LOVDATA

Norges Høyesterett - HR-2013-630-A - Rt-2013-354

Instans	Norges Høyesterett - Dom.
Dato	2013-03-20
Publisert	HR-2013-630-A - Rt-2013-354
Stikkord	(Avlasterdommen) Arbeidsrett. Grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker. Avlaster. Feriepenger.
Sammendrag	Høyesterett kom i likhet med lagmannsretten til at en avlaster for en familie med særlig tyngende omsorgsarbeid, jf. sosialtjenesteloven 1991 § 4-2 bokstav b, nå helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 bokstav d, skulle anses som arbeidstaker, ikke som oppdragstaker, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8. Hun hadde da krav på feriepenger etter ferieloven § 2 første ledd. Siden ferieloven er preseptorisk, kunne det ikke tillegges vekt at avtalen mellom kommunen og avlaster omtalte seg som oppdragskontrakt og sa uttrykkelig at avlasteren ikke hadde krav på feriepenger. En samlet vurdering av de tradisjonelle kriteriene for grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker talte med tyngde for at avlasteren var arbeidstaker, og kommunens argumenter om behov for brukerstyring og konsekvensene for organiseringen av avlasterordningen kunne ikke føre til et annet resultat.
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2011-73604 - Borgarting lagmannsrett LB-2011-154757 - Høyesterett HR-2013-630-A, (sak nr. 2013/144), sivil sak, anke over dom.
Parter	Oslo kommune (kommuneadvokat Hanne Harlem - til prøve) mot A (advokat Jan Fougner) og Fagforbundet (partshjelper) (advokat Kjetil Edvardsen).
Forfatter	Indreberg, Kallerud, Matheson, Tønder, Matningsdal.
Sist oppdatert	2016-06-28

Innholdsfortegnelse

Norges Høyesterett - HR-2013-630-A - Rt-2013-354
Innholdsfortegnelse

(1) Dommer **Indreberg:** Saken gjelder spørsmålet om en avlaster i en familie med særlig tyngende omsorgsarbeid er å anse som arbeidstaker i kommunen, og dermed har krav på feriepenger.

(2) Familien til en multifunksjonshemmet gutt i Bydel X i Oslo kommune fikk i februar 2008 innvilget søknad om økning fra 40 til 60 timer avlastning per måned, jf. den dagjeldende sosialtjenesteloven § 4-3 jf. § 4-2 bokstav b.

(3) Foreldrene la inn en annonse på NAVs hjemmesider på Internett hvor de søkte etter en individuell avlaster. Blant flere søkere valgte de A. Hun ble forelagt og skrev under på en [o]ppdragskontrakt for avlaster» med Bydel X. Kontrakten gjaldt 60 timer per måned i juni og juli 2008. Samtidig inngikk hun en kontrakt med familien om avlastning utover de timene det var fattet vedtak om.

(4)

Etter utløpet av kontrakten med kommunen arbeidet A resten av året kun på grunnlag av kontrakten med familien når familien hadde spesielle behov. Hun fortsatte å arbeide på timebasis etter denne kontrakten, men inngikk på ny kontrakter med kommunen om 60 timer avlastning per måned, først fra januar til juni 2009, så fra august til desember 2009 og endelig for hele 2010. Hun sluttet imidlertid i august 2010 på grunn av studier.

(5) A mottok lønn fra kommunen etter timelister, og fikk også dekket visse utgifter. Kommunen betalte imidlertid ikke feriepenger, med den begrunnelse at hun var å anse som oppdragstaker, ikke arbeidstaker, jf. ferieloven § 2. A mente derimot at hun hadde krav på feriepenger, og gikk til sak mot Oslo kommune.

(6) Oslo tingrett avsa 30. juni 2011 dom med slik domsslutning:

«1. Oslo kommune frifinnes.

2. A dømmes til innen 2 - to - uker fra dommens forkynnelse å betale kr 2 715 - totusensjuhundreogfemten - til Oslo kommune.»

(7) Ved helhetsvurderingen av om A var å anse som arbeidstaker la tingretten avgjørende vekt på kommunens perifere rolle ved valget av A som avlaster, og at hun ikke var underlagt kommunens instruksjon og kontroll i en slik grad at det etter tingrettens syn var naturlig å karakterisere henne som arbeidstaker.

(8) A anket til Borgarting lagmannsrett, som 20. desember 2012 avsa dom (LB-2011-154757) med slik domsslutning:

«1. Oslo kommune dømmes til å betale A feriepenger for 2008 med 1 749 - ettusensyvhundreogførtini - kroner, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 28. august 2008 til betaling skjer.

2. Oslo kommune dømmes til å betale A feriepenger for 2009 med 5 618 - femtusensekshundreogatten - kroner, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 28. juni 2010 til betaling skjer.

