

Høringsnotat om forskrift om arbeidstid for avlastere

Innhold

1	INNLEDNING	2
2	AVLASTNING ETTER HELSE- OG OMSORGSTJENESTELOVEN OG BARNEVERNLOVEN	2
3	GJELDENDE RETT	4
3.1	Arbeidsmiljølovens virkeområde – særlig om forholdet til avlastere	4
3.2	Kort om arbeidstidsreguleringene	6
3.3	Forholdet til EØS-retten	6
3.3.1	Generelt	6
3.3.2	Det EU-rettslige arbeidstakerbegrepet	7
3.3.3	Arbeidstidsdirektivet	8
3.4	Forskrifter om arbeid i arbeidstakers og arbeidsgivers hjem	8
4	DEPARTEMENTETS VURDERING OG FORSLAG	9
4.1	Departementets vurdering av ulike tiltak	9
4.1.1	Innledning	9
4.1.2	Spørsmålet om å unnta avlastere fra arbeidsmiljøloven	9
4.1.3	Unntak fra arbeidstidsbestemmelsene – handlingsrom i arbeidstidsdirektivet	11
4.1.4	Unntak fra andre regler enn arbeidstid	13
4.2	Departementets forslag	13
4.2.1	Generelt om virkeområde og innhold	13
4.2.2	Forskriftens bestemmelser om arbeidstid	14
5	DEPARTEMENTETS FORSLAG TIL FORSKRIFT	18
6	ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER	19

1 Innledning

Arbeids- og sosialdepartementet legger med dette fram et høringsforslag om arbeidstidsregler som gjør det mulig å fortsatt kunne tilby døgn- og helgeavlastninger.

Kommunene er i medhold av helse- og omsorgstjenesteloven forpliktet til å tilby sine innbyggere avlastningstiltak. Avlastningstiltak er tilbud til personer og familier med særlig tyngende omsorgsarbeid, og kan tilbys i eller utenfor hjemmet, i institusjon eller utenfor institusjon. Avlastningstiltak skal hindre overbelastning, og gi omsorgsyter nødvendig fritid og ferie og mulighet til å delta i vanlige samfunnsaktiviteter.

Kommunene har i mange tilfeller engasjert avlastere som oppdragstakere. Etter gjeldende rett vil avlastere imidlertid normalt være å anse som arbeidstakere og ikke oppdragstakere i relasjon til arbeidsmiljøloven, jf. blant annet Høyesteretts avgjørelser i Rt. 2013 s. 354 og HR-2016-1366-A. Oppdragstakere er ikke omfattet av arbeidsrettslige lover som arbeidsmiljøloven eller ferieloven, mens arbeidstakere er omfattet av disse lovene, herunder regler om arbeidstid. Arbeidstakere er også omfattet av arbeidsmiljøregler som følger av ulike EU-direktiv, for eksempel arbeidstidsdirektivet.

Avlastervakter har ulik varighet. Døgnavlastning er utbredt, og ved avlastning i avlasters eget hjem er det vanlig med vakter som går over en hel helg (48 timer sammenhengende). Avlastning er et viktig tilbud for mange familier, og hensynet til brukerne tilsier blant annet at det er behov for at barnet kan være hos én og samme avlaster i lengre perioder enn alminnelig arbeidstid. Avlastning i institusjon gir ikke samme tilbud. Departementet foreslår på denne bakgrunn en forskrift med unntak fra arbeidstidsbestemmelsene, som gjør det mulig å fortsatt tilby døgn- og helgeavlastning. Forskriften gjelder avlastere som er arbeidstakere. Skulle det være avlastere som etter en konkret vurdering anses som oppdragstakere, vil disse ikke være omfattet.

Det har i denne omgang vært viktig for departementet å finne en løsning som raskt kan komme på plass, og sikre at ikke avlastningsordningene i kommunene avvikles og at brukerne og deres familier dermed mister et viktig tilbud. Forslaget vil åpne for at de aller fleste kan beholde avlastningstilbudet. Departementet har hatt dialog med KS og Fagforbundet, som de mest berørte av partene i arbeidslivet.

Departementet vil samtidig fortsette å utrede dette spørsmålet, og arbeidet med løsninger som kan gi enda større muligheter for fleksibilitet, inkludert ferieavlastning. Partene i arbeidslivet oppfordres også til å fortsette arbeidet med å bidra til gode løsninger.

2 Avlastning etter helse- og omsorgstjenesteloven og barnevernloven

Helse- og omsorgstjenestene i kommunene skal blant annet omfatte avlastningstiltak til personer og familier med særlig tyngende omsorgsarbeid, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 bokstav d. Kommunens plikt til å yte slike tjenester fremgår av § 3-1.

Avlastningstiltak er en forutsetning for at pårørende og andre skal ha mulighet til å utføre en så stor andel av omsorgstjenestene som de utfører i dag, jf. Prop. 91 L (2010-2011) s. 187. Ifølge forarbeidene kan avlastning gis ut fra ulike behov og organiseres på ulik måte. Tjenesten kan tilbys i eller utenfor hjemmet, i eller utenfor institusjon og skal omfatte et forsvarlig tjenestetilbud for personen som har omsorgsbehovet. Avlastningstiltak skal hindre overbelastning, gi omsorgsyster nødvendig fritid og ferie og mulighet til å delta i vanlige samfunnsaktiviteter. Det fremheves i forarbeidene at det er viktig at det organiseres forskjellige avlastningsformer fordi behovene er svært ulike.

På oppdrag fra KS la Proba samfunnsanalyse i 2016 frem en rapport om kommunenes bruk og organisering av avlastere og støttekontakter etter helse- og omsorgstjenesteloven.¹ I rapporten, som er basert på to spørreundersøkelser og en intervjuundersøkelse til kommunene, fremgår blant annet følgende om tiltaket avlastning:

- Alle kommunene som har tiltaket, har avlastning i avlasters eget hjem. Vel 70 prosent har i tillegg avlastning i brukers hjem.
- Avlastning i brukers hjem brukes særlig overfor brukere som har vedtak om mange avlastningstimer (de mest krevende brukerne), eller overfor brukere med medisinsk utstyr hjemme som er nødvendig ved for eksempel overnatting.
- Majoriteten av avlasterne har én bruker de avlaster for, enkelte har to. Brukere med vedtak om mange timer avlastning har ofte avlastningen fordelt på flere avlastere.
- Døgnavlastning er den vanligste formen for avlastning. Det vanligste er å ha avlastning en helg i måneden, eventuelt hver tredje helg. Avlastere som har to brukere de avlaster for, avlaster ofte annenhver helg.
- Ved avlastning i avlasters eget hjem er 48 timer sammenhengende varighet det som er vanligst. Nærmere 60 prosent av kommunene svarer at dette er det vanligste. Blant de øvrige oppgir nesten alle at vanligst varighet er under 48 timer. Det er likevel ikke uvanlig å ha avlastningsoppdrag som varer fra fredag ettermiddag til mandag morgen. Ferieavlastning kan være flere døgn i strekk.
- Ved avlastning i brukers hjem er det vanligste at varigheten er mellom 1 og 23 timer. Om lag 20 prosent av kommunene svarer imidlertid at det vanligste er 48 timer også ved avlastning i brukers hjem.
- De fleste som er avlastere har et annet hovedarbeidsforhold. Det varierer om det er en full stilling eller en deltidsstilling.
- Det varierer også mye mellom kommunene hvor stor andel av avlasterne som har et hovedarbeidsforhold i kommunen, fra ingen til alle. Medianen som anslås er 25 prosent.
- Det er ikke vanlig at studenter er avlastere, ofte er det i så fall familiemedlemmer av brukere. Noen av avlasterne er pensjonister, det gjelder først og fremst besteforeldre som er avlaster for barnebarn.
- Det varierer mellom kommunene hvor lett eller vanskelig det er å rekruttere støttekontakter og avlastere. En stor andel erfarer imidlertid at det er ganske

¹ Proba (2016): Kommunenes bruk av avlastere og støttekontakter. Rapport nr. 2016-07.

vanskelig; det gjelder særlig i små kommuner. Når kommunene rekrutterer avlastere er det svært ofte personer som er foreslått av bruker/brukers pårørende.

