Agder lagmannsrett – Dom - LA-2017-147343

Instans	Agder lagmannsrett – Dom
Dato	2018-04-30
Publisert	LA-2017-147343
Stikkord	Trygderett. Arbeidsgiver. Arbeidstaker. Menerstatning. Folketrygdloven § 1-8 og § 1-9, kapitel 13.
Sammendrag	I motsetning til trygderetten kom lagmannsettens flertall til at en kvinne ansatt som familiehjem var arbeidstaker etter folketrygdloven § 1-8 og ikke frilancer etter § 1-9. Flertallet kom til at hennes stilling ikke var sammenlignbar med situasjonen i Beredskapshjemdommen, Rt-2013-342. Også etter folketrygdloven bør arbeidstakerbegrepet gis en vid tolkning slik at de som har behov for det vern som blant annet lovens kapittel 13 gir, ikke havner i et rettslig tomrom.
Saksgang	Trygderetten TRR-2016-2743 - Agder lagmannsrett LA-2017-147343 (17-147343FØR-ALAG).
Parter	A (advokat Hege Aarli Klem) mot Arbeids og Velferdsdirektoratet (advokat Elisabeth Sawkins Eikeland).
Forfatter	Lagdommer Rune Bård Hansen, lagdommer Karl-Einar Knudsen og ekstraordinær lagdommer Jan Helliesen.

Innholdsfortegnelse

Agder lagmannsrett – Dom - LA-2017-147343 1
Innholdsfortegnelse 2
A la ned slik påstand: 4
Staten ved Arbeids- og velferdsdirektoratet la ned slik påstand: 5
Lagmannsrettens bemerkninger 5

Saken gjelder om den ene avtalepart i en kontrakt om plassering av barn i et familiehjem (forsterket fosterhjem) skal anses som oppdragstaker eller arbeidstaker i relasjon til folketrygdloven § 1-8.

A (A) er født 0.0.1962. Fra 2008 har hun arbeidet som fosterforelder i forsterket fosterhjem (familiehjem). Hun inngikk 19. desember 2007 avtale med Tiltak for ungdom – Agder AS (TUA), et privat selskap som blant annet leverer barneverntjenester til det offentlige, om å være familiehjem for en gutt som da var 7 år gammel. Ved ny avtale med TUA av 3. desember 2009 inngikk hun avtale om å være familiehjem også for en yngre jente.

A fylte 10. oktober 2012 ut meldingskjema for to skadetilfeller som fant sted henholdsvis 28. juni og 22. juli samme år. Skjemaene ble videresendt NAV fra TUA 24. april 2013. Av vedlegg til skjemaene framgår at A ble skadet da hennes fostersønn, den 28 juni 2012 hadde hoppet på henne bakfra slik at nakken ble skadet, Den 22. juli 2012 hadde fostersønnen sparket og slått henne slik at kjeven ble slått ut av ledd og en tann ble forskjøvet.

Etter at ytterligere dokumentasjon var innhentet, ble nakkeskaden godkjent som yrkesskade i vedtak fra NAV 6. november 2013. Tann/kjeveskaden ble godkjent som yrkesskade ved NAVs vedtak 2. januar 2014.

A var sykemeldt fram til årsskiftet 2013/2014. Hun ble deretter innvilget arbeidsavklaringspenger med virkning fra 8. januar 2014. Ytelsen var ikke beregnet etter særreglene for yrkesskade, noe A påklaget. Vedtaket ble etter klagebehandling opprettholdt av NAV. Begrunnelsen var at NAV ikke fant at det forelå årsakssammenheng mellom yrkesskadetilfellene og hennes helseplager. A fremmet også krav om menerstatning. Dette kravet ble avslått i vedtak 28. november 2014. Vedtaket er begrunnet med at medisinsk invaliditet var funnet å være under 15 prosent. Ved klagebehandlingen av menerstatningssaken fant NAV Klageinstans at A måtte regnes som frilanser og ikke som arbeidstaker, og at hun derfor ikke var omfattet av folketrygdens yrkesskadedekning. Varsel om omgjøring av vedtak om yrkesskadegodkjenning er datert 19. juni 2015.

Etter at A hadde uttalt seg til varslet, traff NAV Klageinstans 11. november 2015 vedtak om å omgjøre de tidligere vedtakene om godkjenning av yrkesskade. Vedtaket om avslag på menerstatning ble stadfestet i annet vedtak av samme dato, men denne gang begrunnet med at det ikke forelå godkjent yrkesskade.

Ved erklæring 23. desember 2015 anket A klageinstansens begge vedtakene om omgjøring til ugunst inn for trygderetten.

A ble den 13. mai 2016 sagt opp fra sin *«stilling som miljøarbeider/familiehjem»*. Hennes ektefelle B overtok som *«arbeidstaker fast ansatt i familiehjem»* i Human Care (tidl. TUA) ved arbeidsavtale underskrevet 23. august 2017.

