

Finansklagenemnda Person

Avgjørelse FinKN-2021-101

10.2.2021

Yrkesskadeforsikringsforeningen

Yrkesskade/yrkessykdom - Yrkesskadeforsikringsloven (YFL)

Promotør for utested – basketak med dørvakter – arbeidstakerbegrepet - i arbeid - yfl. §§ 2 og 10.

Klager, promotør for utested, ble en kveld skadet utenfor utestedet i forbindelse med at dørvaktene nektet ham inngang. De anså ham overstadig beruset og det endte i et basketak. Meldinger mellom han og representanten for utestedet viste at han ble bedt om å promotere skadedagen. Klager opplyste senere at han ikke fikk lønn for den aktuelle kvelden, og at han av og til dro til utestedet med venner uten å kreve inntekt for dette. Saken reiste spørsmål om klager var å anse som en arbeidstaker og om han var i arbeid på skadetidspunktet, jf. yfl. §§ 2 og 10. Nemnda fant det tvilsomt om klager fylte kravene for å klassifiseres som arbeidstaker, men tok ikke standpunkt til spørsmålet ettersom YFF også hadde gjort gjeldende at bedriftsvilkårene i yfl. § 10 ikke var oppfylt. Slik saken var opplyst bemerket nemnda at det ikke var sannsynliggjort at klager hadde avtale om et oppdrag på utestedet den aktuelle kvelden/natten. Nemnda uttalte videre at klager uansett hadde brakt seg over i den private sfæren og bedriftsvilkåret var da ikke oppfylt. Selskapet ble gitt medhold.

Saksfremstilling

Klager (renholdsarbeider i 100 % stilling og promotør, f. 1981) ble skadet på utestedet M., som han hadde promoteringsavtale med natt til lørdag 22.6.19 kl. 01:50.

Før hendelsen:

Det er fremlagt kopi av meldinger mellom utestedet M., ved E., og klager som gjelder promoteringsarbeid for utestedet. Blant annet denne udaterte meldingsutveksling:

(E) Får du promotert for fredag? Vanlig kveld
(Klager)

...

Selvsagt skal promotere)
Det er homo uke også!
Og stor helg for LGBT
Bare send meg eventen og gjør meg vert som vanlig!
Kan jeg også be deg en ting siden det blir så slitsom for meg! Når dere har nye ansatte og mest vektere og eventuelt som sitter i cover kan dere si til dem "at M har en promotør som heter ..."

Fordi lørdag snakket med 2 stykker og en sa: "men jeg kjenner ikke deg ..." og sånt våres kunder måtte vente lenge i køen ...

Tidligere på kvelden, før hendelsen, ble sendt:

21.6, kl. 23:38

(Klager) ... Prøver å skaffe nye folk! Er på S til en fest!

(E) Ville bare si at jenta som står i baren oppe har fått beskjed om dine rabatter og 5 gratis

(Klager) Supert! ...

...

(Klager) Supert! Vi kommer nok etter ...?

Det er lagt frem kopi av senere meldinger i anledning manglende feriepengeutbetaling og sykepenger. Noe som skal skyldes at M. var et nyregistrert selskap og at klager jobbet provisjonsbasert.

Etter hendelsen

Det er fremlagt to polikliniske notater etter besøk på legevakten datert 22.6.19:

(Notat 1) Husker ikke hva som har skjedd. Venninne har tydeligvis fortalt ham at han har snublet en del i løpet av kvelden. ...

(Notat 2) ... Usikker skademekanisme men åpenbart at pasienten har falt då han har hull i buksa og skrubbsår HØ kne. Imidlertid sterke smerter i VE kne og øvre del av leggen ...

I notat etter behandling på legevakten 24.6.19 heter det:

... Pasienten foreller at han etterhvert husker mer og mer av det som skjedde. Han forteller at han var på jobb på utested, anslagsvis kl 3:30 den 22.06.19. Vektere i døren ville ikke slippe ham inn, men han gikk forbi allikevel da han skulle på jobb der. Han forteller at vekterne da gikk til angrep på ham. la ham i bakken og altså da påførte ham de aktuelle skadene.

