

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2021-05-12

Närvarande: F.d. justitierådet Eskil Nord samt justitieråden Inga-Lill Askersjö och Petter Asp

Utbetalning av ersättning för personlig assistans endast vid tillstånd

Enligt en lagrådsremiss den 22 april 2021 har regeringen (Socialdepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade,
2. lag om ändring i socialförsäkringsbalken.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Monica Johansson, biträdd av departementssekreteraren Axel Ingvarsson.

Förslagen föranleder följande yttrande.

Förslaget till lag om ändring i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade

9 d §

Av paragrafen följer att vissa krav måste vara uppfyllda för att en kostnad för assistans ska berättiga till ekonomiskt stöd enligt 9 § 2 lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade. Tidigare har det inte funnits hinder mot att ekonomiskt stöd betalas ut till en assistansberättigad även om den anordnare som utför assistansen inte har erforderliga tillstånd (jfr HFD 2019 not. 4). Nu tillförs paragrafen ett *andra stycke* som anger att kostnad för personlig assistans som har utförts i en yrkesmässig enskild verksamhet utan tillstånd inte ger rätt till ekonomiskt stöd. Till skillnad mot vad som hittills gällt blir alltså huvudregeln enligt lagrådsremissens förslag att stöd inte ska utgå för assistans som lämnats i sådan verksamhet. En huvudregel av detta slag är i sig invändningsfri.

Huvudregeln är försedd med undantag. Om tillstånd saknas är avsikten att stöd likväl ska kunna utgå under vissa omständigheter, enligt bestämmelser som anges i tredje och fjärde styckena.

En av dessa bestämmelser finns i första punkten i det *tredje stycket*. Om verksamheten har haft tillstånd under avtalstiden och assistansen har utförts senast den dag då den assistansberättigade underrättades om att tillståndet upphört att gälla ska stöd kunna lämnas fram till och med den dagen. Syftet med denna undantagsregel är att skydda den enskilde i de fall då han eller hon inte känner till att tillståndet för verksamheten har upphört att gälla.

Det skydd som den assistansberättigade får genom punkten är i praktiken ett ekonomiskt skydd. Personen behöver inte själv betala

för den assistans som utgått under den tid han eller hon inte känt till att anordnaren saknat tillstånd. Eftersom den som har rätt till personlig assistans oftast har behov av assistans dagligen är emellertid detta skydd inte tillräckligt. Regleringen i punkten innebär nämligen att den som underrättas om att ett tillstånd har dragits in närmast regelmässigt kommer att behöva arrangera assistans på annat sätt redan till nästkommande dag, antingen genom att själv anlita en annan assistansanordnare eller genom kommunens försorg.

I regleringen finns ytterligare en undantagsregel som delvis har tillkommit för att hantera den situationen. Stödet ska enligt tredje stycket andra punkten kunna utgå också om det föreligger särskilda skäl. Det kan emellertid enligt Lagrådets mening av flera skäl ifrågasättas om det är lämpligt att hantera de övergångsproblem som uppstår för den assistansberättigade genom en sådan reglering.

Av lagrådsremissen framgår att syftet med bestämmelsen om särskilda skäl är att den ska täcka fall där det kan få allvarliga negativa följder för den assistansberättigade om den personliga assistans som tillhandahålls genom verksamheten omedelbart skulle upphöra, varvid det särskilt nämns att den berättigade kan ha speciella behov som kräver assistenter med viss kompetens eller erfarenhet. Avsikten är att stöd i dessa fall ska kunna utgå under en kortare övergångsperiod. Denna beskrivning ger – liksom lagtexten – intryck av att bestämmelsen ska tillämpas närmast i undantagsfall.