3. Oslo kommune dømmes til å betale A feriepenger for 2010 med 6 211 - sekstusentohundreogelleve - kroner, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 28. august 2010 til betaling skjer.

4. I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler Oslo kommune til A henholdsvis 3 750 - tretusensyvhundreogfemti - kroner og 105 750 - etthundreogfemtusensyvhundreogfemti - kroner innen 2 - to - uker fra dommens forkynnelse.»

(9) Også lagmannsretten foretok en helhetsvurdering. Den pekte på at det som først og fremst kunne skape tvil om klassifiseringen var at kommunen har valgt å innrette tjenesteytingen slik at den eller de som skal avlastes, i praksis gis en avgjørende innflytelse på hvem som skal utføre avlastningen og på når og hvordan den skal skje. Etter lagmannsrettens syn var imidlertid ikke dette avgjørende. Det var uansett ikke avlasteren som hadde det avgjørende ord om gjennomføring av avlastningen, og selv om familien valgte A, fikk hun først kontrakt etter at kommunen hadde godkjent valget. Kommunen hadde dessuten utøvd en viss kontroll med utførelsen. At det å anse A som arbeidstaker ifølge kommunen kunne føre til begrensninger i kommunalt ansattes mulighet til å være avlastere og i brukernes innflytelse på valg av avlastere, kunne ikke være avgjørende.

(10) Oslo kommune har anket til Høyesterett. Anken gjelder primært rettsanvendelsen, men det er også anket over bevisbedømmelsen.

(11) Fagforbundet har erklært partshjelp for A, jf. tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b.

(12) Saken er behandlet i sammenheng med sak 2012/1492 (HR-2013-628-A), som gjelder spørsmålet om en fostermor i beredskapshjem er å anse som arbeidstaker. Dom i sak 2012/1492 er avsagt i dag.

(13) For Høyesterett er det lagt fram skriftlige erklæringer fra A og seksjonsleder Inger Trydal, Bydel X. Som nye dokumenter er det lagt fram flere rundskriv fra Kommunesektorens organisasjon, KS, og Fafo-rapport 2009-07 «Oppdragstakere i norske kommuner - Lønnsarbeid eller fritidssyssel». Saken står imidlertid i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.

(14) Den ankende part, *Oslo kommune*, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

(15) Kommunen har ansvar for å tilby avlastningstiltak, jf. sosialtjenesteloven 1991 § 4-3 jf. § 4-2 bokstav b - nå helse- og omsorgsloven § 3-1 jf. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav d, men kan selv velge hvordan det skal skje. Oslo kommune har valgt å inngå oppdragsavtaler med avlasterne. Dette gir brukerne størst mulig innflytelse både over hvem som skal være avlaster, når avlastningen skal foregå og hva avlasteren skal gjøre, jf. kravet til brukermedvirkning i sosialtjenesteloven 1991 § 8-4, og den någjeldende bestemmelsen om dette i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 annet ledd.

(16) Når det er tvil om det reelt sett foreligger en oppdrags- eller en arbeidsavtale, skal det foretas en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet med utgangspunkt i en ikke uttømmende momentliste inntatt blant annet i arbeidsmiljølovens forarbeider. Det bestrides ikke at noen av momentene på listen trekker i retning av at A var arbeidstaker. Blant annet er det klart at hun hadde plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon. Dette gjelder imidlertid også i en del oppdragsforhold. I retning av at det dreier seg om et oppdragsforhold trekker særlig at kommunen ikke ledet og kontrollerte arbeidet. Det kan ikke legges til grunn at kommunen hadde overlatt sin styringsrett til foreldrene som ble avlastet. A valgte selv når og hvordan hun ville arbeide. At dette nødvendigvis måtte skje i samarbeid med barnets foreldre, følger av at hun skulle yte avlastning, og var i samsvar med oppdragskontrakten. Det var også A som hadde risikoen for arbeidsresultatet - at familien fikk avlastning. Kontraktsforholdet var heller ikke fast og varig, og det var tale om flere kortvarige kontrakter. Oppdraget var heller ikke As hovedbeskjeftigelse, og hun hadde ikke rett til å inngå ny kontrakt. Arbeidet skjedde ikke i kommunens lokaler.

