



NORGES HØYESTERETT

Den 23. juni 2016 avsa Høyesterett dom i

HR-2016-01366-A, (sak nr. 2015/2308), sivil sak, anke over dom,

Ålesund kommune

(advokat Jan Fougner)

KS (partshjelper)

(advokat Geir S. Winters – til prøve)

mot

B

Fagforbundet (partshjelper)

(advokat Kjetil Edvardsen)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Matheson**: Saken gjelder spørsmål om en avlaster og støttekontakt etter helse- og omsorgstjenesteloven er å anse som arbeidstaker i Ålesund kommune.
- (2) B har fagbrev som barne- og ungdomsarbeider. Siden 2003/2004 har hun utført arbeid som avlaster for familien til en gutt – A – som har Downs syndrom. Hun har i samme periode også arbeidet som støttekontakt for ham.
- (3) Ut over å være avlaster og støttekontakt for A, har B også hatt flere tilsettingsforhold i Ålesund kommune i blant annet barnehage, skole, skolefritidsordning og avlastningsbolig. Hun har i disse stillingene også arbeidet med A.
- (4) De kommunale tjenestene familien og A har mottatt gjennom avlastning og støttekontakt, har etter 1. januar 2012 blitt ytet etter vedtak i medhold av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 jf. § 3-2 nr. 6 bokstav b og d. Før den tid ble tildelingsvedtakene truffet etter den tidligere sosialtjenesteloven. Vedtakenes varighet har vanligvis vært om lag to år.
- (5) Ålesund kommune og B har på grunnlag av tildelingsvedtakene gjennom årene inngått flere tidsbegrensede oppdragsavtaler om henholdsvis avlastning og støttekontakt. Disse avtalene har normalt hatt en varighet på om lag to år, samsvarende med varigheten på tildelingsvedtakene.
- (6) I den fremlagte avtalen om *avlastning* heter det at "Formålet med oppdraget er å avlaste [klienten] sin familie". Oppdragets omfang er angitt som "2 døgn pr. mnd.". Ut over dette

inneholder avtalen ingen bestemmelser om når og hvordan avlastningen skal utføres. Arbeidet er stykkprisbetalt per døgn. Det er opplyst at avlastningen finner sted en helg per måned.

- (7) Rent praktisk foregår avlastningen ved at A blir hentet av B på skolen fredag etter skoletid. Hun er da sammen med ham gjennom helgen. I og med at avlastningen skal utføres i "2 døgn", følger det naturlig at deler av tjenesten må utføres i Bs hjem der A også overnatter. Før hennes egne barn flyttet hjemmefra, var de også en del av samværet og aktivitetene under avlastningen. Det er opplyst at det er viktig for A å følge faste rutiner, og at han ofte tas med på tur på fjellet i og rundt Ålesund.
- (8) I avtalen om å utføre tjeneste som *støttekontakt* er arbeidet angitt slik:
- "Oppdraget er et støttetiltak. Formålet er at du skal være sammen med brukeren på din fritid, slik at han/hun får sosial trening i omgang med andre mennesker og øker evnen til å mestre ulike livssituasjoner. Aktivitetene kan være ulike, men bør ta bruk av fritids- og kulturtilbudet i kommunen."**
- (9) Tidsrammen er 20 timer per måned. Arbeidet er timelønnet.
- (10) Arbeidet utføres i ukedagene, og tidspunktet tilpasses oftest etter guttens behov og ønsker. B henter også da A på skolen etter skoletid, og de er vanligvis sammen til åtte-ni tiden om kvelden.
- (11) Begge avtalene kaller seg "oppdragsavtaler" og sier uttrykkelig at B ikke er ansatt i kommunen og heller ikke har rett til feriepenger eller sykepenger fra kommunen. Videre er det presisert at hun "ikke [er] inkludert i pensjons- eller forsikringsordninger gjennom Ålesund kommune". Fravær som følge av sykdom eller velferdsgrunner, skal snarest meldes til kommunen slik at alternative støttetiltak kan vurderes. B plikter "å sende inn rapport" to ganger i løpet av avtaletiden. Det er avtalt en gjensidig oppsigelsesfrist på én måned.
- (12) I juni 2013 fremsatte B krav overfor Ålesund kommune om feriepenger og etterbetaling av feriepenger. Hun viste til Rt. 2013 side 354 (avlasterdommen) der en avlaster for en familie med et barn med spesielle behov ble tilkjent feriepenger med utgangspunkt i at hun ble bedømt som ansatt i Oslo kommune.
- (13) Ålesund kommune bestred kravet, og ved stevning 1. juli 2014 reiste B søksmål mot kommunen. Partene kom under saksforberedelsen til enighet om at saken skulle gjelde krav om fastsettelsesdom for at B er fast tilsatt som arbeidstaker i Ålesund kommune.
- (14) Sunnmøre tingrett avsa 10. februar 2015 dom med slik domsslutning:
- "1. B er fast ansatt i Ålesund kommune.**
- 2. Ålesund kommune pålegges å erstatte B erstatning for sakskostnader med kr 59 460 – femtinitusenfirehundreogseksti – innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen."**
- (15) Tingretten kom til at B skal regnes som fast ansatt både i egenskap av avlaster for familien og i egenskap av støttekontakt for gutten.

