



NOREGS HØGSTERETT

D O M

sagt 15. oktober 2019 av Høgsterett i avdeling med

justitiarius Toril Marie Øie
dommar Hilde Indreberg
dommar Kristin Normann
dommar Borgar Høgetveit Berg
dommar Erik Thyness

HR-2019-1914-A, (sak nr. 19-047743SIV-HRET)
Anke over Agder lagmannsretts dom 7. januar 2019

Audnedal kommune
KS (partshjelper)

(advokat Øyvind Gjelstad – til prøve)

mot

A

(advokat Børge Benum – til prøve)

Fagforbundet (partshjelper)

(advokat Kjetil Edvardsen)

R Ø Y S T I N G

- (1) Dommar **Høgetveit Berg**: Saka gjeld krav mot arbeidsgjevar om etterbetaling av løn og feriepengar og etterinnmelding i tenestepensjonsordning. Krava er frå ein avlastar som fyrst etter dommen i HR-2016-1366-A *Avlastar II* vart rekna som arbeidstakar og ikkje oppdragstakar. Spørsmålet er kor langt attende i tid krava kan gjerast gjeldande; om dei delane av krava som vart opparbeidd før krava vart sette fram, har falle bort etter læra om avgrensing av tariffrettslege etteroppgjerskrav.
- (2) A arbeidde frå august 2012 til januar 2017 i Audnedal kommune som avlastar etter helse- og omsorgstenestelova. Arbeidet var regulert i fleire kortvarige oppdragsavtaler. Frå 30. august 2013 vart arbeidet utført i As eigen heim.
- (3) I perioden A arbeidde som avlastar i kommunen, sa Høgsterett to dommar om avlastarars arbeidsrettslege stilling. I Rt-2013-354 *Avlastar I* slo Høgsterett fast at ein avlastar for ein familie med særleg tyngande omsorgsarbeid skulle reknast som arbeidstakar, og ikkje som oppdragstakar, jf. arbeidsmiljølova § 1-8. Arbeidet vart ikkje utført i avlastarens eigen heim. I HR-2016-1366-A *Avlastar II* kom Høgsterett til at ein avlastar og støttekontakt for eit barn med særlege behov skulle reknast som arbeidstakar. Her var arbeidet utført i avlastarens eigen heim.
- (4) På vegner av A sette Fagforbundet i brev 8. november 2016 fram krav mot Audnedal kommune. Det vart kravd fast tilsetjing som avlastar og etterbetaling av løn og feriepengar frå ho tok til i den aktuelle stillinga i 2013.
- (5) Audnedal kommune tilbaud 16. desember 2016 mellombels tilsetjing etter arbeidsmiljølova § 14-9 fyrste ledd bokstav f for perioden frå 8. november 2016 til 1. januar 2017, sidan familien som A var avlastar for, skulle flytte frå kommunen i januar 2017. Kommunen avviste krava som gjaldt etterbetaling av løn og feriepengar for perioden før krava var sette fram.
- (6) A reiste søksmål med krav om etterbetaling av 115 000 kroner i løn, overtidstillegg, andre tillegg og feriepengar på grunnlag av tariffavtale. Mesteparten av krava var knytt til perioden frå før 8. november 2016. Ho kravde også å bli etterinnmeldt i tenestepensjonsordninga frå 30. september 2015. Bakgrunnen for denne datoen var at A i ein periode hadde vore innmeldt, men seinare var meldt ut att. Kommunen avviste alle krav frå perioden fram til 8. november 2016.
- (7) Ved Kristiansand tingretts dom 2. juli 2017 vart kommunen dømt til å betale 8 000 kroner til A og til å etterinnmelde henne i pensjonsordninga frå 8. november 2016. Tingretten kom til at As krav på etteroppgjer for tida før krava vart sette fram, var falle bort. Med dette fekk kommunen fullt medhald.
- (8) A anka dommen. Fagforbundet erklærte partshjelp til fordel for A. Agder lagmannsrett sa dom 7. januar 2019 med slik domsslutning:

«1. **Audnedal kommune betaler til A innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom 129.564 – etthundreogtjuenitusenfemhundreogsekstifire – kroner, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.**

2. Audnedal kommune er forpliktet til å foreta etterinnmelding av A i kommunens tjenstepensjonsordning tilbake til 30. september 2015.»

