

Landets fylkesmenn

Deres ref.: 2016/947  
Vår ref.: 16/32994-2  
Saksbehandler: Ann-Kristin Wassvik  
Dato: 18.11.2016

## **Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c m.fl.- Kommunenes plikt til å tilby plass i helseinstitusjon - Lovfortolkning**

Helsedirektoratet viser til brev fra Helsetilsynet av 22.9.2016, med ulike spørsmål knyttet til kommunens plikt til bl.a. å tilby plass i sykehjem.

I brevet spør Helsetilsynet om det foreligger en generell plikt for kommunene til å tilby plass i sykehjem, dvs. om det er i strid med helse- og omsorgstjenesteloven (hol.) § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c dersom kommunen ikke har tilbud om plass i sykehjem. Videre ber Helsetilsynet om veiledning når det gjelder kommunens anledning til å velge mellom å tilby tjenester i sykehjem og tjenester i omsorgsbolig, inkludert *tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester*, jf. de nye bestemmelsene i hol. § 3-2 a og pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 2-1 e. Endelig bes det om redegjørelse for de to tjenestetilbudenes rettslige stilling opp mot Fylkesmannens kompetanse som klageinstans.

### Kommunens plikt til å ha tilbud om opphold i sykehjem

Kommunens plikt til å ha sykehjem som del av sitt samlede tjenestetilbud, er regulert i hol. § 3-2 første ledd første setning jf. nr. 6 bokstav c, som lyder:

*«For å oppfylle ansvaret etter § 3-1 skal kommunen blant annet tilby (...) plass i institusjon, herunder sykehjem...»*

Av forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven (Prop.91 L (2010-2011)) – heretter Prop.91 – merknadene til § 3-2 fremgår at *«Bestemmelsen i § 3-2 angir de helse- og omsorgstjenester kommunen som et minimum plikter å sørge for. (...) Sykehjemmene har en sentral plass i den kommunale helse- og omsorgstjenesten. En plikt for kommunen til å ha sykehjem fremgår derfor av lovteksten.»* Det samme fremgår av proposisjonens pkt. 15.5.7.3.

Det er etter dette ikke noen tvil om at kommunen etter gjeldende rett har plikt til å ha tilbud om opphold i sykehjem som del av sitt samlede tjenestetilbud. Uten at det har noen betydning for kommunens generelle forpliktelse, vil det som Helsetilsynet skriver også i konkrete tilfeller være nødvendig å tilby sykehjems plass når det må gjennomføres tvungen innleggelse og tilbakeholdelse etter pbrl. kapittel 4A, da slike tiltak bare kan gjennomføres i en

### **Helsedirektoratet**

Avdeling omsorgstjenester

Ann-Kristin Wassvik, tlf.: +4724163066

Postboks 7000 St. Olavs plass, 0130 Oslo • Besøksadresse: Universitetsgata 2, Oslo • Tlf.: 810 20 050

Faks: 24 16 30 01 • Org.nr.: 983 544 622 • [postmottak@helsedir.no](mailto:postmottak@helsedir.no) • [www.helsedirektoratet.no](http://www.helsedirektoratet.no)

helseinstitusjon, jf. pbrl. § 4A-4 andre ledd. I slike tilfeller kan ikke «*tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester*» eller andre tjenestetilbud erstatte sykehjem.

Helsetilsynet spør om kommunen også har plikt til å ha tilbud om *korttids plass* på sykehjem. Spørsmålet er ikke direkte omtalt i helse- og omsorgstjenesteloven eller i forarbeidene til denne. Hvor langt opphold som skal tilbys, må på vanlig måte avgjøres etter en vurdering av den enkelte pasient/brukers behov. Da det er relativt vanlig at personer med behov for helse- og omsorgstjenester har behov for institusjonsopphold i forbindelse med f. eks. rehabilitering og avlastning, hvor det er forutsatt at personen skal tilbake til sitt eget hjem, må kommunen ha tilbud om opphold i sykehjem også til pasienter og brukere med mer kortvarig behov. Til bruk i slike tilfeller er det gitt egne egenbetalingsbestemmelser for korttidsopphold i forskrift om egenandel for helse- og omsorgstjenester (FOR-2011-12-16-1349) § 4, som er særlig tilpasset pasienters og brukeres behov for å kunne opprettholde egen bolig mens de er innlagt i institusjon.

