

Arbeidstaker – quo vadis?

Den nyere utviklingen av arbeidstakerbegrepet

Marianne Jenum Hotvedt¹

Sammendrag

Arbeidstakerbegrepet har gjennomgått en vesentlig utvikling de seneste årene. Artikkelen identifiserer sentrale utviklingstrekk og drøfter implikasjonene av disse fra et norsk ståsted. Begrepet avgrensar anvendelsesområdet for regler på ulike rettsområder, i intern norsk rett og i EU/EØS-retten, men begrepsinnholdet samsvarer ikke fullt ut. Utviklingen som behandles i artikkelen gjelder både begrepsinnholdet i norsk rett, forholdet mellom EU/EØS-retten og det nasjonalrettslige begrepet og det fellesskapsrettslige begrepsinnholdet. I norsk rett har arbeidstakerbegrepet blant annet fått klarere forgreninger som følge av Høyesteretts formålsorienterte tilnærming. I EU/EØS-retten har det skjedd et grunnleggende skifte i synet på forholdet til det nasjonalrettslige arbeidstakerbegrepet på det arbeidsrettslige området. Den generelle tendensen er at det fellesskapsrettslige arbeidstakerbegrepet – fra området for fri bevegelse – vinner terreng. Dette har flere implikasjoner for rekkevidden av arbeidsrettslig vern i norsk rett.

Nøkkelord: Arbeidsrett, EU-rett, begrepsutvikling, arbeidstakerbegrepet, arbeidsavtale, oppdragsavtale

1 Hvor er arbeidstakerbegrepet på vei?

2 Arbeidstakerbegrepet i norsk rett

2.1 Utgangspunkter

2.1.1 Historisk og prinsipiell forankring

2.1.2 Et enhetlig arbeidstakerbegrep?

2.1.3 Nærmere om avtalegrunnlag og underordningsforhold

2.2 Nyere utviklingstrekk og utfordringer

2.2.1 Aktuelle spørsmål og grensedragninger

2.2.2 Formålsorientering som metodisk tilnærming

2.2.3 Klarere om avtalemessig grunnlag

2.2.4 Klarere om underordningsforholdet

2.2.5 Klarere om forholdet mellom formalitet og realitet

2.2.6 Revidering av tradisjonelle momenter?

¹ Postdoktor (ph.d.) ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

3 Arbeidstakerbegrepet i EU/EØS-retten

3.1 Utgangspunkter

- 3.1.1 Arbeidstakerbegrepets relativitet
- 3.1.2 Regler om fri bevegelighet
- 3.1.3 Regler om likelønn og likebehandling
- 3.1.4 Arbeidsrettslig minimumsvern

3.2 Nyere utviklingstrekk

- 3.2.1 En ny type formålsbetraktning
- 3.2.2 Fellesskapsrettslig begrep på grunn av materielle sammenhenger
- 3.2.3 Fellesskapsrettslige krav for å effektivisere minimumsbeskyttelsen
- 3.2.4 Nærmere om innholdet i det fellesskapsrettslige arbeidstakerbegrepet

4 Implikasjoner av utviklingen

- 4.1 Ytterligere relativisering
- 4.2 Utvidet anvendelsesområde for arbeidsrettslig vern?
- 4.3 Veiledning for usikre grensedragninger?
- 4.4 En ytre ramme for arbeidsrettslig vern?

5 På vei mot undergangen?

1 Hvor er arbeidstakerbegrepet på vei? ²

Temaet for denne artikkelen er den *nyere utviklingen* av arbeidstakerbegrepet, eller, formulert som et spørsmål til denne rettslige figuren: Quo vadis – hvor er du på vei?³ Artikkelen behandler den seneste utviklingen av arbeidstakerbegrepet i norsk rett og i EU/EØS-retten, og drøfter implikasjoner av denne utviklingen.

Både norsk rett og EU/EØS-retten har et begrep om hva en «arbeidstaker» er, og begrepet har viktige avgrensende funksjoner i rettssystemene. Begrepene har viktige fellestrekk, men er ikke sammenfallende. Det er også et spørsmål om hvordan EU/EØS-retten forholder seg til det norske begrepet. De seneste årene er det avsagt dommer som utvikler begrepet i alle disse relasjonene: Utviklingen gjelder både forståelsen av det norske arbeidstakerbegrepet, forholdet mellom EU/EØS-retten og det nasjonalrettslige begrepet samt begrepsinnholdet på fellesskapsrettslig plan.

Dette gir opphav til flere spørsmål som drøftes i artikkelen. Utviklingen av det nasjonalrettslige begrepet er viktig i seg selv (punkt 2): Hva har definert en «arbeidstaker» i norsk rett, hvordan har begrepsforståelsen utviklet seg de seneste årene, og hvilke utfordringer reiser denne utviklingen?

² En stor takk til Stein Evju, Mona Næss og Tfrs fagfelle for nyttige innspill til artikkelen.

³ Uttrykket «quo vadis» har referanse i kristne fortellinger. Ifølge Johannesevangeliet 13.36 flg. og en apokryfisk skrift spurte Peter ved to anledninger Jesus: «Herre, hvor er du på vei?» («Domine, quo vadis?»).

Videre er utviklingen i EU/EØS-retten sentral (punkt 3): På hvilke områder har arbeidstakerbegrepet blitt forstått fellesskapsrettslig, hvordan er dette begrepsinnholdet definert, og hvordan skiller det seg fra den norske forståelsen? Det gir et utgangspunkt for å diskutere utviklingen: Stiller EU/EØS-retten nye krav til nasjonalrettslige avgrensninger, og hvilken rolle spiller det fellesskapsrettslige begrepet i denne sammenhengen?⁴

For å klarlegge gjeldende norsk rett er det nødvendig å drøfte implikasjonene av utviklingen i EU/EØS-retten, for den nasjonalrettslige begrepsforståelsen og for avgrensninger av verneregler (punkt 4): Krever fellesskapsretten utvidelser og arbeidsrettslig vern for nye grupper, bidrar den til klargjøring av grensedragninger og setter den også begrensninger for rekkevidden av arbeidsrettslig vern på nasjonalt plan?

Det er dessuten et spørsmål om hvordan begrepsutviklingen i norsk kontekst videre fremover kan – og bør – spille sammen med den fellesskapsrettslige (punkt 5).

Innledningsvis er det grunn til å understreke at arbeidstakerbegrepets grenser både i norsk rett og i EU/EØS-rett trekkes gjennom brede og konkrete skjønnsmessige vurderinger. Begrepsinnholdet kan derfor vanskelig fastlegges helt eksakt, men kan belyses ved å klarlegge hvilke elementer begrepet består av, hvordan det avgrenses, samt hvilke grensedragninger som er trukket. Drøftelsene fokuserer derfor på begreps-elementer, tilnæringsmåte og grensedragninger. Hvordan man vil karakterisere begrepet beror dermed på hva man fokuserer på: Begrepet kan være enhetlig i den forstand at det består av de samme elementene eller avgrenses ved hjelp av samme tilnærming, men samtidig relativt dersom grensedragningene slår ulikt ut i ulike sammenhenger. Spenningen mellom enhetlig forståelse og relativitet søkes også belyst gjennom artikkelen.

2 Arbeidstakerbegrepet i norsk rett

2.1 Utgangspunkter

2.1.1 Historisk og prinsipiell forankring

Arbeidstakerbegrepet springer ut av begrepet om arbeidsavtalen, og betegner som et utgangspunkt avtalens svakere part.

Arbeidsavtalens funksjon i arbeidsretten er grunnleggende, historisk og normativt. Avtaletypen er rettsområdets «utgangspunkt og grunnleggende avgrensning».⁵ Arbeidsrettslig vernelovgivning vokste frem som en reaksjon på sosiale problemer skapt gjennom liberalisering

⁴ Drøftelsene i punkt 3.2 henter betydelig inspirasjon fra Jens Kristiansen, «På vej mod et fælleseuropæisk arbejdstagerbegreb?», i Bernard Johann Mulder mfl. (red.) *Sui Generis. Festskrift til Stein Evju*, Oslo 2016 s. 389–398. Drøftelsene tar imidlertid sikte på en videreutvikling, bla. ved å tydeliggjøre ulike linjer i utviklingen og drøfte implikasjonene for ulike direktiver (punkt 3.2.2 og 3.2.3) samt ved å diskutere begrepsforståelsen nærmere (punkt 3.2.4). I tillegg er rettspraksis fra tiden etter Kristiansens artikkel trukket inn.

⁵ Stein Evju, «Arbeidsrettsdisiplinen og arbeidsrettsforskningen i tilbakeblikk», *Arbeidsrett*, 2012 s. 1–29 på s. 5 og 10 [Evju 2012].

og industrialisering.⁶ Den «frie» arbeidsavtalen fikk økt utbredelse i siste halvdel av 1800-tallet, dels ved liberalisering av tidligere reguleringer, dels ved at sysselsettingen i den uregulerte industrien vokste. Gjennom vernelovgivning ble det anerkjent at avtalefriheten måtte begrenses for å hindre misbruk, både for å forvalte arbeidskraftressursene effektivt og av rent menneskelige hensyn.⁷

Vernerasjonale var knyttet til arbeidsavtalens særtrekk. En avtale om at en person stiller sin arbeidskraft til rådighet for en annen og innordner seg dennes ledelse, etablerer et asymmetrisk maktforhold preget av avhengighet. Den etablerer et personlig bånd idet arbeidskraften ikke kan skilles fra mennesket, den forutsetter et underordningsforhold, og den forsterker den skjeve sosioøkonomiske stilling og forhandlingsmakt som ofte er tilstede i utgangspunktet.⁸ Avtaleforholdet stiller dermed den svakere part i et personlig, organisatorisk og – normalt – økonomisk avhengighetsforhold som må utjevnes gjennom verneregler.

Vernereglene ble følgelig begrunnet i og koblet til partsforholdet, reglene fikk form av plikter for «arbeidsgiver» til vern av «arbeidstaker». Arbeidstakerbegrepets grunnleggende funksjon er med andre ord å utpeke hvem som skal ha vern, og begrepsinnholdet er definert med utgangspunkt i arbeidsavtalens særtrekk.

Arbeidstakerbegrepets grunnleggende funksjon, dets innhold og koblingen til arbeidsavtalen har en bred felleseuropeisk basis.⁹ Arbeidstakerbegrepet i ulike europeiske land har derfor viktige fellestrekk, selv om det er enkelte forskjeller i begrepsinnhold og avgrensninger av verneregler.¹⁰ Det var Paal Berg som forankret norsk begrepsforståelse i europeisk tradisjon.¹¹ Han definerte arbeidstaker («den avhengige lønnsarbeider») ut fra arbeidsavtalens særtrekk, ved hjelp av to skillelinjer.¹² Først avgrenset han tjenesteavtaler (avtaler om arbeidsleie) mot verksavtaler (avtaler om verksleie) og lignende kontraktsformer.

⁶ Se bla. Bruno Veneziani, «The Evolution of the Contract of Employment», i Bob Hepple and Bruno Veneziani (red.), *The Making of Labour Law in Europe*, London/New York 1986 s. 31–72, Ole Hasselbalch, «The Roots – the History of Nordic Labour Law», *Scandinavian Studies in Law*, 2002, s. 11–35 og Evju 2012 s. 5–8. Se også Marianne Jenum Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet*, Oslo 2016 s. 49–55 [Hotvedt 2016].

⁷ Denne doble begrunnelsen har ligget fast siden Paal Berg, *Arbeidsrett*, Oslo 1930 s. 18 [Berg 1930], se forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 62.

⁸ Maksimen om at arbeidskraft ikke er en (vanlig) handelsvare («Labour is not a commodity») speiler dette og begrunner at arbeidsavtaler krever annet enn en ren formuesrettslig regulering, se Stein Evju, «Labour is not a Commodity: Reappraising the Origins of the Maxim», *European Labour Law Journal*, 2013 s. 222–229. DOI: <https://doi.org/10.1177/201395251300400305>.

⁹ Se bla. Otto Kahn-Freund, *Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3. utg. ved Paul Davies og Mark Freedland (red.), London 1983 s. 18, Stein Evju, «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 1 (2003) s. 3–32 på s. 10. Se også Hotvedt 2016 s. 137 flg.

¹⁰ For en komparativ oversikt, se Bernd Waas og Guus Heerma van Voss (red.) *Restatement of Labour Law in Europe. Volume 1 The Concept of Employee*, Oxford and Portland 2017 [Waas/van Voss 2017]. DOI: <http://dx.doi.org/10.5040/9781509912438>.

¹¹ Paal Berg, *Arbeidsrett*, Oslo 1930, se særlig s. 5–8 og 37–49 [Berg 1930]. Dette var første gang «arbeidsavtalen» ble brukt som rettssystematisk betegnelse i norsk sammenheng, se Evju 2012 s. 7.

¹² Se til det følgende Berg 1930 s. 37 flg. Terminologisk svarer skillet mellom tjenesteavtaler og verksavtaler til det tyske skillet mellom «wirken» og «werk».

Tjenesteavtalene etablerer en *personlig* arbeidsforpliktelse der realytelsen består i å stille personens egen arbeidskraft til rådighet, mens verksavtalen forplikter til å frembringe et bestemt arbeidsresultat. Avgrensningen er begrunnet i fraværet av personlig underordning. Når avtalen gjelder resultatet, kan arbeidspresterende part selv bestemme hvem som skal utføre arbeidet og hvordan. Videre avgrenset han mot selvstendige tjenesteavtaler, der arbeidspersonen ikke har plikt til å innordne seg den annens ledelse ved utførelse av arbeidet, og «således ikke [er] personlig avhengig av arbeidsgiveren». ¹³ Arbeidsavtalen ble dermed kjennetegnet ved at arbeidspersonen stiller sin personlige arbeidskraft til rådighet som en underordnet, og begrunnet i det avhengighetspreget som da oppstår.

Berg tok samtidig til orde for en konkret og formålsoverordnet tilnærming til grensetilfeller, selv om det kan gjøre grensene uskarpe. Det avgjørende måtte være hvorvidt det, ut fra graden av avhengighet, også sosioøkonomiske faktorer, var rimelig (eller «naturlig») å la rettsforholdet mellom partene bli regulert av arbeidsrettslige verneregler fremfor av alminnelige formuerettslige regler. ¹⁴ Derfor måtte det ha vesentlig betydning om arbeidsforholdet har en viss varighet, og de enkelte arbeidsoppgavene ikke er klart definert på forhånd.

Bergs syn på arbeidsavtalen og arbeidstakerbegrepet ligger til grunn for norsk vernelovgivning. Den første generelt virkende arbeidervernloven av 1936 bygget på at det «foreligger et arbeidsforhold hvor arbeider utfører *avhengig arbeid* under ledelse og kontroll». ¹⁵ Avhengighetspreget skulle definere avtaletypen og utløse verneregler uavhengig av virksomhetens art og stillingstype. ¹⁶ Dette rammeverket er videreført til dagens lov. ¹⁷

Opprinnelig ble arbeidsavtaleforholdet – og dermed arbeidstakerbegrepet – sett som en avgjørende avgrensning for faget og vernereglene. Berg fremhevet at gjennom arbeidsavtalen «er også *Arbeidsrettens* område bestemt». ¹⁸ Det er ikke grunn til å være like kategorisk i dag: Koblingen mellom begrepet «arbeidsgiver» og arbeidsavtalen er nemlig ikke like sterk. Visse verneregler – i form av plikter for «arbeidsgiver» – gjelder også i andre relasjoner enn arbeidsavtaler. ¹⁹ Visse plikter for «arbeidsgiver» gjelder vern av andre arbeidstakere enn dem man selv har en arbeidsavtale med, som innleide eller tjenesteytende arbeidstakere. Videre har

¹³ Berg 1930 s. 38.

¹⁴ Berg 1930, se særlig diskusjonen om hjemmearbeideres situasjon på s. 41, men også s. 6 og 38.

¹⁵ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 3, kursivert her. Unntak var imidlertid gjort for sjøfart, fangst og fiske, luftfart, jord- og skogbruk mv. og offentlig forvaltning.

¹⁶ Lov 19. juni 1936 om arbeidervern gjaldt for «hver bedrift som sysselsetter arbeider eller som bruker mekanisk drivkraft på over 1 hestekraft», og «arbeider» var definert som «enhver som utenfor sitt hjem utfører arbeid i annen manns tjeneste», jf. §§ 1 og 2. Nærmere om utvikling av begrepet «arbeider» før 1936, se Stein Evju, «Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten», *Arbeidsrett*, 2011 s. 143–163 på s. 150–152.

¹⁷ Nærmere om linjene fra lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern, lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. til lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), se Hotvedt 2016 s. 60–63.

¹⁸ Berg 1930 s. 39 (kursivert i originalen).

¹⁹ Nærmere om arbeidsgiverplikter i andre relasjoner enn arbeidsavtaler, se Hotvedt 2016 s. 198 flg.

«arbeidsgiver» visse plikter til vern av andre persongrupper enn dem som faller inn under arbeidstakerdefinisjonen. Flere verneregler omfatter personer som utfører arbeid på annet grunnlag enn avtale, og enkelte verneregler omfatter også selvstendig oppdragstakere.²⁰

Slike utvidelser innebærer et noe bredere og mer fleksibelt vernerasjonale, og innebærer at arbeidstakerbegrepet ikke er en avgjørende avgrensning for alle verneregler. Men uavhengig av disse utvidelsene er det klare utgangspunkt fremdeles at arbeidsrettslige verneregler gjelder i arbeidsavtaleforhold.²¹

2.1.2 Et enhetlig arbeidstakerbegrep?

Arbeidstakerbegrepet er ikke bare en sentral avgrensning for arbeidsrettslige verneregler, det har også avgrensende funksjoner i flere andre regelsett. Slik lovgivning bygger gjerne på et «alminnelig» eller «tradisjonelt» arbeidstakerbegrep, men uten å klargjøre hva det egentlig betyr.²²

Arbeidsmiljøloven og ferieloven utgjør den sentrale arbeidsrettslige vernelovgivningen. Her er «arbeidstaker» definert med henvisning til tjenesteavtalene, som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste», jf. aml. § 1-8 første ledd og feriel. § 2 (1). Begrepsforståelsen i de to lovene er som et utgangspunkt antatt å samsvare, men det er holdt åpent om det kan være nyanser.²³ Selv om definisjonen ikke uttrykkelig krever et avtalegrunnlag, er det en sentral forutsetning. Utgangspunktet er at arbeid på annet rettslig grunnlag enn avtale, ikke gjør en person til arbeidstaker.²⁴ Forarbeidene viser en klar kobling til arbeidsavtalens særtrekk og til Bergs syn på avhengighet og underordning som det definerende:

«Et særtrekk ved arbeidsavtalen er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet. Arbeidstakeren er normalt *økonomisk avhengig* som lønsmottaker og står i et organisatorisk avhengighetsforhold som innebærer *underordning* i forhold til arbeidsgiver.»²⁵

På grunn av vernereglens preseptoriske karakter skal realitetene være avgjørende ved avgrensningen. Begrepets grenser skal trekkes ved en skjønsmessig helhetsvurdering (av realitetene) i det enkelte tilfellet, med utgangspunkt i nærmere angitte momenter. Momentene angir rettslige og faktiske kjennetegn som indikerer at en person er arbeidstaker, de fungerer

²⁰ Om vern av personer som arbeider på annet grunnlag, se særlig aml. §§ 1-6 og 2-2. Vern av selvstendige oppdragstakere følger dels av at «arbeidsgiver» har visse plikter til å verne selvstendige oppdragstakere, se særlig aml. § 2-2 og aml. § 13-2 (2), dels av at visse plikter er lagt på oppdragstakeren selv, særlig i medhold av aml. § 1-4.

²¹ Det er fremdeles «hovedinnretningen» i arbeidsmiljøloven, se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 74, se tilsvarende om annen vernelovgivning i Hotvedt 2016 s. 146–151.

²² Se feks. Ot.prp. nr. 54 (1986–87) s. 22 og Ot.prp. nr. 44 (1988–89) s. 48.

²³ Ot.prp. nr. 54 (1986–87) s. 24.

²⁴ Det følger også forutsetningsvis av aml. § 1-6, som bygger på at flere persongrupper som utfører arbeid på annet grunnlag enn avtale, ikke er arbeidstakere.

²⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 73, kursivert i originalen. Se tilsvarende Ot.prp. nr. 54 (1986–87) s. 22.

altså som både retts- og bevisfakta ved vurderingen. Momentene ble først oppstilt i forarbeidene til ferieloven av 1947, og er senere lagt til grunn for dagens ferielov og arbeidsmiljølov.²⁶ I forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov er de listet opp slik:

- «Arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning
- Arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet
- Arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse
- Arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet
- Arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn
- Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister
- Det arbeides hovedsakelig for én oppdragsgiver»²⁷

Momentene er veiledende, listen er ikke uttømmende, og forarbeidene legger ikke konkrete føringer for avveiningen.²⁸ Det kan dermed variere fra sak til sak hvilke momenter som vektlegges, hvor stor vekt det enkelte momentet får og hvorvidt øvrige momenter eventuelt trekkes inn. I rettspraksis har det nettopp variert fra sak til sak hvilke momenter som trekkes inn og hvilken vekt de tillegges, uten at det er formulert generelle normer for avveiningen.²⁹

Folketrygdloven³⁰ § 1-8 definerer arbeidstaker som «arbeider i en annens tjeneste for lønn eller annen godtgjørelse». Det kreves et underordningsforhold som på det arbeidsrettslige området, men det har vært mer usikkert om kreves at arbeidet har avtalemessig grunnlag.³¹ Kravet om godtgjørelse er på den annen side særegent. Også her er tilnærmingen en helhetsvurdering av realitetene med utgangspunkt i visse veiledende momenter, men disse samsvarer ikke fullt ut med listen etter arbeidsmiljøloven.³² Rettspraksis viser dessuten enkelte forskjeller i avveiningen sammenlignet med i arbeidsrettslig sammenheng; momentene som belyser den økonomiske risikofordelingen mellom partene synes gjennomgående å tillegges

²⁶ Momentene fremgår av Ferielovkomiteens innstilling (1947) s. 20–21. Forståelsen er videreført i gjeldende ferielov, se Ot.prp. nr. 54 (1986–87) s. 131, og tilsvarende momenter er lagt til grunn for arbeidsmiljøloven, se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 73. Se også Jan Fougner, «Arbeidstagerbegrepet i ferieloven», i Stein Evju (red.) *Aktuell arbeidsrett*, Oslo 1989 s. 19–86, særlig s. 34 flg.

²⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 73. Momentene er i hovedsak de samme som i Ferielovkomiteens innstilling (1947) s. 20–21.

²⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 74.

²⁹ Se feks. Rt. 1968 s. 725 *Hjemmearbeiderske*, sammenlignet med Rt. 1984 s. 1044 *Tupperware* og Rt. 1986 s. 1322 *Majoritetseier*.

³⁰ Lov 28. februar 1996 nr. 65 om folketrygd (folketrygdloven, ftrl.).

³¹ Se nærmere om HR-2016-589-A *Ordfører* i punkt 2.2.

³² Momentene angitt i NOU 1990: 20 s. 20 er ikke fullt ut de samme som i sitatet fra arbeidsmiljølovens forarbeider ovenfor.

større vekt.³³ Folketrygdloven skiller imidlertid mellom *tre* kategorier av arbeidsutførende personer: arbeidstaker, frilanser og selvstendig næringsdrivende. Skatterettslige regler bygger på samme forståelse av kategoriene, selv om det varierer med de enkelte reglene hvilke skillelinjer som har betydning.³⁴

Yrkesskedeforsikringsloven³⁵ skiller seg ut med en løsere kobling mellom arbeidstakerbegrepet og arbeidsavtalen. Definisjonen i ysfl. § 2 er videre enn i arbeidsmiljøloven, men samsvarer med ordlyden i skadeserstatningsloven³⁶ § 2-1 om arbeidsgiveransvar. Her er «arbeidstaker» definert som «enhver som *gjør* arbeid eller *utfører* verv i arbeidsgiverens tjeneste» (kursivert her). I tillegg omfattes uttrykkelig visse grupper arbeidspersoner som ikke faller inn under arbeidsmiljølovens definisjon.³⁷ I forarbeidene er det fremhevet at begrepet omfatter tjeneste- eller ombudsforhold, og poengtert at godtgjørelse ikke er nødvendig. Avgrensningen mot oppdragstakere er forutsatt å bero på en konkret helhetsvurdering ut fra momenter som minner, men ikke helt tilsvarende, de overnevnte.³⁸

Arbeidstakerbegrepet avgrenses etter dette på lignende måte etter ulike regler, ved en helhetsvurdering med utgangspunkt i momenter som skal speile realitetene. Underordningsforholdet fremstår som et grunnleggende felles element. Forutsetningen om at underordningsforholdet er basert på avtale er sentral, men gjelder ikke ubetinget. Så langt har begrepet et visst enhetlig preg. På den annen side er det forskjeller i ulike regelsett, både i ordlyd og angivelser av relevante momenter. Kombinert med en tilnærming der grensene trekkes konkret, gjør det begrepsforståelsen relativ. Begrepet kan derfor karakteriseres som variabelt innenfor en enhetlig, men fleksibel, ramme.

Disse trekkene ved begrepet er ikke særnorsk. Øvrige skandinaviske land har en lignende begrepstradisjon:³⁹ Begrepet avgrenses gjennom en helhetsvurdering med utgangspunkt visse

³³ Se nærmere Hotvedt 2016 s. 362–365.

³⁴ Se om forståelsen av yrkesskedeforsikringsloven i Ot.prp. nr. 29 (1995–96) s. 29 og om skattereglene i Elin Sarai, *Arbeidsgiveravgift og grenseoverskridende arbeidsforhold*, Oslo 2012 s. 48. Se også nærmere Hotvedt 2016 s. 360.

³⁵ Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskedeforsikring (yrkesskedeforsikringsloven, ysfl.).

³⁶ Lov 13. juni 1969 nr. 13 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven, skl.).

³⁷ «Arbeidstaker» i ysfl. § 2 omfatter «ombudsmann i offentlig virksomhet, befal og menige under militærtjeneste og andre under pålagt tjenestegjøring for det offentlige, samt innsatte, pasienter e.l. som deltar i arbeidsvirksomhet i kriminalomsorgens anstalter, i helseinstitusjoner e.l.». Samme grupper skal regnes «like som arbeidstaker» etter skl. § 2-1 nr. 3. Sistnevnte lov unntar særskilt verv som tillitsvalgt i annet foretak.

³⁸ Se NOU 1988: 6 s. 20 og Ot.prp. nr. 44 (1988–89) s. 85.

³⁹ Se for svensk retts del Axel Adelcreutz, *Arbetstagarbegreppet*, Lund 1964 [Adelcreutz 1964], og senere særlig Folke Schmidt og Tore Sigeman, *Löntagarrett*, rev.utg., Stockholm 1994 s. 63 flg., Axel Adelcreutz og Bernard Johann Mulder, *Svensk arbetsrätt*, 14. utg., Stockholm 2013 s. 59 flg., Kent Källström og Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 4. utg., Uppsala 2016 s. 25 flg. [Källström/Malmberg 2016] og Andreas Inghammar, «The Concept of ‘Employee’: The Position in Sweden», i Waas/van Voss 2017 s. 676–696 på s. 685 flg. [Inghammar 2017]. DOI: <http://dx.doi.org/10.5040/9781509912438.ch-033>. Se for dansk retts del bla. Ole Hasselbalch, *Arbejdsret*, 11. utg., København 2013 s. 28 flg. [Hasselbalch 2013], Jens Kristiansen, *Grundlæggende arbejdsret*, 4. utg., København 2016 s. 21–23, og Jens Kristiansen, «The Concept of

faktorer, der enkelte av faktorene kan ha en mer grunnleggende rolle enn andre.⁴⁰ Det er nyanser i definisjoner etter ulike regler, og de konkrete avgrensningene kan variere med rettsområdet og ut fra situasjonen.⁴¹ Det er erkjent at begrepet både er tilpasningsdyktig og har åpent og noe usikkert preg.⁴²

2.1.3 Nærmere om avtalegrunnlag og underordningsforhold

Forutsetningen om avtalegrunnlag har vært sentral i hvert fall på det arbeidsrettslige området. Blant annet er det lagt til grunn i rettspraksis at arbeid i kraft av verv som styreformann og tillitsvalgt ikke er tilstrekkelig for å være arbeidstaker i stillingsvernssammenheng, det må eventuelt foreligge en arbeidsavtale i tillegg til vervet.⁴³ Dette er imidlertid ingen formell avgrensning. En arbeidsavtale kan inngås muntlig, ved konkludent atferd eller ved at det er skapt berettigede forventninger hos arbeidstakeren.⁴⁴ Så lenge arbeidet er tiltrådt – og personen faktisk utfører arbeid – behøver avtalen heller ikke være gyldig etter avtalerettslige prinsipper.⁴⁵ Da vil det være stillingsvernsreglene som avgjør hvorvidt arbeidsavtalen kan bringes til opphør. Dette kan sees som et utslag av prinsippet om at realitetene er avgjørende.

Underordningsforholdet forstås vidt. Arbeidstakerbegrepet er ikke avgrenset ut fra arbeidets art eller stillingens plassering i hierarkiet. Vernelovgivningene skiller ikke mellom manuelt og åndelig arbeid, og selv den øverste leder i en virksomhet kan være arbeidstaker.⁴⁶ Avhengighetspreget foreligger i alle tilfeller «der forutsetningen for arbeidsforholdet er at arbeidstageren innordner seg under arbeidsgiveren som ledd i hans virksomhet».⁴⁷ Stor grad av selvstendighet i arbeidet behøver ikke utelukke arbeidstakerstatus. Rt. 1958 s. 1229

‘Employee’: The Position in Denmark», i Waas/van Voss 2017 s. 133–148 på s. 140 flg. [Kristiansen 2017]. DOI: <http://dx.doi.org/10.5040/9781509912438.ch-007>.

⁴⁰ Adelcreutz la grunnlaget for denne tilnærmingen i svensk rett ved sin «rättsfaktumteori», se Adelcreutz 1964 særlig s. 287 flg. Se også Annamaria Westregård, «The Notion of ‘employee’ in Swedish and European Union Law. An Exercise in Harmony or Disharmony?», i Laura Carlson, Örjan Edström og Birgitta Nyström (red.), *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law – A Swedish Perspective*, Uppsala 2017 s. 185–206.

⁴¹ Se bla. om ulikheter i definisjoner i Kristiansen 2017 s. 135–136 og om ulike grensedragninger i Källström/Malmberg 2016 s. 29–32.

⁴² Bla. fremhever Adelcreutz 1964 begrepets åpne preg på s. 228, Hasselbalch fremhever usikkerheten på s. 29–30.

⁴³ Se Rt. 1987 s. 424 *Styreformann* og Rt. 1995 s. 2018 *Tillitsvalgt*. Se for øvrig om forståelsen av arbeidstvistloven i ARD 1994 s. 16 *Sosialklient*, som gjaldt en sosialklient som utførte arbeid i henhold til en lovbestemt plikt. Mangel på en frivillig inngått avtale ledet til at vedkommende ikke var arbeidstaker i tariffrettslig forstand.

⁴⁴ Kravet til skriftlig arbeidsavtale i aml. § 14-5 er ikke et krav om at avtalen må inngås skriftlig, men gir arbeidstaker rett på å få sentrale arbeidsvilkårene nedfelt skriftlig.

⁴⁵ Rt. 2004 s. 76 *Allmennlærer*.

⁴⁶ Se bla. aml. § 15-16 forutsetningsvis. Noe annet er at det gjelder enkelte, mer lempelige verneregler for personer i ledende stillinger mv. Dette skrittet ble tatt ved arbeidervernloven av 1936. Tidligere fabrikktilsynslov gjaldt for «arbeidere», men definert slik at personer i overordnede stillinger, bud, kontorpersonale og formenn ble holdt utenfor, jf. § 2.

⁴⁷ Det er i tråd med synet i Berg 1930 s. 6–7.

Sceneinstruktører bygget på at vitenskapelig eller kunstnerisk høyt kvalifiserte personer kan være arbeidstakere selv om de gjerne har «en meget fri og selvstendig stilling» og bare er underlagt «et minimum av instruksjoner» (s. 1230). Som et utgangspunkt er begrepet heller ikke avgrenset ut fra varighet eller omfang.⁴⁸ Personer i korte, midlertidige stillinger eller små deltidsstillinger kan gjerne være arbeidstakere. Arbeidsforholdets varighet og omfang er imidlertid relevante momenter ved avgrensningen, og det kan innebære visse krav.

En avgrensning mot eieren av virksomheten har sammenheng med kravet om et underordningsforhold jf. «arbeid i *annens* tjeneste». Det er fremhevet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven at arbeidstakerbegrepet forutsetter en motpart.⁴⁹ Avgrensningen kommer også til uttrykk ved at enpersonsbedrifter i utgangspunktet faller utenfor arbeidsmiljøloven selv der virksomheten er organisert som et aksjeselskap, og eieren formelt er ansatt.⁵⁰

Den vide forståelsen av underordningsforholdet, kombinert med prinsippet om at realitetene skal være avgjørende, kan gjøre det uklart hvor grenser skal trekkes i arbeidsrettslig sammenheng. Rettspraksis gir eksempler på at formåls- og konsekvensbetraktninger, særlig spørsmålet om vernebehov på grunn av avhengighet, er avgjørende i grensetilfeller, både når det gjelder grensen mot selvstendige og ved avgrensningen mot eiere.

På den ene siden kan helt konkrete vernebehov begrunne arbeidstakerstatus selv om arbeidsavtalens vanlige kjennetegn ikke er tilstede.⁵¹ Rt. 1968 s. 725 *Hjemmearbeiderske* illustrerer det. Saken gjaldt en kvinne som arbeidet hjemme etter en uformell avtale med en fabrikk. Hun stod fritt til å overlate arbeidet til andre og var ikke underlagt ledelse og kontroll under arbeidets utførelse. Men arbeidet var varig og omfattende, og utgjorde hennes og familiens levevei. Ferielovens formål om å sikre ferieinntekt for personer som var avhengig av arbeidsinntekt, gjorde det derfor rimelig – «mest naturlig» – at hun fikk rett til feriepenger fra fabrikk.⁵² Avgjørelsen er prinsipielt viktig fordi den bygger på Bergs argumentasjon om at et tilsvarende økonomisk avhengighetsforhold som i ordinære arbeidsavtaler, bør utløse verneregler. Avgjørelsen la dessuten fundamentet for prinsipputtalelsen i Rt. 1984 s. 1044 *Tupperware*, om at arbeidstakerbegrepet «må gis en vid tolkning» (s. 1048). Denne uttalelsen har lagt plattformen for vurderingen senere.

På den annen side kan fravær av vernebehov og avhengighetspreg begrunne avgrensninger selv om det formelt sett foreligger en arbeidsavtale.⁵³ Rt. 1986 s. 1322 *Majoritetseier* gjaldt en person som var ansatt som daglig i et selskap, men samtidig eide majoriteten av aksjene og var

⁴⁸ For visse verneregler gjelder imidlertid minimumskrav til omfang og varighet, se Hotvedt 2016 s. 153–156.

⁴⁹ Se forarbeidene til tidligere lov, Ot.prp. nr. 2 (1975–76) s. 102.

⁵⁰ Slik virksomhet regnes ikke som «virksomhet som sysselsetter arbeidstaker», og arbeidsmiljøloven kommer i utgangspunktet ikke til anvendelse, jf. aml. § 1-2 og § 1-4 forutsetningsvis. Se nærmere Hotvedt 2016 s. 141–142.

⁵¹ Se nærmere Hotvedt 2016 s. 386–390.

⁵² Se lagmannsrettsdommen og dommer Haslevs tilleggsbemerkninger der, som Høyesterett uttrykkelig sluttet seg til, se gjengivelsen av lagmannsrettsdommen på s. 730–732.

⁵³ Se nærmere Hotvedt 2016 s. 390–399.

medlem i styret. Han ble ikke ansett som arbeidstaker i ferielovens forstand fordi han ikke stod i «et arbeidsmessig avhengighetsforhold» til selskapet. Saken berørte ikke mannens behov for arbeidsrettslig vern, men gjaldt selskapets rett til refusjon fra folketrygden.⁵⁴ På bakgrunn av dommen har flere lagt til grunn at en ledende stilling kombinert med en dominerende eierposisjon utelukker arbeidstakerstatus.⁵⁵ Rt. 1929 s. 640 *Skipsfører* illustrerer imidlertid at ledere som representerer en dominerende eierandel kan ha et konkret vernebehov. Saken gjaldt spørsmålet en skipsfører, som også var disponent i rederiet og eide halvparten av aksjene, hadde prioritet for sitt hyrekrav ved konkurs i kraft av ansettelsen.⁵⁶ Retten viste til at han inntok en «dobbelstilling», men anså ham likevel som arbeidstaker med hyrekravet i behold. Avgjørelsene har etterlatt en viss usikkerhet om hvorvidt personer med en dominerende eierposisjon og styring med virksomheten, kan tenkes å være arbeidstaker. Enkelte har hevdet at *Skipsfører* er fraveket ved *Majoritetseier*, mens andre har hevdet at rettens ulike vurderinger skyldes ulikheter i rettsvirkninger og konkrete vernebehov.⁵⁷

Begrepsforståelsen er imidlertid ikke klarlagt fullt ut med dette. Som neste punkt vil vise, bidrar utviklingen i arbeidslivet til at grensespørsmål reiser seg i nye varianter. Begrepets fleksibilitet åpner i tillegg for at avveiningene endrer seg over tid.

2.2 Nyere utviklingstrekk og utfordringer

2.2.1 Aktuelle spørsmål og grensedragninger

De siste syv årene har Høyesterett tatt stilling til forståelsen av arbeidstakerbegrepet i hele syv saker, både i tilknytning til arbeidsrettslig vernelovgivning og andre regelsett. Sakene viser at grunnleggende spørsmål ved begrepsforståelsen stadig har aktualitet, de belyser både betydningen av avtalegrunnlag og underordningsforhold, samt den nærmere vurderingen av underordningsforholdet, herunder avgrensningen mot eiere.

Tre saker, Rt. 2013 s. 342 *Beredskapshjem* og Rt. 2013 s. 354 *Avlaster I* og HR-2016-1366-A *Avlaster II*, gjaldt begrepet i arbeidsrettslig vernelovgivning, arbeidsmiljøloven og ferieloven. Sakene reiste spørsmål om hvordan underordningsforhold skal vurderes der arbeidet består av omsorgsoppgaver som ligger tett på familielivet, og der arbeidet er organisert i et trepartsforhold. Beredskapshjem og avlastning er offentlige omsorgstjenester som utføres i private hjem, og arbeidet var formelt regulert i oppdragsavtaler og involverte offentlige myndigheter, arbeidsperson og bruker. I begge sakene hadde arbeidspersonen en klart

⁵⁴ Tidligere ferielov § 6 ga arbeidsgiver rett til refusjon fra folketrygden for utgifter forbundet med ekstra ferieuke til arbeidstaker over 60 år, denne refusjonsretten er nå opphevet.

⁵⁵ Terese Smith Ulseth, *Daglig leders stillingsvern*, Oslo 2006 s. 95 [Ulseth 2006]. Se også bla. Atle Sønstelid Johansen og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis*, 2. utg., Oslo 2015 s. 95.

⁵⁶ Mannen eide 13 av 28 aksjer, i tillegg eide kona en aksje.

⁵⁷ Ulseth 2006 s. 102 gir uttrykk for det første, mens Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg. Oslo 2007 s. 31 fremhever de ulike rettsvirkningene og Hotvedt 2016 s. 393–394 understreker forskjellen i konkrete vernebehov.

personlig arbeidsplikt, mens offentlig myndighet var lite involvert i den løpende arbeidsutførelsen.

På tross av klare fellestrekk i saksforholdene falt Høyesteretts vurderinger ulikt ut.⁵⁸ Avlasteren ble ansett som arbeidstaker med rett til feriepenger. Høyesterett la avgjørende vekt på at arbeidsavtalens grunnleggende særtrekk – personlig arbeidsplikt og styringsrett – ble ansett å være tilstede. Avlasteren hadde personlig arbeidsplikt og var underlagt familiens styring under utførelsen av arbeidet, samt noe kontroll fra kommunen (særlig avsnitt 43, 47 og 50).⁵⁹ Beredskapsmoren ble derimot under dissens (4-1) *ikke* regnet som arbeidstaker. At arbeidsplikten var personlig, og at avtalen på visse punkter åpnet for direkte styring fra Bufdir (avsnitt 47 og 52), ble her tillagt begrenset vekt. Nærheten til familielivet ble i stedet avgjørende for flertallet; siden kjernen i beredskapsoppdraget var å tilby et hjem, skilte arbeidets karakter skilte seg grunnleggende fra ordinære arbeidsforhold (avsnitt 62). Det ble i tillegg vektlagt at en egen lov om tjenestepensjon for beredskapshjemsforeldre forutsatte at disse ikke var arbeidstakere (avsnitt 68–72).

Avgjørelsene sett i sammenheng illustrerer usikkerheten ved avgrensning av begrepet på basis av momentlisten: Retten trakk ulike slutninger ut fra samme moment anvendt på likeartede saksforhold.⁶⁰ Det er heller ikke opplagt hvorfor et ytterligere moment – «arbeidets karakter» – ble avgjørende i bare én av sakene.

Usikkerheten manifesterte seg raskt i en ny sak om en avlasters arbeidsrettslige status, *Avlaster II*.⁶¹ Bakgrunnen var tvil om vurderingen i *Avlaster I* eller *Beredskapshjem* skulle legges til grunn. Situasjonen kunne minne om *Beredskapshjem* idet denne avlasteren utførte arbeidet i eget hjem og sto friere i hvordan avlastningen skulle utføres. Kvinnen var i tillegg støttekontakt for barnet, saken reiste derfor også spørsmål om hvorvidt hun var arbeidstaker i denne funksjonen.

Høyesteretts flertall la en tilsvarende vurdering som i *Avlaster I* til grunn, og konkluderte (4-1) med at kvinnen var arbeidstaker. Avlasteren hadde «utvilsomt ... plikt til å stille sin egen arbeidskraft til disposisjon», og var underlagt instruksjoner på lignende måte som i *Avlaster I* (særlig avsnitt 69 og 73). Grensen mot *Beredskapshjem* ble trukket ved å vise til at «kjernen i oppdraget» var å avlaste familien, ikke tilby et hjem (avsnitt 76). Støttekontaktfunksjonen inngikk i et helhetlig og brukerstyrt tilbud, og måtte derfor vurderes på samme måte (avsnitt 81).

⁵⁸ For en omtale av dommene, se Marianne Jenum Hotvedt, «Avklaringer om arbeidstakerbegrepet – Rt. 2013 s. 342 og Rt. 2013 s. 354», *Nytt i Privatretten*, nr. 2 2013 s. 4–5.

⁵⁹ Spørsmålet om styring ble vurdert med et helhetlig blikk på trepartsrelasjonen, se nedenfor i punkt 2.2.4.

⁶⁰ I tillegg til momentene om personlig arbeidsplikt og styringsrett som er nevnt ovenfor, gjaldt dette momentet om vederlag i form av lønn: At begge avtalene ga rett til et lønnsliknende vederlag talte for en arbeidstakerstatus i *Avlaster I*, men kunne «vanskelig tillegges særlig vekt» i *Beredskapshjem*, se nærmere Hotvedt 2016 s. 352.

⁶¹ For en omtale av dommen, se Marianne Jenum Hotvedt, «Klassifisering av arbeidsavtalen (HR-2016-1366-A *Avlaster II*)», *Nytt i Privatretten*, nr. 3 2016 s. 1–3.

Samlet sett synes Høyesterett å ha trukket en temmelig subtil grense, mellom omsorg som gir avlastning ved å ivareta barnet i en hjemlig setting, og omsorg der den hjemlige settingen er «kjernen». Stortingets forutsetning om at beredskapsforeldre ikke er arbeidstakere ved behandlingen av pensjonsloven, har imidlertid relevans for akkurat denne avgrensingen.