(17) Ved helhetsvurderingen må det også være relevant å legge vekt på konsekvensene av å anse A - og dermed andre i samme situasjon - som arbeidstakere. Ansettelse av avlastere og støttekontakter må da skje i samsvar med regelverket for ansettelse i kommunene, og det vil være problematisk ut fra kvalifikasjonsprinsippet å legge vekt på den relasjonen søkeren på forhånd har til familien. Arbeidsmiljøloven krever videre at det gis fast ansettelse. Begge forhold bidrar til å redusere brukernes innflytelse på personvalget - og dermed muligheten for at den familievennen eller slektningen som uansett ville ønske å hjelpe til, kan få lønn av kommunen for sin innsats. Det vil heller ikke være mulig å la personer som er ansatt i kommunen på heltid, og som gjennom sitt arbeid er blitt kjent med familien eller barnet, å få oppdraget, fordi de da vil være ansatt mer enn 100 prosent i kommunen, jf. Rt-1998-1357 og arbeidsmiljøloven § 10-6. Heller ikke vil det være adgang til å avtale at avlastning skal foregå fra fredag ettermiddag til søndag ettermiddag, slik både familier og avlastere kan ha ønske om, jf. arbeidsmiljøloven § 10-6. Brukerne, og ofte også avlasteren eller støttekontakten, er ikke tjent med å miste den fleksibiliteten som følger av å anse avtaleforholdet som et oppdragsforhold. I Meld. St. 29 (2010-2011) side 210 er det lagt til grunn at rett til feriepenger og pensjon eventuelt bør etableres gjennom separate ordninger, ikke ved å utvide arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep.

(18) Oslo kommune har nedlagt slik påstand:

«Oslo kommune frifinnes.»

(19) Ankemotparten, *A*, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

(20) Arbeidstakerbegrepet er inngangsporten til all arbeidsrettslig vernelovgivning, og Høyesterett har tolket begrepet vidt.

(21) Ved helhetsvurderingen av om man reelt sett står overfor en arbeidstaker eller en oppdragstaker, er det helt sentrale spørsmålet om personen stiller sin arbeidskraft til disposisjon og har behov for vern, eller om personen skal levere et resultat uten at det oppstår noe personlig underordningsforhold. A stilte sin

arbeidskraft løpende til disposisjon, og var i en situasjon hvor hun trengte vern - herunder vern av arbeidstakere under 18 år.

(22) Oslo kommune hadde ansvar for å oppfylle sin plikt etter sosialtjenesteloven 1991 § 4-2 bokstav b til å levere avlastning, noe som genererte behov for arbeidskraft. A ble engasjert for å fylle dette behovet. Det var altså kommunen, ikke A som hadde ansvar for resultatet. Og selv om kommunen avholdt seg fra å instruere henne om gjøremålene og arbeidstiden, betyr ikke det at A selv hadde kontroll over dette. Hun hadde personlig arbeidsplikt, og var underlagt instruksjons- og kontrollmyndighet fra familien.

(23) Også de øvrige momentene som i henhold til lovforarbeidene skal inngå i helhetsvurderingen, trekker i retning av at hun var arbeidstaker. Hun fikk løpende lønn og utgiftstsdekning, hadde oppsigelsesfrist, stilte ikke med egne redskaper, og hadde et varig arbeid som ble regelmessig utført. Det er ingen momenter som trekker i retning av at hun var oppdragstaker.

(24) De konsekvensene kommunen har ment skal vektlegges, er ikke rettslig relevante, og dessuten kan de løses: Ulike modeller for brukermedvirkning kan benyttes. Og det er ikke uforenlig med kvalifikasjonsprinsippet å legge vekt på kjennskap til barnet. Selv om arbeidsmiljøloven begrenser bruk av midlertidige ansettelser, er det fortsatt adgang til å si opp arbeidstakere når det er saklig begrunnet. Videre åpner arbeidsmiljøloven § 10-12 for å gjøre unntak fra arbeidstidsreglene, og § 1-2 fjerde ledd for å gjøre unntak fra arbeidsmiljøloven for offentlig virksomhet. Endelig har kommunen mulighet til å unngå arbeidsgiveransvar ved å sette tjenesten ut til private selskaper.

(25) A har nedlagt slik påstand:

«1. Anken forkastes.

2. Oslo kommune v/ordføreren dømmes til å erstatte sakskostnader for tingretten og lagmannsretten til A og for Høyesterett til det offentlige.»

(26) Partshjelperen, *Fagforbundet*, har, foruten å slutte seg til det som er gjort gjeldende av A, i hovedtrekk gjort gjeldende:

(27) Omsorgsarbeidere i kommunene er lavt utdannet, dårlig lønnet og befinner seg på bunnen av arbeidsmarkedet. Det tales om det nye omsorgsproletariatet. Vernestandardene i den arbeidsrettslige lovgivningen kan ikke brukes som begrunnelse for å unnta omsorgsarbeidere fra vernet. Tvert imot er det en grunn til at loven inneholder slike standarder. Det er også et paradoks om rett til brukerstyring skal føre til reduserte arbeidstakerrettigheter.

