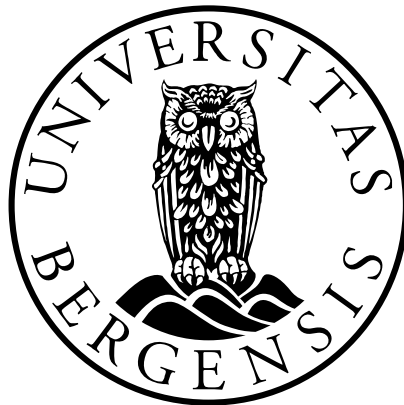


# Arbeidstakerbegrepet

*Begrepets avgrensning mot selvstendige oppdragstakere og avgrensningens uklarheter*

Kandidatnummer: 40

Antall ord: 13 597



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema.....	3
1.2 Metodiske betraktninger.....	4
1.3 Videre fremstilling .....	6
2 Lov og forarbeider.....	7
2.1 Arbeidsmiljøloven § 1-8.....	7
2.1.1 Presentasjon av lovtekst .....	7
2.1.2 Kort om historikk .....	7
2.1.3 Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 1-8 .....	8
2.2 Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005.....	8
3 Analyse av momentene i lys av rettspraksis.....	10
3.1 Innledning.....	10
3.1.1 Uttalelser i rettspraksis om bruken av momentlisten .....	12
3.2 Personlig arbeidsplikt.....	13
3.2.1 Bruken av momentet i rettspraksis .....	13
3.2.2 Oppsummering .....	14
3.3 Kontroll og ledelse .....	18
3.3.1 Bruken av momentet i rettspraksis .....	18
3.3.2 Oppsummering .....	20
3.4 Arbeidsgiver står for arbeidsutstyr o.l.....	25
3.4.1 Bruken av momentet i rettspraksis .....	25
3.4.2 Oppsummering .....	26
3.5 Risiko for arbeidsresultatet.....	28
3.5.1 Bruken av momentet i rettspraksis .....	28
3.5.2 Oppsummering .....	30
3.6 Vederlag .....	31
3.6.1 Bruken av momentet i rettspraksis .....	31
3.6.2 Oppsummering .....	32
3.7 Tilknytningsforholdet.....	34
3.7.1 Bruken av momentet i rettspraksis .....	34
3.7.2 Oppsummering .....	35
3.8 Hovedsakelig arbeid for én oppdragsgiver.....	37
3.8.1 Bruken av momentet i rettspraksis .....	37

3.8.2	Oppsummering .....	38
4	Andre forhold .....	40
5	Avsluttende refleksjoner .....	42

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

Oppgavens tema er arbeidstakerbegrepets avgrensning mot selvstendige oppdragstakere.

Arbeidsrettslig lovgivning stiller opp en rekke preseptoriske verneregler. Etter arbeidsmiljøloven<sup>1</sup> innebærer det blant annet krav til saklig grunn ved oppsigelse, grenser for arbeidstid og rett til permisjon mv. Andre sentrale rettigheter er feriepenger etter ferieloven.<sup>2</sup> og sykepenger i arbeidsgiverperioden<sup>3</sup> etter folketrygdloven.<sup>4</sup> I tillegg kommer retten til dekning etter yrkesskadeforsikringsloven.<sup>5</sup>

Det er imidlertid et vilkår at man er arbeidstaker for å få dette vernet. Det gjelder i motsetning til de som karakteriseres som selvstendig oppdragstakere. Selvstendig oppdragstakere kjennetegnes ved at det blir inngått en tidsbestemt avtale for å løse et konkret oppdrag. Videre vil utgangspunktet være stor frihet i tilknytning til arbeidets utførelse. Oppdragstakere har kun vern etter arbeidsmiljøloven i tilknytning til to områder. Dette gjelder rettigheter om helse og sikkerhet etter aml. § 2-2 (2), og vern mot diskriminering etter § 13- 2 (1). Av den grunn vil eksempelvis ikke oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljøloven og retten til feriepenger etter ferieloven gjelde for selvstendig oppdragstakere. Oppdragskontrakten vil primært regulere forholdet, og ikke vernelovgivningen. Det er derfor av stor betydning for den enkelte om man blir ansett som arbeidstaker eller selvstendig oppdragstaker.

Arbeidstakerbegrepet legaldefineres i de ulike arbeidsrettslige lovene. I arbeidsmiljøloven finner vi definisjonen i § 1-8, i feriel. § 2 (1), i ftrl. § 1-8 og i yforsl. § 2. Motsetningsvis er ikke oppdragstakerbegrepet definert i loven. Den nærmere avgrensningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere baserer seg derfor på en helhetsvurdering etter særlig syv momenter oppstilt i forarbeidene.<sup>6</sup> Momentene skal representere sentrale trekk ved et arbeidsforhold, og dermed bidra til å klargjøre grensen mellom arbeidstakere og selvstendig

---

<sup>1</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (aml.)

<sup>2</sup> Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (feriel.)

<sup>3</sup> De første 16 kalenderdagene der arbeidsgiver betaler sykepenger jf. folketrygdloven § 8-19 (1)

<sup>4</sup> Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (ftrl.)

<sup>5</sup> Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring (yforsl.)

<sup>6</sup> Momentene presenteres nærmere i punkt 2.2.1. I kortform er disse: Personlig arbeidskraft, ledelse og kontroll, arbeidsutstyr, risiko for resultatet, vederlagsform, stabilt tilknytningsforhold og arbeid for én oppdragsgiver

oppdragstakere. Momentene er imidlertid ikke uttømmende, slik at andre forhold også kan få betydning i helhetsvurderingen.

Selv om vi har disse momentene, oppstår det likevel vanskelige vurderinger. Avgrensningen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere har vært et gjentakende tema for domstolene. For eksempel behandlet Høyesterett allerede i 1958 spørsmålet om to sceneinstruktører skulle anses som arbeidstakere eller oppdragstakere.<sup>7</sup> Avgrensningen har og blitt aktualisert i nyere tid. Fra 2013 til 2016 ble det avsagt tre dommer i Høyesterett som omhandlet arbeidstakerbegrepet. Avgrensningen ble igjen et tema 30. april 2018 i Agder Lagmannsrett.<sup>8</sup> Dette viser at grensedragningen mellom de to gruppene byr på utfordringer, til tross for at forarbeidene inneholder disse veiledende momentene. I juridisk teori er det til og med tatt til orde av Hotvedt (2016) at momentene ikke er et godt verktøy for avgrensningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere.<sup>9</sup> Avhandlingen vil derfor ta sikte på å klargjøre bruken av momentene, og det foretas en analyse av de enkelte momentene i lys av rettspraksis. Videre vil det bli sett på andre forhold enn momentlisten som kan få betydning i vurderingen.

## 1.2 Metodiske betraktninger

Fremstillingen vil ta utgangspunktet i lovtekst og forarbeider, herunder arbeidsmiljøloven og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). Videre blir analyse av rettspraksis sentralt for å avklare bruken av momentlisten. Det vil og bli sett på andre forhold i vurderingen enn selve momentene, men det mest sentrale vil være momentlisten ettersom nyere rettspraksis særlig baserer vurderingen på denne.

Hovedfokuset vil ligge på arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven. Likevel vil rettspraksis som omhandler arbeidstakerbegrepet i tilknytning til andre lover bli benyttet. Dette gjelder arbeidstakerbegrepet i ferieloven, folketrygdloven. og yrkesskedeforsikringsloven. Utgangspunktet er at man skal legge til grunn forståelsen av begrepet som er i samsvar med de hensyn de ulike lovene bygger på. Det er imidlertid slik at lovene i det vesentlige bygger på samme vernehensyn. Dette gjør at vurderingen av begrepet i stor grad vil bli

---

<sup>7</sup> Rt. 1958 s. 1229 *Sceneinstruktør*

<sup>8</sup> LA-2017-147343 *Yrkesskade*

<sup>9</sup> Marianne Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet*, Oslo 2016 s. 400

sammenfallende for de ulike lovene.<sup>10</sup> Eksempelvis er det slått fast at arbeidstakerbegrepet i ferieloven i vesentlig grad forstås likt som i arbeidsmiljøloven.<sup>11</sup> Dette gjør at rettspraksis om arbeidstakerbegrepet i andre lover også blir relevant.

De ulike lovene har imidlertid ikke identiske momenter for avgrensningen. Eksempelvis nevnes ikke momentene om vederlag, arbeid for en oppdragsgiver og tilknytningsforhold i folketrygdloven.<sup>12</sup> Forarbeidene til yrkesskadeforsikringsloven tar heller ikke opp momentet om arbeid for én oppdragsgiver.<sup>13</sup> Derfor vil disse dommene kun komme inn der momentene er sammenfallende, og kan gi en illustrasjon.

Videre er det skrevet mye generelt om arbeidstakerbegrepet i juridisk teori. Det er imidlertid for det meste en opplisting av momentene fra forarbeidene, men lite om de konkrete momentene. Det er derfor begrenset med juridisk teori som behandler momentlisten og vektingen av momentene i dybden. Det foreligger likevel noe nyere juridisk teori som behandler temaet mer vidtgående. Denne er relevant ved behandlingen av de ulike momentene.

Av hensyn til oppgavens omfang må det foretas avgrensninger. Fokuset vil være på det nasjonale arbeidstakerbegrepet. Det er ikke tvilsomt at også EØS-retten er av betydning på rettsområdet<sup>14</sup>, men dersom også dette skulle bli behandlet innenfor oppgavens rammer ville denne behandlingen bitt for overfladisk. Det avgrenses også mot spørsmål som omhandler arbeidstakerbegrepet i skatte- og avgiftsrettslig forstand. Denne lovgivningen gir liten veiledning idet den bygger på andre hensyn enn blant annet arbeidsmiljøloven og ferieloven.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> Alexander Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Oslo 2017 s. 49

<sup>11</sup> Rt. 1984 s. 1044 *Tupperware*

<sup>12</sup> Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) *Om lov om yrkesskadeforsikring* s. 85 og NOU 1988:6 *Erstatning og forsikring ved yrkesskade* s. 20

<sup>13</sup> NOU 1990: 20 *Forenklet folketrygdlov* s. 20

<sup>14</sup> Alexander Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Hotvedt, 2017 s. 34

<sup>15</sup> Se blant annet Jan Fougner, *Endring i arbeidsforhold; Styringsrett og arbeidsplikt*, Oslo 2007 s. 68-69 og Hennig Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4 utgave, Oslo 2007 s. 36.

### **1.3 Videre fremstilling**

I kapittel 2 vil det gjøres kort rede for arbeidstakerbegrepet i aml. 1-8 og de sentrale uttalelsene i forarbeidene. Dette vil bli gjort ved først å se på arbeidstakerbegrepets historikk og en tolkning av bestemmelsens ordlyd. Deretter vil forarbeidene presenteres, og dette gjøres med særlig fokus på momentlisten. Dette er grunnlaget for avhandlingen.

Fremstillings hovedfokus ligger i kapittel 3. I dette kapittelet analyseres momentene i lys av rettspraksis. Det vil i punkt 3.1 gis en innledning til analysen. Der vil faktum i *Avlaster 1*, *Beredskapshjem* og *Avlaster 2* bli presentert. Disse tre dommene er i stor grad grunnsteinen for analysen, og det er derfor viktig å tidlig ha klart for seg dommenes faktum. I punkt 3.1.1 vil det også presenteres noen viktige generelle uttalelser fra rettspraksis om bruken av momentlisten. Endelig tar punkt 3.2 til og med 3.8 for seg analysen av de enkelte momentene. Hvert av disse punktene inneholder to deler; først sees det på hensyn og bruken av det konkrete momentet i rettspraksis, deretter vil det bli gitt en oppsummering av momentet.

Videre i avhandlingen vil det i kapittel 3 rettes fokus mot forhold, utenom momentlisten, som kan få betydning. Avslutningsvis blir det i kapittel 5 rom for en avsluttende vurdering av problemstillingene avhandlingene reiser, og det vil bli foretatt rettspolitiske vurderinger omkring dette.

## 2 Lov og forarbeider

### 2.1 Arbeidsmiljøloven § 1-8

#### 2.1.1 Presentasjon av lovtekst

Av aml. § 1-2 (1) følger det at loven gjelder for virksomhet som sysselsetter «arbeidstaker» når ikke annet er uttrykkelig fastsatt. Lovens utgangspunkt er dermed at en må anses som «arbeidstaker» for å loven skal få anvendelse. Arbeidstakerbegrepet er legaldefinert i aml. § 1-8 (1). Det fremkommer at «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste» skal regnes som en arbeidstaker.

Videre inneholder aml. § 1-6 (1) bokstav a-g en positivrettslig avgrensning av arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8 (1). Visse grupper av personer som for eksempel vernepliktige, pasienter i helseinstitusjoner, personer i arbeidsrettede tiltak o.l. faller utenfor arbeidstakerbegrepet etter aml. § 1-8 (1). Aml. § 1-6 (1) sikrer imidlertid disse gruppene rettigheter i tilknytning til helse, miljø og sikkerhet.

#### 2.1.2 Kort om historikk

De første lovreguleringene av arbeidsforhold kom på 1800-tallet, og var rettet mot spesielle typer virksomhet. Eksempelvis kom fabrikktilsynloven i 1892.<sup>16</sup> Denne loven gjaldt kun industriell virksomhet. En alminnelig arbeidsvernlov kom først i 1936.<sup>17</sup> Det var denne loven som etablerte et enhetlig arbeidstakerbegrep som ikke bare omfattet industri, men også andre former for virksomhet slik som handel, kontor, bank- og finansvirksomhet.<sup>18</sup> Definisjonen etter arbeidervernloven § 2 (1) var at en arbeider er «enhver som utenfor sitt hjem utfører arbeid i annen manns tjeneste».

