



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
NICHOLAS EMILIOU  
föredraget den 7 juli 2022<sup>1</sup>

**Mål C-372/21**

**Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland KdöR**  
**ytterligare deltagare i rättegången:**  
**Bildungsdirektion für Vorarlberg**

(begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike))

”Begäran om förhandsavgörande – Artikel 49 FEUF – Etableringsrätt – Artikel 17 FEUF – Kyrkor och religiösa sammanslutningar och samfund – Bidrag till en privatskola som ett religiöst samfund i en annan medlemsstat har erkänt som en konfessionell skola”

## I. Inledning

1. Enligt artikel 17.1 FEUF ska Europeiska unionen ”respektera och inte påverka den ställning som kyrkor och religiösa sammanslutningar och samfund har i medlemsstaterna enligt den nationella lagstiftningen”. I artikel 49 första stycket FEUF föreskrivs i sin tur att ”inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium [ska] förbjudas”.
2. Förevarande mål avser förhållandet mellan dessa båda bestämmelser. I synnerhet uppkommer två viktiga frågor.
3. För det första: Utgör artikel 17.1 FEUF hinder för att tillämpa unionsbestämmelserna om fri rörlighet för tjänster i en situation där ett religiöst samfund som är etablerat i en medlemsstat erkänner en skola i en annan medlemsstat som en konfessionell skola och ansöker om offentlig finansiering i den senare medlemsstaten? För det andra: Om så inte är fallet, kan dessa bestämmelser med framgång åberopas i samband med en ekonomisk verksamhet som skulle förlora sin ekonomiska karaktär, om den påstådda inskränkningen i värdmedlemsstaten avskaffades?

<sup>1</sup> Originalspråk: engelska.

## II. Nationell rätt

4. I 1 § i Gesetz vom 20. Mai 1874 betreffend die gesetzliche Anerkennung von Religionsgesellschaften (österrikisk lag om erkännande enligt lag av religiösa samfund) (nedan kallad AnerkennungsG)<sup>2</sup> föreskrivs följande:

”Medlemmar av ett religiöst samfund som tidigare inte har varit erkänt enligt lag ska erkännas som religiöst samfund förutsatt

- 1) att inget i deras religiösa lära, i deras gudstjänst, i deras stadgar och i det namn de väljer strider mot lagen eller mot allmän moral.
- 2) att det är säkerställt att minst en församling inrättas och består i enlighet med vad som krävs i denna lag.”

5. 2 § AnerkennungsG har följande lydelse:

”Om de villkor som anges i 1 § är uppfyllda ska Cultusminister [(utbildnings- och kulturministern, Österrike)] erkänna det religiösa samfundet.

Som en följd av detta ska det religiösa samfundet åtnjuta alla de lagliga rättigheter som tillkommer kyrkor och religiösa samfund som är erkända enligt lag.”

6. I 11 § i Bundesgesetz über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften (den federala lagen om registrerade trossamfunds rättsliga ställning (nedan kallad BekGG),<sup>3</sup> anges ytterligare krav för att ett religiöst samfund ska erkännas enligt AnerkennungsG. Den har följande lydelse:

”Utöver de krav som anges i [AnerkennungG] måste det religiösa samfundet uppfylla följande villkor för att erkännas.

- 1) Det religiösa samfundet måste
  - a) ha funnits i Österrike i minst 20 år, av vilka tio år i organiserad form, och minst fem år som religiöst samfund med ställning som juridisk person enligt denna lag, eller
  - b) vara integrerat i organisatoriskt och dogmatiskt hänseende i ett internationellt verksamt religiöst samfund som har funnits i minst 100 år och redan har varit verksamt i Österrike i organiserad form i minst tio år, eller
  - c) vara integrerat i organisatoriskt och dogmatiskt hänseende i ett internationellt verksamt religiöst samfund som har funnits i minst 200 år, och
  - d) ha ett medlemsantal som motsvarar minst två på tusen av Österrikes befolkning enligt den senaste folkräkningen. Om det religiösa samfundet inte kan bevisa detta med stöd av data från folkräkningen måste det lämna bevis i annan lämplig form.

<sup>2</sup> RGBl. 68/1874.

<sup>3</sup> BGBl. I 19/1998 i den lydelse som offentliggjordes i BGBl. I, nr 78/2011.

2) Det religiösa samfundets inkomster och tillgångar får endast användas för religiösa ändamål, till exempel för välgörenhet och för allmännyttiga syften i enlighet med religiösa principer.

3) Trossamfundet måste ha en positiv inställning till samhället och staten.

4) Det får inte ge upphov till lagstridiga störningar i förbindelserna med befintliga kyrkor och religiösa samfund som är erkända enligt lag och med andra befintliga trossamfund.”

7. Under rubriken ”Bidrag till konfessionella privatskolor” föreskrivs följande i 17 § i Privatschulgesetz (österrikisk lag om privatskolor) (nedan kallad PrivSchG),<sup>4</sup> avseende rätt till bidrag:

”1) De kyrkor och religiösa samfund som är erkända enligt lag ska beviljas bidrag för personalkostnader i offentligt erkända konfessionella privatskolor i enlighet med följande bestämmelser.

2) Med konfessionella privatskolor avses skolor som drivs av kyrkor och religiösa samfund som är erkända enligt lag och av deras institutioner samt skolor som drivs av föreningar, stiftelser och fonder, vilka har erkänts som konfessionella skolor av kyrkornas (eller de religiösa samfundens) behöriga överordnade myndigheter.”

8. 18.1 § PrivSchG avser bidragens omfattning. Den har följande lydelse:

”Kyrkorna och de religiösa samfunden ska genom bidrag förses med den lärarpersonal som behövs för att uppfylla den berörda skolans läroplan ... förutsatt att förhållandet mellan antalet elever och antalet lärare i den berörda konfessionella skolan i stort sett motsvarar förhållandet mellan antalet elever och antalet lärare i offentliga skolor av samma eller jämförbart slag och på samma eller jämförbar ort.”

9. Enligt 19 § PrivSchG, som har rubriken ”Bidragens art”, ska bidrag till personalens löner i princip ges i form av ”bidrag till levnadsomkostnader” genom att lärare som är anställda av eller har avtal med förbundsstaten eller delstaten tilldelas uppdrag.

10. 21 § PrivSchG avser villkoren för bidrag till övriga privatskolor. Där anges följande:

”1) För av staten godkända privatskolor som inte omfattas av 17 § får den federala staten bevilja bidrag till personalkostnaderna med de medel som är tillgängliga enligt den federala budgetlagen, om

...

b) skolan inte drivs i vinstsyfte.

...”.

<sup>4</sup> BGBl. I nr 244/1962 i den lydelse som offentliggjordes i BGBl. I, nr 35/2019.