Lignende former for avlastning benyttes også innenfor barnevernet. Besøks- og avlastningshjem er her et av flere hjelpetiltak, som er forholdsvis mye benyttet. Hjelpetiltak er regulert i barnevernloven § 4-4, hvor det fremgår at formålet er "å bidra til positiv endring hos barnet eller i familien". 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 besøks- og avlastningshjem kan være flere, og tiltakene kan være begrunnet både i barnets behov og foreldrenes behov for avlastning. Barnet kan for eksempel ha behov for andre voksenpersoner som har tid og mulighet til å gi ham eller henne særlig oppfølging.

Oppgaven som besøks- og avlastningshjem skiller seg fra fosterhjem ved at besøks- og avlastningshjem ikke skal erstatte barnets hjem hos sine foreldre. Å være besøkshjem innebærer å ta imot et barn eller en ungdom som regel én eller flere helger per måned.

Hjelpetiltak etter barnevernloven er i utgangspunktet frivillige. Hvis foreldrene samtykker og vilkårene etter bestemmelsens andre ledd er oppfylt, har barneverntjenesten etter loven en plikt til å yte hjelpetiltak. Det er således opp til foreldrene om de vil ta imot tilbud om et konkret besøks- eller avlastningshjem. Når det er nødvendig for å sikre barnet tilfredsstillende omsorg, eller av andre grunner, kan fylkesnemnda i enkelte tilfeller pålegge hjelpetiltak, jf. barnevernloven § 4-4 tredje og fjerde ledd. Opphold i besøkshjem eller avlastningstiltak nevnes som eksempel på hva fylkesnemnda kan fatte vedtak om.

De som skal være besøks- og avlastningshjem må fremlegge politiattest, jf. barnevernloven § 6-10 første ledd. Barnevernloven har utover dette ingen nærmere regler for besøks- og avlastningshjem.

3 Gjeldende rett

3.1 Arbeidsmiljølovens virkeområde – særlig om forholdet til avlastere

Arbeidsmiljøloven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker.

Det rettslige innholdet i arbeidstakerbegrepet etter arbeidsmiljøloven er utviklet over tid. Arbeidstakerbegrepet benyttes i mange lover, og begrepet må fortolkes i forhold til det enkelte regelsett. Det er likevel klart at arbeidstakerbegrepet i eksempelvis ferieloven og arbeidsmiljøloven skal forstås på samme måte, jf. blant annet Rt. 2013 s. 354.

Både av forarbeidene til loven og av rettspraksis følger det at arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven skal gis en vid tolkning, og gir anvisning på en skjønsmessig helhetsvurdering hvor det reelle underliggende forhold er avgjørende. I NOU 2004: 5 heter det at:

Et fremtredende karakteristika ved arbeidsavtalen er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet. Dette gir seg utslag i særlig to særtrekk. Arbeidstakeren er normalt *økonomisk avhengig* som lønsmottaker og står i et organisatorisk avhengighetsforhold som innebærer *underordning* i forhold til arbeidsgiver.

Forarbeidene trekker opp en del momenter det skal legges vekt på i vurderingen. Disse er utfylt og tolket i rettspraksis.

Følgende kriterier kan etter rettspraksis tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold:

- Arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning.
- Arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet.
- Arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse.
- Arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet.
- Arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn.
- Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister.
- Hvis det arbeides hovedsakelig for én oppdragsgiver vil dette også kunne tale for at forholdet reelt sett er et arbeidstakerforhold.

Listen er ikke uttømmende med hensyn til hvilke momenter som kan være relevante. Dette er ikke absolutte holdepunkter, men en rettesnor for vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold. Det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet.

Personer som utfører avlastningsarbeid etter helse- og omsorgstjenesteloven må normalt anses som arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven, slik arbeidet er organisert i dag. Dette er klargjort gjennom to nyere høyesterettsdommer om temaet; Rt. 2013 s. 354 og HR-2016-1366-A.

Den første saken, heretter "Avlaster I", gjaldt arbeid med en multifunksjonshemmet gutt i brukerens hjem. Saken gjaldt spørsmålet om avlasterens rett til feriepenger, og knyttet seg til arbeidstakerbegrepet i ferieloven. Høyesterett slo fast at ferielovens arbeidstakerbegrep skal forstås på samme måte som i arbeidsmiljøloven, og kom til at avlasteren måtte anses som arbeidstaker. Høyesterett la blant annet vekt på at avlasteren pliktet å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon, at det forelå et avhengighets- og underordningsforhold og at arbeidet foregikk i hjemmet til familien som mottok avlastning.

Den andre avgjørelsen gjaldt avlastning i avlasters hjem (HR-2016-1366-A - "Avlaster II") Spørsmålet var om avlasteren var omfattet av arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven. Høyesterett kom til at avlasteren var å anse som arbeidstaker. Som i "Avlaster I" ble det vist til at stillingen var av personlig art og at avlasteren hadde rettslig plikt til å underordne seg kommunens ledelse av arbeidet. At avlastningsarbeidet foregikk med utgangspunkt i hennes eget hjem, kunne ikke føre til noe annet resultat.

I 2013 vurderte Høyesterett også spørsmålet om hvorvidt den private avtaleparten i en kontrakt om plassering av barn i *statlig beredskapshjem* skulle anses som oppdragstaker eller arbeidstaker (Rt. 2013 s. 342). Høyesteretts flertall kom her til at den private parten skulle anses som oppdragstaker. De tradisjonelle kriteriene for grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker ga her ikke grunnlag for noen sikker konklusjon, men det ble sett som avgjørende at oppdraget etter sin karakter skilte seg markert fra ordinære arbeidsforhold. Kjernen i oppdraget var å stille til rådighet et hjem hvor fosterbarnet så langt som mulig skal være som et familiemedlem. Høyesterett mente en slik oppgave i sine grunntrekk skiller seg

klart fra hva som naturlig kan karakteriseres som "*arbeid i annens tjeneste*". Domstolen mente at det ikke kunne være tvil om at oppdrag som ordinære fosterforeldre faller utenfor arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven og kom til at det samme må gjelde også for beredskapshjem.

Konsekvensen av at personer er arbeidstakere, er at arbeidsmiljølovens regler i utgangspunktet vil gjelde. Dette reiser blant annet spørsmål om avlasteroppgaver kan utføres innenfor rammen av arbeidsmiljølovens regler om arbeidstid.

3.2 Kort om arbeidstidsreguleringene

Arbeidsmiljøloven har bestemmelser om arbeidstid i kapittel 10. Bestemmelsene gjelder både for private og offentlige virksomheter.

Det er fastsatt regler om arbeidstidens lengde, både daglig og ukentlig, og når på døgnet arbeidstiden kan plasseres. Videre angir arbeidstidsbestemmelsene vilkårene for å arbeide om natten og på søn- og helgedager, samt vilkårene for overtid. Loven har også bestemmelser om daglig og ukentlig hvile, og rett til redusert arbeidstid for arbeidstakere med særlige behov.

Den alminnelige arbeidstidens lengde er regulert i § 10-4. Hovedregelen er at alminnelig arbeidstid ikke må overstige ni timer i løpet av 24 timer, og 40 timer i løpet av syv dager. For ulike skift- og turnusordninger er den ukentlige alminnelige arbeidstiden kortere. Ved passivt arbeid eller beredskapsvakt tillates lengre daglig og ukentlig alminnelig arbeidstid. Loven åpner også for at den alminnelige arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes. Arbeid utover lovens grense for alminnelig arbeidstid regnes som overtid. Loven setter grenser for den samlede arbeidstiden, det vil si summen av alminnelig arbeidstid og overtid.

