

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2018-03-02

Närvarande: F.d. justitieråden Leif Thorsson och Lennart Hamberg
samt justitierådet Erik Nymansson

Tillstånd att ta emot offentlig finansiering inom socialtjänsten, assistansersättningen och skollagsreglerad verksamhet

Enligt en lagrådsremiss den 18 januari 2018 har regeringen (Finansdepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i socialförsäkringsbalken,
2. lag om ändring i lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade,
3. lag om ändring i socialtjänstlagen (2001:453),
4. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400),
5. lag om ändring i skollagen (2010:800).

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Sara Westerlund, biträdd av departementssekreteraren Jonathan Larkeus.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Allmänt

Flera remisser

I denna lagrådsremiss föreslås att krav på tillstånd att ta emot offentlig finansiering ska införas för enskilda juridiska personer som bedriver verksamhet enligt lagen (1993:487) om stöd och service till vissa funktionshindrade, socialtjänstlagen (2001:453) och skollagen (2010:800). Endast den som kan visa att offentliga medel utöver ett visst årligt rörelseresultat kommer att gå till verksamhet enligt respektive lag kan få sådant tillstånd, och verksamhet med tillstånd enligt en eller flera av de nämnda lagarna ska bedrivas i en separat juridisk person som inte får bedriva någon annan verksamhet. Dessa ändringar anges syfta till att säkerställa att offentliga medel används för den verksamhet som de är avsedda för och därmed stärka förtroendet för välfärdssystemet. Ändringarna föreslås träda i kraft den 2 januari 2019.

Samtidigt föreligger för Lagrådets granskning en remiss rubricerad Ökade tillståndskrav inom socialtjänsten och skolväsendet med förslag som föreslås träda i kraft redan den 1 januari 2019. Dessa förslag innebär nya tillståndskrav för viss verksamhet som utförs av enskilda enligt lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade, socialtjänstlagen och skollagen. Förslagen anges syfta till att säkerställa att privata utförare har tillräckliga förutsättningar att bedriva verksamhet med god kvalitet samt att stärka allmänhetens tilltro till sektorn.

Vidare föreligger ännu en samtidig remiss, Särskilda regler för upphandling av välfärdstjänster, som granskats av Lagrådet i annan sammansättning. Förslagen i den remissen, som avses träda i kraft den 1 januari 2019, syftar bl.a. till att förenkla upphandlingen av

tjänster vars värde beräknas understiga 750 000 euro samt till att tillvarata möjligheterna att främja den idéburna sektorns deltagande i upphandlingar. Dessa företag särbehandlas inte i de två först nämnda remisserna.

Emellertid förutskickas i förevarande remiss ett kommande regeringsförslag varigenom s.k. idéburna företag – ideella föreningar, stiftelser, aktieföretag med särskild vinstbegränsning – skulle undantas från tillämpning av de i denna remiss föreslagna reglerna, åtminstone i viss utsträckning. Enligt en promemoria Vissa ändringar i regleringen om tillstånd att ta emot offentlig finansiering, januari 2018, som för närvarande remissbehandlas, skulle detta undantag träda i kraft samtidigt med de föreslagna nya reglerna om vinstbegränsning. Det framstår som förvånande och avvikande från vad som normalt kunde förväntas att denna justering, som uppenbarligen kan medföra ytterligare komplikationer, inte har beaktats i den föreliggande lagrådsremissen, låt vara att denna i så fall måst framläggas först senare under våren.

Beredningsunderlaget

Välfärdsutredningens samlade förslag är vittomfattande och innehåller regleringar inom hela välfärdsområdet, avseende tillståndsgivning, upphandling, valfrihetssystem och vinstbegränsningar. När det gäller regleringen av vinstmöjligheter är det fråga om innovativa och hittills oprövade metoder för att, som utredningen formulerat det, skapa ordning och reda i välfärden.

Utredningens förslag har varit föremål för en omfattande remissbehandling där, förutom mer än 100 remissinstanser, ytterligare många hundra företag, organisationer och enskilda kommit in med synpunkter. Särskilt när det gäller förslaget om

vinstbegränsningar framförs en omfattande kritik mot utredningens underlag och påtalas svårigheterna att bedöma konsekvenserna av förslaget. Från de företag som verkar inom området görs helt andra bedömningar av konsekvenserna än de som utredningen antagit. Men även från myndighetshåll anförs att det inte går att förutse konsekvenserna av förslaget.

Enligt Riksrevisionen utgör utredningens betänkande inte ett fullgott beslutsunderlag för att införa en vinstbegränsning för företag som bedriver välfärdsverksamhet. Riksrevisionen pekar på att konstruktionen för vinstbegränsning riskerar att leda till gränsdragningsproblem och rättsosäkerhet i redovisnings- och revisionshänseende; vidare att det bl.a. inte klarlagts i vilken utsträckning företag kan komma att lämna marknaden och i vilken utsträckning det finns beredskap och kapacitet hos det allmänna för att kompensera för bortfall av välfärdsproduktion hos privata företag. Riksrevisionen pekar också på att förslagen utgör ett stort avsteg från grundläggande principer som gäller för svensk bolagsrätt och att det framstår som särskilt angeläget att konsekvensanalysen är grundlig.

Kommerskollegium framför att utredningens proportionalitetsbedömning av förslaget är bristfällig och att såväl allmänintresse som problembeskrivning är otydligt formulerade. Det går därmed inte att avgöra om förslaget är proportionerligt. Ekonomistyrningsverket anser att det inte går att göra någon bedömning av de samhälls-ekonomiska eller offentligfinansiella effekterna utifrån det underlag som utredningen redovisar. Statskontoret anser att utredningen inte presenterat något underlag som gör det möjligt att bedöma om nyttan med dess förslag står i rimlig proportion till de möjliga konsekvenserna. Uppsala universitet anser att förslaget i praktiken

utgör ett vinstförbud för enskilda bolag och att det är en ineffektiv åtgärd vars konsekvenser är otillräckligt utredda.

