

Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.: 2023/1864
Vår ref.: 22/29128-5
Saksbehandler: Ann-Kristin Wassvik
Dato: 27.03.2023

Omsorgsstønad - Rettslige rammer og forholdet til forsvarlighetskravet

Helsedirektoratet viser til tidligere korrespondanse og dialog med statsforvalterne og Statens helsetilsyn om ovennevnte, herunder direktoratets brev til Statens helsetilsyn av 3.8.2022 og 28.10.2022 (vedlagt).

Statsforvalter i Oslo og Viken har i brev av 23.1.2023 (vedlagt) stilt spørsmål til innholdet i direktoratets ovennevnte brev, bl.a. med henvisning til Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen) og Rt. 1997 s. 877 (Tolga-dommen), samt til uttalelse fra Sivilombudet av 28.01.22.

Av hensyn til å sikre lik praksis hos statsforvalterne, sender Helsedirektoratet med dette et felles brev til Statens helsetilsyn og alle statsforvalterne om rettslige rammer for omsorgsstønad og forholdet til forsvarlighetskravet, for å svare ut de spørsmål som er reist og i tillegg omtale enkelte andre rettskilder og spørsmål som ikke er berørt i tidligere brev.

Hva spørsmålet gjelder

Kommunens plikt til å ha tilgjengelig et tilbud om omsorgsstønad, har vært lovfestet i flere ulike lover. Fra 1988 var ordningen lovfestet i kommunehelsetjenesteloven § 1-3, fram til den ble overflyttet til sosialtjenesteloven av 1991 § 4-2 bokstav e. Ved vedtakelsen av helse- og omsorgstjenesteloven ble den inntatt i § 3-6. Denne bestemmelsen er senere utvidet til en generell bestemmelse om kommunens ansvar overfor pårørende, hvor kommunens plikt til å ha tilbud om omsorgsstønad til personer med særlig tyngende omsorgsarbeid framgår av nr. 3.

Ved hver lovendring er det presisert at det ikke er ment å endre gjeldende rett når det gjelder plikter og rettigheter knyttet til omsorgsstønad. Tidligere rettskilder er derfor relevante.

Spørsmålet som omhandles i dette brevet gjelder hvilke krav som stilles til kommunens vurderinger i saker om omsorgsstønad, herunder spørsmål om omsorgsgivers rett til omsorgsstønad, samt om omsorgsstønaden skal tildeles og utmåles iht. til en forsvarlighetsnorm eller om dette tilligger kommunens frie skjønn.

Vurdering av rettskildene

Lovforarbeider

Omsorgsstønad er omtalt i forarbeidene til tidligere lov om sosiale tjenester Ot. prp. nr. 21 (1990-1991), forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven Prop.91 L (2010-2011) og forarbeidene til endret § 3-6 *Kommunens ansvar overfor pårørende*, Prop.49 L (2016-2017). I forarbeidene er det understreket at flytting av ordningen mellom lover, og endring av navn på ytelsen fra omsorgslønn til omsorgsstønad,

Helsedirektoratet

Avdeling helserett og bioteknologi

Ann-Kristin Wassvik

Postboks 220 Skøyen, 0213 OSLO • Besøksadresse: Vitaminveien 4, Oslo • Tlf.: (+47) 47 47 20 20

Org.nr.: 983 544 622 • postmottak@helsedir.no • www.helsedirektoratet.no

ikke innebærer en rettsendring. Det er i forarbeidene understreket at kommunen har en plikt til å ha et tilbud om omsorgsstønad, men at det ikke er en rettighet for den enkelte.