Hendelsen ble politianmeldt. I referatet fra et politiavhør med en av dørvaktene, A., 1.7.19 heter det:

Fornærmede var full og mistenkte slapp ham ikke inn på stedet. Da ble fornærmede aggressiv. Vennene prøvde å holde fornærmede tilbake, men dette hjalp ikke. Fornærmede prøvde på nytt å komme inn. Mistenkte prøvde å føre ham vekk og roe ham ned. Dette fungerte ikke. Da løp fornærmede inn på stedet. Mistenkte løp etter. Da måtte han legge ham ned på gulvet. ...

I referatet fra politiavhøret med en annen dørvakt, B., 3.7.19 heter det:

... A spurte hvordan det gikk med gjesten, da blir han hissig med engang. Deretter prøver han å løfte på tauet og gå inn på stedet. Gjesten sa "jeg jobber her, det er jeg som er sjefen, slipp meg inn". Da mistenkte og A er innleid hadde de ingen kjennskap til denne personen. De kjenner bare sjefen på stedet.

... Gjesten sier at han skal gjøre slik at vekterne får sparken dersom de ikke slipper ham inn.

A tar tak i gjesten og dytter ham ut av køen. Vennen til gjesten sier at han skal roe seg ned, men gjesten gir ingen respons til vennen sin. Gjesten sier at de kommer til å få sparken uansett.

...

Mistenkte er usikker på om gjesten går på A en gang til før han løper inn på stedet. I det gjesten løper fordi tar mistenkte tak i armen til gjesten for å prøve å stanse ham. Men gjesten gikk bare forbi, og mistenkte holdt ham ikke fast. Deretter løper gjesten forbi vaktene og inn på stedet. ...

Det er gitt en nærmere beskrivelse av situasjonen som fulgte inne på utestedet. Dørvakten mente at klager var ruset, at hans venninnen skal ha opplyst den andre dørvakten om at klager falt og skadet kneet tidligere på kvelden, mv.

I et referat fra et politiavhør med klager, 14.8.19, heter det:

Foranledning

Fornærmede hadde vært på fest på S hos en kompis, med to av sine beste venner. ...

De dro fra festen for å dra til M. De dro dit rundt 01.10. Det var ikke kø da de kom til stedet. Fornærmede gikk mot inngangen for vanlige kunder, og ikke VIP-køen der han pleier å gå.

Fornærmede forklarte at han jobbet på stedet til vekterne, men kom ikke inn likevel. ...

I e-post til klagers advokat 29.11.19 skiver E.:

Om han var på arbeid, er en vurderingssak. Som promotør, består arbeidet i å få med gjester til stedet. Han befant seg på en annen fest og skrev til meg at han forsøkte å samle en stor gjeng med nye folk. Han dukket

imidlertid opp alene noen timer senere, hvor han ble vurdert som overstadig beruset i døra og derfor nektet tilgang til lokalet. Han dyttet vekten og løp inn.

Som jeg også har påpekt overfor ..., hadde ikke selskapet yrkesskadeforsikring på dette tidspunktet. Selskapet hadde nylig fått overført samtlige ansatte fra et annet bemanningsselskap jobbet for selskapet som jeg representerer fra 01.05.19. ...

Vedlagt e-posten var lønsslipp for juni og juli, samt en arbeidskontrakt datert 1.5.19. Lønsslippene viser at det gjaldt arbeid i mai og 31.5.19. Totalbeløpet før skatt var kr 4 000. Av Navs vedtak 29.5.20 fremgår at advokaten har bekreftet at klager ikke har fått lønn for 22.6.19. Dokumentene fra politiet inneholder lønsslipper fra totalt fire selskaper, som er/var tilknyttet utestedet, for arbeid i månedene juni 2018 til mars 2019 varierende fra omtrent kr 1 500 til kr 5 000 før skatt.