Når det gjelder formuleringen i rundskrivet til pasient- og brukerrettighetsloven som Helsetilsynet viser til i sitt brev, knytter denne seg – i motsetning til pliktbestemmelsen i helse- og omsorgstjenesteloven – til *rettighets siden* av saken. For at manglende tilbud om en bestemt tjeneste skal utgjøre et *rettighetsbrudd*, er det en forutsetning at det først foreligger en situasjon der den aktuelle tjenesten er det eneste som kan sikre en bestemt pasient nødvendige og forsvarlige tjenester og/eller at kommunen ikke kan tilby tjenestene i en annen form uten å gå ut over rammene for sitt frie skjønn. Heller ikke den gjengitte formuleringen i Prop.99 L (2015-2016) – forarbeidene til bl.a. ny § 3-2a i helse- og omsorgstjenesteloven (heretter Prop.99 L) – kan forstås som en begrensning av kommunens plikt til å ha tilbud om plass i sykehjem.

Etter dette kan kommunen ikke unnlate å ha tilbud om opphold på sykehjem. Hvor mange plasser kommunen har plikt til å ha, avhenger blant annet av hvordan kommunens øvrige tjenestetilbud er utformet og dimensjonert. Dersom behovet for sykehjems plasser i en kommune er så lite at det ikke vurderes hensiktsmessig for kommunen å ha et eget sykehjem, kan og må plikten ivaretas på annen måte, først og fremst i samarbeid med – eller ved avtale om kjøp av plasser fra – en eller flere nabokommuner.

#### Nærmere om rammene for kommunens frihet til å utforme konkrete tjenestetilbud

Selv om kommunen ut fra det ovenstående har plikt til å ha tilbud om kort- og langtidsopphold i sykehjem, står kommunen i utgangspunktet fritt til å avgjøre hvordan den enkelte pasient og brukers behov for helse- og omsorgstjenester skal dekkes. Den enkelte pasient eller bruker har i utgangspunktet ikke rett til plass på sykehjem dersom personens tjenestebehov også kan dekkes på annen måte. Kommunens handlingsrom begrenses imidlertid av at det grunnleggende kravet om at alle tjenester som tilbys eller ytes skal være forsvarlige, jf. hol. § 4-1. Handlingsrommet er videre begrenset av de lovlige rammene for kommunens frie skjønn.

Rammene for det frie skjønnet, og disses betydning for kommunenes frihet og fylkesmennenes overprøvingsadgang, er omtalt i Helsedirektoratets vedtak i en nylig klagesak (også vist til i Helsetilsynets brev). Fra vedtaket gjengis:

«Når det gjelder det nærmere innholdet i Fylkesmannens overprøvingsadgang, vises til at kommunen har stort handlingsrom til å organisere de helse- og omsorgstjenestene den har

ansvar for, herunder til å velge hvordan konkrete tjenestetilbud skal utformes. Handlingsrommet er imidlertid begrenset av rammene for det lovlige forvaltningskjønnet, jf. blant annet forvaltningsloven § 34 andre ledd første punktum jf. siste punktum, der det fremgår at klageinstansen kan prøve alle sider av saken, herunder underinstansens skjønnsutøvelse. På helse- og omsorgstjenestenes område angis rammene for Fylkesmannens overprøving av forvaltningskjønnet i pbrl. § 7-6 første ledd, hvor det fremgår at Fylkesmannen i saker om helsetjenester «...skal legge vekt på det lokale selvstyret» ved prøvingen av det frie skjønn. I praksis betyr dette at skjønnsutøvelsen ved organiseringen mv. av kommunale helsetjenester ikke kan være urimelig. (Ved behandling av klager som gjelder kommunale omsorgstjenester følger det av samme bestemmelse at Fylkesmannen skal legge stor vekt på det kommunale selvstyret, noe som innebærer at skjønnsutøvelsen i slike saker må være åpenbart urimelig for at Fylkesmannen skal kunne overprøve den.)

