

Arbeidsmiljølovens vern av andre enn egne arbeidstakere



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 570

Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 17706 ord

22.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Dagens situasjon	1
1.2	Problemstilling	1
<u>2</u>	<u>GRENSEDRAGNINGEN MELLOM ARBEIDSTAKER OG SELVSTENDIG OPPDRA GSTAKER</u>	<u>2</u>
2.1	Rettslige begreper og deres innhold	2
2.1.1	Arbeidstakerbegrepet i norsk rett	2
2.1.2	Arbeidstakerbegrepet i EU/EØS-retten	3
2.1.3	Begrepet selvstendig oppdragstaker	6
2.2	Vurdering av om det reelt sett foreligger et arbeidsforhold	7
2.2.1	Avtalens betydning	7
2.2.2	Arbeidsmiljølovens vern av reelle arbeidsforhold	7
2.3	Momenter ved vurderingen	9
2.3.1	Personlig arbeidskraft	9
2.3.2	Underordning og kontroll	10
2.3.3	Redskaper til utførelsen av arbeidet	12
2.3.4	Risiko	13
2.3.5	Vederlag i en eller annen form	13
2.3.6	Tilknytningsforhold	14
2.3.7	Hovedsakelig en arbeidsgiver	15
2.3.8	Andre momenter	16
2.3.9	Arbeidstakerbegrepet belyst ved ”Dykkerdommen”.	18
<u>3</u>	<u>ARBEIDSGIVERENS ANSVAR FOR SELVSTENDIGE ETTER AML § 2-2</u>	<u>23</u>
3.1	Oversikt	23

3.2	Bakgrunn	23
3.3	Personkretsen	24
3.4	Ansvarets forhold til HMS	27
3.4.1	Problemstilling	27
3.4.2	Internkontroll	27
3.4.3	Oppsummering	31
3.5	Ansvarets forhold til yrkesskadeforsikringsloven	32
3.5.1	Problemstilling	32
3.5.2	Selvstendiges rettstilling i forhold til yrkesskadeforsikringsloven	33
3.5.3	Momenter ved vurdering av om det reelt sett foreligger et arbeidsforhold	36
3.6	Ansvarets forhold til arbeidstidsbestemmelser	38
3.6.1	Problemstilling	38
3.6.2	Kort om arbeidstidsbestemmelsernes bakgrunn	38
3.6.3	De selvstendiges rettslige utgangspunkt i forhold til arbeidstiden	38
3.6.4	Selvstendiges ”behov for vern” gjennom arbeidstidsbegrensinger	40
3.7	Selvstendige oppdragstakere forhold til allmengjøringsloven	42
3.7.1	Oversikt	42
3.7.2	Problemstilling	42
3.7.3	De selvstendiges rettstilling	43
3.8	Vern mot diskriminering	46
3.8.1	Oversikt	46
3.8.2	Bakgrunnen for diskrimineringsvernet	47
3.8.3	Utvidelse av vernet	48
3.8.4	Forholdet til Diskrimineringsloven	51
3.8.5	Arbeidsmiljøloven § 13-2, 2.ledd	54
4	<u>RETTSVIRKNINGER</u>	56
4.1	Brudd på plikter etter aml § 2-2	56
4.1.1	Arbeidstilsynets rolle	56
4.1.2	Straffansvar	57

4.1.3	Foretaksstraff	57
4.1.4	Erstatning	59
4.2	Brudd på diskrimineringsvernet	59
4.2.1	Oppreisning	59
4.2.2	Erstatning	63
4.2.3	Kontraksrevisjon	64
4.3	Oppsummering	64
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>65</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>66</u>
6.1	Lover	66
6.2	Internasjonale traktater og konvensjoner	66
6.3	Forskrifter	67
6.4	Ef-direktiver	67
6.5	Forarbeider	68
6.6	Rettspraksis	68
6.7	Litteratur	69
6.8	Andre kilder	69

1 Innledning

1.1 Dagens situasjon

I dagens arbeidsmarked er man innenfor enkelte bransjer avhengig av arbeidskraft i form av selvstendig oppdragstakere eller innleide arbeidstakere. Mange selvstendige og innleide arbeidstakere kommer fra de nye EU landene. Etter EU-utvidelsen i 2004, har det kommet over 100 000 arbeidere til Norge fra land i Sentral-Europa, særlig Polen.¹ Språkproblemer og kulturforskjeller kan skape problemstillinger som dels er tradisjonelle i den norske arbeidsretten, og til dels nye problemstillinger. En sammenblanding av forskjellige subjekter på arbeidsplassen slik som egne arbeidstakere, innleide arbeidstakere og selvstendige, skaper et behov for en klargjøring av ansvar for regler som retter seg ovenfor disse.

I den forbindelse oppstår det problemstillinger slik som hvilke rettigheter selvstendige og innleide arbeidstakere har ovenfor sin oppdragsgiver eller innleier, og hvilket ansvar har vedkommende ovenfor de selvstendige? Ved en sammenblanding av flere subjekt på en arbeidsplass blir det et særlig spørsmål hvor langt den enkelte aktørs ansvar for HMS rekker. Har alle et like stort ansvar, eller er det noen som har et overordnet ansvar for at arbeidet utføres i et forsvarlig arbeidsmiljø?

1.2 Problemstilling

Hovedproblemstillingen i oppgaven er å belyse det arbeidsrettslige vernet av andre enn egne arbeidstakere, med særlig henblikk på de selvstendige. Det arbeidsrettslige vernet har

¹ Ot.prp. nr. 88 (2008-2009) Om lov om endringer i allmengjøringsloven kapittel 1.3

nær sammenheng med hvem som kan stilles til ansvar for at lovens bestemmelser overholdes. Selvstendige oppdragstakere har et annet rettslig utgangspunkt enn arbeidstakere, og det vil derfor bli forsøkt å klargjøre tilfeller der også de selvstendige kan dra nytte av arbeidsmiljølovens verneregler. Ofte så er det en flytende overgang mellom en selvstendig og arbeidstaker, og det vil bli redegjort for hva slags betydning det arbeidsrettslige vernet har i en eventuell grensedragning.

2 Grensedragningen mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker

2.1 Rettslige begreper og deres innhold

2.1.1 Arbeidstakerbegrepet i norsk rett

Begrepet ”arbeidstaker” er et begrep man finner igjen i flere regelsett, deriblant arbeidsmiljøloven § 1-8, ferieloven, folketrygdloven og skadeerstatningsloven. Begrepet er et nøkkelbegrep som har betydning for anvendelsen av det enkelte lovsett. Begrepene ”arbeidstaker” og ”arbeidsgiver” utløser ofte en del rettigheter og plikter. Selv om begrepene utad fremstår som like, må de likevel tolkes individuelt opp mot det enkelte regelsett fordi hensynene bak lovens anvendelsesområde, og den enkelte bestemmelse er forskjellig. Det å bli regnet som arbeidstaker fremfor en selvstendig oppdragstaker har betydning i forhold til den man arbeider hos, ettersom forholdet utløser visse plikter i kraft av å bli regnet som arbeidsgiver. Hvorvidt man blir regnet som en arbeidstaker og ikke en selvstendig oppdragstaker har særlig betydning for anvendelsen av arbeidsmiljølovens verneregler. Arbeidstakerbegrepet er i arbeidsmiljøloven hjemlet i § 1-8.

I bestemmelsens 1.ledd menes det at en ”arbeidstaker” er enhver som ”utfører arbeid i en annens tjeneste.” Etter ordlyden er utgangspunktet at alle som utfører arbeid i en annens tjeneste skal regnes som arbeidstakere. Etter bestemmelsens 2. ledd, kommer det frem at

”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste” er å anse som arbeidsgiver. Selv om 2.ledd her forsøker å definere arbeidsgiverbegrepet, så må det legges til grunn at 2.ledd også har betydning for definisjonen av arbeidstakerbegrepet jf bestemmelsens bruk av begrepet ”arbeidstaker” i ”sin tjeneste”. Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden så kan det forutsettes en tiltredelse.

Begrepene har for det første en grunnleggende betydning i forhold til arbeidsmiljølovens anvendelsesområde jf § 1-2 (1). Loven gjelder ”for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er fastsatt i loven.” Dersom man ser denne bestemmelsen i sammenheng med § 1-8 (2) så har begrepet ”virksomhet” sammenheng med ”arbeidsgiver”. Ut i fra sammenhengen mellom bestemmelsene kan det forstås som at det kreves at arbeidsgiveren driver en viss ”virksomhet” som gjør det nødvendig for arbeidsgiveren å sysselsette en arbeidstaker. Dette får betydning for arbeidstakerbegrepet i den forstand at forholdet mellom partene forutsetter at arbeidstakeren er i tjeneste hos en arbeidsgiver, som utfører en viss virksomhet.

Enten man er i et tjenesteforhold som oppdragstaker eller arbeidstaker så det er en grunnleggende forutsetning at man får en eller annen form for vederlag. Vederlaget kan bestå av pengelønn eller naturallønn, eller en blanding av begge deler². Lønnen forutsettes derfor å ha direkte sammenheng med arbeidsinnsats.³ Vederlaget kan ha en viss betydning ved kartleggingen av om det foreligger et arbeidsforhold eller et oppdragsforhold, eksempelvis momspliktig vederlag.

2.1.2 Arbeidstakerbegrepet i EU/EØS-retten

Det foreligger ingen overordnet definisjon av begrepet innenfor EU lovgivningen.

² Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten side 325

³ Dege: Den individuelle arbeidsretten side 307

En eldre avgjørelse⁴ fra EF-domstolen, der problemstillingen var om kompetansen til å fastlegge innholdet i begrepet ”arbeidstaker” lå innenfor nasjonal lovgivning, eller om dette var noe som skulle fastsettes av fellesskapsretten med bindende virkning for medlemsstatene, belyser begrepets innhold nærmere⁵. Saken gjaldt begrepets bruk i sammenheng i med EU traktaten⁶ art 39 nr 1 om at ”fri bevegelighet sikres for arbeidstakere innen Fellesskapet”. Her kom EF-domstolen, til at fastleggelsen av hva som lå i begrepet var et felles anliggende. Dersom kompetansen til å fastlegge innholdet av begrepet ville bli gitt til den enkelte nasjonale rett så ville det gitt medlemsstatene mulighet til å modifisere begrepet ”migrant worker”, og dermed gitt mulighet til å eliminere det vernet som traktaten gir til visse kategorier av personer.⁷ Det som i den forbindelse er viktig å fremheve er at avgjørelsen gjaldt en av grunnforutsetningene for et velfungerende felleseuropeisk marked, der fri bevegelighet av arbeidskraft er en viktig faktor, og at denne bestemmelsen kunne bli uthulet dersom det var opp til hvert enkelt medlemsland å fastlegge innholdet i begrepet. Det som EF- domstolen her fastslår er hvor den overordnende kompetansen til å fastlegge innholdet i begrepet foreligger.

I en nyere avgjørelse⁸ fra EF-domstolen som gjaldt fri bevegelighet av arbeidstakere innenfor EU, ble det redegjort for begrepet. Problemstillingen var om retten til fri bevegelighet for ”arbeidstakere” også skulle omfatte personer uten arbeidstilbud, men som ønsket å finne arbeid i et annet medlemsland. Her kom EF-domstolen til at begrepet ”arbeidstaker” i daværende artikkel 48 (nå artikkel 39)⁹ skulle tolkes utvidende slik at det omfatter arbeidssøkende personer som ved innreise ikke har arbeid.¹⁰ Det som kan utledes

⁴ Hoekstra (nee Unger) v Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, sak 75-63 av 19. mars 1964.

⁵ Europarådets nettside www.ec.europa.eu

⁶ Traktat om opprettelse av Det Europeiske Felleskap, tredje del, avd. 3, kapittel 1.

⁷ Avgjørelsens premiss nr 1, avsnitt 6

⁸ The Queen v Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen, sak C-292/89 av 26. februar 1991.

⁹ Traktat om opprettelse av Det Europeiske Felleskap, tredje del, avd. 3, kapittel 1, artikkel 39

¹⁰ Avgjørelsens premiss nr 10,12 og 13.

fra denne dommen, er at EF-domstolen bruker tolking av arbeidstakerbegrepet til å gi en effektiv opprettholdelse av en av EUs grunnpilarer; fri bevegelighet av arbeidskraft. En løpende dynamisk tolkning av begrepet kan på mange måter være til fordel for en effektiv håndhevelse av EU-traktaten, men samtidig kan en mangel på enhetlig overordnet definisjon av begrepet føre til usikkerhet ved begrepets anvendelse i EU-direktiver og forordninger.

Eksempelvis brukes begrepet ”worker” og ”employee” i flere direktiver, uten noe nærmere overordnet definisjon av hva som ligger i begrepene. I ett av direktivene¹¹ omtales begrepet ”worker” som ”provided for by the laws or practices of the Member States.”¹² I et annet EU direktiv¹³ brukes begrepet ”employee” uten at det legges konkrete føringer på hva man legger i begrepet. Det som sies om definisjonen her er at ”employees representatives provided for by national law and/or practice”.¹⁴

På bakgrunn av overnevnte kan det sies at EU overlater langt på vei fastsettelsen av begrepets innhold til nasjonal lovgivning, men overvåker samtidig begrepsbruken slik at tolkingen er i samsvar med en effektiv håndheving av EUs grunnforutsetninger. Det som kan tenkes er grunnen til nettopp denne arbeidsfordelingen er at de fleste EU land ikke har en legaldefinisjon av begrepet i lovgivningen, men at begrepet er utviklet gjennom rettspraksis og teori.¹⁵ EU-domstolen har hittil vært tilbakeholden med å korrigere medlemslandenes bruk av begrepet. Slik tilbakeholdenhet medfører at medlemslandene bruker begrepet effektivt, og dermed utvikler begrepets innhold på egenhånd. Selv om Norge ikke er medlem av EU, så er Norge likevel medlem av EFTA. EFTA-domstolen ser hen til EU-domstolens praksis, for å bevare en enhetlig praktisering av begreper. Høyesterett ser ut til å ha et ønske om å ligge på linje med EU, særlig når det gjelder den

¹¹ Direktiv 75/129/EEC av 17. februar 1975.

¹² Section 1, Art. 3 b).

¹³ Direktiv 94/45/EC av 22. september 1994

¹⁴ Section 2, Art. 2 d)

¹⁵ Fougner: Endring i arbeidsforhold side 64.

arbeidsrettslige utviklingen av rettslige begreper.¹⁶ Dessuten blir stadig flere bestemmelser i den norske arbeidsmiljøloven basert på EU direktiver.¹⁷

2.1.3 Begrepet selvstendig oppdragstaker

I arbeidsmiljøloven § 2-2 (1) er det fastslått at arbeidsgiver har et ansvar ovenfor egne arbeidstakere, innleide arbeidstakere eller selvstendige som utfører arbeidsoppgaver i tilknytning til arbeidsgivers aktivitet.

Problemstillingen i den forbindelse er hvem som skal regnes for ”selvstendig”.

Etter en tolking ordlyden i loven foretas det ikke en avgrensning av hvilke selvstendige oppdragstakere skal omfattes av bestemmelsen. Det kan ikke utledes fra ordlyden noe krav til om de har organisert sin tjenesteytelse gjennom opprettelse av enkeltmannsforetak, eller kun jobber med selvstendige oppdrag.

Etter forarbeidene¹⁸ så defineres uttrykket ”selvstendig” her med ”personer som utøver sin yrkesaktivitet uten et ansettelsesforhold av noen art, og uten å være underordnet en tredjeperson.” Videre så sies det i forarbeidene at ”begrepet omfatter både enmannsbedrifter/foretak og selvstendige oppdragstakere.” Det fremgår også av forarbeidene at begrepet er ment å fange opp også andre grupper, deriblant uføre som utfører arbeid på tilrettelagte arbeidsplasser uten at de skal anses som arbeidstakere etter den særlige bestemmelsen i § 1-6.

¹⁶ Henning Jakhelln: Veiledning i fbm avhandling.

¹⁷ Aml § 2-2 (1) a)

¹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Kap. 25.2

2.2 Vurdering av om det reelt sett foreligger et arbeidsforhold

2.2.1 Avtalens betydning

Utgangspunktet etter norsk rettskildelære at avtalen mellom private parter skal legges til grunn. Dersom man har med to foretak å gjøre, for eksempel en hovedentreprenør og en underentreprenør, så skal deres avtale legges til grunn så lenge avtaleforholdet ikke strider mot ufravikelig lovgivning, deriblant Arbeidsmiljøloven som ikke kan fravikes til ugunst for ”arbeidstaker” jf aml § 1-9. Den private autonomi er på dette området begrenset av ufravikelig lovgivning. Det betyr at avtalen mellom partene må settes til side på avtalepunkter som strider mot arbeidsmiljøloven, dersom det reelt sett foreligger et arbeidsforhold.

2.2.2 Arbeidsmiljølovens vern av reelle arbeidsforhold

Arbeidsmiljøloven gjelder for virksomhet som sysselsetter ”arbeidstaker” jf aml § 1-2(1). I spørsmål om omgåelsestilfeller er det ofte slik at arbeidstakeren har eget enkeltpersonforetak med organisasjonsnummer, og sender faktura til sin arbeidsgiver for den jobben vedkommende utfører. Det kan da reises spørsmål om vedkommende reelt sett likevel kan regnes som ”arbeidstaker” etter § 1-8 (1) slik at arbeidsforholdet faller inn under Arbeidsmiljøloven.