De øvrige fire sakene gjaldt forståelsen av begrepet i andre deler av lovgivningen. I Rt. 2010 s. 93 *Skogsarbeider*, om erstatning etter yrkesskadeforsikringsloven, kom betydningen av eierposisjon på spissen. En skogsarbeider ble ansett som arbeidstaker på tross av at han både var eneste faste arbeidstaker, eneaksjonær, styreformann og daglig leder i selskapet. Mannen hadde blitt 100 prosent ufør etter en arbeidsulykke, men selskapet hadde ikke tegnet forsikring for ham. Spørsmålet var om han kunne fremme krav mot Yrkesskadeforsikringsforeningen (YFF), som står ansvarlig der arbeidsgiveren har forsømt forsikringsplikten etter ysfl. § 3, jf. § 7. Retten tok utgangspunkt i at mannen som arbeidstaker i selskapet i prinsippet var omfattet av dekningen. Hensynene som begrunner forsikringsdekning ble ikke ansett å ha like stor vekt i dette tilfellet (avsnitt 32), men det avgjørende var at saken gjaldt en «rettighetslov», og en bestemmelse som skulle sikre at arbeidstakere alltid var dekket (avsnitt 34 og 32).⁶²

Rt. 2015 s. 475 *Partner* berørte arbeidstakerbegrepet i skadeserstatningsloven § 2-1 og belyste både underordningsforhold og eierposisjon. Høyesterett holdt et advokatfirma ansvarlig etter arbeidsgiveransvaret for tap forårsaket av en partner i firmaet, selv om partneren var medeier (selskapsdeltaker) og skatterettslig regnes som selvstendig næringsdrivende. Advokaten hadde opptrådt klart klanderverdig, men siden klienten var død, hadde tapet rammet arvingene. Verken advokaters ansvar overfor klienter eller alminnelig kontraktansvar ga grunnlag for ansvar overfor disse, og organansvar førte heller ikke frem. Høyesterett tok utgangspunkt i hensynet til at skadelidte skal ha et adekvat vern (særlig avsnitt 65 og 69), og mente det var «vel så god grunn» til å identifisere firmaet med en partner som med ansatte advokater (avsnitt 67). Det ble dessuten fremhevet visse likhetstrekk med ordinære arbeidstakerforhold. Partneren hadde plikt til å vie hele sin arbeidstid og arbeidskraft til selskapet, relasjonen var varig og stabil, og han var en del av organisasjonen og underlagt selskapets beslutninger på flere områder (avsnitt 74).

HR-2016-589-A *Ordfører* reiste spørsmål om en ordfører falt inn under arbeidstakerbegrepet i folketrygdloven.⁶³ En ordfører er valgt for å utføre et politisk verv, og både oppgaver og krav på godtgjørelse er regulert i kommuneloven. Saken berørte derfor om arbeidet måtte ha et avtalemessig grunnlag. Høyesterett slo fast at «en kontrakt ... om ansettelsesforholdets rettigheter og plikter» var «et sentralt grunnlag for og kjennetegn ved et

⁶² Flertallet fant imidlertid at YFF kunne kreve regress av mannen, fordi han i egenskap av daglig leder var ansvarlig for den manglende forsikringstegningen. Etter en konkret vurdering ble regressansvaret lempet, og mannen endte opp med 50 prosent av det erstatningsbeløpet en «vanlig» arbeidstaker ville fått.

⁶³ For en omtale av dommen, se Marianne Jenum Hotvedt, «Folketrygdlovens arbeidstakerbegrep, ordfører – Høyesteretts dom 16. mars 2016 (HR-2016-589-A)», *Nytt i Privatretten*, nr. 2 2016 s. 2–3.

ansettelsesforhold» (avsnitt 50). Ordføreren var dermed ikke var arbeidstaker. Når ordføreren opplagt ikke var selvstendig næringsdrivende, måtte vedkommende være en «frilanser» i folketrygdlovens forstand, idet dette ble forstått som en restkategori (avsnitt 41 og 42). Kommunen fikk følgelig ikke rett til refusjon for utbetalinger under «arbeidstakers» sykdom etter ftrl. § 22-3.

HR-2017-344-A *Fellesoppgjør* gjaldt tolkningen av begrepet «ansatte» i tidligere ligningslov § 9-5 nr. 8, nå skatteforvaltningsloven⁶⁴ § 12-4 første ledd.⁶⁵ Bestemmelsen hjemler vedtak om summarisk fellesoppgjør der «arbeidsgiver har levert uriktige eller ufullstendige oppgaver over ytelser til ansatte». Spørsmålet var om «ansatte» skulle tolkes i tråd med ordlyden (som arbeidstakere i et underordningsforhold), eller om det skulle tolkes utvidende (og omfatte selvstendige oppdragstakere som ikke driver næringsvirksomhet). Høyesterett falt ned på en utvidende tolkning begrunnet i formåls- og systembetraktninger. Formålet var å forenkle håndhevelsen av arbeidsgivers plikter til å trekke forskuddsskatt og betale arbeidsgiveravgift av lønnsutbetalinger. Disse pliktene bygger på skillet mellom lønnsinntekt og næringsinntekt, ikke skillet mellom arbeidstakere og oppdragstakere.⁶⁶ Retten anså «arbeidsgiver» for å være det styrende begrepet, og fant ingen holdepunkter for at lovgiver hadde ment å gi bestemmelsen et snevrere anvendelsesområde enn de underliggende pliktene (avsnitt 33 og 37). Begrepet omfattet med andre ord personer som *ikke* arbeider i et underordningsforhold.⁶⁷

Spørsmålet i det følgende er hvilken begrepsutvikling denne praksisen gir basis for, og hvilke utfordringer dette reiser. Først diskuteres den klarere formålsorienteringen, som er en utvikling i metodisk tilnærming (punkt 2.2.2). Så drøftes utviklingstrekk knyttet til de tre sentrale elementene i arbeidstakerbegrepet, et avtalegrunnlag (punkt 2.2.3), et underordningsforhold (punkt 2.2.4) og prinsippet om at realitetene er avgjørende (punkt 2.2.5). Det avsluttes med noen kommentarer til forholdet mellom utviklingen og den tradisjonelle momentlisten (punkt 2.2.6).

2.2.2 Formålsorientering som metodisk tilnærming

Et gjennomgående trekk ved nyere rettspraksis om arbeidstakerbegrepet er en tydeligere formålsorientering. Det er ikke noe nytt at formåls- og konsekvensbetraktninger kan ha betydning i de konkrete grensdragningene.⁶⁸ Men i nyere rettspraksis er slike vurderinger gitt

⁶⁴ Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning.

⁶⁵ For en omtale av dommen, se Marianne Jenum Hotvedt, «En begrepsmessig bombe? Tolkning av begrepet 'ansatt' (HR-2017-344-A). Summarisk fellesoppgjør», *Nytt i Privatretten*, nr. 2 2017 s. 6–7.

⁶⁶ Pliktene omfatter dermed både arbeidstakere og oppdragstakere utenfor næring, tilsvarende «frilanser» etter folketrygdloven, se nærmere ovenfor i punkt 2.1.2.

⁶⁷ Frilansere er per definisjon ikke i et underordningsforhold, jf. ftrl. 1-9, der «frilanser» er definert som en som utfører arbeid «utenfor tjeneste».

⁶⁸ Se bla. om Rt. 1968 s. 725 *Hjemmearbeiderske* ovenfor i punkt 2.1.3.

en mer sentral plass: Formålsorientering er nå en «metodisk tilnærming», og formålet har sterk gjennomslagskraft ved vurderingen. Det gjør det viktig å ta stilling til hva formålsorienteringen innebærer: Er det formålet med den enkelte regel eller formålet med bestemte regelsett som skal være styrende? Et beslektet spørsmål er hva formålsorienteringen betyr for prejudikatverdien av de enkelte avgjørelsene: For hvilke regler belyser avgjørelsene begrepets innhold?

At formålsorientering er den metodiske tilnærmingen, er sagt uttrykkelig i *Partner*, med henvisning til Høyesteretts poengtering av verneformålet i *Avlaster I*. Her viste førstvoterende til en vurdering med utgangspunkt i momentlisten, og understreket så verneformålet og dets betydning:

«Der det er tvil skal det altså skje en skjønsmessig helhetsvurdering med utgangspunkt i de opplistede momentene. Det er lovgivers intensjon at de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven, ferieloven mv., blir vernet. Arbeidstakerbegrepet skal derfor gis en vid tolkning [...]» (avsnitt 39).

I *Partner* er denne utlegningen av formålet sitert, og betegnet som en «metodisk tilnærming». I tillegg heter det at begrepet «må» tolkes slik at formålet realiseres:

«Høyesterett har i Rt-2013-354 fremholdt at ferielovens arbeidstakerbegrep må tolkes i lys av lovgivers intensjon om at 'de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven, ferieloven m.v., blir vernet'. Etter min vurdering må arbeidstakerbegrepet i skadeserstatningsloven § 2-1 tolkes på grunnlag av en *tilsvarende metodisk tilnærming*. Her som ved tolkningen av ferielovens arbeidstakerbegrep må tolkningen skje i lys av de formålsbetraktninger som arbeidsgiveransvaret bygger på, jf. Hagstrøm og Stenvik, op.cit. side 213. Arbeidstakerbegrepet i skadeserstatningsloven må tolkes slik at skadelidte gis et adekvat vern.» (avsnitt 65, kursivert her)

I denne saken ble formålsorienteringen styrende for tilnærmingen. Retten foretok ikke en vurdering med utgangspunkt i momentlisten. Hensynet til skadelidte stod helt sentralt (avsnitt 66–73), mens de tradisjonelle momentene fikk en mer beskjeden plass (avsnitt 74).

I *Avlaster II* er sitatet fra *Avlaster I* gjentatt og betegnet som en oppsummering av «normen» (avsnitt 60). Formuleringen indikerer at vernemetodformålet står helt sentralt og er mer enn et utgangspunkt eller et hensyn. Inntrykket styrkes ved et sitat fra forarbeidene om avhengighet som arbeidsavtalens særtrekk, med klare linjer til Berg.⁶⁹ I avlaster-sakene og *Beredskapshjem* ble formålet riktignok ikke styrende for tilnærmingsmåten, den konkrete vurderingen var tett knyttet til momentlisten. Men det er samtidig understreket at vurderingen ikke skal være «en mekanisk anvendelse av momentene».⁷⁰ Som forklart ovenfor i punkt 2.2.1 illustrerer sakene også begrensningene ved momentlisten som tilnærmingsmåte. Ulike slutninger ut fra samme moment på likeartede saksforhold tyder på at momentene som sådan gir begrenset normativ styring. Momentene synes derfor å være underordnet formålet i den forstand at deres relevans og vekt er betinget av at de fungerer som gode indikasjoner på avhengighet og vernebehov.⁷¹

⁶⁹ Berg argumenterte nettopp for en formålsorientert vurdering av grensetilfeller, se punkt 2.1.1.

⁷⁰ Rt. 2013 s. 354 *Avlaster I* (avsnitt 57).

⁷¹ Se også Hotvedt 2016 s. 354–357 om avhengighet som vurderingens kjerne.

Formålets sterke gjennomslagskraft viser seg også i andre nyere avgjørelser. I *Skogsarbeider* var det formålet om «at arbeidstakere *alltid* skal være sikret forsikringsdekning» (avsnitt 32), som ble avgjørende for at mannen ble regnet som arbeidstaker. I *Fellesoppgjør* var det formålet, forenklet håndhevelse av arbeidsgiverplikter, som begrunnet en utvidende tolkning av «ansatte».

Det neste spørsmålet er hva formålsorientering som metodisk tilnærming innebærer mer konkret. Tilnærmingen legger til rette for nyansering av begrepet, med ulike avgrensninger etter regler med ulikt formål. I *Partner* er det sagt i klartekst at forestillingen om et enhetlig eller «alminnelig» arbeidstakerbegrep nå bare kan tjene som et utgangspunkt.

«Det har i teorien vært lagt til grunn at arbeidstakerbegrepet i skadeserstatningsloven § 2-1 i utgangspunktet faller sammen med arbeidstakerbegrepet i ferieloven og arbeidsmiljøloven, jf. Hagstrøm og Stenvik, op.cit. side 212. Dette er jeg enig i. *Mer enn et utgangspunkt er det likevel ikke.*» (avsnitt 64, kursivert her)

Formålsorientering behøver imidlertid ikke bety en full fragmentering. Et annet viktig utgangspunkt er at arbeidstakerbegrepet har et enhetlig innhold i den enkelte lov der det opptrer, slik at *lovens* formål er det sentrale når avgrensningsspørsmål reiser seg. Selv om arbeidsmiljølovens formål er bredt og sammensatt, synes nyere rettspraksis å forutsette at lovens begrep er enhetlig. Både *Beredskapshjem* og *Avlaster II* gjaldt hvorvidt personen falt inn under begrepet i arbeidsmiljøloven, og rettens vurderinger er knyttet til loven som sådan.⁷²

Videre er det klare holdepunkter for at arbeidstakerbegrepet i enkelte lover skal sees i sammenheng. Ferielovens forarbeider fremhever at bruker- og forenklingshensyn tilsier «størst mulig grad av parallellføring» med arbeidsmiljøloven.⁷³ Dette er fulgt opp i *Avlaster I*, ved uttalelsen om at arbeidstakerbegrepet i ferieloven skal forstås på samme måte som i arbeidsmiljøloven (avsnitt 38). Angivelsen av formålet er også felles: «Det er lovgivers intensjon at de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven, ferieloven mv., blir vernet» (avsnitt 39). Her antydes det dessuten at andre verneregler inngår i helheten, jf. «mv.». Det tilsier at begrepet i arbeidsrettslige verneregler som et klart utgangspunkt forstås enhetlig, ut fra reglenes alminnelige verneformål.

Yrkesskadeforsikringsloven har et tilsvarende verneformål som arbeidsmiljøloven. Likevel er det sammenhengen med skadeserstatningsloven som er understreket i forarbeidene. Arbeidstakerdefinisjonene i de to lovene fikk tilsvarende ordlyd for å sikre at all skade på arbeidstakere som falt inn under arbeidsgiveransvaret, skulle være omfattet av forsikringsordningen.⁷⁴ For å unngå behov for tilleggsforsikringer og ut fra samordningshensyn

⁷² I Rt. 2013 s. 342 *Beredskapshjem* hadde tingretten avsagt dom for at kvinnen var arbeidstaker i Bufdir etter aml. § 1-8, mens lagmannsretten frifant staten, og Høyesterett forkastet anken over lagmannsrettens dom. I *Avlaster II* hadde tingretten avsagt dom for at kvinnen var fast ansatt i kommunen, og anken ble forkastet først av lagmannsretten og deretter av Høyesterett.

⁷³ Ot.prp. nr. 54 (1986–87) s. 22–23.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 44 (1988–89) s. 48.

var det ønskelig med «mest mulig identiske definisjoner av arbeidstakerbegrepet på områder som griper inn i hverandre».⁷⁵ Det kan tilsi at arbeidstakerbegrepene tolkes i sammenheng i hvert fall slik at begrepet etter yrkesskedeforsikringsloven ikke tolkes snevrere enn etter skadeserstatningsloven. Avgrensningen bør altså både ivareta verneformål og formålet om adekvat vern for skadelidte.

Folketrygdlovens bestemmelser om rettigheter for arbeidstakere har et lignende verneformål som arbeidsrettslige regler, om enn med et fokus på økonomisk vern.⁷⁶ Som forklart ovenfor står reglene imidlertid i sammenheng med skatterettslige regler.⁷⁷ Nyere rettspraksis bekrefter at denne sammenhengen er sentral for begrepsforståelsen, forbindelseslinjene i regelverket er fremhevet både i *Ordfører* og *Fellesoppgjør*. En formålsorientert tilnærming bør derfor romme de hensynene skattereglene skal ivareta, som hensynet til rettferdig fordeling av skattebelastningen og effektiv inndrivelse, og kan innebære at den enkeltes vernebehov får en mer tilbaketrasket plass. *Ordfører* gir en viss støtte for dette. Ordførerens behov for et sosialt sikkerhetsnett ble trukket frem, og retten medga at «gode grunner» kunne tale for en sidestilling med arbeidstakerne i kommunen (avsnitt 81). Men det avgjørende var mangelen på avtalegrunnlag og forarbeidenes forutsetninger, der blant annet forbindelsen til skatterettslige regler var trukket frem.⁷⁸ *Fellesoppgjør* viser helt klart hvordan effektiv håndhevelse settes i sentrum; spørsmålet om vernebehov var ikke et tema.

Formålsorienteringen synes altså i første rekke å bety en nyansering av arbeidstakerbegrepet i arbeidsrettslig vernelovgivning sammenlignet med forsikrings- og erstatningsrettslige regler og med trygde- og skatterettslig regelverk. Dette får innvirkning på prejudikatverdien av nyere avgjørelser. Mens *Beredskapshjem*, *Avlaster I* og *Avlaster II* fortrinnsvis gjelder arbeidstakerbegrepet i arbeidsrettslig vernelovgivning, belyser *Skogsarbeider* og *Partner* først og fremst begrepsforståelsen i yrkesskedeforsikrings- og erstatningssammenheng. *Skogsarbeider* illustrer at avgrensningsspørsmål der løses ulikt der enn etter arbeidsmiljøloven: En person som er eeneier og eneste ansatte er ikke arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven. Videre må *Ordfører* og *Fellesoppgjør* primært anses å gjelde begrepsforståelsen i trygde- og skatterettslig regelverk, henholdsvis skillelinjen arbeidstaker – frilanser og skillelinjen lønnstaker – selvstendig næringsdrivende. Sistnevnte grense – og *Fellesoppgjør* – har ingen umiddelbar relevans for arbeidstakerbegrepet etter annen lovgivning, der avgrensningen mot selvstendige oppdragsforhold er grunnleggende. Det er videre klart at *Ordfører* ikke kan legges til grunn for begrepsforståelsen i yrkesskedeforsikrings- og erstatningsrettslig sammenheng.

⁷⁵ *Ibid.* En arbeidstaker kan både være skadevolder (som arbeidsgiver svarer for erstatningsrettslig) og skadelidt (som arbeidsgiver skal forsikre mot skade påført i arbeidet, bla. skader påført av andre arbeidstakere).

⁷⁶ Jf. ftrl. § 1-1, se særlig første ledd om «økonomisk trygghet».

⁷⁷ Se punkt 2.1.2. Sammenhengen viser seg også ved at en regel som kan betegnes som en skatt på bruk av arbeidskraft – arbeidsgiveravgift – er fastsatt i folketrygdloven.

⁷⁸ Se særlig avsnitt 39 og 40. Det fremgår her at skatterettens lønnstakerbegrep omfatter både arbeidstakere og frilanseres lønnsinntekt, som i Ot.prp. nr. 29 (1995–96) s. 28–29 er betegnet som «ansatte lønnstakere og ikke-ansatte lønnstakere».

Både ysfl. § 2 og skl. § 2-1 omfatter «ombud i offentlig virksomhet». Rt. 1992 s. 1642 viser dessuten at en kommunes ansvar for arbeidstakeres erstatningsbetingende handlinger etter skl. § 2-1 omfatter en ordfører (s. 1648). Forutsetningen om et avtalegrunnlag som ble lagt til grunn i *Ordfører*, har altså ikke samme betydning i dette regelverket.

I punkt 2.1.2 ble det påpekt enkelte forskjeller i lovgivningens definisjoner av arbeidstaker. Formålsorienteringen bidrar til at disse forskjellene blir skarpere. Arbeidstakerbegrepet synes nå å ha tre tydeligere forgreninger, en arbeidsrettslig, en forsikrings- og erstatningsrettslig og en trygde- og skatterettslig.

2.2.3 Klarere om avtalemessig grunnlag

Ordfører klargjør at forutsetningen om at arbeidstakere arbeider på *avtalemessig* grunnlag, som er sentral i arbeidsrettslig sammenheng, også gjelder i trygde- og skatterettslig sammenheng. Som nevnt er det imidlertid klart at avtalemessig grunnlag ikke er avgjørende i yrkesskade- og forsikringssammenheng.

Det kan reises spørsmål om forutsetningen er i tråd med en formålsorientert tilnærming. Vil en avgrensning mot arbeid på annet grunnlag utelukke personer med et tilsvarende vernebehov? *Ordfører* illustrerer tydelig at vernebehovet kan være temmelig likt (avsnitt 81).

I arbeidsrettslig sammenheng må avgrensningen sees i lys av de særskilte utvidelser som gir en del av vernereglene anvendelse for bestemte grupper av personer som utfører arbeid på annet grunnlag.⁷⁹ Realiteten er dermed at et avtalegrunnlag ofte likevel ikke er nødvendig; arbeid på annet grunnlag utløser i mange tilfeller et *delvis* vern.

Selv om arbeidet utføres på annet grunnlag, utelukker ikke det at arbeidet *også* kan ha avtalegrunnlag.⁸⁰ Både konkludent atferd og berettigede forventninger kan danne grunnlag for dette. I arbeidsrettslig sammenheng er bindingsvurderingen sensitiv for vernehensyn, særlig hensynet til en som utfører underordnet arbeid.⁸¹ Blant annet tilsier lojalitetsbetraktninger at arbeidsgiver bindes ved passivitet når en person utfører underordnet arbeid i virksomheten.⁸² Selv om slike lojalitets- og passivitetsbetraktninger ikke gjør seg gjeldende helt på samme måte der arbeidet har annet rettslig grunnlag, kan det etter omstendighetene være grunnlag for binding. Med andre ord er det et rom for vernehensyn og rimelighetsbetraktninger i selve

⁷⁹ Jf. særlig aml. §§ 1-6 og 2-2, se nærmere Hotvedt 2016 s. 209–213.

⁸⁰ Se Rt. 1987 s. 424 *Styreformann* og Rt. 1995 s. 2018 *Tillitsvalgt*. Se for øvrig om forståelsen av arbeidstvistloven i ARD 1994 s. 16 *Sosialklient*, som gjaldt en sosialklient som utførte arbeid i henhold til en lovbestemt plikt. Fraværet av en frivillig inngått avtale ledet til at vedkommende ikke var arbeidstaker i tariffrettslig forstand.

⁸¹ Det viser seg både i selve bindingsvurderingen og der spørsmål om avtalerettslig ugyldighet reiser seg, se nærmere Hotvedt 2016 s. 299 flg., med videre referanser også til svensk og dansk rett.

⁸² Hotvedt 2016 s. 319–321.

bindingsvurderingen. På dette punktet er norsk rett – samt svensk og dansk rett – atskillig mer fleksibel enn for eksempel britisk rett.⁸³

De særskilte utvidelsene og fleksibiliteten i bindingsvurderingen bidrar til å ivareta vernebehovene ved arbeidet med annet rettslig grunnlag, i hvert fall et stykke på vei.

2.2.4 Klarere om underordningsforholdet

Nyere rettspraksis bekrefter at et underordningsforhold er et grunnleggende element i arbeidstakerbegrepet i arbeidsrettslig sammenheng. Det har en viktigere avgrensende funksjon enn forutsetningen om et avtalemessig grunnlag, ettersom det bare er helt unntaksvis at vernereglene er utvidet til å gjelde for selvstendige oppdragstakere. Hvordan forståelsen av underordningsforholdet har utviklet seg, er derfor et viktig spørsmål.

Nyere rettspraksis klargjør at to av momentene – plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet uten bruk av medhjelpere (personlig arbeidsplikt) og plikt til å underordnes arbeidsgivers ledelse og kontroll av arbeidet (styringsrett) – står særlig sentralt i helhetsvurderingen. Dette har for så vidt støtte i tidligere rettspraksis og teori.⁸⁴ Men i *Avlaster II* uttalte Høyesterett seg for første gang om disse momentenes vekt og betydning på generell basis. Styringsrettens vekt er knyttet til avhengighetspreget:

«I lovforarbeidene er det, slik jeg allerede har gjort rede for, i opptakten til sjupunktlisten pekt på at et fremtredende trekk ved en arbeidsavtale er arbeidstakerens *avhengige stilling* i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet. Blant de mange momentene som inngår i helhetsvurderingen, vil *spørsmålet om arbeidsgiverens ledelse og kontroll derfor stå særlig sentralt*» (avsnitt 63, kursivert her)

Senere er momentet om styringsrett omtalt som «*kravet til ledelse og kontroll*» (avsnitt 64 og 72, kursivert her). Også viktigheten av personlig arbeidsplikt er kommentert helt generelt:

«Men dersom A kunne ha latt medhjelpere utføre arbeidet hun har gjort avtale om, ville en bedømmelse av avtalen som et *arbeidstakerforhold vært utelukket*. Ettersom dette ikke er situasjonen, må betydningen av de øvrige relevante momentene i sjupunktlisten også vurderes.» (avsnitt 70, kursivert her)

Formuleringene kan indikere at disse momentene ikke bare er særlig tungtveiende, men nødvendig forutsetninger for å være arbeidstaker. Formålsorienteringen tilsier imidlertid at uttalelsene ikke kan tas helt på ordet.

⁸³ Den beskrevne fleksibiliteten i bindingsvurderingen bygger også på svenske og danske kilder, der det avtalerettslige fundamentet er felles. I britisk rett setter avtaleretten fastere rammer for bindingsvurderingen, gjennom «mutuality of obligation» og et krav om «necessity» for «implied» binding. Det har bla. bidratt til at arbeid i regi av bemanningsforetak i stor grad faller utenfor arbeidsrettslig verneavgivning, se til illustrasjon *James v London Borough of Greenwich* [2008] EWCA Civ 34. Jeremias Prassl, *The Concept of the Employer*, Oxford 2015 behandler nærmere «the breakdown of employment law coverage in triangular work arrangements» på s. 86–90. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198735533.001.0001>.

⁸⁴ Hotvedt 2016 s. 351–352 og s. 378–381 med videre henvisninger.

Henvisningen til styringsrett som et «krav» bør ikke tas bokstavelig. Verneformålet kan i prinsippet begrunne arbeidstakerstatus selv uten at styringsrett kommer klart til uttrykk i kontrakt eller opptreden.⁸⁵ Selv om styringsrett er et sentralt moment som normalt må foreligge, tilsier altså en formålsoverordnet tilnærming at det må være en åpning for unntak.

Arbeidstakerstatus bør heller ikke være «utelukket» der avtalen åpner for å overlate arbeidet til andre. Uttalelsen er et obiter dictum med mindre vekt.⁸⁶ Prinsippet om at realitetene er avgjørende må ha betydning, noe annet ville åpne for omgåelser og undergrave formålet. En kontrakt kan åpne for å «kunne» bruke medhjelpere uten at det har særlig realitet, enten det skyldes rettslige, økonomiske eller praktiske begrensninger. For eksempel kan det stilles betingelser som er vanskelig å oppfylle eller som gir den annen part et avgjørende ord i valget av medhjelpere. I slike tilfeller kan det hevdes at avtalen i realiteten forplikter personlig, og skaper en tilsvarende avhengighet som i en ordinær arbeidsavtale. En åpning i kontrakten for å benytte medhjelpere kan derfor ikke utelukke arbeidstakerstatus. Hvorvidt arbeidsplikten i realiteten er personlig, må bero på en nærmere vurdering av hvor fri og selvstendig adgangen er. Dessuten kan arbeidstakerstatus neppe være utelukket selv om det skulle ha forekommet at arbeidet er overlatt til andre. Det ville bryte med Rt. 1968 s. 725 *Hjemmearbeiderske* og for øvrig også med herskende oppfatning i svensk og dansk rett.⁸⁷

Klargjøringen av at disse momentene står særlig sentralt, gjør spørsmålet om *hvordan* disse momentene skal bedømmes, desto viktigere. Det er temaet i neste punkt.

2.2.5 Klarere om forholdet mellom formalitet og realitet

Nyere rettspraksis bidrar til klarere retningslinjer for hva prinsippet om at realitetene er avgjørende betyr, særlig når det gjelder momentet om styringsrett.

Et første utgangspunkt er at *faktisk utøvelse* av ledelse og kontroll kan være tilstrekkelig. *Avlaster I* bygger på at det, og i *Avlaster II* er det sagt uttrykkelig.⁸⁸ Når arbeidspersonen blir løpende instruert om gjennomføringen av arbeidsoppgavene, «vil kravet til ledelse og kontroll være oppfylt» (avsnitt 72).⁸⁹ Et neste utgangspunkt er at *rettslig adgang* til ledelse og kontroll er tilstrekkelig, uansett om den er benyttet eller ikke. Det kunne man nok slutte seg til tidligere, men i *Avlaster II* er det klart poengtert:

⁸⁵ Igjen gir Rt. 1968 s. 725 *Hjemmearbeiderske* et eksempel. Avtalen var uformell og ga ikke grunnlag for annen ledelse og kontroll med arbeidet enn kontroll av de ferdige produktene, og siden kvinnen arbeidet hjemme, ble løpende ledelse og kontroll med arbeidet heller ikke utøvet i praksis.

⁸⁶ Dette kom ikke på spissen i saken, ettersom kvinnens arbeidsplikt var «utvilsomt av personlig art», uten adgang til å overlate arbeidet til andre (avsnitt 69).

⁸⁷ Det fremgår av referatene av byrettens og lagmannsrettens dom på s. 729–730 at hjemmearbeidersken sto fritt til å overlate arbeidet til barna, og også hadde forsøkt dette. Se Inghammar 2017 s. 686 om svensk rett og Kristiansen 2017 s. 142]om dansk rett.

⁸⁸ Se tilsvarende, knyttet til en muntlig inngått avtale, i Rt. 2007 s. 1458 *Dykker*.

⁸⁹ Se også avsnitt 49, der det vises til Rt. 2013 s. 354 *Avlaster I*.

«Etter min oppfatning må det under enhver omstendighet være *tilstrekkelig* for å konstatere et underordningsforhold at arbeidsgiveren har *rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll*.» (avsnitt 65, kursivert her).

Hvis kontrakten gir adgang til å utøve ledelse og kontroll, kan arbeidsgiver derfor ikke hevde at dette ikke var en realitet fordi adgangen ikke er benyttet. Selv om klargjøringen er nyttig, er begrunnelsen er uheldig. I fortsettelsen fremhever førstvoterende behovet for et «robust» arbeidstakerbegrep:

«Dersom det skulle kreves faktisk ledelse eller et ledelsesbehov, ville man åpne for at identiske stillingskategorier måtte bedømmes forskjellig; alt etter tjenesteyterens erfaringer og behov for ledelse. Det ville i tilfellet gjøre arbeidstakerbegrepet lite robust. En slik løsning har ikke gode grunner for seg.» (avsnitt 65)

Verneformålet ville gitt en bedre forankring. En kontrakt som hjemler styringsrett, etablerer et underordningsforhold og er i seg selv et klart uttrykk for maktubalanse og avhengighet. En slik avtale kan skape behov for verneregler selv om maktpotensialet ikke er utnyttet.

Det tredje – og svært viktige – poenget er at avgjørelsene bygger på en helhetlig vurdering av ledelse og kontroll i trepartsrelasjoner. I forarbeidene er momentet formulert som et spørsmål om plikt til å underordne seg *arbeidsgiverens* ledelse og kontroll. Det kunne skape tvil om betydningen av styring og kontroll utøvet av andre, i disse tilfellene familiene som fikk avlastning. *Avlaster I* avklarer at vurderingen, for å ivareta verneformålet, må ta utgangspunkt i arbeidspersonens situasjon:

«Kommunen har innvendt at det ikke var den som styrte A. Det kan etter mitt syn ikke være avgjørende. Som nevnt er det et uttalt formål at arbeidstakerbegrepet skal fortolkes slik at de som trenger lovens vern, skal få det. Det tilsier at en person som ellers ville vært ansett som arbeidstaker, ikke skal havne i et *arbeidsrettslig tomrom* fordi den som inngår kontrakten og betaler lønnen, gjør det for å ivareta behovet til en annen, som er den som løpende instruerer om gjennomføringen av arbeidsoppgavene.» (avsnitt 49, kursivert her)

Dette rettslige utgangspunktet er bekreftet i *Avlaster II*.⁹⁰ Det avgjørende er altså ikke om den potensielle arbeidsgiveren står for styringen, det sentrale er hvorvidt avtalen forutsetter eller legger til rette for at arbeidspersonen blir styrt.

Som sitatet viser, er den helhetlige vurderingen av ledelse og kontroll ikke begrunnet i at sakene gjaldt offentlige omsorgstjenester eller i typen av arbeid, men i det generelle verneformålet og ønsket om å hindre «et arbeidsrettslig tomrom». Det underliggende må derfor være at man ikke skal kunne omgå vernereglene ved å organisere arbeidet i komplekse relasjoner eller ved å «outsourse» den løpende arbeidsledelsen. Det støttes av at trepartsrelasjonen ved arbeidsutleie i prinsippet vurderes på samme måte. En person som leies ut for å utføre arbeid i en annen virksomhet, anses å ha en arbeidsavtale med sin avtalepart (utleier) selv om løpende ledelse og kontroll er overlatt til innleier. Dermed må spørsmålet om

⁹⁰ Se avsnitt 73. Dissensen knytter seg ikke til dette utgangspunktet, men til den konkrete forståelsen av kontrakten. Mindretallet la til grunn at kontrakten ikke fastsatte en styringsrett, men at kommunen «har avgrenset seg mot å styre og lede» (avsnitt 99).

styringsrett kunne vurderes på tilsvarende måte i andre typer tre- eller flerpartsrelasjoner der avtalemotparten legger til rette for at en bruker eller kunde skal kunne lede og kontrollere arbeidet.

Nyere rettspraksis klargjør i langt mindre grad hvordan realitetene skal bedømmes når det gjelder personlig arbeidsplikt. Dette momentet dreier seg dels om hvorvidt arbeidet må utføres personlig (eller kan overlates til andre) og dels om hvorvidt man stiller sin arbeidskraft løpende til rådighet (fremfor å påta seg en definert, avgrenset arbeidsoppgave). Det siste har nær sammenheng med styringsrett, ettersom en plikt til å stå til rådighet typisk vil gjenspeile seg i at motparten kan tildele oppgaver innenfor en fastsatt arbeidstid.

Som forklart ovenfor må spørsmålet om arbeidsplikten er personlig, bero på en nærmere vurdering av hvor fri og selvstendig adgangen i realiteten er. Bedømmelsen av om arbeidskraften stilles løpende til rådighet, er mer usikker. En plikt til å arbeide på bestemte tider og akseptere bestemte arbeidsoppgaver vil klart indikere en løpende arbeidsplikt.⁹¹ Også momenter som knytter seg til stabiliteten i forholdet mellom partene – arbeidets varighet og omfang – kan sies å belyse realitetene på dette punktet. Utfordringen er imidlertid at vernebehovet kan være betydelig også i «løsere» tilknytningsforhold. Manglende *plikt* til å stå til rådighet korresponderer gjerne med manglende *rett* til videre arbeid. Det kan indikere frihet og selvstendighet, men spiller samtidig manglende trygghet for fremtidig arbeid og inntekt, noe vernereglene nettopp skal sikre.⁹² Norsk rett er som et klart utgangspunkt inkluderende overfor løse tilknytningsforhold. Såkalte tilkallingskontrakter er ansett å være arbeidsavtaler selv om arbeidstakeren kan stå fritt til å avslå tilbudt arbeid.⁹³ Blant spørsmålene slike kontrakter reiser, er hvorvidt de skal regnes som faste eller (en serie av) midlertidige arbeidsavtaler, og hvilke krav som stilles til innholdet.⁹⁴ Det ville åpne for omgørelser dersom arbeid som splittes opp i avtaler av lite omfang eller kort varighet i alminnelighet ikke regnes som arbeidsavtaler. For å ivareta formålet bør det derfor tas hensyn til at en løs tilknytningsform kan skape avhengighet og vernebehov.

Verken momentlisten eller tidligere rettspraksis gir særlig veiledning for denne vurderingen. I Rt. 1984 s. 1044 *Tupperware* ble en løs tilknytning ansett å tale «sterkt mot» et

⁹¹ Berg 1930 s. 40.

⁹² Både hvordan arbeidsavtalen klassifiseres og kravene til dens innhold inngår derfor i diskusjonen om «utrygge» arbeidsforhold (precarious work), se feks. Mark Freedland, «The Contract of Employment and the Paradoxes of Precarity», *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2016. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2794877>.

⁹³ Gerd Egede-Nissen og Vegard M. Lund, «Fast ansettelse uten garantilønn», *Arbeidsrett*, 2012 s. 80–101 Karen Sophie Steen, «Fast ansettelse uten garantilønn», *Arbeidsrett*, 2013 s. 321–333 Camilla Selman og Einar Engh, «Arbeidsrettslige betraktninger om ‘tilkallingshjelper’», *Arbeidsrett*, 2015 s. 222–231. Se også Rt. 2005 s. 826 *Braathen*, Rt. 2006 s. 1158 *Ambulansesjåfør* og en nylig dom fra Bergen tingrett, 16-131720TVI-BERG/02.

⁹⁴ Om grensedragningen, se Christel Søreide, «Grensen mellom fast og midlertidig ansettelse», *Arbeidsrett*, 2017 s. 113–127. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3088-2017-01-06>. For å bøte på dette problemet er det foreslått regler i aml. § 14-9 om hva som menes med fast ansettelse, med bla. krav til «reelt stillingsomfang», se høringsbrev 29. juni 2017 fra Arbeids- og sosialdepartementet.

arbeidstakerforhold, og retten vurderte mangelen på forpliktelser med hensyn til når og hvor mye man skulle jobbe slik at det ikke gjaldt noen «arbeidsplikt i tradisjonell forstand» (s. 1048–1049). Nyere rettspraksis markerer ikke avstand til dette, men gir holdepunkter for et mer nyansert syn. I *Avlaster I* fremhevet førstvoterende at tidsbegrensede avtaler uten rett til fornyelse ga en svak forhandlingsposisjon, og fortsatte:

«Det eksisterer dermed et avhengighets- og underordningsforhold – noe som er et grunnleggende trekk ved arbeidsavtaler.» (avsnitt 48)

Et lignende poeng ble trukket frem ved vurderingen av om tilknytningen mellom partene var stabil. Førstvoterende påpekte at kommunens adgang til å si opp avtalen dersom behovet bortfalt kunne tale mot arbeidstakerstatus, men fremholdt så at «det kan også sees som et eksempel på at avlastere i A' situasjon er i en utsatt posisjon» (avsnitt 55). Uttalelsene anerkjenner at en løs tilknytningsform kan skape avhengighet og vernebehov. En formålsoverordnet tilnærming synes dermed i det minste å kreve en årvåkenhet for om tilknytningsformer som synes å gi stor frihet med hensyn til når man arbeider og hvilke oppgaver man påtar seg, likevel skaper et avhengighetsforhold.

Samlet sett gir utviklingen grunnlag for klarere retningslinjer for vurderingen av om det foreligger et underordningsforhold. En klarere normering bidrar til økt forutberegnelighet om når en person er arbeidstaker. Hvorvidt det i realiteten foreligger personlig arbeidsplikt og styringsrett er det sentrale og vil normalt være avgjørende. Den formålsoverordnede tilnærmingen sikrer samtidig at vurderingen ikke blir for rigid, og gir en form for sikkerhetsventil for at andre forhold kan tenkes å skape et avhengighetspreg og behov for lovgivningens vern.

2.2.6 Revidering av tradisjonelle momenter?

Alle de nevnte utviklingstrekkene utfordrer en tilnærming med utgangspunkt i den etablerte momentlisten. Listen gjenspeiler ikke forutsetningen om at arbeidet har avtalemessig grunnlag. Den gir heller ingen klar pekepinn på at to av momentene er særlig tungtveiende. Videre gir listen liten veiledning for vurderingen av forholdet mellom formalitet og realitet. Mer vesentlig er det imidlertid at en formålsoverordnet tilnærming tilsier et kritisk søkelys på selve momentene.

Det er ikke gitt at typiske kjennetegn ved arbeidsforhold på 1940-tallet fremdeles gir de viktigste indikasjonene for det relevante vernebehovet og den beste veiledningen i vanskelige grensetilfeller.⁹⁵ For eksempel er det mindre grunn til å se hen til hvem som stiller arbeidsrom og redskaper til rådighet når teknologien gir helt andre muligheter til å arbeide hjemme. Hvorvidt tilknytningsforholdet er stabilt med oppsigelsesfrister, gir strengt tatt liten veiledning når både forekomst og fravær av dette kan indikere et vernebehov. Likevel er Høyesteretts vurdering i arbeidsrettslig sammenheng knyttet enda tettere enn før til den tradisjonelle

⁹⁵ Momentene stammer fra forarbeidene til ferieloven av 1947, se punkt 2.1.2.

momentlisten.⁹⁶ Det er et paradoks at listen nærmest tas for gitt når det samtidig erkjennes at flere momenter gir liten veiledning.⁹⁷

En effektiv verneavgivning krever klare rammer. Derfor er det av stor betydning at momentene faktisk gir rettleiding for de grensetilfellene som oppstår i praksis. En utfordring videre kan derfor være å utvikle momenter som fremmer formålet og gir tydeligere veiledning for aktuelle gråsonetilfeller. Kan hende er det hensiktsmessig med ulike «momentlister» for ulike typer av gråsonespørsmål.⁹⁸

Den neste delen av artikkelen vil vise at momentlisten som utgangspunkt for begrepets avgrensning også utfordres fra en annen kant: Utviklingen i EU/EØS-retten innebærer nye krav til anvendelsesområdet for arbeidsrettslig minimumsvern. Det kan kreve andre avgrensninger enn hva momentlisten har ledet til.

3 Arbeidstakerbegrepet i EU/EØS-retten

3.1 Utgangspunkter

3.1.1 Arbeidstakerbegrepets relativitet

EU/EØS-retten tar ikke, som norsk rett, utgangspunkt i en forestilling om et «alminnelig» eller enhetlig arbeidstakerbegrep. EU-domstolen har gjentatte ganger understreket at begrepet «arbeidstaker» ikke har et entydig innhold, men avhenger av hvilket rettsområde det er tale om.⁹⁹ Begrepet er derfor relativt på to måter. For det første varierer det hvorvidt begrepet har et fellesskapsrettslig innhold eller skal forstås som en henvisning til nasjonale begreper. For det andre er det visse variasjoner i begrepsinnholdet der begrepet forstås fellesskapsrettslig.

I det følgende drøftes tradisjonell begrepsforståelse derfor ut fra rettsområde, regler om fri bevegelse (punkt 3.1.2), regler om likelønn og likebehandling (punkt 3.1.3) og arbeidsrettslig minimumsvern (punkt 3.1.4). Drøftelsen vil vise at relativiteten i første rekke gjelder forholdet til nasjonal rett. På rettsområder der begrepet er fellesskapsrettslig, er påvirkningen betydelig og bidrar til en temmelig enhetlig innhold. Selv om det er viktige fellestrekk, samsvarer begrepsinnholdet ikke fullt ut med det norske begrepet. Dette legger grunnlaget for den videre diskusjonen av utviklingstrekk i punkt 3.2 og implikasjoner av disse i punkt 4.

⁹⁶ Dette gjelder både Rt. 2013 s. 342 *Beredskapshjem*, Rt. 2013 s. 354 *Avlaster I* og HR-2016-1366 *Avlaster II*.

⁹⁷ Se feks. Rt. 2013 s. 342 *Beredskapshjem* (avsnitt 57 og 58) Rt. 2013 s. 354 *Avlaster I* (avsnitt 53 og 56).

⁹⁸ Marianne Jenum Hotvedt, «The contract-of-employment test renewed. A Scandinavian approach to platform work», *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, 2018 s. XX [under publisering] foreslår fornyede momenter for grensdragningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere som får tilgang til arbeid via digitale formidlingsplattformer. Anvendelsen av arbeidstakerbegrepet på slike relasjoner er diskutert fra et svensk perspektiv i Annamaria Westregård, «Delningsplattformer och crowdworkers i den digitaliserade ekonomin – en utmaning för kollektivavtalsmodellen», i Boel Flodgren mfl. *Modern affärsrätt: En antologi*, Stockholm 2017 s. 319–337 særlig på s. 324–327 [Westregård 2017].

⁹⁹ Se bla. sak C-85/96 *Martinez Sala*, EU:C:1998:217 (avsnitt 31).

3.1.2 Regler om fri bevegelse

Det ble tidlig avklart at arbeidstakerbegrepet har et fellesskapsrettslig innhold i traktatreglene om fri bevegelse.¹⁰⁰ Dette arbeidstakerbegrepets funksjon er å angi anvendelsesområdet for et grunnleggende prinsipp for det indre marked, fri bevegelse for arbeidskraft. Retten til fri bevegelse setter forbud mot restriksjoner på friheten til å krysse landegrensene og oppholde seg i andre EU/EØS-stater for å arbeide, samt bli boende der når man har fått arbeid. Det innebærer også et forbud mot nasjonalitetsdiskriminering knyttet til sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår. Formålet var opprinnelig å fremme det indre markedet ved å legge til rette for effektiv bruk av arbeidskraft, men over tid er et rettighetsperspektiv blitt mer fremtredende.¹⁰¹ Utgangspunktet i dag er at status som EU/EØS-borger gir visse alminnelige rettigheter knyttet til fri bevegelse, mens borgere som er økonomisk aktive, som arbeidstaker eller på annen måte, har mer vidtgående rettigheter.¹⁰²

Begrepets funksjon i markedsreglene har begrunnet både at begrepet er EU-rettslig, og at det må gis en vid tolkning. Skulle begrepet hatt ulik rekkevidde i medlemslandene eller blitt forstått snevert, ville det hindret en effektiv gjennomføring av prinsippene om fri bevegelse.¹⁰³ Når begrepet først er fellesskapsrettslig, har domstolen gjentatte ganger understreket at nasjonale grensdragninger og «karakteren af retsforholdet mellem arbejdstager og arbejdsgiver» ikke har betydning.¹⁰⁴

De grunnleggende retningslinjene for begrepets innhold ble trukket i *Lawrie-Blum*:¹⁰⁵

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

Her vises det til flere av de samme elementene som i det norske begrepet. Det mest vesentlige («væsentligste») er det at arbeidskraften stilles til rådighet i et *underordningsforhold*, jf. særlig «for en anden og efter dennes anvisninger». Dette innebærer en avgrensning mot selvstendige oppdragstakere. Videre er det *realitetene* som skal være avgjørende, ikke partenes formelle

¹⁰⁰ TEUF art. 45 og EØS-avtalen art. 28, se sak 75/63 *Unger*, EU:C:1964:19.

¹⁰¹ Catherine Barnard, *EU Employment Law*, 4. utg. Oxford 2012 s. 143.

¹⁰² Se om rettigheter knyttet til unionsborgerskap i TEUF art. 20 flg. og direktiv 2004/38/EF om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å bevege seg og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium (unionsborgerdirektivet). Direktivet er innlemmet i EØS-avtalen på tross av at avtalen ikke har en bestemmelse svarende til nevnte bestemmelser i TEUF, jf. komitebeslutning nr. 158/2007. Unionsborgerskap gir både visse politiske rettigheter, som stemmerett ved lokalvalg, og rett til fri bevegelse som en del av et felles marked. Det siste er klart EØS-relevant, og direktivet er ansett å regulere dette.

¹⁰³ Sak 53/81 *Levin*, EU:C:1982:105 (avsnitt 15), og sak 139/85 *Kempf*, EU:C:1986:223 (avsnitt 13).

¹⁰⁴ Se bla. sak 344/87 *Bettray*, EU:C:1989:226 (avsnitt 16), og sak C-357/89 *Raulin*, EU:C:1992:87 (avsnitt 10).

¹⁰⁵ Sak 66/85 *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284.

klassifisering, jf. «objektive kriterier». ¹⁰⁶ En formell betegnelse som selvstendig næringsdrivende hindrer derfor ikke arbeidstakerstatus. På den annen side er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig å være formelt ansatt; begrepet avgrenses mot eiere. Domstolen har lagt til grunn at en direktør som eide 100 prosent av selskapet, ikke var arbeidstaker fordi vedkommende ikke var i et underordningsforhold. ¹⁰⁷

Det fellesskapsrettslige begrepet er imidlertid utvidet sammenlignet med det norske. Også personer som *søker* ansettelse, faller inn under arbeidstakerbegrepet. Dette fremgår ikke klart av sitatet fra *Lawrie-Blum* i dansk oversettelse, men var allerede lagt til grunn av domstolen. ¹⁰⁸ Status som arbeidstaker kan dessuten, på visse vilkår, være i behold etter at arbeidsforholdet er opphørt. ¹⁰⁹ Utvidelsene har klar sammenheng med at begrepets forankring i reglene om fri bevegelse, som tilsier at person som ønsker å inngå arbeidsforhold, er omfattet, og at slik økonomisk aktivitet utløser visse rettigheter som kan strekke seg utover arbeidsforholdets varighet. Rettighetenes nærmere innhold vil imidlertid variere ut fra situasjonen. ¹¹⁰

Begrepet rommer samtidig krav som ikke har noen klar parallell i det norske begrepet. Retningslinjene speiler at det må dreie seg om *økonomisk aktivitet*. I rettspraksis er det fremhevet at arbeidsforholdet må romme reelle og faktiske økonomiske aktiviteter. ¹¹¹ Også dette har klar sammenheng med begrepets funksjon i markedsreglene. Kravet har flere sider.

For det første trekkes det en grense mot arbeid uten økonomisk formål. Arbeid i en rehabiliteringsinstitusjon for rusmisbrukere ble for eksempel ansett «kun» å være et middel til å bevare, gjenskape og fremme brukernes arbeidsevne, og falt derfor utenfor. ¹¹² Men kravet er ikke strengt. At arbeidet har annet formål, for eksempel opplæringsformål, utelukker ikke at det også kan utgjøre en økonomisk aktivitet. Domstolen har derfor ansett praksis- og praktikantarbeid for å være omfattet. ¹¹³ I tvilstilfeller legges det vekt på om de aktuelle arbeidsytelsene normalt anses å være en del av arbeidsmarkedet. ¹¹⁴

For det andre er vederlag for arbeidet et vesentlig kjennetegn, jf. «ydelse ... mod vederlag». Vederlaget behøver imidlertid ikke være regulert i arbeidsavtalen og stamme fra motparten i arbeidsforholdet. Domstolen har akseptert at arbeidet er ytt mot vederlag selv i tilfeller der det

¹⁰⁶ Se bla. sak C-337/97 *Meeusen*, EU:C:1999:284 (avsnitt 15).

¹⁰⁷ Sak C-107/94 *Asscher* EU:C:1996:251 (avsnitt 26).

¹⁰⁸ Sak 53/81 *Levin* (avsnitt 16 og 17). Dette fremgår klarere i andre språkversjoner av *Lawrie-Blum*, se særlig den franske originalteksten. Se også bla. sak 39/86 *Lair*, EU:C:1988:322 (avsnitt 32), og sak C-292/89 *Antonissen*, EU:C:1991:80 (avsnitt 13).

¹⁰⁹ Se bla. sak 39/86 *Lair* (avsnitt 33), og sak C-357/89 *Raulin* (avsnitt 18), se nærmere Birgitta Nyström, *EU och arbetsrätten*, 5. utg. Stockholm 2017 s. 139–141.

¹¹⁰ Se nærmere bla. sak C-138/02 *Collins*, EU:C:2004:172 (avsnitt 30–33), og forordning 492/2011 om arbeidskraftens frie bevegelse.

¹¹¹ Se bla. sak C-456/02 *Trojani*, EU:C:2004:488 (avsnitt 18).

¹¹² Sak 344/87 *Bettray*, EU:C:1989:226 (avsnitt 19 og 20)

¹¹³ Se bla. sak C-197/86 *Brown*, EU:C:1988:323.

¹¹⁴ Sak C-456/02 *Trojani* (avsnitt 24).

stammer fra andre enn arbeidsgiveren.¹¹⁵ Kriteriet er derfor heller et uttrykk for at arbeidet må ha en økonomisk verdi, enn et krav til arbeidsgiver-arbeidstakerrelasjonen.

For det tredje indikerer forutsetningene om arbeid i en «vis periode» og ytelser av en «vis økonomisk verdi» en nedre grense knyttet til arbeidets økonomiske betydning. Det trekkes derfor en grense mot aktiviteter av så lite omfang at de må anses som «et rent marginalt supplement» til vedkommendes livsopphold.¹¹⁶ Kravene synes imidlertid å være lave. Begrepet omfatter tilknytningsformer der omfanget av arbeid er begrenset, som midlertidig ansatte, deltidsarbeidende og sesongarbeidere.¹¹⁷ Det er ikke avgjørende om personen har en beskjeden produktivitet eller yteevne, og selv ikke en arbeidstid begrenset til 5,5 timer ukentlig utelukker arbeidstakerstatus.¹¹⁸ At arbeid er utført på grunnlag av en tilkallingskontrakt, utelukker i seg selv heller ikke arbeidstakerstatus.¹¹⁹ Domstolen har samtidig poengtert at dersom arbeidet etter en slik kontrakt er uregelmessig og kortvarig, kan det etter omstendighetene tilsi at arbeidet fremstår som et rent marginalt supplement.¹²⁰

De ulike begrepslementene har litt ulike funksjoner. Kravet om økonomisk aktivitet trekker en «nedre grense» for som ikke bare er aktuell for reglene om fri bevegelighet av arbeidskraft. Også reglene om etableringsfrihet og fri bevegelighet av tjenester er avgrenset til å gjelde økonomisk aktivitet.¹²¹ Underordningsforholdet trekker derimot en grense ut fra hvilken *type* økonomisk aktivitet personen er engasjert i (arbeidstakerforhold eller selvstendig næringsvirksomhet), og vil typisk dreie seg om skillet mellom arbeidsavtaler og oppdragsavtaler.¹²² Grensen mot selvstendige oppdragstakere og eiere innebærer at det ikke er reglene om fri bevegelse av arbeidskraft, men andre markedsregler, særlig reglene om etableringsfrihet, som kommer til anvendelse.

Dersom det dreier seg om arbeidstakerforhold, må det videre trekkes en grense mellom hva som reguleres av reglene om fri bevegelighet av arbeidskraft og hva som reguleres av tjenestereglene. I *Rush Portuguesa* la EU-domstolen til grunn at det var tjenestereglene som kom til anvendelse når en arbeidstaker ansatt i en virksomhet i ett medlemsland, midlertidig sendes ut til et annet medlemsland som ledd i utførelsen av virksomhetens oppdrag der.¹²³

¹¹⁵ Sak 344/87 *Betray*, EU:C:1989:226 (avsnitt 15).

¹¹⁶ Se bla. sak 53/81 *Levin* (avsnitt 16 og 17). Domstolen ville ikke skille mellom dem som søker inntekt fra økonomisk aktivitet og dem som supplerer slik inntekt med andre kilder til livsopphold, men trakk «dog» en grense mot «beskæftigelsesformer, der har et så lidet omfang, at de fremstår som et rent marginalt supplement», fordi reglene om fri bevegelighet kun skal beskytte de som utøver (eller vil utøve) økonomisk aktivitet.

¹¹⁷ Se nærmere Ruth Nielsen, *EU Labour Law*, 2. utg. København 2013 s. 242.

¹¹⁸ Se bla. sak 344/87 *Betray* (avsnitt 15), og sak C-14/09 *Genc*, EU:C:2010:57.

¹¹⁹ Sak C-357/89 *Raulin* (avsnitt 11).

¹²⁰ Sak C-357/89 *Raulin* (avsnitt 14).

¹²¹ Se nærmere A.C.L. Davies, *EU Labour Law*, Cheltenham/Northampton 2012 s. 174 [Davies 2012].

¹²² F.eks. gjaldt sak C-456/02 *Trojani* avgrensningen mot selvstendig næringsvirksomhet og derved mot anvendelse av reglene om etableringsrett.

¹²³ Sak C-113/89 *Rush Portuguesa*, EU:C:1990:142.

Det fellesskapsrettslige arbeidstakerbegrepet i reglene om fri bevegelighet har med andre ord et noe annet innhold og litt andre funksjoner enn det norske.¹²⁴

3.1.3 Regler om likelønn og likebehandling

Arbeidstakerbegrepet inngår videre i traktatreglene om lik lønn til kvinnelige og mannlige arbeidstakere for samme arbeid.¹²⁵ Opprinnelig var bestemmelsen om likelønn begrunnet i hensynet til det indre markedet. Man ville hindre en konkurransefordel for land som manglet krav om likelønn.¹²⁶ I dag er retten til likelønn imidlertid betraktet som et utslag av prinsippet om likebehandling uavhengig av kjønn, som er ansett å utgjøre en grunnleggende rettighet.¹²⁷ Arbeidstakerbegrepets funksjon i likelønnsbestemmelsen er altså å angi anvendelsesområdet for et bestemt utslag av det grunnleggende prinsippet.

Koblingen til det grunnleggende prinsippet har begrunnet at arbeidstakerbegrepet også i denne sammenhengen må ha et fellesskapsrettslig innhold og ikke kan tolkes snevert. Det ble slått fast i *Allonby*, der EU-domstolen fastla begrepets innhold ut fra retningslinjene i *Lawrie-Blum* og annen rettspraksis om reglene om fri bevegelighet.¹²⁸ Det ble blant annet poengtert at en formell betegnelse som selvstendige oppdragstaker ikke er til hinder for å være arbeidstaker, dersom uavhengigheten «kun er fiktiv og dermed skjuler, at der foreligger et arbeidsforhold» i EU-rettslig forstand (avsnitt 71).

Selve likebehandlingsprinsippet i TEUF art. 19 er derimot ikke forbeholdt arbeidstakere. Bestemmelsen hjemlet opprinnelig tiltak mot forskjellsbehandling av kvinner og menn, men er utvidet til også å omfatte likebehandling knyttet til etnisitet, religion, tro, «handicap», alder og seksuell orientering. EUs Charter om grunnleggende rettigheter art. 21 forbyr «enhver» forskjellsbehandling knyttet til de beskyttede grunnlagene, og prinsippet om likebehandling mellom kvinner og menn i art. 23 skal sikres på «alle områder, herunder i forbindelse med beskæftigelse, arbeid og løn». Det brede vernet i TEUF art. 19 har ingen parallell i EØS-avtalen, art. 70 i avtalen hjemler kun et prinsipp om likebehandling mellom kvinner og menn. På grunnlag av en politisk beslutning om at diskrimineringsvernet i norsk rett minst skal svare til det EU-rettslige, er sekundærlovgivning hjemlet i art. 19 likevel gjennomført i norsk rett.¹²⁹

Arbeidstakerbegrepet inngår i denne sekundærlovgivningen.¹³⁰ Begrepets funksjon er imidlertid ikke å avgrense vernet mot diskriminering etter disse direktivene som sådan.

¹²⁴ Westregård 2017 s. 326 påpeker lignende forskjeller på arbeidstakerbegrepet i fellesskapsretten og svensk rett.

¹²⁵ TEUF art. 157 og EØS-avtalen art. 69.

¹²⁶ Kravet om en slik bestemmelse kom fra Frankrike, se Davies 2012 s. 109.

¹²⁷ Sak C-256/01 *Allonby*, EU:C:2004:18 (avsnitt 66).

¹²⁸ Sak C-256/01 *Allonby* (avsnitt 66 flg.).

¹²⁹ St. prp. nr. 11 (2003–2004) s. 2.

¹³⁰ Se særlig direktiv 2006/54/EF om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse (likestillingsdirektivet), direktiv 2000/43/EF

Likestillingsdirektivets personelle anvendelsesområde er i art. 6 angitt å være «den erhvervsaktive del av befolkningen». Det omfatter blant annet selvstendig næringsdrivende, arbeidssøkere og arbeidstakere som midlertidig er uten arbeid av nærmere bestemte grunner, er pensjonerte eller uføre. Enkelte av bestemmelsene, som retten til likelønn i art. 4, er nærmere avgrenset ved bruk av arbeidstakerbegrepet. Det personelle anvendelsesområdet for etnisitetsdirektivet og rammedirektivet er ikke uttrykkelig angitt, men også disse direktivene omfatter arbeidsforhold i vid forstand, herunder vilkårene for adgang til arbeid, arbeidsvilkår, utøvelse av selvstendig næringsvirksomhet, yrkesveiledning, etterutdanning og omskolering samt medlemskap og deltakelse i arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon.¹³¹ Vernet knyttet til kjønn og etnisitet mv. omfatter dessuten blant annet sosiale sikringsordninger.¹³² I disse reglene har arbeidstakerbegrepet dermed ingen en ytre, klart avgrensende funksjon.

Reglene om likelønn og likebehandling rommer altså et fellesskapsrettslig arbeidstakerbegrep som innholdsmessig synes å svare til begrepet i reglene om fri bevegelighet.

3.1.4 Arbeidsrettslig minimumsvern

Arbeidstakerbegrepet inngår også i traktatreglene om arbeidsmarkeds- og sosialpolitikk.¹³³ Reglene har til formål å legge til rette for en *delvis* harmonisering av medlemsstatenes arbeidsrettslige lovgivning, og arbeidstakerbegrepets funksjon er å avgrense hvilke arbeidsforhold som kan omfattes av slik harmoniserende regulering. I medhold av reglene er det gitt en rekke direktiver som stiller minimumskrav til statenes regulering av arbeidsmiljø og arbeidsvilkår.¹³⁴ Det varierer om direktivene fastsetter generelt arbeidstakervern, vern av spesielle kategorier av arbeidstakere eller vern i bestemte situasjoner. I alle tilfeller har arbeidstakerbegrepet en helt sentral avgrensende funksjon. Direktivene forholder seg likevel på ulike måter til begrepet. Det er ikke umiddelbart klart hvorfor direktivene løser forholdet til begrepet – og dermed sitt eget anvendelsesområde – såpass forskjellig.

Etter ordlyden synes det å gå et skille mellom direktiver som definerer arbeidstakerbegrepet, direktiver uten en alminnelig definisjon og direktiver som definerer begrepet med uttrykkelig henvisning til nasjonal rett.¹³⁵ Det er bare unntaksvis at begrepet er definert og klart EU-rettslig,

om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse (etnisitetsdirektivet) og direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv (rammedirektivet).

¹³¹ Etnisitetsdirektivet art. 3 nr. 1 bokstav a til d og rammedirektivet art. 3 nr. 1.

¹³² Likestillingsdirektivet omfatter sosiale sikringsordninger, jf. kap. 2, etnisitetsdirektivet omfatter dessuten helsetjenester, utdanning og adgang til og levering av varer og tjenester, jf. art. 3 nr. 1 bokstav e til h. Se også direktiv 2010/41/EU om likebehandling av menn og kvinner i selvstendig erverv (likestillingsdirektivet for selvstendige yrkesutøvere).

¹³³ TEUF kapittel X, særlig art. 153, se også EØS-avtalen art. 66 og 67.

¹³⁴ Disse direktivene er inntatt i vedlegg XVIII til EØS-avtalen.

¹³⁵ Se en slik inndeling Kristiansen 2016. Drøftelsene nedenfor vil imidlertid vise at det vanskelig kan trekkes klare skillelinjer ut fra slike forskjeller i direktivenes ordlyd.

og kun i visse tilfeller at direktivet mangler en alminnelig definisjon.¹³⁶ Normalløsningen er en uttrykkelig henvisning til nasjonal rett. Både direktivene om virksomhetsoverdragelse,¹³⁷ skriftlig informasjon om arbeidsavtalen,¹³⁸ informasjon og drøftelse,¹³⁹ vikararbeid,¹⁴⁰ deltidsarbeid¹⁴¹ og midlertidig ansettelse¹⁴² definerer arbeidstaker slik. For eksempel er arbeidstaker i virksomhetsoverdragelsesdirektivet definert som «enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbeidstager i henhold til den nationale lovgivning», jf. art. 2 nr. 1 bokstav d. Tilsvarende eller lignende bestemmelser inngår i de øvrige nevnte direktivene.¹⁴³

EU-domstolen tok tidlig stilling til om formålet om minimumsvern og delvis harmonisering tilsier et fellesskapsrettslig arbeidstakerbegrep. *Danmols* gjaldt forståelsen av det første virksomhetsoverdragelsesdirektivet, som den gang ikke inneholdt noen definisjon.¹⁴⁴ Direktivet ble tolket slik at definisjonen var overlatt til medlemsstatene. EU-domstolen viste til at begrepet har et fellesskapsrettslig innhold i reglene om fri bevegelighet for å ivareta dette prinsippet effektivt, og vurderte om «lignende hensyn» gjorde seg gjeldende ved tolkningen av direktivet (avsnitt 24 og 25). Men etter domstolens syn fulgte det av formålet om delvis harmonisering at direktivet bare gjaldt for personer «som på en eller anden måde er beskyttet som arbeidstager i kraft af den pågældende medlemsstats lovgivning» (avsnitt 27). Det er denne forståelsen som så ble kodifisert i gjeldende virksomhetsoverdragelsesdirektiv.

Formålet om delvis harmonisering begrunnet altså en mer tilbaketrukket rolle for EU-retten, med større innflytelse for medlemsstatene på reglens anvendelsesområde, enn når det gjelder grunnleggende prinsipper om fri bevegelighet og likelønn. Dette danner bakgrunnen for det herskende synet, at arbeidstakerbegrepet på området for arbeidsrettslig minimumsvern som et utgangspunkt og i hovedsak er et nasjonalrettslig anliggende.¹⁴⁵ Selv om begrepet i enkelte sammenhenger har et fellesskapsrettslig innhold, har det dermed ikke vært antatt å gjelde et

¹³⁶ Direktiv 98/59/EF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelse (masseoppsigelsesdirektivet) mangler en alminnelig definisjon. Se om variasjonen i direktivene på arbeidsmiljøområdet i punkt 3.2.2.

¹³⁷ Direktiv 2001/23/EF om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overføring av virksomhet, bedrifter eller del av bedrift (virksomhetsoverdragelsesdirektivet).

¹³⁸ Direktiv 91/533/EF om skriftlig informasjon om arbeidsavtalen (direktivet om skriftlig arbeidsavtale).

¹³⁹ Direktiv 2002/14/EF om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere i Det europeiske fellesskap (informasjons- og drøftelsesdirektivet).

¹⁴⁰ Direktiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet).

¹⁴¹ Direktiv 97/81/EF om rammeavtalen om deltidsarbeid inngått mellom UNICE, CEEP og EFF (deltidsdirektivet).

¹⁴² Direktiv 99/70/EF om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP (direktivet om midlertidig ansettelse).

¹⁴³ Se direktivet om skriftlig arbeidsavtale art. 1 nr. 1, direktivet om informasjon og drøftelse art. 2 bokstav d, vikarbyrådirektivet art. 3 nr. 1 bokstav a og rammeavtalene som inngår i direktivene om deltidsarbeid og midlertidig ansettelse § 2 nr. 1.

¹⁴⁴ Sak 105/84 *Danmols*, EU:C:1985:331.

¹⁴⁵ Se bla. Kristiansen 2016 s. 389. Se også NOU 2004: 5 *Arbeidslivslovutvalget* s. 155.

enhetlig arbeidstakerbegrep på tvers av direktivene. Det har også ledet til at man i teorien har stilt seg tvilende til bruk av benytte analogislutninger.¹⁴⁶

3.2 Nyere utviklingstrekk

3.2.1 En ny type formålsbetraktning

Nyere rettspraksis fra EU-domstolen bærer bud om et grunnleggende skifte i forholdet mellom det fellesskapsrettslige arbeidstakerbegrepet og nasjonal arbeidsrett. To utviklingslinjer har ført rettstilstanden bort fra det tradisjonelle utgangspunktet. Utviklingslinjene er dannet gjennom rettspraksis fra de siste ti år, men det er særlig avgjørelser fra de siste to årene som markerer grunnleggende endringer.

For det første har det på arbeidsmiljøområdet utviklet seg en fellesskapsrettslig forståelse av arbeidstakerbegrepet, basert på en systembetraktning om at rettigheter av samme eller likeartet innhold bør ha samme virkefelt (punkt 3.2.2). For det andre er det utviklet fellesskapsrettslige krav til nasjonale begrepsavgrensninger begrunnet i behovet for å effektivisere minimumsbeskyttelsen (punkt 3.2.3). Denne utviklingen bygger på et syn på formålet betydning som bryter klart med det tradisjonelle synet. Særlig dette siste innebærer en ny tilnærming til arbeidstakerbegrepet i EU/EØS-retten.

Selv om de to utviklingslinjene bygger på ulike begrunnelser, går begge i samme retning: Den generelle tendensen er at arbeidstakerbegrepet i ulike direktiver innebærer fellesskapsrettslige krav til nasjonal rett, og at kravene fastlegges ut fra begrepsinnholdet i reglene om fri bevegelighet og likelønn (punkt 3.2.4). Utviklingen går altså i retning av et fellesskapsrettslig og enhetlig arbeidstakerbegrep.

3.2.2 Fellesskapsrettslig begrep på grunn av materielle sammenhenger

Den første utviklingslinjen viser at EU-domstolen over tid har utviklet en fellesskapsrettslig forståelse av arbeidstakerbegrepet på arbeidsmiljøområdet, hovedsakelig begrunnet i materielle sammenhenger i denne delen av regelverket.

Direktivenes ordlyd kunne tilsi ulike løsninger. I rammedirektivet om arbeidsmiljø er begrepet klart EU-rettslig og definert som «enhver person, som en arbeidsgiver har i sin tjeneste, herunder praktikanter og lærlinge, bortset fra hushjælp».¹⁴⁷ Arbeidstidsdirektivet og svangerskapsdirektivet, derimot, mangler en alminnelig definisjon, men definerer underkategorier med henvisning til nasjonal rett.¹⁴⁸ Svangerskapsdirektivet definerer for

¹⁴⁶ Jörgen Hettne og Ida Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Stockholm 2011 s. 167.

¹⁴⁷ Direktiv 89/391/EF om iverksettelse av tiltak til forbedring av arbeidstakernes sikkerhet og helse under arbeidet (rammedirektivet om arbeidsmiljø) art. 3 bokstav a.

¹⁴⁸ Direktiv 2003/88/EF om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden (arbeidstidsdirektivet) og direktiv 92/85/EØF om iverksettelse av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer (svangerskapsdirektivet).

eksempel gravid arbeidstaker som «enhver arbeidstager, som er gravid, og som underretter arbeidsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis», jf. art. 1 nr. 1 bokstav. Også arbeidstidsdirektivet henviser til nasjonal rett i definisjonene av underkategoriene nattarbeider, skiftarbeider og mobil arbeidstaker, jf. art. 2 nr. 4 til 7.¹⁴⁹ Derimot overlater direktivet om unge arbeidstakere¹⁵⁰ etter sin ordlyd arbeidstakerbegrepet til nasjonal rett. Direktivet gjelder «enhver person under 18 år, hvis arbeidskontrakt eller ansættelsesforhold er definert i den gjeldende lovgivning i en medlemsstat og/eller omfattet af en gjeldende lovgivning i en medlemsstat», jf. art 2 nr. 1.

Det er imidlertid materielle koblinger mellom rammedirektivet om arbeidsmiljø og de øvrige arbeidsmiljødirektivene. I både svangerskapsdirektivet og arbeidstidsdirektivet heter det at rammedirektivet skal få anvendelse «med forbehold af strengere og/eller mere spesifikke bestemmelser i nærværende direktiv». ¹⁵¹ Direktivet om unge arbeidstakere har ingen tilsvarende bestemmelse, men henviser til rammedirektivet. Denne *horisontale* koblingen direktivene imellom kan tale for at rammedirektivets fellesskapsrettslige begrep må anses integrert i de øvrige direktivenes regulering.¹⁵²

Gjennom nyere rettspraksis har EU-domstolen avklart at arbeidstakerbegrepet i arbeidstidsdirektivet og svangerskapsdirektivet er fellesskapsrettslig.

Domstolen antydet først at begrepet var fellesskapsrettslig, ved å forstå en underkategori slik, på tross av at deler av definisjonen var overlatt til nasjonal rett. I *Kiiski* la EU-domstolen til grunn at begrepet «gravid arbeidstager» i svangerskapsdirektivet var fellesskapsrettslig, og at det kun var bestemmelsene om arbeidstakerens underretning til arbeidsgiveren som var overlatt til nasjonal rett.¹⁵³

Deretter fastslo domstolen uttrykkelig at sammenhengen med rammedirektivet begrunner et EU-rettslig arbeidstakerbegrep i arbeidstidsdirektivet. I *Union syndicale Solidaires Isère* viste domstolen til rammedirektivet og la til grunn at mangelen på henvisning til nasjonal rett innebar at begrepet var fellesskapsrettslig (avsnitt 28).¹⁵⁴

Domstolen stadfestet og forsterket sitt standpunkt ved tolkningen av svangerskapsdirektivet i *Danosa*.¹⁵⁵ Saken reiste spørsmål om en kvinne som var enestyre for et aksjeselskap, var

¹⁴⁹ Sak C-303/98 *SIMAP*, EU:C:2000:528, berørte forståelsen av den delen av nattarbeiderdefinisjonen som henviser til nasjonal rett, og bekreftet at spørsmålet om hvorvidt regler om nattarbeid skulle gjelde for en gruppe leger som falt inn under dette alternativet, var overlatt til nasjonal rett. Legene var derfor ikke nattarbeidere i kraft av direktivets bestemmelse alene (avsnitt 56–58).

¹⁵⁰ Direktiv 94/33/EF om vern av unge personer på arbeidsplassen (direktivet om unge arbeidstakere).

¹⁵¹ Arbeidstidsdirektivet art. 1 nr. 4 og svangerskapsdirektivet art. 1 nr. 2.

¹⁵² Kristiansen 2016 s. 394.

¹⁵³ Dom 20. september 2007 i sak C-116/06 *Kiiski*, EU:C:2007:536 (avsnitt 24). Det var ikke omstridt at kvinnen var arbeidstaker, spørsmålet var hvorvidt en gravid arbeidstakers rett til svangerskapspermisjon gjaldt mens hun var i foreldrepermisjon. Siden hun hadde informert arbeidsgiver om graviditeten i tråd med nasjonal rett, hadde hun rettigheter som gravid arbeidstaker etter direktivet.

¹⁵⁴ Dom 14. oktober 2010 i sak C-428/09 *Union syndicale Solidaires Isère*, EU:C:2010:612 (avsnitt 26 flg.).

¹⁵⁵ Dom 11. november 2010 i sak C-232/09 *Danosa*, EU:C:2010:674.

arbeidstaker i direktivets forstand og beskyttet mot oppsigelse på grunn av graviditet. EU-domstolen fremhevet nå at det fulgte av «fast retspraksis» at arbeidstakerbegrepet i svangerskapsdirektivet var fellesskapsrettslig, med henvisning til både *Lawrie-Blum*, *Allonby* og *Kiiski* (avsnitt 39).

En nyere avgjørelse knytter arbeidstakerbegrepet i arbeidstidsdirektivet sammen med forståelsen av EUs Charter om grunnleggende rettigheter. En sak fra 2015, *Fenoll*, reiste spørsmål om en person tilknyttet et aktivitetssenter for funksjonshemmede var arbeidstaker med rett til årlig ferie etter arbeidstidsdirektivet og Charteret art. 31.¹⁵⁶ Charteret art. 31 regulerer retten til rettferdige og rimelige arbeidsforhold, den gjelder for «[e]nhver arbeidstager» og gir i nr. 2 blant annet rett til årlig ferie med lønn. EU-domstolen stadfestet at arbeidstakerbegrepet i arbeidstidsdirektivet var fellesskapsrettslig, og at samme «naturligvis» måtte gjelde tolkningen av Charteret for å sikre et ensartet personelt anvendelsesområde for retten til betalt ferie.¹⁵⁷ Begrunnelsen var altså den *vertikale* materielle sammenhengen mellom sekundærlovgivning og overordnede prinsipper. Generaladvokaten hadde for øvrig fremhevet at retten til betalt ferie er «et særlig viktig princip i Unionens sociallovgivning» og nedfelt i Charteret.

Utviklingen gir grunn til å anta at arbeidstakerbegrepet også i direktivet om unge arbeidstakere må forstås fellesskapsrettslig, på tross av direktivets henvisning til nasjonal rett. Forankringen i Charteret og den materielle sammenhengen med de øvrige direktivene på arbeidsmiljøområdet tilsier det. Charteret art. 32 om beskyttelse av unge på arbeidsplassen indikerer at unge arbeidstakeres rett til særskilt vern er et prinsipp på linje med retten til betalt ferie, og direktivet om unge arbeidstakere krever et strengere vern for slike arbeidstakere enn for andre. Når arbeidstakerbegrepet i Charteret art. 31 nr. 2 (og øvrige arbeidsmiljødirektiv) er EU-rettslig, ville det være et paradoks dersom statene stod friere til å avgrense anvendelsesområdet for vernet av en særlig sårbar gruppe.

Dermed synes det å ha utviklet seg et fellesskapsrettslig arbeidstakerbegrep på *hele* arbeidsmiljøområdet, og uavhengig av at ordlyden i de enkelte direktivene kunne indikere ulike løsninger på forholdet til nasjonal rett.

3.2.3 Fellesskapsrettslige krav for å effektivisere minimumsbeskyttelsen

Det andre utviklingslinjen viser en gradvis utvikling av fellesskapsrettslige krav til arbeidstakerbegrepet i øvrige arbeidsrettslige direktiver med en annen og mer vidtrekkende begrunnelse: behovet for å effektivisere minimumsbeskyttelsen. Hensynet til et effektivt minimumsvern har begrunnet først et «negativt», og deretter «positivt», krav til hvem som skal omfattes av vernereglene.

¹⁵⁶ Dom 26. mars 2015 i sak C-316/13 *Fenoll*, EU:C:2015:200.

¹⁵⁷ Domstolen viste til generaladvokatens forslag til avgjørelse, EU:C:2014:1753, som fremhever dette (avsnitt 26).

I tidligere rettspraksis har domstolen slått ned på at personer som er arbeidstakere etter nasjonal rett, utelukkes fra verneregler etter et direktiv.¹⁵⁸ Senere er dette blant annet lagt til grunn i sakene om tolkningen av masseoppsigelsesdirektivet og direktivet om informasjon og drøftelse, som setter terskler på et visst antall arbeidstakere for anvendelse av reglene.¹⁵⁹ Sistnevnte direktiv definerer arbeidstakerbegrepet med henvisning til nasjonal rett, og begge overlater metoden for beregning av tersklene til nasjonal rett. Direktivene ble likevel forstått slik at de som *er* arbeidstakere etter nasjonal rett, *skal* medregnes. Begrunnelsen var hensynet til direktivets effektive virkning, og praksis fra arbeidsmiljøområdet (om tolkningen av begrepet «arbeidstid») ble trukket inn som støtte.¹⁶⁰ Et effektivt minimumsvern begrunnet altså et «negativt» krav til anvendelsesområdet: Selv om arbeidstakerbegrepet synes overlatt til nasjonal rett, står statene ikke fritt til å gi vernereglene et snevrere virkefelt enn det nasjonale begrepet. Den generelle begrunnelsen skulle tilsi at kravet gjelder for alle arbeidsrettslige minimumsdirektiver.

I nyere rettspraksis er det med utgangspunkt i denne begrunnelsen utviklet krav av en annen karakter. Disse innebærer at visse personer som *ikke* er arbeidstakere etter nasjonal rett, likevel *skal* omfattes av de aktuelle reglene. Slike «positive» krav til anvendelsesområdet er utviklet særlig gjennom tre avgjørelser.

Den første avgjørelsen, *O'Brien*, gjaldt deltidsdirektivet.¹⁶¹ Direktivet gjelder for deltidsansatte, definert med henvisning til nasjonal rett, jf. rammeavtalen § 2 nr. 1. Direktivet åpner for at statene unntar visse grupper, blant annet deltidsansatte som arbeider som «løst ansatte», jf. § 2 nr. 2. Domstolen hadde tidligere, i *Wippel*, klart bekreftet at statene definerte arbeidstakerbegrepet: Direktivets anvendelse var betinget av en ansettelseskontrakt eller et ansettelsesforhold som definert i nasjonal rett, at vilkårene ellers for å være deltidsansatt i direktivets forstand var oppfylt, og – for «løst ansatte» – at man ikke var unntatt av medlemsstaten.¹⁶² Spørsmålet som ble reist i *O'Brien*, var om det stred mot forbudet mot diskriminering av deltidsansatte at deltidsansatte dommere med honorarlønn ikke var omfattet av pensjonsordningen for fulltidsansatte dommere med fast lønn. Dommere er etter britisk rett ikke regnet som (regulære) arbeidstakere, idet de ikke arbeider på basis av en privatrettslig avtale. Domstolen tok utgangspunkt i at definisjonen skal fortolkes i samsvar med nasjonal rett

¹⁵⁸ Se bla. sak 237/84 *Kommisjonen mot Belgia*, EU:C:1986:149, som gjaldt tolkningen av statenes unntaksadgang etter det tidligere virksomhetsoverdragelsesdirektivet.

¹⁵⁹ Direktivet art. 1 nr. 1 a setter alternative terskler for antall/andel oppsagte arbeidstakere, som er knyttet til antallet arbeidstakere i virksomheten. Dom 18. januar 2007 i sak C-385/05 *Confédération générale du travail*, EU:C:2007:37, gjaldt spørsmål om utelukkelse av visse grupper arbeidstakere under 26 år, mens dom 15. januar 2014 i sak C-176/12 *Association de méditation sociale*, EU:C:2014:2, gjaldt arbeidstakere på visse former for arbeidsmarkedstiltak («støttede kontrakter»).

¹⁶⁰ Sak C-385/05 *Confédération générale du travail* (avsnitt 34–35 og 47) og sak C-176/12 *Association de méditation sociale* (avsnitt 25–29).

¹⁶¹ Dom 1. mars 2012 i sak C-393/10 *O'Brien*.

¹⁶² Dom 12. oktober 2004 i sak C-313/02 *Wippel*, EU:C:2004:607 (avsnitt 40).

(avsnitt 32), men understreket at statenes «skønnsbeføyelse ... med henblikk på at definere begreber» ikke er ubegrenset, men betinget av at «de respekterer direktivets effektive virkning og de almindelige EU-rettslige grundsætninger» (avsnitt 34). Statene sto derfor ikke fritt til å utelukke visse kategorier av personer. Utelatelse måtte anses utillatelig, med mindre

«arten af det omhandlede ansættelsesforhold *adskiller sig væsentligt* fra det ansættelsesforhold, som forbinder ansatte, der i henhold til *national ret* henhører under kategorien arbejdstagere, med deres arbejdsgivere» (avsnitt 42, kursivert her).¹⁶³

Dommen oppstilte med dette et fellesskapsrettslig krav til avgrensningen av arbeidstakerbegrepet i nasjonal rett. Bare arbeidsforhold som skiller seg *vesentlig* fra arbeidstakerforhold etter nasjonal rett, kan holdes utenfor med virkning for anvendelse av EU-rettslig minimumsvern. Domstolen la visse føringer for den sammenlignende vurderingen. Den måtte ta utgangspunkt i hvordan utnevning og avsettelse foregår, og hvordan arbeid er organisert (avsnitt 45). Det er imidlertid klart at sammenligningsgrunnlaget er det nasjonale arbeidstakerbegrepet, jf. «national ret».

Selv om avgjørelsen er knyttet til deltidsdirektivet, tilsier begrunnelsen – respekten for direktivets effektive virkning – at kravet gjelder generelt for arbeidsrettslige minimumsdirektiver som definerer arbeidstakerbegrepet med henvisning til nasjonal rett.¹⁶⁴ For øvrig er det verd å merke at statenes frihet til å definere begrepet i *O'Brien* er betegnet som en «skønnsbeføyelse» (avsnitt 34). Det indikerer at arbeidstakerbegrepet bare er overlatt til medlemsstatene i den utstrekning det er klart fastsatt. Det er nettopp det som tydeliggjøres i den andre avgjørelsen, *Balkaya* fra 2015.¹⁶⁵

Balkaya reiste spørsmål om hvem som skal inkluderes som «arbejdstagere» ved beregningen av tersklene etter masseoppsigelsesdirektivet, som ikke har noen definisjon. Domstolen viste til direktivets (delvis) harmoniserende formål og la simpelthen til grunn at begrepet «dermed» var fellesskapsrettslig (avsnitt 33). Alternativet ville åpne for at medlemsstatene kunne endre direktivets anvendelsesområde og «berøve dets fulde virkning». Gjennom en serie avgjørelser – fra *Confédération générale du travail*, via *Association de méditation sociale* til *Balkaya* – har formålet om delvis harmonisering altså dannet grunnlag for at arbeidstakerbegrepet i masseoppsigelsesdirektivet nå er klart fellesskapsrettslig.

Begrunnelsen er prinsipiell og synes å implisere at arbeidstakerbegrepet *i utgangspunktet* er fellesskapsrettslig på hele området for arbeidsrettslig minimumsvern. Det er et klart brudd med *Danmols*, der domstolen la til grunn at formålet om delvis harmonisering tilsa at begrepet overlates til medlemsstatene. Betydningen av *Balkaya* er likevel noe usikker, ettersom den ikke

¹⁶³ Her er det en viss uoverensstemmelse i språkversjonene (avsnitt 36). Mens den danske og franske versjonen tyder på utelukkelse ikke skal kunne skje vilkårlig («vilkårlig»/«arbitraire»), sier den engelske mer generelt at adgangen til utelukkelse ikke er fri («at will»). Dette har likevel mindre betydning idet retten selv oppstiller en vurderingsnorm (avsnitt 42).

¹⁶⁴ Kristiansen 2016 s. 397.

¹⁶⁵ Dom 9. juli 2015 i sak C-229/14 *Balkaya*, EU:C:2015:455.

vurderer betydningen av en uttrykkelig henvisning til nasjonal rett, som er normalløsningen. Men domstolens nye syn på formålet river samtidig grunnen under slike henvisninger. I virksomhetsoverdragelsesdirektivet er henvisningen som kjent en kodifisering av rettsoppfatningen i *Danmols*, som tydelig er forlatt ved *Balkaya*.

Den tredje og seneste avgjørelsen, *Ruhrlandsklinik* fra 2016, videreutvikler positive fellesskapsrettslige krav der arbeidstakerbegrepet er definert med henvisning til nasjonal rett.¹⁶⁶ Avgjørelsen slår ikke fast at begrepet «er» fellesskapsrettslig, men bereder likevel grunnen for akkurat det.

Saken gjaldt avtalen mellom et sykehus og en sykepleierforening som forpliktet foreningen til å stille pleiepersonell til sykehusets rådighet mot en godtgjørelse. Foreningen var drevet på ideell basis. Personellet var ikke arbeidstakere etter tysk rett fordi de ikke var forbundet med foreningen ved en privatrettslig avtale, men ved medlemskap. Spørsmålet var om vikarbyrådirektivet kom til anvendelse i en slik situasjon.

Direktivet gjelder «arbejdstagere, som har indgået en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold med et vikarbureau og udsendes til brugervirksomheder for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under disses tilsyn og ledelse», jf. art. 1 nr. 1. Selve arbeidstakerdefinisjonen viser til nasjonal rett, og det er fastsatt at direktivet ikke berører nasjonal lovgivning for så vidt angår definisjonen av arbeidstaker, jf. art. 3 nr. 1 bokstav a og nr. 2. Videre er «vikaransatt» særskilt definert, som «en arbejdstager, som har indgået en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold med et vikarbureau med det formål at blive udsendt til en brugervirksomhed for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under dennes tilsyn og ledelse», jf. art. 3 nr. 1 bokstav c.

Domstolen konkluderte med at en person ikke kan utelukkes fra vernet etter vikarbyrådirektivet selv om vedkommende ikke er arbeidstaker etter nasjonal rett på grunn av manglende avtalegrunnlag. Resonnementet og begrunnelsen for dette er imidlertid ikke umiddelbart klar.

Domstolen påpekte først at henvisningen til nasjonal rett innebærer at alle som er arbeidstakere etter nasjonal rett, skal omfattes (avsnitt 25–26). Domstolen viste så til det fellesskapsrettslige begrepet i *Danosa* og definisjonen av «vikaransatt», som omfatter «arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold» (avsnitt 27–28, kursivert her). Av det sluttet domstolen at en nasjonal avgrensning mot arbeidsforhold uten avtalegrunnlag ikke kunne være avgjørende (avsnitt 29). Domstolen slo deretter fast at henvisningen til nasjonal rett ikke kunne få betydning (avsnitt 30), og utdypet:

«31. Som generaladvokaten har anført i punkt 29 i forslaget til afgørelse, betyder denne bestemmelse nemlig udelukkende, at EU-lovgiver har haft til hensigt at bevare medlemsstaternes beføjelse til at fastlægge, hvilke personer der hører ind under begrepet 'arbejdstager' som omhandlet i national ret, og som skal være genstand for beskyttelse inden for deres interne retsorden, et aspekt som direktiv 2008/104 ikke har til formål å harmonisere.

¹⁶⁶ Dom 17. november 2016 i sak C-216/15 *Ruhrlandsklinik*, EU:C:2016:883.

32. Derimod kan den nævnte bestemmelse *ikke fortolkes som en afståelse fra EU-lovgivers side fra selv at fastlægge rækkevidden af dette begreb* som omhandlet i direktiv 2008/104 og således direktivets personelle anvendelsesområde. Således som det følger af denne doms præmis 25 og 26, har EU-lovgiver nemlig *ikke overladt til medlemsstaterne ensidigt at definere det nevnte begreb, men har selv præcisert rammerne herfor* i direktivet artikel 3, stk. 1, litra a, ligesom EU-lovgiver i øvrigt har gjort det for så vidt angår definitionen af 'vikaransat' i nævnte direktiv artikel 3, stk. 1, litra c)» (kursivert her).

Domstolen fremhevet også hensynet til effektivt minimumsvern:

«En begrænsning af begrebet 'arbejdstager' som omhandlet i direktivet 2008/104 til personer, der falder ind under dette begreb i henhold til national ret, særligt til dem, der via en arbejdsaftale er forbundet med et vikarbureau, ville imidlertid kunne bringe virkeliggørelsen af disse mål i fare og følgelig bringe direktivets effektive virkning i fare ved på en urimelig og ubegrundet måde at indskrænke dettes anvendelsesområde» (avsnitt 36).

Det kan fremstå som et helt avgjørende premiss at direktivets definisjon av «vikaransatt» uttrykkelig omfatter mer enn arbeidsavtaler. I lys av generaladvokatens uttalelse synes det imidlertid også klart at avgjørelsen videreutvikler det positive kravet i *O'Brien*.¹⁶⁷

Generaladvokaten viste til kravet der, om at bare arbeidsforhold som skiller seg vesentlig fra arbeidstakerforhold etter nasjonal rett, kan holdes utenfor.¹⁶⁸ Generaladvokaten utviklet det samtidig videre, ved å benytte det fellesskapsrettslige begrepet som sammenligningsgrunnlag. Begrepsinnholdet på området for fri bevegelse og arbeidsmiljø ble referert allerede innledningsvis, og saksforholdet ble holdt opp mot dette (avsnitt 25–26). At mangelen på avtale ikke skulle ha betydning, ble slått fast «henset til EU-retten», ikke ut fra tysk rett, og heller ikke kun ut fra direktivets regulering av «vikaransatt» (avsnitt 27). Også i dommen gir det fellesskapsrettslige begrepet, *sammen med* definisjonen av «vikaransatt», grunnlag for konklusjonen om at den nasjonale avgrensningen ikke kan legges til grunn (avsnitt 27–29).

Denne tolkningen står tilsynelatende i klar motstrid til ordlydens henvisning til nasjonal rett. Domstolen løste det ved å anlegge en nærmest omvendt tolkning: I stedet for å indikere en frihet for statene til å definere begrepet, skulle henvisningen forstås som en ramme (avsnitt 32, kursivert i sitatet ovenfor). Også dette kan sees som en videreutvikling av tidligere praksis. Som sitatet viser, begrunnes tolkningen ved henvisning til avsnitt 25 og 26. I avsnitt 25 er det understreket at en slik henvisning innebærer at alle som *er* arbeidstakere etter nasjonal rett, *skal* omfattes. Dette er det negative kravet fra tidligere praksis.

Det er usikkerhet knyttet til forståelsen av *Ruhrlandsklinik* og dens betydning. Uansett er det klart at den seneste utviklingen i rettspraksis innebærer en betydelig innskrenkning i statenes frihet til å avgrense anvendelsesområdet for EU-rettslig minimumsvern ved hjelp av det nasjonalrettslige arbeidstakerbegrepet. Selv der begrepet er definert med henvisning til nasjonal rett, begrunner hensynet til effektivt minimumsvern både negative og positive krav til

¹⁶⁷ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat H. Saugmandsgaard Øe 6. juli 2016, EU:C:2016:518.

¹⁶⁸ Det er vist til *O'Brien* innledningsvis i generaladvokatens uttalelse (avsnitt 25), og det positive kravet er nærmere diskutert (avsnitt 34 flg.).

avgrensningen. Det fellesskapsrettslige begrepet på andre områder er benyttet som referanseramme for vurdering av nasjonale avgrensninger. Dersom begrepet får fungere som en slik referanseramme videre, innebærer det i realiteten et fellesskapsrettslig arbeidstakerbegrep på hele det arbeidsrettslige området.

3.2.4 Nærmere om innholdet i det fellesskapsrettslige arbeidstakerbegrepet

På arbeidsmiljøområdet er innholdet i det fellesskapsrettslige begrepet fastlagt ut fra begrepsinnholdet på området for fri bevegelse (og likelønn). Både *Union syndicale Solidaires Isère* og *Danosa* tar uttrykkelig utgangspunkt i analogier fra *Lawrie-Blum* og *Allonby*, og *Fennoll* bygger videre på dette.¹⁶⁹ Det har så lagt en basis for de positive kravene til anvendelsesområdet i øvrig arbeidsrettslig minimumsvern.¹⁷⁰ Også i de konkrete grensedragningene trekkes praksis om begrepsforståelsen etter andre regelsett inn. Forestillingen om et enhetlig begrep øver derved betydelig – og økende – innflytelse i EU-retten.

Begrepsinnholdet i arbeidsrettslig sammenheng fastlegges altså ut fra retningslinjer utviklet i reglene om fri bevegelse, både når det gjelder forståelsen av underordningsforholdet, prinsippet om at realitetene er avgjørende og når det gjelder kravet til økonomisk aktivitet.

En vid forståelse av underordningsforholdet kommer til uttrykk i *Danosa* og *Balkaya*. *Danosa* gjaldt en gravid kvinne som ble fjernet fra posisjonen som enestyre og leder av et selskap uten nærmere begrunnelse, noe nasjonale regler åpnet for. Domstolen fant imidlertid at kvinnen «umiddelbart» oppfylte betingelsene for å være arbeidstaker, og viste særlig til at hun arbeidet mot vederlag som en integrert del av selskapet, under tilsyn av et annet selskapsorgan, og på ethvert tidspunkt kunne fjernes fra sin posisjon (avsnitt 51). At hun selv hadde et ansvar for å fastsette de reglene hun opererte under og rådet over et skjønn i utøvelsen av sine funksjoner, og var ikke avgjørende (avsnitt 43 og 49).

Et av spørsmålene i *Balkaya* var om en direktør i selskapets styre var arbeidstaker etter masseoppsigelsesdirektivet. Etter tysk rett er en slik direktør et selskapsorgan, og avtalen om rettigheter og plikter overfor selskapet er ikke en arbeidsavtale, men en «ledelseskontrakt» (avsnitt 26).¹⁷¹ Domstolen bekreftet retningslinjene fra *Danosa* og fant at en direktør som arbeider mot vederlag i bedriften under tilsyn av et annet selskapsorgan, og kan fjernes fra sin posisjon mot sin vilje, står i et underordningsforhold til selskapet (avsnitt 41). At stillingen gir større selvstendighet enn det som kreves for arbeidstakerstatus i nasjonal rett, var derfor ikke avgjørende. Formålet med de aktuelle reglene ga støtte for en vid forståelse: En direktør, særlig

¹⁶⁹ Sak C-428/09 *Union syndicale Solidaires Isère* (avsnitt 27, 28 og 30), sak C-232/09 *Danosa* (avsnitt 39) og sak C-316/13 *Fennoll* (avsnitt 25 og 27, ved henvisning til *Union syndicale Solidaires Isère*).

¹⁷⁰ Også her tar avgjørelsene utgangspunkt i retningslinjene fra reglene om fri bevegelse, men noe mer indirekte, bla. ved å vise til *Danosa*, se sak C-229/14 *Balkaya* (særlig avsnitt 34 og 50) og sak C-216/15 *Ruhrlandsklinik* (avsnitt 27).

¹⁷¹ Avtalen til en slik *Geschäftsführer* er betegnet som en «*Geschäftsführer-Austellungsvertrag*».

i et mindre eller mellomstort selskap, er ikke nødvendigvis i en annen situasjon enn selskapets ordinært ansatte når det gjelder behovet for å avbøte konsekvensene av oppsigelser (avsnitt 46).

Prinsippet om at realitetene er avgjørende, er tatt til inntekt for at man *ikke* kan avgrense mot arbeid utført på annet grunnlag enn avtale. I *Ruhrlandsklinik* understreket generaladvokaten at en nasjonal avgrensning må ha en «objektiv begrunnelse», og viste til kravet i *O'Brien* (avsnitt 34–36). Det ble særskilt poengtert at rettsforholdets *form* ikke kunne gi en objektiv begrunnelse, forskjellene måtte være innholdsmessige (avsnitt 38).¹⁷²

Den lave terskelen for økonomisk aktivitet etter reglene om fri bevegelighet er videreført og muligens senket ytterligere. *Fenoll* belyser alle sidene ved kravet. Saken gjaldt spørsmålet om rett til ferie for en person tilknyttet et aktivitetssenter for funksjonshemmede, som ikke var omfattet av fransk arbeidsrettslovgivning. Virksomheten ble ansett å ha et økonomisk formål på tross av at medisinsk-sosial støtte stod sentralt. Den organisatoriske rammen gjorde at arbeidsoppgaver utført av «en svært handicappet person» kunne ha en viss økonomisk nytteverdi (avsnitt 32). Det synes å legge terskelen lavere enn etter tidligere praksis.¹⁷³ Kravet om arbeid mot vederlag var oppfylt, selv om ytelsen lå vesentlig lavere enn fransk minstelønn. I tråd med praksis om fri bevegelighet skulle nemlig verken lav produktivitet, lønnens størrelse eller hvordan lønnsmidlene var skaffet, være avgjørende (avsnitt 33–34). Dessuten gjorde «selve konseptet» ved aktivitetssenteret at arbeidet ikke ble ansett som et rent marginalt supplement (avsnitt 39). Kravet om vederlag for arbeidet ble også berørt i *Balkaya*. En praktikant som utførte praktisk arbeid i bedriften og mottok en offentlig ytelse, men ikke vederlag fra arbeidsgiveren, var ikke arbeidstaker etter nasjonal rett, men falt inn under begrepet i masseoppsigelsesdirektivet. Domstolen bygget på praksis om fri bevegelighet, der praktikanter og personer i læretid er ansett som arbeidstakere (avsnitt 50–51).

Alle de sentrale elementene i det fellesskapsrettslige begrepet – både underordningsforholdet, prinsippet om at realitetene er avgjørende og kravet til økonomisk aktivitet – tolkes altså vidt og leder til at begrepet strekker seg ut over etablerte avgrensninger i nasjonal arbeidsrett. Situasjonen er dermed at de markedsmessige hensynene som begrunnet et vidt arbeidstakerbegrep for å sikre fri bevegelighet, nå er gitt en ytterligere og litt annen funksjon: De bidrar til å begrunne strengere krav til anvendelsesområdet for arbeidsrettslig minimumsvern enn etter nasjonal tradisjon.

Selv om begrepsforståelsen bygger på reglene om fri bevegelighet, er det enkelte tegn til at formålet med de aktuelle arbeidsrettslige reglene påvirker grensdragningene. I *Danosa* og *Balkaya*, som gjaldt stillingsvernsregler, ble det lagt vekt på hvorvidt man kunne fjernes fra

¹⁷² Sak C-393/10 *O'Brien* gir et annet eksempel på at en avgrensning mot arbeid på annet grunnlag enn avtale ikke ble akseptert. Som forklart ovenfor er det mangelen på privatrettslig avtalegrunnlag som begrunner at dommere etter britisk tradisjon ikke regnes som (regulære) arbeidstakere.

¹⁷³ Sak 344/87 *Bettray* gjaldt arbeid i en rehabiliteringsinstitusjon for rusmisbrukere. Arbeidet ble ikke ansett som en utgjøre en reell og faktisk økonomisk aktivitet, idet virksomheten kun hadde til formål å bedre brukernes arbeidsevne, se punkt 3.1.2.

posisjonen mot eget ønske.¹⁷⁴ I *Fenoll*, som gjaldt feriefritid, ble det poengtert at vedkommende hadde arbeidet i virksomheten over lengre tid.

O'Brien viser dessuten at verneformålet kan begrunne et *videre* arbeidstakerbegrep enn i reglene om fri bevegelse. Disse er uttrykkelig avgrenset mot «ansættelser i den offentlige administration», jf. TEUF art. 45 nr. 4. Markedsmessige hensyn har med andre ord ikke begrunnet EU-rettslige krav til slike arbeidsforhold. Avgrensningen er imidlertid ikke til hinder for arbeidstakerstatus etter deltidsdirektivet. Domstolen pekte på at formålet om å verne deltidsansatte mot forskjellsbehandling ikke berører nasjonal identitet, og ikke omhandler fri bevegelse (avsnitt 49–50).

Forestillingen om enhetlig begrepsforståelse har med dette fått en dominerende plass. Formålet med arbeidsrettslige regler har imidlertid en viss selvstendig betydning og kan begrunne særlige grensedragninger i enkelte tilfeller.

4 Implikasjoner av utviklingen

4.1 Ytterligere relativisering

I nyere norsk rettspraksis har formålsorienteringen gitt et arbeidstakerbegrep med tydeligere forgreninger, mens betoning av formålet i nyere praksis fra EU-domstolen har derimot bidratt til et mer enhetlig begrep i fellesskapsretten. Paradoksalt nok kan det lede til ytterligere relativisering i nasjonal rett: Et fellesskapsrettslig arbeidstakerbegrep kan påvirke begrepsforståelsen i arbeidsrettslige regler med en EU/EØS-rettslig basis, men har i utgangspunktet ikke relevans for de øvrige.

Spørsmålet i det følgende er hvilken betydning utviklingen i EU-retten har for det nasjonale arbeidstakerbegrepet og anvendelsesområdet for arbeidsrettslige verneregler.

Flere typer av påvirkning kan tenkes. Et spørsmål er om fellesskapsretten krever *utvidelser* av arbeidsrettslige verneregler på nasjonalt plan (punkt 4.2). En «mykere» påvirkning kan videre være aktuell, et spørsmål er om det fellesskapsrettslige begrepet kan gi *veiledning* for grensedragninger som etter norsk rett er usikre (punkt 4.3). Dessuten kan det reises spørsmål om det fellesskapsrettslige begrepet innebærer begrensninger i form av en *ytre ramme* for rekkevidden av arbeidsrettslig vern (punkt 4.4).

4.2 Utvidet anvendelsesområde for arbeidsrettslig vern?

Selv om det norske arbeidstakerbegrepet tolkes vidt, og formålsorienteringen setter vernebehovet i fokus, kan et fellesskapsrettslig begrep begrunne utvidelser av vernets anvendelsesområde.

¹⁷⁴ Sakene gjaldt henholdsvis svangerskapsdirektivets vern mot oppsigelse på grunn av graviditet og masseoppsigelsesdirektivet regler om informasjon og drøftelse ved masseoppsigelser.

Forutsetningen om en avtalemessig basis representerer nemlig en klar utfordring. Dette er et sentralt element i det norske begrepet, mens EU-domstolen har avvist at det inngår i det fellesskapsrettslige. Utvidelsene som lar en rekke verneregler gjelde for bestemte persongrupper som arbeider på annet grunnlag, er neppe tilstrekkelig til å tilfredsstillere EU/EØS-rettslige krav. For det første er ikke alle relevante EU-rettslige verneregler omfattet av utvidelsene. Blant annet er reglene om «skriftlig arbeidsavtale» ikke omfattet, og arbeidstidsreglene er bare gitt anvendelse for enkelte av gruppene. For det andre omfatter utvidelsene bare visse typer arbeid på annet grunnlag. De vil derfor for eksempel ikke ivareta kravet etter *Ruhrlandsklinik*, om at verneregler for innleide arbeidstakere skal komme til anvendelse på arbeid med grunnlag i foreningsmedlemskap.

Forståelsen av underordningsforholdet skaper enkelte utfordringer, men ikke når det gjelder betydning av en eierposisjon. Her bygger EU-retten og norsk rett på samme utgangspunkt: En eiereier vil normalt ikke være i underordningsforhold, mens eierandeler i seg selv ikke hindrer arbeidstakerstatus.¹⁷⁵ Vurderingene i *Balkaya* og *Danosa* tyder på at grensedragningen trekkes på lignende måte som i norsk rett: med henblikk på om eierposisjonen medfører styring med selskapet, og behovet for den aktuelle verneregel.

EU-domstolens vide forståelse av underordningsforholdet, som blant annet inkluderer ledere på øverste nivå, kan virke uproblematisk ettersom slike er omfattet av det norske arbeidstakerbegrepet. Arbeidsmiljølovens unntaksregler for personer i ledende stilling skaper likevel en viss friksjon. Arbeidstidsdirektivet synes å gi rom for å unnta personer i ledende og særlig selvstendig stilling fra store deler av reglene.¹⁷⁶ Men det kan reises spørsmål om aml. § 15-16 må tolkes innskrenkende i lys av masseoppsigelsesdirektivet. Bestemmelsen åpner for at øverste leder fraskriver seg stillingsvernet etter aml. kap. 15 ved avtale, blant annet aml. § 15-2 om informasjon og drøftelse ved masseoppsigelser. Siden *Balkaya* slår fast at lederen skal regnes med, blir spørsmålet om direktivet eventuelt skal tolkes med forbehold for at arbeidstakeren har et materielt stillingsvern etter nasjonal rett. Ellers må lederen omfattes av prosedyrene på tross av avtalen.

Videre kan det reises spørsmål om avgrensningen i *Beredskapshjem* er forenelig med det fellesskapsrettslige begrepet. Et underordningsforhold syntes som nevnt å foreligge, og avgrensning ut fra «arbeidets karakter» har ingen klar parallell i EU-retten. Kravet om økonomisk aktivitet kan neppe begrunne avgrensningen. Arbeidet var mot vederlag og opplagt ikke av marginal økonomisk betydning, og ordningen ville antakelig oppfylle de (lave) kravene til økonomisk formål. Utgangspunktet synes tvert imot å være at det fellesskapsrettslige begrepet omfatter arbeid av familiemessig karakter, der kjerneoppgaven er å tilby et hjem. *SOS-Lapsikylä ry* gjaldt spørsmålet om arbeid utført av avløserer for ansatte «foreldre» i en SOS-

¹⁷⁵ Se sak C-107/94 *Asscher* (om fri bevegelighet) og sak C-229/14 *Balkaya* (avsnitt 40).

¹⁷⁶ Aml § 10-12 første og annet ledd, jf. arbeidstidsdirektivet art. 17 nr. 1 bokstav a.

barneby falt inn under arbeidstidsdirektivet.¹⁷⁷ Domstolen forutsatte at avløserne var arbeidstakere, og fant at direktivet ikke åpnet for å gjøre unntak. Unntaksadgangen for «arbejdende familiemedlemmer» i art. 17 nr. 1 b var «udelukkende» rettet mot arbeid der det består et familiemessig arbeidsforhold mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren (avsnitt 47). Det ble særskilt poengtert at likheten med det oppdragelses- og følelsesmessige forholdet mellom barn og foreldre ikke begrunnet unntak (avsnitt 48).

Utviklingen i EU-retten gir altså grunn til å sette spørsmålstegn ved avgrensning av arbeidstakerbegrepet både i *Ordfører* (mot arbeid på annet grunnlag enn avtale) og *Beredskapshjem* (ut fra arbeidets karakter). Dette er de to tilfellene i nyere rettspraksis der en person *ikke* ble ansett som arbeidstaker. Selv om et fellesskapsrettslig begrep nok bare vil begrunne utvidelser i visse særskilte tilfeller, gir det grunn til ettertanke.

4.3 Veiledning for usikre grensedragninger?

Det fellesskapsrettslige begrepet kan tenkes å gi veiledning der grensedragningen i norsk rett er usikker. En slik påvirkning er ikke betinget av at de aktuelle vernereglene har en EU/EØS-rettslig basis. Som påpekt i punkt 2.2.5 etterlater nyere norsk rettspraksis særlig en usikkerhet når det gjelder vurderingen av «friere» tilknytningsformer, der arbeidspersonen har betydelig frihet med hensyn til når man arbeider og hvilke oppgaver man påtar seg.

Det fellesskapsrettslige begrepet åpner for at løse tilknytningsformer kan være arbeidstakerforhold. En person som arbeider på tilkallingsbasis kan være arbeidstaker i fellesskapsrettslig forstand, og plikt til å akseptere det arbeidet man tilbys, er ikke en nødvendig betingelse.¹⁷⁸ Det er heller ikke avgjørende om avtalen garanterer en minimumslønn eller gir krav på et gitt antall timer.¹⁷⁹ At flere direktiver gir nærmere regler om adgangen til å unnta visse typer «løse» eller «frie» arbeidsforhold, indikerer også at selve begrepet favner vidt. Unntaksadgangen i arbeidstidsdirektivet art. 17 nr. 1 er blant annet knyttet til at arbeidstakeren selv kan fastsette sin arbeidstid.¹⁸⁰ Verken frihet til å bestemme sin egen arbeidstid eller en rett til å avslå tilbudt arbeid skulle derfor prinsipielt sett utelukke arbeidstakerstatus.

På den annen side har EU-domstolen åpnet for at en «løs» eller «fri» tilknytningsform gis betydning. Kravet om at arbeidet ikke har rent marginal betydning dreier seg i utgangspunktet om hvorvidt arbeidet har så lite omfang at det ikke utgjør en reell og faktisk økonomisk aktivitet.¹⁸¹ *Union syndicale Solidaires Isère* illustrerer at grensen settes lavt i arbeidsrettslig

¹⁷⁷ Dom 26. juli 2017 i sak C-175/16 *SOS-Lapsikylä ry*, EU:C:2017:617.

¹⁷⁸ Se fra reglene om fri bevegelse sak C-357/89 *Raulin* (avsnitt 9–11) og fra arbeidsrettslig sammenheng sak C-313/02 *Wippel* (særlig avsnitt 19, 35 og 40).

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Se også bla. virksomhetsoverdragelsesdirektivet art. 2 nr. 2, om at statene ikke kan utelukke arbeidstakere alene på grunn av antallet arbeidstimer, og direktivet om skriftlig informasjon om arbeidsavtalen art. 1 nr. 2, om unntaksadgang der arbeidsavtalen eller ansettelsesforholdet har kort varighet, lite omfang eller – på visse vilkår – gjelder «lejlighedsvist arbejde og/eller arbejde af særlig karakter».

¹⁸¹ Se punkt 3.1.2, og særlig sak 53/91 *Levin* (avsnitt 17).

sammenheng. Domstolen fant her at «løsarbejdere og sæsongarbejdere» som arbeidet inntil 80 dager i året, falt inn under arbeidstakerbegrepet.¹⁸² Domstolen har imidlertid *også* lagt til grunn at det kan tas hensyn om arbeidet er uregelmessig, og hvorvidt vedkommende står til rådighet for å arbeide på anmodning.¹⁸³ Det er ikke umiddelbart klart hvordan og hvorfor dette kaster lys over den «nedre» grensen for økonomisk aktivitet. Å stå til rådighet og regelmessighet i arbeidet for en annen synes heller å dreie seg om underordningsforholdet og grensedragningen mot selvstendig arbeid. Uttalelsene kan derfor indikere at EU-domstolen helst overlater spørsmålet om anvendelse av verneregler i «frie» eller helt «løse» tilknytningsformer til nasjonal rett. Inntrykket forsterkes av at flere direktiver åpner for at statene unntar slike arbeidsforhold.

Hittil bidrar det fellesskapsrettslige begrepet derfor i liten grad til klargjøring av når personer med frihet til å velge arbeidstid og arbeidsoppgaver er arbeidstakere. EU-retten kan likevel bli mer betydningsfull fremover. Som ledd i arbeidet med en med en europeisk «søyle» for sosiale rettigheter skal EU-kommisjonen undersøke mulighetene for sosiale rettigheter for flere, blant annet selvstendige oppdragstakere og personer som får enkeltoppdrag via til digitale plattformer («gig-workers»)¹⁸⁴ Et viktig, konkret initiativ er Kommisjonens forslag om å erstatte direktivet om skriftlig informasjon om arbeidsvilkårene med et nytt direktiv om gjennomsiktlige og forutsigbare arbeidsvilkår.¹⁸⁵ Bakgrunnen er den ustabilitet og uforutsigbarhet som er skapt av veksten i atypiske og «løse» ansettelsesformer, kombinert med varierende anvendelsesområde for verneregler i ulike medlemsstater. Forslaget innebærer derfor både nye minimumsrettigheter og et videre anvendelsesområde. Et sentralt grep er å knytte anvendelsesområdet direkte til det fellesskapsrettslige arbeidstakerbegrepet. Direktivet skal gjelde for «alle arbeidstager i Unionen», og «arbeidstager» er definert som «en fysisk person, der i en vis periode presterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger».¹⁸⁶ Det er ennå usikkert hva resultatet av forslaget vil bli. Initiativet viser uansett at EU-retten kan bli en drivkraft for verneregler i slike tilknytningsformer.

¹⁸² Vernet i arbeidstidsdirektivet kom derfor til anvendelse på tross av at fransk rett gjorde unntak for kontrakter om visse typer pedagogisk arbeid på inntil 80 dager i året.

¹⁸³ I sak C-357/89 *Raulin* er det uttalt at nasjonal rett kan ta hensyn til om arbeidet «utført i medfør af en kontrakt om løsarbejde, er uregelmæssigt og af begrænset varighed», og at nasjonal rett «alt efter omstændighedernes også kan tage hensyn til, at den pågældende skal stå til rådighed for at kunne arbejde, såfremt arbejdsgiveren fremsætter anmodning herom» (avsnitt 14).

¹⁸⁴ Kommisjonens rekommandasjon 26. april 2017 C(2017) 2600 final.

¹⁸⁵ Se nærmere om forslaget i COM(2017) 797 final. Kommisjonen har også avgitt en tolkningsuttalelse om arbeidstidsdirektivet som blant annet gir veiledning for det personelle anvendelsesområdet, se Kommisjonens meddelelse 2017/C 165/01.

¹⁸⁶ Direktivforslaget art. 1 nr. 2 og art. 2 nr. 1 a. Også «arbeidsgiver» og «ansættelsesforhold» foreslås uttrykkelig definert uten henvisning til nasjonal rett, se art. 2 nr. 1 b og c.

4.4 En ytre ramme for arbeidsrettslig vern?

Et fellesskapsrettslig arbeidstakerbegrep kan sette begrensninger for nasjonal rett i form av en *ytre ramme* for rekkevidden av arbeidsrettslig vern. Det kan både være til hinder for ekspansive tolkninger av det nasjonalrettslige begrepet og for regler som utvider arbeidsrettslig vern til å gjelde for personer som *ikke* er arbeidstakere i fellesskapsrettslig forstand. I Norge er spørsmålet om utvidelser av arbeidsrettslig vern nylig reist med tanke på selvstendige oppdragstakere som får oppdrag via digitale formidlingsplattformer.¹⁸⁷

I EU/EØS-rettslige konkurranseregler har arbeidstakerbegrepet allerede en begrensende funksjon for adgangen til vern gjennom kollektiv avtaleregulering. Tariffavtaler har iboende konkurransebegrensende egenskaper, særlig fordi de utligner virksomheters arbeidskraftkostnader.¹⁸⁸ Det er imidlertid anerkjent at EU/EØS-rettens forbud mot konkurransebegrensende avtaler rommer et «tariffunntak», noe annet ville hindre de sosialpolitiske målene med slike avtaler.¹⁸⁹ Anvendelse av unntaket beror på avtalens karakter og formål.¹⁹⁰ Avtalebestemmelsen må utspringe av dialogen på arbeidsmarkedet og ha form av en kollektiv overenskomst mellom organisasjoner for arbeidsgivere og arbeidstakere. Videre må bestemmelsen ha til formål å bedre arbeidstakeres ansettelses- og arbeidsvilkår, og ved denne vurderingen sees det hen til hvorvidt den bidrar direkte til slike forbedringer.¹⁹¹

En nyere avgjørelse fra EU-domstolen belyser arbeidstakerbegrepets betydning for tariffunntaket. *FNV Kunsten Informatie en Media* reiste spørsmål om unntaket omfattet en avtale mellom arbeidstakerorganisasjoner for musikere og en arbeidsgiverforening med minimumshonorarer for vikarer for orkestermusikere, både ansatte vikarer og vikarer på oppdragskontrakt.¹⁹²

EU-domstolen la til grunn at en fagforening, når den forhandler på vegne av medlemmer som er selvstendige tjenesteytere, ikke opptrer som en *arbeidstakerorganisasjon*, men som en sammenslutning av virksomheter (avsnitt 28). Avtalen kunne imidlertid betraktes som resultat av dialog mellom arbeidsmarkedspartene dersom oppdragstakerne i realiteten er «falske selvstendige», det vil si «tjenesteydere, der befinner sig i en med arbeidstagerne

¹⁸⁷ Delingsøkonomiutvalgets flertall har foreslått at visse selvstendige tjenestetilbydere bør få mulighet til å fremforhandle kollektive avtaler om bla. vederlag med plattformdrivere, se NOU 2017: 4 *Delingsøkonomien – muligheter og utfordringer* s. 79.

¹⁸⁸ Se bla. sak C-67/96 *Albany*, EU:C:1999:430, (avsnitt 59) og HR-2016-2554 *Holship* (avsnitt 146). Nærmere om ulike konkurransebegrensende virkninger av tariffavtaler, se Erling Hjelmeng, «The Concept of an ‘Undertaking’ – On the Borderline between Labour Law and Competition Law», i Bernard Johann Mulder mfl. (red.), *Sui Generis. Festskrift til Stein Evju*, Oslo 2016 s. 316–326 på s. 320 [Hjelmeng 2016].

¹⁸⁹ Forbudet fremgår av TEUF art. 101 og EØS-avtalen ar. 53. Se om tariffunntaket i sak C-67/96 *Albany* (særlig avsnitt 59 og 60).

¹⁹⁰ Til det følgende, se sak C-67/96 *Albany* (særlig avsnitt 60–64).

¹⁹¹ Se også EFTA-domstolens dom i sak E-14/15, der det legges til grunn at avtalen «må forfølge målet om å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår» (avsnitt 42), og understrekes at «virkningen av avtalens bestemmelser i praksis» har betydning (avsnitt 45).

¹⁹² Dom 4. desember 2014 i sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media*, EU:C:2014:2411.

sammenlignelig situation» (avsnitt 31). Ved den nærmere vurderingen bygget domstolen både på det konkurranserettslige virksomhetsbegrepet og det fellesskapsrettslige arbeidstakerbegrepet, særlig prinsippet om at realitetene er avgjørende:

«... status som 'arbejdstager' i EU-retlig forstand ikke kan påvirkes af det forhold, at en person, der af økonomiske, administrative eller bureaukratiske grunde er ansat som selvstændig tjenesteyder i henhold til national ret, for så vidt som denne person handler efter arbejdsgiverens anvisninger, bl.a. hvad angår personens frihed til at vælge arbejdstid, -sted og -indhold (...), ikke bærer den kommercielle risiko for denne arbejdsgiver (...) og er en integrerende del af den nævnte arbejdsgivers virksomhed, så længe ansættelsesforholdet varer, ved, at der dannes en økonomisk enhed.» (avsnitt 36)

EU-domstolen understreket at minimumshonorar bidro direkte til forbedring av arbeidsvilkårene. Gitt at vikarene var «falske» selvstendige og i en «sammenlignelig» situasjon som arbeidstakere, ville derfor den kollektive bestemmelsen etter sin karakter og formål falle inn under tariffunntaket (avsnitt 41). Det var imidlertid nasjonal domstol som – ut fra retningslinjene ovenfor – måtte ta stilling til om vikarene var reelt eller «falske» selvstendige. Det er liten grunn til å tro at «falske» selvstendige innebærer en begrensning sammenlignet med arbeidstakerbegrepet etter norsk rett. Spørsmålet om begrensning er mer aktuelt for svensk retts del, der lovgivningen om kollektive avtaler sidestiller visse oppdragstakere med arbeidstakere.¹⁹³

Det er på det rene at tariffunntaket får tilsvarende anvendelse ved vurderingen av om arbeidskamp (for å oppnå en kollektiv avtaleregulering) faller inn under konkurransereglene.¹⁹⁴ Også denne vurderingen handler derfor om (den ønskede) avtalens karakter og formål, og dermed om koblingen til arbeidstakere og forbedring av deres ansettelses- og arbeidsvilkår.¹⁹⁵

Betydningen av det fellesskapsrettslige begrepet er ikke helt klar. Blant annet er forholdet mellom virksomhetsbegrepet og arbeidstakerbegrepet ikke endelig avklart.¹⁹⁶ Det er heller ikke

¹⁹³ Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet 1 § 2 ledd sidestiller med arbeidstaker «den som utför arbete åt annan och därvid ej är anställd hos denne men har en ställning av väsentligen samma slag som en anställd». Westregård 2017 anser det «inte omöjligt» at slike «jämställda uppdragstagare» er et videre begrep enn «falske» selvstendige, se s. 330–332.

¹⁹⁴ Avgjørelsene i *Holship*-saken, sak E-14/15 *Holship* mot Norsk Transportarbeiderforbund og HR-2016-2554 *Holship*, bygger på at konkurransereglenes anvendelse på arbeidskampiltak (i dette tilfellet boikott) vurderes ut fra om den avtalen man søker å oppnå, faller inn under tariffunntaket.

¹⁹⁵ EFTA-domstolens dom i sak E-14/15 (avsnitt 42 flg.), se også HR-2016-2554 *Holship* (avsnitt 127–129, flertallet og avsnitt 145 flg., mindretallet).

¹⁹⁶ Det er lagt til grunn i sak C-22/98 *Becu*, EU:C:1999:419, at personer som stiller sin arbeidskraft til rådighet for arbeidsgivere er arbeidstakere og ikke virksomheter i konkurranserettslig forstand, med mindre de er organisert som en enhet som tilbyr tjenester i et marked, mens sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* illustrerer at personer som tilbyr tjenester i et marked i visse tilfeller likevel kan være arbeidstakere (og ikke en virksomhet), se Hjelmeng 2016 s. 318–319. Se også Eirik Østerud, «Konkurransereglenes anvendelse på tariffavtaler og boikott som arbeidskampmiddel», *Arbeidsrett*, 2017 s. 1–30 på s. 9–11. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3088-2017-01-01>. Det er dessuten et spørsmål om det kan finnes «falske» arbeidstakere som bør betraktes som virksomheter, se Mary Catherine Lucey, «Should Professionals in Employment Constitute 'Undertakings'? Identifying 'False Employed'», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6 (2015) s. 702–708. DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv068>.

avklart hvor direkte virkninger den kollektive avtalebestemmelsen må ha for arbeidsvilkårene for arbeidstakere.¹⁹⁷ Det kan for eksempel reises spørsmål om kollektive avtaler for andre gruppers vederlag indirekte kan anses å forbedre arbeidstakeres vilkår ved å motvirke «sosial dumping».¹⁹⁸

Avgjørelsen viser uansett at det fellesskapsrettslige arbeidstakerbegrepet er sentralt for tariffunntakets rekkevidde.¹⁹⁹ Begrepet bidrar dermed – via tariffunntaket – til å holde nasjonalt arbeidsrettslig vern, i form av kollektive avtaler (og kampmidler), utenfor konkurransereglens sfære.

Tariffunntaket får imidlertid ikke tilsvarende anvendelse i forholdet til øvrige markedsfriheter. EU-domstolen har uttrykkelig avvist en analogi fra tariffunntaket når det gjelder etableringsfrihet og tjenestefrihet.²⁰⁰ Arbeidskamp kan utgjøre restriksjoner i disse frihetene.²⁰¹ Videre legger frihetene rammer for tolkningen av EU-rettslige verneregler. Det kan innebære at det som fremstår som minimumsvern, også anses å sette ytre rammer for vern av arbeidstakere i nasjonal rett. Utstasjoningsdirektivet er et eksempel dette.²⁰² Arbeidstakerbegrepet bidrar altså ikke til å holde verneregler på nasjonalt plan utenfor disse frihetenes sfære. Også verneregler for personer som *ikke* er arbeidstakere, vil derfor opplagt kunne utgjøre restriksjoner. Spørsmålet er derfor heller hvilken betydning arbeidstakerbegrepet har for om restriksjoner kan legitimeres.

Det er ikke tvilsomt at hensynet til beskyttelse av arbeidstakere kan være et tvingende allment hensyn. Proporsjonalitetsvurderingen er kompleks og skal ikke drøftes nærmere her. Men den synes særlig dreie seg om hvor sterkt hensynet til arbeidstakervern gjør seg gjeldende.²⁰³ Dette utelukker ikke at hensynet til vern av andre grupper kan utgjøre tvingende allmenne hensyn. Som nevnt i punkt 3.1.3 er selvstendige oppdragstakere omfattet av EU/EØS-rettslig vern mot diskriminering. Det bør også ha klar relevans at internasjonale forpliktelser til vern av helse i arbeidslivet omfatter selvstendige oppdragstakere, og EU har selv henstilt til medlemsstatene å

¹⁹⁷ I *FNV Kunsten Informatie en Media* var det reist spørsmål om det var tilstrekkelig til å falle inn under tariffunntaket at avtalebestemmelsens formål *blant annet* var å forbedre arbeidstakeres ansettelses- og arbeidsvilkår, og om det hadde betydning om vilkårene ble forbedret direkte eller indirekte (avsnitt 16). Domstolen tok imidlertid ikke uttrykkelig stilling til dette. I *Holship* la flertallet vekt på at den aktuelle avtalebestemmelsen (fortrinnsrett) kun ga et «nokså indirekte» vern av arbeidstakeres lønns- og arbeidsforhold (avsnitt 103).

¹⁹⁸ Westregård 2017 s. 331–332.

¹⁹⁹ Se særlig sak C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* (avsnitt 34–35), der det vises til praksis om begrepsinnholdet i reglene om fri bevegelighet og likelønn.

²⁰⁰ Se sak C-438/05 *Viking Line*, EU:C:2007:772 (avsnitt 51–53).

²⁰¹ Se sak C-438/05 *Viking Line* (avsnitt 32 flg. og 68 flg.) og sak C-341/05 *Laval*, EU:C:2007:809 (avsnitt 86 flg. og 96 flg.). Se tilsvarende i HR-2016-2554 *Holship* (avsnitt 95).

²⁰² Sak C-341/05 *Laval* gir et talende eksempel.

²⁰³ Se sak C-438/05 *Viking Line* (avsnitt 75 flg.), sak C-341/05 *Laval* (avsnitt 101 flg.) og HR-2016-2554 *Holship* (avsnitt 100 flg.).

forbedre helse og sikkerhet for disse.²⁰⁴ Proporsjonalitetsvurderingen legger til rette for at den nærmere adgangen til å fastsette verneregler for slike grupper tilpasses hvor tungtveiende interesser man søker å beskytte.

Uansett hvor grensene trekkes, inngår det fellesskapsrettslige arbeidstakerbegrepet som et viktig begrensende element i gresedragningen mellom EU-rettslige markedsregler og nasjonal arbeidsrett.

5 På vei mot undergangen?

Spørsmålet «quo vadis» var forbundet med et svar som pekte mot fornektelse og undergang.²⁰⁵ Det kan reises spørsmål om den beskrevne utviklingen, med økt betydning for et fellesskapsrettslig arbeidstakerbegrep, betyr en «undergang» for nasjonal kontroll med rekkevidden av arbeidsrettslig vern.

Det er liten grunn til å være dramatisk når det gjelder *utvidelser* av rekkevidden: Ettersom den norske begrepsforståelsen er vid, er implikasjonene forholdsvis små. Det er grunn til å minne om at det norske begrepet har en felleseuropeisk basis. Utvidelser av arbeidsrettslig vern som følge av EU-rettslige krav kan sees som en revitalisering av de europeiske røtter, snarere enn som tilførsel av fremmedelementer.

Utviklingen krever likevel en grunnleggende endring i tilnæringsmåte. Norske rettsanvendere kan ikke vurdere spørsmål om arbeidstakerstatus ut fra norsk tradisjon alene.

Diskusjonene ovenfor viser imidlertid at nasjonal rett står overfor et veivalg med hensyn til *hvordan* nasjonalt vern kan tilpasses fellesskapsrettslige krav. Utvidelser kan skje ved å tilpasse selve begrepsforståelsen, med virkning for arbeidsrettslige regler mer allment. Men kravene kan også ivaretas ved tilpasning av anvendelsesområdet for de aktuelle vernereglene, enten ved tolkning eller ved spesifikke lovbestemmelser. I prinsippet handler veivalget både om hvorvidt det er ønskelig å bevare nasjonal begrepstradisjon mest mulig, og om behovet for en enhetlig begrepsforståelse i arbeidsrettslig sammenheng.

Den formålsoverretningen som er utviklet i norsk rettspraksis, gir et verktøy for å foreta nødvendige tilpasninger gjennom rettspraksis. Formålsoverretningen kan dessuten være egnet til å forene hensynet til nasjonal begrepsutvikling med behovet for enhetlig begrepsforståelse. Siden formålet med arbeidsrettslige verneregler blant annet er å sikre et vern som tilfredsstillende EU/EØS-rettslige krav, kan fellesskapsrettslige krav til anvendelsesområdet ivaretas innenfor rammen av en enhetlig begrepsutvikling. Effekten vil «kun» være en forsiktig ekspansjon av vernet.

²⁰⁴ Retten til sunne og trygge arbeidsforhold etter art. 3 i Den europeiske sosialpakt (revidert, 1996) omfatter selvstendige oppdragstakere, se nærmere Hotvedt 2016 s. 204–205. Se om henstillingen i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 304.

²⁰⁵ Ved den ene anledningen spørsmålet ble stilt, svarte Jesus med å forutsi at Peter ville fornekte ham. Ved den andre anledningen svarte Jesus at han var på vei til Roma for å bli korsfestet («Romam eo iterum crucifigi»), noe som førte Peter til Roma og martyrdød.

Trusler om undergang stammer heller fra markedsreglene og skyldes deres betydning som ramme og *begrensning* for arbeidsrettslig vern. Ut fra det fellesskapsrettslige begrepets betydning i denne sammenhengen, er det all grunn til å diskutere hvilket rom det er i EU/EØS-retten for «indirekte» vern av arbeidstakere og verneregler for personer som ikke er arbeidstakere i fellesskapsrettslig forstand. I arbeidet med en europeisk sosial «søyle» skal det som nevnt vurderes sosiale rettigheter for flere grupper og utvidelser av arbeidsrettslige minimumsdirektiver. Man kan håpe at dette vil gi prinsipielle avklaringer av muligheten for vern av selvstendige oppdragstakere innenfor EU/EØS-rettens markedsregler.