

**ARBEIDSTAKERBEGREPET
– SÆRLIG OM DETS GRENSE MOT
OPPDRAGSTAKERBEGREPET**

En vurdering av de tradisjonelle begreper i lys av alternative
tilknytningsformer

Kandidatnummer: 518

Veileder: Tor Allstrin

Leveringsfrist: 25.11.2006

Til sammen 17.634 ord

15.11.2006

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Bakgrunn og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Definisjoner	3
1.3.1	”Arbeid”	3
1.3.2	”Arbeidsavtale”/”Oppdragsavtale”/”Tjenesteavtale”	4
1.3.3	”Oppdrag”/”Oppdragstaker”	4
1.3.4	”Arbeidsgiver”	4
1.3.5	”Arbeidstaker”/”Arbeidstakerkvalifiserende moment”	4
1.4	Videre opplegg og målsetning	5
2	<u>ARBEIDSTAKERBEGREPET</u>	6
2.1	Historikk	6
2.2	Betydningen av å fastlegge innholdet av begrepet	7
2.3	Utforming i lovverket	9
2.3.1	Utgangspunkt: arbeidsmiljøloven	9
2.3.2	Lov om ferie	14
2.3.3	Lov om folketrygd	16
2.3.4	Lov om skatt	17
2.3.5	Arbeidstakerbegrepet i Hovedtariffavtalen i kommunal sektor	20
2.4	Formålsbetraktninger	21
2.5	Kan det tales om en kjerne i arbeidstakerbegrepet, som kan legges til grunn på tvers av lovverket?	23
2.5.1	Arbeid	24
2.5.2	Vederlag	27
2.5.3	Arbeidets varighet og intensitet	28

2.5.4	Arbeidsavtalen	29
2.5.5	Kontroll og ledelse	31
2.5.6	Personlig arbeidsplikt	32
2.5.7	Utstyr, redskap, råvarer osv.	32
2.5.8	Risikofordeling	34
2.5.9	Sammenfatningsvis	35
2.6	Delkonklusjon	35
<u>3</u>	<u>OPPDRA GSTAKERBEGREPET</u>	<u>37</u>
3.1	Oppdragavtalen	37
3.2	Lovfestede rettigheter som oppdragstaker	39
3.3	Oppdragstakerforhold versus midlertidig ansettelse	39
<u>4</u>	<u>GRÅSONEN: GRENSEN ARBEIDSTAKER/OPPDRA GSTAKER</u>	<u>41</u>
4.1	Betydningen av å fastlegge grensen	41
4.2	Områder der problemet kommer på spissen	41
4.2.1	Støttekontakter	42
4.2.2	Brukerstyrt personlig assistanse	45
4.2.3	Fosterhjem	47
4.3	Momenter ved grensedragningen	48
4.4	Den relative vektleggingen av momentene	52
<u>5</u>	<u>KOMMUNERS BRUK AV ARBEIDSTAKERE VERSUS OPPDRAGSTAKERE – PRAKTISKE EKSEMPLER</u>	<u>54</u>
5.1	Hvorfor ”velge” det ene fremfor det andre? Står man fritt?	54
5.2	Eksempel 1: Haugesund kommune	55

5.3	Eksempel 2: Oslo kommune	56
<u>6</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>58</u>
6.1	Oppsummering	58
6.2	De lege ferenda	62
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>64</u>

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og problemstilling

Arbeidsretten er rettsreglene om arbeidsforholdet i videste forstand. Den omfatter reglene om arbeidsforhold, arbeidsavtaler og tariffavtaler, om løsning av konflikter som utspringer av slike avtaler (arbeidstvister), og om arbeidsformidling, arbeidstilsyn og arbeidervern. Det oppstår undertiden tvil om hvorvidt en tvist skal løses etter arbeidsrettslige regler. Dette gjelder særlig for de mer selvstendige oppdrag av forskjellig art. Her hevdes ledetråden å være at arbeidsretten rekker så langt som arbeidstakerbegrepet går.¹

De tradisjonelle arbeidsgiver- og arbeidstakerbegrepene har sitt utgangspunkt i forhold som oppstod i forbindelse med industrialiseringen.² Kjernen i arbeidstakerbegrepet er derfor preget av at det opprinnelig gjaldt industriarbeidere, selv om også andre grupper ble inkludert etter at rettsdannelsen som følge av den industrielle revolusjon manifesterte seg i individuell og kollektiv arbeidsrett. Vår tids samfunnsforhold byr imidlertid på nye utfordringer og nye behov, og de arbeidsrettslige begreper må forstås i lys av dette. Dette nødvendiggjør en gjennomgang av begrepene og eventuelt en tilpasning til dagens situasjon.

Det erfares i stadig større grad at det tradisjonelle arbeidstakerbegrepet, slik det vokste frem etter lang tids industrialisering, ikke lenger passer like godt i våre dager. Nye og til dels lite regulerte former for arbeid skaper alternative tilknytningsformer til arbeidsgiver og arbeidslivet generelt, som ikke lar seg kategorisere som et tradisjonelt arbeidsforhold. Det oppstår da andre rettigheter og plikter på begge parters side enn de som følger av ordinære ansettelsesavtaler. I denne forbindelse må det også tas stilling til i hvilken grad det må slås

¹ Jakhelln (1998) side 580

² Høien (1995) side 19, Friberg (1994) side 36 flg.

ned på og skjæres gjennom ved eventuelle forsøk på omgåelser av lovverket som følge av denne situasjonen. Legges partenes enighet og oppfatning utelukkende til grunn, eller skal de reelle forhold få avgjørende betydning?

Problemet oppstår når man befinner seg i grenselandet mellom arbeidstakerbegrepet og andre, mer selvstendige tilknytningsformer. Det er også denne gråsonen som har hovedfokus i denne avhandlingen. I nyere tid har nye og lite regulerte avtaletyper i arbeidslivet aktualisert problemstillingen, særlig i helse- og omsorgssektoren. Kommunene har lite regelverk å forholde seg til når det gjelder praktiske ordninger som for eksempel støttekontaktforhold, brukerstyrt personlig assistanse til funksjonshemmede og fosterhjem. Det er av stor betydning å fastlegge grensen i så stor utstrekning som overhodet mulig, samt hvorvidt arbeidstakerbegrepet er entydig i gjeldende rett. Konkluderes det i disse spørsmålene, har man langt på vei tilstrekkelig verktøy til å avgjøre hvilke lovbestemmelser som kommer til anvendelse i en gitt situasjon, og således hvilke rettigheter og plikter vedkommende har i sitt tilknytningsforhold til arbeidslivet. Drøftelsen knyttes etter hvert konkret opp mot de nevnte arbeidsgruppene i kommunal sektor.

1.2 Avgrensning

Den stadig økende grad av globalisering medfører i våre dager et behov for å se arbeidstakerbegrepet også i et internasjonalt lys. Av særlig betydning er EØS-avtalen³ – gjennom denne og den tilhørende EØS-loven⁴ gis norske arbeidstakere visse rettigheter på lik linje som arbeidstakere i EU-land. Etter EØS-avtalens artikkel 28 skal det være fri bevegelse av arbeidstakere mellom EU-land og EFTA-land, hvilket betyr at arbeidstakerbegrepet får betydning også i en slik sammenheng.

³ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

⁴ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v., 27.november 1992 nr.109

Norsk rett presumeres å være i samsvar med både EU-retten og folkeretten. Det fører allikevel for langt å drøfte arbeidstakerbegrepet i et slikt internasjonalt lys i denne sammenheng. En slik gjennomgang kan blant annet tenkes å konkludere med andre *kriterier* for grensedragningen omkring begrepet og særlig for grensen mot selvstendige oppdragstakere som ikke omfattes av avtalen.⁵ Nettopp av hensyn til dette presumsjonsprinsippet, samt av hensyn til oppgavens tema og avgrensning, behandles ikke EØS-rettslige problemstillinger nærmere i det følgende.

1.3 Definisjoner

Det følger av oppgavens art at ingen klare definisjoner kan fremsettes i innledningskapitlet. Det er nettopp disse spørsmål som søkes klargjort og gjennomgått i arbeidet, og de følgende definisjoner må oppfattes som en begrepsforklaring og terminologisk oversikt over dette konkrete arbeidet, snarere enn et forsøk på å redegjøre for innholdet av begrepene en gang for alle.

1.3.1 "Arbeid"

Arbeid er det grunnleggende element i enhver tjenesteavtale. Innholdet av begrepet kan variere, og en holdbar og endelig definisjon kan vanskelig fremsettes. Utførelsesmetode og graden av selvstendighet ved utførelsen vil variere. Det kreves heller ikke konsekvent at arbeidet har noen økonomisk verdi, men dette er ofte tilfellet. Dette er noe av grunnen til at arbeidstakerbegrepet er så vidt uklart. Når det i det følgende tales om arbeid, er det derfor det tradisjonelle arbeidsforhold forfatteren har i tankene, med ytelsesplikt overfor en arbeidsgiver og vederlag i bytte mot innsatsen. I skatteretten defineres arbeid ofte uformelt som personlig innsats med økonomisk karakter – dette kan være et holdepunkt også her.

⁵ E-post fra professor Finn Arnesen, Senter for europarett (Universitetet i Oslo), 30.oktober 2006

1.3.2 "Arbeidsavtale"/"Oppdragsavtale"/"Tjenesteavtale"

Partene i en arbeidsavtale er arbeidstaker og arbeidsgiver – det tenkes her på et tradisjonelt scenario der arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver. En oppdragsavtale inngås mellom oppdragstaker og oppdragsgiver, og førstnevnte bærer risikoen for resultatet av det utførte arbeidet. Som et felles begrep på de to nevnte avtaletyper benyttes i det følgende begrepet tjenesteavtale.

1.3.3 "Oppdrag"/"Oppdragstaker"

Her er det tale om at den som påtar seg et arbeid, utfører dette for egen regning og risiko. Avtalen innebærer et løfte om et visst arbeidsresultat.⁶

1.3.4 "Arbeidsgiver"

Begrepet innebærer en motsats til arbeidstakerbegrepet og forutsetter derfor et arbeidstakerbegrep av et visst innhold. I arbeidsmiljølovens⁷ definisjon er arbeidsgiver den som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste, jf § 1-8(2), og som følgelig har styringsrett ovenfor arbeidstaker.

1.3.5 "Arbeidstaker"/"Arbeidstakerkvalifiserende moment"

Den tradisjonelle definisjon går ut på at begrepet omfatter enhver som utfører arbeid i annens tjeneste, jf blant annet arbeidsmiljøloven § 1-8(1). De nærmere kriterier for status som arbeidstaker søkes fastlagt i dette arbeidet. I denne prosessen behandles ulike momenter under henvisning til at disse kan tenkes å være typisk betegnende for en arbeidstaker, eventuelt også i den grad at når et slikt moment først er tilstede, taler det for å

⁶ Jakhelln (1998) side 582

⁷ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven), 17.juni 2005 nr 62

klassifisere forholdet som et arbeidstakerforhold. I det følgende kalles dette arbeidstakerkvalifiserende momenter.⁸

1.4 Videre opplegg og målsetning

Spørsmålet i avhandlingen er om det tradisjonelle arbeidstakerbegrep uten videre kan legges like absolutt til grunn. Arbeidsrettslige og samfunnsmessige nyvinninger gjør at begrepet må vurderes med hensyn til nye yrker, andre kontraktstyper og endringer i samfunnet generelt. Oppgavens hovedfokus legges på grensen mellom arbeidstakerbegrepet og oppdragstakerbegrepet slik disse har vokst frem i teori og praksis, samt på å trekke ut momenter som kan bidra ved denne gresedragningen fra ulike rettskilder. Dette er av særlig interesse og viktighet ved nyere tilknytningsformer som ikke passer inn i de tradisjonelle begrepene, så som de ovennevnte grupper i omsorgssektoren. Videre er det av betydning for fastleggelsen av rettigheter og plikter å belyse arbeidstakerbegrepet som sådan, og i hvilken grad dette begrepet må sies å være relativt, i den forstand at det tolkes ulikt i forskjellige sammenhenger. Jeg legger som utgangspunkt til grunn at det finnes en kjerne i begrepet, og denne søkes fastlagt i det følgende. Problemstillingen gjøres praktisk ved bruk av faktiske eksempler fra felt der disse spørsmålene har kommet på spissen og vist seg vanskelige å håndtere, samt ved å vurdere situasjonen der det er tale om forsøk på omgåelse av lovverket ved å benytte seg av en viss type kontrakt fremfor en annen.

⁸ Fougner (1989) side 22

2 Arbeidstakerbegrepet

2.1 Historikk

Som nevnt i innledningen har ikke forholdene alltid vært de samme for personer med tilknytning til arbeidslivet. Endrede samfunnsforhold, og endrede lovregler som en naturlig konsekvens av dette, har over tid ført til at arbeidsrettens begreper kan tenkes å ha fått et ganske annet innhold enn de hadde i sin opprinnelige form.⁹

For det første har det vært en enorm utvikling hva selve arbeidet angår. Samfunnet byr i dag på andre utfordringer enn på 1800-tallet – hvor lovgiver i eldre tid utelukkende hadde fokus på industriarbeidere, ble blikket etter hvert rettet også mot servicearbeidere av ulike slag. Av denne grunn alene må det altså åpnes for å utvide arbeidstakerbegrepet – serviceyrkene passer kanskje ikke inn i det tradisjonelle ”industriarbeiderbegrepet”, men det er liten tvil om at slike yrkesgrupper ikke kategorisk kan utelukkes fra dagens arbeidervernlovgivning!

For det annet har lovgivningen gjennomgått vesentlig utvikling og endring. Fra en enkel lovgivning som knesatte visse ufravikelige regler om arbeidernes kår på det helt elementære plan, har utviklingen gått i retning av et gjennomregulert og omfattende regelsystem, med fokus på arbeidstakerens stilling ved ansettelse, på arbeidsplassen, ved sykdom og ved avslutningen av et arbeidsforhold. Lovgivningen har fått et videre anvendelsesområde. Systemet med lovbestemte rettigheter og plikter for arbeidslivets parter har etter hvert lang tradisjon i Norge, men hvilke arbeidere som ble ansett viktige å bistå gjennom lover og regler, har variert med tiden.

⁹ Bl.a. Jakhelln (2006) side 141 flg.

Med industrialismens gjennombrudd mot slutten av 1800-tallet fulgte nye behov for regler og vern for arbeiderne. Fremveksten av fabrikker førte til at den typiske arbeidstaker nå var fabrikkarbeider, og de arbeidsrettslige begreper fikk således innhold i samsvar med dette.

Området for arbeidervernlovgivningen – og med dette selve arbeidstakerbegrepet – har blitt utvidet gjennom denne prosessen. Det tradisjonelle arbeidstakerbegrepet var preget av ensartet arbeid og høy grad av kontroll og styring. Fra å omfatte hovedsakelig industriarbeidere ble det i takt med samfunnsutviklingen utvidet til å omfatte også ansatte i handels- og kontorvirksomhet og i offentlig forvaltning. Det er derfor ikke en fjerntliggende tanke at begrepet kan være i fortsatt utvikling og endring. Det er naturlig at dagens arbeidere ikke faller enkelt inn under det tradisjonelle arbeidstakerbegrepet. Det må derfor tas grep for å kartlegge hva som ligger i vår tids arbeidstakerbegrep, samt hvordan de grensetilfeller som oppstår i kjølvannet av en slik utvikling skal behandles.

2.2 Betydningen av å fastlegge innholdet av begrepet

En rekke lover bygger på arbeidstakerbegrepet og gir forskjellige regler for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende/oppdragstakere, slik at arbeidstakere gis en bedre rettsstilling overfor arbeidsgiver enn oppdragstaker overfor oppdragsgiver.

Av lover som kun gis anvendelse for arbeidstakere nevnes først og fremst arbeidsmiljøloven og ferieloven¹⁰. En rekke andre lover sier uttrykkelig at hele eller deler av den kun får anvendelse for arbeidstakere, men ikke alle disse er av like stor interesse i denne omgang.¹¹ Det skal imidlertid nevnes at folketrygdloven¹², med sine grunnleggende

¹⁰ Lov om ferie, 29.april 1988 nr.21

¹¹ Her kan blant annet Lov om fordringshavernes dekningsrett, 8.juni 1984 nr.59 (dekningsloven) (bestemmelsene om lønnskrav), Lov om lønnsplikt under permittering, 6.mai 1988 nr.22 (permitteringslønnsloven), Lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v., 14.des. 1973 nr.61 (lønnsgarantiloven), Lov om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere, 17.april 1970 nr.21(arbeidstakeroppfinnelsesloven) og Lov om likestilling mellom kjønnene, 9.juni 1978 nr.45, nevnes som eksempler.

¹² Lov om folketrygd, 28.feb. 1997 nr.19

rettigheter, i enkelte bestemmelser gir arbeidstaker en vesentlig bedre rettsstilling enn en oppdragstaker.¹³

For tjenesteyteren er det av avgjørende betydning for hans rettigheter og plikter om han er arbeidstaker eller oppdragstaker. I et arbeidstakerforhold er disse dels lovfestet og dels ulovfestet. Høyesterett har for eksempel slått klart fast i sin praksis at arbeidsgiver har en viss styringsrett overfor arbeidstaker, og at arbeidstaker som en følge av dette har underordningsplikt i forhold til arbeidsgiver. Dette betegnes av Høyesterett som arbeidsgivers restkompetanse. Er tjenesteyter derimot oppdragstaker, skjer all styring gjennom den konkrete kontrakten. Partene står altså friere til å avtale innholdet.