Fra Ot.prp. nr. 21 (1990-1991) gjengis: «Kommunen (kan) i hvert enkelt tilfelle (...) vurdere hvor mange timer som må legges til grunn for betaling for slikt omsorgsarbeid. Komiteen vil derfor påpeke at den enkelte pårørende ikke har en ubetinget rett til lønn som hjemmehjelper. Avtale om lønn er begrenset av at kommunen og den pleietrengende vurderer den pårørendes omsorg som best og nødvendig og at dette ligger innenfor et omfang som hver kommune ser seg økonomisk i stand til.» I merknaden til bestemmelsen står det videre: "Omsorgsgiverens rett til lønn etter bokstav e) vil som før måtte ligge innenfor det omfang som hver kommune ser seg i stand til."

Videre vises det til Prop.91 L (2010-2011) hvor det framgår i pkt. 13.3.8: "Kommunene er pålagt å ha ordningen, men det er ikke en individuell rettighet for innbyggerne. Kommunen må etter en bred skjønnsmessig vurdering av det samlede tjenestetilbudet avgjøre hvorvidt det skal innvilges omsorgslønn, hvilket nivå lønnen skal ligge på, og varigheten av vedtaket. Kommunen kan vurdere omsorgslønn som ett av flere alternativer, for eksempel avlastningstiltak, støttekontakt, hjemmesykepleie mv." Videre i pkt. 13.3.9: "Omsorgslønn er lønn til personer som har et særlig tyngende omsorgsarbeid. En hovedutfordring med omsorgslønnsordningen er at gjeldende regler legger opp til stor grad av skjønn ved innvilgelse og utmåling av stønaden, herunder at kommunene kan legge en viss vekt på kommunens økonomi. Den enkelte pårørende har ikke ubetinget rett til omsorgslønn. Kommunen og den som har behov for tjenestene må vurdere den pårørendes omsorg som best og nødvendig. Dette har ført til store forskjeller mellom kommunene med hensyn til bruken av omsorgslønn. (...) Regjeringen har derfor som nevnt ved Kongelig resolusjon av 25. juni 2010 nedsatt et offentlig utvalg som skal foreslå løsninger ut fra en mer helhetlig vurdering. Utvalget skal levere sin innstilling innen 15. oktober 2011. Departementet vil følge opp innstillingen på egnet måte.

Det er på det rene at innstillingen fra det aktuelle utvalget og den senere oppfølgingen ikke førte til endringer hverken mht. regler om tildeling og utmåling av omsorgsstønad eller den enkeltes rett til slik stønad. Dette drøftes i Prop. 49 L (2016-2017), hvorfra gjengis: "Ingen har ubetinget rett til omsorgslønn, men kommunen har plikt til å ha en slik ordning. Kommunen kan ikke avslå en søknad fordi den ikke har en slik ordning eller ikke har satt av nok penger på budsjettet, men kommunen kan velge å tilby andre tjenester for å dekke omsorgsbehovet. Videre er det kommunen som, ut fra en samlet helhetsvurdering av tjenestetilbudet som ytes den omsorgstrengende, avgjør hvilket nivå lønnen skal ligge på og varigheten av vedtaket." Og videre, under departementets vurderinger og forslag: "En rettighetsfesting av omsorgsstønad vil nødvendigvis prege kommunens innretting av tjenestetilbudet. For mange kommuner vil det kunne ha den konsekvens at det må settes av større ressurser til omsorgsstønad på bekostning av videre utvikling av andre tjenester. Dette gir et smalere mulighetsrom, og vil kunne hindre kommunen i å tilby et individuelt tilrettelagt tjenestetilbud til den enkelte. Helse- og omsorgsdepartementet vil derfor ikke foreslå rettighetsfesting og/eller standardisering av omsorgsstønaden. Det presiseres i denne sammenheng at forslag til ny § 3-6 følgelig er en videreføring av gjeldende rett etter nåværende § 3-6 etter helse- og omsorgstjenesteloven. Videre følger departementet opp forslaget i høringsnotatet om en begrepsendring fra «omsorgslønn» til «omsorgsstønad» da dette anses å gi en mer dekkende beskrivelse av tjenesten. Forslaget til ny bestemmelse er en videreføring av gjeldende rett og medfører følgelig ingen endringer for omsorgsstønad når det gjelder arbeidstakerrettigheter. Målet er ikke at den pårørende skal ansettes av kommunen, men at kommunen skal støtte de pårørende som ønsker å påta seg særlig tyngende omsorgsarbeid."