I arbeidskontrakten er klager beskrevet som arbeidstaker, og ansatt som promotør. Arbeidstiden var "Varierende/etter behov og i gjennomsnitt 20 % ukentlig". Det var krysset av for han var "Tilkallelshjelp" og Nei for "Fast ansettelse". Lønnen var provisjonsbasert, ga rett til feriepenger, men ikke pensjon.

Skaden ble meldt til YFF 5.12.19. I brevet var inntatt en redegjørelse fra klager, hvor det blant annet fremgår at han hadde drukket 2 cider og 2-3 vinglass, at han ankom utestedet omtrent 1,5 timer etter meldingsutvekslingen med E. Han hadde med minst to gode venner. I tillegg var det mer enn 7 venner på/rundt lokalet. Det heter videre:

...

Så da jeg kom på lokalet, uten varsel eller forklaring de sa til meg at jeg kan ikke gå inn og da jeg sa til dem med mye forklaring at jeg jobbar der og jeg må inni fordi det er ganske sent uansett ... det er bare tull at jeg dyttet noen vakt.....når de har snakket sammen og har tatt imot andre gjester jeg gikk mellom dem og klarte å gå inn for å snakke med jenta som tar betalingen for inngang og cover, da alt skjedde meget raskt i løpet av 1 min som jeg ble svært alvorlig angrepet og skadet som ledet til at jeg mister hukommelse og nesten besvimte av smerter ...

Han hadde begynt å promotere for utestedet mai 2018, hadde liten inntekt i juni pga. ferie og at han ikke skrev opp kundene om han ikke fikk inn mer enn 10 eller 15:

... I forhold til dette Jeg sa til E alltid at jeg er så gavmild slik at hvis det blir under 10 kunder på stedet som jeg skjønner skal ikke skrive dem på lista og dette forklarer at i Juni måned har nesten Ikke inntekt og dessuten det har skjedd flere ganger når kom ikke på lokalen mer enn 15 personer Jeg skrevet ikke dem,

I skademelding til Nav 8.1.20, skrev arbeidsgiver:

Jobbet som promotør. Ingen fast lønn eller arbeidstid. Utførte kun arbeid i mai 2019. Den aktuelle kvelden kom han som gjest. Ble nektet inngang grunnet kraftig ruspåvirkning. Ville ikke adlyde vaktene, brøt seg inn i lokalet, ble stoppet og lagt i bakken av vaktene.

Der fremgår av en rapport fra politiets avhør av en venninne av klager, 27.1.20, at de tok taxi til utestedet "fordi fornærmede skulle jobbe der." Det heter videre: "Fornærmede pleier alltid å fikse slik at de kommer seg inn på steder. Det var derfor vitnet trakk seg tilbake slik at fornærmede kunne fikse det slik han pleier".

Nav avslo å godkjenne skaden som yrkesskade 29.5.20 fordi klager ikke var yrkesskadedekket på skadetidspunktet. Det ble blant annet vist til at den som jobber på provisjon normalt ikke regnes som arbeidstakere.

YFF avslo kravet 9.6.20, fordi klager ikke var å anse som arbeidstaker etter yfl. § 2.

Nav innvilget søknad om arbeidsavklaringspenger 29.7.20.

Straffesaken mot A. ble henlagt. Men det ble tatt ut tiltale mot B. I tingrettens dom i straffe- og erstatningssaken mot B., av 9.9.20, heter det:

... De har vært på vorspiel og sammen tatt taxi til M) hvor de ønsker å fortsette festen. (Klager) arbeider som promotør for M og skulle ha vært tilstede der fra klokka 2300. (Klager) er derfor forsinket og ivrig etter å komme seg inn på M ...

A. og B. fortalte i stor grad det samme i tingretten som i politiavhøret: Etter en diskusjon ved inngangen "smetter" klager inn og passerer A. som går etter og stanser klager "og det oppstår et basketak". Det heter videre:

...

