

# Minimumsstandarder for offentlig service – en kommentar til UfR 2013.2324 H

*Af Carsten Henriksen<sup>1</sup>*

## 1. Indledning

Spørgsmålet om retlige minimumsstandarder for offentlig virksomhed har længe tiltrukket sig opmærksomhed i den forvaltningsretlige teori,<sup>2</sup> skønt forvaltningsretten må dele interessen for dette emne med den erstatningsretlige teori.<sup>3</sup> Det gælder ikke mindst i forhold til ansvar for skader, der påføres borgere i forbindelse med levering af offentlig service, som ikke lever op til sædvanlig standard. Men spørgsmålet kan også opstå i forhold til gyldigheden af myndigheders afgørelser om undladelse af at yde borgeren den hjælp, som loven forudsætter. Dette sidste var tilfældet med den ovennævnte højesteretsdom, som udgør det foreløbige seneste votum på dette retsområde, men som udmærker sig ved at være afgi-

1. Jeg skylder en tak til Niels Fenger for nyttige kommentarer til et tidligere udkast denne artikel. De retlige betragtninger, som jeg gør gældende, kan jeg naturligvis kun selv tages til indtægt for.
2. Se Poul Andersen, *Offentligretligt erstatningsansvar*, 1938; Orla Friis Jensen, *Offentligretligt erstatningsansvar*, i Jens Garde m.fl., *Forvaltningsret – Almindelige emner*, 5. udg. 2009; Malene Værum Westmark, *Offentligretligt erstatningsansvar for skadevoldende retsakter*, 2010.
3. Se fx Bo von Eyben og Helle Isager, *Lærebog i erstatningsret*, 7. udg. 2011; Bernhard Gomard, *Offentlige myndigheders erstatningsansvar*, U 2004B.283; Henning Skovgaard, *Offentlige myndigheders erstatningsansvar*, 1983; Vibe Ulfbeck, *Erstatningsretlige grænseområder*, 2. udg. 2010.

vet med dissens, som en 3-2 afgørelse, der hermed fremstår med en noget svagere præjudikatsværdi end tidligere afgørelser i lignende sager.

Det kan være et enkeltstående tilfælde, men det kan muligvis også være et udtryk for, at domstolene er begyndt at komme i tvivl om holdbarheden af den praksis, der hidtil har været fulgt med dommene i dagsinstitutionssagen og Oddersagen som de ledende afgørelser – begge fra 1980'erne. Mange andre sager har også været indbragt for domstolene i eftertiden, men med et nogenlunde uændret resultat. Domstolene har ikke, hverken i de oprindelige eller i senere sager, været tilbøjelige til at fastslå en fast mindstestandard, som myndighederne har kunnet stilles til ansvar for. Konsekvensen er, at borgerne reelt står magtesløse i de mange situationer, hvor loven ikke giver dem helt klare rettigheder.

Et sagligt set nærliggende udgangspunkt har ganske vist været, at myndighedernes opgavevaretagelse i denne situation skal være fagligt forsvarlig.<sup>4</sup> Men dette udgangspunkt modificeres af, hvad der er blevet opfattet som en særligt vid skønsmargin for myndighedernes ressource-mæssige prioritering af serviceopgaver af faktisk præget karakter. Hvor det fagligt forsvarlige således har kunnet sættes som en art minimumsstandard for den offentlige service, har denne standard retligt set haft en yderst relativ karakter, bestemt af de til enhver tid foretagne politisk økonomiske prioriteringer af den offentlige opgavevaretagelse. En sådan relativisering af retten stiller selvsagt borgerne i en svag position. Den er heller ikke nødvendigvis velbegrundet set i forhold til lovgivers forudsætninger. Men frem for alt betyder den – uden sammenligning i øvrigt – en markant forskelsbehandling af den offentlige servicevirksomhed sammenlignet med de retlige krav, der stilles til sædvanlig myndighedsudøvelse.

Hvor sidstnævnte er underlagt et saglighedskrav som et hovedhensyn ved fastlæggelsen af de retlige grænser for myndighedernes skønudøvelse på områder, hvor lovgivningen åbner mulighed herfor, og hvor dette krav er absolut i den forstand, at fx økonomiske hensyn normalt betragtes som sagligt uvedkommende, gælder som nævnt efter fast praksis det modsatte ved offentlig servicevirksomhed af faktisk præget karakter, idet økonomiske hensyn her accepteres som saglige modhensyn, der kan begrunde en – fagligt set – suboptimal behandling af borgeren. Denne opfattelse har i det væsentlige uimodsagt

4. Om forsvarlighed som generelt forvaltningsprincip, se – med forbehold – Hans Petter Graver, *Almindelig forvaltningsrett*, 3. udg. 2007, s. 144 ff.

sat sig igennem i tilfælde, hvor borgeren har søgt at gøre et (objektivt) erstatningsansvar gældende for svigtende opgavevaretagelse, som har påført borgeren skade eller tab.

Hvor sagen, som i den her foreliggende dom, har været lagt op som et spørgsmål om gyldigheden af en afgørelse, hvorved borgeren har fået suspenderet eller reduceret praktisk bistand efter de derom gældende regler, er man tættere på de for klassisk myndighedsudøvelse gældende forvaltningsretlige principper om saglighed, lighed og proportionalitet. Alligevel drejer sagen sig om ydelser af faktisk præget karakter, hvor reglerne i sagens natur aldrig kan være helt præcise, og hvor myndighederne derfor givetvis må tillægges en vis skønsmargin. Men at myndighederne ved udøvelsen af dette skøn – fuldt legitimt – frit kan indrette sig ud fra økonomiske hensyn, er ikke oplagt og i hvert fald mindre oplagt end i de tilfælde, hvor borgeren søger at gøre et erstatningsansvar gældende for fejl og mangler ved de tilbudte ydelser.<sup>5</sup>

Det betyder ikke, at der nødvendigvis skal gøres forskel på den retlige vurdering af disse forskellige sagstyper. Det er tværtimod min opfattelse, at de i hovedsagen må behandles på samme vis og ud fra samme retlige grundprincipper. Denne opfattelse, som jeg hermed gør gældende som *arbejdstese* for den følgende analyse, skal jeg i det følgende argumentere nærmere for på baggrund af den foreliggende sag. Det skal tilføjes, at tilgangen til min vurdering af sagen er rent forvaltningsretlig, uden inddragelse af spørgsmål om grundlovsværn, menneskerettigheder<sup>6</sup> eller EU-rettens regler om offentlige myndigheders ansvar for fejl og mangler.

## 2. Højesteretsdommen

Sagen drejede sig om gyldigheden af en kommunes afgørelser om henholdsvis afslag på og begrænsning af hjemmehjælp, nærmere bestemt

5. Om forholdet mellem ansvar og gyldighed i offentligretlige sammenhænge, se bl.a. Skovgaard 1983, s. 19 ff, Graver 2007, s. 145, og – mere udførligt – Westmark 2010, s. 81 ff.
6. Et anbringende fra sagsøger om, at de omtvistede afgørelser indebar en krænkelse af EMRK (art. 1 i tillægsprotokol 1) blev frafaldet ved Højesteret, hvorfor der heller ikke af den grund er anledning til at gå nærmere ind herpå. Om inddragelse af menneskerettigheder mv. som grundlag for domstolskontrollen med offentlige virksomhed, se Bent Christensen, Domstolene og lovgivningsmagten, U 1990B.73.

hjælp til rengøring og vask. Oprindeligt havde kommunen bevilget hjælp i det omfang, som kommunens egne kvalitetsstandarder betingede, men i forbindelse med den årlige revision af standarderne besluttede kommunen at sænke disse standarder med den virkning, at to klienter efter en fornyet vurdering af deres forhold fik frataget hjælpen. Efter påklage til kommunalbestyrelsen af disse afgørelser hævdede kommunen igen kvalitetsstandard, uden dog at reetablere det oprindeligt fastsatte niveau. En fornyet vurdering af klienternes forhold førte herefter til en genoptagelse af hjælpen, men i et mere begrænset omfang end den hjælp, som oprindeligt var blevet ydet.