Dersom kommune har gått utenfor rammene for det lovlige forvaltningskjønnet ved utformingen av tjenestetilbudet, og resultatet som følge av dette er (åpenbart) urimelig, vil resultatet være at vedtaket/tjenestetilbudet helt eller delvis er ulovlig. (...) Det er den samlede utformingen av tjenestetilbudet som må vurderes, herunder eventuelle betingelser (f.eks. egenbetaling), innhold, organisering, lokalisering med mer. En situasjon der kommunen har valgt å oppfylle en pasient eller brukers rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester på en slik måte at vedkommende påføres store ekstra kostnader, ligger etter Helsedirektoratets syn innenfor det Fylkesmannen skal behandle som klageinstans etter pasient- og brukerrettighetsloven.»

Vedtaket er vedlagt i anonymisert form.

Med utgangspunkt i denne konkrete saken, der pasienten ble krevd for et relativt høyt beløp som følge av at kommunen valgte å tilby nødvendige tjenester i omsorgsbolig i stedet for i sykehjem, finner Helsedirektoratet grunn til å bemerke at det neppe i noe tilfelle vil kunne anses for å ligge innenfor kommunens skjønnsfrihet å tilby nødvendige helse- og omsorgstjenester i form av korttidsopphold i «tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester» med en samlet egenbetaling som overstiger det som er forutsatt i lovverket for slike tjenester. Dersom kommunen finner det hensiktsmessig og forsvarlig å tilby nødvendige helse- og omsorgstjenester i form av korttidsopphold i en særskilt tilrettelagt omsorgsbolig i stedet for i sykehjem, kan derfor den samlede egenandelen ikke settes høyere enn det som følger av forskrift om egenandel for helse- og omsorgstjenester § 4.

Rammene for kommunens skjønnsfrihet i den enkelte sak må også trekkes opp under hensyntagen til pasient og brukers rett til medvirkning ved utforming av tjenestetilbudet, jf. pbrl. § 3-1 andre ledd.

Særlig om helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2a og pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1e  
Hol. § 3-2a første ledd slår fast at kommunen skal tilby opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester dersom dette etter en helse- og omsorgsfaglig vurdering er det eneste tilbudet som kan sikre pasienten eller brukeren nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester. Kommunens plikt etter hol. § 3-2a første ledd er dermed noe snevrere avgrenset enn forpliktelsen kommunen har til å ha sykehjem etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c, da førstnevnte kun knytter seg opp til situasjonen der en pasient eller bruker har rett til opphold i sykehjem etter pbrl. § 2-1a andre ledd.

Pliktbestemmelsen i hol. § 3-2a første ledd korresponderer med rettighetsbestemmelsene i pbrl. § 2-1e første ledd.

Helsetilsynet spør i brevet om hvilken anledning kommunen har til å velge om de skal tilby tjenester i sykehjem og tjenester i omsorgsbolig, herunder tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester. Det er da viktig å understreke at ikrafttredelsen av hol. § 3-2a første ledd og pbrl. § 2-1e første ledd ikke endrer kommunenes frihet etter loven til selv å tilrettelegge/organisere tjenestene slik de selv ønsker. Kommunen vil også som tidligere – og innenfor de rammer som er skissert ovenfor – kunne velge mellom ulike måter å dekke den enkelte pasient og brukers behov for tjenester på.

Merk at selv om de nye bestemmelsene i seg selv ikke pålegger kommunene noen plikt til å ha eller tilby omsorgsboliger med tilsvarende omsorgsnivå som på sykehjem, vil det i praksis – også dette som tidligere – være behov for å kunne tilby et høyt tilsyns- og omsorgsnivå også utenfor sykehjem, da yngre mennesker bør tilbys tjenester utenfor sykehjem uavhengig av hvor omfattende deres tjenestebehov er.

#### Særlig om klageadgang

Det er ikke gitt særlige klageregler i forbindelse med vedtakelsen av de nye bestemmelsene i hol. § 3-2a og pbrl. § 2-1e. Klageadgangen reguleres derfor av pbrl. § 7-2 første ledd, som lyder:

*«Pasient eller bruker eller dennes representant som mener at bestemmelsene i kapitlene 2, 3 og 4, samt § 5-1, § 6-2 og § 6-3 er brutt, kan klage til Fylkesmannen. Klagen sendes til den som har truffet enkeltvedtaket eller avgjørelsen.»*