Trygderetten avsa 17. mars 2017 kjennelse [TRR-2016-2743] med slik slutning:

«1. Vedtak truffet av NAV Klageinstans den 19. februar 2015 vedrørende avslag på krav om yrkesskadefordel i arbeidsavklaringspenger stadfestes.
2. Vedtak truffet av NAV Klageinstans den 11. november 2015 vedrørende omgjøring til ugunst av godkjenning av skadehendelse 28. juni som yrkesskade stadfestes.
3. Vedtak truffet av NAV Klageinstans den 11. november 2015 vedrørende omgjøring til ugunst av godkjenning av skadehendelse 22. juli 2012 som yrkesskade stadfestes.
4. Vedtak truffet av NAV Klageinstans den 11. november 2015 vedrørende avslag på krav om menerstatning stadfestes.
5. Sakskostnader tilkjennes ikke.»

Trygderetten kom til at A var frilanser etter folketrygdloven § 1-9 og ikke arbeidstaker etter lovens § 1-8. De var derfor ikke hjemmel for å godkjenne de aktuelle skadetilfellene som yrkesskade etter folketrygdloven § 13-3 jf § 13-6. Etter Trygderettens vurdering hadde ikke NAV Klageinstans ved sin omgjøring trådt utenfor rammen for forsvarlig skjønnsutøvelse. Det er videre en forutsetning for å kunne tilkjenne menerstatning etter lovens § 13-17 og yrkesskadefordel i arbeidsavklaringspenger etter lovens § 11-26 at de aktuelle skadetilfellene er godkjent som yrkesskader etter lovens kapittel 13. Punktene 1 og 4 i kjennelsen er en automatisk følge av punktene 2 og 3.

A angrep trygderettens kjennelse ved stevning til Agder lagmannsrett 21. september 2017. I anken ble det lagt ned påstand om at punkt 1 til 4 er ugyldige og at staten skulle dekke sakens omkostninger for A.

Staten tok til motmæle i tilsvar 6. november 2017 med påstand om frifinnelse og tilkjennelse av sakskostnader.

Ved vedtak 30. januar 2018 fikk A innvilget 100 prosent uføretrygd fra 1. januar 2018. I vedtaket heter det at *«hele uførheten din skyldes godkjent yrkesskade eller yrkessykdom»*. Vedtaket foranlediget at advokat Hege Aarli Klem på vegne av A i brev til regjeringsadvokaten 2. februar 2018 stilte spørsmål om NAV har snudd i saken og godkjent uførheten som yrkesskade, og om saken kunne trekkes fra lagmannsretten. I prosesskriv 8. mars 2018 svarte regjeringsadvokaten at NAV Arbeid- og ytelser *«dessverre ved en feil har oversett at NAV Klageinstans har opphevet vedtaket som opprinnelig godkjente skaden som yrkesskade»*. I brev til A av 9. februar 2018 orienterte NAV om at yrkesskadegodkjenningen i vedtaket av 30. januar 2018 var ugyldiggjort, men at det ikke ville medføre lavere uføretrygd fordi «*hennes egenopptjente beregningsgrunnlag gir maksimal uføretrygd basert på en inntekt på 6 ganger grunnbeløpet.*» A har fremdeles et behov for å få prøvd Trygderettens kjennelse, blant annet grunnet hennes krav på menerstatning.

Lagmannsretten behandlet saken Kristiansand 5. april 2017. A var akuttinnlagt på sykehus og kunne ikke møte i henhold til legeattest. Partene var enige om at saken skulle fremmes i hennes fravær. Lagmannsretten la til grunn at saken var tilstrekkelig opplyst og at saken kunne fremmes uten at A var tilstede og avga partsforklaring. B møtte med fullmakt til å representere henne.

I tillegg til B ble det ett vitne og foretatt dokumentasjon slik det fremgår av rettsboken.

A la ned slik påstand:

«1. Trygderettens kjennelse avsagt 17. mars 2017 med ankenr. 16/01823 og ankenr. 16/02743, herunder pkt. 1 til 4 er ugyldig.

2. Staten ved Arbeids og velferdsdirektoratet dømmes til å dekke sakens omkostninger.»

Til støtte for påstanden er i hovedsak gjort gjeldende:

Høyesterett har i flere avgjørelser trukket grensen mellom arbeidstaker og frilanser. De fleste dommene gjelder arbeidsmiljøloven § 1-8, men det er ingen grunn til at grensedragningen skal være annerledes etter folketrygdloven § 1-8.

Trygderetten har tatt feil når den har kommet til at Rt-2013-342 (Beredskapshjemdommen) taler for at A er frilanser. En samlet vurdering av de tradisjonelle syv kriteriene for grensen mellom arbeidstaker og frilanser taler tvert imot for at hun skal betraktes som arbeidstaker.