I forbindelse med utarbeidelsen av gjeldende arbeidsmiljølov ble det i sammenheng med en drøftelse¹⁹ av behovet for utvidelse av arbeidstakerbegrepet uttalt at ”ved omgåelsestilfeller, dvs. at et reelt arbeidsgiver-/arbeidstakerforhold kamufleres som en eller annen form for arbeidsfelleskap, vil det kunne skjæres gjennom ved anvendelse av det alminnelige arbeidstakerbegrepet. Her skal det underliggende forhold være avgjørende for

¹⁹ NOU 2004:5 s. 477

rettslig status.”²⁰ I forarbeidene²¹ til aml § 1-8, gjøres det rede for at det etter gjeldende rett skal ”foretas en konkret helhetsvurdering, der det legges vekt på momenter som har kommet frem i rettspraksis.” Videre slås det her fast at selvstendig næringsdrivende, konsulenter og oppdragstakere med videre, i utgangspunktet ikke regnes som arbeidstakere.

Det derfor relevant å se på de enkelte momentene som har kommet frem i rettspraksis. For ordens skyld må det nevnes at i forarbeidene²² kommer frem at det ikke er noen reelle endringer i arbeidstakerbegrepet i forhold til begrepet slik det var praktisert etter Arbeidsmiljøloven av 1977 § 3 nr 1. (1), noe som betyr at tidligere rettspraksis også kan være retningsgivende. Begrepet må etter teori og rettspraksis vurderes opp mot den enkelte bestemmelse og formålet som skal vernes²³. Her kan behovet for en effektiv håndheving av Arbeidsmiljølovens verneregler tenkes som et overordnet hensyn bak en gjennomskjæringsadgang i tilfeller som reelt sett må regnes som arbeidsforhold.

Videre så kan det tenkes et særlig behov for å verne arbeidstakeren, som oftest er den svake part, mot et urimelig press fra arbeidsgiver til å stifte et enkeltpersonforetak og dermed miste rettigheter vedkommende har gjennom vernereglene i loven. Det kan ut i fra reelle hensyn tenkes at behovet for gjennomskjæring må vurderes opp mot hva slags vernebestemmelse som er forsøkt omgått, og hvordan rettsvirkningene for partene blir.

²⁰ NOU 2004:5 s. 477

²¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 73

²² Innst.O. nr. 100 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid, og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

²³ Arbeidsrett.no kommentar til aml § 1-8, note nr. 3.

2.3 Momenter ved vurderingen

I forarbeidene²⁴ til arbeidsmiljølovens § 1-8, listes det opp enkelte momenter som har grunnlag i rettspraksis, og som er av betydning for den konkrete helhetsvurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold. Det må bemerkes at listen over momentene ikke er uttømmende, og at den skal benyttes som en rettesnor for vurderingen²⁵. Redegjørelse for de konkrete momentene følger punktvis nedenfor.

2.3.1 Personlig arbeidskraft

Det første momentet som fremheves i forarbeidene²⁶ er hvorvidt ”arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning”. Her blir man sett nærmere på om vedkommende utfører arbeidet i kraft av ”egen person”, eller i kraft av et selskap. Forskjellen i dette er at en arbeidstaker i et arbeidsforhold er personlig ansatt i virksomheten, og arbeidsytelsene knyttes personlig til denne.²⁷ Dersom man inngår avtale med et selskap, så er utgangspunktet selskapet som påtar seg rettigheter og plikter²⁸. Men hvem som er ansvarlig for forpliktelsene avhenger av selskapsformen. Det er slik at selskapet som skal utføre det som det er avtalt, og arbeidsytelsen knyttes som hovedregel da ikke til en bestemt person, slik det er i et arbeidsforhold. Det spesielle med enkeltpersonforetak er at selv om man utad fremtrer som et selskap med eget organisasjonsnummer, så betyr ikke dette at man regnes som et selskap. Selskapsloven²⁹ § 1-1(1) stiller som et vilkår at det utøves økonomisk virksomhet for to eller flere deltakeres regning, for å bli regnet som et selskap. Et enkeltpersonforetak

²⁴ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 74

²⁵ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 74

²⁶ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 74

²⁷ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten side 33

²⁸ Andenæs, Selskapsretten side 54

²⁹ Lov av 21.06.1985 nr. 83: Om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven).

er da å regne som et foretak, men ikke et selvstendig rettssubjekt slik som selskaper. Enkeltpersonforetak er rettslig sett kun et navn som innehaveren har gitt en del av sin virksomhet, uten at det er rettslig selvstendig i forhold til innehaveren.³⁰ Etter alminnelig obligasjonsrett så kan en part i et avtaleforhold, vanligvis bruke kontraktsmedhjelpere for å oppfylle en ytelse, med mindre avtalen sier noe annet³¹. Det kan i utgangspunktet ikke gjøres i et arbeidsforhold, ettersom ytelsene som sagt er knyttet personlig opp mot arbeidstakeren, men det er likevel ikke fysisk umulig at en arbeidstaker får hjelp av andre til å utføre sin forpliktelse ovenfor arbeidsgiveren.

2.3.2 Underordning og kontroll

Forarbeidene³² ser nærmere på hvorvidt ”arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet.” En arbeidstaker er tradisjonelt sett underordnet sin arbeidsgiver i kraft av arbeidsavtalen. Dette innebærer at arbeidsgiveren har styringsrett ovenfor arbeidstakeren som betyr retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt rett til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør.³³

I et oppdragsforhold forventes det vanligvis et konkret resultat. Man kan som hovedregel si at forutsetningen mellom partene er at oppdraget skal føre til et bestemt resultat av en viss art eller mengde, altså en resultatforpliktelse³⁴. I et arbeidsforhold kan man ikke oppstille noe krav om bestemt resultat, men det kan forventes at arbeidsgiveren i kraft av styringsretten beordrer arbeidstakeren om å tilstrebe et vist resultat. Dette kan karakteriseres som en innsatsforpliktelse. I oppdragsforhold er oppdragstakeren som sagt ofte forpliktet til å levere et resultat, men det kan også være tilfeller der oppdragstakeren

³⁰ Andenæs, Selskapsretten side 34

³¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett side 471

³² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

³³ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten side 48

³⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett side 115

stiller sin arbeidskraft til disposisjon for oppdragsgiver, ved å jobbe på timebasis. Det er ofte naturlig i den forbindelse å reise spørsmål om det er av betydning i å se på hvor høy grad av selvstendig som foreligger i forhold til arbeidsgiveren. Etter rettspraksis³⁵ så har likevel ikke arbeidets innhold, dets grad av selvstendighet mv. noen betydning i vurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold.³⁶

Det kan eksempelvis tenkes at den selvstendige oppdragstakeren påtar seg et oppdrag der vedkommende blir leid inn for et visst tidsrom, jobber på lik linje som andre arbeidstakere i bedriften og utfører tilsvarende oppgaver. Dersom vedkommende er underordnet arbeidsgiverens ledelse og kontroll, altså har en lydighetsplikt på lik linje med andre arbeidstakere hos arbeidsgiveren, så kan dette etter omstendighetene tale for at det foreligger et arbeidsforhold. På en annen side må det i vurderingen også sees på tidsaspektet for oppdragsforholdet. Det kan for eksempel anses som urimelig for en oppdragsgiver at vedkommende automatisk anses som en arbeidsgiver dersom vedkommende for en viss periode leier inn en konsulent som har spisskompetanse som næring. I momentet som kommer til uttrykk i forarbeidene må det etter omstendighetene foretas en viss sammenlikning med andre ansatte i bedriften, dersom bedriften sysselsetter flere.

I et oppdragsforhold er det også adgang til å kontrollere om debitor, altså oppdragstaker, utfører oppdraget i samsvar med avtalen. Hjemmelen til kontroll følger ikke av styringsretten, men enten av avtale eller bakgrunnsrett. Et eksempel på kontroll innen Entrepriseretten er NS 8405³⁷, pkt 14.1, der det gis hjemmel til å varsle om feil i deler av utført kontraktsarbeid. Denne varslingen forutsetter en rett til å kontrollere utført arbeid. Kjernen i forskjellen mellom oppdragstaker og arbeidstaker er at en oppdragstaker står mye friere i forhold til en arbeidstaker når det gjelder avtale om rammene for oppdragsgivers

³⁵ Rt 1958 side 1229

³⁶ Dege, Den individuelle arbeidsrett side 64

³⁷ NS 8405:2004/AC

kontroll og styring, enn det en arbeidstaker gjør. Dette har en sammenheng med resultatrisikoen, noe som jeg kommer tilbake til nedenfor.

Arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon gjennom å inngå avtale om en bestemt stilling, og det er da opp til arbeidsgiveren å bestemme hva og hvordan dette skal gjøres.

2.3.3 Redskaper til utførelsen av arbeidet

Forarbeidene³⁸ tar også opp hvorvidt ”arbeidsgiver stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse.”. En selvstendig oppdragstaker har som regel sitt eget utstyr, og benytter dette i utførelsen av oppdraget. Av og til så kan det tenkes tilfeller der oppdragstakeren låner utstyr av oppdragsgiver. Problemstillingen blir da hvor grensen går. For eksempel en selvstendig snekker som låner en hammer hos oppdragsgiveren, blir han da en arbeidstaker?

Det må ut i fra sammenhengen mellom momentene i forarbeidene foreligge en viss mengde utstyr som benyttes av oppdragstakeren over en viss tidsperiode, for at det skal kvalifisere til å være et arbeidsforhold. Videre så må en kunne legge vekt på hva slags utstyr det er snakk om i hver enkel sak. Dersom det er produksjonsmaskiner i en fabrikk, og oppdragstakeren benytter seg av dette uten å ha ansvar for vedlikehold, og uten behov for andre redskaper i utførelsen, så kan det tenkes at forholdet har mer karakter av å være et arbeidsforhold enn et oppdragsforhold. Samtidig så kan det i enkelte yrkesgrupper være få redskaper som skal til for å utføre arbeidet. F. eks skal enhver maler regnes som selvstendig oppdragstaker ettersom vedkommende har stige og pensel til å utføre oppdraget? Det kan i enkelte tilfeller medføre en vanskelig vurdering av hvor mye som skal til, noe som betyr at momentets vekt i helhetsvurderingen kan være meget forskjellig ut i fra hvilken bransje man står ovenfor.

³⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

2.3.4 Risiko

Forarbeidene³⁹ går særskilt inn i risikoplasseringen for arbeidsresultatet ved å ta opp hvorvidt ”arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet.” I et arbeidsforhold er det arbeidsgiveren som er ansvarssubjekt i forhold til sin kontraktspart for at det som blir utført av hans arbeidstakere tilfredstiler avtalt mengde/kvalitet. Videre så er det arbeidsgiveren som er ansvarlig for eventuell skade som arbeidstakeren påfører andre eller kunden under utførelsen av arbeidet i henhold til arbeidsgiveransvaret i skadeerstatningsloven⁴⁰ § 2-1 (1). I et oppdragsforhold er det normalt at oppdragstakeren selv er ansvarlig for at arbeidet blir utført i samsvar med avtale. Avtalen er da den primære rettskilden i forholdet mellom partene og dens regulering av risiko, ettersom risiko er noe man forhandler om⁴¹.

2.3.5 Vederlag i en eller annen form

Forarbeidene⁴² går også inn på vederlaget for ytelsene som utføres.

Vederlaget kan bestå av pengelønn, naturallønn eller en blanding av begge deler⁴³.

Etter aml § 14-15 (1) har arbeidstakeren krav på utbetaling av lønn minst 2 ganger i måneden, med mindre annet er avtalt. Det at vedkommende har rett på vederlag for utført arbeid er underforstått i et arbeidsforhold, og det er et minimumskrav at lønnen skal være fastsatt jf aml § 14-6 (1) i). Lønnen er vernet gjennom forbudet mot lønnstrekk jf § 14-15 (1) med mindre det foreligger avtale, erstatning eller arbeidsnedleggelse. Videre så har arbeidstakere et særlig vern av lønn i forhold til konkurs, gjennom lønnsgarantiordningen jf lønnsgarantiloven⁴⁴ § 2, 1.ledd. En oppdragstaker har ikke noe vern av trekk i vederlaget,

³⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

⁴⁰ Lov av 13.06.1969 nr. 26: Lov om skadeerstatning

⁴¹ Ole Steen Olsen – kurs i Obligasjonsrett mars 2008

⁴² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

⁴³ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten side 325

⁴⁴ Lov av 14.12.1973 nr 61: Lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs mv.

annet enn det som vil følge av avtalen mellom partene. I forhold til konkurs så går oppdragstakerens vederlagskrav inn i boet som en alminnelig fordring, og man har kun krav på en dividende dersom det i det hele tatt er noe igjen i boet.

Vederlaget kan beregnes på mange måter, men det vanlige er ofte en avtalt timelønn der størrelsen på vederlaget regnes ut fra antall timer arbeidstakeren er tilgjengelig for arbeidsgiveren. Kvaliteten på utført arbeid har i utgangspunktet ikke innvirkning på lønnen, med mindre arbeidstakeren forsettlig eller grovt uaktsomt har påført virksomheten skade. En oppdragstaker er som regel utsatt for større risiko når det gjelder vederlaget. Avtalen er uansett utgangspunktet for fastsettelsen av vederlaget.

2.3.6 Tilknytningsforhold

Forarbeidene⁴⁵ tar også for seg hvorvidt ”tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister”.

Vurderingen av tilknytningsforholdet kan sees på som en vurdering av hvor mye arbeidstakeren jobber hos arbeidsgiveren; altså om det kun er karakter av å være tilfeldige oppdrag, eller fast arbeid til bestemte dager i uken eller perioder.

En selvstendig oppdragstaker har ofte mange oppdragsgivere, der det skal utføres et bestemt oppdrag som går over en bestemt periode. Varigheten av oppdraget varierer ut i fra hva slags oppdrag og bransje man har med å gjøre. Et eksempel er en IT konsulent som er på oppdrag i forbindelse med å fjerne virus på dataen til oppdragsgiveren. Det kan ta noen få timer eller kanskje noen dager, det er da på det rene at forholdet har karakter av å være en tilfeldig servicetjeneste. Og det må legges til grunn at IT-konsulentene ikke har denne oppdragsgiveren som eneste inntektskilde. I andre bransjer kan de faktiske forholdene by på mer tvil. For eksempel en selvstendig snekker som har fått i oppdrag å bygge et hus for

⁴⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

oppdragsgiveren. Dette kan ofte ta mer enn ett år, og i den perioden så kan det tenkes at snekkeren ikke har noen andre oppdragsgivere.

Når det gjelder å si opp et arbeidsforhold så sier alm. § 15-3(1) at det er det gjelder 1 måneds gjensidig oppsigelse dersom annet ikke er skriftlig avtalt. Videre så utvides oppsigelsesfristen til 2 måneder dersom arbeidstakeren har vært ansatt sammenhengende i minst 5 år, og til 3 måneder dersom vedkommende har vært ansatt i minst 10 år jf bestemmelsens 2.ledd.

Arbeidstakeren kan si opp arbeidsforholdet uten begrunnelse. Mens han arbeidsgiveren må forholde seg til reglene om arbeidstakerens vern mot usaklig oppsigelse jf § 15-7.

I oppdragsforhold er avtalen utgangspunktet dersom en av partene ønsker at oppdragsforholdet skal opphøre jf alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Der avtalen er taus vedrørende retten til oppsigelse av oppdragsforholdet så kan det komme inn bakgrunnsrett, avhengig av hvilket rettsområde som regulerer oppdragsforholdet. Det er ofte adgang enten avvikle oppdragsforholdet ex tunc eller ex nunc, og ofte innebærer det erstatning for en slik avvikling av oppdragsforholdet.

2.3.7 Hovedsakelig en arbeidsgiver

Dette momentet går inn i det overnevnte. Det at tilknytningsforholdet mellom partene er av stabil karakter og det hovedsakelig kun jobbes for en arbeidsgiver taler etter omstendighetene for at det har karakter av å være et ansettelsesforhold..

2.3.8 Andre momenter

Etter forarbeidene⁴⁶ er ikke ”listen uttømmende med hensyn til momenter som kan være relevante”. Videre så sier også forarbeidene at overnevnte ikke er ”absolutte holdepunkter, men en rettesnor for vurderingen.” Problemstillingen som da oppstår er hvilke andre momenter som kan være rettslig relevante i vurderingen om det foreligger et arbeidsforhold. Dersom man tolker arbeidstakerbegrepet i lys av lovens formål, så kan det være rettslig relevant å se på om arbeidsgiveren behandler arbeidstakeren ulikt i forhold til andre arbeidstakere jf § 1-1 b). Det kan være et moment i vurderingen om vedkommende arbeidstaker utfører jobben på lik linje som andre arbeidstakere.