Dessa och andra myndigheter framför också detaljerade synpunkter kring osäkerheten av effekterna av olika delar av vinsttaket som det närmare utformats.

Enligt Lagrådets bedömning är denna kritik inte ogrundad. Fråga är om att införa en ny typ av reglering som inte tidigare prövats. Enligt utredningens förslag, och nu enligt lagrådsremisen, ska vinstbegränsningsmodellen införas i full skala utan något slags tester i verkligheten. Konsekvenserna av om utredningen missbedömt verkningarna av vinstbegränsningar kan uppenbarligen bli högst oönskade.

Trots den omfattande kritiken mot underlag och analys läggs utredningens förslag nu fram utan ytterligare utredningsinsatser, utom vissa uppdateringar. Den ändring som i övrigt gjorts är att lagrådsremissen inte omfattar hälso- och sjukvården, där det i remissen anges att det behöver utredas vidare vilken reglering som behövs för att säkerställa att skattemedel används på avsett sätt. Dessutom aviseras som tidigare nämnts ett kommande förslag om en viss justering framför allt vad gäller idéburna organisationer.

Både när det gäller konsekvensanalysen och utformningen av detaljerna kring vinstbegränsningen får, sammanfattningsvis, det nu framlagda förslaget anses ofullständigt som beslutsunderlag.

Uppnås syftet?

Lagrådets granskning ska enligt 8 kap. 22 § 4 regeringsformen avse om förslaget är utformat så att lagen kan antas tillgodose de syften som har angetts.

Den bedömningen görs i lagrådsremissen att en reglering av vinsterna i välfärden bör införas. De syften som anges i remissen och de problem som förslagen ska komma till rätta med betecknas i påfallande hög utsträckning som risker för vissa negativa konsekvenser av dagens ordning; det sägs inte att dessa negativa konsekvenser föreligger. Så anges beträffande syftena med förslaget bl.a. följande.

Förekomsten av företag som ytterst syftar till att generera vinst medför enligt regeringens bedömning att det har införts incitament i välfärden som riskerar att komma i konflikt med de mål som satts upp för skola, vård och omsorg. Genom att tillåta obegränsade vinstuttag i välfärden ökar också risken för att oseriösa aktörer försöker tillskansa sig medel som är avsedda för välfärden. Att införa en reglering så att eventuella överskott som härrör från offentliga medel huvudsakligen ska återföras till den verksamhet de var avsedda för kan stärka förtroendet för privata aktörer samt tilltron till välfärdssystemet i stort. Det finns en risk att välfärdens legitimitet undermineras om stora delar av de offentliga resurserna tas ut från välfärden och delas ut till ägarna av de privata företagen. Bland annat medför svårigheten med att mäta alla aspekter av kvaliteten i tjänsterna en risk för att aktörer enbart fokuserar på sådan kvalitet som mäts och följs upp och att det uppstår en brukarselektering med negativa konsekvenser. Regeringen bedömer att nuvarande system har bidragit till segregation. Regeringen bedömer också att de starka finansiella drivkrafter som är förknippade med vinstsyftande aktörer

gör att dessa problem och risker förstärks genom att de skapar incitament att prioritera lönsamma grupper med mindre behov, på bekostnad av dem med större behov, i strid med intentionerna i lagstiftningen. En vinstbegränsning skulle innebära förutsättningar för en mer tillitsbaserad styrning, eftersom det redan skulle finnas ett system för att säkerställa att pengarna används i verksamheten. Regeringen bedömer mot denna bakgrund att en reglering som motverkar incitamenten till vinstuttag ur verksamheten kan leda till ett minskat behov av detaljreglering av välfärdssektorn. En sådan reglering skulle därmed ge förutsättningar för en bättre, mer tillitsbaserad och ändamålsenlig styrning av välfärden. Regeringen anser att en fortsatt utveckling mot allt större vinstsyftande aktörer riskerar att leda till en allt större likriktning, vilket riskerar att minska mångfalden för brukarna.

En övervägande del av de instanser som fått utredningens förslag på remiss, och som har tagit ställning till bedömningen, delar inte denna. Många remissinstanser är inte övertygade om att en vinstreglering är det mest ändamålsenliga sättet att åtgärda de risker som har identifierats, och många instanser har påtalat att mindre ingripande åtgärder hade kunnat vidtas. Några mera utförliga överväganden om andra sätt att åtgärda de angivna riskerna eller vissa av dem eller varför andra alternativ inte har prövats, har inte redovisats i lagrådsremissen.

Det övergripande syftet med förslaget är som Lagrådet uppfattar det att stärka förtroendet för välfärdssystemet. Detta ska ske genom de föreslagna vinstbegränsningarna. Ett stort antal remissinstanser har ansett att det då inte längre blir möjligt eller mycket svårt att bedriva privat verksamhet på välfärdsområdet och uttryckt farhågor för att många sådana verksamheter kommer att läggas ned.

Det framgår av konsekvensanalysen att cirka 3 500 företag och ekonomiska föreningar omfattas av förslaget och att det där sysselsätts cirka 230 000 personer. Antalet människor som drar nytta av företagens och föreningarnas välfärdstjänster har inte redovisats eller uppskattats, men antalet elever, vårdtagare och brukare bör rimligen vara betydligt fler än så (det har vid föredragningen upplysts om att cirka 250 000 elever i grund- och gymnasieskolan berörs). Inom vissa sektorer är det en stor andel privata företag. På t.ex. assistansmarknaden anordnar privata utförare assistans åt närmare tre fjärdedelar av alla brukare.

