

Regeringskansliet
(Socialdepartementet)
103 33 Stockholm

Remiss: KOM (2016)815 Förslag om ändringar i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2014 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen samt förordning (EG) nr 987/2009 om tillämpningsbestämmelser om förordning (EG) nr 883/2014 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen.

Sammanfattning

Juridiska fakultetsnämnden begränsar sin granskning av kommissionens förslag till förändring av förordning 883/2004 till de tre, enligt fakultetsnämnden, viktigaste förändringsförslagen. Vad gäller övriga förändringsförslag har fakultetsnämnden inte tagit ställning i sak.

- 1) *En förändring av förordningens likabehandlingsprincip är inte möjlig.*
Kommissionens förslag till en inskränkning av förordning 883/2004:s likabehandlingsprincip leder till att medlemsstaterna kan inskränka förordningens berättigade personkrets till att i praktiken enbart omfatta migrerande arbetstagare vad gäller åtkomst till sociala trygghetsförmåner. Vissa som omfattas av förordningens personkrets och som är bosatta i en medlemsstat kommer således inte kunna ansöka om dessa sociala trygghetsförmåner utan hamnar i en gråzon där man kan vara bosatt men utan några substantiella rättigheter. Ändringsförslaget strider mot primärrättens likabehandlingsprincip. Vidare är den rättspraxis som kommissionen åberopar som grund för förändringen motstridig och i vissa fall direkt felaktig.
- 2) *Förändringen av artikel 65 kan ge upphov till en inskränkt fri personrörlighet.*
Kommissionens förslag till att ersätta befintlig artikel 65 frångår förordning 883/2004:s grundprincip om en behörig stat. Den nya artikel 65 ger upphov till två behöriga stater vilket kan verka inskränkande på den fria personrörligheten då oklarheter om behörig stat kan uppstå.

Juridiska fakultetsnämnden

3) *Den nya artikel 75a strider mot Regeringsformen.*

Fakultetsnämnden bedömer att kommissionens förslag att respektive medlemsstats behöriga myndighet ska tillse att myndigheterna tillämpar förordningen korrekt, artikel 75a, står i strid med den grundlagsfästa principen om förvaltningens självständighet, RF 12:2.

Nedan följer en djupare analys av förslaget till förändring av likabehandlingsprincipen samt kortare analyser avseende förändringen av artikel 65 och förslaget till införandet av den nya artikel 75a.

Förslaget till förändring av artikel 4, förordning 883/2004

Förordning 883/2004 samordnar medlemsstaternas sociala trygghetssystem, som utgörs av bland annat sjukpenning, föräldraförmåner, arbetslöshetsförmåner och pension, vid gränsöverskridande situationer.

Grundtanken med EG:s första substantiella förordning på området, förordning 3/58, var att genom en samordning begränsa medlemsstaternas territoriella strukturer av de sociala trygghetsförmånerna. På så vis kunde en migrerande arbetare vara säker på att denna, oavsett nationella regler, alltid skulle omfattas av en medlemsstats sociala trygghet samt att intjänade rättigheter inte gick förlorade vid en flytt. Förordning 3/58 och dess efterföljare förordning 1408/71 utgjorde därmed en viktig pusselbit avseende främjandet av den fria rörligheten för *arbetstagare*.

Förordning 883/2004 är en komplex lagstiftning med samordning, sammanläggning av försäkringsperioder som härrör från två eller fler medlemsstater samt olika beräkningsmodeller. För förevarande remiss räcker det med att konstatera att förordning 883/2004:s regler om tillämplig lagstiftning pekar ut en behörig stat vid olika gränsöverskridande situationer. Den medlemsstat som utpekats som behörig stat enligt förordningens regler bedömer (då det rör sig om samordning och inte harmonisering av medlemsstaternas sociala trygghetssystem) därefter självständigt om personen uppfyller de nationella kvalifikationskraven. Förordning 883/2004 föreskriver emellertid i artikel 4 att en person som omfattas av förordningen ska behandlas på samma sätt som den behöriga statens egna medborgare.

Genom att förordning 883/2004:s personkrets år 2004 utvidgades till att omfatta en övervägande del av *alla unionsmedborgare*, möjliggjorde denna utvidgning att en ny personkrets kunde komma i åtnjutande av sociala trygghetsförmåner som utges på grundval av bosättning. Detta i kombination med förordningens likabehandlingsprincip ledde till oväntade utfall där icke-ekonomiskt aktiva unionsmedborgare nu kunde ”bo till sig” dessa sociala trygghetsförmåner.