Disse ændrede afgørelser blev truffet mindre end et halvt år efter suspensionen af hjælpen med bemærkning (til klagerne) om, at man fra kommunens side alene havde foretaget en »præcisering« af kvalitetsstandard således, at det ville blive muligt »at tildele hjælp ... til borgere, som utilsigtet fik frataget denne hjælp, selv om de kun meget vanskeligt eller slet ikke kan varetage opgaven selv«. I en pressemeddelelse blev det endvidere understreget, at det af økonomiske grunde havde været »nødvendigt at gennemføre en række servicereduktioner på serviceområdet«, men at standarden nu var blevet »justeret« i forhold til rengøring og vask (s. 2327).<sup>7</sup>

Ved pådømmelse af sagen lagde landsretten for sit vedkommende vægt på, at de kommunale myndigheder ved fastsættelse af kvalitetsstandarder efter loven (servicelovens § 83) var overladt »et betydeligt skøn, herunder med hensyntagen til faglige og økonomiske hensyn, og at de standarder vedrørende specielt vask og rengøring, som kommunen havde fastsat, var i overensstemmelse med servicelovens regler« (s. 2331). Højesteret stadfæstede landsrettens dom – for flertallets vedkommende af de samme grunde, som landsretten havde anført. Dog med tilføjelse af en særskilt bemærkning om den afgørelse, som gik ud på at give afslag på at yde hjælp.

7. Den ændrede – reducerede – kvalitetsstandard bestod nærmere i, at en funktionsnedsættelse, som tidligere havde berettiget til hjælp, ikke længere berettigede hertil, mens den efterfølgende justering delvist reetablerede retskravet: Klienterne blev igen berettiget til at modtage hjælp, men i et mere begrænset omfang end tidligere. Den individuelle, faglige vurdering af de to klienters funktionsnedsættelse var således uændret, hvorfor suspensionen henholdsvis reduktionen af hjælp udelukkende var betinget af først den ændrede kvalitetsstandard og senere den »præciserende« fortolkning af samme.

Det er netop med hensyn til afgørelsen om afslag på bistand, at Højesteret deler sig i et flertal og et mindretal, idet mindretallet vil underkende dette afslag som ugyldigt. For *flertallets* vedkommende er det imidlertid afgørende, at der med servicelovens regler (§ 83 som ovenfor anført) er overladt kommunerne »et betydeligt skøn på grundlag af faglige og økonomiske hensyn« (s. 2337). Dermed tilslutter flertallet sig landsrettens begrundelse, men det tilføjes, at afgørelserne »var truffet i overensstemmelse med de fastsatte kvalitetsstandarder og på grundlag af en konkret individuel vurdering af de pågældendes behov« (a.st., min fremhævelse). Hermed inddrages en anden bestemmelse i serviceloven – § 88 – som fastslår, at der ved afgørelsen om bistand skal foretages en konkret, individuel vurdering af behovet for hjælp til de opgaver, som modtageren ikke selv kan udføre. Flertallet lægger således til grund, at kommunen har foretaget en sådan vurdering, idet man understreger, at også denne bestemmelse overlader kommunerne et betydeligt skøn.

Heroverfor lægger *mindretallet* til grund (s. 2338), at de to klienter – også efter kommunens egen opfattelse – »havde en funktionsnedsættelse, som indebar, at de på egen hånd ikke eller kun meget vanskeligt kunne udføre grovere rengøring ...«, og at de derfor – ligeledes efter kommunens egen vurdering – fortsat havde behov for hjælp hertil. Kommunens ændring af kvalitetsstandard, hvorefter en funktionsnedsættelse af grad 2<sup>s</sup> ikke længere berettigede til hjælp, kunne derfor efter mindretallets opfattelse ikke lovligt begrunde en fratagelse af hjælp. Mindretallet bemærker herved, at fratagelsen af hjælp – også efter kommunens egen udtrykkelige opfattelse – havde været »utilsigtet«, og at kommunen af samme grund efterfølgende havde ændret afgørelsen og på ny bevilliget hjælp (om end i nedsat omfang).

I forhold til afgørelsen om reduceret hjælp fastslår mindretallet, at man ikke har grundlag for at tilsidesætte det skøn, som kommunen har udøvet i forhold til, hvilken hjælp der »generelt måtte anses for tilstrækkelig i forhold til målgruppen«, ligesom man heller ikke har grundlag for at vurdere, om de to klienter havde et »sådant særligt behov for hjælp til rengøring, at kommunen var forpligtet til at fravige kvalitetsstandard ...« (a.st.). Der var således heller ikke for mindretallet anledning til at tilsidesætte landsrettens dom i forhold til denne afgørelse.

8. Målt på en skala fra 1-3, hvor 3 udtrykker den højeste grad af funktionsnedsættelse.

Mindretallets synspunkt synes samlet set herefter at være, at en sænkning af kvalitetsstandarden til et niveau, som medfører, at der slet ikke ydes hjælp til personer, som – efter en faglig vurdering – har behov herfor, er ulovlig. Mens det unddrager sig en retlig bedømmelse, hvorvidt blot en reduktion af hjælpen i overensstemmelse med den fastsatte – ændrede – standard, vil være lovlig. Det skøn, som lovgivningen åbner mulighed for, har med andre ord sine grænser, og de grænser går præcis ved, om der overhovedet ydes hjælp i en situation, hvor der efter myndighedens opfattelse rent faktisk foreligger et dokumenteret behov herfor, men hvor standarden altså er sat så lavt, at dette behov ikke kan opfyldes.

Heroverfor synes flertallet at være af den opfattelse, at økonomiske hensyn lovligt kan begrunde en sænkning af kvalitetsstandarden til et niveau, som medfører, at der ikke ydes hjælp til personer, som – efter kommunens hidtidige vurdering – har behov herfor. Det lægges herved til grund, at det er lovligt at lægge vægt på økonomiske hensyn, og at det skøn, som lovgivningen åbner mulighed for, er så vidtrækkende, at det også kan begrunde fratagelse af hjælp til en borger af kommunaløkonomiske årsager. Samtidig lægges det til grund, at kommunen også ved udøvelsen af sit skøn over borgerens konkrete behov for hjælp, har så vide rammer, at der lovligt kan bortses fra, at kommunen selv har vurderet – og fortsat vurderer – at der foreligger et konkret dokumenteret behov for hjælp. I så henseende er det tilstrækkeligt, at kommunen rent faktisk har foretaget en konkret individuel vurdering af behovet sammenholdt med den ændrede kvalitetsstandard.

Det kan ikke heraf sluttes, at der er enighed mellem flertal og mindretal om, at der i sagen forelå et objektivt dokumenteret behov for hjælp. Dette er klart mindretallets opfattelse, hvorimod flertallet ikke udtaler sig udtrykkeligt herom. Det kan heller ikke af domspræmisserne udledes, at flertallet er af den opfattelse, at det er lovligt at give afslag på at yde hjælp til en person, som har et dokumenteret behov herfor. Flertallets opfattelse synes snarere at være den, at vurderingen af, hvorvidt der foreligger et behov for hjælp, er en integreret del af den samlede afgørelse i den forstand, at denne vurdering beror på den givne standard. Om der foreligger et behov, kan således – efter denne opfattelse – ikke afgøres isoleret ud fra rent faglige betragtninger, men må netop vurderes i forhold til det fastsatte serviceniveau. Behovet er anderledes udtrykt en relativ størrelse, bestemt af den til enhver tid fastsatte standard.

Hermed synes uenigheden mellem flertal og mindretal at kunne gøres op som et spørgsmål om, hvordan et socialt behov defineres – som en objektiv størrelse bestemt af konkrete faglige vurderinger, eller som en relativ størrelse bestemt af det generelle serviceniveau. Lægges den første opfattelse til grund, når man frem til, at der ikke i sagen forelå tilstrækkeligt grundlag for at fratage de pågældende personer den hjælp, de hidtil havde modtaget, da (den faglige) vurdering af deres helbredsmæssige forhold og dermed af deres behov for hjælp var uændret. Lægges den sidstnævnte opfattelse til grund, må det derimod anerkendes, at den kommunale myndighed selv – med fastsættelse af en kvalitetsstandard – kan definere, hvornår der foreligger et »behov«, som berettiger til hjælp.

