

Høringsnotat om endring i forskrift om arbeidstid for avlastere

Utsendt: 28. mars 2019
Høringsfrist: 9. mai 2019

Innhold

1	INNLEDNING	3
1.1	Omfang	3
2	GJELDENE RETT	3
3	HANDLINGSROM I ARBEIDSTIDSDIREKTIVET	4
4	DEPARTEMENTETS VURDERINGER OG FORSLAG	5
5	AVLASTNING FOR BARN I FOSTERHJEM	7
6	DEPARTEMENTETS FORSLAG TIL FORSKRIFTSENDRING	8
7	ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER	8

1 Innledning

Arbeids- og sosialdepartementet legger med dette fram forslag om endringer i forskrift om arbeidstid for avlastere 25. juni 2017 nr. 1052. I forbindelse med at departementet fastsatte forskriften varslet departementet at det skulle arbeides videre med å finne en løsning for lengre avlastningsperioder, for eksempel i forbindelse med ferie. Arbeids- og sosialdepartementet har nå gjennomført dette arbeidet og legger med dette fram forslag til endringer i forskriften som åpner for at det kan avtales avlastning i inntil en uke sammenhengende dersom avlastningen ikke er svært belastende. I tillegg foreslår departementet at arbeidsgiver skal sikre at arbeidstakeren får tilstrekkelige muligheter for restitusjon og hvile i løpet av perioden. Arbeidstakeren kan ikke utføre annet arbeid samtidig, og skal ha en arbeidsfri periode etter avlastningsperioden. Forslaget inneholder også et forslag til en klargjøring av virkeområdet for å tydeliggjøre at også avlastning for barn i fosterhjem er omfattet av forskriften.

1.1 Omfang

Avlastning i lengre perioder gis blant annet for barn og familier som et hjelpetiltak etter barnevernloven. Departementet har ikke klar oversikt over hvor mange barn og familier dette gjelder. Ifølge opplysninger departementet har fått fra Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir) forekommer ferieavlastning også i forbindelse med barn i beredskapshjem. Det vanligste i slike situasjoner er likevel at avlaster eller personer som har oppgaven som besøkshjem, er i arbeid og har barnet på helgeavlastning. Det forekommer også at avlaster har barnet på ferieavlastning. Det vil da som regel være slik at avlaster har ferie fra sitt ordinære arbeid og har barnet hjemme hos seg selv på avlastning.

Bufdir opplyser videre at når familiehjem skal ta ut friperioder er det vanligste at ungdommene er på besøk eller ferie hos sin biologiske familie, eller på andre tiltak som ulike sommerleirer. En del ungdommer er i sitt besøkshjem når familiehjemmet har ferie.

Avlastning innenfor de kommunale helse- og omsorgstjenestene er hovedsakelig rettet mot omsorgsyteren. Avlasterens relasjon og ansvarsforhold vil imidlertid også her ofte være knyttet til den som har omsorgsbehovet, og ikke omsorgsyteren. Avlastning innenfor de kommunale helse- og omsorgstjenestene omfatter personer med omsorgsbehov i alle aldersgrupper, ikke bare barn. Det kan også være voksne barn eller ektefeller. Avlastning foregår også noen ganger slik at enkelte kommuner lar avlastere bli med familier på ferier, typisk hyttetur. Det kan være tilfeller der avlaster er familie, for eksempel onkel eller tante. Avlastning kan også gis ved at tjenestemottakere som er barn er hjemme hos avlaster, mens for eksempel foreldre drar på ferie uten barnet.

2 Gjeldende rett

Personer som utfører avlastningsarbeid etter helse- og omsorgstjenesteloven må normalt anses som arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven. Dette er klargjort gjennom to høyesterettsdommer om temaet: Rt. 2013 s. 354 og HR-2016-1366-A.

Konsekvensen av at avlastere er arbeidstakere, er at arbeidsmiljølovens regler i utgangspunktet vil gjelde. Det innebærer også arbeidstidsreglene. Dette er det gjort rede for i departementets høringsnotat om forskrift om arbeidstid for avlastere som ble sendt på høring 28. april 2017.

Forskrift om arbeidstid for avlastere ble fastsatt av Arbeids- og sosialdepartementet 25. juni 2017. Forskriften gjelder arbeidstakere som utfører avlastning etter reglene i helse- og omsorgstjenesteloven og barnevernloven.