Loven har bestemmelser om daglig og ukentlig arbeidsfri. Arbeidstaker skal ha minst 11 timer sammenhengende arbeidsfri i løpet av 24 timer, og denne arbeidsfrie perioden skal plasseres mellom to hovedarbeidsperioder. Videre skal arbeidstaker i utgangspunktet ha en sammenhengende arbeidsfri periode på 35 timer i løpet av syv dager, som så vidt mulig skal omfatte søndag. Loven åpner for avtaler om unntak fra reglene om daglig og ukentlig arbeidsfri på nærmere vilkår og innenfor angitte grenser.

Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å ha et regelverk som ikke er i strid med EUs arbeidstidsdirektiv (direktiv 2003/88/EF). Det vises til omtale av direktivet i punkt 3.3.3.

3.3 Forholdet til EØS-retten

3.3.1 Generelt

Arbeidsmiljøloven gjennomfører mange ulike direktiver som Norge er forpliktet av etter EØS-avtalen. Dette gjelder minimumsdirektiver om arbeidsmiljøkrav, arbeidstid, virksomhetsoverdragelse, masseoppsigelser, informasjon og drøfting, krav til skriftlig arbeidsavtale mv. Et spørsmål i denne sammenheng gjelder direktivenes *personelle* virkeområde, det vil si hvem reglene i direktivene skal gjelde for. På samme måte som Norge er forpliktet til å implementere de materielle reglene, er vi også forpliktet til å sørge for at direktivreglene gis anvendelse på de personer direktivet er ment å gjelde for.

De fleste direktiver på arbeidsrettens område gjelder for arbeidstakere. Nedenfor følger en omtale av det EU-rettslige arbeidstakerbegrepet, samt nærmere omtale av forpliktelsene etter arbeidstidsdirektivet.

3.3.2 Det EU-rettslige arbeidstakerbegrepet

EU-direktivene på arbeidsrettsområdet oppstiller krav til vern av arbeidstakere på ulike områder. Ulike land kan imidlertid ha ulike definisjoner av begrepet arbeidstaker. For å forstå hvem direktivforpliktelsene knytter seg til, må det ses nærmere på hvordan arbeidstakerbegrepet er definert i de ulike arbeidsrettslige direktivene og i EU-domstolens praksis. Spørsmålet er om begrepet har et felles EU-rettslig innhold som statene må forholde seg til, og i så fall hva som ligger i dette.

Arbeidstakerbegrepet ble tidlig et EU-rettslig begrep i forhold til reglene om *arbeidstakernes frie bevegelighet*, jf. Traktaten om Den europeiske unions virkemåte artikkel 45. EU-domstolen uttalte allerede i saken *Unger* (C-75/63) at begrepet arbeidstaker har "*en fællesskabsretlig betydning*". Som begrunnelse for dette henviste domstolen til at det i motsatt fall ville være mulig for medlemsstatene "*etter for godtbefindende (at) ophæve traktatens beskyttelse af visse persongrupper*". I senere praksis, blant annet i saken *Lawrie-Blum* (C-66/85) har EU-domstolen også uttalt at arbeidstakerbegrepet må "*fortolkes vidt*", da det relaterer seg til en grunnleggende frihet. Domstolen uttalte i forlengelsen av dette at de generelle objektive kriterier for arbeidstakerstatus er:

17 Begrebet må defineres på grundlag af objektive kriterier, som karakteriserer rettigheder og pligter i arbejdsforholdet. Det væsentligste kendetegn ved arbejdsforholdet er, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger.

De arbeidsrettslige direktivene forholder seg ulikt til arbeidstakerbegrepet. Der begrepet er *definert* i selve direktivet, som i rammedirektivet om arbeidsmiljø (direktiv 89/391), er det ikke tvil om at det har et EU-rettslig innhold.² Utviklingen synes også å ha gått i retning av å anse arbeidstakerbegrepet som felleseuropeisk der direktivet *ikke definerer* arbeidstakerbegrepet.³ Det vises blant annet til saken *Balkaya* (C-229/15 i C-229/14) om masseoppsigelsesdirektivet (direktiv 98/59).

I direktivene som *overlater definisjonen til medlemsstatene*, som deltidsdirektivet (direktiv 97/81), synes et utgangspunkt å ha vært at medlemsstatene selv fastlegger rammene for hvem som er arbeidstaker i forhold til direktivene, jf. saken *Wippel* (C-313/02). I saken *O'Brien* (C-393/10) om samme direktiv, fremgikk det imidlertid at en medlemsstat ikke, i strid med direktivets effektive virkning, vilkårlig kan utelukke visse kategorier av personer fra den beskyttelsen som er tilsiktet med direktivet. Senere synes EU-domstolen å ha gått enda lengre i å si at den felleseuropeiske forståelsen har betydning også der direktivet henviser til nasjonal regulering av begrepet, jf. saken *Ruhrlandsklinik* (C-216/15) fra november 2016. Saken gjaldt vikarbyrådirektivet (direktiv 2008/104).

Arbeidstidsdirektivet (direktiv 2003/88) har ikke noen egen definisjon av arbeidstakerbegrepet, men henviser i artikkel 1 generelt til at bestemmelsene i rammedirektivet om arbeidsmiljø finner anvendelse. EU-domstolen har slått fast at arbeidstakerbegrepet i arbeidstidsdirektivet må tillegges en selvstendig betydning i EU-retten, jf. blant annet saken *Union syndicale Solidaires Isère* (C-428/09).

² Se Kristiansen, Jens: *På vei mod et fælleseuropæisk arbejdstagerbegreb?*, Festskrift til Stein Evju, Oslo, 2016, med videre henvisninger.

³ Jf. Kristiansen, Jens (2016).

Når det gjelder selve innholdet i arbeidstidsdirektivets arbeidstakerbegrep, uttalte EU-domstolen i saken *Fenoll* (C-316/13) at dette

skal defineres på grunnlag av objektive kriterier, som karakteriserer de berørte personers rettigheter og plikter i arbeidsforholdet. Enhver person, der udøver en reel og faktisk beskæftigelse, bortset fra beskæftigelse af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement, skal således anses for »arbejdstager«. Kendetegnet ved et arbeidsforhold er, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger (jf. i denne retning domme Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612, præmis 28, og Neidel, C-337/10, EU:C:2012:263, præmis 23).

3.3.3 Arbeidstidsdirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003, som oftest referert til som arbeidstidsdirektivet, er innlemmet i EØS-avtalen og gjelder for Norge.

Arbeidstidsdirektivet gjelder i utgangspunktet for all privat og offentlig virksomhet slik dette defineres i artikkel 2 i rammedirektivet om arbeidsmiljø, jf. arbeidstidsdirektivet artikkel 1 nr. 3. Rammedirektivet omfatter "*... alle former for private og offentlige aktiviteter*" og eksemplifiserer dette med industri, landbruk, handel, forvaltning, tjenesteyting, undervisning, kultur og fritidsaktiviteter. Direktivet gjelder imidlertid ikke "*når særlige forhold i tilknytning til visse spesifikke aktiviteter i den offentlige tjeneste, f.eks. i de væbnede styrker eller inden for politiet, eller til visse spesifikke aktiviteter i civilbeskyttelsestjenesterne på avgjørende vis taler imod dets anvendelse*", jf. artikkel 2 nr. 2. EU-domstolen har fastslått at virkeområdet for disse direktivene skal defineres bredt, og at de nevnte unntakene skal tolkes snevert, jf. blant annet saken *Fenoll* (C-316/13).

Arbeidstidsdirektivet forplikter medlemsstatene til å sikre visse rettigheter for *arbeidstakere*, men definerer ikke selv arbeidstakerbegrepet. EU-domstolen har imidlertid uttalt at arbeidstakerbegrepet ved anvendelsen av arbeidstidsdirektivet ikke kan fortolkes forskjellig avhengig av hvilken nasjonal rett det er tale om, men har en selvstendig betydning i EU-retten. Det vises til punkt 3.3.2.

Arbeidstidsdirektivet fastsetter et sett med hovedregler som angår hvileperioder og pauser, maksimal gjennomsnittlig arbeidstid, årlig betalt ferie og særlige beskyttelsesregler for nattarbeidere. Direktivet åpner for adgang til å gjøre unntak fra blant annet bestemmelsene om hviletid, perioden for gjennomsnittsberegning av ukentlig arbeidstid og nattarbeid.