(28) Til tross for at personer i As stilling trenger vern, erkjennes det at det kan være behov for å tilpasse regelverket slik at ordningen ivaretar brukermedvirkning og de praktiske hensyn som gjør seg gjeldende. Det er mange eksempler på at loven gir adgang til det, og til at det gjøres. For eksempel bemannes brannverntjenesten i små kommuner i stor utstrekning av personer som er heltidsansatt i andre kommunale stillinger. Fagforbundet er innstilt på å bidra til å finne hensiktsmessige løsninger.

(29) Fagforbundet har nedlagt slik påstand:

«Oslo kommune erstatter Fagforbundet sine saksomkostninger for Høyesterett.»

(30) **Jeg er kommet** til samme resultat som lagmannsretten, og ser saken i det vesentlige på samme måte som den.

(31) Avtalen A inngikk med Oslo kommune om å være individuell avlaster, sier uttrykkelig at hun ikke er arbeidstaker og derfor ikke har rett til feriepenger. Kravet om feriepenger kan derfor bare føre fram hvis hun, til tross for dette, reelt sett var arbeidstaker, og dermed omfattet av ferielovens ufravikelige bestemmelser om rett til feriepenger, jf. ferieloven § 3, jf. § 2 første ledd.

(32) Før jeg går inn på den konkrete vurderingen av om A reelt sett var arbeidstaker, skal jeg kort redegjøre for rettsreglene og praksis knyttet til avlastning.

(33) Sosiale tjenester i kommunene skal blant annet omfatte avlastningstiltak for personer og familier med særlig tyngende omsorgsarbeid, se sosialtjenesteloven 1991 § 4-2 bokstav b - som gjaldt da A inngikk de fire kontraktene med Oslo kommune - og den någjeldende helse- og omsorgstjenesteloven 2011 § 3-2 nr. 6 bokstav d. Plikten til å yte slike tjenester fremgår av henholdsvis § 4-3 og § 3-1 i de to lovene.

(34) I vedtaket som var bakgrunnen for engasjementet av A, var formålet med avlastning beskrevet slik:

> «Avlastning skal gjøre det mulig å opprettholde gode familierelasjoner og bevare sosiale nettverk. Tjenesten skal hindre utmatting hos omsorgsgiveren. Avlastning skal gi pårørende nødvendig og regelmessig fritid og ferie. Den skal gi mulighet for å delta i de vanlige samfunnsgoder og aktiviteter.
> Vilkår/kritier: Omsorgsyteren(e) må ha et særlig tyngende omsorgsarbeid.
> Omsorgsarbeidet må være av en slik art og omfang at omsorgsyteren mangler nødvendig og regelmessig fritid/ferie.»

(35) Kommunene hadde lenge varierende praksis når det gjaldt betaling av feriepenger til avlastere. Etter at KS i et rundskriv i 1997, B-09/97, anbefalte bruk av oppdragskontrakter i de fleste tilfeller, er dette nå den helt dominerende kontraktsformen. I Oslo kommune ble det vedtatt maler for oppdragskontrakter i 2003, og kontraktene A inngikk med kommunen, var standardkontrakter basert på dette vedtaket.

(36) Fafo gjennomførte i 2008-2009 på oppdrag av Fagforbundet en studie av bruken og omfanget av oppdragskontrakter i norske kommuner, se Fafo-rapport 2009:07 Oppdragstakere i norske kommuner - Lønnsarbeid eller fritidssyssel? Her anslås det at det er ca. 43 000 oppdragstakere i norske kommuner innenfor helse- og omsorgssektoren og barnevernet, hvorav 5 073 er avlastere etter sosialtjenesteloven.

(37) Jeg går så over til å vurdere om oppdragskontraktene saken gjelder i realiteten var arbeidsavtaler mellom A som arbeidstaker og Oslo kommune som arbeidsgiver. Innledningsvis nevner jeg at siden ferieloven er preseptorisk, kan det ikke tillegges vekt at kontrakten selv omtaler seg som oppdragskontrakt og uttrykkelig gjør oppmerksom på at A ikke har krav på feriepenger.

(38) Ferieloven § 2 første ledd definerer arbeidstaker som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Arbeidstakerbegrepet i ferieloven skal forstås på samme måte som i arbeidsmiljøloven, jf. Arbeidslivslovutvalgets utredning NOU 2004:5 side 154. Begrepet er omtalt i dommen avsagt i dag i sak 2012/1492 (HR-2013-628-A), hvor det blant annet vises til lovforarbeidene til arbeidsmiljøloven, se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73. Jeg viser til redegjørelsen i den nevnte dommen, og også til oppsummeringen av rettstilstanden inntatt på side 206 flg. i Meld. St. 29 (2010-2011) Felles ansvar for eit godt og anstendig arbeidsliv:

> «Verneføresegnene i arbeidsmiljølova gjeld som hovudregel for 'arbeidstakarar'. Arbeidsmiljølova gir tilvising på ei skjønnsmessig vurdering av kven som skal reknast som arbeidstakar eller ikkje. Dette er gjort for at lova skal vere fleksibel, slik at ho skal kunne fange opp tilfelle der partane sjølve ikkje har karakterisert forholdet seg imellom som eit arbeidsforhold, men som likevel reelt er det. Lovgivaren har ikkje ønskt at den sterke parten i forholdet, vanlegvis arbeidsgivaren, skal kunne definere seg bort frå lova og dermed ta frå arbeidstakaren grunnleggjande rettar.
> ...
> Ein person skal reknast som arbeidstakar etter lova dersom tilknytinga til arbeidsgivaren reelt sett har karakter av eit tilsetjingsforhold. Dei arbeidsrettslege vernereglane er av ufråvikeleg karakter, og det er lovgivaren sin intensjon at dei når dei som skal vernast. Det kan med andre ord ikkje avtalast dårlegare løysingar for arbeidstakaren enn det lova gir opning for. Om det ligg føre eit arbeidstakarforhold eller ikkje, blir avgjort etter ei konkret heilskapsvurdering av alle omstende i forholdet, og partane kan såleis ikkje sjølve avgjere om ein person er arbeidstakar, eller inngå avtale som strid mot realitetane i forholdet og mot lovgivinga. Ifølgje rettspraksis er desse momenta viktige for å kunne seie at det ligg føre eit arbeidstakarforhold:
> -

Arbeidstakaren har plikt til å stille si personlege arbeidskraft til rådvelde og kan ikkje bruke medhjelparar for eiga rekning.

- Arbeidstakaren har plikt til å underordne seg arbeidsgivaren si leiing og kontroll av arbeidet.
- Arbeidsgivaren stiller til rådvelde arbeidsrom, maskinar, reiskap, arbeidsmateriale eller andre hjelpemiddel som er nødvendige for å utføre arbeidet.
- Arbeidsgivaren ber risikoen for arbeidsresultatet.
- Arbeidstakaren får vederlaget i ei eller anna form for lønn.
- Tilknytingsforholdet mellom partane har ein nokolunde stabil karakter og er oppseieleg med bestemte fristar.
- Det blir i hovudsak arbeidd for éin oppdragsgivar.

Lista er ikkje uttømmande, også andre moment kan få innverknad på heilskapsvurderinga. Sjølv om momenta trekkjer i retning av at det ligg føre eit arbeidstakarforhold, må det også vurderast om det konkrete forholdet som heilskap har karakter av eit arbeidsforhold, eller om det må klassifiserast som noko anna. Til dømes blir tillitsverv, til dømes politiske verv og styreverv, nemnde.»

(39) Der det er tvil skal det altså skje en skjønnsmessig helhetsvurdering med utgangspunkt i de opplistede momentene. Det er lovgivers intensjon at de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven, ferieloven mv., blir vernet. Arbeidstakerbegrepet skal derfor gis en vid tolkning, jf. bl.a. Rt-1984-1044 - Tupperwaresaken.

(40) Det første spørsmålet blir om A hadde plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon eller kunne bruke medhjelpere for egen regning.

(41) I alle de fire kontraktene A inngikk med kommunen heter det i punkt 1:

> «Oppdragstaker skal være avlaster for [guttens navn], og overta de omsorgs-, tilsyns- og pleiefunksjonene som familiemedlemmer og andre omsorgspersoner har for han/hun, slik at han/henne får best mulig omsorg.»

(42) Det er ingen tvil om at A pliktet å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon, og at hun ikke kunne overlate oppgaven til andre for egen regning.

(43) Kommunen har imidlertid innvendt at også oppdragstakere kan ha personlig arbeidsplikt. Det er likevel den forskjell at oppdragstakere kan betale medhjelpere til å bistå seg ved gjennomføringen av oppdraget - det er resultatet oppdragstakeren står inne for. Det kunne ikke A gjøre. Dette momentet trekker sterkt i retning av å anse henne som arbeidstaker.

(44) Hvordan man skal vurdere det andre momentet - om A var underlagt arbeidsgivers ledelse og kontroll - er omstridt mellom partene. Kommunen vektlegger at Bydel X ikke instruerte henne om hvordan oppdraget skulle utføres, eller kontrollerte arbeidet hun gjorde, og viser til oppdragskontrakten punkt 1 annet ledd hvor det heter:

> «Oppdragstaker velger selv når og hvordan avlastningen skal utøves, i samarbeid med de personer som skal avlastes.»