Regeringen gör bedömningen att huvuddelen av de företag och organisationer som bedriver välfärdsverksamhet kommer att vara intresserade av att göra det även efter att den föreslagna regleringen införs men att det finns en grupp av företagare och ägare som inte kommer att vara det. Regeringen bedömer dock att det inte är troligt att väl fungerande verksamheter med en stabil brukargrupp kommer att avvecklas till följd av utredningens förslag. Däremot är det enligt regeringen mer troligt att ägarbyten kommer att ske. Vad dessa bedömningar, som självfallet är mycket svåra att göra, grundas på är inte tydligt angivet. Enligt Lagrådets mening finns det anledning att ifrågasätta om ens hjälpligt säkra sådana slutsatser kan dras av det material som lagts fram.

Regeringen har valt bort möjligheten att inledningsvis begränsa förslaget till någon viss sektor för att vinna kunskap och erfarenhet av hur marknaden kan tänkas agera. I stället lämnas nu ett förslag som berör ett stort antal företag och som ska börja gälla redan den 2 januari 2019. Även om bedömningen att huvuddelen av de företag och organisationer som bedriver välfärdsverksamhet kommer att vara intresserade av att göra det även fortsättningsvis skulle vara riktig, kvarstår en osäkerhet om hur stor den del som inte utgör

huvuddelen är och hur dessa företag kommer att agera. Det kan inte uteslutas att ett stort antal vårdtagare och brukare jämte deras anhöriga samt ett stort antal elever och föräldrar på olika sätt kommer att drabbas negativt av t.ex. nedläggningar, överlåtelser och organisationsförändringar. Om dessa och andra människor i sådant fall får ett ökat förtroende för välfärdssystemet är inte självklart och riskerar att förvandlas till motsatsen.

Enligt Lagrådets mening är det oklart om lagen kan antas tillgodose de syften som har angetts.

Den kommunala självstyrelsen

Kommunerna sköter på den kommunala självstyrelsens grund bl.a. de angelägenheter som anges i lag. Det gäller även de nu aktuella verksamhetsområdena inom socialtjänst, assistans och skola. Lagstiftningen innebär att riksdagen sätter ramarna för det kommunala självbestämmandet, men inom dessa ramar har kommunerna att på bästa sätt avgöra hur verksamheten ska utformas.

Det står klart att kommunernas rätt till självstyre på de aktuella välfärdsområdena fått till följd att verksamheten utformats på högst olika sätt i olika delar av landet. Det framgår också av lagrådsremissen, och av remissynpunkterna, att det finns kommuner där i stort sett all förskoleverksamhet eller hemtjänst sker i kommunal regi medan det i andra kommuner råder motsatt förhållande, vilket kan innebära att t.ex. all äldreomsorg i kommunen sköts av privata utförare.

Vid remissbehandlingen har det från många håll framförts farhågor för att vinstbegränsningsreglerna, som de utformats, i praktiken

innebär ett stopp för privata utförare. Om detta visar sig vara riktigt kan det bli problematiskt för många kommuner, som då inte skulle kunna ordna omsorg och skolverksamhet på det sätt som hittills bedömts som mest lämpligt. I lagrådsremissen gör regeringen emellertid den bedömningen att huvuddelen av välfärdsföretagen kommer att vara intresserade av att fortsätta, och att det inte är troligt att väl fungerande verksamheter kommer att avvecklas. Enligt Lagrådets mening finns det dock som nämnts anledning att ifrågasätta om ens hjälpligt säkra sådana slutsatser kan dras av det material som lagts fram.

Enligt 14 kap. 3 § regeringsformen bör en inskränkning i den kommunala självstyrelsen inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den.

I förarbetena till bestämmelsen betonas vikten av att det i lagstiftningsprocessen görs noggranna analyser av den påverkan som olika förslag har på den kommunala självstyrelsen och i vad mån skälen för en tänkt reglering motiverar det intrång i självstyrelsen som regleringen innebär. Det framhålls att detta innefattar en skyldighet att undersöka om det syfte som den tänkta regleringen tar sikte på kan uppnås på ett för det kommunala självbestämmandet mindre ingripande sätt. Om det finns olika möjligheter att nå samma mål bör med hänsyn till den kommunala självstyrelsen den reglering väljas som lägger minst band på självbestämmanderätten.

Det ska alltså göras en proportionalitetsbedömning inriktad på nödvändigheten av en föreslagen inskränkning i självstyrelsen. Lagrådets granskning ska ta sikte på frågan om en fullgod prövning av självstyrelseintressena skett.

I lagrådsremissen finns en kortfattad bedömning av frågan (avsnitt 6.6). Där framhålls att förslaget får anses innebära ett visst ingrepp i självstyrelsen. Mot bakgrund av den nuvarande omfattande lagregleringen är påverkan på självstyrelsen dock mycket begränsad. Förslaget påverkar inte kommunernas organisationsfrihet. Mot bakgrund av de problem som nuvarande ordning medför bedömer regeringen att vinsttaket utgör ett proportionerligt ingrepp i den kommunala självstyrelsen.

Enligt Lagrådets mening kan denna proportionalitetsbedömning ifrågasättas. De nuvarande möjligheterna för kommunerna att ordna verksamheten efter vad som befunnits lämpligt har medfört att mycket olika modeller valts. Om det skulle visa sig riktigt att de föreslagna reglerna kraftigt kommer att inskränka tillgången till enskild företagssamhet inom de aktuella välfärdsområdena, innebär detta i praktiken ett mycket betydande ingrepp i självstyrelsen. Kommunernas frihet att organisera verksamheten kommer att påverkas starkt. Detta gäller oavsett att andra aspekter på verksamheten redan är lagreglerade.

