



B-rundskriv nr.: B/07-2016  
Dokument nr.: 16/01626-1  
Arkivkode: 0  
Dato: 30.09.2016  
Saksbehandler: Hege Øhrn

Til: Kommunen / fylkeskommunen / virksomheten

## **Konsekvensene av Høyesteretts «avlaster 2 dommen» - for kommunenes bruk av avlastere, støttekontakter mv.**

### **1. Innledning**

Høyesterett avsa 23. juni 2016 en dom der temaet var grensen mellom arbeidstaker- og oppdragstakerbegrepet («avlaster 2 dommen»). Dommen gjelder en avlaster som både var avlaster i eget hjem og støttekontakt for samme bruker. Rettens flertall klassifiserer dette som et arbeidstakerforhold.

«Avlaster 2 dommen» må vurderes i sammenheng med at Høyesterett i 2013 avsa to dommer med lignende problemstillinger, men med ulikt resultat. I den ene saken fra 2013 anså retten en beredskapsforelder som oppdragstaker, Rt-2013-342, «beredskapshjem». Kjernen i oppdraget var «å stille til rådighet et hjem hvor fosterbarnet så langt mulig skal være som et familiemedlem». I den andre saken fant avlastningen sted i hjemmet til brukeren familie. Avlasteren ble ansett som arbeidstaker, Rt-2013-354, heretter kalt «avlaster 1 dommen».

Etter «avlaster 1 dommen» ga KS ut B-rundskriv nr 4/2013. Etter «avlaster 2 dommen» er det behov for å nyansere grensedragningen mellom arbeidstaker- og oppdragstakerbegrepet ytterligere for enkelte kontraktstyper. I det følgende vil det bli pekt på konsekvensene for kommuner som har inngått oppdragstakerkontrakter med avlastere og støttekontakter, og kort om muligheten for å inngå oppdragstakerkontrakter for andre typer omsorgstjenester. I tillegg gis det en kort oppsummering av B-rundskriv 4/2013 med hensyn til hvilke momenter som kjennetegner et arbeidstakerforhold og et oppdragstakerforhold.

Det er rekkevidden av arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljølovens § 1-8 som per i dag bestemmer adgangen til å bruke oppdragstakere. KS arbeider nå for å få til lovendringer, for om mulig å legalisere en begrenset bruk av oppdragstakere. Men det er uklart om det er mulig å få dette til, og eventuelt fra når.

## **2. Høyesterettsdommen av 23. juni 2016 – «avlaster 2 dommen»**

Det følgende er hentet fra ingressen til dommen, slik den fremkommer på lovdata, sitat:

«En kvinne utførte arbeid som avlaster og støttekontakt for familien til en gutt med et særlig omsorgsbehov, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 bokstav b og d. Høyesterett kom som de tidligere instanser til at kvinnen skulle anses som arbeidstaker i kommunen, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd, og ikke som oppdragstaker. Det ble vist til at stillingen var av personlig art og at hun hadde rettslig plikt til å underordne seg kommunens ledelse av arbeidet. At avlastningsarbeidet foregikk med utgangspunkt i hennes eget hjem, kunne ikke føre til noe annet resultat. Dissens 4-1.»

Avlasteren/støttekontakten hadde et ordinært tilsettingsforhold hos en annen arbeidsgiver på 87 %. Avlastningsavtalen medførte at hun stilte sitt hjem til brukers disposisjon en til to helger i måneden, dvs. 48 timer sammenhengende oppdrag hver gang. Støttekontaktavtalen innebar et omfang på 5 timer i uken og medførte oppdrag i form av sosiale aktiviteter.

Høyesterett klassifiserer avtalene ut fra syv tradisjonelle momenter, som ikke nødvendigvis er uttømmende. I avsnitt 63 i dommen uttales: «...Blant de mange momentene som inngår i helhetsvurderingen, vil spørsmålet om arbeidsgiverens ledelse og kontroll derfor stå særlig sentralt.» Av avsnitt 64 fremgår det at det ikke er avgjørende om det er kommunen eller tjenestemottakeren som styrer tjenesten. Og av avsnitt 65 fremgår det at «det vil være tilstrekkelig for å konstatere et underordningsforhold at arbeidsgiveren har rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll.»