(45) A hevder derimot at hun hadde liten innflytelse på arbeidstid og arbeidsoppgaver. I sin skriftlige erklæring for Høyesterett har hun beskrevet hvordan arbeidstiden ble fastlagt:

> «Fra november 2008 til sommeren 2009 jobbet jeg hver tredje helg og ved ekstra behov (når annen avlaster meldte avbud.) ... Høsten 2009 og våren 2010 jobbet jeg to ettermiddager i uken og hver tredje helg. Jeg spurte i juni 2009 om det ville være mulig å f.eks. jobbe to av tre lørdager eller søndager isteden for hver tredje helg, fordi jeg syntes det var slitsomt å ha to uker med program mellom hver fridag. Dette var ikke familien interessert i. Kriteriet for at jeg skulle få avlasterkontrakten var hver tredje helg (kunne velge mellom to 'turnuser' - det ene eller andre settet med helger) og to ettermiddager i uken ut av tirsdag, onsdag og torsdag. Jeg kunne dessuten ikke begynne på jobb senere

enn 16.30 i ukedagene. I helgene jobbet jeg 8-17 på lørdag og 13-20 på søndager. Dette var satt av foreldrene på forhånd. Det hendte de spurte om jeg ville jobbe 8-20 på søndager, eller om jeg kunne være over natten for å sitte barnevakt.»

(46) Om innholdet i arbeidet forklarer A at det gikk ut på å utføre de oppgavene foreldrene trengte å få utført. Gutten ble trent etter en bestemt metode som innebar at dagen var lagt opp etter en streng timeplan. Hun trente ham etter metoden, men kunne reservere seg mot trening som var medisinsk omstridt. I tillegg foretok hun stell, lagde mat, gikk turer mv. Når familien ønsket at hun skulle ta gutten med på turer, fikk hun av og til noen alternativer å velge mellom. Hun behøvde f.eks. ikke ta ham med i svømmehallen hvis hun ikke ønsket det, og kunne ta t-bane i stedet for å kjøre bil.

(47) Det er vanskelig å se at A hadde større frihet til å styre sitt arbeid enn det som er typisk for arbeidstakere. Dette fremstår som en naturlig følge av formålet med avtalen. For at familien skal få reell avlastning, må den ha forutsigbarhet med hensyn til tidspunktene for avlastning og også kunne ha stor innflytelse på arbeidet avlasteren gjør. Dette er for øvrig i godt samsvar med sosialtjenesteloven § 8-4 som fastsatte at «[t]jenestetilbudet skal så langt som mulig utformes i samarbeid med klienten. Det skal legges stor vekt på hva klienten mener».

(48) Jeg ser ikke bort fra at det kan variere i hvilken grad avlastere har innflytelse på når og hvordan arbeidet skal utføres. Blant annet kan det ha betydning om avlasteren har spesialkompetanse - noe som ikke var tilfelle her. Men dersom spørsmålet kommer på spissen, står en avlaster med tidsbegrenset kontrakt uten rett til fornyelse normalt ikke i noen sterk forhandlingsposisjon. Det eksisterer dermed et avhengighets- og underordningsforhold - noe som er et grunnleggende trekk ved arbeidsavtaler.

(49) Kommunen har innvendt at det ikke var den som styrte A. Det kan etter mitt syn ikke være avgjørende. Som nevnt er det et uttalt formål at arbeidstakerbegrepet skal fortolkes slik at de som trenger lovens vern, skal få det. Det tilsier at en person som ellers ville vært ansett som arbeidstaker, ikke skal havne i et arbeidsrettslig tomrom fordi den som inngår kontrakten og betaler lønnen, gjør det for å ivareta behovet til en annen, som er den som løpende instruerer om gjennomføringen av arbeidsoppgavene. Enten må oppdragsgiveren - her kommunen - eller tjenestemottakeren være arbeidsgiver. Det sistnevnte er ikke aktuelt her.

(50) For øvrig har kommunen utøvd en viss kontroll med utførelsen av tjenesten. Etter pålegg av kommunen fylte A ut en årsrapport for 2009 om avlastningen, hvor hun besvarte følgende spørsmål:

«Foregår avlastningen i brukers hjem eller hos avlaster?
Overnatting?
Hvilke type aktiviteter utføres i de timene det er innvilget individuell avlastning?
Brukers atferd/sosiale ferdigheter.
ADL: (personlig hygiene/påkledning)
Kommunikasjon/språk:
Medisiner:
Samarbeid med foresatte:»

(51) Det andre momentet taler dermed etter mitt syn med tyngde for å anse A som arbeidstaker.

(52) Også det tredje momentet trekker i retning av at A var arbeidstaker. Arbeidet foregikk i hjemmet til familien som mottok avlastning, med hjelpemidler og annet stilt til rådighet av familien. A fikk også dekket utgifter hun hadde i forbindelse med arbeidet.