Omtalen av ordningen i forarbeidene skiller seg vesentlig fra omtalen av de øvrige helse- og omsorgstjenestene som pasient og bruker har rett til etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1, og viser klart at omsorgsstønad ikke er ment som en rettighet for den pårørende/omsorgsgiveren, men som en plikt for kommunen til ha ordningen for å kunne støtte den pårørende som utøver særlig tyngende omsorgsarbeid. Det følger av dette at tildeling og utmåling av omsorgsstønad tilligger kommunens frie skjønn, som imidlertid må utøves innenfor de rammene som gjelder for dette. Blant annet må resultatet ikke være vilkårlig, åpenbart urimelig eller innebære usaklig forskjellsbehandling mellom brukere. Det vises til Helsedirektoratets tidligere brev av 3.8.2022 og 28.10.2022.

Særlig om Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen) og Rt. 1997 s. 877 (Tolga-dommen)

Statsforvalter i Oslo og Viken viser i sitt brev til Fusa-dommen og Tolga-dommen, som det anføres støtter opp under en forståelse av at det ved vurderinger av omsorgsstønad må gjøres en vurdering av om det samlede tilbud, herunder utmålingen av omsorgsstønad, er forsvarlig.

Når det gjelder Fusa-dommen, omhandler denne tjenester direkte til den hjelpetrengende, ikke stønad til pårørende. Helsedirektoratet kan ikke se at dommen er relevant for den rettslige forståelsen av omsorgsstønad.

Heller ikke Tolga-dommen kan tillegges betydning når det gjelder det aktuelle vurderingstemaet knyttet til omsorgsstønad. Høyesteretts avgjørelse baserer seg på en prejudisiell vurdering av om fylkeslegens forutgående vedtak var gyldig, og om dette vedtaket skriver de i dommen (vår understrekning):

"I fylkeslegens vedtak er redegjort for at det skal tas hensyn til kommunens økonomi, og at dette er gjort, kommer klart til uttrykk. Jeg forstår vedtaket slik at fylkeslegen – på bakgrunn av det tyngende omsorgsarbeid som hvilte på Cs foreldre og under hensyntagen til de hjelpetiltak som var satt inn og kommunens økonomi generelt – fant det rimelig å pålegge kommunen en plikt til å betale omsorgslønn i et visst omfang. Jeg kan ikke se at vedtaket viser at fylkeslegen har lagt noen uriktig lovforståelse til grunn. Slik jeg forstår vedtaket, er det foretatt en skjønnsmessig vurdering basert på relevante momenter. (...) Hensett til den ankende parts prosedyre og noen bemerkninger i lagmannsrettens dom, vil jeg tilføye at jeg er enig med den ankende part i at krav på omsorgslønn ikke med nødvendighet fulgte av foreldrenes omfattende omsorg for C. Jeg understreker at det skulle foretas en bred vurdering, ikke bare et regnestykke der fordelingen av omsorgsarbeidet mellom foreldrene og kommunen var de avgjørende faktorer."

Det henvises altså til en rimelighetsvurdering gjort av fylkeslegen, og – slik vi leser dommen – ikke til en rettighetsbasert ytelse eller lignende.

