

Fylkesmannen i Telemark  
Postboks 2603  
3702 SKIEN

Deres ref.: 2017/371  
Vår ref.: 17/4482-3  
Saksbehandler: Ann-Kristin Wassvik  
Dato: 28.03.2017

## **Fylkesmannen i Telemark - Spørsmål om dom avsagt av Høyesterett 23.6.2016 "Avlaster 2-dommen" - Svar fra Helsedirektoratet**

Helsedirektoratet viser til Fylkesmannens brev av 10.2.2017 om den såkalte «Avlaster 2-dommen» avsagt av Høyesterett 23.6.2016. I dommen ble en kvinne som utførte arbeid som avlaster for en familie ansett som arbeidstaker i kommunen. Som følge av dommen må det legges til grunn at en avlaster normalt vil bli klassifisert som arbeidstakere etter lovgivningen, selv om avlastningen finner sted i avlasterens eget hjem, og selv om den nærmere gjennomføringen av avlastningen avtales direkte med brukeren (f.eks. familien). I brevet ber Fylkesmannen om en uttalelse fra Helsedirektoratet om hva slags informasjon som bør videreformidles til kommunene om rettstilstanden på feltet i kjølvannet av dommen.

Helsedirektoratet bemerker at dommen ikke gjelder helse- og omsorgstjenesteloven, eller andre lover som hører under Helsedirektoratets forvaltningsområde. Som Fylkesmannen skriver har dommen likevel konsekvenser for kommunenes avlastningstilbud slik de til nå har vært innrettet, og den har til en viss grad også innvirkning på kommunenes muligheter når det gjelder å tilrettelegge for fleksible og individuelt utformede avlastningstilbud slik helse- og omsorgstjenesteloven forutsetter. For eksempel vil sammenhengende avlastning med én avlaster f.eks. fra fredag kl. 16 til mandag kl. 08 stride mot regler om hviletid og arbeidstid, noe som medfører at slike ordninger som hovedregel ikke lenger vil være mulig.

Nedenfor følger derfor en gjennomgang av viktige forhold som kommunen må ta hensyn til i kjølvannet av den aktuelle dommen når det gjelder de helse- og omsorgsrettslige sidene av saken, herunder relevante plikter og rettigheter i helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven. Spørsmål som først og fremst gjelder de arbeidsrettslige sidene av saken må rettes til Arbeidstilsynet. For oversiktens skyld er fremstillingen delt inn i to kategorier; håndtering av eksisterende avlastningstilbud og innretning/utforming av fremtidige avlastningstilbud.

### Håndtering av eksisterende avlastningstilbud

Kommunene må forholde seg til løpende vedtak om avlastningstjenester på en måte som ligger innenfor helselovgivningens og forvaltningslovens rammer. Det er da viktig å understreke at dommen verken direkte eller indirekte har betydning for forståelsen av pasient- og brukerrettighetsloven eller helse- og omsorgstjenesteloven. Kommunen kan ikke lovlig unnlate

#### **Helsedirektoratet**

Avdeling omsorgstjenester

Ann-Kristin Wassvik, tlf.: +4724163066

Postboks 7000 St. Olavs plass, 0130 Oslo • Besøksadresse: Universitetsgata 2, Oslo • Tlf.: 810 20 050

Faks: 24 16 30 01 • Org.nr.: 983 544 622 • [postmottak@helsedir.no](mailto:postmottak@helsedir.no) • [www.helsedirektoratet.no](http://www.helsedirektoratet.no)

å yte avlastning til personer som har rett til dette etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a, jf. helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1 flg.

Dersom omlegging av igangsatte avlastningstilbud er eneste mulighet for å bringe avlasterens tjenesteforhold i samsvar med reglene i arbeidsmiljøloven eller gjeldende tariffavtale, vil dette i utgangspunktet kunne være et grunnlag for omgjøring av enkeltvedtak etter alminnelige forvaltningsrettslige regler, jf. forvaltningsloven § 35 siste ledd. For selve gjennomføringen av endringen vil Helsedirektoratet da vise til *IS-2442 Veileder for saksbehandling* kapittel 5 hvor reglene om omgjøring av enkeltvedtak etter er gitt en grundig omtale. Vi vil særlig fremheve følgende:

Omfattende endringer i et etablert tilbud om avlastning vil kunne ha store konsekvenser for de personene det gjelder. Det er da viktig å være oppmerksom på at helse- og omsorgstjenestelovens krav om at tjenestene skal være forsvarlige, jf. § 4-1, også gjelder gjennomføringen av eventuelle endringer i tjenestetilbudet. Det er særlig viktig å ivareta plikten til forhåndsvarsling og retten til å uttale seg, jf. forvaltningsloven §§ 16 og 17. Varselet må gis i god tid, og det er viktig at endringen gjennomføres i et forsvarlig tempo slik at pasienten/brukeren gis mulighet til å forberede og innrette seg på de kommende endringene. Det skal legges stor vekt på hva de berørte brukerne selv mener om hvordan et endret tjenestetilbud skal utformes, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1.