Ved den retlige vurdering heraf spiller det naturligvis en rolle, hvordan lovgrundlaget er udformet, og hvordan gældende ret i øvrigt indgår i den forbindelse. Hertil hører også tidligere såvel administrativ som judicial praksis og vurderingen heraf i den (forvaltningsretlige) doktrin. Under alle omstændigheder synes udkrystalliseringen af dette spørgsmål at gøre denne dom særlig interessant til belysning af spørgsmålet om forekomsten af retlige minimumsstandarder for offentlige serviceydelser af faktisk præget karakter. At lovgivningen fastlægger en kapacitets- eller forsyningspligt for de offentlige myndigheder i så henseende, er – formentlig på alle områder – givet, men spørgsmålet er, om denne pligt rækker ud over det helt basale, at myndighederne skal etablere et beredskab for løsning af de sociale problemer, idet de i øvrigt står helt frit, med hensyn til i hvilken udstrækning problemerne skal løses generelt såvel som konkret.

Et beredskab, som bedømt ud fra faglige betragtninger er utilstrækkeligt, er i givet fald ikke ulovligt, da det står myndighederne frit for at indrette dette beredskab efter de økonomiske muligheder. Lovgivningen kan ligefrem pålægge myndighederne at foretage en sådan afvejning af faglige og økonomisk hensyn – eller det er den fortolkning af loven, som pånøder sig, hvis denne – relative – minimumsstandard lægges til grund. Loven giver som sådan ikke borgeren noget retskrav på en given ydelse – ydelseniveauet kan indrettes efter de økonomiske muligheder og niveauet kan herunder også sættes så lavt, at borgeren kan få afslag på hjælp, uagtet at denne – efter en objektiv, faglig målestok – har behov herfor. Spørgsmålet er, om denne konsekvens og denne fortolkning af loven

er i overensstemmelse med det konkrete lovgrundlag og gældende ret i øvrigt.<sup>9</sup>

### 3. Lovgrundlaget

I modsætning til landsrettens dom indeholder Højesterets afgørelse en ganske omfattende redegørelse for lovgivningen og gældende ret i øvrigt på det foreliggende område. I en »supplerende sagsfremstilling« (s. 2332 ff) anføres, at servicelovens § 83, stk. 1 og 2, forpligter kommunen til at yde hjælp til »nødvendige praktiske opgaver i hjemmet« til personer, som på grund af bl.a. nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne »ikke selv kan udføre disse opgaver«, og at kommunen herved efter samme lovs § 88 skal foretage »en konkret, individuel vurdering af behovet for hjælp«, idet det – pars pro toto – fastslås, at kommunen »skal tage stilling til alle anmodninger om hjælp fra ansøgeren«.

Hermed fastslås en kommunal forsyningspligt vedrørende »nødvendige« praktiske opgaver, som en ansøger ikke selv kan udføre. Hvad der er nødvendigt må bero på en generel faglig vurdering set i forhold til det konkrete behov. Begge dele – estimeringen af det konkrete behov og udmålingen af den nødvendige hjælp – beror i sagens natur på et skøn, men dette skøn er lige så klart bundet af rent faglige normer som bestemmen- de for, hvornår der foreligger et konkret behov, og hvilken hjælp der i gi- vet fald skal tilbydes. Så langt er lovens ord klare, idet der herved er tale om en videreførelse af reglerne efter den oprindelige servicelov (§§ 71 og 75), hvorom det i forarbejderne bl.a. er anført, at hjælpen skal gives som »hjælp til selvhjælp« med henblik på at sikre, at modtagerne »så vidt mu- ligt kan blive boende i deres hidtidige bolig«, og således at der kun ydes hjælp til opgaver, som modtageren er »ude af stand til at eller kun meget vanskeligt kan udføre på egen hånd« (s. 2333).

Selv om udgangspunktet for så vidt er klart, inddrages ved fortolkning- en af denne lov dels en bestemmelse i serviceloven (§ 139), som giver

9. I sagen var der fra sagsøgers side tillige procederet på, at kommunen »var uberet- tigt til at tilbagekalde de begunstigende forvaltningsakter« (s. 2331), som var gi- vet for de nærmere på hinanden følgende perioder. Heller ikke denne påstand fik sagsøger medhold i, uagtet at lovforarbejderne fastslår, at konkrete afgørelser »skal ... være i overensstemmelse med *principperne* for, hvornår man kan tilbage- kalde begunstigende forvaltningsakter«.



ministeren bemyndigelse til at fastsætte nærmere regler om de kommunale myndigheders forpligtelser efter loven, og dels en senere ændring af loven (fra 2012), som efter forarbejderne alene tager sigte på at præcisere gældende ret med hensyn til forståelsen af omfanget og karakteren af den kommunale forsyningspligt efter denne lov. I begge henseender kan muligt indlæses en forudsætning om, at også økonomiske hensyn kan indtages ved såvel den generelle udmøntning af loven som den konkrete stillingtagen til anmodning om hjælp efter loven.

Bemyndigelsen er udnyttet med regler,<sup>10</sup> som forpligter kommunerne til årligt at fastsætte en »kvalitetsstandard«, der afspejler det serviceniveau, som kommunen har fastsat, og som er egnet til at specificere den hjælp, som borgerne kan forvente, hvis de får brug for praktisk hjælp. Hermed synes det forudsat, at det står de kommunale myndigheder frit for at fastsætte serviceniveauet ud fra de økonomiske muligheder, som kommunen vurderer at have, og som således kan være forskelligt fra år til år. Om den konkrete hjælp anføres endvidere udtrykkeligt i ændringsloven af 2012,<sup>11</sup> at »afgørelse efter loven træffes på baggrund af faglige og økonomiske hensyn« (§ 1, stk. 1, 3. pkt.), og denne bestemmelse udtrykker som anført alene, hvad der i forvejen har været betragtet som gældende ret.

Spørgsmålet er på denne baggrund, hvor langt denne ret til inddragelse af økonomiske hensyn rækker, eller anderledes udtrykt hvor vide skønsmæssige rammer, disse forudsætninger giver kommunerne. Højesteret går ikke selv ind i en nærmere analyse heraf. Her må det blot fastslås, at det åbenbart er Højesterets – samlede og udelte – opfattelse, at kommunen i den foreliggende sag var berettiget til »med henvisning til sit ændrede serviceniveau (at) træffe afgørelse om f.eks. at reducere hjemmehjælpen ..., forudsat at betingelserne herfor i serviceloven var opfyldt, herunder at kommunen havde foretaget en konkret vurdering af (ansøgernes) behov for hjælp« (s. 2337).

De voterende dommere har altså været enige om, at en *reduktion* af hjemmehjælpen var tilladt – dette er som anført udtrykkeligt angivet som et eksempel. Derimod har der, som det fremgår af dissensen, ikke været enighed om, at en fuldstændig *suspension* af hjælpen var berettiget. Vanskeligheden er, at Højesteret ikke indlader sig på en nærmere analyse af rækkevidden af det skøn, som – man er enige om at – kommunen har ef-

10. Bkg. 299 af 25. marts 2010.

11. Lov 596/2012.

ter loven. De citerede forarbejder kunne ellers nok give anledning til overvejelser herom. Det gælder både i forhold til bemyndigelsesbestemmelsen, og for så vidt angår den omtalte ændringslov. I begge henseender antager Højesteret selv, at en ændring af hjælpen, hvad enten den går ud på reduktion eller afvisning, skal opfylde »betingelserne herfor i serviceloven«, men hvad disse betingelser angår, nævnes udtrykkeligt blot, at »kommunen havde foretaget en konkret vurdering af (behovet) for hjælp« (a.st.).

Om kvalitetsstandarder og det underliggende serviceniveau fastslår forarbejderne til den ovennævnte ændringslov imidlertid, at »lokale serviceniveauer skal fastsættes inden for de rammer, der følger af den konkrete bestemmelse i serviceloven og af lovgivningen i øvrigt, herunder generelle regler i retssikkerhedsloven og serviceloven om f.eks. kommunernes forsyningspligt og de generelle forvaltningsretlige regler om grundsætninger« (s. 2335). Hermed synes det klart forudsat, at kommunerne ikke har fuld frihed til fastsættelsen af et serviceniveau, men at dette niveau skal opfylde lovens specifikke betingelser i forhold til den givne hjælp. Det havde derfor været ønskeligt, om Højesteret havde indladt sig på en nøjere vurdering af disse – lovbestemte – grænser for myndighedernes skønsbeføjelser.