I Beredskapshjemdommen uttales i avsnitt 67: «Etter mitt syn kan det etter dette ikke vært tvil om at oppdrag som ordinære fosterforeldre faller utenfor arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven § 1-8.» For A er det ikke snakk om et oppdrag som ordinær fosterforelder, men derimot om et oppdrag som forsterket fosterhjem, også kalt familiehjem. Dette innebærer at det stilles andre krav enn til vanlige fosterforeldre og at forholdene blir vesentlig annerledes enn forholdene i et alminnelige hjem. Saken gjelder særlig tyngende omsorgsoppgaver der det blant annet var en forutsetning at familien ikke hadde barn eller dyr. A kunne ikke ha annet arbeid, hun pliktet å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon og var også underlagt arbeidsgivers kontroll og ledelse. Dette taler med tyngde for at hun er arbeidstaker. A' situasjon er mer sammenliknbar med forholdet i Avlasterdommen (Rt-2013-354). Dommen omhandler særlig tyngende oppgaver, men i mindre omfang enn her.

Arbeidet foregikk i stor grad i hjemmet til A, men også utenfor dette. Til dette arbeidet mottok familien kostnadsdekning til aktiviteter både innenlands og utenlands. Arbeidet foregikk også i boligens hybelleilighet som var leid av TUA til bruk i forbindelse med plassering av fosterbarna; her foregikk blant annet avlastning, undervisning, ART-trening og liknende oppgaver. TUA betalte 7000 kroner i leie pr måned. Dette momentet trekker i retning av at hun var arbeidstaker.

Når det gjelder momentet «hvem som bærer risikoen for resultatet», passer ikke det så godt i et løpende omsorgsforhold, men det var kommunen som etter loven pliktet å sørge for at ytelsen ble levert. TUA hadde avtale med kommunen og må da være nærmest til å bære risikoen.

A mottok vederlag med fast lønn, utgiftsdekning og feriegodtgjørelse for hvert av de to barna, noe som taler i retning av at hun var arbeidstaker.

Det taler i samme retning at det var et stabilt tilknytningsforhold mellom TUA og A og at det var oppsigelig med bestemte frister. Det følger av kontrakten fra 2009 at TUA følger arbeidsmiljølovens oppsigelsesfrister, uten oppsigelse gjelder arbeidsforholdet til barna flytter ut.

Det må også tillegges vekt i helhetsvurderingen at A, i motsetning til i Beredskapshjemdommen (Rt-2013-342), hadde kontrakt med TUA og ikke direkte med kommunen/Bufetat. Når det gjelder private tiltak som TUA, er det snakk om helt andre jobbmessige utfordringer. Arbeidet er organisert på annen måte og avlønningen følger et annet system.

Den helhetsvurderingen som skal foretas av alle relevante momenter taler med styrke for at A er arbeidstaker.

Subsidiært bør vedtakene ikke omgjøres. Forvaltningsloven § 35c er en «kan» bestemmelse. Selv om det foreligger en feil, medfører ikke det automatisk omgjøring. A er ikke å klandre for feilen i de opprinnelige vedtakene. Hun har hele tiden forholdt seg til at hun har vært benevnt som arbeidstaker i kontraktene og har innrettet seg på dette. Hun har selv ikke betalt frivillig yrkesskadeforsikring. Det er viktig at man som privatperson kan innrette seg etter vedtak av denne art og det opprinnelige vedtaket vil ikke gå ut over andre privatpersoner. Fra vedtakene til varsel om omgjøring gikk det om lag ett år og syv måneder. Omgjøringen vil kunne få stor økonomisk betydning for A hva gjelder menerstatning. Det er ingen tungtveiende hensyn for omgjøring.

Staten ved Arbeids- og velferdsdirektoratet la ned slik påstand:

«1. Staten ved Arbeids- og velferdsdirektoratet frifinnes.

2. Staten ved Arbeids- og velferdsdirektoratet tilkjennes sakskostnader.»

Til støtte for påstanden er i hovedsak gjort gjeldende:

Et forsterket fosterhjem har store likheter med et beredskapshjem og hvorvidt en fosterforelder er arbeidstaker eller frilanser bør vurderes på samme måte, det vises særlig til beredskapshjemdommen avsnitt 62.

At A og TUA benevnes som arbeidstaker og arbeidsgiver i avtalene om fosterbarna har ingen betydning; det er det reelle forholdet som er avgjørende. Det har heller ingen betydning at A hadde avtale med et privat selskap og ikke direkte med offentlig myndighet. Det dreier seg om samme type arbeid.

Arbeidets art skiller seg vesentlig fra ordinært arbeid. Kjernen er at A, sammen med sin ektefelle, stilte sitt hjem til rådighet og gav fosterbarna døgnkontinuerlig omsorg som familiehjem. Oppdraget avsluttes når barna flytter ut.

Det er ingen arbeidsplikt for det tilfellet at det ikke er fosterbarn i hjemmet og ingen regulert arbeidstid.