Dette innebærer, som tidligere, at dersom en pasient, bruker eller dennes representant mener at pasientens eller brukerens rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester er brutt gjennom f. eks. et avslag på sykehjem, omsorgsbolig eller annet, kan dette kreves prøvd av Fylkesmannen. Dette følger direkte av ordlyden i pbrl. § 7-2 første ledd, og gjelder selv om omsorgsbolig ikke er en såkalt «lovpålagt» tjeneste. Det vises i denne sammenheng til at også avslag på en søknad om omsorgsbolig vil kunne utgjøre et brudd på pbrl. § 2-1a andre ledd, dersom omsorgsbolig er det eneste som kan sikre en pasient eller bruker nødvendige og forsvarlige tjenester. Det avgjørende for om det kan klages til Fylkesmannen etter pbrl. § 7-2 første ledd er altså om klager *mener* at det har skjedd et rettighetsbrudd, og ikke hvilke konkrete tjenestetilbud som er nevnt i hol. § 3-2. Dette understrekes fordi Helsetilsynets *Veileder i behandling av klagesaker etter pasient- og brukerrettighetsloven* (Internserien 7/2012) pkt. 3.2. inneholder enkelte formuleringer når det gjelder klageadgang etter pbrl. § 7-2 som antagelig kan misforstås på dette punktet.

Siden Helsetilsynet stiller konkret spørsmål om *«tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester»* etter ikrafttredelsen av hol. § 3-2a og pbrl. 2-1e rettslig sett må anses som et tilbud i institusjon, vises til at det ikke er gjort noen endringer i forskrift om helse- og omsorgsinstitusjon (FOR-2011-12-16-1254). Tjenestetilbud i *«bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester»* slik dette er benyttet i de aktuelle bestemmelsene, vil med andre ord fortsatt være å anse som tjenester utenfor institusjon. Som det følger av det ovenstående, er imidlertid Fylkesmannens overprøvingskompetanse den samme uavhengig av om et tjenestetilbud rettslig sett er å anse som et tilbud i eller utenfor institusjon.

Når det gjelder hva som kan påklages til Fylkesmannen som direkte følge av de nye bestemmelsene, vises til pbrl. § 2-1e andre ledd (med planlagt ikrafttredelse 1.7.2017) og hol. § 3-2a andre ledd. Av disse følger det at kommunen skal gi forskrift med kriterier for bl. a. å settes på venteliste til langtidsplass på sykehjem eller opphold i bolig med tilsvarende omsorgsnivå, og at pasienter og brukere som oppfyller disse kriteriene har *rett til vedtak* om dette. Hvis en pasient eller bruker eller dennes representant mener at pasienten eller brukeren tilfredsstillers kommunens kriterier å settes på venteliste for langtidsplass i sykehjem eller bolig med tilsvarende omsorgsnivå, men ikke har fått vedtak om dette, vil det på vanlig måte være klageadgang til Fylkesmannen etter pbrl. § 7-2. Dette fremgår også av Prp. 99 L kapittel 8:

*«En pasient eller bruker kan i tillegg, etter de samme reglene, klage til Fylkesmannen på vedtak om at vedkommende ikke fyller kommunens kriterier for langtidsopphold i sykehjem eller tilsvarende bolig. Dette vil i realiteten være en klage på at pasienten eller brukeren ikke settes på venteliste som følge av at vedkommende vurderes ikke å oppfylle kommunens kriterier.»*

I slike tilfeller vil Fylkesmannen måtte prøve spørsmålet opp mot kriteriene i den enkelte kommunes lokale forskrift.

I tillegg til det ovenstående vil det foreligge klageadgang til Fylkesmannen etter pbrl. § 7-2 på et vedtak om at pasienten eller brukeren oppføres på venteliste, da et slikt vedtak i realiteten vil være et avslag på umiddelbar tildeling av sykehjems plass eller opphold i bolig med tilsvarende omsorgsnivå.

I klagesaker om tildeling av omsorgsbolig der det ikke gjøres gjeldende at avslaget innebærer et brudd på pasient- og brukerrettighetsloven eller kommunens kriterier, og klagen heller ikke kan forstås dithen, er riktig klageinstans fortsatt kommunen, jf. forvaltningsloven § 28 andre ledd.

Helsedirektoratet håper at dette er tilfredsstillende svar på de spørsmål som er stilt. Ta kontakt hvis noe fortsatt er uklart.

Vennlig hilsen

Kristin Mehre e.f.  
avdelingsdirektør

Ann-Kristin Wassvik  
seniorrådgiver

Helse- og omsorgsdepartementet; Landets fylkesmenn