#### 4. Efterprøvelse af kvalitetsstandarder

Når serviceloven fastslår, at der skal gives den nødvendige hjælp til personer, som ikke kan klare sig selv, må det i hvert fald betyde, at standarden/niveauet ikke kan sættes så lavt, at kommunen ikke kan opfylde sin forsyningspligt efter loven, herunder at hjælpen er af så ringe kvalitet, at lovens forudsætninger ikke kan opfyldes. Der er med andre ord en retlig grænse for det serviceniveau, som kommunen kan beslutte, og denne grænse må kunne efterprøves af domstolene. Netop mulighederne for en judicial efterprøvelse kan dog tænkes at være begrænset af andre forhold. I sagsfremstillingen (s. 2336) anføres således, at den sociale retssikkerhedslov (§ 60, stk. 3<sup>12</sup>) udtrykkeligt afskærer *administrativ* efterprøvelse af kommunale beslutninger om det generelle serviceniveau, og selv om

12. Efter forarbejderne – som cit. s. 2335 – skal ankemyndighederne inddrage hensynet til kommunalbestyrelsens ret til at fastlægge serviceniveauet ved stillingtagen til lovligheden af en kommunal afgørelse.

denne klagebegrænsning ikke gælder i forhold til hverken statsforvaltningen<sup>13</sup> eller domstolene, er det muligt, at Højesteret har ment sig forpligtet heraf.

I Højesterets opsummering af sagens »baggrund og problemstilling« (s. 2336) anføres således, at »kvalitetsstandarden eller serviceniveauet skal (...) være inden for de rammer, der følger af serviceloven«, idet det videre bemærkes, »og fritager således ikke kommunen for at foretage en konkret vurdering ...« (s. 2337, min fremhævelse). Heraf kan formentlig sluttes, at Højesteret er af den opfattelse, at kvalitetsstandarden som sådan unddrager sig efterprøvelse, da det i givet fald kun er muligt at fastslå, at de med standarden fastsatte (ændrede) tildelingskriterier er ulovlige for det konkrete tilfælde vedkommende, idet der ikke har været foretaget en individuel vurdering af det faktiske behov, således at standarden – *af den grund* – må fraviges. Dette svarer for så vidt også helt til de administrative klageorganers prøvelseskompetence.

Herom fastslår Højesteret udtrykkeligt, at kommunen ikke kan undlade at iværksætte hjælp til en borger, der har konkret behov herfor, alene med henvisning til økonomiske hensyn (s. 2337). Dette resultat er for så vidt også helt i overensstemmelse med læren om saglige hensyn og herunder specifikt om udgrænsningen af netop finansielle hensyn som lovlige kriterier i forbindelse med skønsudøvelsen i konkrete tilfælde.<sup>14</sup> Dette er et af ugyldighedslærens traditionelle kerneområder, hvor gældende ret er forholdsvis sikker.<sup>15</sup> Hvad der her gælder i forhold til afgørelsen af konkrete sager, må imidlertid også gælde, for så vidt angår de (underliggende) beslutninger, der træffes – og som efter loven skal træffes – om serviceniveauet.

Det ville endvidere have været bedre i overensstemmelse med gældende ret at vurdere, om den underliggende beslutning om serviceniveauet er gyldig henset til de betingelser, som loven fastsætter, end at vurdere gyldigheden af den konkrete beslutning med den virkning, at kommunen i givet fald skal tilpligtes at fravige en standard, som – even-

13. Forarbejderne – som cit. s. 2336 – med henvisning til den kommunale styrelseslovs § 48.

14. Se om inddragelse af finansielle hensyn på det sociale område Trine Schultz, Retsanvendelse og skøn, 2004, s. 529 ff (særl. s. 530).

15. Garde m.fl. 2009, s. 237 ff, med sædvanligt forbehold for, hvad retsgrundlaget tilsiger. Se endvidere om praksis Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2002, s. 335 ff.

tuelst åbenlyst – er utilstrækkelig. Resultatet ville også være blevet det samme. En påkendelse af standarden kunne f.eks. angå (lovligheden af en) suspension eller nedgradering af hjælpen til funktionshæmmede af grad 2, idet en underkendelse af denne ændrede standard måtte resultere i ikke blot, at de trufne afgørelser blev erklæret ugyldige, men også at kommunen – med virkning for alle andre verserende sager – tilpligtedes at ændre sin kvalitetsstandard i overensstemmelse med domstolenes vurdering heraf.

Det sidste ville måske også være blevet den praktiske konsekvens, hvis retten havde underkendt de konkrete afgørelser. Alligevel gør det – argumentationsmæssigt – en væsentlig forskel, om retten følger den ene eller den anden fremgangsmåde. At fastslå, at en generel beslutning om serviceniveauet i en kommune er i strid med loven, er selvsagt mere vidtrækkende end blot at statuere ugyldighed for den konkrete afgørelses vedkommende. Det kan i hvert fald have konsekvenser også for andre kommuner, som har lagt serviceniveauet under den grænse, som loven forudsætter. Dermed vil det også i højere grad være egnet til at markere, at domstolene intervenserer over for en (kommunal-)politisk beslutning om det lokale serviceniveau, hvad der selvsagt – af flere grunde<sup>16</sup> – kan forekomme betænkeligt.

På den anden side er det også – retssikkerhedsmæssigt – betænkeligt, at domstolene accepterer en retstilstand, som indebærer, at myndighedens generelle beslutninger i strid med loven fastholdes med den praktiske virkning, at en gennemførelse af lovens intentioner kommer til at fremstå som undtagelsen i forhold til den fastsatte standard, jf. forudsætningen om at kommunen forpligtes til at *fravige* standarden. Samtidig vil en efterprøvelse af lovligheden af den fastsatte standard også i højere grad være egnet til at sætte fokus på det centrale spørgsmål om kommunernes råderum i forhold til fastlæggelsen af lokale servicestandarder. Herunder med den virkning, at det – måske – kunne tydeliggøres, at dette råderum er mindre, end det umiddelbart fremstår som.

Mindretallets votum kan, for så vidt angår underkendelsen af afslaget på at yde hjælp, opfattes som en indirekte prøvelse af kvalitetsstandarden. Når det således fastslås, at afgørelsen i realiteten alene var begrundet i en sænkning af standarden, som udelukkede hjælp til funktionshæmmede personer af sværhedsgrad 2, ligger der implicit heri en underken-

16. Bl.a. hensynet til det kommunale selvstyre og den administrative fleksibilitet.

delse af, at denne standard opfylder lovens krav. I realiteten er der dog som nævnt tale om, at afgørelsen underkendes med henvisning til en manglende individuel vurdering af behovet for hjælp. Argumentationen ligner for så vidt det forbud mod at sætte skønnet under en regel, som kendes fra ugyldighedslæren, og som også – med kravet om en individuel vurdering af behovet for praktisk bistand – er lovfæstet i forhold til serviceloven.

Det betyder imidlertid også, at mindretallet »ikke (har) grundlag for at tilsidesætte kommunens skøn«, for så vidt angår den blotte reduktion af hjælp. Uden en efterprøvelse – og underkendelse – af den kommunale standard har mindretallet ikke haft grundlag for at vurdere – og anfægte – lovligheden af den givne – reducerede – indsats, uagtet at der var tale om en væsentligt reduceret indsats (75% reduktion af hjælp til rengøring). Det er dog muligt, at proceduren fra sagsøgers side ikke har givet mulighed for en sådan nærmere efterprøvelse. Sagsøger havde ganske vist gjort gældende, at »servicelovens regulering af området (...) ikke giver hjemmel for en kvalitetsstandard med begrænsning af lovens dækningsområde og nedvurdering af borgerens hidtidige behov« (s. 2331), men dette anbringende var ikke nærmere udviklet.

## 5. Lovligheden af økonomiske hensyn

En prøvelse af administrativt fastsatte kvalitetsstandarder er ensbetydende med fastsættelse af en minimumsstandard for de pågældende offentlige ydelser, og det har Højesteret – i lighed med tidligere sager<sup>17</sup> – ikke ønsket at inklade sig på, idet opfattelsen – og det gælder naturligvis i særlig grad for flertallets vedkommende – tværtimod er, at det kommunale råderum nærmest er ubegrænset. Flertallet taler om »et betydeligt skøn«, og det anerkendes udtrykkeligt, at dette skøn omfatter såvel faglige som økonomiske hensyn. Det er netop skønnet vedrørende fastsættelse af det generelle serviceniveau, der hermed refereres til, idet der om skønnet over de konkrete behov fastslås, at der også her er tale om et betydeligt skøn, men at der ved udøvelsen heraf – efter de ovenfor citerede generelle bemærkninger – ikke lovligt kan inddrages økonomiske hensyn.

