

Tromsø 6. oktober 2011

Høring - Samhandlingsreformen - forslag til forskriftsendringer og nye forskrifter som følge av Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester

Det vises til høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet utsendt 4. juli 2011, hvor det foreslås ny forskrift om hva som skal anses som institusjon i den kommunale helse- og omsorgstjenesten. Høringsfrist er 6. oktober 2011.

Bakgrunnstemaet for høringsuttalelsen er forholdet til merverdiavgiftskompensasjonsloven § 2 første ledd bokstav c, herunder rettstilstanden etter Alta-saken Rt. 2010 s. 236 (Alta-saken).

Innledningsvis presiseres det at uttalelsen er skrevet av undertegnede i egenskap av privatperson. Uttalelsen er ikke synspunkter som kan tilskrives min arbeidsgiver. Undertegnede jobber som jurist i Skatteetaten. Uttalelsen gis fordi forståelsen av § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c vil kunne ha betydning for retten til kompensasjon etter kompensasjonsloven, og fordi verken Finansdepartementet eller Skattedirektoratet har vært høringsinstans under tilblivelsen av helse- og omsorgstjenesteloven.

1. Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c

Uttalelsen omhandler forslag til forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon hvor det i § 1 er angitt hva som regnes som institusjon etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c.

I høringsnotatets pkt 7.2.3.1 uttales det at hvordan kommunene velger å definere de ulike boløsningene får konsekvenser både for krav til tjenestene, finansiering og brukerbetaling, enkeltvedtak og til dels også for kostnadsfordeling mellom kommune og stat. Skillet vil i tillegg ha betydning for beboers forhold til boligen, da husleieloven som hovedregel vil gjelde utenfor institusjon.

Det anføres at det derfor er behov for klargjøring av hva som skal regnes som institusjon etter loven. I den forbindelse vises det til at det med hjemmel i dagens sosialtjenestelov er gitt forskrift som i § 7-2 *uttømmende* angir hva som skal regnes som bolig med heldøgns omsorgstjeneste etter loven. Dette bygges det nå videre på, men slik at det nå foreslås en positiv og uttømmende angivelse av hva som skal regnes som institusjon etter den nye helse- og omsorgstjenesteloven.

Det vises også i pkt 7.2.2.3 til at omsorgsboliger etter dagens regelverk ikke er regulert som en egen tjeneste eller institusjon, men betraktes som at personen som bor der bor i sitt eget hjem. Tjenestene som ytes følger de alminnelige bestemmelser i sosialtjenesteloven og

kommunehelsetjenesteloven. Leieforholdet reguleres av husleieloven. Også dette synes videreført i det nye regelverket, i og med at det nå foreslås en positiv og uttømmende angivelse av hva som skal regnes som institusjon etter den nye helse- og omsorgstjenesteloven.

Departementet synes dermed å legge til grunn at den rettslige forankringen av omsorgsboliger fortsatt vil være kommunens private autonomi. Dette gjelder uavhengig av om det gjelder tildeling av omsorgsboliger kommunen selv eier eller boliger andre eier, eksempelvis en boligstiftelse. Dette forstås slik at det ikke foreligger et *rettskrav* på et slikt tilbud. Etter dagens regelverk fremstår imidlertid dette som noe uklart. Kommunene synes videre å være noe inkonsekvent i sin bruk av de regler som gjelder for henholdsvis institusjon og tjenester i hjemmet. Det er f.eks. kommuner som tildeler omsorgsboliger (eller andre boliger) ved å fatte vedtak etter § 4-2 bokstav d. Dette kunne derfor med fordel vært klargjort ytterligere.

Det kommer heller ikke klart nok fram om det nå gis en positiv og uttømmende angivelse av hva som regnes som institusjon betyr at *all* helse- og omsorgstjenesteyting som ikke skjer i «institusjon» etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c, per definisjon skjer i «hjemmet» etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a.

Når omsorgsboliger ikke blir definert som en institusjon etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c, men som beboerens eget hjem, betyr det at også den tjenesteyting som finner sted der *alltid* anses å skje i beboerens eget hjem etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a? Eller kan det tenkes tilfeller der behovet for omsorg er av en slik *art* at omsorgsboliger må anses som, eller inngå i, en pliktig helse- og omsorgstjeneste etter § 3-1 (§ 3-2 (1) nr. 6 a)) slik at man faktisk kan sies å ha et rettskrav på selve omsorgsboligen – ikke bare på de tjenester som ytes der? Subsidiært, dersom man ikke kan ha et krav på hele omsorgsboligen, vil man kunne ha rettskrav på deler av omsorgsboligen, eksempelvis personalrom for helsepersonellet?