Det er også av betydning for arbeidsgiversiden å bringe på det rene hvem som er arbeidstaker i lovens forstand og hvem som ikke er det. Etter folketrygdlovens § 23-2, første ledd, plikter arbeidsgiver å betale arbeidsgiveravgift til folketrygden av lønn og annen godtgjørelse for arbeid og oppdrag i og utenfor tjenesteforhold som han plikter å innberette. I annet ledd gjøres det imidlertid unntak når arbeidet eller oppdraget er utført som ledd i selvstendig næringsvirksomhet. Vurderingstemaet blir således et noe annet her enn i de ovennevnte lover. Det er imidlertid begrenset hvor tungt partenes forhold til offentlige myndigheter kan veie – det kan altså ikke ukritisk legges til grunn at dersom det er betalt arbeidsgiveravgift, foreligger et arbeidstakerforhold. Dette er slått fast i Rt.1984 side 1044 (Homeparties), der en kvinne hadde solgt kjøkkenartikler av merket ”Tupperware” og ble ansett for å falle utenfor arbeidstakerbegrepet i ferieloven og arbeidsmiljøloven selv om det var foretatt forskuddstrekk, beregnet arbeidsgiveravgift og foretatt innmelding i trygdekassen, jf dommens side 1049:

”Jeg legger ingen vekt på at selgerne og gruppelederne tidligere ble trukket for skatt, at det ble betalt arbeidsgiveravgift og at de var innmeldt i trygdekassen. Dette

¹³ Jakhell (2000) side 1086 flg.

skulle også skje utenfor tjenesteforhold for andre enn selvstendige næringsdrivende.”

Tilknytningsformen til arbeidslivet har videre skattemessig betydning. Hvorvidt skattyter lignes som arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende kan få store økonomiske konsekvenser for vedkommende.

Det kan tenkes mange flere eksempler. I det følgende begrenses fremstillingen til noen utvalgte, praktiske lover.

2.3 Utforming i lovverket

2.3.1 Utgangspunkt: arbeidsmiljøloven

Flere lover opererer med en noenlunde likelydende definisjon av begrepet arbeidstaker, typisk med hovedvekt på at vedkommende må utføre arbeid i annens tjeneste. Det kan imidlertid ikke legges til grunn uten videre at begrepet må tolkes likt i samtlige lovtekster det forekommer. Det er dette som ligger i spørsmålet omkring det eventuelle relative arbeidstakerbegrep nevnt innledningsvis.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i gjeldende arbeidsmiljølov, da denne er arbeidslivets rammelov og i stor grad setter standarden for hva som aksepteres og kreves i norsk arbeidsrett. Andre lover kan imidlertid ha andre formål som gjør at arbeidstakerbegrepet må tolkes annerledes enn i arbeidsmiljøloven. Dette kan – i ytterste konsekvens – føre til at en som anses som arbeidstaker i en relasjon, ikke gjør det i en annen. Det kan stilles spørsmål ved hvor heldig det er med en slik utforming – hensynet til enkelhet i lovverket tilsier et mest mulig homogent arbeidstakerbegrep. Under de følgende punkter går jeg gjennom enkelte sentrale lover hvor begrepet forekommer, i den hensikt å undersøke blant annet formålets betydning for innholdet, og videre konsekvensen av eventuelle forskjeller i innholdet.

Arbeidsmiljøloven definerer arbeidstakerbegrepet som enhver som utfører arbeid i annens tjeneste, jf § 1-8(1). Arbeidsmiljøloven av 17.juni 2005 avløste 1977-loven¹⁴, og det forutsettes i forarbeidene at arbeidstakerbegrepet skal ha samme innhold i 2005-loven.¹⁵ Rettspraksis og teori omhandlende begrepet i 1977-loven er således fortsatt av betydning ved tolkingen.

Ved fastleggelsen av begrepet under arbeidsmiljøloven fremheves gjerne særlig ett særtrekk, nemlig arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren, og som en konsekvens av dette arbeidsgivers styringsrett i arbeidsforholdet. Dette gir seg videre utslag i særlig to ting: For det første er arbeidstakeren normalt økonomisk avhengig som lønnsinntaker. For det annet står han i et organisatorisk avhengighetsforhold som innebærer en underordning i forhold til arbeidsgiver. Rettspraksis gir imidlertid anvisning på en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet, jf blant annet Rt.1990 side 903¹⁶ og Rt.1994 side 1064 (Bye)¹⁷, der en rekke momenter går igjen som relevante. Flere av disse momentene er også nevnt i forarbeidene til eldre lover¹⁸ og gjentatt i forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven.

For det første kan arbeidstakerens eventuelle plikt til å utføre arbeidet personlig tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold. En typisk arbeidstaker i arbeidsmiljølovens forstand har ikke adgang til å bruke medhjelpere for egen regning. Det er imidlertid lagt til grunn i

¹⁴ Lov om arbeidsmiljø, 4.februar 1977 nr.4

¹⁵ NOU 2004:5 kapittel 10.5, fulgt opp i Ot.prp. nr.49 (2004/2005) kapittel 6

¹⁶ Kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg vedrørende spørsmålet om to telefonkonsulenter var ugyldig avskjediget, og om saken kunne fremmes i arbeidsmiljølovens former. Kjæremålsutvalget kom etter en helhetsvurdering til at de to var å anse som arbeidstakere, og stillingsvernet i arbeidsmiljøloven kom således til anvendelse. Kjennelsen gikk ut på at saken skulle fremmes.

¹⁷ Skatterettsdom der tvisten gjaldt grensen mellom arbeidsinntekt og virksomhetsinntekt. Høyesterett kom til at det ikke forelå noe ansettelsesforhold, og Byes inntekt var å anse som virksomhetsinntekt. Bye organiserte sitt arbeid gjennom et aksjeselskap som han hadde stiftet sammen med ektefellen.

¹⁸ Sentrale forarbeider er Ot.prp. nr.31 (1935) (arbeidervernloven), Ot.prp. nr.104 (1947) (gammel ferielov), Ot.prp. nr.3 (1975-76) (gammel arbeidsmiljølov) og Ot.prp. nr.54 (1986-87) (ferieloven).

rettspraksis at det ikke er noe absolutt *vilkår* for å passere som arbeidstaker at det foreligger personlig arbeidsplikt, i den forstand at dersom arbeidsplikten ikke er fremtredende faller vedkommende automatisk utenfor arbeidstakerbegrepet, jf blant annet Rt.1968 side 725 (Hjemmearbeiderdommen).¹⁹ Personlig arbeidsplikt er således intet nødvendig vilkår, men det antas å som regel være tilstede i et arbeidstakerforhold. Jo større selvstendighet den som utfører arbeidet har på dette punkt, desto mindre grunn er det til å underkaste arbeidsavtalen arbeidsrettslige regler, og motsatt.

Videre vil den prototypiske arbeidstaker ha plikt til å underordne seg arbeidsgivers ledelse og kontroll av arbeidet. Det hender at arbeidsgivers instruksjonsadgang er begrenset av ulike grunner, for eksempel fordi vedkommende ikke har den nødvendige faglige innsikt, eller fordi det følger av avtalen at arbeidstakeren skal ha en fri og selvstendig rolle.²⁰ Som eksempel nevnes gjerne personer som er høyt kvalifiserte innen vitenskap eller kunstneriske fag, hvor arbeidsytelsen etter sin art er avhengig av arbeidstakerens personlighet. Høyesterett har imidlertid ikke sett dette som avgjørende – forholdet kan likevel betraktes som en ordinær arbeidsavtale. I Rt.1958 side 1229 ble for eksempel to sceneinstruktører ansett som arbeidstakere, selv om de to var underlagt svært begrenset instruks og kontroll fra arbeidsgiver. Avtalen ble ansett å være knyttet til deres person og ikke til iscenesettelsen som arbeidsresultat. Dette er kontroversielt, da også flere andre momenter talte imot å anse forholdet som et arbeidstakerforhold.²¹ I underrettspraksis har det vært lagt til grunn at arbeidsgivers kontroll og ledelse er en forutsetning for ethvert

¹⁹ En hjemmearbeidende i skotøybransjen ble å anse som arbeidstaker i ferielovens forstand, og hadde således krav på feriegodtgjørelse.

²⁰ Jakhelln (2006) side 33

²¹ Til illustrasjon nevnes også Rt.1990 side 903, presentert i note 12 over. Man hadde ikke her med kunstnere eller vitenskapsmenn å gjøre, men det rettskildemessige poeng kommer allikevel klart frem. Det var her som nevnt tale om to telefonkonsulenter som etter lagmannsrettens og Høyesteretts kjæremålsutvalgs mening var å anse som arbeidstakere. Også her ble det uttalt at man ikke utelukkende kan legge vekt på arbeidstidsordning, arbeidsplikt og grad av selvstendighet – selv om konsulentene falt utenfor arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep hva disse typiske momentene angikk, måtte man foreta en helhetsvurdering der alle omstendigheter ble tatt med.

arbeidstakerforhold, men dette kan neppe kreves.²² Tilstedeværelsen av momentet er imidlertid en sterk indikasjon på at det foreligger et arbeidstakerforhold, selv om dette også kan bli løsningen uten at det foreligger, som i ovennevnte dom. Også i Rt.1984 side 1044 (Homeparties) ble det forutsatt at i hvilken utstrekning selgerne var underlagt sin overordnede kontroll og ledelse måtte tillegges betydning ved avgrensningen av arbeidstakerbegrepet.

Derneft har det at arbeidsgiver stiller til rådighet arbeidsrom, redskap, maskiner, materialer eller nødvendige hjelpemidler blitt ansett som å tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold i arbeidsmiljølovens forstand. Dette gjelder imidlertid ikke uten modifikasjoner – at den ansatte skal holde seg selv med verktøy eller stille med egen traktor, vil ikke automatisk frata forholdet sin karakter av en arbeidsavtale.²³ Et praktisk eksempel er bruk av egen bil – dette er vanlig i arbeid som omtalt i oppgavens kapittel 4.

Et tradisjonelt tungtveiende moment er også at arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet. Arbeidsavtaler refererer seg til den ansattes arbeidskraft og ikke til noe spesielt produkt eller resultat, i motsetning til blant annet verkskontrakter, der avtalen innebærer et løfte om et visst arbeidsresultat. Sistnevnte er et klart eksempel på et oppdragsforhold, som behandles under punkt 3. Det er imidlertid tilfellene som ligger i mellom disse ytterpunktene som skaper uklarheter, og i disse tilfellene kan spørsmålet om hvem som bærer risikoen gi en viss veiledning. Hvem som bærer risikoen følger i utgangspunktet av en tolkning av den konkrete avtale.

Det fremholdes også ofte som et moment at arbeidstakeren mottar lønn eller annet vederlag for arbeidet. Dette må imidlertid modifieres noe – i arbeidsmiljøloven, som har hovedfokus i denne omgang, kreves ikke eksplisitt at arbeidet er betalt for at utføreren skal

²² Fougner (2003) side 89

²³ Normen er utviklet og fulgt opp i rettspraksis, jf ARD 1968 side 36, ARD 1991 side 140 og ARD 1996 side 91. Avgjørelsene gjaldt tolkningen av arbeidstakerdefinisjonen i ulike tariffavtaler – at lastebiler og traktorer var eid av sjåføren eller såkalte maskinlag, ble ikke ansett avgjørende.

kvalifisere som arbeidstaker i lovens forstand.²⁴ Dette momentet kan altså ikke være utslagsgivende i avgjørelsen av hvorvidt det foreligger et arbeidstakerforhold i relasjon til arbeidsmiljøloven. Til dette kommer at enkelte bestemmelser, for eksempel arbeidsmiljøloven § 10-6 om overtid, hviler på en forutsetning om at arbeidet er betalt.²⁵

Et annet såkalt arbeidstakerkvalifiserende moment er at tilknytningsforholdet mellom avtalens parter har en stabil karakter, og at avtalen er oppsigelig med bestemte frister.

De ovennevnte momenter utgjør ingen uttømmende liste. Alle omstendigheter må som nevnt tas i betraktning, og det konkrete avtaleforhold må vurderes i lys av arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep slik det er beskrevet i forarbeider, teori og rettspraksis.

Den avgjørende grensedragningen er som nevnt i innledningen den mot selvstendige oppdragstakere. Det er også i denne relasjon at de ovenfor fremsatte momenter gir veiledning. Er det allikevel tvil om hvorvidt et forhold må klassifiseres som arbeids- eller oppdragstakerforhold, gir forarbeidene anvisning på en konkret vurdering av om arbeidsforholdet ”... i hovedsak har karakter av et ansettelsesforhold”.²⁶ Det nevnes imidlertid for ordens skyld – og for å se det fullstendige bildet - at arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven også må avgrenses mot tillitsverv og andre personer som er utnevnt eller valgt – disse vil i utgangspunktet ikke regnes som arbeidstakere i lovens forstand.²⁷ Videre må det tas hensyn til visse grupper som uavhengig av typiske momenter og karakteristika allikevel regnes som arbeidstakere i arbeidsmiljøloven i forhold til enkelte bestemmelser

²⁴ Ot.prp. nr.31 (1935), som den gamle arbeidsmiljøloven bygger på. Systemet antas videreført i ny lov.

²⁵ Lovens virksomhetsbegrep impliserer også at arbeidet har en økonomisk side, jf Jakhelln (2006) side 43 flg. Loven bruker uttrykket som en betegnelse for driftsmessige aktiviteter som ledes av en arbeidsgiver innen en organisatorisk ramme. Som eksempel nevnes at man ikke vernes av arbeidsmiljøloven dersom man bistår en nabo med å klippe plenen, fordi naboen ikke er å anse som noen virksomhet i lovens forstand.

²⁶ NOU 2004:5 kapittel 10.5

²⁷ Rt.1995 side 2018, Rt.1987 side 424

om helse, miljø og sikkerhet, så som for eksempel elever, vernepliktige og innsatte i fengselsvesenets anstalter. Denne utvidelsen av begrepet er hjemlet i arbeidsmiljølovens § 1-6(1) og har sin bakgrunn i at enkelte grupper i enkelte situasjoner kan ha samme behov for vern mot for eksempel ulykker og skader som arbeidstakere. Regelen er i sitt innhold videreført fra den gamle arbeidsmiljøloven og representerer således ikke noe nytt i arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep.

Oppregningen av momenter kan i beste fall ses som en rettesnor i avgjørelsen av hvorvidt et konkret forhold blir å anse som et arbeidstakerforhold. Dette er også forutsatt i forarbeidene til gjeldende arbeidsmiljølov, og uttalt av Høyesterett allerede i Rt.1968 side 725 (Hjemmearbeiderdommen). På side 730, fra lagmannsrettens premisser som Høyesterett i det vesentligste tiltrer, heter det at forarbeidenes momentliste

"[...] må betraktes som eksempler som indikerer at et arbeidsforhold går inn under loven. Det er ikke dermed sagt at arbeidsforhold som i større eller mindre utstrekning savner disse kriterier, skal falle utenfor."

Når det er sagt, vil nok momenter som personlig arbeidsplikt – som var gjenstand for diskusjon i den nevnte sak - *normalt* være en forutsetning for et arbeidstakerforhold, og i alle fall være et moment som trekker sterkt i retning av å klassifisere forholdet som et arbeidstakerforhold når det først er tilstede.²⁸

2.3.2 Lov om ferie

Etter ferieloven har "enhver som utfører arbeid i annens tjeneste...rett til ferie etter denne lov", jf § 2(1). I note nr.1 til bestemmelsen henvises også til arbeidsmiljøloven § 1-8. Ferielovens arbeidstakerbegrep antas å være i stor utstrekning sammenfallende med

²⁸ Fougner (2003) side 89

arbeidsmiljølovens begrep.²⁹ Dette gjelder imidlertid ikke fullt ut – det er enkelte forskjeller som trenger forklaring.

For det første følger det av ferielovens system at det kun er arbeidsforhold hvor det gis vederlag i form av penger som kan kvalifisere som arbeidstakerforhold, jf blant annet lovens § 10 forutsetningsvis. Dette i kontrast til arbeidsmiljøloven, som i utgangspunktet også verner frivillig, ubetalt arbeidsinnsats - dette gjelder allikevel med de forbehold som er drøftet over i punkt 2.3.1 om at enkelte bestemmelser i arbeidsmiljøloven forutsetter betaling.

For det annet omfatter ikke arbeidsmiljøloven arbeidsforhold hvor arbeidsgiver ikke driver en virksomhet i lovens forstand, jf lovens § 1-2(1) og note 21 over. Ferieloven oppstiller *etter sin ordlyd* ikke noe slikt vilkår. En arbeidstaker som inngår en arbeidsavtale med en arbeidsgiver som ikke driver fast organisert virksomhet, kan derfor i teorien allikevel være arbeidstaker i ferielovens forstand og dermed ha rett til ferie og feriepenger etter loven.³⁰ Dette er et eksempel på at vedkommende faller inn under en lovs arbeidstakerbegrep men etter ordlyden utenfor en annens – han eller hun får således rettigheter etter ferieloven, men ikke vern etter arbeidsmiljøloven. Dette er ingen praktisk problemstilling, men kan teoretisk finne sted og nevnes av hensyn til avhandlingens forsøk på å finne frem til et arbeidstakerbegrep som kan legges til grunn på tvers av lovverket, jf punkt 2.5.

Høyesterett uttalte i Rt.1984 side 1044 (Homeparties) at ferielovens arbeidstakerbegrep må gis en vid tolkning, basert på den linjen domstolen har lagt seg på i en rekke tidligere avsagte dommer.³¹ Dette følger også av det som er sagt over om ferielovens anvendelsesområde sammenlignet med arbeidsmiljøloven – arbeidstakerbegrepet omfatter mer i relasjon til ferieloven enn til arbeidsmiljøloven med hensyn til hvem som kan være arbeidsgiver, mens tilfellet er det motsatte når det gjelder vederlagsmomentet.