17. Se nedenfor kap. 6 om hidtidig retspraksis.

Forarbejderne taler rigtignok om et kommunalpolitisk råderum ved fastlæggelsen af serviceniveauer, men hele udgangspunktet for den regulering af området, hvorved kommunerne forpligtes til at tydeliggøre deres respektive serviceniveauer gennem fastlæggelse – og årlige justeringer – af kvalitetsstandarder, var – som anført i sagsfremstillingen (s. 2333) – en finanspolitisk aftale,<sup>18</sup> som tog sigte på at *forbedre* kvaliteten af kommunernes hjælp og *klargøre* de ældres rettigheder efter denne lovgivning. Indførelsen af kvalitetsstandarder var således ikke et udtryk for, at kommunerne skulle have et større råderum. Det lovgivningspolitiske sigte var tværtimod det modsatte. Det er derfor i strid med disse forudsætninger, når Højesteret nu – med henvisning til et nærmest ubegrænset kommunalt råderum – antager, at kommunerne frit kan indrette og herunder forringe hjælpen ud fra de økonomiske muligheder.

Når det gælder inddragelse af økonomiske hensyn, er det da også væsentligt at bemærke, at forarbejderne her fastslår en generel forpligtelse for kommunerne til at handle »økonomisk forsvarligt« (s. 2334), og at hensynet til kommunernes økonomi aldrig kan stå alene, da en afgørelse altid skal baseres på en konkret, individuel vurdering af borgerens behov. Forpligtelsen til at handle økonomisk forsvarligt er imidlertid ikke ensbetydende med en uindskrænket ret for kommunerne til at fastsætte serviceniveauet ud fra økonomiske hensyn. Det er i virkeligheden to forskellige hensyn, der er i spil her, idet forsvarslighedsprincippet gælder for enhver myndighed som et grundprincip for anvendelsen af bevillinger,<sup>19</sup> og som et princip, der som anført i forarbejderne bl.a. tilsiger, »at kommunen, hvis den skal vælge mellem to tilbud, som er lige egnede til at opfylde borgerens behov, (altid skal) vælge det billigste« (s. 2334 f).

Det anførte kan omskrives til, at serviceloven forpligter kommunerne til at yde den nødvendige indsats under skyldig hensyntagen til, hvad der er økonomisk forsvarligt. Hvad der er nødvendigt, må som altid bero

18. Aftale mellem regeringen og SF i forbindelse med finanslovsforhandlingerne for 1998.
19. Svarende til det i Finansministeriets *Budgetvejledning* anførte hensyn til, at der ved disponeringen af bevillinger skal vises »skyldige økonomiske hensyn« (BV 2011, pkt. 2.2.3) som et udtryk for, at myndighederne »løbende skal vurdere sparsommelighed, produktivitet, effektivitet og kvalitet i forvaltningen af de bevilligede midler« (Finansministeriets vejledning om økonomistyring, *Ansvar for styring*, 2010, pkt. 4.1).

på et skøn, men kommunerne kan ikke ved udnyttelsen af dette skøn i forbindelse med fastsættelsen af en kvalitetsstandard frit indrette sig ud fra politisk-økonomiske hensyn. Også lovens krav om, at indsatsen altid skal bero på en faglig, individualiseret vurdering af den enkeltes reelle behov, begrænser dette skøn, og der er samlet set intet i loven, som legitimerer, at kommunerne kan tage hensyn til de økonomiske forhold på en sådan måde, at den generelle standard for de kommunale ydelser (væsentligt) underopfylder faglige standarder, således som disse er forudsat ved de enkelte ydelsesformer.

Ændringsloven fra 2012 er i så henseende et noget misvisende udtryk for, hvad der må betragtes som gældende ret. At »afgørelsen efter loven træffes på baggrund af faglige og økonomiske hensyn« kan i hvert fald ikke tages som et udtryk for, at disse hensyn skal indgå som ligeværdige i en afvejning af, hvilken hjælp der generelt eller konkret skal ydes. I så fald ville de reelt udligne hinanden med den virkning, at bestemmelsen måtte anses som indholdsløs. Bestemmelsen giver kun mening med den præcisering af de økonomiske hensyn, som efter det anførte består i, at der – som i enhver anden situation, hvor der udnyttes en bevilling – skal handles »økonomisk ansvarligt«, og dette er på ingen måde en bemyndigelse til at fastsætte bevillingen – og dermed kvalitetsstandarden – til et fagligt uforsvarligt niveau.

## 6. Hidtidig retspraksis

Når Højesterets flertal henviser til det meget betydelige skøn, som loven formodes at tillægge myndighederne på dette område, lægger man sig i realiteten i kølvandet på en række tidligere afgørelser, som afviser forekomsten af retlige minimumsstandarder, der kan begrunde et ansvar for et manglende eller mangelfuldt udbud af offentlige lovpligtige ydelser.<sup>20</sup> Det gælder de afgørelser, som Højesteret selv finder anledning til at henviser til i en note (s. 2338), men flere andre afgørelser kunne føjes til. De ledende afgørelser er imidlertid, som også Højesteret anfører, U 1980.970 Ø (*Daginstitutionssagen*), U 1985.368 H (*Oddersagen*), med kommentar af Niels Pontoppidan i U 1985B.248) og U 2000.1196/2 (*IVF-sagen*).<sup>21</sup>

20. Se for en gennemgang af domspraksis Ulfbeck 2010, s. 263 ff.

21. Hertil kunne også anføres U 2008.2813 H (*Nethindløsningssagen*).

I alle disse sager afvises et ansvar for myndighederne med udtrykkelig henvisning til de altid begrænsede økonomiske ressourcer og herunder, at domstolene ikke ser det som deres opgave at intervenere i de ressourcemæssige prioriteringer, som myndighederne foretager på områder, der har karakter af faktisk præget virksomhed, og hvor den herom gældende lovgivning således – i sagens natur – ikke fastsætter bestemte retskrav for borgerne. At denne prioritering i enkelttilfælde kan have forårsaget skade på personer eller påført personer et økonomisk tab kan således ikke pådrage et ansvar, når der ikke i det konkrete tilfælde er handlet culpøst.<sup>22</sup> Denne – lempelige – ansvarsnorm kan også omskrives til, at myndighedernes forpligtelse til at levere en forsvarlig ydelse er relativ, bestemt af de til enhver tid værende ressourcer og deres prioritering.

Denne norm gælder, som de anførte domme viser, inden for det sociale og det sundhedsmæssige område, idet andre domme udvider normen til også at gælde inden for skoleområdet (FED 2007.45 V, ØLD 11/11 2008 og U 2010.1394, alle sager om svigtende tiltag i forhold til børn med ordblindhed). Samlet set gælder der således en form for ansvarsfrihed for myndighederne i forhold til al lovordnet servicevirksomhed, for så vidt angår fejl og mangler, som kan tilskrives myndighedernes prioritering af opgaverne, herunder hvor det drejer sig om omprioriteringer og indskrænkninger af virksomheden i besparelsesøjemed. Det anførte gælder – som den her omhandlede dom illustrerer – også på områder, hvor lovgivningen specificerer de offentlige ydelser, som myndighederne skal levere, og hvor der således er tale om en egentlig *rettighedslovgivning*.

Det sidste er muligvis grunden til, at der i domsnoten ud over de førstnævnte afgørelser tillige henvises til den bekendte norske *Fusa-dom*,<sup>23</sup> som netop udmærker sig ved at angå et (socialt) lovområde, hvor den offentlige ydelse er formuleret i »rettighedstermer«. Selv om der ikke kan lægges for meget i en sådan henvisning, kan den alligevel forekomme overraskende i betragtning af, at netop denne dom tilsidesatte en kommunal afgørelse om reduktion af personlig bistand som åbenbart urimelig, idet retten lagde til grund, at økonomiske prioriteringer efter omstændighederne kunne være rele-

22. Se om de modstridende synspunkter, der knytter sig til ansvarsvurderingen af ansattes culpøse handlinger, Ulfbeck 2010, s. 250 ff.
23. Rt. 1990.874. Dommen angik gyldigheden af en kommunal afgørelse, som reducerede ydelserne til bl.a. hjemmehjælp efter socialomsorgslovens bestemmelser; se nærmere om dommen Graver 2007, s. 143.



vante ved fastlæggelsen af omfanget af kommunens forpligtelser, men at kommunen ikke stod fuldstændigt frit i så henseende.