3.4 Forskrifter om arbeid i arbeidstakers og arbeidsgivers hjem

Arbeidsmiljøloven § 1-5 åpner for at det kan gis forskrift om og i hvilken utstrekning loven skal gjelde for arbeid som utføres i arbeidstakers hjem. Slike regler er gitt i forskrift 5. juli 2002 nr. 715. I forskriften fremgår det at arbeidsmiljøloven gjelder for arbeid som utføres i arbeidstakers hjem, med de unntak og presiseringer som følger av forskriften. Det er gitt regler om blant annet arbeidstid, arbeidsmiljø og skriftlig arbeidsavtale. Forskriften gjelder ikke kortvarig eller tilfeldig arbeid, jf. § 1.

Om arbeidstid fremgår det blant annet at arbeidsmiljøloven § 10-4 om alminnelig arbeidstid, § 10-5 om gjennomsnittsberegning, § 10-6 om vilkår for overtid og lengden av overtid, § 10-10 om søndagsarbeid og § 10-11 om nattarbeid, ikke gjelder for arbeid som utføres i arbeidstakers hjem. Videre fremgår det at den alminnelige arbeidstid er 40 timer i uken, og at pålagt arbeid utover alminnelig arbeidstid er overtid. Arbeidstiden skal ordnes slik at den i løpet av en 4-månedersperiode ikke overstiger gjennomsnittlig 48 timer i uken, inklusiv

overtid. For arbeidstaker som delvis arbeider hjemme må den sammenlagte arbeidstid hjemme og utenfor hjemmet ikke overstige grensene for arbeidstidens lengde nevnt ovenfor.

Når det gjelder arbeidsmiljøet, fremgår det at arbeidsgiver så langt det er praktisk mulig skal forsikre seg om at arbeidsforholdene er fullt forsvarlige. Dette gjelder blant annet at arbeidsstedet, arbeidsutstyret og innemiljøet ikke medfører uheldige fysiske belastninger. Arbeidstaker skal medvirke til gjennomføringen av de tiltak som blir satt i verk for å skape et sunt og trygt arbeidsmiljø. Videre fremgår det at arbeidsmiljøloven kapittel 2, kapittel 3 med unntak av § 3-1 og kapittel 4 ikke gjelder for arbeid i arbeidstakers private hjem, og at arbeidsgiver ikke har tilgang til arbeidstakers hjemmearbeidsplass uten etter særskilt avtale.

Med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 1-5 er det også gitt en forskrift om husarbeid, tilsyn og pleie i privat arbeidsgivers hjem eller hushold (forskrift 5. juli 2002 nr. 716). Forskriften har blant annet bestemmelser om skriftlig arbeidsavtale, HMS, arbeidstid og fritid.

4 Departementets vurdering og forslag

4.1 Departementets vurdering av ulike tiltak

4.1.1 Innledning

Etter departementets forståelse vil de fleste avlastere i dag være omfattet av arbeidsmiljøloven, slik arbeidet nå er organisert. Fra KS sin side har det vært pekt på at dette gjør det problematisk å fortsette avlasterordningene som tidligere, noe som vil gå ut over brukerne av tjenestene. Det er blant annet vist til at arbeidstidsbestemmelsene begrenser muligheten for å ha helgeavlastning 48 timer i strekk. Videre er det pekt på at mange avlastere allerede har en annen stilling i kommunen, og at den samlede arbeidstiden vil kunne bli problematisk i forhold til arbeidsmiljøloven.

Avlastning er et viktig tilbud for mange personer og familier, og kan være en avgjørende faktor for at familier med ekstra omsorgsutfordringer får hverdagen til å fungere. Etter departementets vurdering er det derfor behov for å se på mulige reguleringer som gjør at kommunene fortsatt kan organisere et godt tjenestetilbud på dette området. Dersom ordningen må gjennomføres innenfor dagens regler, vil det kunne innebære bruk av flere avlastere for en familie i løpet av samme helg, økt bruk av institusjon og lignende. Det vil kunne gi et annet og dårligere tilbud, som i mange tilfeller kan tenkes ikke å svare på det behovet brukerne har.

Både arbeidsmiljøloven og arbeidstidsdirektivet åpner for unntak og særordninger fra de generelle reglene om arbeidstid. Etter departementets vurdering er det her handlingsrom til lage unntaksregler som gjør at avlasterordningene kan organiseres på en fornuftig måte også fremover. Vurderingene rundt dette fremgår av 4.1.3 og 4.1.4 nedenfor. Departementet har fokusert på unntak fra reglene om *arbeidstid*, da det særlig er disse som har vært fremhevet i tilknytning til avlasterordningene, jf. punkt 4.1.4.

4.1.2 Spørsmålet om å unnta avlastere fra arbeidsmiljøloven

Som det fremgår av punkt 3.1, er utgangspunktet at alle arbeidstakere i Norge omfattes av arbeidsmiljøloven.

KS har kommet med innspill om å innføre en særregulering for bruk av oppdragskontrakter på dette området.

Etter departementets vurdering vil en slik regulering ikke være mulig i lys av Norges EØS-rettslige forpliktelser. Departementet viser til at arbeidsmiljøloven på flere områder gjennomfører direktiver som Norge er forpliktet av i henhold til EØS-avtalen, herunder innenfor arbeidstid.

Gjennom EU-domstolens rettspraksis har det utviklet seg en EU-rettslig forståelse av de ulike arbeidsrettslige direktivers *arbeidstakerbegrep*, som dermed er styrende for hvem de gjelder for. I praksis betyr det at statene ikke kan unnta grupper av arbeidstakere fra reglene i direktivene dersom de omfattes av den EU-rettslige forståelsen av arbeidstakerbegrepet.

Når det gjelder arbeidstidsdirektivet, som er særlig relevant i tilknytning til avlasterordningene, har EU-domstolen blant annet fastslått at arbeidstakerbegrepet ikke kan tolkes forskjellig avhengig av hvilken nasjonal lovgivning det er tale om, men må tillegges en selvstendig betydning i EU-retten. Det vises til omtale i punkt 3.3.2. EU-domstolen har uttalt om arbeidstakerbegrepet i arbeidstidsdirektivet at: "*Enhver person, der udøver en reel og faktisk beskæftigelse, bortset fra beskæftigelse af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement, skal således anses for "arbejdstager". Kendetegnet ved et arbejdsforhold er, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger (...)*", jf. saken *Fenoll* (C-316/13). Selve virkeområdet til arbeidstidsdirektivet fremgår av artikkel 1 nr. 3. Direktivet gjelder i utgangspunktet for all privat og offentlig virksomhet slik dette defineres i artikkel 2 i rammedirektivet om arbeidsmiljø, jf. omtale i punkt 3.3.3.

Etter departementets oppfatning faller aktivitetene knyttet til avlaster- og besøkshjemsordningene inn under virkeområdet til arbeidstidsdirektivet, slik at dette generelt kommer til anvendelse. Det vises til at virkeområdet skal defineres bredt, jf. blant annet saken *Fenoll* (C-316/13).

Etter departementets vurdering må også avlasterne som i dag er arbeidstakere etter norsk rett, sies å falle inn under direktivets arbeidstakerbegrep slik dette er oppstilt av EU-domstolen. Departementet viser for det første til at avlasterne må sies å oppfylle kriteriet fra EU-retten om å utøve et *reelt og faktisk arbeid*. Unntaket for *arbeid av så lite omfang at det fremtrer som et rent marginalt supplement* vil neppe være aktuelt for de som jevnlig har helgeavlastning 48 timer i strekk og lignende. Domstolens praksis synes også å vise at det skal mye til før et arbeid har karakter av "*et rent marginalt supplement*".⁴

Avlasterne må videre sies å *prestere ytelser for en annen*, det gjøres i en viss periode og det skjer *mot vederlag*. Momentet om at personen presterer ytelser *etter dennes anvisninger* minner om det norske kriteriet om at arbeidstakeren *har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet*, som ble ansett oppfylt i de to avlastersakene for Høyesterett. Det følger av norsk rettspraksis at underordningskriteriet kan være oppfylt også når det er tjenestemottakeren som løpende instruerer om gjennomføringen av arbeidsoppgaven, og at det må være tilstrekkelig at arbeidsgiveren har *rettslig adgang* til å utøve ledelse og kontroll, jf. Rt. 2013 s. 354 og HR-2016-1366-A. Etter departementets oppfatning må det legges til grunn at det lignende, EU-rettslige kriteriet på samme måte vil være oppfylt når det gjelder avlasterordningene. Departementet viser blant annet til at virkeområdet for arbeidstidsdirektivet skal tolkes vidt, jf. blant annet saken *Solidaires Isère* (C-428/09) og at arbeidstakerbegrepet i EU kan synes å skulle gis en vid fortolkning, jf. saken *Lawrie Blum* (C-66/85).