- (9) Lagmannsretten la til grunn at den tariffrettslege læra om bortfall av etteroppgjerskrav ikkje kom i bruk for krava om feriepengar etter satsen i ferielova og etterinnmelding i pensjonsordning, som etter lagmannsrettens syn var basert på lov. For dei andre krava kom lagmannsretten til at læra i utgangspunktet kom i bruk, men at krava fall inn under unntaksregelen for spesielle forhold. I resultatet fekk difor A fullt medhald.
- (10) Audnedal kommune anka til Høgsterett. Anken gjaldt sakshandsaminga, provdøminga og rettsbruken. Ved Høgsteretts ankeutvals vedtak 1. april 2019 vart berre anken over rettsbruken tillaten fremja.
- (11) Fagforbundet er – som for lagmannsretten – partshjelpar til fordel for A. Nytt for Høgsterett er at KS har erklært partshjelp til fordel for Audnedal kommune. Elles står saka i den vesentleg same stillinga som for lagmannsretten.
- (12) Den ankande parten – *Audnedal kommune* – har i grove trekk gjort gjeldande:
- (13) As krav byggjer på tariffavtale og er med det tariffrettsleg. Krava bakover i tid er då ikkje berre avgrensa av foreldingsreglane, men også av det tariffrettslege markeringstidspunktet. Subsidiært er det ikkje grunnlag for etterbetaling for krav frå før 23. juni 2016 då Høgsterett sa HR-2016-1366-A *Avlastar II*.
- (14) Audnedal kommune har sett fram slik påstand:
- «Kristiansand tingretts dom stadfestes.»**
- (15) Partshjelparen for Audnedal kommune – KS – har slutta seg til det som er gjort gjeldande frå kommunen. I tillegg er det særleg understreka at retten til etteroppgjær ikkje må vera avhengig av om saka kjem opp i Arbeidsretten eller dei vanlege domstolane. Det er viktig å halde fast ved partanes, og Arbeidsrettens, tolkingsmonopol for tariffvistar, inkludert forståinga av arbeidsgjevaromgrepet i Hovudtariffavtala.
- (16) Ankemotparten – A – har i grove trekk gjort gjeldande:
- (17) Krava byggjer på Høgsteretts rettsavklaring av arbeidstakaromgrepet i ferielova og arbeidsmiljølova for avlastarar, og ikkje på tolking av tariffavtale. Den tariffrettslege læra om bortfall av etterbetalingskrav kjem då ikkje i bruk. Det ligg ikkje føre usemje om forståing av ei tariffavtale. Subsidiært må det gjerst ei delvis avgrensing for dei delane av krava som «bygger på lov» – slik lagmannsretten har gjort. Dersom læra heilt eller delvis kjem i bruk, må ein under alle omstende nytte unntaksregelen om «spesielle» forhold slik at A får medhald.
- (18) A har sett fram slik påstand:
- «Anken forkastes.»**
- (19) Partshjelparen for A – Fagforbundet – har slutta seg til det som er gjort gjeldande frå A. Det er vidare særleg gjort gjeldande at dersom tvisten har eit anna grunnlag enn tariffavtale, og partane såleis ikkje har rådvelde over tolkinga, manglar dei bærande

omsyna bak læra. Konsekvensen av å la læra få tyding i denne saka vil i realiteten avvikle foreldingslova som naturleg ramme for etteroppgjerskrav i heile offentleg og delar av privat sektor.