### III. Bakgrund, förfarandet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11. Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland KdÖR (frikyrkan Sjundedagsadventisterna i Tyskland) (nedan kallad klaganden) är ett religiöst samfund som är erkänt i Tyskland, där det har ställning som offentligrättsligt organ. Det har inte samma ställning i Österrike.

12. År 2019 erkände klaganden en privat institution, vilken drevs av en privat förening som erbjöd låg- och mellanstadium, som konfessionell skola och ansökte om offentlig finansiering av personalkostnaderna i enlighet med PrivSchG.

13. Bildungsdirektion für Vorarlberg (utbildningsförvaltningen i Vorarlberg) avslog ansökan genom beslut av den 3 september 2019.

14. Klaganden överklagade beslutet. Överklagandet ogillades emellertid genom dom meddelad av Bundesverwaltungsgericht (Federala förvaltningsdomstolen, Österrike) den 26 februari 2020. Denna domstol slog fast att skolan i fråga inte hade den särskilda rättsliga ställning som tillerkänns ”konfessionells” skolor i den mening som avses i 18 § PrivSchG, eftersom klaganden inte var erkänd i Österrike som en kyrka eller ett religiöst samfund. Den drog följaktligen slutsatsen att kraven enligt 17 § och följande paragrafer PrivSchG inte var uppfyllda.

15. Klaganden överklagade domen från Bundesverwaltungsgericht (Federala förvaltningsdomstolen) till Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike). Nämnda domstol var osäker på huruvida den tillämpliga nationella lagstiftningen (nedan kallad den aktuella nationella lagstiftningen) var förenlig med unionsrätten och beslutade att förklara målet vilande och hänskjuta följande frågor till domstolen med begäran om förhandsavgörande:

”1) Är med beaktande av artikel 17 FEUF unionsrätten, särskilt artikel 56 FEUF, tillämplig på en situation i vilken ett religiöst samfund som är erkänt och etablerat i en av Europeiska unionens medlemsstater ansöker om bidrag i en annan medlemsstat för en privatskola som samfundet erkänt som konfessionellt och som drivs av en förening registrerad i denna andra medlemsstat?

Om den första tolkningsfrågan besvaras jakande:

2) Ska artikel 56 FEUF tolkas så, att nämnda bestämmelse utgör hinder mot en nationell bestämmelse enligt vilken det som ett villkor för beviljande av bidrag till konfessionella privatskolor föreskrivs att sökanden ska vara en kyrka eller ett religiöst samfund som är erkänt enligt nationell rätt?”

16. Klaganden, den tjeckiska och den österrikiska regeringen samt Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

### IV. Bedömning

17. I följande punkter kommer jag att behandla de två huvudfrågor som följer av tolkningsfrågorna och som i korthet avser verkningarna av artikel 17.1 FEUF (A) och tillämpningsområdet för artikel 49 FEUF (B).

### **A. Den första frågan: verkningarna av artikel 17 FEUF**

18. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att i huvudsak få klarhet i huruvida artikel 17.1 FEUF utgör hinder för att tillämpa unionsbestämmelserna om fri rörlighet för tjänster i en situation där ett religiöst samfund som är etablerat i en medlemsstat erkänner en skola i en annan medlemsstat som en konfessionell skola och ansöker om offentlig finansiering i den andra medlemsstaten.

19. Jag anser att denna fråga ska besvaras nekande.

20. Enligt artikel 17.1 ska Europeiska unionen ”respektera och inte påverka den ställning som kyrkor och religiösa sammanslutningar och samfund har i medlemsstaterna enligt den nationella lagstiftningen”. EU-domstolen har i detta hänseende slagit fast att det i denna bestämmelse kommer till uttryck att ”unionen [är] ... neutral i fråga om medlemsstaternas sätt att organisera sina förhållanden till kyrkor och religiösa sammanslutningar eller samfund”,<sup>5</sup> och att den innefattar principen om organisatoriskt oberoende för religiösa samfund.<sup>6</sup>

21. Enligt min mening innebär domstolens slutsatser att Europeiska unionen inte har någon särskild befogenhet att reglera frågor som rör religiösa samfunds interna funktion och deras förhållande till medlemsstaterna. Det ankommer följaktligen i princip på varje medlemsstat att bestämma vilken typ av relation den vill upprätta med religiösa samfund och för detta ändamål anta bestämmelser som reglerar frågor som exempelvis de religiösa samfundens rättsliga ställning och omfattningen av deras oberoende, deras finansiering, och eventuell särskild ställning som tillerkänns deras prästämbeten eller personal.<sup>7</sup>

22. Detta innebär emellertid inte att dessa organisationer inte behöver följa de unionsbestämmelser som kan vara tillämpliga på deras verksamhet, eller att det står medlemsstaterna fritt att anta kyrkliga lagar som inte är förenliga med unionsrätten. Även när medlemsstaterna agerar på områden som omfattas av deras behörighet måste de iaktta unionsrätten när de utövar denna behörighet<sup>8</sup> och är således skyldiga att iaktta de skyldigheter som åligger dem enligt unionsrätten.<sup>9</sup>

23. Domstolen har i själva verket vid ett flertal tillfällen uttalat sig om huruvida nationella bestämmelser avseende förhållandet mellan en medlemsstat och religiösa samfund är förenliga med unionsrätten. I synnerhet några av dessa mål avser situationer som har vissa likheter med förevarande mål. Domstolen har till exempel tidigare bedömt huruvida nationella åtgärder för finansiering av konfessionella skolor<sup>10</sup> eller skattelättnader för verksamheter som bedrivs av religiösa samfund<sup>11</sup> är förenliga med unionens bestämmelser om statligt stöd. Domstolen har

<sup>5</sup> Se, bland annat, dom av den 13 januari 2022, MIUR och Ufficio Scolastico Regionale per la Campania (C-282/19, EU:C:2022:3, punkt 50 och där angiven rättspraxis).

<sup>6</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2018, Jehovan todistajat (C-25/17, EU:C:2018:551, punkt 74).

<sup>7</sup> Se, för ett liknande resonemang, Morini, A. Comment to Article 17 TFEU, i Curti Gialdino, C. (red.), Codice dell'Unione europea – Operativo, Simone, Neapel, 2012, s. 543.

<sup>8</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 december 2020, Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Utlämning till Ukraina) (C-398/19, EU:C:2020:1032, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

<sup>9</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 februari 2022, RS (Verkan av domar från en författningsdomstol) (C-430/21, EU:C:2022:99, punkt 38 och där angiven rättspraxis).

<sup>10</sup> Dom av den 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496).