Enligt Lagrådets bedömning kommer emellertid behovet av övergångslösningar med stöd av denna punkt att bli betydligt större än vad remissen antyder. Enligt 9 a § i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade avses med personlig assistans ”personligt utformat stöd som ges av ett begränsat antal personer åt den som på

grund av stora och varaktiga funktionshinder behöver hjälp med andning, sin personliga hygien, måltider, att klä av och på sig, att kommunicera med andra eller annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade (grundläggande behov)". Visserligen har kommunerna alltid det yttersta ansvaret för att ombesörja att den som behöver personlig assistans också erbjuds sådan assistans (s.k. basansvar). Assistansberättigade har emellertid kvalificerade behov av mycket skiftande karaktär. Det medför en uppenbar risk för att kommunen inte omedelbart, då ett behov oväntat eller plötsligt uppstår, kommer att kunna föranstalta om sådant personligt utformat stöd som utgör grunden för personlig assistans i den utsträckning som krävs för att lagrådsremissens intention att skydda de assistansberättigade ska uppfyllas.

Mot denna bakgrund – och med beaktande av att den första punkten i tredje stycket inte ger den assistansberättigade något rådrum alls – är det svårt att se annat än att bestämmelsen om särskilda skäl kommer att behöva tillämpas i flertalet av de fall där en enskild underrättas om att ett tillstånd har dragits in. En reglering med en prövning av särskilda skäl används i lagstiftning normalt för att tillse att det finns en "ventil" som kan användas för att täcka in fall som är svåra att fånga med mer specifika rekvisit. Att använda denna lagstiftningsteknik för att omhänderta situationer som mer eller mindre regelmässigt kommer att uppstå är mindre lämpligt.

Eftersom frågan om det föreligger särskilda skäl ska prövas individuellt och i efterhand kommer den enskilde vid underrättelsen att ha mycket svårt att själv bedöma om stöd kommer att utgå på grund av att det föreligger sådana skäl. Det finns en risk för att den enskilde gör en felbedömning och själv blir betalningsskyldig för den assistans som ges efter underrättelsen. Om de uttalanden i lagrådsremissen, som tar sikte på i vilka fall särskilda skäl ska anses

föreligga, tolkas snävt finns det dessutom en risk för att den assistansberättigade inte får någon respit för att byta assistansanordnare. Det syfte som lagstiftningen är avsedd att fylla – att skydda den enskilde från att utan egen förskyllan hamna i en svår situation – uppnås därför inte genom förslagen.

En möjlig utväg skulle kunna vara att ta fasta på den diskussion som under beredningen av ärendet har förts om behovet av en övergångsperiod och direkt i 9 d § tredje stycket 1 föreskriva att ersättning till den enskilde kan utgå under en viss kortare övergångstid (exempelvis tre veckor) efter underrättelsen, eventuellt med tillägg av en möjlighet att få ytterligare stöd med hänvisning till särskilda skäl. De särskilda skälen kan då koncentreras till omständigheter som inte beror på att den enskilde måste ges rimlig tid att byta assistansanordnare. En positiv effekt av en sådan lösning torde också bli att prövningarna hos Försäkringskassan och domstolarna av om ersättning kan utgå på grund av särskilda skäl blir betydligt färre.

Bestämmelsen i tredje stycket skulle med utgångspunkt i Lagrådets synpunkter kunna ges följande lydelse.

Även om assistansen har utförts utan tillstånd lämnas ekonomiskt stöd enligt 9 § 2 om

1. verksamheten har haft tillstånd under avtalstiden och assistansen har utförts senast tre veckor efter den dag då den assistansberättigade underrättades om att tillståndet har upphört att gälla, eller
2. det finns särskilda skäl.

Om det i lagen föreskrivs en sådan övergångstid skulle det kunna ge intryck av att kommunerna inte har något ansvar för att ombesörja assistans innan den tiden löper ut. Så är emellertid inte fallet eftersom kommunens basansvar alltid gäller. Att kommunens

basansvar inte påverkas av att assistans ger rätt till ersättning viss tid efter återkallelsen bör klargöras i författningskommentaren, oavsett om det blir lagrådsremissens eller Lagrådets förslag som genomförs.

