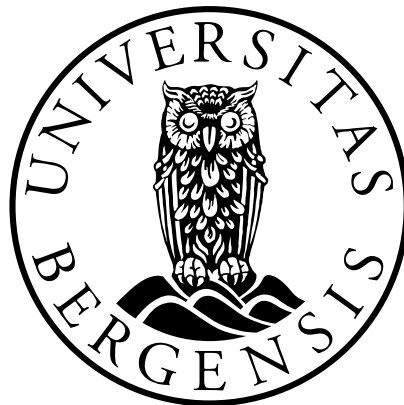


Arbeidstakerbegrepet

*Grensen mellom arbeidstakere og selvstendig
oppdragstakere etter aml. § 1-8*

Kandidatnummer: 110

Antall ord: 14 821



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.19

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Introduksjon av tema og problemstilling.....	2
1.2 Historisk bakgrunn og aktualitet.....	3
1.3 Avgrensninger	4
1.4 Metode.....	5
1.5 Veien videre.....	6
2 Nærmere om arbeidstakerbegrepet.....	8
2.1 Et felles arbeidstakerbegrep?.....	8
2.2 Arbeidsmiljøloven	10
3 Nærmere om grensen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere	12
3.1 Innledning.....	12
3.2 Presentasjon av rettspraksis	13
3.2.1 Innledning.....	13
3.2.2 Rt. 2013 s. 342 <i>Beredskapshjem</i>	13
3.2.3 Rt. 2013 s. 354 <i>Avlaster 1</i>	14
3.2.4 HR-2016-1366-A <i>Avlaster 2</i>	15
3.3 Analyse av hvert enkelt moment	16
3.3.1 Personlig arbeidsplikt.....	16
3.3.2 Plikt til å underordne seg arbeidsgivers ledelse og kontroll.....	20
3.3.3 Hvem stiller arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer og andre hjelpemidler til rådighet	26
3.3.4 Risikoen for arbeidsresultatet.....	29
3.3.5 Oppgjørsform	32
3.3.6 Stabilt tilknytningsforhold og avtalt oppsigelsesfrist.....	34
3.3.7 Antall oppdragsgivere	37
3.3.8 Andre omstendigheter	39
3.4 Oppsummering	42
4 Avslutning	45
Kildeliste	46

1 Innledning

1.1 Introduksjon av tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er å se hvor grensen går mellom å være en arbeidstaker og selvstendig oppdragstakere etter arbeidsmiljøloven.

Arbeidsmiljøloven regulerer alle sider ved et arbeidsforhold, herunder blant annet regler om arbeidstider, arbeidsmiljøet og regler om den enkelte arbeidstakers oppsigelsesvern.¹ Formålet med loven er å ivareta den svake parten, her arbeidstakeren, i avtaleforholdet. Loven er dermed en vernelov og legger ansvaret for at lovens bestemmelser blir fulgt til den profesjonelle i avtaleforholdet, nemlig arbeidsgiveren. Dette innebærer at loven er preceptorisk til fordel for arbeidstaker.²

Imidlertid er det en forutsetning for at verneloven skal komme til anvendelse i et konkret tilfelle, at den arbeidende er å anse som arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven. Med arbeidstaker siktes det til «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste» etter arbeidsmiljølovens legaldefinisjon i aml. § 1-8 (1). Tilsvarende definisjoner av begrepet finnes i tillegg i en rekke andre lover, herunder blant annet ferieloven, yrkesskadeloven og folketrygdloven.³

I motsetning til arbeidstakeren, vil ikke selvstendig oppdragstakere falle inn under den arbeidsrettslige lovgivningen. Dette til tross for at også selvstendig oppdragstakere utfører arbeid for andre. Som et utgangspunkt inngår selvstendig oppdragstakere avtaler om oppdrag med ulike oppdragsgivere, og blir selv oppdragstakere. I all hovedsak blir slike oppdragsforhold regulert av alminnelige avtalerettslige regler, og ikke av den arbeidsrettslige lovgivningen.⁴

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven, aml.)

² Jf. aml. § 1-9.

³ Se lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven, feriel.) § 2, lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring (yrkesskadeforsikringsloven, yforsl.) § 2 bokstav b og lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven, ftrl.) § 1-8.

⁴ Engelsrud, *Styring og vern*, (2013) s. 42.

Grensedragningen mellom arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende har dermed betydning i relasjon til hvilke rettigheter og plikter som tilfaller hver av partene i avtaleforholdet.

Til tider kan det være vanskelig å avgjøre om et tilfelle er et ordinært arbeidsforhold eller et selvstendig oppdragsforhold. Dette gjelder særlig i lys av endringene arbeidslivet har vært gjennom de siste årene. Økende bruk av konsulenter, oppdragstakere og andre alternative former til ordinær ansettelse fører til at det stadig oppstår nye gråsoner i grensedragningen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere.

1.2 Historisk bakgrunn og aktualitet

Begrunnelsen for utviklingen av den arbeidsrettslige lovgivningen var at man ønsket å forvalte arbeidskraften på en effektiv måte, samtidig som man ut ifra menneskelige hensyn ønsket å verne om arbeidernes interesser.⁵ Arbeiderne stilte sin arbeidskraft til rådighet for en arbeidsgiver og innordnet seg dennes ledelse. Dette skapte et skjevt maktforhold preget av avhengighet. Lovgiver så derfor tidlig et behov for å begrense avtalefriheten for å hindre misbruk. Dette har ført til at det innenfor denne delen av rettssystemet har vært en lang tradisjon for offentlig verneregulering, fra den første fabrikktilsynsloven av 1892 til dagens gjeldende lov om arbeidervern og arbeidsmiljø fra 2005.⁶

Den arbeidsrettslige vernelovgivningen har etter hvert utviklet seg til å bli et svært omfattende regelverk. Lovgivers formål med regelverket er å skape et vern for arbeidstakeren.

Utviklingen av arbeidslivet og en økende bruk av alternative former for ansettelse har ført til at lovgivers formål har kommet under press. Ved å organisere arbeidsforholdet i kompliserte flerpartsforhold kan arbeidsgivere omgå regelverket. Dette fører til at arbeiderne kan bli utnyttet ved at de blir fratatt sine rettigheter etter arbeidsmiljøloven og annen lovgivning. På den annen side, er det flere arbeidere som foretrekker andre tilknytningsforhold fremfor ansettelse, da dette kan innebære bedre økonomiske betingelser og en større fleksibilitet for den enkelte.

⁵ Berg, *Arbeidsrett*, (1930) s. 18. Begrunnelsen er videreført i forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 62.

⁶ Fanebust, *Innføring i arbeidsrett*, (2015) s. 17.

Problemstillingen har av den grunn stadig vært oppe til behandling hos domstolene. I løpet av de 10 siste årene har Høyesterett tatt stilling til forståelsen av arbeidstakerbegrepet i syv saker, både i tilknytning til arbeidsrettslig vernelovgivning og annen lovgivning.⁷

Problemstillingen er like aktuell i dag, med blant annet den pågående *Aleris*-saken.⁸ Saken gjelder 24 miljøarbeidere som har gått til sak mot sin arbeidsgiver, Aleris Ungplan & Boi AS (nå Stendi AS). Miljøarbeiderne arbeidet på grunnlag av oppdragsavtaler, men fremsatte krav om at de i realiteten var arbeidstakere. Saken er ikke rettskraftig ettersom den er anket til lagmannsretten, men den illustrerer problemstillingens aktualitet.⁹

1.3 Avgrensninger

For Norge er EØS-avtalen den største, mest kompliserte, og rettslig mest inngripende internasjonale avtale landet noensinne har inngått.¹⁰ Jeg velger likevel å avgrense mot EØS-retten av ulike grunner. Den første grunnen er at arbeidstakerbegrepet innenfor EU/EØS-retten ikke har et felles innhold. I *Martinez Sala* påpekte EU-domstolen at «there is no single definition of worker in Community law: it varies according to the area in which the definition is to be applied».¹¹ Domstolen eksemplifiserte dette ved å vise til at definisjonen av «worker» et sted i regelverket ikke nødvendigvis sammenfaller med definisjonen av «worker» et annet sted i regelverket.¹² Dette innebærer at arbeidstakerbegrepet i EU/EØS-retten er relativt ut ifra hvilket rettsområde begrepet knytter seg til. En nærmere analyse av arbeidstakerbegrepet i EU/EØS-retten vil derfor bli for omfattende i en oppgave som den denne.

Det vises også til at Høyesterett i HR-2016-1366-A (*Avlaster 2*) la til grunn at spørsmål om forståelsen av EU-retten ikke kunne være styrende for vurdering av hvorvidt man sto overfor et arbeidstakerforhold.¹³ Dette viser at EU/EØS-retten ikke har direkte betydning for

⁷ Rt. 2013 s. 342 (*Beredskapshjem*), Rt. 2013 s. 352 (*Avlaster 1*) og HR-2016-1366-A (*Avlaster 2*) i tilknytning til arbeidsrettslig lovgivning. Rt. 2010 s. 93 (*Skogsarbeider*) og Rt. 2015 s. 475 (*Partner*) i tilknytning til forsikrings- og erstatningsrettslig lovgivning. HR-2016-589-A (*Ordfører*) og HR-2017-344-A (*Fellesoppgjør*) i tilknytning til trygde- og skatterettslig lovgivning.

⁸ TOSLO-2018-18950 (*Aleris*).

⁹ <https://www.fagforbundet.no/rettigheter-i-arbeidslivet/privatisering/aleris-saken/a/10215/fagforbundet-anker-stendi-dommen/>, lest 20.09.19.

¹⁰ Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. (2011) s. 21.

¹¹ Sak C-85/96 *Martinez Sala*, EU:C:1998:217, dommens avsnitt 31.

¹² *Ibid.*

¹³ *Avlaster 2* avsnitt 87.

tolkningen av arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven. Av den grunn vil oppgaven kun fokusere på det nasjonale arbeidstakerbegrepet.

Som nevnt innledningsvis, er oppgavens sentrale tema arbeidstakerbegrepets grense mot selvstendig oppdragstakere etter arbeidsmiljøloven. Imidlertid har arbeidstakerbegrepet også relevans innen en rekke andre regelsett, herunder blant annet erstatningslovgivningen, trygdellovgivningen og skattelovgivningen. Også etter disse regelsettene er arbeidstakerbegrepet en forutsetning for at visse rettigheter og plikter utløses. De ulike lovene har imidlertid noe forskjellige momenter for avgrensningen av begrepet, slik at grensedragningen mellom arbeidstaker og oppdragstaker kan skille seg noe fra hverandre etter de ulike lovene. Dette fører til at det kan reises spørsmål om hvorvidt det kan legges til grunn et felles arbeidstakerbegrep innen norsk rett. I oppgavens punkt 2 vil jeg gå nærmere inn på denne problemstillingen og forsøke å svare på dette spørsmålet.

1.4 Metode

Fremstillingen av oppgaven vil foregå etter en rettsdogmatisk metode. Med dette siktes det til at oppgaven vil søke å klarlegge, analysere og presentere en systematisk fremstilling av gjeldende rett.¹⁴

Ettersom oppgaven er en lovtolkningsoppgave, vil utgangspunktet for oppgaven være en tolkning av arbeidstakerbegrepet slik det er legaldefinert i arbeidsmiljøloven § 1-8 (1). Arbeidstakerbegrepet er også legaldefinert i en rekke andre lover, noe som reiser en metodisk utfordring om i hvilken grad rettskilder fra andre regelsett hvor begrepet er legaldefinert vil være av betydning ved tolkningen av begrepet etter arbeidsmiljøloven, og omvendt. Dette vil jeg komme tilbake til i oppgavens punkt 2.

Videre vil forarbeidene til arbeidsmiljøloven, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), være av stor betydning ved tolkningen av arbeidstakerbegrepet etter aml. § 1-8 (1) da de gir uttrykk for de legislative hensynene begrepet bygger på.¹⁵ Forarbeidene inneholder også en rekke uttalelser om i hvilke tilfeller en person skal regnes som en arbeidstaker.¹⁶I tillegg bidrar forarbeidene

¹⁴ Bernt og Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, (1998) s. 13.

¹⁵ Boe, *Innføring i juss*, (2013) s. 283.

¹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 punkt 6.1.1 andre avsnitt – fjerde avsnitt

mer konkret med en momentliste bestående av syv momenter.¹⁷ Momentlistens formål er å fungere som en rettesnor ved vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold.¹⁸ Momentlisten vil bli nærmere presentert i oppgavens punkt 3.

Av rettspraksis kan man se at retten i stor grad følger momentlisten og går gjennom hvert moment punktvis.¹⁹ Dette understreker momentlistens viktighet og betydning ved grensedragningen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere.

Av den grunn vil oppgavens hoveddel gå ut på en analyse av hvert enkelt moment i lys av rettspraksis. Jeg velger å fokusere på den nyeste rettspraksisen som omhandler grensen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere etter aml. § 1-8. Analysen av momentene vil derfor ta utgangspunkt i de tre nyeste dommene på området; Rt. 2013 s. 342 (*Beredskapshjem*) Rt. 2013 s. 354 (*Avlaster 1*) og HR-2016-1366-A (*Avlaster 2*). Disse dommene vil bli nærmere presentert under punkt 3. I tilfeller hvor annen rettspraksis kan bidra til å kaste lys over forståelsen av et moment eller utviklingen av hvordan et moment er blitt forstått, vil det være aktuelt å vise til annen rettspraksis. I så fall vil faktum i eventuelt andre dommer bli presentert løpende.

1.5 Veien videre

I oppgavens punkt 2 vil jeg først se på hvorvidt det foreligger et enhetlig arbeidstakerbegrep på tvers av lovgivningen. Dette har betydning for i hvilken grad rettskilder tilknyttet annen lovgivning er relevant ved tolkning av arbeidstakerbegrepet etter arbeidsmiljøloven. Deretter vil jeg nærmere på ordlyden i arbeidstakerbegrepet etter aml. § 1-8 og se på uttalelsene i forarbeidene i tilknytning til begrepet.

I oppgavens hoveddel, under punkt 3, vil jeg gå nærmere inn på grensedragningen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere. Utgangspunktet tas i arbeidsmiljøloven og lovens forarbeider. Innledningsvis vil det bli sett på de grunnleggende hensyn som arbeidstakerbegrepet bygger på og hva som er formålet med vurderingen. Deretter rettes fokuset mot momentlisten som fremgår av arbeidsmiljølovens forarbeider.²⁰ Jeg vil se nærmere på hvert enkelt moment, herunder hva som ligger i momentet. For å få en praktisk

¹⁷ Ibid tredje avsnitt.

¹⁸ Ibid fjerde avsnitt.

¹⁹ Se for eksempel Rt. 2013 s. 342 (*Beredskapshjem*) og Rt. 2013 s. 352 (*Avlaster 1*).

²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1 tredje avsnitt.

tilnærming til momentlisten, vil det bli sett på hvordan momentene er forstått i rettspraksis og hvilken vekt de er blitt tillagt.

2 Nærmere om arbeidstakerbegrepet

2.1 Et felles arbeidstakerbegrep?

Arbeidstakerbegrepet er legaldefinert i en rekke lover, herunder blant annet ferieloven, yrkesskadeforsikringsloven og folketryktdloven. Dersom begrepet har en ensartet definisjon vil rettskilder som omhandler arbeidstakerbegrepet i andre lover få stor betydning for tolkningen av grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker etter arbeidsmiljøloven. Hvis begrepet ikke har en ensartet definisjon, må det foretas en mer nyansert vurdering av den enkelte rettskilde.

Et felles arbeidstakerbegrep vil kunne være mer oversiktlig og lettere å avgrense mot andre typer begreper som gjelder utføring av arbeid. Forutberegnelighetshensyn taler dermed for at det bør foreligge et felles arbeidstakerbegrep. Deler av lovgivningen hvor arbeidstakerbegrepet er legaldefinert, bygger på flere av de samme vernehensynene som arbeidsmiljøloven, slik at vurderingen av arbeidstakerbegrepet i stor grad er sammenfallende for denne typen lovgivning.²¹ Dette viser at arbeidstakerbegrepet har en felles kjerne på tvers av lovgivningen.

Til tross for at de ulike lovene bygger på deler av samme vernehensyn som arbeidsmiljøloven, skal de til en viss grad ivareta ulike formål. I juridisk teori er det derfor lagt til grunn at ved tolkningen av begrepet i de ulike lovene, må man ta utgangspunkt i den konkrete lov og de hensynene som hvert enkelt regelsett er ment å ivareta.²² Med dette siktes det til at de ulike hensynene som begrunner den enkelte loven og formålet med loven vil kunne spille inn ved tolkningen av arbeidstakerbegrepet, slik at begrepet får noe ulikt innhold etter de ulike lovene. Dette viser at selv om arbeidstakerbegrepet har en felles kjerne, er den ytre rammen for begrepet ulik. Dette fører til at man ikke legger til grunn et enhetlig arbeidstakerbegrep innen norsk rett.

²¹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, (2017) s. 49.

²² *Ibid.*

Arbeidstakerbegrepet i yrkesskadeforsikringsloven er et godt eksempel på hvorfor det ikke kan legges til grunn et felles arbeidstakerbegrep i norsk rett.²³ Etter yforsl. § 2 bokstav b defineres arbeidstaker som «enhver som gjør arbeid eller utfører verv i arbeidsgiverens tjeneste». I likhet med arbeidsmiljølovens definisjon, kreves det et underordningsforhold. Definisjonen omfatter i tillegg en rekke grupper som uttrykkelig ikke faller inn under arbeidsmiljølovens definisjon.²⁴ Videre uttrykker yrkesskadeforsikringslovens forarbeider at det kun er de som omfattes av det tradisjonelle arbeidstakerbegrepet som bør gis vern etter loven.²⁵ Forarbeidene viser videre til at grensedragningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere etter yrkesskadeforsikringsloven skal foretas gjennom en konkret helhetsvurdering.²⁶ Forarbeidene oppstiller også en momentliste her, i likhet med etter arbeidsmiljøloven. Imidlertid skiller momentlisten etter yrkesskadeforsikringslovens forarbeider seg noe fra momentlisten som fremgår av arbeidsmiljølovens forarbeider.

Ordlyden i både aml. § 1-8 (1) og yforsl. § 2 bokstav b tilsier at arbeidstakerbegrepet forutsetter et underordningsforhold. Videre oppstiller begge lovers forarbeider en momentliste som skal bidra til å avgrense begrepet. Dette viser at begrepet i de to lovene har en felles kjerne. Til tross for dette, fører ulikheter i ordlyden, samt ulike momenter ved avgrensningen av begrepet til at arbeidstakerbegrepet etter yrkesskadeforsikringsloven skiller seg noe fra det tilsvarende begrepet i arbeidsmiljøloven. I tillegg omfatter yrkesskadeforsikringslovens arbeidstakerbegrep en større persongruppe, noe som kan føre til at man i noen tilfeller vil anses som arbeidstaker etter yrkesskadeforsikringsloven, men ikke etter arbeidsmiljøloven. Dette viser hvordan den ytre rammen for begrepet er ulik i de to lovene.

Av den grunn vil fremstillingen videre kun fokusere på arbeidstakerbegrepet etter arbeidsmiljøloven og de rettskilder som er tilknyttet dette. I de tilfeller hvor det blir aktuelt å

²³ Arbeidstakerbegrepet etter ftrl. § 1-8 kan også brukes som et eksempel. Etter bestemmelsen defineres arbeidstaker som «enhver som arbeider i en annens tjeneste for lønn eller annen godtgjørelse». Utgangspunktet er dermed likt som etter arbeidsmiljøloven, ved at begrepene i begge lover krever et underordningsforhold. Imidlertid er kravet om lønn eller annen godtgjørelse særskilt, noe som innsnevrer arbeidstakerbegrepet ettersom det ikke foreligger et tilsvarende krav på det arbeidsrettslige området. Kravet om lønn eller annen godtgjørelse må sees i sammenheng med formålsbestemmelsen i ftrl. § 1-1, da formålet med loven er å gi økonomisk trygghet ved å sikre arbeidsinntekten.

²⁴ Det fremgår av yforsl. § 2 at «arbeidstaker» omfatter «ombudsmann i offentlig virksomhet, tjenestepiktige i Forsvaret og andre under pålagt tjenestegjøring for det offentlige, samt innsatte, pasienter e.l. som deltar i arbeidsvirksomhet i kriminalomsorgens anstalter, i helseinstitusjoner e.l.».

²⁵ Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) s. 48.

²⁶ Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) s. 85 og NOU 1988:6 s. 20.

benytte seg av rettskilder i tilknytning til annen lovgivning ved tolkningen av begrepet, vil jeg foreta en konkret vurdering av hvorvidt disse rettskildene kan benyttes.

2.2 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven gjelder for virksomheter som sysselsetter «arbeidstaker», med mindre annet et uttrykkelig fastsatt i loven jf. aml. § 1-2 (1). Forutsetningen for at loven skal komme til anvendelse er altså at en må anses som «arbeidstaker». I lovens § 1-8 (1) er arbeidstaker legaldefinert som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». En naturlig ordlydsforståelse av «enhver» tilsier at det åpnes for en vid tolkning av begrepet. Ordlyden «utfører arbeid» oppstiller et krav til at det faktisk utføres arbeid. Dette arbeidet må utføres «i annens tjeneste». Ordlyden tilsier at den som utfører arbeidet, står i et underordningsforhold til den andre parten. Det henvises altså til at det må foreligge et underordningsforhold ved utførelsen av arbeidet.

I aml. § 1-6 (1) bokstav a-g er arbeidstakerbegrepet avgrenset mot visse grupper personer, herunder for eksempel vernepliktige og personer i arbeidsrettede tiltak jf. bestemmelsens bokstav b og g. Utover dette gir loven ingen veiledning om hvilke andre arbeidsforhold arbeidstakerbegrepet skal avgrenses mot. Loven gir heller ingen veiledning med hensyn til hvordan grensedragningen mot oppdragstakere skal foretas.

Ettersom ordlyden i aml. § 1-8 gir begrenset med veiledning, må man se hen til lovens forarbeider for ytterligere retningslinjer hva gjelder rekkevidden av arbeidstakerbegrepet. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1 har lovgiver forsøkt å klargjøre ordlyden i aml. § 1-8.

I forarbeidene er det uttalt at et særtrekk ved arbeidsavtalen er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren. Videre er arbeidsgivers styringsrett et annet særtrekk i arbeidsforholdet. Hvorvidt en person regnes som arbeidstaker, beror på om personens tilknytning til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold. I dette ligger det at det er det materielle innholdet av det forhold som etableres som er avgjørende, og ikke hvilke former som ble benyttet ved avtaleinngåelsen.²⁷ Dette innebærer at det ikke er avgjørende hva partene selv har kalt avtalen. Hadde partenes formvalg ved avtaleinngåelsen vært avgjørende,

²⁷ Fanebust, *Innføring i arbeidsrett*, (2015) s. 20.

ville dette kunne ha ført til at man enkelt kunne ha omgått regelverket. En slik rettstilstand ville ikke ha ivaretatt lovgivers formål med vernelovgivningen. Deretter presiseres det i forarbeidene at det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter ved arbeidsforholdet og det listes opp syv momenter som er relevante ved vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold.²⁸

Momentene som er listet opp i forarbeidene er som følger:

- 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

Disse momentene er ikke absolutte holdepunkter, men kun en rettesnor for vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold.²⁹ Dette underbygges ved at listen ikke er uttømmende med hensyn til hvilke momenter som kan være relevante, slik at også andre forhold i en konkret situasjon kan være relevante.³⁰ Utgangspunktet etter dette er da at det alltid må foretas en konkret helhetsvurdering av det aktuelle tilfellet.

Videre presiserer forarbeidene at arbeidstakerbegrepet avgrenses mot selvstendig næringsdrivende og oppdragstakere.³¹ Det er nettopp denne grensedragningen som er det sentrale for oppgaven og jeg vil se nærmere på hvordan grensen trekkes i konkrete saker under oppgavens punkt 3.

²⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 punkt 6.1.1 tredje avsnitt.

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

³⁰ Ibid.

³¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 punkt 6.1.1 femte avsnitt.

3 Nærmere om grensen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere

3.1 Innledning

Grensen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere har betydning for hvilke rettigheter og plikter hver av partene har i avtaleforholdet. Grensedragningen foretas ved å fastlegge rekkevidden av arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven. I juridisk teori fremheves det at formålet med helhetsvurderingen er å avklare i hvilken grad det foreligger et avhengighets- og underordningsformål av en slik karakter at behovet for vern utløses etter arbeidsmiljøloven.³²

Definisjonen av arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8 viser til den som utfører arbeidet, står i et underordningsforhold til den andre parten i avtaleforholdet. I forarbeidene er nettopp dette avhengighets- og underordningsforholdet fremhevet som et særlig kjennetegn ved et arbeidsforhold.³³

Ettersom avhengighets- og underordningsforholdet er det som kjennetegner et arbeidsforhold og aktualiserer vernebehovet, vil dette kunne bidra til å gi retningslinjer for vurderingen av de ulike momentenes relevans og vekt.³⁴ Med dette menes at det må kunne tas hensyn til momenter som indikerer at det foreligger et avhengighets- og underordningsforhold, for eksempel at arbeidet skjer under arbeidsgivers ledelse og kontroll. Jo større grad av avhengighet og underordning det konkrete momentet innebærer, desto større grunn er det til å tillegge momentet stor vekt.

Spørsmålet om hvordan den konkrete grensedragningen skal foretas, har vært oppe for domstolene en rekke ganger. I tillegg til at rettspraksis gir anvisning på hvordan konkrete typetilfeller skal løses, bidrar rettspraksis til å avklare de ulike momentenes relevans og vekt.³⁵

³² Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 61.

³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1.

³⁴ *Ibid* s. 64.

³⁵ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 64.

Av den grunn vil den nærmere analysen av momentene foretas i lys av rettspraksis. Utgangspunktet for analysen er de tre Høyesterettsdommene Rt. 2013 s. 342 A (*Beredskapshjem*), Rt. 2013 s. 354 A (*Avlaster 1*) og HR-2016-1366-A (*Avlaster 2*). Faktum i disse tre dommene vil bli presentert under punkt 3.2. Annen rettspraksis vil kunne gjøre seg gjeldende i tilfeller hvor det kan bidra til å belyse momentetens betydning i grensedragningen. I så fall vil faktum i disse dommene bli presentert underveis.

3.2 Presentasjon av rettspraksis

3.2.1 Innledning

De tre dommene som er utgangspunktet for min analyse, er valgt ut fordi de er de nyeste dommene som gjelder grensen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere etter arbeidsmiljøloven § 1-8 (1). De to første dommene er avsagt samme dag i 2013 og den siste dommen er avsagt tre år senere. Det er flere likheter ved dommene, blant annet at alle gjelder arbeid innen helse- og omsorgsektoren. Videre er det felles for dommene at arbeidet er organisert som et trepartsforhold. En fordel med likhetene ved dommene er at de i større grad kan sammenlignes med hverandre. En ulempe derimot er at likhetene kan føre til at nyanser i saksforholdet overses, samt at det kan stilles spørsmål ved dommenes overføringsverdi til typetilfeller utenfor helse- og omsorgssektoren. Ved å gjennomføre en grundig og inngående analyse, vil den første ulempen kunne avhjelpes. Hva gjelder den sistnevnte ulempen, tilsier tradisjonell rettskildelære at ettersom dommene er avsagt av Høyesterett vil dette i seg selv legitimere at dommene har overføringsverdi. I tillegg er Høyesteretts argumentasjon i dommene av en generell karakter, noe som også taler for at dommene har overføringsverdi.

Presentasjonen av dommene i punkt 3.2.2 – 3.2.4 er kun en kort redegjørelse for faktum i sakene og en kort fremstilling av de argumentene som var avgjørende for resultatet.

Presentasjonene er kun ment til å gi et overblikk over saksforholdet. En mer inngående analyse av dommene følger i punkt 3.3.

3.2.2 Rt. 2013 s. 342 *Beredskapshjem*

I *Beredskapshjem* hadde en fostermor inngått en kontrakt med Bufetat om plassering av barn i et statlig beredskapshjem. Spørsmålet i saken var om fostermoren etter kontrakten var å anse som oppdragstaker eller arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 1-8.