<sup>11</sup> Dom av den 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/kommissionen, kommissionen/Scuola Elementare Maria Montessori och kommissionen/Ferracci (C-622/16 P–C-624/16 P, EU:C:2018:873).

likaså slagit fast att den omständigheten att en verksamhet bedrivs av ett religiöst samfund eller av en av dess medlemmar inte hindrar att unionsbestämmelserna tillämpas på den inre marknaden.<sup>12</sup>

24. Detta motsägs inte av artikel 17.1 FEUF. Såsom generaladvokaten Tanchev har framhållit följer det inte av artikel 17.1 FEUF att förhållandet mellan religiösa samfund och en medlemsstat är helt skyddat från prövning med avseende på förenlighet med unionsrätten ”oavsett omständigheterna”.<sup>13</sup> Artikel 17.1 FEUF kan med andra ord – såsom generaladvokaten Bobek uttryckte det – inte liknas vid ett ”gruppundantag” för alla frågor som berör ett religiöst samfund och dess förhållande till de nationella myndigheterna.<sup>14</sup> Domstolen har i själva verket slagit fast att artikel 17.1 FEUF inte kan åberopas för att undanta efterlevnaden av bland annat unionsbestämmelserna om likabehandling i frågor som rör anställning och yrke,<sup>15</sup> eller om skydd av personuppgifter.<sup>16</sup>

25. Mot bakgrund av det ovan anförda kan det konstateras att artikel 17.1 FEUF inte utgör hinder för att tillämpa unionsbestämmelserna om fri rörlighet för tjänster under omständigheter där ett religiöst samfund som är etablerat i en medlemsstat erkänner en skola i en annan medlemsstat som en konfessionell skola och ansöker om offentlig finansiering i den senare.

### ***B. Den andra frågan: tillämpningsområdet för artikel 49 FEUF***

26. Den hänskjutande domstolen har i huvudsak ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida unionsbestämmelserna om fri rörlighet för tjänster utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken det som ett villkor för beviljande av bidrag till konfessionella privatskolor föreskrivs att sökanden är en kyrka eller ett religiöst samfund som är erkänt enligt nationell rätt.

27. I de nedanstående avsnitten kommer jag, efter att ha gjort några inledande anmärkningar som klargör den tillämpliga bestämmelsen i unionsrätten (1), att behandla denna fråga i sak. Jag kommer att förklara varför jag anser att etableringsrätten inte kan åberopas av tillhandahållare av tjänster för att de ska få utöva icke-ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat (2). I andra hand kommer jag att förklara varför jag anser att den aktuella nationella lagstiftningen kan utgöra en inskränkning av etableringsrätten, men kan motiveras som nödvändig och proportionerlig för att nå vissa skyddsvärda offentliga mål (3).

#### *1. Inledande anmärkningar*

28. Det kan till att börja med vara lämpligt att klargöra den specifika unionsbestämmelse som är tillämplig i förevarande mål. Jag ska göra två anmärkningar i detta avseende.

<sup>12</sup> Se, bland annat, dom av den 5 oktober 1988, Steymann (196/87, EU:C:1988:475), dom av den 7 september 2004, Trojani (C-456/02, EU:C:2004:488), och dom av den 7 maj 2019, Monachos Eirinaios (C-431/17, EU:C:2019:368).

<sup>13</sup> Förslag till avgörande i målet Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, punkterna 88 och 93). Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:135, punkt 32).

<sup>14</sup> Förslag till avgörande i målet Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punkt 26).

<sup>15</sup> Se, till exempel, dom av den 22 januari 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43).

<sup>16</sup> Dom av den 10 juli 2018, Jehovan todistajat (C-25/17, EU:C:2018:551, punkt74).

29. För det första har den hänskjutande domstolen frågat huruvida nationell lagstiftning likt den som är i fråga är förenlig med artikel 56 FEUF, som avser friheten att tillhandahålla tjänster. I en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet är artikel 56 FEUF emellertid inte tillämplig, utan i stället artikel 49 FEUF, som avser etableringsrätten.

30. Enligt domstolens fasta praxis innebär begreppet etablering att näringsidkaren stadigvarande och kontinuerligt erbjuder sina tjänster från ett driftsställe i värdmedlemsstaten. Tillhandahållande av tjänster som inte erbjuds stadigvarande och kontinuerligt från ett driftsställe i värdmedlemsstaten utgör å andra sidan ”tillhandahållande av tjänster” enligt artikel 56 FEUF.<sup>17</sup>

31. Eftersom den verksamhet som är aktuell i det nationella målet består i att driva en skola som stadigvarande och kontinuerligt tillhandahåller utbildningstjänster till elever på låg- och mellanstadiet i Österrike anser jag att förevarande mål omfattas av unionsbestämmelserna om etablering.<sup>18</sup>

32. För det andra är det utrett att unionsbestämmelserna om fri rörlighet, inbegripet bestämmelserna om frihet att tillhandahålla tjänster och om etableringsfrihet inte gäller för en situation där omständigheterna i alla avseenden är begränsade till en medlemsstat.<sup>19</sup> Dessa bestämmelser kan således endast åberopas i situationer med ett gränsöverskridande inslag. Kravet härrör från själva syftet med den inre marknaden, nämligen att liberalisera handeln inom unionen.<sup>20</sup>

33. Detta krav tycks vara uppfyllt i förevarande mål, till skillnad från vad den österrikiska regeringen anser. Klaganden, som är ett religiöst samfund, är en juridisk person med säte i Tyskland som ansökte om finansiering i en annan medlemsstat, närmare bestämt Österrike. Såsom den hänskjutande domstolen har påpekat gavs ansökan in i enlighet med österrikisk nationell rätt. Enligt 17 § PrivSchG är det de religiösa samfunden som (formellt sett) är mottagare av sådan finansiering. Det finns således ett gränsöverskridande inslag i förevarande mål.

34. Efter att ha gjort dessa klarlägganden kommer jag nu att behandla de sakfrågor som har ställts genom den andra tolkningsfrågan.

## *2. Tillhandahållare av tjänster kan inte åberopa artikel 49 FEUF för att få utöva icke-ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat*

35. Det framgår av fast rättspraxis att artikel 49 FEUF utgör hinder för varje nationell åtgärd som, även om den är tillämplig utan åtskillnad med avseende på nationalitet, kan göra det svårare eller mindre attraktivt för unionsmedborgarna att utöva den etableringsfrihet som garanteras genom EUF-fördraget.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, punkterna 25 och 26), och dom av den 19 juli 2012, Garkalns (C-470/11, EU:C:2012:505, punkt 27 och där angiven rättspraxis).

<sup>18</sup> Se, i tillämpliga delar, mitt förslag till avgörande i målet Boriss Cilevičs m.fl. (C-391/20, EU:C:2022:166).