Dommen kan muligvis tages som udtryk for anerkendelsen af en *relativ, behovsbestemt mindstestandard* i den forstand, at myndighederne er forpligtet til at bevillige de nødvendige ressourcer til sådanne ydelser af en fagmæssigt god standard, som opfylder de reelle behov, for så vidt den økonomiske situation tillader dette.<sup>24</sup> Retten taler her om opfyldelse af livsvigtige behov for pasning og pleje, men tager det forbehold, at omfanget af denne forpligtelse må »vurderes på baggrund af den økonomiske situation ...«, med tilføjelse af, at vurderingen heraf ligger tæt op ad domstolsprøvelsen af forvaltningsskønnet, herunder adgangen til at prøve om skønnet er *åbenbart urimeligt*.

Til sammenligning er dommen i *Oddersagen* blevet udlagt således, at den fastslår en *absolut minimumsgrænse* for, hvor lavt serviceniveauet kan lægges på offentlige sygehuse, og en grænse der nærmere skulle være bestemt af det lægeligt forsvarlige: »Det må derfor inden for ret vide rammer – på det foreliggende område afgrænset af det lægeligt forsvarlige – tilkomme de politiske instanser at fastlægge standarden ...«. <sup>25</sup> Denne udlægning synes dog ikke umiddelbart forenelig med domspræmisserne,<sup>26</sup> som lægger til grund, at (minimums-)standard for patientbehandlingen kan indrettes efter, hvad der er sædvanligt på et provinssygehus til forskel fra den – højere – standard, som gælder for de større lands- eller landsdelssygehuse. Minimumsstandard er for så vidt en relativ størrelse, som er bestemt af sygehuskategori, men absolut inden for den givne kategori. Det sidste er blot ensbetydende med, at borgeren ikke altid kan regne med en fagligt forsvarlig behandling, hvis vedkommende bliver behandlet på et »provinssygehus«.

Det anførte kan omskrives til, at myndighederne har en kapacitets- eller forsyningspligt, dvs. pligt til at tilbyde behandling (pasning, undervisning etc.), men ikke nødvendigvis en pligt til at tilbyde en *fagligt forsvarlig* behandling (som dækker ethvert, eller ethvert rimeligt, behov). Hvor langt pligten rækker, afhænger af de økonomiske muligheder, hvor myndighederne står mere eller mindre frit ved prioriteringen af deres ressourcer, eventuelt med institutionsformen som et muligt korrektiv, ad

24. Carsten Henriksen, *Retssikkerhed og moderne forvaltning*, 1997, s. 197 ff.

25. Pontoppidan U 1985B.248.

26. Samstemmende Ulfbeck 2010, s. 266.

modum de omtalte provinssygehuse versus lands- eller landsdelssygehuse. Hvor det ikke er muligt at knytte forventninger til standarden til sådanne institutionelle kategorier, står myndighederne imidlertid frit med den virkning, at de som før nævnt er ansvarsfrie i forhold til fejl og mangler, som i enkelttilfælde kan blive resultatet heraf.

## 7. Retsteorien

Selv om både norsk og dansk retspraksis således opererer med relative mindstestandarder, kan den norske dom som ovenfor omtalt alligevel hævdes at sætte niveauet højere end, hvad der synes gældende efter dansk retspraksis.<sup>27</sup> Netop hensynet til den åbenbart urimelige behandling af borgerne som grænse for forvaltningskønnet kan – i hvert fald på områder af rettighedspræget lovgivning – gøre en forskel.<sup>28</sup> I den danske teoretiske diskurs finder *Vibe Ulfbeck* til sammenligning, at manglende ressourcer ikke kan fritage for ansvar, hvis den udbudte service bliver så dårlig, at den reelt må anses for ikke-eksisterende.<sup>29</sup> Hermed siges dog ikke andet og mere end, at myndighederne har en kapacitets- eller forsyningspligt i forhold til lovbundne opgaver af faktisk præget karakter.

Når denne forfatter videre – med henvisning til Pontoppidans ovennævnte kommentar til *Oddersagen* – vil udlægge omfanget af denne pligt som en »absolut« minimumsgrænse,<sup>30</sup> som sættes af, hvad der kan betragtes som fagligt forsvarligt, er det imidlertid vanskeligt at finde belæg herfor i dansk retspraksis. Som jeg forstår denne praksis kan der nok sættes en bundgrænse for udbuddet af offentlige serviceydelser i den forstand, at myndighederne må kunne dokumentere, at de overhovedet har afsat ressourcer til varetagelse af de lovbundne opgaver. Kvaliteten af den offentlige opgavevaretagelse kan imidlertid ikke gøres til genstand for retlig efterprøvelse i en erstatningsretlig sammenhæng, selv ikke hvor der er

27. Samstemmende Schultz 2004, s. 538.

28. Om åbenbar urimelighed som prøvelsesgrundlag, se Michael Lunn, *Juristen* 2001, s. 50, Jens Garde og Michael Hansen Jensen, *Juristen* 2009, s. 66, René Dejbjerg Pedersen, *Det forvaltningsretlige skøn*, 2006, og Karsten Revsbech, *Aktuel dansk forvaltningsret*, 2008, s. 104 ff.

29. Ulfbeck 2010, s. 266.

30. A.st.

tale om åbenlyse fejl eller mangler, eller hvor en afgørelse om tildeling af hjælp mv. må betragtes som åbenbar urimelig henset til det behov, som ydelsen skulle dække.

Forfatteren nuancerer sin opfattelse<sup>31</sup> under hensyn til lovgrundlægets nærmere udformning, som kan være mere eller mindre præcis, og som derved kan åbne op for et større eller mindre fortolkningsrum for de udførende myndigheder. Ud fra denne betragtning mener forfatteren at kunne fastslå, at myndighederne (kun) er ansvarsfrie, i det omfang loven ikke stiller præcise krav til afdækning af borgerens behov, ydelsens kvalitet og gruppen af berettigede modtagere. *Daginstitutions-sagen* og *IVF-sagen* nævnes som eksempler på, at myndighederne går fri af ansvar, fordi lovgivningen er upræcis i de nævnte henseender. Som forfatteren selv påviser,<sup>32</sup> fører en lovforklning dog sjældent eller aldrig til statuering af erstatningsansvar for fejl eller mangler ved de udbudte ydelser.

Kun hvor der er handlet culpøst (U 2009.1835 H), eller hvor myndigheden slet ikke eller kun i helt utilstrækkelig grad har opfyldt kapacitets- eller forsyningspligten efter loven, kan der pålægges ansvar for fejl og mangler. Det er for så vidt også Vibe Ulfbecks konklusion,<sup>33</sup> hvorfor mine forbehold alene gælder de anførte »mellemløbet« om det fagligt ansvarlige som mindstegrænse og om betydningen af lovforklning som grundlag for at fastslå samme. Praksis – og dermed gældende dansk ret – må efter den opfattelse, som jeg her gør gældende, betragtes som yderst restriktiv i forhold til statuering af (erstatnings-)ansvar for fejl og mangler ved udbud af offentlige serviceydelser. Med en erstatningsretlig terminologi vil man sige, at ansvarsvurderingen er (meget) »lempelig«.<sup>34</sup>

31. S. 266 ff, her med henvisning til de før omtalte sager om ordblindhed.

32. S. 268.

33. S. 269.

34. von Eyben og Isager 2011 noterer, at »domstolenes holdning til objektivt ansvar på ulovbestemt grundlag (er) præget af stor og udtalt forsigtighed« (s. 196).

## 8. Retspolitiske synspunkter

Noget andet er, om denne praksis for ansvarsvurderingen ved serviceydelser kan betragtes som velbegrunderet.<sup>35</sup> Grundtanken er som nævnt, at domstolene ikke bør blande sig i politisk-økonomiske prioriteringer, hvor loven ikke giver et meget sikkert grundlag herfor. Det sidste kan man dog næsten altid bortse fra med den praksis, der hidtil har været fulgt – alene med mindretallets votum i den foreliggende sag som et muligt korrektiv i så henseende. Netop denne lovforklaring kan imidlertid synes at være det mest oplagte angrebepunkt for en kritik af den foreliggende praksis. At indlægge vide skønmæssige rammer i et lovmæssigt krav om fx at stille det »nødvendige« antal pladser til rådighed, kan således forekomme mindre træffende.<sup>36</sup> Det er nu én gang lovgivers måde at udtrykke sig på, når det offentlige pålægges opgaver af faktisk præget karakter. Hverken lovgivning eller opfølgende administrative forskrifter udtrykker sig med matematisk præcision om det omfang, hvormed sådanne opgaver skal løses.

