

"Kan" og "skal" bestemmelser - er der nogen reel forskel?

af konsulent Erik Jappe

I nogle af [servicelovens](#) bestemmelser står der, at kommunen kan yde hjælp, og i andre bestemmelser står der, at kommunen skal yde hjælp, når bestemte betingelser er opfyldte. I DUKH oplever vi fra tid til anden, at en borger får afslag på en ydelse efter en kan-bestemmelse bl.a. med den begrundelse, at når det er en kan-bestemmelse, er kommunen ikke forpligtet til at bevilge det ansøgte, uanset at lovbestemmelsens betingelser er opfyldte.

Spørgsmålet er dog, om der reelt er nogen forskel på kan og skal-bestemmelser i forhold til konkrete ydelses-§§'er. Det handler denne udgave af praksisnyt om.

Eksempler på reelle kan-bestemmelser

Nogle kan-bestemmelser er såkaldte reelle kan-bestemmelser, dvs. det er op til kommunen, om den vil anvende lovbestemmelsen. Et eksempel er [servicelovens](#) § 117, hvoraf det fremgår, at kommunen kan yde tilskud til personer, som på grund af varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne har behov for befordring med individuelle transportmidler. I [vejledning om hjælpemidler m.v.](#) er det anført i pkt. 244:

"Kommunalbestyrelsen har mulighed for at yde befordringstilskud til borgere, der på grund af en varigt nedsat funktionsevne har behov for befordring med individuelle transportmidler. Kommunalbestyrelsen har ikke pligt til at tilrettelægge en tilskudsordning efter denne bestemmelse."

Det skal i denne sammenhæng også nævnes, at det i § 117, stk. 2 er anført, at kommunens afgørelser om hjælp efter § 117 ikke kan indbringes for anden administrativ myndighed.

Et andet eksempel er [servicelovens](#) § 11, stk. 6. Efter denne bestemmelse kan kommunen som led i det forebyggende arbejde beslutte at tilbyde økonomisk støtte til fritidsaktiviteter til børn og unge, der har behov for særlig støtte.

Kommunen kan fastsætte kriterier for tildeling af denne støtte, hvis de beslutter sig for at anvende bestemmelsen. Det er helt op til kommunerne, om de vil gøre brug af muligheden. Også her er det anført i lovbestemmelsen, at kommunens afgørelser om tildeling af støtte til fritidsaktiviteter ikke kan indbringes for anden administrativ myndighed.

Eksempel på kan-bestemmelse, der reelt er en skal-bestemmelse

Efter [servicelovens](#) § 102 kan kommunen ud over tilbud efter § 85 give tilbud af behandlingsmæssig karakter til borgere med betydelig og varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne eller med særlige sociale problemer.

Tilbuddet gives, når dette er nødvendigt med henblik på at bevare eller forbedre borgerens fysiske, psykiske eller sociale funktioner, og når dette ikke kan opnås gennem de behandlingstilbud, der kan tilbydes efter anden lovgivning. I [principafgørelse 5-13](#) er omtalt en sag, hvor en kommune fandt, at

"§ 102 ikke er obligatorisk, selvom betingelserne er opfyldte. Bestemmelsen var udtryk for en "kan" mulighed."

Her fandt Ankestyrelsen, at kommunen skal behandle en ansøgning efter § 102 og tage stilling til, om borgeren opfylder betingelserne for at modtage hjælp efter bestemmelsen. Hvis borgeren opfylder lovens betingelser, er han berettiget til hjælpen - også selv om der er tale om en kanbestemmelse.

Reelt er der således her ikke forskel på, om der havde stået skal i stedet for kan i § 102. Der er på sædvanlig vis klageadgang ved afslag på hjælp efter § 102, og Ankestyrelsen skal forholde sig til, om lovens betingelser er opfyldte.

Hjælp til afklaring af kan/skal i lovbemærkninger

Efter [servicelovens](#) § 122 kan kommunen under visse betingelser yde hjælp til sygeplejeartikler og lign., når f.eks. en nærtstående i forbindelse med et etableret plejeforhold, jf. § 119, passer en døende.

I en sag omtalt i [principafgørelse C-51-03](#) vedrørende § 122 fandt en kommune, at den lovligt kunne afvise en ansøgning på ydelser, der var formuleret som en "kan-bestemmelse" med henvisning til, at der ikke forelå en pligt for kommunen til at lade den pågældende ydelse være en del af kommunens serviceniveau. Kommunen anførte endvidere:

"De fakultativt formulerede bestemmelser skulle alene ses som en sikring af et hjemmelsgrundlag for kommuner, der måtte ønske at lade ydelser omfattet af disse bestemmelser være en del af kommunens tilbudskatalog, jf. legalitetsprincippet, der fordrede materiel lovhjemmel for ydelser leveret fra forvaltningen."

Ankestyrelsen fandt, at kommunen ikke frit kunne vælge om, den alene ville yde hjælp til nogle af de ydelser, som måtte anses for omfattet af [servicelovens](#) § 122.

Ankestyrelsen fandt bl.a., at udtrykket "kan yde hjælp" skulle fortolkes således, at hjælpen skulle ydes efter en konkret individuel vurdering af, om betingelserne var opfyldt, herunder om hjælpen var sagligt begrundet sammenholdt med bestemmelsens formål. For yderligere afkla-

ring af ordet "kan" i § 122 gik Ankestyrelsen tilbage til [lovbemærkningerne](#). Fra afgørelsen kan yderligere citeres, idet lovbestemmelserne er opdaterede:

"Af bemærkningerne til bestemmelsen i § 122 i lovforslaget ... fremgik, at bestemmelsen svarede med redaktionelle ændringer til bistandslovens § 57 d. Af lovforarbejderne fra 1990, hvor bestemmelsen blev indført i bistandslovens § 57 d, fremgik det af de almindelige bemærkninger, at det i betænkningen fra Folketinget Socialudvalg afgivet den 17. maj 1989 var anført, at der skulle sikres gratis medicin og sygeplejeartikler m.v. i plejeperioden, således at plejen i eget hjem ikke påførte familien udgifter, som den ikke ville have haft, hvis den havde valgt sygehusophold.