Senere kom arbeidervernloven av 1956 og der ble denne definisjonen videreført.<sup>19</sup> I 1977 fikk man ny arbeidsmiljølov<sup>20</sup> som endret definisjonen fra «i annen manns tjeneste» til «i annens tjeneste». Dette var likevel ikke ment som en realitetsendring og det materielle

---

<sup>16</sup> Lov 27. Juni 1892 om Tilsyn med Arbeide i Fabriker

<sup>17</sup> Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern

<sup>18</sup> Stein Evju, «Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten» i *Arbeidsrett vol 8 nr. 3-4*, 2011 s. 151

<sup>19</sup> Lov 7. desember 1956 om arbeidervern

<sup>20</sup> Lov 4. februar 1977 nr. 3 om arbeidervern og arbeidsmiljø



innholdet skal dermed forstås likt.<sup>21</sup> Definisjonen ble videreført til den nåværende arbeidsmiljøloven § 1-8 og det uttales i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) at bestemmelsen skal forstås likt som i den tidligere loven.<sup>22</sup> Legaldefinisjonen av arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8 vært tilnærmet uendret siden den først ble introdusert med arbeidervernloven i 1936.

### **2.1.3 Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 1-8**

En arbeidstaker skal forstås som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Ved at bestemmelsens åpningsord er «enhver» legges det opp til en vid tolkningsinngang. Videre er en naturlig forståelse av «utfører arbeid i annens tjeneste» at man til en viss grad er underordnet en annen.<sup>23</sup> Det er imidlertid vanskelig å trekke ut særlig andre tolkningsresultater fra en slik generell ordlyd. For å fastlegge innholdet i aml. § 1-8 må derfor andre rettskildefaktorer benyttes i tolkningen.

## **2.2 Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005**

Uttalelsene i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 bidrar til å klargjøre ordlyden i aml. § 1-8. Innledningsvis i forarbeidene presiseres særtrekk ved en arbeidsavtale. Det som kjennetegner en arbeidsavtale er arbeidstakerens avhengige stilling overfor arbeidsgiveren. I tillegg er det spesielt at arbeidsgiver har styringsrett overfor arbeidstaker.<sup>24</sup> Deretter tydeliggjøres det at man skal se på hvorvidt tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold, og at det skal foretas en helhetsvurdering av flere omstendigheter i avtaleforholdet.<sup>25</sup> Det er dermed ikke formaliteter og arbeidsavtalens form som skal legges til grunn for vurderingen om en regnes som en arbeidstaker.

Forarbeidene lister deretter opp syv sentrale momenter som kan tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Momentene har sitt opphav i forarbeidene til ferieloven, Ot.prp. nr. 104 (1947).<sup>26</sup> I ettertid har momentene blitt lagt til grunn i forarbeidene til arbeidsmiljøloven.<sup>27</sup> De

---

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) *Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*, s.102

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.* s. 302

<sup>23</sup> At ordlyden isolert sett kan indikere et underordnet arbeidsforhold støttes av Jan Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven*, 2. utgave, Oslo 2013 s. 59.

<sup>24</sup> Styringsrett er en ulovfestet rett arbeidsgiver har til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet» jf. Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk*

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 punkt 6.1.1 første avsnitt

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 104 (1947) *Om lov om ferie* s. 21

<sup>27</sup> Fougner mfl. 2013 s. 62-63

ble dermed utformet med tanke på kjennetegn ved arbeidsforhold på 1940-tallet. I senere tid har momentene blitt tolket og utfyllt gjennom rettspraksis.<sup>28</sup>

De aktuelle momentene er:

- ❖ 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 noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister.
- ❖ Det arbeides hovedsakelig for én oppdragsgiver.

Forarbeidene presiserer at momentene ikke er uttømmende, og heller ikke absolutte holdepunkter. Momentene skal kun anses som en «rettesnor for vurderingen».<sup>29</sup> Det må derfor alltid foretas en helhetsvurdering. Avslutningsvis følger det at oppdragstakere ikke skal regnes som arbeidstakere.<sup>30</sup> Det er denne gruppen av handlingen skal søke å fastlegge grensen mot.

---

<sup>28</sup> Fougner mfl. 2013 s. 59

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 punkt 6.1.1 fjerde avsnitt

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 punkt 6.1.1 femte avsnitt

## 3 Analyse av momentene i lys av rettspraksis

### 3.1 Innledning

Momentene som fremkommer av Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 har blitt tolket og utfyllt i samsvar med rettspraksis.<sup>31</sup> Høyesterett har avsagt en rekke dommer om arbeidstakerbegrepet, og brukt momentlisten som følger av forarbeidene. De enkelte momentene blir derfor analysert i lys av rettspraksis. Særlig sentrale er de tre nyeste dommene på området, *Avlaster 1*, *Beredskapshjem* og *Avlaster 2*.<sup>32</sup> Fremstillingen fokuserer hovedsakelig på hva som er uttalt i nyere rettspraksis om momentene. Eldre rettspraksis vil imidlertid også benyttes. Videre vil underrettspraksis komme inn der dette kan brukes som illustrasjon. Faktum i de mest sentrale dommene presenteres allerede i punkt 3.1, mens annen rettspraksis vil bli fortløpende presentert i analysen.

#### **Rt. 2013 s. 354 *Avlaster 1***

I saken var spørsmålet om en avlaster var å anse som arbeidstaker slik at hun hadde rett på feriepenger fra Oslo kommune. Hun arbeidet som avlaster for en familie med særlig tyngende omsorgsarbeid. Avlastingen foregikk i familiens hjem.

Retten foretok en vurdering av momentene som i stor grad talte for at A var å anse som en arbeidstaker. Det ble drøftet om andre forhold kunne tale for det motsatte, men dette ble avvist. Høyesterett konkluderte derfor enstemmig med at A var arbeidstaker, og hadde rett på feriepenger.

#### **Rt. 2013 s. 342 *Beredskapshjem***

Høyesterett avsa *Beredskapshjem* samme dag som *Avlaster 1*. Her var spørsmålet om en beredskapsmor som part i en avtale med Bufetat om plassering av barn i et statlig beredskapshjem, skulle anses som arbeidstaker eller oppdragstaker. Skillet hadde betydning fordi beredskapsmoren krevde sykepenges. For å ha rett på sykepenges i arbeidsgiverperioden må en være arbeidstaker.

---

<sup>31</sup> Fougner mfl. 2013 s. 59

<sup>32</sup> Rt. 2013 s. 354 *Avlaster 1*, Rt. 2013 S. 342 *Beredskapshjem* og HR-2016-1366-A *Avlaster 2*

Høyesterett foretok en gjennomgang av momentlisten fra forarbeidene, men dette ga ingen sikker konklusjon. Det ble dermed gjort en helhetsvurdering der oppdragets karakter fikk avgjørende betydning. Et oppdrag der man skal overta daglig omsorg av et barn og fungere som et hjem, hadde så spesiell karakter at det ikke kunne anses som et ordinært arbeidsforhold. Førstvoterende konkluderte derfor med at beredskapsmoren var oppdragstaker. Hun hadde dermed ikke rett på sykepenger i arbeidsgiverperioden. Det var dissens i dommen (4-1).

### **HR-2016-1366-A Avlaster 2**

Spørsmålet i saken var om en avlaster var å anse som en arbeidstaker, slik at hun hadde rett på feriepenger fra Oslo kommune. Det var dermed i stor grad beslektet med spørsmålet i *Avlaster 1*, men forskjellen var at avlastningen foregikk i avlasteren sitt eget hjem, og ikke familiens hjem.

Høyesterett foretok en vurdering av momentene fra forarbeidene, og kom til at de fleste momentene talte for at avlasteren var arbeidstaker. Momentet om at arbeidsgiver skal stille arbeidsrom var ikke oppfylt, men dette kunne ikke endre karakteren av at det var et arbeidstakerforhold. Førstvoterende konkluderte dermed med avlasteren var arbeidstaker, og hadde rett på feriepenger. Det var dissens i dommen (4-1).

### 3.1.1 Uttalelser i rettspraksis om bruken av momentlisten

Før den konkrete vurderingen gir Høyesterett generelle uttalelser om arbeidstakerbegrepet og vurderingen.

Utgangspunktet er avtalefrihet på arbeidsretten sitt område. Partene står fritt til å inngå en arbeidsavtale eller oppdragsavtalen. Klassifiseringen av avtalen fungerer derfor som et utgangspunkt i vurderingen. Det slås imidlertid fast i både *Avlaster 1*, *Beredskapshjem* og *Avlaster 2* at det ikke skal legges avgjørende vekt på at kontraktene selv omtaler selv seg som oppdragskontrakter.<sup>33</sup> Lovgivningen er preseptorisk, og skal avgjøre om det i realiteten er en arbeidskontrakt eller oppdragskontrakt. Dette er i tråd med forarbeidenes uttalelser om at man skal se på om det reelt sett er et arbeidsforhold.<sup>34</sup>

Videre blir det i de sentrale dommene påpekt at arbeidstakerbegrepet skal gis en vid tolkning slik som Rt. 1984 s. 1044 *Tupperware* stadfestet.<sup>35</sup> *Tupperware* gjaldt spørsmålet om selgere av plast- og kjøkkenartikler hadde rett på feriepenger og lønn i oppsigelsestid. Høyesterett påpekte at arbeidstakerbegrepet måtte følge en vid tolkning.<sup>36</sup> Resultatet i dommen ble imidlertid at selgerne ikke ble ansett for å være arbeidstakere.

Senere gjengir Høyesterett store deler av forarbeidene i de ovennevnte dommene. Momentlisten blir presentert, og det sentrale er at listen ikke er uttømmende og at andre forhold kan få betydning i vurderingen.<sup>37</sup>

Rettstilstanden oppsummeres slik i *Avlaster 1* avsnitt 39. Uttalelsen er gjengitt i *Avlaster 2*.

*«Der det er tvil skal det altså skje en skjønnsmessig 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 jf. bl.a. Rt-1984-1044 Tupperwaresaken.»<sup>38</sup>*

---

<sup>33</sup> *Avlaster 1* avsnitt 37, *Beredskapshjem* avsnitt 44 og *Avlaster 2* avsnitt 56

<sup>34</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 punkt 6.1.1 første avsnitt

<sup>35</sup> *Avlaster 1* avsnitt 39, *Beredskapshjem* avsnitt 45 og *Avlaster 2* avsnitt 60

<sup>36</sup> *Tupperware* s. 1048

<sup>37</sup> *Avlaster 1* avsnitt 38, *Beredskapshjem* avsnitt 46 og *Avlaster 2* avsnitt 58

<sup>38</sup> *Avlaster 2* avsnitt 60

## 3.2 Personlig arbeidsplikt

### 3.2.1 Bruken av momentet i rettspraksis

Et sentralt kjennetegn ved arbeidstakerforhold er at arbeidstakeren skal stille sin personlige arbeidskraft til arbeidsgivers disposisjon til avtalt tid og sted. Å benytte seg av medhjelpere er i utgangspunktet ikke aktuelt. I motsetning vil det i et oppdragsforhold være sentralt at et bestemt resultat skal bli levert som følge av avtalen.<sup>39</sup> Utgangspunktet er derfor at bare selvstendige oppdragstakere kan benytte medhjelpere. Etersom momentet kjennetegner noe så grunnleggende ved et arbeidstakerforhold, bør det legges vesentlig vekt på adgangen til å benytte medhjelpere.<sup>40</sup>

I *Avlaster 1* var situasjonen slik at det ikke var tvil om avlasteren pliktet å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon, og at hun ikke kunne overlate oppgaven til noen andre. Kommunen hevdet imidlertid at det måtte ha betydning at det også i oppdragsforhold kunne være personlig arbeidsplikt. Høyesterett påpekte i avsnitt 44 at «forskjell[en] er at oppdragstakere kan betale medhjelpere til å bistå seg ved gjennomføringen av oppdraget [...]. Det kunne ikke A gjøre her». Momentet om personlig arbeidsplikt trakk derfor sterkt i retning av at A var arbeidstaker.

Motsetningsvis fikk momentet om personlig arbeidsplikt kun begrenset vekt i *Beredskapshjem*. Beredskapshjemmoren hadde gjennom avtalen med Bufetat helt klart personlig arbeidsplikt, og dette talte isolert sett «utvilsomt» for et arbeidstakerforhold.<sup>41</sup> Slik sett hadde avtalen likhetstrekk med avlastningsavtalen i *Avlaster 1*. Det avgjørende var imidlertid at et oppdrag som beredskapshjem ikke kunne løses av beredskapsmoren alene, hennes familie ble også involvert i oppdraget. Av den grunn fikk derfor beredskapsmorens personlige arbeidsforpliktelse overfor Bufetat kun begrenset vekt.

Den nyeste dommen fra Lagmannsretten, LA-2017-14343 *Yrkesskade*, har likhetstrekk med *Beredskapshjem*, men resultatet ble det motsatte. Ankefristen utløp 30. mai 2018, og per 30. mai 2018 kl. 14:25 har ikke Agder Lagmannsrett mottatt anke i saken. Det er derfor på nåværende tidspunkt fortsatt uklart hvorvidt dommen blir rettskraftig eller om den blir anket

---

<sup>39</sup> Henning Jakhelln, «Arbeidstakerbegrepet – arbeidstaker eller oppdragstaker» i *Jussens venner*, 2013 s. 333

<sup>40</sup> Jakhelln 2013 s. 354

<sup>41</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 47

til Høyesterett.<sup>42</sup> Den fungerer imidlertid godt som en illustrasjon. Saken omhandlet en kvinne som var ansatt som et forsterket fosterhjem. Spørsmålet var om hun skulle anses som arbeidstaker etter ftrl.§ 1-8 for å ha rett til menerstatning etter en yrkesskade.<sup>43</sup>

I saken var det på det rene at hun hadde en personlig arbeidsforpliktelse. I likhet med *Beredskapshjem* fikk hun også bistand av sin ektefelle i omsorgen. Lagmannsretten lot imidlertid dette få liten betydning. Det avgjørende var at hun hadde en personlig arbeidsforpliktelse. Det faktum at mannen bistod kunne ikke sammenlignes med måten advokater, konsulenter eller enkeltstående håndverkere benyttet medhjelpere på.

