



U i T

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Omsorgslønsmottakeres rettslige stilling

- *i et arbeidsrettslig- og likestillingsperspektiv*

—

Anna Bitte Linn Fagermo

Masteroppgave i Rettsvitenskap mai 2017



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Presentasjon av tema	1
1.1.1	Det arbeidsrettslige perspektivet	2
1.1.2	Likestillingsperspektivet	2
1.2	Tilgrensende ordninger.....	3
1.3	Avgrensning av oppgaven	4
1.4	Definisjoner	5
1.5	Metode	5
2	Omsorgslønnsordningen.....	6
2.1	Introduksjon.....	6
2.2	Bakgrunnen for regelverket	6
2.3	Dagens regelverk	8
2.3.1	Nødvendige helse- og omsorgstjenester.....	8
2.3.2	Omsorgslønn	9
2.4	Hvem kan få omsorgslønn?	14
2.4.1	Vilkår.....	14
2.5	Hvem benytter seg av ordningen for omsorgslønn?	18
2.5.1	Hvem er omsorgslønnsnettakerne?	18
2.5.2	Hvem er brukerne?	20
3	Omsorgslønnsnettakernes arbeidsrettslige stilling.....	20
3.1	Introduksjon.....	20
3.2	Hvem er omfattet av arbeidslovgivningen?	21
3.3	Hvem regnes som arbeidstakere?	22
3.3.1	Skillet mellom oppdragstaker og arbeidstaker	22
3.3.2	Vurderingsmomenter.....	23
3.4	Er omsorgslønnsnettakere å anse som arbeidstakere?.....	25

3.4.1	Introduksjon	25
3.4.2	Personlig arbeidskraft.....	25
3.4.3	Risikoen for resultatet av arbeidet.....	27
3.4.4	Arbeidstakers plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll....	30
3.4.5	Arbeidsgiver stiller nødvendige arbeidsredskaper til rådighet.....	34
3.4.6	Arbeidstakerens krav på vederlag	37
3.4.7	Tilknytningsforholdet mellom partene	38
3.4.8	Arbeidet foregår for hovedsakelig en oppdragsgiver/arbeidsgiver	39
3.4.9	Andre momenter.....	40
3.4.10	Helhetsvurdering	42
4	Omsorgslønnsordningen i et likestillingsperspektiv	43
4.1	Introduksjon.....	43
4.2	Direkte og indirekte diskriminering	44
4.3	Strukturell diskriminering.....	46
5	Veien videre	50
5.1	Ny lovendring	50
5.1.1	NOU 2011:17 «Når sant skal sies om pårørendeomsorg»	50
5.1.2	Lovvedtak 74 (2016-2017) Vedtak til lov om endringer i helse- og omsorgstjenesteloven m.m. (styrket pårørendestøtte).....	51
5.2	Vurdering av nytt lovvedtak og virkningene det vil ha på likestilling	52
5.3	Løsninger på likestillingsproblematikken	54
6	Konklusjon	54
7	Kildeliste	56
7.1	Litteratur	56
7.2	Lover.....	56
7.3	Konvensjoner.....	57
7.4	EU-direktiver	57

7.5	Forskrifter	58
7.6	Forarbeider.....	58
7.7	Lovvedtak	59
7.8	Rettspraksis.....	59
7.8.1	Høyesterett	59
7.8.2	Lagmannsrett.....	59
7.9	Rundskriv.....	60
7.10	Statistikk	60
7.11	Øvrige kilder	60
8	Vedlegg	61
	Vedlegg 1:	61
	Vedlegg 2:	61
	Vedlegg 3:	61

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Temaet for oppgaven er omsorgslønnsinntakernes rettslige stilling – i et arbeidsrettslig- og likestillingsperspektiv.

Omsorgslønn er regulert i helse- og omsorgstjenesteloven (heretter forkortet til: hol.)¹ § 3-6, og er et alternativ til andre kommunale omsorgstjenester. Omsorgslønn gis til personer som frivillig påtar seg «særlig tyngende omsorgsarbeid», og skal være lønn for omsorgsarbeidet som utføres². I 2015 mottok 9 725 personer omsorgslønn³. Omsorgslønnsinntakerne utgjør dermed en forholdsvis liten gruppe mennesker, noe som medfører at de fort blir usynlige.

Etter dagens regelverk har omsorgslønnsinntakere få rettigheter. I fremtiden vil det være viktig å opprettholde den private omsorgen på et rimelig nivå⁴, fordi det vil være flere eldre og ikke kapasitet til at alle blir ivaretatt av kommune og stat⁵. For å klare dette må det legges til rette for omsorgsgiverne slik at de får sine interesser ivaretatt både når det gjelder helse, økonomi og sosiale rettigheter. Dersom omsorgslønnsinntakernes rettigheter holdes på dagens nivå kan det i verste fall medføre at det private omsorgsarbeidet minsker og at det blir mangel på tilstrekkelig pleie- og omsorgstilbud for de som trenger det.

Den 25. april 2017 ble det ved lovvedtak 74 (2016-2017) vedtatt at omsorgslønnsordningen skal bli endret med virkning f.o.m. 1. oktober 2017, jf. Lovanmerkning 2 (2016-2017). Ordningen vil gå fra å hete omsorgslønn til *omsorgsstønad*. Endringen innebærer imidlertid ingen realitetsendring - ordningen vil dermed forbli den samme som i dag⁶.

Det vil redegjøres for omsorgslønnsordningen og lovendringen i oppgavens punkt 2 og 5.

¹ Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. 24. juni 2011 nr. 30

² Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven, s. 195

³ <https://www.ssb.no/helse/statistikker/pleie/aar/2016-06-29?fane=tabell&sort=nummer&tabell=271510>
sist kontrollert 02.05.17

⁴ Prop. 49 L (2016-2017) Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven m.m. s.10

⁵ Prop. 49 L (2016-2017) s.10

⁶ Prop. 49 L (2016-2017) s. 26

1.1.1 Det arbeidsrettslige perspektivet

Omsorgslønsmottakere har i de fleste kommuner blitt ansett som oppdragstakere, og har av den grunn ingen arbeidsrettslige rettigheter. Omsorgslønsmottakeres arbeidsrettslige stilling har ikke vært prøvd for Høyesterett. Derimot har både avlastere og fosterforeldre i beredskapshjems stilling blitt prøvd, se Rt. 2013 s. 342, Rt. 2013 s. 354 og HR-2016-1366. Dette er yrker visst arbeid har flere likhetstrekk med omsorgslønsmottakeres arbeid.

I lys av disse avgjørelsene, vil det i oppgavens punkt 3 redegjøres for om omsorgslønsmottakere rettslig sett er å regne som arbeidstakere etter dagens regelverk.

1.1.2 Likestillingsperspektivet

I dag er det desidert flest kvinner som mottar omsorgslønn. I 2010 var 82 % av omsorgslønsmottakerne kvinner og 18 % var menn⁷.

I 2010 mottok 9 121 personer omsorgslønn⁸, til sammenligning mottok 9 725 personer omsorgslønn i 2015⁹. Grunnet den minimale økningen av omsorgslønsmottakere er det ikke grunn til å tro at fordelingen mellom kjønn har endret seg vesentlig til i dag. Grunnet mangelen på nyere undersøkelser, vil tallene fra undersøkelsen legges til grunn videre i oppgaven.

Mottakerne av omsorgslønn får generelt svært dårlig betalt. Timelønnen i seg selv kan være den samme som for hjemmehjelpen, og ikke spesielt dårlig. Ordningen praktiseres imidlertid slik at det ikke betales for alle timene det arbeides, men en prosentandel av tiden som blir brukt¹⁰. Et spørsmål er da om ordningen medfører utnytting og diskriminering av kvinner. Omsorgslønnsordningen kan også sies å holde kvinner tilbake i tradisjonelle og stereotypiske kjønnsroller. Et spørsmål er derfor om omsorgslønnsordningen bryter med staten Norges plikter etter Kvinnediskrimineringskonvensjonen (heretter forkortet til: KDK)¹¹ artikkel 5a.

Spørsmål knyttet til likestilling og diskriminering av omsorgslønsmottakere, vil bli behandlet i oppgavens punkt 4.

⁷ NOU 2011 17 Når sant skal sies om pårørendeomsorg – fra usynlig til verdsatt og inkludert, s. 108

⁸ NOU 2011: 17 s. 107

⁹ Se fotnote 3

¹⁰ NOU 2011: 17 s. 33

¹¹ Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 18. desember 1979

1.2 Tilgrensende ordninger

I dagens velferdsstat finnes også andre ordninger som er ment å gi økonomisk støtte og inntekt til pårørende og nærstående som utfører tyngende omsorgsarbeid, samt ordninger som er ment for å bidra økonomisk til dekning av utgifter til privat hjelp for omsorgstrengende. I det følgende vil det redegjøres for spesielt to ordninger som tilstøter omsorgslønnsordningen.

Den ene er pleiepenger. Retten til pleiepenger følger av folketrygdloven (heretter forkortet til: ftrl.)¹² §§ 9-10, 9-11 og 9-12. Etter § 9-10 ytes pleiepenger til medlem som har omsorg for barn under 12 år som trenger «kontinuerlig tilsyn og pleie» under eller etter opphold på helseinstitusjon eller poliklinisk sykehus. Etter § 9-11 ytes pleiepenger til medlem som har omsorg for barn under 18 år som lider av «livstruende eller annen svært alvorlig sykdom eller skade». Det er her et krav om at medlemmet må oppholde seg på helseinstitusjon av hensyn til barnet eller være hjemme fordi barnet trenger kontinuerlig tilsyn og pleie. Etter § 9-12 ytes pleiepenger til «en som pleier en nærstående i livets slutfase».

Formålet med pleiepengeordningen er å erstatte tapt arbeidsinntekt i tilfeller som nevnt ovenfor, jf. § 9-1. Ordningen er av denne grunn også begrenset til å omfatte personer som har vært i arbeid i fire uker umiddelbart før fraværet fra arbeid, jf. § 9-2. Pleiepenger er imidlertid ikke ment å erstatte tapt arbeidsinntekt som følger av varig pleiebehov for barnet¹³. For varig syke barn, vil de rette ordningene være hjelpestønad og eventuelt omsorgslønn¹⁴. Det som er sammenfallende for alle bestemmelsene er at støtteordningen ytes i begrensede perioder, se for eksempel § 9-11 annet ledd.

Et nytt lovforslag for pleiepenger har imidlertid kommet¹⁵. Etter forslaget vil pleiepengeordningen slik den fremgår av dagens §§ 9-10 og 9-11 bli slått sammen til en ny bestemmelse i § 9-10 f.o.m. 1. oktober 2017¹⁶. Ordningen vil da omfatte varig syke barn, men ha begrensninger i varighet. Det vil ikke lenger være et krav om alvorlig sykdom. Derimot vil

¹² Lov om folketrygd (folketrygdloven) 28. februar 1997 nr. 19

¹³ Ot.prp. nr. 4 (1998-1999) Om lov om endringer i folketrygdloven og i enkelte andre lover, s. 16

¹⁴ Prop. 48 L (2016-2017) Endringer i folketrygdloven mv. (pleiepenger ved pleie av syke barn), s. 9

¹⁵ Prop. 48 L (2016-2017)

¹⁶ Se Prop. 48 L (2016-2017) og Innst. 246 L (2016-2017) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om endringer i folketrygdloven mv.

kravet om kontinuerlig pleie og tilsyn fortsette, slik at det indirekte vil være et krav til sykdommens alvorlighetsgrad. Lovforslaget behandles av Stortinget i mai 2017.

Den andre støtteordningen er hjelpestønad. Retten til hjelpestønad er hjemlet i ftrl. § 6-4. Hjelpestønad ytes til omsorgstrengende som har behov for tilsyn og pleie pga. «*varig sykdom, skade ellet lyte*». Hjelpestønad gis dermed til forskjell fra dagens pleiepengeordning, til personer med varige sykdommer. Hjelpestønad gis for å dekke utgifter til et privat pleieforhold, og gis bare dersom det foreligger et slikt forhold. Hjelpestønad og omsorgslønn kan da i flere tilfeller dekke samme behov. Etter ftrl. § 6-4 sjettede ledd skal hjelpestønad anvendes før omsorgslønn. Kommunen kan av denne grunn gjøre fradrag i utmålingen av omsorgslønn. Likevel anbefales kommunen ikke å avkorte omsorgslønn med mindre omsorgslønn og hjelpestønnen til sammen overstiger det som er rimelig å betale for omsorgsarbeidet¹⁷. En vesentlig større andel personer mottar hjelpestønad sammenlignet med omsorgslønn. I 2015 mottok 74 296 hjelpestønad¹⁸.

Grunnet begrensning i oppgavens omfang vil det ikke være rom for å behandle disse ordningene ytterligere.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven vil avgrenses mot de konsekvenser som vil følge dersom omsorgslønns-mottakere er å anse som arbeidstakere etter dagens lovgivning. Herunder problemer knyttet til arbeidsmiljøloven (heretter forkortet til: aml.)¹⁹ § 14-9 om forbudet mot midlertidig ansettelse, arbeidstidsreglene i lovens kap. 10, samt om oppsigelsesadgangen etter lovens § 15-7. Det vil ikke redegjøres for arbeidsgiverbegrepet, og det legges til grunn at kommunene vil være arbeidsgivere til omsorgslønns-mottakerne derom de er å regne som arbeidstakere.

Det legges videre til grunn at norsk rett samsvarer med EUs likebehandlingsdirektiv²⁰ og andre direktiver knyttet til arbeidsretten, herunder arbeidstidsdirektivet²¹. Grunnet begrensninger i oppgavens omfang vil direktivene ikke behandles nærmere.

¹⁷ Rundskriv I-42/98 Retningslinjer for omsorgslønn, fra Helse- og omsorgsdepartementet, punkt 5.2

¹⁸ <https://www.nav.no/no/NAV+og+samfunn/Statistikk/Flere+statistikkomrader/Tabeller/hjelpest%C3%B8nadmottakere-etter-ki%C3%B8nn-og-alder.pr.31.12.2006-2015.antall> sist kontrollert 02.05.17

¹⁹ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven) mv. 17. juni 2005 nr. 62

²⁰ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 Likebehandlingsdirektivet

²¹ Europa-parlaments- og Rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 Arbeidstidsdirektivet

1.4 Definisjoner

I den videre fremstilling vil flere begreper brukes. Nedenfor defineres noen av de mest brukte.

Med omsorgslønsmottaker og omsorgsgiver menes i denne oppgaven, en person som har fått innvilget vedtak om omsorgslønn og yter omsorg til en omsorgstrengende.

Med bruker menes den som benytter seg av tjenester som kommunen tilbyr etter helse- og omsorgstjenesteloven, se pasient- og brukerrettighetsloven (heretter forkortet til: pbrl.)²² § 1-3 første ledd bokstav f. I oppgaven vil bruker være den omsorgstrengende.

Med et arbeidsforhold menes i denne oppgaven, et forhold hvor arbeidstaker utfører arbeid for arbeidsgiver etter avtale om ansettelse.

Med et oppdragsforhold menes i denne oppgaven tilfeller hvor arbeider ikke er ansatt som arbeidstaker av arbeidsgiver, men jobber på oppdrag og anses som oppdragstaker.

1.5 Metode

Omsorgslønnsordningen bygger på en bestemmelse i helse- og omsorgstjenesteloven. Hva bestemmelsen innebærer og hvordan ordningen skal gjennomføres i kommunene, fremgår av en kombinasjon av forarbeider, rundskriv og kommunenes egen praksis.

Forarbeidene til loven gir liten veiledning om hvordan omsorgslønnsordningen skal praktiseres. Ordningen er svært skjønsmessig, slik at praktiseringen i stor grad er opp til kommunene. I bl.a. NOU 2011: 17, er det samlet opplysninger fra forskjellige kommuner om hvordan omsorgslønnsordningen praktiseres. Utvalgets (heretter omtalt som Kaasa-utvalget) utredning vil benyttes for å se hvordan omsorgslønnsordningen fungerer i praksis. Den rettslige betydning av utredningen kan ikke anses å være høyere enn annen juridisk litteratur²³. Av samme grunn vil gjeldende rundskriv til omsorgslønnsordningen benyttes²⁴.

Forøvrig vil vanlig juridisk metode benyttes. Det vil da tas utgangspunkt i lovens ordlyd, og i tolkningen av disse vil det suppleres med forarbeider, rettspraksis, juridisk litteratur, reelle hensyn o.l.

²² Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) 2. juli 1999 nr. 63

²³ Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave 2004, s. 205

²⁴ Rundskriv I-42/98

2 Omsorgslønnsordningen

2.1 Introduksjon

Utgangspunktet for omsorgslønnsordningen var og er fortsatt å gi lønn til frivillige familiepleiere som har påtatt seg privat omsorgsarbeid²⁵. I det følgende vil det redegjøres for historikken rundt pårørendeomsorg og omsorgslønnsordningen (punkt 2.2) før det redegjøres for dagens ordning og regelverk (punkt 2.3 og 2.4), og hvem som benytter seg av ordningen (punkt 2.5).

2.2 Bakgrunnen for regelverket

I NOU 2011:17 kapittel 4 er det redegjort for den historiske utviklingen av helse- og omsorgstjenestene. Videre vil jeg ta utgangspunkt i denne fremstillingen.

Frem til 1960-tallet tok fattigforsorgen seg av mennesker med nedsatt funksjonsevne som ikke hadde familie. For de som hadde familie, var det familien som hadde omsorgsansvaret²⁶. Dette gjaldt omsorg for både barn, voksne og eldre hjelpetrequende. Dette var også i perioden hvor husmoren hadde sin storhetstid²⁷. Husmoren skulle utføre omsorgsarbeidet for husholdningens medlemmer, og det løpende husholdningsarbeidet i hjemmet²⁸.

Først i 1964 fikk det offentlige ansvar for å yte omsorg til voksne hjelpetrequende gjennom lov om sosial omsorg²⁹. Det offentliges ansvar for helse- og omsorgstjenester har økt siden, og det har blitt et grunnleggende prinsipp at velferdsstaten skal ha «hovedansvaret for å være et sikkerhetsnett for den enkelte, både økonomisk og når det gjelder å yte pleie- og omsorgstjenester»³⁰. Undersøkelser som ble gjort på 1960-tallet viste at det var stor skepsis til offentlige pleie- og omsorgstjenester, men opp gjennom årene foretrakk stadig flere hjelp fra

²⁵ Innst. O. nr. 56 (1985-1986) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om endringer i lov av 19. november 1982 nr. 66 Om helsetjenesten i kommunene og i andre lover (Sykehjemmene i den kommunale helse- og sosialtjenesten) s. 5 og Prop. 91 L (2010-2011) s. 195

²⁶ NOU 2011: 17 s. 24

²⁷ <https://snl.no/husmor> (sist kontrollert 02.05.17)

²⁸ Tove Stang Dahl, «Fra husmorrettens spesielle del», *Kvinnerett II*, 1985, s. 97-120 (s. 98)

²⁹ Lov om sosial omsorg 5. juni 1964 (opphevet)

³⁰ NOU 2011: 17 s. 24

det offentlige og ikke familien³¹. Det var likevel en viss forventning om at familien skulle trå til ved akutte situasjoner og kortvarige behov.