Barnevernmyndighetens lovbestemte tilsyns- og kontrollansvar er delegert til private aktører. Dette innebærer ikke et organisatorisk avhengighets- og underordningsforhold. Det dreier seg om veiledning og rettledning, men ingen direkte styring. A hadde høy grad av selvstendighet i omsorgsoppgavene. TUA førte bare kontroll med at familiehjemmet ble drevet innenfor lovverkets rammer. Dette taler for at A var frilanser.

Etter den helhetsvurderingens som skal foretas må A anses som frilanser etter folketrygdloven § 1-9 og ikke arbeidstaker etter lovens § 1-8.

Vilkårene for omgjøring etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c var til stede. Forvaltningen har vanligvis plikt til å omgjøre vedtak som er ugyldige grunnet innholdsmangel. Det foreligger ikke innrettelseshensyn hos A som tilsier at vedtakene likevel ikke bør omgjøres. Det gikk forholdsvis kort tid fra de feilaktige vedtakene og til mulig omgjøring ble varslet.

Lagmannsrettens bemerkninger

Som det framgår av saksfremstillingen ovenfor konkluderte Trygderetten med, at A ikke kan anses å være arbeidstaker i folketrygdlovens forstand. Det sentrale spørsmål i saken er om denne konklusjonen er basert på en uriktig rettsanvendelse.

Lagmannsretten har i dette spørsmål delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet, lagdommer Hansen og ekstraordinær lagdommer Helliesen, er kommet til at Trygderettens rettsanvendelse er uriktig. Trygderettens kjennelse er derfor ugyldig.

Mindretallet* Flertallet bemerker:

Høyesterett har i senere tid behandlet grensedragningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere/frilansere i flere avgjørelser. I Rt-2013-342 (Beredskapshjemdommen) ble konklusjonen at den private part i en avtale med barnevernmyndigheten om etablering av beredskapshjem, jf barnevernloven § 4-22, skulle anses om oppdragstaker, ikke som arbeidstaker, jf arbeidsmiljøloven § 1-8. I Rt-2013-354 (Avlasterdommen) svarte Høyesterett enstemmig ja på spørsmålet om en avlaster i en familie med særlig tyngende omsorgsarbeid var å anse som arbeidstaker i kommunen. Det samme ble resultatet i HR-2016-1366-A som gjaldt en avlaster/støttekontakt. Til forskjell fra Rt-2013-354 ble her avlastertjenesten utført i avlasterens eget hjem. I HR-2016-589-A (Ordførerdommen) vurderte Høyesterett arbeidstakerbegrepet i folketrygdloven § 1-8. Ordføreren ble ansett som frilanser etter lovens § 1-9. Saken gjaldt hvorvidt en politisk valgt ordfører med rettigheter og forpliktelser etter kommuneloven, men uten et kontraktsfestet ansettelsesforhold, skulle klassifiseres som «arbeidstaker» etter folketrygdloven. Faktum i denne saken stiller seg vesentlig annerledes enn i vår sak, men dommen inneholder uttalelser fra lovforarbeidene som kan ha betydning.

I Ordførerdommen avsnitt 41 og 42 uttaler Høyesterett:

> «Det er altså gruppen ikke–ansatte lønnstakere som § 1-9 omhandler, og som bestemmelsen benevner som «frilanser». Men det framgår allerede under det jeg har sitert fra merknadene til § 1-8 at dette gjelder flere yrkesgrupper enn det man normalt tenker på med en frilanser eller en oppdragstaker, jf. sitatet som gjaldt skatteetatens lønnstakerbegrep. En slik forståelse av bestemmelsen blir enda klarere når man ser nærmere på merknadene til § 1-9:
>
> «Med frilanser skal forstås 'ikke–ansatte personer' som mottar lønn eller andre godtgjørelser, som det skal betales arbeidsgiveravgift av,
>
> Gruppen omfatter mange utøvende kunstnere, journalister og andre som ikke kan anses som ansatt. Videre omfatter gruppen personer som mottar ulike former for lønn, provisjon, honorar, godtgjørelse som medlem i styrer og råd m.m.»
>
> Etter dette må § 1-9 forstås slik at uttrykket «arbeid eller oppdrag utenfor tjeneste for lønn eller annen godtgjørelse» gjelder enhver person som har pensjonsgivende personinntekt, og som ikke «arbeider i annens tjeneste». Om karakteristikkene frilanser eller oppdragstaker passer ut fra vanlig språkbruk, er i denne sammenheng ikke avgjørende, da bestemmelsen klart er ment å ha en rekkevidde ut over disse kategoriene. Bestemmelsen framstår således som en «sekkebestemmelse» som gjelder enhver som verken er arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende. Denne forståelsen er også i samsvar med det som framgår av en naturlig lesning av lovens ordlyd.»