Hendelsen er videoovervåket og man ser på videoen at A holder i (klager), hvorpå (klager) gjør motstand og kommer ut av balanse. De delvis holder/slår mot hverandre, og (klager) delvis faller mot disken hvor en kvinne tar inngangspenger. Man ser også at (klager) står med brede ben og gjør motstand, og at han ikke frivillig snur seg og går ut igjen idet han blir stanset. A tar deretter tak i overkroppen på (klager) og kaster han rundt, slik at (klager) blir "kastet rundt" og går fra stående til liggende på gulvet. (klager) lander på ryggen og har beina mot bakken.

Samtidig som (klager) blir holdt nede kommer tiltalte til. A holder over overkroppen til (klager), slik at det ser ut som han har kontroll på overkroppen. Beina til (klager) er fri. På video ser man derfor at tiltalte trækker over (klager) ved å sette sitt ben mellom beina til (klager), som på det tidspunktet spriker. Tiltalte snur seg og man ser ryggen/overkroppen til tiltalte som lener seg mot hoftepartiet til (klager). Tiltalte har forklart at han hadde det ene benet på hoften til (klager), og at fornærmede sprellet med beina og at den ene foten til (klager) traff tiltalte i panna. Tiltalte forklarer at han derfor tok tak i det benet som traff han i panna, og at han mer som en reflekshandling dyttet beinet videre nedover mot brystet og ansiktet til (klager). Tiltalte bender benet langt innover, før han slipper benet til (klager) og reiser seg opp.

Tingretten frikjente B. Avgjørelsen er anket til lagmannsretten av påtalemyndigheten.

Klager har i det vesentlige anført at vilkårene for å godkjenne skaden 22.6.19 som yrkesskade er oppfylt. Han er å anse som arbeidstaker etter yfl. § 2. Kontraktsforholdet var av en slik karakter at klager må anses som arbeidstaker i lovens forstand. Han var i arbeid da skaden inntraff, jf. tekstmeldingskorrespondansen. Det er normalt at han drikker alkohol når han arbeider som promotør/innkaster. Han mottok lønn de dagene/kveldene han var i arbeid og fremskaffet kunder, og lønnen ble beregnet ut fra av hvor mange kunder han skaffet.

YFF har i det vesentlige anført at klager ikke har sannsynliggjort at han oppfyller kriteriene for å være en arbeidstaker etter yfl. § 2. Om en person er å anse som selvstendig oppdragstaker eller ansatt beror på en konkret vurdering av tilknytningsforholdet vedkommende har til arbeidsgiveren/oppdragsgiveren, jf. NOU 1988:6. Dokumentasjonen viser at klager ikke har hatt oppmøteplikt hos M., men tvert imot selv kunne bestemme når han skulle tre inn i tjeneste. Arbeidskontrakten og de vedlagte lønnslipper viser at honorering utelukkende har vært provisjonsstyrt. YFF kan ikke se at M. har hatt instruksjonsmyndighet overfor klager, hverken hva gjelder oppmøteplikt eller utførelse av selve arbeidet, jf. SMS-korrespondansen. Når det gjelder selve utførelsen av klagers ytelse, har dette foregått ved at klager har deltatt på vorspiel/fester der han har forsøkt å få med seg vorspiel- og festdeltakere videre til M. Utføringen av denne innsatsen har vært opp til klager, uten at M. har hatt noen instruksjonsmyndighet over denne. Samlet har klager altså selv båret risikoen for omfanget av sin inntekt.

I alle tilfelle har ikke klager sannsynliggjort at han var i arbeid på arbeidsstedet i arbeidstiden, jfr. yfl. § 10.

Finansklagenemnda Persons begrunnelse

Saken reiser spørsmål om klager var å anse som arbeidstaker og om han i så tilfelle var i arbeid på skadetidspunktet, jf. yfl. §§ 2 og 10.