- (16) Ålesund kommune anket til lagmannsretten. Anken gjaldt tingrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse. KS erklærte partshjelp for Ålesund kommune, jf. tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b.
- (17) Frostating lagmannsrett avsa 22. oktober 2015 dom med slik domsslutning:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Ålesund kommune og Kommunesektorens Organisasjon KS, en for alle og alle for en, til B 143 690 – etthundreogførtitretusensekshundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen."**
- (18) Også lagmannsretten kom til at B skal regnes som fast ansatt i Ålesund kommune i egenskap av avlaster og i egenskap av støttekontakt etter de avtaler som denne saken gjelder.
- (19) Ålesund kommune har anket til Høyesterett. Anken gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. KS og Fagforbundet har erklærte partshjelp for henholdsvis Ålesund kommune og B, jf. tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b.
- (20) Det har for Høyesterett vært fremlagt skriftlige forklaringer fra blant annet B, representanter for Ålesund kommune, tillitsvalgte og brukerens far. Enkelte nye dokumenter har også vært fremlagt. Saken står likevel i samme stilling som for lagmannsretten.
- (21) Den ankende part – *Ålesund kommune* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (22) Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 har kommunen plikt til å sørge for kommunale helse- og omsorgstjenester, også kalt et "sørge-for-ansvar". Plikten til å tilby blant annet støttekontakt og avlastningstiltak er omfattet av dette.
- (23) Under lovforberedelsen var det bred tilslutning til at kommunene selv skal kunne velge hvordan de vil organisere virksomheten og tjenestene ut fra lokale forhold og behov. Departementet la dette til grunn i lovproposisjonen, jf. Prop. 91 L (2010-2011) side 139. Det stod sentralt at tjenestene skulle ytes med stor grad av brukermedvirkning, basert på en helhetlig vurdering av brukers behov og ønsker.
- (24) Helse- og omsorgstjenesteloven § 1-2 bestemmer at private tjenesteytere som har avtale med kommunen, inngår i oppfyllelsen av det kommunale tjenestetilbudet. Friheten i måten å organisere tjenesten på legger avgjørende føringer på den helhetsvurdering som skal foretas ved den arbeidsrettslige klassifiseringen av disse tjenesteyterne. I foreliggende sak er følgende elementer særlig sentrale ved denne vurderingen:
- (25) Også oppdragstakere kan ha et strengt personlig oppdrag. Det er derfor ikke avgjørende for klassifiseringen at B har et personlig oppdrag for familien og A.
- (26) Utgangspunktet for bedømmelsen er nøytralt. Det gjelder altså ingen presumsjon for at man står overfor et arbeidstakerforhold.

- (27) Spørsmålet om arbeidspersonen er underlagt en arbeidsgivers ledelse og kontroll, er helt grunnleggende for bedømmelsen og utgjør et startpunkt for vurderingen av om det foreligger en arbeidsavtale. Dersom det ikke utføres arbeidsledelse, har man ikke med et arbeidstakerforhold å gjøre.
- (28) En oppdragsavtale skiller seg fra en arbeidsavtale ved at oppdraget er definert gjennom en oppdragsbeskrivelse. Når oppdraget er definert, trengs ingen utfylling gjennom noen form for arbeidsledelse.
- (29) Bs oppdrag for familien og A løses uten noen innblanding eller arbeidsledelse fra kommunens side. Saken skiller seg på dette punktet fra situasjonen i Rt. 2013 side 354 (avlasterdommen). Kommunens lovpålagte plikt til å føre tilsyn med oppdragsutførelsen, og Bs beskjedne rapporteringsplikt, er ikke arbeidsledelse.
- (30) Avlastningen foregår med utgangspunkt i Bs hjem. Det er altså hun – og ikke kommunen eller brukeren – som stiller basen for avlastningen til rådighet. Dette er en indikator på at vi har med et oppdragsforhold å gjøre. Saken ligger i så måte nært opp til det som var situasjonen i Rt. 2013 side 342 (beredskapshjemdommen). Beredskapsmor ble der bedømt som oppdragstaker ettersom oppdraget var å stille et hjem til rådighet der barnet så langt som mulig skulle tas inn i familien som et familiemedlem. Avlastningsoppdraget til B har flere likhetspunkter med oppdraget i beredskapshjemdommen enn med oppdraget i avlasterdommen. Man kan uansett ikke pålegge en ansatt å ta klienter med hjem.
- (31) Prinsippet om brukermedvirkning som gjelder for denne typen omsorgstjenester, gjør dessuten at B har risikoen for arbeidsresultatet. Dersom brukeren ikke er fornøyd med tjenesten – for eksempel på grunn av dårlig personkjemi – forutsetter prinsippet om brukermedvirkning at oppdraget avsluttes. Bs risiko for slik terminering – og dermed for resultatet av arbeidet – er også en indikator på at hun må bedømmes som en oppdragstaker.
- (32) Ved den arbeidsrettslige klassifiseringen må tillegges vekt at det har vært tradisjon for å anse avlastere og støttekontakter som oppdragstakere i arbeidsrettslig forstand. Fafo-rapporten "Oppdragstakere i norske kommuner – lønnsarbeid eller fritidssysse" gir god bakgrunn for å forstå denne rettslige bedømmelsen.
- (33) Det må tillegges vekt at departementet, i tilknytning til spørsmålet om de private tjenesteyterne som tilbyr avlastning og støttekontakt, også skal måtte fremlegge politiattest, uttrykkelig har uttalt at disse "er ikke å regne som ansatte", jf. proposisjonen side 292.
- (34) Videre må det ved avveiningen tas hensyn til at det i Meld. St. 29 (2010–2011) på side 210 er reist spørsmål om i hvilken utstrekning oppdragstakere i omsorgssektoren "reelt sett er arbeidstakere med eit behov for vern etter arbeidsmiljølova". Det heter at i den grad det er ønskelig å gi denne gruppen rett til ferie og pensjon, bør dette ikke gjøres gjennom en utvidelse av arbeidstakerbegrepet, men gjennom reguleringer i ferie- og pensjonslovgivningen. En klassifisering av avlastere og støttekontakter som arbeidstakere, vil bryte med departementets uttalelse.
- (35) Ålesund kommune har nedlagt slik påstand:

- "1. Ålesund kommune frifinnes.
2. B og Fagforbundet dømmes til å dekke sakens omkostninger for alle retter."

- (36) Partshjelperen – KS – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (37) KS har gjennom revidert rundskriv til kommunene lojalt fulgt opp de rettssetninger som ble etablert gjennom Høyesteretts avgjørelser i Rt. 2013 side 342 (beredskapshjemdommen) og Rt. 2013 side 354 (avlasterdommen). Klassifiseringen av B som oppdragstaker i begge relasjoner er i samsvar med den grenseoppgang Høyesterett foretok mellom arbeidstaker og oppdragstaker i disse to avgjørelsene. Relasjonens lange varighet er ikke til hinder for å bedømme tjenesteyteren som en oppdragstaker. I den skjønnsmessige totalvurderingen må det – i et hvert fall for støttekontakters vedkommende – tillegges en viss betydning at arbeidet ligger tett opp mot frivillighetsarbeid.
- (38) Ved vurderingen av om omsorgsarbeideren er arbeidstaker, må det dessuten tas hensyn til at klassifiseringen kan reise vanskelige spørsmål i forhold til EUs arbeidstidsdirektiv, jf. direktiv 2003/88/EC. EU-domstolen har blant annet i dom 9. september 2003 *Landeshauptstadt Kiel mot Norbert Jaeger* avgjort hva som skal regnes som arbeidstid i direktivets forstand. Denne forståelsen må også legges til grunn i norsk rett. En klassifisering av B som arbeidstaker i egenskap av avlaster med gjennomgående 48 timers arbeidstid i løpet av ett avlastningsopphold, kan etter denne dommen stå i et problematisk forhold til arbeidstidsreglene.
- (39) KS har nedlagt slik påstand:
- "1. Ålesund kommune frifinnes.
2. B og Fagforbundet erstatter KS sine saksomkostninger for lagmannsrett og Høyesterett. "
- (40) Ankemotparten – B – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (41) Den rettslige vurderingen av arbeidstakerspørsmålet må foretas i lys av formålsbestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 1-1. De lovbestemte formålene trekker klart i retning av at B skal bedømmes som arbeidstaker, både som avlaster og som støttekontakt:
- (42) Til grunn for det omsorgsarbeidet hun har utført, ligger en serie med tildelingsvedtak. Med dette som utgangspunkt har B utført et varig omsorgsarbeid overfor familien og A, både i og utenfor institusjon. Velferdsstatens ytelser har ligget i bunnen, brukeren har stått sterkt, og omsorgsarbeideren har virket innenfor helselovgivningens dynamiske målsetting. Arbeidstakerbegrepet skal etter sikker rett tolkes vidt og må tilpasses denne virkeligheten. Det er få grunner til at den delen av moderne tjenesteproduksjon som er brukerstyrt og foregår utenfor institusjon, herunder i tjenesteyterens eget hjem, skulle falle utenfor arbeidstakerbegrepet og dermed utenfor vernelovgivningens reguleringer.
- (43) Kommunenes "sørge-for-ansvar" etter helse- og omsorgstjenesteloven og friheten til å organisere virksomhetene og tjenestene ut fra lokale forhold og behov, har ingen adresse til arbeidstakerbegrepet. Denne loven legger derfor ingen føringer for tolkningen.

Prinsippet om brukermedvirkning gjelder dessuten generelt for all produksjon av helsetjenester, også i institusjon, og gir ikke noe argument i denne sammenheng.