- (20) *Mitt syn på saka*
- (21) Det er semje om at A er arbeidstakar etter arbeidsmiljølova og Hovudtariffavtala, at ho i utgangspunktet har krav på ytingar etter tariffavtala frå tida før krava vart sette fram og om utrekninga av krava. Usemja gjeld skjeringsstidspunktet for kommunens plikter. Spørsmålet er om A har krav på etterbetaling av ytingar og etterinnmelding i pensjonsordning for tida før ho sette fram krava mot Audnedal kommune i november 2016.
- (22) I norsk arbeidsrett er det eit tospora prosesssystem, der domsmakta er delt mellom dei vanlege domstolane og Arbeidsretten. Eit av dei sentrale omsyna bak opprettinga av Arbeidsretten i 1915 var behovet for ei effektiv prosessform for handsaminga av tvistar om gyldigheit og tolking av tariffavtaler. Grunngevinga var at slike tvistar eigna seg dårleg for handsaming ved dei vanlege domstolane eller valdgift, jf. Ot.prp. nr. 29 (1912) side 6.
- (23) Med mindre noko anna fylgjer av arbeidstvistlova eller tenestetvistlova, kan Arbeidsretten berre handsame «rettstvister», jf. arbeidstvistlova § 33 andre ledd fyrste punktum. Arbeidstvistlova § 1 bokstav i definerer rettstvist som «tvist mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om en tariffavtales gyldighet, forståelse eller eksistens eller om krav som bygger på en tariffavtale». Spørsmål som høyrer under Arbeidsretten etter arbeidstvistlova § 33 andre ledd fyrste punktum, jf. § 1 bokstav i, kan ikkje avgjerast av dei vanlege domstolane, jf. Rt-2013-1048 avsnitt 16 og HR-2017-777-A avsnitt 26. På den andre sida kan Arbeidsretten ikkje utan særleg heimel handsame krav som ikkje byggjer på tariffavtale. Døme på dette er krav som byggjer direkte på lov. Krav som spring ut av ei individuell arbeidsavtale, kan berre dragast inn i ein tariffvist dersom kravet etter arbeidsavtala blir avgjort i tariffvist, jf. arbeidstvistlova § 34 fyrste ledd. Arbeidsrettens kompetanse er såleis avgrensa til tariffvistar.
- (24) Det tospora prosesssystemet inneber at dersom det er usemje om forståinga av ei tariffavtale, kan ei fagforening gå til sak for Arbeidsretten – også med krav om etteroppgjer – på tariffrettsleg grunnlag. Den einskilde arbeidstakaren kan derimot ikkje gå til sak for Arbeidsretten. Ein arbeidstakar som krev etteroppgjer på individuelt rettsleg grunnlag, må gjera dette for dei vanlege domstolane. Etter omstenda kan såleis eit nærast identisk saksforhold om etteroppgjer gå enten for Arbeidsretten eller for dei vanlege domstolane, avhengig av om søksmålet blir reist av ei fagforening eller av ein arbeidstakar.
- (25) Dersom Arbeidsretten i dom har slått fast ei bestemt forståing av ei tariffavtale, gjeld denne forståinga også for alle arbeidsavtaler som byggjer på denne tariffavtala, jf. arbeidstvistlova § 34 andre ledd. Dei vanlege domstolane pliktar å leggje Arbeidsrettens tolking av ei tariffavtale til grunn direkte i tvistar om arbeidsavtaler som byggjer på tariffavtala.
- (26) Det generelle obligasjonsrettslege utgangspunktet er at pengekrav blir forelda etter tre år, jf. foreldingslova § 2. Dette gjeld også for ytingar som ein arbeidstakar har krav på etter ei tariffavtale. Det er normalt ikkje noko til hinder for å avtale ein kortare foreldingsfrist enn det som fylgjer av lova. I tolkingspraksis frå Arbeidsretten er det lagt til grunn ei

ytterlegare avgrensing for etteroppgjerskrav som er tufta på tariffavtale: Plikta til etteroppgjer ligg som hovudregel fyrst føre frå det tidspunktet arbeidstakarane gjennom ei fagforening har fremja krav om etteroppgjer eller reist eit tvistespørsmål som har gjeve grunnlag for etteroppgjerskravet, sjå til dømes ARD-2006-38 avsnitt 42:

«Arbeidsretten bemerker at retten i sin praksis i vid utstrekning har lagt til grunn at plikt til etterbetaling på tariffmessig grunnlag først foreligger fra det tidspunkt arbeidstakerne gjennom sin fagforening har fremmet krav om etterbetaling eller reist et tvistespørsmål som har dannet grunnlag for et slikt krav. Begrunnelsen for denne praksis er – som påpekt av partene – i stor grad at det først er når et betalingskrav er fremsatt eller markert, at arbeidsgiver i alminnelighet har tilstrekkelig grunn til å innrette seg på at kravet kan føre frem. Som eksempler på denne praksis og begrunnelsen for den viser retten til uttalelsene i ARD 2003 side 25 og ARD 2001 side 179. Det vises også til mindretallspremissene i Høyesteretts dom i Rt. 1975 side 1, der det det gis en dekkende beskrivelse av Arbeidsrettens praksis på området.»

(27) Rett tilvising i sitatet over skal vera til mindretallet i Rt-1995-1. Tariffavtaler kan gjelde svært mange tilsette, og for den einskilde verksemda kan samla krav etter omstenda bli svært høge. Ordninga med tillitsvalde legg til rette for at motparten i tariffavtala kan forventast å føre tilsyn med at avtala blir rett oppfylt, og at arbeidsgjevaren kan leggje til grunn at løna og andre ytingar er i tråd med tariffavtala, med mindre dei tillitsvalde tek opp det aktuelle tariffspørsmålet. Læra har gode grunnar føre seg og bør leggjast til grunn av dei vanlege domstolane. Slik unngår ein også situasjonar der val av prosessform kan bli avgjerande for resultatet.

(28) I Arbeidsrettens praksis er det gjort unntak frå det nemnte utgangspunktet når det ligg føre spesielle forhold, sjå mellom anna ARD-2006-38 avsnitt 43:

«Arbeidsretten vil imidlertid også bemerke at flere av de foreliggende dommer om etterbetaling må forstås på bakgrunn av de påstander som var reist, hvilke perioder etterbetalingskravet gjaldt, og ellers de konkrete omstendigheter i det enkelte tilfellet. I noen saker har passivitet fra arbeidstakersiden spilt en rolle for vurderingen. Retten bemerker også at praksis ikke er uten unntak. Det har i tilfeller hvor det foreligger spesielle forhold, vært gitt dom for etterbetaling fra et tidspunkt som ligger forut for den dato som ville fulgt av den hovedregel Arbeidsretten har lagt til grunn i sin praksis. Retten viser som eksempel til dommen i ARD 1963 side 141.»

(29) Det er semje mellom partane om at det i tariffretten eksisterer ei tolkingslære om bortfall av krav på etteroppfylling av løn og andre ytingar ved sida av foreldingsreglane. Usemja er knytt til verkeområdet for denne læra. Spørsmålet i vår sak er om læra i det heile teke kjem i bruk, eventuelt om det må gjerast unntak på grunn av «spesielle forhold».

(30) Praksisen frå Arbeidsretten om avgrensing mot etteroppgjerskrav frå før «markeringstidspunktet», er ei avtalebasert og tariffrettsleg læra. Eg understrekar det sjølvsahte, nemleg at tariffavtaler, og med det den nemnte læra, må ha det same innhaldet uavhengig av kva for domstol som har kompetanse til å ta stilling til innhaldet i læra, direkte eller prejudisielt. Elles kan ein kome i ein situasjon der val av prosessform kan bli avgjerande for resultatet. Spørsmålet i saka her er knytt til rekkjevidda av læra.

(31) Det er i prosedyrane for Høgsterett vist til ei rekkje dommar frå Arbeidsretten der læra er brukt. Dommane gjeld tariffrettslege spørsmål og drøftar ikkje læra i særleg breidde. Læra er omtalt noko i arbeidsrettsleg litteratur. Det er for meg likevel ikkje naudsynt å gå djupare inn i dette, då problemstillinga frå vår sak ikkje er omtalt nærare.