⁴ Se Kristiansen, Jens (2016) med henvisninger.

Departementets vurdering er altså at slikt avlasterarbeid som i dag faller inn under den norske arbeidsmiljøloven, også faller inn under arbeidstidsdirektivets virkeområde. Dette innebærer at eventuelle unntak for slike avlastere må ligge innenfor det arbeidstidsdirektivet åpner for. I dette ligger det at vi ikke kan ha regler som innebærer at avlastere generelt skal være unntatt fra arbeidsmiljøloven, herunder fra arbeidstidsbestemmelsene. Departementet sikter her både til en løsning hvor man innfører et generelt unntak fra arbeidsmiljøloven for denne arbeidstakergruppen, og til løsninger hvor avlasterne defineres som oppdragstakere og ikke arbeidstakere. Når det gjelder sistnevnte tema, er det etter departementets syn dessuten hensiktsmessig at grensene for arbeidstakerbegrepet fortsetter å utvikles gjennom rettspraksis. Departementet viser også til at det med tanke på direktivforpliktelser synes å være uten betydning om en gruppe er definert som noe annet enn arbeidstakere i nasjonal rett. Spørsmålet om hvorvidt gruppen skal anses som arbeidstakere i EU-rettslig forstand vil uansett bero på en konkret vurdering av de kriteriene domstolen har lagt til grunn, jf. blant annet *Fenoll* (C-316/13).

I tillegg til de EØS-rettslige forholdene, vil departementet vise til at det å unnta en arbeidstakergruppe fra alle de verneregler det er bestemt at skal gjelde for norske arbeidstakere, vil reise flere spørsmål. Et generelt unntak vil ikke bare omfatte arbeidstidsregler, men også øvrige verneregler loven gir om blant annet stillingsvern og bestemmelsene om helse, miljø og sikkerhet. Departementet viser til at loven legger opp til en definisjon av hvem som skal anses som arbeidstakere og ikke. En grunntanke i den sammenheng er at de som anses som arbeidstakere er i en slik avhengighets- og underordningssituasjon at de har behov for særlige verneregler. Som et utgangspunkt bør det foreligge helt særlige begrunnelser for å unnta grupper som klart er vurdert som arbeidstakere, fra det vernet loven legger opp til.

I lys av dette må det etter departementets syn fokuseres på de muligheter for unntak fra arbeidstidsreglene for avlastere som loven og arbeidstidsdirektivet åpner for. Skulle det være avlastere som etter en konkret vurdering anses som oppdragstakere, vil disse ikke være omfattet av reglene og dermed ikke ha behov for unntak.

4.1.3 Unntak fra arbeidstidsbestemmelsene – handlingsrom i arbeidstidsdirektivet

Innledning

Departementet kan i forskrift gi særlige regler og fastsette unntak fra bestemmelsene i kapittel 10 om arbeidstid dersom arbeidet er av så særegen art at det vanskelig lar seg tilpasse bestemmelsene i kapitlet, jf. § 10-12 åttende ledd. Slike regler må imidlertid ligge innenfor arbeidstidsdirektivet.

Arbeidstid er den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver. Etter arbeidstidsdirektivet og praksis fra EU-domstolen skal all tid som tilbringes på arbeidsplassen eller et annet sted som arbeidsgiver bestemmer, regnes som arbeidstid. EU-retten tar ikke stilling til godtgjøring for slikt arbeid, men er klar på at all arbeidstid skal regnes med når det gjelder grensene for arbeidstid og kravene til arbeidsfrie perioder. Dette betyr at arbeid som avlastere vil være arbeidstid enten den foregår i avlasters hjem eller brukerens hjem. Nedenfor er det gjort rede for de bestemmelsene i direktivet som er relevante for å fastsette en forskrift om arbeidstid for avlastere.

Ukentlig arbeidstid

Artikkel 6 fastsetter at den ukentlige arbeidstiden, inkludert overtid, ikke skal overstige 48 timer per uke i gjennomsnitt. Beregningsperioden for gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid skal som hovedregel etter artikkel 16 være høyst fire måneder.

Direktivet åpner for arbeid ut over 48 timer på visse vilkår. Det stilles krav om at "*...de almindelige prinsipper for beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed*" ivaretas. Videre at arbeidstakeren gir sitt samtykke til den utvidede arbeidstiden, og at det ikke skal få negative konsekvenser for arbeidstakeren at slikt samtykke ikke gis.

Arbeidsgiver er også pålagt å ha oversikt over hvilke arbeidstakere som er omfattet av en ordning med utvidet arbeidstid.

Daglig og ukentlig hviletid

Artikkel 3 fastsetter en daglig hviletid på minst 11 timer sammenhengende innenfor hver 24 timers periode.

Direktivet åpner for unntak fra reglene om daglig hvile. Forkorting eller utsettelse av den daglige hvilen kan ifølge artikkel 17 skje ved lov, forskrift eller tariffavtaler.

Adgangen til å gjøre unntak fra hovedreglene er noe ulik for partene i arbeidslivet og for myndighetene. Muligheten for myndighetene til å åpne for unntak fra direktivet i lov eller forskrift, er begrenset til visse bransjer og typer arbeid, mens dette ikke er tilfelle for unntak som gjøres i avtaler mellom partene i arbeidslivet. Rammene for hvilke unntak som kan gjøres er identisk for partene og myndighetene.

Myndighetene kan fastsette unntak når det gjelder "*...aktiviteter, der er kendetegnet ved nødvendigheden af at sikre kontinuerlige ydelser...*". Direktivet angir at dette særlig vil kunne gjelde for arbeid knyttet til mottak, behandling og pleie i sykehus eller andre helse- og omsorgsinstitusjoner. Etter departementets vurdering vil avlastning etter helse- og omsorgstjenesteloven og barnevernloven falle inn under vilkårene i artikkel 17.

Dersom den arbeidsfrie perioden skal forkortes eller forskyves, skal arbeidstakeren sikres tilsvarende kompenserende hvile. Det følger av praksis fra EU-domstolen, for eksempel saken Jaeger (C-151/02), at kompenserende hvile skal være i tilknytning til den periode den er ment å kompenseres for. Kompenserende hvile innebærer at den tiden hvilen er redusert, eller de timene av hvilen som er forskjøvet, skal komme i tillegg til den neste hvileperioden arbeidstaker har krav på. Denne hvilen kan ikke legges til et vilkårlig senere tidspunkt, men skal følge så nært opp til den reduserte hvilen som mulig.

Dersom kompenserende hvile i spesielle tilfeller ikke er mulig ut fra det direktivet karakteriserer som objektive grunner, krever unntak fra hviletidsbestemmelsene at arbeidstakerne sikres et annet passende vern. Direktivet angir ikke nærmere hva et annet passende vern kan bestå i. Departementet legger til grunn at annet passende vern kan være tiltak eller vilkår som er egnet til å redusere belastningen arbeidstakeren utsettes for, og tiltak som kan bidra til å kompensere for de ulempene arbeidstakeren blir påført. Det er likevel slik at et annet passende vern ikke åpner for en ubegrenset utvidelse av arbeidstiden. Det vil etter departementets oppfatning være nødvendig å gjøre en konkret vurdering av hvor lenge en avlaster kan arbeide sammenhengende før vedkommende uansett må sikres hvile.