- (44) Det foreligger ingen relevante forskjeller i faktum som kan begrunne at resultatet i foreliggende sak må bli et annet enn i avlasterdommen:
- (45) Det ligger i tjenestenes natur at det for B eksisterer et avhengighets- og underordningsforhold. Både avlastningen og støttekontakten er brukerstyrt; kommunen styrer gjennom tildelingsvedtakene mengden, men brukeren styrer når og hvordan. Hun er under arbeidsutførelsen dessuten underlagt kommunens ledelse og kontroll. I hvilken grad kommunen faktisk leder og kontrollerer B i det løpende arbeidet, må være underordnet så lenge kommunen har rettslig adgang til å instruere henne. I motsatt fall må man inn og ut av arbeidstakerbegrepet alt ettersom det foreligger grader av faktisk ledelse.
- (46) Når beredskapsmor i beredskapshjemdommen ikke ble bedømt som arbeidstaker, hadde dette sammenheng med at oppdraget var å stille et hjem til rådighet der barnet så langt som mulig skulle tas inn i familien som et familiemedlem. Det var også av betydning at det var gitt særlige bestemmelser om pensjon som oppfylte et vernebehov. Selv om hjemmesituasjonen danner ramme om avlastningstjenestene til B, er det A sin familie som får avlastning, ikke A. Hjemmet er heller ikke det sentrale ved avlastningen, ettersom A *har* et hjem. Det gir derfor ikke mening å betrakte Bs hjem som et driftsmiddel hun selv holder, og som ellers skulle kunne tale for at hun må anses som oppdragstaker.
- (47) B har heller ingen risiko for arbeidsresultatet. Risikoen ligger hos kommunen som ved misnøye hos brukeren eventuelt må skaffe ham en ny avlaster eller støttekontakt. Slike risikobetraktninger passer uansett svært dårlig på produksjonen av omsorgstjenester som en kommune skal sørge for at brukeren får.
- (48) EU-domstolens forståelse av arbeidstidsdirektivet er ikke til hinder for å gjøre en avlaster som B til arbeidstaker. Kommunen må ved praktiske tiltak, for eksempel gjennom tariffavtale, sørge for at omsorgstjenesten ikke kommer i konflikt med arbeidstidsreglene. Praktiske utfordringer kan ikke være avgjørende for den rettslige forståelsen av arbeidstakerbegrepet.
- (49) B har nedlagt slik påstand:
1. **Anken forkastes.**
 2. **Ålesund kommune erstatter Bs sakskostnader for Høyesterett."**
- (50) Partshjelperen – *Fagforbundet* – har sluttet seg til Bs anførsler. Forbundet har hatt som fagpolitisk agenda at avlastere og støttekontakter må klassifiseres som arbeidstakere. Det er for forbundet viktig å understreke at den rettslige vurderingen av omsorgsarbeideres arbeidsrettslige stilling utenfor institusjon må foretas i lys av formålsbestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 1-1. Siktemålet med loven er blant annet å sikre en velferdsmessig standard på arbeidsmiljøet som er i samsvar med den sosiale utvikling i samfunnet (bokstav a), likebehandling i arbeidslivet (bokstav b). Videre er formålet å sikre grunnlaget for at partene i virksomhetene selv kan ivareta og utvikle sitt arbeidsmiljø (bokstav d). Disse formålene trekker, slik B har gjort gjeldende, klart i retning av at hun er arbeidstaker både som avlaster og som støttekontakt.

(51) Fagforbundet har nedlagt slik påstand:

"1. Ålesund kommune erstatter Fagforbundets sakskostnader for Høyesterett."

(52) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*

(53) I arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd er arbeidstakerbegrepet angitt slik:

"Med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste."

(54) Spørsmålet i saken er om B er omfattet av dette begrepet.

(55) Et lignende spørsmål ble avgjort i Rt. 2013 side 354, som har vært omtalt som avlasterdommen. Saken gjaldt den arbeidsrettslige klassifiseringen av avlasteren til en familie med en multifunksjonshemmet gutt. Avlasteren hadde over noen tid inngått flere kontrakter med Oslo kommune om 60 timer avlastning per måned. Arbeidet foregikk i hjemmet til familien som mottok avlastningen, med hjelpemidler og annet stilt til rådighet av familien. Høyesterett kom enstemmig til at avlasteren skulle anses som arbeidstaker og ikke som oppdragstaker.

(56) Ettersom og arbeidsmiljøloven er preseptorisk, kan det ikke tillegges vekt at kontraktene selv omtaler seg som oppdragsavtaler, jf. avlasterdommen avsnitt 37, og uttrykkelig gjør oppmerksom på at B ikke er ansatt i kommunen. Den rettslige klassifiseringen av de to avtalene styres følgelig av lovgivningen og bakgrunnsretten, og ikke av partenes klassifisering av den inngåtte avtalen.

(57) En eventuell tradisjon for at avlastere og støttekontakter har vært behandlet som oppdragstakere uten rett til feriepenger, kan etter dette ikke ha betydning for klassifiseringen.