Når det gjaldt den konkrete vurderingen av om det forelå et arbeidstakerforhold, uttalte flertallet i avsnitt 68:

«Ettersom saken har flere likhetspunkter med det som var situasjonen i avlasterdommen [Rt-2013-354], 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 As 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.»

Etter en samlet vurdering av nevnte momenter konkluderte flertallet med at avlasteren (som også var støttekontakt) måtte anses som arbeidstaker. Høyesterett

kom videre til at støttekontaktavtalen og avlasteravtalen måtte vurderes samlet (som et helhetlig tilbud), jf, avsnitt 81 i dommen, slik at det etter en samlet vurdering forelå et arbeidstakerforhold.

Ålesund kommunen hadde anført at fordi avlastningen hadde foregått med utgangspunkt i As hjem, lå saken nært opp til det som var situasjonen i beredskapshjemdommen fra 2013, hvor Høyesterett anså at det ikke forelå et arbeidstakerforhold. Til dette uttalte flertallet ved førstvoterende i avsnitt 76: «Jeg kan imidlertid ikke se at det at B ved avlastning oppholder seg i As bolig, utgjør kjernen i hennes avlastningsoppdrag. Kjernen er å gi familien til B avlastning; ikke å tilby gutten et annet hjem enn det han har til daglig.»

Etter «avlaster 2 dommen» er det klart at en avlaster, som avlaster foreldre en helg eller mer i måneden, anses som arbeidstaker. Selv om Høyesterett i den aktuelle sak bedømte et særskilt faktum, er det vanskelig å se at dommens premisser åpner for at avlastning eller kombinert avlastning/støttekontakt lovlig kan skje, også i tilfeller der avlastningen er mer sporadisk, i form av en oppdragstakerkontrakt. Når det gjelder enkeltstående støttekontaktavtaler holder Høyesterett muligheten for oppdragstakerkontrakter åpen.

### **3. Konsekvenser av «avlaster 2 dommen» for enkeltstående støttekontaktavtaler**

I «avlaster 2 dommen» avsnitt 82 uttaler flertallet: «Hvorledes andre enkeltstående avtaler om støttekontakt skal klassifiseres arbeidsrettslig, må vurderes konkret.» Hvor stor åpning det rettslig sett er for å kunne inngå oppdragstakerkontrakter med støttekontakter, gir «avlaster 2» dommen lite egnede holdepunkter for å ta stilling til. Det blir derfor vanskelig med rettslig trygghet å si noe sikkert om hvor grensen for lovlig å inngå en oppdragstakerkontrakt for et enkeltstående støttekontaktoppdrag går.

Det er vanlig at en støttekontaktavtale innebærer kontakt med bruker 2-5 timer i uken. Dersom en vanlig støttekontakt i liten grad blir styrt av kommunen eller brukeren, når det gjelder utføringen av tjenesten, dvs å være med brukeren på ulike fritidsaktiviteter m.v., er det etter KS oppfatning mulig at støttekontakten fortsatt kan anses som oppdragstaker.

Jo mer fritt støttekontakten står til å løse sitt oppdrag innenfor en gitt tidsramme, jo mer sannsynlig er det at en oppdragstakerkontrakt lovlig kan inngås. Dersom støttekontakten også gis adgang til å løse oppdraget ved medhjelper (f.eks. en gang det ikke passer så godt for avtaleparten), kan det tale for at ordningen ikke omfattes av arbeidstakerbegrepet. KS anbefaler at kommuner som fortsatt ønsker å opprettholde støttekontaktavtaler, vurderer lovligheten av avtalene i tråd med nevnte momenter. Ut fra det foreliggende rettskildebildet vil det etter KS

oppfatning ikke være mulig med tilstrekkelig rettslig trygghet å konkretisere dette nærmere. Rettstilstanden er her usikker.