I yfl. § 2 bokstav b defineres arbeidstaker som "enhver som gjør arbeid eller utfører verv i arbeidsgivers tjeneste ...", Definisjonen bygger på definisjonen av arbeidstaker i skadeserstatningsloven § 2-1 jf. Ot.prp. nr. 44 (1988-89) merknadene til § 2-1, og videre at "det er dem som omfattes av det tradisjonelle arbeidstakerbegrepet, som skal vernes". Nemnda legger til grunn at det må foretas en samlet vurdering av de enkelte momentene når det skal fastsettes om en person er arbeidstaker etter yfl. Nemnda finner det tvilsomt om klager fyller kravene for å klassifisere som arbeidstaker, men finner ikke grunn til å ta standpunkt til spørsmålet ettersom YFF også har gjort gjeldende at bedriftsvilkårene i yfl. § 10 ikke er oppfylt.

Bestemmelsen i yfl. § 10 krever at arbeidstakeren skal ha blitt skadet "i arbeid i på arbeidsstedet i arbeidstiden". Vilkårene er kumulative og må således alle tre være oppfylt. Om vilkårene er oppfylt vil skaden i utgangspunktet være omfattet av yrkesskadeforsikringen selv om skaden ikke har sammenheng med selve arbeidet. Men det fremgår av Rt. 2006 s. 1129 at en skade kan falle utenfor dekningsområdet dersom den er inntruffet under utførelsen av arbeid hovedsaklig i egen interesse, eller i andre spesielle situasjoner hvor den skadete ved sin opptreden må anses å ha brakt seg over i den private sfæren som for eksempel i visse tilfeller av slagsmål.

Klager er promotør for et utested. Grensene for når en promotør er i arbeid fremstår som uklare og flytende, noe som særlig er tilfellet i denne saken. Han har ikke fått lønn for den aktuelle kvelden/natten og utestedet har i skademeldingen til Nav omtalt ham som en gjest. På den annen side kan utestedet ha interesse i at klager ikke blir ansett å ha vært omfattet av loven.

Meldingsutvekslingen, som er gjengitt foran, viser at klager ble bedt om å promotere den aktuelle kvelden og at han hadde hatt kontakt med utestedets representant den aktuelle kvelden. Han opplyste at han prøvde å skaffe folk, og fikk som svar at bartenderen i 2. etasje hadde fått beskjed om rabatter og gratis drikke. Disse opplysningen kan tyde på at han skulle utføre et oppdrag for utestedet den aktuelle kvelden. Men det er ikke sannsynliggjort at det var en del av oppdraget at han skulle oppsøke utestedet den kvelden. Det fremgår dessuten av opplysningene at det ikke var uvanlig at klager oppsøkte utestedet også uten oppdrag.

Nemnda er på grunnlag av sakens skriftlige materiale kommet til at klager ikke har sannsynliggjort at han hadde en avtale om et oppdrag på utestedet den aktuelle kvelden/natten.

Også om det legges til grunn at klager hadde et oppdrag, finner nemnda ikke at bedriftsvilkårene i yfl. § 10 er oppfylt. Klager var blitt nektet adgang til utestedet fordi dørvaktene mente at han var påvirket. Han prøvde likevel å komme inn, sammen med to venner. Det fremgår av domsgrunnene i tingrettsdommen at klager hisset seg opp og at han smettet seg inn forbi den ene av dørvaktene. Det oppstod et basketak da dørvakten fulgte etter klager. Etter nemnda syn er det her tale om en opptreden som hovedsakelig er i egen interesse og ikke i arbeidsgivers. Det er vanskelig å se at en slik opptreden ville være omfattet av en arbeidsavtale. Dersom klager hadde et oppdrag den aktuelle kvelden har han uansett brakt seg over i den private sfæren, og bedriftsvilkåret er da ikke oppfylt.

Avgjørelsen er enstemmig.

Finansklagenemnda Persons konklusjon

Selskapet gis medhold.

Ved behandlingen deltok Karin M. Bruzelius (leder), Jane Ytreøy Grøndalen (selskapsrepresentant) og Paal Bjønness (forbrukerrepresentant).