(58) Jeg går så over til den nærmere forståelsen av arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep. Dette er også behandlet i avlasterdommen avsnitt 38 flg. Som pekt på der, beror klassifiseringen på en skjønnsmessig helhetsvurdering med utgangspunkt i en rekke nærmere angitte momenter, jf. avsnitt 39. Opprinnelsen til dette er å finne i forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005, jf. NOU 2004: 5 side 153–154. Der heter det:

"Et fremtredende karakteristika ved arbeidsavtalen er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet. Dette gir seg utslag i særlig to særtrekk. Arbeidstakeren er normalt økonomisk avhengig som lønsmottaker og står i et organisatorisk avhengighetsforhold som innebærer underordning i forhold til arbeidsgiver."

Forarbeidene trekker opp en del momenter det skal legges vekt på i vurderingen. Disse er utfylt og tolket i rettspraksis.

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.

Hvis det arbeides hovedsaklig for én oppdragsgiver vil dette også kunne tale for at forholdet reelt sett er et arbeidstakerforhold.

Listen er ikke uttømmende med hensyn til hvilke momenter som kan være relevante. Dette er ikke absolutte holdepunkter, men en rettesnor for vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold. Det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet.

Kriteriene er utviklet på bakgrunn av avgrensningen mot selvstendige oppdragstakere. Når de kriteriene anvendes på andre situasjoner kan de gi liten veiledning. I tvilstilfeller må det avgjørende være en konkret vurdering av om arbeidsforholdet i hovedsak har karakter av et ansettelsesforhold."

- (59) I den senere lovproposisjonen sluttet departementet seg til dette, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) punkt 6.1.
- (60) I avlasterdommen avsnitt 39 har førstvoterende oppsummert normen slik:
- "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 side 1044 –Tupperwaresaken."**
- (61) Jeg finner det klart at den arbeidsrettslige klassifiseringen av den enkelte omsorgsarbeider innenfor kommunehelsetjenesten må foretas med utgangspunkt i den alminnelige forståelsen av arbeidstakerbegrepet. Lovgivers forutsetning om at kommunene selv skal kunne velge hvordan de vil organisere virksomheten og tjenestene ut fra lokale forhold og behov, griper ikke inn i dette.
- (62) De organisatoriske målsettinger kommunen måtte ha med sine tjenesteavtaler, kan altså ikke overstyre den arbeidsrettslige klassifiseringen av dem som utfører disse omsorgstjenestene. Uttalelser i forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven om kommunenes frihet til selv å organisere tjenestene, må følgelig forstås innenfor en alminnelig arbeidsrettslig ramme der de reelle underliggende forholdene er avgjørende for klassifiseringen.
- (63) I lovforarbeidene er det, slik jeg allerede har gjort rede for, i opptakten til sjupunktlisten pekt på at et fremtredende trekk ved en arbeidsavtale er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet. Blant de mange momentene som inngår i helhetsvurderingen, vil spørsmålet om arbeidsgiverens ledelse og kontroll derfor stå særlig sentralt.

- (64) Hva gjelder kravet til ledelse av omsorgstjenester, er det i avlasterdommen avsnitt 49 uttrykkelig uttalt at det ikke er påkrevd at kommunen er den som styrer tjenesteyteren. Også når det er tjenestemottakeren som løpende instruerer om gjennomføringen av arbeidsoppgaven, vil kravet til ledelse og kontroll være oppfylt.
- (65) 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 sjupunktlisten 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 erfaringer og behov for ledelse. Det ville i tilfellet gjøre arbeidstakerbegrepet lite robust. En slik løsning har ikke gode grunner for seg.
- (66) 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.
- (67) Jeg går så over til den konkrete vurderingen av Bs arbeidsrettslige stilling.
- (68) Ettersom saken har flere likhetspunkter med det som var situasjonen i avlasterdommen, finner jeg det naturlig å konsentrere bedømmelsen om de punkter som ut fra faktum påkaller særlig oppmerksomhet. De momenter som jeg særlig vil konsentrere meg om, er spørsmålet om Bs plikt til å stille sin *personlige arbeidskraft til rådighet* uten å kunne bruke medhjelpere til å løse oppdraget, plikten til å underordne seg *arbeidsgiverens ledelse og kontroll*, om arbeidsgiveren har stilt *arbeidsrom til disposisjon* og om arbeidsgiveren har *risiko for arbeidsresultatet*.
- (69) Stillingen som *avlaster* er ut fra sin karakter utvilsomt av personlig art. B har følgelig plikt til å stille sin egen arbeidskraft til disposisjon for å gjennomføre avtalen. Hun kan altså ikke overlate til andre å utføre arbeidet.
- (70) Som fremholdt i avlasterdommen avsnitt 43, trekker momentet knyttet til *personlig arbeidskraft* i retning av å anse B som arbeidstaker. Jeg er imidlertid enig med Ålesund kommune i at oppdragets personlige karakter ikke er tilstrekkelig til å utelukke at man har med en oppdragsavtale å gjøre. Også slike avtaler kan være strengt personlige. Men dersom B kunne ha latt medhjelpere utføre arbeidet hun har gjort avtale om, ville en bedømmelse av avtalen som et arbeidstakerforhold vært utelukket. Ettersom dette ikke er situasjonen, må betydningen av de øvrige relevante momentene i sjupunktlisten også vurderes.
- (71) Spørsmålet om plikt til å *underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll* står som allerede nevnt, sentralt. Om Bs plikter i så henseende uttaler lagmannsretten:
- "B kan tilsynelatende i ganske stor utstrekning bestemme når og hvordan arbeidet skal utføres. Realiteten er likevel at B er innforstått med, og tar avgjørende hensyn til, familiens og guttens klare behov for struktur og forutheregnelighet. Å følge de samme rutinene fra dag til dag og fra helg til helg blir derfor viktig.**

B har forklart at både guttens familie og hun selv har erfart at det å bryte mønsteret gjør gutten urolig. Bs frihet til selv å organisere arbeidet er nokså begrenset.