EU-domstolen har varit lyhörd för denna nationella problematik och i sitt förhandsavgörande, i C-140/12, *Brey*, konstruerat en brygga mellan förordning 883/2004 och direktiv 2004/38 som möjliggör nationella kvalifikationskrav på en uppehållsrätt (och därmed öppna upp för en olikbehandling inom personkretsen) innan sociala trygghetsförmåner med drag av socialt bistånd utges. Detta bygge har fortsatt i och med

mål C-333/13, *Dano*, och har konsoliderats genom mål C-67/14 *Alimanović*, och mål C-299/14 *García-Nieto*. Den därpå följande mål C-308/14, *Europeiska kommissionen mot Förenade kungariket och Nordirland*, aktualiserar den nära angränsande frågan om hur renodlade ”klassiska” sociala trygghetsförmåner kan komma att begränsas gentemot icke-ekonomiskt aktiva unionsmedborgare.

Kommissionen önskar i sitt förslag COM(2016) 815 final, lägga denna rättspraxis som grund för en förändring av förordning 883/2004s likabehandlingsprincip.

Fakultetsnämnden menar att det är svårt att åberopa denna rättspraxis för en förändring av den grundläggande likabehandlingsprincipen då aktuell rättspraxis dras med brister. Följande gör att rättspraxisen inte bör läggas till grund för en så omvälvande förändring av förordningens likabehandlingsprincip som följer av artikel 4:

1) Sociala trygghetsförmåner och socialt bistånd har olika bakomliggande syften

Förordning 883/2004 är en lagstiftningsprodukt med rötter i 1900-talets början där den migrerande arbetskraften var och fortsatt är i fokus vad gäller åtkomsten till den sociala tryggheten. Unionsmedborgarskapet å andra sidan är en betydligt yngre rättslig konstruktion där dess innersta väsen nu är mer oklar än någonsin, där rättspraxis sökt balansera icke-ekonomiska unionsmedborgares rätt att vistas i en stat mot vistelsestatens behov av att kunna rå över sina sociala biståndssystem.

Socialt bistånd avser olika former av bidrag som ges till den som exempelvis genom arbete, pension eller studiemedel, inte uppnår en skälig levnadsnivå. Man brukar tala om samhällets yttersta sociala skyddsnet som finns där för de lägen man inte kan försörja sig själv.

Den sociala tryggheten grundas istället på erläggandet av sociala avgifter. Det rör sig om en kollektiv lösning där individer genom att betala sociala avgifter kan ta del av olika statliga eller statligt reglerade försäkringslösningar som föräldraförmåner, sjukpenning och pensioner. Den sociala tryggheten har, beroende på historisk kontext men också politiska ställningstaganden, utvecklats i olika riktningar där två huvudspår kan skönjas: en arbetsbaserad social trygghet (Bismarckmodellen) och en bosättningsbaserad social trygghet (Beveridgemodellen samt den nordiska modellen).

Den arbetsbaserade sociala tryggheten är beroende av inkomst och inbetalda avgifter. Denna sociala trygghet omfattar enbart en stats arbetstagare och deras familjemedlemmar. Övriga delar av befolkningen har att förlita sig på andra mindre omfattande välfärdslösningar. Den bosättningsbaserade sociala tryggheten utgår, som framgår av namnet, från en bosättning i landet och skiljer sig åt från den arbetsbaserade sociala tryggheten på så vis att det finns en omfördelningspolitisk ambition och solidaritet gentemot svagare grupper inbyggd i systemet. Denna solidaritet yttrar sig emellertid inte i en individuell behovsprövning vilket är fallet med de skattebaserade sociala biståndsformerna. Vi har istället att göra med en försäkringslösning med solidariska inslag inom en stats territorium.

2) Förordningens syfte är att förstärka den fria personrörligheten för de personer som omfattas av förordningens personkrets

Domstolen slår fast i *Brey*, p. 52 att förordning 883/2004 har som syfte att säkerställa att man vid en gränsöverskridande rörelse ska kunna behålla vissa sociala trygghetsförmåner som beviljats i ursprungsstaten, medan direktiv 2004/38 huvudsakligen ger den mottagande staten en möjlighet att begränsa åtkomst till socialt bistånd. Här gör EU-domstolen sig skyldigt till en grov förenkling av förordning 883/2004. Förordningen syftar inte enbart till att garantera att förmåner från tidigare behöriga stater kan fortsatt erhållas. Förordningens syfte är, som också följer av artikel 48 FEUF, kanske framförallt att säkerställa en likabehandling med den nya behöriga statens medborgare medelst likabehandlingsprincipen som återfinns i förordningens artikel 4. För Breys vidkommande rör det sig inte om att Tyskland vägrar betala ut Breys intjänade pension, utan om att den behöriga staten Österrike uppställer kvalifikationskrav för åtkomst till sin tilläggsersättning. I *Brey* aktualiseras alltså rättsliga regleringar i den nya behöriga staten. Det är därför anmärkningsvärt att EU-domstolen utgått från förordningens andra syfte som inte har någon relevans i sammanhanget.

3) Förordningens regler om tillämplig lagstiftning pekar ut vilken stat som är behörig stat, detta innebär dock inte att medlemsstaterna kan uppställa kompletterande nationella kvalifikationsregler som inte beaktar EU-rättens likabehandlingsprincip

EU-domstolen konstaterar i *Dano* att likabehandlingsprincipen preciseras närmare i artikel 24, rörlighetsdirektivet och artikel 4, förordning 883/2004.

Likabehandlingsprincipen som sådan skiljer sig förvisso inte åt dessa regelverk emellan. Det som skiljer sig åt är istället möjligheten att göra ett avsteg från denna princip. Rörlighetsdirektivets artikel 24.2 möjliggör här en olikbehandling mot bakgrund av en av lagstiftaren eftersträvd balansering av medlemsstaternas förpliktelser gentemot icke-ekonomiskt aktiva unionsmedborgare. Förordning 883/2004 möjliggör ingen olikbehandling.

EU-domstolen menar emellertid att det, då det rör sig om enbart en samordning av medlemsstaternas sociala trygghetssystem, är det möjligt för medlemsstaterna att uppställa nationella materiella kvalifikationskrav. EU-domstolen hänvisar i denna del, till mål C-619/11 *Dumont de Chassart* där Domstolen slagit fast att förordningens regler om tillämplig lagstiftning i förordning 883/2004 enbart pekar ut en medlemsstat som behörig stat. Den behöriga staten behöver således inte betala ut sociala trygghetsförmåner per automatik utan det står medlemsstaten fritt att behålla eller anta nationella kvalifikationskrav som ska vara uppfyllda för att en sökande ska kunna erhålla förmånerna. Detta konstaterande är korrekt och i linje med att förordning 883/2004 bygger på en samordning och inte en samordning av medlemsstaternas sociala trygghetsförmåner. Medlemsstaterna har således fortsatt lagstiftningskompetens. Vad EU-domstolen väljer att bortse från i sitt resonemang är att nationella regler är att sättas i ett primärrättsligt sammanhang. Denna, något beskurna, självständighet har betonats i

Dumont de Chassart. EU-domstolen slår nämligen lite längre fram i avgörandet fast att de nationella kvalifikationskraven måste vara desamma gentemot alla, såväl de egna medborgarna som de migrerande arbetstagarna. De nationella reglerna som tar vid efter att en medlemsstats pekats ut av förordningens regler om tillämplig lagstiftning kan således inte hävdas utan beaktande av EU-rättens övergripande likabehandlingsprincip. EU-domstolens *obiter dicta* faller därmed på eget grepp.

4) EU har en begränsad lagstiftningskompetens inom socialpolitiken

EU-domstolen för ett resonemang i *Brey* om att en annan utgång i målet skulle "... leda till en omotiverad skillnad i behandlingen mellan medlemsstaterna beroende på hur deras nationella sociala skyddssystem är uppbyggda ...". EU-domstolen väljer här bortse från fundamenta: förordning 883/2004 baseras på samordning. Grundprincipen, som exempelvis framgår av *Hervein*, är att det är medlemsstaterna som utformar sina sociala trygghetssystem:

Det saknas [emellertid] föreskrifter i fördraget om harmonisering av lagstiftningen om social trygghet i medlemsstaterna. Avseende anställda föreskrivs i artikel 51 [art 48] i fördraget endast att dessa lagstiftningar skall samordnas. Skillnaderna i fråga om innehåll och förfarande mellan systemen för social trygghet i var och en av medlemsstaterna, och följaktligen mellan rättigheterna för de personer som arbetar i dem, berörs således inte av denna bestämmelse.

Unionsrätten respekterar således medlemsstaternas befogenhet att organisera sina välfärdssystem såväl specifikt (genom samordningen i förordning 883/2004) som i stort (se artikel 153 FEUF, särskilt p 4 om medlemsstaternas oinskränkta rätt att fortsätta utforma sina respektive välfärdssystem). Det kan därmed inte uppstå en "omotiverad" skillnad. Skillnaderna är istället en naturlig följd av att medlemsstaternas sociala trygghetssystem samordnas utan någon närmare harmonisering.