Fråga är då om ingreppet är proportionerligt. Det innebär ytterst en avvägning mot möjligheterna att genom andra slags åtgärder uppnå de syften som avses. Vad som framför allt aktualiserats är den alternativa möjligheten att ställa upp kvalitetskrav på privata aktörer. Detta avfärdas av Välfärdsutredningen och i lagrådsremissen, men ett stort antal remissinstanser framför att detta vore en mera närliggande möjlighet som borde utredas ytterligare. Med tanke på komplexiteten och de svårbedömda effekterna av det nu framlagda förslaget, hade det enligt Lagrådets mening varit motiverat att som ett alternativ till vinstbegränsningen också ta fram ett alternativ som vid proportionalitetsprövningen kunde ha utgjort ett jämförelseobjekt.

Näringsfriheten

En fråga som också kan ställas är hur remissens lagförslag förhåller sig till bestämmelsen i 2 kap. 17 § regeringsformen om skydd för näringsfriheten. Enligt första stycket i den bestämmelsen får begränsningar i rätten att driva näring eller utöva yrke införas endast för att skydda angelägna allmänna intressen och aldrig i syfte enbart att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag.

Av förarbetena till bestämmelsen framgår bl.a. följande (prop. 1993/94:117 s. 51 f.). Skyddet har utformats så att det tar sikte på ett särskilt moment i närings- och yrkesfriheten, nämligen den ekonomiska sidan av den s.k. likhetsprincipen. Denna princip kan kortfattat sägas innebära att alla regleringar på närings- och yrkesfrihetens område måste vara generella på så sätt att alla ska ha möjlighet att konkurrera på lika villkor under förutsättning att de i övrigt uppfyller de krav som kan ställas upp för just det yrket eller den näringsgrenen. Under dessa förutsättningar ska bestämmelsen förhindra att någon enskild ekonomiskt ska gynnas på någon annans bekostnad. Det finns relativt omfattande regleringar på närings- och yrkesfrihetens område. Dessa har tillkommit för att tillgodose främst säkerhets-, hälsovårds- och arbetarskyddsintressen. Det finns därutöver bestämmelser om kompetens eller vissa krav för att en person ska få utöva ett visst yrke samt att i vissa fall också näringsidkarens ekonomiska förhållanden bedöms för att utröna viljan och förmågan att fullgöra kommande skyldigheter gentemot det allmänna. Sådana begränsningar i närings- och yrkesfriheten som tillgodoser angelägna allmänna intressen måste även i fortsättningen kunna införas. Det slutliga ställningstagandet till vad som är ett angeläget allmänt intresse får göras från fall till fall i enlighet med vad som kan anses vara acceptabelt i ett demokratiskt samhälle.

Väl förankrad i praxis är också en proportionalitetsprincip av innebörd att ett ingrepp inte får vara mera långtgående än vad som är rimligt med hänsyn till det ändamål som det avses främja.

Vissa remissinstanser har satt i fråga om den föreslagna regleringen är i överensstämmelse med 2 kap. 17 § första stycket regeringsformen och efterlyst en mer djupgående analys av detta.

Det är endast beträffande det specifika kravet på att verksamheten måste bedrivas av en juridisk person som regeringen uttryckligen tar ställning till frågan om förslaget är en inskränkning av näringsfriheten och anser att så är fallet. Regeringen anför i denna del att syftet med kravet är att minska risken för kringgående av den reglering som ska säkerställa att offentliga medel huvudsakligen används till den verksamhet de är avsedda för. Detta syftar i sin tur till att skapa förutsättningar för att utveckla verksamhetens kvalitet och att stärka tilltron till välfärdssystemet i stort varför regeringen anser att det är ett sådant angeläget allmänt intresse som avses i den nyss nämnda bestämmelsen i regeringsformen.

I övrigt finns endast skrivningar som i mycket allmänna ordalag kan anses berör frågan om förslagets förenlighet med den grundlagsreglerade näringsfriheten. Regeringen anför att en reglering av vinster i välfärden är nödvändig för att skydda angelägna allmänna intressen och proportionerlig i förhållande till syftet. Förekomsten av vinstintresse inom välfärden har gett upphov till ett antal problem och riskerar på sikt att underminera den svenska modellen. För att uppnå syftet att tillgodose befolkningens behov av utbildning, folkhälsa och social trygghet har regeringen som centralt mål att upprätthålla förtroendet för välfärdssektorn och därmed skydda den svenska modellen med dess solidariska finansiering och fördelning efter behov. Regeringen bedömer att inget av två angivna alternativ – att

endast tillåta icke-vinstsyftande aktörer att ta emot offentlig finansiering eller att uppställa olika former av kvalitetskrav – är en framkomlig väg, och att en reglering av vinsterna i välfärden är det alternativ som bäst tillgodoser de syften som avses. Regeringen anser sammanfattningsvis att införandet av den föreslagna regleringen är den mest ändamålsenliga lösningen på problemen och som även möjliggör för utländska associationsformer att bedriva välfärdsverksamhet i Sverige med offentlig finansiering på samma villkor som svenska aktörer.