Lagmannsretten er derfor uenig med Ålesund kommune i at B ikke har plikt til å underordne seg kommunens ledelse og kontroll av arbeidet. Dette gjelder både hennes arbeid som avlaster og som støttekontakt. Det er ikke bestridt at B, så langt det lar seg gjøre, må tilpasse seg familiens forslag.

Bs ansvar for å underordne seg kommunens ledelse og kontroll av arbeidet, selv om hun har en viss frihet i hvordan oppgavene rent faktisk skal utføres fra gang til gang, er et moment som trekker i retning av at B er arbeidstaker. Også kommunens administrasjon av arbeidsforholdet gir saken et preg av underordningsforhold."

- (72) Denne vurderingen er jeg enig i. Det følger som nevnt, av avlasterdommen avsnitt 49 at løpende instruksjoner fra tjenestemottakeren om gjennomføringen av arbeidsoppgavene vil oppfylle kravene til ledelse og kontroll. I sin begrunnelse for dette tar førstvoterende utgangspunkt i at det er et uttalt formål at arbeidstakerbegrepet skal fortolkes slik at de som trenger lovens vern, skal få det. Deretter fortsetter hun:

"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."

- (73) Etter mitt syn er de instruksjoner B mottar fra brukeren, av samme karakter og innhold som i avlasterdommen. Det kan da heller ikke være aktuelt å etterlate B i et arbeidsrettslig tomrom fordi det er kommunen som har inngått kontrakten og betaler lønnen.
- (74) Det vil uansett være tilstrekkelig om B har rettslig plikt til å underordne seg kommunens ledelse av arbeidet. Slik plikt finner jeg det utvilsomt at hun har. Etter kontrakten har B blant annet en veileder i kommunen. Jeg anser dette som et uttrykk for noe annet enn det tilsyns- og kontrollansvar kommunen har etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 tredje ledd. B vil være rettslig forpliktet til å følge eventuelle pålegg fra veilederen.
- (75) Bs avlastningsarbeid foregår med utgangspunkt i hennes eget hjem. Det kan da sies at det er B – og ikke Ålesund kommune – som *stiller arbeidsrom til rådighet* for arbeidsutførelsen. I så måte skiller foreliggende sak seg fra det som var situasjonen i avlasterdommen. Der ble tjenesten som nevnt utført i brukerens hjem, hvilket også var en del av begrunnelsen for at Høyesterett kom til at arbeidspersonen skulle bedømmes som arbeidstaker, jf. dommens avsnitt 52. I beredskapshjemdommen der tjenesten ble utført i beredskapsmors eget hjem, ble resultatet et annet idet "kjernen i oppdraget er å stille til rådighet et *hjem* hvor fosterbarnet så langt mulig skal være som et *familiemedlem*", jf. avsnitt 62. Førstvoterende uttaler med tilslutning fra rettens flertall at et slikt oppdrag etter sin karakter skiller seg markert fra ordinære arbeidsforhold.
- (76) Jeg kan imidlertid ikke se at det at A ved avlastning oppholder seg i Bs bolig, utgjør kjernen i hennes avlastningsoppdrag. Kjernen er å gi familien til A avlastning; ikke å tilby gutten et annet hjem enn det han har til daglig.