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

#### **4. Tilknytningsforhold ved utførelse av andre omsorgstjenester**

I det følgende angis kort om det per i dag antas å være rettslig adgang til å anvende oppdragstakerkontrakter for andre typer omsorgstjenester enn avlastning og støttekontakt.

##### **4.1 Beredskapshjem/fosterhjem**

I beredskapshjemdommen fra 2013 konkluderte Høyesterett med at fosterforelderen ikke var arbeidstaker. Høyesterett viste blant annet til at kjernen i oppdraget er å stille til rådighet eget hjem hvor fosterbarnet så langt som mulig skal inngå som et familiemedlem.

##### **4.2 Besøkshjem**

Besøkshjem kan ha ulike formål. Hovedformålet kan være å avlaste foreldrene, eller i andre tilfeller være mest for barnets skyld og noen ganger begge deler. I mange tilfeller grenser dette mot avlastning og et arbeidstakerforhold. Avtaleforholdet må vurderes konkret ut i fra momentene som nevnes i punkt 5.

##### **4.3 Brukerstyrte personlige assistenter**

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

##### **4.3 Omsorgslønn**

Den som mottar omsorgslønn anses tradisjonelt som oppdragstaker, jfr NOU 2011:17, punkt 11.2.3. Det antas at pårørende som tar seg av særlig tyngende omsorgsarbeid på privat basis ikke blir styrt av kommunen eller brukeren på en slik måte at det er nærliggende å anse dette som ledd i et arbeidsforhold.

##### **4.4 Oppsummering**

Vi vil understreke viktigheten av å vurdere hvert avtaleforhold konkret opp mot de momenter som er fremhevet som mest sentrale for omsorgstjenester i punkt 2 under omtalen av «avlaster 2 dommen». I neste punkt gis det en gjennomgang av

flere momenter som kan være relevante for grensdragningen mellom arbeidstaker- og oppdragstakerbegrepet.

## **5. Grensdragningen mellom arbeidstaker- og oppdragstakerbegrepet**

### **5.1 Arbeidstakerbegrepet**

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

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

En person skal regnes som arbeidstaker i lovens forstand hvis tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold. Det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet.

Følgende kriterier kan etter rettspraksis tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold:

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

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

## **5.2 Oppdragstakerbegrepet**

Oppdragstakere er enkeltpersoner som påtar seg å utføre oppdrag uten å være ansatt som arbeidstaker hos oppdragsgiver.

Momenter som kjennetegner en oppdragstaker er:

- Ikke pliktig til å utføre arbeidet personlig. Kan på eget ansvar overlate arbeidet til andre.
- Kan faktisk på eget ansvar ansette medhjelpere.
- Påtar seg en eller flere bestemte arbeidsoppgaver hos oppdragsgiveren.
- Er ikke forhindret, enten av avtalen eller arbeidsforholdene, til å ta tilsvarende arbeid hos andre.
- Kan selv bestemme sin arbeidstid, arbeidsplass og metode for utføringen av arbeidet, bortsett fra de innskrenkninger som følger av arbeidets egenart.
- Kan anvende eget redskap, maskiner og råvarer og står selv for utgiftene ved utføringen av arbeidet.
- Vederlag for arbeidsprestasjonen er helt avhengig av virksomhetens økonomiske resultat.

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

## **6 Praktiske konsekvenser av «avlaster 2 dommen»**

Dommen får en rekke praktiske konsekvenser for hvordan tjenesten nå må organiseres. Den vil også ha betydning for stillingsvern, feriepenger, sykepenger m.v. Det må videre tas stilling til etterbetalingskrav.

### **6.1 Konsekvenser av at en avlaster må anses som arbeidstaker**

Når en avlaster anses som arbeidstaker, må det utarbeides en arbeidsavtale for vedkommende i samsvar med arbeidsmiljøloven § 14-6. Hovedregelen er at en arbeidstaker skal ansettes fast. Dersom en avlaster skal ansettes midlertidig, forutsetter det at vilkårene i arbeidsmiljøloven § 14-9 er oppfylt.

