

Vurdering av om fallviltmannskap i x kommune er oppdragstakere eller arbeidstakere

25.11.2019 (2018/4579)

Sakens bakgrunn

A klaget 12. november 2018 til ombudsmannen over at X kommune hadde avvist hans krav om at fallviltmannskapene i kommunen skulle anses som ansatte i kommunen. Bakgrunnen for kravet er at han ønsker HMS-vern som ansatt.

Det følger av forskrift om utøvelse av jakt, felling og fangst § 29 at kommunene har plikt til å ivareta og eventuelt avlive skadet vilt. X kommune ivaretar denne plikten gjennom avtaler med enkeltpersoner som fungerer som «fallviltmannskap» ved behov. I avtalene mellom fallviltmannskapet og kommunen har sistnevnte lagt til grunn at mannskapet er oppdragstakere. A har både i korrespondanse med kommunen og i klagen til ombudsmannen, anført at fallviltmannskapet må anses som arbeidstakere, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8.

I klagen viste A til at det før 2011 kun var en løs tilknytning med muntlige avtaler mellom fallviltmannskapene og kommunen. I 2011 inngikk partene en skriftlig avtale. Avtalen hadde en varighet på tre år, med en automatisk forlengelse på tre nye år dersom ingen av partene sa opp avtalen. For øvrig hadde begge parter adgang til oppsigelse med en frist på tre måneder.

Kommunen la frem en revidert avtale i 2018. I det utkastet ombudsmannen har fått oversendt, fremgår det at avtalen skulle løpe fra 20. juni 2018. I den reviderte avtalen ble det innført et vaktssystem. Det er også enkelte andre endringer i avtalen blant annet hva gjelder godtgjøring. Ut over dette er 2011- og 2018-avtalene relativt like.

A har opplyst at han ikke ville signere 2018-avtalen før kommunen etterkom hans krav om at fallviltmannskapet måtte anses som arbeidstakere, med de rettigheter som følger av et arbeidsforhold. Kommunen avviste kravet om å anses som arbeidstaker, med henvisning til at vilkårene ikke var oppfylt. Kommunen anser mannskapet for å være selvstendige oppdragstakere.

Slik saken er opplyst hit, synes A å ha fortsatt som fallviltmannskap i kommunen, selv om han ikke hadde signert 2018-avtalen. Han deltok i den opprettede vaktordningen fra 2018 frem til avtalen med ham ble sagt opp av kommunen våren 2019. Begrunnelsen for at

avtalen ble sagt opp, var at A hadde fylt 70 år og at kommunens forsikringsordning ikke lenger dekket ham. Han fikk samtidig tilbud om å fortsette under forutsetning av at han tegnet egen forsikring.

Våre undersøkelser

Vedlagt klagen fulgte store deler av korrespondansen mellom A og kommunen i saken, og ombudsmannen fant at disse dokumentene var tilstrekkelig opplysende til å undersøke saken nærmere.

Undersøkelsen hadde til hensikt å avklare følgende momenter:

- Fallviltmannskapets plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet for kommunen, og eventuell adgang til å bruke medhjelpere for egen regning.
- Fallviltmannskapets selvstendighet i utførelsen av arbeidsoppgavene, og eventuelle plikt til å underordne seg kommunens ledelse og kontroll av arbeidet.
- I hvilken grad kommunen stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for å gjennomføre søk.
- Om det er kommunen eller mannskapet som bærer risikoen for resultatet.
- Hvordan vederlag utbetales.
- Om tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister.
- Mannskapets adgang til å ta tilsvarende oppdrag hos andre kommuner.

I brev 4. januar 2019 til ombudsmannen utdypet kommunen sine synspunkter på hvorfor avtalene måtte anses som oppdragsavtaler, og ikke arbeidsavtaler.