Videre så kan da reises spørsmål om oppdragsgivers opptreden ovenfor en selvstendig kan medføre at oppdragsforholdet går over til å bli et arbeidsforhold. Det kan eksempelvis tenkes at en privatperson tar inn en snekker til å montere taklister. Privatpersonen tar seg fri fra jobb og overvåker snekkerens jobb. Etter hvert begynner privatpersonen å gripe mer og mer inn i selve utførelsen av jobben. Kan i det hele tatt slik direkte inngripen ha innvirkning på forholdets rettslige bedømmelse?

2.3.8.1 Direkte inngripen

Utgangspunktet er at en selvstendig utfører arbeid på egen regning og risiko. Vedkommende skal utføre arbeidet slik at det tilfredsstillende det som er avtalt mellom partene. Problemstillingen er om oppdragsgivers inngripen i form av løpende instruksjon av hvordan arbeidet skal utføres medfører en endring av forholdet mellom partene. Det som i alle fall er viktig å påpeke er at den selvstendige som oftest har et visst ansvar for at arbeidet er tilfredsstillende faglig sett⁴⁷. Det betyr at dersom oppdragsgiveren gir instruksjoner om hvordan taklistene skal monteres, og snekkeren ut i fra sin faglige innsikt

⁴⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

⁴⁷ Lov av 16.06.1989 nr 63: Lov om håndverkertjenester § 5 (1).

vet eller burde vite at taklistene vil falle ned etter en stud, så bør den selvstendige påpeke dette og eventuelt fraråde. Men dersom oppdragsgiver virkelig selv ønsker å ta denne risikoen, så har det formodningen mot seg at vedkommende skal hindres med begrunnelse om at forholdet mellom partene blir et arbeidsforhold, og at alt arbeidet da blir utført for arbeidsgivers risiko.

Det som kan tenkes er at man i slike tilfeller må se på forholdet mellom partene ut i fra en helhet. For eksempel ordner oppdragsgiveren alt av materialer som skal bygges inn. Vedkommende instruerer snekkeren løpende om hvordan alt skal gjøres. Spørsmålet blir da hvordan forholdet skal karakteriseres dersom oppdragsgiveren i tillegg stiller med alt av verktøy til utførelsen av arbeidet.

Slik det er redegjort for ovenfor i pkt 2.3.3, så er redskaper et særskilt moment som blir fremhevet i forarbeidene. Det som her likevel må tas i betraktning er hvorvidt oppdragsgiveren er privatperson eller næringsdrivende. Ut i fra reelle hensyn må graden av profesjonalitet tas i betraktning i forhold til en avveining av hvor stor grad av inngripen som skal til for at det skal blir regnet som et arbeidsforhold. Det kan tenkes at selv om oppdragsgiver stiller med alt av verktøy, så er det med begrunnelse i at vedkommende ikke ønsker å bli fakturert for ”verktøytillegg” av den selvstendige. For eksempel så trengs det kanskje kun hammer, sag og en skrutrekker til utførelsen av arbeidet Da ville det være urimelig dersom man blir avskåret fra en slik besparelse med en begrunnelse i at man får mer ansvar fordi det blir å anse som et arbeidsforhold.

Et moment i forhold til graden av direkte inngripen er at det bør sees i sammenheng med tidsaspektet for hvor lenge den selvstendige utfører arbeidet hos oppdragsgiveren. Dersom graden av inngripen er stor fra oppdragsgiver, og den selvstendige kun stiller med arbeidskraft, forholdet mellom partene er stabilt, arbeidet går over en lang periode noe som medfører at den selvstendige i hovedsak kun jobber for den ene oppdragsgiveren, så kan det lettere tenkes at forholdet ut i fra en helhetsvurdering kan ha mer karakter av å være et arbeidsforhold.

Ut i fra hensynet til privatpersoner som ikke er profesjonelle, må det aksepters en høyre grad av direkte inngripen, enn ved oppdragsgivere som benytter seg av selvstendige i næringsvirksomhet. Momentene må sees i sammenheng og foretas en helhetsvurdering av om det er rimelig å karakterisere forholdet mellom partene som arbeidsforhold.

2.3.9 Arbeidstakerbegrepet belyst ved "Dykkerdommen".

Høyesterett tar grundig for seg problematikken i forhold til selvstendig oppdragstakere og deres forhold til arbeidstakerbegrepet i Rt 2007 side 1458, "Dykkerdommen". Dommen belyser forarbeidenes momenter i vurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold, samt vektleggingen i helhetsvurderingen.

Saken gjaldt bruken av arbeidsmiljølovens (1977) straffebestemmelse i forbindelse med en dykkerulykke der dykkeren drev sin virksomhet gjennom et enkeltpersonforetak, men arbeidet kun for en oppdragsgiver. Høyesterett vurderte i dommen hvorvidt den forulykkende dykkeren reelt sett var å anse som arbeidstaker. Høyesterett kom til at forholdet måtte anses som et arbeidsforhold, og at arbeidsmiljøloven kom til anvendelse.

2.3.9.1 Viktige hovedmomenter i dommen

Høyesterett tok utgangspunkt i lovens ordlyd i bestemmelsen som gjaldt arbeidsgiver og arbeidstakerbegrepene, i tråd med alminnelig norsk rettskildelære. Videre bemerket Høyesterett at det ikke forelå noen skriftlig avtale mellom partene.

Deretter konstaterte retten at i et tilfelle som dette må det bero på en helhetsvurdering av de konkrete omstendigheter i saken hvorvidt dykkeren var å anse som arbeidstaker i lovens forstand.

Det ble pekt på at dykkeren hadde eget registrert enkeltpersonforetak, sendte faktura, hadde fast timepris for sitt arbeid og at det ble beregnet merverdiavgift. Motparten var ikke ansvarlig for dykkerens skattetrekk, det ble heller ikke betalt arbeidsgiveravgift og forholdet var ikke meldt inn i Aa-registeret. Høyesterett utaler at dette er forhold som taler for at dykkeren opptrådte som selvstendig oppdragstaker.

Men videre så sier Høyesterett at ”selv om vederlaget formelt sett ble ytt i en form som er typisk ved oppdragsforhold, så kan ikke det være avgjørende for kvalifiseringen av forholdet, dersom faktum for øvrig viser at det reelt sett forelå et ansettelsesforhold.” På den måten viser Høyesterett at det ikke er det formelle som er det avgjørende, men tvert imot hvordan helheten reelt sett fremstår.

Høyesterett tar for seg måten forholdet mellom partene ble organisert på. Det gjøres rede for at dykkeren var underlagt selskapets ledelse og instruksjon, fungerte som hvilket som helst arbeidslag, og fikk betalt for hans personlige arbeidsinnsats. Videre påpekes det at selskapet hadde risikoen for resultatet.

Deretter sier Høyesterett at C (dykkeren) ”må etter dette reelt sett sies å ha stått i et slikt forhold til selskapet som tilsier et behov for det vern av arbeidsrettslig art som arbeidsmiljøloven gir.”

Høyesterett trekker i dommen særskilt frem ”behovet for det vern av arbeidsrettslig art som arbeidsmiljøloven gir”. Behovet for vern er ikke uttrykkelig nevnt i dagens aml § 1-8 som omtaler arbeidstakerbegrepet, eller daværende aml (1977) § 3 nr. 1 (1) og § 4. Behovet for vern er heller ikke omtalt i forarbeidene til loven.

Høyesterett foretar også en drøftelse av hvorvidt dykkeren var selvstendig med hensyn til bruken av utstyr. Her blir det uttalt at han selv holdt en del og lånte en del. Høyesterett uttaler at dette ikke kan ha avgjørende vekt, ettersom det ”ikke er uvanlig at arbeidstakere

holder noe utstyr selv”. Dette har betydning i forhold til redegjørelsen av momentene i den konkrete helhetsvurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold.

I helhetsvurderingen så kommer Høyesterett til at ”det reelle forholdet som besto mellom C og selskapet i sterkere grad har preg av et ansettelsesforhold enn av et selvstendig oppdragsforhold.”

2.3.9.2 ”Behovet for vern”

Det at Høyesterett trekker frem ”behovet for vern” i domsslutning kan tenkes å ha sitt utspring i at arbeidstakerbegrepet tradisjonelt sett har blitt tolket i sammenheng med annen bestemmelse som man har tenkt å anvende på forholdet. I denne saken har arbeidstakerbegrepet blitt tolket i sammenheng med en straffebestemmelse som i hovedsak gir hjemmel i straff for brudd på arbeidsmiljølovens regler gitt gjennom forskrift om HMS. Det kan da reises problemstilling hvor tungt hver enkelt bestemmelse veier i forhold til ”behovet for vern.”

Det kan i utgangspunktet tenkes er at alle selvstendige oppdragstakere som har organisert sin virksomhet gjennom et enkeltpersonforetak alltid vil ha et visst behov for vern i forhold til en oppdragstaker. Men selv om behovet kan være til stede, er det da rimelig at oppdragstakere skal være vernet på lik linje som arbeidstakere? Oppdragstakeren har selv valgt å organisere sin virksomhet på slik måte. Han er da selv ansvarlig å sette seg inn i de plikter han har som næringsdrivende, men han har ingen plikt til å sette seg inn i de forskjellene som er når det gjelder verneregler mellom en arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker.

Høyesterett trekker som sagt særlig frem ”behovet for vern”. Det kan i denne sammenheng reises spørsmål om når dette momentet kan trekkes inn i vurderingen.

Det som er viktig å merke seg at Høyesterett i denne dommen brukte arbeidstakerdefinisjonen i arbeidsmiljøloven av 1977, slik at selskapet skulle få svare for brudd på HMS regler. Man kan indirekte si at Høyesterett her utvidet arbeidsgivers ansvar til å omfatte selvstendige oppdragstakere.

Ulykken skjedde i 2003 og Høyesteretts dom falt i 2007. I mellomtiden så har vi fått ny arbeidsmiljølov (2005). I arbeidsmiljøloven har vi nå fått en særskilt bestemmelse i § 2-2 (1) a) som nettopp går inn på en arbeidsgivers ansvar også får selvstendige. Ansvar i medhold av § 2-2, vil bli behandlet mer inngående nedenfor.

2.3.9.3 Oppsummering av dommen

Dersom man oppsummerer momentene i dommen så er det følgende som talte for at han skulle regnes som oppdragstaker:

- Dykkeren var registret som enkeltmannsforetak i foretaksregisteret og i merverdiavgiftsregisteret
- Sendte faktura og fikk betalt etter timer
- Han trakk selv skatt og merverdiavgift
- Holdt en del av dykkerutstyret selv

Det som talte for at han skulle bli regnet som arbeidstaker var følgende:

- Måten arbeidet ble organisert på vil være typisk ved ordinære tilsetningsforhold, deriblant at han var underlagt ledelses instruksjon med hensyn til utførelse.
- Han gikk inn i et arbeidsteam og fungerte som andre ansatte
- Han fikk betalt for sin personlige arbeidsinnsats, og ikke konkret resultat
- Han hadde ikke risikoen for resultatet av arbeidet
- Han hadde et ”behov for vern”
- Lånte ”noe” dykkerutstyr av selskapet

Det som er verdt å merke seg at det ikke blir drøftet at dykkeren kun jobbet i selskapet i 3 uker. Etter forarbeidene⁴⁸ så er ett av momentene ”Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter”.

Dersom man ser på de forskjellige momentene ovenfor så er graden av selvstendighet forholdsvis stor, ettersom han selv ordnet med regnskapet, fakturering, og hadde deler av utstyret. Men under selve utførelsen av jobben var han på lik linje som de andre arbeiderne i selskapet, og lånte litt utstyr.

Det som gjør denne dommen meget viktig er at den belyser momentene i helhetsvurderingen om det foreligger et arbeidsforhold. I dommen skjærer Høyesterett igjennom og legger særlig vekt på den selvstendiges behov ”for det vern av arbeidsrettslig art som arbeidsmiljøloven gir”. Dette er nytt i forhold til hvordan vurderingen har blitt praktisert tidligere, og medfører at man i helhetsvurderingen også må se hen til den selvstendiges særlige behov for vern i konkrete tilfeller.

I den sammenheng så kan det reises spørsmål om i hvilke andre tilfeller det kan være et ”behov for vern” også av selvstendige. Arbeidsmiljøloven er delt inn i en rekke kapitler. I de fleste kapitlene er det en nærmere definert og avgrenset interesse som vernes. Noen av interessene kan tenkes å være anvendelig ovenfor selvstendige. Dette er noe av det jeg kommer tilbake til nedenfor.

⁴⁸ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 74

3 Arbeidsgiverens ansvar for selvstendige etter aml § 2-2

3.1 Oversikt

Etter Arbeidsmiljøloven § 2-2 (1) a) har arbeidsgiveren plikter ovenfor egne arbeidstakere, innleide arbeidstakere og selvstendige slik at disse er sikret ”fullt forsvarlig arbeidsmiljø.” Bestemmelsen tar blant annet sikte på å ansvarliggjøre arbeidsgiver til å følge HMS reglene.⁴⁹

I forhold til arbeidsmiljøloven av 1977 § 15, som var tilsvarende bestemmelse, ble personkretsen utvidet i forbindelse med ny lovgivning.⁵⁰

I arbeidsmiljøloven av 1977 omfattet den kun arbeidstakere, mens i loven av 2005 omfatter den også ”selvstendige”.

Dersom man ser lovbestemmelsen i sammenheng og dens plassering i kapittel 2 som omhandler arbeidsgivers og arbeidstakers plikter, er det ut fra konteksten viktig å tolke bestemmelsen i lys av det den forsøker å verne. § 2-2 stadfester arbeidsgivers ansvar for et ”forsvarlig arbeidsmiljø”, og dermed retter fokuset på HMS. Det kan innledningsvis tenkes at bakgrunnen bestemmelsen er å begrense arbeidsgivers adgang til å frasi seg alt ansvar ved å overlate arbeidet til selvstendig oppdragstakere.

3.2 Bakgrunn

Dersom man tar et historisk overblikk på den nåværende bestemmelse § 2-2, så omfattet ikke tidligere lov de selvstendige. Det kan i den sammenheng reises spørsmål om hvorfor det har blitt foretatt en utvidelse av personkretsen som arbeidsgiveren er ansvarlig for.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 83

⁵⁰ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) side 110

Svaret på problemstillingen kan angripes fra to sider. For det første så har det i den norske arbeidsrettslige tradisjonen skjedd en omfattende rettsliggjøring til fordel for arbeidstakerne som oftest har vært den svake part. Ved vedtagelsen av arbeidstvistloven av 1915 og etablering av en egen Arbeidsrett og offentlig meglingsmyndighet, markerte man på mange måter et skifte i synet på arbeidernes organisasjonsrett, og på tariffavtalene.⁵¹ Utviklingen må sees i sammenheng med den økonomiske utviklingen som Norge har gjennomgått det siste århundre. Behovet for arbeidervern har vært et tema som har vært høyt oppe på den politiske agenda både i Norge og resten av Europa. Dette har bidratt til en rettsliggjøring og utvikling til fordel for arbeidstakerne gjennom de store arbeidstaker-/arbeidsgiverorganisasjonene.

På en annen side så har EU/EØS samarbeidet spilt en viktig rolle i forhold til den arbeidsrettslige utviklingen. Dette har medført at den norske arbeidsretten har blitt tilpasset rettsutviklingen i EU.⁵² For å nevne kort så gjeldet det særlig kravene til arbeidsmiljø, skriftlige arbeidsavtaler, overføring av virksomhet og masseoppsigelser. I den sammenheng er det verdt å merke seg at utvidelsen av personkretsen i aml § 2-2 har røtter fra en henstilling av 23. januar fra EU rådet.⁵³

3.3 Personkretsen

Siden personkretsen er utvidet i § 2-2, så kan det reises spørsmål om hvorvidt arbeidsgiveren nå har et like omfattende ansvar for selvstendige som han har for sine egne arbeidstakere.

⁵¹ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten side 143

⁵² Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten side 144

⁵³ Arbeidsrett.no – kommenterer til § 2-2 note nr 3.

Hensynet bak loven er etter ordlyden å klargjøre hovedarbeidsgivers ansvar for egne arbeidstakere, andres arbeidstakere og selvstendige som utfører arbeid i tilknytning til hovedarbeidsgiver jf § 2-2 pkt 1 a). Bestemmelsen synes å være mest relevant ved større arbeidsprosjekt, for eksempel byggebransjen der man ofte har en hovedentreprenør, innleide arbeidstakere, underentreprenører m.m.

Etter forarbeidene⁵⁴ så konstateres det tilknytningsforholdet mellom arbeidsgiver og den som utfører arbeidsoppgavene vil være av betydning for ansvaret. Det sies videre at det betyr at arbeidsgiver ”vil ha et mer omfattende ansvar for en innleid arbeidstaker enn for en selvstendig.” Dette blir begrunnet med at i forholdet mellom innleier og den innleide, så ligner det mer på et regulært ansettelsesforhold, blant annet ved at arbeidsgiver har instruksjonsmyndighet og ansvaret for arbeidets utførelse.

Det betyr metodisk sett at man først i loven fastslår at arbeidsgiver har et ansvar for alle de tre gruppene: ”egne arbeidstakere, innleide arbeidstakere og selvstendige.” I ordlyden presiseres det at dette gjelder ”fullt forsvarlig arbeidsmiljø”. I forarbeidene kommer det en viss presisering av ansvaret, slik det er omtalt ovenfor. Man kan tolke forarbeidene dit hen at man har mest ansvar for sine egne arbeidstakere, deretter nesten like mye ansvar for innleide, men likevel ikke så mye ansvar for selvstendige som for egne arbeidstakere og de innleide.

At det i forarbeidene sies at ansvaret er mindre omfattende for selvstendige kan i verste fall medføre en uthuling av ansvaret ved at man ikke ansetter eller leier inn arbeidstakere, men kun tar inn selvstendige, f. eks enkeltpersonforetak. Dette vil igjen skape den tradisjonelle problemstillingen om selvstendige oppdragstakere som reelt sett jobber som arbeidstakere, og behovet for en prejudisiell vurdering om det reelt foreligger et ansettelsesforhold etter aml § 1-8, før spørsmålet om rekkevidden av arbeidsgivers ansvar etter § 2-2 (1) a.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapitel 25 pkt 2.

Videre så blir problemstillingen om hvor langt arbeidsgivers ansvar etter § 2-2 (1) a) om fullt forsvarlig arbeidsmiljø rekker når det gjelder de selvstendige.

Det må i den forbindelse tas i betraktning primæransvaret for arbeidstakerne påhviler den arbeidstaker som den enkelte arbeidstaker er ansatt hos.⁵⁵ Dette må i forbindelse med § 2-2, sees på som et generelt utgangspunkt, ettersom det også kan være andre enn arbeidstakerens egen arbeidsgiver som kan ha et ansvar for arbeidstakeren. I forhold til selvstendige oppdragstakere, så har ikke disse i utgangspunktet noen arbeidsgiver, noe som medfører at de i utgangspunktet er overlatt til seg selv når det gjelder tiltak for å sikre seg tilstrekkelig til å utføre gitte arbeidsoppgaver. § 2-2 regulerer tilfeller der ”arbeidsoppgavene blir utført i tilknytning til arbeidsgivers aktivitet eller innretning” jf § 2-2 (1) siste setn. Etter ordlyden må dette forstås som at ”arbeidsgiver” også kan være ”oppdragsgiver” som allerede utfører arbeidsoppgaver på en avgrenset arbeidsplass, f. eks en hovedentreprenør.

Forarbeidene⁵⁶ sier at hovedarbeidsgiveren ikke er ansvarlig for hvordan andre enn sine egne arbeidstakere utfører arbeidet kvalitetsmessig, og om dette arbeidet blir utført på en forsvarlig måte. Det som det må sees hen til tilfeller det hovedarbeidsgiverens aktivitet representerer en risiko for andre som oppholder seg på arbeidsplassen. I byggebransjen er det til eksempel ofte en hovedentreprenør som har vunnet anbudet, og har en god del egne arbeidstakere til å utføre arbeidet, men i tillegg så tas det ofte inn både under og sideentreprenører samt innleid arbeidskraft. I de tilfellene der hovedarbeidsgiverens aktivitet representerer en risiko så sier § 2-2 (1) a), at hovedarbeidsgiveren har en plikt til å ivareta et ”forsvarlig arbeidsmiljø” for både egne og innleide arbeidstakere, samt selvstendige. Det betyr at HMS er et sentralt tema.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapitel 25 pkt 2.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapitel 25 pkt 2.

3.4 Answarets forhold til HMS

3.4.1 Problemstilling

Det kan tenkes en problemstilling hvor langt arbeidsgivers ansvar for selvstendige rekker i forhold til HMS jf aml § 2-2 (1) a). For eksempel kan språk og kulturarv ofte være en utfordring. I den forbindelse kan det reises flere problemstillinger, deriblant hvilke plikter påhviler arbeidsgiveren dersom vedkommende tar inn en selvstendig som ikke behersker norsk, og kan relativt dårlig engelsk. I tillegg så kan den selvstendige ha liten eller ingen kjennskap til norske forhold, og krav som stilles. Utvider dette hovedarbeidsgivers ansvar, eller er dette noe som den selvstendige selv må ta risikoen for. Tilsvarende spørsmål kan reises i forhold til bruken av innleide arbeidstakere. Dette er problemstillinger som jeg kommer tilbake til nedenfor.

Utgangspunktet er at arbeidsgiveren har plikter ovenfor andre enn egne arbeidstakere i medhold av § 2-2 (1) a). Det er nærliggende å anta at selvstendige eller innleide arbeidstakere som ikke behersker norsk, og som ikke kjenner norske forhold, utgjør en risiko i forhold til ”forsvarlig arbeidsmiljø”.

3.4.2 Internkontroll

Arbeidsmiljøloven kapittel 3, redegjør for virkemidler i arbeidsmiljøarbeidet. Etter forarbeidene⁵⁷ fastslås ansvarssubjektene i kapittel 2, mens hvordan arbeidsgiver skal ivareta ansvaret plasseres i kapittel 3.

Etter § 3-1 (1) skal ”arbeidsgiver sørge for at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid på alle plan i virksomheten”.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 7.1.4

Etter internkontrollforskriften⁵⁸ så sies det i § 4, 1.ledd at ”den som er ansvarlig for virksomheten skal sørge for at det innføres og utøves internkontroll i virksomheten og at dette gjøres i samarbeids med arbeidstakerne og deres representanter”. Forskriften klargjør da at det innenfor arbeidsgiverens organisasjon er det den som har ansvaret for virksomheten, som skal utarbeide internkontrollen. Dette må normalt antas å være daglig leder og/eller virksomhetens styre. Arbeidstakerne har en samarbeidsplikt etter forskriftens § 4, 2.ledd. Samarbeidsplikten for hovedarbeidsgiver med andre arbeidsgivere er slått fast i aml § 2-2 (1) b).

Når det gjelder de selvstendiges rolle i forhold til HMS arbeidet så foreligger det egen forskrift⁵⁹ som gjelder for virksomheter som ikke sysselsetter arbeidstakere jf forskriftens § 1.

Utgangspunktet etter forskriftens § 3, 1. setning, er at den selvstendige som utfører arbeid i bransjen skal gjøre dette på en ”fullt forsvarlig måte, slik at ikke andre som utfører arbeid på samme arbeidsplass utsettes for ulykkes- eller helsefare”.

Dette kan tolkes dit hen at de selvstendige enmannsbedriftene ikke kan se bort fra en prioritering av HMS når det gjelder arbeid på plasser der de ikke er alene. Videre så sier § 3, 2. setning at de selvstendige ”skal medvirke ved samordningen av virksomhetenes verne- og miljøarbeid på arbeidsplassen.” Dette fastslår at også de selvstendige har en samarbeidsplikt. Forskriftens bestemmelse må sees sammenheng med aml § 2-2 (1) b, som sier at hovedarbeidsgiveren på prosjektet skal ”samarbeide med andre arbeidsgivere for å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø”. Selv om formuleringen ”andre arbeidsgivere” er brukt, så må bestemmelsen tolkes utvidende til å også omfatte selvstendige som ikke

⁵⁸ Forskrift av 06.12.1996 nr. 1127: Forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (Internkontrollforskriften)

⁵⁹ Forskrift av 10.01.1986 nr. 17: Forskrift om arbeidsmiljølovens anvendelse for arbeid i enmannsbedrifter i bygge- og anleggsvirksomhet.

sysselsetter arbeidstakere. Dette gir en effektiv praktisering av bestemmelsen i samsvar med dens formål.

Ut i fra sammenhengen mellom forskriften og bestemmelsen i aml § 2-2 (1), så kan det eksempelvis tenkes et anvendelsesområde ved store prosjekt der hovedbedriften har egne arbeidstakere på prosjektet, og har tatt inn selvstendige. De selvstendige har da også en plikt til å samarbeide med hovedbedriften. De selvstendige har også en viss plikt til å utføre arbeidet på ”en fullt forsvarlig måte”, men det er likevel hovedbedriften som har det overordnede ansvaret etter § 2-2 (1) til å sikre ”et forsvarlig arbeidsmiljø”.

Med særlig henblikk på byggebransjen så sier byggherreforskriften⁶⁰ § 5 at ”Byggherren skal sørge for at hensynet til sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplassen blir ivaretatt.” Det viser at også byggherren i enkelte tilfeller kan ha et ansvar for HMS. Pliktene til en selvstendig og en arbeidsgiver blir at disse skal følge planen for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø som blir utarbeidet av byggherren jf § 18.

Etter forskriftens § 3, 2.ledd så gjelder overnevnte kun dersom byggherren ikke er forbruker. Dersom byggherren er forbruker, blir ansvaret for HMS værende hos den som får oppdraget fra byggherren forutsatt at vedkommende sysselsetter, leier inn arbeidstakere eller tar inn selvstendige på oppdraget.

Når det gjelder innleide arbeidstakere, blir det et særlig spørsmål om utleieres og innleiers ansvar for arbeidstakeren. Det tradisjonelle utgangspunktet er slik det er redegjort for ovenfor at ansvaret ligger hos arbeidstakerens formelle arbeidsgiver etter aml § 2-1 jf § 1-8 (2). Det fastslår det rettslige utgangspunktet at utleier har ansvar i kraft av å være den formelle arbeidsgiver. Samtidig har også innleier et ansvar i medhold av § 2-2 (1) a). Det kan derfor tenkes at både utleier og innleier er ansvarssubjekter i forhold til HMS. Dette synet kan underbygges gjennom samarbeidsplikten med andre arbeidsgivere etter aml § 2-2

⁶⁰ Forskrift av 03.08.2009 nr. 1: Forskrift om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser (byggherreforskriften).

(1) b). Men dersom man forutsetter at det er innleier som er nærmest til å ha en oversikt over risikoen som er på arbeidsplassen, så taler skadeforebyggende hensyn for at denne også er nærmest til å bære ansvaret for å ha et internkontrollsystem som ivaretar de innleide arbeidstakerne. Utleieres primæransvar blir derfor kun et formelt utgangspunkt, mens reelle forhold kan medføre en ansvarsforskyving på innleier.

Ovenfor så ble det reist spørsmål om ansvarets rekkevidde ovenfor selvstendige og innleide arbeidstakere som er fremmedspråklige, og som ikke kjenner norske forhold. Dersom man ser § 2-2 (1) a) i sammenheng med lovens formål, og da særlig § 1-1 a) så fremgår det at arbeidsmiljøet skal være i samsvar med ”den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet”.

Dersom den sosiale utvikling går i retning av at innleide og selvstendige benyttes av arbeidsgiver, uten at disse behersker norsk, så medfører dette at arbeidsgivers oppfølgingsplikt i forhold til HMS utvides og skjerpes. For å sikre at disse arbeidstakerne får tilstrekkelig oppfølging, så kan det tenkes tiltak der arbeidsgiver plikter å oversette interninstruks og HMS regler til det språket som arbeiderne behersker. Det som er viktig i den forbindelse er at HMS-regler blir tatt på alvor, og blir forstått av arbeidstakerne. Dersom oversettelsestiltak ikke fungerer, så kan det tenkes at det må tas i bruk tegninger for å sikre at HMS-reglene blir forstått.⁶¹ Det som også er viktig å ta med i betraktning er kulturelle forskjeller. En skandinavisk arbeidstaker er ofte bedre kjent med hvordan ting fungerer i Norge, enn en arbeidstaker som kommer fra et land utenfor Europa. Dette er en faktor så må tas i betraktning når det gjelder virksomhetens risikovurdering og tiltak i internkontrollen.

⁶¹ www.tu.no/jobb/article101902.ece

3.4.3 Oppsummering

Rekkevidden av ansvaret må etter en tolking av sammenhengen i lovens forarbeid karakteriseres som en slags overordnet påseplikt, der hovedarbeidsgiveren har en viss aktsomhetsplikt til å eliminere eller begrense risikoen for skader. Denne aktsomhetsplikten er etter loven ikke begrenset til egne arbeidsgivere, slik det tradisjonelle arbeidsgiveransvaret er, men også andre arbeidere som oppholder seg på arbeidsplassen. Dette har sammenheng med hvem som har den overordnende kontroll og innflytelse på risikofaktorene.

Hovedarbeidsgiveren må ha et internkontrollsystem i forhold til HMS, som omfatter egne arbeidstakere, innleide arbeidstakere samt selvstendige. Fordi det i forarbeidene uttales at hovedarbeidsgiveren ikke har et like stort ansvar for selvstendige som for egne, kan det tenkes at lovgiver har ment at hovedarbeidsgiveren har en slags administrativ ansvarsrolle til å påse at ”fullt forsvarlig arbeidsmiljø” ivaretas.

Videre så må det foretas en konkret vurdering av hva slags risiko de forskjellige arbeiderne utsettes for, og iverksette tiltak som er skadeforebyggende. Det kan da i alle fall tenkes et visst ansvar for hovedbedriften til å kontrollere at egne arbeidstakere, innleide og de selvstendige har nødvendig verneutstyr i forhold til risikoen som foreligger i arbeidet de skal utføre. Rent praktisk sett så unngår man at for eksempel hovedbedriften sender alle de selvstendige til å utføre arbeid som representerer en fare for liv og helse, uten å se etter om disse har tilstrekkelig verneutstyr til å utføre arbeidet på en forsvarlig måte. Det er dessuten ikke gitt at det er hovedbedriften som plikter å besørge alt av verneutstyr, men det må i alle fall kunne forventes med grunnlag § 2-2 (1) a) at hovedbedriften fører en kontroll med at de selvstendige har det nødvendige verneutstyret.

Av rettspraksis som har betydning for ansvarets omfang, så er Dykkerdommen⁶² også her av interesse. Dommen er det gjort rede for ovenfor, men det som konkret er viktig i forhold til § 2-2 (1) a, er det faktum at Høyesterett tar opp ”behovet for vern” også av selvstendige. Dette tilsier at bedrifter på større prosjekt der det er flere aktører som jobber under hovedbedriftens underordning, må ha et særlig aktivt forhold til HMS og rutiner som går på internkontroll. Hovedbedriften må ha for øye at de selvstendige har et behov for å bli vernet mot å bli sendt inn i ”løvens hule” uten å ha tilstrekkelig verneutstyr. Rimelighetshensyn tilsier at hovedbedriften ikke kan stå uten ansvar dersom slikt gjøres. Selve ansvarliggjøringen er særskilt nevnt i lovforarbeidene⁶³ der det uttales: ”når det gjelder forslaget til konkrete lovendringer, er ett av formålene på HMS-området en tydeliggjøring av arbeidsgivers ansvar.” Videre så uttales det i forarbeidene at ”det vil ha en positiv effekt på det forebyggende HMS-arbeidet”.

Dette gir grunn til å tro at dersom Dykkerdommen hadde blitt avgjort etter arbeidsmiljøloven av 2005, så ville Høyesterett kanskje gått direkte til ansvaret etter § 2-2 (1) a), istedenfor å foreta en prejudisiell vurdering av om det reelt forelå et ansettelsesforhold jf aml § 1-8.

3.5 Ansvarets forhold til yrkesskedeforsikringsloven

3.5.1 Problemstilling

Slik det er omtalt ovenfor så har arbeidsgiver et visst ansvar for selvstendige i medhold av aml § 2-2 (1) a) og lovens forarbeider. Det kan med grunnlag i ansvaret reises spørsmål om det da også foreligger et visst ansvar for arbeidsgiveren til å tegne yrkesskedeforsikring til

⁶² Rt 2007 side 1458

⁶³ Ot.prp. nr. 44 (2004-2005) side 297

fordel for den selvstendige jf yrkesskedeforsikringsloven⁶⁴ § 3, 1.ledd. Videre er det en problemstilling om det er rettslig adgang til å verne selvstendig oppdragstakere gjennom yrkesskedeforsikringsloven.

Praktisk sett så kan det tenkes et faktum der en arbeidsgiver har egne arbeidstakere på et byggeprosjekt, men benytter også innleide arbeidstakere, samt noen selvstendige oppdragstakere (enkeltpersonforetak). Arbeidsgiveren nedprioriterer HMS, og det foreligger ikke tiltak for å sikre et ”forsvarlig arbeidsmiljø” for de som utfører arbeid i tilknytning til hans virksomhet. Dette medfører at en av de selvstendige blir skadet som følge av arbeidsgiverens forsømmelser.

3.5.2 Selvstendiges rettstilling i forhold til yrkesskedeforsikringsloven

I forhold til egne arbeidstakere er det på det rene at arbeidsgiveren har både en rett og en plikt til å tegne forsikring jf yrkesskedeforsikringsloven § 1, 1.ledd jf § 3,1 ledd.

Når det gjelder de innleide arbeidstakere så ligger forsikringsansvaret etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden i § 2, hos den som formelt er arbeidsgiver, altså utleieren. Det betyr at både arbeidsgiverens egne, og innleide arbeidstakere er vernet av yrkesskedeforsikringsloven.

Når det gjelder selvstendig oppdragstakere så er utgangspunktet at de ikke er vernet av yrkesskedeforsikringsloven fordi de ikke er eksplisitt angitt i lovens virkeområde i § 1 jf § 2. Loven omfatter etter ordlyden kun ”arbeidstakere”.

Det kan da reises spørsmål om begrepet også kan omfatte selvstendig oppdragstakere. I forarbeidene⁶⁵ til loven drøftes innholdet av begrepet arbeidstaker og dets tolking. Det som her er interessant er at lovgiver kommer til at det er arbeidstakerbegrepets innhold slik det

⁶⁴ Lov av 16.06.1989 nr 65: Lov om yrkesskedeforsikring

⁶⁵ Ot.prp. nr 44 (1988-1989) side 48

har kommet til uttrykk i skadeerstatningsloven⁶⁶ § 2-1 nr 3, som skal legges til grunn. Begrunnelsen for dette er at ”den dekker behovet best”. Det uttales videre i forarbeidene at praksisen for anvendelsen av begrepet i forhold til skl § 2-1 nr 3 ikke er særlig omfangsrik. I den forbindelse trekkes arbeidstakerbegrepet i daværende arbeidsmiljølov (1977) § 3 og dets innhold, som mulige måter å presisere innholdet av begrepet på.

Uttalelsene i forarbeidene er likevel uklare på hvordan arbeidsmiljølovens begrep skal anvendes inn i praksis, og det konstateres til slutt at det ved fastleggingen av hvem som er vernet under yrkesskedeforsikringsordningen, så skal det bygges på begrepet slik det fremkommer gjennom skl § 2-1 nr 3. Forarbeidene⁶⁷ sier uttrykkelig at ”den viktigste avgrensning ligger i at de som utfører selvstendige oppdrag for egen regning og risiko faller utenfor”. Likevel nevnes problemstillingen om reelle arbeidsforhold, og det uttales at ”det må unngås at større grupper av personer som reelt er arbeidstakere faller utenfor det erstatningsrettslige vernet”.

Dersom man ser på de overordnede hensynene bak yrkesskedeforsikringsloven som blir nevnt i forarbeidene⁶⁸ så er det i praksis er vanskelig for en arbeidstaker å forfølge et erstatningskrav. Bakgrunnen er bl.a. et rettferdssynspunkt som begrunnes med at ”arbeidstakere påtar seg en særskilt og nødvendig risiko i arbeidsgivers og samfunnets interesse.” Videre så uttales det at ”dekning på objektivt grunnlag er viktig også for å forebygge konflikter på arbeidsplasser”. Til slutt sies det at ”slike bestemmelser utformes med sikte på forebyggelse av skade”.

Dersom man ser på uttalelsene i forhold til selvstendig oppdragstakere som driver eget enkeltpersonforetak, så taler de samme hensynene langt på vei også for at disse skal være vernet. Dette særlig dersom vedkommende jobber hos en større arbeidsgiver som har egne ansatte som jobber på prosjektet. Dersom vedkommende jobber i tilknytning til

⁶⁶ Lov av 13.06.1969 nr 26 Lov om skadeerstatning

⁶⁷ Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) side 47

⁶⁸ Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) side 5

arbeidsgivers virksomhet som selvstendig, så er det på det rene at arbeidsgiveren har et visst ansvar i forhold til den selvstendige med tanke på et ”forsvarlig arbeidsmiljø” jf arbeidsmiljøloven § 2-2 (1) a). Den selvstendige påtar seg også en særskilt og nødvendig risiko i arbeidsgivers interesse. Videre så kan det skape en konflikt dersom selvstendige er mindre vernet mot skade/ulykke på arbeidsplassen enn andre arbeidstakere.

Bestemmelsene i yrkesskadeforsikringsloven kan utformes på en slik måte at de forbygger skade, ved at det trekkes en særlig parallell til ansvaret som er i aml § 2-2 (1) a). Dette kan gjøre arbeidsgiver mer ansvarsbevisst og prioritere ”et forsvarlig arbeidsmiljø” for alle som utfører arbeid på prosjektet. Det som taler imot er at den selvstendige kan oppnå et vern gjennom egne forsikringsordninger. Det som her kan være et problem er arbeidere fra de nye EU-land som ofte konkurrer på det norske markedet hovedsakelig på pris, nedprioriterer forsikring for å senke utgiftene, noe som kan medføre at de ved en eventuell skade ikke er økonomisk i stand til å forfølge saken rettslig. Likevel er forarbeidene⁶⁹ klare i uttalelsene på at reelle selvstendige faller utenfor ordningen.

Rettslig sett betyr dette at arbeidsgiveren har et ansvar for selvstendige etter arbeidsmiljøloven § 2-2 (1) a) i forhold til ”et forsvarlig arbeidsmiljø”. De selvstendige er likevel ikke vernet av yrkesskadeforsikringsloven dersom det skulle oppstå en skade som følger av mangler i arbeidsgivers besørgelse av ”et forsvarlig arbeidsmiljø”. En arbeidstaker kan fremsette krav direkte ovenfor forsikringsselskapet, mens når man ikke er arbeidstaker blir man nødt til å gå på skadevolderen. Det betyr at de selvstendige selv må gå til sak med grunnlag i alminnelig erstatningsrett ovenfor arbeidsgiveren. I den forbindelse oppstår det et spørsmål om det i culpavurdering kan legges vekt på arbeidsgiverens ansvar i medhold av aml § 2-2 (1) a). Etter juridisk teori⁷⁰ kan dette ha betydning for culpavurderingen. Uansett medfører det en viss risiko i forhold til tvangsfullbyrdelse av kravet, ettersom mange arbeidsgivere driver virksomheten sin

⁶⁹ Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) side 47

⁷⁰ Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, side 99.

gjennom et selskap med begrenset ansvar, slik at selskapet ofte er konkurs før man har et rettslig tvangsgrunnlag.

3.5.3 Momenter ved vurdering av om det reelt sett foreligger et arbeidsforhold

Det som her kan være en problemstilling er om det ved vurdering av grensedragningen kan trekkes inn tilsvarende momenter som ved praktisering av begrepet etter arbeidsmiljøloven § 1-8. Forarbeidene⁷¹, slik det er redegjort for tidligere, sier at begrepet skal fortolkes på samme måte som skadeerstatningsloven § 2-1 nr 3. I forbindelse med forslag om ny lov om ”arbeidsskadeforsikring” ble det utarbeidet forarbeider⁷² som gjorde rede for rettstillstanden i yrkesskadeforsikringsloven.

Her ble det uttalt at momentene i den konkrete vurderingen som hovedregel er sammenfallende med de momenter som skal vektlegges etter folketrygdloven. Det blir da i forarbeidene vist til kommentarer til folketrygdlovens § 1-8. Oppregningen av momentene har mange paralleller til vurderingen av arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven § 1-8, men kan sies å være mer formalistisk rettet enn i arbeidsmiljøloven. Dette er fordi det tilsynelatende blir mer fokus på det formelt avtalte jf momenter som ”om det foreligger arbeidsavtale (innmeldt i Aa-registeret), og om det er avtalt regelmessig utbetalig av godtgjørelse.”⁷³ Dette må sies å ha sammenheng forskjellen bak hensynene til lovene. Oppregningen er ikke uttømmende i følge forarbeidene. Det reiser spørsmål om ”behovet for vern” kan trekkes inn som et moment i vurderingen slik det ble gjort i dykkerdommen.⁷⁴

⁷¹ Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) side 48 og 49

⁷² NOU 2004:3 Arbeidsskadeforsikring kapittel 10.2.2.

⁷³ NOU 2004:3 Arbeidsskadeforsikring kapittel 10.2.1.

⁷⁴ Rt 2007 side 1458

”Behovet for vern” har bakgrunn i en vurdering av arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven § 1-8. Ettersom yrkesskedeforsikringsloven i forarbeidene uttrykkelig har sagt at det er skadeerstatningslovens begrepet som skal legges til grunn, så må det rettslig utgangspunktet være at det må foreligge særskilte rettslige holdepunkter for å trekke ”behovet for vern” inn som et moment.

Det uttrykkes i forarbeidene⁷⁵ at ”praksis knyttet til de parallelle reglene i annen lovgivning kan tjene som veiledning også ved fortolkning av skl 2-1 nr 3.” Forarbeidene avskjærer derfor ikke muligheten til å bruke begrepet slik det praktiseres i arbeidsmiljøloven.

Dersom man sammenlikner formålene med yrkesskedeforsikringsloven og arbeidsmiljøloven så foreligger det klare likheter. Begge lovene er til for å verne en part som er svakere stilt. Det foreligger særskilte vernehensyn av arbeidstakeren i begge lovsett. Det å trekke inn ”behovet for vern” som et moment i helhetsvurderingen må derfor kunne sies å være mulig med bakgrunn i forarbeider, lovens system og hensynene bak loven.

En annen problemstilling blir om hvordan ”behovet for vern” skal vektlegges i helhetsvurderingen om det reelt sett foreligger et arbeidsforhold.

Yrkesskedeforsikringsloven gir skadelidte arbeidstakere et særskilt vern gjennom adgangen til å kunne reise direktekrav mot forsikringsgiveren uten å måtte gå på sin arbeidsgiver jf § 5. Dersom arbeidsgiveren ikke har tegnet forsikring slik han plikter, så er arbeidstakeren uansett vernet jf § 7. En selvstendig har ikke slik mulighet.

Forarbeidene til loven sier slik det er redegjort for ovenfor, at det er en bevisst utelukkelse av at selvstendige skal være dekket av ordningen, men ble likevel åpnet for en adgang til å bli omfattet av loven i tilfeller der det reelt sett foreligger et arbeidsforhold. De selvstendige kan selv tegne egne forsikringer som gir dem tilsvarende goder. Behovet for å

⁷⁵ Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) side 48

verne en selvstendig oppdragstaker av en særskilt forsikringsordning kan ikke sies å ha en stor vekt som et moment i helhetsvurderingen, men her må de øvrige momentene sees i sammenheng. Det konkrete faktum spiller nok her en viktig rolle for helhetsvurderingen og vektleggingen.

3.6 Ansvarets forhold til arbeidstidsbestemmelser

3.6.1 Problemstilling

Kan en arbeidsgiver som har selvstendige som arbeider i tilknytning til sin aktivitet, la de selvstendige arbeide 15 timers dager, mens egne arbeidstakere kun jobber 7,5 timers dager?

3.6.2 Kort om arbeidstidsbestemmelsernes bakgrunn

Bestemmelser om arbeidstid har vi hatt lenge i arbeidervernlovingen. Spørsmål om arbeidstidens lengde har vært opp for politisk debatt i flere sammenhenger. Det som tilsynelatende er trenden er at arbeidsdagen blir kortere og kortere.⁷⁶ Det som også har betydning i forbindelse med arbeidstid er retten til overtidsgodtgjørelse, samt maksimumsgrensen for hvor mange timer man kan jobbe i en bestemt periode.

3.6.3 De selvstendiges rettslige utgangspunkt i forhold til arbeidstiden

Det rettslige utgangspunktet er at to private parter kan avtale hva som helst med mindre den private autonomi blir innskrenket av preseptorisk lovgivning.

⁷⁶ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, side 276

Arbeidsmiljøloven regulerer arbeidstiden, og denne reguleringen er preseptorisk jf § 1-9, og kan altså ikke fravikes til ugunst for arbeidstaker med mindre annet er særskilt fastsatt i loven. Men ettersom man her i utgangspunktet har med en selvstendig oppdragstaker å gjøre, så kommer ikke arbeidsmiljøloven til anvendelse jf § 1-2 (1). I selve definisjonen av arbeidstiden i § 10-1 (1) sies det at ”arbeidstid er den tid arbeidstakeren står til disposisjon for arbeidsgiver.” Med arbeidstaker og arbeidsgiver menes her tilsvarende definisjon som i § 1-8. Den selvstendige oppdragstakeren er således ikke nevnt i sammenheng med arbeidstidsdefinisjonen, noe som medfører at selvstendige i utgangspunktet ikke er vernet av bestemmelsene.

Det som er interessant i forhold til overnente problemstilling og aml § 2-2 (1) a) er at arbeidstidsordningen for arbeidstakere skal være slik at disse ikke skal utsettes for uheldige fysiske og psykiske belastninger, og slik at det er mulig å ivareta sikkerhetshensyn jf § 10-2 (1). Medfører dette at hovedarbeidsgiveren som følge av ansvaret for et ”fullt forsvarlig arbeidsmiljø” i § 2-2 (1) a) at denne ikke kan avtale lengre arbeidsdager med de selvstendige?

Hensynet bak arbeidstidsreglene er å verne arbeidstakeren mot for lang og ubekvem arbeidstid. Det er således offentligrettslige hensyn som ligger bak disse preseptoriske reglene.⁷⁷ Formålet bak reglene er å verne den svake part mot å bli tvunget til å jobbe lange dager, og den etter en naturlig forståelse av sammenhengen mellom reglene sies å verne arbeidstakerens rett til fritid og privatliv.

De selvstendiges rettstilling er i utgangspunktet at de ikke har noe vern med mindre annet er avtalt, forutsatt at de reelt sett er å anse som selvstendige og ikke arbeidstakere jf § 1-8. Det må i den forbindelse sees hen til de selvstendiges adgang til å benytte seg av underleverandører til å utføre sin forpliktelse hos oppdragsgiver opp mot arbeidstakernes muligheter til dette, noe som kan sies å begrunne arbeidstakernes ”behov for vern”.

⁷⁷ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, side 273

3.6.4 Selvstendiges "behov for vern" gjennom arbeidstidsbegrensinger

Det må kunne legges til grunn at personer som over lengre tid jobber lange arbeidsdager kan utgjøre en særlig risiko i forhold til omgivelsene i yrker som krever konsentrasjon og faglig presisjon. Med andre ord kan selvstendige oppdragstakere som i utgangspunktet ikke er bundet av arbeidstidsbestemmelsene medføre en risiko som "hovedarbeidsgiver" i en viss utstrekning må ta i betraktning når et "forsvarlig arbeidsmiljø" skal sikres etter § 2-2 (1) a).

Problemstillingen er i kjernen i forhold til tidligere redegjørelse for hvor langt ansvaret for selvstendige rekker. Forarbeidene⁷⁸ slår fast at arbeidsgiveren ikke har ansvar ovenfor andre så lenge hans egen virksomhet ikke representerer noen arbeidsmiljørisiko for dem. I den forbindelse så kan det tenkes at arbeidsgiveren bevisst inngår kontrakter på deler av en entreprise som går på at den skal stå ferdig innen en visst frist. Dette medfører et press på den selvstendige som har inngått kontrakten, som da kan medføre lange arbeidsdager som beskrevet ovenfor. Det kan tenkes at arbeidsgiverens kontraktsinngåelser, som er en del av arbeidsgivers virksomhet, kan medføre en arbeidsmiljørisiko for de andre i bedriften og den selvstendige.

Det kontraktsrettslige utgangspunktet er likevel at partene er sine egne lykkesmeder, og må forhandle om innholdet i kontrakten for å få de godene partene ønsker. Dette taler imot at arbeidsgiveren skal måtte begrense sine kontraheringsmuligheter med begrunnelse i at den selvstendige oppdragstakeren ikke har tenkt over hva han går inn i, og dermed må gjøre ekstrainsats. Videre så må det fremheves muligheter til å benytte seg av underleverandører fra den selvstendiges side. Men det som kan skje er at den selvstendige insisterer på å utføre oppdraget selv, og jobber over evne slik at han er til fare for andre på arbeidsplassen. Med tanke på hvilke muligheter den selvstendige har kontraktsrettslig så tilsier dette at "behovet for vern" ikke er like nødvendig som for arbeidstakere. Videre så kan

⁷⁸ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) kapittel 25 pkt 2.

oppdragsgiveren kan komme i et kontraktsrettslig mislighold dersom vedkommende nekter den selvstendige å utføre oppdraget.⁷⁹Når det gjelder byggebransjen så sier forskrift⁸⁰ som gjelder enmannsbedrifter i byggebransjen § 9, at ”arbeidstidsordninger skal legges opp slik at aktsomhets- og sikkerhetshensyn ikke forringes”.

Forarbeidene⁸¹ til arbeidsmiljøloven sier at formålet med arbeidsmiljøloven er at ”hensynet til helse, miljø og sikkerhet må være overordnet, og ikke gjøres til et økonomisk spørsmål”. Arbeidstid som svekker den selvstendiges aktsomhet, og som igjen utgjør en arbeidsmiljørisiko som svekker et ”forsvarlig arbeidsmiljø”, som hovedarbeidsgiveren er ansvarlig for etter § 2-2 (1), legitimerer at hovedarbeidsgiveren har en rett og en plikt til å legge opp arbeidstiden slik at nødvendige sikkerhetshensyn ivaretas. Arbeidsgiver må være oppmerksom på at kan være flere medvirkende faktorer inn i bildet som årsaker til at det forsvarlige arbeidsmiljøet svekkes. Det betyr at selv om de selvstendige ikke er direkte vernet av arbeidstidsbestemmelsene, så har de likevel et ”behov for vern” når arbeidstiden medfører en svekkelse av deres aktsomhet, og utgjør en risiko i forhold til arbeidsmiljøet.

Det ligger da innenfor arbeidsgiverens ansvar i medhold av aml § 2-2 (1) a) å ha en interninstruks som har tiltak for tilfeller der selvstendiges aktsomhet blir svekket som følge av lange arbeidsdager over en lengre periode. Det betyr at selv om den selvstendige ikke er direkte vernet gjennom arbeidstidsbestemmelsene, så har vedkommende likevel et indirekte vern gjennom § 2-2 (1) a) forutsatt at arbeidstiden er av belastende karakter som utgjør en risiko i forhold til et ”forsvarlig arbeidsmiljø”. Vernet vil komme frem gjennom arbeidsgivers plikt til å sikre at fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

⁷⁹ Hagstrøm, Obligasjonsretten, side 362

⁸⁰ Forskrift av 10.01.1986 nr 17: Forskrift om arbeidsmiljølovens anvendelse for arbeid i enmannsbedrifter i bygge- og anleggsvirksomhet.

⁸¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Kapittel 25 pkt. 2.3

3.7 Selvstendige oppdragstakere forhold til allmenngjøringsloven

3.7.1 Oversikt

Allmenngjøringsloven⁸² har som formål å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, samt hindre konkurransevridning til ulempe for det norske arbeidsmarkedet jf § 1.

Lovens hovedsaklige virkeområde gjelder fastsetting av lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere som utfører arbeid i annens tjeneste i Norge jf § 2 nr 1. Selvstendige er her utelatt. Etter forarbeidene⁸³ forutsettes det at definisjonen av arbeidstakere er den samme som i arbeidsmiljøloven og ferieloven. Det betyr at man får den tradisjonelle problemstilling om det foreligger et reelt oppdragsforhold som man prejudisielt må ta stilling til dersom loven påberopes av partene.

3.7.2 Problemstilling

Det rettslige utgangspunktet er da at så lenge det er et reelt oppdragsforhold så gjelder ikke allmenngjøringsloven for selvstendige oppdragstakere som ikke sysselsetter arbeidstakere (enkeltpersonforetak). Problemstillingen i den forbindelse blir om en hovedentreprenør kan benytte seg av selvstendig oppdragstakere, og gi disse en timebetaling på 20 kr timen.

I den norske byggebransjen har det vært et særlig fokus på sosial dumping de siste årene. Etter forarbeidene⁸⁴ til endringslov til allmenngjøringsloven så blir det særlig fokusert å verne underbetalte arbeidstakere fra land i EØS-området som jobber i Norge. Vernet har

⁸² Lov av 04.06.1993 nr 58: Om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.(allmenngjøringsloven)

⁸³ Ot.prp. nr 26 (1992-1993) side 20

⁸⁴ Ot.prp. nr 88 (2008-2009) side 8

blant annet vært gjennom hovedentreprenørs informasjons vesentlig styrket gjennom reglene om solidaransvar som trådte i kraft 1. januar 2010. Disse gir underbetalte arbeidstakere en særlig rett til reise direktekrav for mellomlegget mellom det de har fått utbetalt, og gjeldende minstelønn jf § 13.

3.7.3 De selvstendiges rettstilling

Selvstendige oppdragstakere som ikke sysselsetter arbeidstakere, faller i utgangspunktet utenfor allmenngjøringslovens virkeområde. Det betyr at de i kraft av sin private autonomi står fritt til å avtale det vederlaget de selv ønsker for utførelsen av arbeidet.

Rettsvirkningen er således at de selvstendige oppdragstakere som ikke sysselsetter arbeidstakere, ikke garanteres noen minstelønn etter en allmenngjort tariffavtale jf § 5, 2.ledd. Dette stiller selvstendige som ikke sysselsetter arbeidstakere, i en spesiell posisjon i forhold til ”påseplikten⁸⁵” som er gitt i medhold av allmenngjøringsloven § 8 og § 9 jf forskriftens § 2.

Etter forskriftens § 2 så gjelder denne innenfor virkeområdet til en allmenngjøringsforskrift jf allmenngjøringsloven § 3. Dersom man da for eksempel tar for seg allmenngjøringsforskriften for byggeplasser⁸⁶ så gjelder denne for ”faglærte og ufaglærte arbeidstakere som utfører bygningsarbeid på byggeplasser” jf § 2,1.ledd.

I forskrift om påseplikt sies det i § 6 at ”Hovedleverandør skal påse at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetenes underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrifter.

⁸⁵ Forskrift av 22.02.2008 nr 166: Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett

⁸⁶ Forskrift av 06.10.2008 nr 1121: Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge

I forhold til byggebransjen så betyr dette at hovedentreprenør har en plikt til å påse at lønns- og arbeidsvilkår blir fulgt av underentreprenørene, altså da de selvstendige. Etter ordlyden så betyr dette at de selvstendige også skal vernes. Men ut i fra sammenhengen så må det tolkes slik at det er arbeidstakerne hos underentreprenørene som skal gis lønns – og arbeidsvilkår etter gjeldende allmenngjøringsforskrifter. Selvstendige som driver et enkeltpersonforetak som ikke sysselsetter arbeidstakere, faller derfor utenfor.

Rettsvirkningen av dette når det gjelder kontraktsretten er at hovedentreprenør er pliktig til å utbetale avtalt vederlag så lenge kontrakten er oppfylt uten mislighold, med mindre avtalen sier noe annet. Dersom man ser hen til arbeidstakerbegrepet slik det praktiseres i arbeidsmiljøloven § 1-8, så kan det forutsettes at så lenge de selvstendige har et reelt oppdragsforhold, så har de ikke noe vern gjennom allmenngjøringsloven. Det betyr at det i prinsippet ikke foreligger lovhjemmel i allmenngjøringsloven til å foreta en avtalerevisjon av klausuler som medfører underbetaling. Dersom de selvstendige i realiteten er å anse som arbeidstakere etter aml § 1-8, kan rettsvirkningen bli at de skal gis lønns- og arbeidsvilkår etter gjeldene forskrifter. Arbeidstilsynet fører tilsyn med at lønns- og arbeidsvilkår blir overholdt jf allmenngjøringsloven § 11, 1.ledd. Dersom disse ikke overholdes, så har Arbeidstilsynet kompetanse til å gi pålegg og treffe enkeltvedtak jf § 11,2.ledd.

Arbeidstakere kan også reise direktekrav ovenfor hovedentreprenør etter § 13. Dessuten så kan arbeidstakerorganisasjoner etter allmenngjøringsloven § 14 iverksette boikott etter bestemmelser i lov av 5.desember 1947 nr 1 boikottloven. Dette kan være et viktig virkemiddel til å tvinge arbeidsgiveren til å følge loven.

Videre så kan en arbeidsgiver som forsettlig eller uaktsomt unnlater å rette seg etter Tariffnemnda, straffes med bøter jf § 15, 1.ledd. I tillegg så kan berørte arbeidstakere reise privat straffesak etter reglene i staffeprosessloven kapitel 28 jf § 15, 2.ledd.

3.7.3.1 Særlig behov for vern

I den forbindelse så kan det reises spørsmål om det ved en grensedragnning mellom arbeidstaker og selvstendig oppdragstaker på samme måten som etter aml § 1-8, kan legges vekt på som et moment at de selvstendige er vesentlig underbetalt i forhold til vanlige norske forhold, og dermed ”har et særlig behov for vern”.

Etter forarbeidene⁸⁷ så er ikke listen over momenter som er satt opp uttømmende. De er hovedsakelig basert på tidligere rettspraksis. Selv om en arbeidstaker stiller sin personlige arbeidskraft til disposisjon, og dermed ikke kan overføre sine plikter til andre, er dette ikke til hinder for å søke hjelp hos andre i utførelsen av deler av arbeidet.⁸⁸

I Rt 1990 side 903 gjaldt saken telefonkonsulenter som ble muntlig avskjediget. Disse krevde at avskjedigelsen skulle kjennes ugyldig og fremmet erstatningskrav. Selskapet mente at det ikke forelå noe ansettelsesforhold som medførte at arbeidsmiljølovens regler kom til anvendelse. Kjærmålsutvalget bemerket at ”ved avgrensingen av arbeidstakerbegrepet etter omstendighetene må trekkes inn en rekke momenter og foretas en helhetsvurdering”. Deretter konstaterer utvalget at ingen av de momenter som lagmannsretten ”har nevnt kan anses rettslig irrelevante for tolkingen, og at kan heller ikke se at lagmannsretten har oversett momenter som etter de konkrete omstendigheter måtte ha vekt”. Lagmannsretten sa i denne saken at ”det avgjørende er at flere momenter sett i sammenheng peker mot er arbeidstakerforhold”.

Det som er viktig i problemstillingen som ble reist vedrørende om man kan legge vekt på at de selvstendige var underbetalte, er om dette momentet er rettslig sett relevant, eller et moment som er utenforliggende. Dersom man ser på arbeidsmiljøloven § 1-8 i lys av formålet, som etter § 1-1 a) blant annet skal være å gi en ”velferdsmessig standard som til

⁸⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

⁸⁸ Dege, Den individuelle arbeidsretten, side 64

enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet”, så gir det grunn til å ta i betraktning som et moment at enkeltpersonforetak som jobber tett opp mot det som kan regnes som en arbeidstaker har ”et behov for vern” på lik linje som andre arbeidstakere.

Ut i fra reelle hensyn må det må det være av betydning hvor stort vederlag den selvstendige mottar. Dersom den selvstendige mottar vederlag som faller inn under noe som kan karakteriseres for ”sosial dumping”, kan det stilles spørsmål om oppdragsgiverens motivasjon til å benytte seg av selvstendige til en slik pris. Det kan derfor ikke være å legge vekt på et utenforliggende hensyn dersom man tar motivasjonen til slik underbetaling inn i vurderingen. Det er da nærliggende å kunne legge en viss vekt på at de selvstendige er stilt i en vesentlig dårligere posisjon at det ut i fra den allmenne rettsfølelse er et behov for å verne også selvstendige fra å bli utsatt for sosial dumping.

3.8 Vern mot diskriminering

3.8.1 Oversikt

Arbeidsmiljøloven kapittel 13 har bestemmelser⁸⁹ som verner arbeidstakerne mot diskriminering som har grunnlag i det som er oppregnet i aml § 13-1(1). I § 13-2 (2) sies det at bestemmelsene i kapitlet ”gjelder tilsvarende for arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere”.

Etter ordlyden i sistnevnte bestemmelse, så betyr dette at selvstendige skal ha tilsvarende vern som arbeidstakerne når det gjelder diskriminering. Problemstillingen i den forbindelse blir hvordan diskrimineringsvernet i praksis verner de selvstendige og de innleide arbeidstakerne.

⁸⁹ Aml § 13-1 til § 13-10

3.8.2 Bakgrunnen for diskrimineringsvernet

For å kunne se nærmere hvordan vernet kan anvendes ovenfor selvstendige må det tas et særlig henblikk på hensynet bak loven, og dens forhistorie.

Likebehandling er en grunnleggende menneskerett, og likebehandling av arbeidstakere er i de senere år kommet stadig sterkere i fokus både nasjonalt og internasjonalt.⁹⁰

Det kan også sies at likebehandling er av vesentlig betydning for den enkelte,⁹¹ uansett om man er arbeidstaker eller selvstendig oppdragstaker. Motstykket til likebehandling er forskjellsbehandling. Det å forskjellsbehandle uten saklig grunn, kan bli ansett for diskriminerende. Det som i den forbindelse er relevant å se nærmere på i forhold til aml § 13-2 er bl.a. tilfeller der en arbeidsgiver har egne ansatte, men som også benytter seg av flere selvstendig oppdragstakere. Disse oppdragstakerne får ulik lønn for samme arbeid som utføres hos arbeids/oppdragsgiveren. Mens alle arbeidstakere i bedriften får lik lønn for likt arbeid. Er den enkelte oppdragstaker vernet gjennom aml § 13-2 (2), slik at vedkommende kan kreve samme lønn som de andre oppdragstakerne? Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

EU-retten har spilt en sentral rolle i utvikling av diskrimineringsvernet, og har hatt stor betydning for hvordan bestemmelsene har blitt utviklet i forskjellige traktater og direktiver.⁹²

Innholdet i § 13-2 slik den er utformet i dag har bakgrunn i et EU-direktiv.⁹³

Etter forarbeidene⁹⁴ til endringslov til arbeidsmiljøloven av 1977, ble det i forbindelse med direktivet utalt at ”Med bakgrunn i at direktivet har et videre anvendelsesområde enn det vi

⁹⁰ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, side 64

⁹¹ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, side 65

⁹² Jakhelln, Oversikt over Arbeidsretten, side 66-67

⁹³ Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000: Om skjerpet vern om diskriminering i arbeidslivet.

i norsk rett tradisjonelt betegner som arbeidslivet, har utvalget i § 54 L foreslått en bestemmelse som forbyr forskjellsbehandling ved valg og behandling av selvstendig næringsdrivende”. Dette resulterte i at utvalget foreslo at daværende bestemmelse i arbeidsmiljøloven (1977) ble opphevet.

3.8.3 Utvidelse av vernet

Ordlyden i aml § 13-2 (2) går klart i retning av at selvstendige skal ha samme vern som arbeidstakerne. Det betyr at kapitlet om vern mot diskriminering, er en utvidelse av arbeidsmiljølovens generelle anvendelsesområde jf § 1-2 (1). Dessuten har diskrimineringsgrunnlagene som påberopes en stor betydning på hvordan loven skal anvendes jf § 13-1 (1), (4) og (5).

I forarbeidene til endringslov til arbeidsmiljøloven av 1977⁹⁵ ble det utalt at for å gjennomføre overnevnte rammedirektiv, er det nødvendig å utvide anvendelsesområdet for reglene om forbud mot forskjellsbehandling i arbeidsmiljøloven.

Direktivet⁹⁶ som omtales har et vidt anvendelsesområde. I artikkel 3 nr 1 a) sies det at direktivet får blant annet får anvendelse på alle personer som utøver selvstendig næringsvirksomhet. På en annen side så omfatter ikke direktivet forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet jf art 3 nr 2.

I forarbeidene⁹⁷ uttales det i forbindelse med personkretsen at ”til tross for at selvstendig næringsdrivende i utgangspunktet ikke er omfattet av arbeidsmiljøloven, mener departementet at det er likevel er mest nærliggende å regulere denne gruppen i

⁹⁴ NOU 2003:2 side 10.

⁹⁵ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) side 25

⁹⁶ Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000: Om skjerpet vern om diskriminering i arbeidslivet.

⁹⁷ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) side 25

arbeidsmiljøloven”. Når det gjelder begrunnelsen for denne reguleringen i arbeidsmiljøloven så uttales det ”Det kan i utgangspunktet ikke oppstilles noen god grunn til å behandle selvstendig næringsdrivende oppdragstakere og innleide arbeidstakere annerledes enn arbeidstakere når det gjelder forbud mot forskjellsbehandling på grunn av de i § 54 B nr 1 nevnte forhold.” Dersom man setter disse uttalelsene opp mot forarbeidene⁹⁸ til arbeidsmiljøloven § 2-2 (1) a), der det ble foretatt en utvidelse av personkretsen som arbeidsgiveren er ansvarlig for, så kommer det frem at ”arbeidsgiver vil ha et mer omfattende ansvar for en innleid arbeidstaker enn for en selvstendig”. Når det gjelder begrunnelsen for dette standpunktet så blir det sagt at ” dette følger av at forholdet mellom innleier og den innleide ligner mer på et regulært ansettelsesforhold”. For ordens skyld så må det merkes at § 2-2 (1) gjelder arbeidsgivers ansvar for ”forsvarlig arbeidsmiljø”. Mens § 13-2 og kapittel 13 i arbeidsmiljøloven gjelder diskriminering og forskjellsbehandling. Dersom man likevel ser bestemmelsene og uttalelsene i sammenheng, så kan det tenkes at lovgiver ser et større ”behov for vern” for selvstendige når det gjelder diskriminering enn selvstendiges behov for et ”forsvarlig arbeidsmiljø”. Dette kan være begrunnet i at diskriminering og forskjellsbehandling er satt på en høyere dagsorden og er mer inngående behandlet i internasjonale konvensjoner⁹⁹ og traktater¹⁰⁰. Begrunnelsen for å se arbeidsmiljøloven kapittel 13 i sammenheng med internasjonale konvensjoner er etter forarbeidene¹⁰¹ til arbeidsmiljøloven av 1977 § 55 A, at det ved begrunnelsen for et diskrimineringsforbud i arbeidsmiljøloven også henvises til ILO-konvensjon nr 111¹⁰², FN’s rasediskrimineringskonvensjon¹⁰³, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter¹⁰⁴ og sist men ikke minst Grunnloven § 110c.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25, pkt 2

⁹⁹ EMK art 14, FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art 26.

¹⁰⁰ EF-traktaten art 141

¹⁰¹ Ot.prp. nr 67 (1996-1997) Kap 8.3.1

¹⁰² ILO-konvensjon av 25.juni 1958 nr. 111 Om diskriminering i sysselsetting og yrke.

¹⁰³ FN’s rasediskrimineringskonvensjon av 21. desember 1965 (CERD).

¹⁰⁴ FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966 (ØKS).