Enligt Lagrådets mening saknas en tillräckligt djupgående analys av förslagets förenlighet med näringsfriheten. Det kan självfallet diskuteras om den föreslagna regleringen över huvud taget innebär en begränsning i rätten att driva näring. Det skulle naturligtvis kunna hävdas att den ekonomiska sidan av den s.k. likhetsprincipen inte träds för när eftersom alla har möjlighet att konkurrera på lika villkor under förutsättning att de i övrigt uppfyller de krav som ställs upp. Å andra sidan anges i de tidigare redovisade förarbetena att tillåtna inskränkningar i vart fall måste röra något som tar sikte på sådana intressen som Fri- och rättighetskommittén i detta sammanhang hade nämnt i sitt betänkande (SOU 1993:40). Kommittén hade nämnt säkerhets-, hälsovårds- och arbetarskyddsintressen. Vidare hade den tagit upp bestämmelser om kompetens och vissa krav för att en person ska få utföra ett visst yrke samt att i vissa fall näringsidkares ekonomiska förhållanden bedöms för att utröna viljan och förmågan att fullgöra kommande skyldigheter gentemot det allmänna. Det kan konstateras att de inskränkningarna som följer av den föreslagna regleringen är av en helt annan karaktär.

Det är förenat med risker att införa en reglering såsom den föreslagna utan en mer djupgående analys av de konstitutionella

frågorna. Enligt Lagrådets mening bör en sådan analys göras i fortsatt beredningsarbete.

I det andra ledet i första stycket i 2 kap. 17 § regeringsformen slås fast att inskränkningar i näringsfriheten aldrig får införas i syfte enbart att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag. Denna del av bestämmelsen finns särskild anledning att analysera inför att regeringen, såsom förutskickat, återkommer med en justering av den föreslagna regleringen som innebär att idéburna aktörer kommer att undantas från vissa av de föreslagna kraven.

Mot bakgrund av vad som anförts under rubrikerna Beredningsunderlaget, Uppnås syftet?, Den kommunala självstyrelsen och Näringsfriheten finner Lagrådet att de remitterade förslagen inte är ägnade att läggas till grund för lagstiftning.

Beträffande utformningen av de remitterade lagförslagen i vissa delar vill Lagrådet ändå anföra följande.

Förslaget till lag om ändring i socialförsäkringsbalken

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna

Från och med den 2 januari 2019 får assistansersättning betalas ut till en enskild juridisk person endast om denne har tillstånd att ta emot offentlig finansiering. Detta gäller i princip all assistans som utförs efter ikraftträdandet. Om den juridiska personen redan utfört

assistans åt den försäkrade, kan den offentliga finansieringen dock fortsätta tills vidare men ansökan om tillstånd måste då sökas senast den 1 mars 2019.

Detta innebär att de försäkrade som inte tidigare haft assistans inte under början av 2019 kan välja att få assistans från en enskild anordnare, och vidare kan den som redan haft assistans då inte heller byta till en ny enskild anordnare. Hur lång tid sådana begränsningar kan komma att gälla beror på hur lång tid den nya tillståndsprövningen kan komma att ta. Det finns ingen bedömning av vilka konsekvenser begränsningarna kan komma att få. Enligt Lagrådets mening bör övergångsregleringen övervägas ytterligare.

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

13 §

Enligt föreslagna 23 j § ska den som har tillstånd att ta emot offentlig finansiering kontinuerligt lämna in årsredovisningar till Inspektionen för vård och omsorg. Detta gäller även om den juridiska personen inte har skyldighet enligt årsredovisningslagen (1995:1554) att upprätta en sådan redovisning. Emellertid bör det enligt remissen också, i avsikt att underlätta tillsynsmyndighetens arbete, kunna införas bestämmelser om att viss ekonomisk information som inte framgår av årsredovisningen lämnas regelmässigt och redovisas särskilt.

I 13 § föreslås därför ett bemyndigande för regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer att meddela föreskrifter om hur den som har tillstånd att ta emot offentlig finansiering ska redovisa att förutsättningarna enligt de nya 23 c–23 k §§ är uppfyllda, dvs. hur

tillståndshavaren ska styrka att offentliga medel, utöver högsta tillåtna rörelseresultat, endast används i verksamheten, att inga otillåtna värdeöverföringar sker, osv.

Föreskrifterna ska kunna innebära att information om t.ex. hyres-, leasing- eller andra kontrakt eller enskilda befattningshavares löner kan begäras in kontinuerligt, om detta bedöms nödvändigt för en fungerande tillsyn. Verksamhetens ekonomi kan också behöva följas upp på enhetsnivå; det kan vara nödvändigt att regelmässigt begära in organisationsscheman eller likande och det kan finnas behov av information om affärer med närstående (remissen avsnitt 4.8.3).

Hur omfattande redovisningskraven på de enskilda kan komma att bli synes vara svårbedömt. De restriktioner för användning av offentliga medel som ställs upp i 23 c–23 i §§ är komplicerade och en effektiv kontroll av att restriktionerna följs kan bli problematisk. Det finns en uppenbar risk för att anordnarna kan behöva redovisa för sin verksamhet på ett sätt som både är resurskrävande och integritetskänsligt. Enligt Lagrådets mening är det nödvändigt att dessa aspekter tas med vid den samlade bedömningen av om vinstbegränsningsreglerna är proportionerliga mot de övergripande allmänna mål som enligt remissen ska uppnås.

23 §

Den insikt i gällande föreskrifter som krävs i paragrafens föreslagna andra stycke ska enligt uttalande i remissen om ökade tillståndskrav finnas hos den samlade företrädarkretsen och inte nödvändigtvis – som i fråga om lämplighetsprövningen enligt tredje stycket – hos var och en av dem. Detta bör framgå av lagtexten, t.ex. genom att ”sammanslaget” infogas före orden ”genom erfarenhet”.

23 d §

I paragrafen föreskrivs att i den juridiska personen får det endast bedrivas verksamhet som omfattas av krav på tillstånd att ta emot offentlig finansiering enligt denna lag, socialtjänstlagen eller skollagen.

Avsikten är att det i den juridiska personen ska få bedrivas verksamhet som finansieras genom assistansersättning enligt socialförsäkringsbalken.

I 51 kap. 16 § tredje stycket socialförsäkringsbalken anges att assistansersättning inte betalas ut om assistansen har utförts av någon som är en enskild juridisk person och som vid utförandet av assistansen saknade tillstånd att ta emot offentlig finansiering enligt 23 c § lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade. Även om det i denna bestämmelse hänvisas till lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade, måste det anses att kravet på tillstånd anges i socialförsäkringsbalken. Därför bör det i den nu aktuella 23 d § även tas in en hänvisning till 51 kap. socialförsäkringsbalken.

Se vidare kommentaren till 7 a kap. 2 § socialtjänstlagen.

23 f §

Enligt 23 c § ska offentliga medel, utöver ett visst högsta tillåtet rörelseresultat, användas för verksamheten. Detta högsta rörelseresultat ska enligt 23 e § beräknas för varje räkenskapsår, och därvid ska enligt förevarande paragraf bl.a. det tillåtna rörelseresultatet under de tre senaste räkenskapsåren beaktas.

Det har vid föredragningen av lagrådsremissen visat sig svårt att uppnå klarhet i hur resultaten för tidigare räkenskapsår avses bli beaktade vid bestämmande av det högsta tillåtna rörelseresultatet, och oklart hur bestämmelsen lämpligen ska utformas. Frågan kräver en mer ingående analys i fortsatta lagstiftningsarbete, eftersom principerna för uträkning av tillåtet rörelseresultat är central i lagstiftningsärendet.

23 i §

I paragrafen anges att inga värdeöverföringar från den juridiska personen får göras utöver det högsta tillåtna rörelseresultatet. Med värdeöverföringar avses affärshändelser som medför att den juridiska personens förmögenhet minskar och som inte är av rent affärsmässig karaktär för den juridiska personen.

Införandet av bestämmelsen har enligt remissen varit nödvändigt för att stoppa ett kringgående av regleringen. I remissen anges vidare ett antal exempel på värdeöverföringar som träffas av bestämmelsen: vinstutdelningar, att den juridiska personen avhänder sig egendom till underpris, förvärvar egendom till överpris, betalar lön eller arvode för tjänster eller arbeten som inte alls eller endast delvis motsvaras av utbetalningen eller som överstiger den marknadsmässiga lönenivån, skriver av fordringar, låter fordringar preskriberas eller betalar en icke-marknadsmässig hyra eller betalar ut styrelsearvode som inte motsvaras av faktiskt styrelsearbete.

Som flera remissinstanser har påpekat kan det bli en svår uppgift att utöva en effektiv tillsyn och det kan förutses problem att avgöra om en affärshändelse träffas av bestämmelsen eller inte, såväl för den juridiska personen som för tillsynsmyndigheten. Det förhållandet att denna typ av bedömningar görs redan i dag av andra myndigheter,

t.ex. Skatteverket vid tillämpningen av regler om internprissättning, gör inte utmaningen mindre för Inspektionen för vård och omsorg.

Frågan är också hur bestämmelsen ska tolkas avseende vinstmedel från tidigare år som inte tagits ut ur företaget när de nya reglerna träder i kraft. Enligt paragrafen får alltså inga värdeöverföringar göras utöver det högsta tillåtna rörelseresultatet. Enligt vad som har framkommit vid föredragningen är bestämmelsen tänkt att träffa värdeöverföringar ett visst år som överstiger tillåtet rörelseresultat för det året. Detta skulle innebära, om ingen särskild övergångsreglering införs, att vinstmedel som tjänats in före ikraftträdandet av de nya reglerna också skulle träffas av värdeöverföringsbegränsningarna, dvs. att även äldre vinstmedel retroaktivt skulle komma att omfattas av vinstbegränsningarna. En sådan tillämpning är oförenlig med grundläggande rättsprinciper liksom med artikel 1 i första tilläggsprotokollet till Europakonventionen.

Fram till dess att lagen träder i kraft, dvs. under återstoden av 2018, finns möjlighet att göra värdeöverföringar, men inte för tiden därefter (annat än upp till det högsta tillåtna rörelseresultatet). Det kan förutses att många kommer att utnyttja en sådan möjlighet och att stora värden kan komma att tas ut från de juridiska personer som omfattas av regleringen. Det är svårt att se varför man i regleringen bör bygga in ett incitament för sådant agerande som kommer att vara till förfång för företagen och deras verksamhet.

23 | §

I bestämmelsen regleras sanktionsavgifter samt återkallelse av tillstånd att ta emot offentlig finansiering. Sanktionsavgifternas storlek regleras närmare i 23 m §.

Sanktionsavgift får tas ut om den juridiska personen inte uppfyller kraven i 23 c–23 k §§. I allvarliga fall får tillståndet återkallas. Bestämmelserna om sanktionsavgift/återkallelse ska inte tillämpas om det finns särskilda skäl för att en juridisk person har ett för högt rörelseresultat, under förutsättning att det överskjutande beloppet återförs i verksamheten senast påföljande räkenskapsår.

Vad som kan behöva övervägas är bl.a. om det är korrekt att sanktionsavgiften ska tillämpas i fråga om avvikelser från vart och ett av de krav som ställs upp i 23 c–23 k §§, och vidare om bestämmelsen om undantag vid särskilda skäl är tillräcklig för att undvika att verksamhetsutövare påförs sanktioner även då de gjort sitt bästa för att följa regelverket.

Enligt 23 c § är kravet att medel utöver det högsta tillåtna rörelseöverskottet ska användas i verksamheten. Ett för stort rörelseöverskott är således, i princip, inget problem så länge medlen används i verksamheten. En särskild fråga är dock om det finns något tydligt krav på när överskottet senast måste användas. Den frågan besvaras möjligen av regeln i förevarande paragraf om när undantag från påförande av sanktionsavgifter kan medges; sanktionsavgift kan underlåtas när det finns särskilda skäl till att för stort rörelseresultat uppkommit, förutsatt att det överskjutande beloppet återförs i verksamheten senast påföljande räkenskapsår.

Hänvisningen till 23 e § innebär att den formellt fristående bestämmelsen om högsta tillåtna rörelseöverskott för varje räkenskapsår också är sanktionerad. När reglerna om sanktionsavgift hänvisar inte bara till 23 c § utan även till övriga paragrafer om tillåtet rörelseresultat, innebär det att ett för högt rörelseresultat kan medföra sanktionsavgift även om medlen faktiskt avses komma till användning i verksamheten. Om verksamhets-

utövaren vid bokslutet får klart för sig att rörelseresultatet blivit bättre än vad som kunnat beräknas, och större än vad som enligt de nya reglerna är tillåtet, räcker det alltså inte med att i efterhand säkerställa att överskjutande medel snarast används i verksamheten.

I lagrådsremissen anges att avsteg från reglerna om högsta tillåtna rörelseresultat i normalfallet ska föranleda sanktioner (avsnitt 4.8.4). Det kan dock finnas situationer när det av särskilda skäl är befogat att avstå från sanktioner. Här avses den "ventil" som föreslås i denna paragraf. Som ett exempel på särskilda skäl anges i författningskommentaren att en oförutsedd intäktsökning skett och rekrytering av ny personal inte hunnit avslutas, eller att verksamheten minskat sina lokalkostnader på ett sätt som inte kunnat förutses vid räkenskapsårets ingång. Det anges att relativt små förändringar kan medföra en stor påverkan på rörelseresultatet för små företag med ett litet investerat kapital. Resultat som överstiger 20 procent av det tillåtna rörelseresultatet bör det dock sällan finnas anledning att tillåta.

Det innebär således att t.ex. en assistansanordnare som under pågående räkenskapsår missbedömer det slutliga ekonomiska utfallet av verksamheten, varigenom rörelseresultatet blir högre än den lagfästa normen, normalt får påräkna sanktioner. För att undvika sådana måste särskilda skäl för avvikelsen kunna redovisas, och verkligt rörelseresultat får inte avvika med mer än 20 procent från det tillåtna.

I själva verket torde felräkningsmarginalerna ofta vara mycket små, inte enbart för små företag utan också för många större. Det beror på att tillåtet rörelseresultat inte är relaterat till omsättningen utan till operativt kapital som, beräknat på det sätt som anges i remissen (23h §), ofta är mycket begränsat eller till och med obefintligt.

Det går lätt att visa att även procentuellt sett mer obetydliga förskjutningar i inkomster eller utgifter kan föranleda att tillåtet rörelseresultat överträffas. Den nämnda marginal som förutsetts kunna tillämpas i sanktionssammanhang, högst 20 procent, kan enligt Lagrådets mening överhuvudtaget inte anses vara adekvat eftersom den inte relateras till verksamhetens omfattning utan till högsta tillåtna resultat, dvs. till den särskilda definitionen av operativt kapital.

Det kan alltså konstateras att, åtminstone under vissa omständigheter som inte förefaller bli ovanliga, även mycket små avvikelser uppåt i förhållande till beräknat eller planerat rörelseresultat kan innebära att sanktionsavgift ska påföras. Samtidigt har, som Lagrådet påpekat avseende remissen Ökade tillståndskrav inom socialtjänsten och skolväsendet, föreslagits regler för tillståndsgivning som innebär att verksamheten i princip inte heller får gå med underskott.

Utöver svårigheterna för tillståndshavaren att exakt planera utgifter och inkomster så att rätt rörelseresultat uppnås i förhållande till det operativa kapitalet, är det också så att reglerna för beräkning av det högsta tillåtna rörelseresultatet är komplicerade och svårbedömda. Tidigare i yttrandet har nämnts svårigheterna att få någon klar bild av hur rörelseresultatet för de tre senaste räkenskapsåren är tänkta att påverka beräkningen. Även vad som ska anses utgöra operativt kapital (23 h §), eller regeln om värdeöverföringar med dess bedömningar av vad som är eller inte är av rent affärsmässig karaktär (23 i §), utgör svårigheter.

Enligt Lagrådets mening kan det allvarligt ifrågasättas om sanktionsreglerna är lämpligt utformade och proportionerliga, i vart fall om de ska tillämpas på det sätt som förutsätts i lagrådsremissen.

Det är, innan systemet med vinstreglering börjat tillämpas, överhuvudtaget svårt att bedöma hur realistiskt det är att de olika verksamhetsutövarna i praktiken ska vara i stånd att tillämpa de nya reglerna korrekt. Att nu bedöma om och i sådant fall vilken sanktion bristande efterlevnad bör föranleda är då också besvärligt.

Det bör noteras att när det gäller sanktionsavgifterna ska, enligt föreslagna 23 m §, företagens omsättning läggas till grund för beräkningen.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna

Se vad Lagrådet anfört om förslaget till lag om ändring i socialförsäkringsbalken.

Förslaget till lag om ändring i socialtjänstlagen

7 kap. 2 §

Se vad Lagrådet anfört om 23 § i förslaget till lag om ändring i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade.

7 a kap. 2 §

I yttrande över lagrådsremissen Ökade tillståndskrav inom socialtjänsten och skolväsendet har Lagrådet behandlat frågan om behovet av en definition av begreppet hemtjänst i 7 kap. 1 § socialtjänstlagen och behovet av att tydliggöra vad som omfattas och inte omfattas av begreppet.