Retsteoriens sondringer mellem individuelle og kollektive rettigheder,<sup>37</sup> mellem retsstatslige og velfærdsstatslige krav<sup>38</sup> eller mellem personlige ydelser og ydelser der udbydes i konkurrence<sup>39</sup> er heller ikke frugtbar som grundlag for en fastlæggelse af myndighedernes pligter og ansvar i forhold til offentlig servicevirksomhed. Enhver pligt for det offentlige til at tage en opgave op, modsvares naturligt af en – mere eller mindre præcist angivet – rettighed for borgerne, og denne rettighed kan ikke gradbøjes ud fra teoretiske konstruktioner som disse, lige så lidt som myndighedernes pligter kan inddeles i absolutte og relative pligter med den virk-

35. Se med en principielt begrundet kritik af ansvarsvurderingen ved offentlige serviceydelser Bent Liisberg, Erstatningsansvar for offentlig servicevirksomhed – kritikk av en juridisk vranglære, 2005. Se endvidere med retspolitiske betragtninger Westmark 2010, s. 349 ff, og Schultz 2004, s. 533 ff.

36. Cf. Ketscher 1990, s. 131 f, som tilslutter sig fortolkningen i U 1980.970 Ø af den daværende bistandslovs § 69, hvorefter denne bestemmelse ikke – efter sin tilblivelse og forhistorie – tager sigte på sikring af »individuelle rettigheder«, men som dog anerkender, at myndighederne har en »forpligtelse til et vist kollektivt udbud«, som blot ikke kan gøres til genstand for retlig kontrol og efterprøvelse i enkelttilfælde.

37. Ketscher 1990, s. 97 ff og 871 ff.

38. Henrik Zahle, Offentlig børnepasning, U 1991B.30.

39. John Klausen, Offentlig forsørgelse, 2002, s. 308.

ning, at kun førstnævnte skal opfyldes fuldt ud, mens varetagelsen af sidstnævnte kan bero på de »økonomiske muligheder«.

Udgangspunktet må tværtimod – ideelt set – være, at også det offentlige serviceopgaver af mere ubestemt karakter løses på en sådan måde, at ethvert *rimeligt* behov på det pågældende område dækkes. En sådan standard er karakteristisk nok antaget uden for serviceområdet i U 1987.258 H, om oversvømmelse af et kloakanlæg som følge af ekstreme vejrforhold, som kloaksystemet ikke var dimensioneret til. Der er imidlertid ingen substantiel forskel på teknisk prægede områder som dette og offentlig servicevirksomhed, som kan begrunde, at disse områder retligt behandles forskelligt. En manglende eller mangelfuld ydelse kan pådrage borgeren skader eller ulemper på samme måde som en direkte skadevoldende myndighedsadfærd.

Særligt må understreges, at det forhold, at lovgivningen på serviceområderne – tilsyneladende – giver et større spillerum for tilrettelæggelse af virksomheden, ikke i sig selv bør tillægges så relativ stor vægt, som det er gjort i retspraksis. Lovgivningens udformning beror som anført i væsentlig udstrækning på lovområdets – faktisk prægede – karakter og kan ikke *i almindelighed* tilskrives bevidste intentioner hos lovgiver om at lempe kravene til denne form for offentlig virksomhed. På det område, som den foreliggende sag angår, har lovgiver tværtimod forsøgt at skærpe lovkravene, uden at det tilsyneladende har gjort nogen forskel i forhold til den retlige vurdering af fejl og mangler. Dette forhold indicerer, at det bærende hensyn for domstolene i virkeligheden er en – nærmest intuitivt præget – opfattelse af, at myndighederne på disse ressourcetunge områder bør have en særlig stor skønsfrihed i forhold til de »økonomiske muligheder«. Hertil kommer en traditionsbestemt modvilje hos domstolene mod at blande sig i, hvad der opfattes som meget politiske afgørelser.<sup>40</sup>

40. Disse hensyn betones særligt i den erstatningsretlige teori, se Gomard U 2004B.383 og von Eyben og Isager 2011, s. 104 og s. 197. Men indstillingen har også fundet støtte i den forvaltningsretlige doktrin, klarest måske hos Bent Christensen (U 1990B.73), som afslutter en analyse af nyere tendenser i forvaltningsretten med et retspolitisk statement: »Jeg foretrækker, at afgørelser, der indebærer bare nogenlunde grundlæggende interesseafvejninger i samfundet, træffes af politikere snarere end af dommere« (s. 83). En nyere undersøgelse af domstolskontrollens grænser fastholder ligeledes tvister af politisk karakter som en »prøvelshæmmende faktor«, Rene Dejbjerg Pedersen 2006, s. 207 f.

Det er imidlertid netop over for de stærkt politiserede virksomhedsformer, at domstolene bør se det som deres opgave at sikre et passende – *retssikkerhedsbegrundet* – værn for borgerne.<sup>41</sup> Borgerne befinder sig i forhold til modtagelsen af offentlige serviceydelser i et afhængighedsforhold, som ganske svarer til det, der gælder ved offentlig myndighedsudøvelse, hvorfor de samme (retssikkerheds-) hensyn gør sig gældende her. Endvidere er de offentlige kasser utvivlsomt og så bedre rustet til at udligne det tab, som borgerne påføres ved fejl og mangler i de offentlige ydelser end den enkelte borger selv, som ikke eller kun sjældent vil have mulighed for at forsikre sig mod skader eller økonomiske tab, som er påført af det offentlige. Dette *pulveriserings-synspunkt*, som netop kendes fra forsikringsretten, burde tillægges større vægt<sup>42</sup> i en situation, hvor de offentlige velfærdsydelser i stigende grad har antaget karakter af en art kollektiv forsikring mod velfærdstab på grund af sygdom, arbejdsløshed og andre lignende ufor skyldte omstændigheder – *risikosamfundet*, som Ulrich Beck træffende har betegnet denne nutidens samfunds- og statsform.<sup>43</sup>

En højere vægtning af hensynet til en genopretning af borgerens stilling kan måske risikere at medføre en større belastning af de offentlige kasser, end rimeligt er. Men denne vurdering er under alle omstændigheder rent politisk, og det er lige så lidt domstolens opgave selv at foretage sådanne vurderinger, som det er at afstå fra at gribe ind over for økonomisk politiske prioriteringer med den virkning, at selv åbenlyse fejl og mangler ved ydelsesudbuddet ikke pådrager myndighederne et ansvar. Domstolene kan måske også have en forestilling om, at en fældende dom vil udløse en eskalering af sagsantallet med en overbelastning af det judicielle retssystem til følge. En snævrere afgrænsning af myndighedernes skønmæssige råderum vil dog i virkelighedens verden blot betyde, at lovgiver påtvinges en stillingtagen til, hvor niveauet for udbuddet af

41. Netop retssikkerhedshensynet fremhæves stærkt i norsk forvaltningsretlig doktrin, således især af Ståle Eskeland, i Benneche og Eskeland, *Hvor går socialomsorgen*, 1987, s. 27, Asbjørn Kjønstad, *Fusa-dommen*, *Juristkontakt* 1990, s. 63 f, og Erik Boe, *Domstolskontrol med forvaltningen*, *LoR* 1994; se med omtale heraf Graver 2007, s. 141 ff. Se endvidere for en mere grundlæggende kritik af domstolens – forbeholdne – position Liisberg 2005 (del IV), i polemik med Viggo Hagstrøm, *Offentligrettslig erstatningsansvar*, 1987 (se anm. af Magnus Aarbakke, *TfR* 2007.1-2).

42. Se i denne retning Westmark 2010.354.

43. Beck, *Risikogesellschaft* 1986 (da. udg. 1997).

offentlige serviceydelser mere præcist skal ligge – at bolden så at sige skydes tilbage, hvor den også bør ligge, nemlig til lovgivningsmagten som et politisk spørgsmål om fastsættelse af mere præcise grænser for ydelsesudbuddet.