²⁹ Rt.1984 side 1044 (Homeparties)

³⁰ Friberg (1994) side 36

³¹ Rt.1958 side 1229 (Sceneinstruktør), Rt.1968 side 725 (Hjemmearbeiderdommen).

Ved arbeidet med den gamle ferieloven³² gikk komitèen ut fra det arbeidstakerbegrep som allerede eksisterte i foreliggende lovgivning, med tilhørende kriterier for avgrensning, og foreslo dette som ramme også for den kommende ferielov. Man valgte å ikke lovfeste kriteriene, men la til grunn at disse var de samme som tidligere var brukt i forbindelse med andre lover. Det ble derfor ikke sagt annet enn at en person vil falle inn under ferieloven når han etter sine arbeids- og tilsetningsforhold må sies å stå i et avhengig arbeids- eller tjenesteforhold, der det var av betydning hvorvidt det forelå personlig arbeidsplikt, utbredt instruksjonsadgang fra arbeidsgivers side, avtalte oppsigelsesfrister, periodisk vederlag samt hvilken part som må sies å ha risikoen.³³ Dette er alle momenter nevnt ovenfor under drøftelsen av arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep.

Vurderingstema blir i stor utstrekning det samme etter ferieloven som etter arbeidsmiljøloven. Enkelte momenter slår imidlertid ulikt ut under de to regelsettene, og fører til at arbeidstakerbegrepet i noen situasjoner favner noe videre i ferieloven enn i arbeidsmiljøloven, og motsatt i andre situasjoner.

2.3.3 Lov om folketrygd

Utgangspunktet er det samme i folketrygdloven som i ferieloven og arbeidsmiljøloven, nemlig det at en arbeidstaker i lovens forstand er en som arbeider i annens tjeneste. I likhet med i ferieloven, men i mulig motsetning til arbeidsmiljøloven, kreves imidlertid i folketrygdloven § 1-8 at dette arbeidet gir rett til lønn eller annen godtgjørelse. For å få det komplette bildet må det også avgrenses mot frilansere og selvstendig næringsdrivende, da rettighetene varierer noe med hvilken status tjenesteyter har, og det kan tenkes tvilstilfeller.

Begrepet frilanser må ses som en mellomgruppe mellom arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Det oppstår således to grupper av grensetilfeller. Det fremholdes i

³² Ferielovkomiteen av 1946 – Lov om ferie, 14.november 1947 nr.3

³³ Friberg (1994) side 37

juridisk teori at grensedragningen må skje etter de samme momenter som i andre lover der begrepene forekommer.³⁴ Det dreier seg altså også her om vurderinger i forhold til eventuell personlig arbeidsplikt, driftsmidler, instruksjon og kontroll samt risikobetraktninger.

Konsekvensen av å fastlegge innholdet av folketrygdlovens arbeidstakerbegrep er først og fremst av utmålingsmessig art. Som eksempel nevnes at arbeidstakere etter loven har krav på sykepenger tilsvarende 100 % av sykepengegrunnlaget, jf folketrygdloven § 8-16, mens dekningen for selvstendig næringsdrivende er begrenset til 65 %.

Arbeidstakerbegrepet antas altså å ha i det vesentlige det samme innhold som i arbeidsmiljøloven, men også her må det være et vilkår at arbeidet er betalt. Dette følger av lovens system – formålet med trygden er jo normalt nettopp å kompensere for bortfalt arbeidsinntekt. Høyesterett har ikke behandlet spørsmålet om folketrygdens arbeidstakerbegrep direkte, men har uttalt – i en sak som gjaldt omfanget av begrepet i ferieloven og folketrygdloven i kombinasjon – at det i hvert fall må foreligge ”et avhengig arbeids- eller tjenesteforhold”, jf Rt.1986 side 1322.³⁵

2.3.4 Lov om skatt³⁶

Skatteloven har ingen definisjon av arbeidstakerbegrepet. Begrepet benyttes heller ikke som sådan, men skattesystemet må sies å hvile på en forutsetning om at ikke alle former for tilknytning til arbeidslivet behandles likt med hensyn til skatteplikt og fradragsrett.

³⁴ Kjønstad (2001) kapittel 6

³⁵ Saken gjaldt et krav fra et AS om refusjon fra det offentlige for feriegodtgjørelse i anledning den femte ferieuke for selskapets daglige leder som var over 60 år, med hjemmel i ferieloven av 1947 § 6 og folketrygdloven av 1966 § 16-1. Vedkommende eide 54,8 % av aksjene i selskapet og var medlem av styret. Under henvisning til forarbeidene ble han på grunn av sin posisjon som eier ikke ansett for å stå i et avhengig arbeidsforhold, og dermed ikke som arbeidstaker i lovens forstand.

³⁶ Lov om skatt av formue og inntekt, 26.mars 1999 nr.14

Skatteloven sonderer mellom arbeids- og virksomhetsinntekt. Dette kan ses som en parallell til problemstillingen under behandling. Skillet er i realiteten et skille mellom arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Til dette kommer at man kan tenkes å være oppdragstaker uten å være selvstendig næringsdrivende, men dette behandles ikke nærmere. Etter skatteloven § 5-10(1)a omfatter fordel vunnet ved arbeid blant annet ”..lønn, honorar, feriepenger og annen godtgjørelse vunnet ved arbeid i og utenfor tjenesteforhold, *men ikke i virksomhet* [min utheving].”

Grensen mellom arbeids- og virksomhetsinntekt har betydning i flere relasjoner.³⁷ Her nevnes blant annet retten til minstefradrag, plikten til å foreta forskuddstrekk og plikten til å betale arbeidsgiveravgift. I Rt.2000 side 1981 (Fabcondommen) la Høyesterett til grunn at grensen mellom de to inntektstypene er den samme for plikten til å betale arbeidsgiveravgift som i forhold til reglene om personinntekt og minstefradrag: ”*Omgrepet selvstendig næringsverksemd må ha same innhald ved fastsetjing av arbeidsgivaravgift til folketrygda som i skatteretten*”. Etter dette slås det fast at definisjonen i folketrygdlovens § 1-10 av begrepet ”selvstendig næringsdrivende” er direkte relevant for grensen mellom arbeids- og virksomhetsinntekt. Dette gir videre – om enn indirekte – bistand ved fastleggelsen av innholdet av skatterettens arbeids- og arbeidstakerbegrep. Skatteloven har en motsatt tilnærming, da det er ”selvstendig næringsdrivende” som er det vesentlige å fastlegge – det kan imidlertid sluttes ut fra dette også et visst innhold av arbeidstakerbegrepet.

Hva ligger så i det skatterettslige begrep ”selvstendig næringsdrivende”? I trygderettslig terminologi er en selvstendig næringsdrivende enhver som for egen regning og risiko driver en vedvarende virksomhet som er egnet til å gi nettoinntekt, jf folketrygdloven § 1-10. I Fabcondommen legger Høyesterett til grunn – helt overensstemmende med det trygderettslige begrep – at to vilkår må være oppfylt for at en person skal være virksomhetsutøver:

³⁷ Zimmer (2005) side 353 flg.

”For det første må dei ha drive verksemda for eigen rekning og risiko. Og for det andre må det ha vore eit siktemål at verksemda skulle vere vedvarande. Er det første, men ikkje det andre vilkåret oppfylt, vil konsulentane gå inn under kategorien frilansarar.”

Videre fremhever retten at avgjørelsen må bero på en helhetsvurdering som etter førstvoterendes votum må referere seg til om vilkårene om ”regning og risiko” og ”vedvarende” er oppfylt. En kan slutte motsetningsvis et visst innhold av det skatterettslige arbeidstakerbegrep.

I sktl.§ 5-10 inkluderes imidlertid i arbeidsinntekt også lønn etc. vunnet ved arbeid *utenfor* tjenesteforhold. Dette kan innebære at enkelte oppdragstakere anses for å ha arbeidsinntekt i skatterettslig forstand, selv om vedkommende ikke anses som arbeidstaker eller som del av et arbeidsforhold i andre henseender.

Det gjelder i skatteretten en lære om gjennomskjæring ved omgåelse av reglene. Denne innebærer at det er irrelevant hvordan skattyter har prøvd å presentere sin situasjon utad, dersom de faktiske forhold tilsier noe annet. Det fører for langt å redegjøre for lærens nærmere innhold – her nevnes kun at det i praksis er lagt til grunn at slik gjennomskjæring kan foretas dersom de tilsynelatende forhold er skattemessig motivert, og det dessuten etter en helhetsvurdering synes riktig å skjære gjennom.³⁸ Tilsvarende må gjelde også spørsmålet om skattyter er arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende – dersom det er gjort forsøk på å kamuflere sin næringsinntekt som arbeidsinntekt, uten at en slik ordning har støtte i andre forhold, må det etter forholdene være adgang til å skjære gjennom. Det er de reelle forhold som er avgjørende.

³⁸ Rt.1999 side 946 (ABB), Rt.2002 side 456 (Hydro Canada)

2.3.5 Arbeidstakerbegrepet i Hovedtariffavtalen³⁹ i kommunal sektor

Tariffavtaler er rammeavtaler som gir holdepunkter for hva en arbeidsavtale kan inneholde i de arbeidsforhold som tariffavtalen gjelder for, og må regulere arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold.⁴⁰ Parter i en tariffavtale er alltid en organisasjon eller forening på den ene siden, og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening på den andre siden.

Hovedtariffavtalen i KS-området er inngått mellom Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon (tidligere Kommunenes Sentralforbund, heretter forkortet KS) på den ene siden og en rekke arbeidstakerorganisasjoner på den andre, og dekker alle kommuner og fylkeskommuner bortsett fra Oslo.

Hovedtariffavtalen gjelder etter sin ordlyd i § 1

”alle arbeidstakere i et fast forpliktende arbeidsforhold med en på forhånd fastsatt arbeidstid (ev. gjennomsnittlig arbeidstid) pr.uke, dog med de unntak som er nevnt i de enkelte paragrafer.”

I prinsippet er anvendelsesområdet avgrenset, slik at det må undersøkes hvilke krav som stilles til omfang og intensitet før det kan bli tale om å klassifisere vedkommende som arbeidstaker, men i realiteten dekker ordlyden alle arbeidsforhold.⁴¹

Det foreligger en egen tariffavtale som gjelder utelukkende for Oslo.⁴² Denne er inngått mellom Oslo kommune på den ene siden og ulike arbeidstakerorganisasjoner på den andre,

³⁹ Hovedtariffavtalen, 1.mai 2006-30.april 2008

⁴⁰ Jakhell (2006) side 548

⁴¹ Det skal imidlertid nevnes at det i avtalens kapittel 2 stilles visse krav når det gjelder pensjonsrettigheter – her kreves det for at man skal omfattes av arbeidstakerbegrepet at man har arbeidet minimum 14 timer per uke i gjennomsnitt.

tilsvarende avtalen som gjelder i KS-området. Avtalen har også i sin § 1.1 en likelydende definisjon av sitt virkeområde som Hovedtariffavtalen i KS-området.

2.4 Formålsbetraktninger

Som nevnt over kan de ulike lovers formål føre til at avveiningen forespeilet over kan falle ut forskjellig. Formålsbetraktninger kommer som et supplement eller en korleksjon til de ovennevnte momenter i vurderingen. Arbeidstakerbegrepet vil således ikke nødvendigvis følge samme avgrensning i alle relasjoner, som også antatt innledningsvis.

Arbeidsmiljølovens formål er å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende, trygg og meningsfylt arbeidssituasjon (§ 1-1 litra a), sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet (litra b), tilpasse arbeidssituasjonen til den enkeltes forutsetninger (litra c), gi grunnlag for utvikling av arbeidsmiljøet i samarbeid med og med veiledning fra offentlige myndigheter (litra d), samt å bidra til et inkluderende arbeidsliv (litra e).

Ferieloven skal sikre at arbeidstakere får ferie og feriepenger hvert år, jf lovens § 1.

Folketrygdloven søker å gi økonomisk trygghet i situasjoner der dette trengs, så som svangerskap og fødsel, sykdom, arbeidsløshet, alderdom og dødsfall, samt å bidra til utjevning av inntekt og levevilkår over den enkeltes livsløp og mellom grupper av personer, jf § 1-1.

I den grad det kan tales om et formål i relasjon til skatteloven refererer dette seg til offentlige, samfunnsøkonomiske formål. Det kan også tenkes sosialpolitiske formål, i den forstand at man søker å regulere atferd gjennom skattelovgivning.

⁴² Oslo kommunes overenskomster med arbeidstakerorganisasjonene vedrørende lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere i Oslo kommune. Tariffperioden 1.5.2004-30.4.2006. (Ny avtale for perioden 1.5.2006-30.4.2008 har samme innhold)

Ved vurderingen av hvorvidt det foreligger et arbeidstakerforhold må det altså tas hensyn til formålet og hvilke hensyn som ligger bak den aktuelle regel. I forhold til de arbeidsrettslige regler som bygger på vernehensyn, typisk arbeidsmiljølovens regler, vil det ofte være grunn til å legge større vekt på de momentene som sammenfatningsvis kan betegnes som instruksjonsretten, enn på de momenter som knytter seg til for eksempel driftsmidler og hvem som eier utstyret. I forhold til skattelovgivning, der det hovedsakelig er tale om fiskale formål, må det trolig legges mindre vekt på instruksjonsretten og større vekt på andre momenter.⁴³ Brukes videre ferieloven som eksempel, er også denne preget av vernehensyn. Behovet for ferie kan være større i grupper av arbeidstakere som er bundet til fast og langvarig arbeid, enn for de som tar korte, enkeltstående oppdrag og i stor grad legger opp sin egen arbeidstid. Her kan det altså være grunn til å legge vesentlig vekt på stabiliteten i arbeidsforholdet og på arbeidsgivers instruksjon og kontroll med arbeidet.

Høyesterett viker heller ikke tilbake for å benytte seg åpent av slike formålsbetraktninger. Som eksempel nevnes avgjørelsen inntatt i Rt.1968 side 725 (Hjemmearbeiderdommen), hvor retten slutter seg til lagmannsrettens følgende uttalelse (side 730):

”Ved vurderingen av hvorvidt arbeidsforhold som fru Mathisens går inn under ferieloven, må man etter lagmannsrettens mening ta utgangspunkt i foruten lovens ordlyd, også i at ferieloven har tatt sikte på å sikre så store grupper som mulig av personer som er avhengig av mer eller mindre tilfeldig arbeidsinntekt, en feriegodtgjørelse som står til disposisjon når ferie kan tas.”

Det må altså ved grensdragningen tas hensyn til at lovgivningen skal nå de personer den er ment å beskytte. Oppfyllelse av lovens formål bør alltid være et sentralt siktepunkt.⁴⁴

⁴³Jakhelln (1998) side 582

⁴⁴Fougner (2003) side 96

Under punkt 4.4 gis det en fremstilling av prosessen med den relative vektingen av momentene i en konkret situasjon. I denne omgang nevnes kun at det avgjørende i vurderingen er hvorvidt flere momenter sett i sammenheng peker mot et arbeidstakerforhold. I lys av det ovennevnte kan det imidlertid sies at en domstol trolig lettere vil finne at et tjenesteforhold er et ansettelsesforhold når spørsmålet kommer opp i forhold til en lov som beskytter arbeidstaker, enn tilfellet er hvor arbeidstakerbegrepet skal vurderes kun ut fra en skatterettslig synsvinkel.

2.5 Kan det tales om en kjerne i arbeidstakerbegrepet, som kan legges til grunn på tvers av lovverket?

Det ville på mange måter være hensiktsmessig å operere med et mer eller mindre felles arbeidstakerbegrep i hele arbeidsretten, istedenfor det ovennevnte ”relative” begrep. Dette må i prinsippet forstås som et forsøk på å fastlegge en eventuell kjerne i begrepet som må antas å være felles alle steder der begrepet forekommer. Dette har også en side til spørsmålet om den nedre grense for arbeidstakerbegrepet – er det i teori og praksis stilt opp visse minstevilkår for at en i det hele tatt skal kunne tale om et arbeidstakerforhold?⁴⁵

I det følgende gjennomgås ulike sider ved det typiske arbeidsforhold, med det mål å kunne trekke ut slike forhold som må kunne sies å utgjøre en terskel for arbeidstakerbegrepet, uavhengig av hvilket rettsområde og hvilken lov det er tale om. Det undersøkes hvilken betydning tilstedeværelsen av disse aspektene har i vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold – med andre ord om en slik tilstedeværelse er et vilkår for å kunne tale om et arbeidstakerforhold. Av praktiske årsaker henvises i stor grad til arbeidsmiljøloven og ferieloven, da det er med hensyn til disse det er av størst betydning å klarlegge hvorvidt en tjenesteyter faller inn under anvendelsesområdet eller ei.

⁴⁵ Fougner (1989) side 34 flg.

2.5.1 Arbeid

Det kan umiddelbart slås fast at det må foreligge et element av arbeid før det i det hele tatt kan bli tale om noe som helst slags arbeidsforhold. Dette er et absolutt vilkår. Det er imidlertid ikke like klart hvilke nærmere krav som kan stilles til blant annet arbeidets art og utførelsessted, så vilkåret må drøftes nærmere.

Arbeidets art

I eldre rett var arbeidstakerbegrepet som nevnt i kapittel 1 begrenset til å gjelde bare enkelte arbeidstakergrupper. Dette er ikke – eller i hvert fall i svært liten grad – tilfellet i dag.

