skadestånd i allmän domstol, eller en privat vårdgivare som för

¹¹ Lagrådets uppgifter ska avse hur lagförslaget förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt, hur förslagets föreskrifter förhåller sig till varandra, hur förslaget förhåller sig till rättssäkerhetens krav, om förslaget är så utformat att lagen kan antas tillgodose angivna syften (ändamålsenlighet), vilka problem som kan uppstå vid tillämpningen. Vad gäller *lagprövningen* i 11:14 RF får en domstol *underlåta att tillämpa* en föreskrift om domstolen finner den står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst. Likalydande bestämmelser gäller även för offentliga organ, t.ex. myndigheter enligt 12:10 RF. Noterbart är att Lagrådet inte kan stoppa lagstiftning som enligt rådets granskning är oförenlig med de grundläggande kraven. Däremot är kritik i det hänseendet en god vägvisning om hur föreskriften kommer behandling i samband med lagprövningen.

tal mot en tillsynsmyndighet som ålagt företaget att upphöra med viss verksamhet i förvaltningsdomstol, eller en anbudsgivare som begär överprövning i förvaltningsdomstol vid offentlig upphandling med anledning av otillåtna villkor. Det är inte möjligt att inom ramen för denna utredning uttala sig om detta, eftersom det är beroende av den slutliga utformningen av föreskrifterna, tillsynsordning m.m.

62. Icke desto mindre är det möjligt att föra ett principiellt resonemang om de rättsgrunder som blir aktuella att pröva vid normprövning. I det följande kommer dessa att behandlas. Samtliga kan leda fram till att bestämmelsen *inte får tillämpas*.

4 Relevanta grunder som kan bli föremål för bedömning vid normprövning

4.1 Föreskrifterna strider sannolikt mot egendomsskyddet

63. En direkt konsekvens av att införa begränsningar i möjligheten att nyttja privata sjukvårdsförsäkringar är att detta skulle innebära en inskränkning av enskildas rådighet över lös egendom. Härigenom aktualiseras bestämmelserna om egendomsskydd.¹²

4.1.1 Egendomsskyddet i Europakonventionen, EKMR

64. Rättighetsfrågorna är för svenskt vidkommande reglerade direkt i grundlagen genom bestämmelsen om inkorporering av Europakonventionen. Enligt 2 kap. 19 § RF gäller att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen. Konventionen måste sålunda beaktas och genom grundlagsstödet finns det i svensk rätt en begränsning för normgivningen – dock inte i förhållande till grundlagen.
65. En lag som strider mot 2 kap. 19 § RF kan sålunda bli föremål för lagprövning i enlighet med 11 kap 14 § och 12 kap. 10 § RF.¹³ Det ankommer alltså sålunda på såväl riksdagen som regeringen att inte utfärda föreskrifter (inom ramen för deras resp. kompetens) i strid mot EKMR. I näringsfrihetshänseende och m h t till egendomsskyddet tillför EKMR i sak inga nya skyddsbestämmelser för enskilda i förhållande till existerande nationella särbestämmelser om egendomsskydd och näringsfrihet, däremot skiljer det sig åt gällande tolkningen och tillämpningen av reglerna.
66. Alltmedan grundlagsbestämmelserna om egendomsskydd och näringsfrihet har tolkats försiktigt i svensk rätt har Europadomstolen tillämpat artikel 1 EKMR tämligen *extensivt*. Ett exempel på den mer extensiva tolkningen av artikel 1 är att egendomsskyddet getts ett tämligen vidsträckt tillämpningsområde innefattande såväl ekonomiska förmåner och intressen som legitima förväntningar i utövandet av näringsverksamhet.

¹² Liknande frågeställningar har analyserats avseende andra branscher – däribland sjukvården – av författaren, se Henriksson, L. *Vinstbegränsningskrav – rättsliga frågeställningar*, Svenskt Näringsliv, oktober 2015. Avsnitten om egendomsskydd och näringsfrihet och EU-rättsliga aspekter bygger på liknande förutsättningar alltmedan rättsläget har ändrats i vissa hänseenden av mindre betydelse för denna utredning.

¹³ Jfr Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 95.

Beträffande egendomsskyddet är det vedertaget att balansera det allmännas intressen mot den enskildes olägenheter.¹⁴ I detta hänseende gäller sålunda en proportionalitetsbedömning (se mer härom nedan som kompletterande eller alternativ grund vid lagprövning).

67. Verksamhet på liberaliserade marknader torde i normalfallet ge upphov till starkt befogade förväntningar bland aktörerna att liberaliseringen i sig inte kommer att reverseras – inte minst med tanke på de närmast oöverblickbara ekonomiska konsekvenser detta skulle få.

4.1.2 Egendomsskyddet inom EU-rätten enl. rättighetsstadgan (primärrätten)

68. Vad gäller tillämpningen av EU-rätten eller vid implementering av EU-direktiv måste även EU:s rättighetsstadga¹⁵ beaktas. Stadgan ingår i det inom EU-rätten utgör *primärrätten* och har sålunda högsta rättskällevärde. Bestämmelserna innehåller regler om egendomsskydd och näringsfrihet. Rättighetsstadgan infördes 2009 och samexisterar sålunda med EKMR, men har alltså en högre rättskällestatus i svensk rätt genom att den tillhör den s.k. primärrätten, dvs. den ligger på samma höga rättskällevnivå som EU:s grundfördrag.

Rättighetsstadgans tillämpningsområde. EU-domstolen har framhållit i *Åkerberg Fransson* att "[d]e grundläggande rättigheter som garanteras i unionens rättsordning är tillämpliga i samtliga fall som regleras av unionsrätten, men inte i andra fall. Domstolen har därför redan påpekat att den inte kan pröva en nationell lagstiftning mot stadgan när lagstiftningen inte omfattas av unionsrättens tillämpningsområde. Om nämnda lagstiftning däremot omfattas av unionsrättens tillämpningsområde ska EU-domstolen, när den tagit emot en begäran om förhandsavgörande, lämna samtliga tolkningsfakta som är nödvändiga för att den nationella domstolen ska kunna avgöra lagstiftningens förenlighet med de grundläggande rättigheterna, vilka EU-domstolen ska säkerställa att de iakttas." [...] Denna definition av tillämpningsområdet för unionens grundläggande rättigheter har stöd i förklaringarna till artikel 51 i stadgan, vilka i enlighet med artikel 6.1 tredje stycket FEU och artikel 52.7 i stadgan ska beaktas vid tolkningen av stadgan [...] Enligt nämnda förklaringar gäller att "medlemsstaterna är skyldiga att respektera de grundläggande rättigheter som fastställts inom ramen för unionen endast när de fattar beslut inom tillämpningsområdet för unionsrätten". [...] De grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan måste således iakttas när en nationell lagstiftning omfattas av unionsrättens tillämpningsområde, och något fall som sålunda omfattas av unionsrätten, utan att de grundläggande rättigheterna äger tillämplighet, är följaktligen inte möjligt. Är unionsrätten tillämplig innebär detta att de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan är tillämpliga."¹⁶

69. Omfattas då inskränkningar av EU:s rättighetsstadga eller endast av nationella svenska regler? Försäkringsmarknaden är inte nationell och försäkringsprodukter tillhandahålls

¹⁴ Nerep, E., Warnling-Nerep, W., *Marknad och myndighet – Förvaltningsrätt i ett näringsrättsligt perspektiv*, 3 uppl. Norstedts, Stockholm 2014, s. 111 f. Se även Nergelius, J., *De europeiska domstolarna och det svenska äganderättskyddet*, Norstedts, Stockholm 2012.

