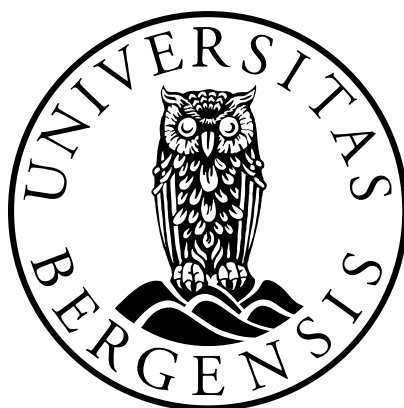


# Arbeidstakerbegrepet

- *Om grensen til selvstendig oppdragstaker*

Kandidatnummer: 75

Antall ord: 12784



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016



# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	2
<b>1. Innledning .....</b>	<b>3</b>
1.1 Tema og problemstilling .....	3
1.2 Aktualitet og metodespørsmål .....	4
1.3 Begrepsbruk .....	5
1.4 Avgrensninger .....	6
1.5 Veien videre .....	7
<b>2. Arbeidstakerbegrepet .....</b>	<b>8</b>
2.1 Historikk .....	8
2.2 Innledende om arbeidstakerbegrepet .....	8
2.3 Arbeidsgiverbegrepet .....	10
2.4 Forarbeidene til arbeidsmiljøloven .....	12
2.5 Trygde- og skatterettslig sammenheng .....	13
2.6 Tolkning av henholdsvis skriftlige og formløse avtaler .....	14
2.7 Selvstendig oppdragstaker .....	15
<b>3. Grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker .....</b>	<b>17</b>
3.1 Innledning .....	17
3.2 Forarbeidenes momentliste i lys av rettspraksis .....	20
3.2.1 Løpende personlig arbeidsplikt .....	20
3.2.2 Styringsrett .....	22
3.2.3 Stedet hvor arbeidet utføres .....	25
3.2.4 Risikoen for arbeidsresultatet .....	26
3.2.5 Vederlag, tilknytningsforhold og om det hovedsakelig arbeides for én arbeidsgiver .....	27
3.3 Hva kan utledes av dommene mer konkret? .....	30
3.3.1 Andre forhold .....	30
3.3.2 Rimelighetsbetraktninger .....	31
3.3.3 Øvrige betraktninger .....	33
3.4 De lege ferenda .....	38
<b>4. Referanseliste .....</b>	<b>39</b>
4.1 Litteraturliste .....	39
4.2 Lovregister og forarbeider .....	39
4.3 Domsregister .....	40
4.4 Artikler: trykte og elektroniske .....	40
4.5 Annet .....	41

# 1. Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne masteroppgaven er arbeidstakerbegrepet som er legaldefinert i arbeidsmiljøloven<sup>1</sup> § 1-8 første ledd. Problemstillingen er hva som nærmere ligger i grensedragningen mellom arbeidstakerbegrepet og selvstendig oppdragstakerbegrepet.

Oppdragstakerbegrepet ikke er legaldefinert. Det er ingen lovregel som klargjør grensen mellom disse. Skillet er sentralt i arbeidsretten og det kan være usikkert hvor grensen går. Konsekvensene av feil klassifisering kan bli store.

Arbeidsmiljøloven regulerer forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og arbeidstaker har et særskilt stillingsvern. Som selvstendig oppdragstaker har man ikke en arbeidsavtale og omfattes på de fleste områder ikke av arbeidsmiljøloven og de øvrige vernelovene,<sup>2</sup> herunder ferieloven,<sup>3</sup> yrkesskadeforsikringsloven,<sup>4</sup> arbeidstvistloven,<sup>5</sup> lønnsgarantiloven<sup>6</sup> og permitteringslønnsloven.<sup>7</sup>

De viktigste følgene av å være klassifisert som arbeidstaker er at du har rett til ferie og feriepenger, sykepenge fra 1. fraværsdag, permisjon, trygd, yrkesskadeforsikring og oppsigelsesvern. Vederlag utbetales som lønn. Det følger også ufravikelige regler om arbeidstid og et diskrimineringsvern. Arbeidstaker opptjener seg også pensjon. Med et arbeidsforhold følger også plikter overfor arbeidsgiver.

Et kjennetegn ved å være klassifisert som oppdragstaker er at en ikke er underlagt styring og derfor kan bestemme hvilke oppdrag en vil ta og disponere tiden sin selv. De viktigste konsekvensene er at du ikke har krav på feriepenger eller sykepenge fra NAV før den 17. fraværsdag. De har heller ikke krav på yrkesskadeforsikring eller yrkesskadetrygd med

---

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

<sup>2</sup> Storeng m.fl. (2014) s. 61.

<sup>3</sup> Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie.

<sup>4</sup> Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring.

<sup>5</sup> Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister.

<sup>6</sup> Lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs mv.

<sup>7</sup> Lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering.

mindre dette tegnes selv.<sup>8</sup> Det er også forskjeller hva gjelder regler om skatt og avgifter for begge parter i avtalen. Kravet til «fullt forsvarlig arbeidsmiljø» etter aml. § 2-2 er riktignok gjort gjeldende for selvstendig oppdragstakere.

For de som har organisert seg som selvstendig næringsrivende vil det ofte være et bevisst valg å være oppdragstaker. For andre personer inngås det i noen bransjer oppdragskontrakter hvor personen som yter tjeneste reelt sett kan være arbeidstakere. Den nærmere grensen må angis gjennom tolkning av rettspraksis.

Hovedfokus i denne oppgaven er valgt på omsorgsyrkene der personene ofte står lavt på utdannings- og lønnsstigen kontra andre mer ressurssterke yrkesgrupper, som for eksempel arbeidstakerstillingen til en leder, selv om dette også behandles kort. Vi fokuserer på avlastere, støttekontakter og fosterhjem. Det er særlig her det har kommet på spissen de siste årene i Høyesterett. Med sprikende resultater i tilfeller som likner hverandre er det behov for å diskutere resultatene av rettspraksis.

Utstrakt bruk av oppdragstakere hos kommunene er omstridt fra et arbeidsmiljørettslig ståsted. For noen støttekontakter eller avlastere inngås oppdragskontrakter fordi det er dette personen ønsker og har mulighet til. Brukeren står ofte i fokus og godtgjørelsen er av mindre avgjørende karakter. For andre er godtgjørelsen helt avgjørende, og for disse er klassifiseringen viktig.<sup>9</sup> Det er spesielt reglene om ferie og trygd som er særlig relevant for disse gruppene.

## 1.2 Aktualitet og metodespørsmål

Utvikling i måter å kjøpe og selge arbeidskraft på har gjort at det ikke alltid er den tradisjonelle arbeidsavtale som velges.<sup>10</sup> I en Stortingsmelding om «Felles ansvar for eit godt og anstendig arbeidsliv»<sup>11</sup> fremgår det at Arbeidstilsynet spår at det i årene fremover vil bli brukt oppdragskontrakter på stadig flere nye områder enn det som er vanlig i dag.

Problemstillingen oppstår stadig i rettspraksis, og vi ser derfor at grensdragningen fortsetter å være aktuell.

---

<sup>8</sup> Skattedirektoratet (2007)

<sup>9</sup> Midtsundstad (2015).

<sup>10</sup> NOU 2004: 5 pkt. 10.3.4 s. 148 og Hotvedt (2015) s. 313.

<sup>11</sup> Meld. St. 29 (2010-2011) pkt. 15.7.3 s. 208.

Utvalget av rettspraksis er hovedsakelig nye dommer fra 2013 til 2016 angående helse – og omsorgsspørsmål. Bakgrunnen for utvalget er at det er disse Høyesterettsdommene som er av nyest dato som behandler grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker etter arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd, og fordi de har fellestrekk slik at de kan sammenliknes og vurdere om den nye dommen fra 2016 har bidratt til rettsutvikling. Underrettspraksis er ikke behandlet da disse er eksempler. I denne oppgaven er én dom fra Arbeidsretten belyst, herunder ARD 1991 s. 140 Vognmenn. Utover dette er ikke øvrig rettspraksis herfra behandlet da disse i første rekke gjelder tvister mellom organisasjonene i arbeidslivet om tariffavtaler eller andre arbeidsrettslige spørsmål i den kollektive del.<sup>12</sup>

De stedene hvor momentene fra forarbeidene i dommene innenfor helse- og omsorgssektoren ikke gir særlig veiledning for grensedragningen, utfyller vi med øvrig rettspraksis fra Høyesterett for å gi et bilde av hva momentene inneholder og hvordan de skal veies mot hverandre. Valget av dommene vi utfyller med er begrunnet med at disse er mye fremhevet i teorien, fordi de er godt egnet til å illustrere grensedragningen generelt.

Når det gjelder arbeidstakerbegrepet er ikke dette et tema som er belyst i meget stor grad i teorien. Det som særpreger rettskildebildet er skjønnsmessige vurderinger og at vurderingsmomentene opplistet i forarbeidene ikke alltid passer den konkrete saken. Utfordringen er dermed å trekke ut hva rettskildebildet er på bakgrunn av dommene, og særlig selvstendighet krever dommen fra 2016 siden den ikke er belyst mange steder ennå.

### **1.3 Begrepsbruk**

Oppgavens problemstilling nødvendiggjør ikke et eget delkapittel i innledningen om begrepsbruk, da det er dette vi søker å avklare innholdet av. Innholdet av arbeidstakerbegrepet kan ikke sees som statisk med to streker under svaret, men tolkes i lys av formål, hensyn og sammenheng. Videre nedfeller deler av lovgivningen at noe av verneavgivningen også gjelder for oppdragstakere, slik at grensen mellom arbeidstakerbegrepet og oppdragstakerbegrepet ikke i alle tilfeller er ment å være skarp.<sup>13</sup> Det er her likevel viktig å få

---

<sup>12</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 20 og Jakhelln (2013) s. 360.

<sup>13</sup> Jakhelln (2013) s. 331.

frem at arbeidstakerbegrepet er preseptorisk når det er knyttet til bestemmelser som er ufravikelige til ugunst for arbeidstaker.<sup>14</sup>

## 1.4 Avgrensninger

Vi skal ikke se på brukerstyrte personlige assistenter, omsorgslønn og besøkshjem av plasshensyn. Førstnevnte er underlagt stor grad av styring, og det taler derfor for et arbeidstakerforhold. Omsorgslønn taler etter forarbeidene for oppdragstakerforhold fordi dette arbeidet er fritt. Besøkshjem vurderes på lik linje som for støttekontakter og avlastere.<sup>15</sup> I bygg- og anleggsbransjen og innenfor renhold og transport er også selvstendige oppdragstakere mye brukt, samt i de frie yrkene som frilansjournalister, fotografer, musikere etc. Av plasshensyn behandles ikke disse med unntak av Rt. 1958 s. 1229 Sceneinstruktørdommen. Arbeidstilsynet har gjort gjennomskjæringer der de mener det har funnet sted et arbeidstakerforhold i alle fall i byggebransjen for utenlandske personer på mer uformelle kontrakter.<sup>16</sup> Ellers er deler av arbeidsmiljøloven gjort gjeldende for oppdragskontrakter i byggebransjen.<sup>17</sup>

EØS-avtalen er den største folkerettslige traktaten Norge har inngått noen sinne.<sup>18</sup> Vi avgrenser mot en behandling av om de regler fra EU-retten som har sin bakgrunn i et arbeidstakerbegrep gir føringer for tolkningen av arbeidstakerbegrepet i norsk rett fordi en slik gjennomgang er alt for omfattende her. I HR-2016-1366-A Avlaster 2 ble forøvrig spørsmål om innhold av EU-retten for grensedragningen kort avfeid med at det ikke kunne gi føringer.<sup>19</sup>

Videre innenfor skatteretten går det mest sentrale skillet mellom næringsdrivende og arbeidstaker. Ofte er en selvstendig oppdragstaker også selvstendig næringsdrivende, men i denne oppgaven siktes det til selvstendig oppdragstaker som en person som utfører arbeid der dette ikke er del i personens eventuelle næringsvirksomhet.<sup>20</sup> Vurderingen av om en skal anses som selvstendig næringsdrivende eller arbeidstaker basert på om vederlag skal anses som næringsinntekt eller arbeidsinntekt, faller hovedsakelig utenfor oppgaven. Begrunnelsen

---

<sup>14</sup> Jakhelln (2013) s. 333.

<sup>15</sup> Øhrn, KS: B-rundskriv pkt. 4 s. 4.

<sup>16</sup> Meld. St. 29 (2010-2011) pkt. 15.7.3 s. 207–208.

<sup>17</sup> Ot.prp. 49 (2004-2005) pkt. 6.1.4 s. 74.

<sup>18</sup> Storeng m.fl. (2014) s. 39.

<sup>19</sup> Avlaster 2 avsnitt 87.

<sup>20</sup> Skattedirektoratet (2007).

for dette skal vi kort se på under punkt 2.5 om trygde- og skatterettslig sammenheng for å gi et helhetlig bilde av hvilken rettspraksis som er relevant for å belyse problemstillingen i vår sammenheng. Rt. 2007 s. 1458 Dykker er et eksempel på en dom vi belyser i oppgaven, som også tar for seg registreringer, skatt og avgifter i sin vurdering av om vedkommende er arbeidstaker eller oppdragstaker blant annet fordi vedkommende hadde et enkeltmannsforetak som var registrert i både i foretaksregisteret og merverdiavgiftsregisteret.<sup>21</sup> Denne brukes likevel da den er reist på et annet grunnlag enn skatt eller trygd, herunder om arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse. Vurderingen i relasjon til skatt er da egnet til å klargjøre grensedragningen. I noen grad er derfor denne avgrensningen relativ. Siden hovedfokus som sagt er på dommene innen helse- og omsorgstjenestene hvor saksforholdene i disse konkrete dommene ikke tilsier en slik vurdering, kommer dette tema ikke særlig på spissen her.

## **1.5 Veien videre**

I oppgavens del 2 inngår introduksjon til arbeidstakerbegrepet. Heretter følger hvem som er arbeidsgiver og forarbeidene til arbeidsmiljøloven. Videre belyses hvilken betydning arbeidstakerbegrepet har i trygde- og skatterettslig sammenheng, og hvilken betydning det har om avtalen er skriftlig eller formløs. Selvstendig oppdragstaker behandles til slutt i del 2. I del 3 gjøres selve grensedragningen gjennom rettspraksis, hvor problemstillingen søkes besvart. Problemstillingen er en behandling av gjeldende rett, men det vil foretas en kort vurdering av de lege ferenda til slutt.

---

<sup>21</sup> Dykker avsnitt 36.



## 2. Arbeidstakerbegrepet

### 2.1 Historikk

Med utviklingen av velferdsstaten fra slutten av 1930- årene ble det økende behov for en omfattende regulering av arbeidslivet. Lovgiver kom på banen og vedtok en arbeidervernlov i 1936. Denne lovfesting av stillingsvernet ble et vendepunkt, og dette var første gang arbeidstakerbegrepet fikk sitt fulle uttrykk i loven.<sup>22</sup> Lover vedtatt før dette gjaldt stort sett kun for deler av arbeidslivet. Oppdragsavtaler var mye brukt før fagorganiseringen og lovreguleringen startet ettersom det var avgjørende å benytte rimelig arbeidskraft.<sup>23</sup>

De fleste støtteteknikere og avlastere var frem til midten av 1990-tallet ansatt i kommunene. Utover 2000-tallet ble de fleste avtalene lagt om til oppdragskontrakter etter anbefaling sendt ut i rundskriv fra Kommunesektorens organisasjon (KS). For KS står økonomiske hensyn og fleksibilitet bak dette standpunkt for å særlig ivareta prinsippet om brukerstyring. LO og Fagforbundet mener at dette er i strid med arbeidsmiljøloven, og at disse gruppene skal ha samme rettigheter som øvrige helsearbeidere ansatt i kommunene.<sup>24</sup>

### 2.2 Innledende om arbeidstakerbegrepet

I denne delen belyses arbeidstakerbegrepet generelt. Det kan hevdes at å ta utgangspunkt i arbeidstakerbegrepet når en skal se på grensen til oppdragstaker gir en skjev innfallsvinkel. Når hovedfokus rettes mot arbeidstakerbegrepet kommer ikke arbeids - eller oppdragsgiver så tydelig frem i vurderingen av hvor grensen går. Dersom en som utgangspunkt gjorde en vurdering av «avtaleforholdets karakter» i stedet, ville vurderingen av partene kunne bli jevnere. Denne tilnærmingen er gjort i for eksempel Dykker.<sup>25</sup> Til tross for dette har det vært vanlig å ta utgangspunkt i arbeidstakerbegrepet i tidligere fremstillinger,<sup>26</sup> og det vil også gjøres i denne oppgaven. Dette er den svakeste i avtaleforholdet, og i denne ubalansen mellom partene er det naturlig å ta utgangspunkt i arbeidstaker. Det er bedre at en person blir

---

<sup>22</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 20-23.

<sup>23</sup> Storeng m.fl. (2014) s. 38-39.

<sup>24</sup> Edvartsen (2016).

<sup>25</sup> Dykker avsnitt 36.

<sup>26</sup> Jakhelln (2013) s. 332-333.

ansett som arbeidstaker og dermed vernet i et tvilstilfelle, enn at den andre part slipper å oppfylle sine plikter som arbeidsgiver.

Arbeidsmiljøloven gjelder kun for «arbeidstakere» etter denne lov sin definisjon, se aml. § 1-2 første ledd som sier at «Loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker [...]». Hvem som er arbeidstaker er legaldefinert i aml. § 1-8 første ledd. Denne sier at en arbeidstaker er etter «denne lov» enhver som utfører arbeid «i en annens tjeneste». Ordlyden av «denne lov» tilsier at arbeidstakerbegrepet i alle de øvrige bestemmelser i loven skal ha det samme innholdet, uansett om selve avtaleforholdet skal tolkes eller om det gjelder for eksempel reglene om arbeidsmiljø. Ordlyden av «i annens tjeneste» tilsier at det må innebære et tilsetningsforhold.<sup>27</sup> Et underordningsforhold kan man også utlede at følger av ordlyden. Utover dette gir ikke ordlyden særlig veiledning.

Før forarbeidene belyses, må det presiseres at arbeidstakerbegrepet er brukt en rekke andre steder i lovgivningen, og at det nærmere meningsinnhold må tolkes ut fra hver enkelt lov, formål og sammenheng.<sup>28</sup> Andre lover der arbeidstakerbegrepet benyttes er for eksempel i ferieloven § 2, folketrygdloven<sup>29</sup> § 1-8 og yrkesskedeforsikringsloven § 2 bokstav b. Det følger likevel av rettspraksis at innenfor området for arbeidervernlovgivningen, vil arbeidstakerbegrepet for det meste ha det samme meningsinnhold.<sup>30</sup> Ferieloven og arbeidsmiljøloven har etter sin ordlyd samme innhold, der ferieloven § 2 er utformet likt som aml. § 1-8 første ledd, og som selv viser til denne paragraf. Rettspraksis har også lagt til grunn at de skal ha det samme arbeidstakerbegrepet.<sup>31</sup> Dette er også lagt til grunn i Arbeidslivslovutvalgets innstilling.<sup>32</sup> Årsaken er at hensynene bak stort sett er de samme, - herunder de sosiale og de velferdsmessige. En bør derfor ikke tolke innholdet annerledes innenfor arbeidervernlovgivningen enn den tradisjonelle forståelse uten klare holdepunkter for dette.<sup>33</sup>

Dette utgangspunktet må modereres dersom det for eksempel er tale om å fastlegge hva som ligger i arbeidsgiverbegrepet når det gjelder om arbeidsgiver har plikt til å utbetale erstatning,

---

<sup>27</sup> Fanebust (2013) s. 20.

<sup>28</sup> Rettsdata.no til aml. § 1-8 note 28.

<sup>29</sup> Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd.

<sup>30</sup> Se f.eks. Rt. 1984 s. 1044.

<sup>31</sup> Se f.eks. Rt. 2013 s. 354 Omsorgsavlaster, avsnitt 38.

<sup>32</sup> NOU 2004:5 side 154 vist til i Omsorgsavlaster avsnitt 38.

<sup>33</sup> Johansen og Stueland (2015) s. 89.

eller på området for skatt og avgifter. Det er fordi det er andre hensyn som gjør seg gjeldende.<sup>34</sup>

Arbeidstakerbegrepet omfatter videre både faste og midlertidige ansatte, jf. ordlyden av «i denne lov» som beskrevet over. Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd at «arbeidstaker skal ansettes fast», men at lovlig midlertidig ansettelse kan inngås på visse vilkår opplistet i bokstav a til e og som er uttømmende. Det betyr at engasjement og vikariater også er arbeidstakere, selv om disse ikke har samme stillingsvern som faste ansatte. Reglene om ferie, sykepenger osv. er riktignok de samme.<sup>35</sup> Enkelte grupper faller utenfor arbeidstakerbegrepet, for eksempel selvstendig næringsdrivende, konsulenter og oppdragstakere, samt de som innehar et tillitsvern.<sup>36</sup>

Det følger av rettspraksis at generelle formålsbetraktninger kan anvendes ved tolkningen av lovens øvrige materielle bestemmelser.<sup>37</sup> Lovens formål er nedfelt i aml. § 1-1 bokstav a til e. Denne bestemmelse gir uttrykk for overordnet verdisyn og mål. Fra den gamle arbeidsmiljøloven fra 1977 er noen bestemmelser nye. Disse er kravet til likebehandling, kravet til helsebringende arbeidsforhold og et inkluderende arbeidsliv.<sup>38</sup> Spesielt viktig er reglene i bokstav a som skal sikre liv og deres fysiske og psykisk helse. Bak disse reglene står det «sterke offentlige interesser». Der har vi reglene om Arbeidstilsynet som fører kontroll med at virksomhetene overholder kravene i arbeidsmiljøloven. Regler som skal sikre rettsstillingen for arbeidstaker er en annen grunnleggende gruppe.<sup>39</sup> Når vi skal fastlegge innholdet i arbeidstakerbegrepet kan altså formålsbetraktninger anvendes ved tvilstilfeller. I teorien er det fremholdt at når det siktes til formålsbetraktninger så er kjernen i dette tilknytnings- og avhengighetsforholdet.<sup>40</sup>

## 2.3 Arbeidsgiverbegrepet

Arbeidsgiverbegrepet må også nevnes, da det ikke eksisterer noen arbeidstaker uten en arbeidsgiver. Arbeidsgiverbegrepet er legaldefinert i samme paragraf som arbeidstaker i arbeidsmiljøloven, jf. § 1-8 andre ledd første punktum. «Enhver som har ansatt arbeidstaker

---

<sup>34</sup> Johansen og Stueland (2015) s. 89.

<sup>35</sup> Skattedirektoratet (2007).

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 6.1.1.

<sup>37</sup> Se f.eks. Rt. 2009 s. 685.

<sup>38</sup> Rettsdata.no om aml. §1-1 note 2.

<sup>39</sup> Jakhelln (2013) s. 358 og arbeidstilsynet.no.

<sup>40</sup> Hotvedt (2015) s. 313.

for å utføre arbeid i sin tjeneste» er arbeidsgiver. Ordlyden av «i sin tjeneste» tilsier det tilknytnings- og underordningsforholdet som også kan utledes av ordlyden i av «i annens tjeneste» for arbeidstakerbegrepet. Etter ordlyden fremstår disse som hverandres speilbilde.<sup>41</sup>

Etter aml. § 2-1 er det arbeidsgiver som har ansvaret for at bestemmelsene i loven blir overholdt. Derfor er det selvfølgelig av betydning for arbeidstakeren hvem dette er, jf. rettspraksis.<sup>42</sup> Det rettssubjekt det er inngått arbeidsavtale med sammenfaller som utgangspunkt med arbeidsgivers virksomhet, uansett om virksomheten er delt i ulike enheter e.l.<sup>43</sup> Det følger av aml. 1-8 andre ledd annet punktum at en ved utøvelsen av arbeidsgiveransvaret kan delegere dette ansvaret innad i bedriften, men det endrer ikke på at virksomheten er arbeidsgiver.<sup>44</sup>

Arbeidsmiljøloven § 14-6 sier at arbeidsavtalen skal angi rette arbeidsgiver, og aml. § 15-4 bokstav d sier at arbeidsgivers identitet skal oppgis ved oppsigelse og at det skal fremgå hvem som er rett saksøkt ved en tvist. Utgangspunktet etter ordlyden er derfor at det skal være rimelig klart hvem som er arbeidsgiver.

Etter rettspraksis er det imidlertid eksempler på at arbeidsgiveransvaret kan være delt mellom forskjellige virksomheter. Når det foreligger delt arbeidsgiveransvar kan det oppstå tvil om hvem som har ansvar for at de ulike rettigheter blir overholdt. Forarbeidene nevner tre forhold der delt arbeidsgiveransvar kan forekomme, men overgangen mellom dem kan være flytende. For det første kan det være avtalt. Videre kan det også være at flere reelt sett i praksis er opptrådt som arbeidsgivere.<sup>45</sup> Et eksempel fra rettspraksis er at både et mor- og datterselskap ble ansett som arbeidsgivere.<sup>46</sup> Til sist nevner forarbeidene om det er uklarheter i kontrakten. Spesielt vanskelig kan det bli når det for eksempel er flere bedrifter som skal utføre et prosjekt sammen. Rettspraksis legger til grunn at det må foretas en konkret helhetsvurdering av hvor arbeidsgiveransvaret rent faktisk ligger.<sup>47</sup> Det må likevel foreligge særskilte holdepunkter for at arbeidsgiveransvar kan foreligge hos andre enn den som formelt sett er utpekt som dette, eller for delt arbeidsgiveransvar. At de reelle forholdene er

---

<sup>41</sup> Rettsdata.no om aml. §1-8 (2) note 29.

<sup>42</sup> Uttalt i f.eks. Rt. 1993 s. 954 s. 958.

<sup>43</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 47.

<sup>44</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 49.

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 6.2 s. 76 (det følger av dette forarbeid samme pkt. at definisjonen av arbeidsgiver er uendret fra aml. 1977).

<sup>46</sup> Se Rt. 1990 s. 1126 Wårtsilä.

<sup>47</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 50-52 og Rettsdata.no til aml. § 1-8(2) note 29.

avgjørende, er viktig for å ivareta lovens vernehensyn. Dette gjelder også selv om en lov eksplisitt uttrykker hvem som har arbeidsgiveransvaret, dersom dette ikke faktisk er praktisert eller er ubetydelig.<sup>48</sup> En oppsigelse der det fremgår hvem som er rette saksøkt kan ikke være avgjørende for hvem som har arbeidsgiveransvaret.<sup>49</sup>

## 2.4 Forarbeidene til arbeidsmiljøloven

I følge forarbeidene har rettspraksis oppstilt en liste av momenter som inngår i en konkret helhetsvurdering for å vurdere om det foreligger et ansettelsesforhold. Det er presisert at disse ikke skal være uttømmende og er ment veiledende. Høyesterett har uttalt at intet moment kan få avgjørende betydning alene.<sup>50</sup> Det er de reelle underliggende forholdene som har avgjørende vekt.<sup>51</sup>

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

- *Arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning*
- *Arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet*
- *Arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse*
- *Arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet*
- *Arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn*
- *Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister*
- *Det arbeides hovedsakelig for én oppdragsgiver».*<sup>52</sup>

Spørsmålets kjerne er hvilke momenter som får avgjørende betydning for grensdragningen. På den ene siden er det et problem at forarbeidene ikke sier noe om den interne vektingen av momentene, samt at listen ikke er uttømmende. «Andre forhold» kan også spille inn i vurderingen og gi ulikt utfall fra gang til gang, eller bli avgjørende for resultatet.

---

<sup>48</sup> Johansen og Stueland (2015) s. 99-100, se f.eks. arbeidsmarkedsloven § 25 og Prop.74 L (2011-2012) s. 26-27.

<sup>49</sup> Rettsdata.no til aml. § 1-8(2) note 29.

<sup>50</sup> Se Rt. 1990 s. 903 som sluttet seg til en lagmannsrettsuttalelse.

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 6.1.4 s. 74.

<sup>52</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 6.1.1 s. 73.

Holdepunktene er klare nok, men det er vanskelig å avgjøre enkelttilfellene. Heller ikke juridisk teori har gitt noe avklaring for vektingen av momentene. At rettspraksis, for eksempel Rt. 1984 s. 1044 Tupperware, har sagt at begrepet skal tolkes vidt hjelper heller ikke subsumsjonen.<sup>53</sup> På en annen side skaper det problemer dersom reguleringen er uttømmende. Da ville fort tilfeller som ikke er eksplisitt nevnt falle utenfor. Det ville føre til et lite elastisk og fleksibelt arbeidstakerbegrep som skal tilpasses samfunnets utvikling slik forarbeidene legger opp til, og følgene ville være et svakere vern.<sup>54</sup>

## 2.5 Trygde- og skatterettslig sammenheng

I trygde- og skatterettslig sammenheng får det betydning om en er arbeidstaker, selvstendig oppdragstaker eller næringsdrivende da klassifisering etter disse kategoriene utløser ulike rettigheter og plikter. En har vanligvis ikke en arbeidsavtale etter arbeidsmiljølovens skriftlige regler dersom en er selvstendig oppdragstaker etter trygderettslige regler. Etter folketrygdloven § 1-9 er frilansere «utenfor tjeneste». Ordlyden tilsier at det ikke foreligger et ansettelsesforhold og fremstår som en motsetning til ordlyden av «i annens tjeneste» i aml. § 1-8 (1).

I trygderetten har skillet mellom arbeidstaker, oppdragstaker og næringsdrivende blant annet betydning for om det skal betales arbeidsgiveravgift, og for hvorvidt en har krav på sykepenger og særfordeler ved yrkesskade etter folketrygdloven. Det har betydning om en får inntekt vunnet ved arbeid eller ved «virksomhet», da disse ikke beskattes etter samme regler. Om en «virksomhet» skal anses som næring skal blant annet vurderes etter om inntekten er vunnet «ved egen regning og risiko» som mest tvilsomme moment, jf. rettspraksis.<sup>55</sup>

Selv om det i rettspraksis knyttet til arbeidsmiljøloven i spørsmålet om hvilken klassifisering avtalen tilhører, er trukket inn drøftelser med trygde – og skatterettslige hensyn bak, er det tvil i teorien hvorvidt disse drøftelsene bidrar til noen klargjøring på arbeidsrettens område.<sup>56</sup> Grunnen til det er at rettspraksis på disse rettsområdene vekter momentene annerledes. De har som overordnet vurderingsmoment at spørsmålet er hvem som har den økonomiske risikoen, spesielt for arbeidsresultatet. Når det fokuseres lite på styringsrett og løpende personlig

---

<sup>53</sup> Rettsdata.no kommentar til aml. § 1-8 note 28.

<sup>54</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 6.1.4 s. 74.

<sup>55</sup> Skattedirektoratet (2007).

<sup>56</sup> Hotvedt (2015) s. 317-318.

arbeidsplikt, tilsier dette at rettspraksis fra trygde- og skatteretten i vurderingen av hvem som er arbeidstaker, har liten overføringsverdi for tolkningen av arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven. Avhengighetsforholdet er ikke fremtredende, slik det er i arbeidsretten. Hvor fast og varig tilknytningen mellom partene er heller ikke gitt særlig vekt.<sup>57</sup> Likevel anvendes mange av de samme momentene i en helhetsvurdering for å vurdere om et arbeidstakerforhold foreligger. I mange tilfeller vil derfor rettspraksis fra disse områdene føre til relativt like vurderinger og resultater.<sup>58</sup> Til en viss grad kan derfor rettspraksis herfra gi veiledning, så lenge det ikke reelt er gjort forsøk på å omgå ufravikelige bestemmelser om skatter eller avgifter.<sup>59</sup> Til tross for dette er hensynene bak folketrygdloven å verne personen på det økonomiske plan, mens klassifiseringen av arbeidstaker i arbeidsretten går på hele spekteret av vern. Hensynene bak trygderettslige og skatterettslige rettsregler bygger på og sikre fellesskapet inntekter, og å sikre individet inntekt ved sykdom og skade. Bakgrunnen for reglene gir et noe annet utgangspunkt for vurderingen.<sup>60</sup> Dette er altså grunnlaget for den avgrensningen som ble gjort innledningsvis.

## 2.6 Tolkning av henholdsvis skriftlige og formløse avtaler

Spørsmålet er om det er avtalt et oppdragstakerforhold, men om det likevel foreligger et arbeidstakerforhold. Hovedregelen for et arbeidsforhold er at avtalen skal inngås skriftlig jf. aml. § 14-5, men den er like fullt gyldig dersom avtalen kun er muntlig, jf. Norske Lov 5-1-1 jf. 5-1-2.<sup>61</sup> Dette er også lagt til grunn i rettspraksis. En annen sak er at en muntlig avtale står bevismessig svakere, men på vernelovgivningens område har dette mindre vekt. Så lenge avtalen er i henhold til den ufravikelige lovgivningen, er det i utgangspunktet avtalefrihet mellom partene.<sup>62</sup> Om det er inngått en rettslig bindende avtale reguleres ikke av arbeidsmiljøloven.

Det kan være uenighet om både tolkning av ordlyd i en skriftlig avtale så vel som opptreden og innrettelse. Spørsmålet blir hvordan ordlydstolkning og partenes innrettelse skal veies mot hverandre ved uenighet. Svaret er at ordlyden bare får større betydning dersom det er tvil

---

<sup>57</sup> Jakhelln (2013) s. 364.

<sup>58</sup> Hotvedt (2015) s. 323.

<sup>59</sup> Jakhelln (2013) s. 361.

<sup>60</sup> Hotvedt (2015) s. 320.

<sup>61</sup> Lov 15. april 1687 Kong Christian den Femte Norske Lov, se Femte Bog 1. og 2. art.

<sup>62</sup> Storeng m.fl. (2014) s. 45.

rundt partenes opp treden. At en kan forsvare en fravikelse av ordlyd dersom denne er klar, må begrunnes i de sterke vernehensyn som arbeidsmiljøloven søker å ivareta.<sup>63</sup>

For å avgjøre om det foreligger en arbeidsavtale i tilfeller der avtalen ikke er skriftlig, må en se på partenes oppførsel. Dette er lagt til grunn i blant annet Tupperware-dommen og i Vognmenn-dommen. Her ble det vektlagt at det faktisk er utøvd styringsrett, og at det har vært arbeidet løpende personlig. Videre er det forskjell på om man har plikt til å arbeide personlig, og om man gjør det selv om man ikke har plikt. Det samme gjelder for styringsrett, selv om her er det mindre naturlig at en mer uavhengig part lar seg styre hvis det ikke er avtalt eksplisitt.<sup>64</sup>

## 2.7 Selvstendig oppdragstaker

Det er ikke alltid et selskap ønsker å ansette en person. Ofte ønsker de å kjøpe en tjeneste fra en selvstendig oppdragstaker, for eksempel en ingeniør eller en arkitekt som rådgivere med spesialkompetanse på et prosjekt.<sup>65</sup> Oppdragstakerbegrepet er ikke legaldefinert. Det finnes ingen lovregler som klargjør forskjellen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker.

Aml. § 2-2 pålegger arbeidsgiver plikter overfor andre enn egne arbeidstakere for blant annet «selvstendige», og spørsmålet er dermed hvem som er «selvstendig». Ordlyden tilsier at arbeidet organiseres av personen selv. Av forarbeidene følger det at «selvstendig» betyr at det utøves «yrkesaktivitet uten et ansettelsesforhold av noen art og uten å være underordnet en tredjeperson».<sup>66</sup>

Folketrygdloven § 1-9 ble kort nevnt i punkt 2.5 over og definerer frilansere som «enhver som utfører arbeid eller oppdrag utenfor tjeneste for lønn eller annen godtgjørelse, men uten å være selvstendig næringsdrivende». Dette kan gi veiledning for tolkningen av selvstendig oppdragstaker, da ordlyden av definisjonen i folketrygdloven § 1-9 «utenfor tjeneste» og definisjonen i forarbeidene til arbeidsmiljølovens § 2-2 tilsvarer hverandre, da begge tilsier at det ikke foreligger noen ansettelse og underordning.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Hotvedt (2015) s. 328-329.

<sup>64</sup> Hotvedt (2015) s. 323-325.

<sup>65</sup> Meld. St. 29. (2010-2011) pkt. 15.7.4 s. 208 og Wikborg, Rein & Co (2014).

<sup>66</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 25 s. 304.

<sup>67</sup> Inspirert av masteroppgave «Arbeidsgivers bruk av selvstendig oppdragstakere («kontraktører»)» UiB 2014 s. 25-26.



Det som kjennetegner oppdragstaker er resultatansvaret. Det er dette som er det prinsipielt viktigste skillet mellom arbeidstaker og oppdragstaker ettersom arbeidstaker «kun» har plikt til innsats. Oppdragstaker står selv for kostnader med arbeidet, og de er ikke underlagt styring. Det innebærer at det som regel vil være opp til oppdragstakeren selv å bestemme hvor, når og med hvilke fremgangsmåter, rom, verktøy, metoder og lignende at arbeidet utføres. Dette gjelder så lenge ikke arbeidets karakter tilsier at disse tingene er forhåndsbestemt fordi det er faktisk nødvendig for å oppfylle resultatet. Oppdragstakere trenger heller ikke å utføre arbeidet personlig, men kan selv leie inn eller bruke stedfortredere på eget ansvar. De trenger ikke utføre ekstra oppgaver underveis som ikke er avtalt på forhånd, og de har heller ikke krav på flere oppdrag enn det som er avtalt.<sup>68</sup>

Oppdragstaker kan ta arbeid for andre underveis, med eneste begrensning at de kan gjennomføre arbeidet forsvarlig i alle avtalene som inngås. En arbeidstaker kan også ta arbeid for andre underveis så lenge dette ikke går ut over innsats, selv om flere arbeidsgivere samtidig isolert taler mot arbeidstakerforhold. Har man riktignok en hovedarbeidsiver vil andre småjobber i samme periode normalt ikke tale mot arbeidstakerforhold.

At en bedrift systematisk velger å kjøpe ekstern arbeidskraft i form av oppdragsengasjement, uansett om dette er en del av deres naturlige virke, kan ikke vanligvis tale for at hovedregelen i disse avtaleforholdene er at det ikke foreligger en arbeidskontrakt. Dette utgangspunktet er moderert i Tupperware, der avtaleforholdet hadde lite håndfaste rammer selv om det hadde vart lenge. Personen var derfor oppdragstaker. Det er likevel mest naturlig å forstå at uttalelsene herfra baserer seg på at det i akkurat denne saken var svært problematisk å anse vedkommende som arbeidstaker. Dette tolkes derfor ikke som en uttalelse med generell relevans for bedrifter som systematisk har løsere tilknytningsformer.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Jakhelln (2013) s. 333-334 og s. 348 og Øhrn, KS: B-rundskriv pkt. 5.2 s. 6.

<sup>69</sup> Jakhelln (2013) s. 364-365.

## 3. Grensen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker

### 3.1 Innledning

Som nevnt finnes ingen lovregler som regulerer skillet mellom arbeidstaker og oppdragstaker. Oppstillingen i forarbeidene for hvem som er arbeidstaker er riktignok laget på bakgrunn av denne grensdragningen.<sup>70</sup> I denne delen søkes problemstillingen om hvor grensen går besvart. Først vil dommene gjengis. Kapittel 3.2 behandler forarbeidenes momentliste i lys av rettspraksis. Til sist samles trådene for å se hva som mer konkret kan utledes av dommene i kapittel 3.3.

I 2013 avsa Høyesterett på samme dag to sentrale dommer som berører grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker. Disse er Rt. 2013 s. 354 Omsorgsavlaster og Rt. 2013 s. 342 Beredskapshjem. Høyesterett har også skissert denne grensen i HR-2016-1366-A Avlaster 2. Disse tre dommene står i hovedfokus her.

I *Omsorgsavlaster* var en kvinne avlaster for en familie med spesielt tungt omsorgsarbeid på grunn av et barn med multifunksjonshemming. Hun hadde inngått kontrakt på totalt 60 timer per måned for juni og juli 2008, ca. 40 prosent stilling. Hun hadde også inngått avtale med familien om mer avlastning enn vedtaket gav rett til hvis det ble særskilt behov. Resten av 2008 jobbet hun ved særskilt behov. Deretter inngikk hun nye kontrakter med 60 timer per måned for hele 2009 med unntak av juli, og hele 2010. I august 2010 sluttet hun. Arbeidet foregikk hjemme hos familien som trengte avlastning med diverse hjelpemidler stilt til disposisjon av familien. Hun ble ansett som arbeidstaker med rett til feriepenger etter en samlet helhetsvurdering av de tradisjonelle momentene. Det spilte ingen rolle at selve avtalen mellom partene beskrev forholdet som et oppdragsforhold og eksplisitt uttrykte at hun ikke hadde krav på feriepenger ettersom ferieloven er ufravikelig. Dommen var enstemmig.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> NOU: 5 pkt. 10.5.1 s. 154.

<sup>71</sup> Inspirert av sammendraget før dommen inntatt på Lovdata samt Arbeidsrettsadvokater.no.

I *Beredskapshjem* hadde en privat part en avtale med barnevernmyndigheten om å være et statlig beredskapshjem. Hun ble ansett som oppdragstaker med en dissens på 4-1. Det avgjørende ble at forholdene totalt sett ikke lignet på et typisk arbeidstakerforhold, og at det vanskelig kunne ses at det falt inn under ordlyden av arbeid «i annens tjeneste» i aml. § 1-8 første ledd. Begrunnelsen for dette var at parten skulle stille sitt eget hjem til rådighet, hvor brukeren skulle integreres i familien og være del av hverdagslivet i hjemmet i størst mulig grad.<sup>72</sup> I tillegg viste Høyesterett til i at det tydelig fremgikk at av forarbeidene til ny lov om pensjonsordning for oppdragstaker i statlige beredskaps -eller familiehjem at disse oppdragstakerne ikke skulle være arbeidstakere.<sup>73</sup> For avlastere og støttekontakter er det derimot ikke utarbeidet noen tilsvarende lov. Dette kan generelt tilsi at disse oftere bør anses som arbeidstakere, enn fosterforeldre. Dette er uttrykt både i *Omsorgsavlaster* og i *Avlaster 2*.<sup>74</sup>

På en annen side var mindretallets vurdering at loven om pensjonsordning under tvil ikke kunne tale mot et arbeidstakerforhold. Begrunnelsen for det var at det i proposisjonen ikke drøftes hvilke moment som har fått utslagsgivende vekt,- kun at det var blitt vurdert nøye. Bakgrunnen for loven var å gi er styrket vern for pensjonsordning. Ut fra dette kan man ikke utlede at Stortinget har ment at beredskapshjem ikke kan anses som arbeidstakere med det påfølgende vernet som dette gir.<sup>75</sup>

Videre mente mindretallet at det faktum at ektefellen hennes også var del i avtalen, ikke endret hennes personlige arbeidsplikt. Den personlige arbeidsplikt talte med tyngde for at hun var arbeidstaker. I tillegg viste mindretallet til Sceneinstruktør. Denne dommen vil kort gjengis om et par avsnitt. Her tilsa en stor grad av frihet likevel et arbeidstakerforhold på grunn av arbeidets art. Siden kvinnen i beredskapshjemmet blant annet ikke kunne bestemme selv når hun skulle motta barn og eventuelt søsken, og når hun skulle ta ut ferie, tilsier dette at hun er i et underordningsforhold selv om hun kan organisere tiden og omsorgen forholdsvis fritt.

*Avlaster 2* fra 2016 gjaldt en kvinne som siden 2003/2004 sammenhengende hadde vært både avlaster og støttekontakt for samme gutt som hadde særskilt omsorgsbehov. Dette var ikke er

---

<sup>72</sup> Beredskapshjem avsnitt 62.

<sup>73</sup> Beredskapshjem avsnitt 68-69.

<sup>74</sup> *Omsorgsavlaster* avsnitt 62 og *Avlaster 2* avsnitt 85.

<sup>75</sup> Beredskapshjem avsnitt 89.

en vanlig kombinasjon. Høyesterett uttalte at en måtte se disse to samlet i tolkningen av arbeidstakerbegrepet i denne saken og kom til at hun var arbeidstaker.<sup>76</sup> Det ble blant annet lagt avgjørende vekt på av flertallet med fire mot en stemme, at arbeidet var av personlig art og at hun hadde plikt til å underordne seg kontroll og styring av kommunen. Hun kunne ikke bytte ut sin arbeidskraft med en stedfortreder.<sup>77</sup> Det ble videre generelt henvisning til forarbeidene og gjengitt at kriteriene ikke vil gi særlig veiledning dersom de anvendes på andre forhold enn avgrensningen mot selvstendige oppdragstakere.<sup>78</sup>

Mindretallet mente derimot at avtalens ordlyd i kontrakten ga ikke føringer for tolkningen. Videre var den kontroll og styring som fulgte av helse- og omsorgstjenesteloven<sup>79</sup> § 3 ikke tilstrekkelig for å etablere et organisatorisk underordningsforhold. Det forelå ikke noe faktisk utøvd styring i løpet av de 12-14 årene hun hadde vært tjenesteyter, utover kommunens plikt til å følge opp de avtalene de hadde inngått med private tjenesteytere.<sup>80</sup>

I *Sceneinstruktør* hadde to frittstående sceneinstruktører tatt ulike oppdrag for et teater. Det ble tolket i lys av partenes opptreden, og deretter ble det vurdert hvorvidt avtalen sa noe annet. Det forelå dermed en presumsjon for at opptreden ble tillagt vesentlig vekt, og med mindre ordlyden helt klart talte i en annen retning kunne den ikke være avgjørende. Retten uttalte at de fant «dekning for» at personene var nært knyttet til teaterets tjeneste. Ordlyden i kontrakten var uklar og ga ikke føringer.<sup>81</sup> Det ble også gjort en vurdering av rimeligheten i det konkrete forholdet. Retten la blant annet vekt på at kontraktsforholdet var knyttet til person, og ikke til arbeidsresultat. De ble etter en helhetsvurdering ansett som arbeidstakere, og fikk dermed rett til feriegodtgjørelse etter den gamle ferieloven.<sup>82</sup>

*Dykker* gjaldt anvendelse av straffebestemmelse i den gamle arbeidsmiljøloven av 1977 på grunn av en dykkerulykke, og retten måtte derfor vurdere om dykkeren var arbeidstaker eller oppdragstaker.

---

<sup>76</sup> Avlaster 2 avsnitt 81-82.

<sup>77</sup> Inspirert av sammendraget inntatt før dommen på Lovdata.

<sup>78</sup> Avlaster 2 avsnitt 58 og 59, henvisning til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 6.1. s. 73.

<sup>79</sup> Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

<sup>80</sup> Avlaster 2 avsnitt 94-102.

<sup>81</sup> Rt. 1958 s. 1229 på s. 1229 og s. 1231.

<sup>82</sup> Hotvedt (2015) s. 331.

## 3.2 Forarbeidenes momentliste i lys av rettspraksis

### 3.2.1 Løpende personlig arbeidsplikt

Momentlisten ble sitert i punkt 2.4. Her skal denne gjennomgås i lys av rettspraksis.

Personlig arbeidsplikt er i rettspraksis fremhevet som et av de viktigste momentene. Også forarbeidene snakker om at det foreligger en arbeidsplikt. Likevel er det ikke et moment som har absolutt betydning for hvorvidt det foreligger et arbeidstakerforhold. Dette gjelder selv om ordlyden av utfører arbeid «i annens tjeneste» i aml. § 1-8 første ledd kan tilsi at det i et underordningsforhold ligger en personlig arbeidsplikt.

Det fremheves i forarbeidene av avhengighet er det som virkelig særpreger en arbeidsavtale.<sup>83</sup> Avhengighetsforholdet har både en personlig, en økonomisk og en organisatorisk side. Den økonomiske side skal belyses i punkt 3.2.5.

Den personlige side kan gå ut på at det foreligger en løpende personlig arbeidsplikt, - for en selvstendig oppdragstaker kan også måtte arbeide personlig. Siden en arbeidsavtale kan være både av lite omfang eller av kort varighet, er det vesentlige å vurdere om man er nødt til å arbeide personlig for de oppgaver som oppstår underveis, som ikke er avklart i forkant av arbeidsavtalen.<sup>84</sup>

En organisatorisk side tilsier at vedkommende som arbeider er «i tjeneste» slik aml. § 1-8 første ledd sier. Her taler ordlyden for et avhengighetsforhold, der motsetningsvis en selvstendig oppdragstaker ikke er avhengig. Graden av styringsretten blir derfor en sentral side i vurderingen av den personlige arbeidsplikt.<sup>85</sup>

I *Omsorgsavlaster* hadde personen plikt til å arbeide personlig. Det ikke var adgang til på egen regning å leie inn en stedfortreder eller noen til å hjelpe til ved gjennomføringen av arbeidet. Dette fremgikk av ordlyden i kontrakten.<sup>86</sup> Det tilsa med tyngde at hun var

---

<sup>83</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73.

<sup>84</sup> Hotvedt (2015) s. 314-315.

<sup>85</sup> Hotvedt (2015) s. 314-315.

<sup>86</sup> Hotvedt (2015) s. 339.

arbeidstaker,<sup>87</sup> men retten vurderte ikke om det rent faktisk ble utført personlig arbeid. Kontraktens klare ordlyd på dette punkt var derfor avgjørende her.<sup>88</sup>

I *Beredskapshjem* fastsatte avtalen med Bufetat<sup>89</sup> uttrykkelig en personlig arbeidsplikt. I utgangspunktet talte dette klart for en arbeidsavtale. Begge fosterforeldrene var riktignok part i avtalen med kommunene. Arbeidets form hvor barnet tok del i familiens hverdagsliv gjorde at det var det både nødvendig for å løse oppdraget og naturlig at også andre familiemedlemmer til tider tok ansvar for fosterbarnet. Derfor ble den personlige arbeidsplikt ikke like fremtredende og momentet fikk følgelig begrenset vekt.<sup>90</sup>

I *Avlaster 2* ble det lagt avgjørende vekt på blant annet personlig arbeidsplikt. Retten uttaler at også oppdragskontrakter kan gi plikt til å arbeide personlig, men at dersom det var adgang til å bytte ut arbeidskraft med en annen person, ville det utelukke en vurdering av om en var arbeidstaker. Dette fremgår også av *Omsorgsavlaster* og av *Beredskapshjem*.<sup>91</sup> Videre vil en eventuell plikt til å arbeide personlig i oppdragsavtaler likevel gi rom for å bruke medhjelpere, vanligvis på egen regning hvis ikke partene har avtalt noe annet. Også i arbeidsavtaler kan det benyttes medhjelpere etter avtale, der arbeidsgiver normalt står for kostnader i forbindelse med dette. Dette kan for eksempel være tilfelle der en ufaglært bistår fagarbeideren.<sup>92</sup>

Som vi har sett, kom retten også i *Sceneinstruktør* til at det forelå løpende personlig arbeidsplikt. Kontraktene var ikke knyttet til arbeidsresultat, men til person.<sup>93</sup> De kunne ikke uten særskilt avtale om dette la sin del av arbeidet overlates til andre.<sup>94</sup> Også i *Dykker* var arbeidet knyttet til person og ikke til resultatet av arbeidet.<sup>95</sup>

Høyesterett har i flere dommer vist at personlig arbeidskraft ikke har avgjørende betydning. Rt. 1968 s. 725 *Hjemmearbeiderske* gjaldt en hjemmearbeider i skotøybransjens krav om feriepenger. Andre i familien kunne jobbe i stedet for personen, uten at dette fjernet status

---

<sup>87</sup> *Omsorgsavlaster* avsnitt 43.

<sup>88</sup> *Omsorgsavlaster* avsnitt 42-43 og Hotvedt (2015) s. 340.

<sup>89</sup> Barne,- ungdoms og familieetaten.

<sup>90</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 47-50.

<sup>91</sup> *Avlaster 2*, inspirert av sammendraget før dommen samt avsnitt 69-70, se *Omsorgsavlaster* avsnitt 43 og *Beredskapshjem* avsnitt 49.

<sup>92</sup> Jakhelln (2013) s. 345.

<sup>93</sup> Rt. 1958 s. 1229 s. 1231.

<sup>94</sup> Rt. 1958 s. 1229 s. 1237.

<sup>95</sup> *Dykker* avsnitt 37.

som arbeidstaker etter loven. Vi ser altså at det kan fravikes dersom helheten av arbeidsforholdet likevel tilsier at det foreligger et arbeidstakerforhold. Momenter her ut fra rettspraksis er hvilket omfang arbeidet har, hvor ofte eller mye arbeidet er satt til noen andre, samt hvilket tidsaspekt avtalen har. Momentet om personlig arbeidskraft har dermed relativ betydning. Det er likevel vanskelig å se at det foreligger et arbeidstakerforhold dersom en i stor grad overlater arbeidet til andre.<sup>96</sup>

Hovedinntrykket er at personlig arbeidsplikt er et av de viktigste momentene for å konstatere et arbeidstakerforhold ut fra rettspraksis.

### 3.2.2 Styringsrett

Styringsretten er ulovfestet rett. Høyesterett har for eksempel i Rt. 1977 s. 902 Hammerverkdommen,<sup>97</sup> uttalt at styringsrett er en rettslig norm med hjemmel i avtalen og i tariffavtaler, men Evju poengterer at den med tiden har utviklet seg til å bli en selvstendig rettslig norm.<sup>98</sup> Denne er likevel begrenset av arbeidsavtalen, lovgivning og tariffavtaler.<sup>99</sup> Ordlyden av at arbeidet skal utføres «i annens tjeneste» i aml. § 1-8 første ledd tilsier også at arbeidsgiver har styringsrett. Videre er dette en av arbeidsrettens grunnbegreper. Høyesterett har i Nøkkdommen<sup>100</sup> formulert at «Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet.» Flere senere dommer fra Høyesterett har gjentatt dette sitatet.<sup>101</sup> Styringsretten er også formulert flere steder i teorien. Andersen har definert begrepet som «retten til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere».<sup>102</sup>

Utgangspunktet er at arbeidsgiver har styringsrett overfor arbeidstaker, mens det faktum at oppdragstaker har resultatansvar betyr at han ikke er underlagt styring. Ordlyden av «i tjeneste» i aml. § 1-8 første ledd tilsier også at selvstendig oppdragstaker ikke er underlagt styringsrett fordi han ikke er «i tjeneste». Dersom arbeidet skal styres må det være nedfelt i kontrakt at oppdragstaker skal være underlagt styring underveis og/eller for resultatet.

---

<sup>96</sup> Johansen og Stueland (2015) s. 93.

<sup>97</sup> Hammerverk s. 914.

<sup>98</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 227.

<sup>99</sup> Storeng m.fl. (2014) s. 46.

<sup>100</sup> Rt. 2000 s. 1602.

<sup>101</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 230.

<sup>102</sup> Andersen (1967) s. 149.

Styringsretten er likevel et spørsmål om grader,<sup>103</sup> og hvert tilfelle må derfor tolkes etter om det faktisk har blitt utøvd styringsrett dersom det ikke fremgår av kontrakt at dette er avtalt med oppdragstaker. Risikoen for arbeidsresultatet kommer vi til i punkt 3.2.4, og det er altså en direkte sammenheng til avsnittet her om styringsrett. Å belyse styringsrett kan videre gjøres innenfor mange forskjellige spørsmål i arbeidsretten. Problemstillingen i denne sammenheng er bare en av dem.

I *Omsorgsavlaster* var det uenighet mellom kommunen og tjenesteyteren om hun var underlagt kommunens ledelse og kontroll, ettersom oppdragskontrakten eksplisitt hadde uttrykt at hun selv stod fritt til å organisere arbeidet i samsvar med brukers ønsker. Ordlyden tilsa derfor uttrykkelig at det ikke forelå noen styringsrett. Retten kom til at hun likevel var underlagt en viss måte å utføre arbeidet på som fulgte av hva typen arbeid naturlig bar preg av, hvor familien i relativt stor grad la føringer for hvordan det skulle foregå. De mente derfor at dette med vesentlig tyngde talte for at hun var arbeidstaker, og la også vekt på formålet med loven, - at hun hadde behov for å bli vernet.<sup>104</sup> Med andre ord ble styringsretten sammen med løpende personlig arbeidsplikt det mest avgjørende for resultatet i dommen.<sup>105</sup> De fravek dermed en klar ordlyd. Det ble forøvrig ikke stilt spørsmål om forholdet utviklet seg underveis. Ut fra dette kan det utledes fra rettspraksis at det generelt kreves en relativt streng faktisk styring for at det skal tale for en arbeidsavtale, dersom ordlyden i avtalen klart taler i annen retning.<sup>106</sup>

I *Beredskapshjem* var deler av kontraktens ordlyd åpen for at det kunne utøves styring, særlig at kommunen kunne bestemme at en frihelg i måneden kunne bli utsatt og at de kunne tildele andre oppgaver når fosterbarnet ikke var hos kvinnen. Dette ble imidlertid ikke faktisk utøvd. Den ankende part viste til regelverk for hvordan arbeidet skulle utføres. Retten viste til at hensikten var at barnet sikres god omsorg og rutiner, og selv om grensen mellom veiledning og styring og kontroll er uskarp, var dette ikke et direkte utslag av styringsrett i tradisjonell arbeidsrettslig forstand. Det skulle gis veiledning og ikke instruks. Helhetlig fremstod ikke arten av arbeidet som noe det var naturlig at kommunen styrte og kontrollerte på den måten

---

<sup>103</sup> Hotvedt (2015) s. 314.

<sup>104</sup> Omsorgsavlaster avsnitt 44-51.

<sup>105</sup> Hotvedt (2015) s. 335.

<sup>106</sup> Hotvedt (2015) s. 340-341.



som et tradisjonelt arbeidsforhold gjør, og kom derfor til at dette talte mot at hun var arbeidstaker.<sup>107</sup>

I *Avlaster 2* uttalte retten at siden arbeidet var personlig, kunne de gå videre til å vurdere de andre momentene. Det ble da lagt avgjørende vekt på at hun var underlagt kommunens kontroll og styring. Det var riktignok ikke et krav at ledelse kom fra kommunen. Det ville være tilstrekkelig med adgang til ledelse fra tjenestemottakeren for å oppfylle vilkåret.<sup>108</sup> En plikt var nok, - det var ikke nødvendig at ledelse faktisk ble utført. Og en plikt mente retten at hun utvilsomt hadde.<sup>109</sup> Retten la vekt på at det var viktig med forutsigbarhet og rutine for at brukeren skulle ha det bra, samt at familien kunne instruere i samsvar med brukerens behov.

Videre hadde hun en veileder i kommunen som hun måtte følge. Adgang til stor selvstendighet var derfor begrenset, selv om det utad kunne fremstå som hun hadde stor grad av frihet og mulighet til selv å organisere arbeidet. I tillegg administrerte kommunen forholdet. Det «organisatoriske underordningsforholdet» er med andre ord det avgjørende.<sup>110</sup> Retten uttaler at styring fra bruker i denne saken er av samme innhold som i Omsorgsavlaster.<sup>111</sup> Videre følger det av *Avlaster 2* at i noen tilfeller har en person behov for ledelse og kontroll, og andre ganger vil utdanning, arbeidserfaring eller andre forhold gjøre at det ikke er et behov. I slike tilfeller kan ikke arbeidstakerbegrepet kun brukes om gruppen i behov av styring. Da ville momentet om styringsretten når det gjelder behovet tilsi et svakt arbeidstakerbegrep som ikke er i tråd med formålet til arbeidsmiljøloven.

I *Sceneinstruktør* var det typen arbeid som instruktører som ga rom for at den frihet de hadde, likevel gjorde at de ble ansett for å være underlagt en viss styringsrett. Det tilsier at en generelt må se på hvilken art arbeidet er av. Der det er naturlig at arbeidet er selvstendig og styringsretten derfor begrenset, slik vi også så i *Avlaster 2*, kan ikke dette alene tilsi at det ikke foreligger noe arbeidstakerforhold. Det ble ikke lagt avgjørende vekt på at instruktørene hadde lov til å la være å la seg styre av overordnet dersom de mente det var kunstnerisk forsvarlig. Dette ble ansett som et legitimt unntak fra styringsretten, siden de ellers hadde teatersjefen som sin overordnede og måtte jobbe på gitte tider.<sup>112</sup>

---

<sup>107</sup> Beredskapshjem avsnitt 51-53.

<sup>108</sup> *Avlaster 2* avsnitt 64 som viser til *Omsorgsavlaster* avsnitt 49.

<sup>109</sup> *Avlaster 2* avsnitt 65 og 74.

<sup>110</sup> *Avlaster 2* avsnitt 66 og 70-71.

<sup>111</sup> *Avlaster 2* avsnitt 73.

<sup>112</sup> Hotvedt (2015) s. 335.

### 3.2.3 Stedet hvor arbeidet utføres

Videre rettes fokus på momentet med arbeidsrom, som er stedet hvor arbeidet utføres, og eventuelle hjelpemidler, utstyr eller redskap som er nødvendig for å utføre arbeidet. Som en følge av at arbeidsgiver styrer arbeidet, er det naturlig at også denne står for arbeidsrom, driftsmidler og liknende, mens en oppdragstaker normalt står for driftsmidler osv. selv.<sup>113</sup> Arbeidsrom fikk betydelig vekt for resultatet i Omsorgsavlaster og i Beredskapshjem.

I *Omsorgsavlaster* var det et viktig moment for å konstatere et arbeidstakerforhold i denne saken at arbeidet ble utført i hjemmet til brukeren. Der fikk hun også dekket utgifter til arbeidet og det var familien til bruker som stod for hjelpemidler. I *Beredskapshjem* skulle brukeren integreres så langt som mulig i hjemmet til personen som tilbød sin tjeneste. Dette mente retten ikke bar preg av noe vanlig arbeidstakerforhold. At hennes eget hjem og innbo var stilt til rådighet uttalte Høyesterett at var «de helt dominerende innsatsfaktorene». Dette til tross for at avtalen var at utstyr som ble kjøpt inn i forbindelse med arbeidet skulle tilhøre Bufetat.<sup>114</sup> Her ser en at momentet om hvor arbeidet utføres vektet totalt ulikt for arbeid som foregår i hjemmet til enten arbeidspersonen eller tjenestemottaker. Dette skaper en uklar rettsregel.

*Avlaster 2* handler derimot om avlastning i eget hjem og ikke en integrering i hjemmet på samme måte som i *Beredskapshjem*. Derfor kom retten til at momentet om arbeidsrom ikke fikk noen avgjørende betydning i *Avlaster 2*.<sup>115</sup> Mindretallet mente at arbeid utført i eget hjem talte mot arbeidstakerforhold.

Ingen av dommene over behandler mer inngående betydningen av å holde arbeidsmaterialer o.l. selv. I *Dykker* og i flere andre dommer kom Høyesterett til at det forhold at det er avtalt at personen skal stå for driftsmidler selv, ikke kan tale mot arbeidstakerforhold. I denne saken hadde personen eget dykkerutstyr. I andre retning taler dette moment hvis det ikke er naturlig at personen holder noe særlig utstyr selv. Dersom det er tale om å bruke egne midler for å integrere et firma som tilbyr tjenester i et prosjekt, taler ikke det i seg selv mot et arbeidstakerforhold. Dette fremgår av rettspraksis.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> Jakhelln (2013) s. 342.

<sup>114</sup> Beredskapshjem avsnitt 56.

<sup>115</sup> Avlaster 2 avsnitt 75.

<sup>116</sup> Se Rt. 1994 s. 1064 s. 1071.

Generelt kan det utledes at dersom personen skal stå for utstyr selv i mindre grad, herunder skaffe, vedlikeholde, erstatte og likende, - er ikke dette et tungtveiende moment mot et arbeidstakerforhold. Annerledes blir dette et tungtveiende moment i motsatt retning dersom dette skjer i vesentlig grad, ettersom utgiftene og risikofordelingen mellom partene blir skjeve enn et arbeidsforhold tilsier.<sup>117</sup> Det er helt klart forskjell på å holde en pc eller en bil selv som direkte skal brukes til utførelsen av arbeidet. Generelt sett taler ikke en pc mot et arbeidstakerforhold, mens en bil generelt taler mot. Dette følger av Vognmenn-dommen, men arbeidsretten kom likevel i denne saken til at det ikke var et viktig moment mot et arbeidstakerforhold, ettersom det avgjørende var at bilen og personlig arbeidsplikt ble sett i sammenheng.

Dersom det foreligger personlig arbeidsplikt og vedkommende er underlagt styringsrett, taler ikke mindre utgifter for personen mot et arbeidstakerforhold. Dersom det ikke foreligger personlig arbeidsplikt og utøvd styringsrett, vil mindre utgifter isolert tale for oppdragsforhold eller ikke gis større vekt for subsumsjonen, jf. rettspraksis.

### **3.2.4 Risikoen for arbeidsresultatet**

Som vi har nevnt over i punkt 3.2.2 er det selve kjernen av oppdragstakerbegrepet at han har resultatansvaret, og at utgangspunktet i tvilstilfeller er å vurdere hvorvidt styringsrett faktisk har blitt utøvd for å ta stilling til resultatansvaret.

Når det ikke er avtalt annet kommer risikoen for arbeidsresultatet blant annet til uttrykk gjennom tidspunktet for når den avtalte godtgjørelsen forfaller, og hvordan det skal kalkuleres. Ofte er det avtalt et bestemt beløp som skal betales, eller det skal faktureres når oppdraget er helt eller delvis fullført som inkluderer personens kostnader i forbindelse med arbeidet. Dette til forskjell fra arbeidstaker som vanligvis får betaling til fast tid hver måned, og hvor arbeidsgiver vanligvis står for kostnader. I noen tilfeller vil et resultatarbeid påvirke vederlag, som salg på provisjon, men normalt vil disse ha krav på en avtalt minstelønn. For oppdragstaker er det oppfyllelsen av et resultat som er grunnlag for godtgjørelse.<sup>118</sup> Godtgjørelse får altså betydning både for risikoen for arbeidsresultatet, og for tilknytningsforholdet som belyses i neste punkt 3.2.5.

---

<sup>117</sup> Jakhelln (2013) s. 354.

<sup>118</sup> Jakhelln (2013) s. 334-335.

I *Omsorgsavlaster* kom retten til at kommunen hadde ansvaret for å tilby tjenesten etter loven, og at personen ikke kunne bruke medhjelpere for egen regning. Hun ville heller ikke bli trukket i lønn ved dårlig arbeidsinnsats. Derfor hadde kommunen risikoen.

Både i *Beredskapshjem* og i *Omsorgsavlaster* har retten sagt at det er vanskelig å måle et gitt arbeidsresultat når arbeidet består i å yte en løpende omsorgstjeneste. Derfor passer ikke momentet så godt disse sakene. Risikoen for arbeidsresultatet får størst betydning og passer best der det skal leveres en vare eller et produkt. Av mindre betydning for dommens resultat har retten derfor i *Avlaster 2* vurdert at situasjonen ikke er annerledes enn i *Omsorgsavlaster*.

*Dykker* anvendes som eksempel på hva Høyesterett legger i vurderingen. Her kom retten til at selskapet hadde risikoen for arbeidsresultatet, og ser dette i sammenheng med at det var utøvd betydelig styringsrett både i når, hvor og hvordan arbeidet skulle foregå. Også den personlige arbeidsplikt ble medvirkende til at risikoen lå hos selskapet, siden det var dette som var viktig for utførelsen av arbeidet.<sup>119</sup>

### **3.2.5 Vederlag, tilknytningsforhold og om det hovedsakelig arbeides for én arbeidsgiver**

I forarbeidene fremgår det av de siste tre punktene at det er karakteristisk for arbeidstaker at personen er økonomisk avhengig av arbeidsgiver ved et vederlag i en eller annen form for lønn, at tilknytningsforholdet er noenlunde stabilt og er oppsigelig med bestemte frister, og om det hovedsakelig arbeides for én arbeidsgiver. Det uttales at økonomisk avhengige befinner seg i en «gråson» mellom oppdragstaker og arbeidstaker.<sup>120</sup>

Den økonomiske avhengighet innebærer at den som tilbyr arbeid er avhengig av arbeidskraften, og at personen som arbeider er avhengig av inntekt for å leve. Det er likevel ikke et avgjørende moment alene, og det er heller ikke nødvendig. Dersom man kun jobber for én person eller bedrift som tilbyr arbeid, tilsier det at man er avhengig av inntekten i en slik grad at det taler for et arbeidsforhold. Da er balansen ujevn, noe som taler for et avhengighetsforhold.<sup>121</sup> Videre kan det forekomme en bestemt frist for oppsigelse også for oppdragskontrakter, men det vanlige er at disse slutter når oppdraget er utført og at dette

---

<sup>119</sup> *Dykker* avsnitt 37.

<sup>120</sup> NOU 2004: 5 s. 148.

<sup>121</sup> Hotvedt (2015) s. 315.

følger av karakteren av arbeidet. Både oppdragskontrakter og arbeidskontrakter kan være korte eller lange. Et langt og stabilt kontraktsforhold mellom partene vil tale for et arbeidstakerforhold, om enn med noe relativ vekt avhengig av arbeidets art.<sup>122</sup>

At kvinnen i *Omsorgsavlaster* fikk lønn hver måned basert på timelister, tilsa at hun var økonomisk avhengig og derfor arbeidstaker.

Når det gjaldt tilknytningsforhold hadde hun arbeidet i over halvannet år med noe opphold mellom kontraktene, samt en måneds oppsigelse. Dette talte for et stabilt tilknytningsforhold. På en annen side kunne kontrakten sies opp av motparten når behovet falt bort, noe som taler mot et stabilt forhold. Her ser vi at vedkommende er i en posisjon som er svært utsatt, og når det gjelder vern mot oppsigelse viser rettspraksis jevnt at stabilitet er et viktig moment.<sup>123</sup> Samlet talte det likevel ifølge retten for at tilknytningsforholdet var stabilt.<sup>124</sup>

Videre arbeidet kvinnen for flere. Hun jobbet for en annen kommune og på et miljøkontor. I tillegg var hun student. Jobben hun hadde som avlaster for Oslo kommune var riktignok den jobben som var av størst omfang av de jobbene hun hadde. Dermed var ikke det faktum at det ble arbeidet for flere et moment som talte mot et arbeidstakerforhold, selv om det heller ikke direkte talte for.<sup>125</sup> Det samme ble lagt til grunn i *Sceneinstruktør*, der retten uttaler at det faktum at instruktørene kan ta annet arbeid underveis ikke er noe tungtveiende moment som talte mot at de anses som arbeidstakere i ferielovens forstand.<sup>126</sup>

Det fremgår av *Beredskapshjem* at siden oppdragstakere også kan motta utbetalinger månedlig, var momentet om vederlag dårlig egnet til å gi bidrag til vurderingen.<sup>127</sup> Når det gjaldt tilknytningsforhold, blir det uttrykt i dommen at det har en nokså stabil karakter ettersom kontrakten hadde løpt fra 2006, og ble fornyet i 2010 med fem års videre forløp samt angitt oppsigelsestid. Dermed anså Høyesterett at tilknytningsforholdet tilsa et arbeidstakerforhold. Vi ser altså at stabil tilknytning ikke fikk noen tung vekt i denne saken, ettersom retten likevel kom til at hun var oppdragstaker. Til sist fremgikk det også uttrykkelig

---

<sup>122</sup> Jakhelln (2013) s. 346.

<sup>123</sup> Jakhelln (2013) s. 363.

<sup>124</sup> *Omsorgsavlaster* avsnitt 55.

<sup>125</sup> *Omsorgsavlaster* avsnitt 56.

<sup>126</sup> *Sceneinstruktør* s. 1231.

<sup>127</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 58 og Jakhelln (2013) s. 335.

av kontrakten at personen ikke kunne at arbeid for andre i kontraktstiden, og dette talte også for et arbeidstakerforhold.<sup>128</sup>

I *Avlaster 2* blir ikke vederlag, tilknytningsforhold og om det hovedsakelig arbeides for én gjennomgått fordi saken likner mye på Omsorgsavlaster, og derfor uttrykker Høyesterett at de vil fokusere der forskjellene er størst.<sup>129</sup>

Et annet eksempel fra rettspraksis som fremhever avhengighetsforholdet er Rt. 1986 s. 1322 Norsk Stålpress. Her fikk Norsk Stålpress AS ikke medhold i at de hadde krav på refusjon fra staten for utbetalt feriegodtgjørelse til daglig leder i Norsk Stålpress AS, da han ikke ble ansett som «arbeidstaker» etter ferieloven. Daglig leder eide 54,8 prosent av aksjene, samt at han var medlem av styret. I dommen fremheves det at det følger av forarbeidene til ferieloven at avhengighetsforholdet står sentralt, der personlig arbeidsplikt inngår i dette avhengighetsforholdet. Høyesterett uttaler noe prinsipielt viktig i dommen. De uttaler at avhengighetskriteriet ikke kun får betydning når en skal avgrense mot selvstendig oppdragstakere, men at dette «generelt må være forutsetningen for at en person skal gå inn under ferielovens bestemmelser og anses som arbeidstaker i lovens forstand».<sup>130</sup> Høyesterett kom til at daglig leder ikke var i et avhengighetsforhold som forarbeidene til ferieloven forutsatte, ettersom han satt i styret og eide over halvparten av aksjene. Videre drøfter ikke Høyesterett hva som ligger i kravet til avhengighet, og uttalelsen er også et obiter dictum.

I dommen var det arbeidsgiver som søkte om refusjon, og dermed fremstår ikke vernereglene like relevante i denne sammenhengen. I tillegg kan det ikke sies sikkert hvorvidt man generelt ikke vil falle inn under arbeidstakerbegrepet dersom man har innflytelse over selskapet i et betydelig omfang, selv om det ble resultatet i denne dommen.<sup>131</sup> Rettstilstanden er etter dette usikker all den tid det ikke er inngående behandlet i verken forarbeid<sup>132</sup> eller i Norsk Stålpress.<sup>133</sup> Det en i det minste kan utlede av dommen og annen tidligere rettspraksis der personen har hatt en dominerende eierandel, er at det er de underliggende faktiske forhold som må bli avgjørende i tvilstilfeller. Det å ha en lederstilling og «dominerende eierandel» ikke er nok for å ikke vurdere om en kan anses som arbeidstaker.<sup>134</sup> Stor vekt for den

---

<sup>128</sup> Beredskapshjem avsnitt 59-60.

<sup>129</sup> *Avlaster 2* avsnitt 68.

<sup>130</sup> Norsk Stålpress s. 1324.

<sup>131</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 42.

<sup>132</sup> Se Ot.prp. nr. 54 (1986-87) pkt. 3.2.2.2. s. 23-24.

<sup>133</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 43.

<sup>134</sup> Johansen og Stueland (2015) s. 95 og Hotvedt (2015) s. 350.

arbeidsrettslige vurderingen utover at avhengighetsforhold er særskilt trukket frem får dermed ikke Norsk Stålpres, da den først og fremst er trygderettslig og gjaldt virkninger av loven som ikke lenger gjelder.<sup>135</sup>

Selv om det er karakteristisk for arbeidsavtale, trenger det ikke være slik at det alltid er en økonomisk ubalanse i ressurser og styrkeforhold mellom partene for at arbeidsavtale likevel foreligger. I Beredskapshjem så vi at det var ressursmessig ubalanse, men at personen likevel ble klassifisert som oppdragstaker.<sup>136</sup>

## 3.3 Hva kan utledes av dommene mer konkret?

### 3.3.1 Andre forhold

Etter en helhetsvurdering i *Omsorgsavlaster* kom retten til at de fleste momentene talte for arbeidstakerforhold. Det sies uttrykkelig i at momentlisten ikke skal brukes mekanisk. Derfor vurderte retten om «andre forhold» kunne tilsi en annen konklusjon. Retten kom til at kommunens anførsler om at brukerstyring og arbeidstakerrettigheter ikke var særlig lette å samkjøre, - ikke kunne tillegges vekt når de fleste momentene ellers talte for arbeidstakerforhold. Det ble uttalt at det ikke kunne få avgjørende betydning at personen fikk et sterkere vern enn nødvendig etter arbeidsmiljøloven. Her ser vi altså at retten anvender generelle formålsbetraktninger som argument mot anførselen fra kommunen om «andre forhold».<sup>137</sup> Også i *Avlaster 2* blir andre forhold vurdert, men brukerstyring for kommunen kunne i likhet med *Omsorgsavlaster* ikke få noen betydning. Den frihet til å legge opp arbeidet som kommunen har etter helse- og omsorgstjenesteloven, kan ikke gå foran de hensyn som arbeidsmiljøloven verner.<sup>138</sup>

Vurderingen i den konkrete sak derfor ut til å få et relativt stort skjønnsmessig preg. Det en likevel kan trekke ut er at andre forhold må få størst betydning i de tilfeller der de øvrige momentene trekker i ulike retninger og ikke gir noe entydig bilde av hva resultatet bør bli. Annerledes vil det stille seg dersom de momentene fra rettspraksis som vi har opplistet som de mest essensielle, trekker i en annen retning enn «andre forhold» gjør.<sup>139</sup> Da er det

---

<sup>135</sup> Hotvedt (2015) s. 351.

<sup>136</sup> Hotvedt (2015) s. 315.

<sup>137</sup> *Omsorgsavlaster* avsnitt 57 og 60.

<sup>138</sup> *Avlaster 2* avsnitt 61-62.

<sup>139</sup> Jakhelln (2013) s. 352.

vanskelig å se at andre forhold får slik «atskillig tyngde» som *Beredskapshjem* legger til grunn at momentet generelt kan få. I *Beredskapshjem* fant ikke retten at momentene tilsa noen klar konklusjon, og derfor fikk andre forhold stor betydning.<sup>140</sup> I *Dykker* og i *Sceneinstruktør* er formålet anvendt. Andre forhold kan altså være momenter som særpreger forholdet i en såpass stor grad at det bør gis vekt. I et slikt tilfelle kan formålet anvendes som et motargument.

### 3.3.2 Rimelighetsbetraktninger

«Andre forhold» kan også være rimelighetsbetraktninger, og disse to avsnittene har derfor en glidende overgang og sammenheng. Hensyn til rimelighet kan i likhet med andre forhold både være et tilleggsmoment og det kan være justerende når momentene ellers spriker.<sup>141</sup>

Selv om det ikke er konstatert løpende personlig arbeidsplikt og styringsrett, kan rimelighetsbetraktninger gi grunnlag for at det likevel foreligger en arbeidsavtale som et supplerende positivt moment. Stabilitet og omfang kan typisk være slike hensyn. Omvendt kan en negativ avgrensning av arbeidstakerbegrepet innebære at det ikke er et tilstrekkelig vernebehov selv om det er både løpende personlig arbeidsplikt og styringsrett, og dermed kan en konkret vurdering tilsi at det ikke foreligger noen arbeidsavtale. Forarbeidene kan ikke sies å gi noen føringer for rimelighetsbetraktninger, og det er få Høyesterettsdommer som har anvendt dette som det avgjørende supplerende moment for resultatet, særlig ikke negativ avgrensning. Heller ikke i teorien finner vi tydelige holdepunkter for negativ avgrensning etter rimelighetsbetraktninger.<sup>142</sup>

Høyesterett vurderte momentlisten i *Beredskapshjem*, og kom frem til at det var momenter som talte i begge retninger, - hvor ingen av dem fikk utslagsgivende vekt. Dermed kunne en ikke konkludere alene på bakgrunn av momentene. Dette viser at det ikke i enhver situasjon er mulig eller relevant å bruke momentene fra forarbeidene.<sup>143</sup> Det avgjørende for resultatet i saken kan tolkes som at består i rimelighetshensyn ut fra «arbeidets karakter».<sup>144</sup> Dette kan sees på som et unntak fra hovedregelen, men kommer bare indirekte frem i dommen, ettersom det blir uttalt at forholdet skiller seg «markert» fra det ordinære arbeidsforhold uten at

---

<sup>140</sup> *Beredskapshjem* avsnitt 46 og Jakhelln (2013) s. 352.

<sup>141</sup> Hotvedt (2015) s. 354.

<sup>142</sup> Hotvedt (2015) s. 316 og s. 342.

<sup>143</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 44.

<sup>144</sup> Hotvedt (2015) s. 334 og 352.



rimelighet nevnes eksplisitt. Personens vernehensyn veide ikke tungt nok mot det offentliges hensyn siden saken ikke passet inn i arbeidsrettens verneregler. Dette kan bare unntaksvis bli tilfellet sett i lys av arbeidstakerbegrepets preseptoriske karakter<sup>145</sup> og lovens formål, så fremt personlig arbeidsplikt og styringsrett som hovedregel foreligger. Mindretallet fant ikke at rimelighetshensyn ga holdepunkt for en slik konklusjon, særlig siden de mente at det hadde funnet sted tilstrekkelig styring for å tilsi et arbeidstakerforhold. *Omsorgsavlaster* støtter også at dette må være unntaket, jf. det vi har skrevet over under «Andre forhold» om kommunens anførsel om brukerstyring som ble avvist av retten.

I *Omsorgsavlaster* fikk hensynet til hvordan den offentlige tjenesten er regulert ikke betydning, mens motsatt ble konkludert i *Beredskapshjem*. I begge saker var maktforholdet ujevnt mellom partene, men det var utvilsomt mest behov for å verne om personen i *Omsorgsavlaster* på grunn av de nedfelte avtalevilkårene i denne saken.<sup>146</sup> I *Beredskapshjem* ga avtalen et nærmest tilsvarende vern som for arbeidstakere. Dommen kan derfor tolkes som at det mangler at Høyesterett i *Beredskapshjem* forklarer en viktig del av resultatet med det svake vernebehovet. Dette burde ha kommet klart frem. Vi ser derfor at hvilke rettsvirkninger det er tale om for partene får stor betydning for klassifiseringen.<sup>147</sup>

I *Hjemmearbeiderske* kunne det ikke konstateres personlig arbeidsplikt eller styringsrett verken i avtalen eller etter opptreden, men retten kom til at det var «naturlig» at hun var arbeidstaker. Begrunnelsen var et stabilt og varig arbeid med et omfang som ikke var uvesentlig. Også formålsbetraktninger ble det begrunnet med.<sup>148</sup> Selv om kvinnen ikke var helsearbeider, har saken likhetstrekk med dommene sentrert i denne oppgaven da det foregår i hjemmet til vedkommende, hvor styrkeforholdet mellom partene jevnt over er mindre likevektig. Denne er en av svært få dommer som gir uttrykk for hensynet til rimelighet. I *Tupperware* har vi sett at retten vurderte rimeligheten indirekte selv om det ikke var personlig arbeidsplikt og styringsrett, men kom likevel til at det bød på store utfordringer å konkludere med et arbeidstakerforhold. Det ligger en forskjell i de rettslige konsekvenser mellom dommene, og vi ser også at *Tupperware* tar hensyn til oppdragsgiver.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> Jakhelln (2013) s. 333.

<sup>146</sup> Hotvedt (2015) s. 353.

<sup>147</sup> Hotvedt (2015) s. 354.

<sup>148</sup> *Hjemmearbeiderske* s. 727.

<sup>149</sup> Hotvedt (2015) s. 344.

Det kan altså utledes fra dette at der maktforholdet mellom partene har ujevn styrke hvor behovet for å bli vernet er vesentlig, slik vi typisk ser for avlastere og støttekontakter, viser rettspraksis at det er større sjanse for å bli ansett som arbeidstaker basert på rimelighetsbetraktninger enn der maktforholdet er jevnere.<sup>150</sup> Det er likevel ikke lett å si noe generelt om rimelighetsvurderingen utover dette, fordi den er meget konkret fra sak til sak.<sup>151</sup>

### 3.3.3 Øvrige betraktninger

Utgangspunktet er klart nok ordlyden for å avgjøre hva som er avtalt. Den overordnede hovedlinjen som følger av dommene er likevel at Høyesterett går konkret til verks for å bedømme hva det faktiske forholdet mellom partene er uavhengig av hva som følger av ordlyden i kontrakten. Dersom det kan bevises at faktisk opptreden er i strid med ordlyden der avtalen er klassifisert som oppdragsavtale, kan ordlyden ikke være avgjørende.<sup>152</sup> Det samme gjelder dersom andre forhold og rimelighetsbetraktninger tilsier en annen løsning enn ordlyden. Det følger av at arbeidsmiljøloven og ferieloven er preseptorisk, og at den rettslige klassifiseringen da følger av lov og bakgrunnsrett.

Det er videre flere eksempler der retten klart har argumentert for at partenes oppførsel taler *for* at vedkommende er arbeidstaker ved uklar ordlyd. Motsatt tilfelle er usikkert, - om opptreden ved uklar ordlyd kan tale *mot* at det foreligger en arbeidsavtale. Fra Omsorgsavlaster kan det utledes at opptreden som talte mot arbeidstaker fikk mindre vekt. Dette var tilfelle når det gjaldt styringsrett i denne saken. I et tilfelle der ordlyden enten er uklar eller taler mot arbeidskontrakt, vil opptreden som taler *for* en arbeidskontrakt få større vekt. Oppsummert kan vi utlede at der vernebehovet er stort, vil opptreden lettere tale for at en er arbeidstaker enn at en ikke er det uansett ordlyd.<sup>153</sup>

Et viktig spørsmål er om skriftlighetskravet etter arbeidsmiljøloven er et gyldighetsvilkår eller en ordensregel. Johansen og Stueland tar til orde for at arbeidstakerbegrepet ikke skal defineres og konstateres om foreligger ut i fra om det finnes en arbeidsavtale eller ei.<sup>154</sup> Evju synes å dele denne oppfatningen, og uttrykker at en ikke må forveksle kravet om «skriftlig avtale» i aml. § 14-5 med arbeidsavtalen som «konstituerende rettsfaktum» fordi de

---

<sup>150</sup> Hotvedt (2015) s. 345.

<sup>151</sup> Hotvedt (2015) s. 354.

<sup>152</sup> Johansen og Stueland (2015) s. 90 og 93.

<sup>153</sup> Hotvedt (2015) s. 340-341.

<sup>154</sup> Johansen og Stueland (2015) s. 90.

etterfølgende bestemmelser hovedsakelig angir de innholdsmessige kriteriene for en arbeidsavtale.<sup>155</sup> Bestemmelsen er en «ordensforskrift», og dersom kravet til skriftlighet ikke er gjennomført vil arbeidsgiver ha risikoen for klarheten i avtalen.<sup>156</sup>

Hotvedt hevder at tilnærmingen der det ikke er vesentlig om avtalen er skriftlig eller muntlig, ikke kan være riktig. En avtale som sikter til å være en arbeidsavtale, taler også for at man implisitt har ment at det skal foreligge personlig løpende arbeidsplikt samt styringsrett. Dette synet støtter blant annet Ulseth. Videre er det ut fra vernehensyn ingenting som taler mot at partene kan anse en avtale som en arbeidsavtale, selv om de formelt har uttrykt noe annet tidligere, - snarere tvert imot.<sup>157</sup>

I Omsorgsavlaster ble det henvist til en oppsummering av rettstilstanden.<sup>158</sup> Her fremgår det at poenget med den skjønnsmessige vurderingen er å få en fleksibel vernelov. Den sterke part, vanligvis arbeidsgiveren, ikke skal kunne avtale seg vekk fra vernelovgivningen ved å formulere avtalen til oppdragskontrakt dersom det egentlig foreligger en arbeidsavtale. I tillegg skal de avtaler som ikke har fått noe konkret formelt uttrykk, kunne omfattes dersom det faktisk er en arbeidsavtale.<sup>159</sup>

Momentene om styring og instruksjon, lydighet og underordning, kontroll, arbeidstid, utførelse og sted, - er alle deler som inngår i momentet om arbeidsgiver har risikoen for arbeidsresultatet. Vi ser altså at overgangene er glidende, og at en del av momentene gjensidig er avhengig av hverandre for at de kan anses å trekke bestemt i en retning. Når en skal se på hvem som har risikoen for arbeidsresultatet, må en altså se på hva disse momentene sier for å avgjøre risikofordelingen. Er styringsretten utøvd i stor grad, taler dette for at arbeidsgiver har risikoen. Men vi har sett at dersom arbeidets art eller personenes kunnskap, erfaring og egnethet til å være selvgående tilsier at styringen er begrenset, skal dette ikke isolert tale mot et arbeidstakerforhold.<sup>160</sup>

Totalt sett kan det i lys av rettspraksis ikke utledes at det eksisterer et avhengighetsforhold utover det avhengighetsforholdet som vederlaget kan utgjøre. Det uttales for eksempel i Omsorgsavlaster at det er «et grunnleggende trekk ved arbeidsavtaler» at det er et

---

<sup>155</sup> Evju (2011) s. 144.

<sup>156</sup> Rettsdata.no til aml. § 14-5 note 482.

<sup>157</sup> Hotvedt (2015) s. 329-330, se Ulseth (2006) s. 93.

<sup>158</sup> Omsorgsavlaster avsnitt 38 som viser til Meld. St. 29 (2010-2011) s. 206 flg.

<sup>159</sup> Omsorgsavlaster avsnitt 38.

<sup>160</sup> Jakhelln (2013) s. 353-354.

«avhengighets- og underordningsforhold». Høyesterett diskuterer riktignok ikke hva som ligger i dette. Dermed fremstår det som en generell uttalelse om hvem som tradisjonelt er arbeidstaker, snarere enn et tungtveiende moment.<sup>161</sup> Dette fremgår også av forarbeidene til arbeidsmiljøloven<sup>162</sup> uten at det utbroderes ytterligere enn at den økonomiske avhengighet er spesifisert. I Sceneinstruktør blir det uttrykkelig tatt avstand fra det avhengighetsforholdet som følger av forarbeidene til ferieloven. Det uttales at så fremt den øvrige helhetsvurdering taler for et arbeidsforhold kan også de som innehar svært selvstendige stillinger omfattes.<sup>163</sup>

I teorien finnes det ulike tilnærminger. I Fougner m.fl. har avhengighets- og underordningsforhold blitt sett samlet.<sup>164</sup> Jakhelln synes å ha den oppfatning at tilknytningsforholdet ikke er noe moment som gir klar veiledning på egenhånd fordi det er anvendt og vektet på nokså ulike måter i rettspraksis. Av og til er det blitt tillagt særs stor betydning, og andre ganger har det ikke blitt vektet tungt. Dette vil avhenge i styrke ut fra de enkelte bestemmelser sine formål.<sup>165</sup> Det får normalt stor betydning i rettspraksis hvor stabil tilknytningen mellom partene er hvis det er tale om å vurdere arbeidstakers rettsvern i relasjon til arbeidsavtalen. Annerledes stiller det seg for bestemmelser som gjelder liv eller helse, hvor det normalt ikke gis vekt hvor varig og fast tilknytningen er. Når oppsigelsesvern kommer på spissen, har vi også sett at tilknytningsforholdet får stor vekt.

Hotvedt sin forståelse er at momenter som for henne fremtrer som viktigere enn de øvrige, er en personlig arbeidsplikt og styringsrett, men med unntak etter vurdering av rimeligheten. Jakhelln ser ut til å ha samme oppfatning, og han har særskilt fremhevet dette.<sup>166</sup> Johansen og Stueland trekker i tillegg til den personlige arbeidskraft og styringsretten frem risikoen for arbeidsresultatet som er de mest sentrale vurderingsmomentene.<sup>167</sup> Flere andre forfattere ser ut til å slutte seg til disse samme hovedmomentene, der noen har supplert listen med flere momenter. Disse er betydningen av ledelse og instruksjonsrett, samt om det sammen med plikt til å arbeide personlig også skal utføres oppgaver som ikke er spesifiserte og som utføres jevnlig.<sup>168</sup>

---

<sup>161</sup> Omsorgsavlaster avsnitt 48 og Jakhelln (2013) s. 338.

<sup>162</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73.

<sup>163</sup> Sceneinstruktør s. 3.

<sup>164</sup> Fougner m.fl. (2013) s. 60-61. Se også Jakhelln (2013) s. 339.

<sup>165</sup> Jakhelln (2013) s. 361.

<sup>166</sup> Hotvedt (2015) s. 307 og 310.

<sup>167</sup> Johansen og Stueland (2015) s. 97.

<sup>168</sup> Hotvedt (2015) s. 310.

Oppsummert vil det som hovedregel foreligge en arbeidsavtale dersom vi har både løpende personlig arbeidsplikt, enten nedfelt i kontrakt eller etter faktisk opptreden, - og styringsrett av en viss grad.<sup>169</sup>

Når realiteten i forholdet skal tolkes, er det ikke klart definert for partene i hvert tilfelle der det oppstår uenighet om karakterisering av forholdet, hvorvidt de skal se på de reelle forholdene som det som står i avtalen, eller om de reelle forholdene er hvordan en konkret har handlet. Hvordan en har opptrådt trenger ikke være i samsvar med avtalen.<sup>170</sup> Rettspraksis viser at personlig arbeidsplikt og kontroll og styring ofte knytter seg til det avtalte, mens arbeidsrom og driftsmidler oftere er knyttet til opptreden. Beredskapshjem viser også tydelig at momentlisten ikke er egnet i alle typer saker ettersom retten trakk uklare slutninger fra de mest sentrale momentene. Retten kunne derfor med fordel heller hatt som overordnet spørsmål hvorvidt avhengighetsforholdet tilsier at vernelovgivningen skal gjelde. Det gir lite mening å anvende momentlisten skjematisk når den ikke er egnet til å trekke grensen i den konkrete saken.<sup>171</sup>

Ved å tolke momentene i forarbeidene i samsvar med den formelle avtale fremmes forutberegnelighet. Motsatt fremmes hensyn til rimelighet og vernehensyn ved å tolke etter slik partene har faktisk opptrådt. Spesielt i langvarige kontrakter kan være vanskelige å ta stilling til klassifiseringen der partenes opptreden endres over tid.<sup>172</sup> Avtalen slik den fremstod ved start eller tidligere i perioden må da tolkes i nytt lys dersom det har skjedd endringer. Dette fremgår særlig av Rt. 1993 s. 231 Radiooperatør og Dykker.<sup>173</sup>

Det oppstod behov for nyanseringer etter at 2013-dommene kom til ulike resultat. Avlaster 2 har nå uttalt at avlastere anses som arbeidstakere, og uttrykker at en tidligere tradisjon for å anse støttekontakter og avlastere som oppdragstakere ikke har noen betydning for vurderingen.<sup>174</sup> Dette vil også gjelde for kombinasjonen avlaster og støttekontakt, slik at disse vurderes under ett som i Avlaster 2. Det kan likevel ikke utledes at rettstilstanden er avklart ettersom Avlaster 2 er en meget konkret dom. Når det gjelder de som er støttekontakter men ikke samtidig er avlaster, har Høyesterett ikke tatt stilling og uttaler at dette er en konkret

---

<sup>169</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 og Johansen og Stueland (2015) s. 90.

<sup>170</sup> Hotvedt (2015) s. 308.

<sup>171</sup> Hotvedt (2013) s. 4-5.

<sup>172</sup> Johansen og Stueland (2015) s. 90 og Hotvedt (2015) s. 309-310.

<sup>173</sup> Rt. 2007 s. 1458 og Hotvedt (2015) s. 339-340.

<sup>174</sup> Avlaster 2 avsnitt 56-57.

helhetsvurdering.<sup>175</sup> Dermed er rettstilstanden uendret for støttekontakter, og det er vanskelig å si noe om hvor grensen for lovlig inngåelse av oppdragskontrakt for disse ligger.

Utgangspunktet er nå likevel arbeidsavtaler for støttekontakter og avlastere, men der det er liten grad av styringsrett vil nok ordinære støttekontakter kunne bli klassifisert som oppdragstakere også etter Avlaster 2- dommen. Et fosterhjem er uttalt at er oppdragstaker etter Beredskapshjemdommen. Rettstilstanden er derfor videreført, men med en mulig utvidelse fra eldre rettspraksis til fordel for å bli ansett som arbeidstaker basert på «andre forhold» eller øvrige rimelighetsbetraktninger.<sup>176</sup> Kommunene må derfor klart nok vurdere om deres eksisterende oppdragskontrakter egentlig er arbeidskontrakter i lys av Avlaster 2.

På de momenter fra forarbeidene hvor Avlaster 2 passer også i andre saker med tilgrensende faktum og hensyn bak, får dommen stor betydning. Hvorvidt den er overførbar utover dette er et annet spørsmål.

Et eventuelt etterbetalingskrav tok Høyesterett i Avlaster 2 ikke stilling til da dette var en fastsettelsesdom. Det kan derfor ikke utledes om dette vil kunne kreves for eksisterende kontrakter og må vurderes konkret av kommunene. Ved medhold i dette kravet vil det få store følger for kommunene. Det er viktig at partene fremmer et slikt krav til den andre parten underveis. Da er det større sannsynlighet for å få gjennomslag for at arbeidstakerforhold i en påfølgende tvist enn dersom en forholder seg passiv.<sup>177</sup> Alle øvrige rettsvirkninger av å eventuelt klassifiseres som arbeidstaker må følgelig også overholdes, og hovedregelen er at en skal ansettes fast jf. aml. § 14-9 første ledd.<sup>178</sup>

Avlaster 2 får videre store konsekvenser for familiene med avlastningsbehov. På sikt betyr det at mange tjenestemottakere etter kommunenes gjennomgang av eksisterende kontrakter mister sitt avlastningstilbud på grunn av arbeidsmiljølovens krav til arbeidstid. Det kan da ikke arbeides sammenhengende hele helger og kommunen kan ikke ha flere stillinger som overstiger 100% til sammen, jf. arbeidsmiljølovens kapittel 10. Regjeringen arbeider for å finne løsninger slik at en ikke ender med å bryte verken arbeidsmiljøloven eller helse- og omsorgstjenesteloven. Det er vanskelig å se at det er lovgivers intensjon at disse lovene ikke kan forenes for de aktuelle bestemmelser. Slik sett er virkningene av Avlaster 2 at det ikke er

---

<sup>175</sup> Avlaster 2 avsnitt 82.

<sup>176</sup> Arbeidsrettsadvokater.no.

<sup>177</sup> Øhrn, KS: B-rundskriv pkt. 6.3 s. 8.

<sup>178</sup> Øhrn, KS: B-rundskriv pkt. 3 s. 3. og s. 6-8.

tatt hensyn til barnet og familiene i behov av avlastning, og de avlasterne som faktisk ønsker å være oppdragstakere og ikke arbeidstakere. Fra dette ståstedet er det behov for lovendringer eller andre løsninger.<sup>179</sup>

Noe klart svar på problemstillingen annet enn at det alltid er en konkret helhetsvurdering kan vanskelig utledes, men etter Avlaster 2 har avlastere et sterkere vern enn tidligere.

### 3.4 De lege ferenda

Lovgiver kunne definert hvem som anses som selvstendig oppdragstaker, og angitt hvor grensen mellom oppdragstaker og arbeidstaker går mer konkret enn det en må tolke seg frem til etter aml. § 1-8 første ledd.

Departementet foreslår at en mulig løsning for avlastere og støttekontakter er å regulere rett til ferie og trygd særskilt i de respektive lover i stedet for å utvide arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven.<sup>180</sup> Mot dette kan argumenteres med at det øvrige stillingsvern og vernelover ikke vil gjelde, selv om ferie og trygd som nevnt innledningsvis er særlig relevant for disse gruppene. Dette tilsier at en slik regulering er en for enkel løsning.

Likevel er det ikke mulig å regulere det slik at arbeidsmiljøloven fanger opp absolutt alle tilfeller som fører til at en person får en svakere stilling enn hva som er rimelig på grunn av hvordan organiseringen av arbeidet blir vurdert. I tillegg vil som tidligere nevnt en uttømmende regulering fort føre til at det forhold som ikke nevnes konkret falle utenfor. På den ene siden kunne derfor lovgiver beskrevet den interne vektingen av momentene som en mellomting mellom dagens regulering og en potensiell uttømmende regulering.<sup>181</sup> På en annen side kan også en beskrivelse av den interne vektingen føre til at flere tilfeller faller utenfor, og føre til et svakere vern enn lovens formål er. Lovgiver bør i alle fall vurdere hvor god lovregelen er til enhver tid. Dagens regulering er totalt sett godt egnet til å fange opp de som reelt er arbeidstakere, selv om det fører til tid – og ressurskrevende vurderinger, jf. forarbeidene.<sup>182</sup> Resultatet er at dog at tvilstilfellene vil fortsette å være nettopp det.

---

<sup>179</sup> Norsk Fosterhjemsforening (2016).

<sup>180</sup> Meld. St. 29 pkt. 15.7.4 s. 209 - 210.

<sup>181</sup> Johansen og Stueland (2015) s. 97.

<sup>182</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 6.1.4 s. 74.

## 4. Referanseliste

### 4.1 Litteraturliste

Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, 1967.

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett, Den individuelle del*, 2. utg. 2013 (finnes en 4. utg. som ikke er nødvendig for denne oppgaven).

Fougner, Holo, Sundet, Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave*, 2. utg., 2013.

Hotvedt, Marianne Jenum, *Arbeidsgiverbegrepet, En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter*, Ph.D, Det juridiske fakultetet, UiO, 2014.

Johansen, Atle Sønsteli og Stueland (red.), Einar, *Arbeidsmiljøloven, Kommentarer og praksis*, 2. utg., 2015.

Skjønberg, Alexander Næss og Hognestad, Eirik, *Individuell arbeidsrett*, 1. utgave, 3. opplag 2016.

Storeng, Nils. H., Beck, Tom H., Lund, Arve Due, *Arbeidslivets spilleregler*, 3. utg., 2014.

### 4.2 Lovregister og forarbeider

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)

Lov 10. desember 2004 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)

Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven)

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven - ftrl.)

Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring (yrkesskadeforsikringsloven – yforsl.)

Lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering (permitteringslønnsloven)

Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven – feriel.)

Lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs mv. (lønnsgarantiloven)

Lov 15. april 1687 Kong Christian den Femtis Norske Lov.



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

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

Prop.74 L (2011-2012) Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv.

Meld. St. 29 (2010-2011) Felles ansvar for eit godt og anstendig arbeidsliv.

### 4.3 Domsregister

HR-2016-1366-A	Avlaster 2
Rt. 2013 s. 354	Omsorgsavlaster
Rt. 2013 s. 342	Beredskapshjem
Rt. 2007 s. 1458	Dykker
Rt. 1993 s. 954	
Rt. 1990 s. 1126	Wärtsilä
Rt. 1986 s. 1322	Norsk Stålpress
Rt. 1984 s. 1044	Tupperware
Rt. 1968 s. 725	Hjemmearbeiderske
Rt. 1958 s. 1229	Sceneinstruktør
ARD 1991 s. 140	Vognmenn

### 4.4 Artikler: trykte og elektroniske

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

Hotvedt, Marianne Jenum: *Avklaringer om arbeidstakerbegrepet- Rt-2013-342 og Rt-2013-354*, *Nytt i privatretten* nr. 2, 2013, s. 4-5.

Jakhelln, Henning, *Arbeidstakerbegrepet – oppdragstaker eller arbeidstaker*, *Jussens Venner* 2013, Vol. 48, s. 329-265.

Arbeidsrettsavokater.no: «Grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker».  
<http://www.arbeidsrettsadvokater.no/ansettelse/grensen-mellom-arbeidstaker-og-oppdragstaker/> (sjekket 27.10.16)

Skattedirektoratet - *Arbeidstaker eller næringsdrivende?* April 2007,  
[http://www.skatteetaten.no/globalassets/brosjyrer\\_og\\_bok/arbeidstaker\\_eller\\_naringsdrivende\\_bm.pdf](http://www.skatteetaten.no/globalassets/brosjyrer_og_bok/arbeidstaker_eller_naringsdrivende_bm.pdf) (sjekket 28.09.16.)

Wikborg, Rein & Co - Bladet Næringseiendom, 24. mars 2014, *Ukens tips: Arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker*, <http://www.nenyheter.no/41633>. (sjekket 28.09.16.)

Edvartsen, Kjetil, *Ny avgjørende dom i Høyesterett*, 6. juli 2016,  
<http://www.fritidforalle.no/gjesteblogg-22016.5891562-371786.html> (sjekket 01.12.16)

Midtsundstad, Anders: *Arbeids- eller oppdragstaker?* 17. juli 2015, oppdatert 24. oktober 2016, <http://www.fritidforalle.no/arbeids-eller-oppdragstaker.351658.no.html> (sjekket 01.12.16)

Norsk Fosterhjemsforening, *Tverrpolitisk opprør mot avlasterdommen*, 22. november 2016,  
<http://www.fosterhjemsforening.no/tverrpolitisk-oppror-avlaster-dommen/> som viser videre til Budstikka.no, 19. november 2016, <http://www.budstikka.no/avlaster/autisme/haug-skole/tverrpolitisk-oppror-mot-avlaster-dommen/s/5-55-399429> (sjekket 05.12.16)

## 4.5 Annet

Arbeidstilsynet.no, *Organisering*, <http://www.arbeidstilsynet.no/om/index.html?tid=207114> (sjekket 09.11.16)

Arbeidsretten.no, *Saksbehandling*, <http://www.arbeidsretten.no/saksbehandling.php> (sjekket 09.11.16).

Kommunesektorens arbeidsgiverorganisasjon (KS):

Rundskriv:

Øhrn, Hege, B-rundskriv nr.: B/07-2016, Dokument nr.: 16/01626-1, 30.09.2016,  
*Konsekvensene av Høyesteretts «avlaster 2 dommen» - for kommunenes bruk av avlastere, støttekontakter mv.* [www.ks.no/globalassets/blokker-til-hvert-fagomrade/arbeidsgiver/tariff-lov--og-avtaleverk/b-rundskriv-7-2016---arbeidstaker--og-oppdragstakerbegrepet.pdf](http://www.ks.no/globalassets/blokker-til-hvert-fagomrade/arbeidsgiver/tariff-lov--og-avtaleverk/b-rundskriv-7-2016---arbeidstaker--og-oppdragstakerbegrepet.pdf)

Masteroppgave «Arbeidsgivers bruk av selvstendig oppdragstakere («kontraktører»)» UiB 2014.

Lovdata.no, Rettsdata.no, Idunn.no, Regjeringen.no.