<sup>19</sup> Se, särskilt, dom av den 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874).

<sup>20</sup> Se, med ytterligare hänvisningar, förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i de förenade målen Venturini m.fl. (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:529, punkt 27).

<sup>21</sup> Se, till exempel, dom av den 3 september 2020, Vivendi (C-719/18, EU:C:2020:627, punkt 51 och där angiven rättspraxis).

36. Det är emellertid viktigt att komma ihåg att unionsbestämmelserna om etablering – precis som bestämmelserna om de andra friheterna på den inre marknaden – är tillämpliga endast när verksamheten i fråga kan klassificeras som ”ekonomisk”. Domstolen har i detta avseende konsekvent slagit fast att all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad utgör ekonomisk verksamhet.<sup>22</sup>

37. I artikel 57 FEUF föreskrivs närmare bestämt att ”tjänster” i fördragets mening ska anses som prestationer som ”normalt utförs mot ersättning”. Det viktigaste kännetecknet för en ersättning är att den – såsom domstolen har slagit fast – utgör den *ekonomiska motprestationen* för tjänsten i fråga<sup>23</sup> och normalt avtalas mellan tillhandahållaren och mottagaren av tjänsten.<sup>24</sup>

38. EU-domstolen har gjort en ganska vid tolkning av begreppet ersättning.<sup>25</sup> En tillämpning av bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster utesluts i synnerhet inte av den omständigheten att ersättningen för tjänsten i) utgörs av ett begränsat belopp,<sup>26</sup> ii) tillhandahålls i form av en förmån av något slag,<sup>27</sup> iii) inte betalas av mottagaren av tjänsten,<sup>28</sup> eller iv) senare återbetalas av en tredje part.<sup>29</sup> På samma sätt kan en tjänst omfattas av tillämpningsområdet för artikel 49 FEUF också om tillhandahållaren inte strävar efter att göra vinst.<sup>30</sup>

39. Det måste ändå ske en betalning på ett eller annat sätt (eller en överföring av en förmån av ekonomiskt värde) som utgör en form av ”ersättning” för den tillhandahållna tjänsten.<sup>31</sup> Domstolen har konsekvent vidhållit att ”den bestämmande faktorn avseende huruvida en verksamhet omfattas av fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster [är] dess *ekonomiska karaktär*”.<sup>32</sup> Så är till exempel inte fallet när verksamheten bedrivs utan ersättning<sup>33</sup> eller ingår i ett system som inte bygger på affärsmässiga överväganden.<sup>34</sup> Det som är avgörande för om en verksamhet ska anses vara ”ekonomisk” är enligt min uppfattning att transaktionen mellan tillhandahållaren och mottagaren är baserad på en motprestation<sup>35</sup> där det går att urskilja ett *rimligt förhållande* mellan värdet av den tillhandahållna tjänsten och den betalning som görs i utbyte.

<sup>22</sup> Se, till exempel, dom av den 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

<sup>23</sup> Ibidem, punkt 47.

<sup>24</sup> Se, bland annat, dom av den 17 mars 2011, Peñarroja Fa (C-372/09 och C-373/09, EU:C:2011:156, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

<sup>25</sup> Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Cosmas i de förenade målen Deliège (C-51/96 och C-191/97, EU:C:1999:147, punkt 30).

<sup>26</sup> Se, exempelvis, dom av den 18 december 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, punkt 34).

<sup>27</sup> Dom av den 5 oktober 1988, Steymann (196/87, EU:C:1988:475), och dom av den 7 september 2004, Trojani (C-456/02, EU:C:2004:488).

<sup>28</sup> Dom av den 26 april 1988, Bond van Adverteerders m.fl. (352/85, EU:C:1988:196, punkt 16).

<sup>29</sup> Dom av den 12 juli 2001, Smits och Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, punkt 58).

<sup>30</sup> Ibidem, punkterna 50 och 52.

<sup>31</sup> Se den rättspraxis som anges ovan i fotnot 22. Se även, med betoning på denna punkt och med ytterligare hänvisningar, Koutrakos, P., Healthcare as an economic service under EC law, i: Dougan, M., Spaventa, E. (red.), *Social Welfare and EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2005, sidorna 112–115.

<sup>32</sup> Se dom av den 18 december 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, punkt 32), och dom av den 23 februari 2016, kommissionen/Ungern (C-179/14, EU:C:2016:108, punkt 154). Min kursivering.

<sup>33</sup> Se, exempelvis, dom av den 4 oktober 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, EU:C:1991:378, punkterna 24–26).

<sup>34</sup> Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Slynn i målet Gravier (293/83, EU:C:1985:15, s. 603), och förslag till avgörande av generaladvokaten Fennelly i målet Sodemare m.fl. (C-70/95, EU:C:1997:55, punkt 29).

<sup>35</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl. (C-399/98, EU:C:2001:401, punkt 77)). Se, allmänt, Spaventa, E., Public Services and European Law: Looking for Boundaries, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, del 5, 2003, sidorna 272–275.



40. Vad gäller *undervisningsverksamhet* har EU-domstolen slagit fast att undervisning som ges av utbildningsorgan som till största delen finansieras med privata medel utgör tjänster enligt unionsrätten. Nationella lagar som reglerar denna verksamhet måste följaktligen i princip vara förenliga med bestämmelserna om den inre marknaden, och särskilt med bestämmelserna om den fria rörligheten för tjänster. Erbjudande av undervisning som ges av utbildningsorgan som ingår som en del av ett offentligt utbildningssystem och som helt eller till största delen finansieras med offentliga medel utgör inte ekonomisk verksamhet enligt unionsbestämmelserna om den inre marknaden. Genom att upprätta och upprätthålla ett sådant offentligt utbildningssystem, som i regel finansieras med offentliga budgetmedel och inte av eleverna eller deras föräldrar, avser staten nämligen inte att bedriva en verksamhet mot ersättning utan endast att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot medborgarna.<sup>36</sup>

41. I det aktuella fallet uppfattar jag att den undervisningsverksamhet som bedrivs av (privat)skolan i fråga för närvarande finansieras med privata medel, inbegripet de medel som eleverna och deras föräldrar tillhandahåller. Verksamheten kan således klassificeras som ekonomisk enligt unionsrätten.

42. Med detta sagt uppkommer två frågor i förevarande mål. Kan, för det första, den verksamhet som skolan avser att bedriva i Österrike, om och när de offentliga medel som har begärts skulle beviljas, fortfarande klassificeras som ekonomisk enligt bestämmelserna om den inre marknaden? Om den, för det andra, inte kan klassificeras som sådan, skulle detta ha någon betydelse för svaret på den andra frågan från den hänskjutande domstolen?