Høyesterett foretok først en vurdering av momentlisten i forarbeidene. Momentene trakk i begge retninger og retten kom derfor til at momentene ikke ga noe klart svar på spørsmålet.³⁶ Retten gikk videre til å foreta en helhetsvurdering av forholdet og førstvoterende kom på bakgrunn av dette til at fostermoren var å anse som oppdragstaker.³⁷ Retten viste til at kjernen i oppdraget var å stille til rådighet et hjem hvor fosterbarnet så langt som mulig skulle være som et familiemedlem. Dette skilte seg klart fra et ordinært arbeidsforhold og oppdragets karakter ble dermed avgjørende for konklusjonen. Retten la også vekt på at det klart fremgikk av forarbeidene til ny pensjonslov for oppdragstakere i statlige beredskaps- og familiehjem at beredskapshjemforeldre ikke ble ansett som arbeidstakere etter arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven.³⁸ Dommen ble avsagt under dissens (4-1).

3.2.3 Rt. 2013 s. 354 *Avlaster 1*

Spørsmålet i saken var om en avlaster for en familie med særlig tyngende omsorgsarbeid hadde krav på feriepenge. En forutsetning for å ha krav på feriepenge etter ferielovens §§ 10 og 11, er at man anses som arbeidstaker etter ferielovens § 2 (1). Ettersom saken gjelder et krav etter ferieloven, vil jeg først si noe om dommens relevans ved tolkningen av arbeidstakerbegrepet etter arbeidsmiljøloven. Deretter vil jeg gå nærmere inn i sakens faktum.

I forarbeidene til ferieloven³⁹ er det blitt vist til en uttalelse fra Ferielovutvalget om at endringene som er foreslått til den nye ferieloven, ikke innebærer noen endring av det gjeldende arbeidstakerbegrepet.⁴⁰ Ferielovutvalget har i den forbindelse vist til en uttalelse fra Ferielovkomiteens innstilling fra 1947.⁴¹ Komiteen la grunn at arbeidstakerbegrepet i den dagjeldende ferieloven i det vesentlige tilsvarte begrepet i den dagjeldende arbeidervernloven. I tillegg opplistet komiteen en rekke punkter som skulle fungere som kjennetegn på

³⁶ *Beredskapshjem* avsnitt 61.

³⁷ *Ibid* avsnitt 62.

³⁸ *Ibid* avsnitt 68 – 72.

³⁹ Ot.prp. nr. 54 (1986-1987) s. 22 under punkt 3.2.2.1.

⁴⁰ NOU 1982:12 s. 16.

⁴¹ Ferielovkomiteens innstilling (1947) s. 20-21.

arbeidsforhold. Disse punktene har blitt videreført i forarbeidene til dagens arbeidsmiljø og tilsvarer momentlisten som er presentert under oppgavens punkt 2.2.

Forarbeidene til ferieloven forutsetter dermed at arbeidstakerbegrepet er likt som etter arbeidsmiljøloven. Rettspraksis har fulgt opp dette og i Rt. 1984 s. 1044 (*Tupperware*) ble det uttalt at arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven og ferieloven «i det vesentlige må antas å ha samme innhold».⁴² I *Avlaster 1* avsnitt 38 uttales det at «arbeidstakerbegrepet i ferieloven skal forstås på samme måte som i arbeidsmiljøloven». Dette viser at rettspraksis som gjelder tolkningen av arbeidstakerbegrepet etter ferieloven, vil kunne legges til grunn også ved tolkningen av begrepet etter arbeidsmiljøloven.

I *Avlaster 1* foregikk utførelsen av arbeidet hjemme hos familien. Avlasteren inngikk flere kontrakter med kommunen hvor det uttrykkelig gikk frem at avlasteren ikke var arbeidstaker. Retten viste til at ferieloven var preseptorisk og at kontraktens ordlyd dermed ikke kunne vektlegges.⁴³ Retten påpekte videre at det avgjørende var om avlasteren reelt sett var en arbeidstaker eller ikke.

Høyesterett gikk deretter til å vurdere momentene fra forarbeidene og kom til at disse med tyngde talte for at det forelå et arbeidstakerforhold.⁴⁴ Retten uttalte videre at helhetsvurderingen ikke skal være en mekanisk anvendelse av momentlisten, og det ble vurdert om det var andre forhold som tilsa at avlasteren likevel ikke kunne anses som arbeidstaker. Retten kom til at dette ikke var tilfelle. En enstemmig dom konkluderte med at avlasteren var å anse som arbeidstaker og dermed hadde krav på feriepenger.⁴⁵

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

Spørsmålet i denne saken var om en kvinne som arbeidet som avlaster og støttekontakt, kunne anses som arbeidstaker i kommunen etter arbeidsmiljøloven § 1-8. Saken har flere likhetstrekk med *Avlaster 1*, blant annet at begge gjaldt avlastningsarbeid. Saken har også likhetstrekk med *Beredskapshjem*, ved at avlastningen foregikk i avlasterens hjem,

⁴² Rt. 1984 s. 1044 (*Tupperware*) på s. 1045.

⁴³ *Avlaster 1* avsnitt 37.

⁴⁴ *Ibid* avsnitt 57.

⁴⁵ *Ibid* avsnitt 63.

Kontraktene avlasteren hadde inngått med kommunen sa uttrykkelig at avlasteren ikke var ansatt i kommunen. Retten kom til at partenes klassifisering av avtalen som oppdragsavtale var uten betydning, ettersom arbeidsmiljøloven ikke kan fravikes til arbeidstakerens ugunst.⁴⁶ Retten viste samtidig til uttalelsene i *Avlaster 1*.

Deretter gikk Høyesterett til å vurdere momentlisten fra forarbeidene. Etter en helhetlig vurdering av avtalen, kom flertallet til at avlasteren måtte anses som arbeidstaker.⁴⁷ Dommen ble avsagt under dissens (4-1).

3.3 Analyse av hvert enkelt moment

3.3.1 Personlig arbeidsplikt

Av forarbeidene fremgår det at personlig arbeidsplikt indikerer at det foreligger et arbeidstakerforhold.⁴⁸ Med personlig arbeidsplikt siktes det til at arbeidstakeren har en plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til arbeidsgiverens rådighet. For eksempel så vil en plikt til å arbeide på bestemte tider og akseptere bestemte arbeidsoppgaver klart indikere en løpende arbeidsplikt.⁴⁹

For arbeidstakeren innebærer dette at det er vedkommende selv som skal utføre arbeidet, og ettersom plikten er personlig vil det som et utgangspunkt være uaktuelt med bruk av medhjelpere til å utføre arbeidsoppgavene.

Utgangspunktet ved inngåelse av en oppdragsavtale er at det aktuelle arbeidet skal utføres. Normalt har oppdragstakeren, i motsetning til ordinære arbeidstakere, en mulighet til å benytte seg av medhjelpere og underleverandører. Dette er imidlertid ikke absolutt. Det kan ved oppdragstakerforhold avtales at oppdraget skal utføres av en spesiell person, for eksempel en spesiell arkitekt, kunstner, advokat og lignende.

I forarbeidene er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren fremhevet som et særtrekk ved ordinære arbeidsforhold.⁵⁰ Dette avhengighetsforholdet innebærer at

⁴⁶ *Avlaster 2* avsnitt 56.

⁴⁷ *Ibid* avsnitt 80.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1.

⁴⁹ Hotvedt, *Arbeidstaker – quo vadis?* (2018) s. 69.

⁵⁰ *Ibid*.

arbeidstakeren er underordnet arbeidsgiveren.⁵¹ Momentet om personlig arbeidsplikt er dermed et utslag av avhengighetsforholdet og bidrar til å avklare om det foreligger et underordningsforhold. Momentet bør derfor tillegges betydelig vekt.

I *Beredskapshjem* uttalte Høyesterett at fostermorens avtale med Bufetat fastsatte en personlig arbeidsplikt for henne, og at dette i utgangspunktet utvilsomt talte for at det forelå et arbeidsforhold.⁵² Retten kom likevel til at den personlige arbeidsplikten kun hadde «begrenset vekt» i saken.⁵³ Dette ble begrunnet med at arbeidets karakter tilsa at hele fosterfamilien ble involvert på en slik måte at arbeidet ikke kunne løses kun ved at fostermoren stilte sin personlige arbeidskraft til disposisjon.⁵⁴

Høyesteretts vekting av momentet i saken viser at i de tilfellene hvor det oppstår uklarhet om det foreligger en personlig arbeidsplikt som følge av andres involvering i utføringen av arbeidsoppgavene, får momentet mindre vekt i helhetsvurderingen.

Imidlertid kan Høyesteretts vekting av momentet i saken problematiseres. Dette fordi familiens involvering blir likestilt med oppdragstakere som benytter seg av medhjelpere uten noen nærmere vurdering. Familiens involvering skiller seg markant fra hvordan oppdragstakere benytter seg av medhjelpere.

Mindretallet i dommen argumenterte også for at familiens involvering var uten betydning ved vurderingen av momentet som følge av at avtalen oppstilte en personlig arbeidsplikt for fostermoren.⁵⁵ Mindretallet la derfor til grunn at momentet om personlig arbeidsplikt var et «tungtveiende moment» som talte for at det forelå et arbeidstakerforhold.⁵⁶

I likhet med i *Beredskapshjem*, kom Høyesterett i *Avlaster 1* til at avlasteren hadde en personlig arbeidsforpliktelse.⁵⁷ Kommunen anførte imidlertid at også oppdragstakere kunne ha personlig arbeidsplikt. Til dette uttalte Høyesterett at forskjellen var at oppdragstakere kunne betale medhjelpere til å bistå seg ved utføringen av oppdraget, noe avlasteren ikke

⁵¹ Ibid.

⁵² *Beredskapshjem* avsnitt 47.

⁵³ Ibid avsnitt 50.

⁵⁴ Ibid avsnitt 48.

⁵⁵ Ibid avsnitt 78.

⁵⁶ Ibid avsnitt 79.

⁵⁷ *Avlaster 1* avsnitt 42.

hadde mulighet til å kunne gjøre. Det ble derfor konkludert med at momentet om personlig arbeidsplikt «sterkt» talte i retning av å anse avlasteren som arbeidstaker.⁵⁸

Også i *Avlaster 2* kom Høyesterett til at avlasteren hadde en personlig arbeidsplikt. Etter å ha konstatert avlasterens personlige arbeidsplikt, viste Høyesterett til at momentet i *Avlaster 1* talte i retning av å anse avlasteren som arbeidstaker.⁵⁹ I motsetning til i *Avlaster 1*, uttalte ikke retten noe om momentets vekt i *Avlaster 2*. Imidlertid tilsier likheten i sakene, samt henvisningen i *Avlaster 2* til *Avlaster 1* vedrørende momentet, at momentet bør ha samme vekt.

Ut ifra *Avlaster 1* og *Avlaster 2* ser man at i de tilfellene hvor det klart foreligger en personlig arbeidsplikt, vil momentet tillegges betydelig vekt helhetsvurderingen.

I *Avlaster 2* anførte kommunen at også oppdragstakere kunne ha personlig arbeidsplikt, slik at momentet ikke kunne utelukke hvorvidt det forelå et oppdragsforhold. Til dette uttalte retten at «dersom A kunne latt medhjelpere utføre arbeidet hun har gjort avtale om, ville en bedømmelse av avtalen som et arbeidstakerforhold vært utelukket».⁶⁰ Uttalelsen kan tas til inntekt for at man ikke skal fortsette vurdering dersom den arbeidsutførende har hatt muligheten til å benytte seg av medhjelpere. Dersom uttalelsen skal forstås slik, vil dette i realiteten være å oppstille et vilkår om personlig arbeidsplikt for å kunne anses som arbeidstaker.

I tidligere rettspraksis er ikke momentet om personlig arbeidsplikt oppstilt som en forutsetning for arbeidstakerbegrepet. Eksempelvis fikk momentet begrenset vekt i *Beredskapshjem* ettersom fostermorens familie ble sett på som medhjelpere, men retten ga ikke uttrykk for at momentet var et vilkår for å anses som arbeidstaker. Tvert imot, gikk retten videre til å se på de resterende momentene i vurderingen av om fostermoren var arbeidstaker.

Spørsmålet om personlig arbeidsplikt er en forutsetning får å kunne anses som arbeidstaker, har også vært drøftet i Rt. 1968. s. 725 (*Hjemmearbeider*). Spørsmålet i saken var hvorvidt en kvinne som arbeidet i sitt eget hjem for en skofabrikk var å anse som arbeidstaker etter ferieloven § 1, og av den grunn hadde rett til feriepenger. Arbeidsgiveren anførte at kvinnen

⁵⁸ Ibid avsnitt 43.

⁵⁹ *Avlaster 2* avsnitt 70.

⁶⁰ *Avlaster 2* avsnitt 70.

var oppdragstaker ettersom hun sto fritt til å overlate utførelsen av arbeidet til andre, for eksempel til familiemedlemmer. Lagmannsretten uttalte i sine premisser, som i det vesentlige ble tiltrådt av Høyesterett, at momentlisten, herunder momentet om personlig arbeidsplikt kun måtte betraktes som «eksempler som indiserer at et arbeidsforhold går inn under loven».⁶¹ Det ble videre påpekt at det ikke er slik at «arbeidsforhold som i større eller mindre utstrekning savner disse kriterier skal falle utenfor».⁶²

Det kan dermed konkluderes med at personlig arbeidsplikt ikke er et vilkår for å kunne etablere et arbeidstakerforhold etter gjeldende rett. Dersom uttalelsen i *Avlaster 2* skal forstås slik at man ikke skal fortsette vurderingen dersom den arbeidsutførende har hatt muligheten til å benytte seg av medhjelpere, vil dette innebære en endring av gjeldende rett. Det kan dermed stilles spørsmål ved om uttalelsen i *Avlaster 2* er et signal fra Høyesterett om endring av det som har vært gjeldende rett. Imidlertid er det flere hensyn som taler imot å legge til grunn en slik forståelse av uttalelsen.

For det første er uttalelsen et obiter dictum ettersom den ikke hadde betydning for resultatet. Retten gikk videre i vurderingen av om avlasteren var arbeidstaker ettersom avlasteren ikke kunne benytte medhjelpere. Etter alminnelig rettskildelære har ikke obiter dictum den samme vekt ved senere rettsanvendelse som ratio decidendi-uttalelser. Dette gjør at vekten av uttalelsen svekkes. Likevel er det tatt til orde for at i nyere rettspraksis må det regnes med at obiter dictum uttalelser er «rimeleg gjennomtenkte» og at de kan ha interesse i senere saker.⁶³

For det andre fremgår det av forarbeidene at det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter ved arbeidsforholdet, og det er presisert at momentene ikke er absolutte holdepunkter.⁶⁴ Å oppstille momentet om personlig arbeidskraft som et vilkår for arbeidstakerstatus vil derfor være direkte i strid med forarbeidene.

For det tredje vil en slik forståelse av uttalelsen ikke ivareta formålet med arbeidstakerbegrepet. I rettspraksis har formålet kommet til uttrykk i avsnitt 39 i *Avlaster 1*, hvor retten uttaler at lovgivers intensjon er at de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven, skal bli vernet. Dersom vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold ikke fortsettes som følge av at det ikke foreligger personlig arbeidsplikt, vil man ikke få det overordnede og

⁶¹ *Hjemmearbeider* s. 730.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, (2004) s. 115.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1.

helhetlige bilde av situasjonen. Dermed vil man ikke kunne få avdekket hvorvidt det foreligger et vernebehov. En analyse av hvert moment isolert sett, uten å se på det helhetlige bildet, vil kunne føre til en matematisk vurdering, noe som lett kan gi heldige resultater. Dette synspunktet underbygges av juridisk teori, hvor det er uttalt at det må foretas en sammenfattende analyse av enkeltfaktorene med den hensikt å oppfylle lovens formål.⁶⁵

Videre tilsier ordlyden i uttalelsen i *Avlaster 2* at en formell adgang til å «kunne» benytte seg av medhjelpere, vil være tilstrekkelig til å utelukke et arbeidstakerforhold. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at vurderingen av hvorvidt det foreligger et arbeidstakerforhold skal basere seg på de reelle forholdene.⁶⁶ Hotvedt (2018) argumenterer med at dersom man legger til grunn at formalitetene er tilstrekkelig, vil dette føre til omgåelser av regelverket og undergrave formålet bak vernelovgivningen.⁶⁷ Hun viser til at arbeidsgivere i så fall vil kunne benytte seg av kontrakter som åpner for bruk av medhjelpere, uten at denne åpningen faktisk vil ha noe realitet som følge av enten rettslige, økonomiske eller praktiske begrensninger. Hun legger derfor til grunn at en åpning i kontrakten for å benytte seg av medhjelpere derfor ikke kan utelukke et arbeidstakerforhold.

Av det ovennevnte, kan man se at det er svært tungtveiende grunner som taler imot å ta uttalelsen i *Avlaster 2* til inntekt for at personlig arbeidsplikt oppstilles som et vilkår for å kunne anses som arbeidstaker.

3.3.2 Plikt til å underordne seg arbeidsgivers ledelse og kontroll

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven, er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiver fremhevet som et særlig særtrekk ved et arbeidsforhold.⁶⁸ I dette ligger det at arbeidstakeren er økonomisk avhengig og står i et underordningsforhold til arbeidsgiveren. Underordningsforholdet viser seg blant annet gjennom at det er arbeidsgiveren som kontrollerer og leder arbeidet. Dette er i tråd med forarbeidene, som også fremhever arbeidsgivers styringsrett som et særlig særtrekk ved arbeidsforholdet.⁶⁹ I rettspraksis er

⁶⁵ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s.75.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt. 6.1.1.

⁶⁷ Hotvedt, *Arbeidstaker – quo vadis?* (2018) s. 67.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1.

⁶⁹ Ibid.

styringsretten definert som arbeidsgivers rett til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».⁷⁰

Ved et ordinært arbeidsforhold har arbeidstakeren en plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet. At dette momentet står særlig sentralt når man skal trekke grensen for arbeidstakerbegrepet, har sitt grunnlag i at behovet for vern etter loven øker når arbeidstakeren mister friheten til å bestemme over arbeidets utførelse.⁷¹ Dette innebærer at jo større grad av styring og kontroll det er fra arbeidsgivers side, jo mer taler dette for at det foreligger et arbeidstakerforhold.

Derimot står oppdragstakeren i et oppdragsforhold selv for kontroll og ledelse ved utføringen av arbeidet, og er dermed ikke underlagt styring slik som en arbeidstaker. Dette henger sammen med at oppdragstakeren som et utgangspunkt selv har risikoen for at arbeidet fører til det avtalte resultat. I tilfeller hvor arbeideren selv kontrollerer og leder arbeidet, vil dette som et utgangspunkt tale for at det foreligger et oppdragstakerforhold. Imidlertid er det vanlig at også oppdragsgivere gir instruksjoner om hvordan de ønsker at arbeidet skal utføres.

I *Beredskapshjem* anførte fostermoren at hun var underlagt styring og instruksjon av Bufetat. Retten var ikke enig i dette.⁷² Retten var av den oppfatning at den kontrollen og styringen fostermoren viste til, i realiteten var veiledning om hvordan oppdraget burde utføres. Retten anerkjente at avtalen med Bufetat åpnet for direkte styring på noen punkter, blant annet ved at de kunne pålegge fostermoren å ta andre oppdrag i perioder hvor hun ikke hadde barn plassert hos seg.⁷³ Imidlertid hadde ikke dette vært aktuelt ettersom fostermoren i store deler av perioden hadde hatt fosterbarn hos seg. Retten fremhevet videre at Bufetat hadde gitt direkte ordre til fostermoren, blant annet om at hun ikke kunne skaffe seg husdyr uten at dette var avklart med kommunen i forkant.

Retten kom likevel til at styringen fra Bufetat ikke etablerte et underordningsforhold slik som ved ordinære arbeidsforhold.⁷⁴ Dette ble begrunnet i at arbeidsoppgavene var av en slik art at de i liten grad kunne la seg utføre under direkte instruksjoner fra Bufetat. Det ble også påpekt at

⁷⁰ Rt. 2000 s.1602 (*Nøkk*) s. 1609.

⁷¹ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s.67.

⁷² *Beredskapshjem* avsnitt 51.

⁷³ *Ibid* avsnitt 52.

⁷⁴ *Ibid* avsnitt 51 og 53.

det ikke er uvanlig at også oppdragstakere instrueres av oppdragsgiveren i forbindelse med utføringen av arbeidet.

Til tross for at Bufetat hadde adgang til rettslig styring og til en viss grad også benyttet seg av styringsretten, kom altså flertallet til at momentet ikke etablerte et underordningsforhold i tilstrekkelig grad. Det kan dermed stilles spørsmål ved hvor stor grad av styring som kreves for å etablere et underordningsforhold. Mindretallet problematiserte også dette og viste til at fostermoren var underlagt styring på mange punkter.⁷⁵ Blant annet i forbindelse med når hun skulle motta barn, når hun kunne ta fri, og om hun skulle utføre andre oppgaver. Mindretallet henviste videre til Rt. 1958 s. 1229 (*Sceneinstruktør*), hvor en sceneinstruktør ble ansett for å være arbeidstaker til tross for at vedkommende hadde hatt en «meget fri og selvstendig stilling og ikke sjelden vil være undergitt et minimum av instruksjoner».⁷⁶ Mindretallet kom på bakgrunn av dette til at administrasjonen av arbeidsforholdet fra Bufetat sin side tilsa at det forelå et underordningsforhold.

Videre kan det stilles spørsmål ved hva som var grunnen til at arbeidets karakter ble trukket inn i vurderingen av om det forelå et underordningsforhold. I juridisk teori er det anført at hvorvidt personen skal anses for å være arbeidstaker, ikke har noe å gjøre med arbeidets art og innhold.⁷⁷ Dette underbygges også i rettspraksis, hvor det i *Sceneinstruktør* uttales at «det [kan] åpenbart ikke trekkes noe skille etter arbeidets art».⁷⁸ Dette kan begrunnes med at arbeidets innhold isolert sett i liten grad vil kunne bidra til å klargjøre hvorvidt arbeideren har behov for vern.

Som følge av at retten ikke gikk nærmere inn på hvorfor arbeidets art ble avgjørende ved vurderingen av momentet om underordning og ledelse, oppstår det en usikkerhet vedrørende forståelsen og vektingen av momentet i saken.

I *Avlaster 1* anførte kommunen at avlasteren ikke var underlagt deres styring og kontroll.⁷⁹ Kommunen viste til at det ut fra oppdragskontrakten fremgikk at avlasteren selv bestemte når og hvordan avlastningen skulle utføres, i samarbeid med den som skulle avlastes. Avlasteren viste på sin side til at det var familien som hadde fastsatt når hun skulle jobbe, slik at hun

⁷⁵ Ibid avsnitt 80.

⁷⁶ Rt. 1958 s. 1229 (*Sceneinstruktør*) s. 1230.

⁷⁷ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 65.

⁷⁸ *Sceneinstruktør* s. 1230.

⁷⁹ *Avlaster 1* avsnitt 44.

hadde lite innflytelse på arbeidstider.⁸⁰ Av dommens avsnitt 46 fremgår det at det samme gjaldt for arbeidsoppgavene, ettersom det var lagt opp til en streng timeplan som avlasteren måtte følge.

Høyesterett kom derfor til at avlasteren ikke hadde større frihet til å styre arbeidet sitt enn det som var typisk for ordinære arbeidstakere.⁸¹ Dette ble begrunnet i de reelle forholdene ved utførelsen av arbeidet, herunder blant annet av hensyn til familiens forutsigbarhet vedrørende hvor og når avlastningen skulle utføres.

I avsnitt 48 ble det videre påpekt at en avlaster med en tidsbegrenset kontrakt uten rett til fornyelse ikke står i en sterk forhandlingsposisjon, noe som tilsa at det eksisterte et avhengighets- og underordningsforhold.

Kommunen anførte videre at momentet ikke talte til fordel for å anse avlasteren som arbeidstaker ettersom det var familien som styrte avlasteren og ikke kommunen.⁸² Høyesterett uttalte at dette ikke kunne være avgjørende, sett i lys av at formålet med arbeidstakerbegrepet er å sikre at de som har behov for vern, faktisk blir vernet. En forståelse av begrepet slik kommunen anførte, ville ha ført til at den arbeidende ville havnet i et «arbeidsrettslig tomrom», noe som ikke samsvarte med lovens formål.⁸³ Det ble også vist til at avlasteren måtte fylle ut en årsrapport etter pålegg fra kommunen, noe som tilsa at kommunen til en viss grad utøvde kontroll med utføringen av arbeidet.⁸⁴ I avsnitt 51 konkluderte Høyesterett derfor med at momentet med «tyngde» talte for at avlasteren var å anse som arbeidstaker.

Innledningsvis i *Avlaster 2* fremheves uttalelsen i forarbeidene om at underordningsforholdet og arbeidsgivers styringsrett er særtrekk ved ordinære arbeidsforhold.⁸⁵ Retten understrekte at arbeidsgiverens ledelse og kontroll derfor vil stå «særlig sentralt» i helhetsvurderingen.

Videre viste retten til uttalelsene i *Avlaster 1* om at det ikke er påkrevd at kommunen styrer avlasteren også vil gjøre seg gjeldende her, ettersom også denne saken gjelder

⁸⁰ Ibid avsnitt 45.

⁸¹ Ibid avsnitt 47.

⁸² Ibid avsnitt 49.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid avsnitt 50.

⁸⁵ *Avlaster 2* avsnitt 63.

omsorgstjenester.⁸⁶ Momentet om ledelse og kontroll vil dermed være oppfylt også i de tilfeller hvor det kun er tjenestemottakeren som instruerer tjenesteyteren.

Det ble videre påpekt at en rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll vil være tilstrekkelig for å konstatere at det foreligger et underordningsforhold.⁸⁷ Retten uttaler deretter at det vil være uheldig å kreve faktisk ledelse fordi dette kan føre at til identiske stillingskategorier vil kunne bedømmes ulikt, avhengig av tjenesteyterens erfaring og behov for ledelse. En slik tilnærming vil etter Høyesteretts syn føre til at arbeidstakerbegrepet vil være «lite robust».

I den konkrete vurderingen av momentet, ble det igjen vist til at instruksjoner fra tjenestemottakeren om hvordan arbeidsoppgavene skal utføres vil oppfylle kravene til ledelse og kontroll.⁸⁸ Retten kom til at de instruksjonene avlasteren hadde mottatt fra tjenestemottakeren, var av samme karakter og innhold som i *Avlaster 1*.⁸⁹ Verneformålet ble også her trukket frem og det ble understreket at avlasteren heller ikke her skulle etterlates i et arbeidsrettslig tomrom.

Videre ble det påpekt at det ville vært tilstrekkelig om avlasteren hadde hatt en rettslig plikt til å underordne seg kommunens ledelse av arbeidet.⁹⁰ Retten kom til at avlasteren også hadde en slik plikt ettersom hun hadde en veileder i kommunen.

I den konkrete vurderingen i *Avlaster 2* ble det ikke eksplisitt sagt noe om i hvilken retning momentet talte og momentets vekt. Imidlertid er det ganske klart ut ifra argumentasjonen til Høyesterett at momentet talte i retning av at det forelå et arbeidsforhold. Momentet tillegges betydelig vekt ettersom retten fremhevet momentet som «særlig sentralt» i helhetsvurderingen, samt likheten med *Avlaster 1*. Dette underbygges også av uttalelsen i forarbeidene om at momentet om styring blir sett på som et særtrekk ved ordinære arbeidsforhold.

Det er imidlertid verdt å merke seg at Høyesterett i *Avlaster 2* benytter seg av formuleringen «kravet til ledelse» i forbindelse med gjennomgangen av momentet.⁹¹ Formuleringen kan ha blitt benyttet for å understreke momentets viktighet, men samtidig kan formuleringen indikere

⁸⁶ Ibid avsnitt 64.

⁸⁷ Ibid avsnitt 65.

⁸⁸ Ibid avsnitt 72.

⁸⁹ Ibid avsnitt 73.

⁹⁰ Ibid avsnitt 74.

⁹¹ *Avlaster 2* avsnitt 64.

at Høyesterett oppstiller et vilkår om at det må foreligge ledelse. Imidlertid er det flere hensyn som taler imot å legge til grunn en slik forståelse. Blant annet vil dette stride mot både forarbeidene og formålet med arbeidstakerbegrepet. I likhet med momentet om personlig arbeidsplikt, taler det meste mot å anse momentet om styring og avhengighet som et vilkår. Av den grunn bør man kun tolke formuleringen som et forsøk på å understreke viktigheten av momentet.

Høyesteretts uttalelse i *Avlaster 2*, med henvisning til *Avlaster 1*, om at det er tilstrekkelig med instruksjoner fra tjenestemottakeren for å oppfylle kravet til ledelse, gjelder konkret i tilknytning til omsorgstjenester.⁹² Det kan imidlertid reises spørsmål om hvorvidt dette også vil gjøre seg gjeldende i andre saker. I juridisk teori er det blitt anført at spørsmålet om styringsrett bør kunne vurderes på tilsvarende måte også i andre typer tre- eller flerpartsrelasjoner der avtalemotparten legger til rette for at en bruker/kunde skal kunne lede og kontrollere arbeidet.⁹³ Begrunnelsen for dette er at vurderingen av ledelse og kontroll i både *Avlaster 1* og *Avlaster 2* tar hensyn til verneformålet og ønske om å hindre et «arbeidsrettslig tomrom». Hotvedt anfører at det underliggende derfor må være at man ikke skal kunne omgå vernereglene ved å organisere arbeidet i komplekse relasjoner eller ved å «outsourc» den løpende arbeidsledelsen.⁹⁴ Ettersom Høyesteretts begrunnelse for uttalelsen er basert på formålsbetraktninger, er det gode grunner til å gi uttalelsen overføringsverdi til andre saker med flerpartsrelasjoner.

Videre bidrar uttalelser i både *Avlaster 1* og *Avlaster 2* til å avklare at faktisk utøvelse av ledelse er tilstrekkelig for at momentet skal tale i retning av at det foreligger et arbeidstakerforhold. Dette fremgår ikke eksplisitt av *Avlaster 1*, men argumentasjonen i avsnitt 47-49 viser at Høyesterett bygger på dette premisset. Derimot fremgår det uttrykkelig av *Avlaster 2*, med henvisning til *Avlaster 1*, at «løpende instruksjoner fra tjenestemottakeren om gjennomføringen av arbeidsoppgavene vil oppfylle kravene til ledelse og kontroll».⁹⁵ At faktisk ledelse er tilstrekkelig for å konstatere et underordningsforhold, underbygges også av at forarbeidene understreker at det er realitetene som skal være avgjørende i vurderingen av om det foreligger et ansettelsesforhold.⁹⁶

⁹² Ibid.

⁹³ Hotvedt, *Arbeidstaker – quo vadis?* (2018) s. 69.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ *Avlaster 2* avsnitt 72.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1.

Avlaster 2 bidrar videre med en avklaring om at rettslig adgang er tilstrekkelig for å konstatere et underordningsforhold. I dommens avsnitt 65 understrekes nettopp dette. Synspunktet blir begrunnet med at momentlisten kun legger opp til en plikt for arbeidstaker til å underordne seg, uten at det er et spørsmål om faktisk ledelse utøves. Det blir videre påpekt at dersom man skulle oppstille et krav om faktisk ledelse, ville dette kunne ha ført til at like stillingskategorier ville bli behandlet ulikt, alt etter tjenesteyterens erfaringer og behov. Dette ville igjen ha ført til et lite «robust» arbeidstakerbegrep.⁹⁷

I juridisk teori er det påpekt at klargjøringen er nyttig, men at begrunnelsen for denne er uheldig.⁹⁸ Det anføres at verneformålet ville ha gitt en bedre forankring. Med dette siktes det til at i et tilfelle hvor det foreligger en kontrakt som hjemler styringsrett og etablerer et underordningsforhold, vil dette klart gi uttrykk for maktubalanse og avhengighet. Dette vil i seg selv utløse behovet for verneregler, selv om maktpotensialet ikke blir utnyttet.⁹⁹

Uttalelsene i *Avlaster 1* og *Avlaster 2* bidrar dermed til en klargjøring om at både faktisk og rettslig adgang til ledelse er tilstrekkelig. Videre viser de to nevnte dommene at der det foreligger et underordningsforhold, vil momentet tillegges betydelig vekt i helhetsvurderingen.

3.3.3 Hvem stiller arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer og andre hjelpemidler til rådighet

Av forarbeidene fremgår det at dersom arbeidsgiver står for arbeidsrom, maskiner, redskap, råvarer og andre hjelpemidler for å utføre arbeidet, vil dette tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold.¹⁰⁰ Dette er begrunnet i at ettersom arbeidsgiveren har risikoen for arbeidsresultatet, vil det være naturlig at arbeidsgiveren stiller til rådighet det som trengs for å oppnå det ønskede resultat.

Oppdragstakere har som regel selv risikoen for arbeidsresultatet, noe som fører til at de som et utgangspunkt står for utstyr og andre driftsmidler selv. Innenfor noen yrkesområder er det ikke uvanlig at oppdragsgiveren står for utstyr. Eksempelvis kan det nevnes leger som inngår oppdragsforhold med legevakt, hvor legevakten står utstyret.

⁹⁷ *Avlaster 2* avsnitt 65.

⁹⁸ Hotvedt, *Arbeidstaker – quo vadis?* (2018) s.68.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1.

Det er heller ikke uvanlig at arbeidstakere innen ulike yrkesgrupper bruker eget utstyr. Som regel begrenser dette seg til kun standardutstyr, slik at arbeidsgiver likevel stiller til rådighet mer spesialisert og kostbart utstyr.

I juridisk teori er det lagt til grunn at betydningen av momentet øker jo mer spesialisert, avansert og kostbart utstyret er.¹⁰¹ I motsatt tilfelle, hvor arbeidspersonen kun holder en liten del av det totale utstyret som brukes for arbeidet, minsker betydningen av momentet.

I *Beredskapshjem* var fostermorens sentrale forpliktelse å stille til disposisjon et hjem hvor fosterbarnet så langt mulig skulle være som et familiemedlem.¹⁰² For å utføre oppdraget var det derfor nødvendig at fostermoren stilte sitt eget hjem til rådighet.¹⁰³ Retten presiserte at de dominerende innsatsfaktorene for å utføre arbeidet, var fostermorens bolig og innbo.¹⁰⁴ På bakgrunn av dette konkluderte retten med at momentet med «tyngde» talte for at det forelå et oppdragsforhold.¹⁰⁵

I motsetning til i *Beredskapshjem*, foregikk arbeidet i *Avlaster 1* i hjemmet til familien som mottok avlastning.¹⁰⁶ Videre var det familien som stilte hjelpemidler og annet til rådighet, samt at avlasteren fikk dekket de utgifter hun hadde i forbindelse med arbeidet. Retten kom dermed til at momentet talte i retning av at det var et arbeidstakerforhold.

Beredskapshjem og *Avlaster 1* viser at i de tilfellene hvor det klart fremgår hvem av partene som stiller arbeidsrom til rådighet, vil momentet kunne bidra til å klargjøre grensedragningen mellom oppdragstaker og arbeidstaker.

I likhet med i *Beredskapshjem*, foregikk arbeidet i avlasterens eget hjem i *Avlaster 2*.¹⁰⁷ Spørsmålet var derfor om dette måtte føre til en annen konklusjon enn i *Avlaster 1*. Retten påpekte at selv om avlastningen foregikk i avlasterens eget hjem, skilte situasjonen i *Avlaster 2* seg fra *Beredskapshjem* ved at kjernen i avlasterens arbeid var å gi familien avlastning, og ikke å gi gutten et annet hjem enn det han hadde til daglig, slik som i *Beredskapshjem*.¹⁰⁸

¹⁰¹ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 69.

¹⁰² *Beredskapshjem* avsnitt 62.

¹⁰³ *Ibid* avsnitt 55.

¹⁰⁴ *Ibid* avsnitt 56.

¹⁰⁵ *Ibid* avsnitt 55.

¹⁰⁶ *Avlaster 1* avsnitt 52.

¹⁰⁷ *Avlaster 2* avsnitt 75.

¹⁰⁸ *Ibid* avsnitt 76 og 77.

Etter en helhetsvurdering av saken, kom Høyesterett til at avlasteren var å anse som arbeidstaker.¹⁰⁹ Det ble understreket at selv om avlastningen foregikk i avlasterens hjem, kunne ikke dette lede til at vurderingen måtte bli en annen enn i *Avlaster 1*. Retten påpekte videre at det faktum at avlasteren stilte sitt hjem til disposisjon ikke alene kunne gjøre tjenesten til et oppdragsforhold.

Selv om momentet isolert sett talte for at det forelå et oppdragsforhold, viser *Avlaster 2* at momentet kun får liten vekt i den samlede vurderingen når de øvrige momentene taler i retning av arbeidstakerforhold. I juridisk teori er det påpekt at det ikke legges stor vekt på momentet alene.¹¹⁰ Dette kan begrunnes i at det er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og arbeidsgivers styringsrett som særlig kjennetegner et arbeidsforhold.¹¹¹ I motsetning til for eksempel momentet om personlig arbeidsplikt eller momentet om arbeidstakerens plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse, vil ikke momentet om hvem som stiller arbeidsrom og redskaper til rådighet være en like sterk indikator på arbeidstakerens avhengighet til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett. Dette kan også være grunnen til at det ikke ble sagt noe konkret om momentets vekt i *Avlaster 1*, ettersom momentet uansett ikke ville være utslagsgivende. Særlig sett i lys av at både momentet om personlig arbeidsplikt og momentet om arbeidstakerens plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse med tyngde talte i retning av arbeidstakerforhold.

Det har blitt argumentert for at momentet bør sees i sammenheng med organisasjonssynspunktet.¹¹² I dette synspunktet ligger det at man skal ta hensyn til hvorvidt arbeideren har en organisasjon, for eksempel i form av en virksomhet som han driver, eller om han selv er arbeidsgiver. Dersom arbeideren har en organisasjon, vil dette tale i retning av at det foreligger et oppdragsforhold. Dersom arbeideren derimot kun tilbyr sin personlige arbeidskraft, mens arbeidsgiveren har en organisasjon, vil dette tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Begrunnelsen for dette er at i de tilfeller hvor arbeideren har en organisasjon, vil han være i bedre stand til å ivareta sine behov, for eksempel behovet for ferie. Momentet om å stille arbeidsrom, redskaper og andre materialer til rådighet vil dermed kunne være med på å underbygge hvorvidt den arbeidende har sin egen organisasjon.

¹⁰⁹ Ibid avsnitt 80.

¹¹⁰ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 69.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1.

¹¹² Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 69.

I nyere juridisk teori er det blitt stilt spørsmål ved momentets betydning for grensedragningen i fremtiden.¹¹³ Som et eksempel er det blitt nevnt at den teknologiske utviklingen har ført til at det er mye enklere å arbeide fra sitt eget hjem. I et slikt tilfelle vil arbeideren selv stille arbeidsrom til rådighet, noe som isolert sett taler for at det foreligger et oppdragsforhold. Det vil av den grunn være mindre grunn til å se hen til hvem som stiller arbeidsrom i fremtiden som følge av den digitale utviklingen av arbeidslivet. Imidlertid kan det mot dette argumenteres med at grensedragningen uansett baserer seg på en helhetsvurdering, slik at det skal svært mye til for at momentet isolert sett skal kunne være utslagsgivende.

Ut ifra det ovennevnte, kan man se at momentet vil kunne bidra som en indikator i grensedragningen i de tilfellene hvor det klart fremgår hvem av partene som stiller arbeidsrom, maskiner og lignende til rådighet. Imidlertid vil ikke momentet være utslagsgivende noen retning.

3.3.4 Risikoen for arbeidsresultatet

Å finne ut av hvem som har risikoen for arbeidsresultatet kan bidra til å avklare hvorvidt et tilfelle skal klassifiseres som arbeidstakerforhold eller oppdragstakerforhold. Ved et oppdragsforhold, har oppdragstakeren som regel risikoen for at arbeidet fører til det avtalte resultatet. I arbeidstakerforhold, har arbeidstakeren kun plikt til å stille sin arbeidskraft til arbeidsgiverens disposisjon, og arbeidsgiveren bærer risikoen for resultatet. Imidlertid kan også oppdragsforhold være innsatsbasert, for eksempel for advokater og lignende.

I *Beredskapshjem* kom Høyesterett til at momentet både kunne tale for at det forelå et arbeidstakerforhold, og for at det forelå et oppdragsforhold avhengig av hva man karakteriserte som resultatet i et løpende omsorgsforhold.¹¹⁴ Dersom man la til grunn at Bufetat hadde en lovpålagt plikt til å sørge for beredskapshjemtilbud, ville ikke fostermoren ha risikoen for resultatet. Om man derimot la til grunn fostermorens forpliktelse til å gi hjemmeomsorg i lys av oppdragsavtalen, ville det være mer nærliggende å legge risikoen for resultatet hos henne. Ettersom momentet kunne trekke i begge retninger, konkluderte retten med at momentet ga liten veiledning i saken.

¹¹³ Hotvedt, *Arbeidstaker – quo vadis?* (2018) s. 71.

¹¹⁴ *Beredskapshjem* avsnitt 57.

I *Avlaster 1* ble det uttalt at momentet ikke passer godt i tilfeller hvor arbeidet går ut på en løpende omsorgsyttelse.¹¹⁵ Retten valgte likevel å slutte seg til lagmannsretten, som hadde konkludert med at det var mest dekkende å legge til grunn at kommunen bar risikoen, ettersom det var kommunen som pliktet å sørge for at ytelsen ble levert. Det ble også påpekt at dersom avlasteren hadde gjort en dårlig jobb, ville ikke konsekvensen vært trekk i lønn, men heller at hun ikke ville fått en ny kontrakt.

I *Avlaster 2* ble det vist til uttalelsen i *Avlaster 1* om at momentet om risikoen for arbeidsresultatet, ikke passer godt på en løpende omsorgsyttelse.¹¹⁶ Det ble deretter vist til at også lignende synspunkt ble lagt til grunn i *Beredskapshjem*, hvor det om momentet ble uttalt at det var usikkert hva som ville være resultatet i slike tilfeller. Det ble deretter vist til at retten i *Avlaster 1* kom til at kommunen bar risikoen for avlastningstjenesten, siden det var kommunen som var lovpålagt å sørge for at ytelsen ble levert. Retten kunne derfor ikke se at bedømmelsen i *Avlaster 2* skulle bli en annen enn i *Avlaster 1* selv om man knyttet «spørsmålet til den risiko som brukerstyringen skaper for terminering av avlastningsoppdraget, for eksempel på grunn av dårlig personkjemi».¹¹⁷

Ettersom momentet ikke passer særlig godt i de tre nevnte dommene, vil det bli sett på en annen dom, LB 2014-170448 (*Lydbokinnlesere*), hvor momentet i større grad bidrar til å klargjøre grensedragningen. Denne dommen er fra en underinstans, og etter alminnelig rettskildelære er det klart at den ikke kan tillegges samme vekt som en dom avsagt av Høyesterett. Imidlertid er det i juridisk teori argumentert for at alle dommer kan ha rettskildeinteresse og at også underrettspraksis kan trekkes inn ved tolkningen av en rettsregel.¹¹⁸ Dette kan begrunnes i at behovet for forutberegnelighet og likhet i rettsanvendelsen tilsier at domstolsavgjørelser av enkelttilfeller som er truffet etter gjeldende rett, også bør få virkning for lignende tilfeller.

Spørsmålet i *Lydbokinnlesere* var om fem innlesere av lydbøker kunne kreve fast ansettelse i Norsk lyd- og blindeskriftbibliotek (NLB). Innledningsvis påpekte lagmannsretten at det er sikker rett at arbeidstakerbegrepet skal tolkes likt etter både tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven. Retten viste deretter til momentlisten i arbeidsmiljølovens forarbeider, og poengterte at de reelle underliggende forholdene er avgjørende i den konkrete vurderingen av

¹¹⁵ *Avlaster 1* avsnitt 53.

¹¹⁶ *Avlaster 2* avsnitt 78.

¹¹⁷ *Ibid.* avsnitt 79.

¹¹⁸ Boe, *Innføring i juss*, (2013) s. 304.

hvem som er arbeidstaker og hvem som ikke er det. Angående momentet om risikoen for arbeidsresultatet, viste retten til at innleserne som et utgangspunkt først fikk betalt for sitt arbeid etter at den tildelte boken var ferdig innlest. Etter innleveringen foretok NLB en vurdering av om den innleste boken holdt god nok kvalitet. Honoraret til innleseren ble deretter fastsatt ut fra den innleste tekstens lengde. Dersom det var feil eller mangler ved teksten, for eksempel fordi innleseren hadde lest teksten med feil uttale eller lignende, kunne NLB kreve at innleseren rettet feilen uten noe tilleggsvederlag. Ettersom innleserne selv var ansvarlig for å rette eventuelle feil, konkluderte retten med at innleserne hadde risikoen for arbeidsresultatet. Vedrørende momentets vekt ble det uttalt at det med «tyngde» talte mot at innleserne var ansatte.

Rt. 2007 s. 1458 (*Dykker*) viser også at i de tilfeller hvor arbeidsgiveren har risikoen for arbeidsresultatet, vil dette tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold.¹¹⁹ Dommen gjaldt hvorvidt en straffebestemmelse etter arbeidsmiljøloven av 1977 kunne anvendes i forbindelse med en dykkerulykke. En forutsetning for at bestemmelsen skulle komme til anvendelse var at dykkeren var å anse som arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven. Retten foretok derfor en vurdering av dette og konkluderte med at dykkeren var en arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven.¹²⁰

Dette viser at momentet bidrar i grensedragningen i de tilfellene hvor det klart fremgår hvem av partene som bærer risikoen for arbeidsresultatet. I motsatt tilfelle, ser man at momentet får liten veiledning i saker hvor det ikke passer like godt, slik som i *Beredskapshjem, Avlaster 1* og *2*.

Det er også verdt å merke seg at selv om Høyesterett i *Avlaster 1* uttaler at momentet ikke passer godt i tilfeller hvor arbeidet går ut på en løpende omsorgsyttelse, velger de likevel å konkludere med at det er mest dekkende at kommunen bærer risikoen. Tilsvarende gjøres i *Avlaster 2*, med henvisning til *Avlaster 1*. I motsetning til i *Beredskapshjem*, hvor det eksplisitt ble uttalt at momentet gav liten veiledning, ble det ikke uttalt noe om momentets vekt i verken *Avlaster 1* eller *Avlaster 2*. Det ville kanskje vært mer naturlig å legge til grunn et tilsvarende syn som i *Beredskapshjem*, på bakgrunn av likhetene i de faktiske forholdene. Dette gjelder særlig i lys av at retten i *Avlaster 2* viste til uttalelsen i *Beredskapshjem* om at

¹¹⁹ Rt. 2007 s. 1458 (*Dykker*) avsnitt 37.

¹²⁰ Ibid avsnitt 39.

det er usikkerhet rundt hva som skal karakteriseres som «resultatet» i et løpende omsorgsforhold.

I lys av at Høyesterett i avsnitt 57 i *Avlaster 1* uttaler at helhetsvurderingen ikke skal være en mekanisk anvendelse av momentene, virker det noe underlig at de selv velger å være så fastlåst til momentlisten at de konkluderer med at et moment er oppfylt, like etter at de har uttalt at momentet ikke passer på det konkrete arbeidsforholdet. At det heller ikke blir uttalt noe om momentets vekt, til tross for konklusjonen om at kommunen bærer risikoen for arbeidsresultatet, bidrar til ytterligere uklarhet rundt momentet.

3.3.5 Oppgjørsform

Måten vederlaget utbetales på, kan bidra til å avklare hvorvidt man står ovenfor et arbeidstakerforhold eller oppdragsforhold. I de tilfeller hvor vederlaget, i form av lønn, blir utbetalt månedlig til arbeideren, taler dette for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Grunnen til dette er at momentet da underbygger arbeidstakerens økonomiske avhengighet til arbeidsgiveren.

Utgangspunktet for oppdragstakerforhold derimot er at vederlaget utbetales som en engangssum for det oppdraget som utføres. Vederlaget blir da utbetalt i forkant av utføringen av oppdraget, eller når oppdraget er utført. Imidlertid kan dette stille seg annerledes ved lengre oppdragsforhold. I slike tilfeller kan vederlaget bli utbetalt ved faste månedlige betalinger, noe som gjør at utbetalingen av vederlaget i større grad ligner på utbetalingen ved arbeidstakerforhold. Dette fører til at det kan oppstå uklarheter vedrørende momentets vekt i tilfeller hvor oppdragsforholdet strekker seg over tid.

Fostermoren i *Beredskapshjem* mottok vederlag for arbeidet i form av faste og like store månedlige beløp som ble utbetalt den 12 i hver måned.¹²¹ Retten uttalte at momentet om vederlag ikke var særlig avklarende for hvorvidt man sto ovenfor et arbeids- eller oppdragsforhold, ettersom også oppdragstakere kunne motta vederlag på lignende måte som fostermoren. Retten konkluderte derfor med at momentet ikke kunne tillegges særlig vekt i saken.

¹²¹ *Beredskapshjem* avsnitt 58.

I *Avlaster 1* la retten til grunn at momentet talte for at det forelå et arbeidsforhold, ettersom avlasteren mottok lønn hver måned basert på innleverte timelister.¹²² Det ble imidlertid ikke uttalt noe om momentets vekt.

Det fremgår av faktum i *Avlaster 2* at avlasteren mottok timelønn for 20 timer per måned.¹²³ Høyesterett behandlet imidlertid ikke momentet i den konkrete vurderingen, og det ble ikke uttalt noe om momentets vekt eller i hvilken retning det talte. En mulig forklaring for dette kan være at Høyesterett poengterte at saken hadde flere likhetstrekk med *Avlaster 1* og at de av den grunn kun valgte å konsentrere seg om de punktene som påkalte særlig oppmerksomhet.¹²⁴ Ettersom retten valgte å ikke fokusere på momentet om vederlag, kan det fra dette sluttes at momentet talte for at det forelå et arbeidstakerforhold, på bakgrunn av likheten i sakene ved at begge avlasterne mottok lønnen i form av en fast månedlig utbetaling.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hva som var årsaken til at momentet ikke talte for arbeidstakerforhold i *Beredskapshjem*, når det også er store likheter mellom utbetalingen av vederlaget i *Beredskapshjem* og *Avlaster 1*. Mindretallet i *Beredskapshjem* problematiserer også dette, og viser til at det er vanskelig å se hvordan godtgjørelsen til fostermoren skiller seg fra vederlag i en eller annen form for lønn.¹²⁵ Mindretallet legger derfor til grunn at momentet taler for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Også i juridisk teori er flertallets slutning vedrørende momentet kritisert.¹²⁶

Flertallets slutning i *Beredskapshjem* bidrar dermed til at det oppstår uklarhet om momentets vekt. Momentet var kun gjenstand for en kort behandling i *Avlaster 1*, og ble ikke behandlet i det hele tatt *Avlaster 2*, slik at heller ikke disse dommene bidrar med noe avklaring vedrørende momentets vekt.

I juridisk teori er det blitt anført at momentet om vederlag ikke egner seg som et kriterium for grensedragningen.¹²⁷ Dette knytter seg til begrunnelsen for å legge vekt på momentet, nemlig at arbeidstakere som et utgangspunkt har faste utbetalinger av vederlaget, og at dette sees på som et kjennetegn på at det er arbeidskraften og ikke arbeidsresultatet som betales.¹²⁸

¹²² *Avlaster 1* avsnitt 54.

¹²³ *Avlaster 2* avsnitt 9.

¹²⁴ *Ibid* avsnitt 68.

¹²⁵ *Beredskapshjem* avsnitt 83.

¹²⁶ Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet* (2016) s. 352.

¹²⁷ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentaratgave*, (2013) s. 70.

¹²⁸ *Ibid*.

Imidlertid har endringer i arbeidslivet ført til at denne forutsetningen ikke gjør seg gjeldende på samme måte som før. Eksempelvis kan det nevnes at det ikke er uvanlig at arbeidstakere jobber på akkord eller provisjon, eller får utbetalt bonuser. Dette fører til vederlaget ikke lenger kun knytter seg til arbeidskraften, men også til en viss grad arbeidsresultatet. Ved oppdragsforhold er det heller ikke uvanlig at medgått tid også er en faktor ved fastsettelsen av vederlaget. Dette kan tilsi at oppdragstakere ikke kun får betalt for resultatet, men også for sin arbeidskraft. I slike tilfeller vil det dermed oppstå uklarheter om hvorvidt momentet taler for et arbeidstakerforhold eller oppdragstakerforhold. På grunn av denne utviklingen, ser man at måten vederlaget blir utbetalt på, ikke er en god indikator for grensedragningen.

Dette viser at momentets betydning isolert sett er noe uklart. Utgangspunktet er at vederlag som betales fast og jevnlig vil tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold, men konklusjonen i *Beredskapshjem* bidrar til å skape uklarheter rundt utgangspunktet.

3.3.6 Stabilt tilknytningsforhold og avtalt oppsigelsesfrist

Av forarbeidene fremgår det at tilknytningsforholdet mellom partene kan være et moment i grensedragningen¹²⁹. Av den grunn vil det være relevant å se på arbeidets intensitet, herunder arbeidets lengde og regelmessighet. Stabile og langvarige tilknytningsforhold taler i retning av at det foreligger et arbeidstakerforhold. I motsetning til dette, er oppdragsforholdene som et utgangspunkt av en mer tilfeldig og uregelmessig art.

Videre fremgår det av forarbeidene at det også er av betydning om arbeidsforholdet er oppsigelig med bestemte frister.¹³⁰ En oppsigelsesfrist kan indikere at det foreligger et arbeidsforhold fordi den sier noe om hva som er det vesentlige i arbeidsforholdet; arbeidsresultatet eller arbeidskraften.¹³¹ I de tilfeller hvor det er arbeidsresultatet som er det sentrale, vil det ikke være nødvendig å avtale en oppsigelsesfrist fordi oppdraget vil opphøre når det avtalte resultat oppnås. Hvis det derimot er arbeidskraften som er det sentrale, vil det være naturlig å la arbeidsforholdet løpe inntil det sies opp med en oppsigelsesfrist.¹³²

¹²⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 75.

¹³² Ibid.

I 2010 inngikk fostermoren i *Beredskapshjem* en 5-års kontrakt med kommunen.¹³³ Av kontrakten fremgikk det at begge parter hadde en oppsigelsesadgang med bestemte frister. I tillegg hadde fostermoren også tidligere vært i et avtaleforhold med kommunen, helt siden 2006. Retten kom dermed til at momentet tale for å anse fostermoren som arbeidstaker, men påpekte imidlertid at også oppdragsforhold kunne være langvarige.

Dommen viser at momentet vil trekke i retning av et arbeidstakerforhold når det foreligger et stabilt tilknytningsforhold og en oppsigelsesfrist. Imidlertid ble det ikke uttalt noe konkret om momentets vekt i vurderingen. Ettersom retten kom til at fostermoren var en oppdragstaker, kan det ut ifra dette sluttet at momentet ikke var utslagsgivende på noen som helst måte.

I *Avlaster 1* hadde avlasteren først inngått en kontrakt om to måneders arbeid i sommeren 2008.¹³⁴ Resten av året arbeidet avlasteren kun når familien hadde spesielle behov, basert på en kontrakt inngått med familien.¹³⁵ Fra og med januar 2009 inngikk hun på ny en kontrakt med kommunen, og jobbet sammenhengende i halvannet år. Totalt inngikk hun fire kontrakter med kommunen. Til tross for perioden på rundt seks måneder hvor avlasteren ikke var under kontrakt med kommunen, kom retten til at det forelå et stabilt tilknytningsforhold mellom partene.

Videre inneholdt kontraktene en klausul om at de kunne sies opp med en måneds varsel. Det forelå dermed bestemte frister for oppsigelse.¹³⁶ Imidlertid kunne kontrakten også bortfalle dersom det ikke lenger var behov for avlasteren. Retten viste til at denne opphørsgrunnen kanskje kunne tilsi at momentet ikke fullt ut var oppfylt, men at det også kunne eksemplifisere at avlastere var i en «utsatt posisjon». Retten kom derfor til at momentet i sin helhet talte for at det forelå et arbeidsforhold.

I *Avlaster 2* ble ikke momentet om tilknytningsforholdet behandlet under den konkrete vurderingen. Det antas at samme begrunnelse som for at momentet om vederlag ikke ble behandlet er grunnen til dette, nemlig at likheten i saksforholdet i *Avlaster 1* og *Avlaster 2* innebar at momentet ikke «påkalt særlig oppmerksomhet».¹³⁷ Det fremgår imidlertid av sakens faktum at avlasteren hadde inngått flere oppdragskontrakter med kommunen, og at

¹³³ *Beredskapshjem* avsnitt 59.

¹³⁴ *Avlaster 1* avsnitt 55.

¹³⁵ *Ibid* avsnitt 4.

¹³⁶ *Ibid*.

¹³⁷ *Avlaster 2* avsnitt 65.

hver av kontraktene har hatt en varighet på rundt to år.¹³⁸ Videre var det avtalt en gjensidig oppsigelsesfrist på en måned.¹³⁹ Ettersom det forelå en bestemt oppsigelsesfrist og et langvarig tilknytningsforhold mellom partene, er det klart at momentet talte i retning av at det forelå et arbeidstakerforhold.

Uttalelsen om at avlasteren var i en utsatt posisjon i *Avlaster 1*, viser at Høyesterett i vurderingen tar i betraktning formålet bak vurderingen, nemlig hvorvidt arbeideren har et behov for vern. Ettersom avlasteren hadde et behov for vern, konkluderte retten med at momentet fullt ut var oppfylt. I juridisk teori er det tatt til orde for at dette viser at også løsere tilknytningsformer kan skape avhengighet og vernebehov.¹⁴⁰ Imidlertid er det vanskelig å se hvordan denne slutningen kan trekkes ut ifra det konkrete sakstilfellet i *Avlaster 1*. Selv om man ser bort ifra avlasterens arbeidsperiode i 2008, har avlasteren arbeidet sammenhengende i halvannet år fra 2009. I tillegg har kontraktene oppstilt en bestemt oppsigelsesfrist. Til tross for at arbeidstiden var begrenset til 60 timer per måned,¹⁴¹ er jeg av den oppfatning at tilknytningsforholdet mellom partene må kunne karakteriseres som fast og langvarig.

Premisset om at også løsere tilknytningsformer kan skape avhengighet og vernebehov har likevel mye for seg. Dette kan illustreres ved for eksempel ringevikarer og midlertidige ansattes stilling. Ringevikarer blir som regel tilkalt ved for eksempel sykdom eller lignende. Dette innebærer at ringevikarens arbeidssituasjon blir preget av tilfeldighet og uregelmessighet. Tilsvarende gjør seg gjeldende for midlertidig ansatte. For sistnevntes del kan det også oppstå et spørsmål om hvorvidt det er arbeidskraften eller arbeidsresultatet som er det sentrale, med tanke på at i noen tilfeller så vil det midlertidige ansettelsesforholdet avsluttes når det bestemte arbeidet er utført.¹⁴² Til tross for dette, vil som et utgangspunkt både deltidsansatte og midlertidig ansatte ha behov for vern etter arbeidsmiljøloven.

De dommene som er gjennomgått bekrefter utgangspunktet om at et stabilt tilknytningsforhold mellom partene og bestemte oppsigelsesfrister tilsier at det foreligger et arbeidstakerforhold. Derimot vil momentets vekt være noe mer uklart i tilfeller hvor tilknytningsforholdet er preget av tilfeldighet og uregelmessighet, slik det vil være for blant

¹³⁸ Ibid avsnitt 5.

¹³⁹ *Avlaster 2* avsnitt 11.

¹⁴⁰ Hotvedt, *Arbeidstaker – quo vadis?* (2018) s. 71.

¹⁴¹ *Avlaster 1* avsnitt 4.

¹⁴² Jf. aml. § 14-9 bokstav a.

annet ringevikarer og midlertidig ansatte. En formålsoverorientert tilnærming kan også i slike tilfeller tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Avslutningsvis kan det nevnes at momentet kan fungere som en nedre grense mot de oppdragene som er av en så tilfeldig og uregelmessig art at det ikke kan anses for å være etablert et ansettelsesforhold.¹⁴³

3.3.7 Antall oppdragsgivere

Det neste momentet går ut på om arbeideren hovedsakelig arbeider for én oppdragsgiver. I de tilfeller hvor arbeideren ikke har rett til å arbeide for andre, vil dette tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Begrunnelsen for dette er at arbeidstakeren i slike tilfeller vil være i et økonomisk avhengighetsforhold til arbeidsgiveren, noe som fører til økt grad av behov for vern.

Oppdragstakere derimot har som et utgangspunkt flere ulike oppdragsgivere. Dette fører til at det økonomiske avhengighetsforholdet ikke gjør seg gjeldende på samme måte, og dermed vil heller ikke behovet for vern etter arbeidsmiljøloven gjøre seg gjeldende på samme måte som der man kun jobber for én arbeidsgiver.

I *Beredskapshjem* fremgikk det av kontrakten som fostermoren hadde inngått med kommunen, at hun ikke kunne ta annet inntektsgivende arbeid eller oppdrag uten samtykke fra kommunen.¹⁴⁴ Retten kom til at dette isolert sett kunne tale for at det forelå et arbeidsforhold.

I *Avlaster 1* hadde avlasteren flere stillinger ved siden av jobben som avlaster. Hun jobbet blant annet i en annen kommune som miljøarbeider og støttekontakt, og var samtidig student.¹⁴⁵ Retten kom til at momentet ikke ga noen «sterk støtte» for å anse henne som arbeidstaker, men presiserte at momentet heller ikke veide «særlig tungt» i motsatt retning.

Det fremstår som klart ut ifra både *Beredskapshjem* og *Avlaster 1* at dersom det i hovedsak arbeides for kun én oppdragsgiver, vil dette tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold. I motsatt tilfelle, altså hvor det arbeides for flere oppdragsgivere, vil dette tale for at det foreligger et oppdragsforhold.

¹⁴³ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 68.

¹⁴⁴ *Beredskapshjem* avsnitt 60.

¹⁴⁵ *Avlaster 1* avsnitt 56.

I *Avlaster 2* ble ikke momentet behandlet under den konkrete vurderingen. Det antas at begrunnelsen for dette er lik som for momentet om vederlag og tilknytningsforhold, nærmere bestemt at forholdet ikke påkalte «særlig oppmerksomhet».¹⁴⁶ Av sakens faktum fremgår det at avlasteren også arbeidet som støttekontakt for vedkommende hun var avlaster for.¹⁴⁷ I tillegg hadde hun inngått flere tilsetningsforhold i Ålesund kommune, som var ansvarlig for avlastningen. De øvrige stillingene var i barnehage, skole, skolefritidsordning og avlastningsbolig. Hun arbeidet også i disse stillingene med vedkommende hun var avlaster for.¹⁴⁸

Ut ifra faktum er det noe uklart i hvilken retning momentet taler. Det kan virke som om avlasteren hadde flere oppdragsgivere ettersom hun blant annet jobbet i barnehage og skole. På den annen side fremgår det av faktum at alle tilsetningsforholdene var i Ålesund kommune, samt at hun i alle stillingene arbeidet med vedkommende hun var avlaster for. Ved at Høyesterett unnløt å behandle momentet, er det vanskelig å vurdere i hvilken retning momentet trekker.

Imidlertid kan uttalelsen i *Avlaster 1* om at momentet ikke kunne «veie særlig tungt» i retning av å anse avlasteren som oppdragstakeren, bidra til å kaste lys over forståelsen av momentet i *Avlaster 2*.¹⁴⁹ Til tross for at avlasteren i *Avlaster 1* hadde flere oppdragsgivere, viser rettens uttalelse at momentet fikk liten vekt i helhetsvurderingen. Det kan derfor argumenteres med at retten i *Avlaster 2* tar hensyn til at momentet ikke har noen utslagsgivende vekt i noen retning, og av den grunn unnløt å behandle momentet.

Dersom Høyesterett hadde valgt å behandle momentet i *Avlaster 2*, kunne dette bidratt til å avklare hvordan momentet stiller seg i relasjon til deltidsarbeidere. Dette er særlig aktuelt med tanke på at det er et stort antall deltidsarbeidere i Norge i dag. Ofte vil deltidsarbeidere ha mulighet til å jobbe hos flere oppdragsgivere, slik som avlasteren i *Avlaster 2*. Momentet isolert sett vil dermed ikke kunne ta hensyn til utviklingen av arbeidslivet med blant annet økt bruk av deltidsstillinger. Det kan derfor argumenteres med at momentet er utdatert og i liten grad bidrar som et kriterium ved grensdragningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere.

¹⁴⁶ *Avlaster 2* avsnitt 68.

¹⁴⁷ *Ibid* avsnitt 2.

¹⁴⁸ *Ibid* avsnitt 3.

¹⁴⁹ *Avlaster 1* avsnitt 56.

I juridisk teori er det blitt tatt til orde for at momentet kan tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold, selv i de tilfeller hvor arbeideren etter avtalen har rett til å utføre arbeid for flere oppdragsgivere.¹⁵⁰ Dette begrunnes i at selv om avtalen kan åpne for at arbeideren utfører arbeid for andre, er det ikke sikkert at arbeideren faktisk har mulighet til å realisere dette, for eksempel fordi det ene arbeidsoppdraget er fulltidsarbeid. I slike tilfeller vil arbeiderens økonomiske avhengighet til arbeidsgiveren være like sterk som i tilfeller hvor arbeideren ikke har rett til å ta annet arbeid.¹⁵¹ Dette poenget underbygger at det alltid må foretas en konkret helhetsvurdering, hvor realitetene vil være det avgjørende.

På bakgrunn av det ovennevnte, kan man se at i de tilfeller hvor det kun arbeides for en oppdragsgiver, vil dette tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Uttalelsen i *Avlaster I* tilsier imidlertid at momentet har liten vekt i helhetsvurderingen dersom det taler for at det foreligger et oppdragstakerforhold.

3.3.8 Andre omstendigheter

Av forarbeidene til arbeidsmiljøloven fremgår det at momentlisten ikke er uttømmende med hensyn til hvilke momenter som kan være relevante, slik at også andre omstendigheter vil være av betydning i helhetsvurderingen.¹⁵² Dette understrekes også i både *Beredskapshjem* og *Avlaster I*. I den førstnevnte dommen uttales det at utgangspunktet for vurderingen tas i momentlisten, men at det må skje en helhetsvurdering hvor også andre forhold kan komme inn med betydelig tyngde.¹⁵³ Av *Avlaster I* fremgår det at helhetsvurderingen ikke skal være en «mekanisk anvendelse av momentene», slik at det oppstår et spørsmål om hvorvidt andre forhold kan være av betydning.¹⁵⁴

Beredskapshjem eksemplifiserer at andre omstendigheter kan være relevant i vurderingen, og i tillegg være avgjørende for resultatet. I dommens avsnitt 61 uttaler flertallet at gjennomgangen av de tradisjonelle kriteriene «trekker i begge retninger» og dermed ikke gir «grunnlag for en sikker konklusjon». I det neste avsnittet uttaler retten at grunnen til at de anser fostermoren som oppdragstaker, «særlig» skyldes at oppdragets karakter skiller seg

¹⁵⁰ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 68.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1.

¹⁵³ *Beredskapshjem* avsnitt 46.

¹⁵⁴ *Avlaster I* avsnitt 57.

markert fra ordinære arbeidsforhold. Med dette siktes det til at kjernen i oppdraget er å stille til rådighet et hjem hvor fosterbarnet så langt som mulig skal være en del av familien, noe som klart skiller seg fra det å arbeide i annens tjeneste.¹⁵⁵ Det var altså arbeidets art som ble utslagsgivende i retning av at det forelå et oppdragsforhold i *Beredskapshjem*.

Imidlertid er det, som nevnt tidligere, i teorien anført at arbeidets art og innhold som et utgangspunkt ikke vil være relevant i vurderingen av hvorvidt en person skal anses som arbeidstaker.¹⁵⁶ Også i eldre rettspraksis er det påpekt at «det [kan] åpenbart ikke trekkes noe skille etter arbeidets art».¹⁵⁷ Dette kan begrunnes i at arbeidets innhold i seg selv ikke vil være noen god indikator på om det foreligger et vernebehov. Grunnen til at arbeidets art likevel ble utslagsgivende i den konkrete vurderingen kan skyldes et annet forhold som ble tatt opp i vurderingen, nemlig Stortingets uttalelser i forbindelse med behandling av en særlig pensjonslov for oppdragstakere i statlige beredskaps- og familiehjem.¹⁵⁸ Høringsuttalelser i forbindelse med lovforslaget påpekte at beredskapshjemsforeldre ikke kunne anses som arbeidstakere etter arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep. Flertallet i dommen kom dermed til at når Stortinget som en grunnleggende forutsetning for vedtakelse av den nye loven bygde på en rettsoppfatning om at beredskapshjemsforeldre ikke var å anse som arbeidstakere, måtte dette tillegges «betydelig vekt».¹⁵⁹ Høyesteretts lojalitet til lovgiver kan dermed ha bidratt til at arbeidets art fikk utslagsgivende betydning i helhetsvurderingen.

Også i *Avlaster 1* ble andre forhold vurdert i helhetsvurderingen. Blant annet foretok retten en vurdering av de hensynene den offentlige tjenesten skulle ivareta. Med dette siktes det til rettens vurdering av kommunens anførsel om at muligheten til brukerstyring og en fleksibel organisering av tilbudet ville lide dersom avtalen var en arbeidsavtale.¹⁶⁰ Kommunen påpekte også at en konsekvens av å anse avtalen som en arbeidsavtale, ville være at kvalifikasjonsprinsippet ville gjøre seg gjeldende ved nyansettelser. Dette ville føre til at det ville bli vanskeligere å for eksempel ansette barnets bestemor i stedet for en person med bedre formelle kvalifikasjoner.

¹⁵⁵ *Beredskapshjem* avsnitt 62.

¹⁵⁶ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 65.

¹⁵⁷ *Sceneinstruktør* s. 1230.

¹⁵⁸ *Beredskapshjem* avsnitt 68-72.

¹⁵⁹ *Beredskapshjem* avsnitt 72.

¹⁶⁰ *Avlaster 1* avsnitt 58.

Høyesterett avviste at disse anførslene kunne ha betydning for sakens resultat ettersom avtalen klart hadde preg av å være en arbeidsavtale.¹⁶¹ Det ble påpekt at omstendighetene rundt avtaleforholdet nærmest «entydig» talte i retning av at det forelå et arbeidsforhold, og at kommunens anførsler ikke kunne endre dette selv om det ville være utfordringer med å forene arbeidstakerrettigheter med hensynet til fleksibilitet i organiseringen av tilbudet. Videre ble det uttalt at det av prinsipielle årsaker ville være uakseptabelt å konkludere med at en person ikke er arbeidstaker fordi det etter arbeidsmiljøloven ville gi vedkommende for sterkt vern.

Det kan også nevnes at formålsbetraktninger ble tillagt betydelig vekt i både *Avlaster 1* og i *Avlaster 2*. Særlig i forbindelse med behandlingen av momentet om underordning og ledelse i de to dommene, var formålsbetraktninger styrende for i hvilken retning momentet skulle tillegges vekt.¹⁶²

I forbindelse med behandlingen av *Aleris* i tingretten, dukket det opp et nytt interessant aspekt i forbindelse med grensdragningen. Nemlig hvorvidt lovgivers ønske om vern gikk foran den enkeltes ønske om avtalefrihet og fleksibilitet. Flere av miljøarbeiderne som valgte å gå til sak mot *Aleris* for å få dom på at de var arbeidstakere, hadde tidligere fått muligheten til å bli ansatt som arbeidstakere fremfor å forbli oppdragstakere. Begrunnelsen for at de takket nei til å bli ansatt er noe ulik for de forskjellige saksøkerne, men det som går igjen i begrunnelsen er at de ikke ønsket å gå ned lønn, samt at de ikke ønsket å miste den fleksibiliteten de hadde som oppdragstakere. Saksøkerne anførte at dette ikke kunne være av betydning ettersom vernelovgivningens preseptoriske karakter stengte for å vektlegge den enkeltes eget valg om tilknytningsform.¹⁶³

Til tross for at de faktiske forholdene omkring hvorvidt den enkelte ønsket å bli ansatt varierte på sentrale punkter, valgte flertallet å legge til grunn en felles løsning for alle.¹⁶⁴ Under den konkrete vurderingen av en av saksøkerne, uttalte retten at beslutningen om å være oppdragstaker og ikke ansatt fremstod som veloverveid fra saksøkerens side, noe som svekket vernehensynene.¹⁶⁵ Det ble videre påpekt at vernehensyn ikke kunne begrunne at vedkommende ble vernet mot sin vilje.

¹⁶¹ Ibid avsnitt 60.

¹⁶² *Avlaster 1* avsnitt 49 og *Avlaster 2* avsnitt 72.

¹⁶³ *Aleris* under punkt 3.1 Arbeidstakerbegrepet.

¹⁶⁴ Ibid under punkt 11.6 Avskjæring.

¹⁶⁵ Ibid under punkt 39.2.

Retten la altså avgjørende vekt på i hvilken grad den enkelte hadde valgt å forbli oppdragstaker fremfor å bli ansatt. Setter man problemstillingen på spissen, er spørsmålet om i hvilken grad retten kan vektlegge at den arbeidsutførende etter eget ønske velger å avtale seg bort fra de preseptoriske vernereglene i arbeidsmiljøloven. Det er en svært interessant problemstilling og det blir spennende å se hvordan Lagmannsretten forholder seg til dette.

3.4 Oppsummering

Av gjennomgangen ovenfor ser man at retten tar utgangspunkt i momentlisten ved grensedragningsspørsmålet og følger denne punktvis. Imidlertid viser gjennomgangen at også andre relevante omstendigheter ved arbeidsforholdet kan være av stor betydning.

Beredskapshjem er et godt eksempel på dette, da arbeidets art ble avgjørende for resultatet.¹⁶⁶

I forarbeidene er arbeidstakernes avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og arbeidsgiverens styringsrett fremhevet som særlige særtrekk ved et arbeidsforhold.¹⁶⁷

Momentene i momentlisten skal derfor fungere som indikatorer på hvorvidt det foreligger et avhengighets- og underordningsforhold, men de gjør dette i noe ulik grad. I *Avlaster 1* ble momentet om personlig arbeidsplikt og momentet om arbeidstakerens plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse av arbeidet tillagt særlig vekt i retning av arbeidstakerforhold i helhetsvurderingen.¹⁶⁸ Også flere andre momenter talte i samme retning, men det ble ikke konkret sagt noe om disse momentenes vekt. Dette viser at momentet om personlig arbeidsplikt og momentet om arbeidstakerens plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse var avgjørende for resultatet i dommen. Også i juridisk teori er dette blitt påpekt.¹⁶⁹ Dommen tydeliggjør dermed at de to nevnte momentene står i en særstilling og fungerer som bedre indikatorer enn de øvrige momentene på hvorvidt det foreligger et avhengighets- og underordningsforhold. Imidlertid er ikke dette noe som fremgår av momentlisten.

I forarbeidene er det videre påpekt at det er de reelle underliggende forholdene som er avgjørende ved vurderingen.¹⁷⁰ *Avlaster*-dommene bidrar til å underbygge dette

¹⁶⁶ *Beredskapshjem* avsnitt 62.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1.

¹⁶⁸ *Avlaster 1* avsnitt 43 og avsnitt 51.

¹⁶⁹ Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet* (2016) s. 379.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 under punkt 6.1.1 tredje avsnitt.

utgangspunktet, ved at det ble konkludert med at det forelå et arbeidstakerforhold i begge tilfellene, til tross for at avlasterne hadde inngått oppdragskontrakter med kommunene.

Avlaster-dommene bidrar videre til å understreke formålsbetraktningenes betydelige rolle i helhetsvurderingen. I *Avlaster 1* ble det uttalt at lovgivers intensjon er at de som har behov for vern etter arbeidsmiljøloven, blir vernet.¹⁷¹ Under den nærmere vurderingen av momentet om arbeidsgivers ledelse og kontroll, ble det igjen påpekt at arbeidstakerbegrepet ut ifra formålsbetraktninger skal tolkes slik at «de som trenger lovens vern, skal få det».¹⁷² Uttalelsene viser at formålsbetraktninger kan være styrende for i hvilken retning momentet skal tillegges vekt. Det kan imidlertid påpekes at dette ikke går klart frem av forarbeidene og momentlisten i seg selv. Dette er uheldig med tanke på at forarbeidene da ikke gir et tilstrekkelig klart bilde av den gjeldende rettstilstanden.

I juridisk teori er det blitt rettet et kritisk blikk mot momentlisten. Noe av denne kritikken knytter seg til at momentlisten stammer fra 1940-tallet,¹⁷³ og at momentene av den grunn ikke er like gode indikatorer på arbeidsforhold i dag.¹⁷⁴ Dette kan illustreres med momentet om hvem som stiller til rådighet arbeidsrom og redskaper. I dagens arbeidsliv er det ikke uvanlig at arbeidstakere jobber hjemme fra som følge av den teknologiske utviklingen. I slike tilfeller vil momentet isolert sett kunne tale for at det foreligger et oppdragstakerforhold, noe som kan gi et uriktig bilde av situasjonen. Dette er en uheldig situasjon og kan tilsi at det er på tide med en oppdatert momentliste som i større grad tar for seg arbeidsforhold i dag.

Imidlertid kan det mot dette argumenteres med at ettersom dagens grensedragning baserer seg på en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter ved avtaleforholdet, vil et moment alene sjeldent være avgjørende. I praksis vil et enkeltstående moment som taler for oppdragsforhold tillegges liten vekt i helhetsvurderingen, dersom de øvrige momentene trekker i retning av arbeidstakerforhold. Dette fremgår klart av blant annet *Avlaster 2*, hvor momentet om hvem som stilte arbeidsrom til rådighet isolert sett kunne tale for at det forelå et oppdragsforhold. Ettersom de øvrige momentene talte i retning av arbeidstakerforhold, fikk det nevnte

¹⁷¹ *Avlaster 1* avsnitt 39.

¹⁷² *Avlaster 1* avsnitt 49.

¹⁷³ Momentene har sitt utgangspunkt i forarbeidene til ferieloven av 1947, se oppgavens punkt 3.2.3.

¹⁷⁴ Hotvedt, *Arbeidstaker – quo vadis?* (2018) s. 71.

momentet liten betydning i den samlede vurderingen. Dette illustrerer fleksibiliteten i gjeldende retts løsning av grensedragningsspørsmålet.

Videre har Hotvedt (2018) også rettet kritikk mot Høyesteretts tilnærming til momentlisten. Hun påpeker at det er et «paradoks at listen nærmest tas for gitt når det samtidig erkjennes at flere momenter gir liten veiledning».¹⁷⁵ Med dette siktes det blant annet til at Høyesterett valgte å konkludere på momentet om hvem som har risikoen for arbeidsresultatet i begge *Avlaster*-dommene, til tross for at de påpekte at momentet ikke passet godt på en løpende omsorgsyttelse.¹⁷⁶ Hotvedts kritikk knytter seg altså til at Høyesterett i for stor grad låser seg til momentlisten og føler seg tvunget til å behandle hvert eneste moment. Kritikken har mye for seg, i og med at momentlisten ikke er ment som vilkår eller lignende, men kun som en rettesnor ved vurderingen.¹⁷⁷ Det ville dermed vært i tråd med forarbeidene om retten i *Avlaster*-dommene nøyte seg med å si at momentet ikke passet i det konkrete tilfellet, uten å gå nærmere inn i en vurdering av momentet.

Hotvedt (2018) er av den oppfatning at det bør utvikles nye momenter, som i større grad fremmer formålet.¹⁷⁸ Hun foreslår at det kan være aktuelt med flere ulike momentlister for ulike typer gråsonespørsmål. Jeg er for så vidt enig i at det bør vurderes å utvikle nye momenter, men en utfordring ved å opprette flere ulike momentlister er at dette i seg selv kan bidra til nye gråsoner. Det kan oppstå spørsmål om hvilken momentliste som skal legges til grunn, noe som fører til flere grensedragninger. I tillegg vil flere momentlister bidra til en ytterligere relativisering av arbeidstakerbegrepet, som igjen bidrar til ytterligere uklarhet om hva som faktisk ligger i begrepet.

Også annen juridisk litteratur støtter Hotvedts ståsted om at formålet i større grad må synliggjøres som et utgangspunkt for vurderingen. Det er blant annet blitt understreket at lovens formål må være det «sentrale siktemålet» i vurderingen.¹⁷⁹ Ved å anvende formålsbetraktninger i prosessen, vil man i større grad avdekke dette siktemålet. Dette vil igjen hindre en mekanisk anvendelse av momentlisten.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Hotvedt, *Arbeidstaker – quo vadis?* (2018) s. 72.

¹⁷⁶ *Avlaster 1* avsnitt 53 og *Avlaster 2* avsnitt 78.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 punkt 6.1.1 fjerde avsnitt.

¹⁷⁸ Hotvedt, *Arbeidstaker – quo vadis?* (2018) s. 72.

¹⁷⁹ Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (2013) s. 75.

¹⁸⁰ *Ibid* s. 61.

4 Avslutning

Som vi har sett, trekkes grensen mellom arbeidstakere og selvstendig oppdragstakere etter en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet. Etter min mening ivaretar grensedragningen i all hovedsak de vernehensyn som begrunner lovgivningen. Med dette siktes det til at helhetsvurderingen innebærer en fleksibilitet som fører til at man kommer til det riktige resultatet i grensespørsmålene.

Imidlertid er det en svakhet at formålet og vernehensynet ikke fremgår tilstrekkelig klart av momentlisten og forarbeidene, til tross for at de ofte har en avgjørende betydning ved vektingen av momentene. I tillegg ser man at momentenes betydning isolert sett svekkes som følge av den teknologiske utviklingen og utviklingen av nye tilknytningsformer i arbeidslivet. Dette kommer særlig til uttrykk iblant annet *Beredskapshjem*, hvor det eksplisitt ble uttalt at momentene ikke ga grunnlag for noen sikker konklusjon.¹⁸¹

Av den grunn er jeg enig med Hotvedt og Fougner om at en formålsorientert tilnærming vil være å foretrekke fremfor dagens løsning. Dersom det i større grad fokuseres på hva som er det sentrale og grunnleggende med vurderingen, nemlig å avklare hvorvidt personen har behov for vern etter arbeidsmiljøloven, vil man etter min mening stå bedre rustet til å møte fremtidige grensedragningsspørsmål.

¹⁸¹ *Beredskapshjem* avsnitt 61.

Kildeliste

Lovregister

Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie.

Lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring.

Lov 28. februar 1997 nr. 21 om folketrygd.

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

Forarbeider

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

NOU 1982:12 Lov om ferie.

Ot.prp. nr. 54 (1986-1987) Om lov om ferie.

NOU 1988:6 Erstatning og forsikring ved yrkesskade.

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

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

Høyesterettspraksis

Rt. 1958 s. 1229 *Sceneinstruktør*

Rt. 1968 s. 752 *Hjemmearbeider*

Rt. 1984 s. 1044 *Tupperware*

Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk*

Rt. 2007 s. 1458 *Dykker*.

Rt. 2010 s. 93 *Skogsarbeider*.

Rt. 2013 s. 342 *Beredskapshjem*.

Rt. 2013 s. 352 *Avlaster 1*.

Rt. 2015 s. 475 *Partner*.

HR-2016-589-A *Ordfører*.

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

HR-2017-344-A *Fellesoppgjør*.

Underrettspraksis

LB 2014-170448 *Lydbokinnlesere*.

TOSLO-2018-18950 *Aleris*.

Praksis fra EU-domstolen

Dom av 12. Mai 1998, *Martinez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217.

Juridisk litteratur

Berg, Paal, *Arbeidsrett*, 1930. Elektronisk utgave; https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb_digibok_2015091706045, sist lastet ned 23.09.19.

Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, 1. utgave, Fagbokforlaget Vigemostad & Bjørke 1998.

Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2013.

Engelsrud, Gerd, *Styring og vern*, 5. utgave, Cappelen Damm 2013.

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2015.

Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2013.

Hotvedt, Marianne Jenum, *Arbeidsgiverbegrepet*, 1. utgave, Gyldendal 2016.

Hotvedt, Marianne Jenum, *Arbeidstakerbegrepet – quo vadis?* i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 01/2018 (Volum 131) s. 42 – 103.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2011.

Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal 2017.

Avisartikler

Fagforbundet, *Fagforbundet anker Stendi-dommen*, <https://www.fagforbundet.no/rettigheter-i-arbeidslivet/privatisering/aleris-saken/a/10215/fagforbundet-anker-stendi-dommen/>, sist lastet ned 20.09.19.