I *Avlaster 2* ble det på grunn av likhetstrekkene mellom saksforholdet i *Avlaster 1* og *2* kort presisert av Høyesterett at avlasteren også her hadde personlig arbeidsplikt. Dette måtte i likhet med i *Avlaster 1* tale for at A var arbeidstaker. Det ble imidlertid ikke uttalt hvilken vekt momentet fikk.<sup>44</sup>

Samtidig ser man at det også i *Avlaster 2* ble hevdet av kommunen at oppdragstakerforhold kan være av personlig art, og at personlig arbeidsplikt derfor ikke kan utelukke at det er et oppdragstakerforhold. Høyesterett avviste ikke dette, men uttalte i avsnitt 70 at «dersom A kunne latt medhjelpere utføre arbeidet hun har gjort avtale om, ville en bedømmelse av avtalen som et arbeidstakerforhold være utelukket». Dette var ikke tilfellet, slik at Høyesterett gikk videre i vurderingen med de andre momentene.

### 3.2.2 Oppsummering

Momentets betydning kommer klarest frem der det er på det rene at det foreligger personlig arbeidsplikt. Det var tilfellet for avlasterne i *Avlaster 1* og *2*, ettersom de ikke kunne benytte medhjelpere. I en slik situasjon vil momentet i seg selv med tyngde for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Høyesterett bekrefter dette ved å uttale i *Avlaster 1* at momentet «sterkt»<sup>45</sup> trekker i retning av et arbeidstakerforhold. I *Avlaster 2* henvises det til *Avlaster 1*<sup>46</sup>. Det er ikke uttalt noe eksplisitt om momentets vekt i *Avlaster 2*, men likheten i sakene tilsier

---

<sup>42</sup> Det er tilstrekkelig at anke er sendt før utløpet av fristen jf. domstoloven § 146 (2)

<sup>43</sup> Se punkt 1.2 om forholdet til arbeidstakerbegrepet i folketrygdloven

<sup>44</sup> *Avlaster 2* avsnitt 70

<sup>45</sup> *Avlaster 1* avsnitt 43

<sup>46</sup> *Avlaster 2* avsnitt 70

at momentet bør ha samme vekt.. Samtidig ser man at momentet isolert sett talte for at det «utvilsomt» forelå et arbeidstakerforhold i *Beredskapshjem*.<sup>47</sup>

Videre ser man at momentet får begrenset vekt ved tvilstilfeller som i *Beredskapshjem*. Dette skyldes at oppdraget i realiteten ikke kunne løses av beredskapsmoren alene. Familien hennes måtte involveres. Momentet om personlig arbeidsplikt får derfor svekket betydning der det oppstår tvil om det er en personlig arbeidsplikt eller en involvering av andre i arbeidet.

Imidlertid kan det stilles spørsmål ved hvorfor Høyesterett ikke går nærmere inn på at medhjelperne i *Beredskapshjem* var familien. Dette kan ikke nødvendigvis sammenlignes med måten oppdragstakere benytter medhjelpere. Oppdragstakere vil gjerne kunne ta i bruk tilfeldige medhjelpere som oppdragsgiveren ikke på forhånd er kjent med. I *Beredskapshjem* var det imidlertid kun familien som ble involvert i arbeidet, ikke eksempelvis naboer eller andre utenforstående. Familien er en begrenset krets man på forhånd kjenner. Dette gjør at situasjonen i stor grad skiller seg fra de tilfeller der oppdragstakere tar i bruk medhjelpere. Beredskapsmoren stod ikke fritt til å involvere tilfeldig medhjelpere på denne måten. Mindretallet problematiserer dette, og hevder at ektemannens involvering i arbeidet ikke bør ha «innvirkning på bedømmelsen av [...] momentet».<sup>48</sup>

Til tross for at det er usikkert hvorvidt *Yrkesskade* er rettskraftig, kan uttalelsene i dommen tyde på at lagmannsretten tar dette i betraktning. Momentet om personlig arbeidsplikt fikk i denne dommen ikke begrenset vekt slik som i *Beredskapshjem* fordi kun ektemannen bistod i omsorgen. Lagmannsretten påpekte at dette ikke var sammenlignbart med måten oppdragstakere benyttet seg av medhjelpere. Det begrunnes ikke nærmere, men det kan slutes indirekte at det sees hen til bruken av tilfeldige medhjelpere som er vanlig for oppdragstakere. Dersom dommen ankes til Høyesterett, og anken tas til behandling, blir det interessant å om vurderingen vil få samme utfall som i *Beredskapshjem*, eller om Høyesterett vil legge vekt på at bruken av medhjelpere skiller seg fra situasjonen for oppdragstakere.

Et annet viktig spørsmål er om det foreligger et vilkår om personlig arbeidsplikt for å bli ansett som arbeidstaker. Bakgrunnen for at spørsmålet oppstår skyldes uttalelsen i *Avlaster 2* om at en vurdering av om man er arbeidstaker vil være utelukket dersom man kan bruke

---

<sup>47</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 47

<sup>48</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 78



medhjelpere til å utføre arbeidet. Uttalelsen tyder på at man skal stoppe opp ved vurderingen av arbeidstakerstatus dersom vedkommende har mulighet til å benytte seg av medhjelpere.

I *Beredskapshjem* gikk man videre i vurderingen av om beredskapsmoren var arbeidstaker, til tross for at hun ikke utførte alt arbeidet selv og familien ble ansett som en form for medhjelpere. Den personlige arbeidsplikten fikk kun begrenset vekt, men det ble ikke uttalt at en arbeidstakerstatus var utelukket.

Det oppstår derfor spørsmål om *Avlaster 2* legger til rette for en forandret rettstilstand, slik at man ikke skal foreta en videre vurdering når det er mulighet til å benytte medhjelpere. Med andre ord, en rettstilstand som avviker fra blant annet vurderingen som ble gjort i *Beredskapshjem*.

Først og fremst må det påpekes at uttalelsen i *Avlaster 2* er et obiter dictum. Avlasteren hadde ikke mulighet til å benytte seg av medhjelpere, slik at formuleringen ikke har betydning for resultatet i dommen.<sup>49</sup> Det er kun påpekt hypotetisk sett at «dersom A kunne ha latt medhjelpere utføre arbeidet» ville dette utelukke arbeidstakerstatus. Vekten av uttalelsen blir dermed automatisk svekket.

Videre har den tradisjonelle oppfatning om momentet som en betingelse vært behandlet i Rt. 1968 s. 725 *Hjemmearbeiderske*. Arbeidsgiver mente hjemmearbeideren måtte bli ansett som oppdragstaker. En av grunnene var at det ikke forelå personlig arbeidsplikt, og at hun kunne la arbeidet utføres av for eksempel hjemneværende barn eller andre i familien.<sup>50</sup> Høyesterett kom likevel frem til at hun var å anse som en arbeidstaker, og støttet seg til lagmannsrettens uttalelse om at momentet ikke er et absolutt vilkår.

*«Dette må betraktes som eksempler som indisierer at et arbeidsforhold går inn under loven. Det er ikke dermed sagt at arbeidsforhold som i større eller mindre utstrekning savner disse kriterier skal falle utenfor.»<sup>51</sup>*

*Hjemmearbeiderske* gir derfor uttrykk for hva som hittil er hevdet å være gjeldende rett. Det er ikke en betingelse at man utfører alt arbeid selv for at det skal foreligge et arbeidsforhold.<sup>52</sup> Uttalelsen i *Avlaster 2* bryter derfor med det som har vært den tradisjonelle oppfatningen.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> *Avlaster 2* avsnitt 70

<sup>50</sup> Rt. 1986 s. 725 *Hjemmearbeiderske* s. 729

<sup>51</sup> *Hjemmearbeiderske* s. 730

En slik uttalelse vil også være direkte i strid med forarbeidene som uttaler at momentene ikke er absolutte holdepunkter og kun «en rettesnor for vurderingen».<sup>54</sup> Samtidig må det få betydning at det tidligere er uttalt i rettspraksis at lovgivers intensjon er at de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven skal bli vernet.<sup>55</sup> Ved å utelukke en vurdering av arbeidstakerstatus ved tilfeller hvor det kan benyttes medhjelpere eller har blitt brukt medhjelpere, vil det kunne være i strid med lovens formål. Det ville blitt en svært skjematisk vurdering uten at man tar hensyn til realiteten og alle de relevante omstendigheter i saken.

Dette synet støttes også av Hotvedt (2018). Hun poengterer at dersom man skal legge til grunn uttalelsen i *Avlaster 2*, ville det åpnet for å undergrave lovens formål og omgørelser. Det kunne oppstått en situasjon der arbeidsgiver utformer en kontrakt med muligheten til å benytte medhjelpere, uten at dette hadde særlig realitet. Eksempelvis at betingelsene for å benytte medhjelpere nærmest er umulig å oppfylle, eller at arbeidsgiver hadde avgjørende innflytelse på valget av medhjelpere. Da har man i realiteten en avtale med personlig arbeidsplikt. Hotvedt konkluderer derfor med at en mulighet for å benytte medhjelpere og om medhjelpere har vært benyttet, ikke kan utelukke arbeidstakerstatus.<sup>56</sup>

Samlet sett må derfor betydningen av obiter dictum-uttalelsen i *Avlaster 2* sies å være uklar. Gjeldende rett ser ut til å være at det ikke er en betingelse å ha personlig arbeidsplikt for arbeidstakerstatus. Det blir opp til Høyesterett å ta stilling til om og hvordan denne uttalelsen eventuelt skal følges opp.

---

<sup>52</sup> Bekreftes også av Fougner mfl. 2013 s. 67

<sup>53</sup> Marianne Hotvedt. «Arbeidstaker – quo vadis?» i *Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 01*, 2018 s. 67

<sup>54</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 punkt 6.1.1 fjerde avsnitt

<sup>55</sup> Se for eksempel *Avlaster 1* avsnitt 39

<sup>56</sup> Hotvedt 2018 s. 66-67

## 3.3 Kontroll og ledelse

### 3.3.1 Bruken av momentet i rettspraksis

Et annet svært sentralt kjennetegn ved et arbeidsforhold er at arbeidstaker er underlagt arbeidsgivers kontroll og ledelse. Arbeidsgiver vil ofte instruere hva som skal gjøres, hvordan arbeidet skal gjøres, og til hvilken tid og sted det skal utføres. Dette karakteriseres også som arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten er et særlig kjennetegn ved arbeidsforholdet, og innebærer at arbeidsgiver alene kan ta avgjørelser som direkte eller indirekte har virkning overfor arbeidstakeren.<sup>57</sup> I blant annet Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk* er styringsretten definert som arbeidsgivers mulighet til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».<sup>58</sup>

Selvstendig oppdragstakere er imidlertid ikke underlagt en slik form for styringsrett. De kontrollerer og leder arbeidet selv ettersom de står ansvarlig for resultatet. Ved at arbeidstakere ikke har frihet til å bestemme over arbeidet i samme grad, øker behovet for vern etter arbeidsmiljøloven. Av den grunn trekker arbeidsgivers ledelse og kontroll av arbeidet i retning av at man skal anses som arbeidstaker.<sup>59</sup>

I *Avlaster 1* hevdet kommunen først og fremst at avlasteren ikke var underlagt deres ledelse og kontroll. Det fulgte og av kontrakten at avlasteren selv valgte hvordan avlastningen skulle skje i samarbeid med familien. Høyesterett så på realiteten av avtalen og det fremgikk at avlasteren blant annet hadde faste arbeidstider bestemt av familien. Det ble derfor uttalt at «A ikke hadde større frihet til å styre sitt arbeid enn det som er typisk for arbeidstakere».<sup>60</sup>

Videre innvendte kommunen at momentet ikke var oppfylt fordi det ikke var de som styrte avlasteren, men familien. Høyesterett uttalte at dette ikke kunne være avgjørende, og at man ikke skal få en situasjon der man havner 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 [...]».<sup>61</sup> Det ble og påpekt at kommunen faktisk hadde en form for kontroll med avlastningen, ettersom avlasteren var pålagt å fylle ut årsrapporter. Høyesterett kom dermed til at momentet om kontroll og ledelse var oppfylt, og med tyngde talte for et arbeidstakerforhold.

---

<sup>57</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017 s. 96

<sup>58</sup> *Nøkk* s. 1609

<sup>59</sup> Fougner mfl. 2013 s. 67 og Jakhelln 2007 s. 32-33

<sup>60</sup> *Avlaster 1* avsnitt 47

<sup>61</sup> *Avlaster 1* Avsnitt 49

I *Beredskapshjem* hevdet også Bufetat at beredskapshjemmoren ikke var underlagt deres ledelse og kontroll. Høyesterett delte samme oppfatning som Bufetat. Det avgjørende var at det beredskapsmoren anså som kontroll og ledelse, heller var «veiledning og rettleiding» fra Bufetat.<sup>62</sup> At Bufetat til en viss grad kunne drive direkte styring, ble ikke tillagt særlig vekt, fordi det ikke var samme type styring som i ordinære arbeidsforhold. Det avgjørende ble at «oppdragets karakter skiller seg markert fra ordinære arbeidsforhold [og at fosterbarnet skal være som et] familiemedlem».<sup>63</sup> Momentet om kontroll og ledelse ble dermed ikke oppfylt i *Beredskasphjem*. Det er ble ikke uttalt noe om momentets eventuelle vekt i vurderingen.