Förslagen i denna remiss innebär att 7 kap. 1 § ändras på det sättet att endast juridiska personer får efter tillstånd yrkesmässigt bedriva

sådan verksamhet som anges i lagrummet. Förevarande paragraf innebär att tillstånd att ta emot offentlig finansiering i princip förutsätter att endast sådan verksamhet bedrivs i den juridiska personen (lagrummet tillåter i och för sig att även verksamhet enligt lagen [1993: 387] om stöd och service till vissa funktionshindrade eller skollagen [2010:800] får bedrivs i den juridiska personen).

Praktiska tillämpningsproblem kan förutses bl.a. i förhållande till hälso- och sjukvård. Enligt 12 kap. 1 § hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) ska kommunen erbjuda hälso- och sjukvård åt den som efter beslut av kommunen bor i en sådan boendeform eller bostad som avses i 5 kap. 5 § andra stycket, 5 kap. 7 § tredje stycket eller 7 kap. 1 § första stycket 2 socialtjänstlagen. Med detta avses bl.a. stödboende eller hem för vård eller boende, särskilda boenden för service och omvårdnad för äldre människor och boenden för människor med funktionshinder. Enligt 12 kap. 2 § hälso- och sjukvårdslagen får kommunen erbjuda den som vistas i kommunen hälso- och sjukvård i hemmet (hemsjukvård) i ordinärt boende och enligt 14 kap. 1 § får landstinget till en kommun inom landstinget överlåta skyldigheten att erbjuda hälso- och sjukvård i hemmet i ordinärt boende, om landstinget och kommunen är överens om det. Sådana överenskommelser har träffats i alla landsting utom ett. Antalet personer 65 år och äldre inom den kommunala hälso- och sjukvården som fick sammanhängande hemsjukvård i sitt ordinära boende uppgick år 2016 till ca 280 000, varav 68 procent också fick socialtjänstinsatser (Socialstyrelsen, Vård och omsorg om äldre, lägesrapport 2018, s. 37).

Av 6 kap. 3 § patientsäkerhetslagen (2010:659) framgår att den som tillhör hälso- och sjukvårdspersonalen får delegera en arbetsuppgift till någon annan endast när det är förenligt med kravet på en god och säker vård. Sådan delegering förekommer till t.ex. personal på

särskilda boenden och hemtjänstpersonal och detta i betydande utsträckning. I Socialstyrelsens föreskrifter (SOSFS 1997:14) Delegering av arbetsuppgifter inom hälso- och sjukvård och tandvård regleras förutsättningarna för detta närmare.

En juridisk person som bedriver sådan verksamhet som omfattas av 7 kap. 1 § socialtjänstlagen kan enligt förevarande paragraf inte dessutom bedriva hälso- och sjukvård med bibehållen rätt till offentlig finansiering. Detta gäller juridiska personer som efter tillstånd yrkesmässigt bedriver t.ex. verksamhet i form av stödboende eller hem för vård eller boende, verksamhet i form av särskilda boenden för service och omvårdnad för äldre människor, boenden för människor med funktionshinder och hemtjänst. Inte heller kan anställda i en sådan juridisk person bedriva hälso- och sjukvård på delegation. Skulle detta ske kan den juridiska personen drabbas av en sanktionsavgift och i allvarliga fall förlora tillståndet att ta emot offentlig finansiering (se förslaget till 13 kap. 12 §).

Inom äldreomsorgen fick knappt 18 procent av de personer (65 år och äldre) som var beviljade hemtjänst i oktober 2016 hjälpen från en privat utförare. Knappt 21 procent av personerna (65 år och äldre) bodde i oktober 2016 i ett särskilt boende i privat regi. Dessa personer kan således i framtiden inom ramen för den privata utförarens verksamhet inte längre erbjudas hälso- och sjukvård, inte ens efter delegation.

Vad som nu sagts torde även gälla för privata assistansanordnare, dvs. att de inte längre kan erbjuda hälso- och sjukvård, inte ens efter delegation.

Dessa frågor bör belysas i fortsatt beredningsarbete.

En fråga som bör belysas ytterligare är förutsättningarna för kommuner att själva anlita bemanningsföretag och vad som kommer att krävas av dessa för att kunna få offentlig finansiering. Frågan berörs i remissen (avsnitt 4.4), men det är oklart vad som avses gälla när uthyrningen av personal utgör verksamhet enligt någon av de aktuella lagarna.

7 a kap.

Se vad Lagrådet anfört i fråga om motsvarande bestämmelser i förslaget till lag om ändring i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade.

Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen

En ändring som svarar mot den föreslagna i 26 kap. 4 § erfordras även i 10 § samma kapitel.

Förslaget till lag om ändring i skollagen

2 kap. 5 §

Som framgår i det föreslagna andra stycket kan godkännande lämnas endast till juridiska personer. Detta bör framgå redan i paragrafens inledning och Lagrådet föreslår att första stycket får lyda så:

Enskilda som är juridiska personer får efter ansökan godkännas som huvudmän för förskola, förskoleklass, grundskola, grundsärskola, gymnasieskola, gymnasiesärskola och fritidshem.

Se beträffande det föreslagna andra stycket vad Lagrådet anfört om 23 § förslaget till lag om ändring i lagen om stöd och service åt vissa funktionshindrade.

2 a kap.

Se vad Lagrådet anfört om motsvarande bestämmelser i förslaget till lag om ändring i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade.

26 kap. 4 §

Paragrafens andra stycke kan förenklas så:

Kommunens tillsyn enligt första stycket omfattar inte tillsyn över att bestämmelserna i 2 a kap. eller 6 kap. följs.

26 kap. 15 a–15 c §§

Se vad Lagrådet anfört om 23 I § i förslaget till lag om ändring i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade.