

Datum
2017-02-17

Diariennr
KST2016/514

Ert datum
2016-11-24

Ert diariennr
Fi2016/04014/K

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
103 33 Stockholm

Välfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78)

Kammarrättens utgångspunkter

Kammarrätten har anmodats att yttra sig över rubricerat delbetänkande. Kammarrätten vill inledningsvis framhålla att domstolen inte tar ställning till om en begränsning av vinster i välfärden bör införas. Vidare konstateras att den föreslagna regleringen är omfattande och tekniskt komplicerad. Flertalet av förslagen är dessutom mycket detaljerade och kammarrätten har begränsat sina synpunkter till att endast avse de övergripande frågorna som främst tar sikte på de juridiska frågeställningar och överväganden som domstolarna kan komma att ställas inför vid en domstolsprövning. Kammarrätten har vid sin genomgång av delbetänkandet funnit att utredningen inte i tillräcklig utsträckning har kunnat överblicka de legala konsekvenser som förslagen innebär. Domstolen har därför på en rad punkter funnit att vissa delar bör utredas ytterligare i enlighet med vad som framgår nedan.

Tillståndsprövning och tillsyn

Kammarrätten vill framhålla att det regelverk som föreslås gälla är komplext och att det i flera situationer ger stort utrymme för skönsmässiga bedömningar. Enligt domstolens mening kan detta leda till en oförutsägbarhet och osäkerhet för de aktörer som vill bedriva verksamhet för vilket det kommer att krävas tillstånd. Exempel på en sådan situation är förslaget att det i respektive lag ska införas ett krav av vilket det ska framgå dels att företrädare för en juridisk person som ansöker om tillstånd, genom erfarenhet eller på annat sätt ska ha förvärvat *insikt* i de föreskrifter som gäller för verksamheten, dels att samtliga företrädare i övrigt bedöms som *lämpliga* (se förslag till ändring i 23 § lagen

Postadress
Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 5

Telefon
08-561 690 00

Telefax
08-14 98 89

E-post: kammarrattenistockholm@dom.se

Internet: www.kammarrattenistockholm.domstol.se

(1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, 7 kap. 2 § socialtjänstlagen (2001:453) samt 2 kap. 5 a § skollagen (2010:800).

Enligt kammarrättens mening är rekvisitet att företrädare på annat sätt än genom erfarenhet ska ha förvärvat *insikt* i de föreskrifter som gäller för verksamheten oklart. Det framgår inte närmare hur företrädarna ska kunna visa att detta krav är uppfyllt utöver genom att åberopa just eventuell tidigare erfarenhet. Kammarrätten anser att kravet är alltför vagt formulerat för att skapa en förutsägbarhet för de sökande. Detta blir särskilt tydligt om det är fråga om en nystartad verksamhet eller i fall då företrädare, som saknar tidigare erfarenhet av liknande verksamhet, ansöker om tillstånd. Kammarrätten efterlyser närmare vägledning i denna del, framförallt då detta är en fråga som kan bli föremål för domstolsprövning. (Jfr även Justitieombudsmannens (JO) remissvar beträffande Ägarprövningsutredningens betänkande Krav på privata aktörer i välfärden [SOU 2015:7]).

Domstolen noterar även att formuleringen gällande kravet på *lämplighet* är allmänt hållet och att, även om viss vägledning ges i författningskommentaren, det även i dessa fall kan uppstå svårbedömda frågor som ger stort utrymme för skönsmässiga bedömningar. En sådan situation kan även försvåras ytterligare då det är mer än en myndighet som kommer att göra lämplighetsbedömningarna i första ledet.

Upphandling av välfärdstjänster och lagen om valfrihetssystem

Det föreslås att det under vissa förutsättningar bör vara möjligt att använda återinvestering av vinst som tilldelningskriterium eller som särskilt kontraktsvillkor i en upphandling av välfärdstjänster förutsatt att kriterierna utformas på så sätt att det finns en tillräcklig koppling till kontraktsföremålet, att kriteriet anges i upphandlingsdokumenten och att det är förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Utredningen har anfört att ett sådant förslag kan innebära vissa praktiska svårigheter samt att det även finns en rättslig osäkerhet i frågan. Enligt kammarrättens mening kräver denna fråga ytterligare utredning och analys och domstolen vill framhålla att, i avsaknad av sådan ytterligare utredning, försiktighet bör iakttas med att använda återinvestering av vinst som tilldelningskriterium eller som särskilt kontraktsvillkor i en upphandling av välfärdstjänster.

Avtal som ingås i ett valfrihetssystem enligt lagen om valfrihetssystem utgör enligt utredningen inte offentliga tjänstekontrakt i den mening som avses i LOU-direktivet, och inte heller tjänstekoncessioner. Av förarbetena till den nuvarande lagen (2008:962) om valfrihetssystem framgår att regeringen tidigare bedömt att valfrihetssystem enligt lagen utgör just tjänstekoncessioner. Detta är en mycket komplex fråga och även om de överväganden som framhålls i utredningen i denna del synes vara väl genomarbetade vill kammarrätten väcka frågan om det inte bör övervägas om detta område behöver utredas ytterligare innan ett ställningstagande görs. Kammarrätten ställer sig tveksam till om de omständigheter som utredningen hänvisar till ger

tillräckligt stöd för bedömningen att det, tvärt emot tidigare inställning, inte är fråga om tjänstekoncessioner.

Utredningen bedömer vidare att det finns ett rättsligt utrymme för kommuner och landsting att reservera valfrihetssystem för idéburna eller andra icke-vinstsyftande aktörer. Det framhålls att en sådan åtgärd visserligen skulle kunna anses utgöra en inskränkning i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), men under förutsättning att åtgärden tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, grundar sig på ett tvingande hänsyn till allmänintresset, syftar till att uppnå målen med åtgärden och är proportionerlig kan den ändå vara tillåten. Utredningen konstaterar dock att det inte alltid går att säga att det är möjligt att reservera valfrihetssystem på detta sätt, utan att en bedömning får göras i varje enskilt fall. Kammarrätten anser dock, i likhet med vad utredningen angett, att denna fråga kräver vidare analys och överväganden och vill framhålla att försiktighet bör iakttas med att reservera valfrihetssystem på detta sätt innan sådan ytterligare analys har genomförts.

Sanktionsavgifter

Vad gäller de sanktionsavgifter som föreslås införas kan kammarrätten konstatera att det i den föreslagna lagtexten saknas närmare bestämmelser om t.ex. delgivning av föreläggande, till vilken myndighet avgiften ska betalas samt om ränta ska utgå (jämför t.ex. bestämmelserna om sanktionsavgift i åttonde kapitlet i arbetsmiljölagen [1977:1160]). Eftersom överväganden kring dessa frågor saknas framgår det inte om utredningen valt att utesluta sådana bestämmelser eller om detta har förbisetts. Kammarrätten anser att detta för tydlighets skull bör framgå av motiven för att undvika eventuella tillämpningsproblem av sanktionsbestämmelserna.

Förenligheten med EU-rätten och regeringsformen

Utredningen har funnit att dess förslag är förenligt med EU-rätten, dvs. att det är nödvändigt, proportionerligt och att det inte innebär någon diskriminering. Kammarrätten kan konstatera att detta är en mycket omfattande fråga med flera svårbedömda inslag där EU-rättens praxis får avgörande betydelse. Enligt domstolens mening kräver denna fråga ytterligare analys innan det går att komma till en slutsats som ovan.

Genom utredningens förslag ska endast juridiska personer kunna ansöka om tillstånd att motta offentliga medel. Utredningen konstaterar att detta skulle kunna utgöra en inskränkning i näringsfriheten i regeringsformen. Det anförs dock att det, mot bakgrund av att det endast berör ett mycket litet antal näringsidkare samt då det innebär en mycket begränsad pålaga i form av att bilda en juridisk person, bedöms att förslaget är förenligt med regeringsformen. Mot bakgrund av de frågetecknen som framhålls anser kammarrätten att denna fråga kräver en mer djupgående analys.

Krav på revisor

Utredningen föreslår att en juridisk person med tillstånd att motta offentlig finansiering ska ha en auktoriserad eller godkänd revisor. Kammarrätten har inga synpunkter på förslaget i sig men noterar att det i nionde kapitlet i aktiebolagslagen (2005:551) finns undantagsbestämmelser vad gäller revisorsplikt för mindre aktiebolag. Eftersom enskilda personer som önskar motta offentligt finansiering måste bilda en juridisk person, som normalt skulle kunna omfattas av undantaget av revisorsplikten, innebär förslaget således en förändring i förhållande till nuvarande bestämmelser i aktiebolagslagen. Det framgår inte om utredningen har gjort några överväganden vad gäller just förhållandet mellan de förenklade bestämmelserna som gäller för mindre juridiska personer och kravet på revisorsplikt, och hur detta förhåller sig till de ställningstaganden som föranledde de förenklade reglerna för dessa mindre bolag.

Konsekvenserna för Sveriges domstolar

Kammarrätten delar inte den bedömning som utredningen har gjort vad gäller antalet mål och kostnaden för domstolarna. Kammarrättens uppfattning är att införandet av denna omfattande och komplexa reglering med tillståndsplikt, uppföljning i form av tillsyn samt möjlighet att återkalla tillstånd och påföra sanktionsavgifter kommer att medföra ett större antal överklaganden till allmän förvaltningsdomstol än vad utredningen har angett. Flera av målen kan även komma att innehålla komplexa EU-rättsliga överväganden samt frågor som inte tidigare varit föremål för domstolsprövning och som kammarrätten framhållit ovan kan det i många fall även bli fråga om skönsmässiga bedömningar där behovet av vägledande praxis kommer vara påtagligt. Kammarrätten kan inte heller utesluta att den komplicerade rättsliga regleringen kan generera ytterligare överklagbara beslut enligt 22 a § förvaltningslagen (1986:223). Domstolen vill därför framhålla att förvaltningsdomstolarna måste garanteras nödvändiga medel för att kunna hantera dessa mål och anser att utredningens bedömning i denna del är alltför försiktig.

Övrigt

I det nya kapitlet (19 a kap.) som föreslås införas i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling förekommer i 23 § en hänvisning till bestämmelserna i 17 kap. 1–5 §§ samma lag. Kammarrätten noterar att hänvisningen synes vara felaktig då riksdagen vid behandling av proposition 2015/16:195 avsåg regeringens förslag till lag om offentlig upphandling i de delar det avser 17 kap. 2–5 §§.

Detta yttrande har beslutats av kammarrättspresidenten Thomas Rolén, kammarrättsrådet Maria Braun och tf. kammarrättsassessorn Charlotte Appelgren, den sistnämnda även föredragande.

Thomas Rolén

Charlotte Appelgren

Kopia till

Övriga kammarrätter

Hovrätterna

Förvaltningsrätterna under Kammarrätten i Stockholm

Justitiedepartementet, expeditionschefen och enheten DOM

Domstolsverket

Kammarrättens intranät

Tidningarnas telegrambyrå