I teorien har det vært anført at forskrift til stjl. § 7-2 ikke kan begrense rettskravet i stjl. § 4-2 d. Dvs. at kommunen kan gi heldøgns botilbud utover de tilfeller forskriften § 7-2 regulerer. Rettspraksis synes å ha lagt til grunn at det trolig må anses å foreligge slike rettskravtilfeller. Betrakningen har vært at tildelt omsorgsbolig sammen med vedtak om hjelp i hjemmet *de facto* må anses som institusjonslignende tjeneste (§ 4-2 d). Høyesterett synes i Rt. 2010 s. 236 (Alta-saken) å legge dette til grunn. Se nærmere om dette i pkt. 2.

Spørsmålet blir om rettstilstanden gjennom ny lov/forskrift stenger døren for en videreføring av denne betraktningen nå som institusjonsbegrepet formaliseres. Mao. at tildelt omsorgsbolig sammen med tjenester etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a aldri vil kunne anses som institusjon, men alltid må anses som hjelp i hjemmet? Etter ny helse- og omsorgstjenestelov § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a kan man ha krav på et heldøgns pleie- og omsorgstilbud i eget hjem. Vil man i slike tilfeller kunne ha krav på mer enn tilstedeværelse av helsepersonell; kan man etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a også ha et rettskrav på boelementet?

Da problemstillingen ikke drøftes nærmere framstår omsorgsboligers rettslige stilling som noe uklar også etter de nye reglene.

2. Forholdet til merverdiavgiftskompensasjonsloven

Utgangspunktet for høringsuttalelsen er at kompensasjonsloven (lov 12. desember nr. 108 om kompensasjon av merverdiavgift for kommuner, fylkeskommuner mv.) i § 2 første ledd bokstav

c bestemmer at loven omfatter private eller ideelle virksomheter som *produserer helsetjenester og sosiale tjenester* som kommunen eller fylkeskommunen er pålagt å utføre ved lov.

Kompensasjonsloven § 2 første ledd bokstav c regulerer ikke *i seg selv* hvilke subjekter som omfattes av lovens virkeområde. Dette må vurderes ut i fra den enkelte særlov, eksempelvis kommunehelsetjenesteloven, sosialtjenesteloven, opplæringsloven mv. Fra ikrafttredelsen vil helse- og omsorgstjenesteloven være en slik aktuell særlov.

Med lovpålagt oppgave menes ytelser som den enkelte har et *rettskrav* på å motta. Hvor loven kun pålegger kommunen eller fylkeskommunen å «sørge for» at en tjeneste finnes i en viss utstrekning, uten i særlig grad konkretisere hva ytelsen skal gå ut på, vil man derfor være utenfor bestemmelsen. Sentralt i vurderingen av retten til kompensasjon står derfor rettskravbegrepet etter sosialtjenesteloven § 4-2 bokstav a/d, kommunehelsetjenesteloven § 1-3 annet ledd nr. 4/6 og ny helse- og omsorgstjenestelov § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a/c sett forhold til kompensasjonsloven § 2 første ledd bokstav c.

Høyesteretts dom av 19. februar 2010 Rt. 2010 s. 236 (Alta-saken) som gjaldt merverdiavgiftskompensasjon er her av betydning for forståelsen av sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven, da disse lovene var primære rettsgrunnlag for vurdering av merverdiavgiftskompensasjonsretten.

Alta-saken gjaldt Stiftelsen Utleieboliger i Alta (UBA). Det rettslige spørsmålet i saken var om UBA var omfattet av virkeområdet i kompensasjonsloven § 2 første ledd bokstav c. UBA foresto *kun* utleie av særskilte tilrettelagte utleieboliger. Beboerne var voksne (over 18 år) og mottok § 4-2 bokstav a. Høyesterett kom til at UBA (del)produserte tjenester etter stjl. § 4-2 bokstav d. Førstvoterendes uttalte:

«Staten har gjort gjeldende at tjenestene som ytes i vår sak, er hjemmebaserte, og ikke utgjør tilbud om bolig med heldøgns omsorgstjeneste etter kommunehelsetjenesteloven § 1-3 annet ledd nr. 6 eller sosialtjenesteloven § 4-2 bokstav d. Det er vist til at vedtakene om tildeling bygger på andre hjemler, blant annet sosialtjenesteloven § 4-2 bokstav a. UBA bidro derfor kun med en støttefunksjon for de lovpålagte ytelsene, ikke en integrert del av disse, anføres det. Slike støttefunksjoner faller utenfor kompensasjonsretten, selv om ytelsene som støttes er lovpålagt.