¹⁵ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT C 326, 26.10.2012, s. 391–407.

¹⁶ Mål C-617/10 REC, *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:280, p. 19–21.

inom EU, varvid det är möjligt att erbjuda försäkringslösningar som omfattar flera medlemsstater. Härigenom är EU-reglerna sannolikt tillämpliga.

70. Genom artikel 17 i rättighetsstadgan föreskrivs att var och en har rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Till sådan egendom kan alltså privata sjukvårdsförsäkringar räknas. Ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid.

4.1.3 Allmänna förutsättningar för inskränkning av egendomsskyddet

71. Nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen. Härigenom finns förvisso en öppning för s.k. *rådighetsinskränkningar*, men om dessa blir alltför långtgående medför det en risk att själva egendomens existens äventyras och då aktualiseras alltså egendomsskyddet. Rättighetsstadgan gör ingen åtskillnad mellan olika typer av egendom, varför denna är något mer långtgående beträffande rådighetsinskränkningar för lös egendom än vad som följer av svensk rätt.
72. Visserligen är äganderätten *inte absolut*, vilket i sig öppnar för att enskildas intressen ibland måste vika för samhällsintresset, dock enbart om sådana inskränkningar är *nödvändiga*. I Sverige knyts detta till uttalandet i grundlagen om ett *angeläget allmänt intresse*.
73. Att begränsa rådigheten över egendom kan sålunda stå i direkt strid med rättighetsstadgan om det innebär att försäkringstagare ej längre kan nyttja eller förfoga över egendomen (här: försäkringen) som de lagligen kunde innan åtgärden införs. I förevarande fall är det emellertid inte aktuellt att med stöd av EU-rättsakter införa begränsningar i privata sjukvårdsförsäkringar, varför det är tveksamt om föreslagna åtgärder står i strid med rättighetsstadgan, men det kan inte uteslutas och är beroende av hur åtgärderna slutligen utformas. Om däremot åtgärderna gäller tillämpning av EU-lagstiftningen blir den tillämplig (t.ex. på det direktivstyrda området av upphandlingsrätten), alltmedan nationella svenska bestämmelser tillämpas för rent nationella förhållanden. Likaså kan inskränkningar av möjligheterna att nyttja försäkringar i praktiskt hänseende medföra en begränsning av handeln mellan medlemsstater i funktionsfördraget, allt beroende av hur bestämmelsen är utformad.

4.1.4 Nationella svenska bestämmelser om egendomsskydd

74. Det nationella svenska egendomsskyddet regleras i 2 kap. 15 § RF. Därav följer att vars och ens egendom är tryggad genom att ingen kan *tvingas avstå* sin egendom – t.ex. privata sjukvårdsförsäkringar – till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller något annat sådant förfogande utom när det krävs för att tillgodose *angelägna allmänna intressen*. Inom ramen för förevarande utredning är det inte aktuellt att behandla reglerna om rådighetsinskränkningar i fast egendom – enbart lös egendom. Den som genom expropriation eller något annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom ska vara tillförsäkrad *full ersättning* för förlusten.

75. Av lagkommenterarna framgår att med uttrycket "tvingas avstå sin egendom" avses att en förmögenhetsrätt med ekonomiskt värde såsom äganderätt, nyttjanderätt eller servitut *överförs* eller *tas i anspråk* utan samtycke. Enligt doktrinen gäller även ett krav på att värdet av det avtvingade *kommer någon annan till godo*, även om det är något oklart exakt hur ett sådant krav på förmögenhetsöverföring ska förstås i praktiken. Med uttrycket "liknande förfoganden" avses bl.a. nationaliseringar.¹⁷
76. I förevarande fall är det förvisso inte aktuellt att direkt expropriera egendom, men möjligen att förbjuda viss verksamhet eller att införa inskränkningar i rätten att nyttja viss egendom. Det är därför viktigt att notera att en ordning som får till effekt att privata vårdgivare ej längre kan tillhandahålla vård till enskilda parallellt med den offentliga vården – vilket är tillåtet i dag – riskerar att bli liktydigt med en nationaliseringsåtgärd. Åtgärder som omöjliggör eller kraftigt försvårar fortsatt verksamhet för privata vårdgivare kommer med stor sannolikhet att påverka värdet på befintliga tillgångar.
77. I sammanhanget ska dock hållas i åtanke att egendomsskyddet i Sverige skulle kunna vara svårt att återropa i förevarande fall med hänsyn till att någon egentlig äganderätt inte inskränks – det är snarare *rådigheten* över egendomen som begränsas. I egendoms-hänseende är det emellertid viktigt att beakta att åtgärderna sannolikt medför att nu befintlig egendom blir betydligt mindre värd om åtgärderna genomförs. Ett förbud att nyttja privata vårdförsäkringar torde närmast reducera värdet till noll. Det är även viktigt att beakta att det just är värdet av egendom och möjligheten att tillgodogöra sig detta värde som förslagsställaren vill begränsa med åtgärderna. Detta ska skiljas från åtgärder, vilka indirekt påverkar värdet av egendom (t.ex. allmänt skattetryck eller andra generella krav som indirekt fördrar verksamheter).¹⁸
78. HD uttalade i målet NJA 2018 s. 753 ("Parkfastigheten") att det måste genomföras en proportionalitetsbedömning *i varje enskilt fall*. HD hänvisade till Europadomstolens praxis denna princip var etablerad redan vid tiden för grundlagsändringen avseende egendomsskyddet¹⁹, men även bekräftad i den fortsatta rättsutvecklingen i ett stort antal avgöranden från Europadomstolen.²⁰
79. HD framhåller i samma mål att det numera står klart att samma princip följer av 2 kap. 15 § RF om egendomsskydd²¹, men därutöver även i andra avseenden har utvecklingen gått i riktningen att grundlagsstadgade fri- och rättigheter ges en *konkret inverkan* på rättstillämpningen.²²

¹⁷ Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 89 f.

¹⁸ Allmänt om egendomsskyddet – se Åhman, K. (red.), *Äganderätten – Dess omfattning och begränsningar*, Iustus, Uppsala 2009.

¹⁹ NJA 2018 s. 753 ("Parkfastigheten"), p. 20. Se även *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 50, Series A no. 98 med där gjorda hänvisningar. Jfr även RÅ 1996 ref. 44 och RÅ 1996 ref. 56.

²⁰ Se bl.a. *Skibińscy v. Poland*, no 52589/99, § 87, 14 November 2006 med där gjord hänvisning. Se även NJA 2013 s. 350 och NJA 2016 s. 868 p. 15.

²¹ NJA 2018 s. 753 ("Parkfastigheten"), p. 21, se även RÅ 1999 ref. 76, jfr NJA 2014 s. 332 p. 19 och NJA 2017 s. 999 ("Vägen"), p. 15).

²² Jfr t.ex. NJA 2014 s. 323 ("Medborgarskapet I").

80. Det synsätt som har utvecklats i svensk rätt över tid innebär alltså, enligt HD, att egendomsskyddet kräver en proportionalitetsbedömning i *det enskilda fallet*, något som har fått genomslag på ett flertal rättsområden. Innebörden av senare praxis är *otvetydigt* att det *måste* göras en prövning i det enskilda fallet av proportionaliteten mellan allmänintresset av ett tvångsförfogande och den enskildes egendomsintresse.²³
81. Proportionalitetsprincipen omfattar en prövning i tre led, vilket utvecklas mer i detalj nedan. Kortfattat avser dock prövningen om det aktuella ingreppet är ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet (ändamålsenlighet), om ingreppet är nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet eller om det finns likvärdiga, mindre ingripande alternativ (nödvändighet) och slutligen om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som ingreppet förorsakar den enskilde (proportionalitet i strikt mening).²⁴
82. *Sammantaget* är det i förevarande fall ytterligt tveksamt om det alls finns ett allmänintresse som motiverar åtgärderna och i den mån det alls existerar ett problem så torde en inskränkning av nu aktuellt slag inte vara ägnad att lösa problemet, snarare förvärra det. Härigenom uppfylls inte det erforderliga ändamålskravet med en sådan bestämmelse. Föreskrifter av denna karaktär kommer sålunda, enligt min mening, att strida mot egendomsskyddet.

4.2 Föreskriften strider sannolikt mot näringsfriheten i svensk och europeisk rätt

83. Enligt artikel 16 i EU:s rättighetsstadga ska näringsfriheten erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis. Denna kompletterar EU-reglerna om fri rörlighet, etablering m.m. I Sverige gäller såsom en grundläggande fri- och rättighet en *allmän näringsfrihet* och *konkurrensfrihet*. Bestämmelsen innehåller väsentligen två delar, nämligen dels under vilka omständigheter som begränsningar alls får göras, dels vilket ansvar som staten ikläder sig gentemot den enskilde när sådana begränsningar är motiverade och vidtas.
84. Som ovan angetts föreligger det frihet att tillhandahålla privat sjukvård i Sverige och begränsningar av de möjligheterna skulle innebära inskränkningar av näringsfriheten. Frågan blir därför om sådana åtgärder kan vara förenliga med gällande rätt.

4.2.1 När begränsningar av näringsfriheten får göras

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

²³ NJA 2018 s. 753 ("Parkfastigheten"), p. 22.

²⁴ NJA 2018 s. 753 ("Parkfastigheten"), p. 23 och RÅ 1999 ref. 76.

86. Bestämmelsen i grundlagen ger uttryck för att det är möjligt att begränsa näringsfriheten när så är påkallat av angelägna allmänna intressen och att alla behandlas på samma sätt (*likabehandlingskrav*). Redan i detta hänseende kan det framstå som oförenligt med grundlagsbestämmelsen att behandla företag inom hälso- och sjukvården olika enbart pga. att de tillhandahåller olika delar vården. Att bryta ut vissa delar av vården som endast omfattar sådan vård som ges till patienter med privat sjukvårdsförsäkring förefaller rättsligt ogörligt.
87. Bestämmelsen utesluter i princip alltså inte förekomsten av, bibehållande av, eller ens återgång till monopol på en marknad som helhet – sådana drabbar argumentationsvis alla lika. Att sådana åtgärder kan aktualisera ersättningsskyldighet för det allmänna gentemot de drabbade är dock en annan fråga.
88. Vidare måste framhållas att näringsfriheten ibland kan anses vara negativt påverkad av skilda kvalifikationskrav i allmänhet. Detta är dock företeelser som ska betraktas som begränsningar, vilka inte primärt påkallar grundlagsskydd – de drabbar alla lika och får i vart fall anses motiverade av angelägna allmänna skäl (legitimation inom sjukvården, kravbestämmelserna enligt HSL, tillstånd för farlig verksamhet m.m.).²⁵ Skyddet för näringsfriheten tar i stället sikte på möjligheterna för enskild att *bedriva näring i sig*.
89. Motsatsvis gäller att liberaliserade marknader, dvs. sådana som övergått från monopoliserad eller skyddad verksamhet till konkurrensutsatt verksamhet i skilda former i allmänhet inte kan återgå till monopolverksamhet just på grund av *frånvaron* av ett angeläget allmänt intresse. Återgång till monopol påverkar i sig förutsättningarna för näringsverksamhet, varför begränsningen enligt grundlagen måste vara motiverad av det kan påvisas ett angeläget allmänt intresse.
90. I det sammanhanget kan det strängt taget te sig motsägelsefullt att hävda ett allmänt intresse för att liberalisera en marknad i ett första skede (här: tillåta privat sjukvård) och sedan använda samma motiv för inskränkning av samma liberaliserade marknad. Om t.ex. effektiviserings- och förbättringsmotiv används till stöd att liberalisera marknader eller möjliggöra för regioner att nyttja underentreprenörer blir det mycket svårt att återmonopolisera marknader under hänvisning till detta skulle förbättra eller effektivisera vården.
91. Det framstår därför som uteslutet att åberopa ett angeläget allmänintresse när samma argument använts till stöd för motsatsen. Just för liberaliserade marknader torde begränsningsåtgärder kräva att påvisandet av så allvarliga missförhållanden eller marknadsmisslyckanden att åtgärden i sig vore motiverad. Detta är dock enbart ett grundkrav – åtgärden måste därtill likafullt vara proportionerlig. I förevarande fall synes inga av sådana möjliga skäl vara aktuella att beakta utan det rör sig snarare om upplevda orättvisor gällande kötider.
92. Visserligen kan alltså denna motsägelse inte uteslutas om målsättningarna med liberaliseringen allvarligt förfelats, men vanligen är det allmänna intresset i sådana situationer

²⁵ Se Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 92 f.

det omvända, dvs. det är mera betydelsefullt för det allmänna att åstadkomma en konkurrensutsättning och de fördelar som följer med det, än att bibehålla eller återgå till ett monopol. Verksamhetsformerna i dagens hälso- och sjukvård synes vara ett uttryck för just detta.

93. När marknader har liberaliserats är de som utgångspunkt även tillgängliga för rättssubjekt inom EU, varvid det är viktigt att beakta reglerna om fri rörlighet och etableringsfrihet, vilket ska behandlas nedan i avsnittet om EU-rättens inverkan.
94. *Sammantaget* framstår det som uppenbart att det saknas ett angeläget allmänt intresse att begränsa möjligheten att tillhandahålla privata sjukvårdsförsäkringar eller att begränsa möjligheterna att tillhandahålla privat sjukvård oaktat om samma företag samtidigt även är verksam som leverantör till den offentliga vården.