Omsorgslønnsordningen ble for første gang lovfestet i kommunehelsetjenesteloven³² § 1-3 annet ledd nr. 4 i 1988³³. Forslaget til omsorgslønn bygget på kommunal praksis³⁴, og fremgikk av innstillingen til Odelstinget, Innst.O.nr.56 (1985-1986) s. 4-5. Innstillingen gjaldt først og fremst eldre og sykehjem, men lovteksten ble utformet uten begrensninger når det gjaldt mottaker av omsorg.

Det ble i innstillingen vist til at familieomsorgen var synkende, og at det av denne grunn var viktig at myndighetene la forholdene til rette for at de pårørende skulle ha muligheten til å utføre omsorgsarbeid så langt den eldre ønsket det. Det var selvsagt betinget av at også den pårørende ønsket å påta seg omsorgsarbeid og hadde anledning til det. Pleie og omsorg i hjemmet ble ansett som en verdifull og nødvendig innsats i Norges velferdssamfunn. Dette sammen med at omsorgsgivere fort kunne bli avskåret fra å delta i yrkeslivet, medførte at komiteen anså det som viktig at det skulle ytes lønn til omsorgsarbeiderne, og at denne lønnen skulle være lik som for hjemmehjelpen i den kommunale hjemmehjelpsordningen³⁵.

Komiteen presiserte at kommunene selv kunne vurdere hvor mange timer det skulle betales for i hvert enkelt tilfelle. Imidlertid ble det påpekt at den enkelte pårørende ikke hadde en ubetinget rett til samme lønn som hjemmehjelpen³⁶. Videre var en avtale om lønn begrenset av at den pårørendes omsorg ble ansett som nødvendig og best av kommunen og den pleietrengende. Omsorgen måtte ligge innenfor et omfang som kommunen var i økonomisk stand til å yte³⁷.

Fordi omsorgslønn ble ansett mest naturlig å høre sammen med sosiale tiltak, ble omsorgslønnsbestemmelsen flyttet til lov om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven)³⁸ § 4-2

³¹ NOU 2011: 17 s. 24

³² Lov om helsetjenester i kommunene 19. november 1982 nr. 66 (opphevet)

³³ Se lov om endringer i lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene og i andre lover 11.07.1986 nr. 55.

³⁴ NOU 2011: 17 s. 32

³⁵ Innst.O.nr. 56 (1985-1986) s. 5

³⁶ Innst.O.nr. 56 (1985-1986) s. 5

³⁷ Innst.O.nr. 56 (1985-1986) s. 5

³⁸ Lov om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) 13.12.91 nr. 81 (opphevet)

bokstav e, med virkning fra 1. januar 1993³⁹. Omsorgslønnsordningen ble da endret slik at det ikke lenger bare var familiemedlemmer som kunne få innvilget omsorgslønn, men også personer med andre tilknytninger til den omsorgstrengende. Annet enn det ble ordningen videreført slik som den var⁴⁰.

Dagens omsorgslønnsordning er flyttet til hol. § 3-6. Ordningen er en videreføring av den tidligere sosialtjenesteloven § 4-2 bokstav e, og ble flyttet uendret til helse- og omsorgstjenesteloven. Dette på bakgrunn av at departementet ville vente med å gjøre endringer til Kaasa-utvalget, som akkurat var satt til å vurdere ordningen, kom med forslag til endringer⁴¹. Dagens ordning er dermed i hovedsak den samme som etter kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven.

2.3 Dagens regelverk

2.3.1 Nødvendige helse- og omsorgstjenester

Regelverket om helse- og omsorgstjenester fra kommunen fremgår av en kombinasjon av pasient- og brukerrettighetsloven og den kommunale helse- og omsorgstjenesteloven. Retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen for pasienter og brukere fremgår av pbrl. § 2-1 a annet ledd. Denne rettigheten er fulgt opp med en plikt for kommunen til å sørge for å tilby nødvendige helse- og omsorgstjenester til personer som oppholder seg i kommunen i hol. § 3-1 første ledd.

Bestemmelsene viser at bruker har rett på *nødvendige* helse- og omsorgstjenester, og kommunen har en plikt til å *sørge for* at slike tjenester er tilgjengelig for de som har rett på dem og behov for dem⁴². Hva som er nødvendig beror på tre ulike avveininger; «av hensynet til hva som er helsefaglig og sosialfaglig nødvendig å gjøre for den enkelte, som en avveining av individets behov og fellesskapets behov og ressurser, og ut fra en vurdering av hensynet til rettferdig fordeling mellom mennesker med sammenlignbare behov»⁴³. For at kommunen skal oppfylle sin plikt til å tilby nødvendige tjenester, må disse være av «forsvarlig kvalitet og

³⁹ Ot.prp.nr.29 (1990-1991) – Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven), s. 61

⁴⁰ Ot.prp.nr.29 (1990-1991) s. 61

⁴¹ Se NOU 2011: 17 og Prop. 91 L (2010-2011), s. 195

⁴² Prop. 91 L (2010-2011) s. 140

⁴³ Prop. 91 L (2010-2011) s. 162-163

kvantitet»⁴⁴, jf. forsvarlighetskravet i hol. § 4-1. For at tjenestene skal anses som forsvarlige må de også ytes i tide⁴⁵. Det er videre ikke bare hver enkelt tjeneste som må være forsvarlig, men kommunens helhetlige tilbud⁴⁶.

Kommunen vil ikke i alle tilfeller ha et ansvar for å yte tjenester. Utenfor kommunens ansvarsområde vil være «den enkeltes ansvar for egen helse og velferd»⁴⁷. Dette innebærer at alle har et visst ansvar for egen helse og velferd, og at en innbygger ikke kan kreve at kommunen dekker alle dens behov.

For at kommunens «sørge for»-ansvar skal oppfylles, lister loven opp en rekke tjenester kommunen skal tilby i hol. § 3-2. Omsorgslønn følger ikke av denne bestemmelsen. Derimot fremgår en rett til personlig assistanse etter nr. 6 bokstav b og avlastning etter nr. 6 bokstav d. Personlig assistanse innebærer hjelp til personlig hygiene, husvask, matlaging osv⁴⁸. Dersom ikke frivillige pårørende har påtatt seg omsorgsarbeidet, er det hjemmehjelpen i kommunen som utfører det⁴⁹. Avlastning innebærer å avlaste private omsorgsarbeidere og utføre arbeidet de normalt utfører, slik at private omsorgsarbeidere kan få en pause fra arbeidet.

I lovbestemmelsen fremgår ingen rett for bruker på spesifikke tjenester, og heller ikke en plikt for kommunen til å yte spesifikke tjenester. Ut fra dette er det rimelig å legge til grunn at kommunen selv kan velge å tilby de tjenester kommunen ser på som best for brukeren og mest forsvarlig i forhold til kostnadene ved ytelsene. Dette støttes i forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven hvor kommunens store frihet er begrunnet i mulighetene til å tilpasse tjenestene etter lokale forhold og behov, og bedre kunne legge til rette for den enkelte bruker⁵⁰.

2.3.2 Omsorgslønn

Plikten til å ha et tilbud om omsorgslønn følger av hol. § 3-6, hvor det fremgår at kommunen skal ha et tilbud om omsorgslønn til «personer som har et særlig tyngende omsorgsarbeid».

⁴⁴ Prop. 49 L (2016-2017) s. 17

⁴⁵ Prop. 91 L (2010-2011) s. 494

⁴⁶ Prop. 91 L (2010-2011) s. 494

⁴⁷ Prop. 91 L (2010-2011) s. 163

⁴⁸ Tromsø kommune, Tjenestebeskrivelser, Helse- og omsorgstjenester, september 2013, s. 4

⁴⁹ Tromsø kommunes tjenestebeskrivelse (2013), s. 5

⁵⁰ Prop. 91 L (2010-2011) s. 140

Omsorgslønnsordningen legger opp til stor grad av skjønn ved innvilgelse og utmåling, og har få retningslinjer som kommunene er pålagt å følge. Av denne grunn blir ordningen praktisert ulikt i kommunene i Norge, og omsorgslønsmottakernes rettsstilling er svært uforutsigbar⁵¹. Felles for de fleste kommuner er at de i hovedsak baserer vurderingene sine på rundskriv I-42/98 som ble utformet i 1998⁵². I denne fremgår flere vurderingsmomenter og anbefalinger til omsorgslønnsordningen for kommunene.

Omsorgslønnsordningen ble altså utformet for å gi lønn til private som påtok seg omsorgsarbeid for nærstående personer som hadde et pleiebehov, se oppgavens punkt 2.2. Dette er fortsatt hovedbegrunnelsen for eksistensen av ordningen⁵³. Formålet med ordningen er derfor å gjøre det mulig for nærstående og opprettholde omsorgsarbeidet for sine nærmeste, samt at brukeren skal få den best mulige omsorgen⁵⁴. For å motta omsorgslønn er det et krav om at omsorgsbehovet til den pleietrengende er stort grunnet sykdom, alder eller funksjonshemming⁵⁵. En forutsetning er at omsorgsarbeidet foregår i brukers eget hjem⁵⁶. Omsorgslønnsordningen vil på denne måten gjøre det mulig for omsorgstrengende som ønsker det å forbli i eget hjem.

Etter § 3-6 har kommunen bare en plikt til å ha et *tilbud* om omsorgslønn for omsorgsarbeid som ellers er kommunens ansvar⁵⁷. Det foreligger ingen plikt for kommunen til faktisk å tilkjenne omsorgslønn til noen. Det var tidligere antatt at omsorgslønn hørte til under brukers rett til nødvendig helsehjelp, etter sosialtjenesteloven (1991) § 2-1⁵⁸. Men ifølge pasient- og brukerrettighetsloven og forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven, er ytelsen ingen rettighet for verken bruker eller omsorgsgiver⁵⁹.

⁵¹ Innst. 239 L (2016-2017) – Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om endringer i helse- og omsorgstjenesteloven m.m. (styrket pårørendestøtte), s. 11

⁵² Se for eksempel bekreftelse på dette i Tromsø kommune, Helhetlige tilbud til pårørende med krevende omsorgsoppgaver – Et prosjekt med fokus på omsorgslønnsordningen i Tromsø kommune, 2014, s. 13

⁵³ Prop. 91 L (2010-2011) s. 195

⁵⁴ Rundskriv I-42/98 punkt 1 og Innst. O. nr. 56 (1985-1986) s. 5

⁵⁵ NOU 2011: 17 s. 17

⁵⁶ NOU 2011: 17 s. 18 og s. 35

⁵⁷ Prop. 91 L (2010-2011) s. 151

⁵⁸ Se Rt. 1997 s. 877 (s. 882)

⁵⁹ Se støtte for dette i Prop. 91 L (2010-2011) s. 151

Omsorgslønn gis videre til *personer*. Det er da ingen begrensninger for hvem omsorgslønn kan gis til. Ordningen vil gjelde både for personer som har omsorgsplikt for mindreårige barn og for personer som ikke har det⁶⁰. Både foreldre, søsken, barn, barnebarn, venner, samboer og ektefelle kan motta omsorgslønn. Omsorgslønnsordningen er imidlertid frivillig, slik at tildeling av omsorgslønn er betinget av at omsorgsgiver ønsker å påta seg omsorgsarbeidet, og at omsorgsgiver eller bruker søker om omsorgslønn fra kommunen⁶¹. Et eventuelt vedtak om omsorgslønn kan påklages av både omsorgsgiver og bruker.

Av kommunen skal det gjøres en «bred skjønnsmessig vurdering av det samlede tjenestetilbudet»⁶² før det avgjøres om det skal innvilges omsorgslønn. Omsorgslønn kan her vurderes som et av flere alternativer til tjenester eller gis i kombinasjon med andre ytelser, se hol. § 3-2. Etter dette velger kommunen selv om omsorgslønn skal tilkjennes⁶³. Imidlertid kan personer med særlig tyngende omsorgsarbeid kreve at det skal settes i verk tiltak for å lette omsorgsbyrden, jf. pbrl. § 2-8. Det vil likevel være opp til kommunen hvilke ytelser som innvilges, men dersom omsorgslønn er å anse som det beste for brukeren, kan det tenkes at det vil stride mot forsvarlighetskravet skulle kommunen heller velge å tilby en annen tjeneste. Dersom omsorgslønn ikke tilkjennes og omsorgsgiver har et særlig tyngende omsorgsarbeid, vil brukeren i de fleste tilfeller ha krav på andre tjenester fra kommunen. Omsorgsgiver vil da kunne få hjelp fra kommunen ved at brukers omsorgsbehov dekkes gjennom andre kommunale tjenester.

Det er ikke bruker som mottar ytelsen, men omsorgsgiver. Kommunen har videre ikke mulighet til å avslå en søknad på omsorgslønn fordi det ikke finnes midler i budsjettet eller fordi en slik ordning ikke finnes i den aktuelle kommunen. Kommunen har dermed en plikt til å sette av tilstrekkelige midler til omsorgslønn i budsjettet⁶⁴.

2.3.2.1 Kontrakten

Kommunene inngår normalt en avtale om omsorgslønn med omsorgsgiver. Disse avtalene baseres på standardvedtak utformet av kommunen og en standardkontrakt brukes som mal, se vedlegg 1: *Tromsø kommunes standard vedtak om omsorgslønn* og vedlegg 2: *Tromsø*

⁶⁰ Prop. 91 L (2010-2011) s. 151

⁶¹ Se NOU 2011: 17 s. 32 og rundskriv I-42/98 punkt 2.1

⁶² Prop. 91 L (2010-2011) s. 151

⁶³ Prop. 91 L (2010-2011) s. 151 og rundskriv I-42/98 punkt 2.2

⁶⁴ Rundskriv I-42/98 punkt 2.2

kommunes standardkontrakt. I og med at omsorgslønnsordningen praktiseres forskjellig fra kommune til kommune, kan kontraktene og vedtakene se annerledes ut i andre kommuner. Videre i fremstillingen vil det tas utgangspunkt i de vilkår som fremgår av vedlegg 1 og 2.

2.3.2.2 Omsorgslønsmottakeres arbeidsrettslige stilling

Omsorgslønsmottakeres arbeidsrettslige stilling er ikke lovregulert. I rundskriv I-42/98 punkt 7 blir det imidlertid anbefalt at forholdet mellom kommunene og omsorgslønsmottakerne skal anses som oppdragsforhold. Dette fordi det å anse omsorgslønsmottakere som arbeidstakere dårlig kunne kombineres med forbudet mot midlertidige stillinger i daværende arbeidsmiljølov⁶⁵ § 58 A, nåværende arbeidsmiljølov § 14-9. Dette er likevel bare en anbefaling og kommunene står fritt i sitt valg. I kartleggingen gjort i 2010 viste det seg at bare en av 41 kommuner valgte denne klassifiseringen⁶⁶. De fleste kommuner velger altså å leie inn omsorgslønsmottakere som oppdragstakere.

I rundskrivet blir det videre anbefalt å legge til rette for at omsorgslønsmottakere skal sikres ferie ved at kommunen i en viss periode tilbyr avlastning. Det foreslås at omsorgslønn kan gis som normalt i denne perioden som erstatning for feriepengene. For å få sykepengene også i arbeidsgiverperioden, vises det til at omsorgslønsmottakere kan forsikre seg for dette.

I følge standardkontrakten til Tromsø kommune⁶⁷, foreligger ingen oppsigelsesfrist i forholdet mellom kommunen og omsorgsgiver. Ytelsen endres derimot dersom omsorgsbehovet eller brukers situasjon endres. Slik endring vil kunne oppstå dersom bruker blir innlagt på institusjon for behandling.

Når det gjelder arbeidsgiveravgift, skiller ikke ftrl. § 23-2 første ledd på arbeidstakere og oppdragstakere. Dermed må kommunen betale arbeidsgiveravgift uansett klassifisering⁶⁸.

2.3.2.3 Lønn

Når det gjelder utmålingen av omsorgslønn, både i forhold til timelønn, antall timer og varighet i tid, foreligger ingen standardiserte retningslinjer kommunene kan forholde seg til.

⁶⁵ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø 4. februar 1977 nr. 4 (oppevet)

⁶⁶ NOU 2011: 17 s. 111

⁶⁷ Vedlegg 2: Tromsø kommunes standardkontrakt, s. 1

⁶⁸ Asbjørn Kjønstad, Folketrygdloven med kommentarer, 2007, s. 939 og rundskriv I-42/98 punkt 6

Det er imidlertid anbefalt at omsorgslønsmottakere gis samme lønn som hjemmehjelpen i kommunene⁶⁹.

I undersøkelsen fra 2010, se oppgavens punkt 1.1.2, ble det funnet at 80 % av kommunene i undersøkelsen benyttet samme timelønn for omsorgslønsmottakere som for hjemmehjelpen⁷⁰. De resterende 20% ga omsorgslønsmottakerne lønn etter andre satser.

Når ordningen først ble lovfestet, ble det sagt at kommunene i hvert enkelt tilfelle kunne vurdere hvor mange timer det skulle betales for⁷¹. Det ble i senere rundskriv sagt at ordningen ikke tok sikte på å betale for hver time⁷². Utgangspunktet for vurderingen skal imidlertid være hvor mange timer søkeren utfører *særlig tyngende* omsorgsarbeid⁷³. Uttalelser i et rundskriv er bare tolkninger av lovbestemmelsen som annen juridisk teori, og vil ikke ha samme vekt som lovteksten selv og forarbeidene til loven. At det nå er praksis i kommunene at det ikke betales for hver time det utføres arbeid, trenger dermed ikke være i overensstemmelse med lovbestemmelsen om omsorgslønn.

I Tromsø kommune, og flere andre kommuner, brukes et skjema for beregning av antallet timer⁷⁴. Med dette vurderes tyngden av omsorgsarbeidet og antall timer som benyttes, før hver enkelt mottaker tildeles et visst antall timer som lønn⁷⁵. En omsorgslønsmottaker som må bruke en time på å følge med at bruker får i seg mat, kan for eksempel få betalt for bare 15 minutter av denne tiden, fordi det regnes som «tilrettelegging» eller «passiv tilsyn»⁷⁶. Med dette grunnlag, vil lønnen som gis i de fleste tilfeller være svært dårlig sammenlignet med tiden som brukes og arbeidet som legges ned. Til sammenligning får hjemmehjelpen betalt for hver time i arbeidstiden⁷⁷. Dette medfører at selv om omsorgslønsmottakere og

⁶⁹ Rundskriv I-42/98 punkt 4.1 og Innst. O. nr. 56 (1985-1986) s. 5

⁷⁰ NOU 2011: 17 s. 111

⁷¹ Innst. O. nr. 56 (1985-1986) s. 5

⁷² Rundskriv I-42/98 punkt 4

⁷³ Rundskriv I-42/98 punkt 4.2

⁷⁴ Vedlegg 3: Tromsø kommunes beregningsskjema for omsorgslønn

⁷⁵ Helhetlig tilbud til pårørende med krevende omsorgsoppgaver (2014), s. 13-14

⁷⁶ Vedlegg 3: Tromsø kommunes beregningsskjema for omsorgslønn

⁷⁷ Se aml. § 10-1. Normalt sett betales arbeidstaker for hver time den står til disposisjon for arbeidsgiver.

hjemmehjelpen får lik timelønn i de fleste kommuner, vil betalingen være vesentlig dårligere for omsorgslønsmottakere.

Undersøkelser viser at omsorgslønnen i de fleste kommuner innvilges for 12 måneder av gangen⁷⁸. I gjennomsnitt ble det gitt 10,6 timer omsorgslønn i uken, som i hovedsak utbetales som en fast månedslønn en gang i måneden⁷⁹. Det høyeste timeantallet som ble gitt varierte mellom 10 til 37,5 timer per uke, og det laveste varierte mellom 0,5 til 15 timer per uke⁸⁰. Sammenlagt ble det brukt 689 millioner kroner på omsorgslønn i 2010⁸¹.

Uansett status som oppdragstaker eller arbeidstaker, er omsorgslønn skattbar inntekt etter skatteloven⁸² § 5-1. Den som utfører omsorgsarbeidet kan også opptjene pensjonspoeng etter folketrygdloven § 3-16 første ledd bokstav a og b.

Dersom omsorgslønsmottaker mottar trygd i tillegg til omsorgslønn, kan det gjelde avkortingsregler. Her vil de samme regler gjelde som for de som mottar trygd og har vanlig arbeidsinntekt på samme gang⁸³. Det vil være trygden som avkortes og ikke omsorgslønnen.

2.4 Hvem kan få omsorgslønn?

2.4.1 Vilkår

Siden ingen har rettskrav på omsorgslønn, vil det være et spørsmål om hvem som kvalifiserer til å motta omsorgslønn, altså hvem som oppfyller vilkårene og kan få innvilget omsorgslønn.

I Rt. 1997 s. 877 ble det av Høyesterett lagt til grunn at det ved avgjørelsen av om pårørende skal tilkjennes omsorgslønn, skal foretas en bred vurdering, hvor «tyngden av omsorgsarbeidet og kommunens økonomi ville være de mest sentrale faktorer»⁸⁴. Likevel skal ikke vurderingen alene baseres på et regnestykke «der fordelingen av omsorgsarbeidet mellom foreldrene og kommunen var de avgjørende faktorer.»⁸⁵

⁷⁸ NOU 2011: 17 s. 111

⁷⁹ Se Vedlegg 2: Tromsø kommunes standardkontrakt

⁸⁰ NOU 2011: 17 s. 111

⁸¹ NOU 2011: 17 s. 110

⁸² Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) 26. mars 1999 nr. 14

⁸³ Se for eksempel folketrygdloven §§ 11-18 og 12-14.

⁸⁴ Rt. 1997 s. 877 (s. 882)

⁸⁵ Rt. 1987 s. 877 (s. 882)

Vedtaket om omsorgslønn skal altså baseres på en bred vurdering i hvert enkelt tilfelle, hvor flere momenter vil være relevante. Kommunen vil da ha stort rom for skjønn i vurderingen. I det følgende vil det redegjøres for momenter det bør og, i visse tilfeller, skal legges vekt på i vurderingen.

2.4.1.1 Nødvendige omsorgsoppgaver og det beste for brukeren

Kommunen har i utgangspunktet ingen plikt til å tilby tjenester som faller utenfor deres lovbestemte ansvarsområde. Det må da vurderes om omsorgsarbeidet gjelder nødvendige omsorgsoppgaver⁸⁶, herunder oppgaver som hører under kommunens ansvarsområde for helse- og omsorgstjenester som følger av hol. § 3-1. Dette innebærer at brukeren må ha et «hjelpebehov som ellers må ivaretas av kommunen»⁸⁷.

For det andre skal det vurderes hva som er det beste for brukeren, og om dette vil være at en nærstående tar seg av omsorgen⁸⁸. Dersom omsorgsarbeidet ikke kan anses som det beste for brukeren av kommunen, skal heller ikke omsorgslønn tilkjennes. Her er det ikke bare kommunen som må anse omsorgen for det beste, men også brukeren. I vilkåret ligger også et krav om at det private omsorgsarbeidet må være forsvarlig. Kommunene har ansvar for at alle helse- og omsorgstjenester som tilbys er forsvarlige, jf. hol. § 4-1 første ledd første punktum. Det må da vurderes om det vil være forsvarlig å la en nærstående ta seg av omsorgen av brukeren, herunder om den nærstående er egnet, og om vedkommende både fysisk og psykisk kan klare tyngden av omsorgsarbeidet.

2.4.1.2 Kommunens ressurser

Et moment kommunen kan vektlegge til en viss grad, er kommunens egne ressurser. Kommunens økonomi kan likevel ikke begrunne ytelser under et forsvarlig minstenivå, jf. Rt. 1990 s. 874.

Rt. 1990 s. 874 (s. 888) omhandlet en sterkt funksjonshemmet kvinne som tidligere hadde fått hjemmehjelp fra kommunen 66,5 timer i uken. I nytt vedtak ble hjelpen redusert til 14,5 timer i uken. Høyesterett kom til at vedtaket innebar en vesentlig reduksjon av ytelser for kvinnen og at hennes livsviktige behov for stell og pleie, ikke ble tilfredsstilt. Høyesterett uttalte at et slikt vedtak «kan etter min mening ikke

⁸⁶ Innst. O. nr. 56 (1985-86) s. 5 og NOU 2011: 17 s. 19

⁸⁷ NOU 2011: 17 s. 33

⁸⁸ Innst. O. nr. 56 (1985-86) s. 5, rundskriv I-42/98 punkt 3.3 og NOU 2011: 17 s. 19

forsvares ut fra hensyn til kommunens økonomi»⁸⁹. Av dommen forstås det at fastlegging av minstestandarden må bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

2.4.1.3 Vilkåret om særlig tyngende omsorgsarbeid

Hovedvilkåret i lovbestemmelsen om omsorgslønn, er at omsorgsarbeidet er særlig tyngende, jf. hol. § 3-6. Vilkaåret fremhever at ikke ethvert omsorgsarbeid vil omfattes av omsorgslønnsordningen. Den delen av omsorgsarbeidet som er særlig tyngende vil i «grove trekk tilsvare det kommunen måtte ha dekket med andre tjenester dersom arbeidet ikke utføres av omsorgsgiveren»⁹⁰. I hovedsak vil altså omsorgsarbeid som anses som særlig tyngende, være omsorgsarbeid som kommunen har ansvar for å yte etter hol. § 3-1.

For at omsorgsarbeidet skal anses som særlig tyngende, må det blant annet være av et visst omfang. I tillegg til dette er det flere andre momenter som det kan og bør legges vekt på i vurderingen av om søker har et særlig tyngende omsorgsarbeid⁹¹. Disse listes opp i det følgende.

- *Om søkeren arbeider mange timar per månad. Det er ikkje mogeleg å fastsetje ei bestemt grense for kor mange timar som skal til.*
- *Om omsorgsarbeidet er meir fysisk eller psykisk belastande enn vanleg.*
- *Om omsorgsarbeidet inneber mykje nattarbeid eller avbrot i nattesøvnen.*
- *Korleis omsorgsarbeidet er fordelt over tid, om det skjer i periodar eller heile tida.*
- *Om omsorgsarbeidet har vart eller er forventa å vare i lang tid.*
- *Om omsorgsarbeidet fører til sosial isolasjon og mangel på ferie og fritid.*
- *Om søkeren har omsorg for meir enn ein person.*
- *Om søkeren har omsorgsplikt. Foreldre har omsorgsplikt for sine mindreårige barn. Elles har ingen rettsleg plikt til å ta på seg omsorgsarbeid for andre. Sidan foreldre har omsorgsplikt for sine mindreårige barn, vil det berre vere aktuelt med omsorgslønn dersom omsorga klart overstig vanleg omsorg for barn på same alder ...*
- *Om søkeren har inntektstap, det vil seie om omsorgsarbeidet fører til at søkeren må slutte i vanlege arbeid, må arbeide mindre enn før eller ikkje kan begynne i ei vanleg*

⁸⁹ Rt. 1990 s. 874 (s. 888)

⁹⁰ NOU 2011: 17 s. 33

⁹¹ Rundskriv I-42/98 punkt 3.1

*stilling. Inntektstap er ikke noko vilkår for å få omsorgslønn. Omsorgsarbeidet kan vere særleg tyngjande sjølv om søkjaren ikkje har inntektstap ...*⁹²

Både av det andre momentet i opplistingen og av forarbeidene til sosialtjenesteloven fremgår det at utgangspunktet for ordningen er at omsorgsarbeidet må gå utover det som er vanlig⁹³. Det kan her utledes at kommunene må kunne basere seg på frivillig omsorgsarbeid fra familie og nære i en begrenset utstrekning⁹⁴. Imidlertid er det ingen som har omsorgsplikt for andre, med unntak av omsorgsplikten for egne barn som følger av barneloven⁹⁵ § 30. Det og for eksempel hjelpe og pleie sin gamle mor i kortvarige sykdomsperioder, vil likevel måtte anses som vanlig omsorgsarbeid og ikke være omfattet av omsorgslønnsordningen. Ut fra en naturlig språklig forståelse må alt arbeid utover dette være særlig tyngende. Det vil da være feil å vurdere hver enkelt hjelpe- og pleiehandling opp mot vilkåret. Hele den samlede situasjonen vil for en person uten omsorgsplikt, være særlig tyngende, og det må da betales omsorgslønn for hele denne tiden.

I tilfeller hvor omsorgsgiver har omsorgsplikt for et barn, vil situasjonen være annerledes. Her vil ikke omsorgsarbeidet være særlig tyngende før det overgår det som er vanlig for barn på samme alder. Alt omsorgsarbeid som går utover det som er vanlig må da anses å være omsorgsarbeid som kommunen har ansvar for, og som det skal ytes omsorgslønn for.

Praksisen for ordningen er imidlertid annerledes. Kommunene vurderer om hver enkelt hjelpe- og pleiehandling for seg er særlig tyngende, og ikke den samlede situasjonen, se vedlegg 3: Tromsø kommunes beregningsskjema for omsorgslønn og oppgavens punkt 2.3.2.3.

Momentene som vist til ovenfor, er ikke nødvendige vilkår for at kommunen skal tilkjenne omsorgslønn, ved at de *kan* legges vekt på⁹⁶. Omsorgslønn kan dermed tilkjennes selv om ingen eller få av momentene er oppfylt. Dersom kommunen ikke tilkjenner omsorgslønn vil den i mange tilfeller ha plikt til å tilby andre ytelser som erstatning, jf. hol. § 3-1 første ledd.

⁹² Rundskriv I-42/98 punkt 3.1

⁹³ Ot.prp.nr. 29 (1990-1991) s. 61

⁹⁴ LF-2005-50325

⁹⁵ Lov om barn og foreldre (barneloven) 8. april 1981 nr. 7

⁹⁶ Rundskriv I-42/98 punkt 3.1

Omsorgslønnsordningen utgjør den største gruppen klagesaker for Fylkesmannen i alle landets fylker. I 2010 kom det inn 1104 klager til Fylkesmannen, 388 av disse var klager knyttet til kommunale vedtak om omsorgslønn⁹⁷. Det er stor sannsynlighet for at dette har en sammenheng med det vide skjønnnet kommunene har i behandlingen av disse sakene og det faktum at kriteriene ikke er lovbestemte⁹⁸. Et uoffisielt tall viser at rundt 30 % av vedtakene om omsorgslønn omgjøres av Fylkesmannen⁹⁹.

2.5 Hvem benytter seg av ordningen for omsorgslønn?

2.5.1 Hvem er omsorgslønnsnettakerne?

Utgangspunktet for omsorgslønnsordningen er altså at en nærstående person påtar seg et omsorgsarbeid for en bruker som går utover det som er vanlig. Omsorgstrengende kan selv velge hvem den vil ha som omsorgsgiver, slik at omsorgsgiver i praksis kan være hvem som helst¹⁰⁰.

Som tidligere vist, var 82 % av omsorgslønnsnettakerne kvinner og 18 % menn i 2010¹⁰¹. Relasjonen til omsorgslønnsnettakerne var som følger: 25 % var omsorgsgivers ektefelle, 60 % var omsorgsgivers datter eller sønn, 9 % var omsorgsgivers foreldre og 7 % var andre. Alderssammensetningen var som følger: 2 % i aldersspennet 18-26 år, 71 % i spennet 27-59 år, 15 % i spennet 60-67 år og de siste 12 % var over 68 år.

2.5.1.1 Nettakernes vurdering av ordningen og omsorgsarbeidet

I prosjektrapport fra Tromsø kommune fra 2014 ble det gjennomført intervjuer med forskjellige personer som mottar omsorgslønn¹⁰². Disse besto av 8 pårørende til 6 omsorgsmottakere, hvorav 3 var menn og 5 kvinner. Intervjuene viste at omsorgsarbeidet og oppgavene som ble utført tok utgangspunkt i omsorgsmottakers funksjonsevne og hjelpebehov. Flertallet uttalte at oppgavene økte og krevde mer som følge av aldring/sykdomsutvikling. Hjelpebehovet ble av alle beskrevet som uforutsigbart, og flertallet

⁹⁷ NOU 2011: 17 s. 34

⁹⁸ NOU 2011: 17 s. 35

⁹⁹ NOU 2011: 17 s. 35

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) s. 61

¹⁰¹ NOU 2011: 17 s. 108

¹⁰² Se funn under Helhetlig tilbud til pårørende med krevende omsorgsoppgaver (2014) punkt 3

omtalte ansvaret for «kontinuerlig og god omsorg som det mest krevende for dem i omsorgshverdagen»¹⁰³.

Flertallet av informantene hadde primært inntekt fra trygd eller pensjon. Inntekten og situasjonen som hjemmeværende muliggjorde det kontinuerlige nærværet til omsorgsmottaker som deres omsorgsarbeid krevde¹⁰⁴. Av de informanter som hadde opplevd å kombinere arbeid og omsorgsoppgavene var nærhet til arbeidssted og fleksibilitet i forhold til arbeidstid viktig for å klare og kombinere jobb med omsorgsarbeidet.

Flere uttalte at det kom økte utgifter som følge av omsorgsmottakers hjelpebehov, og at stønad fra folketrygden og omsorgslønn var nødvendig for å dekke alle utgiftene relatert til omsorgen. Flertallet mente at omsorgslønnen var for lav med tanke på utgiftene omsorgen medførte og «samsvarer ikke med oppgavene som omsorgsansvaret innebærer. Enkelte omtaler at prosentandelen ikke er betegnende for jobben de gjør»¹⁰⁵. På dette grunnlag ønsket de mer omsorgslønn.

Alle de pårørende vektla at omsorgsarbeidet innebar å være til stede for omsorgsmottaker store deler av døgnet og hjelpe til når mottaker trengte det. Alle verdsatte omsorgslønnen, men hadde et ønske om mer avlastning. Flere sa at de kunne avstått noe eller all stønad om de fikk mer hjelp som avlastning¹⁰⁶.

Alle pårørende beskrev sin egen helse som avgjørende for å klare omsorgsoppgavene. En informant hadde store fysiske plager, og uttalte at kombinasjonen av lønnet arbeid og tunge omsorgsoppgaver ble for belastende. Informanten mente å ha behov for uføretrygd for å ha mulighet til å ivareta egen helse. Omsorgsgivere oppfatter generelt sin egen fysiske helse som dårligere enn den gjennomsnittlige befolkning¹⁰⁷. Store omsorgsoppgaver blir også ansett for å øke risikoen for mentale helseproblemer¹⁰⁸. Det er dessuten bevist at kvinner oftere enn menn reduserer arbeidstiden for å kunne utføre omsorgsarbeid. Menn velger derimot å arbeide

¹⁰³ Helhetlig tilbud til pårørende med krevende omsorgsoppgaver (2014) s. 16

¹⁰⁴ Helhetlig tilbud til pårørende med krevende omsorgsoppgaver (2014) s. 17

¹⁰⁵ Helhetlig tilbud til pårørende med krevende omsorgsoppgaver (2014) s. 23

¹⁰⁶ Helhetlig tilbud til pårørende med krevende omsorgsoppgaver (2014) s. 23

¹⁰⁷ NOU 2011: 17 s. 81

¹⁰⁸ NOU 2011: 17 s. 82

som normalt, og sliter seg derfor lettere ut. En større andel menn enn kvinner ender av denne grunn opp på ulike trygdeordninger som følge av omsorgsarbeidet¹⁰⁹.

Informantene viser til et stort, uforutsigbart og belastende omsorgsarbeid, hvor de selv mener at den prosentandelen omsorgslønn som kommunen utmåler ikke står i forhold til arbeidet de gjør. I tillegg medfører det nære forholdet til den omsorgstrengende at pengene i mange tilfeller ikke går til omsorgslønnsinntaker, men til brukeren og dens behov.

2.5.2 Hvem er brukerne?

For å kunne motta omsorgslønn må søker utføre særlig tyngende omsorgsarbeid for en annen person. Denne personen må ha et stort omsorgsbehov på grunn av alder, funksjonshemming eller sykdom, og av denne grunn trenger mye hjelp i hverdagen¹¹⁰.

I undersøkelsen som vist til ovenfor, ble det også sett på hvem brukerne er. Det var her 44 % i aldersspennet 0 til 17 år, 13 % i spennet 18 til 26 år, 16 % i spennet 27 til 59 år, 9 % fra 60 til 67 år og 18 % fra 68 år og oppover¹¹¹. Den største andelen brukere er altså barn under 18 år.

3 Omsorgslønnsinntakernes arbeidsrettslige stilling

3.1 Introduksjon

Det er ingen automatikk i at omsorgslønnsinntakere anses som verken oppdragstakere eller arbeidstakere. Selv om praksisen for ordningen er at kommunene selv bestemmer om de skal ansettes som enten det ene eller det andre, vil kategoriseringen ikke være en valgmulighet. Om en arbeider er å anse som arbeidstaker følger av visse kriterier, som gjelder uavhengig av kommunens frihet til selv å organisere sine tjenester etter lokale forhold og behov¹¹². Det er de reelle underliggende forholdene som skal vurderes i forhold til klassifiseringen.

Utfordringer med å «forene arbeidstakerrettigheter med hensynet til brukermedvirkning», herunder vanskeligheter med å opprettholde en fleksibel ordning i forhold til arbeidstid¹¹³ og

¹⁰⁹ NOU 2011: 17 s. 81

¹¹⁰ NOU 2011: 17 s. 17

¹¹¹ NOU 2011: 17 s. 108

¹¹² HR-2016-1366 (avsnitt 61 og 62)

¹¹³ Se regler om arbeidstid i arbeidsmiljøloven kapittel 10

utfordringer ved at ansettelse som hovedregel skal være faste¹¹⁴, vil heller ikke kunne endre den karakter forholdet har av et arbeidsforhold dersom momentene entydig taler i retning av et arbeidsforhold, jf. Rt. 2013 s. 354 (avsnitt 58 og 60).