I *Avlaster 2* startet førstvoterende med generelle uttalelser om momentet kontroll og ledelse, før det ble gått inn på selve vurderingen. Det ble først og fremst poengtert at i vurderingen av de ulike momentene vil «spørsmålet om arbeidsgiverens ledelse og kontroll [...] stå særlig sentralt».<sup>64</sup> Uttalelsen tyder dermed på at momentet har stor vekt.

Videre bekreftes uttalelsen fra *Avlaster 1* om at det er nok at familien står for kontroll og ledelse for at «kravet til ledelse og kontroll er oppfylt».<sup>65</sup> Samtidig påpekte førstvoterende i avsnitt 65 at det ikke er et krav om faktisk ledelse for at momentet om kontroll og ledelse skal være oppfylt. Det vil være «tilstrekkelig for å konstatere et underordningsforhold at arbeidsgiveren har rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll».<sup>66</sup>

I selve vurderingen kom førstvoterende frem til at avlasteren hadde mottatt instruksjoner fra brukeren av samme karakter og innhold som i *Avlaster 1*. Avlasteren skulle heller ikke her etterlates i et arbeidsrettslig tomrom fordi kommunen var den som hadde inngått kontrakten.<sup>67</sup> Videre ble det fremhevet i avsnitt 74 at det ikke er krav om faktisk ledelse fra kommunen. Høyesterett kom frem til at avlasteren har hatt rettslig plikt til å underordne seg kommunens ledelse av arbeidet. Momentet om kontroll og ledelse ble derfor ansett for å være oppfylt i *Avlaster 2*, uten at Høyesterett sa noe konkret avslutningsvis om hvilken vekt momentet hadde i denne saken.

---

<sup>62</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 51

<sup>63</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 62

<sup>64</sup> *Avlaster 2* avsnitt 63

<sup>65</sup> *Avlaster 2* avsnitt 64

<sup>66</sup> *Avlaster 2* avsnitt 65

<sup>67</sup> *Avlaster 2* avsnitt 73

I *Yrkesskade* ser man at lagmannsretten la til grunn samme vurdering ved bruk av momentet. Det ble påpekt at det var lite behov for styring, men at det var rettslig adgang til det. Dette trakk i retning av at hun var en arbeidstaker.

Annen relevant rettspraksis er Rt. 2007 s. 1458 *Dykker*. Dommen omhandlet straffeansvar etter arbeidsmiljøloven av 1977<sup>68</sup>, etter at en dykker hadde omkommet i en ulykke. For at virksomheten skulle bli straffeansvarlig etter lovens bestemmelser, måtte den avdøde dykkeren vært arbeidstaker. Konklusjonen i dommen var at dykkeren ble ansett for å være en arbeidstaker. I tilknytning momentet om kontroll og ledelse, uttalte Høyesterett at forholdet viste vanlige trekk ved et arbeidsforhold. Det ble lagt vekt på at dykkeren var underlagt total ledelse i tilknytning til arbeidstid og arbeidets utførelse.

Av underrettspraksis kan RG-2008-871 *Sykelbud* benyttes for å illustrere. Sykelbudet hadde vært utsatt for en ulykke i arbeidstiden, og spørsmålet var om han var en arbeidstaker slik at han hadde rett til dekning etter yrkesskadeforsikringsloven.<sup>69</sup> I dommen ble det uttalt at sykelbudet var underlagt «styringsrett [...] som om det var et regulært ansettelsesforhold». Dette ble begrunnet i at sykelbudet blant annet pliktet å stille på jobb dersom andre hadde fravær, at det ble utarbeidet vaktlister og at ferietiden ble bestemt av arbeidsgiver.

### 3.3.2 Oppsummering

Allerede i *Sceneinstruktør* uttalte Høyesterett seg om momentet kontroll og ledelse. På grunn av stillingens kreative art hadde instruktørene mulighet til å fravike arbeidsgivers instruksjoner. De hadde derfor en stilling som var betydelig friere enn hva situasjonen vil være i ordinære arbeidsforhold. Høyesterett kom likevel frem til at dette ikke kunne frarøve «deres karakter av arbeidstagere».<sup>70</sup>

Rettspraksis som er gjennomgått viser imidlertid at betydningen av momentet kommer tydeligere frem. Av *Avlaster 1* følger det at momentet med «tyngde» talte for å anse avlasteren som arbeidstaker. Det er imidlertid først i *Avlaster 2* at Høyesterett uttaler seg generelt om momentet før den konkrete vurderingen. Det påpekes i avsnitt 63 at «spørsmålet om arbeidsgiverens ledelse og kontroll stå[r] [...] særlig sentralt». Videre omtales momentet senere i avsnitt 64 som «kravet» til ledelse og kontroll. Det kan derfor slås fast at momentet

---

<sup>68</sup> Se punkt 2.1.2 om at arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven av 1977 skal forstås likt som i nåværende lov

<sup>69</sup> Se punkt 1.2 om forholdet til arbeidstakerbegrepet i yrkesskadeforsikringsloven

<sup>70</sup> *Sceneinstruktør* s. 1230

har stor betydning for vurderingen av om man anses for å være arbeidstaker. Det begrunnes naturlig med at det er et «fremtredende trekk ved en arbeidsavtale er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett».

Det oppstår imidlertid spørsmål om det er en betingelse at det foreligger kontroll og ledelse, når Høyesterett omtaler det som «kravet» til ledelse og kontroll i *Avlaster 2*.

Gjeldende rett før *Avlaster 2* fremkommer av *Hjemmearbeiderske* også i tilknytning til momentet kontroll og ledelse. Det følger av dommen at det ikke er noe vilkår for arbeidstakerforhold at det foreligger kontroll og ledelse.<sup>71</sup>

Dette synet støttes av Hotvedt (2018). Hun gir uttrykk for at man må legge til grunn en formålsbasert tolkning der lovgivers intensjon er å verne de som har behov for vern. Ved at man anser kontroll og ledelse som et krav, vil mange kunne miste sitt behov for vern selv om det er til stede. Det avgjørende må være at kontroll og ledelse er et sentralt moment som vanligvis må foreligge, men en formålsorientert tilnærming taler for at det skal kunne gjøres unntak.<sup>72</sup>

Videre følger det av momentlisten at arbeidstakeren plikter å underordne seg «arbeidsgiverens» ledelse og kontroll av arbeidet. Momentet kan etter uttalelser i *Avlaster 1* og *2* ikke tas helt på ordet. Det bekreftes først i *Avlaster 1* at det er tilstrekkelig at andre etter avtalen styrer arbeidstakeren.<sup>73</sup> Uttalelsen følges videre opp i *Avlaster 2*, der Høyesterett presiserer «hva gjelder kravet til ledelse av omsorgstjenester [...] er det tilstrekkelig at det er tjenestemottakeren som løpende instruerer om gjennomføringen av arbeidsoppgaven».<sup>74</sup>

Uttalelsene i *Avlaster 1* og *2* er dermed konkrete i tilknytning til «kravet til ledelse av omsorgstjenester»,<sup>75</sup> slik at det er på rene at kravet til kontroll og ledelse vil være oppfylt i lignende omsorgstjenester. Det er imidlertid interessant å se hvorvidt uttalelsene kan sies å ha en generell virkning.

Det er tatt til orde av Hotvedt (2018) at *Avlaster 1* og *2* har en generell virkning når det ikke er arbeidsgiver som utøver kontroll, men en bruker eller kunde. Hotvedt begrunner dette i at

---

<sup>71</sup> Fougner mfl. 2013 s. 67

<sup>72</sup> Hotvedt 2018 s. 66

<sup>73</sup> *Avlaster 1* avsnitt 49

<sup>74</sup> *Avlaster 2* avsnitt 64

<sup>75</sup> *Avlaster 2* avsnitt 64

Høyesterett benytter seg av generelle formålsbetraktninger for å slå fast at momentet er oppfylt. Nettopp at «uttalt formål [er] at arbeidstakerbegrepet skal fortolkes slik at de som trenger lovens vern skal få det»<sup>76</sup> og at man ikke skal havne i et «arbeidsrettslig tomrom». <sup>77</sup> Det er derfor uttalelser som tar sikte på at man ikke skal kunne omgå arbeidsmiljølovens verneregler ved å strukturere arbeid i kompliserte flerpartsforhold eller sørge for at ledelse gjøres av andre.

Til tross for at Høyesterett omtaler det som «kravet til ledelse i omsorgssituasjoner», bør det avgjørende være at begrunnelsene i dommene er så generelle at de gir grunnlag for å vurdere andre typer treparts- eller flerpartsrelasjoner på samme måte.<sup>78</sup>

Et annet spørsmål er hva momentet om kontroll og ledelse skal innebære. Momentlisten omtaler kun at man har «plikt» til å underordne seg arbeidsgivers ledelse og kontroll. Det fremkommer ikke klart hvilken type ledelse og kontroll som kreves. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig at det er utøvd faktisk kontroll og ledelse, selv om det ikke er nedfelt en slik adgang for arbeidsgiver i kontrakten. Videre har man den motsatte situasjonen, der det er nedfelt i kontrakt at kontroll og ledelse kan utøves av arbeidsgiver, men arbeidsgiver ikke har gjort dette. Man får av den grunn et skille mellom faktisk og rettslig adgang til kontroll og ledelse.

I både *Avlaster 1* og *Avlaster 2* fremgikk det av kontraktene at avlasterne ikke var underlagt arbeidsgivers ledelse og kontroll i særlig grad.<sup>79</sup> I *Avlaster 1* foretar Høyesterett en vurdering av realitetene, og uttaler i avsnitt 47 at «det er vanskelig å se at A hadde større frihet til å styre sitt arbeid enn det som er typisk for arbeidstakere». Det konkluderes dermed i avsnitt 48 at det forelå et «avhengighets- og underordningsforhold». Det fremkommer derfor indirekte av *Avlaster 1* at det er tilstrekkelig at det er utøvd faktisk kontroll og ledelse.

Uttalelsene i *Avlaster 1* er imidlertid ikke nyskapende. At faktisk kontroll og ledelse er tilstrekkelig kunne man nok slutte fra både forarbeider og tidligere rettspraksis.<sup>80</sup> Av forarbeidene følger det nettopp at det avgjørende er om tilknytningen til arbeidsgiver «reelt sett» har karakter av et ansettelsesforhold.<sup>81</sup> For å oppnå en slik reell vurdering må momentet

---

<sup>76</sup> *Avlaster 2* avsnitt 72

<sup>77</sup> *Avlaster 2* avsnitt 72

<sup>78</sup> Hotvedt 2018 s 68-69

<sup>79</sup> *Avlaster 1* avsnitt 44 og *Avlaster 2* avsnitt 6

<sup>80</sup> Se Hotvedt 2018 s. 68-69

<sup>81</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005 s. 73 punkt 6.1.1 første avsnitt

også omfatte faktisk kontroll og ledelse. Videre fremkommer det av eksempelvis Rt. 2007 s. 1458 *Dykker* at faktisk ledelse og kontroll er tilstrekkelig, selv om det kun var inngått en muntlig avtale. I denne dommen kom Høyesterett frem til at dykkeren var arbeidstaker.<sup>82</sup>

Likevel er det først i *Avlaster 2* at Høyesterett uttrykkelig uttaler at det vil være tilstrekkelig med faktisk kontroll og ledelse. Det fremkommer av avsnitt 72 at kravene til kontroll og ledelse vil være oppfylt når avlasteren får «løpende instruksjoner [...] om gjennomføringen av arbeidsoppgavene». *Avlaster 2* bidrar derfor med å slå fast noe som man før bare kunne slutte indirekte fra forarbeider og tidligere rettspraksis.

Når det gjelder spørsmålet om rettslig adgang til kontroll og ledelse er tilstrekkelig, bidrar *Avlaster 2* til en avklaring. Det følger av avsnitt 65 det avgjørende ikke er hvorvidt det «rent faktisk utøves ledelse», men et spørsmål om arbeidsgiver har «rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll». Dette begrunnes først og fremst i at man kan lese direkte ut fra momentlisten at det er tilstrekkelig med en «plikt til»<sup>83</sup> å underordne seg arbeidsgivers ledelse og kontroll. Ettersom det begrunnes i momentlisten, er det dermed noe man har kunnet slutte seg til tidligere og, men uttalelsene slår det klart fast.

Videre begrunnes det i at hvis det kreves faktisk ledelse, ville det gitt et «lite robust arbeidstakerbegrep».<sup>84</sup> Man hadde åpnet for ulike vurderinger av tilsvarende stillinger, ettersom den ansattes erfaring og behov for ledelse kunne variere. Begrunnelsen tar altså sikte på at man skal sitte igjen med et arbeidstakerbegrep som er fleksibelt.

Hotvedt (2018) hevder imidlertid at begrunnelsen er uheldig. Det hadde vært mer presist å begrunne det i lovens verneformål. De som har behov for vern, skal bli vernet. Ved at man i utgangspunktet har en kontrakt som åpner for at arbeidsgiver kan kontrollere og lede arbeidet, har man et underordningsforhold. Kontrakten er et klart uttrykk for «maktubalanse og avhengighet». Det gjør at den i seg selv kan skape et behov for vern, selv om «maktpotensialet ikke er utnyttet».<sup>85</sup> Standpunktet er fornuftig, og får frem at man tidligere også kunne slutte det samme etter lovgivers intensjon om et verneformål.

---

<sup>82</sup> *Dykker* avsnitt 37

<sup>83</sup> *Avlaster 2* avsnitt 65

<sup>84</sup> *Avlaster 22* avsnitt 65

<sup>85</sup> Hotvedt 2018 s. 68



Det kan dermed sies at uttalelsene i *Avlaster 1* og 2 er med på å uttrykkelig slå fast at faktisk og rettslig adgang til kontroll og ledelse er tilstrekkelig. Uttalelsene bidrar derfor til en avklaring for noe som tidligere måtte bli sluttet mer indirekte fra forarbeider, rettspraksis og hensyn. Lagmannsretten legger til grunn det samme i den nyere dommen *Yrkesskade*.

Et annet aspekt ved momentet er at det kan se ut til at Høyesterett foretok en ulik slutning fra momentet i lignende tilfeller. I *Beredskapshjem* anerkjente Høyesterett at Bufetat til en viss grad kunne drive direkte styring. Dette fikk imidlertid kun begrenset vekt, og ikke nok til at momentet om kontroll og ledelse var oppfylt. Et beredskapshjems karakter og formål fikk avgjørende betydning.<sup>86</sup> I *Avlaster 1* var avlasteren underlagt familiens styring og en viss kontroll av kommunen.<sup>87</sup> Dette talte med tyngde for arbeidstakerforhold. Det ble ikke uttalt noe om karakter og formål med avlastning. Det var derfor to sakstilfeller med mulighet for styring, men kun i *Beredskapshjem* ble arbeidets karakter brukt som et argument mot å anse momentet om kontroll og ledelse som oppfylt.

Hotvedt (2018) stiller seg kritisk til dette. Det hevdes at Høyesterett trekker ulik slutning fra ett og samme moment, til tross for at *Avlaster 1* og *Beredskapshjem* har likheter. Det er heller ikke klart hvorfor Høyesterett kun trekker inn arbeidets karakter i *Beredskapshjem*.<sup>88</sup> Dommene etterlater derfor en uklarhet ved bruken av momentet kontroll og ledelse, og hvilken slutning som skal trekkes.

---

<sup>86</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 52-53.

<sup>87</sup> *Avlaster 1* avsnitt 47 og avsnitt 50

<sup>88</sup> Hotvedt 2018 s. 56-57

## 3.4 Arbeidsgiver står for arbeidsutstyr o.l.

### 3.4.1 Bruken av momentet i rettspraksis

Ved et arbeidsforhold er utgangspunktet at arbeidsgiver skal stå for utstyr og driftsmidler samt vedlikehold av disse. Dette henger naturlig med at det er arbeidsgiveren som har risiko for resultatet, og den som skal stå for utgiftene i arbeidsforholdet. Det motsatte vil være utgangspunktet for selvstendig oppdragstakere, som vanligvis må stå for utstyr og driftsmidler selv. Momentet trekker derfor som et utgangspunkt i retning av et arbeidstakerforhold hvis arbeidsgiver er ansvarlig for utstyr og driftsmidler.<sup>89</sup>

I *Avlaster 1* foregikk avlastningen i familiens hjem. Hjelpemidler som var nødvendig for arbeidet og utgifter avlasteren hadde i forbindelse med arbeidet ble også dekket av familien. Høyesterett kom frem til at dette trakk i retning av at det forelå et arbeidstakerforhold. Det er imidlertid ikke uttalt noe konkret om hvilken vekt momentet hadde i vurderingen.<sup>90</sup>

Det motsatte var tilfellet i *Beredskapshjem*. Der stilte beredskapsmoren sitt hjem til disposisjon. Høyesterett uttalte at dette med «tyngde trekker i retning av et oppdragsforhold».<sup>91</sup>

I *Avlaster 2* var imidlertid situasjonen at avlastningen foregikk i hjemmet til avlasteren. Selve avlastningsordningen hadde likhetstrekk med *Avlaster 1*. Det springende punkt var om det faktum at avlastningen foregikk i eget hjem måtte føre til en annen konklusjon enn i *Avlaster 1*. Høyesterett påpekte i avsnitt 76 at det ikke er avlastningsoppdragets kjerne at «B ved avlastningen oppholder seg i As bolig». Dette var tilfellet i *Beredskapshjem*.<sup>92</sup> Videre ble det uttalt i samme avsnitt at det hører til «helhetsvurderingen [...] å avgjøre hvilken betydning det skal ha at [avlasteren] stiller basen for omsorgstjenesten til rådighet».

I helhetsvurderingen kom retten frem til at avlasteren måtte anses for å være arbeidstaker. At avlastningen foregikk i avlasterens hjem kunne ikke «lede til at vurderingen må bli en annen enn i [Avlaster 1]».<sup>93</sup> Videre følger det at selv om avlasteren stilte sin bolig til disposisjon,

---

<sup>89</sup> Jakhelln 2007 s. 34-35

<sup>90</sup> *Avlaster 1* avsnitt 52

<sup>91</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 55

<sup>92</sup> *Avlaster 2* Avsnitt 75

<sup>93</sup> *Avlaster 2* avsnitt 80

kunne ikke dette «alene [...] gjøre tjenesten til et oppdragstakerforhold».<sup>94</sup> Momentets vekt fikk altså liten betydning i helhetsvurderingen.

I *Dykker* var det også slik at dykkeren stilte med arbeidsutstyr. Han stod for noe av dykkerutstyret, og hadde i tillegg bestilt enda mer dykkerutstyr. Retten uttalte at momentet ikke kan «tillegges avgjørende vekt» og at det ikke er uvanlig at arbeidstakere selv står for noe av utstyret.<sup>95</sup> Det ble imidlertid ikke begrunnet nærmere.

I underrettspraksis har lignende vurderinger vært lagt til grunn. Av *Sykkelbud* følger det at utgangspunktet er at arbeidstaker skal benytte seg av arbeidsgivers driftsmidler. I dommen var det imidlertid sykkelbudet som selv stilte med sykkel. Dette måtte i utgangspunktet trekke i retning av et oppdragsforhold. Det ble imidlertid påpekt at momentet ikke hadde stor vekt. En sykkel vil være en «relativt beskjeden investering» og momentet ville fått større vekt dersom det var tale om «utstyr av betydelig økonomisk omfang, f.eks. en bil».<sup>96</sup>

I *Yrkesskade* foregikk arbeidet i familiens hjem. Retten uttaler at det i utgangspunktet må trekke i retning av en selvstendig oppdragstaker. Det var imidlertid spesielle forhold i denne saken, ettersom arbeidsgiver betalte leie for deler av hjemmet. Momentet fikk derfor ikke særlig betydning.

### 3.4.2 Oppsummering

Gjennomgang av rettspraksis viser at momentet fungerer som et utgangspunkt i de mer klare tilfellene. Eksempelvis var det på det rene at det talte for et arbeidstakerforhold i *Avlaster 1* der familien stilte sitt hjem til disposisjon. På den andre siden talte momentet med «tyngde» for et oppdragsforhold i *Beredskapshjem* der eget hjem ble benyttet. Det samme utgangspunktet har også lagt til grunn i nyere underrettspraksis.<sup>97</sup>

Imidlertid viser *Avlaster 2* at momentet i realiteten ikke er mer enn et utgangspunkt. Sakens faktum hadde likhetstrekk med både *Avlaster 1* og *Beredskapshjem*, slik at momentet kom på spissen. At beredskapsmoren stilte sitt hjem til disposisjon kunne ikke «alene [...] gjøre

---

<sup>94</sup> *Avlaster 2* avsnitt 80

<sup>95</sup> *Dykker* avsnitt 38

<sup>96</sup> Se *Sykkelbud*.

<sup>97</sup> Det ble også uttalt i *Yrkesskade* at det å stille sitt eget hjem til disposisjon i utgangspunktet talte for oppdragsforhold. Det talte heller ikke for et arbeidsforhold i *Sykkelbud* at egen sykkel ble brukt

tjenesten til et oppdragstakerforhold».<sup>98</sup> Uttalelsen viser derfor hvordan momentet får svekket betydning i en helhetsvurdering der andre forhold taler for å anse det som et arbeidstakerforhold.

Det samme må sies å følge av *Dykker*. Til tross for at dykkeren selv stod for noe arbeidsutstyr, la retten ikke «avgjørende vekt» på dette.<sup>99</sup> Det ble og påpekt at det er vanlig at arbeidstakere selv står for noe utstyr. Selv om Høyesterett ikke begrunner dette nærmere i denne saken, må uttalelsene i den nyere *Avlaster 2* vise at momentet nettopp kun er et utgangspunkt. Andre forhold i *Dykker* tilsa at momentet fikk svekket betydning.

Momentet alene får av den grunn ikke en utslagsgivende betydning for om det skal anses som et arbeidstakerforhold eller oppdragsforhold. Det fremstår særlig som det avgjørende at momentet vil være underordnet spørsmålet om det foreligger et underordningsforhold. Herunder om det foreligger personlig arbeidsplikt, og om en er underlagt arbeidsgivers kontroll og ledelse.<sup>100</sup> Dette fremstår som naturlig da det er grunnleggende kjennetegn ved en arbeidsavtale.<sup>101</sup>

Dette er og lagt til grunn av Jakhelln. Det som kjennetegner et arbeidsforhold er at «arbeidstakers personlige arbeidskraft er undergitt arbeidsgivers instruksjons- og styringsrett».<sup>102</sup> Det bør derfor legges mer vekt på at disse momentene er til stede, og begrenset vekt på at arbeidstakeren selv står for driftsutstyr og vedlikehold.

Et særlig spørsmål som oppstår i tilknytning til momentet om driftsutstyr er momentets vekt i fremtiden. Den nyeste rettspraksisen om arbeidstakerbegrepet behandler momentet kun i tilknytning til omsorgstjenester. Dette gjelder også den nyeste underrettspraksisen. I disse tilfellene vil momentet i seg selv godt kunne fungere som veiledning i om det skal anses som et arbeidstakerforhold eller oppdragsforhold.

Det er imidlertid tatt til orde av Hotvedt (2018) at momentet ikke vil fungere godt som et kjennetegn på oppdragsforhold eller arbeidstakerforhold i fremtiden. Eksempelvis gjør teknologisk utvikling muligheten for bruk av hjemmekontor svært enkel. Arbeidsgiver vil i

---

<sup>98</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 80

<sup>99</sup> *Dykker* avsnitt 38

<sup>100</sup> Høyesterett presiserer i *Avlaster 2* avsnitt 63 at «blant de mange momentene vil spørsmålet om arbeidsgivers ledelse og kontroll stå særlig sentralt»

<sup>101</sup> Bekreftes og av Høyesterett i *Beredskapshjem* avsnitt 48

<sup>102</sup> Jakhelln 2007 s. 34-35

slike tilfeller ikke stå for arbeidsrom, slik at momentet isolert sett kunne trekke i retning av oppdragsforhold. Det gir ikke nødvendigvis riktig utfall i vurderingen.<sup>103</sup> De nyeste dommene er altså med på å avklare momentet spesielt i tilknytning til samme type arbeid, men momentets relevans i andre tilfeller er ikke like klar.

## 3.5 Risiko for arbeidsresultatet

### 3.5.1 Bruken av momentet i rettspraksis

Hvem som er ansvarlig for risikoen for arbeidsresultatet kan gi god veiledning i om man skal anses som arbeidstaker eller selvstendig oppdragstaker. Utgangspunktet er at selvstendige oppdragstakere skal sørge for å levere en tjeneste eller et bestemt resultat. Kontrakten vil derfor omhandle et resultat som skal bli levert. Arbeidstakere skal derimot kun stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver. De er ikke ansvarlig for å levere et bestemt resultat. Avtalen går kun ut på at arbeidstaker skal yte sin arbeidskraft mot vederlag. Av denne grunn er selvstendige oppdragstakere naturligvis også underlagt lite styring og har mer frihet i arbeidet.<sup>104</sup>

I rettspraksis har momentet vært brukt på flere måter. I *Avlaster I* påpekte Høyesterett at momentet om risiko for arbeidsresultatet ikke passer «godt der arbeidet går ut på en løpende omsorgsyttelse».<sup>105</sup> Til tross for at det ble uttalt at momentet ikke passer, valgte retten å slutte seg til lagmannsretten sin uttalelse. Lagmannsretten uttalte at det var mest nærliggende at kommunen bærer risikoen. Det er kommunen som er lovmessig pålagt å sørge for at avlastning finner sted. Videre ble det påpekt at en eventuell dårlig innsats av avlasteren ikke ville ført til lønnstrekk, men at hun ikke fikk ny kontrakt.

Tilsvarende synspunkt ble lagt til grunn i *Beredskapshjem*. Høyesterett uttalte at det er «usikkert» hva det er «naturlig å karakterisere som resultat i et løpende omsorgsforhold».<sup>106</sup> Det ble imidlertid påpekt at momentet kan trekke i begge retninger. Hvis man skal legge til grunn at Bufetat har en lovpålagt plikt til å sørge for beredskapshjemtilbud, vil ikke beredskapsmoren ha risikoen for resultatet. Om man derimot skal legge til grunn at det følger av kontrakten beredskapsmoren er forpliktet til å sørge for en «forsvarlig omsorgsbasis», vil

---

<sup>103</sup> Hotvedt 2018 s. 71

<sup>104</sup> Fougner mfl. 2013 s. 70-71

<sup>105</sup> *Avlaster I* avsnitt 53

<sup>106</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 57

hun ha risikoen for resultatet. Det ble avsluttet med å uttale at «avgrensningskriteriet «risikoen for resultatet» ga liten veiledning».<sup>107</sup>

I *Avlaster 2* blir det først i avsnitt 78 henvist til uttalelsene i *Avlaster 1* og *Beredskapshjem*. Det gjengis altså at momentet gir liten veiledning for omsorgsytelser, og at det er usikkert hva som vil være resultatet i slike tilfeller. Imidlertid ble det slått fast at Høyesterett i *Avlaster 1* kom frem til at «kommunen [...] bærer risikoen for avlastningstjenesten» på grunn av deres lovmessige plikt til å sørge for avlastning. Det ble deretter uttalt i avsnitt 79 at bedømmelsen ikke vil være annerledes dersom man skal knytte spørsmålet til den «risiko som brukerstyring skaper for terminering av avlastningsoppdraget, f.eks. på grunn av dårlig personkjemi».

Tilsvarende betraktninger som i de ovennevnte dommene, er lagt til grunn i den nyeste dommen fra lagmannsretten, *Yrkesskade*. Til tross for at det er usikkert hvorvidt den er rettskraftig, illustrerer den at momentet blir brukt på samme måte som i *Avlaster 1*. Lagmannsretten uttalte først at momentet ikke ga særlig veiledning i omsorgsforhold. Deretter ble det henvist til *Avlaster 1* for å slå fast at Bufetat var nærmest til å bære risikoen på grunn av deres lovmessige plikt til å tilby en slik omsorgstjeneste. Avslutningsvis poengterte lagmannsretten at momentet ikke var «særlig tungtveiende».<sup>108</sup>

For andre situasjoner enn omsorgstjenester, gir momentet klarere veiledning. *Dykker* illustrerer dette på en gode måte. Høyesterett gikk ikke inn på en nærmere begrunnelse, men slo kort fast at dykkeren fikk betalt for sin arbeidsinnsats og ikke for et resultat. Dette tilsa at det ikke var dykkeren som hadde risiko for resultatet. Det ble imidlertid ikke uttalt noe om momentets vekt.

Av underrettspraksis følger det og at momentet får likt utfall i de klarere sakene. Et eksempel er lagmannsrettsdommen *Sykkelbud*. Her slås det først fast at utgangspunktet for om man skal anses som arbeidstaker eller oppdragstaker er om «arbeidet blir utført på egen regning og risiko».<sup>109</sup> Deretter sees det hen til avtalen, hvor det var presisert at sykkelbudet selv ble ansvarlig dersom kunden ikke betalte for levering av pakken. Avtalen i seg selv pekte dermed i retning av at sykkelbudet hadde risikoen for resultatet. Realitetene i saken var imidlertid at

---

<sup>107</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 57

<sup>108</sup> Se *Yrkesskade*

<sup>109</sup> Se *Sykkelbud*.

arbeidsgiver var den som sto for innkreving av manglende betaling. Sykkelbudet hadde ikke noe med dette å gjøre.

### 3.5.2 Oppsummering

Gjennomgang av rettspraksis viser at momentet fungerer godt for grensedragningen der det er på det rene hvem som bærer risikoen for resultatet. Slik som for eksempel *Dykker*, der det var klart at arbeidsavtalen gikk ut på at han skulle stille sin arbeidskraft til disposisjon. Det samme fremkommer av *Sykelbud*, der det var klart at sakens realitet tilsa at arbeidsgiver selv var ansvarlig for manglende betaling fra kunder. Sykkelbudet hadde derfor ikke risiko for resultatet.

Motsetningsvis ser man at momentet gir lite veiledning i saker der det ikke passer like godt. Dette illustreres godt av *Avlaster 1*, *Beredskapshjem* og *Avlaster 2*. Dommene etterlater imidlertid en del spørsmål ved bruken av momentet i slike grensetilfeller.

Først og fremst fremstår det motstridende at det uttales i *Avlaster 1* at momentet ikke passer så godt, men likevel konkluderes med at kommunen er nærmest til å bære risikoen. Det samme gjøres i *Avlaster 2*, med en henvisning til *Avlaster 1*. Høyesterett uttalte ikke i noen av dommene hvilken vekt det skulle ha at kommunen var nærmest til å bære risikoen.

Man ser altså at det er uttalt at momentet ikke passer, men likevel går det inn på en vurdering av hvem som er nærmest til å bære risikoen. Dette kan tyde på at Høyesterett nærmest føler seg bundet av momentlisten, og derfor foretar en noe unaturlig/presset vurdering. Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt dette i realiteten skaper mer uklarhet, enn det er med på å bidra til en klargjøring. Videre gir det mer uklarhet at det ikke er uttalt noe eksplisitt om momentets vekt, selv om det er konkludert med at kommunen er nærmest til å bære risikoen. Hotvedt (2018) støtter også denne tilnærmingen, og begrunner det i blant annet bruken av momentet om risiko i *Avlaster 1*. Det er tatt til orde at det er et «paradoks at [moment]listen nærmest tas for gitt, samtidig som det erkjennes at momentene gir lite veiledning».<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Hotvedt 2018 s.72

## 3.6 Vederlag

### 3.6.1 Bruken av momentet i rettspraksis

Måten vederlag utbetales på kan gi veiledning i hvorvidt er et arbeidstakerforhold eller oppdragsforhold. Arbeidstakere får i utgangspunktet periodiske vederlag, imens selvstendige oppdragstakere vanligvis får en engangsutbetaling. Dette fungerer som en indikator på at man får betalt for sin arbeidskraft i et arbeidstakerforhold, og arbeidsresultatet i oppdragsforhold.<sup>111</sup>

I *Avlaster 1* fikk avlasteren «lønn hver måned basert på innleverte timelister».<sup>112</sup> Høyesterett konkluderer med at dette trekker i retning av et arbeidstakerforhold.<sup>113</sup>

På den andre siden fikk ikke momentet særlig betydning i *Beredskapshjem*. Det ble først uttalt at momentet om vederlag ikke er «særlig avklarende». Beredskapsmoren fikk vederlag for sitt arbeid. Det bestod i en godtgjøring den 12. hver måned som var delt i like store beløp. Høyesterett slo fast at også oppdragstakere kan motta vederlag på denne måten. Momentet kunne derfor «vanskelig tillegges særlig vekt for avgrensningen».<sup>114</sup> Mindretallet var imidlertid uenig i dette, og mente at slik godtgjøring ikke skiller seg fra vederlag i en eller annen form for lønn. Oppgjørsformen måtte derfor i følge mindretallet tale for et arbeidstakerforhold.

I *Avlaster 2* hadde vederlagsformen likhetstrekk med *Avlaster 1*. Det fremgår av Høyesterett sin redegjørelse for sakens faktum at avlasteren ble timelønnet for 20 timer arbeid i måneden.<sup>115</sup> I *Avlaster 2* ble imidlertid momentet ikke behandlet i den konkrete vurderingen, slik som det ble gjort i *Avlaster 1*.<sup>116</sup>

I *Dykker* var utbetalingsmåten typisk for hvordan den er for selvstendig oppdragstakere. Dykkeren var blant annet registrert som et enkeltmannsforetak, det ble ikke trukket skatt og arbeidsforholdet var ikke registrert i arbeidstakerregisteret. Høyesterett kom frem til at dette pekte klart i retning av et oppdragsforhold. Imidlertid ble det presisert at dette ikke «alene [...] kan være avgjørende for hvordan forholdet skal klassifiseres [...] dersom faktum viser at det

---

<sup>111</sup> Fougner mfl. 2013 s. 70

<sup>112</sup> *Avlaster 1* avsnitt 54

<sup>113</sup> *Avlaster 1* avsnitt 54

<sup>114</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 58

<sup>115</sup> *Avlaster 2* avsnitt 9

<sup>116</sup> *Avlaster 2* avsnitt 67-80 sml. *Avlaster 1* avsnitt 54



reelt sett forelå et ansettelsesforhold». <sup>117</sup> Det avgjørende i dommen var at dykkeren blant annet var underlagt styring og personlig arbeidsplikt, slik at han reelt sett var arbeidstaker. <sup>118</sup>

Av underrettspraksis kan *Sykkelbud* brukes som illustrasjon. Ifølge kontrakten skulle sykkelbudet sende faktura til firmaet med krav om 65 % av inntektene. Sykkelbudet skulle sende fakturaer to ganger i måneden, og få utbetalt pengene innen 14 dager. Denne oppgjørsformen talte i seg selv for å anse sykkelbudet som oppdragstaker. Lagmannsretten så imidlertid på realitetene. Sykkelbudet sendte inn fakturaer basert på lister som var utviklet av firmaet, noe som dermed hadde en funksjon som timelister. Det ble derfor konkludert med at sakens realitet tilsa at det var et arbeidstakerforhold. <sup>119</sup>

### 3.6.2 Oppsummering

Av *Avlaster 1* og *Sykkelbud* ser man at momentet vil trekke i retning av arbeidstakerforhold der vederlaget tilsier en form for lønn. Både avlasteren og sykkelbudet mottok vederlag som i realiteten var en form for timebasert lønn utbetalt månedlig. Det er imidlertid ikke uttalt noe om momentets vekt der det har talt for arbeidstakerforhold. Det kan likevel slutes av *Dykker*, der oppgjørsmåten tilsa et oppdragsforhold, at momentet ikke «alene kan være avgjørende». <sup>120</sup> De andre momentene fikk avgjørende betydning, og da særlig styring og personlig arbeidsplikt. Dette er og i tråd med at forarbeidene uttaler at momentene kun er en «rettesnor for vurderingen». <sup>121</sup>

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor momentet ikke er nærmere kommentert i *Avlaster 2*. Det kan mulig begrunnes i at Høyesterett i avsnitt 68 påpeker at sakstilfellet ligner *Avlaster 1*, og at bedømmelsen derfor kun skal «omhandle de punkter som ut fra faktum påkaller særlig oppmerksomhet». Det fremstår derfor som om det tas for gitt at momentet er oppfylt når avlasteren også her mottok timelønn slik som i *Avlaster 1*.

I *Beredskapshjem* ser man imidlertid at Høyesterett erkjenner at momentet ikke er «særlig veiledende». At beredskapsmoren mottok godtgjøring på en fast dato i måneden, kunne «vanskelig tillegges vekt for avgrensningen». <sup>122</sup> Det ble begrunnet med at også oppdragstakere kan få vederlag på en slik måte. Hotvedt (2016) hevder denne slutningen er

---

<sup>117</sup> *Dykker* avsnitt 36

<sup>118</sup> *Dykker* avsnitt 37

<sup>119</sup> Se *Sykkelbud*.

<sup>120</sup> *Dykker* avsnitt 36

<sup>121</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 punkt 6.1.1 fjerde avsnitt

<sup>122</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 58

uheldig. Det er lite som skiller vederlagsformen i *Avlaster 1* og *Beredskapshjem*. Begge mottok et lønnsliknende vederlag på en fast dato i måneden, men momentet talte kun for arbeidstakerforhold i *Avlaster 1*. Når det ikke er gått nærmere inn på begrunnelsen for dette etterlater dommen uklarerheter.<sup>123</sup> Mindretallets syn viser også at dette var problematisk. Videre får man heller ikke nærmere avklaring om momentet i *Avlaster 2* når momentet ikke behandles eksplisitt.

Det påpekes derimot i *Beredskapshjem* at godtgjøring på en fast dato i måneden også kan være vanlig for oppdragstakere. Dette er i tråd med Fougner sin begrunnelse for å anse momentet som lite egnet for grensedragningen. Vederlaget kan bestå i en mellomform som gjør at det kan oppstå tvil om hvorvidt momentet skal trekke i retning av et arbeidsforhold eller et oppdragsforhold. Eksempelvis vil arbeidstakere kunne ha ulike former for akkord, provisjon og bonusordninger. Dette kan tilsi at man blir betalt for resultatet, og ikke selve arbeidskraften. På den andre siden blir medgått tid brukt som en faktor ved fastsettelse av vederlaget for oppdragstakere. Det kan igjen tilsi at oppdragstakere ikke blir betalt kun for resultatet, men også for sin arbeidskraft. Man ser altså at det vil kunne være flytende grenser, og at momentet derfor kan trekke i begge retninger.<sup>124</sup>

Gjennomgang av rettspraksis viser at momentets betydning er noe uklar. I utgangspunktet trekker det i retning av at det foreligger et arbeidstakerforhold ved lønnsliknende vederlag, men slutningen i *Beredskapshjem* er med på å skape uklarerheter. Fougner sin begrunnelse for å anse momentet som lite veiledende kan sies å ha mye for seg.

---

<sup>123</sup> Hotvedt 2016 s. 352

<sup>124</sup> Fougner mfl. 2013 s. 70

## 3.7 Tilknytningsforholdet

### 3.7.1 Bruken av momentet i rettspraksis

I forarbeidene er det lagt til grunn at et noenlunde stabilt tilknytningsforhold taler for at man er arbeidstaker. Videre er det sentralt om det er oppsigelig med bestemte frister. Momentet er med på å trekke grensen mot oppdragstakere på to måter.

For det første vil stabilitet i tilknytningsforholdet kunne trekke grensen mot de mer tilfeldige og uregelmessige oppdragene.<sup>125</sup> For det andre vil eksistensen av en oppsigelsesfrist få frem det avgjørende ved avtalen. Ved at det ikke er avtalt oppsigelsesfrist, vil det sentrale være at et bestemt arbeidsresultat skal bli levert. Motsetningsvis vil det sentrale være personens arbeidskraft hvis arbeidet ikke skal opphøre før en eventuell oppsigelse.<sup>126</sup>

I *Avlaster 1* pågikk avlastningen først sommeren 2008, og deretter fra januar 2009 til august 2010. Et oppholdt på to måneder og totalt fire kontrakter hadde ikke betydning. Dette ble ansett for å være av «stabil karakter». Videre ble det påpekt at kontraktene kunne sies opp med en måneds varsel, men opphøre dersom det ikke var behov for avlastning mer. Dette «kunne kanskje tilsi at det sjette kriteriet ikke fullt ut er oppfylt». Høyesterett sa imidlertid at det også kan sees på som et eksempel på at «avlastere [...] er i en utsatt posisjon».<sup>127</sup> Høyesterett konkluderte her med at momentet talte for at det forelå et arbeidsforhold.

I *Beredskapshjem* trakk også momentet i retning av et arbeidstakerforhold. Det var stabilt med en varighet på fem år. I tillegg var det oppsigelig med en bestemt frist. Høyesterett påpekte at selv om også oppdragsforhold kan løpe over lang tid, talte det for å anse beredskapsmoren som arbeidstaker.<sup>128</sup>

I *Avlaster 2* er derimot ikke momentet behandlet i den konkrete vurderingen. Dette til tross for at det følger av redegjørelsen for faktum at det var inngått flere avtaler med varighet på to år.<sup>129</sup> I tillegg var det en gjensidig oppsigelsesfrist på én måned.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> Fougner mfl. 2013 s. 68

<sup>126</sup> Fougner mfl. 2013 s. 74

<sup>127</sup> *Avlaster 1* avsnitt 55

<sup>128</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 59

<sup>129</sup> *Avlaster 2* avsnitt 5

<sup>130</sup> *Avlaster 2* avsnitt 11

Av underrettspraksis kan *Sykkelbud* illustrere bruken av momentet. Lagmannsretten påpekte at til tross for at budet kunne bli sagt opp på kort varsel, var det sentrale at «opplegget tok sikte på et arbeid over lengre tid».<sup>131</sup> Det var ikke «knyttet til ferdigstillelse av et konkret oppdrag».<sup>132</sup> Dette skiller seg fra oppdragstakere som skal «fullføre et bestemt definert arbeid»<sup>133</sup> og som avsluttes når arbeidet er utført. Det ble imidlertid ikke uttalt noe utover dette om momentets betydning i avveiningen.

### 3.7.2 Oppsummering

Av *Beredskapshjem* ser man at momentet trekker i retning av et arbeidstakerforhold når det er på det rene at forholdet er stabilt og det foreligger en oppsigelsesfrist. Det er imidlertid ikke uttalt noe om momentets vekt i avveiningen.

I *Avlaster 1* trakk imidlertid ikke momentet helt klart i retning av et arbeidstakerforhold. Arbeidet kunne opphøre dersom behovet for avlastning ikke forelå mer. Høyesterett lot likevel momentet trekke i retning av et arbeidstakerforhold. Dette ble begrunnet med at avlastere var i en «utsatt posisjon».<sup>134</sup> Det ser ut til at Høyesterett dermed trekker inn verneformål i vurderingen. Det sentrale er at avlastere har behov for vern, selv om momentet «ikke fullt ut er oppfylt».<sup>135</sup> Hotvedt (2018) hevder dette viser at Høyesterett erkjenner at løse tilknytningsforhold vil kunne gi et avhengighetsforhold og vernebehov. I de situasjoner der det ikke foreligger oppsigelsesfrist eller særlig stabilitet, vil det derfor likevel kunne trekke i retning av et arbeidstakerforhold.<sup>136</sup>

I *Avlaster 2* er ikke momentet behandlet. Begrunnelsen for å ikke behandle momentet om vederlag anses også for å gjøre seg gjeldende her.<sup>137</sup> Likheten i sakene gjorde at momentet ikke «påkal[te] særlig oppmerksomhet».<sup>138</sup>

I likhet med situasjonen i *Avlaster 2* kunne sykkelbudet i *Sykkelbud* bli oppsagt på kort tid. Lagmannsretten påpekte imidlertid at det sentrale var at arbeidet skulle pågå over en viss tid.

---

<sup>131</sup> *Sykkelbud*

<sup>132</sup> *Sykkelbud*

<sup>133</sup> *Sykkelbud*

<sup>134</sup> *Avlaster 1* avsnitt 55

<sup>135</sup> *Avlaster 1* avsnitt 55

<sup>136</sup> Hotvedt 2018 s. 71

<sup>137</sup> Se punkt 3.6.2

<sup>138</sup> *Avlaster 2* avsnitt 65

Dette indikerer at arbeidskraften var det sentrale ved avtalen. Det er igjen med på å skape et avhengighetsforhold og vernebehov.

Det kan derfor spørres om momentet i realiteten gir liten eller ingen veiledning. Dersom også løse tilknytningsforhold er med på å skape et avhengighetsforhold og vernebehov, blir det vanskelig å bruke momentet i grensetilfeller. Det avgjørende må være om tilknytningsforholdet i seg selv skaper et behov for vern etter arbeidsmiljøloven. Dette er og i tråd med at arbeidstakerbegrepet skal tolkes vidt.<sup>139</sup>

Et annet interessant aspekt ved momentet er forholdet til midlertidige ansettelse. Utgangspunktet etter aml. § 14- 9 (1) er man skal ansettes fast. Av aml. § 14-9 bokstav a til f følger det imidlertid at det kan foretas midlertidige ansettelse. Begrunnelsen for å tillate midlertidige ansettelse er å sikre arbeidsgiver effektivitet og fleksibilitet.

Det er likevel ikke klart at momentet om stabilt tilknytningsforhold gir veiledning ved midlertidig ansettelse. Momentlisten ble utarbeidet i 1940<sup>140</sup> da arbeidslivet var preget av faste ansettelse. I dag benyttes midlertidige ansettelse i stor utstrekning. Dersom man skal legge til grunn momentet i avgrensningen vil denne gruppen i stor grad bli ansett som oppdragstakere. Det kan begrunnes i at midlertidig ansettelse har et tilfeldig og uregelmessig preg ved at de er ansatt for en bestemt tidsperiode. Videre vil det tyde på at arbeidsresultatet er det sentrale når midlertidige ansettelse avsluttes når et bestemt arbeid er utført, for eksempel fordi arbeidet har en midlertidig karakter. Dette viser hvordan momentet ikke nødvendigvis fungerer som et kjennetegn på et arbeidsforhold i dag.

---

<sup>139</sup> *Tupperware* på s. 1048

<sup>140</sup> Se punkt 2.2 Momentene ble i stor grad allerede presentert i forarbeidene til ferieloven av 1947

## 3.8 Hovedsakelig arbeid for én oppdragsgiver

### 3.8.1 Bruken av momentet i rettspraksis

Å arbeide hovedsakelig for én oppdragsgiver vil trekke i retning av at det foreligger et arbeidstakerforhold. Dette begrunnes med at det får frem hvordan vedkommende kommer i et økonomisk avhengighetsforhold overfor arbeidsgiver. Når at det foreligger et slikt avhengighetsforhold øker behovet for arbeidsmiljølovens vern. På den andre siden vil utgangspunktet være at man er oppdragstaker når man arbeider for flere. Da vil det ikke foreligge et tilsvarende økonomisk avhengighetsforhold slik som i tilfeller arbeides for en. Behovet for vern er derfor ikke like fremtredende.<sup>141</sup>

I *Avlaster 1* hadde avlasteren flere stillinger ved siden av å arbeide for Oslo kommune. Hun jobbet for familien gjennom en egen kontrakt. I tillegg var hun ansatt som miljøarbeider og støttekontakt ved flyktningkontoret i en annen kommune. Videre var hun også student. Høyesterett uttalte at momentet derfor ikke kunne være en «sterk støtte for at hun var arbeidstaker».<sup>142</sup> Det ble imidlertid påpekt at «momentet heller ikke veie[r] særlig tungt i motsatt retning».<sup>143</sup>

I *Beredskapshjem* var det klarere hvilken retning momentet trakk. Det fulgte av kontrakten at beredskapsmoren ikke kunne ta «annet inntektsgivende arbeid eller [...] andre oppdrag», dersom hun ikke fikk godkjenning av Bufetat. Momentet trakk derfor «isolert sett» i retning av et arbeidsforhold.<sup>144</sup>

I *Avlaster 2* arbeidet avlasteren i flere stillinger hos Ålesund kommune. Det var samme kommune som stod ansvarlig for avlastningen. De andre stillingene var blant annet i barnehage og skole, og hun arbeidet også der med vedkommende hun var avlaster for.<sup>145</sup> Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til hvilken betydning dette skulle få i den konkrete vurderingen.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> Fougner mfl. 2013 s. 68

<sup>142</sup> *Avlaster 1* avsnitt 56

<sup>143</sup> *Avlaster 1* avsnitt 56

<sup>144</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 60

<sup>145</sup> *Avlaster 2* avsnitt 3

<sup>146</sup> *Avlaster 2* avsnitt 67-80

### 3.8.2 Oppsummering

Gjennomgang av rettspraksis viser at utgangspunktet er klart. Ved arbeid for hovedsakelig en oppdragsgiver vil det trekke i retning av et arbeidsforhold. Motsetningsvis vil arbeid for flere oppdragsgivere normalt trekke i retning av et oppdragsforhold. Dette kan sluttet ut fra både *Beredskapshjem* og *Avlaster 1*. I *Beredskapshjem* trakk det i retning av et arbeidsforhold når beredskapsmoren kun arbeidet for Bufetat. I *Avlaster 1* var derimot momentet ikke en «sterk støtte» for å anse avlasteren som arbeidstaker når hun hadde flere stillinger og var student, med andre ord hadde flere oppdragsgivere.

Likevel viser *Avlaster 1* at momentets vekt fremstår som liten i avveiningen. Til tross for at avlasteren hadde flere stillinger, og dette ikke var en «sterk støtte» for å anse henne som en arbeidstaker, kunne det heller ikke «veie særlig tungt» for å anse henne som oppdragstaker. Uttalelsene taler for å tillegge momentet lite avgjørende vekt i helhetsvurderingen.

Videre er et annet aspekt ved momentets vekt drøftet av Fougner mfl. Spørsmålet gjelder hvilken vekt momentet skal få ved en avtale som gir rett til å arbeide for flere oppdragsgivere. Dette spørsmålet kom ikke på spissen i verken *Avlaster 1* eller *Beredskapshjem*. I *Beredskapshjem* ga avtalen for eksempel ikke rett til å arbeide for flere. Det er likevel et sentralt spørsmål for å avklare momentets vekt i atypiske situasjoner.

Fougner mfl. argumenterer for at momentet også kan trekke i retning av et arbeidsforhold når man etter avtalen har rett til å ha flere oppdragsgivere. Dette strider mot utgangspunktet om at rett til arbeid for flere oppdragsgivere taler for et oppdragsforhold. Argumentet til Fougner mfl. er imidlertid velbegrunnet. En person som er ansatt i en fulltidsstilling har ikke i realiteten muligheten til å arbeide for flere oppdragsgivere. Det økonomiske avhengighetsforholdet vil derfor bli like stort som der man formelt sett ikke kan ha flere oppdragsgivere. Momentet bør da i like stor grad tale for et arbeidsforhold som i *Beredskapshjem* der beredskapsmoren ikke hadde rett til å arbeide for flere. Dette aspektet kommer ikke klart frem av verken momentlisten eller rettspraksis, men lovens formål tilsier at en slik slutning fra momentet bør legges til grunn.<sup>147</sup>

Momentet ble heller ikke behandlet i *Avlaster 2*. I likhet med momentene om vederlag og tilknytningsforhold.<sup>148</sup> Avlasteren i *Avlaster 2* arbeidet i flere stillinger for samme

---

<sup>147</sup> Fougner mfl. 2013 s. 68

<sup>148</sup> Se begrunnelsen i 3.6.2 om vederlag

oppdragsgiver, Ålesund Kommune. I stillingene var hun ansvarlig for vedkommende hun var avlaster for. Det fremstår som Høyesterett tar for gitt at momentet derfor er oppfylt, uten at det kommenteres nærmere.

Et annet relevant spørsmål ved bruken av momentet er forholdet til deltidsansettelse. I dag er arbeidslivet preget av et stort antall deltidsstillinger. I motsetning til en fulltidsstilling, gir deltid mulighet til å kombinere flere stillinger. Deltidsansatte vil av den grunn kunne arbeide for flere oppdragsgivere samtidig. Dette var for eksempel tilfellet i *Avlaster 2*. Momentlisten ble imidlertid utarbeidet etter kjennetegn ved arbeidsforhold på 1940-tallet.<sup>149</sup> På denne tiden var fulltidsstillinger det primære. Momentet tar derfor ikke hensyn til dagens arbeidsliv med deltidsstillinger. Av denne grunn kan det hevdes at momentet vil gi lite veiledning til avgrensningen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere i dag.

Samlet sett fremstår momentet om arbeid for en oppdragsgiver som et utgangspunkt. Dette kan legges til grunn etter *Avlaster 1* og *Beredskapshjem*. Imidlertid viser *Avlaster 1* at momentets vekt i arbeidsdiskvalifiserende retning vil være liten.

---

<sup>149</sup> Se punkt 2.2 Momentene ble i stor grad allerede presentert i forarbeidene til ferieloven av 1947



## 4 Andre forhold

Som sett i punkt 3.1.1 gjengir blant annet *Avlaster 1*, *Beredskapshjem* og *Avlaster 2* uttalelsene i forarbeidene om at momentlisten ikke er uttømmende. Det skal være en helhetsvurdering der «andre forhold også kan komme inn med atskillig tyngde».<sup>150</sup> Dette gjør at vurderingen ikke er en «mekanisk anvendelse av momentene».<sup>151</sup> I det videre sees det på hvilke andre forhold som har vært drøftet i nyere rettspraksis.

I *Beredskapshjem* ga ikke momentlisten særlig veiledning. Momentene trakk i begge retninger, slik at det var vanskelig å konkludere med hvorvidt beredskapsmoren var arbeidstaker eller oppdragstaker med grunnlag i momentlisten. Høyesterett måtte derfor konkludere basert på andre forhold enn de som fremkommer direkte av momentlisten. Det avgjørende ble oppdragets karakter:

*«Når jeg har blitt stående ved at C er oppdragstaker, skyldes det særlig at oppdraget etter sin karakter skiller seg markert fra ordinære arbeidsforhold.*

*Fosterhjemsoppdrag kan utvilsomt være meget krevende og fordre betydelig innsats. Men kjernen i oppdraget er å stille til rådighet er hjem hvor fosterbarnet så lagt som mulig skal være som et familiemedlem. En slik oppgave skiller seg i sine grunntrekk klart fra hva som naturlig kan karakteriseres som «arbeid i en annens tjeneste.»<sup>152</sup>*

*Beredskapshjem* viser derfor hvordan andre forhold enn momentlisten kan få avgjørende betydning. Dette synes spesielt å være tilfelle ettersom Høyesterett erkjenner at momentlisten ga lite veiledning i saken.

I *Avlaster 2* ble andre forhold enn selve momentlisten også drøftet. Kommunen anførte at det å anse avlasteren som arbeidstaker, ville få negative konsekvenser for avlasterordningen. Dette ble begrunnet i at den form for brukerstyring som avlastningen legger opp til, vil vanskelig kunne forenes med arbeidstakerrettigheter. Det ble blant annet påpekt at grensene for arbeidstid etter arbeidsmiljøloven ville stenge for fleksible ordninger. Høyesterett lot imidlertid ikke dette få avgjørende betydning. Dersom dette skulle være hindringen for å konstatere et arbeidstakerforhold, ville konklusjonen i realiteten være basert på at avlasteren fikk et for sterkt vern etter arbeidsmiljøloven. Det ville vært uakseptabelt av «prinsipielle

---

<sup>150</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 46

<sup>151</sup> *Avlaster 1* avsnitt 57

<sup>152</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 62

grunner».<sup>153</sup> Det ser dermed ut at til at Høyesterett legger stor vekt på formålsbetraktninger. Lovgivers intensjon er at de som har behov for vern etter arbeidsmiljøloven skal bli vernet. I dommen var det på det rene at avlasteren var underlagt personlig arbeidsplikt og styring, og dette skaper et vernebehov.<sup>154</sup>

I juridisk teori er også andre konkrete forhold enn momentene fremhevet. Fougner mfl. tar blant annet opp organisasjonssynpunktet. Når arbeidsgiver er den som stiller en organisasjon til rådighet; herunder virksomhet og personale, for å løse en oppgave, trekker det i retning av et arbeidsforhold. Forholdet kan sies å ha likhetstrekk med momentet om driftsutstyr. Organisasjonssynpunktet er likevel mer omfattende, fordi det også trekker inn personalet.<sup>155</sup>

I *Sceneinstruktør* tilla Høyesterett organisasjonssynpunktet vekt. Det ble presisert at:

*«Retten legger [...] vesentlig vekt på at arbeidet utføres i arbeidsgiverens virksomhet og arbeidet utføres på theaterets arbeidsplass som er knyttet fast sammen med theaterets personale for å frembringe det ferdige produkt.»<sup>156</sup>*

Samtidig trekker Fougner mfl. inn forholdet til offentlige myndigheter. Dette begrunnes i at hvis det foreligger et arbeidstakerforhold, må arbeidsgiver blant annet gi melding til «trygdens organer om ansettelse».<sup>157</sup> Nyere rettspraksis fokuserer ikke på dette. Et annet forhold som er trukket inn er partenes klassifisering av avtalen. Dette kan fungere som et utgangspunkt for vurderingen, selv om lovgivningen er preseptorisk. I den nyeste rettspraksisen er det imidlertid lite som tyder på at det i det hele tatt blir sett på som et utgangspunkt i vurderingen. Det avgjørende er at lovgivningen preseptorisk.<sup>158</sup>

Oppsummert ser man derfor at nyere rettspraksis i liten grad vektlegger andre forhold enn momentene. *Beredskapshjem* er et unntak der sakens karakter fikk avgjørende betydning når momentene ikke ga veiledning. Videre ser det ut til at Høyesterett i nyere rettspraksis ikke legger særlig vekt på forhold som juridisk teori trekker inn som relevante. Det er kun momentlisten som er hovedfokus. Det bidrar imidlertid til fleksibilitet at momentlisten ikke er uttømmende, og at andre forhold kan få betydning dersom er behov for det.

---

<sup>153</sup> *Avlaster 1* avsnitt 60

<sup>154</sup> Hotvedt 2016 s. 398 omtaler dette som hensynet til det offentlige

<sup>155</sup> Fougner mfl. 2013 s. 69

<sup>156</sup> *Sceneinstruktør* s. 1236

<sup>157</sup> Fougner mfl. 2013 s. 73

<sup>158</sup> *Avlaster 1* avsnitt 37, *Beredskapshjem* avsnitt 44 og *Avlaster 2* avsnitt 56

## 5 Avsluttende refleksjoner

Samlet sett ser man at avgrensningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere er en helhetsvurdering der rettspraksis i stor grad følger momentlisten. De syv momentene drøftes hovedsakelig i alle dommene, mens andre forhold trekkes i liten grad inn. Videre viser rettspraksis at to momenter blir tillagt avgjørende vekt i avgrensningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere. Disse to momentene er personlig arbeidsplikt samt kontroll og ledelse.

I *Avlaster 1* trakk den personlige arbeidsplikten sterkt i retning av at det forelå et arbeidsforhold. Videre talte momentet om kontroll og ledelse med tyngde for å anse avlasteren som arbeidstaker. Høyesterett drøftet de øvrige momentene, men de trakk enten i samme retning eller ikke tungt i motsatt retning. Personlig arbeidsplikt samt kontroll og ledelse var derfor de utslagsgivende momentene for å anse avlasteren som arbeidstaker.<sup>159</sup>

Det samme kan sies å følge av *Avlaster 2*. Til tross for at avlastningen foregikk i eget hjem, kunne ikke det endre karakteren av et arbeidsforhold. Høyesterett uttalte at momentet kontroll og ledelse stod «særlig sentralt» i vurderingen. Personlig arbeidsplikt trakk på grunn av likhetene til *Avlaster 1* også i retning av et arbeidsforhold. Disse to momentene fikk derfor avgjørende betydning for konklusjonen.

Av forarbeidene følger det at sentrale kjennetegn ved en arbeidsavtale er arbeidstakerens avhengige stilling overfor arbeidsgiveren. Videre fremheves styringsretten som et sentralt kjennetegn.<sup>160</sup> Personlig arbeidsplikt og kontroll og ledelse vil være gode indikatorer på om dette foreligger. Det er imidlertid en svakhet ved momentlisten at dette kun fremkommer indirekte. Momentene kjennetegner nettopp det sentrale ved en arbeidsavtale; om det foreligger et avhengighets- og underordningsforhold.

Rettspraksis gir støtte for at det er avgjørende om det foreligger et avhengighets- og underordningsforhold. Av denne grunn vil momentet om kontroll og ledelse, samt momentet om personlig arbeidsplikt ha stor betydning. De andre momentene ser ut til å være underordnet disse, og bli tillagt mindre vekt i helhetsvurderingen. Videre får formålsbetraktninger stor betydning i avveiningen når det legges til grunn at «lovgivers

---

<sup>159</sup> Hotvedt 2016 s. 379

<sup>160</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

intensjon er at de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven [...] blir vernet».<sup>161</sup> Det er en svakhet at dette ikke fremkommer klarere av forarbeidene.

Samtidig har rettspraksis bidratt til presisering i tilknytning til bruken av momentene, det gjelder spesielt kontroll og ledelse. Det kan for eksempel slutes direkte fra *Avlaster 2* at faktisk og rettslig adgang til kontroll og ledelse er tilstrekkelig. Dette kunne man tidligere bare slutte indirekte fra forarbeider, rettspraksis og hensyn. Samtidig bidrar generelle uttalelser i *Avlaster 2* med å slå fast at også andre enn arbeidsgiveren selv kan utøve kontroll og ledelse.

På den andre siden illustrerer *Beredskapshjem* hvordan momentlisten ikke nødvendigvis alltid passer like godt. Det ble uttalt at flere av momentene ga liten veiledning i saken. Av den grunn ble det lagt avgjørende vekt på at oppdragets karakter skilte seg adskillig ut fra et ordinært arbeidsforhold. Momentlisten er derfor fleksibel ved at den ikke er uttømmende, og fordi andre forhold kan tillegges vekt.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvorfor Høyesterett velger å følge momentlisten tilnærmet slavisk, selv om de ved flere tilfeller erkjenner at den gir liten veiledning. Dette gjelder særlig i tilknytning til momentet om risiko for arbeidsresultatet. De nyeste dommene viser at vurderingen nå er tettere knyttet opp til momentlisten, enn den har vært i tidligere rettspraksis.<sup>162</sup>

Hotvedt (2018) har tatt til orde for at Høyesterett heller bør stille seg friere til momentlisten, og foreta en mer løsrevet helhetsvurdering der personlig arbeidsplikt og styring blir sentrale momenter. Unntak kan imidlertid tilsi at momentene ikke skal få avgjørende betydning etter en rimelighetsvurdering. For det første vil en formålsoverordnet tilnærming fungere som en sikkerhetsventil for vurderingen «slik at det kan tenkes at andre forhold [enn personlig arbeidsplikt og styring] kan skape et avhengighetspreg og behov for [...] vern».<sup>163</sup> For det andre vil rimelighet kunne tilsi at man ikke skal legge til grunn arbeidstakerstatus selv om det foreligger personlig arbeidsplikt og styring. Eksempelvis ble oppdragets karakter avgjørende

---

<sup>161</sup> *Avlaster 2* avsnitt 60

<sup>162</sup> Se for eksempel Rt. 1958 s. 1229 *Sceneinstruktør* der Høyesterett stilte seg friere til momentene i forarbeidene til ferieloven. Se videre punkt 2.2 om forholdet mellom momentene i arbeidsmiljøloven og ferieloven

<sup>163</sup> Hotvedt 2018 s. 71

for konklusjonen i *Beredskapshjem*, til tross for at det var en form for personlig arbeidsplikt og styring.<sup>164</sup>

Videre kan momentlistens aktualitet i dagens arbeidsliv diskuteres. Momentene ble utarbeidet etter hva som kjennetegnet et arbeidsforhold på 1940-tallet.<sup>165</sup> Noen av momentene passer derfor ikke like godt i dag. Deltidsstillinger og midlertidige ansettelse gjør at momentene om arbeid for én oppdragsgiver og stabilt tilknytningsforhold gir lite veiledning. Det samme kan sies om momentet om driftsutstyr. Arbeidsgiver er ikke nødvendigvis den som stiller arbeidsrom til disposisjon når teknologi gjør at arbeidet kan utføres flere steder.<sup>166</sup>

Den 30. mai 2018 utløp ankefristen i *Yrkesskade*. Dersom saken blir anket og Høyesterett tillater anken fremmet, blir det interessant å se hvordan vurderingen vil fortone seg. Faktum har likhetstrekk til både *Avlaster 1*, *Beredskapshjem* og *Avlaster 2*. I punkt 3.2.2 så vi blant annet at familiens involvering i *Beredskapshjem* talte for å tillegge momentet om personlig arbeidsplikt liten vekt. Lagmannsretten uttalte imidlertid at ektefellens involvering i arbeidet ikke ga momentet om personlige arbeidsplikt svekket betydning. Det ble lagt avgjørende vekt på at ektefellens involvering skilte seg fra oppdragstakeres bruk av tilfeldige medhjelpere. En eventuell behandling i Høyesterett i tilknytning til dette momentet vil dermed kunne komme på spissen.

---

<sup>164</sup> Hotvedt 2016 s. 357-358 og s.397-398

<sup>165</sup> Se punkt 2.2 Momentene ble i stor grad allerede presentert i forarbeidene til ferieloven av 1947

<sup>166</sup> Hotvedt 2018 s. 71 tar også opp problemet ved bruken av momentet om driftsutstyr i dagens arbeidsliv

# Litteraturliste

## **Bøker:**

Fougner, Jan, Endring i arbeidsforhold; Styringsrett og arbeidsplikt (Oslo 2007)

Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, Arbeidsmiljøloven, 2. utgave (Oslo 2013)

Hotvedt, Marianne, Arbeidsgiverbegrepet, 1. utgave (Oslo 2016)

Jakhelln, Henning, Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave (Oslo 2007)

Skjønberg, Alexander, Eirik Hognestad og Marianne Hotvedt, Individuell arbeidsrett, 2. utgave (Oslo 2017)

## **Artikler:**

Evju, Stein, «Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten» i *Arbeidsrett vol 8 nr. 3-4*, 2011 s. 143-163

Jakhelln, Henning «Arbeidstakerbegrepet – arbeidstaker eller oppdragstaker» i *Jussens venner*, 2013 s. 329-366

Hotvedt, Marianne, «Arbeidstaker – quo vadis?» i *Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 01*, 2018 s. 42-103

## **Lover:**

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd

Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring

Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie

## **Forarbeid:**

Ot.prp. nr. 104 (1947) *Om lov om ferie*

Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) *Om lov om yrkesskadeforsikring*

NOU 1988: 6 *Erstatning og forsikring ved yrkesskade*

NOU 1990: 20 *Forenklet folketrygdelov*

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) *Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.*

**Høyesterettspraksis:**

HR-2016-1366A *Avlaster 2*

Rt. 2013 s. 354 *Avlaster 1*

Rt. 2013 s. 342 *Beredskapshjem*

Rt. 2007 s. 1458 *Dykker*

Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk*

Rt. 1984 s. 1044 *Tupperware*

Rt. 1968 s. 752 *Hjemmearbeiderske*

Rt. 1958 s. 1229 *Sceneinstruktør*

**Underrettspraksis:**

LA- 2017-147343 *Yrkesskade*

RG-2008-871 *Sykkelbud*

**Annet:**

Jakhelln, Henning, «Kommentarer til aml. § 1-8», *Arbeidsrett.no*. Tilsvarende Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2007)