

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2018-03-02

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

Ökade tillståndskrav inom socialtjänsten och skolväsendet

Enligt en lagrådsremiss den 11 januari 2018 har regeringen (Finansdepartementet) 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 socialtjänstlagen (2001:453),
3. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400),
4. lag om ändring i skollagen (2010:800).

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Sara Westerlund, biträdd av departementssekreteraren Joanna Olsson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Allmänt

I denna lagrådsremiss föreslås nya tillståndskrav för viss verksamhet som utförs av enskilda enligt lagen (1993:487) om stöd och service till vissa funktionshindrade, socialtjänstlagen (2001:453) och skollagen (2010:800). Förslagen, som anges syfta till att säkerställa att privata utförare har tillräckliga förutsättningar att bedriva verksamhet med god kvalitet samt att stärka allmänhetens tilltro till sektorn, avses träda i kraft den 1 januari 2019. Samtidigt föreligger till granskning en remiss betecknad Tillstånd att ta emot offentlig finansiering inom socialtjänsten, assistansersättningen och skollagsreglerad verksamhet, där förslagen avses träda i kraft den 2 januari 2019. De sistnämnda förslagen syftar till att säkerställa att offentliga medel används för den verksamhet som de är avsedda för och därmed stärka förtroendet för välfärdssystemet.

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.

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

23 §

Den insikt i gällande föreskrifter som krävs i paragrafens föreslagna andra stycke ska enligt uttalande i remissen 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 ”sammantaget” infogas efter orden ”ska prövningen”.

23 a §

Enligt den föreslagna paragrafen uppställs ytterligare ett krav för tillstånd att bedriva verksamhet enligt 23 §, nämligen att den enskilde har ekonomiska förutsättningar att följa de föreskrifter som gäller för verksamheten.

Enligt författningskommentaren innebär detta krav att verksamheten ska bedrivas på ett sätt som innebär att den bär sina kostnader och att det finns ekonomiskt utrymme för nödvändiga investeringar. Om verksamheten visar underskott är detta endast godtagbart om det finns fonderade eller andra medel, exempelvis en bankgaranti, tillgängliga för att hantera underskottet.

Ägarprövningsutredningen hade föreslagit ett annorlunda utformat krav, nämligen att den som ansöker om tillstånd ska ha ekonomiska förutsättningar att bedriva verksamheten långsiktigt (SOU 2015:7 s. 223). Enligt Valfärdsutredningen, vars förslag ligger till grund för utformningen av förslaget i lagrådsremissen, finns det dock nackdelar med ett krav på långsiktighet, men enligt utredningen bör de ekonomiska förhållandena däremot kunna vara föremål för tillsyn i ett kortare perspektiv (SOU 2016:78 s. 440).

Lagrådsremissens (och Valfärdsutredningens) beskrivning av vad kravet på ekonomiska förutsättningar innebär är kortfattad och oprecis. Enligt Lagrådets mening framstår det som oklart vilka krav som ska ställas vid tillståndsgivningen och vid den tillsyn som

Inspektionen för vård och omsorg ska göra av verksamhetsutövarnas ekonomi.

Det förefaller motsägelsefullt att ekonomin visserligen ska ses ur ett kortare tidsperspektiv, men att verksamheten ändå ska kunna ge ekonomiskt utrymme för nödvändiga investeringar. Den uttalade avsikten att verksamheten inte kan tillåtas att gå med underskott om inte t.ex. fonderade medel finns, får också ställas i relation till den andra remiss som Lagrådet har att hantera, remissen om tillstånd att ta emot offentlig finansiering. Även det förslaget bygger på Valfärdsutredningens nämnda betänkande, och innebär i princip att något överskott inte ska få uppstå i verksamheten, utöver en viss avkastningsränta på eventuellt förekommande operativt kapital.

Inte i någon av de två lagrådsremisserna analyseras hur de två reglerna i resp. remiss, den om förbud mot underskott och den om långtgående begränsning av möjligt överskott, är relaterade till varandra. Att fondera medel för att täcka tillfälliga underskott synes vara tillåtet och rekommenderat enligt förslaget i föreliggande lagrådsremiss, men däremot knappast möjligt enligt de tillkommande begränsningarna i lagrådsremissen om tillstånd att ta emot offentlig finansiering.

Enligt förslaget till ändringar i 13 § ska regeringen kunna meddela föreskrifter om de villkor för tillstånd som ska gälla enligt 23 a §. Även med beaktande av detta behöver, enligt Lagrådets mening, innebörden av kravet på ekonomiska förutsättningar utvecklas och förklaras i det kommande lagstiftningsarbetet. Inte minst är det nödvändigt att göra en samlad bedömning av detta krav ställt i relation till vinstbegränsningskraven i den andra lagrådsremissen.

26 f §

Enligt denna paragraf ska Inspektionen för vård och omsorg, om den finner att kraven i bl.a. 23 a § inte är uppfyllda i en verksamhet som beviljats tillstånd, förelägga tillståndshavaren att avhjälpa bristen. Föreläggandet ska innehålla uppgift om de åtgärder som inspektionen anser nödvändiga för att det påtalade missförhållandet eller bristen ska kunna anhjälpas. Ett beslut om föreläggande får förenas med vite.

Det förefaller oklart vilka förelägganden som kan meddelas om inspektionen vid tillsyn bedömer att verksamheten går med underskott. Några exempel lämnas inte i remissen. Att det skulle vara möjligt att (vid vite) förelägga verksamhetsutövaren t.ex. att ordna med bankgaranti, eller att tillskjuta aktiekapital, kan svårligen tänkas. I det fortsatta lagstiftningsarbetet bör bestämmelsens utformning och användning analyseras.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna

Enligt övergångsbestämmelserna kan den verksamhetsutövare som vid ikraftträdandet påbörjat sin verksamhet fortsätta i avvaktan på tillstånd enligt de nya reglerna; dock måste tillstånd sökas senast den 1 mars 2019.

I övrigt kommer det att bli en period under vilken inga nya verksamhetsutövare kan påbörja sin verksamhet, eftersom det för dessa inte öppnas någon möjlighet att erhålla tillstånd i förväg. Hur lång period nya verksamhetsutövare behöver vänta kan bero på handläggningstiderna hos Inspektionen för vård och omsorg. Enligt Lagrådets mening är det lämpligt att denna aspekt belyses i konsekvensavsnittet.

Förslaget till lag om ändring i socialtjänstlagen

7 kap. 1 §

I paragrafen anges att ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ inte utan tillstånd av Inspektionen för vård och omsorg får yrkesmässigt bedriva hemtjänst.

I lagrådsremissen anges följande beträffande begreppet hemtjänst. Begreppet finns redan i dag i socialtjänstlagen, men definieras inte där. Lagen vilar på utgångspunkten att det är den enskildes behov som utgör utgångspunkten för vilken insats som ska beviljas.

Hemtjänst syftar till att göra det möjligt för den enskilde att bo kvar i det egna hemmet eller boendet. Vilka insatser som anses utgöra hemtjänst beror alltså på syftet med insatsen.

I förarbetena till socialtjänstlagen anges att hemtjänstens traditionella innehåll allmänt sett kan indelas i uppgifter av servicekaraktär och uppgifter som mer inriktas mot personlig omvårdnad. I lagrådsremissen anges att med serviceuppgifter kan t.ex. avses praktisk hjälp med hemmets skötsel – städning och tvätt – och hjälp med inköp, ärenden på post och bank och med tillredning av måltider eller distribution av färdiglagad mat. Därutöver anges att med personlig omvårdnad avses de insatser som därutöver behövs för att tillgodose fysiska, psykiska och sociala behov. Det kan handla om hjälp för att kunna äta och dricka, klä sig och förflytta sig, sköta personlig hygien och i övrigt insatser för att bryta isolering och för att känna trygghet och säkerhet i det egna hemmet.

Som det mycket riktigt påpekas i lagrådsremissen förekommer begreppet hemtjänst redan i dag i socialtjänstlagen utan att där definieras. I 3 kap. 6 § anges att socialnämnden bör genom

hemtjänst underlätta för den enskilde att bo hemma och att ha kontakt med andra. Av 8 kap. 2 § framgår att kommunen får ta ut skäliga avgifter för bl.a. hemtjänst enligt grunder som kommunen bestämmer.

Vid prövningen av en begäran om bistånd saknar det i princip betydelse om en viss insats räknas till hemtjänst eller inte (RÅ 2008 ref. 38). Behovet av en tydlig definition av begreppet hemtjänst i socialtjänstlagen är i dag således inte framträdande.

Enligt förslaget ska emellertid hemtjänst vara en tillståndspliktig verksamhet. Redan på grund av detta ökar behovet av tydlighet om vad som avses med begreppet hemtjänst.

Den föreslagna bestämmelsen ska träda i kraft den 1 januari 2019. Dagen därpå ska förslagen i lagrådsremissen Tillstånd att ta emot offentlig finansiering inom socialtjänsten, assistansersättningen och skolreglerad verksamhet träda i kraft. Förslagen i den remissen innebär att lagrummet ändras på det sättet att endast juridiska personer får efter tillstånd yrkesmässigt bedriva hemtjänst. Övriga förslag i den remissen leder bl.a. till att tillstånd att ta emot offentlig finansiering i princip förutsätter att endast hemtjänst bedrivs i den juridiska personen (jfr förslaget till 7 a kap. 2 § socialtjänstlagen i samma remiss, som i och för sig tillåter att även verksamhet enligt lagen [1993: 387] om stöd och service till vissa funktionshindrade eller skollagen [2010:800] får bedrivas i den juridiska personen) .

Mot denna bakgrund blir det än mer angeläget att redan i detta ärende, i vilket hemtjänst föreslås bli en tillståndspliktig verksamhet, definiera begreppet hemtjänst och att avgränsa denna verksamhet gentemot annan verksamhet.

Enligt remissen ska tillståndsplikten även omfatta den som i egenskap av underleverantör utför delar av de beslutade hemtjänstinsatserna, exempelvis städtjänster. Företag som anlitas för att inom ramen för ett hemtjänstbeslut utföra t.ex. städning, fönsterputsning eller andra tekniska tjänster i hemmet måste alltså vara godkända enligt de nu föreslagna bestämmelserna, och verksamheten måste enligt förslagen i den andra lagrådsremissen drivas i en separat juridisk person. Konsekvenserna av dessa krav har inte närmare analyserats.

När det gäller förhållandet till hälso- och sjukvård kan särskilda problem förutses. Enligt 12 kap. 2 § hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) 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. Sådant delegering förekommer till 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.

I sammanhanget finns det anledning att nämna Socialstyrelsens föreskrifter (SOSFS 2009:6) om bedömningen av om en hälso- och sjukvårdsåtgärd kan utföras som egenvård. Enligt en i 2 kap. 1 § intagen definition anges att egenvård inte är hälso- och sjukvård enligt hälso- och sjukvårdslagen. Med egenvård avses enligt föreskriften hälso- och sjukvårdsåtgärd som legitimerad hälso- och sjukvårdspersonal bedömt att en patient själv kan utföra. Föreskriften ger således intryck av att för att vård ska bedömas som egenvård, och därmed inte utgöra hälso- och sjukvård, krävs att patienten själv kan utföra den. I 4 kap. 5 § andra stycket anges dock att i förekommande fall ska en utredning göras för att avgöra om patienten själv eller med hjälp av någon annan på ett säkert sätt kan utföra en hälso- och sjukvårdsåtgärd som egenvård. Enligt den föreskriften tycks det således vara egenvård om patienten alltiämt utför åtgärden men med hjälp av någon annan. I 4 kap. 6 § anges vidare att om patienten behöver praktisk hjälp för att utföra egenvården, ska den behandlande legitimerade yrkesutövaren samråda med bl.a. ansvarig nämnd inom socialtjänsten. Av 4 kap. 7 § framgår att en hälso- och sjukvårdsåtgärd inte får bedömas som egenvård, om det föreligger en risk att patienten skadas. Det är enligt 4 kap. 1 § den behandlande legitimerade yrkesutövaren inom hälso- och sjukvården som inom sitt ansvarsområde ska göra en bedömning av om en hälso- och sjukvårdsåtgärd kan utföras som egenvård.

Enligt Lagrådets mening förefaller gränsdragningen mellan vad som kan utgöra egenvård, och därmed kan omfattas av begreppet hemtjänst, och vad som utgör hälso- och sjukvård inte vara helt självklar. Det kan anmärkas att behovet av att göra en sådan gränsdragning inte var lika stort för Valfärdsutredningen eftersom dess förslag om tillstånd att ta emot offentlig finansiering omfattade hälso- och sjukvård.

En juridisk person som bedriver hemtjänst kan som nämnts inte dessutom bedriva hälso- och sjukvård med bibehållen rätt till offentlig finansiering. Inte heller kan anställda inom en sådan 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 (jfr förslaget till 13 kap. 12 § socialtjänstlagen i den andra lagrådsremissen). Det är således på ett helt annat sätt än vad som är förhållandet i dag angeläget att klargöra vad som omfattas av begreppet hemtjänst. Detta är också något som har efterlysts av Inspektionen för vård och omsorg, som är den tilltänkta tillstånds- och tillsynsmyndigheten.

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. Dessa personer kan således i framtiden inom ramen för den privata utförarens verksamhet inte längre erbjudas hälso- och sjukvård, inte ens efter delegation.

Mot denna bakgrund bör en definition av begreppet hemtjänst tas in i lagen. Vidare bör vad som närmare avses med begreppet utvecklas och nu nämnda avgränsningsfrågor behandlas.

Vissa – om än begränsade – skrivningar finns som nämnts i lagrådsremissen. Vad som det dock finns särskild anledning att påtala är att regeringen i lagrådsremissen Förenklat beslutsfattande om hemtjänst för äldre, som beslutades så sent som den 21 december 2017, har tagit in ytterligare skrivningar om vad som avses med begreppet. Till skillnad från förevarande lagrådsremiss anges i den lagrådsremissen t.ex. att trygghetslarm och avlösning av anhörigvårdare i hemmet utgör insatser som omfattas av begreppet. Det är angeläget att i fortsatt beredningsarbete tillse att kommande förarbeten får ett likalydande innehåll.

7 kap. 2 §

Angående utformningen av andra stycket, jfr vad Lagrådet anfört under 23 § förslaget till lag om ändring i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade.

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

13 kap. 8 §

Se vad Lagrådet anfört om 26 f § förslaget till ändring i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade.

Förslaget till 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 §

Vad gäller föreslagna andra stycket 2, se vad Lagrådet anför under 23 a § förslaget till lag om ändring i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade.

2 kap. 5 a §

Se vad Lagrådet anför under 23 § förslaget till lag om ändring i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade, dock att ordet "sammantaget" bör infogas före ordet "avse".