4.3 Proportionalitetsprincipens inverkan i allmänhet vid inskränkande åtgärder

4.3.1 Föreskrifterna kommer sannolikt att vara oförenliga med proportionalitetsprincipen

95. För det fall ett allmänt intresse av inskränkande åtgärder alls kan identifieras måste detta vägas mot enskilda intressen enligt *proportionalitetsprincipen*, som numera är en fast del av svensk rätt. HFD har framhållit såsom en grundläggande princip att en inskränkning från det allmänna sida av den enskildes rätt att använda sin egendom *försätter* att det föreligger en rimlig balans eller proportionalitet mellan vad det allmänna vinner och den enskilde förlorar på grund av inskränkningen.²⁶
96. Denna proportionalitetsprincip har vunnit hävd i svensk rätt, vilket även framgår av den proposition som låg till grund för bl.a. inkorporeringen av konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) och den samtidigt beslutade preciseringen av egendomsskyddet i 2 kap. 18 § RF (prop. 1993/94:117 s. 39–40). Vid tillämpningen av art. 1 i det första tilläggsprotokollet till konventionen har Europadomstolen konsekvent hävdat en sådan proportionalitetsprincip.²⁷
97. Proportionalitetsprincipen innefattar flera olika krav som rättsordningen ställer på balans mellan mål och medel och mellan motstående intressen. När det gäller att pröva villkoren för och resultatet av ingrepp från det allmänna sida mot enskilda intressen är det vanligt att anlägga tre olika aspekter:²⁸
 - **Ändamålsenlighet (lämplighet).** Är det aktuella ingreppet ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet? Denna bedömning innefattar huruvida den ifrågasatta åtgärden överhuvudtaget kan bidra till att uppnå de mål som den syftar till.²⁹ I detta finns alltså även en bedömning av huruvida åtgärden alls är *verksam* för att uppfylla

²⁶ RÅ 1996 ref 56.

²⁷ Jfr Danelius, SvJT 1991 s. 329–333, 1994 s. 381–383 och 1995 s. 534–535.

²⁸ Se RÅ 1999 ref. 76.

²⁹ Jfr Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 90.

syftet. Om bedömningen slutar i ett negativt svar kommer åtgärden redan på denna grund att betraktas som oproportionerlig, varvid ytterligare utredningar om proportionalitet är obehövligen och ingreppet blir sålunda i strid mot grundlagsbestämmelsen.

- **Nödvändighet.** Är ingreppet nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet eller finns det mindre långtgående alternativ? Om ingreppet bedöms vara nödvändigt ska en bedömning göras om det finns mindre ingripande alternativt som lika, eller nästan lika, ändamålsenliga för att uppnå syftet och därtill realistiska ur kostnads- och effektivitetssynpunkt. Om så är fallet ska ingreppet betraktas som oproportionerligt och därmed grundlagsstridigt.
- **Proportionalitet i strikt mening.** Står den fördel som det allmänna vinner genom ingreppet i rimlig proportion till den skada som ingreppet förorsakar den enskilde? Den sista bedömningen vilar på förutsättningen att ingreppet både är lämpligt/verksamt och nödvändigt, men att det fortfarande trots detta krävs att det råder en rimlig balans mellan de berörda intressena (proportionalitet i strikt mening). När det gäller att bedöma om kravet på proportionalitet i strikt mening är uppfyllt måste naturligtvis beaktas att myndigheterna i många avvägningsfrågor har ett betydande handlingsutrymme och att ett underkännande av ett myndighetsingripande i sådana fall knappast kan komma i fråga i andra fall än sådana där det råder ett klart missförhållande mellan det allmänna intresset av ingripandet och den belastning som ingripandet innebär för den enskilde (jfr bl.a. RÅ 1997 ref. 59).

98. Bestämmelsen i 2 kap. 18 § 1 st. RF innehåller ett uttryckligt krav på ändamålsenlighet och nödvändighet samt strikt proportionalitet. I rättspraxis har de olika proportionalitetskraven, inte minst det sistnämnda kravet på proportionalitet i strikt mening, kommit till klart uttryck (jfr RÅ 1996 ref. 22, 40, 44 och 56 samt RÅ 1997 ref. 59 och not. 107). I lagkommentarerna har det särskilt framhållits att bestämmelsen om egendomsskyddet saknar ett krav på *vilken typ* av regler som kan begränsa t.ex. egendomsskyddet (t.ex. lag eller förordning). Sålunda är kravet generellt och gäller alla de åtgärder som staten vidtar mot enskild.³⁰

99. *Sammantaget* är det tydligt att inskränkingsåtgärder, av det slag som nu analyseras, kommer inte uppfyller de krav som följer av proportionalitetsprincipen. Med tillämpning därav får sålunda bestämmelserna inte tillämpas.

4.4 Bestämmelserna skulle sannolikt strida mot fri rörlighet inom unionen och etableringsfrihet

100. Möjligheten för enskilda inom unionen att bedriva verksamhet i hela unionen är central inom EU-rätten. Det följer av artikel 49 FEUF att inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium ska förbjudas.

³⁰ Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 90.

Förbudet omfattar även inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

101. I etableringsrätten ingår bl.a. rättigheten att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 54 andra stycket FEUF, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.
102. Som har utretts ovan saknas det rättsliga begränsningar i Sverige för tillhandahållande av såväl privata sjukvårdsförsäkringar som etablering av privata vårdföretag i Sverige. Härigenom är det alltså *tillåtet* för företag inom EU att erbjuda sådana produkter och bedriva sådan verksamhet i Sverige. Genom att exempelvis förbjuda viss verksamhet eller uppställa indirekta krav på upphörande av viss verksamhet i samband med offentlig upphandling kan därför även strida mot etableringsfriheten.

4.4.1 Etableringsrätten och tillhandahållandet av försäkringar inom unionen

103. Om inskränkningar görs i möjligheten att tillhandahålla privata sjukvårdsförsäkringar eller om begränsningar görs i möjligheten att tillhandahålla privat sjukvård kan aktörer som är verksamma hälso- och sjukvården åberopa reglerna i funktionsfördraget om etableringsfrihet i artikel 49 FEUF, men även rättigheten att tillhandahålla tjänster (artikel 56 FEUF).
104. Enligt artikel 49 FEUF ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud omfattar inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag. Etableringsfriheten innefattar rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, *särskilt* bolag³¹, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.
105. I *SEVIC* uttalade EU-domstolen att tillämpningsområdet för etableringsrätten omfattar

”... alla de bestämmelser som tillåter eller också enbart underlättar tillträdet till en annan medlemsstat än etableringsstaten och utövandet av näringsverksamhet i den staten, och som ger berörda ekonomiska aktörer möjlighet att effektivt och på samma villkor som de nationella aktörerna delta i medlemsstatens näringsliv.”³²
106. Enligt artikel 49 FEUF ska inskränkningar i etableringsfriheten förbjudas. Det framgår av sålunda av fast rättspraxis från EU-domstolen att varje åtgärd som innebär att utövandet av etableringsfriheten förbjuds, försvåras eller blir mindre attraktivt ska anses utgöra en inskränkning i denna frihet³³ Det följer även av EU-domstolens fasta

³¹ Som de definieras i artikel 54 FEUF.

³² Mål C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ECLI:EU:C:2005:762, p. 18.

³³ Mål C-371/10, *National Grid Indus BV mot Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, ECLI:EU:C:2011:785, p. 36

rättspraxis att en sådan inskränkning av etableringsfriheten endast kan godtas om den är motiverad av tvingande skäl av allmänintresse. Det krävs dessutom att inskränkningen är ägnad att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.³⁴

107. Det är vidare inte möjligt att behandla svenska och utländska bolag olika vid t.ex. upphandlingar och det kan därför inte favoriseras sådana bolag, vars verksamhet omfattar tillhandahållande av privat hälso- och sjukvård.

4.4.2 Fri rörlighet för försäkrings-, hälso- och sjukvårdstjänster inom unionen

108. Enligt EU-domstolen innebär artikel 56 FEUF inte bara ett krav på att all diskriminering av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat på grund av nationalitet ska avskaffas, utan även att varje inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster ska avskaffas, även om denna inskränkning tillämpas utan åtskillnad på inhemska tjänsteleverantörer och tjänsteleverantörer från andra medlemsstater, när den kan innebära att tjänster som tillhandahålls av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, där denne lagligen utför liknande tjänster, förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva.³⁵

109. Vidare följer det av EU-domstolens praxis att en sådan inskränkning ändå kan godtas på grund av att den omfattas av de undantag avseende hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa som uttryckligen anges i artiklarna 51 och 52 FEUF, som även är tillämpliga på friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 62 FEUF, eller om den kan anses vara motiverad av tvingande skäl av allmänintresse.³⁶ Det finns dock inga omständigheter i kommittédirektiven som hänför sig till sådana undantagsbestämmelser.

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

111. Tillhandahållande av tjänster skiljer i många hänseenden från handeln med varor, genom att många sektorer där tjänster kan tillhandahållas är föremål för regleringar och utgör *förbehållna sektorer*. Därigenom har just liberaliseringsåtgärder fått en central plats

³⁴ Mål C-106/16, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, ECLI:EU:C:2017:804, p. 52. Se även mål C-371/10, *National Grid Indus BV mot Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, ECLI:EU:C:2011:785, p. 42, mål C-446/03, *Marks & Spencer plc mot David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, ECLI:EU:C:2005:763, p. 35.

³⁵ Se mål C-87/19, *TV Play Baltic AS mot Lietuvos radijo ir televizijos komisija*, ECLI:EU:C:2019:1063, p. 35 och mål C-142/20, *Analisi G. Caracciolo srl mot Regione Siciliana – Assessorato regionale della salute – Dipartimento regionale per la pianificazione m.fl.*, ECLI:EU:C:2021:368, p. 47.

³⁶ Se mål C-375/14, *Laezza*, ECLI:EU:C:2016:60, p. 31.

i EU:s primärrätt. Enligt artikel 59.1 FEUF ska Europaparlamentet och rådet, i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén, *utfärda direktiv* för att genomföra liberaliseringen av en *särskild tjänst*. Sådana direktiv ska i allmänhet i första hand avse sådana tjänster som direkt inverkar på produktionskostnaderna eller vilkas liberalisering bidrar till att underlätta varuutbytet. Enligt artikel 60 FEUF finns en skyldighet med medlemsstaterna att sträva efter att gå utöver den liberalisering av tjänster som de direktiv kräver som utfärdas enligt artikel 59.1, om deras allmänna ekonomiska läge och situationen inom den berörda ekonomiska sektorn tillåter det.

112. För det fall att medlemsstaterna inte avvecklar inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster gäller enligt artikel 61 FEUF att varje medlemsstat ska tillämpa dessa inskränkningar på alla i artikel 56 första stycket avsedda personer som tillhandahåller tjänster, utan att göra åtskillnad i fråga om nationalitet eller hemvist.
113. Inom ramen för förevarande utredning kan emellertid konstateras att lagstiftaren trots avsaknad av direktivsbestämmelser på egen hand har valt att liberalisera många marknader som tidigare har varit föremål för nationella monopolordningar. Detta gäller inte minst transportsektorn (flyg och järnväg), postbefordran, taxi m.m. Inom hälso- och sjukvården är det inte fråga om en full liberalisering – inte minst beroende av att det allmänna står för huvuddelen kostnaderna genom tillhandahållandet av den offentliga vården.
114. Icke desto mindre är det fullt tillåtet bedriva hälso- och sjukvård i Sverige, likaså att tillhandahålla privata sjukvårdsförsäkringar och i så måtto är marknaderna redan liberaliserade. De möjligheterna tillkommer inte endast svenska rättssubjekt, utan även företag inom EU. Inskränkningar i möjligheterna att tillhandahålla försäkringar eller bedriva verksamhet kan därför även aktualisera fördragsbestämmelserna om skydd för fri rörlighet av tjänster.
115. *Sammantaget* kommer därför inskränkningar av nu aktuellt slag att strida mot såväl etableringsrätten som den fria rörligheten. Detta utgör en separat grund vid normprövningen och leder till att bestämmelsen – om den utformas på sådant sätt som förutsatts – att den inte kan tillämpas.

4.5 Normalt oförenligt med upphandlingsrätten att utesluta leverantörer som bedriver privat sjukvård

116. En annan indirekt möjlig inskränkning av privata sjukvårdsförsäkringar skulle kunna vara att uppställa krav på verksamhetsutövare (privata vårdgivare) att de i samband med erhållande av offentliga kontrakt inte får bedriva privat vårdverksamhet.
117. För argumentationens skull bortses nu från det uppenbara faktum att detta i allt väsentligen inte på något märkbart sätt skulle lösa det underliggande problemet att den offentliga vården har längre köer än privata alternativ som erbjuds försäkringstagare. Att begränsa möjligheterna att *erbjuda* vård skulle därigenom medföra att vissa patienter enbart får det sämre samtidigt som ingen får det bättre. Utöver frånvaron av

ändamålsenlighet av detta *i sig* kan därtill nu frågan ställas huruvida sådana villkor i samband med offentlig upphandling likafullt skulle kunna anses förenliga med gällande rätt.

4.5.1 Regler om offentlig upphandling och begränsning av potentiella anbudsgivare

118. Enligt det klassiska upphandlingsdirektivet³⁷ gäller såsom huvudregel att i det fall det allmänna väljer att upphandla tjänster och inte bedriva verksamheten i egen regi, så saknas det möjlighet för den upphandlande enheten att lägga begränsningar i kretsen av potentiella anbudsgivare. EU-domstolen har betonat att det skall

” ... erinras om att skyldigheten att respektera principen om likabehandling är central i direktiven om offentlig upphandling, vilka bland annat syftar till att utveckla en effektiv konkurrens inom deras respektive tillämpningsområde och vilka innehåller föreskrifter om kriterier för tilldelning i avsikt att garantera en sådan konkurrens”³⁸

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

“... as precluding national rules which reserve to undertakings established in particular regions of the national territory a proportion of public supply contracts ...”³⁹

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

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

”... anledning att med hänvisning till domstolens rättspraxis påminna om att principen om likabehandling, ..., förbjuder inte enbart öppen diskriminering grundad på nationalitet utan även alla former av *dold diskriminering* som, genom tillämpning av andra särskiljande kriterier, faktiskt leder till samma resultat.” [min kurs.]⁴⁰

³⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG Text av betydelse för EES EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242

³⁸ Förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom SA mot Belgiska staten*, REG 2005, s. I-1559, p. 26. Se även mål C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne*, REG 2002, s. I-7213, p. 81 och mål C-243/89, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark*, REG 1993, s. I-3353, p. 33.

³⁹ Mål C-351/88, *Laboratori Bruneau Srl mot Unità sanitaria locale RM/24 di Monterotondo*, REG 1991, s. I-3641, p. 7. Se även mål C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SPA mot Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara*, REG 1990, s. I-889.

⁴⁰ Mål 3/88, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken*, REG 1989, s.4035, p. 8. Se även mål C-360/89, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken*, REG 1992, s. I-3401, p. 11 och mål 22/80, *Boussac Saint-Frères SA mot Brigitte Gerstenmeier*, REG 1980, s. 3427.

122. Sverige som medlemsstat måste alltså iaktta dessa regler, men även iaktta de grundläggande EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande. Förutom de regler om undantag som finns i bl.a. artikel 10 h), artikel 12 finns härutöver särreglering gällande sociala tjänster.

4.5.2 Generellt om sociala tjänster och andra särskilda tjänster

123. I preambeln till LOU-direktivet framhålls att i syfte att sörja för kontinuitet i offentliga tjänster inom områdena hälsovårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster bör det finnas en *möjlighet* för medlemsstaterna att begränsa deltagande i upphandlingsförfaranden till vissa organisationer. Personalen ska vara ägare eller aktivt delta i förvaltningen och befintliga organisationer som kooperativ. Begränsningsmöjligheterna gäller uteslutande vissa hälsovårdstjänster, sociala tjänster och närbesläktade tjänster, vissa utbildningstjänster, bibliotekstjänster, arkivtjänster, museitjänster och andra kulturella tjänster, idrottstjänster, och tjänster för privata hushåll, och är inte avsett att täcka något av de undantag som annars föreskrivs i direktivet (skäl 119).
124. Det ska alltså från början framhållas att direktivet möjliggör att det i nationell lagstiftning tas in begränsningar om *vem* som får tilldelas vissa kontrakt. Om medlemsstaterna väljer att inte nyttja denna möjlighet kommer i stället direktivets allmänna regler att gälla och i vart fall kommer ett särskilt upphandlingssystem jml. artiklarna 74–76 (offentliggörande av meddelande) om värdet på kontraktet överstiger € 750 000 (jfr artikel 4 d).
125. Det följer emellertid *inte* av upphandlingsdirektivet att Sverige som utgångspunkt får lägga begränsningar på tilldelning av kontrakt med hänsyn till huruvida potentiella anbudsgivare har *viss organisationsform* eller bedriver *någon annan parallell verksamhet*. Direktivet har dock en särskild bestämmelse om en möjlighet för begränsning av kretsen av anbudsgivare som ska uppfylla vissa kriterier. Bestämmelsen kräver implementering i nationell svensk rätt och måste då uppfylla vissa kriterier
126. I svensk rätt finns sedan 1 januari 2019 regler om reserverade upphandlingar för flera av tjänsterna som anges i artikel 77 i LOU-direktivet (jfr 19 kap. 6 a § LOU). Enligt ett nyligen presenterat lagförslag (prop. 2021/22:5) föreslås reservationsmöjligheterna byggs ut. Även om möjligheterna till reservation av vissa kontrakt avser de organisationer och kontrakt som sannolikt i praktiskt hänseende som är få till antalet. Inom ramen för denna analys påverkas därför inte nu aktuella inskränkningar av de reglerna.

4.5.3 Allmänna principer för upphandling för icke reserverade kontrakt

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

utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt *favorisera* eller *missgynna* vissa ekonomiska aktörer.

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

4.5.4 Behandling av ekonomiska aktörer i allmänhet

129. Enligt artikel 19 i LOU-direktivet är inte tillåtet att utesluta ekonomiska aktörer som enligt lagstiftningen i sin den medlemsstat där de är etablerade har rätt att tillhandahålla den aktuella tjänsten endast på grund av att lagstiftningen i den medlemsstat där kontraktet tilldelas kräver att de ska vara antingen fysiska eller juridiska personer. Juridiska personer kan likväl åläggas att, när det gäller offentliga tjänstekontrakt och offentliga byggtreprenadkontrakt samt offentliga varukontrakt som dessutom omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten, i anbudet eller anbudsansökan uppge namn och relevanta yrkeskvalifikationer för den personal som ska fullgöra kontraktet i fråga.
130. Vidare gäller att grupper av ekonomiska aktörer, inbegripet tillfälliga sammanslutningar, *får* delta i upphandlingsförfaranden. De upphandlande myndigheterna *får inte* kräva att de ska ha en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan eller kräva att de *inte bedriver någon annan verksamhet* – oaktat om sådan verksamhet bedrivs i samma bolag eller genom koncernbolag.
131. I sammanhanget bör det erinras om att upphandlingsreglerna även tillåter att en anbudsgivare åberopar någon annan aktörs ekonomiska och tekniska kapacitet. Att den åberopanderätten skulle vara begränsad av bolaget bedriver viss verksamhet eller snarare inte bedriver annan verksamhet är dock främmande för svensk rätt.
132. De upphandlande myndigheterna får vid behov i upphandlingsdokumenten klargöra hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk kunskap och yrkeskunskap, förutsatt att detta motiveras av objektiva skäl och är proportionerligt. Medlemsstaterna får fastställa standardvillkor för hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla dessa krav. Villkor för dessa grupper av ekonomiska aktörers fullgörande av ett kontrakt som skiljer sig från dem som gäller för enskilda deltagare ska också motiveras av objektiva skäl och vara proportionella. Givetvis måste sådana krav vara relevanta för genomförande av kontraktet och kan inte avse ovidkommande hänsyn.
133. Slutligen gäller, trots det nyss ovannämnda, att upphandlande myndigheter får kräva att grupper av ekonomiska aktörer antar en *viss juridisk form* när de har blivit tilldelade kontraktet, om det är nödvändigt för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

134. Mot bakgrund av dessa bestämmelser är utrymmet för svenska upphandlande myndigheter att begränsa urvalet av potentiella anbudsgivare ytterligt begränsat. Om myndigheten väljer att bedriva verksamheten i egen regi aktualiseras inte dessa regler, men så snart de aktuella tjänsterna ska upphandlas, och kontrakten inte är reserverade, är det inte längre möjligt att begränsa urvalet till sådana associationer som inte bedriver viss verksamhet.
135. I sammanhanget ska även konstateras att likabehandlingskravet är mer långtgående än det allmänna diskrimineringsförbudet. EU-domstolen har framhållit att "... likabehandlings- eller icke-diskrimineringsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling."⁴¹
136. Det är sålunda inte möjligt för Sverige att behandla svenska rättssubjekt sämre än utländska rättssubjekt i samband med offentlig upphandling. Likabehandlingen innebär att samtliga leverantörer måste behandlas på samma sätt oavsett nationalitet. Därigenom är det inte möjligt att ha inskränkande regler för svenska leverantörer i förhållande till utländska.
137. *Sammantaget* är det i upphandlingsrättsligt hänseende inte möjligt att begränsa möjligheterna för privata vårdgivare att delta i offentliga upphandlingar på grundval av att de företagen även bedriver privat vård – oaktat om den betalas direkt av vårdtagaren eller av ett försäkringsbolag.

4.6 Inskränkningarna kan stå i strid mot den kommunala självstyrelsen

138. Sedan tillkomsten av regeringsformen har gränserna mellan staten och den kommunala självstyrelsen behandlats av riksdagen. Diskussionen har rört bl.a. den kommunala beskattningsrätten och på senare tid även systemet med skatteutjämning. Även bostadsförsörjningen samt hälso- och sjukvården har varit föremål för diskussion. Sedan slutet av 1990-talet har diskussionen även kretsat kring möjligheterna att införa skilda former av s.k. stopplagar syftande till att hindra samverkansformer med bl.a. vinstdrivande privata vårdgivare.
139. Anledningen till att frågan uppkommer har att göra med faktum att såväl staten som regionerna/kommunerna dels har ett överlappande intresse att trygga medborgarnas intressen, dels finns det mer växlande politiska motstående intressen mellan staten och regional/kommunal nivå. Under 1996 genomfördes en mer omfattande redovisning av lagstiftningsärenden där den kommunala självstyrelsens räckvidd analyserades.⁴² Självstyrelsen har senare behandlats ingående av Grundlagsutredningen 2007.⁴³

⁴¹ Mål C-304/01, *Konungariket Spanien mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EU:C:2004:495, p. 30. Se även mål C-210/03, *The Queen, på begäran av Swedish Match AB och Swedish Match UK Ltd mot Secretary of State for Health*. ECLI:EU:C:2004:802, p. 70.

⁴² Se Självstyrelsekommittén betänkande SOU 1996:129 s. 140–165.

⁴³ Grundlagsutredningens rapport nr IX, *Den kommunala självstyrelsens grundlagsskydd*, SOU 2007:93.

140. *Bostadsfrågor* har flera gånger varit föremål för kritik från Lagrådet, men där har regeringen och den politiska majoriteten likafullt valt att gå vidare med lagstiftningsåtgärder trots att det ansetts inskränkande på den kommunala självstyrelsen. Frågor har bl.a. rört sanktioner vid kommuners avhändande av kommunala bostadsföretag⁴⁴, statliga ålägganden gentemot kommuner att ansvara för bostadsförmedlingar som av Lagrådet ansågs ingripande i den kommunala beslutanderätten⁴⁵.
141. Regeringen föreslog i början av 2000-talet även åtgärder där Länsstyrelsen skulle ges möjlighet att godkänna överlåtelse av kommunala bostadsbolag, motiverat enbart av intresset att skapa underlag för tillämpningen av bruksvärdesreglerna i 12 kap. 55 § jordabalken. Lagrådet gav där uttryck för det borde göras en avvägning mellan det statliga intresset att använda kommunala bostadsföretags hyressättning som underlag för bestämmande av bruksvärdeshyra mot kommunernas intresse av att tillgodose kommuninvånarnas behov av bostäder på det sätt som varje kommun fann mest ändamålsenligt. Sälunda gavs uttryck för att det fanns rena rättsliga betänkligheter med förslaget. Avgörande för Regeringen var att allmänintresset ansågs överväga, även om det alltså är oklart hur det intresset mer konkret gestaltade sig eller hur den avvägningen gjordes.⁴⁶
142. *Hälso- och sjukvårdsfrågor* har även aktualiserat gränsdragningsfrågor gällande den kommunala självstyrelsen. Den första s.k. stopplagen avsåg en lag om inskränkning av dåvarande landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus till den som avsåg att driva verksamheten med syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressen. Av särskilt intresse för denna utredning är Lagrådets uttalande att det ansågs ligga nära till hands att undersöka om syftet med bestämmelserna kunde uppnås på ett för det kommunala självbestämmande mindre ingripande sätt än det föreslagna. Sälunda gavs redan då ett uttryck för *proportionalitetsövervägande* liknande den princip som kommer till uttryck i 2 kap. 12 § RF.⁴⁷

⁴⁴ Se prop. 1998/99:122, *Kommunala bostadsföretag*. Se även den tidsbegränsade lagen (1999:608) om tillfällig minskning av det generella statsbidraget vid avyttring av aktier eller andelar i eller utdelning från kommunala bostadsföretag, m.m. som upphörde att gälla den 1 april 2002. Bestämmelserna däri om utdelningar och aktieägartillskott tillämpades dock till och med den 30 juni 2003. Lagen ersattes sedermera av den numera upphävda lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag.

⁴⁵ Se prop. 2000/01:26, *Bostadsförsörjningsfrågor m.m.* Den föreslagna åtgärden var föremål för politiska motsättningar där de borgerliga partierna ansåg att åtgärden på ett otillåtet sätt inskränkte den kommunala självstyrelsen. Se vidare Konstitutionsutskottets yttrande 2000/01:KU6y, Bostadsutskottets betänkande 2000/01:BoU2 samt lagen (2000:1383) om kommunernas bostadsförsörjningsansvar, alltså i kraft.

⁴⁶ Se prop. 2001/02:58. Allmännyttiga bostadsföretag som ledde till lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag. 2 kap. i den lagen upphävdes genom lag (2007:480) och hela lagen upphävdes den 1 januari 2011 och ersattes av lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag.

⁴⁷ Se prop. 2000/01:36, *Sjukhus med vinstsyfte*. Lagrådet anförde att det i lagrådsremissen inte hade diskuterats om målet att bevara grunden för den allmänna hälso- och sjukvården, som skulle vara demokratiskt styrd, solidariskt finansierad och given utifrån behov kunde nås på *något annat sätt* än genom det föreslagna förbudet mot att överlämna driftsansvar för akutsjukhus. Det var därför, enligt Lagrådet, svårt att se att inte ett landsting, som träffar avtal om sådant överlämnande, skulle kunna villkora avtalet genom regler som skulle tillgodose att målet uppnås. Regeringen valde slutligen att tillgodose proportionalitetskravet genom att göra lagen tidsbegränsad och lagen (2000:1440) om landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan. Lagen upphörde att gälla 2002.