Slik avtalen er formulert, må den som har vakt selv finne noen å bytte vakt med dersom vakten ikke kan gjennomføres. Videre er det den vaktansvarlige som har ansvar for å finne en person som kan gjennomføre søk. Kommunen har tolket adgangen til å bytte vakt som at det ikke er en personlig arbeidsplikt.

Kommunen opplyste videre at mannskapet står fritt til å takke nei til å igangsette søk. Henvendelsen blir da videresendt til et av de andre mannskapene. Det er ikke slik at den som har ansvar for å ta telefonen, også har ansvar for å gjennomføre søket. I sine svar hit har A opplyst at bemanning av vakttelefonen i realiteten innebærer en plikt til å gjennomføre innmeldte søk, dersom den som har vakt ikke er i stand til å finne en annen til å gjennomføre søket.

Av korrespondansen mellom kommunen og A fremgår det at kommunen har lagt til grunn at fallviltmannskapet ikke er underlagt kommunens «direkte ledelse og kontroll av arbeidet», men at mannskapet er forpliktet til «å følge de gjeldende rutiner/regler fastsatt av kommunen, samt forplikte seg til å delta i opplæring/kurs som pålegges av [kommunen]. [Kommunen] utøver ikke ledelse og kontroll av dette arbeidet».

Det fremgår videre at fallviltmannskapet dekkes av kommunens forsikringsordninger. Kommunen har videre ansvar for å informere om og sørge for opplæring og kurs, samt informere om relevante endringer i regelverket.

Fallviltmannskapet må selv stille med våpen, ammunisjon, kjøretøy, klær, lys og ettersøkshund/ekvipasje. Det gis ikke kompensasjon for bruk av utstyret. Kommunen stiller med varslingsmateriell. Vederlagsordningen er ikke knyttet til resultat, men betales som en godtgjøring for deltakelse i vaktordningen. Dersom det er gjennomført søk, betales vederlag for antall timer benyttet til søket. Det gis godtgjøring for bruk av ettersøkshund/ekvipasje samt kjøregodtgjørelse, uavhengig av om det felles vilt eller ikke. Vederlaget utbetales som honorar som det trekkes forhåndsskatt av, men fallviltmannskapet synes ikke å ha fått utbetalt feriepengar.

Kommunen opplyste videre at det ligger til oppgavens natur at det ikke alltid er slik at viltet må eller kan avlives. Fallviltmannskapet har ikke ansvar for håndtering av viltet etter felling. Det er det lokale viltmottaket som håndterer vilt som er felt. Viltmottaket kan også foreta avliving, etter avtale med fallviltmannskapet.

Avtalene er inngått som tidsbegrensede avtaler som automatisk forlenges hvert tredje år, og fornyes for tre år om gangen dersom ikke en av partene sier den opp.

Både A og kommunen har utdypet sine standpunkter i etterfølgende korrespondanse.

Ombudsmannens syn på saken

Det rettslige grunnlaget

Spørsmålet i denne saken er om fallviltmannskapet i X kommune er å anse som oppdragstakere eller som arbeidstakere.

Hvem som er å anse som arbeidstaker og arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven, reguleres i § 1-8:

«(1) Med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.

(2) Med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det som i denne lov er bestemt om arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten.»

I forarbeidene til loven, Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) avsnitt 6.1.1, fremgår det at:

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

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

Listen er ikke uttømmende med hensyn til hvilke momenter som kan være relevante. Dette er ikke absolutte holdepunkter, men en rettesnor for vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold.»

Forarbeidene lister opp en rekke tilfeller, herunder oppdragstakere, som ikke er å anse som arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven.

I rettspraksis er forholdet mellom oppdragstakere og arbeidstakere behandlet nærmere, blant annet i tre dommer fra Høyesterett; i de to avlasterdommene (Rt. 2013 s. 354 og HR-2016-1366-A) og beredskapshjemdommen (Rt. 2013 s. 342). I alle tre dommene er det foretatte konkrete helhetsvurderinger av avtaleforholdet, med utgangspunkt i kriteriene som fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 1-8.