Vår sak gjelder arbeidstakerbegrepet etter folketrygdloven § 1-8 og den private part i en avtale om «stilling som familiehjem» jf avtalene med TUA av henholdsvis 19. desember 2007 og 3. desember 2009. Også familiehjem faller inn under barnevernloven § 4-22 som definerer fosterhjem som «private hjem som tar imot barn til oppfostring».

Lagmannsretten* Flertallet kan ikke se at grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker/frilanser etter folketrygdloven § 1-8 bør trekkes annerledes enn etter arbeidsmiljøloven § 1-8; også når det gjelder folketrygdloven bør arbeidstakerbegrepet av rettighetshensyn gis en vid tolkning. Av forarbeidene til de to lovene følger at det angis tilnærmede identiske vurderingskriterier for grensedragningen, jf Ot.prp.nr.29 (1995-1996) s. 28 (folketrygdloven) og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 73 (arbeidsmiljøloven). Hvilke forskjeller det er mellom de to typene fosterhjem, vil være av betydning for om familiehjemmet denne saken skal vurderes annerledes enn beredskapshjemmet i beredskapshjemdommen.

På Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementets hjemmeside er beredskapshjem beskrevet slik:

> «Beredskapshjem er et fosterhjem som er engasjert for å ta imot barn og unge på kort varsel som følge av en akuttsituasjon. Dette er en krevende oppgave som stiller særlige krav til fosterforeldrene og familien som helhet. Som beredskapshjem har dere omsorgen for barnet inntil en annen og mer varig løsning i fosterhjem eller institusjon er funnet, eller til barnet flytter tilbake til foreldrene sine.
>
> Krav til beredskapshjem
>
> Vi ønsker at beredskapshjem har relevant utdanning og/eller kompetanse. Eksempler på slik utdannelse kan være barnevernspedagog, sosionom, psykolog eller lærerutdanning. Tidligere erfaring som fosterforeldre, annen utdanning eller relevant erfaring kan erstatte dette kravet.

> Beredskapshjem må være godkjente som fosterhjem og gjennomføre PRIDE-opplæring. Som beredskapshjem inngår du/dere avtale med Bufetat om lønn og andre vilkår».

Om familiehjem heter det:

> «Familiehjem tar imot barn og unge som har så store utfordringer at de ikke kan fungere i et ordinært fosterhjem. I mange tilfeller vil plassering i et familiehjem erstatte et institusjonsopphold.
>
> Fosterhjemmet følges opp av egne konsulenter som instruerer og gir individuell veiledning i tillegg til at familiene får støtte til oppgavene gjennom gruppesamlinger med andre familiehjem.
>
> Krav til familiehjem
>
> En av de voksne er engasjert av Bufetat på heltid og inngår avtale om lønns- og øvrige betingelser. Det kreves i utgangspunktet at den voksen som er oppdragstaker har treårig relevant utdanning på høyskole- eller universitetsnivå. Eksempler på slik utdannelse kan være barnevernspedagog, sosionom, psykolog eller lærerutdanning. Tidligere erfaring som fosterforeldre, annen utdanning eller relevant erfaring kan erstatte dette kravet.
>
> Familiehjem må være godkjente som fosterhjem og gjennomføre PRIDE-opplæring. I tillegg vil familiehjemmene motta opplæring særskilt knyttet til de ulike oppdragene og blir gitt generell kunnskap på fagfeltet».

Av departementets rundskriv med retningslinjer for statlige familiehjem og beredskapshjem – om ansvarsfordeling og krav til kompetanse (Q-28/2010) følger at en hovedforskjell mellom familiehjem og beredskapshjem er at førstnevnte tar imot barn til oppfostring og særlig oppfølging mens beredskapshjem tar imot barn som er akutt- eller kortidsplassert, jf punkt 1.2. andre ledd. Det er strengere krav til kompetanse for familiehjem, jf punkt 3.1.

Lagmannsretten* Flertallet bemerker at mens den private part i Q-28/2010 benevnes som «oppdragstaker», ble A i avtalene av 2007 og 2009 benevnt som «arbeidstaker» og TUA som «arbeidsgiver» Også B er «fast ansatt arbeidstaker» i avtalen med Human Care (tidligere TUA) av 23. august 2017, syv år etter at rundskrivet ble sendt ut. I «fosterhjemsavtale for statlige fosterhjem» av samme dato mellom barneverntjenesten og B heter det derimot i punkt 5.1 andre ledd at «fosterforeldre utfører oppdraget i sitt private hjem og er å anse som frilansere etter folketrygdloven». Av håndskrevet tilføyelse på B' avtaler fremgår at han likevel er arbeidstaker.

Den rettslige klassifiseringen styres imidlertid av lovgivningen og bakgrunnsretten, og ikke av partenes klassifisering av avtaleforholdet.