5) En balansering mellan individen och medlemsstaternas önskan om hållbara sociala trygghetssystem följer redan av förordning 883/2004

Avvägningen mellan den fria personrörligheten och medlemsstaternas önskemål om ekonomiskt hållbara system finns redan inbyggd i förordning 883/2004. Farhågorna att unionsmedborgare i och med förordning 883/2004:s utvidgning av personkretsen skulle bo till sig sociala trygghetsförmåner uppmärksammades av medlemsstaterna och ledde till ett förtydligande av förordning 883/2004 hösten 2010, genom införandet av skäl 17 a:

"När en medlemsstats lagstiftning blir tillämplig på en person enligt avdelning II i denna förordning, bör villkoren för anslutning och rätt till förmåner fastställas genom den behöriga medlemsstatens lagstiftning, varvid gemenskapslagstiftningen bör respekteras."

Skrivningen förtydligar att EU-rätten inte förhindrar att medlemsstaterna inför kompletterande nationella kvalifikationskrav för, kanske främst bosättningsbaserade, sociala trygghetsförmåner. Ingressens skäl 17 a betonar att medlemsstaterna fortsatt kan

ställa kompletterande krav innan en rätt till bosättningsbaserade sociala trygghetsförmåner föreligger.

Det andra ledet av ingressens skäl 17 a föreskriver emellertid att denna möjlighet inte får strida mot unionsrätten. Härvidlag aktualiseras (återigen) EU:s likabehandlingsprincip. Dock måste det hållas i minnet att EU-rättens likabehandlingsprincip inte är absolut. För den skull en medlemsstat kan anföra sakliga skäl för en olikbehandling, kan dessa godtas av EU-domstolen. En sådan inskränkning måste dock vara proportionerlig. Efter att EU-domstolen funnit att det föreligger ett objektivet godtagbart sakligt skäl följer därför en proportionalitetsbedömning för att bedöma om det finns mindre ingripande sätt att uppnå det godtagna sakliga skälet.

På den sociala trygghetens område har EU-domstolen sedan tidigare godtagit Tysklands begränsning av en förmån med syfte till att uppmuntra barnafödande i Tyskland som sakligt skäl. Ett mer, för remissens vidkommande aktuellt sakligt skäl som godtagits av EU-domstolen är risken för att den ekonomiska balansen i ett socialt trygghetssystem allvarligt rubbas (se de förhandsavgöranden som rör den gränsöverskridande hälso- och sjukvården med början mål C-120/95 *Kohll*).

Detta sakliga skäl var i fokus i den fördragsbrottstalan som kommissionen drev i mål C-308/14, *Europeiska kommissionen mot Förenade kungariket och Nordirland*. EU-domstolen godtog i målet risken för att den ekonomiska balansen i ett socialt trygghetssystem allvarligt rubbas som ett objektivet godtagbart skäl. En bedömning om ett anfört skäl kan ses som ett godtagbart skäl för att inskränka en likabehandling blir förvisso mer omfattande än att på ett övergripande plan godta att medlemsstaterna kan uppställa krav på uppehållsrätt. En sådan mer genomgående bedömning från fall till fall skulle, samtidigt som den respekterar medlemsstaternas kompetens på det sociala området, utgå från den fria personrörligheten då medlemsstaterna måste kunna presentera väl underbyggda makrohot som rättfärdigar inskränkningarna. Vidare skulle man undvika att skiljelinjerna mellan två vitt skilda förmånsslag, socialt bistånd respektive sociala trygghetsförmåner, suddas ut i ett unionsrättsligt perspektiv.

Härvid är det emellertid viktigt att uppmärksamma att EU-domstolens förhandsavgörande mål C-308/14, *Europeiska kommissionen mot Förenade kungariket och Nordirland* svårligen kan ses som något annat än en politisk signal till Förenade kungariket inför folkomröstningen i juni 2015 på grundval av tre förhållanden.

Härvid är det emellertid viktigt att uppmärksamma att EU-domstolens förhandsavgörande i mål C-308/14, *Europeiska kommissionen mot Förenade kungariket och Nordirland*, svårligen kan ses som något annat än en politisk signal till Förenade kungariket inför folkomröstningen i juni 2015 på grundval av tre förhållanden:

- 1) Vid Domstolens efterföljande bedömning om det föreligger en otillåten olikbehandling finner EU-domstolen att den brittiska inskränningen är att ses som indirekt diskriminerande. Den brittiska lagstiftningen, kan dock inte uppfattas annat än direkt diskriminerande då åtskillnad görs på grundval av nationalitet; de brittiska medborgarna har en rätt att bo och därmed är de berättigade till de aktuella förmånerna, medan unionsmedborgarnas rätt görs beroende av en

uppehållsrätt.