Den ukentlige hvileperioden skal etter artikkel 5 være en sammenhengende periode på minst 24 timer i tillegg til den daglige fritiden på 11 timer, det vil si 35 timer til sammen. Det kan

fastsettes en arbeidsfri periode på minst 24 timer dersom «*objektive eller tekniske grunner eller omstendigheter som har med organiseringen av arbeidet, gjør det berettiget.*»

Kravet til ukehvile kan etter artikkel 16 vurderes samlet for en periode på 14 dager slik at det er mulig å avvikle hvilen som 48 timer sammenhengende. En slik gjennomsnittsberegning av hviletiden innebærer at en arbeidstaker kan arbeide 12 dager sammenhengende før ukehvilen må avvikles.

4.1.4 Unntak fra andre regler enn arbeidstid

I rapporten om kommunens bruk av avlastere og støttekontakter fra 2016 (Proba-rapporten), jf. punkt 2 ovenfor, nevnes kort noen mulige utfordringer knyttet til det å gå over fra oppdragskontrakter til arbeidskontrakter. En problemstilling som nevnes er at mange av avlasterne har en personlig relasjon til brukeren og gjerne er en i brukers familie, og at det kan være vanskelig å benytte disse avlasterne til nye brukere hvis opprinnelig brukers behov endrer seg.

Det er altså flere forhold som kan gjøre at det oppleves mindre fleksibelt med arbeidskontrakter enn oppdragskontrakter. Etter hva departementet har oppfattet, er det imidlertid primært unntak fra hovedreglene i arbeidstidskapitlet som oppleves som viktig for å kunne videreføre avlasterordninger. Departementet har i forslaget til forskrift derfor fokusert på unntak fra arbeidstidsreglene. Når det gjelder problemstillinger rundt ansettelse, oppsigelse og andre forhold, antar departementet at disse i større grad vil la seg løse innenfor gjeldende regler og eventuelt avtaler.

4.2 Departementets forslag

4.2.1 Generelt om virkeområde og innhold

Departementet foreslår at det fastsettes en forskrift om arbeidstid for avlastere.

Departementet foreslår at forskriften skal gjelde *avlastning som er hjemlet i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 bokstav d*, jf. kommunens plikt til å yte slike tjenester i § 3-1. Det omfatter avlastning for personer og familier med særlig tyngende omsorgsarbeid hvor avlaster har omsorg for brukeren i brukers eller avlasters hjem slik at familien kan få nødvendig fritid. I tillegg foreslår departementet at forskriften skal gjelde *for besøks- og avlastningshjem etter barnevernloven § 4-4*, jf. omtale i punkt 2. Å være besøks- eller avlastningshjem innebærer som regel å ta imot et barn eller en ungdom én eller flere helger per måned. Etter departementets forståelse er det store likhetstrekk mellom disse avlastningsformene, og behovet for regulering etter høyesterettsdommene er det samme.

Det foreslås videre at forskriften skal gjelde for avlastere som er *arbeidstakere* i arbeidsmiljølovens forstand. Forskriften griper ikke inn i grenseoppdragningen mellom arbeidstaker og oppdragstaker. Skulle det være avlastere som etter en konkret vurdering fortsatt må anses som oppdragstakere, vil disse ikke være omfattet av bestemmelsene.

I forskriftsforslaget har ikke departementet gjort noe skille mellom avlastning som skjer etter direkte avtale mellom kommunen og avlasteren, og avlastning som skjer etter avtale mellom kommunen og en annen virksomhet. Det avgjørende vil etter forslaget være at avlastningen er hjemlet i de nevnte bestemmelsene i helse- og omsorgstjenesteloven og barnevernloven, og at avlasteren ellers faller inn under arbeidsmiljølovens bestemmelser. Det kan tenkes å gi uheldige utslag for brukerne dersom forskriften kun begrenses til avlastere med direkte avtaler med kommunen. Etter departementets forståelse kan avlastning med hjemmel i helse-

og omsorgstjenesteloven og barnevernloven også tenkes organisert på ulike måter i kommunen, som for eksempel ved avtale med en virksomhet om nærmere gjennomføring av arbeidet. Departementet ber om høringsinstansenes syn på dette spørsmålet om forskriftens virkeområde.

Det foreslås videre at forskriften skal gjelde avlastning som skjer med utgangspunkt i avlasters eller brukers hjem, og ikke avlastning i institusjon. Departementet legger til grunn, blant annet etter innspill fra KS, at behovet for unntak fra arbeidstidsbestemmelsene først og fremst knytter seg til avlastning som skjer med utgangspunkt i avlasterens hjem. Etter departementets forståelse vil imidlertid behovene for å tilpasse arbeidstidsordningene til en viss grad også gjelde for avlastning i brukers hjem. Forslaget omfatter derfor begge disse situasjonene. Ifølge Proba-rapporten, og innspill til departementet, blir avlastning i brukers hjem ofte benyttet i situasjoner hvor oppdraget kan være mer belastende, men da som regel for en kortere periode enn i avlasters hjem.

Når det gjelder forskriften om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem, jf. punkt 3.4, vil denne etter departementets oppfatning kunne komme til anvendelse ved avlastning i avlasters hjem. Departementet foreslår en regel om at § 6 om arbeidstid i nevnte forskrift ikke skal gjelde ved slikt arbeid, slik at spørsmål knyttet til avlastere og arbeidstid vurderes samlet etter den nye forskriften.

4.2.2 Forskriftens bestemmelser om arbeidstid

Innledning

Departementet mener at regulering av arbeidstid for avlastere må åpne for å videreføre de mest brukte ordningene og samtidig ivareta arbeidstakerne på en god måte.

Departementet ønsker at det fortsatt skal være mulig å kombinere arbeid som avlaster med en annen stilling for samme arbeidsgiver. Arbeidsgiveren vil i slike tilfeller ofte være den kommunen familien som avlastes bor i, og arbeidstiden må i disse tilfeller vurderes samlet.

Samlet ukentlig arbeidstid

For at det skal være mulig å arbeide som avlaster i tillegg til en annen stilling for samme arbeidsgiver, typisk i en kommune, foreslår departementet at det åpnes for en samlet ukentlig arbeidstid på 60 timer per uke. En grense på 60 timer i gjennomsnitt vil gjøre det mulig å videreføre de mest brukte avlastningsordningene som innebærer 48 timer sammenhengende avlastning hver tredje eller fjerde helg i tillegg til enkelte kortere perioder.

Avlastere som er ansatt i en annen stilling for eksempel i kommunene, vil i de fleste tilfeller ha en arbeidstid på 37,5 timer per uke eller lavere. Arbeidstakere i skift og turnusordninger kan ha redusert arbeidstid. Mange er deltidsansatte som arbeider færre timer enn arbeidsmiljølovens grense på 40 timer per uke. Dette innebærer at arbeidstakerne i slike tilfeller vil kunne arbeide flere timer som avlaster innenfor de samme rammene.

Departementet foreslår at arbeidstiden skal kunne gjennomsnittsberegnes for en periode på seks uker. En gjennomsnittsberegningsperiode på seks uker vil gi fleksibilitet for plassering av de enkelte avlastningsperiodene, samtidig som den begrenser noe hvor tett de lange vaktene kan plasseres.

Samlet ukentlig arbeidstid kan i en enkeltuke, med gjennomsnittsberegning, være på opptil 88 timer for å åpne for helgeavlastning kombinert med en ordinær arbeidsuke på 40 timer.

Departementet gjør oppmerksom på at utvidelsen av arbeidstiden ut over arbeidsmiljølovens alminnelige arbeidstid i § 10-4 bare kan benyttes til avlastning. Det er ikke anledning til å øke den samlede arbeidstiden for annet arbeid.