Ved vurderingen av A' forhold er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i de momenter som stilles opp i Ot..prp.nr.29 (1995-1996) s. 28. Her heter det:

> «Avgjørelsen av om en person skal regnes som arbeidstaker etter folketrygdloven beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Det legges blant annet vekt på
>
> - om vedkommende har stilt sin arbeidskraft til disposisjon for en annen person (arbeidsgiveren),
> - om vedkommende er underlagt en annen persons (arbeidsgiverens) instruksjonsmyndighet og tilsyn,
> - om vedkommende har ansvaret for arbeidsresultatet,
> - om vedkommende har plikt til å utføre arbeidet personlig,
> - om vedkommende benytter en annens (arbeidsgiverens) redskaper, materialer og lokaler.»

Det er likevel klart at det må foretas en konkret helhetsvurdering av arbeidsforholdet der også andre forhold kan komme inn med atskillig tyngde, jf Rt-2013-342 (Beredskapshjemdommen) avsnitt 46.

Det første momentet er om vedkommende har stilt sin arbeidskraft til disposisjon for en annen person (arbeidsgiveren). Det fremgår av de to arbeidsavtalene at A utvilsomt har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon; hun er «ansatt som familiehjem». I Beredskapshjemdommen uttaler Høyesterett i avsnitt 50 at den private parts personlige arbeidsforpliktelse har begrenset vekt. Dette begrunnes i avsnitt 48 særlig med at

> «beredskapshjemmets ivaretakelse av de vanlige familiefunksjonene for et ekstra barn med nødvendighet innebærer at oppdragstakerens familie involveres på en måte som gjør at oppdraget – ut over den løpende beredskapen – ikke kan løses bare ved at C stiller sin personlige arbeidskraft til disposisjon.»

Etter lagmannsrettens* Flertallets vurdering har Høyesteretts vurdering mindre betydning for vår sak. På bakgrunn av bevisføringen legger lagmannsretten* flertallet til grunn at A som familiehjem i lang tid hadde det daglige oppfostringsansvaret for to barn med store særlige behov. B forklarte i lagmannsretten at ektefellene følte at «hjemmet var en offentlig arbeidsplass» og at det ble «drevet miljøterapeutisk arbeid fra dag en». De spesielle utfordringene illustreres blant annet ved at det ikke var anledning til å ha andre barn eller dyr i familiehjemmet, og ved at A fikk fullt betalt for begge fosterbarna. A måtte naturligvis få bistand av sin ektefelle for å klare arbeidet, men kontraktsforholdet påla henne en personlig omsorgsforpliktelse for de to barna som hun hverken kunne sette bort eller overlate til andre uten kontrakt med TUA. Dette er noen annet enn å kunne overlate deler av arbeidet til en annen, slik f.eks. advokater, konsulenter og enkeltstående håndverkere kan. Etter lagmannsrettens* flertallets vurdering har den personlige arbeidsforpliktelse atskillig vekt i retning av at A var arbeidstaker. Så vel det første som det femte momenter i listen fra forarbeidene taler i den retning.

Når det gjelder momentet om i hvilken grad A var undergitt instruksjonsmyndighet og tilsyn skiller også saken seg fra situasjonen i Beredskapshjemdommen. Arbeidsavtalene med TUA er knappe, men det fremkommer blant annet at

> «Arbeidstaker kan bli pålagt å utføre andre arbeidsoppgaver mot at lønn og rettigheter opprettholdes. Det forutsettes fleksibilitet med hensyn til å forsterke/avløse andre familiehjem m.v. i TUA sin regi
>
> Arbeidsgiver kan opprette arbeidsinstruks til stillingen, som arbeidstaker plikter å følge».

Videre fremgår det av sitatet fra departementets nettside gjengitt ovenfor at familiehjemmet følges opp av konsulenter som blant annet gir instruksjon. A hadde også mottatt opplæring i regi av TUA. På bakgrunn av bevisføringen legger lagmannsretten* flertallet til grunn at plassering av i hvert fall fostersønnen hos A var erstatning for institusjonsopphold og at den faktisk styringen utøvet av offentlig myndighet gjennom Bufetat/TUA av den grunn var mer intensiv enn vanlig i andre ordinære eller forsterkede fosterhjem.

I HR-2016-1366-A (Avlaster/støttekontaktdommen) avsnitt 65 og 66 uttaler Høyesterett:

> «Etter min oppfatning må det under enhver omstendighet være tilstrekkelig for å konstatere et underordningsforhold at arbeidsgiveren har rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll. Dette følger direkte av sjupunktslisten hvor momentet er formulert som et spørsmål om arbeidstakeren «har plikt til» å underordne seg ledelse og kontroll. Spørsmålet er altså ikke om det rent faktisk utøves arbeidsledelse. Et underordningsforhold kan heller ikke utelukkes av at det i den konkrete situasjonen ikke er noe ledelsesbehov. Dersom det skulle kreves faktisk ledelse eller et ledelsesbehov, ville man åpne for at identiske stillingskategorier måtte bedømmes forskjellig; alt etter tjenesteyterens erfarenhet og behov for ledelse. Det ville i tilfellet gjøre arbeidstakerbegrepet lite robust. En slik løsning har ikke gode grunner for seg.
>
> Det må her understrekes at det med ledelse og kontroll menes et organisatorisk underordningsforhold, og ikke bare det tilsyns- og kontrollansvar som følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 tredje ledd».