- 2) Det är vidare anmärkningsvärt att Förenade kungariket inte ens anmodas, i motsats till fast rättspraxis som bekräftats så sent som i januari 2016, att bevisa att det skulle föreligga en ekonomisk risk som skulle rättfärdiga olikbehandlingen.
- 3) Avslutningsvis haltar EU-domstolens konstaterande att kontrollerna av uppehållsrätt inte sker systematiskt. Här har man istället att fråga sig gentemot vilka persongrupper kontrollerna sker; alla migrerande unionsmedborgare eller de som inte kan uppvisa ett arbetsgivarintyg. För den senare gruppen sker en systematisk kontroll.

6) Sammanfattning och alternativt förslag

Sammantaget förhåller det sig så att EU-domstolens konstruktion av bryggan mellan förordning 883/2004 och rörlighetsdirektivet uppvisar så allvarliga brister att det blir svårt att tala om en välgrundad förändring eller åtminstone en försvarbar förändring av förordning 883/2004:s likabehandlingsprincip. Detta blir särskilt uppenbart då förordning 883/2004 redan i sig möjliggör en balansering av den fria personrörligheten mot medlemsstaternas farhågor om ökade kostnader för de sociala trygghetssystemen i ljuset av en upplevd ökning av icke-ekonomiskt aktiva unionsmedborgare.

Det kan vidare konstateras att kommissionens förslag till en förändring av förordningens likabehandlingsprincip faktiskt inskränker förordningens personkrets till att enbart omfatta migrerande arbetstagare trots att förordningens personkrets enligt artikel 2 är fortsatt densamma. Denna inskränkning står i strid med EU-rättens grundläggande rättsprincip om likabehandling. EU-domstolen kommer därför svårligen kunna bortse från denna övergripande princip vid en framtida domstolsprövning.

Det enda hållbara alternativet är därför, om konsensus råder bland medlemsstaterna, att lagstiftningsvägen begränsa förordning 883/2004:s personkrets till att (återigen) enbart omfatta migrerande arbetstagare. Med en sådan begränsning av personkretsen klargörs de yttre gränserna för medlemsstaternas solidaritet utan att likabehandlingen visavi delar av den berättigade personkretsen begränsas.

Likafullt kvarstår, enligt unionsrätten, en rätt till fri rörlighet för alla unionsmedborgare och vi kommer att fortsatt se icke-ekonomiskt aktiva unionsmedborgare som kommer att söka sig till andra medlemsstater för att hanka sig fram.

Fakultetsnämnden konstaterar avslutningsvis att frågan om vilken solidaritet som medlemsstaterna har att visa de mest utsatta i våra samhällen, oaktat rättspraxisutveckling och nya lagstiftningsinitiativ, kvarstår.

Förslag till tillägg till förordningens skäl 5

Av samma skäl som ovan är det inte möjligt att inta skäl 5(a) som i svepande ordalag slår fast att rörlighetsdirektivet 2004/38 är att appliceras på förordning 883/2004 och dess personkrets. Så är inte, som ovan visats, fallet.

Förslag till ändringen av artikel 65

Kommissionen föreslår vissa förändringar av samordningen av arbetslöshetsförmåner. Förändringsförslagen tar sikte på sammanläggningen av arbetslöshetsperioder, export av arbetslöshetsförmåner samt fastställande av behörig stat avseende utbetalning av arbetslöshetsförmåner vid gränsöverskridande situationer.

Fakultetsnämnden konstaterar att förslaget till förändring av artikel 65 (2) kan leda till att två stater kan parallellt anses vara behöriga: en medlemsstat vad gäller den sociala tryggheten enligt huvudregeln som följer av artikel 13, förordning 883/2004 och en medlemsstat avseende arbetslöshetsförmånerna enligt artikel 65(2), förordning 883/2004. Detta förhållande är inte i linje med förordningens grundtanke om att endast en medlemsstat pekas ut av förordningen som behörig stat. Detta förslag kan leda till tillämpningssvårigheter för medlemsstaternas behöriga myndigheter.

Förslag till ny artikel 75a

Fakultetsnämndens bedömning är att kommissionens förslag att respektive medlemsstats behöriga myndighet ska tillse att myndigheterna tillämpar förordningen korrekt, artikel 75a, står i strid med den grundlagsfästa principen om förvaltningens självständighet, RF 12:2. Det är inte möjligt för Socialdepartementet som behörig myndighet att styra, eller påtala brister i myndigheternas, tillämpning av förordning 883/2004.