Jeg er enig i at støttefunksjoner ikke gir rett til kompensasjon, og viser til NOU 2003:3 Merverdiavgift og kommunene side 112 hvor eiendomsforvaltning, IKT-tjenester eller økonomisk og juridisk rådgivning nevnes som eksempler. Men jeg finner det klart at tilbudet om leie av tilrettelagt bolig i vår sak ikke var en slik støttefunksjon. Innenfor rammen av sine plikter etter kommunehelsetjenesteloven § 1-3 og sosialtjenesteloven § 4-2 valgte Alta kommune et samarbeid med UBA. De aktuelle hjelpetiltakene rettet seg mot psykisk utviklingshemmede og sterkt funksjonshemmede med behov for et tilrettelagt botilbud med heldøgns omsorgstjenester. Tilrettelagte boliger var derfor en integrert del av det tilbudet kommunen ga for å etterleve sine plikter, der botilbud, og hjelpe- og omsorgstiltak var et nødvendig hele. For beboerne fremsto tjenesten som koordinert og samlet.»

Hovedpoenget synes å være at beboerne etter Høyesteretts syn hadde et rettskrav på noe som etter sin *art* var en tjeneste etter stjl. § 4-2 bokstav d. Altså et rettskrav på *mer enn* hjelp i hjemmet/hjemmebaserte tjenester; de hadde et rettskrav på boligelementet. Dette utgangspunkt har vært lagt til grunn av avgiftsmyndighetene.

Det at Høyesterett unnlot å etablere et kostnadsansvar etter sosialtjenesteloven kapittel 7 i et *obiter dictum*, er ikke noe tegn verken for eller mot at rettskravet ble utledet av § 4-2 d. Dette spørsmålet ble aldri prosedert av prosessfullmektigene.

Ikke ethvert hjelpebehov antas å kvalifisere til et slikt tilrettelagt botilbud med heldøgns omsorgstjenester som i Alta-saken. Utfordringen i dag er derfor å avgjøre *når* hjelpebehovet kan sies å være av tilstrekkelig omfang til at kompensasjonsrett foreligger: Når ytes det omsorgstjenester i et omfang som Alta-saken? Dette vil kunne slå ulikt ut fra beboer til beboer, også inne i samme boligkompleks.

Dersom Alta-saken må forstås slik at rettskravet på tilrettelagt bolig ble hjemlet i khl. § 1-3 annet ledd nr. 6 eller stjl. § 4-2 d, så blir spørsmålet om det formelle institusjonsbegrepet i ny lov/forskrift stenger for at tjenester etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a *sammen med* tildeling av bolig i medhold av privat autonomi, kan betraktes som en *de facto* tjeneste etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c. Dette vil i så tilfelle innebære at fra ikrafttredelse av helse- og omsorgstjenesteloven, vil ikke UBA eller andre lignende virksomheter bli ansett som (del)produsenter av *rettskravtjenester* (Vedlegg 1, rute A2 og B2). Se nærmere om dette i pkt. 3.

Dersom Alta-saken må forstås slik at rettskravet på tilrettelagt bolig ble hjemlet i stjl. § 4-2 a, så blir spørsmålet om de rettskravtilfellene som Høyesterett oppstilte nå må anses videreført i ny lov § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a (Vedlegg 1, rute B1). Se nærmere om dette i pkt. 4.

Ovennevnte er ikke tatt stilling til i forarbeidene til ny helse- og omsorgstjenestelov, og den latente problemstillingen av sentral betydning for merverdiavgiftskompensasjonsretten er derfor uavklart.

3. Dersom omsorgsboliger i Alta-saken var del av rettskravet etter stjl. § 4-2 d, ny § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c – vedlegg 1 rute B2/A2

I høringsnotatet punkt 7.3 og 7.4 er det ikke tatt stilling til plassering i regelverket for boligstiftelser og lignende dersom det er slik at disse etter ny lov kan anses å (del)produsere tjenester etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c. Betydningen opp i mot nåværende samt planlagt revidert vederlagsforskrift, er heller ikke kommentert.

Det vil uansett være et spørsmål om det formaliserte institusjonsbegrepet stenger for en videreføring av Rt. 2010 s. 236 dersom det legges til grunn at rettskravet på tilrettelagt omsorgsboliger ble utledet av stjl. § 4-2 d.