Diskriminering og forskjellsbehandling er mer behandlet internasjonalt enn ”forsvarlig arbeidsmiljø”. Diskrimineringsvernet er også vern av en grunnleggende menneskerett¹⁰⁵, derfor kan det sies at ”behovet for vern” medfører klart definerte rettigheter også for selvstendig oppdragstakere.

Det som taler imot et diskrimineringsvern for selvstendig oppdragstakere er forholdet til den private autonomi og kontraktsretten. Det er et faktum at selvstendig oppdragstakere har et annet kontraktsrettslig utgangspunkt enn det arbeidstakere har i forhold til forhandlinger om vederlag, ansvar, arbeidstid m.m. I den forbindelse så kan det tenkes innvendinger mot å verne en selvstendig oppdragstaker som rett og slett har inngått en dårlig kontrakt med oppdragsgiver, f.eks. en selvstendig som påberoper seg det faktum at andre oppdragstakere som jobber for arbeidsgiveren, får høyre vederlag for samme arbeid. Forarbeidene¹⁰⁶ til nåværende § 13-2 (2) sier at ”Departementet anslår således ikke bestemmelsen som uforholdsmessig inngripende i virksomhetens frihet til å velge sine oppdragstakere”.

Problemstilling blir da om hvor fritt en oppdragsgiver står i forhold til forskjellsbehandling av oppdragstakere ved kontraktsinngåelse, ved utførelse og ved utbetaling av vederlag. Dette bringer oss inn vurdering av rekkevidden av diskrimineringsforbudet ovenfor selvstendige.

Diskrimineringsvernet må også sees i sammenheng med den alminnelige kontraktsretten. Dette er fordi det generelle utgangspunktet er at to private parter kan avtale det de selv måtte ønske med mindre det strider mot ufravikelig lovgivning. Arbeidsmiljøloven er ufravikelig ved at bestemmelsene ikke kan fravikes til ugunst for ”arbeidstaker” jf aml § 1-9.

Prejudisielt må det tas stilling til om den selvstendige oppdragstakeren reelt sett er oppdragstaker, eller om denne anses for å være en arbeidstaker. Dersom vedkommende

¹⁰⁵ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, side 64

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) side 25

reelt sett er selvstendig, blir det rettslige utgangspunktet etter en antitetisk tolkning av § 1-9, at det kan avtales dårligere vilkår for en oppdragstaker. Rettsvirkningen av dette må være at så lenge det er inngått en bindende avtale, så må denne holdes. Oppdragstakeren kan således ikke komme på arbeidsplassen og kreve høyere vederlag med grunnlag arbeidsmiljøloven § 13-2 (2), fordi andre oppdragstakere som utfører samme arbeid har inngått en gunstigere avtale. Dette må være en rimelig løsning ettersom det kun påberopes forskjellig lønn som diskrimineringsgrunnlag. Det foreligger ikke verneverdig diskriminering etter § 13-1(1). Med hensyn til forretningslivets tarv ville et slikt vern mot inngåelse av dårlige kontrakter tenkes å virke urimelig for den økonomiske utvikling, samt svekke den forretningsmessige viktigheten av at inngåtte avtaler holdes.

3.8.4 Forholdet til Diskrimineringsloven

Et annet tilfelle som kan tenkes er at oppdragsgiver ved avtaleinngåelsen informerer oppdragstakeren at han kun er villig til å gi 180 kr timen, noe som er 20 kr mindre enn de andre oppdragstakerne på prosjektet får, og begrunner dette med at ”du er jo polakk, og for dere er jo dette uansett mye penger sammenliknet med hva du ville ha tjent i Polen”. Den selvstendige oppdragstakeren synes utsagnet er urimelig, men skriver likevel under avtalen fordi han har en familie i Polen som han er eneforsørger av. Hvordan er rettstillingen til den selvstendige i forhold til diskrimineringsvernet?

Et slikt tilfelle kan sies å være forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, og faller inn under aml § 13-1 (5). Etter denne bestemmelsen så skal diskrimineringsloven¹⁰⁷ gjelde. Etter diskrl § 3, 1 ledd gjelder loven uansett på alle samfunnsområder med unntak av familieliv og personlige forhold.

¹⁰⁷ Lov av 03.06.2005 nr 33: Om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.

3.8.4.1 Direkte diskriminering

Etter diskrl § 4, 1 ledd er direkte og indirekte diskriminering forbudt på grunn av bl.a. ”nasjonal opprinnelse”. Hva som menes med direkte diskriminering fremkommer av bestemmelsens 2. ledd som sier at det menes ”en handling eller unnlattelse har som formål eller virkning at personer eller foretak på grunnlag som nevnt i første ledd blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.”

I problemstillingen er diskrimineringsgrunnlaget nasjonal opprinnelse fordi den selvstendige inngår en avtale med oppdragsgiveren som bevisst stiller han dårligere på grunn av nasjonalitet.

Bestemmelsen i § 4, 2 må sees i sammenheng med § 4, 4. ledd som sier at forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende ovenfor den eller de som forskjellbehandles, anses ikke som diskriminering etter loven her”.

Det som er spesielt er at vi formelt sett står ovenfor to foretak som inngår en avtale som de i kraft av den private autonomi er berettiget til, og den rettslige problemstillingen blir i realiteten hvor langt diskrimineringsloven verner et foretak mot å inngå avtaler som stiller vedkommende i en dårligere posisjon i forhold til andre foretak.

Det som da er viktig å se på er om behandlingen gir en diskriminerende virkning¹⁰⁸. På en annen side så skaper det bevisbyrdemessige problemer, ettersom det i en opphetet forhandlingssituasjon kan bli sagt ting som man ikke mener, eller bli gjort ting som i virkeligheten har bakgrunn i en sammensatt vurdering av flere faktorer. Det kan tenkes at oppdragsgiver ikke har råd til å inngå en lik avtale med overnevnte, og derfor forhandler på pris. Et annet problem er at den selvstendige oppdragstakeren inngår en bindende avtale,

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) side 251

selv om vedkommende er bevisst at bakgrunnen for det mindre vederlaget er hans nasjonalitet. Det som kan tenkes å ha betydning for graden av forskjellsbehandling, er vederlagets størrelse og om dette er ”uforholdsmessig inngripende”.

Det som i alle fall er sikkert er at den selvstendige har et visst vern mot direkte diskriminering. Men i den rettslige vurderingen av om det foreligger diskriminering så må det ut i fra reelle hensyn også tas i betraktning at den selvstendige har et annet forhold til sin oppdragsgiver enn en arbeidstaker.

3.8.4.2 Indirekte diskriminering

Når det gjelder indirekte diskriminering så sier diskrimineringsloven § 4, 3. ledd, 2. setning at ”Med indirekte diskriminering i arbeidslivet så menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en arbeidssøker eller arbeidstaker stilles dårligere enn andre arbeidssøkere eller arbeidstakere på grunn av forhold som nevnt i første ledd”

Det kan i den forbindelse reises spørsmål hvorvidt selvstendige har et like sterkt vern som arbeidstakere også mot indirekte diskriminering.

Selvstendige er ikke nevnt ordlyden til bestemmelsen. Forarbeidene¹⁰⁹ til bestemmelsen sier heller ingenting om selvstendige. Tolkning av forarbeidene på dette punkt tilsier at det er ment å verne den enkelte arbeidstaker i arbeidslivet mot å bli stilt dårligere enn andre arbeidstakere. Det er ikke ment at selvstendige skal ha samme vern, noe som betyr at dersom det er et forhold som indirekte diskriminerer den selvstendige så må dette vurderes opp mot § 4,3. ledd 1. setning som sier at den selvstendige må ha blitt stilt ”særlig ufordelaktig”. Rettslig sett så betyr at det etter diskrimineringsloven skal mer til for at en selvstendig skal anses som indirekte diskriminert enn for en arbeidstaker i arbeidslivet.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) side 206

3.8.5 Arbeidsmiljøloven § 13-2, 2.ledd

Aml § 13-2, (2) sier at ”bestemmelsene i dette kapittel gjelder tilsvarende for arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere.”

Bestemmelsen må sees i sammenheng med diskrimineringsgrunnlagene i § 13-1, ettersom det i enkelte tilfeller er andre lover som gjelder direkte på forholdet, slik som det bl.a. er redegjort for ovenfor når det gjelder forholdet til diskrimineringsloven jf aml § 13-1 (5).

Dersom man ser § 13-1(1) og § 13-2, (2) i sammenheng så betyr det at de selvstendige er vernet mot direkte og indirekte diskriminering på grunnlag av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering og alder. Dette er et særskilt diskrimineringsvern som i utgangspunktet er beregnet for arbeidstakere i arbeidslivet, derfor er diskrimineringsgrunnlagene så spesifikke. Forarbeidene¹¹⁰ sier at utgangspunktet er at ”bestemmelsen innebærer at innleide arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende er vernet av diskrimineringsforbudet, på linje med arbeidstakere i en virksomhet.”

Utgangspunktet er med grunnlag i lovens ordlyd sammenholdt med forarbeidene at også de selvstendige skal vernes. Men videre i forarbeidene sies det at ”bestemmelsen betyr ikke at innleide og selvstendig næringsdrivende skal behandles tilsvarende fast ansatte, men at innleide og selvstendige kan påberope seg diskrimineringsbestemmelsene på lik linje med arbeidstakere dersom de blir diskriminert på grunnlag av noen av diskrimineringsgrunnene nevnt i § 13-1 første ledd.”

Disse uttalelsene kan tolkes dit hen at det slås fast at selvstendige skal vernes mot diskriminering ved at de gis adgang til å påberope seg diskrimineringsgrunnlagene i § 13-1 (1). Det settes videre ikke noe krav til at de selvstendige skal behandles på lik måte som fast ansatte, noe som kan tenkes å være begrunnet i den grunnleggende forskjellen mellom et arbeidsforhold og oppdragsforhold. Det betyr at man må se hen til de konkrete

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 326

diskrimineringsgrunnlagene i § 13-1(1) for å kunne avgjøre rekkevidden av diskrimineringsvernet for selvstendige.

De selvstendige blir altså da bl.a. vernet mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn. Når det gjelder innholdet i begrepene direkte og indirekte diskriminering så er de etter forarbeidene¹¹¹ av samme innhold som i diskrimineringsloven § 4. Selvstendige kan derfor påberope seg dette vernet i medhold av § 13-2 (2). Praktisk sett så betyr det at en selvstendig oppdragstaker ikke kan bli behandlet dårligere enn andre, selv om noen på arbeidsstedet ikke skulle like at han for eksempel er kommunist.

Videre så har den selvstendige et vern mot diskriminering som har grunnlag i medlemskap i arbeidstakerorganisasjon. Dette er ikke særlig anvendelig i praksis ettersom selvstendige oftest ikke har ”arbeidstakerorganisasjoner”.

De selvstendige har også fått et særskilt vern mot å bli behandlet dårligere eller trakassert fordi de har en seksuell orientering eller en alder som andre misliker.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 325

4 RETTSVIRKNINGER

4.1 Brudd på plikter etter aml § 2-2

4.1.1 Arbeidstilsynets rolle

Etter arbeidsmiljøloven § 18-1 (1) så er det Arbeidstilsynet som fører tilsyn med at bestemmelsene i, og i medhold av loven blir overholdt. Arbeidstilsynet kan etter § 18-6 (1) gi pålegg og treffe enkeltvedtak som ellers er nødvendig for gjennomføringen av bestemmelsene i og i medhold av kapittel 2 til 11 samt §§ 14-5 til 14-8, 15-2 og 15-5. Men med unntak for §§ 2-4, 2-5, 10-2 andre til fjerde ledd og § 10-6, tiende ledd.

I forhold til overnevnte redegjørelse for arbeidsgivers plikter ovenfor andre enn egne arbeidstakere betyr dette at Arbeidstilsynet har kompetanse til å gi pålegg ovenfor en arbeidsgivers når det gjelder ansvaret for de innleide arbeidstakere og de selvstendige etter § 2-2 (1). Ettersom rettskildene ikke gir klare holdepunkter i forhold til rekkevidden av ansvaret for de selvstendige, kan Arbeidstilsynets påleggs- og vedtakspraksis i en viss grad være rettsskapende i forhold til å gi et klarere innhold av ansvarets rekkevidde.

Slik det fremgår av § 18-6 (1) så har ikke Arbeidstilsynet kompetanse til å gi pålegg eller treffe enkeltvedtak i saker som gjelder diskriminering ettersom disse er plassert i kapittel 13. Kompetansen til å gi pålegg eller treffe vedtak i slike tilfeller er gitt til Likestillings- og diskrimineringsnemda.¹¹²

¹¹² Arbeidsrett.no – kommentar til § 18-6, note 5.

4.1.2 Straffansvar

Innehaver, arbeidsgiver og eventuelt arbeidsgiverens stedfortreder har et selvstendig straffansvar dersom disse ved forsett eller uaktsomhet overtrer bestemmelser eller pålegg som er gitt i medhold av arbeidsmiljøloven jf § 19-1 (1). Disse kan straffes med bøter eller fengsel inntil tre måneder. Under særlig skjerpene omstendigheter så kan fengsel inntil 2 år anvendes jf 2.ledd.

I forhold til brudd på HMS og arbeidsgiverens ansvar etter § 2-2 (1) er § 19-1 (3) særlig viktig. Her sier bestemmelsen at dersom en overtredelse kunne ha medført ”alvorlig fare for liv eller helse” så kan innehaver, arbeidsgiver og arbeidsgiverens stedfortreder straffes dersom vedkommende ikke i enhver henseende ”har opptrådt fullt forsvarlig med hensyn til sine plikter etter loven eller bestemmelser i medhold av loven”. Dette kan bety at dersom arbeidsgiver f i sin interninstruks ikke har iverksatt rutiner som er til for å verne de innleide og selvstendige arbeidstakerne, noe som senere viste seg å kunne ha medført alvorlig fare for liv og helse til den innleide eller selvstendige, så kan da vedkommende pådra seg straffansvar.

4.1.3 Foretaksstraff

En problemstilling som kan reises er hvilken hjemmel for straff som skal anvendes når det er en selvstendige som overtrer bestemmelser eller pålegg gitt i medhold av denne lov. For eksempel så kan det tenkes at en selvstendig (enkeltpersonforetak) med hensikt bryter HMS instruks som er gitt av hovedarbeidsgiver med grunnlag i § 2-2 (1) a). Overtredelsen av HMS instruksen medfører en fare for liv og helse for de andre som oppholder seg på arbeidsplassen. Kan da den selvstendige pådra seg ansvar etter aml § 19-1, eller skal foretaksstraff anvendes etter § 19-3?

I vurderingen om hvilken bestemmelse som skal brukes for straffansvar, så er det viktig å ta betraktning at man her i legalitetsprinsippets kjerneområde, slik at straff krever en særskilt hjemmel.

Etter forarbeidene¹¹³ til arbeidsmiljøloven så er bestemmelsene en videreføring av tilsvarende bestemmelser som var i arbeidsmiljøloven av 1977.

§ 19-1 (1) er klar i ordlyden på at ”innehaver av virksomhet” kan straffes. Det må da her legges til grunn at enkeltpersonforetak kan straffes med hjemmel i denne bestemmelsen.

§ 19-3 henviser til straffeloven¹¹⁴ §§ 48a og 48b. I strl § 48a sies det at ”Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av foretaket, kan foretaket straffes”. Det skaper et særskilt problem når man har med et enkeltpersonforetak ettersom vedkommende ikke er egen juridisk person. Enkeltpersonforetak kan likevel straffes etter bestemmelsene¹¹⁵. Etter forarbeidene¹¹⁶ skal det vises spesiell varsomhet når det brukes foretaksstraff ovenfor et enkeltpersonforetak. Praktisk sett så er realiteten at den næringsdrivende kan bli ilagt bot på objektivt grunnlag for lovbrudd i bedriften.¹¹⁷

Foretaksstraff kan etter dette sies å kunne anvendes dersom en bedrift tilsidesetter sine plikter ved for eksempel ignorere ansvaret for å følge opp HMS etter aml § 2-2. Selve foretaket kan da pådra seg straff. Dette kan sies å være i tråd med lovgivers intensjon, ettersom det i forarbeidene uttales at det” vil virke mer effektivt overfor et selskaps ledelse (styret m.v.) at selskapet må betale en bot som noenlunde tilsvarer det selskapet eventuelt måtte ha spart i utgifter for et godt og sikkert miljø, enn om en ansvarlig bedriftsleder eller avdelingssjef personlig ble straffedømt.”

¹¹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Kap 25 merknader til kapitel 19.1

¹¹⁴ Lov av 22.02.1902 nr 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).

¹¹⁵ Andenæs, Alminnelig strafferett, side 286

¹¹⁶ NOU 1989: 11 s ide 22

¹¹⁷ Andenæs, Alminnelig strafferett side 287

På den måten kan for eksempel daglig leder av virksomheten pådra seg ansvar etter aml § 19-1, og selve foretaket som sådan kan pådra seg foretaksstraff etter § 19-3.

En innehaver av et enkeltpersonforetak kan derimot pådra seg personlig straffeansvar etter § 19-1 (1).