Høyesterett synes å ha lagt størst vekt på om avtalen innebærer en personlig arbeidsplikt og om det foreligger en plikt til å underordne seg arbeidsgivers organisatoriske ledelse, men også andre momenter er med i totalvurderingen. Det fremgår dessuten klart av disse dommene at arbeidstakerbegrepet er ment tolket vidt.

Høyesterett utaler om dette i den første avlasterdommen (Rt. 2013 s. 342):

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

Ombudsmannens vurdering

Slik saken er opplyst hit, synes avtaleforholdet å ha hatt en utvikling fra en løs tilknytning med muntlige avtaler, via oppdragsavtaler som innebar at det var kommunen som måtte finne tilgjengelig fallviltmannskap til søk, til en fastere tilknytning med vaktordning.

Selv om A ikke har signert 2018-avtalen, deltok han i vaktordningen frem til avtalen med ham ble sagt opp. Det er derfor 2018-avtalen som har dannet utgangspunkt for ombudsmannens vurdering.

Arbeidsgiver har en plikt til å utforme en skriftlig arbeidsavtale, jf. arbeidsmiljøloven § 14-5, men en signert avtale er ikke en forutsetning for at det skal foreligge et arbeidsforhold. Det er heller ikke avgjørende om partene selv har valgt å definere dette som oppdragsavtaler. Det sentrale er om avtalen mellom partene er av en slik karakter at den omfattes av arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven. Spørsmålet vil således være om det er naturlig å klassifisere tilknytningen mellom fallviltmannskapet og kommunen som et arbeidstaker/arbeidsgiver-forhold, eller om avtaleforholdet markant skiller seg fra et ordinært arbeidsforhold. Den videre drøftelsen tar utgangspunkt i de momentene som er gjengitt fra forarbeidene.

1. Plikten til å stille egen arbeidskraft til rådighet for arbeidsgiver

Før innføringen av 2018-avtalen kan det argumenteres med at fallviltmannskapet ikke hadde noen plikt til å stille arbeidskraften til rådighet for kommunen, da avtalen ikke innebar noen plikt til å gjennomføre søk.

Ved innføringen av vaktordningen i 2018-avtalen ble dette endret. Det fremgår av avtalens punkt 5 bokstav I at «[i] de uker der oppdragstaker bemanner vakttelefonen, er oppdragstaker ansvarlig for at anrop besvares og at tilgjengelig mannskap rykker ut». Det følger videre av samme punkt, bokstav J at: «Ved tilfeller der oppdragstaker ikke kan bemanne vakttelefonen slik det er satt opp på vaktliste, er oppdragstaker selv ansvarlig for å finne mannskap å bytte vakt med, og melde dette ifra til kommunens viltforvaltning.»

Dersom fallviltmannskapet deltar i vaktordningen, etableres en plikt både til å bemanne vakttelefon i de ukene der fallviltmannskapet har vakt, og til å sørge for at noen rykker ut. Selv om kommunen har anført at arbeidsplikten ikke er personlig, fordi fallviltmannskapet har anledning til å bytte bort vakter og/eller be andre om å gjennomføre søk som kommer inn i løpet av en vakt, har den som har vakt en plikt til å sørge for at eventuelt innkomne søk faktisk gjennomføres – enten ved å gjennomføre søkene selv, eller ved å finne mannskap som kan gjennomføre søket. Siden det kreves særskilt kompetanse for å kunne fungere som fallviltmannskap, synes det å være en underliggende forutsetning at det er en av de andre som har avtale om å være fallviltmannskap, som kan bes om å gjennomføre søket. Den som bemanner vakttelefonen, kan altså reelt sett ikke sette bort oppdraget for egen regning og risiko til noen kommunen ikke har inngått avtale med.

2. Plikten til å underordne seg arbeidsgivers ledelse

Det er lite tvilsomt at fallviltmannskapet står relativt fritt til selv å vurdere hvordan et oppdrag skal gjennomføres best mulig. Samtidig fremgår det av avtalen at det foreligger en plikt til å følge eventuelle rutiner som er utarbeidet av kommunen. Fallviltmannskapene er også pålagt å delta i eventuell opplæring som pålegges av kommunen.

Å søke etter vilt krever en stor grad av evne til å foreta selvstendige vurderinger, både når det gjelder hvor søket skal gjennomføres og når det eventuelt skal avbrytes dersom det antatt skadde viltet ikke er lokalisert. Selv om kommunen ikke instruerer mannskapet i selve gjennomføringen av søket, er det likevel etablert en styringsrett gjennom pålegg om å følge kommunens rutiner og en plikt til å gjennomføre den opplæringen kommunen mener er nødvendig.

Hadde avtalen utelukkende fastlagt en plikt til å sørge for at mannskapet til enhver tid oppfylte alle lov- og forskriftsbestemte krav, ville det kunne tale for at det her er snakk om oppdragsavtale. Slik avtalen er formulert, pålegges imidlertid mannskapet å underlegge seg kommunens styring ut over en ordinær forpliktelse til at søk gjennomføres i tråd med norsk lov. Etableringen av denne styringsretten tale for at det her er snakk om arbeidsavtaler.

3. Ansvar for nødvendige redskaper og hjelpemidler

Det fremgår at fallviltmannskapene selv må stille med det som er nødvendig av utstyr og klær for å gjennomføre oppdraget. At kommunen stiller med nødvendig utstyr for eventuelt å sikre vei, er ikke tilstrekkelig til å si at det er kommunen som stiller med nødvendige redskaper og hjelpemidler. Dette momentet trekker isolert sett i retning av at det foreligger en oppdragsavtale.

4. Risiko for resultat

Fallviltoppdragene er oppdrag uten resultatforpliktelse for fallviltmannskapet. Vederlaget er knyttet opp mot benyttet tid, og det utbetales selv om mannskapet ikke lykkes i å lokalisere og eventuelt felle skadet vilt – noe som trekker i retning av at det er tale om et arbeidsforhold.

5. Vederlagets form

Slik saken er opplyst hit, synes kommunen å ha valgt en ordning der fallviltmannskapet honoreres som frilansere, fremfor som selvstendig næringsdrivende.

Vederlag utbetales på timesbasis, og er knyttet opp mot en konkret vaktordning og eventuelt antall benyttede timer i forbindelse med et søk. Deltakelse i vaktordningen innebærer dermed en fast og påregnelig, om enn liten, inntekt. Det er ikke uvanlig at oppdragsavtaler inneholder avtale om timeshonorar, fremfor resultatbaserte honorarer. Samtidig synes det ikke å være avtalt noe øvre tak for antall timer som skal benyttes i det enkelte søket. Dersom det hadde vært tilfellet, ville det kunne trukket i retning av å anse vederlaget som en oppdragsgodtgjørelse.

Siden vederlaget utbetales til den som gjennomfører søket, og det er antall timer som er benyttet til søk som danner grunnlag for utbetalingen, har vederlaget mer karakter av å være timelønn enn å være en oppdragsgodtgjørelse. Samtidig er karakteren av det arbeidet som utførers uforutsigbar. Inntekten, ut over vederlaget for vakt, er verken konstant eller forutsigbar. Det avhenger av at det faktisk er vilt å søke etter, og kommer an på antall timer som benyttes i søket.

6. Tilknytningsforholdets karakter og oppsigelighet

Det fremgår av de tilsendte dokumentene at avtalene har løpt over tid, med en gjensidig oppsigelsesfrist på tre måneder. Tilknytningsforholdet har dessuten blitt stadig mer formalisert og mer forpliktende for fallviltmannskapet. At kontraktene er tidsavgrenset, synes kun å være en formalitet. Realiteten er at avtalene rutinemessig er blitt fornyet ved utløp, uten at det har vært foretatt noen særskilt vurdering av forlengelse. At As avtale ble sagt opp, ble utelukkende begrunnet i at han hadde fylt 70 år. At avtalene har løpt over så mange år, tilsynelatende uten noen form for evaluering og med en fornyelse av avtalene uten noen form for forutgående konkurranse, tilsier at dette er arbeidsforhold og ikke oppdragsforhold.

7. Muligheten for å arbeide for flere oppdragsgivere

At fallviltmannskapet har adgang til å arbeide for flere kommuner kan tale for at dette er oppdragsforhold. Samtidig vil bemanning av vakttelefon begrense muligheten for å ta oppdrag for andre oppdragsgivere de ukene mannskapet har vakt. Dette momentet har derfor ingen avgjørende betydning for helhetsvurderingen.

8. Andre relevante momenter – utviklingen av avtalen over tid

Oppdragsforhold vil gradvis kunne gå over til arbeidsforhold gjennom endringer i tilknytningsforholdet mellom partene. Dette vil typisk inntre når det blir en større grad av binding og forpliktelse for en part som tidligere var oppdragstaker. Innføringen av vaktordningen i 2018 er en slik utvikling, som medførte at fallviltmannskapet i større grad enn tidligere ble forpliktet til å sørge for at det ble gjennomført søk. Det må legges til grunn at muligheten til å frasi seg et søk i egen vaktuke, ble begrenset av vaktordningen. Det må også antas at en av hensiktene med å innføre en slik ordning nettopp var å sikre at kommunen, gjennom alltid å ha mannskap tilgjengelig, var i stand til å gjennomføre sine forpliktelser til å søke etter skadde dyr.

At den som har vakt kan bytte vakt med et annet mannskap dersom han ikke har anledning til å stille, kan ikke sammenlignes med å bruke medhjelper for egen regning. Ordninger der det er arbeidstakers ansvar å sørge for vaktbytte i situasjoner der det av praktiske årsaker ikke passer å stille på en oppsatt vakt, er en ordning som går igjen i de delene av arbeidslivet hvor det arbeides skift eller turnus, eller hvor det til enhver tid må være et visst antall ansatte til stede på jobb. At det rent faktisk er den som har vakt som må gjennomføre søk dersom det ikke lykkes å finne en annen til å påta seg søket, taler også for at det her er snakk om arbeidsforhold, ikke oppdragsavtale.

Oppsummering

Før innføringen av vaktordningen i 2018-avtalen må tilknytningsforholdet mellom kommunen og fallviltmannskapet sies å ha vært av en slik karakter at det var naturlig å anse de enkelte søkene som oppdrag, og at fallviltmannskapet var oppdragstakere. Det avgjørende for at ombudsmannen konkluderer med at fallviltmannskapet i X kommune nå må være å anse som arbeidstakere, er innføringen av vaktordning i 2018-avtalene. Vaktordningen innebærer at fallviltmannskapet bindes til tilgjengelighet for kommunen, på en helt annen måte enn før vaktordningen ble innført.

Grensen mellom arbeidstakere og oppdragstakere er nokså skjønnsmessig og kan være vanskelig å trekke. Ut fra en helhetsvurdering basert på momentene som er gjennomgått over, og føringene fra rettspraksis om at begrepet arbeidstaker skal «gis en vid tolkning»,

mener ombudsmannen imidlertid fallviltmannskapet i X kommune, etter innføringen av vaktordningen i 2018-avtalen, må anses som arbeidstakere, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8.

Konklusjon

Ombudsmannen mener fallviltmannskapet i X kommune må anses som arbeidstakere, og ikke oppdragstakere, etter innføringen av 2018-avtalen. Det bes om at kommunen legger ombudsmannens syn til grunn og at fallviltmannskapet etter dette får de samme rettighetene som arbeidstakere i kommunen.

25.11.2019 (2018/4579)