Dersom arbeidstakere har en annen stilling hos samme arbeidsgiver vil grensene i § 10-4 gjelde for den delen av arbeidstiden som ikke er avlastning. Dersom arbeidstaker blir pålagt arbeid ut over avtalt arbeidstid som ikke er avlastning, vil dette være overtid eller merarbeid og følge bestemmelsene i § 10-6. Overtiden vil i et slikt tilfelle regnes med i den samlede arbeidstiden og regnes med innenfor grensen for samlet arbeidstid på 60 timer etter forskriften. I et slikt tilfelle vil arbeidstakeren være tilgjengelig for færre timer som avlaster, og arbeidsgiver vil måtte redusere antall timer avlastning i den aktuelle perioden. Dette må det også tas hensyn til der det er avtalt gjennomsnittsberegning av arbeidstiden.

Sammenhengende arbeidstid som avlaster i inntil 48 timer - daglig hviletid

Det har vært viktig å finne en løsning som raskt kan komme på plass og sikre at brukerne og familiene ikke mister sine tilbud. Forskriftsforslaget nedenfor åpner for at de fleste kan beholde avlastningstilbudet slik det fungerer i dag. Ferieavlastning har også vært trukket frem som et problem. En sammenhengende uke med avlastning vil innebære 24 timer per dag over flere dager, inntil 168 timer i en hel uke. Etter departementets vurdering er det usikkert om en lengre arbeidsperiode enn 48 timer, slik avlastning er organisert i dag, er mulig innenfor direktivets krav til hvile. Departementet vil fortsette å utrede dette spørsmålet, og arbeidet med løsninger som kan gi enda større muligheter for fleksibilitet, inkludert ferieavlastning. Videre oppfordres partene i arbeidslivet til å fortsette arbeidet med å bidra til gode løsninger.

Departementet forslår derfor at det åpnes for en sammenhengende arbeidsperiode på inntil 48 timer med avlastning. Dersom arbeidet som avlaster utføres rett før eller etter arbeid i en annen stilling må arbeidstiden ses som en sammenhengende arbeidsperiode. Departementet foreslår at den maksimale grensen for samlet arbeidstid uten hvileperioder skal være 48 timer. Arbeid i den ordinære stillingen skal regnes med innenfor grensen på 48 timer.

Departementet foreslår at andelen av den totale arbeidstiden i en arbeidsperiode som ikke er avlastning skal begrenses. Av den totale arbeidsperioden kan ikke det ordinære arbeidet utgjøre mer enn 16 timer. Forslaget åpner altså for at det kan arbeides påfølgende ulike kombinasjoner av avlastning og ordinært arbeid, men at det skal være en begrensning på hvor mange av timene i slike lange vakter som ikke er avlastning.

Arbeid i en sammenhengende periode på 48 timer betyr at arbeidstakeren ikke kan avvikle den daglige hvilen på 11 timer, i to påfølgende døgn. Departementet vurderer det slik at siden hvilen først kan komme såpass lang tid etter at den "egentlig" skulle vært avviklet, tilfredsstillende ikke dette arbeidstidsdirektivet og arbeidsmiljølovens krav om umiddelbar kompenserende hvile. Dette fordi det går for lang tid fra da arbeidstakeren skulle hatt den daglige hvilen fram til neste hvileperiode. En sammenhengende arbeidsperiode på inntil 48 timer er imidlertid slik departementet ser det helt nødvendig for å kunne videreføre et godt tilbud om avlastning for brukerne. Departementet mener derfor at avlasterne heller må sikres et annet passende vern for å åpne for de unntak fra hviletidsbestemmelsene som er nødvendig.

De elementene som er omtalt nedenfor vil etter departementets vurdering til sammen utgjøre et tilstrekkelig annet passende vern slik arbeidsmiljøloven og arbeidstidsdirektivet forutsetter.

Innslag av passivt arbeid

I løpet av en periode med avlastning vil det være kortere og lengre perioder med passivt arbeid.

Ordningen med avlastere innebærer at avlasteren ikke kan forlate brukeren i den perioden avlastningen foregår. Arbeidet som avlaster vil likevel ikke være like belastende gjennom hele perioden. Betydelige perioder vil være passive, og avlasteren vil ofte ha god anledning til å ivareta sine egne interesser. Selv om dette er definert som arbeid vil det for avlasteren i praksis fungere som hvile og restitusjon underveis i arbeidet, og dermed bidra til å redusere belastningen. Brukeren vil i perioder ha behov for å hvile eller være opptatt med andre gjøremål uten at avlasteren deltar. For eksempel vil det kunne være tider hvor brukeren sover og avlasteren også selv kan hvile eller sove. Departementet legger til grunn at avlastning i brukers eller avlasters hjem stort sett benyttes i tilfeller hvor brukeren normalt vil sove om natten. Avlastning i tilfeller med mindre passive perioder, som for eksempel i tilfeller hvor man ikke kan regne med at brukeren sover hele natten, vil måtte henvises til avlastning i institusjon eller kortvarige avlastninger. Departementet mener innslagene av passivt arbeid bidrar til å sikre avlasterne et passende vern. Også i de lengre periodene med avlastning vil innslaget av passive perioder til en viss grad kunne veie opp for den manglende hvilen.

Hviletid før og etter en avlastningsperiode

Selv om arbeid som avlaster innebærer perioder med passivt arbeid og derfor gir mulighet til noe hvile vil en periode på 48 timer uten daglig hvile være belastende. For å sikre at arbeidstakeren får restitusjon bør det etter departementets oppfatning stilles krav om arbeidsfrie perioder i tilknytning til en lang arbeidsperiode. Som omtalt ovenfor, vil ikke hvilen i denne situasjonen være å anse som kompenserende hvile, time for time etter direktivet, men hvile og restitusjon som i en totalvurdering av ordningen blir den del av det samlede "annet passende vern" som gjør det mulig å gjennomføre lange perioder med avlastning.

Lengden på hvileperioden vil ha betydning for det arbeidet avlasteren gjør i en annen stilling for samme arbeidsgiver. I utgangspunktet er det krav om 11 timer hvile før og etter en arbeidsperiode.

Departementet foreslår at arbeidsgiver og arbeidstaker kan avtale at den daglige hvilen kortes ned.

For arbeidsperioder der arbeidstiden til sammen ikke overstiger 16 timer skal arbeidstaker kunne starte sitt ordinære arbeid til vanlig tid dagen etter. En slik bestemmelse gjør det mulig å kombinere en vanlig arbeidsdag med en direkte etterfølgende periode med avlastning på for eksempel åtte timer, og så arbeid til vanlig tid dagen etter. En forkortet hvile må da kompenseres slik det er vanlig etter arbeidsmiljøloven, ved at den neste ordinære hvileperioden forlenges. For eksempel vil en daglig hvileperiode på åtte timer medføre at den neste daglige hvilen ikke kan være på mindre enn 14 timer sammenhengende. Dette er det samme som den adgangen tillitsvalgte har til å avtale kort hvile.

Dersom arbeidstiden er over 16 timer, enten avlastning alene eller avlastning i kombinasjon med ordinært arbeid, erstattes regelen om vanlig kompenserende hvile med et krav om at arbeidstaker skal sikres utvidet hvile etter arbeidsperioden. Etter endt periode skal arbeidstaker uansett ha en ordinær arbeidsfri periode på 11 timer. For å sikre et bidrag til annet passende vern foreslås denne påfølgende hvilen utvidet. Etersom avlastningen vil inneholde perioder med passivt arbeid mener departementet det imidlertid ikke er nødvendig å kompensere hele den tapte hvileperioden. En utvidelse av hvilen med fem timer til 16 timer

bidrar til å kompensere for noe av den tapte hvilen, og sikrer arbeidstakeren restitusjon før en ny arbeidsperiode.

Dersom arbeidstiden blir mer enn 24 timer medfører det at arbeidstakerne ikke får avviklet den daglige hvilen innenfor døgnet i det hele tatt. Dette kan være i situasjoner hvor en avlastningsperiode varer fra slutten av en ordinære arbeidsdag til starten på den neste slik at den samlede arbeidstiden blir 32 timer, eller helgeavlastning som ofte varer helt opptil 48 timer. I disse tilfeller ville arbeidstaker uansett ha krav på 11 timer hvile før og etter arbeidsperioden. Departementet mener at avlaster da må sikres utvidet hvile på 16 timer (11 + 5) både før og etter arbeidsperioden. Dette vil delvis kompensere for den hvilen som ikke er avviklet i løpet av perioden, og sikre hvile og restitusjon både før og etter arbeidet.