43. När det gäller den första frågan har den österrikiska regeringen och kommissionen gjort gällande att den verksamhet som denna skola skulle bedriva i Österrike, om de offentliga medlen beviljades, inte längre skulle kunna betraktas som ekonomisk verksamhet.

44. Om min tolkning av den nationella rätten är korrekt – vilket den hänskjutande domstolen har att pröva – är jag benägen att ansluta mig till denna ståndpunkt. Om skolan i fråga var ansluten till det system som har upprättats i enlighet med den nationella lagstiftningen skulle den uppfylla de båda kraven enligt vilka erbjudandet av undervisning, enligt domstolens praxis som återges i punkt 40 ovan, inte kan anses utgöra en tjänst enligt bestämmelserna om den inre marknaden. Skolan ska nämligen i) vara ansluten till ett system för offentlig utbildning, och ii) detta system ska finansieras helt eller till största delen med offentliga medel.

45. I den nationella lagstiftningen i fråga fastställs inte bara en mekanism för finansiering av konfessionella skolor, utan den tycks gå längre än så genom att det i huvudsak föreskrivs att dessa skolor ska *inlemmas helt* i det offentliga utbildningssystemet.

46. Privatskolor kan bara erkännas som konfessionella av religiösa samfund som erkänns som sådana i Österrike. Dessa samfund bildas som juridiska personer vars inkomster och tillgångar endast får användas för religiösa ändamål, inbegripet icke-vinstdrivande och välgörande ändamål som grundar sig på religiösa mål.<sup>37</sup> Religiösa samfund beviljas vissa speciella rättigheter, men de anförtros även särskilda uppgifter, genom vilka de – enligt det uttryck som används av Verfassungsgerichtshof (Författningsdomstolen, Österrike) – ”på sin nivå påverkar det nationella

<sup>36</sup> Se dom av den 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, punkt 50 och där angiven rättspraxis).

<sup>37</sup> 11 § punkt 2 BekGG.

offentliga livet”.<sup>38</sup> En av dessa uppgifter är just undervisning, eftersom de är ansvariga för religionsundervisningen i skolorna<sup>39</sup> och är skyldiga att tillhandahålla ”undervisning av god kvalitet”.<sup>40</sup>

47. För att kunna utföra sina uppgifter har religiösa samfund rätt att få bidrag för personalkostnader, som i princip tilldelas som ”bidrag till levnadsomkostnader” genom att lärare förordnas som är anställda av eller enligt avtal med förbundsstaten eller delstaten. I den personal som förordnas ingår personal som behövs för att genomföra den aktuella skolans läroplan (inbegripet befattningen som rektor och eventuella stödtjänster som lärarpersonal på jämförbara offentliga skolor ska tillhandahålla).<sup>41</sup> Så som jag har förstått det får skolor som finansieras med offentliga medel i Österrike inte drivas i vinstsyfte<sup>42</sup> utan, vilket är nog så viktigt, finansieras huvudsakligen med offentliga medel.

48. Med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning anser jag att arten av den verksamhet som skolan i fråga bedriver med nödvändighet kommer att ändras och upphöra att vara ”ekonomisk” när den väl har anslutits till det system med offentlig finansiering som har inrättats genom PrivSchG. Verksamheten skulle då utövas i ett system som styrs av staten och inte har ett kommersiellt syfte.

49. Genom denna slutsats besvaras inte följande fråga: Är det möjligt att med framgång åberopa artikel 49 FEUF beträffande en ekonomisk verksamhet i värdmedlemsstaten som skulle förlora sin ekonomiska karaktär om den påstådda begränsningen togs bort?

50. I detta avseende delar jag återigen den österrikiska regeringens och kommissionens uppfattning att svaret på en sådan fråga ska vara nekande.

51. Det ska i detta hänseende inte bortses från att det mål som eftersträvas med unionsbestämmelserna om den inre marknaden är att avskaffa alla handelshinder inom unionen för att slå samman de nationella marknaderna till en enda marknad, varigenom förhållanden skapas som så långt som möjligt liknar de som råder på en sann inre marknad.<sup>43</sup> Det övergripande målet med den inre marknaden är att inom EU säkerställa ett fritt flöde av de insatsvaror och insatstjänster som krävs för att bedriva ekonomisk verksamhet, för att säkerställa en optimal fördelning av resurserna och maximera den ekonomiska välfärden.<sup>44</sup>

52. Omvänt är bestämmelserna om den inre marknaden inte avsedda att främja icke-ekonomiska former av samverkan mellan unionens medlemsstater, vilket kan vara föremål för andra bestämmelser i unionsfördragen. De bestämmelserna kan följaktligen i princip inte åberopas när det inte finns någon verksamhet som utövas i kommersiellt syfte.<sup>45</sup>

<sup>38</sup> Dom av den 16 december 2009, VfSlg 18.965/2009 (AT:VFGH:2009:B516.2009).

<sup>39</sup> 17 § fjärde stycket i Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder (Österrikisk lag om medborgarnas grundläggande rättigheter; RGBl. 142/1867).

<sup>40</sup> Vilket den österrikiska regeringen förklarat med hänvisning till förklaringarna beträffande regeringens lagförslag avseende lagen om ändring av BekGG (se fotnot 2 ovan).

<sup>41</sup> 18 § och 19 § PrivSchG.

<sup>42</sup> 21 § punkt 1 b PrivSchG.

<sup>43</sup> Se dom av den 5 maj 1982, Schul Douane Expeditieur (15/81, EU:C:1982:135, punkt 33), och dom av den 17 maj 1994, Frankrike/kommissionen (C-41/93, EU:C:1994:196, punkt 19).

<sup>44</sup> Se, till exempel, förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i de förenade målen X och Visser (C-360/15 och C-31/16, EU:C:2017:397, punkt 1), och Barnard, C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, femte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2016, sidorna 3–8.

<sup>45</sup> Se till exempel, i doktrinen, Odudu, O., *Economic Activity as a Limit to Community Law*, i: Barnard, C., Odudu, O. (red.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, sidorna 242 och 243.

53. EU-domstolen har faktiskt konsekvent slagit fast att med begreppet ”etablering” i fördragets bestämmelser avses bedrivande av en *faktisk* ekonomisk verksamhet i värdmedlemsstaten.<sup>46</sup> Denna princip avspeglas även i ett antal mål där domstolen uteslöt vissa verksamheter *helt* eller delvis från tillämpningsområdet för unionsbestämmelserna om fri rörlighet för tjänster.