På bakgrunn av bevisføringen legger lagmannsretten* flertallet til grunn at det i liten grad var behov for Bufetat/TUA til å utøve de beføyelser som vanligvis følger av et underordningsforhold overfor A, men det var utvilsomt rettslig adgang til dette. Denne adgangen hadde grunnlag i et organisatorisk underordningsforhold, selv om dette i det daglige var lite fremtredende.

Også dette momentet taler for at A i realiteten var arbeidstaker.

Når det gjelder hvem som hadde ansvaret for arbeidsresultatet gir dette momentet begrenset veiledning i et løpende omsorgsforhold. Lagmannsretten* Flertallet finner det likevel mest dekkende å si at Bufetat/TUA bar risikoen, siden kommunen etter loven plikter å sørge for at ytelsen blir levert, jf. Rt-2013-354 avsnitt 53. Særlig tungtveiende er likevel ikke dette momentet.

Arbeidet foregikk i det vesentlige i hjemmet til A, noe som trekker i retning av at hun var frilanser. Lagmannsretten *Flertallet finner likevel at dette momentet ikke har særlig betydning i A' disfavør fordi TUA for 7000 kroner i måneden leide en hybelleilighet i familiehjemmet hvor en ikke ubetydelig del av arbeidet ble utført. Det fremgår av leiekontrakten at *«leiligheten benytte i.f.m. plassering av/arbeid med fosterbarn. Bruken er knyttet til oppgaver som: -avlasting, -skole/undervisning, -ART-trening, -og andre lignende oppgaver»*. På denne måten har TUA etter særskilt avtale mot vederlag overtatt disposisjonsretten til en nærmere avgrenset del av «driftsmidlene», noe som understreker den spesielle situasjonen for dette aktuelle familiehjemmet.

Etter dette er det lagmannsrettens* flertallets vurdering at de fleste relevante momentene taler for at A skal betraktes som arbeidstaker i relasjon til folketrygdloven § 1-8.

I beredskapshjemdommen avsnitt 62 heter det:

> «Når jeg har blitt stående ved at C er oppdragstaker, skyldes det særlig at oppdraget etter sin karakter skiller seg markert fra ordinære arbeidsforhold. Fosterhjemsoppdrag kan utvilsomt være meget krevende og fordre betydelig innsats. Men kjernen i oppdraget er å stille til rådighet et hjem hvor fosterbarnet så langt mulig skal være som et familiemedlem. En slik oppgave skiller seg i sine grunntrekk klart fra hva som naturlig kan karakteriseres som «arbeid i annens tjeneste.»

I avsnitt 67 heter det:

> «Etter mitt syn kan det etter dette ikke være tvil om at oppdrag som ordinære fosterforeldre faller utenfor arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven § 1-8. Jeg mener at det samme må gjelde også for beredskapshjem, selv om preget av ordinær arbeidsinnsats her nok kan være noe større.»

Etter lagmannsrettens* flertallets vurdering treffer denne argumentasjonen ikke i vår sak, noe også gjennomgangen av de ulike momentene har vist. A og ektefellen er barnløse og måtte forplikte seg til ikke å ha dyr eller andre barn i huset. En del av boligen var avsatt i forbindelse med omsorgsforpliktelsen A i egenskap av familiehjem hadde tatt på seg. Arbeidet som familiehjem for de to fosterbarna krevde svært stor arbeidsinnsats og, i hvert fall når det gjaldt fostersønnen, var alternativet langvarig institusjonsplassering. Det er ikke treffende å karakterisere kjernen i arbeidet til å være «å stille til rådighet et hjem hvor fosterbarnet så langt mulig skal være et familiemedlem». A utførelse av arbeidet krevde ekstraordinær arbeidsinnsats, en innsats hun var kvalifisert for og som gikk lenger enn hva som kreves i et ordinært fosterhjem eller beredskapshjem.

Det sentrale for fosterhjemsordningen er at barna skal få et» hjem» slik at forholdet mellom fosterhjemmet og Bufetat/TUA vanligvis ikke har de samme kjennetegn og den samme arbeidsfordeling som en mer ordinær arbeidsplass er preget av. Men selv om fosterhjem som ordning generelt befinner seg nærmere et ordinært hjem enn en arbeidsplass, vil dette ikke gjelde uten reservasjoner. I vår sak minnet arbeidet i familiehjemmet vel så mye om i en institusjon som et ordinært hjem.

Lagmannsrettens flertall har kommet til at A arbeidet i lønnet tjeneste for TUA og dermed var arbeidstaker etter folketrygdloven § 1-8.

