

Rättsutlåtande

till Ägarprövningsutredningen avseende

Varaktighetskriterier vid investeringar i skelsektorn, m.m.

Professor Daniel Stattin
Professor i civilrätt, särskilt associationsrätt
vid Uppsala universitet

Innehåll

1. Uppdraget	3
2. Varaktighetsbegreppet	3
2.1 Inledande anmärkningar	3
2.2 Varaktig ägarbild	4
2.3 Varaktig verksamhet	5
2.4 Varaktighet och riskkapitalinvesteringar	6
2.5 Slutsatser	6
3. Andra varaktighetsrelationer	7
4. Kapitalkrav	8
4.1 Inledande anmärkningar	8
4.2 Kapitalbas och garantier	8
4.3 Stabilitetsbuffert	9
4.4 Reservfond	10
4.5 Slutsatser	10
5. Utdelningsbegränsningar och claw backs	10
6. Etableringskontroll	11
6.1 Inledande anmärkningar	11
6.2 Tillståndsgivning	12
6.3 Ägar- och ledningsprövning	12
6.4 Intressekonflikter	13
6.5 Slutsatser	14
7. Tillsyn och sanktioner	14
8. Associationsformsneutralitet	16
9. EU-rättsliga frågor	18
10. Sammanfattande bedömning	20

1. Uppdraget

Jag har fått Ägarprövningsutredningen ("utredningen") uppdrag att avge ett rättsutlåtande över frågor om varaktighetskriterier vid investeringar i skolsektorn med utblick mot andra sektorer inom vad som kan beskrivas som vård-, skola, och omsorgsområdet. Av uppdragsbeskrivningen framgår det följande:

"I uppdraget ingår att utreda om det är rättsligt möjligt och lämpligt att införa kriterier för vad som ska betraktas som varaktigt ägande. Utredningen ska i första hand omfatta friskolesektorn men ska också bedöma om sådana kriterier även ska gälla andra offentligt finansierade välfärdstjänster.

Uppdraget är inriktat på en juridisk bedömning av hur definition och reglering av varaktighet kan genomföras, dvs.

(a) om det – med beaktande av bland annat associationsrättsliga aspekter och EU-rättsliga aspekter – är möjligt att reglera vad som skall betraktas som varaktigt ägande i företag som utför tjänster i den offentligt finansierade välfärdssektorn,

(b) om reglering av varaktigt ägande skulle vara lämplig, sett till sådant som påverkan bolagsstyrningens effektivitet, verksamhetens effektivitet eller neutralitet mellan olika verksamhetsformer, samt

(c) hur en reglering skulle kunna utformas.

I utredningen skall förekommande samband mellan olika ägarmodeller och varaktigt ägande uppmärksammas."

Jag har inför uppdraget sammanträffat med utredningens kansli vid två tillfällen, varav utredningens ordförande deltog vid ett, och med utredningens ledning, kansli och experter vid ett tillfälle. Vid de båda senare tillfällena redovisade jag preliminära slutsatser avseende uppdraget.

Utredningen har givit adjungerade professorn Rolf Skog i uppdrag att utreda betydelsen av den aktiebolagsrättsliga syftesbestämningen och professorn Per Strömberg i uppdrag att utreda hur riskkapitalinvesteringar fungerar i den aktuella sektorn. Jag kommer inte i detta utlåtande att beröra de frågor som utretts i dessa utredningar.¹

2. Varaktighetsbegreppet

2.1 Inledande anmärkningar

Utredningen tillsattes den 20 december 2012 genom direktiv från regeringen.² Utredningens uppdrag utökades genom ett tilläggsdirektiv den 16 januari 2014³ till att omfatta bland annat

".../ om det är rättsligt möjligt och lämpligt att införa kriterier för vad som ska betraktas som varaktigt ägande i friskolesektorn. Utredningen ska också bedöma om sådana kriterier även ska

¹ Det kan emellertid noteras att jag delar de uppfattningar som kommer till uttryck i Rolf Skogs utredning (Per Strömbergs utredning ligger utanför mitt expertområde).

² Dir. 2012:11.

³ Dir. 2014:3.

gälla andra offentligt finansierade välfärdstjänster. Eventuella förslag får emellertid inte utformas på sådant sätt att de skulle kunna utesluta vissa ägarformer.”⁴

Hur varaktighetskriteriet skall uppfattas framgår emellertid inte klart av direktiven. I den allmänna debatten har det anförts att varaktighet borde innebära en investeringshorisont på minst 10 år med, får man anta, en oförändrad eller näst intill oförändrad ägarbild under denna tid. Det finns emellertid inget tidskriterium för varaktighet i direktiven.

I direktiven preciseras utredningsuppdraget i vissa avseenden. Utredningsuppdragets syfte anges vara

”/.../ att ytterligare säkra samhällets krav på att dem som äger och driver företag inom skola, vård och omsorg ska ha ett långsiktigt och seriöst engagemang och bedriva en god och högkvalitativ verksamhet. I likhet med finanssektorn finns det även inom välfärdssektorn behov av att säkerställa att ägare och företagsledningar är seriösa och kompetenta.”⁵

I syftesformuleringen framkommer två aspekter på utredningsuppdraget, nämligen dels ett ”långsiktigt och seriöst engagemang”, dels att ”ägare och företagsledningar är seriösa och kompetenta”. Dessa aspekter kommer att bilda ramen för det följande utlåtandet.⁶

Syftesformuleringen säger emellertid inte särskilt mycket mer om vad som avses med varaktighet. Det indikerar att syftet med varaktigheten är att verksamheten skall bedrivas med hög kvalitet över tiden, men när regeringen utvecklar sina synpunkter framstår emellanåt ”varaktigt ägande” i sig som ett självändamål.⁷ Inför den fortsatta utredningen behöver därför olika tänkbara varaktighetskriterier identifieras.

Varaktighet kan avse en av två icke ömsesidigt uteslutande faktorer, nämligen varaktig verksamhet och varaktigt ägande. De olika varaktighetskriterierna ställer helt olika krav på regleringen.

Varaktig verksamhet ställer krav på att det bolag⁸ som utför verksamheten har kapacitet att utföra denna över tiden med tillräcklig kvalitet. Det innebär att bolaget måste vara stabilt i kompetensmässigt och ekonomiskt avseende. Det torde innebära att bolagsledningen måste upprätthålla vissa kvalifikationer över tiden. Det säger emellertid inget om vem som skall äga bolaget.

Varaktigt ägande innebär att samma ägare skall äga bolaget över en viss tid som inte preciserats i direktiven. Ett varaktigt ägande säger i sig inget om kvaliteten i den bedrivna verksamheten, utan endast att ägarbilden är densamma.

2.2 Varaktig ägarbild

I direktiven framkommer uppfattningen att en fördel med att ägarbilden är statisk, i vart fall över det medellånga perspektivet, är att det skulle bli lättare att säkerställa kvaliteten i verksamheten. Varför så skulle vara fallet framgår emellertid inte, annat än att det antyds att det

⁴ Dir. 2014:3, s. 1.

⁵ Dir. 2014:3, s. 2.

⁶ Det framhålls också att de två aspekterna är kommunicerande kärn, se aa, s. 4.

⁷ Jfr t.ex. ” Om ett bolag i välfärdssektorn enbart är verksamt för att göra en kortsiktig vinst eller t.ex. genom sin investeringspolicy är inriktat på att sälja inom en viss angiven tidsperiod, kan det bli svårt att uppfylla kravet på varaktigt ägande.” Aa., s. 7.