Også etter en eventuell endring må tjenestene være forsvarlige, og dekke den enkelte brukers rett til avlastning etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a. Endringene i tjenestetilbudet kan påklages til fylkesmannen etter de vanlige reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7.

#### Tilbud om og utforming av fremtidige avlastningstjenester

Som det fremgår ovenfor, innebærer dommen ingen endring av kommunens plikt til å yte avlastning til personer som har rett til dette etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a, jf. helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1 flg. Tjenestene skal være av forsvarlig og adekvat karakter, og tilbys etter en individuell vurdering av tjenestemottakerens behov og ønsker. Avlastningstiltak skal hindre overbelastning, gi omsorgsyter nødvendig fritid og ferie og mulighet til å delta i vanlige samfunnsaktiviteter. Det skal legges stor vekt på hva brukerne selv mener om utforming av tjenestene, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1.

De fleste tjenester og støttetiltak vil kunne virke avlastende for personer og familier med tyngende omsorgsoppgaver, og kommunen må benytte de muligheter og alternativer som foreligger for å utforme og tilby forsvarlige, fleksible og individuelt tilpassede avlastningstjenester i tråd med brukernes behov. Kommunen bør være i tett dialog med den enkelte bruker/familie om hvilke mulige tiltak eller kombinasjoner av tiltak som best kan dekke deres behov, herunder brukerstyrt personlig assistanse (BPA), avlastning/praktisk bistand i eget eller avlasterens hjem, omsorgslønn, avlastning i institusjon og bruk av velferdsteknologi. God koordinering av løpende tjenester og bruk av individuell plan vil kunne bidra til å avlaste pårørende med tyngende omsorgsoppgaver.

Når det gjelder muligheten til å organisere avlastningstjenester som BPA, vil Helsedirektoratet bemerke at selv om arbeidsmiljøloven gjelder også for assistenter i en BPA-ordning, gir brukerstyringen i en BPA-ordning gode muligheter for fleksibel og individuelt utformet

avlastning i tråd med brukerens behov. Personer med foreldreansvar for hjemmeboende barn under 18 år med nedsatt funksjonsevne kan ha *rett* til BPA, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1d første ledd. BPA kan imidlertid være en god løsning også for personer som faller utenfor rettighetsbestemmelsen.

Siden personer med tyngende omsorgsoppgaver som regel vil være i en pårørenderolle, vil også vise til veileder *IS-2587 Veileder om pårørende i helse- og omsorgstjenesten*. Veilederen omtaler involvering av og støtte til pårørende i hele helse- og omsorgstjenesten.

#### Avsluttende bemerkninger

Det har det vært stor oppmerksomhet om dommen etter at den ble avsagt. Som Fylkesmannen skriver i brevet har KS utarbeidet en veiledning til kommunene om konsekvensene av dommen, B-rundskriv 7-2016, som Helsedirektoratet anbefaler at kommunene leser. Dommen er også andre steder gitt bred omtale, bl.a. på nettstedet fritidforalle.no.

Når det gjelder videre arbeid, har Arbeids- og sosialdepartementet i Stortinget informert om at det er satt i gang et arbeid hvor det vurderes ulike løsninger i kjølvannet av dommen fra Høyesterett. Arbeidet pågår i samarbeid med arbeidslivets parter og berørte departementer, herunder KS og Helse- og omsorgsdepartementet. Målsettingen er å få en balansert løsning som ivaretar kommunenes behov for å organisere et forsvarlig og godt tjenestetilbud for sine brukere, og samtidig verner de som utfører arbeidet på en god måte.

Vennlig hilsen

Helga Katharina Haug e.f.  
avdelingsdirektør

Ann-Kristin Wassvik  
seniorrådgiver

*Dokumentet er godkjent elektronisk*