Dette – retspolitiske – synspunkt kan også udtrykkes på den måde, at der kan synes at være behov for en harmonisering af de (erstatnings)-retlige standarder i den offentlige ret med de – højere – standarder, som er gældende i privatretten. Når alt kommer til alt er der næppe grund til at fastholde et væsentligt lempeligere ansvar for offentlige myndigheders fejl og mangler end, hvad der er gældende i privatretlige sammenhænge under i øvrigt sammenlignelige forhold, dvs. hvor der er tale om genopretning af borgerens stilling. Herfor taler også en stigende anvendelse af brugerbetaling og aftaler – gennem udbud af kontrakter – i det offentlige, som befordrer en udvikling af velfærdsstaten i retning af, hvad der er betegnet som en *kontraktstat* af privatretligt tilsnit.<sup>44</sup>

## 9. Vurdering af Højesterets afgørelse

Set i dette perspektiv kan flertallets votum i hjemmehjælpssagen forekomme noget ureflekteret og fortidsvendt (mod hidtidig praksis), mens mindretallet omvendt træffer sagen bedre med sin anerkendelse af et ansvar for, hvad der ikke blot fremstår som en mangelfuld ydelse, hvor denne helt svigter, men også som en – af myndigheden selv erkendt – fejl. At mindretallet ikke tog skridtet videre og også underkendte afgørelsen om reduktionen af hjemmehjælpen i forhold til den oprindeligt fastsatte ydelse, kan som nævnt muligt tilskrives den manglende efterprøvelse af den kommunale kvalitetsstandard, men kan også skyldes, at der ikke specifikt var procederet på klienternes vanskeligheder ved at klare sig med den reducerede hjælp. Som nævnt anførte mindretallet, at man »ikke (havde) grundlag for at tilsidesætte kommunens skøn« i så henseende, hvoraf det måske kan sluttes, at man med de fornødne oplysninger – fx en objektiv, faglig vurdering af behovet for hjælp – også ville have kunnet gå ind i en efterprøvelse af dette skøn.

Hvad særligt angår fratagelsen af hjælp, foreligger der i administrativ praksis en meget klar afgørelse, som støtter mindretallets synspunkt. I SM

44. Se med denne vinkel Ulfbeck 2010, s. 269 f.

C-7-99 (sag 6)<sup>45</sup> lagde det social nævn således til grund, at personer, som ikke selv fysisk eller psykisk var i stand til at klare de praktiske opgaver i hjemmet, var berettiget til praktisk bistand efter serviceloven, og at kommunen følgelig ikke havde været berettiget til at fratage en klient al hjælp, når den faglige vurdering i øvrigt – uændret – tilsagde, at der rent faktisk forelå et behov for hjælp. Nævnet fandt endvidere, at der ikke lovligt kunne lægges vægt på, at klienten var psykisk velfungerende og af den grund havde en såkaldt »egenomsorgsevne«, når forholdet dog var det, at klienten desuagtet ikke var i stand til selv at udføre nødvendige praktiske opgaver i hjemmet.

Hermed forelå altså en administrativ principafgørelse af en vis vægt, men tilsyneladende en afgørelse, som Højesteret ikke har været bekendt med, idet der i stedet henvises til en række andre administrative afgørelser,<sup>46</sup> som er truffet af Ankestyrelsen, men som ikke – bortset fra en enkelt sag – er relevante for en vurdering af det her foreliggende spørgsmål om efterprøvelse af de retlige grænser for myndighedernes skønsudøvelse. Den ene sag,<sup>47</sup> som har betydning i den her omhandlede sammenhæng, er til gengæld af betydelig interesse. Her fastslog Ankestyrelsen, at myndighedernes kvalitetsstandarder – som også tidligere anført – altid kan efterprøves i forbindelse med stillingtagen til en konkret sag.

Som grundlag for denne efterprøvelse henviser Ankestyrelsen imidlertid til forarbejderne til servicelovens *formålsbestemmelser* sammenholdt med lovens § 83, stk. 1, nr. 2, hvoraf det udledes, »at der ud over vægt på objektive kriterier – eksempelvis særlige helbredsmæssige forhold hos borgeren – skal lægges vægt på borgerens mere subjektivt prægede forhold, såsom værdighed, integritet og personlige glæde i forhold til at leve i et rent hjem, og at der navnlig skal lægges vægt på borgerens mulighed for at leve et så normalt liv som muligt, herunder et socialt liv«. Det er værdier, som det unægtelig kan være vanskeligt at kvalificere retligt, men som altså ikke desto mindre pånøder

45. Se mere udførligt om denne sag Trine Schultz 2004, s. 526 ff. Se samme, s. 535 f, med omtale af to lignende byretsafgørelser, begge utrykte.

46. C-3-05 (manglende individuel vurdering), C-52-05 (samme tema) og 262-09 (tilbagekaldelse af forvaltningsakt).

47. J.nr. 5200107-12. Se med – kritisk – omtale af en lignende sag (0-59-95) om frakendelse af hjemnehjælp af besparelsemæssige grunde, hvor Ankestyrelsen valgte at tilsidesætte afgørelsen på grund af formmangler, Jon Andersen, Anm. af Trine Schultz, Retsanvendelse og skøn, Juristen 2005, s. 32 (s. 35 f).



sig som væsentlige hensyn ved vurderingen af lovligheden af kommunernes kvalitetsstandarder, og det er for så vidt påfaldende, at disse hensyn er uomtalt i Højesterets ellers udførlige gennemgang af lovgrundlag og forarbejder som ovenfor omtalt.

Samtidig sætter fremhævelsen af netop disse hensyn Højesterets (flertallets) afgørelse i relief. Flertallet vurderer, at serviceloven giver kommunen et tilstrækkeligt råderum til både at reducere og fratage sociale klienter deres bistand, uagtet at de notorisk – efter kommunens egen faglige vurdering – fortsat har et (uændret) behov herfor, og uanset at det er lovgivers klare hensigt, at der skal lægges vægt på borgerens »værdighed, integritet og personlige glæde« og herunder muligheden for at leve »et så normalt liv som muligt«. Det er værdier som disse, der negligeres med flertallets – traditionsbundne – votum, og som er egnet til på én gang at underkende såvel lovgivers egne forudsætninger som de administrative klagemyndigheders hidtidige opfattelse af grænserne for de kommunale skønsbeføjelser.

## 10. Konklusion

Højesteret har i den foreliggende sag afsagt en dom, som – for flertallets vedkommende – ligger i forlængelse af hidtidig retspraksis om retlige mindstestandarder for offentlig servicevirksomhed af faktisk præget karakter. Det er flertallets opfattelse, at lovgivningen på det omhandlede område giver myndighederne et skønsmæssigt råderum, som rækker til reduktion og suspension af praktisk bistand, uanset at der foreligger et objekt fagligt bestemt behov herfor, og uanset at kommunens ændrede vurdering heraf skyldes en fejl. Det har heller ikke for flertallet spillet nogen rolle, at loven på dette område faktisk er formuleret i retlighedstermer, og at lovforarbejderne – uomtalt af Højesteret – pålægger myndighederne at lægge vægt på borgerens »værdighed, integritet og personlige glæde« etc.

Mindretallets votum kan heroverfor – muligt – betragtes som en principiel afstandtagen til flertallets vurdering, for så vidt angår lovligheden af en fratagelse af praktisk bistand, hvorimod spørgsmålet om reduktion af bistand ikke kommer til prøvelse. En 3-2-afgørelse er imidlertid for en samlet vurdering ikke noget stærkt votum i forhold til fastholdelsen af domstolenes hidtidige praksis på dette område, og sagen er på mange måder egnet til at sætte fokus på de svage sider ved denne praksis, lige-

som også udviklingen af det danske velfærdssamfund i øvrigt taler for en ændret ansvarsbedømmelse af fejl og mangler i det offentlige udbud af serviceydelser fremover.

I et samfund, hvor offentlige velfærdsydelser i vidt omfang må ses som en art kollektiv forsikring for samfundsmedlemmerne, og hvor ydelsesudbuddet også i stigende grad er genstand for en kontraktualisering, er der ingen grund til, at borgerene stilles ringere i denne henseende end i privatretlige sammenhænge. Udgangspunktet for den retlige kontrol må være at sikre, at ydelsesudbuddet indrettes på levering af serviceydelser af fagmæssigt god standard, som i rimeligt omfang dækker de behov, som er omfattet af den herom gældende lovgivning. Det bliver den samlede konklusion på denne domsanalyse, og selv om der givetvis kan gå lang tid, førend domstolene vil besinde sig på deres ansvar i disse sager, kan den her omhandlede højesteretsdom alligevel – for dissensens vedkommende – muligt betragtes som et varsel om, at en kursændring kan være på vej.