- (77) Foreliggende sak skiller seg fra beredskapshjemdommen på dette punktet. Det hører imidlertid til helhetsvurderingen som jeg senere kommer til, å avgjøre hvilken betydning det skal ha for klassifiseringen at det er B og ikke kommunen, eller brukeren, som stiller basen for omsorgstjenesten til rådighet.
- (78) Når det gjelder *risikoen for arbeidsresultatet*, er det i avlasterdommen avsnitt 53 pekt på at momentet ikke passer så godt på en løpende omsorgsyttelse. Et tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i beredskapshjemdommen avsnitt 57. Der heter det at det er usikkert hva som er "resultatet" i slike sammenhenger.
- (79) I avlasterdommen kom Høyesterett til at det er kommunen som bærer risikoen for avlastningstjenesten, siden kommunen etter loven plikter å sørge for at ytelsen blir levert. Jeg kan ikke se at bedømmelsen kommer i noen annen stilling om man knytter spørsmålet til den risiko som brukerstyringen skaper for terminering av avlastningsoppdraget; for eksempel på grunn av dårlig personkjemi.
- (80) Min samlede vurdering er at B – på samme måte som avlasteren i avlasterdommen – må anses som arbeidstaker. Jeg kan ut fra de momenter som taler for at vi har med et arbeidstakerforhold å gjøre, ikke se at hennes hjemmebase for avlastningstjenesten kan lede til at vurderingen må bli en annen enn i avlasterdommen. Å kunne tilby sin egen bolig som base for tjenesten er etter min oppfatning en helt lovlig og legitim forutsetning for å bli tildelt avlastningsoppdraget, og er som sådan ikke en omstendighet som alene kan gjøre tjenesten til et oppdragstakerforhold. Jeg viser i den forbindelse til at B i sin skriftlige forklaring for Høyesterett uttaler at sett "utenfra" har hun vært "på jobb" når A har vært hjemme hos henne: "Da legger jeg til side egne gjøremål og bruker tiden sammen med A, på samme måte som når jeg arbeider med ham i avlastningsbolig."
- (81) Bs stilling etter avtalen om *støttekontakt* må etter mitt syn være den samme som etter avlasteravtalen. Avtalen om støttekontakt er også av personlig karakter og inngår i et helhetlig og sterkt brukerstyrt tjenestetilbud overfor A og hans familie. Det ville være kunstig å foreta en arbeidsrettslig differensiering mellom de ulike tjenestene som til sammen utgjør et slikt helhetlig tilbud fra Bs side.
- (82) Hvorledes andre enkeltstående avtaler om støttekontakt skal klassifiseres arbeidsrettslig, må vurderes konkret.
- (83) Kommunen har til støtte for sitt syn blant annet vist til uttalelser i Meld. St. 29 (2010–2011) side 210, hvor det heter:
- "Det er som nemnt også reist spørsmål om det for enkelte stillingar i omsorgssektoren i fleire tilfelle bør vere slik at oppdragstakarar burde reknast som arbeidstakarar. Departementet vil i den samanheng understreke at det er langt frå sikkert at desse reelt sett er arbeidstakarar med eit behov for vern etter arbeidsmiljølova. Fosterforeldre, støttekontaktar og personar som tek imot omsorgslønn, har til dømes ikkje eit stort behov for føresegnene i arbeidsmiljølova om arbeidstid og fortrinnsrett til ny tilsetjing ved oppseiing på grunn av forhold ved verksemda. Det er først og fremst retten til pensjon og ferie som er blitt etterlyst for desse gruppene."**
- (84) Departementet uttaler her vidare at dersom det er aktuelt å gi slike grupper rett til pensjon og ferie bør dette ikke gjøres gjennom en utvidelse av arbeidstakerbegrepet, men heller reguleres i pensjons- og ferielovgivning.

- (85) Som pekt på i avlasterdommen avsnitt 62, fremgår det imidlertid ikke av uttalelsen at departementet har hatt avlastere for øyet. Uttalelsens rettskildeværdi hva gjelder den arbeidsrettslige klassifiseringen av ulike omsorgsstillinger, er etter mitt syn uansett begrenset. Den er hverken et lovforarbeid eller et etterarbeid, men begrenser seg til et ikke grunnlagt standpunkt i et rettsspørsmål som etter sikker rett krever en konkret bedømmelse av de reelle underliggende forhold. Førstvoterende har da også i avlasterdommen avsnitt 62 lagt begrenset vekt på stortingsmeldingen som tolkningsmoment. Jeg kan ikke se at det er grunn til å vurdere dette annerledes i foreliggende sak.
- (86) Etter min oppfatning endres dette ikke av departementets uttalelse i Prop. 91 L (2010–2011) side 292 om at private tjenesteytere som tilbyr avlastning og støttekontakt "er ikke å anse som ansatte". Selv om vi her står overfor en forarbeidsuttalelse, er den knyttet til spørsmålet om hjemmel for å kontrollere privat engasjerte omsorgsarbeideresandel. Heller ikke denne uttalelsen er grunnlagt, og den kan ikke forstås slik at den utelukker å kunne klassifisere slike tjenesteytere som arbeidstakere på grunnlag av de reelle underliggende forholdene i det enkelte tilfelle.
- (87) Avslutningsvis nevner jeg at de problemstillinger som en klassifisering av avlastere og støttekontakter som arbeidstakere måtte reise i forhold til EUs arbeidstidsdirektiv, slik som anført av partshjelperen KS, ikke kan være styrende for vurderingen av om vi står overfor et arbeidstakerforhold.
- (88) Min konklusjon er etter dette at anken må forkastes.
- (89) B har vunnet saken, og kommunen plikter da å erstatte hennes sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2. Det er ikke grunnlag for å gjøre unntak. Hun er tidligere tilkjent sakskostnader for tingretten med 59 460 kroner og for lagmannsretten med 143 690 kroner. I og med at anken forkastes, blir de tidligere kostnadsavgjørelsene rettskraftige og tas ikke med i kostnadsavgjørelsen her.
- (90) B har for Høyesterett krevd erstattet kostnader med tilsammen 307 930 kroner. Oppgaven legges til grunn.
- (91) Også Fagforbundet har krav på erstatning for sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-1 tredje ledd. Fagforbundet har for Høyesterett krevd erstattet kostnader med til sammen 48 000 kroner. Oppgaven legges til grunn.
- (92) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Ålesund kommune og KS en for begge og begge for en til B 307 930 – trehundreogsjutusenogtrettifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.