Oppsummert er det Helsedirektoratets vurdering at de to rettsavgjørelsene ikke avviker fra gjeldende fortolkning om at avgjørelsen om tildeling og utmåling av omsorgsstønad isolert sett tilligger kommunens frie skjønn

Øvrige rettskilder

Sivilombudet har omtalt omsorgsstønad i flere saker, og Statsforvalter i Oslo og Viken viser i sitt brev til [Sivilombudets uttalelse av 28.1.2022](#). Helsedirektoratet ser at den aktuelle uttalelsen inneholder enkelte formuleringer som kan forstås slik at den understøtter statsforvalters forståelse når det gjelder betydningen av forsvarlighetskravet i saker om omsorgsstønad, bl.a. det avsnittet Statsforvalter gjengir i sitt brev. I likhet med uttalelser om forsvarlighetskravet i andre rettskilder, retter formuleringen seg imidlertid ikke direkte mot utmålingen av omsorgsstønad, og i lys av andre rettskilder må den etter Helsedirektoratets vurdering forstås slik at den sikter til at tjenestetilbudet må sikre en forsvarlig ivaretagelse av *den hjelpetrengende*.

Videre må uttalelsen ses i sammenheng med øvrige uttalelser gitt av ombudet, bl.a. i sak 2003/133, som er gitt omfattende omtale i [SOMB Årsmelding 2003](#) s. 132-136. Saken gjaldt omsorgslønn til en mor som fra 1991 hadde mottatt omsorgslønn for datteren født i 1974. Saken gjaldt spørsmålet om det var adgang til nå å redusere omsorgslønnen fra 100 til 55 prosent.

Ombudet kom til at saken burde ha vært bedre opplyst før vedtak ble fattet, samt at fylkesmannen ikke hadde vurdert alle relevante hensyn. I sin avsluttende bemerkning uttaler Sivilombudet blant annet:

"Det følger av sosialtjenesteloven § 4–2 at kommunen har plikt til å ha en ordning med omsorgslønn. Den enkelte har likevel ikke et rettskrav på omsorgslønn, selv om det foreligger «særlig tyngende omsorgsarbeid», hvilket følger av lovens § 4–3. Kommunene vil derfor ha en viss skjønnsfrihet med hensyn til om det skal gis omsorgslønn og størrelsen på omsorgslønnen. Det vil likevel kunne være åpenbart urimelig eller i strid med god forvaltningsskikk ikke å yte omsorgslønn i det enkelte tilfelle eller dersom omsorgslønnen fastsettes for lavt."

Sivilombudet har også omtalt omsorgsstønad i sak [2017/597](#) og sak [2017/1181](#), uten at disse etterlater noe annet inntrykk.

De rettslige rammene for omsorgsstønad er videre omtalt i Omsorgslønnsordningen – en kunnskapsoppsummering (Statens helsetilsyn – Internserien 7/2009), hvor det understrekes at tildeling og utmåling av omsorgsstønad tilligger kommunens frie skjønn: *"Vurderingen om hvorvidt kommunen skal tildele omsorgslønn eller ikke, tilligger kommunens frie forvaltningsskjønn. Kommunen kan tildele omsorgslønn, men er ikke forpliktet etter loven til å gjøre det. Departementet skriver at: 'Sidan omsorgslønn ikke er ein rett på lik linje med andre sosiale tenester er det noko større rom for kommunalt skjønn enn når det gjeld andre tenester' (rundskriv I-42/98 pkt. 2.3). I en sak (SOMB 2003 s. 128) fremholder Sivilombudsmannen at skjønnsfriheten omfatter både tildelingsspørsmålet og størrelsen på avlønningen. Sivilombudsmannen uttaler imidlertid at det vil kunne være åpenbart urimelig, eller i strid med god forvaltningsskikk å ikke yte omsorgslønn i det enkelte tilfellet, eller å sette omsorgslønnen for lavt."*

Oppsummert om rettskildebildet; særlig om forholdet til forsvarlighetskravet

Som det framgår ovenfor, er det både i lovforarbeider og øvrige rettskilder lagt til grunn av tildeling og utmåling av omsorgsstønad tilligger kommunens frie skjønn. Statsforvalteren i Oslo og Viken har imidlertid rett i at det i flere av de samme rettskildene er formuleringer som viser til forsvarlighetskravet, bl.a. i Prop. 49 L (2016-2017) og Sivilombudets uttalelse av 28.1.22. Felles for disse uttalelsene er imidlertid at de ikke knytter seg direkte til utmåling av omsorgsstønad, men til tjenestetilbudet i sin helhet. I lys av øvrige uttalelser i forarbeidene, gjengitt ovenfor, må uttalelsene som gjelder forsvarlighetskravet derfor forstås slik at de viser til kravet om en forsvarlig ivaretagelse av *den hjelpetrengendes* behov.