54. EU-domstolen har till att börja med i fast rättspraxis slagit fast att verksamheterna i samband med förvaltningen av det allmänna systemet för social trygghet, vilka fyller en funktion av uteslutande social karaktär, är av icke-ekonomisk art när de grundar sig på principen om nationell solidaritet och bedrivs utan något som helst vinstsyfte.<sup>47</sup>

55. I målet *Sodemare* m.fl. åberopade ett företag dessutom unionsbestämmelserna om fri rörlighet för tjänster för att få tillhandahålla socialvårdstjänster av hälsovårdskaraktär, trots att den nationella lagstiftningen begränsade möjligheten att delta i driften av det sociala välfärdssystemet till icke vinstdrivande privata aktörer. EU-domstolen fann att artikel 49 FEUF inte var tillämplig. Den påpekade att unionsrätten, enligt en väletablerad princip, inte inverkar på medlemsstaternas behörighet att utforma sina sociala trygghetssystem så som de finner lämpligt. När medlemsstaterna utövar sina befogenheter i detta avseende kan de följaktligen lagligen besluta att privata aktörer som tillhandahåller sociala välfärdstjänster ska tillåtas delta i detta system på villkoret att de inte är vinstdrivande.<sup>48</sup>

56. EU-domstolen gjorde en liknande bedömning i målet *Analisi G. Caracciolo*, där ett företag åberopade bland annat bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster för att bestrida ett beslut att inte bevilja ackreditering i enlighet med förordning (EG) nr 765/2008 om krav för ackreditering och marknadskontroll i samband med saluföring av produkter och upphävande av förordning (EEG) nr 339/93.<sup>49</sup> I domen bekräftade domstolen att de unionsbestämmelser enligt vilka ackrediteringsverksamheten uteslutande ska utövas av ett enda nationellt organ är giltiga. Domstolen slog fast att bestämmelserna om den fria rörligheten för tjänster inte var tillämpliga i det fallet i den mån ackrediteringsorganet bedrev en offentlig verksamhet utanför varje kommersiellt sammanhang och inte var vinstdrivande.<sup>50</sup>

57. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag att unionsbestämmelserna om fri rörlighet för tjänster inte kan åberopas när det gäller en ekonomisk verksamhet, om denna verksamhet nödvändigtvis skulle förlora sin ekonomiska karaktär till följd av att den påstådda begränsningen togs bort.

58. En annan slutsats skulle enligt min mening knappast vara förenlig med definitionen av tjänster i artikel 57 FEUF så som den konsekvent har tolkats av EU-domstolen. Den skulle även – mer i grunden – utöka tillämpningsområdet för bestämmelserna om fri rörlighet, vilket således skulle strida mot själva syftet med dessa bestämmelser.

59. Mot bakgrund av det ovan anförda drar jag slutsatsen att artikel 49 FEUF inte utgör hinder för en nationell lagstiftning vilken som villkor för bidrag till konfessionella privatskolor föreskriver att sökanden måste vara erkänd som kyrka eller religiöst samfund enligt nationell rätt och där resultatet av bidraget blir att skolan blir helt inlemmad i det offentliga systemet.

<sup>46</sup> Se, exempelvis, dom av den 12 juli 2012, *VALE Építési* (C-378/10, EU:C:2012:440, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

<sup>47</sup> Se, till exempel, dom av den 17 februari 1993, *Poucet och Pistre* (C-159/91 och C-160/91, EU:C:1993:63, punkterna 17 och 18), och dom av den 22 oktober 2015, *EasyPay och Finance Engineering* (C-185/14, EU:C:2015:716, punkt 38).

<sup>48</sup> Dom av den 17 juni 1997 (C-70/95, EU:C:1997:301).

<sup>49</sup> Europaparlamentets och rådets förordning av den 9 juli 2008 (EUT L 218, 2008, s. 30).

<sup>50</sup> Dom av den 6 maj 2021 (C-142/20, EU:C:2021:368).

60. Om domstolen inte delar denna uppfattning, eller om den hänskjutande domstolen anser att denna bedömning grundar sig på en felaktig tolkning av nationell rätt kommer jag, såsom ett alternativ, att undersöka huruvida en sådan nationell lagstiftning som den som är aktuell är förenlig med artikel 49 FEUF.

### 3. Artikel 49 FEUF utgör inte hinder för en sådan nationell lagstiftning som den som är aktuell

61. Artikel 49 FEUF utgör hinder inte endast mot öppen diskriminering på grund av nationalitet utan också mot varje form av dold diskriminering som, med tillämpning av andra särskiljningskriterier, i praktiken leder till samma resultat.<sup>51</sup> I synnerhet utgör artikel 49 FEUF, vilket jag har nämnt i punkt 35 ovan, hinder för varje nationell åtgärd som kan göra det svårare eller mindre attraktivt för unionsmedborgarna att utöva den etableringsfrihet som garanteras genom EUF-fördraget.

62. I det aktuella fallet anser jag att en nationell lagstiftning såsom den som är i fråga utgör indirekt diskriminering och att den olikhet i behandling av skolor som följer av denna lagstiftning kan göra det svårare eller mindre attraktivt för enskilda, föreningar och företag med säte i en annan medlemsstat att utöva sin etableringsrätt i Österrike.

63. För det första har endast konfessionella skolor rätt till offentlig finansiering enligt den nationella lagstiftningen i fråga.<sup>52</sup> Andra privatskolor kan få offentlig finansiering på vissa villkor, om den federala privata staten har anslagit medel för detta i den federala budgeten.<sup>53</sup>

64. Endast skolor som är knutna till religiösa samfund som är juridiskt erkända utgör privata konfessionella skolor i den mening som avses i den aktuella lagstiftningen.<sup>54</sup> Bland villkoren för statligt erkännande återfinns kravet att det religiösa samfundet i) har varit verksamt i Österrike i ett visst antal år, och ii) har ett medlemsantal som åtminstone motsvarar en viss procent av Österrikes befolkning.<sup>55</sup>

65. Det säger sig självt att samfund som har någon form av etablering i Österrike lättare uppfyller dessa villkor.

66. För det andra är det uppenbart att en nationell lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken offentlig finansiering bara ska beviljas vissa typer av privat drivna skolor (det vill säga konfessionella skolor) och inte andra (det vill säga icke-konfessionella skolor, inbegripet skolor som är knutna till religiösa samfund som inte är juridiskt erkända) kan avskräcka vissa fysiska och juridiska personer – särskilt de som inte är etablerade i Österrike, vilket jag har förklarat ovan – från att starta nya skolor i den medlemsstaten.

67. Privatskolor som inte får någon offentlig finansiering är klart missgynnade jämfört med de skolor som får sådan finansiering. De senare skolorna borde i normala fall kunna erbjuda jämförbara tjänster till lägre avgift, eftersom en stor del av deras kostnader täcks med offentliga

<sup>51</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 mars 2020, Tesco-Global Áruházak (C-323/18, EU:C:2020:140, punkt 62 och där angiven rättspraxis).