Rettspraksis ved underrettsdom¹¹⁸ illustrer enkeltpersonforetakets straffeansvar. Her ble en mann som drev et enkeltpersonforetak idømt 75.000 kr i bot, etter bl.a. innkvartert utenlandske arbeidere i uverdige forhold. Dette ble ansett å stride mot aml § 3-3, fjerde ledd.

4.1.4 Erstatning

I medhold av alminnelig erstatningsrettslige prinsipper så kan forsømmelser av arbeidsgivers plikter gitt i medhold av § 2-2 (1) a) gi den skadelidte krav på erstatning. Plikten vil da komme inn i culpavurderingen av skadevolderen.

4.2 Brudd på diskrimineringsvernet

4.2.1 Oppreisning

De selvstendige er gitt adgang til å påberope seg diskrimineringsgrunnlagene i § 13-1 (1). Rettsvirkningene av dette er at de selvstendige kan kreve oppreisning i medhold av § 13-9 (1), uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Det som kan tenkes er at den selvstendige jobber på et større prosjekt der det er en hovedarbeidsgiver som har egne ansatte, men også tar inn

¹¹⁸ Oslo Tingrett TOSLO-2007-42217

selvstendige til å utføre arbeid. I den forbindelse kan det reises spørsmål om det i realiteten medfører at hovedbedriftens ansvar for ”forsvarlig arbeidsmiljø” i § 2-2 (1) (a) utvides til også omfatte diskriminering. Slik det er redegjort ovenfor, kommer det frem at hensikten med § 2-2 (1) er ansvarliggjøring av hovedbedrifter på større prosjekt til å påse at HMS regler følges. Det må kunne legges til grunn, at det i uttrykket ”forsvarlig arbeidsmiljø” også er både et fysisk og psykisk aspekt. Det fysiske går på verneutstyr i forbindelse med utførelse, mens diskriminering må hovedsakelig i de fleste tilfeller anses å gi utslag på det psykiske aspektet ved arbeidsmiljøet.

Dersom man ser aml § 2-2 (1) a) i sammenheng med diskrimineringsvernet i kapittel 13, så gis de selvstendige en særskilt hjemmel til å holde en ”hovedarbeidsgiver” objektivt ansvarlig for diskriminering i medhold av § 13-9 (1). Det kan tenkes at en selvstendig som jobber på et større prosjekt blir diskriminert av en av hovedarbeidsgivers ansatte, slik at det rettslig sett medfører brudd på § 13-1 (1). Den selvstendige gis da adgang til å kreve oppreisning. Ordlyden i § 13-9 (1) sier at ”Den som er blitt diskriminert i strid med dette kapittel, kan kreve oppreisning...” Forarbeidene¹¹⁹ sier at det er ”arbeidssøker eller arbeidstaker” som kreve dette. Men selv om forarbeidene kun benytter begrepene arbeidssøker og arbeidstaker, så må det i medhold av ordlyden og forholdet til § 13-2 (2), legges til grunn at de selvstendige også kan kreve oppreisning.

Reelle hensyn taler for øvrig også for at dersom de selvstendige har fått adgang til å påberope seg diskrimineringsvernet, så kan det ikke gjøres forskjell på rettsvirkningene av eventuelle brudd på bestemmelsen. Dette gir en effektiv praktisering av vernet.

Det som kan omfattes som urimelig for hovedarbeidsgiver er tilfeller der en selvstendig ikke blir diskriminert av hovedarbeidsgiverens egne ansatte, men av en av de andre selvstendige som arbeider på prosjektet. Kan den selvstendige kreve oppreisning fra hovedarbeidsgiveren for diskriminering som er gjort av andre selvstendige?

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 13.

Etter ordlyden i § 13-9 (1) så er arbeidsgiver objektivt ansvarlig for diskriminering som også den selvstendige blir påført av arbeidsgiver. Forarbeidene¹²⁰ sier at det objektive ansvaret gjelder også dersom diskrimineringen ”forekommer mellom arbeidstakere”. I forarbeidene til endringsloven til arbeidsmiljøloven av 1977¹²¹, ble det uttalt at ”implementeringen innebærer dessuten en ytterligere utvidelse av den beskyttede personkrets ettersom også selvstendig næringsdrivende gis beskyttelse.” Videre så uttales det her at ”innføringen av et prinsipp om erstatning for ikke-økonomiske forhold (oppreisning) uten hensyn til arbeidsgivers skyld vil påføre bedrifter som bryter diskrimineringsforbudet utgifter.”

Forarbeidene begir seg ikke inn på overnevnte problemstilling når det gjelder en avgrensning av ansvarets rekkevidde.

Det foreligger heller ikke rettspraksis som kan belyse avgrensningsspørsmålet.

Reelle hensyn som taler for at hovedarbeidsgiver også skal stå ansvarlig for at hovedarbeidsgiver for diskriminering utført av andre selvstendige, er at det gis en avklaring på hvem som er økonomisk ansvarlig, noe som gir vedkommende mulighet til å innrette sin kontraktsvirksomhet etter dette. F. eks så kan det i avtalen med den selvstendige tas med et eventuelt regressansvar dersom hovedarbeidsgiveren blir påført utgifter som skyldes ansvar for diskriminering som den selvstendige påfører. Et slikt regressansvar vil uansett følge av alminnelig erstatningsrett¹²², selv om det ikke eksplisitt er inntatt i kontrakten. Klare kontraktsbestemmelser av denne art vil ha en preventiv effekt der alle parter er klar over de økonomiske konsekvensene av eventuell diskriminering. Videre så kan det skape et fokus på at diskriminering er noe som ikke aksepteres, noe som også kan virke positivt og holdningskapende i arbeidslivet og samfunnet generelt.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 13.

¹²¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) kapittel 9.3

¹²² Culpaansvaret

Ansvarliggjøringen vil også medføre en effektiv håndhevelse av diskrimineringsvernet.

Det som taler imot er at det pålegges en viss økonomisk risiko på en part, som kan medføre et økonomisk ”risikotillegg” for prosjekt av en viss størrelsesorden. Det kan føre til prisøkning for personer som ønsker å få utført større prosjekt.

Likevel taler gode grunner for å ha klare ansvarssubjekter, særlig når det gjelder vern mot diskriminering.

En omvendt problemstilling som kan tenkes er at en av hovedbedriftens egne ansatte blir diskriminert av en selvstendig som har fått et oppdrag fra hovedarbeidsgiveren. Er da arbeidsgiveren objektivt ansvarlig for diskriminering som den selvstendige påfører arbeidstakeren?

I dette tilfellet så ville det være urimelig at en arbeidstaker skal bli stilt dårligere fordi arbeidsgiveren har satt ut arbeid til selvstendige. Å sette ut arbeid til selvstendige som senere viser seg å diskriminere en av hovedarbeidsgivers egne ansatte, er det hovedarbeidsgiveren som er nærmest til å bære risikoen for jf § 2-2 (1) a).

Hovedarbeidsgiveren har et ansvar for forsvarlig arbeidsmiljø, og skal ha tiltak som verner hans arbeidstakere mot å bli diskriminert av andre som er tatt inn på prosjektet.

4.2.1.1 Særlig om innleide arbeidstakere

Som omtalt ovenfor så gjelder diskrimineringsvernet også innleide arbeidstakere jf § 13-2 (2). I forhold til oppreisning i § 13-9 (1) så kan det reises spørsmål om hvem som er ansvarlig ”arbeidsgiver” dersom man har å gjøre med prosjekt av en størrelsesorden der ”hovedarbeidsgiver” også har et ansvar i henhold til § 2-2 (1) a). Med andre ord blir det et spørsmål om hva slags ansvar innleier har i forhold til diskrimineringsvernet.

Ordlyden i bestemmelsen er klar på at det er ”arbeidsgiver” som er objektivt ansvarlig.

Forarbeidene¹²³ sier også at ”Arbeidsgiver er således objektivt ansvarlig.” Utgangspunktet må i dette tilfellet her være at den formelle arbeidsgiver (utleieren) er nærmest for arbeidstakeren å henvende seg til ettersom det er disse som har en formell arbeidsavtale. Videre så har den formelle arbeidsgiveren det overordnede arbeidsgiveransvaret som fremkommer av arbeidsmiljølovens bestemmelser. Innleieren har et visst ansvar også for den innleide etter § 2-2 (1), men dette ansvaret er noe mindre avgrenset, slik det er redegjort for ovenfor. Ut i fra hensynet til arbeidstakeren, er det da enklest å reise krav om oppreisning ovenfor den som vedkommende er mest knyttet til formelt gjennom en arbeidsavtale. Men konkrete omstendigheter kan medføre at det likevel kan være enklest å reise krav ovenfor innleier.

Det kan uansett tenkes et regressansvar i medhold av § 2-2 (1), ovenfor innleier, dersom vedkommendes virksomhet har utgjort en risiko, slik at forsvarlig arbeidsmiljø ikke ble tilstrekkelig sikret.

4.2.2 Erstatning

Etter § 13-9 (2) så gis det adgang til å kreve erstatning for økonomisk tap som følge av diskriminering. Dette må gjøres etter alminnelige regler.

Det må legges til grunn at selvstendige også har en rett til å kreve erstatning jf vurderingen ovenfor. Det som her må påpekes er at ansvaret ikke er objektivt, noe som gjør at det er at det påvises skyld hos arbeidsgiveren jf forarbeidene¹²⁴.

¹²³ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) kapittel 13

¹²⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25 pkt 13

4.2.3 Kontraktsrevisjon

Etter § 13-9 (3) så blir kontraktsbestemmelser som er diskriminerende ugyldige. Avtalen som helhet faller ikke bort, men kun den aktuelle bestemmelsen som er diskriminerende. Det betyr at en diskriminerende bestemmelse ikke kan påberopes med rettsvirkning av eller mot noen.¹²⁵

4.3 Oppsummering

Både selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere har et vern mot diskriminering gitt i medhold av arbeidsmiljølovens kapittel 13. Samtidig så skaper vernet enkelte problemstillinger vedrørende hvem disse kan reise krav ovenfor dersom det foreligger brudd på lovens bestemmelser. Forarbeidene til loven omtaler i hovedsak arbeidstakerens rettigheter og redegjørelsen er også i hovedsak beregnet for et tradisjonelt arbeidsforhold. Dette skaper enkelte avgrensningsspørsmål vedrørende hvem som er korrekt ansvarssubjekt for brudd på bestemmelsene, særlig når det gjelder å reise krav om oppreisning. Ut i fra lovens system er det da behov for å se hen til aml § 2-2 (1) dersom det foreligger flere mulige ansvarssubjekter. Ettersom det ikke foreligger rettspraksis som omtaler problemstillingene, så må det gis mer rom for reelle hensyn i de konkrete tilfellene. For å ha et effektivt vern mot diskriminering også ovenfor selvstendige og innleide arbeidstakere, må det legges vekt på behovet for klare ansvarssubjekter ut i fra hvem som er nærmest til å bære risikoen. Videre så må det legges vekt på hvem som det er enklest for arbeidstakeren å reise krav ovenfor. Klare ansvarssubjekter vil i lengden ha en preventiv effekt mot diskriminering, ved at aktørene er mer ansvarsbevisste ovenfor problemene.

Når det gjelder kan brudd på arbeidsmiljøloven § 2-2 (1) a), så kan det medføre straffansvar, både for den enkelte og foretaket. Erstatning og kontraktsrevisjon kan også være aktuelt.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25 pkt 13

5 Avsluttende bemerkninger

I tilfeller der det foreligger en grensedragnings mellom et oppdrags- og arbeidsforhold, så er det også nødvendig å se nærmere på den selvstendiges særlige behov for vern. I enkelte tilfeller, særlig når det gjelder HMS, kan man nå gå direkte til aml § 2-2 (1), som hjemler arbeidsgivers ansvar ovenfor selvstendige og innleide arbeidstakere.

Oppgaven belyser hovedarbeidsgivers ansvar for selvstendige og innleide arbeidstakere særlig når det gjelder HMS, arbeidstid og diskriminering. Ansvarets rekkevidde er dels uklart, men samtidig så redegjøres det for momenter som taler for og imot en arbeidsgivers ansvar i konkrete tilfeller. Plikten til å besørge et forsvarlig arbeidsmiljø gjelder også for selvstendige, noe som medfører at disse også har en samarbeidsplikt slik at forsvarlig arbeidsmiljø tilstrebes. Ansvar har nær sammenheng med hvem som er nærmest til å påvirke risikofaktorene på arbeidsplassen, slik at den formelle arbeidsgivers tradisjonelle primæransvar kun blir et utgangspunkt. En arbeidsgiver kan ikke fri seg for alt ansvar ved å overlate alt til selvstendige.

De selvstendige har også krav på et vern mot diskriminering. Rettsvirkningene av dette vernet skaper enkelte problemstillinger ovenfor hvem man kan reise krav ovenfor. Ettersom rettstilstanden er uklar når det ansvarssubjektene, så gir dette grunn til å se hen til aml § 2-2 (1), samtidig som bestemmelsene ut i fra reelle hensyn bør tolkes slik at de gir et effektivt vern av grunnleggende menneskerettigheter.

6 Litteraturliste

6.1 Lover

Lov av 17.06.2005 nr.62: Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(Arbeidsmiljøloven)

Lov av 03.06.2005 nr 33: Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Lov av 04.06.1993 nr 58: Lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.(allmenngjøringsloven)

Lov av 16.06.1989 nr.65: Lov om yrkesskedeforsikring

Lov av 16.06.1989 nr 63: Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere

Lov av 21.06.1985 nr 83: Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper
(Selskapsloven)

Lov av 22.05.1981 nr 25: Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).

Lov av 14.12.1973 nr 61: Lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs mv.

Lov av 13.06.1969 nr 26: Lov om skadeerstatning

Lov av 05.12.1947 nr 1: Lov om boikott

Lov av 22.05.1902 nr 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).

Lov av 17.05.1814: Kongeriget Norges Grundlov

Lov av 04.02.1977 nr 04: Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. – Opphevet.

6.2 Internasjonale traktater og konvensjoner

Traktat om opprettelse av Det Europeiske Felleskap (EF-traktaten)

Europeiske menneskerettighetskonvensjon – EMK

ILO-konvensjon av 25.juni 1958 nr 111: Om diskriminering i sysselsetting og yrke.

FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)

FN-konvensjonen av 16. desember 1966: Om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØKS).

FNs rasediskrimineringskonvensjon av 21. desember 1965 (CERD).

6.3 Forskrifter

Forskrift av 03.08.2009 nr 1028: Forskrift om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser (byggherreforskriften).

Forskrift av 06.10.2008 nr 1121: Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge.

Forskrift av 22.02.2008 nr 166: Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett.

Forskrift av 06.12.1996 nr 1127: Forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeids i virksomheter (Internkontrollforskriften).

Forskrift av 10.01.1986 nr 17: Forskrift om arbeidsmiljølovens anvendelse for arbeid i enmannsbedrifter i bygge- og anleggsvirksomhet.

6.4 Ef-direktiver

Rdir 94/45/EC av 22. september 1994 om opprettelse av et europeisk samarbeidsutvalg eller en fremgangsmåte i foretak som omfatter virksomheter i flere medlemsstater og i konserner som omfatter foretak i flere medlemsstater, med sikte på å informere og konsultere arbeidstakere.

Rdir 75/129/EEC av 17. februar 1975 om tilnærming av lover i medlemslandene i forbindelse med masseoppsigelser.

Rdir 2000/78/EF av 27. november 2000 om skjerpet vern om diskriminering i arbeidslivet.

6.5 Forarbeider

Ot.prp. nr. 88 (2008-2009) Om lov om endringer i allmengjøringsloven m.m.(solidaransvar mv.)

Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 26 (1992-1993) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) Om lov om forsikringsavtale

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Innst.O. nr. 100 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid, og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

NOU 2004: 5 Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

NOU 2004: 3 Arbeidsskadeforsikring

NOU 2003: 2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet

NOU 1989: 11 Straffansvar for foretak

6.6 Rettspraksis

Rt 2007 side 1458

Rt 1990 side 903

Rt 1958 side 1229

Oslo Tingrett TOSLO-2007-42217

EF-domstolen sak C-292/89 av 26. februar 1991: The Queen v Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen.

EF-domstolen sak 75-63 av 19.mars 1964: Hoekstra (nee Unger) v Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten.

6.7 Litteratur

Andenæs, Johs: *Alminnelig strafferett* 5. utgave, 3.opplag, Oslo 2005

Andenæs, Mads Henry: *Selskapsrett*, Oslo 2007

Dege, Jan Tormod: *Den individuelle Arbeidsrett Del II*, Oslo 2009

Fougner, Jan: *Endring i arbeidsforhold – Styringsrett og arbeidsplikt*, Oslo 2007

Hagstrøm, Viggo: *Obligasjonsrett*, Oslo 2004

Hamre, Inger og Helge Stemshaug: *EU- og EØS relevante tekster*, Oslo 2004

Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten* 4.utgave, 3.opplag, Oslo 2007

Lødrup, Peter: *Lærebok i erstatningsrett* 5.utgave, Oslo 2005

6.8 Andre kilder

Norsk Standard: NS 8405: 2004/AC

Arbeidsrett.no - lovkommentar

Europarådets nettside: ec.europa.eu

Artikkel i Teknisk ukeblad: www.tu.no/jobb/article101902.ece