4. Dersom omsorgsboliger i Alta-saken var del av rettskravet etter stjl. § 4-2 a, ny § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a – vedlegg 1 rute B1

Etter ny helse- og omsorgstjenestelov § 12-1 har *enhver* som utfører tjeneste eller arbeid etter loven taushetsplikt etter forvaltningsloven §§ 13 til 13 e. Overtredelse straffes etter straffeloven § 121. Dersom rettskravtilfellene som ble oppstilt i Rt. 2010 s. 236 anses videreført i ny helse- og omsorgstjenestelov, så vil loven pålegge UBA og lignende virksomheter taushetsplikt da disse utfører tjeneste etter loven.

Avgiftsmyndighetene har lagt til grunn at det kun er *tildelingsvedtaket* som kan verifisere om de tjenester som ytes faller innenfor kompensasjonsloven § 2 første ledd bokstav c. Det er dette dokument revisor skal bruke for å kontrollere om vilkårene er oppfylt før attestasjon av

kompensasjonsoppgave kan gis. Den private virksomhet må ha dette dokumentet i regnskapene sine. Og avgiftsmyndighetene må ha dokumentet for å kontrollere at kompensasjonskravet er berettiget. Dette skaper en rekke praktiske problemer bl.a. i forhold til taushetsplikten. Avgiftsmyndighetene krever at private utleiere oppbevarer kopi av beboernes tildelingsvedtak i 10 år.

I høringsnotatet eller øvrige forarbeider til helse- og omsorgstjenesteloven er det ikke tatt stilling til UBA og lignende virksomheters taushetsplikt etter helse- og omsorgstjenestelov § 12-1. På landsbasis finnes flere hundre slike tjenesteytere.

Dersom rettskravtilfellene som ble oppstilt i Rt. 2010 s. 236 anses videreført i ny helse- og omsorgstjenestelov, så må en beboer kunne få dom for et slikt krav. Dette forutsetter at det er muligheter for legalitetskontroll av kommunenes vedtak, at det foreligger klageordninger, at det foreligger kontrollorganer og -tiltak. Etter ny helse- og omsorgstjenestelov vil fylkesmannen fortsette å være klageorgan i en rekke saker. Etter dagens regelverk foreligger det ingen klageadgang for de rettskravtilfeller som ble oppstilt i Alta-saken selv om brukeren pretenderer å være i en slik situasjon. Tildeling av omsorgsbolig hører under kommunens private autonomi, og for vedtak om dette foreligger ingen klageadgang. Eksempelvis vil en bruker som får tildelt tjenester etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a, men som av kommunen får avslag på tildeling av tilrettelagt omsorgsbolig, ikke ha klageadgang for avslaget selv om vedkommende pretenderer å være i en tilsvarende situasjon som beboerne i Alta-saken. Fylkesmannen er kun klageorgan for vedtaket etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a, ikke for avslagsvedtaket fra det kommunale boligkontoret om ikke å tilby tilrettelagt omsorgsbolig.

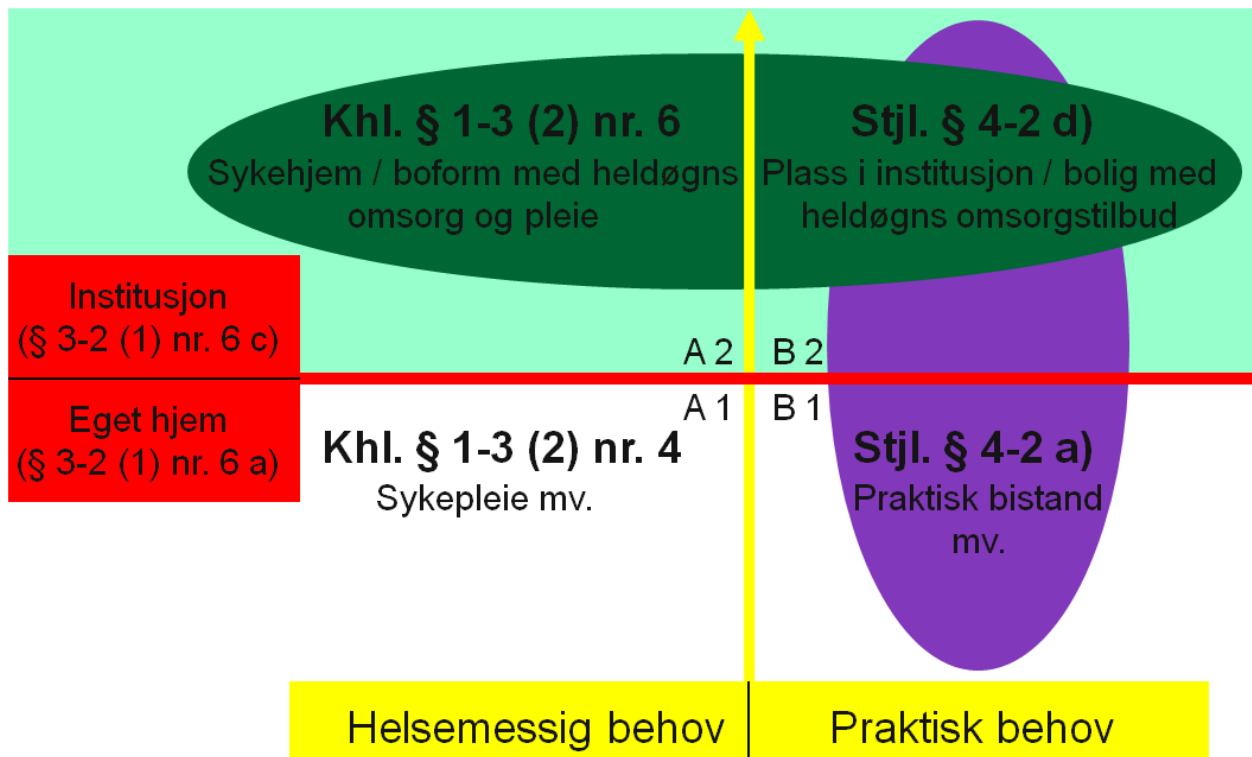
I høringsnotatet eller øvrige forarbeider til helse- og omsorgstjenesteloven er det ikke tatt stilling til brukerens rettsikkerhet i rettskravtilfellene som ble lagt til grunn i Alta-saken. På landsbasis finnes flere tusen tjenestemottakere i denne gruppen.

Dersom omsorgsbolig i enkelte tilfeller må anses som noe en bruker har rettskrav på etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a, så oppstår spørsmål om hvor omfattende omsorgsbehovet må være før rettskravet får sitt innslagspunkt. Er tildeling av 4 timer hjemmehjelp i uken tilstrekkelig eller er 170 timer helsetjenester i uken tilstrekkelig? Eventuelt hvor i mellom disse eksemplene trekkes grensen? I tillegg kommer det at et vedtak mot G etter § 4-2 a/§ 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a á 170 timer per uke, i realiteten kan være det samme som et vedtak mot A á 80 timer per uke. Dette kan skyldes logistikkmessige forhold på bolokasjonen eksempelvis dersom A, B, C, D, E og F bor i samme bygg og derfor kan bruke én og samme nattevakt, mens G som bor for seg selv vil måtte ha egen nattevakt. Slike forhold virker sterkt inn på omfanget uten at det overhodet sier noe om realiteten i behovet for, og om det rent faktisk ytes, heldøgns pleie og omsorg.

I høringsnotatet eller øvrige forarbeider til helse- og omsorgstjenesteloven er det ikke tatt stilling til når innslagspunktet for ovennevnte rettskravtilfelle vil være. Det er derfor uklart for alle brukerne av regelverket når man etter helse- og omsorgstjenesteloven vil stå overfor et slikt rettskravtilfelle.

Med hilsen
Glenn Robertsen

Vedlegg 1:



Skjematisk forklaring:

Gul farge viser de ulike hensyn som begrunner inndelingen av tjenester i henholdsvis kommunehelsetjenesteloven (helsemessig behov) og sosialtjenesteloven (praktiske behov).

Rød farge viser inndelingen som ny helse- og omsorgstjenestelov bygger på: I stedet for å trekke skille mellom helsemessige behov og praktiske behov, så er det interessante sonderingen funnet å være mellom institusjonstjenester og hjemmetjenester.

Grønn farge viser området hvor lagmannsretten, Høyesteretts mindretall, samt kanskje også flertallet, foretok en prejudisiell vurdering av om beboerne hadde et rettskrav.

Lilla farge viser det alternative området som Høyesteretts flertall beveget seg i ved sin prejudisielle vurdering av om beboerne hadde et rettskrav.

Lys grønn farge viser tjenestetilbud som både etter nåværende lovgivninger og etter ny helse- og omsorgstjenestelov etter sin *art* har i seg et boelement.