Ankestyrelsen var derfor ikke enig med kommunen i, at formålet med loven havde været at tilgodese et eventuelt forskelligt serviceniveau i kommunerne. En sådan fortolkning ville efter styrelsens vurdering være i strid med det formål, som bestemmelsen havde til hensigt at sikre. Kommunen kunne således ikke frit vælge om den ville eller ikke ville yde hjælpen eller kun yde hjælp til nogle af de ydelser, som måtte anses for omfattet af servicelovens § 122."

Det betyder, at den enkelte lovbestemmelse og lovbemærkningerne hertil har større vægt, end om den konkrete lovbestemmelse er formuleret som en kan-bestemmelse.

Særligt om servicelovens § 96, stk. 3 (BPA)

Efter servicelovens § 96, stk. 3 kan kommunen tilbyde borgerstyret personlig assistance (BPA) til borgere, der ikke er omfattet af BPA-personkredsen, hvis kommunen vurderer, at dette er den bedste mulighed for at sikre en helhedsorienteret og sammenhængende hjælp for borgeren. Men det er helt op til den enkelte kommune, om de vil gøre brug af denne mulighed. Det er således en reel kan-bestemmelse. Fra [BPA-vejledningen](#):

"26. Kommunalbestyrelsen har ikke pligt til at tilbyde BPA efter § 96, stk. 3. Hvis kommunalbestyrelsen generelt beslutter at anvende bestemmelsen, vil en afgørelse om ikke at anvende § 96, stk. 3, i en konkret sag kunne påklages. Kommunens beslutning om at fravælge § 96, stk. 3, i den konkrete sag vil således være en afgørelse i forhold til borgeren. Hvis en kommune generelt fravælger at anvende servicelovens § 96, stk. 3, vil en sådan beslutning relatere sig til fastlæggelsen af kommunens generelle serviceniveau. Efter retssikkerhedslovens § 60, stk. 3, kan en sådan beslutning ikke indbringes for en anden administrativ myndighed."

Det fremgår ikke direkte af hverken af lovbestemmelsen eller af [lovbemærkningerne](#) (L 154 2007/08), at kommunen ikke har pligt til at anvende en BPA-ordning efter § 96, stk. 3, men vejledningsteksten stammer fra [svaret](#) på spørgsmål 43 til Folketingets Socialudvalg under folketingets behandling af L 154. Ordet kan skal altså tages bogstaveligt.

Er der klageadgang til Ankestyrelsen?

Efter servicelovens § 166 kan kommunalbestyrelsens afgørelser efter denne lov, medmindre andet er fastsat i denne lov eller i retssikkerhedsloven, indbringes for Ankestyrelsen efter reglerne i kapitel 10 i retssikkerhedsloven.

Udgangspunktet er således, at der er klageadgang, men at der kan være undtagelser fra klageadgangen. Det er således tilfældet med de reelle kan-bestemmelser (§ 11, stk. 6 og § 117 omtalt tidligere), hvor det er fastsat i begge bestemmelser, at der ikke er klageadgang. Modsat er der klageadgang i sager efter § 96, stk. 3, når en kommune generelt har besluttet sig for at anvende denne lovbestemmelse.

Når der er klageadgang, kan Ankestyrelsen bl.a. efterprøve, om kommunen i nødvendigt omfang har foretaget den konkrete, individuelle vurdering ved afgørelsen af, om borgeren kan få den ansøgte hjælp.

Mere om klageadgang

Kan der klages over afgørelser efter servicelovens § 84, stk. 2? Dette spørgsmål blev rejst over for Juridisk hotline, idet spørgeren anførte, at ophold efter § 84, stk. 2 kun gælder voksne og ikke er en pligt for kommunerne. Videre fremgår det af spørgsmålet:

"Af lovbemærkningerne til § 84, stk. 2, fremgår det, at der ikke er tale om kommunal forpligtelse, hvorfor der ikke skulle være klageadgang. Imidlertid fremgår dette ikke af ordlyden."

Juridisk hotline gav dette [vejledende svar](#) d. 28.5.2015:

"Det er vores opfattelse, at afgørelser efter § 84, stk. 2 kan indbringes for Ankestyrelsen, idet det ikke fremgår af lovens ordlyd, at der ikke skulle være klageadgang efter bestemmelsen."

En undtagelse fra den generelle klageadgang i servicelovens § 166 kan efter vores opfattelse ikke fastsættes i lovens bemærkninger, men må fremgå af lovens ordlyd. Dette gælder så meget desto mere, når lovens bemærkninger giver borgeren en dårligere retsstilling, end borgeren har efter lovens ordlyd."

Afrunding

I de fleste tilfælde betyder det ikke nogen reel forskel, om der står skal eller kan i en lovbestemmelse. Et kan vil i mange tilfælde reelt betyde et skal.

Det har således større betydning for tolkningen af ordet kan, hvilke intentioner lovgiverne har haft med lovbestemmelsen. Det kan som regel læses ud af lovbemærkningerne, i svar til Folketingets Socialudvalg under det konkrete lovforslags behandling eller i afgørelser truffet af Ankestyrelsen.