Det gjøres visse unntak i enkelte lover⁴⁶, men utover disse konkrete, positivt oppregnede unntak kan arbeidstakerbegrepet ikke antas å sette noen krav til arbeidet som utføres. Det finnes imidlertid eksempler i underrettspraksis på at det har blitt tatt hensyn til arten av arbeidet – i RG 1967 side 630 (Frostating), som gjaldt spørsmålet om rett til feriepenger for en hjemmearbeider, ble arbeidets ”enkelhet” tillagt vekt. Flertallet la dette til grunn som argument for at det ikke forelå et arbeidstakerforhold, men derimot et oppdragsforhold, mens mindretallet anså det samme trekket for å tale for et arbeidstakerforhold. Begge vota var således basert på at arbeidets art (her det faktum at arbeidet var enkelt og ukomplisert) måtte tillegges vekt i vurderingen. Tilsvarende i RG 1956 side 91 (Oslo) der det ble uttalt: ”Hvis arbeidet har en mer selvstendig karakter, går vedkommende person ikke inn under ferielovens bestemmelser.” En skulle av disse avgjørelsene tro at det kunne stilles et krav om at arbeidet ikke må være utpreget komplisert eller selvstendig. Høyesterett har imidlertid i Rt.1958 side 1229 (Sceneinstruktørdommen) gitt klart uttrykk for det motsatte – at det ”åpenbart ikke [kan] trekkes noe skille etter arbeidets art”. De refererte avgjørelser

⁴⁶ Arbeidsmiljøloven gjelder ikke for sjøfart, fangst fiske og militær luftfart omfattet av luftfartsloven (Lov om luftfart, 11.juni 1993 nr.101), og heller ikke for arbeid utført for andre arbeidsgivere enn en *virksomhet*, jf arbeidsmiljøloven § 1-2, og ferieloven gjelder ikke for fiskere, jf ferieloven § 2(5). Det bemerkes imidlertid at disse ikke er unntatt fordi de ligner oppdragssituasjonen, men derimot fordi de reguleres i andre lover.

gjelder først og fremst ferieloven, men Sceneinstruktørdommen antas å gi uttrykk for en generell oppfatning av arbeidstakerbegrepet.⁴⁷

Det er således klart at det i arbeidet med å fastlegge den nedre grensen for ”kjernen” i arbeidstakerbegrepet, ikke kan stilles krav til arbeidets art. Grensedragningen skal ikke påvirkes av om arbeidet er enkelt eller vanskelig, selvstendig eller teamorientert, under- eller overordnet – det kan treffende sies at både sjefen, kontorarbeideren og renholderen i utgangspunktet omfattes av dagens arbeidstakerbegrep.⁴⁸ Ettersom arbeidsmiljøloven er av vesentlig betydning for arbeidstakere, kan det allikevel være på sin plass å kreve at arbeidet utføres for en virksomhet i arbeidet med å finne frem til kjernen i arbeidstakerbegrepet slik det fortoner seg på tvers av lovverket.

Arbeidsstedet

Det reises særlige spørsmål når arbeidet ikke finner sted på arbeidsplassen, men kanskje hjemme hos arbeidstakeren eller et ganske annet sted. Er det et vilkår for å passe inn i arbeidstakerbegrepet at vedkommende yter sitt arbeid et bestemt sted? Såkalt fjernarbeid er en relativt ny organisasjonsform i norsk arbeidsliv, men blir stadig mer utbredt.

I RG 1958 side 539 (Eidsivating) ble det konkludert med at flere kvinner som utførte arbeid for et firma i sine respektive hjem, *ikke* var å anse som arbeidstakere i dagjeldende ferielovs forstand. Dette under henvisning til at de ikke kunne sies å stå i et avhengig arbeids- eller tjenesteforhold. Retten tok imidlertid ikke prinsipielt stilling til hvorvidt noen kunne bli å anse som arbeidstaker selv om arbeidet utføres i eget hjem.

Det er senere forutsatt i flere dommer at tjenesteyter kan være arbeidstaker selv om arbeidet utføres i vedkommendes eget hjem. I en tidligere nevnte avgjørelsen i Rt.1968 side 725 ble en hjemmearbeider ansett som arbeidstaker i ferielovens forstand på bakgrunn av sitt arbeid for en skofabrikk. Arbeidet foregikk regelmessig og utelukkende i kvinnens eget

⁴⁷ Fougner (2003) side 86 flg.

⁴⁸ Fougner (1989) side 37

hjem, og utgjorde kun en bivirkning for kvinnen. Høyesterett viste her til forarbeidene til ferieloven som sa at hjemmearbeid prinsipielt omfattes av loven. Domstolen la imidlertid til:

”Jeg finner grunn til å tilføye at en sak som denne egner seg lite til å avgjøres uten faste holdepunkter, gitt i eller i medhold av loven selv. Det ville være ønskelig om det kunne utferdiges generelle regler om feriegodtgjørelse for hjemmearbeid, med sikte på at både arbeidsgivere og arbeidstakere bedre kan vite hvor de står i relasjon til ferielovens bestemmelser.”

Hjemmearbeid har etter hvert blitt mer regulert. Ferieloven har ingen konkret bestemmelse som inkluderer hjemmearbeid, men det nevnes at det med hjemmel i arbeidsmiljøloven (1977) § 2 er gitt forskrift om hjemmearbeid.⁴⁹ Dette må ses som et klart tegn på at det ikke er arbeidstakerdiskvalifiserende at arbeidet utføres i eget hjem.

Særlig om arbeid i opplæringsøyemed

Det kan oppstå tvil om hvorvidt noen kvalifiserer til arbeidstaker når arbeidet utføres i en opplærings situasjon. Har vedkommende da krav på vern etter de aktuelle lover?⁵⁰

Utgangspunktet må være at dersom omfanget av arbeidet ikke er betydelig, og formålet er utelukkende opplæring, foreligger ikke noe arbeidsforhold.⁵¹ Øker omfanget, eller spiller andre formål inn, skal det imidlertid ikke mye til før ”eleven” må få status som arbeidstaker.

⁴⁹ Forskrift 5.juni 2002 om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem (AID)

⁵⁰ Det skal her nevnes at *lærlinger* faller inn under anvendelsesområdet til opplæringsloven (Lov om grunnskolen og den vidaregående opplæringa, 17.juli 1998 nr.61), og problemstillingen har derfor størst betydning for løst organiserte opplæringsforhold.

⁵¹ Jakhelln/Andersen (1998) *Sykepleieres arbeidsrettslige stilling ved bedriftsintern videreutdanning*

Avgjørelsen inntatt i Rt.1962 side 1179 legger til grunn at det ikke kan kreves at det er utført mye arbeid før vedkommende må anses som arbeidstaker, selv om hovedformålet er opplæring. En bonde hadde her latt en 10-åring kjøre traktor noen ganger, under henvisning til at det var heldig at gutten fikk lære under bondens kontroll. Retten fant at det her ikke var tale om noe bistand til arbeidet av betydning, men hovedsakelig opplæring. Det forelå derfor ikke noe arbeidsforhold. Bonden hadde imidlertid også latt en 15-åring kjøre traktoren, da av den grunn av han selv skulle reise bort og trengte avløsning. Gutten utførte en hel dags arbeid i bondens sandtak, og skulle som motytelse få låne traktoren til eget bruk senere. Saken ble løst på annet grunnlag, men Høyesterett var ”nærmest tilbøyelig til å mene” at et arbeidsforhold forelå.

Lignende resonnementer danner utgangspunktet i ARD 1980 side 48 – en ansatt i Norsk Telegrambyrå fikk tillatelse til å prøve seg i utenriksredaksjon for å sjekke sin egnethet for journalistisk virksomhet senere. Det kom snart frem at mannen ikke hadde journalistiske evner, og ordningen opphørte. Arbeidsretten anså ikke mannen som arbeidstaker med rett til godtgjørelse for det aktuelle ”arbeidet” – han var verken hospitant eller ansatt på prøve: ”Det hele må oppfattes som en rent frivillig ordning eksklusivt i [teleoperatørens] egen interesse.”

Når arbeidet utføres i opplæringsøyemed kan det altså fort være tilstrekkelig til å tilfredsstille vilkåret om arbeid slik arbeidstakerbegrepet her forsøkes fastlagt, men det må være noe som hever arbeidet fra den rene opplæringssituasjon.

2.5.2 Vederlag

Som sagt over gjelder arbeidsmiljøloven i utgangspunktet både lønnet og ulønnet arbeid⁵², mens ferieloven og folketrygdloven etter sin art har dette som en forutsetning for anvendelse. For å anses som arbeidstaker i samtlige henseender må tjenesteyter altså motta vederlag i bytte mot arbeidsytelsen. Om ferieloven er det sagt at vederlaget i tillegg må

⁵² Jf allikevel de forbehold som er diskutert i punkt 2.3.1 og note 21

være penger,⁵³ i motsetning til for eksempel skattelovens system, der enhver fordel vunnet ved arbeid anses som arbeidsinntekt.⁵⁴

Lønnsformen kan være av betydning i vurderingen av om et gitt tjenesteforhold er et arbeidstakerforhold eller ei – dette behandles nærmere under grensen mot oppdragstakerbegrepet. I denne omgang er det tilstrekkelig å si at det typiske arbeidstakerforhold er betalt i form av penger, gjerne i avtalte periodiske vederlag.

2.5.3 Arbeidets varighet og intensitet

Arbeidets varighet

Det kan være svært upraktisk og kostbart med kortvarige tjenesteforhold. Verken arbeidsmiljøloven eller ferieloven opererer med noe krav til minstelengde for å bli ansett som arbeidstaker i lovens forstand, heller ikke i forarbeidene. Det vanlige er også at arbeidsavtaler blir inngått for ubestemt tid, men det åpnes i begrenset utstrekning for midlertidige ansettelser, jf under punkt 3.3.

Folketrygdloven bygger derimot på et system der det kreves en viss avlagt arbeidsinnsats for å få stønad av ulik art. For eksempel må medlemmer i trygden for å ha rett til fødselspenger ha vært ”yrkesaktiv med pensjonsgivende inntekt [jf § 3-15 jf skatteloven § 12-2, der personinntekt, og således pensjonsgivende inntekt, for det mest praktiske består av inntekt vunnet ved arbeid, min anmerkning] i minst seks av de siste ti månedene før stønadsperioden tar til”, jf § 14-4. Dette gjelder for både mor og far. Vilåret om et visst antall måneder i arbeid er imidlertid ikke betegnende for hva som kreves av en arbeidstaker som sådan i folketrygdlovens forstand – loven inneholder intet krav om at de seks månedene må være i ett og samme arbeidsforhold. Likedan er pensjonsytelser fra trygden avhengig av hvor lenge vedkommende har vært i inntektsgivende arbeid, men dette gjelder

⁵³ Fougner (1989) side 37

⁵⁴ Skatteloven § 5-1

ikke det enkelte arbeidsforhold – vedkommendes poengår kan være et resultat av flere kortere tjenesteforhold, eller ett langt. Etter dette har altså varigheten av arbeidstakerens totale arbeidsinnsats generelt betydning, men ikke i relasjon til hva som kreves av ham for å anses som arbeidstaker som sådan.

Intensitet forøvrig

”Intensitet” i denne sammenheng må forstås som en kombinasjon av forholdets lengde, arbeidsmengde pr. tidsenhet og arbeidets regelmessighet.⁵⁵ At arbeidet har en viss intensitet kan tenkes å tillegges selvstendig vekt også i tilfeller der øvrige momenter trekker i motsatt retning – dette er Rt.1968 side 725 (Hjemmearbeiderdommen) et eksempel på, men det kan ikke legges til grunn som noe vilkår for å bli ansett som arbeidstaker. Dette momentet vil dessuten utelukkende ha sin betydning for grensedragningen mellom arbeidstaker og oppdragstaker, som behandles i de neste kapitlene.

2.5.4 Arbeidsavtalen

Som andre avtaler kan arbeidsavtaler trolig inngå skriftlig, muntlig eller ved konkludent atferd.⁵⁶ Loven oppstiller imidlertid regler om at arbeids- og endringsavtaler skal inngås skriftlig og inneholde et visst minimum av bestemmelser, jf for eksempel arbeidsmiljølovens § 14-5. Dette nevnes allikevel som et utgangspunkt for å poengtere at en arbeidsavtale aldri vil være *ugyldig* selv om den er inngått i strid med skriftlighetskravene i loven, ettersom bestemmelsene har preg av å være ordensforskrifter som i og for seg gir plikt til å følge dem, og Arbeidstilsynet kan gi pålegg om å feste avtalen til papiret, men manglende overholdelse vil allikevel ikke føre til *ugyldighet*.

⁵⁵ Fougner (1989) side 64

⁵⁶ Jakhelln (1998) side 601

Det kan også tenkes at man ”glir” inn i et arbeidsforhold uten i det hele tatt å ha noen avtale. Denne situasjonen er omtalt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven (1977):⁵⁷

”Om der er avsluttet en formell arbeidsavtale og vedkommende således er ansatt, er efter lovforslaget ikke avgjørende for om vedkommende skal anses som arbeider. Avgjørende er alene om arbeidet er utført i annen manns tjeneste, og dette kan være tilfelle selv om arbeidstageren ikke er blitt ansatt f.eks. nødsarbeidere.” [sic.]

Ferielovens forarbeider har ingen tilsvarende uttalelse, men det antas at den samme betraktning må komme til anvendelse her.⁵⁸ Forarbeidene legger nemlig til grunn at arbeidstakerbegrepet i ferieloven i det vesentligste har samme innhold som uttrykket i arbeidervernloven av 7.desember 1956:⁵⁹

”...komitèen finner det naturlig om en her legger i det vesentlige samme begrep til grunn som etter arbeidervernlovens § 2 første ledd...”

Med dette som utgangspunkt får uttalelsen fra forarbeidene til arbeidsmiljøloven (1977) relevans også for forståelsen av ferielovens arbeidstakerbegrep. Dette er også lagt til grunn i Rt.1984 side 1044 (Homeparties).

Etter dette kan det ikke oppstilles noe vilkår om formell ansettelsesavtale for å på generell basis kvalifisere som arbeidstaker. En annen sak er imidlertid at en slik eventuell avtale kan være til hjelp i tilfeller der det er uklart hvorvidt det foreligger arbeids- eller oppdragsforhold, da først og fremst ved å tolke ordlyden.

⁵⁷ Ot.prp. nr.31 (1935)

⁵⁸ Fougner (1989) side 41

⁵⁹ Ot.prp. nr.54 (1986-87) jf Ferielovkomiteens innstilling av 19.februar 1947, samt tilsvarende sitat i Ot.prp. nr.104 (1947)

2.5.5 Kontroll og ledelse

I arbeidstakerforhold er arbeidsgivers kontroll og ledelse typiske innslag. Det finnes imidlertid eksempler på situasjoner der denne kontrollen og ledelsen er kun tilstede i beskjeden grad. Motsatt kan det også tenkes at den som utfører arbeidet er underlagt aktiv kontroll uten å kunne kalles arbeidstaker i lovens forstand, for eksempel en entreprenør som får sitt arbeid kontrollert av byggherren.

Denne styringsretten kan utøves på ulike måter, enten gjennom instruks, direktiver, aktiv deltakelse i arbeidet eller simpelthen ved å oppstille gitte mål for arbeidet. Dette er uten betydning – det avgjørende er hvorvidt en form for ledelse finner sted.

Det har i underrettspraksis vært hevdet at kontroll og ledelse er et vilkår for i det hele tatt å kunne tale om et arbeidstakerforhold, da under henvisning til at ”hvis arbeidet har en mer selvstendig karakter, går vedkommende person ikke inn under ferielovens bestemmelser.”⁶⁰ Høyesterett har imidlertid tatt avstand fra dette strenge vilkåret i sin praksis, jf Rt.1958 side 1229 (Sceneinstruktør) og Rt.1968 side 725 (Hjemmearbeiderdommen) – situasjonen er altså den at også arbeidspersoner som ikke er underlagt noen form for kontroll eller instruks i visse tilfeller kan tenkes å kvalifisere til arbeidstaker i ferieloven og arbeidsmiljølovens forstand.

Således må det legges til grunn at det ikke kan oppstilles et strengt krav om at enhver arbeidstaker må være gjenstand for betydelig kontroll og detaljerte retningslinjer for sitt arbeid. Når det gjelder det prototypiske og mest utbredte hva arbeidstakeren angår, kommer man ikke utenom en viss styring fra arbeidsgiver. Arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers underordningsplikt er langt på vei to sider av samme sak, men arbeidets karakter kan føre til at styringen blir begrenset, jf under i kapittel 4. Mye taler derfor for å kreve at arbeidstaker er underlagt en form for kontroll – det kan imidlertid ikke kreves mye med hensyn til dennes art eller utstrekning. Listen må legges lavt.

⁶⁰ RG 1956 side 91 Oslo, jf også RG 1964 side 133 Kristiansand

2.5.6 Personlig arbeidsplikt

Personlig arbeidsplikt innebærer at arbeidspersonen må utføre selve arbeidet selv – det vil si stille sin personlige arbeidsinnsats til disposisjon, og i utgangspunktet være uten mulighet til å la andre utføre arbeidet for seg.

I Rt.1968 side 725 (Hjemmearbeiderdommen) hadde hjemmearbeideren blitt nektet feriegodtgjørelse, da virksomheten hun jobbet for ikke anså henne som arbeidstaker, men snarere som selvstendig oppdragstaker. Standpunktet ble begrunnet med at hun i arbeidet kunne overlatt deler av utførelsen til andre, for eksempel hjemneværende barn. Arbeidet var av svært enkel art, så begrunnelsen var i og for seg plausibel. Høyesterett la imidlertid til grunn at dette ikke var avgjørende, under henvisning til at de tradisjonelle momenter i grensdragningen omkring arbeidstakerbegrepet ikke utgjorde en absolutt og uttømmende oppregning: *”Det er ikke dermed sagt at arbeidsforhold som i større eller mindre grad savner disse kriteriene, skal falle utenfor”*, jf dommens side 730.