⁸ I uppdraget och direktiven framgår att associationsformsneutralitet skall eftersträvas. Jag har emellertid valt att utgå från den dominerande företagsformen, aktiebolaget, och sedan jämföra detta med andra företagsformer.

skulle medföra problem med omfattande ägar- och ledningsprövningar när ägandet inte är långvarigt även om exemplet då gäller större utbildningskoncerner som genomför förvärv.⁹

En varaktig ägarbild förutsätter att ägaren blir föremål för någon form av prövning vid inträdet som ägare, det vill säga en ägarprövning, och då befins lämplig. Det är emellertid svårt att säkerställa att varaktighet verkligen uppkommer herefter. Det kan i och för sig ställas krav på långsiktiga planer i samband med ägarprövningen, men det är svårt eller omöjligt att säkerställa att sådana planer verkligen följs när tillstånd till verksamheten väl meddelats. Att planerna inte följs kan bero på såväl ekonomiska realiteter, vikande elevunderlag, andra prioriteringar eller svårigheter att rekrytera kompetent personal likaväl som på att ägaren vill göra omfattande vinstuttag. En varaktighetsbrist skulle också i mindre verksamheter som är mer personrelaterade kunna uppkomma om ägaren eller dess dominerande representant blir sjuk eller avlider.

Oavsett varför en ägare som i och för sig tidigare utfäst att vederbörande skall vara varaktig väljer att lämna sitt ägande är det svårt att sanktionera på ett effektivt sätt. Återkallande av tillstånd fungerar inte, eftersom det mer eller mindre inte spelar någon roll för den tidigare ägaren och endast drabbar en tillkommande ägare och brukare. Sanktionsavgifter skulle möjligen fungera bättre, under förutsättning att de kan riktas direkt mot ägaren och inte mot den egentlige utövaren av verksamheten, det vill säga det företag som bedriver skolverksamhet. Om anledningen till att ägandet lämnas är ekonomiska svårigheter skulle emellertid sanktionsavgifter knappast ha någon avgörande effekt.

Det finns sannolikt möjlighet att använda skatteincitament för att påverka varaktigheten, till exempel genom att vederlaget vid en försäljning beskattas beroende på när försäljningen sker i förhållande till något kriterium. Att konstruera en sådan modell, eller avgöra om den är lämplig eller rättsenlig, ligger emellertid utanför mitt uppdrag,

Slutsatsen är att varaktigt ägande i sig knappast är en garanti för att verksamheten bedrivs med kvalitet och stabilitet och att det är svårt att sanktionera brister i varaktighet på ett effektivt sätt.

2.3 Varaktig verksamhet

I direktiven betonas också vikten av att verksamheten kan bedrivas över tiden med kvalitet och stabilitet. Om så är fallet torde det i och för sig vara av mindre vem som är ägare.¹⁰

Varaktighet i verksamheten beror emellertid mycket på vem som är ägare vid varje enskilt fall. En ägare som inte är tillräckligt kompetent kan förstöra en verksamhet som har förutsättningar att vara av hög kvalitet. Det innebär emellertid inte att ägarens kompetens automatiskt skall värderas efter samma kriterier som företagsledningens kompetens. Ägaren behöver i och för sig verksamhetskompetens, men också kompetens i till exempel finansiella frågor och bolagsstyrning. En ägare som brister i något av de sistnämnda avseendena kan vara lika skadlig för verksamheten som en ägare som brister i verksamhetskompetens.

Precis som när det gäller varaktigt ägande är varaktig verksamhet i vissa avseenden svårt att reglera. I likhet med det förstnämnda kan förutsättningarna för varaktig verksamhet granskas inom ramen för ett tillståndsförfarande, men när tillstånd väl har givits är det svårt att sä-

⁹ Det kan fö. diskuteras om inte detta exempel är feltänkt. Om det redan skett en kvalitets- och stabilitetsmässig ägar- respektive ledningsprövning av verksamhet som bedrivs i en koncern torde det, tvärtom, bli lättare att göra förnyade prövningar vid detta företags förvärv av ytterligare verksamhet. Därtill kommer att det i princip torde vara lättare för större verksamheter, än mindre sådana, att bygga upp en kompetent och stabil organisation.

¹⁰ En annan sak är naturligtvis att politiska aspekter kan läggas på frågan.

kerställa att verksamheten blir varaktig. Det finns emellertid fler instrument att använda för att skapa förutsättningar för varaktig verksamhet än för varaktigt ägande. I princip kan tre olika typer av instrument tänkas, nämligen incitament att skapa varaktigt ägande, sanktioner mot ägarbeteenden eller verksamhetsbeteenden som inte anses önskvärda och olika former av kapitalkrav för att säkerställa att verksamheten har långsiktig överlevnadspotential. De olika instrumenten kommer att diskuteras närmare i det följande.

2.4 Varaktighet och riskkapitalinvesteringar

En betydande del av investeringarna i välfärdssektorn sker i dag av olika så kallade riskkapitalbolag.¹¹ Riskkapitalbolagen är inbördes olika i storlek, investeringsstrategier och sätt att utöva bolagsstyrning, varför det är svårt att på ett generellt plan utvärdera riskkapitalinvesteringar. Det förtjänar emellertid att framhållas att riskkapitalbolags styrning av de bolag där investeringar sker ur åtminstone ett teoretiskt finansiellt perspektiv torde kunna betraktas som en effektiv styrform.¹²

Beträffande riskkapitalinvesteringar gäller vidare att sådana i princip kan antas styras som långsiktiga investeringar eftersom affärsidén med verksamheten är att göra en investering och utveckla verksamheten så att den kan säljas med vinst. Det är inte ett primärt intresse vid riskkapitalinvesteringar att ta ut så mycket kapital som möjligt ur verksamheten, eftersom den då sannolikt skulle vara i ett sådant skick att den inte gick att sälja med förtjänst vid slutet av en investeringscykel på upp till åtta år.¹³ Det är med andra ord avkastningen vid försäljning, inte den årliga kassaflödesmässiga avkastningen som är av intresse. Kassaflödet är emellertid fortfarande viktigt eftersom det finansierar den lånedel som typiskt sett finns i en riskkapitalinvestering – om lånedelen är för hög kan således en mycket stor del av kassaflödet behövas för att finansiera den.

Huruvida det är lämpligt med riskkapitalinvesteringar i välfärdssektorn kan inte utvärderas som en juridisk fråga, men det kan framhållas att krav på varaktighet i ägande som innebär att ägandet skall fortgå över mer än åtta år i praktiken kommer att innebära att inga riskkapitalinvesteringar sker i välfärdssektorn. Sammantaget framstår emellertid oron för kortsiktighet vid riskkapitalinvesteringar ur ett rättsvetenskapligt perspektiv som överdriven.

2.5 Slutsatser

Av den ovanstående diskussionen kan först konstateras att varaktighet så som det kommit till uttryck i regeringens direktiv till Ägarprövningsutredningen inte är ett enhetligt koncept. Det finns olika uttalanden som pekar i olika riktning. Det kan dock antas att varaktigt ägande i sig – alltså oavsett kvaliteten i verksamheten – inte är eftersträvansvärt. Det överordnande målet torde vara stabil och kvalitativ verksamhet för brukarna. Det kräver bland annat en kapitalbas som är tillräcklig och engagemang och kompetens hos ägarna i allmänhet och företagsled-

¹¹ Termen riskkapitalbolag är inte precis utan kan innefatta en mängd olika typer av ägare. Typiskt sett avses ungefär att investeringar sker från en ägare som har som affärsidé att inneha ägandet under en period upp till åtta år och senast då sälja innehavet till en annan riskkapitalist, ett företag eller genomföra en börsintroduktion. Riskkapitalinvesteringar kännetecknas ofta av att en betydande del av investeringen är upplånad och att upplåningen finansieras med delar av kassaflödet från den verksamhet vari investeringen sker.

¹² Jfr Stattin, Fonder och bolagsstyrning. Probleminventering och utgångspunkt för forskning. De lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2012, Uppsala, 2012, s. 101 med hänvisningar.

