



B-rundskriv nr.: B/04-2013
Dokument nr.: 13/00903-1
Arkivkode: 0
Dato: 28.06.2013
Saksbehandler: KS forhandling

Til: Kommunen / fylkeskommunen / virksomheten

Arbeidstaker- og oppdragstakerbegrepet

Høyesterett avsa 20. mars 2013 to dommer der temaet var grensen mellom arbeidstaker- og oppdragstakerbegrepet. KS ser behov for å nyansere B-rundskriv nr. 6/2011 på grunn av disse dommene.

Den ene saken fra Høyesterett gjaldt spørsmål om fosterforelder i beredskapshjem er arbeidstaker (sak HR-2013-628A). Den andre gjaldt hvorvidt en avlaster for en familie med særlig tyngende omsorgsoppgaver, er arbeidstaker (sak HR-2013-630A).

I begge dommene gikk Høyesterett gjennom de tradisjonelle kriteriene for grensen mellom en arbeidstaker og en oppdragstaker. I tillegg foretok Høyesterett en totalvurdering av om andre hensyn, systembetraktninger osv. kunne tilsi at kontrakten ble ansett som et oppdrags- eller arbeidstakerforhold.

Fosterforelder ble ikke ansett som arbeidstaker. Høyesterett la blant annet vekt på at oppdraget etter sin karakter skiller seg markert fra ordinære arbeidsforhold, idet kjernen i oppdraget er å stille til rådighet eget hjem hvor fosterbarnet så langt som mulig skal inngå som et familiemedlem.

Avlasteren ble imidlertid ansett som arbeidstaker.

Avlasteren arbeidet om lag 60 timer i måneden som omfattet arbeid hver tredje helg og to ettermiddager i uken. Dette tilsvarer om lag 40 % stilling. I tillegg ble avlastningsoppdraget i stor grad detaljstyrt av foreldrene i familien slik at avlasteren i realiteten hadde liten grad av frihet med hensyn til når og hvordan oppdraget skulle utføres. At kommunen ikke hadde noen kontroll mht. når og hvordan arbeidet skulle utføres, og i kontrakten med avlasteren hadde presisert at det var hun som avgjorde når og hvordan arbeidet skulle utføres i samarbeid med foreldrene, ble ikke tillagt betydning. Høyesterett har i avlasterdommen vist til en uttalelse fra Sivilombudsmannen (SOMB-2011-3397) der sivilombudsmannen i en konkret sak, kom til at en støttekontakt var å anse som arbeidstaker.

Støttekontakt (SOMB-2011-3397)

A var en såkalt «fritidsstøttekontakt». Generelt besto arbeidet i å være sammen med bruker, og ta denne med på kafé, kino eller lignende. A hadde hatt de samme tre brukerne i tre til fem år, og hadde fordelt timene regelmessig. Omfanget på arbeidet var 28 timer pr måned. A fikk betalt for antall timer hun arbeidet, som skulle registreres på en bestemt dato i måneden. Avtalen anga navn på veileder i kommunen og det ble gjennomført fire veiledningssamtaler. Avtalen anga prosedyrer for endring eller avbrudd i oppdragene og endringene måtte rapporteres til enhetslederen i kommunen. Videre fastslo avtalen at kommunen har det «faglige ansvaret for de tjenester som støttekontakten utfører på vegne av kommunen og plikter derfor å føre tilsyn med støttekontaktene og påse at avtalen overholdes.» Sivilombudsmannen uttalte blant annet: «For meg er det avgjørende at A har en plikt til å stille egen arbeidskraft til

rådighet som støttekontakt, og at hun ikke har adgang til å la andre overta støttekontaktarbeidet. A har en personlig arbeidsplikt. I tillegg til dette har jeg sett hen til at As lønn mer er knyttet opp mot løpende arbeid enn et bestemt arbeidsresultat. Hun får blant annet betalt etter nærmere regler dersom brukeren er syk.» Sivilombudsmannen merket seg for øvrig også at kommunen tidligere hadde utbetalt feriepenger noe som kan ha skapt forventninger om at hun var i et arbeidstakerforhold.

Arbeidstakerbegrepet

Flere lover og avtaler bruker begrepet "arbeidstaker". Arbeidstakerbegrepet er definert i blant annet arbeidsmiljøloven §1-8 (1) ; "Med arbeidstaker mener denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste". Definisjonen er knapp og gir liten veiledning. Arbeidstakerbegrepet er imidlertid beskrevet i Ot. prp. nr. 49 (2004-2005);

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

En person skal regnes som arbeidstaker i lovens forstand hvis tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold. Det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet. Følgende kriterier kan etter rettspraksis tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold:

- Arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning

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

Listen er ikke uttømmende med hensyn til hvilke momenter som kan være relevante. Momentene inngår i en konkret skjønnsmessig vurdering av om det foreligger et arbeidstakerforhold.

Oppdragstakerbegrepet

Oppdragstakere er enkeltpersoner som påtar seg å utføre oppdrag uten å være ansatt som arbeidstaker hos oppdragsgiver. Oppdragstakerbegrepet er naturlig nok ikke regulert i arbeidsmiljøloven og faller også utenfor ferieloven og Hovedtariffavtalen. En oppdragstaker vil imidlertid ha noen rettigheter etter folketrygdloven. Disse rettighetene vil ikke bli omtalt i dette rundskrivet.

Adlercreutz har i boken *Arbetstagarbegreppet - Om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och socialrätt* laget noen punkter som kjennetegner oppdragstakere:

- Ikke pliktig til å utføre arbeidet personlig. Kan på eget ansvar overlate arbeidet til andre.
- Kan faktisk på eget ansvar ansette medhjelpere.
- Påtar seg en eller flere bestemte arbeidsoppgaver hos oppdragsgiveren.

- Er ikke forhindret, enten av avtalen eller arbeidsforholdene, til å ta tilsvarende arbeid hos andre.
- Kan selv bestemme sin arbeidstid, arbeidsplass og metode for utføringen av arbeidet, bortsett fra de innskrenkninger som følger av arbeidets egenart.
- Kan anvende eget redskap, maskiner og råvarer og står selv for utgiftene ved utføringen av arbeidet.
- Vederlag for arbeidsprestasjonen er helt avhengig av virksomhetens økonomiske resultat.

Det enkelte moment taler mot at det er inngått et arbeidsforhold, men det må alltid foretas en konkret helhetsvurdering av alle momenter før en konkluderer i en bestemt retning.

Tilknytningsforhold ved utførelse av ulike sosiale tjenester

Fosterhjem/besøkshjem

Det er som hovedregel ikke naturlig å betrakte forholdet mellom kommunen og fosterhjemmet som et arbeidsforhold. Dette stadfestes også i dommen om fosterforeldre i beredskapshjem der Høyesterett viser til at kjernen i oppdraget er å stille til rådighet eget hjem hvor fosterbarnet så langt som mulig skal inngå som et familiemedlem.

Beredskapshjem.

Tilknytningsforholdet må i utgangspunktet vurderes på tilsvarende måte som fosterhjem, men det kan være tilfeller der avtalen bør inngås som en arbeidsavtale fordi vedkommende er underlagt større styring og kontroll enn i ordinære fosterhjem.

Brukerstyrte personlige assistenter

Normalt vil en brukerstyrt personlig assistent være arbeidstaker da bruker selv innenfor rammen av vedtaket avgjør hva assistentens oppgaver skal være, og til hvilke tider assistansen skal ytes. Det innebærer ofte at assistenten har liten grad av styring og kontroll.

Avlaster

I de tilfellene avlastningen skjer i brukers hjem vil Høyesteretts premisser i avlasterdommen være sentrale for valg av tilknytningsform. Også i tilfeller der avlaster har arbeidet i et mindre omfang enn det som var tilfellet i avlasterdommen bør arbeidstakerforhold vurderes dersom avlaster har liten grad av fleksibilitet med hensyn til å organisere arbeidet. Dette må vurderes konkret.

I de tilfellene avlastningen skjer i avlasterens hjem vil oppdragstakerforhold i mange tilfeller være naturlig, men dette må vurderes konkret ut fra omfanget av arbeidet, graden av styring mv.

Støttekontakter

Støttekontakter vil ofte kunne være oppdragstakere, men grensdragningen må foretas ut i fra en konkret vurdering. Manglende kontroll og styring fra kommunens side mht. innholdet i oppdraget og når dette skal utføres, kan ikke tillegges avgjørende betydning dersom støttekontakten pga brukers styring likevel har lite eller ingen fleksibilitet. Videre vil omfanget og hyppigheten av oppdraget være viktig i en totalvurdering.

Oppsummering

Vi vil understreke viktigheten av å vurdere hvert avtaleforhold konkret opp mot ovennevnte momenter. Det er ikke grunnlag for bruk av standardiserte kontrakter.

Videre er det grunn til å understreke at manglende kontroll fra kommunene mht når og hvordan arbeidet utføres, ikke kan tillegges like stor vekt som tidligere. Det sentrale vil være hvorvidt avlaster, støttekontakt mv., faktisk selv har styring. Kommunene må vurdere de faktiske forhold, og i de tilfeller bruker har sterk styring og oppdraget er av et visst omfang og regelmessighet, kan dette tilsi at det bør inngås et arbeidstakerforhold.

Vi vil understreke at det er viktig å inngå klare avtaler slik at støttekontakt, avlaster mv. er kjent med hvilken type avtale som inngås. Hvorvidt det formelt sett er inngått en oppdragsavtale eller arbeidsavtale er ikke avgjørende dersom de reelle forhold tilsier noe annet. Det innebærer at dersom f.eks oppdragets karakter endrer seg, må det foretas en ny vurdering og eventuelt inngås en ny avtale dersom endringen medfører at det er behov for det.



Hege Mygland
avdelingsdirektør



Hege Øhrn
fagleder