(53) Det fjerde momentet gjelder risikoen for arbeidsresultatet. Momentet passer ikke godt der arbeidet går ut på en løpende omsorgsytelse. Men jeg kan slutte meg til lagmannsretten når den finner det mest dekkende å si at kommunen bærer risikoen, siden kommunen etter loven plikter å sørge for at ytelsen blir levert. A ville for øvrig ikke bli trukket i lønn selv om hun skulle gjøre en dårlig innsats. Sanksjonen ville i tilfelle være at hun ikke fikk ny kontrakt.

(54) Det femte momentet gjelder vederlaget. A fikk lønn hver måned basert på innleverte timelister, noe som også trekker i retning av et arbeidsforhold.

(55) Det sjette momentet gjelder tilknytningen mellom partene - om den er av noenlunde stabil karakter, og om avtalen er oppsigelig med bestemt frist. A var avlaster for familien etter kontrakten med kommunen i to måneder sommeren 2008 og sammenhengende i halvannet år fra januar 2009. Selv om det var tale om fire kontrakter og et opphold etter de to første månedene, hadde tilknytningsforholdet følgelig stabil karakter. Kontraktene fastsatte at de kunne sies opp med en måneds varsel, men også at de bortfalt dersom behovet for avlastning opphørte eller ble endret slik at A ikke lenger kunne være avlaster for barnet. Kontraktene var altså oppsigelige med en bestemt frist, men kunne også opphøre fordi det ikke lenger var bruk for A. Den sistnevnte opphørsgrunnen kunne kanskje tilsi at det sjette kriteriet ikke fullt ut er oppfylt, men det kan også sees som et eksempel på at avlastere i A' situasjon er i en utsatt posisjon. Etter mitt syn taler også det sjette momentet for at det forelå et arbeidsforhold.

(56) Det siste momentet er om det i hovedsak blir arbeidet for én oppdragsgiver. A arbeidet ikke bare for Oslo kommune, selv om dette arbeidet var det mest omfattende. Hun arbeidet, som nevnt, på timebasis for familien på grunnlag av en kontrakt med den, og fra høsten 2009 arbeidet hun også i Y kommune, flyktningkontoret, som miljøarbeider og støttekontakt. Hun var samtidig student. Noen sterk støtte for at hun var arbeidstaker gir dette momentet derfor ikke. Men etter mitt syn kan det heller ikke veie særlig tungt i motsatt retning.

(57) Den samlede vurderingen er at momentene med tyngde taler for at A var arbeidstaker. Helhetsvurderingen skal imidlertid ikke være en mekanisk anvendelse av momentene, og spørsmålet blir om det er andre forhold som tilsier at A likevel ikke er å anse som arbeidstaker.

(58) Kommunen mener det må være relevant å legge vekt på konsekvensene for organiseringen av avlasterordningen og liknende ordninger - og dermed for muligheten for brukerstyring - dersom A og andre i hennes situasjon anses som arbeidstakere. Kvalifikasjonsprinsippet gjelder ved kommunale ansettelser, slik at det kan bli vanskelig å ansette for eksempel barnets bestemor i stedet for en person med bedre formelle kvalifikasjoner, fremheves det. Videre pekes det på at arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid vil stenge for fleksible ordninger, og lovens hovedregel om at ansettelser skal være faste, vil innebære at kommunen vil få en fast stab av avlastere. Også dette vil gå ut over muligheten til å velge avlaster fra familiens nettverk. Videre vil andre kommunalt ansatte med full stilling - for eksempel noen som kjenner barnet fra stilling i kommunen - bli utelukket fordi de da vil få mer enn 100 prosent stilling i kommunen. Kommunen vil også måtte involvere seg mer i tjenesten. Kort sagt må kommunen forstås slik at brukerstyring og arbeidstakerrettigheter er vanskelig å forene.

(59) A og Fagforbundet har bestridt at dette er nødvendige konsekvenser, og har pekt på at kvalifikasjonsprinsippet ikke stenger for å legge vekt på relasjonen mellom avlasteren og familien, samt at det er flere åpninger i arbeidsmiljøloven for å gjøre unntak - herunder § 1-2 fjerde ledd om unntak fra loven for offentlig virksomhet og § 10-12 om unntak fra arbeidstidsreglene.

(60) Slik jeg ser det kan ikke de innvendingene som kommunen har påberopt, være avgjørende for resultatet i denne saken. Når omstendighetene rundt avtaleforholdet nærmest entydig trekker i retning av at det er tale om en arbeidsavtale, endrer ikke forholdet karakter selv om det skaper utfordringer å forene arbeidstakerrettigheter med hensynet til brukermedvirkning. Av prinsipielle grunner ville det være uakseptabelt å konkludere med at en person ikke er arbeidstaker fordi dette etter arbeidsmiljøloven ville gi vedkommende for sterkt vern. Jeg tilføyer at løsninger for å tilgodese brukerstyring og behov for fleksibilitet i tilfelle må finnes innenfor arbeidsmiljølovens rammer, slik blant annet partshjelperen har påpekt.