¹³ Tidsmåttet åtta år är relaterat till den vanligen maximala önskvärda livstiden på en riskkapitalfond, som är just åtta år, även om det kan vara önskvärt att en investeringscykel vid en riskkapitalinvestering är något kortare än så.

ningen i synnerhet. Inom ramen för det ultimativa målet att skapa kvalitet och stabilitet kan emellertid en faktor vara varaktighet i ägandet.

En reglering som är inriktad på varaktighet i verksamheten har fördelar framför en reglering som är inriktad på varaktighet i ägandet. Det är svårt att på ett meningsfullt sätt reglera varaktigt ägande, eftersom huruvida varaktighet i praktiken kommer att vara för handen är avgörande av hur ägarna efter en etableringskontroll ställer sig till verksamheten, om de har resurser och kompetens eller till och med om ägaren kommer på obestånd eller, i fråga om fysiska personer, blir sjuk eller avlider. De metoder att reglera varaktighet i ägandet som jag kan tänka mig vara effektivare efter en etableringskontroll är i första hand sådana som är förknippade med ekonomiska sanktioner i form av avgifter, skatter eller liknande. Ekonomiska sanktioner fungerar emellertid inte om ägaren ser större fördelar med att avyttra eller lägga ner verksamheten trots den ekonomiska sanktionen, om den ekonomiska sanktionen i praktiken kommer att belasta verksamheten eller om ägaren faktiskt inte kan betala. Det är meningslöst att arbeta med varningar och återkallade tillstånd mot en ägare som inte vill driva verksamheten vidare.

Varaktighet i verksamheten kan inte heller garanteras med regler, men det är lättare att skapa regler som ger förutsättning för varaktighet. Jag har i det föregående lyft fram kapitalkrav för att stabilisera verksamheten och ägar- och ledningsprövning för att säkerställa kompetens och engagemang.

Jag ser det sammantaget som mindre fruktbart att utveckla förslag till reglering av varaktigt ägande i och för sig, utan kommer att inrikta mig på varaktig verksamhet, vari alltså ett stabilt ägande kan vara en parameter. För att verksamheten skall vara varaktig krävs alltså enligt min uppfattning att den har en tillräcklig kapitalbas och att ägare och företagsledning är tillräckligt engagerade och kompetenta. Detta kommer att utvecklas i avsnitt 4 och 6.

3. Andra varaktighetsrelationer

Varaktighetsbegreppet är relaterat till några andra begrepp som det finns anledning att översiktligt beröra i denna utredning.

(1) För det första förutsätter varaktighet att verksamheten är vinstdrivande eller finansieras genom återkommande tillskott från ägarna (så kallat negativt vinstintresse). Om det föreligger ett negativt vinstintresse torde ägarna ha ett direkt ansvar för verksamheten genom reglerna om ansvarsgenombrott i rättspraxis.¹⁴ Om inte verksamheten finansieras genom ägartillskott måste den per definition gå med vinst.¹⁵ Att verksamheten måste gå med vinst säger däremot inget om hur stor vinsten måste vara eller i vilken utsträckning det skall vara möjligt att göra vinstuttag ur det verksamhetsdrivande bolaget.

Ett annat – icke-juridiskt – sätt att se relationen mellan varaktighet och vinst är att verksamhet som inte bedrivs effektivt inte går med vinst och i sådana fall kan tänkas ha andra kvalitetsbrister. Relationen är inte automatisk. Den säger heller inget om hur stor vinst eller vilka vinstuttag som skall förutsättas.

(2) Den internationella bolagsstyrningsforskningen bygger i stor utsträckning på att aktiebolag har till syfte att generera vinst som fördelas mellan aktieägarna. Detta vinstsyfte funge-

¹⁴ NJA 1947 s. 657.

¹⁵ Förutsatt att inte det framgår något annat av bolagsordningen, jfr 3 kap. 3 § och 32 kap. ABL.

rar därmed som handlingskorrektiv för företagsledningen såtillvida att företagsledningen har vad som åtminstone i teorin är relativt tydliga handlingsregler att följa.¹⁶ I organisationer som inte har vinstsyfte eller har ett blandat syfte blir det väsentligt svårare att övervaka företagsledningen, eftersom övervakningen måste ske mot ett panorama av olika handlingsregler.¹⁷ Denna komplexitet kan leda till sämre bolagsstyrning och/eller ställer högre krav på övervakningsfunktionen (det är bland annat därför det behövs lekmannarevisorer i vissa verksamheter med samhällsintressen).

(3) I det föregående har en koppling mellan varaktighet och kvalitet gjorts. Det innebär emellertid inte att det skulle finnas ett direkt samband mellan varaktighet och kvalitet.

4. Kapitalkrav

4.1 Inledande anmärkningar

I det föregående har tre varianter av kapitalkrav identifierats, nämligen kapitalbas inklusive bindande garantier, stabilitetsbuffert och reservfond. Kapitalkraven har det gemensamt att det finns principiella förebilder i den finansiella sektorn (kapitalkrav, stabilitetsbuffert) eller i äldre aktiebolagsrätt (reservfond).

4.2 Kapitalbas och garantier

Med kapitalbas avses att det verksamhetsdrivande bolaget och/eller den koncern i vilket detta ingår har tillräckligt kapital för att överleva finansiella svårigheter. Genom att det finns tillgängligt kapital som kan användas under perioder när intäkterna är minskande.

För att en tillräcklig kapitalbas skall kunna bestämmas måste det avgöras vilken finansiell stabilitet som skall eftersträvas och hur denna skall beräknas. Att bestämma eftersträvansvärd finansiell stabilitet är inte en juridisk uppgift, utan den behöver lösas med hjälp av vetenskapen finansiell ekonomi. Det har utvecklats metoder för att bestämma tillräcklig kapitalbas i den finansiella sektorn och även om dessa metoder inte kan tillämpas i välfärdssektorn, visar de att det är möjligt att konstruera metoder för att göra konkreta bestämmingar.

Det måste vidare avgöras på vilken nivå i en företagsgrupp som krav skall ställas på en tillräcklig kapitalbas. Detta kan ske i det enskilda verksamhetsdrivande bolaget eller på koncernnivå. Det kan förekomma flera koncerner och då uppkommer frågan om krav skall ställas på underkoncernerna eller toppkoncernen. Den enklaste lösningen är att ställa kapitalkrav på det verksamhetsdrivande bolaget, men det kan finnas skäl till att ett enskilt verksamhetsdrivande bolag i en koncern går med förlust och därmed förbrukar det kapital som skall vara tillgängligt. Så kan vara fallet till exempel en särskild skolenhet som går med förlust är under uppbyggnad eller behövs för att göra det tillhandahållna utbytet av skolverksamhet fullständigt. Om kapitalbaskravet i stället läggs på koncernnivå uppkommer frågor om hur den juridiska bindningen skall vara mellan de i juridisk mening självständiga aktiebolag som ingår i koncernen. Särskilt i en situation där flera koncernbolag går med förlust kan det vara svårt att

¹⁶ Stattin, Företagsstyrning. En studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning, 2 uppl., Uppsala, 2008, kap. 5 med vidare hänvisningar.

¹⁷ Stattin, Lekmannarevisorer. Om allmän granskning i kommun- och landstingsägda aktiebolag, FT 2011 s. 141.

inom det aktiebolagsrättsliga systemet säkerställa att kapitalkrav som ställs på koncernnivå blir effektivt i förhållande till de enskilda verksamhetsdrivande bolagen.¹⁸

Sammantaget drar jag slutsatsen av diskussionen att det behöver ställas kapitalkrav både på enskilda verksamhetsdrivande bolag och på hela företaget, det vill säga alla de juridiska enheter som ingår i en koncernstruktur tillsammans. Det senare måste av aktiebolagsrättsliga skäl riktas mot moderbolaget i koncernen.

Kapitalbas skulle kunna uppnås på två sätt, som kan kombineras. För det första genom att det finns tillräckligt mycket kapital låst i de enskilda juridiska enheterna, för det andra genom att en garanti ställs ut av någon som är betalningsduglig. En del av problemen med att bygga upp och vidmakthålla en kapitalbas som indikerats i det föregående kan lösas genom att garantier används till enskilda bolag i en koncernstruktur, så länge hela företaget har möjlighet att infria utställda garantier. Jag rekommenderar därför att eventuella regler om kapitalkrav konstrueras så att både kontanta medel och garantier kan användas.

Om en garantilösning väljs är det viktigt att klargöra vilken bundenhet att infria utställda garantier som uppkommer. I den finansiella sektorn förekommer att garantier får användas i stället för kapitalkrav, till exempel så kallade likviditetsgarantier, under förutsättning att den som vill ställa ut en garanti kan ge in ett rättsutlåtande till Finansinspektionen som klargör att garantin är juridiskt bindande för utställaren. En liknande lösning skulle kunna väljas på välfärdsområdet.

Det kan tilläggas att om garantier ställs ut kan det förutses att det kommer att finnas ett önskemål bland investerare i välfärdssektorn om att de kan konstrueras så att de inte får balansräkningseffekt, det vill säga så att de inte behöver redovisas i årsredovisningen. Om detta är möjligt är emellertid i första hand en redovisningsteknisk fråga. Ur juridisk synpunkt har den ingen betydelse så länge utställda garantier är bindande.

4.3 Stabilitetsbuffert

En stabilitetsbuffert skulle till skillnad från kapitalkrav som ställs på verksamhetsutövare innebära att verksamhetsutövarna får sätta av vissa belopp till en eller flera centrala fonder som kan användas för att täcka underskott som uppkommer hos enskilda verksamhetsutövare.

En stabilitetsbuffert kräver att det byggs upp en organisation för att administrera avgifter, förvaltning med mera. På den finansiella sektorn skulle denna funktion kunna utövas av till exempel Riksbanken eller Riksgäldskontoret, men det saknas en naturlig aktör på välfärdsområdet som kan utöva dessa funktioner. Eftersom den mesta välfärdsverksamheten är knuten till kommuner och landsting skulle det kunna ligga nära tillhands att låta dessa förvalta olika stabilitetsfonder, men inte heller kommuner och landsting har någon naturligt kompetens på detta område. Det kan vidare leda till principiella betänkligheter att låta skattefinansierad verksamhet sätta av medel till olika stabilitetsfonder.

Sammantaget bedömer jag att kostnaderna och de möjliga övriga invändningar som kan resas mot en eller flera stabilitetsfonder på välfärdsområdet gör att en sådan lösning inte bör övervägas.

¹⁸ Det kan noteras att en koncern inte är en juridisk person, så med en koncernlösning måste kapitalkrav i juridisk mening ställas på ett moderbolag.

4.4 Reservfond

I tidigare gällande aktiebolag fanns ett krav på att ett aktiebolag skulle bygga upp en reservfond som motsvarade en del av aktiekapitalet. Motsvarande lösning skulle kunna tänkas avseende verksamhetsdrivande bolag i välfärdssektorn.

Beträffande en reservfond kan de invändningar som restes beträffande att reglera kapitalkrav i enskilda verksamhetsutövande bolag resas. En reservfond kommer helt enkelt aldrig att byggas upp i de bolag som verkligen behöver en sådan. Den skapar heller inget ansvar för ägarna att stötta ett verksamhetsdrivande bolag i finansiellt avseende.

Sammantaget bedömer jag att en reservfondsreglering inte skulle lösa de finansiella stabilitetsfrågorna i enskilda verksamhetsdrivande bolag. Det är överhuvudtaget inte en applicerbar lösning på koncernnivå.

4.5 Slutsatser

Jag drar mot den ovanstående bakgrunden slutsatsen att kriteriet om varaktig verksamhet bäst tillgodoses om det införs kapitalkrav på såväl enskilda verksamhetsdrivande bolag som på koncerner inom välfärdssektorn. Som framgått i det föregående anser jag att kapitalkraven kan uppfyllas genom utställande av juridiskt bindande garantier från någon som är betalningsduglig.

5. Utdelningsbegränsningar och claw backs

Det är möjligt att kombinera till exempel kapitalkrav med utdelningsbegränsningar eller så kallade claw backs. Utdelningsbegränsningar fungerar som en spärr mot viss utdelning och claw backs som återkrav på utdelningar om vissa förhållanden, till exempel underskott i verksamheten, föreligger.

Utdelningsbegränsningar är formellt lätta att införa generellt eller i bolagsordningen, eftersom de kan knytas till reglerna om tillåten vinstutdelning i 17 kap. ABL. De är emellertid också lätta att kringgå genom till exempel koncerninterna transfereringar. För att en utdelningsbegränsning skall bli bindande förutsätts att den tas in i bolagsordningen eller att det aktuella aktiebolaget är ett så kallat aktiebolag med begränsad vinstutdelning enligt 32 kap. ABL. Effekterna av utdelningsbegränsningar av olika art är i detta avseende svåra att förutse, men det kan jämföras med den internationella skatterätten där det utvecklats komplexa metoder för att föra kapital mellan olika aktiebolag som ingår i internationella koncernstrukturer på ett så skatteeffektivt sätt som möjligt.

Om en utdelningsbegränsning införs i bolagsordningen eller om verksamheten bedrivs i ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning kommer den att värderas lägre än om motsvarande verksamhet bedrivs i annan regi. Det finns anledning att anta att det i sådana fall främst är idénriktade organisationer som kommer att finna det attraktivt att bedriva verksamhet i välfärdssektorn.

Claw backs finns beträffande incitaments- och bonusprogram i finanssektorn. I detta fall är de konstruerade så att delar av den rörliga ersättning som skall utfalla till nyckelpersoner hålls inne under en tidsperiod. Om det under tidsperioden visar sig att verksamheten enligt vissa kriterier inte gått så bra som det först indikerades kan delar av den rörliga ersättningen för-

falla. Claw backs kan dessutom vara konstruerade så att de fungerar som återkrav på tidigare utbetald ersättning.

Claw backs förutsätter att de företag som omfattas av sådana är ordentligt ekonomiskt genomlysta. Så är fallet på finansmarknadens dels eftersom de finansiella företagen i sig är föremål för genomlysning av marknaden vilken ytterst kommer till uttryck i aktiehandeln, dels eftersom de övervakas av Finansinspektionen i dialog med företrädare för företagen. Finansinspektionen har byggt upp en hög kompetens för att sköta sådan övervakning som inte motsvaras i någon nämnvärd utsträckning av den finansiella kompetens som kan finnas hos myndigheter på välfärdsområdet.

Claw backs är regulatoriskt svårare att utforma på välfärdsområdet. På det finansiella området riktas claw backs till nyckelpersoner i finansiella företag. Företagen har att se till att claw backs finns i de anställningsavtal de ingår med sådana nyckelpersoner. Om claw backs inte finns kan företagen sanktioneras på olika sätt. I välfärdssektorn skulle claw backs snarare behövas för att reglera, eller möjliggöra återkrav av, excessiv utdelning till ägarna. Då behöver regleringen utformas på annat sätt, eftersom företagen inte kan råda över de beslut som fattas av ägarna på till exempel bolagsstämman. Möjligen skulle claw backs kunna utformas så att de innebär avdrag på ersättning till företag i välfärdssektorn som tar för stor utdelning. Ett problem med en sådan lösning skulle emellertid vara att det medför att det är verksamheten som skulle drabbas av återkrav eller minskade anslag i första hand, med risk för åtföljande kvalitetsförsämringar, medan ägarna skulle drabbas blott sekundärt.

Sammantaget framstår utdelningsbegränsningar som ett mindre effektivt sätt att kontrollera kapitalanvändning i välfärdssektorn medan claw backs sannolikt skulle vara mer effektiva men också svårare att reglera så att det är önskvärda handlingsdirigerande effekter som uppnås utan att verksamheten skadas.

6. Etableringskontroll

6.1 Inledande anmärkningar

Krav på kapital eller andra krav för att säkerställa stabiliteten i välfärdsverksamhet behöver kompletteras med regler om etableringskontroll. Utan etableringskontroll tjänar helt enkelt stabilitetskrav inget syfte, eftersom det då inte är säkert att den som bedriver verksamheten överhuvudtaget är lämpligt att göra det.

Ägarprövningsutredningen har såvitt jag erfarit redan behandlat frågor om etableringskontroll. I samråd med utredningens ledning har jag ändå kommit fram till att det i avslutning till min utredning finns anledning att återkomma till samma frågor för att lyfta dem ur varaktighetsaspekt.

Etableringskontroll finns i så kallade reglerade industrier och är för svenskt vidkommande mest utvecklade på det finansiella området. Från detta område finns också den mest omfattande erfarenheten av tillämpning av etableringsregler. Det finns mot denna bakgrund anledning att föra diskussionen om etableringskontroll i ljuset av den finansiella regleringen och regeltillämpningen.

Etableringskontroll består av olika moment. Det första momentet – som är den egentliga etableringskontrollen – består av prövning om ett företag skall få tillstånd att bedriva viss verksamhet. I allmänhet talas då om tillståndsgivning. Det andra momentet, som kan ske momentant med det första, består av prövning om ledning och ägare är lämpliga att bedriva verksamheten. Det talas då om ägar- och ledningsprövning, vilket faller sönder i prövning av om företagsledningen är lämplig att leda verksamheten, om ägarprövning, det vill säga ägarna till företaget är lämpliga att utöva inflytande över sådan verksamhet och om ägarledningsprövning i koncerner eller företag där en annan intressent har ett kvalificerat inflytande, det vill säga en ledningsprövning i moder- eller inflytandebolaget.

Etableringskontroll behöver för att vara effektiv följas upp. Uppföljningen sker i form av tillsyn efter att etablering medgivits. Tillsynsfrågor kommer att behandlas i nästa avsnitt.

6.2 Tillståndsgivning

Tillståndsgivningsfrågorna kan delas upp i frågan om hur tillstånd skall beslutas och vad tillståndsgivningen skall beakta.

På det finansiella området finns en tillsynsmyndighet, Finansinspektionen, med ett samlat ansvar för tillståndsfrågorna. Fördelen med detta är att denna myndighet kan skapa en samlad kompetens i tillståndsgivningsfrågor och för en praxis som kan ge ledning både vid beslutsfattandet och för företag som överväger att ansöka om tillstånd. Såvitt jag kan se skulle samma lösning kunna tillämpas på välfärdsområdet. Alternativet är att låta kommuner eller landsting sköta delar av tillståndsgivningen, men då finns risken att någon samlad kompetens inte skapas varför det framstår som lämpligare att säkerställa deras medverkan på annat sätt.

Tillståndsgivningen bör ta sikte på sådana frågor som är relevanta för att avgöra om etablering bör få ske. Utöver den prövning som gäller verksamheten i och för sig torde alltså tillståndsprövningen behöva omfatta om verksamheten har tillräckligt kapitalunderlag och om ägare och ledning är lämpliga för uppgiften.

6.3 Ägar- och ledningsprövning

Även ägar- och ledningsprövningen bör kunna utföras enligt samma grunder som gäller för den finansiella sektorn. Finansinspektionens ägarprövning för juridiska personer – som görs som en sammanvägning av olika faktorer – beaktar enligt FFFS 2009:3 bland annat:

- Ekonomiska förhållanden såsom årsredovisning och kreditvärdering
- Styrelse och ledning
- Ägarförhållanden
- Intressekonflikter
- Tvister
- Insolvensförfaranden såsom konkurs- och ackordsprocesser
- Tidigare ansökningar, lämplighetsprövningar och sanktioner
- Finansiering
- Affärsplan och ekonomiska prognoser

Ägarprövningen för fysiska personer är likartad, men omfattar också vandelsfrågor. I övrigt bedömer jag att informationen och då särskilt sådan information som anger ägarens verksamhetsinriktning och ekonomi vara av stort intresse också på välfärdsområdet.

Finansinspektionens ledningsprövning har en likartad inriktning men i högre grad fokus på frågor om personlig lämplighet. Den omfattar både frågor om kompetens för den aktuella verksamheten och frågor om personliga förhållanden som om den som är föremål för ledningsprövning blivit avskedad, förvägrats ansvarsfrihet eller varit föremål för utredning av rättsvårdande myndigheter jämte har ordnad ekonomi och fullgjort sina skyldigheter gentemot samhället. Såvitt jag kan se är samma typer av frågor relevanta på välfärdsområdet.

6.4 Intressekonflikter

På finansmarknaderna måste potentiella intressekonflikter identifieras för att ett företag skall få vara verksamt. Det finns, om en lösning med etableringskontroll och kapitalkrav väljs på välfärdsområdet, anledning att överväga en reglering av intressekonflikter som ett medel att hantera vissa kvalitetsproblem.

En intressekonflikt uppkommer först när en person eller organisation ska tillvarata flera olika intressen och kan främja ett av dessa intressen framför ett annat. Det innebär inte att alla intressekonflikter utgör problem utan det intressanta är att identifiera vilka intressekonflikter som utgör verkliga problem och vilka som inte gör det. Med intressekonflikter i här aktuell bemärkelse avses intressekonflikter *dels* mellan företaget självt, inbegripet ledning, personal, anknutna ombud m.fl. och kunder, *dels* intressekonflikter mellan olika kunder.

Ett värdepappersinstitut ska vidta alla rimliga åtgärder för att *identifiera intressekonflikter* som uppstår vid tillhandahållandet av investeringstjänster och sidotjänster samt fastställa och tillämpa effektiva organisatoriska och administrativa förfaranden så att alla rimliga mått vidtas för att *förhindra att kunderna påverkas negativt av intressekonflikter*. Om de förfaranden som institutet vidtar inte räcker för att ge rimliga garantier för att effektivt förhindra att kundernas intressen påverkas negativt, ska värdepappersföretaget klart och tydligt *informera* kunden om den allmänna arten av eller källorna till intressekonflikten innan företaget åtar sig verksamhet för kundens räkning.¹⁹

Andra exempel på typiska intressekonflikter som kan uppstå i bank som bedriver finansieringsrörelse är sådana som kan uppstå mellan en kund och banken (däri innefattande men inte begränsat till anställda, ägare eller andra personer med direkt eller indirekt koppling till banken) eller mellan två eller flera av bankens kunder. Omständigheter som kan ge upphov till en intressekonflikt är sådana som medför en risk eller en väsentlig risk för att kunders intressen påverkas negativt. När potentiella intressekonflikter identifieras kan bland annat följande omständigheter beaktas:

- Kommer banken, dess ägare eller en av bankens anställda sannolikt att erhålla ekonomisk vinst eller undvika ekonomisk förlust på kundens bekostnad?
- Har banken, dess ägare eller en av bankens anställda ett annat intresse än kunden av resultatet av den tjänst som tillhandahålls kunden eller av den transaktion som genomförs för kundens räkning?
- Har banken, dess ägare eller en av bankens anställda ett ekonomiskt eller annat skäl att gynna en annan kunds eller kundgrupps intressen framför kundens intressen?
- Bedriver, banken, dess ägare eller en av bankens anställda samma eller liknande verksamhet som kunden?
- Tar banken, dess ägare eller en av bankens anställda emot eller kommer ta emot incitament av en annan person än kunden i samband med en tjänst till kunden, i form av

¹⁹ Prop. 2006/07:115, s. 447 f.

pengar, varor eller tjänster utöver standardkommissionen eller avgiften för den berörda tjänsten?

Såvitt jag kan se kan likartade intressekonflikter uppkomma på välfärdsområdet. Det kan röra sig om till exempel prioritering av verksamheten i förhållande till ekonomiska mål som sätts upp av det verksamhetsbedrivande företaget eller dess ägare eller val mellan olika alternativa handlingsmönster, såsom beslut att beställa mediciner, andra varor eller tjänster från leverantörer som verksamhetsutföraren har ekonomiska relationer med. Inom ramen för etableringskontrollen skulle en potentiell utförare av välfärdstjänster kunna åläggas att redovisa hur möjliga intressekonflikter kan hanteras. En sådan hantering av intressekonflikter skulle kunna omfatta framtagande av policier avseende bland annat hur verksamhet ska bedrivas och på hur risker eller relationer med kunder ska hanteras, krav på att det finns tillräcklig information att tillgå avseende förhållanden i företaget och att företagen öppet redovisar sin hantering av problem och krav på att den som tillhandahåller tjänster i första hand prioriterar kvaliteten i verksamheten, patientsäkerhet, följsamhet mot beprövade metoder och liknande.

6.5 Slutsatser

Sammantaget finner jag att den tillståndsgivning respektive ägar- och ledningsprövning som förekommer på den finansiella sektorn kan användas som förebild på välfärdsområdet. Det framstår som ett rimligt krav att det i ledningen för företag som bedriver verksamhet på välfärdsområdet ingår personer med kompetens att leda sådan verksamhet. När ledningsprövning görs bör beaktas att det kan ställas olika krav på företagsledningen – som behöver besitta en djupare kompetens för att kunna leda den dagliga verksamheten – och styrelsen som dels behöver ”välfärdskompetens” men också i hög grad annan kompetens för att kunna utöva strategisk ledning. I båda fallen bör strävan vara att ha allsidigt sammansatta ledningar som tillsammans kan svara mot de krav som kan ställas, även om prövningen kommer att ske på individnivå.

Likaså framstår det som rimligt att den som skall äga företag som bedriver välfärdsverksamhet har den finansiella styrka och stabilitet som krävs för att verksamheten skall kunna fungera med bibehållen kvalitet över tiden.

I båda fallen torde det vara lämpligt att prövningen om lämplighet föreligger görs som en helhetsbedömning.

7. Tillsyn och sanktioner

För att krav på verksamheten i företag som tillhandahåller välfärdstjänster skall fylla någon funktion krävs att det finns en myndighet som utövar tillsyn. Tillsynen bör inriktas på att krav för etablering, bland annat kapitalkrav, upprätthålls över tiden.

I det föregående har jag konstaterat att varaktighetskrav avseende ägande torde vara mindre lämpade, men om sådana ändå väljs torde tillsynen bli svårare. Det är helt enkelt svårt att i förväg ingripa mot att en ägare avser avyttra sitt innehav om inte ägaren själv meddelar detta.

På skolans område utövas tillsynen av Skolinspektionen. Min bedömning är att inspektionen skulle behöva mer kraftfulla tillsynsmedel för att verkligen fullgöra sin funktion. Utan att i detalj överväga vilka tillsynsmedel som bör förekomma kan en hänvisning göras till de tillsynsmedel som Finansinspektionen kan använda. I detta sammanhang finns det emellertid anledning att säga det följande om tillsynsfrågor.

(1) För att tillsynen skall fungera så effektivt som möjligt krävs att det etableras ett "early warning system" så att tillsynsmyndigheten på ett tidigt stadium kan identifiera risker och problem. På finansmarknadsområdet sker detta bland annat i och med att finansmarknadsaktörerna upprättar olika former av självvärderingar och delger dem till Finansinspektionen, samtidigt som inspektionens tjänstemän för en löpande tillsynsdialog med åtminstone viktigare finansmarknadsaktörer:

"Finansinspektionens tillsyn utövas i stor utsträckning i dialog med de finansiella instituten. Det innebär bland annat att inspektionens tjänstemän har löpande kontakt med institutet. Stora och viktiga institut kan till och med ha utsedda kontaktpersoner på inspektionen för att underlätta dialogen. Syftet med tillsynsdialogen torde vara dels att inspektionen skall vara uppdaterad på olika förändringar, dels att på ett så tidigt stadium identifiera problem och frågor att de aldrig behöver bli egentliga tillsynsärenden. Dialogen – och det vidare tillsynsarbetet – bygger i stor utsträckning på rapporter och utvärderingar av den egna verksamheten som finansiella institut upprättar. I alla situationer när en betydande del av underlaget för en prövning av verksamheten bygger på material som den som står under tillsyn själv har utarbetat blir det viktigt för den som utövar tillsynen att ta ställning till de metoder som använts för att upprätta underlaget.

Tillsynsarbete som bedrivs i dialogform med mer eller mindre omfattande underlag som tillsynsobjektet utarbetat själv har naturligtvis sina risker, till exempel att viktig information inte kommer fram eller undanhålls eller att ett symbiotiskt förhållande uppkommer mellan tillsynsobjekt och tillsynsmyndighet. Dessa risker till trots är förmodligen Finansinspektionens sätt att arbeta att föredra. En tillsyn som bedrivs utan medverkan från tillsynsobjekten skulle bli tungrodd och kostnadskrävande och det finns inget som tyder på att den skulle vara bättre på att hitta fel och brister i verksamheten. Erfarenheten visar dock att det är väldigt viktigt att Finansinspektionen är tydlig i sin kommunikation gentemot tillsynsobjekten.²⁰

Den finansiella tillsynen omfattar typiskt sett den rörelserättsliga lagstiftningen, till exempel lagen om bank- och finansieringsrörelse eller försäkringsrörelselagen, andra författningar som reglerar institutens verksamhet, institutets konstitutionella dokument såsom bolagsordning eller stadgar och olika former av interna instruktioner som grundas på den rörelserättsliga lagstiftningen.^{21,22}

Den höga ambitionsnivån i Finansinspektionens tillsyn är svår att återskapa på andra områden. Finansinspektionen har hög kompetens på det finansiella tillsynsområdet och har ungefär tvåtusen tillsynsobjekt. Skolinspektionen har mindre resurser och fler tillsynsobjekt. En form av early warning system skulle emellertid kunna vara att Skolinspektionen ges rätt att utarbeta kriterier för när utövare av skolverksamhet måste upplysa inspektionen om att något håller på

²⁰ I det uppmärksammade HQ-fallet kom den återkallelse av tillstånd som Finansinspektionen beslutade som en total överraskning för de inblandade aktörerna.

²¹ Jfr 13 kap. 2 § LBF.

²² Eklund/Stattin, Kapitalmarknadsrätt, kommande, avsnitt 4.2.2.

att hända, till exempel om utövarens ekonomi utvecklas på visst sätt, om det uppkommer problem att anställa personal med tillräcklig kompetens eller det sker byten av nyckelpersoner i företaget som bedriver verksamheten. Skolinspektionen skulle i så fall kunna placera den aktuella verksamhetsutövaren på en observationslista under en period.

(2) Tillsynen måste vara förenad med effektiva sanktioner. På finansmarknaden är sanktionerna i de flesta fall vite, varning som regelmässigt torde förenas med vite och återkallande av tillstånd. Varning tillgrips i första hand när en finansiell institutions felaktiga agerande är så allvarligt att återkallelse egentligen borde komma i fråga men omständigheterna i det enskilda fallet gör att det framstår lämpligare med en varning, till exempel om institutet gjort självrättelse, samarbetat med inspektionen eller vidtagit åtgärder för att felaktigheten inte skall upprepas. De omständigheter som Finansinspektionen skall beakta vid val av sanktion enligt lagstiftningen om banker är de följande:

- Avgörande för sanktionsvalet är allvarligheten i överträdelsen. Inom ramen för denna bedömning får inspektionen beakta överträdelsens art, konkreta eller potentiella effekter, uppkommen skada och graden av oaktsamhet eller skuld hos institutet (det vill säga i praktiken dess företrädare). Det som sägs om effekter gäller effekter för det finansiella systemet.
- Förmildrande omständigheter kan vara att överträdelsen är ringa eller ursäktlig, att rättelse vidtagits, att någon annan vidtagit åtgärder, samarbete med Finansinspektionen.