I forarbeid til helse- og omsorgstjenesteloven fremgår det at private som yter helsetjenester på vegne av kommunen ikke er ansatte, en kategori omsorgslønsmottakere går under¹¹⁵. Uttalelsen kan likevel ikke utelukke en klassifisering av omsorgslønsmottakere som arbeidstakere, se støtte for dette i HR-2016-1366 (avsnitt 86).

I utgangspunktet skal det gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt arbeidsforhold¹¹⁶. Dette fordi det kan foreligge variasjoner mellom personer og deres arbeid og avtaler. Man kan altså ikke slå alle over en kam. Derimot vil en generell vurdering av omsorgslønsmottakeres arbeidsrettslige stilling gi en pekepinn for hvilken stilling de har og hva de kan kreve.

Det vil videre redegjøres for hvem som er omfattet av arbeidslovgivningen (punkt 3.2), hvem som regnes som arbeidstakere etter dagens regelverk (punkt 3.3), og om omsorgslønsmottakere er å anse som arbeidstakere (punkt 3.4).

3.2 Hvem er omfattet av arbeidslovgivningen?

Etter arbeidsmiljøloven § 1-2 gjelder loven for virksomhet som sysselsetter «arbeidstaker», med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven. Etter ferieloven¹¹⁷ § 2 første ledd har enhver som utfører arbeid i «annens tjeneste (arbeidstaker) har rett til ferie etter denne lov». Lovene begrenses altså til arbeidsforhold mellom arbeidstakere og arbeidsgivere.

For å ha krav på sykepenger i arbeidsgiverperioden, må man ha vært ansatt hos arbeidsgiver i minst 4 uker etter ftrl. § 8-19 jf. § 8-18. Dette innebærer at bare arbeidstakere i en virksomhet har krav etter bestemmelsen. For å ha krav på obligatorisk yrkesskedeforsikring fra arbeidsgiver etter yrkesskedeforsikringsloven¹¹⁸ § 3, må arbeideren anses som arbeidstaker etter tilsvarende definisjon som den som fremgår av arbeidsmiljøloven, jf. § 1 jf. § 2.

¹¹⁴ Se arbeidsmiljøloven § 14-9

¹¹⁵ Prop. 91 L (2010-2011) s. 292

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73 og Henning Jakhelln, «Arbeidstakerbegrepet – oppdragstaker eller arbeidstaker», *Jussens Venner*, vol. 48 05/2013, s. 329-365 (s. 364)

¹¹⁷ Lov om ferie (ferieloven) 29. april 1988 nr. 21

¹¹⁸ Lov om yrkesskedeforsikring (yrkesskedeforsikringsloven) 16. juni 1989 nr. 65

En som ikke regnes som arbeidstaker vil da i utgangspunktet ikke ha rettigheter etter arbeidslovgivningen. Dette er rettigheter som oppsigelsesvern, overtidsbetaling, likelønn, sykepenger, feriepenger, ferie, vikar ved sykdom osv. Når omsorgslønnsinntakere ikke regnes som arbeidstakere, blir de altså satt i en svært dårlig stilling sammenlignet med andre som regnes som arbeidstakere i kommunen. At omsorgslønnsinntakere ikke anses som arbeidstakere vil imidlertid være både økonomisk og administrativt gunstig for kommunene¹¹⁹, som sparer penger på forsikringer, manglende overtidsbetaling og ferie osv.

3.3 Hvem regnes som arbeidstakere?

3.3.1 Skillet mellom oppdragstaker og arbeidstaker

Arbeidstakerbegrepet er definert flere steder i lovgivningen. I det følgende vil kun arbeidstakerbegrepet slik det fremgår i arbeidsmiljøloven, ferieloven og folketrygdloven, vurderes.

I arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd fremgår det at som arbeidstaker regnes «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Arbeidstakerbegrepet i ferieloven § 2 første ledd, skal tolkes likt som etter arbeidsmiljøloven¹²⁰.

Etter folketrygdloven § 1-8 er definisjonen forholdsvis lik som etter arbeidsmiljøloven, men med en tilføyelse av «for lønn eller annen godtgjørelse». Vederlag for arbeidet vil altså være et vilkår for å bli ansett som arbeidstaker etter folketrygdloven. Momentene som vektlegges i den «konkrete vurderingen er de samme som etter arbeidsmiljøloven»¹²¹. Det legges derfor til grunn at folketrygdlovens arbeidstakerbegrep i hovedsak skal tolkes likt som etter arbeidsmiljøloven¹²².

Folketrygdloven har i tillegg til en definisjon av arbeidstakerbegrepet, også en definisjon av oppdragstakere i § 1-9, hvor de omtales som frilansere. Skillet mellom arbeidstaker og frilanser går her på at en frilanser utfører arbeid «utenfor tjeneste» for lønn eller annen godtgjørelse. Med dette menes at frilansere ikke arbeider i annens tjeneste, og er sin egen sjef,

¹¹⁹ NOU 2011: 17 s. 83

¹²⁰ Dette støttes i NOU 2004: 5 (Arbeidslivslovutvalget: Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst) s. 154, Rt. 1984 s. 1044 (s. 1048) og Rt. 2013 s. 354 (avsnitt 38)

¹²¹ NOU 2004: 5 s. 155

¹²² Se støtte for dette i NOU 2017: 4 Delingsøkonomien – muligheter og utfordringer, s. 55

selv om de utfører arbeid for en annen¹²³. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor en som regnes som frilanser etter folketrygdloven regnes som arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven og ferieloven¹²⁴. Et eventuelt skille mellom folketrygdloven og andre lover, vil derimot ikke bli vurdert i oppgaven.

I folketrygdloven § 1-10 fremgår det at en selvstendig næringsdrivende er «enhver som for egen regning og risiko driver en vedvarende virksomhet som er egnet til å gi nettoinntekt». Det er klart at omsorgslønnsinntakere ikke kan regnes som selvstendige næringsdrivende, slik at dette ikke vil vurderes nærmere i det følgende.

Lovens definisjon av arbeidstakere bygger på et arbeidsforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. For at det skal foreligge et arbeidsforhold, må det foreligge et «avtaleforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, som går ut på at arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til arbeidsgivers disposisjon for å utføre nærmere angitte arbeidsoppgaver»¹²⁵. Forholdet bygger så på avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og en forutsetning om arbeidsgivers styringsrett.

Styringsretten går ut på at arbeidsgiver blant annet leder og kontrollerer arbeidet. Etter styringsretten har arbeidstaker en plikt til å gjennomføre arbeidet arbeidsgiver setter han til, se oppgaven punkt 3.4.4 for videre drøftelse.

Et oppdragsforhold defineres gjerne ved at vedkommende har påtatt seg et spesifikt oppdrag for oppdragsgiver, og at oppdragstaker selv velger hvordan arbeidet skal gjennomføres. Oppdragstaker vil normalt være ansvarlig for at resultatet blir som avtalt, og vil ikke være underlagt noens ledelse og kontroll¹²⁶.

3.3.2 Vurderingsmomenter

Ifølge Rt. 2013 s. 354 (avsnitt 39) er det «lovgivers intensjon at de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven, ferieloven mv., blir vernet». Ut fra dette skal arbeidstakerbegrepet gis en vid tolkning¹²⁷. Lovgivers intensjon har videre vært at arbeidsgiver ikke skal ha mulighet til å definere seg bort fra vernet som følger med en definisjon som arbeidstaker. Derfor skal en

¹²³ Kjønstad (2007) s. 63

¹²⁴ NOU 2004: 5 s. 155

¹²⁵ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 2006 s. 26

¹²⁶ Kjønstad (2007) s. 63

¹²⁷ Se også Rt. 1984 s. 1044 (s. 1048)

person regnes som arbeidstaker dersom forholdet reelt sett har karakter av et arbeidsforhold¹²⁸. Grunnet både ferielovens og arbeidsmiljølovens preseptoriske karakter, legges det til grunn at det ikke vil være noe vilkår at arbeidsavtalen er betegnet nettopp som «arbeidsavtale». Formen avtalen blir inngått i er da ikke avgjørende¹²⁹.

Gjennom rettspraksis har flere momenter ved arbeidsavtalen blitt ansett som vesentlige i vurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold. Disse er opplistet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven¹³⁰. Momentene er ment å gjøre det enklere å skille mellom oppdragstakere og arbeidstakere. Siden momentene er en videreføring fra tidligere rett, vil praksis også fra den gamle arbeidervernloven være relevant i tolkningen av hvert moment¹³¹.

En person skal regnes som arbeidstaker i lovens forstand hvis tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold. Det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet. Følgende kriterier kan etter rettspraksis tale for at det foreligger et arbeidsforhold:

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

¹²⁸ Meld. St. 29 (2010-2011) Felles ansvar for eit godt og anstendig arbeidsliv. Arbeidsforhold, arbeidsmiljø og sikkerheit, s. 206

¹²⁹ Se støtte for dette i Rt. 2013 s. 354 (avsnitt 37) og HR-2016-1366 (avsnitt 56)

¹³⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

¹³¹ Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 43) jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74

Det fremgår videre at listen ikke er uttømmende, slik at andre momenter kan være relevante i vurderingen¹³². De opplistede momentene er heller ikke absolutte vilkår, men heller en pekepinn på hvilke kjennetegn man vanligvis finner i et arbeidsforhold. Til syvende og sist beror avgjørelsen på om det foreligger et arbeidsforhold, på en helhetsvurdering av omstendighetene i avtaleforholdet. I vurderingen må det tas hensyn til at dess større «selvstendighet oppdragstakeren har i disse henseender, desto mindre grunn er det til å underkaste avtalen arbeidsrettslige regler»¹³³.

3.4 Er omsorgslønnsinntakere å anse som arbeidstakere?

3.4.1 Introduksjon

I det følgende vil det redegjøres for hvordan hvert enkelt moment skal tolkes generelt. I tillegg ble det avsagt to Høyesterettsdommer i 2013 og en i 2016 som vil være av spesiell interesse for vurderingen av omsorgslønnsinntakere, grunnet nærheten i arbeidssituasjon og vilkår. Hvert moment vil vurderes i forhold til omsorgslønnsinntakere, før det gjøres en helhetsvurdering av om omsorgslønnsinntakere er å anse som arbeidstakere.

Flere av momentene i vurderingen har sammenheng med hverandre, slik at det vil være naturlig å behandle dem etter hverandre. Rekkefølgen momentene er behandlet i er derfor ikke lik den rekkefølgen som fremgår av forarbeidene.

3.4.2 Personlig arbeidskraft

Et arbeidsforhold kjennetegnes ved at arbeidstaker har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet. Arbeidstaker har en plikt til å utføre arbeidet selv, og kan ikke betale andre for å utføre det for seg. Han kan heller ikke uten videre benytte seg av medhjelpere ved utførelsen av arbeidet¹³⁴. Om arbeider derimot har mulighet til å betale andre for å utføre jobben, vil dette være noe som taler for at det ikke foreligger et arbeidsforhold¹³⁵.

I flere arbeidsforhold er arbeidet betinget av at flere arbeidstakere utfører arbeidet sammen. Det kan også avtales bruk av medhjelper i arbeidskontrakten¹³⁶. Dette vil selvsagt ikke være i

¹³² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

¹³³ Jakhelln (2006) s. 33

¹³⁴ Jakhelln (2013) s. 345

¹³⁵ Arne Fanebust, Innføring i arbeidsrett – Den individuelle del, 2015 s. 21

¹³⁶ Jakhelln (2013) s. 345

veien for at de anses som arbeidstakere. I et oppdragsforhold kan det også være en personlig arbeidsplikt¹³⁷, for eksempel vil en skuespiller som har påtatt seg en rolle i en film ha en personlig arbeidsplikt, men likevel være oppdragstaker. Dersom det ikke foreligger en personlig arbeidsplikt, må de andre kjennetegn ved et arbeidsforhold være til stede, og fremtre som dominerende i forholdet for at vedkommende skal være å anse som arbeidstaker¹³⁸.

I Rt. 2013 s. 342 (heretter omtalt som Beredskapshjemdommen) (avsnitt 48) uttalte Høyesterett at ivaretagelsen av de vanlige familiefunksjonene innebar at «oppdragstakerens familie involveres på en måte som gjør at oppdraget – ut over den løpende beredskapen – ikke kan løses bare ved at C stiller sin personlige arbeidskraft til disposisjon».

Spørsmålet i saken var om C skulle anses som oppdragstaker eller arbeidstaker etter sin kontrakt som fosterforelder i beredskapshjem. Et beredskapshjem er et fosterhjem som tar imot barn og unge i en akutt situasjon på kort varsel¹³⁹. Disse reguleres av barnevernloven¹⁴⁰ § 4-22. Meningen med et beredskapshjem er at barnet skal få omsorg til en annen og mer varig løsning er funnet, eller til barnet kan flytte tilbake til sitt hjem og foreldrene sine¹⁴¹.

Avgjørelsen hadde dissens 4-1 hvor flertallet stemte for at C ikke var å anse som arbeidstaker, mens mindretallet stemte for det motsatte. Flertallet i Høyesterett mente at avtalen utvilsomt fastsatte en personlig arbeidsplikt for C. Men at den også krevde at hennes familie trådte til. Dette medførte at Høyesterett tilla momentet begrenset vekt. Mindretallet mente at det faktum at familien også måtte engasjeres ikke endret det forholdet at C hadde en personlig arbeidsplikt. Dette var bare en naturlig følge av arbeidet. Mindretallet mente at den personlige arbeidsplikten måtte være et tungtveiende moment.

¹³⁷ Jakhelln (2013) s. 345

¹³⁸ Fanebust (2015) s. 22

¹³⁹ Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 32)

¹⁴⁰ Lov om barneverntjenester (barnevernloven) 17. juli 1992 nr. 100

¹⁴¹ https://www.bufdir.no/fosterhjem/Ulike_typer_fosterhjem/Hva_er_et_fosterhjem/Beredskapshjem/
(sist kontrollert 01.05.17)

I Rt. 2013 s. 354 (heretter omtalt som Avlasterdommen) (avsnitt 43) ble det vektlagt i retning av et arbeidsforhold at A ikke kunne betale medhjelpere til å bistå henne ved gjennomføringen av oppdraget, slik som en oppdragstaker i de fleste tilfeller kan.

Dommen omhandlet en avlaster (A) som av kommunen ble ansett som oppdragstaker. Spørsmålet var om hun var å regne som arbeidstaker. Etter en helhetsvurdering av alle momentene kom Høyesterett enstemmig til at A var å regne som arbeidstaker.

Avlastere har mange likhetstrekk med omsorgslønnsinntakere, både når det gjelder arbeidsoppgaver og arbeidssituasjon. For avlastere kan både arbeid foregå i brukers hjem, i eget hjem eller i institusjon. Arbeidet består av å utføre de hjelpe- og pleieoppgaver som familie og venner til bruker vanligvis utfører, slik at disse kan få ferie og fri fra omsorgsoppgavene¹⁴². Vurderingene som gjøres i Avlasterdommen, både generelt og spesielt rettet mot avlastere, vil da være av stor interesse i den videre fremstillingen.

Etter avgjørelsene må en personlig arbeidsplikt fortsatt anses å foreligge, selv om det i noen tilfeller vil være naturlig at andre familiemedlemmer hjelper til i arbeidet. Dette kan derimot medføre at momentet bare kan tillegges begrenset vekt. At arbeider ikke har mulighet til å betale andre for å utføre arbeidet vil tale for at det er et arbeidsforhold.

Omsorgslønnsinntakere får i utgangspunktet bare betalt for den tid de utfører «særlige tyngende omsorgsarbeid»¹⁴³, og vil i utgangspunktet ikke få betaling for arbeid andre har utført. I noen tilfeller kan det likevel være naturlig at andre familiemedlemmer er innblandet i arbeidet. Omsorgslønnsinntaker må likevel klart anses å ha en personlig arbeidsplikt. Dersom vedkommende ikke utfører arbeidet, vil bruker stå uten hjelp og pleie. Momentet må dermed tale for at omsorgslønnsinntakere er arbeidstakere.

3.4.3 Risikoen for resultatet av arbeidet

Selv om arbeidstakere har en personlig arbeidsplikt, har de ikke ansvar for resultatet av eget arbeid¹⁴⁴. I et arbeidsforhold er det arbeidsgiver som står med risikoen for resultatet av arbeidet. En oppdragstaker vil derimot i de fleste tilfeller selv være ansvarlig for resultatet og

¹⁴² Tromsø kommunes tjenestebeskrivelse, s. 15

¹⁴³ Rundskriv I-42/98 punkt 4.2

¹⁴⁴ Fanebust (2015) s. 22

må ta konsekvensene dersom resultatet ikke blir som avtalt. Oppdragstaker risikerer å måtte gjøre jobben på nytt uten ekstra betaling dersom jobben ikke blir riktig utført¹⁴⁵, mens arbeidstaker uansett vil ha krav på lønn for arbeidet.

I tilfeller hvor forholdet har karakter av en resultatforpliktelse, vil dette tale for et oppdragsforhold¹⁴⁶.

I **Rt. 1994 s. 1064** (Bye-dommen) kom Høyesterett til at det ikke forelå et ansettelsesforhold mellom Aker og Bye. Bye var ansatt som konsulent hos Aker Engineering gjennom hans eget firma, TMB Engineering. I avgjørelsen vektla Høyesterett at Aker kunne avbestille fortsatte tjenester uten spesiell avbestillingsgrunn og uten oppsigelsesfrist. Bye fikk betalt etter regning som var basert på timelister. Timelistene måtte være godkjente av Aker, herunder måtte arbeidet være godkjent før betaling ble gjennomført. I tillegg hadde Bye en timelønn som var mye høyere enn ansatte hos Aker, noe som etter rammeavtalen skulle dekke lønn til ansatte, feriepenger, arbeidsgiveravgift, forsikringer, administrasjonskostnader og fortjeneste. Bye hadde selv plikt til å utbedre feil fra hans side for egen regning, samt at Aker kunne kreve erstatning for feil og forsinkelser etter kontraktsrettslige regler¹⁴⁷. Forholdet hadde da karakter av en resultatforpliktelse

I **Avlasterdommen** (avsnitt 53), se punkt 3.4.2, kom Høyesterett til at det var mest dekkende å si at kommunen måtte bære risikoansvaret for avlastertjenesten, siden kommunen etter loven hadde en plikt til å sørge for at ytelsen ble levert. Det ble også lagt vekt på at A ikke ville trekkes i lønn selv om hun gjorde en dårlig jobb, resultatet ville eventuelt bli at hun ikke fikk ny kontrakt som avlaster. Høyesterett uttalte at momentet ikke passer spesielt godt der arbeidet går på løpende omsorgsyntelser.