Momentet tillegges allikevel vesentlig vekt i tolkningen av begrepet, og normalt vil det i aller høyeste grad være tilstede. Det kan imidlertid ikke anses som noe absolutt vilkår for å anses som arbeidstaker, men som en viktig og typisk del av kjernen av begrepet.

2.5.7 Utstyr, redskap, råvarer osv.

I typiske arbeidstakerforhold er det gjerne arbeidsgiver som holder nødvendige redskaper, maskiner og råvarer, samt står for dekningen av eventuelle utgifter. Det er derfor et moment som kan tillegges betydning i avgjørelsen om man har å gjøre med et arbeidstakerforhold i det hele tatt, men det kan spørres om det er et nødvendig vilkår – vil det faktum at den som utfører arbeidet holder alt eller deler av utstyret, frata ham status som arbeidstaker dersom andre betingelser er tilstede?

Den økende levestandard har gjort det mulig for langt flere arbeidspersoner å investere i egne driftsmidler, det være seg lastebil, kostbart verktøy eller traktor. Det er derfor ikke like klart at enhver arbeider som har slikt, ikke blir å anse som arbeidstaker.

Det som imidlertid kan legges til grunn, er at betydningen av denne faktoren øker jo mer spesialisert og kostbart utstyr det dreier seg om, og med hvor stor del av utstyret den som skal utføre arbeidet eventuelt holder. Av dette utledes at en arbeidstaker gjerne kan stille med eget utstyr så lenge det er tale om vanlig standardutstyr i begrenset utstrekning, men ikke dyrt spesialverktøy eller alt utstyr det er aktuelt å anvende. Vilkåret formuleres dermed som et krav om at arbeidsgiver må stå for hovedvekten av redskap og utstyr i et arbeidstakerforhold.

Faste installasjoner

Med dette menes fysiske innretninger som brukes i forbindelse med arbeidet, så som et kontor eller et verksted. I likhet med annet utstyr vil hvem som står for slike installasjoner utgjøre en tolkningsfaktor, men det kan raskt slås fast at dette ikke kan være avgjørende for å bli ansett som arbeidstaker – dette på bakgrunn av at Høyesterett prinsipielt har godkjent hjemmearbeidende som arbeidstakere.⁶¹

Råvarer

Det klart vanlige er at arbeidsgiver holder råvarer. Dette passer også inn i resten av vurderingen av arbeidstakerbegrepet, nemlig med det poeng at arbeidstaker primært stiller med sin *arbeidskraft*. Dette momentet alene har ikke så stor betydning, men mye taler for å ta det med som et ”typisk trekk” og dermed et vilkår for å passere som arbeidstaker i generell forstand.

⁶¹ Rt.1968 side 725 (Hjemmearbeiderdommen)

Utgiftsdekning

En typisk utgift som kan forekomme, er reiseutlegg pådratt i jobbsammenheng. I et arbeidstakerforhold må disse kunne kreves dekket av arbeidsgiver. Dette synes selvsagt, men må ses sammen med resten av vurderingen omkring utstyr, redskap osv.

Momentet knyttet til utstyr, redskap og råvarer vil sjelden være praktisk i de tilfellene som drøftes i denne avhandlingen.

2.5.8 Risikofordeling

Det som særpreger et arbeidstakerforhold i særlig grad, er at vedkommende arbeidsperson ikke garanterer for noe bestemt arbeidsresultat, men kun stiller sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver. En følge av dette er at det er arbeidsgiver som bærer risikoen for at arbeidsresultatet oppnås. Dette ulikt fra for eksempel entreprisekontrakter, hvor det forespeiles et visst resultat. Det er da tale om en oppdragstaker som har risikoen for at det avtalte produktet frembringes.

Dette må anses som et så grunnleggende trekk ved arbeidsgiver-/arbeidstakerforholdet at det må legges til grunn som et vilkår og et kjennetegn på en arbeidstaker slik det forsøkes å trekke grensen her. Dette har også støtte i rettspraksis, jf. Rt.1994 side 1064 (Bye) – avgjørelsen gjaldt grensen mellom arbeidsinntekt og næringsinntekt i forhold til skatteloven:

”Det springende punkt må være om den konsulentvirksomhet Bye utførte i TMBEs navn, ble drevet for dette selskapets regning og risiko, eller om det ble drevet for Akers regning og risiko.”

Høyesteretts vektlegging av dette tyder på at det må kunne kreves for å kvalifisere til arbeidstaker at den som utfører arbeidet ikke bærer risikoen, utover den forpliktelse han har overfor sin egen arbeidsgiver.

2.5.9 Sammenfatningsvis

Skal man således stille opp de momenter som tegner seg som grunnleggende deler av et typisk arbeidstakerforhold, og videre et arbeidstakerbegrep som kan legges til grunn uavhengig av lovbestemmelse, tas fortsatt utgangspunktet i et avhengighetsforhold der arbeidstaker er underlagt en viss styring og kontroll fra arbeidsgiver. Det må foreligge et arbeidsforhold, men det stilles ingen krav til arbeidets art eller utførelsessted. Også arbeid i opplæringsøyemed omfattes dersom dette går utover det rene opplæringsformål.

Arbeidstaker får betalt, typisk i penger utbetalt i periodiske rater. Normalt foreligger også en skriftlig, formell ansettelsesavtale. Også arbeidsforhold av kort varighet omfattes.

Arbeidstaker kan holde eget utstyr i en viss utstrekning, så lenge det er tale om vanlig verktøy og redskap – spesialutstyr holdes av arbeidsgiver, likeså råvarer og eventuell utgiftsdekning. Det må også kunne kreves at det foreligger personlig arbeidsplikt for arbeidstaker. En siste grunnleggende forutsetning er at det er arbeidsgiver som bærer risikoen for arbeidsresultatet.

Dette legges til grunn som kjernen av arbeidstakerbegrepet i norsk rett, og synes derfor å kunne anvendes uten hensyn til hvilken lov det er tale om. De ovenfor diskuterte momentene kan, ved siden av flere andre momenter, også bidra til å trekke grensen mot oppdragsforhold mer konkret. Dette behandles i avhandlingens kapittel 4.

2.6 Delkonklusjon

I forsøket på å fastlegge kjerneinnholdet av arbeidstakerbegrepet kan det være til hjelp å ta utgangspunkt i andre, beslektede begreper. Arbeidstakerbegrepet forutsetter eksempelvis en definisjon av et arbeidsforhold generelt. Av denne grunn vises derfor til Henning Jakhellns definisjon av begrepet arbeidsforhold:

”Når begrepet arbeidsforhold skal defineres, må utgangspunktet tas i den betydning som dette uttrykk som regel har i rettslig sammenheng. Med denne modifikasjon kan arbeidsforhold defineres som et avtaleforhold hvor den ene part (arbeidstageren)

forplikter seg til å utføre arbeid for den annen part (arbeidsgiveren) i henhold til dennes ledelse og hvor denne har risikoen for at arbeidsinnsatsen resulterer i et arbeidsresultat.”⁶²

Jakhelln forutsetter i sin definisjon et kjerneinnhold av arbeidstakerbegrepet som er sammenfallende med det som er drøftet og slått fast i avhandlingens kapittel 2, jf særlig punkt 2.5. Dette blir således stående som en foreløpig konklusjon i arbeidet med å fastlegge arbeidstakerbegrepets typiske anvendelsesområde i norsk rett og håndteringen av tilgrensende forhold.

⁶² Jakhelln (1985) *Begrepet arbeidsforhold*.

3 Oppdragstakerbegrepet

Oppdragstakeren faller som et utgangspunkt utenfor lovverk og tariffavtaler rettet mot arbeidstakere, men som hovedregel innenfor deler av trygdlovgevingen. En tjenesteyter mister således ikke automatisk alle rettigheter som tilfaller arbeidstakere selv om han i et uklart tilfelle skulle bli ansett som oppdragstaker fremfor arbeidstaker. Folketrygdloven gjelder i en viss utstrekning også for oppdragstakere.

Et viktig poeng er det imidlertid at det ikke kan være avgjørende hva kontraktsforholdet betegnes som. Lovgivningens beskyttelsesregler er preseptoriske. En tjenesteyter som faktisk faller innenfor arbeidstakerbegrepet er beskyttet uavhengig av hva han er kalt i kontrakten. Det skal ikke være mulig å avtale seg bort fra gjeldende lovgivning ved å kamuflere et arbeidstakerforhold som et selvstendig oppdragsforhold. Det kan da bli tale om gjennomskjæring, som nevnt over i forbindelse med skattereglene – de faktiske forhold legges til grunn.

3.1 Oppdragavtalen

Oppdragsavtalens parter er oppdragsgiver og oppdragstaker. Et praktisk eksempel er at en kommune inngår en slik avtale med et firma eller enkeltperson om for eksempel levering av sand til et bestemt sted, mot et bestemt vederlag. Oppdraget, og således enhver tilknytning mellom kommunen og den aktuelle oppdragstaker, er avsluttet når sanden er levert som avtalt og vederlaget er betalt. Formålet med og essensen i avtalen er å frembringe et på forhånd gitt resultat, og oppdragstakeren har risikoen for at resultatet oppnås; dette i motsetning til i et ordinært arbeidsforhold, hvor en slik risiko helst ligger hos arbeidsgiver – arbeidstaker stiller som nevnt kun sin arbeidskraft til disposisjon og står ikke inne for noe bestemt resultat.

Oppdragsavtalen skiller seg fra den tradisjonelle tjenesteavtale først og fremst ved oppdragstakers forhold til oppdragsgiver. Oppdragstaker utfører bestemte oppdrag uten oppdragsgivers instruks og kontroll – i hvert fall i de rene tilfeller av oppdragsforhold.

Det kan hevdes at det på bakgrunn av retningslinjer og regelverk må stilles visse minimumskrav til en oppdragsavtale.⁶³ Dette gjelder partenes identitet, oppdragets identitet (hvor det er tale om en omsorgsyttelse er dette sammenfallende med omsorgsmottakerens identitet, jf under punkt 4.2), tidspunkt for oppdragets begynnelse (inkludert bestemmelser om eventuell prøvetid), partenes gjensidige plikter samt bestemmelser om vederlag og utgiftsdekning.

Utover disse elementære avtalepunkter anbefales av blant annet Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon (KS) at oppdragsavtalen inneholder noen flere elementer. Dette gjelder særlig bestemmelser om oppdragets avslutning, eventuell oppsigelse, taushetsplikt, bestemmelser om ferie der dette er aktuelt, pensjons- og forsikringsforhold samt regulering av situasjoner som følge av avbrudd i oppdraget, herunder bestemmelser om sykdom og permisjoner. Dette skyldes blant annet at oppdragstakere faller utenfor Hovedtariffavtalen, som blant annet gir arbeidstakere medlemskap i pensjonskasse og ytelser ved sykdom og død (utover det som følger av yrkesskadeforsikringsloven).⁶⁴ På denne måten skapes et sikkerhetsnett også for oppdragstakerne.

Det er de reelle forhold som må tillegges betydning. Dersom arbeidsgiver behandler en som i utgangspunktet er oppdragstaker som sin egen arbeidstaker, vil det raskt kunne legges til grunn at vedkommende faktisk er arbeidstaker.

⁶³ Høien (1995) side 31 flg.

⁶⁴ Lov om yrkesskadeforsikring, 16.juni 1989 nr.65

3.2 Lovfestede rettigheter som oppdragstaker

Som nevnt innledningsvis i punkt 3 nyter oppdragstakere på lik linje som arbeidstakere godt av enkelte lovfestede goder. Dette gjelder i all hovedsak bestemmelser i folketrygdloven.

De viktigste korttidsytelser er sykepenger og trygdeytelser ved fødsel og omsorg for barn. Eksempler på langtidsytelser som også oppdragstakere har krav på er alders- og uførepensjon.

Videre antas det at enkelte grupper av oppdragstakere, særlig de som utfører oppdrag for offentlig myndighet, gis rettigheter etter yrkesskadeforsikringsloven. Denne omfatter etter sin ordlyd kun arbeidstakere, nærmere definert som ”enhver som gjør arbeid eller utfører verv i arbeidsgiverens tjeneste (...)”, jf § 2 litra b. Forarbeidene påpeker at næringsdrivende som utfører oppdrag for egen regning og risiko skal falle utenfor, men vernehensyn tilsier at de nevnte oppdragstakere allikevel bør inkluderes.⁶⁵

Folketrygdloven sonderer mellom arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og frilansere. Begge de to sistnevnte kategorier kan være oppdragstakere, i den forstand at de tar på seg oppgaver for en annen (oppdragsgiver) uten å stå i tjenesteforhold.

3.3 Oppdragstakerforhold versus midlertidig ansettelse

Spørsmålet om hvilken adgang det skulle være til midlertidig ansettelse var et av de sentrale politiske spørsmål ved arbeidet med arbeidsmiljøloven av 2005. Ved vedtakelsen 17.juni 2005 var reglene om midlertidige arbeidsavtaler vesentlig videre enn de tilsvarende regler i 1977-loven, og det skulle bli større adgang til å avtale slike arbeidsforhold. Ved regjeringsskiftet etter valget i 2005 ble det imidlertid foreslått av den nye regjeringen Stoltenberg å endre reglene om midlertidig ansettelse, med virkning fra 1.januar 2006,

⁶⁵ Høien (1995) side 29

sammen med resten av loven. Endringen førte til at bestemmelsene beholdt mye av sitt innhold fra 1977-loven.

I praksis kan det i enkelte tilfeller være tvilsomt hvorvidt vedkommende er midlertidig ansatt eller oppdragstaker. I begge tilfeller er det tale om en avtale som opphører når det avtalte arbeidet er utført. Sett i lys av det som er sagt over om at man kan bli å anse som arbeidstaker selv uten en formell ansettelsesavtale, kan de faktiske forhold i visse situasjoner være uklare. Dette kan også være bakgrunn for forsøk på å "omgå" lovverket ved å benytte seg av oppdragskontrakter. Fortsatt er adgangen til midlertidige arbeidsavtaler svært begrenset.

Som eksempel på at en midlertidig ansettelse ikke alltid er lett å skille fra et oppdragsforhold⁶⁶ nevnes at en student hyres for å være julenisse på et kjøpesenter i hele desember måned, eller for å montere innkjøpte maskiner.⁶⁷ Det er her ikke ved første øyekast klart hvorvidt det er tale om en tidsbegrenset ansettelse eller et oppdrag som varer i x antall uker. Rettesnoren må være i hvilken grad det må sies å være avtalt et *arbeidsresultat* fremfor disposisjon av arbeidskraft.

Grensen trekkes imidlertid på samme måte som mot ordinære arbeidstakere, men det må i enda større grad kunne kreves at en midlertidig ansettelse fastsettes i skriftlig avtale. Da bør det kunne leses ut av kontrakten hvilken stilling man har i forhold til lovverket.

Et beslektet spørsmål oppstår imidlertid dersom partene er inneforstått med hvilken avtaleform som er brukt, mens det utad synes uklart. Så lenge det ikke er tale om et forsøk på å omgå de strenge reglene om midlertidig ansettelse, må partenes enighet trolig legges til grunn.

⁶⁶ Jakhelln (2006) side 242

⁶⁷ ARD 1980 side 105

4 Gråsonen: Grensen arbeidstaker/oppdragstaker

4.1 Betydningen av å fastlegge grensen

Hvilken kontraktsform man velger har som fastslått over betydning for begge parter i en avtale om at en part utfører arbeid for den annen. Dersom en oppdragsgiver ansetter den som skal utføre tjenesten, utløses plikt til å betale arbeidsgiveravgift, arbeidsgiverandel av sykepenger og feriepenger; dessuten blir den ansatte da også beskyttet av vernereglene i arbeidsmiljøloven. Går derimot avtalen ut på et selvstendig oppdragsforhold, står partene langt friere til å avtale rettigheter og plikter seg i mellom. Rent økonomisk kan det også være hensiktsmessig for begge parter. Dagens lovgivning stiller strenge krav til arbeidsgivere når det gjelder arbeidstakernes stillingsvern, trygderettigheter, feriepenger og avgifter. Dette kan være bakgrunnen for at det kan tenkes forsøk på å i større grad benytte oppdragstakere i enkelte sammenhenger.⁶⁸ På denne måten står partene friere til å avtale rettigheter og plikter som ikke følger av lovgivningen.

4.2 Områder der problemet kommer på spissen

Som fremhevet flere ganger i løpet av avhandlingen passer ikke alle dagens tilknytningsformer til arbeidslivet nødvendigvis inn i det tradisjonelle arbeidstakerbegrep. I kapittel 3 ble det lagt til grunn momenter i et arbeidstakerbegrep på tvers av lovverket – man må imidlertid også ha fokus på hvordan situasjonen med de arbeidsutøvere som faller utenfor begrepet best kan løses. Det kan tenkes at andre momenter må legges til grunn i vurderingen enn de tradisjonelle drøftet over.

Et eksempel på at situasjonen tidligere har vært uklar, men er avklart gjennom praksis den senere tid, er idrett på høyt nivå. Idretten representerer et felt med atypiske arbeidstakere,

⁶⁸ Andersen/Stang (1999) *Omgåelse av lovforpliktelser ved alternative kontraktsformer i tjenesteforhold*

og situasjonen var lenge slik at det ofte ble påberopt at idrettsutøvere på toppnivå var oppdragstakere. Dette må nå anses avklart på internasjonalt nivå gjennom den såkalte Bosman-dommen⁶⁹, og synspunktet er fulgt opp i norsk praksis – som eksempel nevnes her Bækkelaget Sportsklubbs uenighet med håndballspiller og –trener Anja Andersen; da Andersen ble sykemeldt og ikke lenger kunne oppfylle sine kontraktsforpliktelser overfor klubben, kunne hun ikke sies opp ettersom hun ble ansett som arbeidstaker ansatt i klubben. Dette må tas med i vurderingen når det i det følgende diskuteres andre områder som har vist seg vanskelige å plassere arbeidsrettslig. Når man har en så vidt lignende situasjon som anses klargjort gjennom teori og praksis, må dette kunne tas med som et argument for at det foreligger arbeidstakerforhold også i tilfellene under, dersom tilfellene er tilstrekkelig like med hensyn til tilstedeværelsen av ulike momenter.