Ordalydelsen av bestämmelsen i *fjärde stycket* är oklar men vid föredragningen har förklarats att det som regleras där är de fall då tillståndsbeslutet har överklagats till domstol och underrättelse dessförinnan (eller tidigare under processen) har skett beträffande beslutet om återkallelse. Bestämmelsen har tillkommit på grund av att Försäkringskassan under remissbehandlingen av promemorian påtalat problem kring hanteringen av underrättelserna under den tid då en domstolsprocess pågår. Det som avses är att någon ny underrättelse inte ska behöva göras om exempelvis förvaltningsrätten interimistiskt har förordnat att tillståndet ska gälla men därefter avslår överklagandet eller då förvaltningsrätten i domen undanröjt beslutet om återkallelse och kammarrätten därefter ändrar förvaltningsrättens dom. Med den utgångspunkten kan konstateras att den enskilde inte heller när domstol beslutar får någon skälig tid att byta anordnare. Härtill kommer dessutom att den enskilde själv måste hålla sig à jour med vad som händer i domstolen för att snabbt kunna agera. Det är oklart hur detta är tänkt att fungera. Det krävs en närmare analys av hur bestämmelsen i fjärde stycket påverkar den assistansberättigades möjligheter att ta till vara sin rätt och att mildra de negativa konsekvenserna av att assistansanordnarens tillstånd har återkallats.

Med hänsyn taget till den oklara utformningen av lagtexten, avsaknaden av en närmare analys av effekterna av förslaget för den assistansberättigade samt det förhållandet att förslaget tillkommit med anledning av ett remissyttrande och inte ytterligare beretts avstyrker Lagrådet förslaget i fjärde stycket.

Förslag till lag om ändring i socialförsäkringsbalken

51 kap. 16 b §

Paragrafen som handlar om assistansersättning bör ändras i enlighet med Lagrådets synpunkter under 9 d § i förslaget till lag om ändring i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade.

Civilrättsligt och straffrättsligt ansvar

Vid sidan av det som ovan anförts konstaterar Lagrådet att det i lagrådsremissen även saknas en närmare analys av hur den föreslagna regleringen av undantagen påverkar de inblandades civilrättsliga och straffrättsliga ansvar.

Lagrrådet har visserligen inte full överblick över hur avtalen kan se ut, men Lagrådet kan inte på det underlag som föreligger utesluta risken att den assistansberättigade skulle kunna hamna i en besvärlig position om han eller hon – under ett avtals löptid – blir av med möjligheten till ersättning/stöd avseende assistans utförd av den anordnare med vilken avtalet är tecknat.

Vad gäller den straffrättsliga aspekten kan räcka med att konstatera att lagrådsremissen (jfr de båda punkterna i tredje stycket) å ena sidan bygger på att en enskild under vissa förutsättningar ska kunna få ersättning för assistans som utförts av en anordnare som saknar tillstånd samtidigt som det – å den andra sidan – fortsatt är generellt straffbelagt enligt 28 § lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade att utföra assistans utan tillstånd. Detta, dvs. att ersättning/stöd kan utgå till någon som begår brott genom att utföra assistansen, är förvisso något som regelverket kan leda till redan i

dag och det har också anförts som ett skäl för de förslag som nu lämnas (jfr bl.a. s. 15).

När man nu genom lagstiftning söker komma ifrån denna otillfredsställande ordning hade det varit näraliggande att på allvar (jfr s. 17 f.) försöka hantera den problematik som ligger i det sagda, nämligen att assistans ska kunna utföras och ge ersättning/stöd samtidigt som assistansen är straffbelagd. I ett avseende kan man säga att lagstiftaren genom de nu framlagda förslagen förstärker problemen eftersom förslagen innebär att denne – med hänsyn till den enskildes behov (allra tydligast blir det när ersättning/stöd utgår med hänvisning till särskilda skäl) – godtar att assistans emellanåt kan behöva utföras av någon vars tillstånd har återkallats, men samtidigt bibehåller straffhotet mot denne.

Det framstår visserligen som oklart hur en sådan situation skulle komma att hanteras i det praktiska rättslivet. Från en principiell utgångspunkt är emellertid – alldeles oavsett denna oklarhet – en sådan motsägelsefull ordning inte godtagbar. Lagrådet anser dock – framför allt med beaktande av att undantagen syftar till att skydda den assistansberättigade – att det motsägelsefulla inslaget i regleringen inte utgör tillräckliga skäl för att avstyrka förslagen. Det är emellertid nödvändigt att regleringen snarast övervägs på nytt, så att en ordning kan tillskapas som är motsägelsefri och som blir rimlig i förhållande till såväl assistansanordnaren som den assistansberättigade.