Det samme ble resultatet i **HR-2016-1366** hvor Høyesterett sluttet seg til vurderingen i Avlasterdommen¹⁴⁸. Som Avlasterdommen, omhandler HR-2016-1366 avlasteres arbeidsrettslige stilling. Mer spesifikt var spørsmålet i saken om A, en avlaster og støttekontakt for B, var å anse som arbeidstaker i kommunen. Avlasteren hadde

¹⁴⁵ Fanebust (2015) s. 22

¹⁴⁶ Rt. 1994 s. 1064 (s. 1069-1070)

¹⁴⁷ Rt. 1994 s. 1064 (s. 1069-1070)

¹⁴⁸ HR-2016-1366 (avsnitt 79)

fagbrev som barne- og ungdomsarbeider og hadde utført arbeid som avlaster for B siden 2003-2004. I samme periode hadde hun også arbeidet som støttekontakt for ham. Vedtakene om avlastning og støttekontakt hadde vanligvis en varighet på to år. Både avtalen A hadde med kommunen om avlastning og støttekontakt, kalte seg «oppdragsavtaler» og sa uttrykkelig at A ikke var ansatt i kommunen. Høyesterett delte seg i et flertall og et mindretall, med dissens 4-1. Flertallet kom til at A var å anse som arbeidstaker i kommunen, mens mindretallet kom til det motsatte. I og med at denne avgjørelsen også omhandler avlastere, vil den være av stor interesse videre i oppgaven, se punkt 3.4.2.

Ved løpende omsorgsytelser er det ikke resultatet som er det primære, men omsorgen som gis underveis. Målet er ikke nødvendigvis at den omsorgstrengende skal bli frisk da det ofte er snakk om kroniske sykdommer som de vil trenge hjelp til resten av livet. Målet vil da være at hver enkelt bruker skal få best mulig omsorg.

Når det gjelder omsorgslønn, vil det mest nærliggende være at kommunen har risikoen for resultatet når det gis omsorgslønn, siden det er kommunen som har plikt til å «sørge for» at nødvendige omsorgsytelser blir levert. Omsorgslønnsinntaker får betalt for arbeidet som utføres og vil heller ikke bli trukket i lønn dersom de gjør en dårlig jobb. Akkurat som i Avlasterdommen, vil resultatet i så fall bli at kontrakten og vedtaket ikke fornyes. Ordningen har da ikke karakter av en resultatforpliktelse.

Dette vil være tilfellet hvor omsorgslønnsinntaker ikke har omsorgsplikt overfor bruker. Noe annerledes kan situasjonen tenkes å være når omsorgslønnsinntaker er omsorgsgiver for eget barn. Foreldre har et eget ansvar for at barnet har det bra, får tilstrekkelig omsorg og forsørgelse, jf. barneloven § 30. Barnevernet vil bl.a. kunne tre inn i familier hvor omsorgen som gis ikke er tilstrekkelig, jf. barnevernloven § 4-12.

En del av vurderingen for om søker skal innvilges omsorgslønn er at barnet har et omsorgsbehov som klart overstiger det som er vanlig for barn på samme alder. I slike tilfeller har kommunen ansvar for å sørge for nødvendige helse- og omsorgstjenester. Kommunen må da sies å ha ansvaret for resultatet av den omsorg som går utover det som er vanlig, og som kommunen har en plikt til å sørge for. Ansvaret vil være delt mellom foreldrene og kommunen.

Momentet må dermed tale for at omsorgslønnsinntakere er arbeidstakere.

3.4.4 Arbeidstakers plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll

Et hovedmoment i et arbeidsforhold, er at arbeidstaker har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet. Momentet har nær sammenheng med arbeidsgivers styringsrett. Dette støttes i Avlasterdommen (avsnitt 48) hvor det uttales at et avhengighets- og underordningsforhold er «grunnleggende trekk ved arbeidsavtaler».

Avhengighetsforholdet tolkes som arbeidstakers avhengighet av lønnen som gis av arbeidsgiver for utført arbeid. Dette momentet vil bli drøftet i oppgavens punkt 3.4.6. Et underordningsforhold tolkes som styringsretten arbeidsgiver har ovenfor arbeidstaker.

Styringsretten er ulovfestet, og bygger på at arbeidsgiver har rett til å lede, organisere, kontrollere og fordele arbeidet i virksomheten. I kraft av styringsretten er arbeidsgiver også den som bestemmer hvem som skal ansettes, sies opp og avskjediges¹⁴⁹. Med arbeidsgivers styringsrett, følger naturlig nok også en lydighetsplikt for arbeidstakerne som må utføre de oppgavene de blir satt til å utføre av arbeidsgiver¹⁵⁰. Styringsretten vil være en konsekvens av at arbeidsgiver er den som har risikoen for arbeidets resultat¹⁵¹.

Styringsretten ligger til grunn for alle arbeidsavtaler i Norge. Styringsretten begrenses i utgangspunktet av arbeidskontrakten selv, loven og tariffavtaler, men kan også begrenses av allmenne saklighetsnormer¹⁵². Et viktig kjennetegn som skiller oppdragstakere fra arbeidstakere er at oppdragstakere er sine egne arbeidsgivere og selv har ansvaret for eget resultat¹⁵³. De står dermed friere til å bestemme hvordan og når arbeidet skal utføres. Dersom det ikke foreligger et underordningsforhold til arbeidsgiver, vil det altså trekke i retning av et oppdragsforhold. Likevel er det ikke et absolutt krav at arbeidsgiver har full styringsrett.

I Rt. 1958 s. 1229 ble to scenearbeidere ansett som arbeidstakere. Scenearbeiderne arbeidet i forholdsvis frie og selvstendige stillinger, hvor de også hadde rett til å fratrukke stillingen med full betaling dersom de mente endringer i iscenesettelsene ikke ville være kunstnerisk forsvarlig. Scenearbeiderne hadde likevel en arbeidstid hvor de måtte

¹⁴⁹ Jakhelln (2006) s. 24

¹⁵⁰ Jakhelln (2013) s. 339

¹⁵¹ Jakhelln (2006) s. 34

¹⁵² Fanebust (2015) s. 117

¹⁵³ Fanebust (2015) s. 22

være på jobb. De var også nært knyttet til teaterets ledelse og ble ansett av Høyesterett å være underkastet teaterets styringsrett. Dette ble begrunnet i at teaterets ledelse hadde siste ord når det gjaldt besettelser av roller, bearbeidelse og beskjæring av stykket. Høyesterett uttalte her at arbeidere i en slik stilling (som scenearbeider) ofte ville ha en

«meget fri og selvstendig stilling og ikke sjelden vil være undergitt et minimum av instruksjoner. Undertiden kan dette skyldes at arbeidsgiveren likefrem mangler de nødvendige forutsetninger for å utforme instruksjoner i detalj, men det kan også henge sammen med at arbeidsytelsen i en ganske særlig grad er og må være avhengig av arbeidstagerens personlighet og individuelle stilling»¹⁵⁴.

Deres frie stilling kunne ikke alene medføre at scenearbeiderne var å anse som oppdragstakere, så lenge de andre momentene talte for det forelå et arbeidsforhold.

Etter avgjørelsen vil det ikke være et krav om at arbeidsgiver må ha full ledelse og kontroll over arbeidstaker i et arbeidsforhold. En arbeidstaker kan, som en oppdragstaker, gis stor frihet i utførelsen av arbeidet uten at forholdet mister karakteren av et arbeidsforhold¹⁵⁵.

I **RG. 1989 s. 996** (s. 999) ble tre moseplukkere ikke ansett som arbeidstakere, fordi de hadde en svært fri og uavhengig stilling. De hadde ingen arbeidsplikt, og bestemte selv når og om de ville arbeide, og når de ville ha ferie. Stillingene var da for frie til at moseplukkerne kunne regnes som arbeidstakere.

Det samme ble resultatet i **Rt. 1984 s. 1044**, hvor en selger/salgsleder av «Tupperware»-produkter ikke ble ansett som arbeidstaker. Salgene foregikk under sammenkomster i private hjem og det gjaldt ingen bestemte forutsetninger for hvor mye de skulle selge. Om selgerne ikke solgte noe på flere uker, ble de strøket av selgerlistene, men de kunne når som helst starte opp igjen med salget. De bestemte når de skulle selge og når de skulle ha ferie helt fritt. Høyesterett mente at formen for rekruttering og den løse tilknytningen, talte sterkt mot å anse selgerne/salgslederne

¹⁵⁴ Rt. 1958 s. 1229 (s. 1230)

¹⁵⁵ Se også Jakhelln (2013) s. 340

som arbeidstakere. Høyesterett kom til at selgerne ikke hadde noen arbeidsplikt i tradisjonell forstand¹⁵⁶.

I **Avlasterdommen** (avsnitt 49), se punkt 3.4.2, ble det lagt stor vekt på at A utførte oppgaver bestemt av foreldrene, og at gutten hadde en streng timeplan som A måtte følge. A hadde da svært liten frihet til å styre arbeidet selv. Høyesterett kom til at det ikke var nødvendig at kommunen styrte tjenesteyteren, og uttalte at

«en person som ellers ville vært ansett som arbeidstaker, ikke skal havne i et arbeidsrettslig tomrom fordi den som inngår kontrakten og betaler lønnen, gjør det for å ivareta behovet til en annen, som er den som løpende instruerer om gjennomføringen av arbeidsoppgavene. Enten må oppdragsgiveren – her kommunen – eller tjenestemottakeren være arbeidsgiver. Det sistnevnte er ikke aktuelt her»¹⁵⁷.

Også tjenestemottakeren kunne være den som utøvde ledelsen og kontrollen i forholdet uten at det av den grunn måtte regnes som et oppdragsforhold.

Dette ble også lagt til grunn i **HR-2016-1366** (avsnitt 65), se punkt 3.4.3, hvor det fremgår at det må være tilstrekkelig at arbeidsgiveren har «rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll ... Spørsmålet er altså ikke om det rent faktisk utøves arbeidsledelse»¹⁵⁸. Videre uttaler Høyesterett at det med ledelse og kontroll menes et «organisatorisk underordningsforhold, og ikke bare det tilsyns- og kontrollansvar som følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 tredje ledd»¹⁵⁹. A måtte ta hensyn til både brukerens og familiens behov under avlastningen. Høyesterett kom til at A hadde et ansvar for å underordne seg kommunens ledelse og kontroll, og at en viss frihet i hvordan oppgavene ble utført, ikke kunne tale mot at det forelå et arbeidsforhold¹⁶⁰. Høyesterett anså da at ledelse og kontroll ble styrt av tjenestemottaker.

Etter disse dommene må det legges til grunn at det er et krav om en viss arbeidsplikt for arbeidstaker og en viss form for styringsrett for arbeidsgiver. Det er derimot ikke et krav om at det må være full ledelse og kontroll fra arbeidsgivers side - arbeidstaker kan stå forholdsvis

¹⁵⁶ Rt. 1984 s. 1084 (s. 1048-1049)

¹⁵⁷ Rt. 2013 s. 354 (avsnitt 49)

¹⁵⁸ HR-2016-1366 (avsnitt 65)

¹⁵⁹ HR-2016-1366 (avsnitt 66)

¹⁶⁰ HR-2016-1366 (avsnitt 71 og 72)

fritt og fortsatt anses som arbeidstaker. Ledelsen og kontrollen trenger videre ikke å utøves av arbeidsgiver, men kan også utøves av tjenestemottaker. Ledelsen og kontrollen trenger heller ikke rent faktisk å bli utøvd av noen, men muligheten for å utøve den må foreligge. Et spørsmål vil være om kommunene har mulighet til å styre og lede utover det som følger av hol. § 3-1 tredje ledd.

Omsorgslønnsnettaker må klart sies å ha en arbeidsplikt. Men de står likevel i en spesiell stilling, hvor arbeidet foregår i brukers hjem, og kommunen av den grunn ikke har mulighet til å kontrollere arbeidet¹⁶¹. I mange tilfeller vil omsorgslønnsnettaker ha et annet hjem enn bruker. Mens i andre tilfeller, spesielt hvor bruker er under 18 år eller bruker og omsorgslønnsnettaker er ektefeller, vil brukers hjem også være omsorgslønnsnettakers hjem. I tilfeller hvor hjemmet til bruker er det samme som for omsorgslønnsnettaker, vil forskrift FOR-2002-07-05-715 om arbeid i arbeidstaker hjem, gjelde, jf. § 3 fjerde ledd.

Forskrift om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem, FOR-2002-07-05-715, er gitt i medhold av arbeidsmiljøloven § 1-5 første ledd. Forskriften innebærer at flere av arbeidsmiljølovens bestemmelser som passer dårlig når arbeidet foregår i eget hjem, ikke gjelder, og at mer passende reguleringer innføres som en erstatning.

Selv om kommunen ikke kan føre direkte kontroll i brukers hjem, er det andre måter kommunen kan føre kontroll på. Kommunen vil blant annet få beskjed dersom bruker havner i helseinstitusjon, og kan da kontrollere om det er manglende omsorg som ligger til grunn for innleggelsen. Mange brukere og omsorgslønnsnettaker benytter seg også av annen hjelp, herunder avlastere, hjemmehjelp og andre helsetjenester¹⁶². Kommunen vil da ha mulighet til å føre kontroll med det som skjer i huset gjennom disse tjenestene.

I rapporten fra Tromsø kommune, uttalte alle informantene at hjelpebehovet til den omsorgstrengende var uforutsigbart, og at de måtte være i nærheten av den omsorgstrengende store deler av døgnet¹⁶³. Dette tilsier at det i mange tilfeller er bruker som styrer dagen, og ikke omsorgslønnsnettaker. Slik som i Avlasterdommen, kan ikke omsorgslønnsnettaker

¹⁶¹ Se Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) 17. mai 1814 § 102 og NOU 2011: 17 s. 79

¹⁶² Helhetlig tilbud til pårørende med krevende omsorgsoppgaver s. 23-26

¹⁶³ Helhetlig tilbud til pårørende med krevende omsorgsoppgaver s. 16

her settes i et arbeidsrettslig tomrom, fordi kommunen med ordningen ivaretar behovet til brukeren, som er den som må anses å styre arbeidsforholdet.

I tillegg vil det være vanskelig for kommunen som arbeidsgiver å utforme instruksjoner i detalj til omsorgslønsmottakerne. Brukerne har forskjellige behov og behov som kan endres fra dag til dag. En stor frihet og selvstendighet for omsorgslønsmottakerne vil da være naturlig sett i sammenheng med deres stilling. At kommunene ikke benytter seg av en mulighet til å utøve ledelse, kan ikke tale mot at omsorgslønsmottakere anses som arbeidstakere. I medhold av HR-2016-1366, vil dette tale for at omsorgslønsmottakerne er å regnes som arbeidstakere.

Kommunene har mulighet til både å føre kontroll og ledelse med omsorgslønsmottakere. Momentet må dermed tale for at omsorgslønsmottakere er arbeidstakere.

3.4.5 Arbeidsgiver stiller nødvendige arbeidsredskaper til rådighet

Et annet kjennetegn ved arbeidsforhold er at arbeidsgiver stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse. Arbeidstøy er ikke omfattet av dette¹⁶⁴. Dersom vedkommende skaffer utstyret selv og står for vedlikeholdet, så taler dette mot at det foreligger et arbeidsforhold. Dette gjelder likevel «bare dersom utstyret er kostbart eller teknisk avansert»¹⁶⁵. Momentet er en konsekvens av arbeidsgivers organisatoriske ledelse av arbeidet¹⁶⁶.

I **Rt. 2007 s. 1458** (avsnitt 38) uttalte Høyesterett at det ikke kunne tillegges avgjørende vekt at arbeider holdt noe av arbeidsutstyret selv, en slik ordning kunne ikke anses som uvanlig for arbeidstakere.

I **Rt. 1984 s. 1044** (s. 1049) ble det faktum at selgerne måtte dekke alle utgifter ved gjennomføringen av salg, herunder reiseutgifter og utgifter til reklameartikler, porto, trykksaker, emballasje og demonstrasjonskoffert, ansett å tale mot å anse selgerne og gruppelederne som arbeidstakere.

I **Beredskapshjemdommen** (avsnitt 81), se punkt 3.4.2, ble det lagt vekt på at beredskapsmors oppdrag var å stille et hjem til rådighet. Oppdraget bestod da delvis i

¹⁶⁴ Fanebust (2015) s. 25.

¹⁶⁵ Fanebust (2015) s. 25.

¹⁶⁶ Jakhelln (2013) s. 342

å stå for eget arbeidsrom. Flertallet mente at dette med tyngde måtte tale for at det forelå et oppdragsforhold. Mindretallet var derimot ikke enig, og viste til at arbeidsmiljøloven omfatter arbeid i arbeidstakers hjem, og at beredskapsmor mottok utgiftsdekning for at hjemmet ble stilt til disposisjon.

I dommen begrunnet flertallet avgjørelsen om at C ikke kunne anses som arbeidstaker med at kjernen i oppdraget var å stille et hjem til rådighet hvor fosterbarnet skulle være som et familiemedlem. Flertallet mente at dette skilte seg klart fra det som «naturlig kan karakteriseres som «arbeid i annens tjeneste»»¹⁶⁷. Oppdraget hadde store likhetstrekk med oppgavene som tillå et fosterhjem, der fosterforeldre ikke ble ansett for å være arbeidstakere¹⁶⁸. Det kunne derfor ikke være noen tvil om at oppdrag som beredskapshjem måtte falle utenfor arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8.

Mindretallet mente omsorgen utgjorde kjernen i oppdraget, selv om hjemmet var basen for omsorgen, og uttalte at et «hjem uten tilfredsstillende omsorg, ville ikke tjene formålet. Det er jo nettopp det barnet kom fra»¹⁶⁹. Så lenge de andre momentene for å anse forholdet som et arbeidsforhold forelå, kunne ikke «kjernen» frata oppgaven karakter av et arbeidsforhold.

I **Avlasterdommen** (avsnitt 52) foregikk derimot arbeidet i hjemmet til bruker, med hjelpemidler stilt til rådighet av familien. Momentet talte derfor for at avlaster var å anse som arbeidstaker.

I **HR-2016-1366** foregikk avlastningen i avlasters eget hjem. Høyesterett uttalte at de ikke kunne se at «B ved avlastning oppholder seg i As bolig, utgjør kjernen i hennes avlastningsoppdrag. Kjernen er å gi familien til B avlastning; ikke å tilby gutten et annet hjem enn det han har til daglig»¹⁷⁰. Høyesterett konkluderte med at det både var en lovlig og legitim forutsetning med avlastningsoppdraget at A tilbydde sitt hjem som tjenestebase¹⁷¹. Dette var ikke en omstendighet som alene kunne gjøre forholdet til et oppdragsforhold.

¹⁶⁷ Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 62)

¹⁶⁸ Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 67)

¹⁶⁹ Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 88)

¹⁷⁰ HR-2016-1366 (avsnitt 76)

¹⁷¹ HR-2016-1366 (avsnitt 80)

Momentet om eiendomsretten til arbeidsutstyret kan ikke alene tilsi at det foreligger et arbeidsforhold. Det er i utgangspunktet arbeidsgiver som skal stå for arbeidsutstyret og arbeidsrommet, men unntak kan gjøres ved at arbeidstaker selv står for deler av arbeidsutstyret. Det ser derimot ut til at i tilfeller hvor arbeidstaker står for alt utstyret alene, vil det tale sterkt mot at det foreligger et arbeidsforhold. Formålet og kjernen med oppdraget vil her være relevant i vurderingen.