I dette ligger for det første at kommunen må vurdere om den hjelpetrengende blir forsvarlig ivaretatt av den pårørende, eller om det bør settes inn (mer eller flere) andre tjenester, herunder for å sikre nødvendig kompetanse i tilbudet og/eller for å avlaste den pårørende.

Videre må kommunen vurdere *om nivået på omsorgsstønaden påvirker omsorgsyterens mulighet til å yte omsorg på et forsvarlig nivå*. I et slikt tilfelle vil en vurdering opp mot forsvarlighetskravet kunne tilsi et nivå på omsorgsstønaden som f.eks. muliggjør at den pårørende kan jobbe redusert el., dersom det er nødvendig for å kunne gi forsvarlig omsorg. Som eksempel vises til at Sivilombudet i sak 2003/133 vurderte det som en mangel ved kommunens og fylkesmannens vedtak at det ikke var foretatt en vurdering av om det var mulig for omsorgsyteren å fortsette sitt omsorgsarbeid med den lønnsreduksjon som ble foretatt.

Ut over dette er det vanskelig å se hvordan forsvarlighetskravet skal kunne operasjonaliseres når det gjelder utmåling av omsorgsstønad. Å legge til grunn at omsorgsyteren har rett til omsorgslønn – evt. på nivå med hjemmehjelper – for alle timer hvor det ytes tyngende omsorgsarbeid, eller for alle timer som er nødvendig for en forsvarlig ivaretagelse av den hjelpetrengendes behov, vil ikke være i tråd med reglene for tildeling og utmåling av omsorgsstønad.

Avsluttende bemerkninger

Tjenestebegrepet

Med henvisning til Helsedirektoratets brev av 28.10.22 viser Statsforvalteren i Oslo og Viken i sitt brev av 23.1.23 til at omsorgsstønad i flere rettskilder er omtalt som en *tjeneste*. Helsedirektoratet vil bemerke at det for så vidt ikke har noen rettslig betydning om omsorgsstønad kalles en tjeneste eller ikke. Da de rettslige rammene for omsorgsstønad er annerledes enn for tjenestene som pasient og bruker har rett til etter hol. § 2-1a andre ledd, kan det imidlertid - for å unngå misforståelser – også være hensiktsmessig å skille dem rent begrepsmessig. Helsedirektoratet viser for så vidt til at den dialog som har vært med statsforvalterne når det gjelder dette, er illustrerende for den usikkerhet som kan oppstå dersom det opereres med upresise begreper på dette området.

Ulik praksis mellom kommunene

Det følger av de ulovfestede reglene for utøvelse av fritt forvaltningskjønn at eventuell forskjellsbehandling skal være saklig, dvs. at like tilfeller skal behandles likt. Dette gjelder innad i hver enkelt kommune, men ikke mellom kommunene. Statsforvalter vil dermed måtte forholde seg til at ulike kommuner har ulik praksis når det gjelder tildeling og utmåling av omsorgslønn. Det er forståelig at dette kan oppleves som krevende, og som urimelig i et brukerperspektiv, men ulik praksis mellom kommuner innenfor rammene av det kommunale skjønnsrommet gir ikke grunnlag for å sette kommunale vedtak til side. Vi viser til omtalen av vurderingstema mv. ved klager på omsorgsstønad i Helsedirektoratets brev av 3.8.2022 og 28.10.2022.

Helsedirektoratet håper det ovenstående er oppklarende.

Vennlig hilsen

Wenche Dahl Elde e.f.
avdelingsdirektør

Ann-Kristin Wassvik
seniorrådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

Kopi:
Sivilombudet