Stillingsvernet, jfr. blant annet aml § 15-7, innebærer at det må foreligge saklig grunn for at arbeidsgiver skal kunne avslutte arbeidsforholdet. Dersom en videreføring av et tidligere oppdragstakerforhold, som etter «avlaster 2 dommen» må anses som et arbeidstakerforhold, innebærer at dette vil komme i strid med arbeidstidsreglene eller reglene om overtid, anses dette som en saklig grunn til å endre eller avslutte arbeidsforholdet.

En arbeidstaker vil ikke lovlig kunne ha en arbeidstid på 48 timer (tilsvarende en helg). Arbeidsforholdet må bringes innenfor de rammer arbeidsmiljøloven setter. Dersom det ikke er mulig å komme frem til en avtale med den aktuelle avlasteren må endring skje i form av en oppsigelse, hvor de ordinære saksbehandlingsreglene/prosedyrene for oppsigelse må overholdes. Det må avholdes drøftingsmøte osv.

Noen avlaster har også et arbeidsforhold i kommunen slik at vedkommendes samlede stillingsprosenten vil overstige 100 % stilling. Arbeid utover 100 % stilling er overtid, noe som innebærer at vilkårene for overtid etter arbeidsmiljøloven § 10-6 må være oppfylt. I den grad vilkårene ikke er oppfylt, kan ikke arbeidet utføres. Den delen av det tidligere oppdragstakerforholdet som ikke kan videreføres etter arbeidsmiljølovens regler må sies opp. Saksbehandlingsreglene må følges og det må utferdiges en ny arbeidsavtale.

Avlaster vil ha krav på samme rettigheter som andre arbeidstakere med hensyn til arbeidstid, lønnsfastsettelse, sykepenger, feriepenger, innmelding i pensjonsordningen m.v.

### **6.2 Fremtidig organisering av avlastertjenesten**

Som følge av at en avlaster må anses som arbeidstaker må reglene i arbeidsmiljøloven kap. 10 og Hovedtariffavtalen overholdes. Hovedregelen er at den daglige arbeidstiden kan være inntil ni timer og at arbeidstaker må ha 11 timer daglig fritid, jfr arbeidsmiljøloven § 10-4 og § 10-8. Etter avtale med tillitsvalgte kan den daglige arbeidstiden være inntil 12,5 timer, i tillegg til dette kan arbeidstiden forlenges ved passiv tjeneste slik at den daglige arbeidstiden kan være inntil 14,5 timer. Videre kan det avtales at den daglige fritiden kan være ned til 8 timer. Ved behov for lengre vakter/kortere daglig fritid enn det som kan avtales med tillitsvalgte, kan det inngås tariffavtale med fagforeninger med innstillingsrett, jfr arbeidsmiljøloven § 10-12 (4) eller det kan søkes dispensasjon fra Arbeidstilsynet. Begge disse mulighetene fordrer imidlertid at arbeidstaker får «kompenserende hvile» eller «annet passende vern». Det innebærer, etter KS oppfatning, at det neppe er mulig å opprettholde tilbudet om avlastning over en hel helg i avlasterens hjem, med mindre kommunen sørger for at avlasteren også gis «avlastning» for å oppfylle kravet til daglig fritid. Det vil uansett innebærer begrensninger i mulige måter å organisere avlastning på, når avlastningen foregår i avlasterens hjem.

Mulige alternativer kan være:

- Avlastning skjer i avlasterens hjem innenfor arbeidstidsreglene: avlasteren må ha daglig fritid, enten ved at bruker flytter mellom flere avlastningshjem i løpet av helgen, eller at flere i samme hjem er avlasterer
- Avlastning skjer i brukers hjem, og flere avlasterer deler helgen
- Avlastning skjer i institusjon

Dersom arbeidstaker arbeider til ulike tider av døgnet skal det utarbeides en arbeidsplan som viser hvilke uker, dager og tider den enkelte skal arbeide, jfr. aml § 10-3.