Forskriften åpner for den mest brukte formen for avlastning, som foregår over en helg. Det er også mulig å arbeide som avlaster i tillegg til en annen stilling i samme virksomhet.

Forskriften åpner for at det kan avtales 56 timer sammenhengende arbeid, og til sammen 88 timer i løpet av en uke. Det gjør det mulig for arbeidstaker å gå rett fra alminnelig arbeid på fredag ettermiddag og arbeide som avlaster sammenhengende fram til søndag ettermiddag.

Arbeidstaker må ha utvidet hvile før og etter lange avlastingsperioder.

3 Handlingsrom i arbeidstidsdirektivet

Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å ha et regelverk som ikke er i strid med EUs arbeidstidsdirektiv (direktiv 2003/88/EF).

I høringsnotatet om avlastere i 2017 gjorde departementet rede for arbeidstidsdirektivet. Det følger av direktivet at dersom kompenserende hvile i spesielle tilfeller ikke er mulig krever unntak fra hviletidsbestemmelsene at arbeidstakerne sikres et annet passende vern.

I arbeidet med lengre avlastningsperioder har departementet tatt opp spørsmålet om å kunne legge til rette for avlastning inntil en uke sammenhengende med EU-kommisjonen. Kommisjonen peker på at for at en slik arbeidstidsordning skal kunne benyttes må det vurderes om arbeidstakeren kan sikres et annet passende vern. Det må gjøres en konkret vurderingen av den aktuelle arbeidstidsordningen. Vurderingen må inneholde ulike elementer. Kommisjonen tar i sitt svar til departementet utgangspunkt i en typisk situasjon hvor en avlaster skal ha et barn hjemme hos seg.

Kommisjonen skriver:

Thus, without prejudice to the specific assessment that needs to be made in each case, the Commission services are of the opinion that both the 'particular nature of the work' and the 'particular circumstances in which that work is carried out', in addition to complementary compensation after the period concerned, could be relevant factors in the overall assessment that needs to be carried out. Furthermore, in the overall assessment account should be taken of the protection of the best interests of the child, which is enshrined in Article 24 of the Charter, and which must be a primary consideration in all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions.

Departementet oppfatter uttalelsene fra kommisjonen slik at det skal gjøres en konkret helhetsvurdering av arbeidstidsordningen og formålet med unntakene for å avgjøre om kravene til annet passende vern er oppfylt. Arbeidets spesielle art og de spesielle forholdene arbeidet utføres under vil være momenter i vurderingen. I tillegg vil supplerende hvile være relevant. Kommisjonen legger til at hensynet til barnas beste interesser må tas med i helhetsvurderingen.

Kommisjonen skriver videre:

Nevertheless, we stress that it is only in exceptional cases that this derogation can be relied upon, and that far-reaching derogations from daily rest over a prolonged period of time must be applied restrictively. As it has been stated by the Court on numerous occasions derogations to the Working Time Directive must be interpreted in such a way that their scope

is limited to what is strictly necessary in order to safeguard the interests which those derogations enable to be protected. Furthermore, the derogations need to be implemented 'subject to strict conditions intended to secure effective protection for the safety and health of workers'. In other words, when implementing this derogation national authorities have to ensure that the protection for the safety and health of workers is effectively secured at all times.

Kommisjonen presiserer med andre ord at slike unntak må anvendes restriktivt, og at arbeidstidsordninger som innebærer så omfattende unntak bare kan benyttes i helt spesielle tilfeller. Unntakene kan bare benyttes i den utstrekning det er strengt nødvendig, og det må fastsettes strenge vilkår for å sørge for arbeidstakerens helse og sikkerhet.

Avlastning innenfor barnevernsområdet har som formål å ivareta barn i en sårbar situasjon. Kommisjonen peker i sin uttalelse på at dette er et grunnleggende hensyn som skal tas i betraktning i vurderingen. Også innenfor helse- og omsorgstjenestene vil avlastning omhandle ivaretagelse av sårbare pasienter og brukere, og pårørende og omsorgspersoner som står i krevende livssituasjoner. Slikt arbeid kan etter kommisjonens oppfatning anses å være "... *in the public interest forming part of the essential functions of the State*". Dette taler for at det så langt det er mulig bør legges til rette for dette.