I drøftelsen av momentet for omsorgslønnsnettakere, vil det tas utgangspunkt i arbeidsrommet. Dette fordi brukerne av omsorgstjenester kan ha vidt forskjellige behov knyttet til utstyr. Det som er felles for alle er at arbeidet foregår i brukers hjem. Når drøftelsen er generell for alle omsorgslønnsnettakere, vil det derfor være naturlig å fokusere på den felles delen av momentet.

En forutsetning for ordningen er altså at arbeidet foregår i brukers hjem¹⁷². I mange tilfeller vil omsorgslønnsnettaker ha et annet hjem enn dette. Andre ganger vil brukers hjem også være omsorgslønnsnettakers hjem. I slike tilfeller vil det være omsorgslønnsnettakerne selv som står for arbeidsrom og utgifter knyttet til dette.

For omsorgslønnsnettakere som ikke deler hjem med bruker, vil det være bruker som står for arbeidsrommet. Når omsorgsarbeid skjer utenfor eget hjem, må det tale for at det foreligger et arbeidsforhold.

Når omsorgsarbeidet derimot skjer i omsorgslønnsnettakers og brukers felles hjem, vil vurderingen bli annerledes. Poenget med ordningen er imidlertid å tilby bruker tilstrekkelig omsorg slik at vedkommende kan fortsette å bo i eget hjem. Som det av mindretallet vises til i Beredskapshjemdommen, er det også for omsorgslønnsnettakere omsorgen som er det sentrale, selv om hjemmet er omsorgsbasen¹⁷³. Det er altså omsorgen som er kjernen i arbeidet. Momentet må derfor tale for at det også i slike tilfeller foreligger et arbeidsforhold.

Momentet taler dermed for at omsorgslønnsnettakere er arbeidstakere.

¹⁷² NOU 2011: 17 s. 18 og s. 35

¹⁷³ Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 88)

3.4.6 Arbeidstakerens krav på vederlag

Et vilkår etter folketrygdloven, og et vurderingsmoment etter de andre lover, er at arbeidstaker mottar vederlag for arbeidet i form av lønn eller annen godtgjørelse.

Avhengigheten for arbeidstaker av å motta slikt vederlag fra arbeidsgiver er et av hovedelementene i et arbeidsforhold.

I **Rt. 2007 s. 1458** (avsnitt 36) fikk C betalt etter antall timer, mens han selv beregnet merverdiavgift. Av dommen fremgår det at «vederlaget formelt sett ble ytt i en form som er typisk ved bruk av selvstendig oppdragstaker», likevel ikke alene kan være avgjørende for om det foreligger et ansettelsesforhold dersom faktum ellers tilsier at det foreligger et slikt forhold.

I **Beredskapshjemdommen** (avsnitt 58), se punkt 3.4.2, ble det lagt til grunn at vederlag i form av like store månedlige beløp den 12. i hver måned, ikke kunne tillegges stor vekt da oppdragstakere også kan motta vederlag på slik måte. I

Avlasterdommen (avsnitt 54) kom Høyesterett til at det faktum at avlaster fikk lønn basert på timelister en gang i måneden, måtte trekke i retning av et arbeidsforhold.

Typisk for omsorgslønsmottakere er at de mottar vederlag i form av en fast månedslønn som utbetales en gang i måneden¹⁷⁴. Vilkåret etter folketrygdloven vil dermed være oppfylt.

Omsorgslønsmottakere får ikke betalt for all jobben som blir gjort og tiden som blir brukt, og heller ikke for et spesifikt resultat. Dette innebærer at omsorgslønsmottakere skiller seg fra vanlige oppdragstakere, som enten får betalt for arbeidet som blir utført eller for resultatet av arbeidet. De vil også skille seg fra arbeidstakere, som får betalt for tiden de står til arbeidsgivers disposisjon. Grunnet omsorgslønsmottakeres spesielle stilling, kan ikke momentet sies å ha stor vekt verken i den ene eller andre retning.

Når det gjelder avhengighetsforholdet til arbeidsgiver, vil omsorgslønsmottakere som oftest være avhengige av omsorgslønnen for å kunne utføre omsorgsarbeidet. Både fordi omsorgslønsmottakere i mange tilfeller må ta seg fri fra jobb for å utføre arbeidet, og fordi mange av dem er nødt til å bruke pengene på ting og utstyr til bruker. Avhengighetsforholdet

¹⁷⁴ Vedlegg 2: Tromsø kommunes standardkontrakt, s. 1

til arbeidsgiver må dermed sies å foreligge, og momentet må tale for at omsorgslønsmottakere er arbeidstakere.

3.4.7 Tilknytningsforholdet mellom partene

Et annet vurderingsmoment er om tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister. Oppdragsforhold vil i motsetning til arbeidsforhold, ofte være tidsbegrenset og det vil ikke være nødvendig med oppsigelsesfrister. På lik linje kan arbeidsforhold også være kortvarige og tidsbegrensede, slik at det faktisk at forholdet er tidsbegrenset ikke er ensbetydende med et oppdragsforhold¹⁷⁵. I flere avgjørelser fra Høyesterett har stabiliteten i arbeidsforholdet blitt vektlagt.

Etter vurderingene gjort av Høyesterett i **Rt. 1984 s. 1044** (s. 1048) måtte den meget løse og tilfeldige tilknytning selgerne og gruppelederne hadde til oppdragsgiver tale mot at det forelå et arbeidsforhold.

I **Avlasterdommen** (avsnitt 55), se punkt 3.4.2, ble det lagt til grunn at tilknytningsforholdet hadde vært av stabil karakter. Kontraktene var oppsigelige med bestemte frister, men kunne derimot også opphøre fordi det ikke lenger var bruk for avlastning. Høyesterett tolket sistnevnte som at avlastere var og er i en spesielt utsatt posisjon, og at momentet måtte tale for at det forelå et arbeidsforhold.

I **Beredskapshjemdommen** (avsnitt 59), se punkt 3.4.2, hadde partene oppsigelsesadgang med bestemte frister. Momentet måtte derfor tale for at det forelå et arbeidsforhold.

Ut fra dette kan det sies at momentet vil ha stor betydning i vurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold i tilfeller hvor tilknytningsforholdet er av svært løs og tilfeldig karakter, og det ikke eksisterer bestemte oppsigelsesfrister.

Når det gjelder omsorgslønsmottakere er det vanskelig å si noe generelt om forholdets stabilitet, da det ikke er et spesifikt forhold som vurderes. Men for omsorgslønsmottakere generelt foreligger ingen oppsigelsesfrist¹⁷⁶. Dette skiller omsorgslønsmottakere fra avlasteren i Avlasterdommen og fostermoren i Beredskapshjemdommen. I begge avgjørelsene

¹⁷⁵ Jakhelln (2013) s. 346

¹⁷⁶ Vedlegg 2: Tromsø kommunes standardkontrakt, s. 1

forelå det oppsigelsesfrister mellom partene, som dermed kunne tale for et arbeidsforhold. Den manglende oppsigelsesfristen må imidlertid anses for å være en følge av at kommunene ansetter omsorgslønnsinntakere som oppdragstakere. Oppdragstakere har ikke samme beskyttelse som arbeidstakere gjennom lovbestemte oppsigelsesfrister, jf. aml. § 15-3. Den manglende oppsigelsesfristen beror da på kommunens valg, og viser heller at omsorgslønnsinntakere står i en spesielt utsatt posisjon. I slike tilfeller vil det være feil å vektlegge momentet i retning av et oppdragsforhold. Momentet kan da ikke tale for at vi har å gjøre med et oppdragsforhold, men heller ikke gi spesiell støtte i retning av et arbeidsforhold.

For omsorgslønnsinntakere vil også ytelsen kunne endres dersom omsorgsbehovet blir endret eller omsorgsmottaker blir innlagt i institusjon. Ytelsen kan også forsvinne helt dersom endringen er varig. Det samme var tilfellet for avlasteren i Avlasterdommen, og ifølge Høyesterett vil et slikt arbeidsvilkår være et tegn på at omsorgslønnsinntakerne står i en svært utsatt posisjon. Momentet kan ikke gi spesiell støtte i retning av et arbeidsforhold, men heller ikke tale for at vi står overfor et oppdragsforhold.

Omsorgslønnsinntakere kan ikke slutte med arbeidet uten videre, og står da med et ansvar for omsorgsarbeid som de er forpliktet til å gjennomføre. Arbeidet er derfor ikke av en spesielt løs og tilfeldig karakter. Denne delen av momentet må dermed tale for at omsorgslønnsinntakere er arbeidstakere.

3.4.8 Arbeidet foregår for hovedsakelig en oppdragsgiver/arbeidsgiver

Hvis det arbeides hovedsakelig for en oppdrags- eller arbeidsgiver, vil dette kunne tale for at forholdet reelt sett er et arbeidsforhold. En arbeider som er ansatt på oppdrag kan normalt sett ha flere oppdragsforhold og oppdragsgivere på en og samme gang¹⁷⁷. Likevel kan det i oppdragsforhold avtales annet, for eksempel at arbeideren ikke kan ta oppdrag for konkurrerende virksomheter, eller generelt sett bare kan ha en oppdragsgiver av gangen.

I et arbeidsforhold vil arbeidstakeren også kunne ha flere arbeidsgivere, men arbeidstaker er pliktig til å stille sin arbeidskraft til arbeidsgivers disposisjon til den tid som er avtalt mellom partene¹⁷⁸. Det som skjer utenfor denne tiden er i de fleste tilfeller opp til arbeidstaker selv å bestemme. Fritiden kan derimot begrenses av lojalitetsplikten arbeidstaker har overfor arbeidsgiver, som kan sette grenser for hvilke verv og arbeid arbeidstaker kan ta ved siden av

¹⁷⁷ Jakhelln (2013) s. 348

¹⁷⁸ Jakhelln (2013) s. 348

sin jobb hos arbeidsgiver¹⁷⁹. Det vil her være en betingelse at den totale arbeidsbyrden ikke blir så tyngende at den går utover arbeidsprestasjonene i arbeidsforholdet¹⁸⁰.

I **Rt. 1958 s. 1229** (s. 1232) kom Høyesterett til at det ikke kunne legges vesentlig vekt på at scenearbeiderne hadde hatt mulighet til å påta seg annet arbeid.

I **Avlasterdommen** (avsnitt 56), se punkt 3.4.2, kom Høyesterett til at siden avlasteren hadde studert og arbeidet som miljøarbeider og støttekontakt ved siden av jobben som avlaster, kunne momentet ikke gi særlig støtte. Derimot kunne det heller ikke tillegges særlig stor vekt i retning av et oppdragsforhold.

I **Beredskapshjemdommen** (avsnitt 60), se punkt 3.4.2, sto det i kontrakten at C ikke kunne ta annet inntektsgivende arbeid eller andre oppdrag uten samtykke fra Bufetat. Isolert sett talte dette for at det forelå et arbeidsforhold.

Det er ikke et absolutt vilkår for å bli ansett som arbeidstaker at vedkommende bare har hatt arbeid for en arbeidsgiver. Som sett ovenfor, har Høyesterett i flere tilfeller anerkjent arbeidere med mulighet for flere oppdrags- eller arbeidsgivere som arbeidstakere.

Omsorgslønsmottakere har helt klart mulighet til å ha flere jobber samtidig. Det foreligger i hovedsak ingen kontraktsrettslige begrensninger. I mange tilfeller jobber omsorgslønsmottakere også i faste stillinger hos andre arbeidsgivere ved siden av omsorgsarbeidet som utføres. I andre tilfeller er omsorgsarbeidet imidlertid så omfattende at omsorgslønsmottakerne ikke har mulighet til å ha annet arbeid enn omsorgsarbeidet.

Den dårlige betalingen omsorgslønsmottakerne får, medfører at det som oftest ikke vil være mulig for omsorgslønsmottakere ikke å ha annen jobb ved siden av omsorgsarbeidet.

Grunnet den vanskelige stillingen omsorgslønsmottakere stilles i, ved at omsorgslønnsen sjeldent er nok til å leve av og de derfor må ha annet arbeid, kan ikke momentet tillegges vekt i retning av et oppdragsforhold. Momentet kan heller ikke sies å tale for et arbeidsforhold.

3.4.9 Andre momenter

Som tidligere vist, er listen over momenter ikke uttømmende og andre momenter kan tenkes å være relevante. Dette fremgår også i Avlasterdommen (avsnitt 57), se punkt 3.4.2, hvor det

¹⁷⁹ Jakhelln (2013) s. 348

¹⁸⁰ Jakhelln (2013) s. 348

poengteres at helhetsvurderingen ikke skal være en «mekanisk anvendelse av momentene». Det må derfor vurderes om det er andre forhold som taler for eller mot et arbeidsforhold.

Et kjennetegn for oppdragsforhold er at godtgjørelsen for arbeidet skal dekke både utgifter og fortjeneste for oppdragstakeren¹⁸¹. I Rt. 1994 s. 1064 (Bye-dommen) ble det vektlagt i retning av et oppdragsforhold, at Bye hadde en timelønn som var mye høyere enn ansatte hos Aker. Dette skulle etter rammeavtalen dekke lønn til ansatte, feriepenger, arbeidsgiveravgift, forsikringer, administrasjonskostnader og fortjeneste¹⁸².

I og med at de fleste omsorgslønnsinntakere ikke anses som arbeidstakere, må de selv betale for yrkesskadeforsikring og forsikring for sykepenger. I et vanlig oppdragsforhold ville dette vært regnet med i timelønnen. Omsorgslønnsinntakere får i beste fall betalt samme timelønn som hjemmehjelpen i kommunen, som er ansatt som arbeidstakere og dermed har yrkesskadeforsikring og krav på sykepenger i hele sykeperioden. Når omsorgslønnsinntakere ikke får høyere timelønn enn hjemmehjelpen kan de ikke sies å få betalt både for utgifter og fortjeneste. Momentet taler derfor for at omsorgslønnsinntakere er arbeidstakere.

Et annet moment som må vektlegges, er kjernen i oppdraget¹⁸³. Dersom kjernen i oppdraget i sine grunntrekk skiller seg klart fra hva som «naturlig kan karakteriseres som «arbeid i annens tjeneste»»¹⁸⁴, kan forholdet ikke anses som et arbeidsforhold.

Arbeidet omsorgslønnsinntakere utfører, skiller seg fra vanlig arbeid fordi det ofte er snakk om omsorgsarbeid for familiemedlemmer eller andre nærstående. Dette er likevel omsorg kommunen plikter å yte. Arbeidet som utføres er da arbeid som uansett ville ha blitt utført av hjemmehjelpen eller andre tjenesteytere som er ansatte som arbeidstakere i kommunen. Selv om omsorgsarbeidet utføres i hjemmet til bruker, som også i mange tilfeller er hjemmet til omsorgslønnsinntaker, må kjernen i oppdraget være omsorgen, se oppgavens punkt 3.4.6. Formålet med ordningen er at bruker skal få best mulig omsorg fra en nærstående. Uten denne omsorgen vil mulighetene til å forbli i eget hjem opphøre. Kjernen i oppdraget kan da ikke anses klart å skille seg fra det som naturlig kan karakteriseres som *arbeid i annens tjeneste*. Arbeidet utføres i kommunens tjeneste for å unngå at bruker må flytte inn på institusjon og

¹⁸¹ Kjønstad (2007) s. 63

¹⁸² Rt. 1994 s. 1064 (s. 1069-1070)

¹⁸³ Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 67) og HR-2016-1366 (avsnitt 76)

¹⁸⁴ Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 62)

som erstatning for kommunens andre omsorgstjenester. Momentet må da tale for at omsorgslønsmottakere er arbeidstakere.

3.4.10 Helhetsvurdering

Avgjørelsen om omsorgslønsmottakere er arbeidstakere, baseres på en helhetsvurdering av «samtlige omstendigheter i avtaleforholdet»¹⁸⁵. Momentene vil være utgangspunktet, men også andre forhold kan bidra i vurderingen. Som sagt, skal de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven, ferieloven mv., også bli vernet, jf. Rt. 2013 s. 354 (avsnitt 39).

Omsorgslønsmottakere står i en svært utsatt posisjon, hvor kommunen setter ned alle vilkårene for avtalen, noe som medfører at omsorgslønsmottakere står uten rettigheter etter arbeidslovgivningen. Det faktum at de kan miste hele ytelsen med umiddelbar virkning, gjør dette enda mer tydelig. Dette er personer som ofte står i vanskelige stillinger ovenfor brukerne som står dem nært, og som ofte medfører at pengene går til bruker og ikke dem selv. Det er personer som står i en posisjon hvor det er lett å bli utnyttet av kommunene, og dermed har et sterkt behov for vernet som fremgår av arbeidslovgivningen. Dette må også tale for å anse dem som arbeidstakere.

Omsorgslønsmottakere har videre klart en personlig arbeidsplikt, får vederlag for arbeidet, og har et avhengighetsforhold til kommunen som arbeidsgiver. Kommunen må anses å være mest nærliggende til å ha ansvaret for resultatet av omsorgsarbeidet, og har dessuten mulighet for både ledelse og kontroll. I tillegg tilsier tilknytningsforholdet at omsorgslønsmottakere er arbeidstakere. Dette er momenter som alle må tale for at omsorgslønsmottakere er å anse som arbeidstakere.

Momentet om mulighetene for flere oppdragsgivere gir ingen støtte i verken den ene eller andre retning. Imidlertid vil både den manglende dekning av både fortjeneste og utgifter, samt kjernen i arbeidet, tale for at omsorgslønsmottakere er arbeidstakere.

Momentene taler etter dette i hovedsak for et arbeidsforhold. Omsorgslønsmottakere må da anses som arbeidstakere etter arbeidsmiljølovens, ferielovens og folketrygdlovens arbeidstakerbegrep.

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

4 Omsorgslønnsordningen i et likestillingsperspektiv

4.1 Introduksjon

Omsorgslønnsordningen er utformet kjønnsnøytralt, men blir benyttet av desidert flest kvinner, se oppgavens punkt 2.5.1. I denne situasjonen kan det reises spørsmål om ordningen er i overensstemmelse med kravet om likestilling mellom kjønnene.

Likestilling mellom kjønnene innebærer at ingen skal behandles dårligere på grunn av kjønn, jf. likestillingsloven¹⁸⁶ § 1 første ledd. Likestilling er kjønnsnøytralt, og målet er ikke at kvinner skal få bedre og annerledes behandling enn menn, men heller likhet for loven og likhet i samfunnet. Etter likestillingsloven § 1 første ledd bokstav a) og b) innebærer likestilling likeverd, like muligheter og rettigheter. Selv om loven skal fremme likestilling uavhengig av kjønn tar den etter § 1 annet ledd sikte på særlig å bedre kvinners stilling. Dette fordi kvinner tradisjonelt har blitt ansett underlegne menn og ikke har fått de samme muligheter som menn. Av denne grunn er loven ufravikelig og har virkning på alle samfunnsområder, jf. §§ 2 og 4.

Retten til likestilling er grunnlovsfestet i Grunnloven § 98, hvor det fremgår at alle er like for loven, og at intet menneske «må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling».