### **6.3 Etterbetaling**

«Avlaster 2 dommen» gjaldt en konkret sak med påstand om fastsettellesdom for at avlasteren var arbeidstaker. Høyesterett har ikke tatt stilling til spørsmålet om det skal foretas etterbetaling.

Om og eventuelt i hvilken grad det må foretas etterbetaling i denne type saker, vil bero på en konkret vurdering på bakgrunn av eventuelle krav som fremmes i den enkelte kommune/fylkeskommune. Det er ikke slik at Høyesteretts dom utløser noen automatisk etterbetalingsplikt.

KS vil anbefale at kommunene orienterer avlastere i løpende kontrakter om konsekvensene av «avlaster 2 dommen», slik at disse også gis mulighet til å fremme eventuelle krav om etterbetaling. KS legger også til grunn at den enkelte kommune sørger for at de løpende kontrakter innenfor dette feltet er i tråd med dommen fra Høyesterett, og at den enkelte arbeidstaker fra domstidspunktet får de lønns- og arbeidsvilkår som følger av lov og tariffavtaler.

Om og eventuelt i hvilken grad det skal gis etterbetaling for krav som fremmes forut for domstidspunktet er ikke endelig rettslig avklart.

Dommen fra Høyesterett innebærer en ny rettslig situasjon for en stor gruppe avlastere i kommunesektoren. Denne gruppen går fra å være ansett som oppdragstakere til å være arbeidstakere med alle de konsekvenser dette måtte medføre for lønns- og arbeidsvilkår. Ingen av partene i disse avtalene har hatt grunn eller oppfordring til å innrette seg på situasjonen før den nå har oppstått gjennom Høyesteretts dom og de eventuelle etterbetalingskrav som måtte fremmes på bakgrunn av dommen. De økonomiske konsekvensene for kommunene, dersom det skulle være grunnlag for etterbetaling lengre tilbake i tid enn domstidspunktet vil være omfattende. Det kan muligens i denne sak trekkes noen paralleller til den praksis som har utviklet seg i Arbeidsretten om etterbetaling på et tariffrettslig grunnlag, hvor etterbetaling ikke gis for et tidsrom lengre tilbake enn når kravet om etterbetaling ble fremsatt jfr Rt. 1995 s.1. Et slikt resonnement, som bygger på passivitetsbetraktninger, kan ha gode grunner for seg også i denne sak.

Denne type passivitetsbetraktninger har mindre for seg i situasjoner hvor den enkelte avlaster har fremmet krav mot kommunen på et tidligere tidspunkt enn domstidspunktet. Ut fra resonnementet ovenfor vil dette tidspunktet kunne være utgangspunktet for evt. etterbetaling

Hvis man velger å ikke legge passivitetsbetraktninger til grunn, vil det være de alminnelige foreldelsesreglene som styrer eventuell etterbetaling tilbake i tid. Etter foreldelsesloven § 3 jfr § 2 vil et krav på etterbetaling være foreldet etter tre år regnet tilbake fra fristavbrytelsesdatoen.



Fristen avbrytes enten ved at arbeidsgiver erkjenner kravet eller at det tas rettslige skritt, jfr foreldelsesloven §§ 14 og 15. For å forhindre mange søksmål, med den hensikt å avbryte foreldelsesfristen, kan det være hensiktsmessig å bli enig om at foreldelsesfristen suspenderes mens kommunen behandler kravet.

Avlastere som nå anses som arbeidstakere kan ha krav på tilsvarende økonomiske rettigheter de ville hatt om de var arbeidstakere, fratrukket det de har mottatt som oppdragstakere. Hvor stort kravet på etterbetaling en avlaster vil ha, må arbeidsgiver ta stilling til når kravet er mottatt.

Hege Mygland  
avdelingsdirektør

Hege Øhrn  
fagleder