På bakgrunn av vurderingen av handlingsrommet i arbeidstidsdirektivet og de uttalelsene kommisjonen har kommet med i saken mener departementet at det er mulig å åpne for lengre avlastningsperioder på visse vilkår.

Departementet legger som kommisjonen til grunn at et unntak for lange avlastningsperioder, selv om det er nødvendig for å ivareta en viktig offentlig oppgave, må være begrenset, og at det må settes vilkår for et så omfattende unntak. Det kan heller ikke gå lenger enn at det er mulig å ivareta arbeidstakerens helse og sikkerhet.

4 Departementets vurderinger og forslag

Avlastning gis ut fra ulike behov og organiseres på ulik måte. Avlastningstiltak skal gi omsorgsyter nødvendig fritid og ferie og mulighet til å delta i vanlige samfunnsaktiviteter. Når et barn på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det, skal barneverntjenesten sørge for å sette i verk tiltak. Tiltakene kan være begrunnet både i barnets behov og foreldrenes behov for avlastning. De samme hensynene som gjør seg gjeldende for avlastning i kortere perioder er viktige også der det er behov for avlastning i lengre perioder, som for eksempel i ferier. Som omtalen av omfanget i punkt 1.1 ovenfor viser, er avlastning i lengre perioder et tilbud som er viktig for barn og andre i svært sårbare situasjoner. Dette ble også tatt opp av flere høringsinstanser i 2017.

KS uttalte i sitt høringssvar til departementets forslag om avlasterforskriften at det var uheldig at lengre avlastning ved ferieavvikling ikke kunne videreføres, og at det burde utredes videre en mulighet til å videreføre slik avlastning.

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet uttalte i sitt høringssvar følgende om behovet for avlastning over lengre perioder:

Barn trenger trygge og nære relasjoner, noe som ivaretas best i ett avlastningshjem i lengre perioder enn hva forskriften åpner for. Det er spesielt viktig for mange av barna med barnevernstiltak, som i utgangspunktet er sårbare på grunn av dårlige erfaringer med tilknytning til voksne og har problemer med å stole på at voksne er trygge.

Også Handikappede barns foreldreforening pekte på behovet for ferieavlastning:

Tilstrekkelig og nødvendig ferieavlastning er svært viktig for de personene/familiene som vil omfattes av forskriften.

Departementet legger til grunn at det for enkelte vil kunne ha stor betydning å ha et tilbud om avlastning for en lengre periode enn dagens forskrift åpner for. Det foreslås derfor at det åpnes for avlastning i inntil en uke sammenhengende. Departementet mener at inntil en uke vil dekke behovet for langvarig avlastning i de fleste tilfeller, samtidig som arbeidstakernes vern ivaretas, og unntaket holdes innenfor handlingsrommet i arbeidstidsdirektivet.

For at departementet skal kunne åpne for avlastning/arbeidstid over en så lang periode som inntil en uke, må det stilles visse vilkår.

Hovedvilkåret er at avlastningen ikke er svært belastende. Avlastning er arbeid og innebærer uansett en viss belastning. Utgangspunktet for vurderingen om avlastning kan gjennomføres for en så lang periode som en uke må være hvor stor belastning omsorgen for brukeren medfører for avlasteren. For at en så lang avlastningsperiode skal tillates kan det for eksempel ikke være snakk om de mest krevende brukerne.

For slike lange avlastningsperioder dette forslaget er ment å åpne for, må avlastningen være av en slik art at avlasteren til en viss grad kan ivareta sine interesser og gjøremål uten at brukeren krever oppmerksomhet og tilsyn kontinuerlig. En typisk avlastningssituasjon vil etter departementets syn være at en avlaster eller et besøkshjem har brukeren hjemme hos seg mens de avviker ferie, eller tar med seg brukeren på en feriereise uten at belastningen i særlig grad er større enn det den ville være om det var snakk om avlasterens eller besøkshjemmets eget barn.