Staten Norge er også bundet av Kvinnediskrimineringskonvensjonen, som har forrang ved motstrid med annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven¹⁸⁷ § 2. Konvensjonen beskytter alle kvinner¹⁸⁸, og etter konvensjonens artikkel 2 har Norge plikt til å fordømme alle former for kvinnediskriminering, samt å føre en politikk som skal avskaffe all diskriminering av kvinner. Denne plikten er videreført i likestillingsloven § 12, hvor det fremgår at offentlige myndigheter aktivt skal arbeide for likestilling mellom kjønnene.

¹⁸⁶ Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) 21. juni 2013 nr. 59

¹⁸⁷ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30

¹⁸⁸ Anne Hellum, «Kvinnekonvensjonens betydning for det alminnelige kjønnsdiskrimineringsvern», *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008 s. 58-91 (s.60)

Videre vil det vurderes om omsorgslønnsordningen innebærer direkte og indirekte diskriminering av kvinner (punkt 4.2) og om den innebærer strukturell diskriminering av kvinner (punkt 4.4).

4.2 Direkte og indirekte diskriminering

Etter likestillingsloven § 5 er all diskriminering på grunnlag av kjønn, forbudt. Bestemmelsen utgjør en del av det individuelle diskrimineringsvern som gir en personlig rett til ikke å bli diskriminert¹⁸⁹. Etter bestemmelsen er både direkte og indirekte forskjellsbehandling forbudt. Etter annet ledd annet punktum menes det med direkte forskjellsbehandling «en handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, og at dette skyldes kjønn». Etter annet ledd tredje punktum menes det med indirekte forskjellsbehandling «enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer stilles dårligere enn andre, og at dette skjer på grunn av kjønn».

I likestillingsloven § 17 fremgår det at forbudene i kapittel 2, herunder forbudene etter § 5, «gjelder alle sider av et ansettelsesforhold». Forbudet omfatter både lønns- og arbeidsvilkår etter første ledd bokstav d). Ett tilsvarende vern fremgår av aml. § 13-2 første ledd. Etter aml. § 13-1 fjerde ledd, gjelder likestillingsloven ved diskriminering på grunn av kjønn i arbeidsforhold. Det legges derfor til grunn at bestemmelsene skal tolkes likt. Etter bestemmelsene vil det da være forbudt med både direkte og indirekte diskriminering på grunn av kjønn når det gjelder lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere.

Etter drøftelsen i punkt 3, vil omsorgslønsmottakere i utgangspunktet være arbeidstakere, slik at vernet som fremgår av bestemmelsene også vil gjelde for dem.

Alle omsorgslønsmottakere mottar samme arbeids- og lønnsvilkår gjennom omsorgslønnsordningen, uavhengig av kjønn. Ordningen medfører derfor ikke direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Spørsmålet blir dermed om omsorgslønnsordningen medfører indirekte forskjellsbehandling.

Selv om omsorgslønnsordningen er utformet kjønnsnøytralt, kan den sies å ha kjønnsdiskriminerende virkninger ved at hovedsakelig kvinner settes i en særlig dårlig stilling

¹⁸⁹ Helga Aune, «Deltids- og midlertidig ansattes diskrimineringsvern», *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008 s. 239-264 (s. 243)

med lav lønn og få rettigheter. Hovedgrunnen for at omsorgslønsmottakere får dårlig betalt er at de ikke får betalt for alle timer med utført arbeid. Av denne grunn vil det være et spørsmål om arbeidsvilkårene for omsorgslønsmottakere er dårligere enn for andre, heller enn et spørsmål om likelønn. Omsorgslønsmottakere kan også sies å forskjellsbehandles ved at de selv må betale for forsikringer, mens andre arbeidstakere får dette dekket gjennom arbeidsgiver. Men grunnet begrensninger i oppgavens omfang, vil hovedfokuset være på omsorgslønsmottakeres lønn.

Omsorgslønnsordningen er klart kvinnedominert, og en ordning som appellerer sterkere til kvinner enn menn av forskjellige årsaker. Det vanlige for andre kommunalt ansatte er at de får betalt for hver time de utfører arbeid. Dette vil gjelde både for mannsdominerte og kvinnedominerte yrker. De vilkår som gjelder for omsorgslønsmottakere medfører utnytting av kvinner og deres arbeidskraft, og er vilkår som aldri ville blitt tilbudt i et mannsdominert yrke, da menn ikke ville ha funnet seg i det. Det er ingenting som skulle tilsi at vilkårene for utmåling av lønn bygger på noe annet enn en mulighet til å spare penger på billig kvinnelig arbeidskraft. Vilråene for utmålingen av lønn i omsorgslønnsordningen må dermed anses å forskjellsbehandle kvinner på grunn av deres kjønn.

Når konklusjonen er at det foreligger forskjellsbehandling, må det vurderes om forskjellsbehandlingen er lovlig. Dersom den ikke er lovlig, vil vi stå ovenfor indirekte diskriminering av omsorgslønsmottakere.

Etter likestillingsloven § 6¹⁹⁰ vil forskjellsbehandlingen ikke stride med forbudet i § 5 når a) den har et saklig formål, b) den er nødvendig for å oppnå formålet, og c) når det er et rimelig forhold mellom det som ønskes oppnådd og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere. Vilråene er kumulative, slik at alle må være oppfylte for at forskjellsbehandlingen skal anses som saklig.

Kravet om et saklig formål innebærer at begrunnelsen for forskjellsbehandlingen skal bygge på en objektiv vurdering av «reelle behov og en konkret vurdering av eventuelle ulemper, kostnader osv. som likebehandling vil innebære»¹⁹¹. I kravet om nødvendighet, ligger at det

¹⁹⁰ Ses i lys av EUs likebehandlingsdirektiv art. 14 nr. 2

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 112, jf. Prop. 88 L (2012-2013), s. 170

ikke skal være praktisk mulig å velge andre og ikke-diskriminerende tiltak¹⁹². I rimelighetskravet skal det tolkes et krav om «særlig tungtveiende grunn»¹⁹³.

Adgangen til å forskjellsbehandle i arbeidsforhold er svært snever¹⁹⁴. Jo større forskjellsbehandlingen mellom andre arbeidstakere og omsorgslønnsnettakere er, dess mer taler det for at forskjellsbehandlingen ikke er saklig.

Omsorgslønnsordningen skal gi lønn til omsorgsgiverne for omsorgsarbeidet som utføres. Det at omsorgslønn ikke skal gis for alle timer med utført arbeid, fremgår ikke av lovbestemmelsen, ei heller de tilhørende forarbeider. I rundskriv I-42/98, hvor dette fremgår som en tolkning av ordningen, er det eneste som kan anses som en begrunnelse, at omsorgslønnsordningen skal være en godtgjørelse for utført omsorgsarbeid. Dette kan derimot ikke anses å begrunne hvorfor det ikke betales for hver arbeidet time. Av denne grunn kan ikke forskjellsbehandlingen sies å ha et saklig formål. Siden vilkårene er kumulative, vil forskjellsbehandlingen ikke være lovlig når ett av vilkårene ikke er oppfylt. Dette innebærer at forskjellsbehandlingen av omsorgslønnsnettakere når det gjelder lønnsutmålingen, innebærer indirekte diskriminering og er ulovlig etter likestillings- og arbeidsmiljøloven.

Omsorgslønnsnettakere blir dermed diskriminert etter likestillings- og arbeidsmiljøloven. Siden omsorgslønnsnettakere ikke betales for alle timene de arbeider, kan det også tenkes at forskjellsbehandlingen strider med retten til likelønn, jf. likestillingsloven § 21. Dette fordi at timelønnen i praksis vil bli mye mindre enn slik den fremstår når en ser summen for timelønnen alene. Grunnet begrensning i oppgavens omfang, vil dette ikke drøftes videre.

4.3 Strukturell diskriminering

Strukturell diskriminering innebærer at overordnede strukturer i samfunnet fører til diskriminering. Slike strukturer kan være helt ubevisste slik at de diskriminerende virkningene ikke fremgår før man ser resultatet av normene og regelverket¹⁹⁵. Strukturell diskriminering kan komme av gitte holdninger eller av et formelt regelverk.

¹⁹² Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 112, jf. Prop. 88 L (2012-2013), s. 170

¹⁹³ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 29, jf. Prop. 88 L (2012-2013), s. 170

¹⁹⁴ Prop. 88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivningen, s. 170

¹⁹⁵ https://snl.no/strukturell_diskriminering sist sjekket 02.05.17

Etter KDK art. 2 forplikter staten seg til å endre strukturelle forhold som «fører til eller opprettholder diskriminering av kvinner»¹⁹⁶. Etter KDK art 5 a, har konvensjonspartene en plikt til å treffe alle tiltak som er nødvendige «for å endre menns og kvinners sosiale og kulturelle atferdsmønster, med sikte på å avskaffe fordommer og hevdvunnen og all annen praksis som bygger på stereotype manns- og kvinneroller, eller på forestillingen om at et av kjønnene er det andre underlegent eller overlegent». Vernet bestemmelsen gir uttrykk for, kalles for det strukturelle vernet mot diskriminering¹⁹⁷.

Norge har altså en plikt til å påse at strukturene i samfunnet ikke ligger i veien for en avskaffelse av meninger og holdninger som bygger på stereotypiske kjønnsroller. Stereotypiske holdninger knyttet til kvinner er typisk synet på kvinner som husmødre, som innebærer at kvinnen har ansvaret for hjemmet og omsorg for barn og eldre uten særlig godtgjørelse.

Det er altså desidert flest kvinner som påtar seg omsorgsarbeid som omfattes av omsorgslønnsordningen, se oppgavens punkt 2.5.1. Dette er omsorgsarbeid som går utover så vel andre arbeidsmuligheter som karrieremuligheter. Det er arbeid som i flere tilfeller fører til at omsorgsgiver må ta seg fri fra jobb, gå ned i stilling og i verste fall slutte i jobben. Så hvorfor tar kvinner på seg dette arbeidet?

Omsorgslønnsordningen er frivillig. Det må derfor legges til grunn at flere kvinner påtar seg omsorgsarbeidet fordi de ønsker det. Det kan for eksempel være foreldre som selv ønsker å ta seg av sitt mindreårige barn. Men dette gjelder ikke alle. Enkelte påtar seg arbeidet fordi de føler seg presset til å gjøre det. Dette kan være fordi de føler et press fra familien eller et press fra brukeren om å påta seg omsorgsarbeidet. Det kan være slik at vedkommende ikke ser at brukeren vil få hjelp fra noen andre, og at vedkommende derfor ikke har noen annen mulighet enn selv å påta seg omsorgsarbeidet.

Med den utmålingen og fastsettingen av lønn som praksisen for omsorgslønnsordningen har i dag, vil de fleste tape på å gå ned i stilling eller ut av arbeid for å utføre omsorgsarbeid i hjemmet. I de fleste tilfeller har kvinnen lavere lønn enn mannen¹⁹⁸. Det mest økonomiske for familien vil da være at kvinnen tar seg av omsorgsarbeidet. Dette er et problem som også ble

¹⁹⁶ Hellum (2008) s. 63

¹⁹⁷ Aune (2008) s. 239

¹⁹⁸ <https://www.ssb.no/befolkning/nokkeltall/likestilling> sist sjekket 02.05.17

tatt opp av Kaasa-utvalget ved utformingen av NOU 2011: 17¹⁹⁹. Problemet er at kvinner da kan føle et sterkere press til å påta seg omsorgsarbeidet²⁰⁰. Ordningen legger på denne måten opp til en tradisjonell fordeling av arbeid i familien, hvor mannen jobber for å forsørge familien, mens kvinnen tar seg av hjemmet.

Kaasa-utvalget uttalte i NOU 2011: 17 under drøftelsen om «Særlige forhold knyttet til innbyggere med ikke-vestlig innvandrerbakgrunn»²⁰¹, at tradisjonelle kjønnsroller kan bli «ytterligere befestet ved at kvinner bidrar «litt» til familieøkonomien gjennom omsorgslønn, mens mannen blir hovedforsørger og den som har størst beslutningsmyndighet»²⁰². Det blir også gjort oppmerksom på at en kjønnet arbeidsdeling «som holder kvinnene bort fra viktige samfunnsaktiviteter, kan være en kilde til kvinneundertrykking»²⁰³.

Problemer med ordningen som gjelder tradisjonelle kjønnsroller og kvinneundertrykking blir sett, men bare når det gjelder kvinner med innvandrerbakgrunn. Dette er problemer som også gjør seg gjeldende for norske kvinner. Det at slike problemstillinger bare blir sett for kvinner med innvandrerbakgrunn viser imidlertid at det er lettere å se ting som kan være i veien for likestilling og diskriminerende overfor kvinner i minoritetsbefolkningen enn majoritetsbefolkningen. Med den dårlige betalingen som omsorgslønnsnettakere får, vil fakta være at kvinnene bare bidrar *litt* til familieøkonomien såfremt de ikke har annet arbeid ved siden av omsorgsarbeidet. På denne måten kan kvinnelige omsorgslønnsnettakere uten annet arbeid, bli avhengige av mannens inntekt. Dette kan i verste fall føre til at kvinner forblir i voldelige og risikofylte ekteskap og samboerskap av økonomiske årsaker.

Under punktet om «Særlige forhold knyttet til kjønnsforskjeller» i NOU 2011:17 kapittel 10, vises det til at omsorgslønnsordningen er utformet kjønnsnøytralt, men at bruken av den inngår i de tradisjonelle kjønnsmonstre²⁰⁴. En problemstilling som her stilles omhandler bruk av omsorgslønn istedenfor at kommunen yter omsorgstjenester. Utvalget uttaler at:

¹⁹⁹ NOU 2011: 17 s. 81

²⁰⁰ NOU 2011: 17 s. 81

²⁰¹ NOU 2011: 17 kapittel 9

²⁰² NOU 2011: 17 s. 73

²⁰³ NOU 2011: 17 s. 74

²⁰⁴ NOU 2011: 17 s. 76

«Dersom omsorgslønnsordningen blir brukt som en billig utnyttelse av kvinnelige pårørende for å få dekket omsorgsbehov som kommunen egentlig plikter å dekke, er dette problematisk også ut i fra et likestillingsperspektiv. I stedet for å ta kostnadene med å ansette personell og gi de en ordentlig lønn, utnyttes kvinner til å gjøre denne jobben nesten gratis i en familiesammensetting»²⁰⁵.

Omsorgslønnsnettakerer får som vist, bare betalt for en prosentandel av arbeidet som utføres og timene som brukes, se oppgavens punkt 2.3.2.3. Om man sammenligner dette med hjemmehjelpen, som får betalt for all tiden som blir brukt, vil det være ekstremt billig for kommunen å gi omsorgslønn til et familiemedlem fremfor å bruke hjemmehjelpen. Kommunene har da en reell mulighet til å utnytte disse kvinnene. Ved å sette det i en familiesammensetting, kan det tenkes at kvinnene heller ikke tenker på det som utnytting, men som at de selv tradisjonelt har en plikt overfor sin familie. Lønn fra kommunen vil da bare være en bonus.

At ordningen er beregnet på kvinner kan vi også se av følgende uttalelse:

«Det er lite sannsynlig at familien vil kunne stille opp i større grad enn den gjør i dag. Demografiske endringer fører til at det blir færre i generasjonen under de aller eldste som kan yte omsorg (St.Meld.nr.25 (2005-2006) Mestring, muligheter og mening. Framtidas omsorgsutfordringer). Det forventes også at en økende andel kvinner vil jobbe heltid, noe som vil redusere familiens muligheter til å yte omsorg. Utviklingen kan føre til at omsorgstrengende, og deres pårørende, i stadig større grad vil se seg nødt til å kjøpe tjenester fra et privat marked»²⁰⁶.

Dette viser at omsorgslønnsordningen opprettholder ulikheter som tradisjonelt sett har vært mellom kvinner og menn²⁰⁷. Resultatet av ordningen er at kvinner holdes tilbake i tradisjonelle kjønnsroller. Ordningen vil da være med på å stadfeste sosiale og kulturelle adferdsmønstre for kvinner og menn som bygger på at kvinner skal ta seg av hjemmet, barna og de syke. Videre støtter den opp om at omsorgsarbeid, som et typisk kvinneyrke, er mindre verdt enn arbeid i typiske mannsyrker. Med dårlig betaling og få rettigheter, settes kvinnene

²⁰⁵ NOU 2011: 17 s. 77

²⁰⁶ NOU 2011: 17 s. 54

²⁰⁷ Se støtte for dette i NOU 2011: 17 s. 22

tilbake til 1950 og -60 tallet hvor de var avhengige av ektemennene som jobbet for forsørgelse av familien.

Resultatet av omsorgslønnsordningen er strukturell diskriminering av kvinner. Underliggende strukturer i samfunnet sammen med et regelverk som appellerer til disse, gjør at disse kvinnene blir satt i en spesielt utsatt posisjon. Norge vil da ha en plikt til å endre omsorgslønnsordningen, jf. KDK art. 5 a.

5 Veien videre

5.1 Ny lovendring

Omsorgslønnsordningen har de siste årene blitt revurdert flere ganger, og det har kommet flere forslag til lovgivning, samt et nytt vedtak om lovendring. Det er stort sett enighet om at ordningen slik den er utformet nå, både er uforutsigbar, urimelig og urettferdig²⁰⁸.

Videre vil det redegjøres for Kaasa-utvalgets utredning som har vært del av grunnlaget for den nye lovendringen (5.1.1), samt for hva den nye lovendringen innebærer (punkt 5.1.2). Den nye lovendringen vil så vurderes og det vil bli sett på virkninger knyttet til likestilling (punkt 5.2), før det presenteres forslag til løsning av likestillingsproblematikken (punkt 5.3).

5.1.1 NOU 2011:17 «Når sant skal sies om pårørendeomsorg»

I 2010 ble det satt ned et utvalg til å utrede i hvilken grad og på hvilken måte det kan gis økonomisk kompensasjon til familier med tyngende omsorgsarbeid, som kommunen ellers plikter å utføre etter helse- og omsorgstjenesteloven²⁰⁹. Utvalget foreslo en utvidet pleiepengeordning. Det ble foreslått en ny og forsterket kommunal omsorgsstønning med nasjonale satser, som skulle erstatte dagens hjelpestønads- og omsorgslønnsordning. Til slutt ble det foreslått å lovfeste pårørendestøtte i kommunene, slik at pårørende ville bli verdsatt og inkludert.

Når det gjaldt forslaget om ny omsorgsstønning, var dette en stønning som fortsatt var ment for pårørende som utførte omsorgsarbeid som erstattet kommunale tjenester. Stønningen skulle gis i tilfeller som ikke ble dekket av den nye pleiepengeordningen²¹⁰. Omsorgsstønning skulle etter

²⁰⁸ Prop. 49 L (2016-2017) s. 25

²⁰⁹ NOU 2011: 17 s. 7

²¹⁰ NOU 2011: 17 s. 88

forslaget være pensjonsgivende inntekt og mottakerne skulle anses som oppdragstakere. Omsorgsstønad skulle likevel ikke betales for hver arbeidet time, da utvalget mente at familieomsorg ikke var å regne som ordinært arbeid og derfor ikke skulle betales som slikt arbeid²¹¹. Mottakere av omsorgsstønad skulle ha krav på vikar ved sykdom, fridager og dekning av kommunens ulykkesforsikring²¹².