4.2.1 Støttekontakter

Støttekontaktordningen utgjør en betydelig gruppe omsorgsytere i kommunal sektor. Ordningen er hjemlet i sosialtjenesteloven⁷⁰ og i barnevernloven⁷¹. Arbeidet går ut på å bistå brukeren med ulike gjøremål, hovedsakelig på det sosiale plan.

Arbeid som støttekontakt utgjør ingen typisk tilknytning til arbeidslivet. Støttekontakten forholder seg primært til brukeren, men må også forholde seg til kommunen. Spørsmålet er således om det er mest naturlig å klassifisere støttekontakter som arbeidstaker med rettigheter og plikter i forhold til kommunen som arbeidsgiver, eller som selvstendig oppdragstaker med resultatansvar overfor kommunen som oppdragsgiver. Hvordan avtalen og forholdet mellom støttekontakten og kommunen utformes og praktiseres vil være avgjørende for om vedkommende blir å anse som arbeidstaker, med de konsekvenser dette har – oppsigelsesvern, rett til feriepenger og ferie, etc. – eller som oppdragstaker med krav på godtgjøring for utført tjeneste.

⁶⁹ Sak C-415/93

⁷⁰ Lov om sosiale tjenester m.v., 13.desember 1991 nr.81, § 4-2

⁷¹ Lov om barneverntjenester, 17.juli 1992 nr.100, § 4-4

I Rundskriv B-09/97⁷² gir Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon uttrykk for at det er mest naturlig om støttekontakter anses som oppdragstakere, men åpner for at det er opp til den enkelte kommune å avgjøre hvordan de knytter til seg støttekontakter, så lenge dette gjenspeiles i den enkelte kontrakt:

”Kommuner som ønsker å bruke oppdragskontrakter for støttekontakter må i avtalen gi avkall på eller svekke momenter som er særlige kjennetegn ved vanlige arbeidsavtaler. Kommunen må m.a.o. ta utgangspunkt i formålet med støttekontakttilbudet og nøye seg med å legge inn de momenter som anses nødvendige for å oppnå formålet. Dersom dette ikke gjøres og vanlige arbeidsavtaler brukes som mal, vil støttekontakten som klar hovedregel måtte anses som ”arbeidstaker” både i forhold til ferielovens og arbeidsmiljølovens regler.”

Arbeidstilsynet har på sin side tradisjonelt inntatt det standpunkt at støttekontakter skal regnes som arbeidstakere, med den begrunnelse at kommunene har formell myndighet til å gi instruks og kontrollere at de ulike ordninger fungerer som forutsatt etter sosialtjeneste- og barnevernloven. Dette argumentet synes imidlertid ikke å ha tilstrekkelig tyngde, ettersom Arbeidstilsynet velger å se bort fra kommunens faktiske og praktiske mulighet til å gjennomføre slik kontroll og instruks.⁷³ I dag viser også Arbeidstilsynet til de samme kriterier for grensdragning mellom arbeidstaker og oppdragstaker, og antas således å følge KS og de fleste kommuners praksis hva gjelder støttekontakter.

KS peker på støttekontaktforholdets karakter som bakgrunn for at *oppdragsavtaler* bør anvendes. I de typiske tilfeller utføres støttekontaktvirksomheten av personer som ønsker å

⁷² ”Støttekontakter – oppdragstakere eller arbeidstakere?”(B-09/97). Utstedt av Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon (KS).

⁷³ E-post fra Kari Råstad, rådgiver i Direktoratet for Arbeidstilsynet, 24.oktober 2006

gjøre en sosial innsats, og utgjør normalt ikke vedkommendes levebrød.⁷⁴ Siktemålet er ofte et annet enn det som er typisk for arbeidstakerforhold – arbeidervernhensyn er oftest mindre fremtredende enn hensyn til støttemottakeren. Det åpnes imidlertid for at vanlig ansettelse og etablering av et ordinært arbeidstakerforhold når forholdene tilsier dette – typisk når det er tale om et langvarig støttekontaktforhold og hensynet til støttemottakeren tilsier at opplegget bør ha et fast organisert preg. Det samme kan være tilfellet dersom støttekontakten har en spesiell kompetanse som støttemottakeren har behov for, eller dersom støttekontakten har sin totale inntekt fra arbeid for samme arbeids-/oppdragsgiver.

Det er altså ikke selvsagt at KS' syn på støttekontakter som oppdragstakere er holdbart uten videre. Dette kan legges til grunn som et utgangspunkt, men må suppleres med momenter fra den konkrete situasjon. Det er langt på vei hensynet til støttemottakeren som skal veie tyngst – hvordan ivaretas dennes interesser på best mulig måte? Dersom vedkommende har behov for en fast organisert ordning der støttekontakten kommer til faste tider og bistår med på forhånd fastlagte aktiviteter, bør ordinær ansettelse holdes som en mulighet. Støttekontakten er da arbeidstaker i lovens forstand og har krav på ferie og feriegodtgjørelse. Det samme må være tilfellet der brukeren har slike behov at det er nødvendig med en viss form for styring og kontroll fra kommunens side – dette kan blant annet tenkes ved enkelte diagnoser. Dersom momentene drøftet over i kapittel 2 er tilstede i tilstrekkelig grad, må støttekontaktforholdet også karakteriseres som et arbeidstakerforhold.

I de fleste tilfeller må det imidlertid anses holdbart å etablere støttekontaktavtaler som oppdragsavtaler. Støttekontakten står i de fleste tilfeller svært fritt i forhold til hvor og når arbeidet skal utføres, og har ofte ikke andre retningslinjer å forholde seg til enn hvor mange timer per uke eller måned støttemottakeren har krav på. Utover dette avtaler støttekontakt

⁷⁴ I kjennelse avsagt av Gulating lagmannsrett 13.september 2006 ble det faktum at støttekontaktvirksomheten var av et beskjedent omfang tillagt avgjørende vekt. Støttekontakten ble ikke ansett som arbeidstaker, og hadde således heller ikke rett til å stå i stillingen etter arbeidsmiljøloven § 15-11 til saken var rettskraftig avgjort. Høyesteretts kjøremålsutvalg stadfestet avgjørelsen 9.november 2006.

og –mottaker seg imellom hva som finner sted når de er sammen. Styringsretten utøves i disse tilfellene gjennom den konkrete avtalen.

4.2.2 Brukerstyrt personlig assistanse

Brukerstyrt personlig assistanse (BPA) innebærer en organisering av praktisk bistand til funksjonshemmede hvor brukerstyringen er satt i sentrum. Støttmottakeren gis større mulighet til å øve innflytelse i sin egen hverdag, i den forstand at vedkommende blant annet blir å anse som arbeidsleder i sitt forhold til assistenten. Ordningen har vist seg vellykket i den forstand at brukere og deres pårørende er svært fornøyde – i dag har omtrent 1500 personer i alderen 14-84 år innvilget slik støtte.⁷⁵

Etter å ha vært prøvd ut som forsøk fra 1994, ble BPA i 2000 lovfestet som en ordning kommunene plikter å ha i sitt tjenesterepertoar, jf sosialtjenesteloven § 4-2. Ordningen organiseres gjennom kommunene, men har vært delvis finansiert gjennom statlige tilskudd.⁷⁶ Det som gjør ordningen interessant i denne sammenhengen er imidlertid at den verken passer inn i det tradisjonelle arbeidstakerforhold eller et løsere tilknyttet oppdragsforhold. Ordningen kan organiseres på flere ulike måter med hensyn til ansettelse og arbeidsledelse, og representerer således en annerledes tilknytningsform til arbeidslivet enn man tidligere er vant til i omsorgssektoren. Essensen i BPA-ordningen er at det er støttmottakeren selv som er arbeidsleder i forholdet. Det er vedkommende selv som avgjør hva han vil bistås med og hvordan dette skal utføres. Det er imidlertid også av interesse hvem som formelt er å anse som arbeidsgiver eller oppdragsgiver. I det følgende diskuteres dette for enkelthets skyld under forutsetning av at det er tale om et arbeidstakerforhold – om dette er korrekt vurderes under.

⁷⁵ Halvorsen: *Suksess med BPA*. Publisert på <http://www.forskningsraadet.no>, 08.08.06.

⁷⁶ Forskningsrapport fra prosjektet ”Evaluering av effekten av stimuleringstilskuddet til brukerstyrt personlig assistanse (BPA)” (Høgskolen i Lillehammer/Østlandsforskningen, 2004)

For det første kan kommunen være arbeidsgiver. Da er assistenten ansatt i kommunen på lik linje som andre innenfor pleie- og omsorgssektoren. For det annet kan vedkommende være ansatt av et andelslag opprettet nettopp for å drive BPA-ordningen på en forsvarlig måte. Per dags dato finnes kun ett slikt andelslag i Norge – ULOBA.⁷⁷ ULOBA har distriktskonsulenter som bistår arbeidslederne, det vil si støttemottakerne. For det tredje kan arbeidslederen være arbeidsgiver selv, men må da registrere seg som selvstendig næringsdrivende og får således ansvar overfor myndighetene i form av regnskapsplikt og rapportering.⁷⁸

Hva er så den riktige kategorisering av personer som arbeider som personlige assistenter innenfor BPA? Ovennevnte artikkel (note 78) synes å hvile på en forutsetning om at assistentene skal *ansettes*, det vil si være knyttet til en arbeidsgiver og arbeidsleder som en ordinær arbeidstaker. Konsekvensen av dette vil være at assistenten er beskyttet av arbeidsmiljølovens verneregler og har rett til ferie og feriegodtgjørelse etter ferieloven, slik tilfellet også tradisjonelt har vært i andre, til dels lignende omsorgs- og pleieyrker. Det må imidlertid vurderes om et slikt arbeidsforhold tilfredsstillende kraven til et arbeidstakerforhold slik disse ble vurdert og lagt til grunn ovenfor. Det kan tenkes at det må legges til grunn andre kriterier enn de tradisjonelle for å avgjøre hvorvidt vedkommende må kalles arbeidstaker – dette drøftes i punkt 4.3 under. Kommer man til at arbeidstakerbegrepet ikke passer, må det vurderes om det er mer korrekt at assistenten knyttes til arbeidsleder og eventuelt kommune eller andelslag gjennom en oppdragskontrakt.

BPA-ordningens egenart medfører at det ikke enkelt lar seg avgjøre hvor den rettslig hører hjemme. Assistenten står i mange henseender fritt med hensyn til hvorledes arbeidet legges opp og utføres, så lenge dette skjer i samråd med brukeren. Det tradisjonelle kontroll- og instruksmomentet som avgrensningskriterium for arbeidstakerbegrepet lar seg ikke lett

⁷⁷ <http://www.uloba.no>

⁷⁸ *Lederstøtte og lederveiledning. Veiledning for arbeidsledere med brukerstyrt personlig assistanse (BPA)*. Artikkel fra Ressurscenter for omstilling i kommunene, publisert på <http://www.ro.no> 16.08.06

anvende i denne situasjonen, da det helt klart finner sted instruks fra arbeidsleder, men i mindre grad fra arbeidsgiver – dette representerer nettopp essensen i ordningen – og samtidig utfører assistenten arbeid som etter sin art ellers klassifiseres som typiske arbeidstakerforhold.

Praksis i Norge er ikke entydig på dette området. I de tilfellene der brukerassistansen er organisert gjennom andelslaget ULOBA, er assistentene konsekvent å anse som arbeidstakere – ULOBA bruker utelukkende ansettelseskontrakter med sine assistenter, med mindre det er tale om helt spesielle forhold, som for eksempel en ekstra assistent som kun skal bistå brukeren på en feriereise eller lignende. Assistentene veiledes og følges opp av ULOBA som arbeidsgiver, mens den daglige instruks og kontroll av arbeidet er delegert fra arbeidsgiver til arbeidslederen selv.⁷⁹ På den annen side er tilfellet at der en funksjonshemmet har en eller flere assistenter tilrettelagt av sin kommune, er disse ofte engasjert som oppdragstakere, jf under punkt 5.2. Hva som er ”riktig” må avgjøres ut fra den konkrete situasjon og en vurdering av tilstedeværelsen av momentene som legges til grunn i punkt 4.3 under. Hovedpoenget er at dersom forholdet *i realiteten* er et arbeidstakerforhold, skal assistenten ansettes på vanlig måte – man kan ikke omgå regelverket ved å kalle det et oppdrag dersom de faktiske forhold tilsier noe annet.

4.2.3 Fosterhjem

Fosterhjem utgjør et av de viktigste tiltakene i barneverntjenesten. Ordningen går ut på at et privat hjem tar imot barn til oppfostring etter vedtak av barneverntjenesten om hjelpetiltak eller omsorgsovertakelse, jf barnevernloven §§ 4-4 og 4-12.

Fosterhjemmets arbeidsrettslige stilling er vanskelig å avgjøre, da det ikke er tale om et ordinært arbeid. Arbeidet består i å tilby barnet en trygg hverdag og oppvekst – dette passer således ikke inn i det tradisjonelle arbeidstakerbegrepet.

⁷⁹ Intervju med Vibeke Melstrøm, fagsjef i ULOBA, 12.oktober 2006

Det er fra Arbeidstilsynet,⁸⁰ Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon og Rikstrygdeverkets⁸¹ side i lang tid forutsatt at kommunene knytter til seg fosterhjemmene gjennom oppdragskontrakter. Praxis på dette området har også vist seg konsekvent i kommunene. Rikstrygdeverket uttrykker noen grad av tvil når det gjelder fosterforeldre spesifikt, men støtter seg allikevel til KS' argumentasjon om at det ikke er naturlig å anse forholdet mellom disse og kommunen som et arbeidstaker-/arbeidsgiverforhold. Dette synspunktet begrunnes med at fosterforeldre generelt står i en fri og selvstendig situasjon ved utførelsen av sitt arbeid, samt at kommunen ikke kan ha styring og kontroll som i et vanlig arbeidsforhold.

4.3 Momenter ved grensedragningen

I diskusjonen omkring arbeidstaker-/oppdragstakerproblematikken kan det pekes på fire kategorier av momenter som kan være avgjørende i grensedragningen:

- Momenter knyttet til risikofordeling
- Instruksjons- og styringsrett
- Momenter knyttet til personlig arbeidsplikt
- Momenter knyttet til utstyr og driftsmidler

Disse oppsummerer det ovenstående om arbeidstakerbegrepets innhold – er først innholdet av arbeidstakerbegrepet fastlagt, har man samtidig funnet dets yttergrense – og således også grensen mot oppdragstakerbegrepet.

I tillegg til å ta utgangspunkt i arbeidstakerbegrepet, er det blant annet i svensk juridisk teori lagt til grunn at et oppdragstakerforhold kjennetegnes av visse trekk. Axel Adlercreutz har for svensk retts vedkommende utformet en liste bestående av syv punkter.⁸²

⁸⁰ E-post fra Kari Råstad, rådgiver i Direktoratet for Arbeidstilsynet, 24.oktober 2006

⁸¹ Høien (1995), brev fra Rikstrygdeverket til Borre trygdekontor angående rett til sykepenger til fosterhjem/beredskapshjem etc., datert 28.10.91.

⁸² Adlercreutz (2000) side 30 flg.

Tilstedeværelsen av et moment taler mot å karakterisere et arbeidsforhold som et arbeidstakerforhold. I norsk oversettelse blir listen seende ut som følger:⁸³

- ”1. Ikke er pliktig til å utføre arbeidet personlig. Kan på eget ansvar overlate arbeidet til andre.*
- 2. Faktisk på eget ansvar ansetter medhjelpere.*
- 3. Påtar seg en eller flere bestemte arbeidsoppgaver hos oppdragsgiveren.*
- 4. Ikke er forhindret – enten av avtalen eller arbeidsforholdene – til å ta tilsvarende arbeid hos andre.*
- 5. Selv bestemme sin arbeidstid, arbeidsplass og metode for utføringen av arbeidet, bortsett fra de innskrenkninger som følger av arbeidets egenart.*
- 6. Anvender eget redskap, maskiner og råvarer og står selv for utgiftene ved utføringen av arbeidet.*
- 7. Vederlag for arbeidsprestasjonen er helt avhengig av virksomhetens økonomiske resultat.”*

Det bemerkes at listen inkluderer mye av de samme momentene som ble lagt til grunn i forbindelse med vurderingen av arbeidstakerbegrepet i kapittel 2, men i denne sammenheng formulert slik at tilstedeværelsen trekker i retning av et oppdragsforhold. Disse punktene vil imidlertid være til beskjeden hjelp når man har å gjøre med arbeidsforhold som behandlet i punkt 4.2, da disse nettopp ikke er typiske verken for den ene eller den andre tilknytningsform.

I disse atypiske grupper av tjenesteytere i kommunene – støttekontakt, personlig assistent og fosterhjem – kan det etter min vurdering ikke i like stor utstrekning legges vekt på den såkalte instruksjons- og styringsretten. Den som utfører arbeidet er underlagt kontroller og instruksjoner, men ikke på en slik måte og i en slik grad at det kan være veiledende ved vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold. Her minnes det om at det allerede

⁸³ Fougner (1989) side 31

i Rt.1958 side 1229 ble åpnet for at det en slik kontrolladgang ikke alltid kunne kreves, særlig dersom arbeidstakeren var ansatt på grunn av særlige egenskaper han hadde. Dette kan være et argument i retning av at momentet ikke er avgjørende dersom arbeidets art tilsier noe annet. Hvorvidt det foreligger en formell arbeidsavtale kan gi veiledning, men dette vil nesten alltid være tilfellet i disse tilfellene. Momentet om utstyr og driftsmidler er heller ikke hensiktsmessig å bruke, da det er begrenset hvor mye utstyr det er aktuelt å bruke i et hovedsakelig medmenneskelig arbeid. Det blir også unaturlig å legge til grunn en vurdering av hvem som bærer risikoen for resultatet.

På den annen side er det klart at betydningen av vederlaget kan vurderes. Det vanlige i denne typen arbeid er imidlertid, selv om man er oppdragstaker, å få utbetalt lønn i rater.

Når enkelte av de tradisjonelle momenter i grensdragningen trekker i retning av arbeidstakerforhold, og de øvrige ikke lett lar seg anvende på grunn av arbeidets art, hva er da bakgrunnen for at støttekontaktvirksomhet, brukerstyrt personlig assistanse og fosterhjemsordningen stadig oftere legges til grunn som *oppdrag* i teori og praksis? Det synes klart at det må være andre momenter og vurderinger som ligger bak dette standpunktet.

Selvstendighet (organisering og utførelse)

Et egnet vurderingstema er i hvor stor grad støttekontakten/assistenten/fosterhjemmet har utvist selvstendighet i sin utførelse av arbeidet. Har vedkommende organisert og utført arbeidet på en slik måte at det er hans og omsorgsmottakerens behov og ønsker som imøtegår, uten at det nødvendigvis er lagt føringer fra kommunens side, taler mye for å la vedkommende anses som oppdragstaker. Denne selvstendigheten kan gjelde for eksempel tidspunkt for når arbeidet skal utføres og hvordan det legges opp, hvilke aktiviteter det skal legges vekt på og hvor nært forhold man skal utvikle til omsorgsmottakeren.

Denne graden av selvstendighet kan være avgjørende når det i tvilstilfeller skal avgjøres om en omsorgsarbeider som nevnt over skal vurderes som arbeidstaker eller oppdragstaker.

Har den som utfører arbeidet stor grad av selvstendighet, taler dette i favør av et oppdragsforhold. Ettersom dette ofte er tilfellet i de aktuelle typer arbeid, må dette anses som et holdbart kriterium og bakgrunn for at arbeidet ofte karakteriseres som oppdragsforhold.

Direkte instruksjon

Som nevnt over er arbeidsgivers instruksjon og kontroll av arbeidet et typisk trekk ved arbeidstakerforhold, faktisk i den grad at en viss form for instruksjon eller ledelse kan kreves før det i det hele tatt kan bli aktuelt å omtale en person som arbeidstaker, jf min drøftelse under punkt 2.5. Med hensyn til de foreliggende arbeidsforhold kan det imidlertid undersøkes hvorvidt utøveren er utsatt for *direkte* instruks, det vil si jevnlig oppsyn fra kommunen og direkte kommentarer til utførelsen av arbeidet. I både støttekontaktforhold, BPA og fosterhjemsordningen forholder omsorgsyteren seg til avtale og lovverk, men slipper i stor utstrekning innblanding i den daglige utførelsen.

I den grad dette er tilfellet kan dette være et moment i grensdragningen for disse utradisjonelle tilknytningsformene. Desto mindre *direkte kontroll, styring og instruks*, desto større grunn til å klassifisere omsorgsyter som oppdragstaker.

Utbetalingsmåte

Vederlaget er generelt et moment av betydning i foreliggende diskusjon, men som nevnt over ikke mye til hjelp eller begrunnelse hva disse aktuelle yrkene angår. Et beslektet moment er imidlertid *hvordan* betalingen skjer – i månedlige rater, etter stykkpris, timesats eller engangsutbetaling. Dette er et mer spesifikt moment som kan bidra i grensdragningen mellom arbeidstakerforhold og oppdrag for de aktuelle arbeidstypene.

Det typiske i arbeidstakerforhold, som fremholdt under punkt 2.5.2, er at vederlaget utbetales i periodiske pengeutbetalinger. Dette er således et moment som trekker i retning av arbeidstaker. Er imidlertid vederlaget fastsatt som en engangsutbetaling, bør det kort kunne fastslås at det er tale om et oppdragsforhold. Brukes lønnsformen timesats, som ikke

er uvanlig i kommunale arbeidsavtaler, kan det imidlertid oppstå tvil. Sammenholdt med det prinsipielle utgangspunkt at i selvstendige oppdrag ikke har krav på godtgjørelse før ytelsen er levert, taler imidlertid en slik vederlagsordning for å anse det aktuelle forhold som et oppdrag. Dette er også i tråd med at i hvert fall støttekontakter og personlige assistenter i teori og praksis har vært ansett som oppdragstakere av de respektive kommuner – svært ofte går avtalen her ut på at vedkommende har krav på lønn per time.

4.4 Den relative vektleggingen av momentene

Når det så er lagt til grunn et sett av momenter som skal være til hjelp ved grensedragningen, herunder også de mer spesifikke og positivrettslige momentene under de utvalgte omsorgsyttelsene, kan man fortsatt støte på problemer dersom ulike momenter trekker i hver sin retning. Der samtlige, eller i hvert fall de vesentligste, momenter trekker i samme retning, kan det normalt raskt slås fast hvorvidt det er tale om et arbeidstaker- eller et oppdragsforhold å gjøre.

Det vil her være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i *grupper* av momenter, jf punkt 4.3. Det er i arbeidsrettslig teori fremhevet at i en slik relativ vektlegging bør vekten av momenter knyttet til *personlig arbeidsplikt* holdes noenlunde konstant.⁸⁴ Foreligger personlig arbeidsplikt i et forhold har man ganske enkelt med et arbeidstakerforhold å gjøre. Med dette utgangspunkt er det de øvrige momenter som ved å trekke i en annen retning kan skape tvil. I det følgende antas risikomomentet å falle sammen med instruksjonsmomentet – den som bærer risikoen, har som oftest som en naturlig konsekvens av dette også en viss styring med arbeidet.

I slike tilfeller antas formålsbetraktninger å bli avgjørende. Her kan tenkes at den som skal ha utført arbeidet har begrenset instruksjonsrett, men skal holde utstyr og driftsmidler – tilsvarende motsatt situasjon, der han har betydelig instruksjonsrett, men det er den som skal utføre arbeidet som skal holde utstyr o.s.v. De vernehensyn som utgjør bakgrunnen for

⁸⁴ Jakhelln (2006) side 35

en rekke arbeidsrettslige regler tilsier at momenter knyttet til kontroll, ledelse og instruksjon skal tillegges vesentlig vekt i en situasjon der momentene spriker. Disse momentene gjør seg gjeldende i enda sterkere grad der det er tale om et langvarig forhold av et visst omfang – således kan andre momenter supplerende trekke i samme retning. Andre regler som bygger på andre hensyn, for eksempel skattelovgivningen, følger ikke nødvendigvis den samme relative vektleggingen. Her vil man gjerne legge vesentlig vekt på hvorvidt den som utfører arbeidet står for utstyr og driftsmidler selv i vurderingen av om han er selvstendig næringsdrivende eller ei, og således hvordan han skal lignedes.

Mer konkret med hensyn til de nevnte omsorgsytere blir utgangspunktet noe av det samme – selvstendighet med hensyn til utførelse og organisasjon kan sies å ha en side til momentet om personlig arbeidsplikt, og kan således danne et utgangspunkt i den relative vektingen. Dette blir stående som et fast referansepunkt, og andre momenter – som kan trekke i samme eller i motsatt retning – veies mot dette.

5 Kommuners bruk av arbeidstakere versus oppdragstakere – praktiske eksempler

5.1 Hvorfor "velge" det ene fremfor det andre? Står man fritt?

Som nevnt kan det være ulike grunner for partene i et arbeidsforhold til å ønske at arbeidet utføres på oppdrag istedenfor gjennom et tradisjonelt ansettelsesforhold. Fremfor alt kan dette være økonomisk gunstig for arbeidsgiver.

I Rundskriv B-09/97⁸⁵ forutsettes det at kommunen kan avgjøre hvilken tilknytningsform den ønsker å anvende i sin relasjon til støttekontakter. Det kan allikevel ikke legges til grunn at enhver som skal ha utført et arbeid – i vår sammenheng kan dette gjerne konkretiseres som kommunen – fritt kan velge hva slags avtale som skal inngås. Dette må følge av det generelle utgangspunkt som gjelder i norsk rett at det er de *reelle* forhold som må legges til grunn. Har støttekontakten rettigheter og plikter på lik linje som en annen, regulært ansatt i helse- og omsorgssektoren, kan og skal han kalles arbeidstaker. Er dette derimot ikke tilfelle, og han i stedet fyller kriteriene for en oppdragstaker, jf over, er det nettopp et oppdragsforhold som må reguleres i vedkommendes avtale.

Det skal også tas til etterretning at KS har gitt uttrykk for en oppfatning om at både støttekontakt-, BPA- og fosterhjemsordninger best løses gjennom oppdragsavtaler. Dette må antas å ha en tungtveiende effekt i kommunene, jf eksempler inntatt i de følgende punkter.

⁸⁵ "Støttekontakter – oppdragstakere eller arbeidstakere?"(B-09/97).

5.2 Eksempel 1: Haugesund kommune

Haugesund kommune benytter seg av standardiserte kontrakter når den knytter til seg nye støttekontakter og lignende omsorgsytere. En undersøkelse av disse kontraktene viser at disse er oppdragsavtaler, selv om dette ikke kommer helt klart frem av innholdet for det utrente øye.

Avtale om støttekontaktoppdrag

Det benyttes enkelte ord og uttrykk som raskt trekker i retning av å måtte legge til grunn at det er tale om et oppdrag – ”..engasjeres som støttekontakt..”, ”..støttekontaktoppdraget..” osv. Er man imidlertid ikke kjent med terminologien og konsekvensene av å bli ansett som oppdragstaker fremfor arbeidstaker, kan en slik avtale by på uønskede følger for støttekontakten. Det er ikke spesifisert i avtalen at arbeidsforholdet ikke gir rettigheter etter arbeidsmiljøloven eller ferieloven.

Selv med de tradisjonelle momenter for grensedragningen i mente, og også de mer spesifikke for denne typen arbeid lagt til grunn under punkt 4.3, er ikke avtalen klar. Dette er et praktisk eksempel på at forholdet ikke faller naturlig inn under noen av kategoriene. På den ene side kalles avtalen ”*avtale om støttekontaktoppdrag*” og fastsetter vederlaget etter timesats. På den annen side er kontroll- og styringsmomentet sterkt representert ved at støttekontakten i avtalen forplikter seg til veiledning fra kommunen og til å rapportere skriftlig til kommunen hvert halvår. For tradisjonelle arbeidstakerforhold ble det lagt til grunn under punkt 4.4 at den personlige arbeidsplikt blir stående som et fast referansepunkt i den relative vektleggingen av momenter, og tilsvarende for disse konkrete omsorgsyttelsene deres grad av selvstendighet i forhold til utførelsen av arbeidet. Med dette utgangspunkt må den foreliggende avtale sies å tilfredsstillende kravene til en oppdragstakeravtale – avtalen gir få holdepunkter for utførelsen, og det er således i stor grad opp til støttekontakten å legge opp arbeidet.

Avtale om omsorgslønn

Avtalen som benyttes for brukerstyrt personlig assistanse (BPA) og har tittel ”Oppdragsavtale – omsorgslønn”. Den samme avtalen antas å benyttes når det er tale om å innvilge omsorgslønn til foreldre med funksjonshemmede barn.

I likhet med ovennevnte støttekontaktavtale bærer avtalen om omsorgslønn preg av å befinne seg i mellomstadiet mellom ansettelse som arbeidstaker og engasjement som oppdragstaker. Man skal være seg svært bevisst på terminologien for å legge riktig forhold til grunn. For det første presenteres lønnen som et visst beløp per år, utbetalt som et fast beløp hver måned. For det annet slås det fast at ”..godtgjørelse utbetales for 12 mnd. pr. år inkl. ferie..” – dette er villedende i den forstand at oppdragstaker ikke har krav på ferie etter ferieloven. Er derimot kommunens tanke at omsorgsyteren skal gis rett til ferie, må det vurderes om vedkommende muligens må anses som arbeidstaker i generell forstand og således skal ansettes på vanlig måte.

Avtalen sier imidlertid ingenting om graden av selvstendighet i arbeidet, og heller ingenting om kommunens kontroll og instruks. Det godtas derfor at personer med omsorgslønn engasjeres som oppdragstakere av kommunen som oppdragsgiver, men det gjøres oppmerksom på at disse avtalene gjør det vanskelig for den som skal utføre arbeidet å forutse sin stilling.

5.3 Eksempel 2: Oslo kommune

Oslo kommune er delt inn i femten bydeler som alle har hver sine kontorer hva gjelder administrasjon og tildeling av omsorgsytelser. Bydelene er administrativt og organisatorisk en del av Oslo kommune som i tråd med arbeidsmiljølovens arbeidsgiverbegrep, jf § 1-8, annet ledd, i arbeidsrettslig sammenheng er å anse som arbeidsgiver selv om denne myndigheten er delegert til bydelene. Praksis er som følge av dette samkjørt i de ulike bydeler. Situasjonen behandles derfor i det følgende under ett.

For støttekontaktvirksomhet er det utarbeidet en standardisert avtale som samtlige bydeler benytter seg av ved rekruttering av støttekontakter.⁸⁶ Denne har tittel ”Oppdragstakerkontrakt for støttekontakt mellom bydel [...] og [navn, personnummer], (senere kaltoppdragstaker)”. Terminologien er konsekvent – det tales om ”oppdrag”, oppdragstaker” og ”oppdragsgiver” gjennom hele avtalen.

Støttekontakten får etter avtalen krav på godtgjørelse i samsvar med forutgående vedtak om tildeling av støttekontakt til brukeren. Også her er godtgjøringsformen betaling etter timesats og innleverte timelister, det vil si betaling etter at tjenesten er levert. Dette er som i forrige underpunkt i tråd med det som er sagt om vederlagsmomentet over. Oppdragstaker vil normalt ha risikoen for arbeidet. I den grad det er tale om ”risiko” i dette tilfellet gir dette seg utslag i at betaling skjer når arbeidet er utført, altså i etterkant.

I motsetning til avtalen drøftet under punkt 5.2 har imidlertid Oslo kommune fått frem et vesentlig poeng i sitt nest siste punkt: ”Oppdragstaker er ikke arbeidstaker, og har derfor ikke rett til feriepenger, jf ferielovens § 2.”

Oslo kommune har måttet tåle kritikk for sin bruk av oppdragskontrakter i støttekontaktforhold.⁸⁷ Denne kritikken kan neppe være holdbar slik avtalen er utformet per i dag.

Når det gjelder personlige assistenter, organiseres dette i Oslo kommune utelukkende gjennom ULOBA. Over i punkt 4.2.2 er det lagt til grunn at ULOBA som den store hovedregel benytter ansettelseskontrakter ved rekruttering av assistenter, slik at disse blir arbeidstakere i lovens forstand, og arbeidsforholdet blir preget av de rettigheter og plikter som dette medfører.

⁸⁶ Intervju med Aud R. Sørensen, Oslo kommune, 20.oktober 2006

⁸⁷ ”Gir dårlige vilkår.” Universitas 13.april 2005. Uttalelsene i artikkelen fremstår imidlertid som unyanserte, og det er forfatteren bekjent at de siterte parter ikke er ytt rettferdighet i artikkelen.

6 Konklusjon

6.1 Oppsummering

Situasjonen for arbeidstakere har endret seg gjennom tidene. Fra en lovgivning som tok sikte på å gjelde utelukkende industriarbeidere, har utviklingen lenge gått i retning av lovfesting av rettigheter for også andre grupper av arbeidere. Dette henger nøye sammen med utviklingen i samfunnet generelt, i den forstand at man i dag møter andre utfordringer enn da industrialismen fikk sitt gjennombrudd i det 19. århundre. Slagordsmessig kan det sies at de arbeidsrettslige begreper har blitt endret og utvidet i takt med samfunnet for øvrig. Nytt i moderne tid, og av særlig interesse i denne sammenheng, er at arbeidstakerne er mer selvstendige og ikke lenger underlagt slik styring og kontroll som den tradisjonelle arbeidstaker i industrisamfunnet. Hvorvidt en tjenesteyter faller inn under arbeidstakerbegrepet er avgjørende for en rekke rettigheter og plikter, og således av stor betydning for både arbeidstaker- og arbeidsgiversiden å få fastlagt.

Denne utviklingen har ikke vært bare uproblematisk. Håndteringen av de arbeidsrettslige begreper har vist seg vanskelig i de grensetilfeller som nødvendigvis oppstår i forsøket på å trekke rammen omkring dem. Det har til en viss grad latt seg gjøre å finne frem til kriterier som er egnet til en slik grensedragning mellom arbeidstakere og oppdragstakere, som har vært skillete av interesse i denne omgang, men forsøk på i moderne tid å plassere ethvert grensetilfelle ved å vurdere det i lys av disse kriteriene har vist at dette er vanskelig å gjennomføre. Arbeidstakerbegrepet har videre vist seg å variere noe i innhold avhengig av lov og hvilket rettsområde man befinner seg innenfor, så kriteriene som er lagt til grunn i grensedragningen er ikke alltid tilfredsstillende.

I kapittel 2 ble det forsøkt å trekke rammen omkring et arbeidstakerbegrep som skal kunne legges til grunn på tvers av lovverket, og dette henger nøye sammen med hvilke kriterier

som er hensiktsmessige i grensedragningen mot oppdragstakerbegrepet. De tradisjonelle kriteriene er drøftet og redegjort for i kapittel 2 og 4 over, og kan i korte trekk beskrives som en vurdering der arbeidsgivers styringsrett, arbeidstakers personlige arbeidsplikt, risikofordeling og utstyr/driftsmidler er av betydning. Underordnings- og avhengighetsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker har vært et grunnleggende utgangspunkt.

Det har imidlertid vist seg vanskelig å benytte de nevnte kriterier når det gjelder plasseringen av visse grupper av tjenesteytere i kommunal sektor. Denne avhandlingen har hatt særlig fokus på å avklare situasjonen for støttekontakter, personlige assistenter i BPA-ordningen og fosterhjem. Disse gruppene faller ikke naturlig inn i verken arbeidstaker- eller oppdragstakerkategorien slik disse har fått sitt innhold i teori og praksis, og kriteriene er således ikke til særlig hjelp. Arbeidets art har vanskeliggjort den arbeidsrettslige plassering, ettersom man har å gjøre med et nesten utelukkende sosialt og medmenneskelig forhold å gjøre, der hensynet til støttemottaker må veie særlig tungt. Som en følge av dette har det utviklet seg en inkonsekvent praksis, i den forstand at arbeidet organiseres ulikt; som eksempel nevnes at enkelte kommuner benytter oppdragskontrakt ved rekruttering av personlige assistenter, mens assistentene i kommuner som organiserer BPA-ordningen gjennom andelslaget ULOBA ansettes og blir arbeidstakere, men da med ULOBA som arbeidsgiver.⁸⁸ Et i utgangspunktet identisk tjenesteforhold hva arbeidsoppgaver angår får dermed forskjellige rettigheter og plikter knyttet til seg avhengig av hvilken kommune vedkommende tilhører. I kapittel 4 ble det derfor undersøkt om det kan tenkes alternative kriterier som lettere kan legges til grunn ved plasseringen av disse gruppene, og konkludert med at dersom den som utfører arbeidet utviser særlig stor selvstendighet i forhold til organisering og utførelse, kan det være grunn til å klassifisere forholdet som et oppdrag. Det samme gjelder dersom arbeidet utføres uten direkte instruksjon fra kommunen. Endelig kan vederlaget få betydning i grensedragningen, i den forstand at lønn etter timesats

⁸⁸ Arbeidsretten er ikke statisk, og det er således i utgangspunktet ingenting i veien for å organisere arbeidet ulikt og la det utføres av forskjellige tjenesteytere – problemet oppstår når identiske arbeidsoppgaver får ulike konsekvenser knyttet til seg, hvilket kan slå tilfeldig ut for den enkelte tjenesteyter.

kombinert med innlevering av timelister ses som at vederlaget utbetales etter at tjenesten er ytt og dermed – i tråd med det tradisjonelle risikomomentet – trekker i retning av et oppdrag. Disse kriteriene har sin bakgrunn i de tradisjonelle kriteriene som har utviklet seg i teori og praksis gjennom en årrekke, men er justert i en viss utstrekning for å få en mer nøyaktig og naturlig vurdering der arbeidets egenart blir tatt hensyn til. Resultatet er at grensen trekkes etter et mer tilfredsstillende sett av momenter, og dette kan videre danne grunnlag for en mer ensartet praksis på området.

Når dette er sagt, er det fortsatt ingen selvfølge hvor de diskuterte gruppene av omsorgsutøvere skal plasseres rettslig. Denne konkrete problemstilling er drøftet i oppgavens kapittel 4 – hvilken praksis er mest holdbar, og hvordan forholder man seg til en inkonsekvent organisering av støtteordningene?

Når det gjelder støttekontakter, har det de siste tiår utviklet seg en relativt homogen praksis i Norge, som går ut på at støttekontakter knyttes til kommunen som oppdragstakere. For at dette skal kunne godtas må dette komme klart frem i kontrakten, og de reelle forhold må være i samsvar med det som forventes av et oppdragsforhold. Å anse støttekontakter som oppdragstakere stemmer videre godt overens med kriteriene som i punkt 4.3 ble lagt til grunn som passende avgrensningmomenter ved slike kommunale omsorgsyntelser. Støttekontakten har retningslinjer å forholde seg til i kontrakten, men utover dette er det mye opp til ham selv – sammen med brukeren – å organisere den nærmere utførelsen. Han fører normalt timelister og får utbetalt lønn etter at arbeidet er utført.

Hva angår personlige assistenter i BPA-ordningen avhenger assistentens stilling i dag av om kommunen selv organiserer tilbudet, om støttemottakeren selv gjør det eller om det skjer gjennom ULOBA. Det overveiende mest praktiske er at det enten er kommunen eller ULOBA som står for gjennomføringen av tilbudet. Som nevnt over bruker ULOBA utelukkende ansettelseskontrakter i sitt forhold til assistentene, mens enkelte kommuner

bruker oppdragskontrakter⁸⁹. Skal man veie tilfellene mot hverandre og vurdere hva som er mest ”riktig” vil dette kunne slå ut forskjellig avhengig av situasjonen, men det faktum at ULOBA – en organisasjon som utelukkende har brukerstyrt personlig assistanse som sitt felt – er så klare i sin sak, vil være et argument for at også kommunene burde vurdere å ansette personlige assistenter fremfor å engasjere dem på oppdrag i de tilfeller der tilbudet organiseres gjennom kommunen selv. En slik assistent er underlagt en viss kontroll, og den daglige instruks og styring er delegert til omsorgsmottakeren. Dette legger begrensninger på assistentens selvstendighet i utførelsen. Utbetaling av vederlaget skjer etter timesats, men antall timer er normalt avklart på forhånd. Så lenge assistenten *i fellesskap med* omsorgsmottakeren legger opp arbeidet, er han *ikke* selvstendig nok til at oppdragskontrakt synes riktig.

Fosterhjemsordningen er om mulig enda mer særpreget enn de to ovenstående. Par som stiller opp som fosterforeldre gjør normalt ikke dette på grunn av det fastsatte vederlaget, men snarere for å gjøre en innsats der det trengs. Den moralske motivasjon er imidlertid uten betydning i arbeidsretten og ikke avgjørende for hvordan fosterhjemsavtalen skal forstås rettslig sett. Av større betydning er det derimot at oppgavene utføres som del av privatsfæren. Det er av disse grunner unaturlig å anse dem som arbeidstakere, også fordi å fostre opp barn i familien ikke er ordinært arbeid. Oppdragstakere er heller ingen treffende beskrivelse på den omsorgen som ytes, men når det primært er grensen som skal trekkes faller fosterforeldrene lettere inn under denne kategorien. Utover det grunnleggende, nemlig å sørge for at barnet får et stabilt og trygt hjem, er det mye opp til dem hvordan ”arbeidet” gjennomføres. Også følgene av å i motsatt fall bli ansett som arbeidstaker synes unaturlige: de færreste vil si at feriepengene er en selvsagt del av fosterhjemsordning. Reelle hensyn taler derfor i favør av å anse fosterhjemsordningen som oppdrag.

⁸⁹ Dette må holdes atskilt fra den avtalen som inngås mellom ULOBA og *kommunen* i de tilfeller der tilbudet organiseres gjennom ULOBA. Denne regulerer forholdet mellom de nevnte parter og blir å anse som en oppdragsavtale – dette er imidlertid ikke avgjørende for *assistentens* arbeidsrettslige plassering og stilling, som er av hovedinteresse i denne sammenheng. (E-post fra Jon Torp, avdelingsleder ULOBA, 1. november 2006)

6.2 De lege ferenda

Etter å ha drøftet situasjonen for enkelte grupper av omsorgsarbeidere i kommunal sektor, og konkludert med hvordan støttekontakter, personlige assistenter og fosterhjem best plasseres arbeidsrettslig, er det min vurdering at regelverket ikke er fullt ut tilfredsstillende. Det er enighet om momenter i grensdragningen mellom arbeidstaker- og oppdragstakerbegrepet på generelt grunnlag, men disse gjør ikke nytten når det gjelder de aktuelle gruppene i omsorgssektoren.

For det første er det ønskelig at arbeidstakerbegrepet legaldefineres og tas inn med likelydende innhold i samtlige lovtekster der begrepet forekommer. Det eventuelle innholdet av et slikt generelt begrep er diskutert over i kapittel 2 med utgangspunkt i gjeldende rett og foreliggende rettspraksis – det kan legges til grunn en viss kjerne som må antas å kunne kreves i ethvert arbeidstakerforhold. Dersom arbeidstakerbegrepet defineres og lovfestes vil man unngå at enkelte faller innenfor anvendelsesområdet til en lov og utenfor en annens. En slik ordning vil også bidra til enkelhet i lovverket og forutberegnelighet for arbeiderne. Begrepet bør utformes slik at det også kan legges til grunn i internasjonale spørsmål, typisk vedrørende den frie bevegelse for arbeidstakere under EØS-avtalen.

For det annet bør de i det foreliggende arbeid behandlede støtteordninger defineres og lovreguleres, særlig med hensyn til hva arbeidet går ut på, hvilken avtale som skal benyttes og som en følge av dette i hvilken grad de er gjenstand for instruksjon fra kommunen. Når det gjelder støttekontaktvirksomhet, bør det tas inn i sosialtjenesteloven og barnevernloven at støttekontakten arbeider for kommunen på oppdrag, hvordan vederlaget organiseres og generelt hva oppdraget går ut på – da vil det følge av loven at støttekontakten i en viss utstrekning står fritt til å legge opp arbeidet i samråd med brukeren, samtidig som han må følge lovens anvisning hva angår en begrenset plikt til å underordne seg kommunen og dens kontroll- og instruksordning (det kan for eksempel lovfestes at enhver støttekontakt skal levere en rapport hvert halvår – dette vil ikke kunne anses å frata forholdet sitt preg av oppdrag).

Dersom en slik lovregulering gjennomføres, vil man kunne oppnå en mer ensartet praksis på tvers av kommunegrensene. Med lovhjemmel for at personlige assistenter er arbeidstakere ansatt i kommunen, blir situasjonen tilsvarende den for assistenter ansatt i ULOBA. Situasjonen slik den er i dag, der det i stor grad synes å være opp til den enkelte kommune å vurdere hvilken avtaleform som brukes, er uheldig – de ulike ordninger antas å utvikle seg gunstigst dersom praksis er ensartet, samtidig som hensynet til forutberegnelighet og enkelhet i lovverket må trekkes frem som tungtveiende argumenter.

Det må generelt være et siktemål at formålet med omsorgsytelsene oppnås i størst mulig grad – dette kan lettest tenkes gjennomført dersom samtlige kommuner legger de samme begreper til grunn og kan forholde seg til klare utgangspunkter med hjemmel i lov. På denne måten vil også hensynet til omsorgsmottaker få en gjennomslagskraft som synes til tider fraværende i den tradisjonelle vurdering.

7 Litteraturliste

Litteratur:

- Adlercreutz, Axel *Svensk arbetsrätt.* Stockholm 2000.
- Fougner, Jan/ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave.* 8.utgave. Oslo 2003.
- Holo, Lars/
Friberg, Odd.
- Fougner, Jan. *Arbeidstagerbegrepet i ferieloven. I: Aktuell arbeidsrett.* 1989.
- Høien, Bent. *Støttekontakter, fosterhjem, avlastere m.v. Kommunen som oppdragsgiver.* Oslo 1995.
- Friberg, Odd. *Ferieloven. Med kommentarer.* Oslo 1994.
- Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten.* 4.utgave. Oslo 2006.
- Jakhelln, Henning. *Fjernarbeid. I: Arbeidsrettslige studier, bind II.* Oslo 2000.
- Jakhelln, Henning. *Arbeidsretten. I: Knophs oversikt over Norges rett.* 11.utg. Oslo 1998.
- Jakhelln, Henning. *Begrepet arbeidsforhold.* (Utrykt manuskript.) Oslo 1985.
- Kjønstad, Asbjørn /
Syse, Aslak.
- Sejersted, Fredrik...[et.al.]. *EØS-rett.* Oslo 1999
- Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett.* Oslo 2005

Artikler (trykte og elektroniske):

- Andersen, Kari B./ *Omgåelse av lovforpliktelser ved alternative kontraktsformer*
- Stang, Trond *i tjenesteforhold. I: Juristkontakt nr.8/1999 side 4.*
- Jakhelln, Henning/ *Sykepleieres arbeidsrettslige stilling ved bedriftsintern*

Andersen, Kari B.	<i>videreutdanning.</i> (http://www.lovdata.no)
Halvorsen, Per	<i>Suksess med BPA.</i> (http://www.forskningsraadet.no , 8.august 2006)
Ressurscenter for omstilling i kommunene	<i>Lederstøtte og lederveiledning. Veiledning for arbeidsledere med brukerstyrt personlig assistanse (BPA)</i> (http://www.ro.no , 16.august 2006)

Avisartikler:

Universitas 13.april 2005: *Gir dårlige vilkår.*

Lover, forskrifter og forarbeider:

2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven). 17.juni 2005 nr.62
1999	Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven). 26.mars 1999 nr.14
1998	Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova). 17.juli 1998 nr.61)
1997	Lov om folketrygd (folketrygdloven). 28.februar 1997 nr.19
1993	Lov om luftfart (luftfartsloven). 11.juni 1993 nr.101
1992	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven). 27.november 1992 nr.109
1992	Lov om barneverntjenester (barnevernloven). 17.juli 1992 nr.100
1991	Lov om sosiale tjenester m.v.(sosialtjenesteloven).
1989	Lov om yrkesskadeforsikring (yrkesskadeforsikringsloven). 16.juni 1989 nr.65
1988	Lov om lønnsplikt under permittering (permitteringslønnsloven). 6.mai 1988 nr.22
1988	Lov om ferie (ferieloven). 29.april 1988 nr.21

1984	Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven). 8.juni 1984 nr.59
1978	Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven). 9.juni 1978 nr.45
1973	Lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v.(lønnsgarantiloven). 14.desember 1973 nr.61
1977	Lov om arbeidsmiljø. 4.februar 1977 nr.4 (<i>Opphevet</i>)
1970	Lov om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere (arbeidstakeroppfinnellesloven). 17.april 1970 nr.21
1966	Lov om folketrygd. 17.juni 1966 nr.12 (<i>Opphevet</i>)
1956	Lov om arbeidervern. 7.desember 1956.
1947	Lov om ferie. 14.november 1947 nr.3 (<i>Opphevet</i>)

Forskrift 5.juni 2002 om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem (AID)

Ot.prp. nr.49 (2004-05) (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr.54 (1986-87) (ferieloven)

Ot.prp. nr.3 (1975-76) (gammel arbeidsmiljølov)

Ot.prp. nr.31 (1935) (arbeidervernloven)

Ot.prp. nr.104(1947) (gammel ferielov)

Innstilling fra Ferielovkomiteen.(19.februar 1947)

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Rettspraksis:

Norsk Retstidende (Rt):

Rt.2002 side 456

Rt.2000 side 1981

Rt.1999 side 946

Rt.1995 side 2018

Rt.1994 side 1064

Rt.1990 side 903

Rt.1987 side 424

Rt.1986 side 1322

Rt.1984 side 1044

Rt.1982 side 1035

Rt.1968 side 725

Rt.1962 side 1179

Rt.1958 side 1229

Rettsens Gang (RG):

Kjennelse avsagt av Gulating lagmannsrett 13.september 2006

RG 1967 side 630 Frostating

RG 1964 side 133 Kristiansand

RG 1958 side 539 Eidsivating

RG 1956 side 91 Oslo

Dommer og kjennelser av Arbeidsretten (ARD):

ARD 1996 side 91

ARD 1991 side 140

ARD 1980 side 105

ARD 1980 side 48

ARD 1968 side 36

Avgjørelser fra EF-domstolen:

Sak C-415/93 *Bosman*

Rundskriv:

Rundskriv B-09/97 - ”Støttekontakter – oppdragstakere eller arbeidstakere?”

Avtaler:

Hovedtariffavtalen. Tariffperioden 1.mai 2006-31.april 2008.

Oslo kommunes overenskomster med arbeidstakerorganisasjonene vedrørende lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere i Oslo kommune. Tariffperioden 1.5.2004-30.4.2006

EØS-avtalen.

Forskning:

Høgskolen i Lillehammer/Østlandsforskningen, 2004:

”Evaluering av effekten av stimuleringstilskuddet til brukerstyrt personlig assistanse (BPA)”

Intervjuer/henvendelser:

Telefonintervju med Vibeke Melstrøm, fagsjef i ULOBA, 12.oktober 2006

Telefonintervju med Aud Ringen Sørensen, Oslo kommune, 20.oktober 2006

Korrespondanse per e-post med Kari Råstad, rådgiver i Direktoratet for Arbeidstilsynet, 24.oktober 2006

Korrespondanse per e-post med Finn Arnesen, professor ved Universitetet i Oslo, 30.oktober 2006

Korrespondanse per e-post med Jon Torp, avdelingsleder ULOBA, 1.november 2006

Diverse materiale:

Brev fra Rikstrygdeverket til Borre trygdekontor angående rett til ytelser til fosterhjem/beredskapshjem etc., datert 28.oktober 1991

Standardavtale (blank) fra Haugesund kommune: *Oppdragsavtale – omsorgslønn.*

Standardavtale (blank) fra Haugesund kommune: *Avtale om støttekontaktoppdrag.*

Standardavtale (blank) fra Oslo kommune: *Oppdragstakerkontrakt for støttekontakt mellom bydel [...] og [navn, personnummer], (senere kaltoppdragstaker).*

Elektroniske kilder:

<http://www.ro.no>

<http://www.uloba.no>

<http://www.lovdata.no>

<http://www.forskningsraadet.no>