Vurderingen av belastningen for avlasteren denne forskriftsbestemmelsen er ment å regulere, er imidlertid ikke den samme som en kommune må gjøre for å bestemme om omsorgspersonen skal tilbys avlastningstiltak, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 og vilkåret om "særlig tyngende omsorgsarbeid". For å bestemme om omsorgspersonene har krav på avlastningstiltak vurderes deres permanente situasjon. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven framgår det for eksempel at avlastning og omsorgslønn skal være et lovpålagt tilbud til personer (og familier) med særlig tyngende omsorgsarbeid. Ved vurderingen av hvor tyngende omsorgsarbeidet er skal det blant annet tas hensyn til omfanget og den fysiske og psykiske belastningen av arbeidet, om arbeidet skjer regelmessig eller periodevis, omsorgsplikt og eventuelt inntektstap. Kommunene kan også selv velge å tilby avlastning til pårørende selv om omsorgsarbeidet ikke er særlig tyngende.

Så omfattende unntak som det her er snakk om, uten at arbeidstakeren kan få tilstrekkelig hvile krever at arbeidstakeren sikres annet passende vern. Departementet viser i denne forbindelse til uttalelsen fra EU-kommisjonen og de kravene som følger av arbeidstidsdirektivet. Dette vernet kan bestå av ulike tiltak og krav.

I tillegg til inngangsvilkåret om at avlastningen ikke skal være særlig belastende foreslår departementet derfor at arbeidsgiver skal sikre at arbeidstakeren får tilstrekkelige muligheter for restitusjon og hvile i løpet av perioden. I tillegg stilles krav om at arbeidstakeren ikke utfører annet arbeid i perioden, og at arbeidstakeren skal ha en friperiode etter at avlastningsperioden er over.

Kravet om at arbeidstaker skal sikres restitusjon og hvile innebærer et krav om vekslning mellom aktive og passive perioder, inkludert perioder helt eller delvis uten at brukeren krever innsats fra avlasteren. I utgangspunktet må avlasteren kunne forvente normal døgnrytme og tilstrekkelig hvile og restitusjon underveis i perioden. Bare dersom dette vilkåret er oppfylt vil det være lovlig å gjennomføre arbeid i en så lang sammenhengende periode som det her er

snakk om. Det er likevel ikke til hinder for at avlasteren vil kunne bli forstyrret, og for eksempel vekket om natten i enkelte tilfeller.

Departementet foreslår videre at det stilles krav om at avlasteren ikke kan utføre annet arbeid i den perioden avlastning gjennomføres. Slikt arbeid ville øke belastningen og redusere muligheten for hvile og restitusjon underveis i avlastningsperiode, og derfor ikke være forsvarlig, eller i tråd med unntaksadgangen i arbeidstidsdirektivet. Forslaget gjelder annet ordinært arbeid. Det kan tenkes at det oppstår ekstraordinære og kortvarige situasjoner i løpet av avlastningsperioden som krever at arbeidstakeren må utføre noe annet arbeid. En slik ekstraordinær situasjon, hvor eventuelt arbeid må utføres i begrenset omfang, og ikke er en fast ordning, vil være tillatt.

Dersom en avlaster har et ordinært arbeidsforhold til samme arbeidsgiver som vedkommende tar avlastningsoppdrag for, kan tiden ikke regnes som ferie. Dersom slike avlastere skal gjennomføre avlastning etter forslaget må de sikres tilsvarende ferie på et annet tidspunkt.

Departementet foreslår også at arbeidstakeren etter en avsluttet lengre periode med avlastning må sikres en viss periode med fri fra alt arbeid. Det foreslås således at arbeidstaker skal ha en arbeidsfri periode etter at avlastningen er avsluttet. Departementet foreslår at det ikke stilles konkrete krav til hvor lang denne friperioden skal være. Lengden på friperioden må ses i forhold til hvor belastende avlastningen har vært. Formålet er imidlertid at arbeidstakeren skal sikres en periode til uforstyrret restitusjon eller hvile før han eller hun går tilbake til annet arbeid.

Det vil etter departementets syn være slik at ikke alle som i dag kan benytte seg av avlastning over en kortere periode etter forskriften også kan benytte seg av lengre perioder. De foreslåtte kravene til avlastning som kan gjennomføres i inntil en uke sammenhengende er strengere enn det som gjelder annen avlastning i en kortere periode etter forskriften.

5 Avlastning for barn i fosterhjem

Departementet mener det er behov for å klargjøre virkeområdet for forskriften for å tydeliggjøre at også avlastning for barn i fosterhjem er omfattet.