Som et alternativt forslag, foreslo utvalget at dagens omsorgslønns-mottakere skulle ansettes som arbeidstakere²¹³. Utvalget anbefalte likevel ikke denne modellen da de mente det var en ordning som ikke ville passe for alle. Dette fordi omsorgsgivere som var i 100 % arbeid ikke kunne ansettes da de allerede var i full jobb. I tillegg mente utvalget at det ville være uheldig om det ble knyttet et lønnsforhold til omsorg for pårørende. Dersom valget falt på å ansette omsorgslønns-mottakerne, mente utvalget at det ville være nødvendig med alternative ordninger som løp parallelt for å løse eventuelle kollisjoner med arbeidsmiljøloven.

5.1.2 Lovvedtak 74 (2016-2017) Vedtak til lov om endringer i helse- og omsorgstjenesteloven m.m. (styrket pårørendestøtte)

Den 25. april 2017 ble en lovendring, som blant annet gjaldt omsorgslønn, vedtatt i lovvedtak 74 (2016-2017). Lovvedtaket bygger på Prop. 49 L (2016-2017) og Innst. 239 L (2016-2017), og er en oppfølging av Meld. St. 29 (2012-2013), NOU 2011: 11 og NOU 2011: 17.

Lovendringen innebærer en ny bestemmelse i helse- og omsorgstjenesteloven som samler kommunens ansvar for de med særlig tyngende omsorgsarbeid²¹⁴. Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 vil etter endringen omfatte en plikt for kommunen til å tilby pårørende nødvendig støtte i form av opplæring og veiledning, avlastningstiltak og omsorgsstønad. Tiltakene vil i hovedsak være de samme som følger av dagens lovgivning²¹⁵. Den pårørende vil være den som brukeren definerer som sin pårørende²¹⁶, jf. pbrl. § 1-3.

Den eneste endringen som gjelder omsorgslønn er en begrepsendring fra *omsorgslønn* til *omsorgsstønad*. Endringen ble begrunnet i at den vil synliggjøre at det ikke er snakk om lønn

²¹¹ NOU 2011: 17 s. 88

²¹² NOU 2011: 17 s. 92

²¹³ NOU 2011: 17 s. 94-95

²¹⁴ Prop. 49 L (2016-2017) s. 5

²¹⁵ Prop. 49 L (2016-2017) s. 16

²¹⁶ Prop. 49 L (2016-2017) s. 6

i tradisjonell forstand og gjør det klart at det bare er en støtte til pårørende²¹⁷. Endringen vil videreføre gjeldende rett etter nåværende hol. § 3-6 om omsorgslønn²¹⁸. I innstillingen til lovforslaget ble det imidlertid uttrykt bekymringer for mulighetene for at navneendringen kunne svekke ordningen²¹⁹.

Det er ikke vedtatt noen rettighetsbestemmelse i pasient- og brukerrettighetsloven om omsorgsstønad. En slik rettighetsfesting og standardisering av omsorgsstønaden, mente departementet at kunne begrense kommunenes selvstyre. Departementet ville opprettholde den friheten kommunene nå har til å utforme et tjenestetilbud tilpasset hver enkelt²²⁰.

Når det gjaldt spørsmål angående arbeidstakerrettigheter, svarte departementet med at målet ikke er at den pårørende skal ansettes av kommunen, men at «kommunen skal støtte de pårørende som ønsker å påta seg særlig tyngende omsorgsarbeid»²²¹.

Den nye helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 vil trå i kraft 1.10.17 og lyder som følger:

3-6 Kommunens ansvar overfor pårørende

Til personer med særlig tyngende omsorgsarbeid skal kommunen tilby nødvendig pårørendestøtte blant annet i form av:

- 1. opplæring og veiledning*
- 2. avlastningstiltak*
- 3. omsorgsstønad*

5.2 Vurdering av nytt lovvedtak og virkningene det vil ha på likestilling

Etter lovendringen vil altså omsorgslønn endres til *omsorgsstønad*. Dette lovvedtaket har kommet til etter flere redegjørelser hvor det vises til store problemer knyttet til dagens ordning. Det ser derimot ut til at disse problemene ikke vil bli løst med det samme.

²¹⁷ Prop. 49 L (2016-2017) s. 24 og s. 26

²¹⁸ Prop. 49 L (2016-2017) s. 26

²¹⁹ Innst. 239 L (2016-2017) s. 11

²²⁰ Prop. 49 L (2016-2017) s. 26

²²¹ Prop. 49 L (2016-2017) s. 26

Ved å endre navnet til omsorgsstønnad ønsker departementet å tydeliggjøre at det ikke er snakk om lønn og at de som utfører omsorgsarbeid knyttet til ordningen, gjør dette av egen fri vilje. De vil med dette ta bort kommunens ansvar for omsorgsarbeidet, ved at målet med ordningen er at kommunen skal støtte de som ønsker å påta seg slikt omsorgsarbeid. Kommunene vil da fremstå som *generøse* som tildeler stønad til kvinner som selv ønsker å utføre omsorgsarbeid.

Etter endringen vil omsorgsstønadsordningen trolig være like uforutsigbar som ordningen er nå. Kommunene gis da en fortsatt og trolig forsterket mulighet til å utnytte disse kvinnene. Hvorfor skal kommunene betale for at hjemmehjelpen og avlastere utfører det arbeidet som omsorgslønsmottakere kan gjøre nesten gratis? Formålet er jo at disse kvinnene skal få oppfylt sitt ønskede omsorgsarbeid, og ikke at de skal bli ansatt eller opparbeide seg andre rettigheter fra kommunen. Hensikten med endringen av navnet ser etter dette ut til å være og legitimere dårlig betaling av omsorgslønsmottakere.

Å argumentere med at målet ikke er at den pårørende skal ansettes, men at det skal gis støtte til omsorgsarbeid som er ønsket²²², vil være helt feil. Det meste arbeid som arbeidstakere påtar seg er ønsket. For alle andre arbeidstakere vil ikke dette være et argument som kan brukes for å frata dem alle rettighetene som følger av å være arbeidstaker. Dette kan derfor ikke være et godt nok argument for ikke å anse omsorgslønsmottakere som arbeidstakere. Det kan heller ikke argumentet om at omsorgslønsmottakere ikke kan ansettes som arbeidstakere for at de ikke kan ha annen jobb ved siden av en 100 % jobb. Uavhengig av klassifiseringen som enten oppdragstaker eller arbeidstaker, må omsorgsgiverne utføre omsorgsarbeidet, selv om de har full jobb. Når det gjelder den fysiske og psykiske belastningen vil den i hovedsak være den samme, men kan også tenkes å være mindre dersom de ansettes som arbeidstakere ved at de da vil ha krav på ferie ol. En kollisjon med arbeidsmiljølovens arbeidstidsregler, vil dessuten kunne vurderes og eventuelt endres, slik at ordningen lettere kan kombineres med arbeid.

En endring av navnet til omsorgsstønnad vil dessuten gi inntrykk av at omsorgsgiver er en stønadmottaker og ikke en som bidrar til samfunnet ved å oppfylle kommunens plikt til å yte omsorg. Navnet vil da kunne bagatellisere viktigheten av jobben omsorgsgiverne gjør.

At dette er en særdeles dårlig løsning, er klart. En endring av navnet slik det er vedtatt, vil kunne sette disse kvinnene i en dårligere stilling enn de allerede er i. Det nye navnet

²²² Prop. 49 L (2016-2017) s. 26

understreker at omsorgsgiverne ikke har rettigheter, og heller ikke har krav på det, samt at kommunen hjelper kvinner som ellers ikke ville hatt noe. Når det gjelder likestilling vil forslaget medføre at kvinner settes tilbake til husmortiden. De bidrar litt til familieøkonomien gjennom stønaden, mens mannen forsørger familien.

5.3 Løsninger på likestillingsproblematikken

Etter drøftelsen i punkt 3, er omsorgslønnsinntakere i utgangspunktet å regne som arbeidstakere. I og med at den nye lovendringen bare endrer selve navnet på ordningen, vil også mottakere av omsorgsstønnad være å anse som arbeidstakere. En slik status vil kunne løse flere av problemene med ordningen og likestilling. Omsorgslønnsinntakere vil da ha krav på lønn for hver time det utføres arbeid, slik at inntektstapet ved å utføre privat omsorgsarbeid vil bli vesentlig mindre. Dette vil dessuten løse problemet med indirekte diskriminering grunnet ulike arbeidsvilkår, både når det gjelder lønn og forsikringer. Kommunen vil da ha en plikt til å tilby samme vilkår til omsorgslønnsinntakere som andre arbeidstakere. Mulighetene for kommunene til å utnytte kvinner som billig arbeidskraft, vil også bli vesentlig mindre.

En slik klassifisering vil gi omsorgslønnsinntakere flere rettigheter, herunder ferie, feriepenger, vikar ved sykdom og sykepenger i hele sykeperioden. Dette er rettigheter som kan gjøre ordningen mer attraktiv også for menn, og medføre at færre sliter seg ut på grunn av omsorgsarbeidet. Å bli ansett som arbeidstakere vil dessuten kunne gi en følelse av å bidra til samfunnet. Det vil da være tydeligere at man gjøre en viktig jobb.

En annen løsning vil være at det settes nasjonale retningslinjer for utmålingen og tildelingen av omsorgslønn, slik at praksisen i kommunene vil være mer forutsigbar. For at ordningen skal være rettferdig for de som utfører omsorgsarbeidet og for å unngå utnyttning av kvinnelig arbeidskraft, må lønnen settes på et rimelig nivå. Med slike kriterier vil kanskje klagen til Fylkesmannen reduseres, da regelverket ikke vil være like skjønnsmessig som det er per nå.

6 Konklusjon

Omsorgslønnsordningen kom som en konsekvens av at staten anså privat omsorgsarbeid som viktig og ville opprettholde den omsorgen som allerede var. Personer som påtok seg privat omsorgsarbeid, i hovedsak kvinner, hadde i større grad begynt å arbeide utenfor hjemmet, og fikk dermed et inntektstap og begrenset tilgang til arbeidsmarkedet på grunn av omsorgsarbeidet. For at privat omsorg skulle fortsette, ble det da ansett som viktig at de

private omsorgsarbeiderne fikk lønn for omsorgsarbeidet som ble utført, se oppgavens punkt 2.2.

Siden omsorgslønn ble innført i 1988, har det blitt mer vanlig at kvinner arbeider og heller uvanlig at kvinner er hjemmeværende. For at privat omsorgsarbeid skal opprettholdes i dagens samfunn vil det være enda viktigere at lønn ytes for omsorgsarbeidet enn det var i 1988. Kvinnene vil tape mer enn de noen gang har gjort ved å påta seg tyngende omsorgsarbeid. Dårlig betaling for omsorgsarbeidet kan da tenkes å minske villigheten til å påta seg slikt arbeid. Når ordningen endrer navn til omsorgsstønning for å uttrykke at det ikke er snakk om lønn, samtidig som ordningen ellers ikke endres, vil dette kunne styrke en slik utvikling. Det kan i verste fall innebære slutten på privat omsorg.

En arbeidsrettslig klassifisering som arbeidstakere, vil kunne bidra til å snu en slik utvikling ved utløsningen av rettigheter som klassifiseringen vil innebære. Dette er likevel et rettsspørsmål som må vurderes og klargjøres ytterligere gjennom en oppdatering av regelverket, herunder må en klassifisering av omsorgslønnsrettshavere som arbeidstakere vurderes opp mot forbudet mot midlertidig ansettelse i aml. § 14-9 og oppsigelsesvernet i aml. § 15-7. Men slik som for avlastere, kan løsningen også for omsorgslønnsrettshavere være å gå rettens vei for å bli ansett som arbeidstakere. Dersom retten kommer til at de er å anse som arbeidstakere, vil det medføre en plikt for kommunene til å gi dem de rettigheter som følger av klassifiseringen. Videre må ordningen endres slik at den verken diskriminerer på indirekte eller strukturelt grunnlag.

En endring av navnet vil altså ikke være tilstrekkelig. Det faktum at ordningen er urimelig, urettferdig og uforutsigbar, blir ikke løst av en navneendring. For å bedre rettsstillingen til omsorgslønnsrettshaverne, og gi dem de rettigheter de har krav på og behov for, må selve ordningen endres.

7 Kildeliste

7.1 Litteratur

- Aune, Helga (2008) «Deltids- og midlertidig ansattes diskrimineringsvern», *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008 s. 239-264
- Fanebust, Arne (2015) *Innføring i arbeidsrett – Den individuelle del*, 4. utgave, Universitetsforlaget
- Hellum, Anne (2008) «Kvinnekonvensjonens betydning for det alminnelige kjønnsdiskrimineringsvern», *Diskriminerings- og likestillingsrett*, 2008 s. 58-91
- Jakhelln, Henning (2006) *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Damm
- Jakhelln, Henning (2013) «Arbeidstakerbegrepet – oppdragstaker eller arbeidstaker», *Jussens Venner*, vol. 48 05/2013, s. 329-365
- Kjønstad, Asbjørn (2007) *Folketrygdloven med kommentarer*, 2. utgave, Gyldendal
- Nygaard, Nils (2004) *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2 utgave, Universitetsforlaget
- Stang Dahl, Tove (1985) «Fra husmorrettens spesielle del», *Kvinnerett II*, 1985 s. 97-120

7.2 Lover

Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) 17. mai 1814

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.m. (arbeidsmiljøloven) 17. juni 2005 nr. 62

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø 4. februar 1977 nr. 4 (opphevet)

Lov om barn og foreldre (barneloven) 8. april 1981 nr.7

Lov om barneverntjenester (barnevernloven) 17. juli 1992 nr. 100

Lov om endringer i lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene og i andre lover 11. juli 1986 nr. 55

Lov om ferie (ferieloven) 29. april 1988 nr. 21

Lov om folketrygd (folketrygdloven) 28. februar 1997 nr. 19

Lov om helsetjenester i kommunene (kommunehelsetjenesteloven) 19. november 1982 nr. 66 (Opphevet)

Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) 24. juni 2011 nr. 30

Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) 21. juni 2013 nr. 59

Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) 2. juli 1999 nr. 63

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) 26. mars 1999 nr. 14

Lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven) 13. desember 1991 nr. 81 (Opphevet)

Lov om sosial omsorg 5. juni 1964 (opphevet)

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30

Lov om yrkesskadeforsikring (yrkesskadeforsikringsloven) 16. juni 1989 nr. 65

7.3 Konvensjoner

Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 18. desember 1979

7.4 EU-direktiver

Europa-parlaments- og Rådsdirektiv 2003/88/EF 4. november 2003 (Arbeidstidsdirektivet)

Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF 5. juli 2006 (Likebehandlingsdirektivet)

7.5 Forskrifter

FOR-2002-07-05-715 Forskrift om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem

7.6 Forarbeider

Innst. 239 L (2016-2017) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om endringer i helse- og omsorgstjenesteloven m.m. (styrket pårørendestøtte)

Innst. O. nr. 56 (1985-86) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om endringer i lov av 19. november 1982 nr. 66 Om helsetjenesten i kommunene og i andre lover

Meld. St. 29 (2010-2011) Felles ansvar for eit godt og anstendig arbeidsliv.
Arbeidsforhold, arbeidsmiljø og sikkerheit

Meld. St. 29 (2012-2013) Morgendagens omsorg

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

NOU 2011: 17 Når sant skal sies om pårørendeomsorg Fra usynlig til verdsatt og inkludert

NOU 2017: 4 Delingsøkonomien – muligheter og utfordringer

Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) Om lov om sosiale tjenester mv. (sosialloven)

Ot.prp. nr. 4 (1998-1999) Om lov om endringer i folketrygdloven og enkelte andre lover

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)

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

Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

Prop. 88 L (2012-2013)	Diskrimineringslovgivningen (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
Prop. 48 L (2016-2017)	Endringer i folketrygdloven mv. (pleiepenger ved pleie av syke barn)
Prop. 49 L (2016-2017)	Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven m.m. (styrket pårørendestøtte)

7.7 Lovvedtak

Lovvedtak 74 (2016-2017)	Vedtak til lov om endringer i helse- og omsorgstjenesteloven m.m. (styrket pårørendestøtte)
--------------------------	---

7.8 Rettspraksis

7.8.1 Høyesterett

Rt. 1958 s. 1229

Rt. 1984 s. 1044 (Tupperware-dommen)

Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen)

Rt. 1994 s. 1064 (Bye-dommen)

Rt. 1997 s. 877 (Tolga-dommen)

Rt. 2007 s. 1458

Rt. 2013 s. 342 (Beredskapshjemdommen)

Rt. 2013 s. 354 (Avlasterdommen)

HR-2016-1366

7.8.2 Lagmannsrett

RG. 1989 s. 996

LF-2005-50325

7.9 Rundskriv

Rundskriv I-42/98

Retningslinjer for omsorgslønn, fra Helse- og omsorgsdepartementet

7.10 Statistikk

Mottakere av hjelpestønad:

<https://www.nav.no/no/NAV+og+samfunn/Statistikk/Flere+statistikkområder/Tabeller/hjelpest%C3%B8nadmottakere-etter-kj%C3%B8nn-og-alder.pr.31.12.2006-2015.antall> – sist kontrollert 02.05.17

Mottakere av omsorgslønn:

<https://www.ssb.no/helse/statistikker/pleie/aar/2016-06-29?fane=tabell&sort=nummer&tabell=271510> – sist kontrollert 02.05.17

Fakta om likestilling:

<https://www.ssb.no/befolkning/nokkeltall/likestilling> - sist kontrollert 02.05.17

7.11 Øvrige kilder

Tromsø kommune

Helhetlig tilbud til pårørende med krevende omsorgsoppgaver (Et prosjekt med fokus på omsorgslønnsordningen i Tromsøkommune), 2014,
<https://img8.custompublish.com/getfile.php/3212326.1308.fwtwuwaap/RapportHTPKO.pdf?return=www.tromso.kommune.no>
– sist kontrollert 02.05.17

Tromsø kommune

Tjenestebeskrivelser, helse- og omsorgstjenester, september 2013,
<http://img8.custompublish.com/getfile.php/2908943.1308.dwxsfasydy/Tjenestebeskrivelse+-+Helse+og+omsorgstjenester.pdf?return=www.tromso.kommune.no>
– sist kontrollert 02.05.17

Store norske leksikon

<https://snl.no/husmor> - sist kontrollert 02.05.17

Store norske leksikon https://snl.no/strukturell_diskriminering - sist kontrollert 02.05.17

Buudir

https://www.buudir.no/fosterhjem/Ulike_typer_fosterhjem/Hva_er_et_fosterhjem/Beredskapshjem/ - sist kontrollert 01.05.17

8 Vedlegg

Vedlegg 1: *Tromsø kommunes standard vedtak om omsorgslønn*

Vedlegg 2: *Tromsø kommunes standardkontrakt*

Vedlegg 3: *Tromsø kommunes beregningsskjema for omsorgslønn*