På andra områden förekommer två grader av sanktioner innan vite eller återkallat tillstånd kommer i fråga, vanligen erinring och varning.

Ett sanktionssystem på välfärdsområdet skulle kunna byggas upp på ett likartat sätt. Det bör finnas en möjlighet att återkalla tillstånd för en utövare av välfärdstjänster och att utfärda sanktioner av mindre ingripande art, till exempel erinran och varning. En fördel med en tvåstegssanktion före återkallelse är att sanktionen varning kan användas för fall där överträdelsen är så allvarligt att i och för sig återkallelse skulle kunna komma i fråga, men där omständigheterna i övrigt gör att detta inte är påkallat. Därmed kommer de sannolikt fåtaliga återkallelsefallen och de sannolikt i något högre utsträckning förekommande varningsfallen tillsammans skapa en praxis kring vad som är återkallelsegrundande felaktigheter.

Utöver de diskuterade sanktionerna finns det anledning att överväga att ha en sanktion som innebär att förvaltningen av en välfärdsverksamhet omedelbart tas över av en annan huvudman. Om det finns allvarliga brister i en välfärdsinstitution kan det vara nödvändigt att omedelbart vidta åtgärder för att säkerställa brukarnas liv och hälsa. En sådan tvångsförvaltning bör kunna beslutas av Skolinspektionen på skolområdet och motsvarande myndigheter på andra områden. Den bör gälla omedelbart, under det att ärendet prövas rättsligt. Lämpliga utövare av tvångsförvaltningen torde, beroende på verksamhetens art, vara en kommun eller ett landsting – inte den beslutande tillsynsmyndigheten.

8. Associationsformsneutralitet

Av utredningsdirektivet framgår att ett eventuellt förslag om varaktighetsreglering skall vara associationsformsneutralt. Diskussionen i det föregående har gällt aktiebolag, eftersom det är

den vanligaste associationsformen på välfärdsområdet. Nu uppkommer frågan om det sagda kan appliceras också på andra associationsformer.

Relevanta associationsformer är handelsbolag (vari inräknas specialformen kommanditbolag) ekonomiska föreningar och ideella föreningar. Stiftelser och enskilda firmor är inte associationsformer, men eftersom det bedrivs verksamhet i sådana företagsformer på välfärdsområdet finns det ändå anledning att räkna med dem. Det finns inget Europabolag verksamt på välfärdsområdet i Sverige.

(1) Handelsbolag avviker från aktiebolag såtillvida att de inte har några egentliga kapital-skyddsregler eftersom bolagsmännen har ett personligt ansvar för bolagets förpliktelser. Det blir därför svårare att reglerna kapitalkrav i handelsbolag, om man väljer en kapitalkravsmodell som ansluter till aktiebolagets regler om reservfond eller utdelning. Det senare gäller också beträffande utdelningsbegränsningar och claw backs.

Det är svårare att reglera krav på att varaktighet skall vara en viss tid, oavsett om det gäller varaktig verksamhet eller varaktigt ägande eftersom ett handelsbolagsavtal som är slutet på obestämd kan sägas upp när som helst till upphörande efter sex månader enligt 2 kap. 27 § bolagslagen. Det är i sådana fall nödvändigt att i förväg fastställa för vilken tid handelsbolaget skall vara verksamt och sluta avtalet för den tiden.

(2) För ekonomiska föreningar påminner kapitalskyddsreglerna om motsvarande regler i aktiebolagslagen, även om de är mer rudimentärt utformade. Det skulle därför sannolikt vara relativt lätt att konstruera kapitalkravsregler som också passar för ekonomiska föreningar.

Det är däremot svårare att se hur reglerna om varaktighet i ägarskaran skulle kunna fungera. För det första finns ingen ägare i en ekonomisk förening på samma sätt som i ett aktiebolag, utan det finns i stället medlemmar. Medlemmarna kan skifta i antal över tiden (vilket är kännetecknet på en förening), vilket gör att det inte är att kontrollera ägarkretsen. Varaktighetsregler med inriktning på ägandet skulle därför såvitt jag kan se inte fungera.

(3) Ideella föreningar påminner till sin struktur om ekonomiska föreningar, men det finns ingen reglering av kapitalet i ideella föreningar. Samma hinder mot varaktighetsregler inriktade på varaktigt ägande som restes beträffande ekonomiska föreningar kan därför resas i detta fall. Medan det är svårt att tillämpa till exempel kapitalkravsregler, är det i stort sett omöjligt att se hur regler om varaktigt ägande skulle fungera i ideella föreningar.

(4) Stiftelser saknar ägare varför en varaktighetsregel som tar sikte på ägare helt enkelt inte kan tillämpas. Däremot föreligger sannolikt inga större hinder mot att konstruera regler som gör att till exempel kapitalkrav kan ställas, eftersom en stiftelse per se skall förvalta en så kallad ändamålsförmögenhet och ge utdelning på särskilda grunder.

(5) Beträffande enskilda firmor är det svårt att över huvud taget ställa krav eftersom en enskild firma inte är en association eller juridisk person, utan endast en skatterättslig benämning på den verksamhet som utövas av en enskild fysisk person. Det blir i så fall fråga om att ställa krav direkt på den fysiska personen. Det skulle gå att konstruera kapitalkrav i likhet med reglerna om balansräkningstillgångar i enskilda firmor. Däremot är det omöjligt att ställa krav på varaktighet i ägandet eftersom det inte finns någon ägare till en enskild firma. Det är också svårt att ställa krav på att verksamhet skall bedrivas över viss tid eftersom det är svårt eller omöjligt att ställa sådana krav på en fysisk person.

Sammantaget har jag bilden att det är olämpligt med ett krav på varaktigt ägande om det belyses utifrån associationsformneutralitet. Skillnaderna mellan olika associationsformer blir alltför stora. Det är något lättare – även om skillnader fortfarande föreligger att skapa varak-

tighet i verksamhetens bedrivande. Det skulle kunna uppnås genom en kombination av etableringskontroll ex ante, tillsyn ex post och kapitalkrav. De största svårigheterna skulle i så fall föreligga beträffande enskilda firmor och handelsbolag. Ur regulatorisk synpunkt talar svårigheterna att reglera handelsbolag och enskilda firmor för att sådana inte borde regleras. I mitt uppdrag ingår inte att utreda hur många och hur stora handelsbolag och enskilda firmor som förekommer på välfärdsområdet. Det kan emellertid diskuteras om inte regleringen av handelsbolag och enskilda firmor kan lämnas därhän, eftersom det i större utsträckning torde vara mindre betydelsefull verksamhet som bedrivs i sådana.

9. EU-rättsliga frågor

EU-rätten har en praxisbildning beträffande välfärdstjänster, som huvudsakligen emanerar på hälso- och sjukvårdsområdet, vilken kommer till uttryck i en serie rättsfall från *Sodemare*²³ till *DocMorris*.²⁴ Jag har inte behandlat EU-rättsliga regler om upphandling, men i sådana fall framstår det i vart fall beträffande större uppdelningar som att rättsläget är detsamma som i Sverige. Såvitt jag förstår är de upphandlingsrättsliga reglerna mer restriktiva än EU-rätten i övrigt.

I den internationella litteraturen hänvisas till följande fem refererade rättsfall:

Sodemare. En privat utförare av tjänster inom hälsovårdsområdet förvägrades ersättning från allmänna medel för att bedriva verksamhet i regionen Lombardiet i Italien. Anledningen härtill var att utföraren var vinstdrivande. EU-domstolen konstaterade sammanfattningsvis att (1) det italienska välfärdssystemet i aktuellt avseende baserades på en lagfäst solidaritetsprincip som enligt den italienska staten motiverades av att vinstuttag kunde påverka de utförda tjänsternas kvalitet. Domstolen konstaterade vidare (2) att enligt gällande gemenskapsrätt kunde en medlemsstat bestämma att dess välfärdssystem som helhet skulle organiseras icke-vinstdrivande enheter. Avslutningsvis (3) att förbudet mot vinstuttag inte särskilt gynnade inhemska framför utländska utförare av välfärdstjänster.

Mac Quen.²⁵ I princip omfattades såväl belgiska som utländska utförare av optiker-tjänster av samma regler, men i praktiken kunde de belgiska reglerna för att få utöva optikeryrket uppfattas som en begränsning av utländska utförarens möjlighet att etablera sig i Belgien. EU-domstolen tillämpade ett fyrstegstest extraherat från *Gebhard*.²⁶ Hinder mot gränsöverskridande etableringar måste vara (1) icke-diskriminerande, (2) motiverade av allmänt intresse av viss dignitet, (3) lämpliga för sitt syfte och (4) nödvändiga. Det får inte vara möjligt att uppnå samma effekter med mindre ingripande åtgärder. I *Mac Quen* tillämpades *Gebhard*-testet tämligen liberalt.

Greek Opticians.²⁷ I fallet ifrågasattes regler som innebar bland annat att en optiker för att få tillstånd att bedriva näringsverksamhet själv måste finansiera verksamheten till

²³ C-70/95, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA and Anni Azzurri Rezzato Srl v. Regione Lombardia* [1997] ECR I-3395.

²⁴ C-171/07, C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes et al. v. Deutscher Apothekerverband och Helga Neumann-Siewert v. Saarland*, den 19 maj 2009.

²⁵ C-108/96, *Criminal proceedings against Dennis Mac Quen et al* [2001] ECR I-837.

²⁶ C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.

²⁷ C-140/03, *Commission v. Greece (opticians)* [2005] ECR I-3177.

hälften och endast kunde vara verksam i två olika företag. EU-domstolen uppfattade detta som inskränkningar som inte behövdes för att värna folkhälsointresset. Domstolen förde ett likartat resonemang i *German Psychotherapists*²⁸ och i *Hartlauer*²⁹ (etableringskontroll för att skydda verksamma näringsidkare).

Demoestética. I fallet konstaterade EU-domstolen att regler som hindrade nationell annonsering, men tillät regional och lokal annonsering, av tjänster på hälsoområdet inte var motiverade. I *German hospital pharmacies* slog domstolen fast att olika regler som gjorde det omöjligt för företag utanför Tyskland att tillhandahålla läkemedel till tyska sjukhus inte var tillåtna. Båda fallen kan möjligen användas som stöd för att nationella regler som i strikt mening inte är motiverade av folkhälsoskäl skulle strida mot EU-rätten.

Doc Morris. I Doc Morris-fallet prövade EU-domstolen frågan om det var tillåtet att inskränka rätten att äga apotek till apotekare eller farmaceuter. Domstolen utgick från att läkemedel, till skillnad från andra produkter, vid fel föreskrivning och användning kunde orsaka allvarliga skador och att överkonsumtion av läkemedel kunde få finansiella konsekvenser (för sjukvårdssystemen). Domstolen uttalade också sig om det faktum att om ett apotek drevs av någon som inte var apotekare, fanns risken att vinstintresset skulle ta överhanden och att det skulle drabba dem som behövde läkemedel.

Doc Morris kan ses som ett steg tillbaka mot de avgöranden som ansett olika former av etableringshinder strida mot EU-rätten, men i jämförelse med Sodemere framstår fallet trots allt som ett led i en mer restriktiv hållning mot etableringshinder från EU-domstolens sida. I Sodemere var det tillräckligt att den italienska staten hade anordnat hälso- och sjukården på visst sätt för att stänga ute aktörer med vinstintresse. I Doc Morris krävdes att en proportionalitetsbedömning gjordes. EU-domstolen har alltså sammanfattningsvis konstaterat att det finns möjlighet att ställa särskilda etableringskrav om det är rationellt motiverat, däremot inte i andra fall. I Sodemere exemplifieras det med att det i Italien fanns ett lagkrav på att all sjukvårdsverksamhet skulle bedrivas utan vinstsyfte, och det då var möjligt att ställa särskilda krav. Numera är praxis striktare. Det sagda gäller emellertid hälso- och sjukvårdsområdet, där etableringshinder möjligen kan motiveras av folkhälsoskäl. Min bedömning är att utrymmet är mindre på andra sakområden. I en uppsats som analyserar utvecklingstendenserna i EU-domstolens praxis sammanfattar författarna:

”This trend in the case law implies a departure from, if not a reversal of Sodemere. It suggests that Member States no longer a priori have a wide margin of discretion to distinguish between profit or non-profit providers. Instead they will have to justify even non-discriminatory restrictions to the freedom of establishment – which will have to be both necessary to fulfil a public interest objective and proportionate to this objective.”³⁰

Sammantaget ger den EU-rättsliga utvecklingen anledning att anta att det är tveksamt att reglera varaktigt ägande.

I sammanhanget kan noteras att det i den allmänna debatten framförts att verksamhetsformen aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning (SVB-bolag) som regleras i

²⁸ C-500/06, Corporacion Dermoesetica SA v. To Me Group Advertising Media.

²⁹ C-169/07, Hartlauer Handelsgesellschaft mbH v. Wiener Landesregierung and Oberösterreichischer Landesregierung.

³⁰ Hancher & Sauter, One step beyond? From Sodemere to Docmorris, *Common Market Law Review* 47(1) s. 117 på s. 134.

32 kap. ABL skulle vara en möjlig driftsform för näringsverksamhet på välfärdsområdet. Eftersom SVB-bolag är en rent svensk driftsform är det rimligt att anta att ett sådant krav på associationsform skulle strida mot EU-rättsliga diskrimineringsregler.

10. Sammanfattande bedömning

I utredningsuppdraget lyfts tre huvudfrågor upp. Jag Huvudfrågorna har diskuterats i det föregående. Sammanfattningsvis bedömer jag dem på följande sätt:

(a) Om det – med beaktande av bland annat associationsrättsliga aspekter och EU-rättsliga aspekter – är möjligt att reglera vad som skall betraktas som varaktigt ägande i företag som utför tjänster i den offentligt finansierade välfärdssektorn. Mot bakgrund av det anförda anser jag att det är omöjligt att reglera varaktigt ägande för alla associationsformer med nuvarande lagstiftning. Jag har också uttalat att det finns andra starka EU-rättsliga betänkligheter. Mot denna bakgrunds bedömer jag att en reglering av varaktigt ägande skulle vara olämplig.

(b) Om reglering av varaktigt ägande skulle vara lämplig, sett till sådant som påverkan bolagsstyrningens effektivitet, verksamhetens effektivitet eller neutralitet mellan olika verksamhetsformer. Så som framkommit under föregående punkt är svaret nej på den ställda frågan.

(c) Hur en reglering skulle kunna utformas. I stället för en reglering av varaktigt ägande bör en reglering av varaktig verksamhet skapas. Det kan ske genom etableringskontroll med åtföljande tillsyn och prövning av ägare och ledning i förening med krav på att verksamheten skall ha sådant kapital att den klarar sig över uppkommande ekonomiska svackor.

Uppsala den 28 september 2014



Daniel Stattin

Professor i civilrätt, ssk. associationsrätt
vid Uppsala universitet