<sup>52</sup> 17 § PrivSchG.

<sup>53</sup> 21 § PrivSchG.

<sup>54</sup> 17 § punkt 2 PrivSchG.

<sup>55</sup> 11 § punkt 1 BekGG.

medel. De medel som betalas av eleverna och deras föräldrar kommer ”ovanpå” de offentliga medlen. Icke-konfessionella skolor är däremot tvungna att finansiera sin verksamhet huvudsakligen med privata medel, varvid elevavgifter vanligen utgör en betydande del.

68. Mot denna bakgrund anser jag att en nationell lagstiftning, enligt vilken ett villkor för subventionering av (konfessionella) privatskolor är att sökanden måste vara erkänd som kyrka eller religiöst samfund enligt nationell rätt, utgör en begränsning av etableringsrätten i den mening som avses i artikel 49 FEUF.

69. Med detta sagt är en begränsning av etableringsfriheten tillåten enligt fast rättspraxis, om den för det första är motiverad av hänsyn till allmän ordning, allmän säkerhet eller folkhälsan eller av tvingande skäl av allmänintresse och om den för det andra är förenlig med proportionalitetsprincipen. När det gäller proportionalitet måste den nationella åtgärden vara lämplig för att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås, och den får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. Den nationella åtgärden måste dessutom vara proportionerlig i egentlig mening, såtillvida att den måste skapa en rättvis balans mellan de intressen som står på spel, det vill säga det intresse som staten eftersträvar med åtgärden i fråga och de intressen som de som påverkas negativt har.<sup>56</sup>

70. I detta avseende har den österrikiska regeringen betonat att privata konfessionella skolor kompletterar det offentliga utbildningssystemet i Österrike, eftersom de offentliga skolorna endast är samkyrkliga. Privata konfessionella skolor gör det således möjligt för föräldrarna att välja en utbildning för sina barn som överensstämmer med deras religiösa övertygelse. Den österrikiska regeringen har i detta sammanhang hänvisat till artikel 2 i protokoll nr 1 till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna i vilket, när det gäller rätten till utbildning, föreskrivs att ”staten [skall] respektera föräldrarnas rätt att tillförsäkra sina barn sådan utbildning och undervisning som står i överensstämmelse med föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse”.

71. Den österrikiska regeringen har i huvudsak förklarat att begränsningen av de offentliga bidrag som beviljas dessa skolor har ett dubbelt syfte, nämligen att säkerställa en rimlig användning av de offentliga resurserna, vilket i sin tur garanterar undervisningens kvalitet, och att skydda den allmänna säkerheten. Denna regering har påpekat att förfarandet för erkännande av religiösa samfund gör det möjligt för de offentliga myndigheterna att bland annat kontrollera att samfundet i fråga har en stabil organisation med ett tillräckligt antal medlemmar och att det har en positiv inställning till samhället och staten och inte äventyrar den religiösa freden.

72. Jag anser att detta är *legitima mål* som i princip kan motivera begränsningar av etableringsrätten. Artikel 52 FEUF tillåter faktiskt att medlemsstaterna inför eller upprätthåller undantag från etableringsrätten med hänsyn till bland annat den allmänna säkerheten. EU-domstolen har dessutom slagit fast att både risken för att den ekonomiska balansen i det sociala trygghetssystemet<sup>57</sup> och målet att säkerställa att undervisningen håller en hög kvalitet<sup>58</sup> kan utgöra tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera hinder för den fria rörligheten.

<sup>56</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2020, kommissionen/Ungern (Högre utbildning) (C-66/18, EU:C:2020:792, punkterna 178 och 179 och där angiven rättspraxis).

<sup>57</sup> Se, till exempel, dom av den 1 oktober 2009, Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, EU:C:2009:593, punkt 31 och där angiven rättspraxis).

<sup>58</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2003, Neri (C-153/02, EU:C:2003:614, punkt 46), och dom av den 14 september 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, EU:C:2006:568, punkt 45).

73. Det ska därefter bedömas huruvida en nationell lagstiftning såsom den som är aktuell är *lämplig* för att uppnå dessa mål, det vill säga att den på ett meningsfullt sätt bidrar till att målen uppnås.

74. Jag anser att så är fallet.

75. För det första delar jag den österrikiska regeringens uppfattning att en begränsning av bidragen till skolor som sannolikt kommer att besökas av ett stort antal elever och som är knutna till en stabil organisation är en rimlig åtgärd för att säkerställa kostnadseffektivitet och för att i möjligaste mån undvika slöseri med ekonomiska, tekniska och mänskliga resurser.<sup>59</sup> En rimlig användning av de tillgängliga resurserna, som med nödvändighet är begränsade, främjar också sannolikt tillhandahållandet av bättre utbildningstjänster.

76. För det andra har både tidigare och senare historia visat att religiös undervisning, förkunnelse och omvändelseiver under vissa sällsynta omständigheter kan användas för att förmedla idéer som kan utgöra ett hot mot den allmänna säkerheten. När så är fallet kan sådan verksamhet inte anses vara skyddad av yttrande- eller religionsfriheten,<sup>60</sup> och en medlemsstat måste, vilket Europadomstolen har förklarat, kunna upprätthålla "allmän ordning, religiös harmoni och tolerans i ett demokratiskt samhälle" särskilt mellan grupper som står emot varandra.<sup>61</sup> En förhandskontroll av huruvida ett religiöst samfunds ideologi och trosuppfattning är förenliga med samhällets grundläggande värderingar förefaller, åtminstone i viss utsträckning, vara lämplig för att begränsa denna risk.

77. Med detta sagt, går den nationella lagstiftningen längre än vad som är nödvändigt för att uppnå målen, eller saknar den en rättvis balans mellan de intressen som står på spel?

78. Detta är enligt min mening frågor som de hänskjutande domstolarna i allmänhet är bäst lämpade att avgöra. Det gäller särskilt i förevarande mål, eftersom den part som åberopade etableringsrätten, nämligen klaganden i det nationella målet, inte har framfört något argument i detta avseende.

79. Jag måste i varje fall konstatera att jag, på grundval av den information som har lämnats i handlingarna i målet, inte kan finna någon möjlig åtgärd som skulle kunna vara mindre restriktiv än den nationella lagstiftningen i fråga i förhållande till tillhandahållarna av tjänster samtidigt som den är ägnad att uppnå de mål som eftersträvas med denna lagstiftning. Det finns inte heller något i handlingarna i målet som antyder att de österrikiska myndigheterna, när den begränsat den offentliga finansieringen till skolor som är knutna till religiösa samfund som är juridiskt erkända, kan ha gjort en felaktig avvägning mellan de allmänna intressen som eftersträvas med lagstiftningen i fråga och de intressen som påverkats av denna (*in casu* icke erkända religiösa samfund).