- (32) Ein står i denne saka overfor krav som i utgangspunktet også er heimla i tariffavtale – og som etter sitt innhald kunne ha vore reist for Arbeidsretten. Men den reelle tvisten har konkret vore om A i det heile teke var omfatta av tariffavtala eller ikkje, og ikkje kva for rettar ho i så fall har etter avtala. Føreset at A var omfatta av tariffavtala, er det semje om kva for rettar ho har.
- (33) Forståinga av arbeidstakaromgrepet avgjer om A har krav på etteroppgjjer. Arbeidstakaromgrepet er inngangsvilkåret til vern etter arbeidsmiljølova og ferielova og til tariffavtala. Den underliggende tvisten for saka her – om avlastarar er arbeidstakarar – vart løyst gjennom Høgsteretts to dommar i 2013 og 2016. I desse dommene var det utelukkande spørsmål om lovtolking; det vil seie forståinga av det preseptoriske arbeidstakaromgrepet i arbeidsmiljølova § 1-8, jf. § 1-9 og ferielova § 2. Dette spørsmålet kan Arbeidsretten ikkje ta stilling til utan særskilt heimel.
- (34) Arbeidsretten kan ta stilling til arbeidstakaromgrepet i tariffavtaler, inkludert Hovudtariffavtala. Men det er i saka her ikkje gjort gjeldande at A ikkje er arbeidstakar også etter Hovudtariffavtala. Det ligg med andre ord ikkje føre usemje knytt til tolking av ei tariffavtale. Usemja fram til 2016 var som nemnt knytt til arbeidstakaromgrepet i lova.
- (35) Dersom den tariffrettslege læra om avgrensing av etteroppgjerskrav skulle leggjast til grunn i ein slik situasjon, ville arbeidsgjevaren i prinsippet risikofritt kunne halde seg passiv og vente til nokon set fram krav – trass i den lovfesta plikta til korrekt å klassifisere dei som utfører arbeid for ein etter arbeidsmiljølova § 2-1. Rett nok ville vel unntaksregelen for «spesielle forhold» i mange tilfelle kunne koma i bruk dersom arbeidsgjevaren ikkje var i aktsam god tru, men neppe utan ei konkret vurdering.
- (36) Den berande tanken bak læra om avgrensing av etteroppgjerskrav er tariffpartanes frie rådvelde over tariffavtala. Denne fører med seg ei gjensidig lojalitetsplikt som krev ei markering av den tariffrettslege standpunktet ved tolkingstvistar. Omsyna bak denne tariffrettslege tolkingslæra slår ikkje til når spørsmålet i saka ikkje botnar i ein tvist om forståinga av ei tariffavtale. Visseleg kan til dømes tvistar knytt til arbeidstakaromgrepet i lova eller andre lovreglar gjelde mange arbeidstakarar, noko nettopp dei to avlastardommene frå Høgsterett viser. Men lovtolkingstvistar vil normalt gjelde spørsmål der tariffpartane korkje har ei lojalitetsplikt eller har rådvelde over tolkinga. Når det, som her, ikkje dreier seg om ein tariffvist, er det heller ikkje grunnlag for å stille opp preklusjonsreglar ved sida av foreldingsreglane. Eg legg til at ei slik løysing heller ikkje motverkar føremålet med Arbeidsretten som særdomstol.
- (37) Ut frå dette er det samstundes heller ikkje grunnlag for kommunens subsidiære standpunkt om å avgrense etteroppgjerskrava til 2016, då Høgsterett sa HR-2016-1366-A *Avlastar II*.
- (38) Anken må etter dette forkastast.
- (39) Eg røystar etter dette for slik

D O M :

Anken blir forkasta.

- (40) Dommer **Indreberg:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (41) Dommer **Normann:** Likeså.
- (42) Dommer **Thyness:** Likeså.
- (43) Justitiarius **Øie:** Likeså.
- (44) Etter røystinga sa Høgsterett slik

D O M :

Anken blir forkasta.