143. Regeringen föreslog under 2005 nya bestämmelser om inskränkning av landstingens möjligheter att genom avtal med någon annan överlämna driften av hälso- och sjukvård som ges vid sjukhus. Enligt regeringen inskränkte detta den kommunala självstyrelsen, men att detta måste ställas mot det nationella intresset av att stärka samordningen och bibehållandet av den högspecialiserade vården och att inskränkningen av det skälet likafullt fick anses som godtagbar i konstitutionellt hänseende.⁴⁸
144. Den politiska debatten gällande inskränkningar i den kommunala självstyrelsen resulterade sedermera i de grundlagsändringar som gäller sedan den 1 januari 2011. Enligt 14 kap. 3 § RF gäller numera att en inskränkning i den kommunala självstyrelsen inte bör gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den. Bestämmelsen är alltså fakultativ, vilket gör att den inte kan bli föremål för lagprövning i efterhand, men att inskränkningar likafullt ska göras med tillämpning av en proportionalitetsprincip.
145. Av förarbetena följer att proportionalitetsprövningen bör innefatta en skyldighet att undersöka om det ändamål som regleringen avser att tillgodose kan uppnås på ett för det kommunala självbestämmandet mindre ingripande sätt än det som föreslås. Om sålunda olika möjligheter finns för att nå samma mål bör riksdagen av hänsyn till principen om den kommunala självstyrelsen välja den reglering som lägger minst band på den kommunala självbestämmanderätten. Regeringen ansåg det nödvändigt att särskilt framhålla att detta givetvis *förutsätter* att det i lagstiftningsprocessen har gjorts *noggranna analyser* av den påverkan olika förslag har på den kommunala självstyrelsen, något som torde bli särskilt viktigt att beakta i förevarande utredning.⁴⁹
146. På basis av ändringarna i grundlagen gav regeringen Statskontoret sedermera i uppdrag att fram ett underlag rörande proportionalitetsbedömningar av förslag till ny lagstiftning som kan komma att inskränka den kommunala självstyrelsen, utformning av annan statlig styrning än normering, specialdestinerade statsbidrag samt överföring av uppgifter till vissa kommuner eller landsting (numera regioner).⁵⁰
147. Enligt Statskontoret kan en proportionalitetsbedömning inför lagstiftningsåtgärder som inskränker den kommunala självstyrelsen delas upp i två delar, nämligen:
- a) En analys av de konsekvenser förslag till ny lagstiftning får för den kommunala självstyrelsen.

⁴⁸ Se prop. 2004/05: 145, *Driftsformer för offentligt finansierade sjukhus*. Lagändringen innebar att uppgiften att bedriva hälso- och sjukvård som gavs vid ett regionsjukhus eller en regionklinik inte fick överlämnas till någon annan. Vidare föreskrevs att varje landsting skulle driva minst ett sjukhus i det egna landstinget i egen regi. Överlämnade landstinget driften av hälso- och sjukvård vid övriga sjukhus till någon annan, skulle avtalet innehålla villkor om att verksamheten skulle drivas utan syfte att ge vinst åt ägare eller motsvarande intressent och att vården skulle bedrivas uteslutande med offentlig finansiering. Bestämmelserna upphävdes sedermera av den då borgerliga regeringen 2007.

⁴⁹ Prop. 2009/10:80 s. 212 f. I detta hänseende överensstämmer tillvägagångssättet väl med vad som följer av den allmänna proportionalitetsprincipen. Dett

⁵⁰ Statskontoret, *Kommunalt självstyre och proportionalitet*, rapport 2011:17.

- b) En avvägning mellan de kommunala självstyrelseintressena och de nationella intressen som den föreslagna lagstiftningen ska tillgodose.⁵¹
148. I intresseavvägningen ingår, enligt Statskontoret, att *pröva olika alternativ* till reglering. Den reglering som slutligen väljs bör inte inskränka den kommunala självstyrelsen i större utsträckning än vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den. Statskontoret tog hänsyn till Lagrådets uttalanden i tidigare lagstiftningsprocesser (bl.a. de som nämnts ovan). I analysen av konsekvenserna för självstyrelsen ansåg därför Statskontoret att följande frågeställningar är särskilt viktiga att beakta:
- Påverkar förslaget uppgiftsfördelningen mellan staten och kommunsektorn?
 - Begränsar förslaget den kommunala beskattningsrätten?
 - Har förslaget betydelse för den kommunala demokratin, t.ex. genom att begränsa fullmäktiges möjligheter att fatta beslut?
 - Påverkar det kommun- eller regionpolitikernas handlingsutrymme eller medborgarnas möjlighet att utöva inflytande?
 - Försvårar eller omöjliggör förslaget en lokal anpassning?
 - Påverkar förslaget kommunernas och landstingens möjlighet att bestämma hur de ska bedriva eller organisera sin verksamhet? Här bör särskilt beaktas om förslaget innebär en reglering av organisation, bemanning och behörighet i kommunal verksamhet.
 - Innebär förslaget att man inom någon del av den kommunala verksamheten inför nya rättigheter för medborgarna?
 - Innebär förslaget statlig tillsyn över kommunal verksamhet?
 - Innebär förslaget att en kommun eller ett landsting görs beroende av att tillstånd ges från en statlig myndighet?
 - Föreslås domstolskontroll av den kommunala verksamheten?⁵²
149. Vad gäller själva intresseavvägningen framhåller Statskontoret att proportionalitetsbedömning bör innehålla en *beskrivning av de nationella värden* som eftersträvas. Det är väsentligt att visa *vad det är som brister* och *om det finns skäl för en lagreglering*. Det finns även anledning att resonera om *andra alternativa lösningar*, där staten bör kunna visa varför det finns ett behov av den föreslagna lagstiftningen. Finns det några för självstyret mindre inskränkande alternativ? Varför är det inte tillräckligt med någon annan, mindre ingripande, statlig styrning?⁵³
150. För att inskränkande åtgärder ska kunna övervägas torde utredningsalternativen, enligt min mening, allra minst behöva breddas. Direktiven är såsom de är uttryckta i dag för snävt formulerade för att en adekvat analys alls ska kunna göras huruvida eventuella inskränkningar kommer att vara förenliga med grundlagsbestämmelserna om den kommunala självstyrelsen. Därvidlag måste även, som ovan nämnts, först hänsyn tas till de brister i förutsättningarna som redan behandlats.

⁵¹ A.a., s. 8.

⁵² A.a., s. 9.

⁵³ A.a. s. 10.

151. *Sammantaget* måste det i likhet med den allmänna proportionalitetsbedömningen även med hänsyn till det kommunala självstyret anses att föreskrifter av nu aktuella karaktär är så undermåligt underbyggda att inskränkingsföreskrifter inte får tillämpas. I praktiken innebär detta kommuner och regioner därigenom torde vara oförhindrade att i strid mot sådan föreskrift ändå låta leverantörer som bedriver privat vårdverksamhet delta i upphandlingar.

Stockholm 2021-09-27



Lars Henriksson