Det forhold at arbeidsgiver var et privat tilbyderselskap i stedet for Bufetat, kan ikke få noen betydning for konklusjonen. Som nevnt har A ikke hatt andre arbeidsgivere i det aktuelle tidsrom. Ansettelsesforholdet med TUA fremsto som stabilt og av lengre varighet. Selv om det er realiteten i avtaleforholdet som er avgjørende for klassifiseringen av det, vil det likevel være et moment at A har inngått en arbeidsavtale som utvetydig omtaler partene som arbeidsgiver og arbeidstaker. Avtalen fremstår langt på vei som en ordinær ansettelseskontrakt. Gjennom vitneførselen ble det bekreftet at dette også var i tråd med partenes intensjoner. TUA har hele tiden behandlet A som ansatt med normale ansettelsesvilkår, og ikke som frilanser. Det tilføyes at måten myndighetene har valgt å organisere tjenesten på – her ved å sette den ut til et privat selskap – verken fritar myndighetene for ansvaret for hvordan tjenesten utføres, resultatene eller overstyrer den arbeidsrettslige klassifiseringen av partsforholdet, jf HR-2016-1366-A avsnitt 61 flg. Hendelsene A ble utsatt for bekrefter et utfordrende og risikofylt arbeidsforhold og understreker behovet for den økonomisk trygghet folketrygdloven kapitel 13 gir. Dette er et argument av vekt for at arbeidstakerbegrepet bør forstås slik at hun ikke havner i et arbeidsrettslig tomrom, men får det vern lovgivningen kan gi henne, jf Rt-2013-354 avsnitt 49.

Flertallets konklusjon er etter dette at Trygderettens kjennelse er ugyldig grunnet rettsanvendelsesfeil.

<u>Lagmannsrettens mindretall</u>, lagdommer Knudsen, kan ikke se at Trygderetten har lagt til grunn en uriktig forståelse av folketrygdlovens bestemmelser eller anvendt bestemmelsene uriktig når den konkluderte med at A ikke kan anses som arbeidstaker. Det er heller ikke sannsynliggjort å foreligge feil ved det faktum som er lagt til grunn ved avgjørelsen.

Mindretallet slutter seg til Trygderettens redegjørelse for de rettslige utgangspunkter i saken, for dens forståelse av de relevante bestemmelser, for hvilke momenter som er relevante ved de konkrete skjønnsmessige vurderinger som må foretas og er også enig i de konkrete vurderinger som er gjort.

Mindretallet finner Trygderettens begrunnelse fullt ut dekkende for sitt syn på saken, og kan ikke se at det er fremkommet noe som gir grunnlag for å bedømme dette på annen måte. Det vises derfor til Trygderettens

begrunnelse. Det vises også til Statens anførsler og argumentasjon. Etter omstendighetene finner mindretallet det ikke nødvendig å begrunne sitt resultat utover dette.

Som det framgår av Trygderettens kjennelse ble det konkludert med at vilkårene for å *omgjøre* til A ugunst de tidligere vedtak om å godkjenne skadene fra 2012 som yrkesskader var oppfylt. Mindretallet kan ikke se at det er grunnlag for å konkludere med at disse deler av kjennelsen er ugyldig/må oppheves. Slik mindretallet ser det, er omgjøringene ikke forankret i en uriktig forståelse eller anvendelse av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Etter mindretallets syn har Trygderetten foretatt en tilstrekkelig og forsvarlig vurdering av om omgjøringsadgangen skulle benyttes, og det foreligger ikke innrettelseshensyn med slik vekt at adgangen ikke skulle vært benyttet.

Mindretallet finner på denne bakgrunn at Staten blir å frifinne. Mindretallet finner det foreligger slike grunner som gjør det rimelig at A bør fritas fullt ut for å betale erstatning til Staten for påløpte sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Basert på det resultat flertallet har kommet til, avsies dom om at Trygderettens kjennelse er ugyldig.

A har vunnet saken og skal i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd ha full erstatning av sine sakskostnader fra motparten. Lagmannsretten finner ikke grunnlag for anvendelse av unntaksregelen i bestemmelsens tredje ledd. Advokat Klem har krevd erstattet 181 138 kroner i sakskostnader, herunder 53 250 kroner til og med anke til Trygderetten. Lagmannsretten legger oppgaven til grunn.

Dommen er avsagt med den dissens som fremgår av premissene.

Domsslutning:

1. *Trygderettens kjennelse, slutningens punkter 1,2,3 og 4, er ugyldig.*
2. *Staten ved Arbeids- og velferdsdirektoratet betaler innen 2 -to- uker fra forkynnelse av dommen sakskostnader til A med 181 138 -etthundreogåttientusenetthundreogtrettiåtte- kroner.*

* Rettet i medhold av tvistelovens § 19-8.

3. mai 2018

Rune Bård Hansen (sign)