Forskrift om arbeidstid for avlastere gjelder arbeid som oppfyller kommunenes plikt etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 første ledd nr. 2 eller barnevernloven § 4-4 når avlastningen skjer utenfor institusjon og avlasteren anses som arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 1-8.

Besøkshjem og avlastningshjem benyttes både som et hjelpetiltak for barn som bor hjemme og som tiltak når barn bor i fosterhjem (forsterkning). Hjelpetiltak er regulert i barnevernloven § 4-4. Når et barn på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det, skal barneverntjenesten sørge for å sette i verk hjelpetiltak for barnet og familien. Formålet med hjelpetiltak er å bidra til positiv endring hos barnet eller i familien.

Når et barn er i fosterhjem forutsettes det i utgangspunktet at barnet ikke er i en slik situasjon at det har et "særlig behov" for hjelpetiltak. Barneverntjenesten har ansvar for å følge opp barnet i fosterhjemmet, og for å gi fosterforeldre nødvendig støtte og oppfølging, herunder avlastning. Utgangspunktet er derfor at det ikke nødvendigvis fattes vedtak etter § 4-4 om hjelpetiltak når det er rettet mot barn som er i fosterhjem, men at eventuelle tiltak inngår som en del av barneverntjenestens oppfølgingsansvar både overfor barnet og fosterforeldrene.

Departementet ser at forskriften er formulert på en måte som gjør at det kan stilles spørsmål ved om avlastning når barn er i fosterhjem er ment å omfattes.

Det har ikke vært intensjonen å utelate avlastning når barn er i fosterhjem fra forskriftens virkeområde.

Departementet foreslår derfor å endre § 1 i forskrift om arbeidstid for avlastere, slik at det ikke er en forutsetning for virkeområde at det er fattet vedtak etter barnevernloven § 4-4 om avlastningstiltak eller besøkshjem. En generell henvisning til at det er avlastning etter barnevernloven beholdes.

6 Departementets forslag til forskriftsendring

I forskrift om arbeidstid for avlastere 25 juni 2017 nr. 1052 gjøres følgende endring:

§ 1 skal lyde

Forskriften gjelder arbeid som oppfyller kommunenes plikt etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 første ledd nr. 2 eller barnevernloven når avlastningen skjer utenfor institusjon og avlasteren anses som arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 1-8

Ny § 12 skal lyde:

Arbeidsgiver og arbeidstaker kan skriftlig avtale avlastning i en lengre sammenhengende periode enn det som følger av § 4 til 10 dersom avlastningen ikke er svært belastende.

Arbeidstakeren skal sikres tilstrekkelige muligheter for restitusjon og hvile i løpet av perioden.

Arbeidstakeren kan ikke utføre annet arbeid i perioden avlastningen gjennomføres.

Arbeidstakeren skal sikres en arbeidsfri periode etter at avlastningen er avsluttet.

Avlastning kan ikke avtales for en lengre periode enn en uke.

Begrensninger i § 4 til 10 gjelder ikke ved avlastning etter denne paragrafen.

7 Økonomiske og administrative konsekvenser

Forskriftsendringen vil gjøre det mulig å gjennomføre avlastninger på inntil en uke dersom avlastningen ikke er særlig belastende.

Forskriften kan innebære en noe økt bruk av belastende arbeidstidsordninger, ved at flere kan tenkes å inngå avtaler om avlastning som går over en lengre periode enn i dag. Det vil være opp til kommunene i hvilken grad de ønsker å benytte seg av muligheten som forskriften åpner for.

Kostnadene knyttet til dette for kommunene vil avhenge av hvordan lønns- og arbeidsvilkår løses av kommunene. KS og arbeidstakerorganisasjonene har inngått en avtale om gjennomføring av avlasterordninger, og hvordan dette skal avlønnes i kommunene etter at forskrift om arbeidstid for avlastere ble fastsatt. Tilsvarende avtale må også inngås for avlastning etter forslaget.

Endringen vil ha som virkning at enkelte avlasterordninger som tidligere ikke kunne videreføres nå kan gjennomføres uten å stride mot arbeidsmiljølovens regler. Dette vil være positivt for de mange familier og barn som i dag er brukere av ordningene, og for personer som ønsker å ta på seg oppdrag med slik avlastning.

Endringen i virkeområdet antas ikke å ha økonomiske eller administrative konsekvenser ettersom det er en presisering av virkeområdet.