Krav til utvidede hvileperioder vil få betydning i de tilfeller hvor avlasteren i tillegg til arbeidet som avlaster har en annen stilling i samme virksomhet. Et krav til hvile før og etter en avlastningsperiode vil i noen tilfeller være til hinder for at avlasteren går rett fra sin andre stilling og over i en avlastningsperiode eller har relativt kort arbeidsfri periode før neste arbeidsperiode.

Kravene om hvile i forbindelse med arbeidsperiode som avlaster vil også gjelde for arbeidstakere som går i skift- eller turnusordninger.

I tilfeller hvor det avtales en kortere avlastningsperiode mellom to arbeidsdager, for eksempel seks timer på kvelden, bør arbeidstaker og arbeidsgiver ved behov kunne avtale at den daglige hvilen kortes ned fra 11 timer, men ikke under åtte timer. Dette forutsetter at arbeidstakeren gis kompensierende hvile, slik at den neste hvileperioden må utvides tilsvarende. Det vil si at etter en daglig hvileperiode på åtte timer kan den neste daglige hvilen ikke være på mindre enn 14 timer sammenhengende.

Krav til skriftlig avtale

Departementet foreslår at arbeidsgiver og arbeidstaker må inngå en skriftlig avtale om en arbeidstidsordning for avlastingen. Det skal fremgå av avtalen hvor mange timer avlastning som skal gjennomføres per uke, og hvor lange sammenhengende perioder arbeidstakeren kan arbeide. Det må også tas inn i avtalen hvor lang samlet arbeidstid i gjennomsnitt arbeidstaker samtykker til. En slik skriftlig avtale *om hvile tilfredsstiller* arbeidsdirektivets krav om individuelt samtykke til arbeidstid utover 48 timer i gjennomsnitt.

Avstand mellom avlastningene

Det vil også være relevant hvor ofte en lang sammenhengende arbeidsperiode forekommer. En mulighet er å fastsette en begrensning på hvor ofte en avlaster kan arbeide som avlaster i en lengre sammenhengende periode.

Etter departementets vurdering vil de begrensningene som følger av en gjennomsnittsberegningsperiode på seks uker, kravet til ukentlig hvile og rammene for søndagsarbeid være tilstrekkelig. Departementet har derfor kommet til at det ikke er nødvendig å innføre en egen begrensning på hvor ofte slik avlastning kan forekomme.

Ukentlig hviletid

En avlastningsperiode på 48 timer i helgen kombinert med full arbeidsuke innebærer at arbeidstaker ikke får avviklet den ukentlige arbeidsfrie perioden innenfor en periode på syv dager. En arbeidstaker som gjennomfører en arbeidsperiode med avlastning på 48 timer sammenhengende en helg, kan oppfylle direktivets krav til hvile ved at arbeidstakeren

innenfor en periode på 14 dager minimum har to perioder på 24 timer, eller en sammenhengende periode på 48 timer arbeidsfri. Departementet foreslår derfor at forskriften åpner for at arbeidsgiver og arbeidstaker kan avtale at ukehvilen kan reduseres til 24 timer og avvikles samlet innenfor en periode på 14 dager i tilfeller der avlastning gjør det nødvendig.

Øvrige arbeidstidsbestemmelser

Arbeidsmiljøloven §§ 10-8 og 10-10 regulerer søndagsarbeid. Arbeidstakere kan avtale en arbeidstidsordning som i gjennomsnitt gir arbeidstakeren arbeidsfri annenhver søn- og helgedag over en periode på 26 uker.

En avlastningsordning som inneholder helgeavlastning som inkluderer søndag hver tredje eller fjerde uke, vil i utgangspunktet kunne gjennomføres uten at det er behov for unntak fra denne bestemmelsen. Dersom arbeidstakeren i tillegg har en annen stilling hos samme arbeidsgiver som også omfatter søndagsarbeid, kan det medføre en begrensning i hvor mange søndager det kan utføres arbeid. Grensene for søndagsarbeid vil sikre at arbeidstakerne ikke arbeider flere helgevakter som avlaster på rad, og totalt, enn det loven åpner for.

5 Departementets forslag til forskrift

1. Forskriften gjelder for arbeid som avlaster med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 bokstav d eller barnevernloven §4-4, når avlastningen skjer utenfor institusjon og avlasteren anses som arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 1-8.
2. Arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid gjelder med de presiseringer og unntak som følger av denne forskrift.
3. Forskrift 5. juli 2002 om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem § 6 gjelder ikke ved arbeid som omfattes av forskriften her.
4. For arbeidstakere som helt eller delvis er avlastere kan arbeidsgiver og arbeidstaker skriftlig avtale at den samlede arbeidstiden kan være inntil 60 timer i løpet av syv dager. Grensen på 60 timer kan gjennomsnittsberegnes for en periode på 6 uker.
5. Den samlede arbeidstiden kan ikke overstige 88 timer i noen enkelt uke.
6. For avlastere som har annen stilling i samme virksomhet, kan arbeid ut over arbeidsmiljøloven § 10-4 første og fjerde til sjette ledd bare benyttes til arbeid i avlasterordninger med mindre det er overtid i den stillingen som ikke er avlaster.
7. Arbeidsgiver og arbeidstaker kan skriftlig avtale at arbeidstaker skal arbeide som avlaster i inntil 48 timer sammenhengende.
8. (Arbeidsgiver og arbeidstaker kan avtale at den daglige arbeidsfrie perioden kortes ned.)
9. (Dersom en arbeidsperiode er mindre enn 16 timer skal arbeidstaker sikres kompensierende hvile.)
10. (Dersom en arbeidsperiode er mer enn 16 timer skal arbeidstaker sikres minst 16 timer sammenhengende arbeidsfri umiddelbart etter arbeidsperioden.)

11. (Dersom en arbeidsperiode er mer enn 24 timer skal arbeidstaker i tillegg sikres minst 16 timer sammenhengende arbeidsfri umiddelbart før arbeidsperioden.)
12. Dersom avlasting utføres i tilknytning til, eller mellom ordinære arbeidsperioder, kan den samlede arbeidstiden ikke overstige 48 timer. De ordinære arbeidsperiodene kan til sammen ikke utgjøre mer enn 16 timer.
13. Arbeidsgiver og arbeidstaker kan skriftlig avtale at ukehvilen forkortes til 24 timer der det er nødvendig for å gjennomføre helgeavlastning.

6 Økonomiske og administrative konsekvenser

Etter de såkalte avlasterdommene fra Høyesterett vil avlastere i de fleste tilfeller anses som arbeidstakere og ikke oppdragstakere, slik arbeidet er organisert i dag. Formålet med den aktuelle forskriften er å legge til rette for at eksisterende avlasterordninger skal kunne videreføres så langt som mulig innenfor denne rettstilstanden. Forskriften i seg selv innebærer ingen endringer i avlasternes juridiske status.

Forskriften vil ha som virkning at gjeldende avlasterordninger langt på vei vil kunne videreføres 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 jobbe som avlastere på en slik måte man gjør i dag. Det vil også være positivt for kommunene, som med en slik forskrift vil settes i stand til å videreføre et avlastertilbud og dermed oppfylle sine forpliktelser etter helse- og omsorgstjenesteloven og barnevernloven.

Forskriften kan innebære en noe økt bruk av belastende arbeidstidsordninger, ved at flere kan tenkes å inngå avtaler om arbeidstid opp til forskriftens grenser. Kravet om hviletid før/etter avlastningsoppdrag i en helg, vil kunne by på utfordringer blant annet for berørte enheter i kommunene hvor avlasterne har en annen stilling.

Det forhold at mange avlastere må anses som arbeidstakere, vil eventuelt kunne ha økonomiske konsekvenser for kommunene. Omfanget av dette vil kunne avhenge av hvilke avtaler om kompensasjon som inngås.