<sup>59</sup> Se, i tillämpliga delar, dom av den 20 december 2017, Simma Federspiel (C-419/16, EU:C:2017:997, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

<sup>60</sup> Se, till exempel, Europadomstolen, 13 februari 2003, Refah Partisi (Välfärdspartiet) m.fl. mot Turkiet (CE:ECHR:2003:0213JUD004134098).

<sup>61</sup> Europadomstolen, 10 november 2005, Leyla Şahin mot Turkiet (CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, § 107).

80. I detta avseende konstaterar jag också att de kriterier som ska vara uppfyllda för att ett religiöst samfund ska erkännas juridiskt inte verkar orimliga eller överdrivna för ett samfund som har en meningsfull närvaro och verksamhet i landet. Jag har också förstått att om kriterierna är uppfyllda har de offentliga myndigheterna inte något handlingsutrymme då erkännande beviljas automatiskt, vilket bör säkerställa rättvis och lika behandling av de olika religiösa samfunden.<sup>62</sup>

81. Den omständigheten att klaganden har ställning som erkänt religiöst samfund i Tyskland saknar betydelse i detta sammanhang. Ingen unionsbestämmelse får tolkas så, att den föreskriver en mekanism för ”ömsesidigt erkännande” mellan medlemsstaterna när det gäller religiösa samfund. Den tjeckiska regeringen gjorde en riktig bedömning när den påpekade att varje sådan princip i stor utsträckning skulle beröva artikel 17.1 FEUF dess verkan, eftersom den skulle innebära en allvarlig begränsning av medlemsstaternas frihet att behandla religiösa samfund på det sätt som de finner lämpligt.

82. I grunden anser jag att artikel 17.1 FEUF i detta sammanhang nödvändigtvis innebär att medlemsstaterna måste ha betydande handlingsutrymme när det gäller reglerna om erkännande av religiösa samfund och det förhållande som de avser att upprätta med dessa. Ett visst handlingsutrymme måste också finnas när det gäller det *ekonomiska förhållande* som medlemsstaterna upprättar med religiösa samfund.<sup>63</sup>

83. Det är intressant att notera att Europadomstolen – vid vilken vissa mål har anhängiggjorts särskilt på grund av påstådda kränkningar av religionsfriheten<sup>64</sup> – har dragit liknande slutsatser. Den har erkänt att medlemsstaterna har stort utrymme för skönsässig bedömning när det gäller det sätt på vilket de vill organisera sitt förhållande till religiösa samfund, när det gäller möjligheten att anförtro dessa samfund ansvaret för att utföra vissa (även icke-religiösa) uppgifter i allmänhetens intresse, och när det gäller finansieringen av dessa samfund eller av viss verksamhet i dessa, såsom att erbjuda undervisning. Medlemsstaternas handlingsutrymme har inte uteslutits enbart genom den omständigheten att den nationella lagstiftningen i fråga har haft den effekten att olika samfund har behandlats olika och vissa samfund getts mer stöd än andra.<sup>65</sup> I detta sammanhang har Europadomstolen också slagit fast att artikel 2 i protokoll nr 1<sup>66</sup> inte kan tolkas så, att den innebär att föräldrar kan kräva att staten ska tillhandahålla en speciell form av (religiös) undervisning.<sup>67</sup>

84. Enligt mitt förmenande följer det av övervägandena ovan att en nationell lagstiftning såsom den som är aktuell i förevarande mål utgör en begränsning av etableringsrätten, men att den kan motiveras som nödvändig och proportionerlig för att uppnå vissa skyddsvärda offentliga mål. Huruvida så är fallet i förevarande mål ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

<sup>62</sup> Se, särskilt, ordalydelsen i 1§ och 2 § AnerkennungsG.

<sup>63</sup> Det är emellertid viktigt att lägga in ett varningens ord i detta avseende. Detta handlingsutrymme vad gäller ekonomiska frågor föreligger i den mån bestämmelserna om offentliga medel som betalas ut till de religiösa samfunden är förenliga med de unionsbestämmelser som, beroende på omständigheterna, kan vara tillämpliga i den speciella situationen. Om en medlemsstat subventionerar ekonomisk verksamhet som utövas av religiösa samfund måste åtgärderna i fråga i synnerhet vara förenliga med unionsbestämmelserna om statligt stöd (se, till exempel, rättspraxis som anges i fotnoterna 9 och 10 ovan). Detta är emellertid inte en fråga som har tagits upp i förevarande mål.

<sup>64</sup> Denna rätt skyddas enligt Europakonventionens artikel 9, som har rubriken ”Tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet”.

<sup>65</sup> Se, bland annat, Europadomstolen, 7 december 1976, Kjeldsen, Busk Madsen och Pedersen mot Danmark (CE:ECHR:1976:1207JUD000509571), 28 augusti 2001, Lundberg mot Sverige (CE:ECHR:2001:0828DEC003684697), 29 juni 2007, Folgerø m.fl. mot Norge (CE:ECHR:2007:0629JUD001547202), och 18 mars 2011, Lautsi m.fl. mot Italien (CE:ECHR:2011:0318JUD003081406). Se mer allmänt om denna fråga, med ytterligare hänvisningar, Evans, C., Thomas, C. A., Church-State Relations in the European Court of Human Rights, *BYU Law Review*, 2006, s. 699.

<sup>66</sup> Se ovan, punkt 70 i detta förslag till avgörande.

<sup>67</sup> Europadomstolen, 18 mars 2011, *Lautsi m.fl. mot Italien* (CE:ECHR:2011:0318JUD003081406, § 61 och där angiven rättspraxis).

85. Mot denna bakgrund drar jag slutsatsen att artikel 49 FEUF i princip inte utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken det som ett villkor för beviljande av bidrag till konfessionella privatskolor, föreskrivs att sökanden ska vara erkänd som kyrka eller religiöst samfund enligt nationell rätt.

## V. Förslag till avgörande

86. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike) har hänskjutits för förhandsavgörande på följande sätt:

- Artikel 17.1 FEUF utgör inte hinder för att tillämpa unionsbestämmelserna om fri rörlighet för tjänster i en situation där ett religiöst samfund som är etablerat i en medlemsstat erkänner en skola i en annan medlemsstat som en konfessionell skola och ansöker om offentlig finansiering i den senare medlemsstaten.
- Artikel 49 FEUF utgör i princip inte hinder för en nationell lagstiftning i vilken det som ett villkor för beviljande av bidrag till konfessionella privatskolor föreskrivs att sökanden ska vara erkänd som kyrka eller religiöst samfund enligt nationell rätt.