(61) Kommunen mener det også må legges vekt på at det ikke ble foreslått noen endring i arbeidstakerbegrepet i den før omtalte Meld. St. 29 (2010-2011), til tross for at det på side 209 flg. ble vurdert om ikke oppdragstakere i omsorgssektoren i kommunene i flere tilfeller burde regnes som arbeidstakere. Departementet uttaler her, etter å ha pekt på at domstolene vil legge til grunn de reelle forholdene når de skal ta stilling til om arbeidsmiljøloven gjelder, at det langt fra er sikkert at oppdragstakere i omsorgssektoren reelt sett er arbeidstakere. Fosterforeldre, støttekontakter og

personer som tar imot omsorgslønn har for eksempel ikke et stort behov for bestemmelsene om arbeidstid og fortrinnsrett til ny stilling ved oppsigelse på grunn av forhold ved virksomheten, heter det. Det er først og fremst rett til pensjon og ferie som blir etterlyst for disse gruppene, og dette kan eventuelt reguleres i pensjons- og ferielovgivningen, heter det videre.

(62) Det fremgår ikke at departementet ved denne vurderingen har hatt for øye avlastere i As situasjon. Av de gruppene som nevnes, er det bare støttekontakter som kan være i en sammenlignbar stilling. Og når det gjelder disse, viser jeg til at Sivilombudsmannen i en uttalelse 24. august 2012 i sak 2011/3397 (SOM-2011-3397), la til grunn at en støttekontakt som på mange måter var i en situasjon som lignet As, var å anse som arbeidstaker. Dette taler etter mitt syn mot å legge avgjørende vekt på departementets uttalelse. For så vidt gjelder vekten av denne stortingsmeldingen og tidligere offisielle dokumenter om den arbeidsrettslige statusen til avlastere, støttekontakter, fosterhjem mv., viser jeg også til at det for beredskapshjem er vedtatt en pensjonslov som har som forutsetning at de aktuelle personene er oppdragstakere, ikke arbeidstakere. Når det ikke er vedtatt noen tilsvarende lov for avlastere og støttekontakter, innebærer det at de aktuelle dokumenter har langt mindre vekt enn de er tillagt i sak 2012/1492 (HR-2013-628-A).

(63) Min konklusjon er etter dette at A var arbeidstaker og må få medhold i sitt krav på feriepenger.

(64) A har vunnet saken, og kommunen plikter å erstatte hennes sakskostnader for alle instanser, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Det er ikke grunnlag for å gjøre unntak. For tingretten og lagmannsretten har hun krevd henholdsvis 3 770 kroner og 105 750 kroner. Dette ble A tilkjent i lagmannsrettens dom, og når anken til Høyesterett nå blir forkastet, blir derfor også denne delen av lagmannsrettens domsslutning rettskraftig.

(65) A har hatt fri sakførsel for Høyesterett, og sakskostnadene for Høyesterett skal derfor erstattes det offentlige. Kravet utgjør 177 188 kroner i salær og 4 117 kroner i utgifter.

(66) Også Fagforbundet har krav på erstatning for sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-1 tredje ledd. Fagforbundet har krevd dekket 113 800 kroner i salær og 1 600 kroner i utgifter. Partshjelperen kom sent inn i saken og holdt et relativt kort innlegg. Jeg er kommet til at det ikke har vært nødvendig med så store kostnader, og at kommunen derfor bør erstatte 61 600 kroner, jf. tvisteloven § 20-5.

(67) Jeg stemmer for denne

dom:

1. *Anken forkastes.*
2. *I sakskostnader for Høyesterett betaler Oslo kommune til det offentlige 181 305 - etthundreogåttientusentrehundreogfem - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av dommen.*
3. *I sakskostnader for Høyesterett betaler Oslo kommune til Fagforbundet 61 600 - sekstientusensekshundre - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av dommen.*

(68) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(69) Dommer **Matheson:** Likeså.

(70) Dommer **Tønder:** Likeså.

(71) Dommer **Matningsdal:** Likeså.

(72) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

1. *Anken forkastes.*
2.

I sakskostnader for Høyesterett betaler Oslo kommune til det offentlige 181 305 - etthundreogåttientusentrehundreogfem - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av dommen.

3. *I sakskostnader for Høyesterett betaler Oslo kommune til Fagforbundet 61 600 - sekstientusensekshundre - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av dommen.*