3. I sakskostnader for Høyesterett betaler Ålesund kommune og KS en for begge og begge for en til Fagforbundet 48 000 – førtiåttetusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.

- (93) Dommer **Falch**: Jeg er kommet til at anken fører frem.
- (94) Jeg er enig med førstvoterende i de rettslige utgangspunktene han trekker opp. Særlig sentralt i vurderingen av om en person skal anses som arbeidstaker, er om hun eller han har påtatt seg et personlig arbeid som skal utføres i et *organisatorisk avhengighets- og underordningsforhold* til oppdragsgiveren. I benektende fall eksisterer som utgangspunkt intet arbeidsforhold.
- (95) Som førstvoterende mener jeg at det i den forbindelse må ses bort fra at kommunen etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 har et tilsyns- og kontrollansvar for de tjenestene B utfører. Ansvaret er utdypet i lovforarbeidene, Prop. 91 L (2010–2011) på side 164:
- "Det følger av departementets forslag til ny lov § 3-1 femte ledd at kommunen kan velge å inngå avtale med private tjenesteytere om å yte helse- og omsorgstjenester som inngår i kommunens lovfestede ansvar. Slik videreføres gjeldende rett. Departementet understreker at kommunens frihet til å inngå avtaler med private også ledsages av et ansvar for å følge opp og kontrollere om tjenestene leveres i tråd med avtalen. Kommunene må sørge for gode rutiner knyttet til dette."**
- (96) I dette ligger blant annet at kommunen har plikt til å føre tilsyn og kontroll med at Bs tjenester til A er "forsvarlige", jf. § 4-1. Etter omstendighetene kan plikten gi grunnlag for inngående instruksjoner til tjenesteyteren. Men derved etableres intet *organisatorisk avhengighets- og underordningsforhold* dem imellom. Etter min mening har kommunens lovbestemte ansvar større likhetstrekk med oppgavene et offentlig tilsyn som kontrollerer at private aktører følger offentlig rammelovgivning, har.
- (97) Dette innebærer at i Bs tilfelle vil det sentrale spørsmålet være om kommunen har anledning til å styre og lede hennes arbeid *ut over* det som følger av nevnte lovbestemmelser. Jeg har vanskelig for å se at kommunen har det.
- (98) Avtalene er i den forbindelse tause. Men det er et faktum at kommunen – etter det opplyste – ikke har utøvd noen slik styring og ledelse av B i løpet av de 12 til 14 årene hun har hatt disse oppdragene. Hun har ikke vært pålagt noen særskilt opplæring, og kommunen har aldri blandet seg inn i hvordan hun løser oppgavene. B har ikke hatt besøk i tjenesten, og ifølge henne har kontakten med kommunen begrenset seg til at de "ringer for å høre hvordan det går og spør om oppdraget skal fortsette".
- (99) Situasjonen synes å ha vært at kommunen – kanskje fordi den har inngått oppdragsavtaler – har *avgrenset* seg mot å styre og lede Bs og andre tilsvarende tjenesteyteres oppdrag på de måter som er karakteristiske i arbeidsforhold. Også sett fra Bs side må forholdet ha fremstått slik. At kommunens kontaktperson i oppdragsavtalene er benevnt "veileder" indikerer etter min mening verken det ene eller andre.
- (100) Den løpende dialogen har B hatt med A og hans familie. Både B og A har opplyst at de "avtaler" tidspunkter og annet, og at de ellers seg imellom kommuniserer konkrete og andre behov som måtte knytte seg til A. Heller ikke Bs avtaler med kommunen

inneholder noe som tilsier at hun er underlagt A families styring og ledelse på måter som er karakteristiske i arbeidsforhold. I det hele synes B å ha betydelig frihet til – innenfor lovens krav – å gi de tjenestene hun i avtalene med kommunen har påtatt seg, et innhold.

- (101) I den forbindelse peker jeg også på at B – i motsetning til det som var tilfelle i avlasterdommen – leverer sine tjenester utenfor A hjem. Hun opplyser at "som støttekontakt og avlaster foregår mye av arbeidet i mitt hjem", hvilket etter min mening understøtter den frihet hun har i forholdet. På den måten integreres A i det som foregår i Bs hjem og familie. Mitt syn er at likhetene med situasjonen i beredskapshjemdommen er mer fremtredende enn situasjonen i avlasterdommen.
- (102) Jeg er derfor kommet til at B ikke er arbeidstaker i Ålesund kommune. Hun utfører, slik partene har avtalt, oppdrag for kommunen, A og hans familie. Ålesund kommune må da frifinnes.
- (103) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Matheson.
- (104) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (105) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (106) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Ålesund kommune og KS en for begge og begge for en til B 307 930 – trehundreogsjutusenihundreogtretti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.
3. I sakskostnader for Høyesterett betaler Ålesund kommune og KS en for begge og begge for en til Fagforbundet 48 000 – førtiåttetusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.

Riktig utskrift bekreftes: