



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 20. desember 2024 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg
dommer Wilhelm Matheson
dommer Borgar Høgetveit Berg
dommer Kine Steinsvik
dommer Thom Arne Hellerslia

HR-2024-2368-A, (sak nr. 24-021196SIV-HRET)
Anke over Eidsivating lagmannsretts dom 20. november 2023

| | |
|--------------------------|---|
| Recoveryakademiet AS | (advokat Karoline Findalen Myhre – til prøve) (rettslig medhjelper: advokat Anette Cecilie Kjørrefjord Eckhoff) |
| Stendi AS (partshjelper) | (advokat Tarjei Thorkildsen) |
| mot | |
| A | |
| B | |
| C | (advokat Kjetil Skeide Edvardsen advokat Morten Mønnich – til prøve) |
| D (partshjelper) | |
| E (partshjelper) | |
| F (partshjelper) | |
| G (partshjelper) | |
| H (partshjelper) | |
| I (partshjelper) | |
| J (partshjelper) | (advokat Sigurd Øyvind Kambestad) |

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Matheson:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder det økonomiske oppgjøret etter feilklassifisering av arbeidstakere som oppdragstakere.
- (3) Recoveryakademiet AS – heretter også omtalt som RA – tilbyr helse- og velferdstjenester. Saken knytter seg til arbeid utført i forbindelse med selskapets helse- og omsorgstilbud for brukere med psykiske lidelser og rusproblemer.
- (4) A, B og C hadde i flere år oppdragsavtaler med Recoveryakademiet, der de utførte helse- og omsorgsarbeid i selskapets omsorgsboliger. I den enkelte kontrakt, som ble benevnt «Konsulentavtalen», var partene omtalt som «Kunden» og «Leverandøren». Kontraktene var mer eller mindre like og ble inngått for seks måneder av gangen. De ble løpende forlenget gjennom inngåelse av nye tilsvarende avtaler.
- (5) Betaling for utført arbeid skjedde etter månedlig etterskuddsvis fakturering i henhold til godkjent timeliste og etter den timepris som var avtalt for den aktuelle kontraktsperioden. Timeprisen varierte. I første halvår av 2017 var den eksempelvis på 265 kroner for A, mens den for C var på 295 kroner. Alle skulle selv svare for «lønn, skatter, avgifter, forsikringer, arbeids- og oppholdstillatelse, trygdeordninger, syke- og feriepenger og andre sosiale goder for seg». Oppdragsavtalene hadde også bestemmelse om 100 prosent tillegg til avtalt timesats for arbeid på hellig- og høytidsdager.
- (6) A, B og C fylte ved siden av de ansatte i RA et omfattende behov for arbeidskraft i selskapets omsorgsboliger. I slike institusjoner kan det være nødvendig at medarbeiderne oppholder seg i lengre sammenhengende perioder – altså i flere døgn – for å ivareta de særlige omsorgs- eller behandlingsbehov som beboerne der har, også kalt medleverordninger. Det er med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 10-12 åttende ledd gitt forskrift 24. juni 2005 nr. 686 om arbeid i institusjon som har medleverordninger. Forskriften gjør på vilkår unntak fra arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid.
- (7) Etter forskriften § 2 første ledd må den samlede ukentlige arbeidstiden ikke overstige 48 timer i løpet av en periode på 7 dager – også kalt «medleverturnus 48». Medarbeideren kan skriftlig samtykke til en samlet ukentlig arbeidstid ut over 48 timer, likevel ikke mer enn 60 timer i uken – også kalt «medleverturnus 60». Ved medleverordninger setter forskriften krav om sammenhengende hvileperioder.
- (8) Medleverturnus 48 tilsvarer 2 469 arbeidede timer per år, mens medleverturnus 60 tilsvarer 2 920 timer. De ansatte i RA fulgte i hovedsak en arbeidstidsordning som tilsvarte medleverturnus 60.
- (9) I As, Bs og Cs tilfelle ble det også praktisert en medleverordning. Denne gikk imidlertid ut over grensen for medleverturnus 60 og oppfylte heller ikke på andre punkter kravene i medleverforskriften.

- (10) Partene er enige om at anketpartene ved døgnvakter hadde 24 timers arbeidstid. Videre er det enighet om at oppdragsavtalene ble praktisert slik at det kun ble fakturert 16,67 timer per døgnvakt.
- (11) RA var gjennom Overenskomst nr. 453 mellom NHO og LO/Fagforbundet en tariffbundet bedrift. Overenskomsten er en minstelønnsoverenskomst som forutsetter at det inngås lokal særavtale. Mellom RA og bedriftsklubben i selskapet var det inngått en slik særavtale. Den hadde bestemmelse om arbeids- og hviletid for arbeidsplan som følger av medleverforskriften, samt omfattende bestemmelser om minstelønn, overtid og tillegg.
- (12) A gjorde ved stevning 9. juli 2020 gjeldende at han var uriktig klassifisert som oppdragstaker. Han fremmet derfor krav om blant annet etterbetaling av lønnsytelser i form av overtidstillegg, tariffestede tillegg eller andre tillegg som RA hadde praktisert, feriepenger, og etterinnmelding i selskapets tjenstepensjonsordning. Partene er senere blitt enige om innmelding i pensjonsordningen.
- (13) Søksmålet ble etter As begjæring stanset i påvente av rettskraftig dom i en parallell sak som verserte for Borgarting lagmannsrett. Dommen i den saken – LB-2019-184977, senere kjent som *Stendi I* – ble avsagt 28. juni 2021. Stendis anke til Høyesterett ble ved ankeutvalgets beslutning 26. november 2021 ikke tillatt fremmet.
- (14) Etter at saken her var satt i gang igjen, aksepterte RA i prosesskriv 10. mai 2022 at det «for den videre saken kan legges til grunn at A har vært uriktig klassifisert som oppdragstaker». Kravet om etterbetaling ble imidlertid bestridt.
- (15) B og C gjorde etter hvert tilsvarende krav som A gjeldende mot RA. De begjærte 20. mai 2022 inntreden i saken etter tvisteloven § 15-3.
- (16) Romerike og Glåmdal tingrett avsa 2. januar 2023 dom med slik domsslutning for de tre nevnte:

«A:

1. Recoveryakademiet AS betaler til A 1 443 853 – enmillionfirehundreogførtitretusenåttehundreogfemtitte – kroner som etterbetaling for overtid, ubekvemstillegg og ubetalte timer, med tillegg av lovens forsinkelsesrente regnet fra forfall den 28. i første måned etter opptjening til betaling skjer. Forsinkelsesrenten beregnes av 57,5 % av hovedstol.
2. Recoveryakademiet AS betaler til A 12 % feriepenger av etterbetalingskravet i punkt 1.
3. Recoveryakademiet AS betaler til A 643 516 – sekshundreogførtitretusenfemhundreogseksten – kroner som etterbetaling av feriepenger opptjent fra og med 2008 til og med 2019, med tillegg av lovens forsinkelsesrente regnet fra 28. desember 2019 til betaling skjer. Forsinkelsesrenten beregnes av 57,5 % av hovedstolen.
4. Recoveryakademiet AS skal erstatte A sakskostnadene med 334 479 – trehundreogtrettifiretusenfirehundreogsyttini – kroner.

5. Beløpene fastsatt i punktene 1 til 4 forfaller til betaling to uker etter forkynnelse av dommen.

B:

1. Recoveryakademiet AS betaler til B
1 298 459 – enmilliontohundreogtrettitusenfirehundreogfemtini – kroner som etterbetaling for overtid, ubekvemstillegg og ubetalte timer, med tillegg av lovens forsinkelsesrente regnet fra forfall den 28. i første måned etter opptjening til betaling skjer. Forsinkelsesrenten beregnes av 57,5 % av hovedstolen.
2. Recoveryakademiet AS betaler til B 12 % feriepenger av etterbetalingskravet i punkt 1.
3. Recoveryakademiet AS betaler til B
642 788 – sekshundreogførtitotusensyvhundreogåttiåtte – kroner som etterbetaling av feriepenger opptjent fra og med 2012 til og med 2021, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 29. oktober 2021 til betaling skjer. Forsinkelsesrenten beregnes av 57,5 % av hovedstolen.
4. Recoveryakademiet AS skal erstatte B sakskostnadene med
210 479 – tohundreogtittusenfirehundreogsyttini – kroner.
5. Beløpene fastsatt i punktene 1 til 4 forfaller til betaling to uker etter forkynnelse av dommen.

C:

1. Recoveryakademiet AS betaler til C
2 038 711 – tomillionerogtrettitotusensyvhundreogelleve – kroner som etterbetaling for overtid, ubekvemstillegg og ubetalte timer med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall den 28. i første måned etter opptjening til betaling skjer. Forsinkelsesrenten beregnes av 57,5 % av hovedstolen.
2. Recoveryakademiet AS betaler til C 12 % feriepenger av etterbetalingskravet i punkt 1.
3. Recoveryakademiet AS betaler til C
912 602 – nihundreogtolvtusensekshundreogto – kroner som etterbetaling av feriepenger opptjent fra og med 2012 til og med 2022, med tillegg av lovens forsinkelsesrente regnet fra 28. juni 2022 til betaling skjer. Forsinkelsesrenten beregnes av 57,5 % av hovedstol.
4. Recoveryakademiet AS skal erstatte C sakskostnadene med
210 479 – tohundreogtittusenfirehundreogsyttini – kroner.
5. Beløpene fastsatt i punktene 1 til 4 forfaller til betaling to uker etter forkynnelse av dommen.»

(17) RA anket til lagmannsretten. Anken gjaldt dommen i sin helhet og rettet seg mot tingrettens bevisvurdering og rettsanvendelse.

(18) Eidsivating lagmannsrett avsa 20. november 2023 dom med slik domsslutning:

«A:

1. Anken forkastes.
2. Recoveryakademiet AS dømmes til innen to uker fra forkynnelse av denne dom å erstatte As sakskostnader for lagmannsretten med 161 600 – etthundreogsekstientusensekshundre – kroner.

B:

1. I tingrettens domsslutning punkt 3 gjøres den endring at beløpet som skal etterbetales er 639 764 – sekshundreogtrettinitusensyvhundreogsekstifire – kroner.
2. For øvrig forkastes anken.
3. Recoveryakademiet AS dømmes til innen to uker fra forkynnelse av denne dom å erstatte Bs sakskostnader for lagmannsretten med 161 600 – etthundreogsekstientusensekshundre – kroner.

C:

1. I tingrettens domsslutning punkt 3 gjøres den endring at beløpet som skal etterbetales er 904 664 – nihundreogfiretusensekshundreogsekstifire – kroner.
2. For øvrig forkastes anken.
3. Recoveryakademiet AS dømmes til innen to uker fra forkynnelse av denne dom å erstatte Cs sakskostnader for lagmannsretten med 161 600 – etthundreogsekstientusensekshundre – kroner.»

- (19) RA har anket til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse.
- (20) Etter at anken ble tillatt fremmet, har RA endret enkelte anførsler.
- (21) For Høyesterett har Stendi AS erklært partshjelp til fordel for RA, og D med flere har erklært partshjelp til fordel for ankemotpartene; begge i henhold til tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav a.

Partenes syn på saken***Ankende parts syn***

- (22) Den ankende part – *Recoveryakademiet AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:

Kravene om betaling av overtidstillegg, tillegg for ubekvem arbeidstid og lønn for ubetalte timer

- (23) Kravet om etteroppgjør for overtidstillegg mv. er et krav om erstatning for økonomisk tap.
- (24) Ved brudd på arbeidsmiljøloven kan den som rammes, i alminnelighet kreve erstatning. Loven inneholder en rekke bestemmelser om det. Erstatningskravet er begrenset til det

økonomiske tapet, med mindre det finnes hjemmel for også å gi kompensasjon for ikke-økonomisk skade.

- (25) Det er ingen grunn til at oppgjør etter feilklassifisering av arbeidstaker som oppdragstaker ikke også skal skje etter de samme erstatningsrettslige prinsipper som gjelder ved andre feilklassifiseringer.
- (26) Etteroppgjøret må ta utgangspunkt i en hypotetisk arbeidsavtale; nærmere bestemt i den arbeidsavtalen som ville vært inngått dersom anke motpartene hadde vært riktig klassifisert. Den som reelt sett er arbeidstaker, skal ha lønn og andre ytelser fra arbeidsgiveren etter de samme prinsipper og regler som gjelder for bedriftens øvrige ansatte i tilsvarende stillinger eller roller.
- (27) Likebehandlingsprinsippet i arbeidsmiljøloven og det tariffrettslige ufravikelighetsprinsippet tilsier også at arbeidstakerens økonomiske tap danner rammen for etteroppgjøret ved feilklassifisering. I motsatt fall vil anke motpartene komme betydelig bedre ut enn andre ansatte som har utført tilsvarende arbeid.
- (28) Næringsinntekter som anke motpartene allerede har hatt gjennom honoraret for utført arbeid, må komme til fradrag i erstatningsoppgjøret. Deres krav på etteroppgjør utgjør etter dette differansen mellom – på den ene siden – den lønnen de ville hatt krav på etter den arbeidsavtalen som skulle vært inngått, og – på den andre siden – de næringsinntektene oppdragsavtalene har gitt dem.
- (29) Lagmannsretten tar uansett feil når den kommer til at etteroppgjøret må ta utgangspunkt i oppdragsavtalen tolket og utfylt med preseptorisk bakgrunnsrett. I alminnelighet er rettsvirkningen av lovstrid at en avtale er *delvis* ugyldig. I saken her må likevel virkningen av feilklassifiseringen være at oppdragsavtalene bortfaller som ugyldige *i sin helhet*. Man kan ved etteroppgjøret derfor ikke ta utgangspunkt i oppdragsavtalen, slik lagmannsretten gjør. Ugyldigheten leder til at oppgjøret må finne sted som et restitusjonsoppgjør.
- (30) Lagmannsrettens rettsanvendelse er også feil fordi den tillegger pønale og preventive hensyn avgjørende betydning. Det er heller ikke rettslig grunnlag for at etteroppgjøret kan ta ikke-økonomiske elementer og krav mot tredjeparter opp i seg.
- (31) Dommen må etter dette oppheves slik at lagmannsretten kan fastsette etteroppgjøret på grunnlag av riktig rettsanvendelse.

Kravene om etterbetaling av feriepenger

- (32) Arbeidsgivers brudd på plikten til å gi arbeidstaker ferietid og feriepenger etter ferieloven, utløser et krav om *erstatning*, jf. ferieloven § 14 første ledd. Erstatningen skal etter § 14 andre ledd omfatte det økonomiske tapet. Tapet må beregnes med utgangspunkt i den lønn og overtidsbetaling som anke motpartene ville hatt som arbeidstakere i RA.
- (33) Lagmannsrettens rettsanvendelse er etter dette feil når den ved bedømmelsen av feriepengekravet, i stedet for erstatningsbestemmelsen i § 14, tar utgangspunkt i ferieloven § 11 jf. § 7. Det er her tale om to separate og uavhengige rettigheter som hverken enkeltvis eller samlet er innrettet på oppgjør av feriepengekrav etter feilklassifisering.

- (34) Ferieloven § 10 knytter under enhver omstendighet feriepengene til det «arbeidsvederlag som er utbetalt i opptjeningsåret». Feriepenger kan etter dette ikke beregnes med utgangspunkt i de bruttohonorarene ankemotpartene har fakturert under oppdragsavtalene.
- (35) Feriepengekravet er dessuten delvis foreldet ettersom foreldelsesfristen etter foreldelsesloven § 3 nr. 1 løper fra den dag ankemotpartene «tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse». Krav på feriepenger kunne vært fremsatt 1. januar året etter ferieåret og foreldes derfor fortløpende 3 år senere.
- (36) Overføringsregelen i ferieloven § 7 nr. 3 og utbetalingsregelen i § 11 nr. 2 endrer ikke tidspunktet for når en arbeidstaker tidligst har rett til å kreve utbetaling av feriepenger. Når overføring av ferie finner sted, har kravet allerede forfalt, slik at fristen er begynt å løpe.
- (37) Man kan ikke av ferieloven utlede at foreldelse av krav på feriepenger skal behandles på annen måte enn foreldelse av lønnskrav. Konsekvensbetraktninger og rimelighetshensyn taler uansett for at et krav på feriepenger etter feilklassifisering foreldes suksessivt.
- (38) EØS-retten gir ikke støtte for noen annen konklusjon.
- (39) Lagmannsrettens uriktige rettsanvendelse i feriepengespørsmålet må føre til at dommen oppheves også på dette punktet.

Påstand

- (40) Recoveryakademiet AS har nedlagt denne påstanden:
- «1. Lagmannsrettens dom oppheves.
 2. Recoveryakademiet AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

Partshjelperen Stendis syn

- (41) Partshjelperen – *Stendi AS* – har sluttet seg til RAs syn om at feriepengekravet er foreldet. Det sentrale er at overføringsregelen i ferieloven § 7 nr. 3 ikke er en regel som setter både hovedreglene i ferieloven § 5 og foreldelsesloven § 3 nr. 1 til side. Spørsmålet er utelukkende når arbeidstakeren *tidligst* kan kreve å få oppfyllelse av kravet på feriepenger, jf. foreldelsesloven § 3 nr. 1. Lovens ordning om at ferie som ikke er avviklet, blir overført til neste år, og at retten til å få feriepengene utbetalt inntreer når overført ferie avvikles, utelukker ikke i seg selv at arbeidstakeren har rett til å kreve ferie og feriepenger i løpet av ferieåret. Overføringsreglene innebærer med andre ord en sekundær rettighet. Lagmannsretten tar derfor feil når den bygger på at tidspunktet for når foreldelsesfristens tar til å løpe, reguleres av overføringsreglene.
- (42) Det er ikke noen grunn til at feriepenger skal stå i en annen stilling enn lønnskrav. Feriepengenes funksjon er å sikre reell ferie ved at man skal ha penger til å kunne ta seg fri. Et slikt hensyn har bare gyldighet når det faktisk er tale om at feriepengene skal sikre feriefritid. Det er ikke tilfellet ved etteroppgjør etter langvarig feilklassifisering som her.

- (43) Stendi AS har ikke krevd sakskostnader.

Ankemotpartenes syn

- (44) Ankemotpartene – A, B og C – har i korte trekk gjort gjeldende:

Kravene om betaling av overtidstillegg, tillegg for ubekvem arbeidstid og lønn for ubetalte timer

- (45) Partene er enige om at ankemotpartene er arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven § 1-8. Arbeidsmiljølovens tvingende regler om arbeidstid og overtidsbetaling kommer dermed til anvendelse på arbeidsforholdet sammen med hva som måtte følge av bedriftens lønnsmatrise og tariffavtaler. Ankemotpartenes krav gjelder tilleggsbetaling av de ytelser som følger av dette, og som ikke dekkes av honoraret for faktisk utført arbeid.
- (46) Det er derfor riktig når lagmannsretten legger til grunn at etteroppgjøret må ta utgangspunkt i de avtaler som faktisk var inngått – her oppdragsavtalen – tolket og utfylt med preseptorisk bakgrunnsrett. Ankemotpartenes krav bygger nettopp på dette.
- (47) Både i lovgivning, rettspraksis og rettsteori er det generelle utgangspunktet at bestemmelser i et avtaleverk som er i strid med preseptorisk lovgivning, har som virkning at avtalen består, mens det lovstridige vilkåret erstattes med lovens regel; altså delvis ugyldighet. Tilfeller kan riktignok tenkes der løsningen må bli hel ugyldighet. Det er imidlertid ikke situasjonen i saken her.
- (48) Ettersom kravet gjelder vederlag for ytelser som det ikke er betalt for, skal det ikke gjøres fradrag for hva ankemotpartene tidligere har fått betalt gjennom honorarene under oppdragsavtalene. For å unngå dobbel betaling av overtidstillegg er det imidlertid gjort fradrag for beløp som RA under oppdragsavtalen har betalt av tillegg for arbeid på hellig- og høytidsdager.

Kravene om etterbetaling av feriepenger

- (49) Ingen deler av de omtvistede feriepengekravene er foreldet. Spørsmålet må løses med utgangspunkt i foreldelsesloven § 3 nr. 1, som sier at foreldelsesfristen regnes fra den dag da fordringshaveren «tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse».
- (50) Når ferie ikke er avviklet ved ferieårets utløp, skal ferien overføres til det påfølgende ferieåret, jf. ferieloven § 7 nr. 3. Feriepengene for den overførte delen utbetales først når ferien tas ut, jf. § 11 nr. 2. Ved opphør av arbeidsforhold skal alle opptjente feriepenger utbetales siste vanlige lønnsdag før fratreden, jf. § 11 nr. 3. Forfallstidspunktet for feriepenger ved opphør av arbeidsforhold er etter dette lovbestemt. Tidspunktet kan bare fravikes ved tariffavtale, jf. § 11 nr. 9. Noen slik avtale foreligger ikke i saken her.
- (51) Ferieloven § 14 om *erstatning* for økonomisk tap og velferdstap når arbeidsgiver har unnlatt å sørge for at arbeidstaker gis ferietid og feriepenger i samsvar med ferieloven,

begrenser ikke – men kommer i tillegg til – retten til å få utbetalt opparbeidet krav på feriepenger.

- (52) En løsning der et krav om utbetaling av feriepenger etter overføring av ferie, skulle bli foreldet vil under enhver omstendighet være i strid med EØS-retten.
- (53) De honorarene ankemotpartene har fått utbetalt under oppdragsavtalene, utgjør feriepengegrunnlaget. Arbeidsgiver har bevisbyrden for å påvise om noen del av honoraret ikke er arbeidsvederlag. Denne bevisbyrden er ikke oppfylt. Næringsinntekt er under enhver omstendighet uegnet som grunnlag for feriepenger.

Påstand

- (54) A, B og C har nedlagt disse påstandene:

«Ankemotpart 1, A:

1. Anken forkastes.
2. Recoveryakademiet AS dømmes til å betale sakskostnader for Høyesterett.

Ankemotpart 2, B:

1. Anken forkastes.
2. Recoveryakademiet AS dømmes til å betale sakskostnader for Høyesterett.

Ankemotpart 3, C:

1. Anken forkastes.
2. Recoveryakademiet AS dømmes til å betale sakskostnader for Høyesterett.»

Partshjelperne D med flere sine syn

- (55) Partshjelperne – *D med flere* – har sluttet seg til ankemotpartenes anførsler. De har spesielt fremhevet at selv om man skulle velge å se helt bort fra oppdragsavtalene som følge av feilklassifiseringen, ligger det i feilklassifiseringens natur at ankemotpartene har arbeidstakerstatus. Slik status gjør at det gjelder en arbeidsavtale mellom partene som må ha det innhold som følger av preseptorisk rett. Arbeidstakernes krav på naturaloppfyllelse – her det avtalte vederlaget – kan ikke transformeres til et erstatningskrav når disse har oppfylt sin del av arbeidsavtalene. Deres rett til feriepenger er uttømmende regulert i ferieloven.
- (56) D med flere har ikke krevd sakskostnader.

Mitt syn på saken

Problemstillingene

- (57) Saken gjelder to hovedspørsmål. Det ene er hvilke prinsipper som gjelder for etteroppgjør av tilleggskrav for arbeid utført av en arbeidstaker som har vært feilklassifisert som oppdragstaker – her krav på betaling for ubetalt overtid, ubetalte timer og ulempe tillegg. Det andre er om utbetalt honorar under oppdragsavtalen kan tjene som grunnlag for feriepenger, og om slike krav foreldes.

Noen generelle arbeidsrettslige utgangspunkter

- (58) Arbeidsmiljøloven § 1-8 bestemmer hvem som er arbeidstaker. Slik bestemmelsen lyder i dag, etter en endring i 2024, fremgår det at «enhver som utfører arbeid for og underordnet en annen», er arbeidstaker.
- (59) Etter arbeidsmiljøloven § 2-1 har arbeidsgiver en lovfestet plikt til å foreta riktig klassifisering av arbeidet som utføres, jf. HR-2019-1914-A *Avlaster III* avsnitt 35.
- (60) Ettersom loven er preseptorisk, er det ikke avgjørende hva arbeidstakeren er betegnet som i avtalen, jf. HR-2016-1366-A *Avlaster II* avsnitt 56 med videre henvisninger. Ved tvil vil klassifiseringen bygge på en skjønnsmessig helhetsvurdering av en rekke momenter, jf. blant annet *Avlaster II*-dommen avsnitt 60 og den någjeldende § 1-8 i arbeidsmiljøloven. Etter § 1-8 skal det legges til grunn at det foreligger et arbeidsforhold med mindre oppdragsgiver gjør det overveiende sannsynlig at det foreligger et selvstendig oppdragsforhold.
- (61) Status som arbeidstaker medfører at arbeidsmiljøloven kapittel 10 om arbeidstid gjelder for utført arbeid, med mindre annet er avtalt i tariffavtale, jf. § 10-12 fjerde ledd, eller bestemt i forskrift i medhold av § 1-4 fjerde ledd eller § 10-12 åttende ledd om forskrift om arbeidstid.
- (62) Av § 10-4 første ledd følger at den alminnelige arbeidstid ikke må overstige 9 timer i løpet av 24 timer. For overtidsarbeid skal det betales et tillegg på «minst 40 prosent» til den lønn arbeidstakeren har for tilsvarende arbeid i den alminnelige arbeidstiden, jf. § 10-6 ellefte ledd.
- (63) Arbeidsmiljøloven inneholder ingen bestemmelser som *direkte* regulerer det økonomiske oppgjøret etter feilklassifisering av en arbeidstaker som oppdragstaker. Det finnes heller ingen høyesterettsdommer som sier noe direkte om det økonomiske oppgjøret etter feilklassifisering.
- (64) Jeg ser først på prinsippene for etteroppgjør av tilleggskrav for arbeid utført av arbeidstaker som har vært feilklassifisert som oppdragstaker.

Prinsippene for etteroppgjør av tilleggskrav som følge av feilklassifisering

Hva saken her gjelder, og hva den ikke gjelder

- (65) Det er enighet om at ankemotpartene har vært feilklassifisert, og at deres rettigheter ved et etteroppgjør følgelig må baseres på at de reelt sett har vært *arbeidstakere* i arbeidsmiljølovens forstand.
- (66) Den største delen av ankemotpartenes krav gjelder betaling av *overtidstillegg* for det arbeid de faktisk har utført i egenskap av å være arbeidstakere.
- (67) Kravet gjelder også betaling av lønn for faktisk utførte, men *ubetalte timer* under døgnvakt. Etter oppdragsavtalen fakturerte ankemotpartene 16,67 timer per døgnvakt. De fikk dermed ikke betaling for 7,33 arbeidstimer per døgnvakt. Konsekvensen av dette kan illustreres med hvordan antall fakturerte, faktiske og ubetalte timer fordelte seg for eksempelvis A i 2018:

| Fakturerte timer | Faktiske timer | Ubetalte timer |
|------------------|----------------|----------------|
| 2 912 | 4 139 | 1 227 |

- (68) I utgangspunktet gjelder saken dessuten et krav om tillegg for *ubekvem arbeidstid*. Men ankemotpartene mener at overtidstillegget de gjør krav på, mer eller mindre vil kompensere for slik ulempe. De har derfor ikke fremmet et eget krav om å få dette dekket gjennom et særskilt beløp.
- (69) Kravet om betaling av overtidstillegg og lønn for ubetalte timer er på grunn av foreldelsesregler tidsmessig avgrenset. De samlede beløpene som kreves, fordeler seg slik:

| | | |
|---|----------------------------------|--------------|
| A | 1. juni 2017–30. november 2019 | kr 1 443 853 |
| B | 1. april 2019–30. september 2021 | kr 1 298 459 |
| C | 1. april 2019–31. mai 2022 | kr 2 038 711 |

- (70) Overtidstillegget knytter seg til alle timer ankemotpartene faktisk har arbeidet ut over normal arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-4 fjerde ledd; det vil si arbeid ut over lovens grense på 9 timer i løpet av 24 timer. For å unngå dobbel betaling er det gjort fradrag for hva RA under oppdragsavtalen har betalt av tillegg for arbeid på hellig- og høytidsdager. Partene i saken her er enige om at ved selve beregningen skal satsene i tariffavtalen benyttes, forutsatt at det prinsippet arbeidstakerne legger til grunn, er riktig.
- (71) Lagmannsrettens dom bygger på ankemotpartenes beregning av etteroppgjør. Dersom tilnærmingen er riktig, kan Høyesterett som følge av partenes enighet om timetallene og overtidssatsene legge ankemotpartenes beregning av tilleggskravet uprøvd til grunn. Jeg forstår det slik at dette også omfatter grunnlaget for at det ytes betaling for utførte, men ubetalte timer under døgnvakt. RA har ikke fremsatt anførsler om noe annet. Men selskapet mener lagmannsrettens tilnærming for beregning av tilleggskravene bygger på feil rettsanvendelse og at dommen derfor må oppheves. Lagmannsretten må deretter foreta et etteroppgjør med utgangspunkt i den arbeidsavtalen som mest sannsynlig ville vært inngått dersom ankemotpartene hadde vært riktig klassifisert som arbeidstakere i RA. I dette inngår at det må gjøres fradrag for de næringsinntektene som honorarene har gitt dem.

- (72) RA har understreket at uenigheten gjelder de *prinsipper* som skal legges til grunn ved vurderingen av hvilke krav ankemotpartene har mot selskapet som følge av feilklassifisering. Det er under henvisning til lagmannsrettens drøftelse og konklusjon, i skranken presisert at Høyesterett *ikke* skal ta stilling til hvilken arbeidstidsordning overtidskravet skal beregnes ut fra, eller om ubetalte timer skal betales. For ordens skyld understreker jeg at hverken de fremsatte kravene eller lagmannsrettens dom gjelder noe annet enn de *tilleggskrav* ankemotpartene mener å ha som følge av at de har vært feilklassifisert.

Rettsanvendelsen ved etteroppgjør av tilleggskrav som følge av feilklassifisering

- (73) RA gjør gjeldende at en feilklassifisert arbeidstaker i et etteroppgjør har krav på å få sitt økonomiske tap erstattet. Som allerede nevnt, hevdes det at det som skal erstattes, er differansen mellom de lønnsytelser arbeidstakeren mest sannsynlig ville ha mottatt om han eller hun hadde vært riktig klassifisert som arbeidstaker, og de næringsinntektene arbeidstakeren faktisk har hatt i samme periode.
- (74) Selskapet har til støtte for sitt synspunkt vist til flere bestemmelser i arbeidsmiljøloven hvor lovbrudd utløser krav på erstatning. Blant annet er §§ 2A-5, 13-9, 14-4 b, 14-11 og 15-12 trukket frem. RA mener det ikke er grunn til at oppgjør etter feilklassifisering av en arbeidstaker som oppdragstaker skal komme i noen annen stilling.
- (75) Jeg er ikke enig i dette.
- (76) Som jeg har pekt på tidligere, finnes det ikke lovregler som *direkte* regulerer oppgjør etter feilklassifisering av en arbeidstaker som oppdragstaker. Spørsmålet er heller ikke *direkte* behandlet i rettspraksis. Dommer som Rt-2013-354 *Avlaster I*, HR-2016-1366-A *Avlaster II* og HR-2019-1914-A *Avlaster III* bygger imidlertid på at den som er feilklassifisert som oppdragstaker, skal gis status som arbeidstaker. Arbeidstakerstatus innebærer at arbeidsmiljølovens tvingende regler skal anvendes på det arbeidet som arbeidstakeren har utført.
- (77) Arbeid som en feilklassifisert arbeidstaker har utført, må derfor i et etteroppgjør vurderes ut fra reglene om arbeidstid og overtidsbetaling i arbeidsmiljøloven §§ 10-4 og 10-6. I mangel av avtale som er forenlig med arbeidsmiljølovens tvingende bestemmelser, betyr dette at utført arbeid som overstiger lovens normalarbeidstid, skal klassifiseres som overtidsarbeid.
- (78) RAs henvisninger til bestemmelser i arbeidsmiljøloven om erstatning ved brudd på loven, gir ikke grunnlag for noe annet prinsipp. En av disse bestemmelsene – § 14-11 om virkninger av brudd på reglene om fast og midlertidig ansettelse – er egnet til å illustrere dette. Etter andre ledd – som viser til arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd – kan en arbeidstaker ved brudd på disse reglene kreve erstatning som «fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig». Dette vil typisk kunne gjelde der arbeidstakeren skulle vært fast og ikke midlertid ansatt og som følge av bruddet har tapt muligheten til å arbeide. Dette erstatningsprinsippet har imidlertid ikke overføringsverdi til hvordan arbeid

utført av en arbeidstaker som har vært feilklassifisert som oppdragstaker, skal kompenseres.

- (79) Utgangspunktet må være at riktig klassifisering som arbeidstaker kan gi grunnlag for tilleggskrav basert på arbeidsmiljøloven. Dette utgangspunktet må imidlertid modifieres dersom det som allerede er betalt, helt eller delvis kompenseres for de kravene som er fremsatt. Det må da gjøres et fradrag slik at overkompensasjon unngås. Dette vil måtte bero på en konkret vurdering i den enkelte sak. Bevisbyrden for overkompensasjon må i så fall ligge hos arbeidsgiveren. Jeg kan etter dette vanskelig se at det finnes grunnlag for RAs erstatningsrettslige tilnærming til tilleggskravene.
- (80) RA har imidlertid med styrke anført at lagmannsrettens rettsanvendelse likevel er feil ettersom den har bygget på at «det ved etterberegningen skal tas utgangspunkt i de avtaler som faktisk var inngått (her oppdragsavtalene) tolket og utfylt med preseptorisk bakgrunnsrett». Synspunktet er, slik jeg forstår det, at selskapet mener feilklassifiseringen medfører at oppdragsavtalen bortfaller som ugyldig i sin helhet, og at det ved etteroppgjøret derfor *ikke* kan tas utgangspunkt i avtalen, slik lagmannsretten skriver at den gjør. RA har i den forbindelse blant annet vist til HR-2023-2167-A *Jordleie* avsnitt 51. Der åpnes det ved konflikt mellom en eller flere bestemmelser i avtalen og preseptorisk rett for hel ugyldighet dersom utgangspunktet om at avtalen består, fører til et forrykket balanseforhold mellom partene. Selskapet gjør gjeldende at feilklassifiseringen i saken her medfører at oppdragsavtalen i sin helhet er ugyldig. I samsvar med tradisjonell lære må det ved et etteroppgjør da foretas et *restitusjonsoppgjør*. Det er her vist til Marianne Mathilde Rødvei Aagaard, *Restitusjon. Om virkninger av formuerettslig ugyldighet*, 2019 side 291–292. Der gis det uttrykk for at en løftegiver som påberoper ugyldighet og krever erstatning, vil måtte akseptere at avtalens ytelser skal tilbakeføres. Det er følgelig, igjen slik jeg forstår det, denne tilbakeføringsplikten som ligger til grunn for RAs anførsel om at det i etteroppgjøret må gjøres fradrag for de næringsinntektene som ankemotpartene har hatt.
- (81) Etter mitt syn har lagmannsretten med uttalelsen om at det ved etterberegningen skal tas utgangspunkt «i de avtaler som faktisk var inngått (her oppdragsavtalene)», villet få frem at etteroppgjøret av tilleggskrav etter feilklassifisering skal bygge på det *faktiske* avtaleforholdet etter en tillemping av preseptorisk rett, og *ikke* på hva ankemotpartene *sannsynligvis* ville ha avtalt dersom de hadde blitt ansatt som arbeidstakere. Denne tilnærmingen er jeg enig i.
- (82) Jeg har vanskelig for å se hvordan et krav om betaling av *tillegg* for det arbeid ankemotpartene har utført som arbeidstakere, skal kunne føre til at etteroppgjøret som følge av feilklassifiseringen skal måtte gjennomføres som et fullstendig *restitusjonsoppgjør*. RA bygger her på at de næringsinntektene ankemotpartene har hatt under oppdragsavtalen, må tilbakeføres gjennom et fradrag i den inntekten de ville hatt krav på etter en hypotetisk avtale som arbeidstakere.
- (83) RAs introduksjon av en hypotetisk avtale som utgangspunkt for kravsberegningen har etter mitt syn ingen plass ved oppgjør av *tilleggskrav* for utført arbeid i en situasjon som her. Spørsmål om *fradrag* for hva ankemotpartene har hatt som næringsinntekt, oppstår derfor ikke såfremt tillegget som kreves, ikke kompenseres for noe som allerede er betalt.
- (84) Det er her viktig å minne om at hverken de kravene som er fremsatt, eller lagmannsrettens konkrete beregning av tilleggene tar utgangspunkt i oppdragsavtalens satser. Kravene er i

stedet beregnet med utgangspunkt i RAs lønnsmatrise og lønnsnivået i inngåtte tariffavtaler.

- (85) Etter dette synes det mest nærliggende å forstå uttalelsen om betydningen av de avtaler som faktisk var inngått, ut fra at det for de tidligere instanser var omtvistet hva som skulle være utgangspunktet for beregning av overtidskravet. I dette lå også spørsmålet om medlevertturnus 60 kunne komme til anvendelse på ankemotpartenes krav på overtid. Lagmannsretten avviste dette av to grunner:
- (86) Den ene grunnen var at oppdragsavtalen ikke inneholder noen bestemmelser om arbeidstids- eller medlevertordning. Jeg viser her til at det i dommen heter at «når det gjelder faktum, presiseres først at det i denne saken er uomtvistet at det verken var inngått skriftlig eller muntlig avtale om medlevertturnus, ei heller forelå samtykke til å arbeide 60 timer i uken».
- (87) Den andre grunnen var at lagmannsretten fant det bevist at den faktisk gjennomførte arbeidstidsordningen ikke oppfylte kravene til medlevertturnus 60.
- (88) Etter min oppfatning har lagmannsretten bygget på at når noe *ikke* er avtalt innenfor arbeidsmiljølovens arbeidstidsregler «i de avtaler som faktisk var inngått», må det som følger av preseptorisk lov, legges til grunn for et etteroppgjør som i saken her. Dette vil i et hvert fall gjelde når det ikke en gang er *praktisert* arbeidstidsordninger i samsvar med lov og forskrift, slik som medlevertturnus 60. Dette er jeg enig i.

Spørsmålet om betydningen av arbeidsmiljølovens likhetsgrunnsetning og begrensninger i lovlig arbeidstid

- (89) RA har avslutningsvis gjort gjeldende at likhetsgrunnsetningen i arbeidsmiljøloven og ufravikelighetsprinsippet i tariffretten er til hinder for en rettsanvendelse der ankemotpartene ved oppgjør etter feilklassifisering blir sittende igjen med lønnsytelser som samlet overstiger lønnsnivået for andre arbeidstakere i selskapet.
- (90) Jeg deler ikke dette synet. Det er tale om betaling av tillegg for faktisk utført arbeid slik ankemotpartene korrekt skal klassifiseres. Størrelsen på de samlede utbetalingene skyldes arbeidets omfang. Det er derfor misvisende å karakterisere dette som et avvik fra *lønnsnivået* i selskapet. Etteroppgjøret for ubetalte timer gjelder lønn for arbeid som ikke tidligere er betalt. Kravet bygger på tariffavtalens satser. Etteroppgjøret for overtidstillegg er basert på lovens preseptoriske arbeidstidsbestemmelser, og det er som nevnt ikke grunnlag for å gjøre ytterligere fradrag basert på tidligere utbetalt næringsinntekt i saken her.
- (91) Det kan i forlengelsen av dette heller ikke ha betydning at det totale antall timer som honoreres, vesentlig overstiger antall lovlige arbeidstimer etter arbeidsmiljøloven. Dersom det skulle være slik at en arbeidstaker som har vært uriktig klassifisert, ikke har rett til betaling for utført arbeid som overstiger lovens grenser, vil arbeidsgiveren tjene på feilen på arbeidstakerens bekostning. En slik løsning lar seg vanskelig begrunne; heller ikke med tanke på å skulle hindre ulovlige arbeidsavtaler. Jeg viser her til Paal Berg, *Arbeidsrett*, 1930 side 54 der det heter:

«Om nu arbeidstageren har opfylt den mot Arbeidervernloven stridende avtale, så kan arbeidet ikke gjøres om igjen. Han har gjort det som loven, av omsyn for ham selv, har villet hindre. Den ting lar sig ikke rette på, og kan ikke bli ugjort. Skulde så arbeidstageren dessuten miste kravet på vederlaget, vilde han være verre faren enn om vi ikke hadde hatt det lovbud, hvis formål var å verne om hans interesser.»

Konklusjon

- (92) Ved feilklassifisering av arbeidstaker som oppdragstaker skal arbeidsmiljølovens preseptoriske regler legges til grunn for beregningen av eventuelle tillegg arbeidstakeren måtte ha krav på så langt ikke annet er gyldig avtalt. Utgangspunktet må være at riktig klassifisering som arbeidstaker kan gi grunnlag for tilleggskrav basert på arbeidsmiljøloven. Dersom det som allerede er betalt, helt eller delvis kompenserer for de kravene som er fremsatt, må det gjøres fradrag for å unngå overkompensasjon. Slike fradrag vil måtte bero på en konkret vurdering i den enkelte sak. Bevisbyrden for overkompensasjon ligger hos arbeidsgiveren.
- (93) Lagmannsrettens rettsanvendelse ligger innenfor rammene av preseptorisk lov og de prinsippene for oppgjør etter feilklassifisering av arbeidstaker som oppdragstaker som jeg har redegjort for. Det er da ikke grunn for meg til å gå inn på lagmannsrettens uttalelser om hvilken betydning pønale og preventive hensyn har for prinsippene for etteroppgjøret. Det samme gjelder uttalelsene om at deler av honoraret kan anses som økonomisk kompensasjon for at ankemotpartene som feilklassifiserte var uten arbeidstakerrettigheter.
- (94) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsrettens rettsanvendelse ved fastsettelsen av ankemotpartenes tilleggskrav er riktig. RAs anke kan etter mitt syn derfor ikke føre frem på dette punktet.

Kravene om etterbetaling av feriepenger

Noen generelle utgangspunkter

- (95) Ferielovens formål er å sikre at arbeidstakere årlig får feriefritid og feriepenger, jf. § 1.
- (96) Retten til feriepenger opptjenes i løpet av det såkalte opptjeningsåret, som er året forut for ferieåret, jf. lovens § 4.
- (97) Når ferie i strid med lovens regler ikke er avvirket ved ferieårets utløp, skal ferien overføres til det påfølgende ferieåret, jf. ferieloven § 7 nr. 3 andre ledd. Feriepengene for den overførte delen utbetales når ferien tas ut, jf. § 11 nr. 2. Ved opphør av arbeidsforhold skal alle opptjente feriepenger utbetales siste vanlige lønningsdag før fratreden, jf. § 11 nr. 3.

Hva saken gjelder

- (98) Tingretten har i de respektive domslutningene punkt 2 gitt dom for at RA skal betale feriepenger med 12 prosent av etterbetalingskravet for tillegg. Lagmannsretten har sluttet seg til dette, og anken til Høyesterett retter seg ikke mot dette spørsmålet.

(99) Ankemotpartenes krav om feriepenger ut over dette fordeler seg slik i tid og beløp:

| | | |
|---|-----------|------------|
| A | 2008–2019 | kr 643 516 |
| B | 2012–2021 | kr 639 764 |
| C | 2012–2022 | kr 904 664 |

(100) Kravene bygger på at feriepengegrunnlaget er hva ankemotpartene samlet har fakturert av honorarer under oppdragsavtalene i de angitte periodene. Satsen er 10,2 prosent for årene til og med 2016, og 12 prosent for de senere årene.

(101) Partene er uenige om hva som etter feilklassifiseringen utgjør feriepengegrunnlaget og om deler av kravene er foreldet.

Forholdet mellom ferieloven § 11 nr. 2 jf. § 7 nr. 3 og § 14

(102) RA gjør gjeldende at det ved oppgjør av feriepenger etter feilklassifisering av arbeidstaker som oppdragstaker er feil å ta utgangspunkt i ferieloven § 11 jf. § 7. Bestemmelsene er ikke innrettet på oppgjør av et akkumulert feriepengekrav i en slik situasjon. Kravet må derfor løses med utgangspunkt i § 14 om erstatning.

(103) Jeg er ikke enig i dette. Ferieloven § 11 nr. 2 jf. § 7 nr. 3 setter ingen begrensninger for akkumulering av feriepenger når ferie blir overført over flere år, jf. Ot.prp. nr. 65 (2007–2008) side 19, der det i en merknad til § 7 nr. 3 heter:

«Bestemmelsen inneholder ingen begrensning for videre overføring fra et år til neste. Det kan således overføres ikke avvirket ferie over flere år. For de tilfeller arbeidsforholdet opphører skal imidlertid alle opptjente feriepenger utbetales siste lønnsdag før fratreden, jf. § 11 nr. 3. ...»

(104) Hovedregelen etter norsk rett er at kreditor etter en kontrakt har krav på, og kan få dom for, naturaloppfyllelse. For så vidt gjelder krav på penger, er dette en unntaksfri regel, jf. HR-2018-111-A *ReeM* avsnitt 60 med henvisning til rettsteori.

(105) Ankemotpartene er i egenskap av arbeidstakere i RA kreditorer for pengekrav som springer ut av ferieloven § 10. Kravet på naturaloppfyllelse begrenses ikke av ferieloven § 14 om retten til erstatning som følge av brudd på ferieloven. Feriepengekravet lever etter dette side om side med et eventuelt erstatningskrav. Poster i et slikt erstatningsoppgjør kan være økonomisk skade som følge av at ferie ikke har kunnet bli avvirket, slik som tapte utlegg ved forhåndsbetalt ferie, avbestillingsgebyrer, merutgifter ved å måtte avvikle ferie på et annet tidspunkt etc. Bestemmelsen gir også uttrykkelig hjemmel for «en rimelig erstatning for velferdstap» – altså erstatning for ikke-økonomisk skade.

(106) Ferieloven § 14 om *erstatning* når arbeidsgiver har unnlatt å sørge for at arbeidstaker gis ferietid og feriepenger i samsvar med ferieloven, begrenser etter dette ikke retten til å få opparbeidede feriepenger utbetalt.

Hva er feriepengegrunnlaget ved feilklassifisering av en oppdragstaker?

(107) Ferieloven § 10 nr. 1 første ledd lyder:

«Feriepenger fra arbeidsgiver beregnes på grunnlag av arbeidsvederlag som er utbetalt i opptjeningsåret. Som arbeidsvederlag regnes ikke utbetalinger som gjelder dekning av utgifter til bilhold, kost, losji o l.»

(108) RA gjør gjeldende at de honorarene som anke motpartene har mottatt under oppdragsavtalene, ikke er «arbeidsvederlag» i lovens forstand. De samlede honorarene utgjør omsetningen til enkeltpersonforetakene. Hvis disse skal gi grunnlag for opptjening av feriepenger, vil resultatet bli, hevdes det, at det beregnes feriepenger av kostnader som anke motpartene i henhold til sine næringsoppgaver i stor utstrekning har utgiftsført.

(109) I Ot.prp. nr. 54 (1986–1987) side 148 er følgende uttalt om begrepet «arbeidsvederlag»:

«Dette uttrykket tilsvare uttrykket ‘arbeidsfortjeneste’, som brukes i gjeldende lov. Som arbeidsvederlag regnes alle former for *pengeytelser* som kan sies å være opptjent ved arbeid. Disse inngår i feriepengegrunnlaget med de unntak som fremgår av annet ledd.»

(110) Hva som er «arbeidsvederlag» er også omtalt i proposisjonen på side 163:

«Det er bare pengeytelser i form av *vederlag for arbeid* som inngår i feriepengegrunnlaget. Dette innebærer at en del utbetalinger fra arbeidsgiver skal holdes utenfor. Ytelser som skal kompensere *utgifter* som pådras i tjenesten, er ikke vederlag for arbeid og skal således ikke medregnes. Ytelser som f eks diettgodtgjøring, bilgodtgjøring, reisegodtgjøring og verktøygodtgjøring vil derfor falle utenfor beregningsgrunnlaget.»

(111) Det kan etter dette ikke være tvilsomt at den form partene hadde valgt, ikke kan være til hinder for at honoraret i oppdragsavtalene må regnes som «arbeidsvederlag» i ferielovens forstand. I lys av at anke motpartene reelt sett skal bedømmes som arbeidstakere, vil noe annet være fremmed.

(112) Oppdragsavtalenes bestemmelse om at anke motpartene selv skulle svare for «lønn, skatter, avgifter, forsikringer, arbeids- og oppholdstillatelse, trygdeordninger, syke- og feriepenger og andre sosiale goder for seg», kan imidlertid reise spørsmål om honoraret inneholdt «ytelser som skal kompensere for utgifter som pådras i tjenesten» i forarbeidenes forstand, og som derfor ikke kan regnes med i feriepengegrunnlaget.

(113) Svaret på dette må bero på en konkret vurdering. I saken her er det ikke tilstrekkelige holdepunkter for å gjøre fradrag i det utbetalte vederlaget. Det er flere grunner til det:

(114) For det første skal det etter § 10 nr. 1 tredje ledd fremgå av en sammenstilling som sendes arbeidstaker etter skatteforvaltningsforskriften § 7-12-2 andre ledd, hva som er feriepengegrunnlaget. Bestemmelsen er et uttrykk for arbeidsgivers plikt til å sikre notoritet og skape klarhet i hva som er arbeidsvederlag – lønn – og hva som er ytelser til dekning av utgifter. Ettersom man har gått ut fra en oppdragsavtale, finnes ingen slik sammenstilling. Men det er heller ingen momenter i saken som gir grunnlag for å

dekomponere honorarsatsen og identifisere eventuelle ytelser for utgifter som kan komme i fradrag.

- (115) For det andre vil slik dekomponering være praktisk vanskelig og skape usikkerhet. Avgjørelsen i Rt-1980-1703 *Periscopus*, som også gjaldt beregningsgrunnlaget for feriepenger, viser at slike utfordringer vil kunne være styrende for hvilken løsning som må velges. Spørsmålet i den saken var om beregningen skulle foretas med utgangspunkt i en total eller avkortet provisjonsinntekt. Førstvoterendes uttalelse på side 1708 illustrerer et generelt poeng av relevans også for saken her:

«Et vesentlig moment ved vurderingen av saken har vært å komme frem til en løsning som er praktisk. En oppdeling av beregningsgrunnlaget som subsidiært hevdet av *Periscopus A/S*, vil reise en rekke meget vanskelige avgrensingsproblemer.»

- (116) Jeg forstår RAs anførsler for Høyesterett slik at disse utfordringene anerkjennes, og at man ved feilklassifisering av arbeidstaker som oppdragstaker derfor subsidiært mener at ankemotpartenes *næringsinntekter* må utgjøre «arbeidsvederlaget» i ferielovens forstand. RA gjorde også dette gjeldende for lagmannsretten, som uttalte følgende om anførselen:

«En slik løsning vil være uten forankring i lovens ordlyd. Videre trenger ikke utgiftene de feilklassifiserte har hatt overfor tredjeparter og regnskapsført å ha noen sammenheng med vederlaget ankemotpartene har fått for arbeidet. Løsningen vil dermed innebære at feriepengegrunnlaget påvirkes av tilfeldigheter uten sammenheng med arbeidsforholdet. En regel som forutsetter bevisførsel om utgiftspostene, med en påfølgende vurdering av om det er rimelig at utgiftsposten hensyntas, fremstår også prosessdrivende og lite hensiktsmessig. Næringsinntekt er heller ikke et anvendbart alternativ for feilklassifiserte som har benyttet en annen organisasjonsform enn enkelpersonforetak, uten at organisasjonsformen tilsier at ellers like tilfeller bør behandles ulikt. Lagmannsretten finner det videre sannsynlig at en regel om at næringsinntekten skal utgjøre feriepengegrunnlaget i feilklassifiseringssaker vil skape uklarhet, være prosessdrivende og kunne lede til tilfeldige, lite rimelige og usikre resultater.»

- (117) Jeg finner lagmannsrettens syn overbevisende og er, som den, kommet til at feriepengene skal beregnes på grunnlag av de honorarer ankemotpartene har mottatt.

Er noen del av kravet foreldet?

- (118) Ferieåret følger kalenderåret, jf. ferieloven § 4. Det følger av sammenhengen mellom 5 og § 11 at ferie skal være avholdt og feriepengene utbetalt i løpet av ferieåret, det vil si per 31. desember. RA gjør gjeldende at kravet på feriepenger derfor forfaller per 1. januar året etter ferieåret. Dette er dermed tidspunktet da arbeidstakeren «tidligst» har rett til å kreve oppfyllelse, jf. foreldelsesloven § 3 nr. 1. Foreldelsesfristen for opparbeidet krav på feriepenger foreldes med andre ord, hevdes det, løpende 3 år etter 1. januar året etter ferieåret.
- (119) Jeg er ikke enig i at foreldelsesloven § 3 nr. 1 jf. ferieloven § 11 nr. 3 kan forstås slik. Foreldelsesloven § 3 nr. 1 bestemmer at foreldelsesfristen regnes fra «den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve oppfyllelse». I ferieloven § 11 nr. 3 første ledd første punktum heter det:

«Opphører arbeidsforholdet, skal alle opptjente feriepenger utbetales siste vanlige lønningsdag før fratreden.»

- (120) Der arbeidsforholdet opphører – slik som i saken her – angir altså loven at feriepenege skal *utbetales* siste vanlige lønningsdag før fratreden. Spørsmålet er om det som her er angitt som utbetalingstidspunktet for akkumulerte – «alle opptjente» – feriepenger, også er det tidspunktet da arbeidstakeren *tidligst* kunne ha krevd feriepenger utbetalt. I så fall må dette bli avgjørende for fristutgangspunktet etter foreldelsesloven § 3 nr. 1.
- (121) I forarbeidene til ferieloven, Ot.prp. nr. 54 (1986–1987), heter det på side 169:
- «Hovedregelen om at feriepenege skal utbetales siste vanlige lønningsdag før ferien, har flere funksjoner. For det første er dette en regel om *forfallstidspunkt*, dvs en regel om *det tidligste tidspunktet* arbeidstakeren kan kreve å få feriepenege utbetalt. For det annet tar regelen sikte på å hindre at arbeidstakeren får utbetalt feriepenege for tidlig og forbruker dem før ferien.» (mine kursiveringer)
- (122) Lovgiver har med dette angitt at utbetalingstidspunktet også er forfallstidspunktet; forfallstidspunktet er altså *lovbestemt*. Tidspunktet kan bare fravikes ved tariffavtale, jf. § 11 nr. 9.
- (123) Selv om forarbeidsuttalelsen direkte knytter seg til hva som er forfallstidspunktet i forbindelse med uttak av ferie, er det ingen grunn til at den ikke også har gyldighet for de andre begivenhetene der utbetalingstidspunktet er regulert i loven. Følgelig vil siste vanlige lønningsdag før fratreden også være *forfallstidspunktet* for opptjente feriepenger. Dette vil nødvendigvis måtte omfatte feriepenger som er opptjent og overført til et senere ferieår etter § 7 nr. 3 andre ledd jf. forutsetningsvis § 11 nr. 2.
- (124) Som sitatet fra lovforarbeidene viser, har lovgiver dernest slått fast at det lovbestemte forfallstidspunktet er det tidspunkt da arbeidstakeren *tidligst* kan kreve å få feriepenege utbetalt. Begrepsbruken tilsier at proposisjonen her må tas på ordet. Uttalelsen er derfor også avgjørende for hva som er forfallstidspunktet etter foreldelsesloven § 3 nr. 1 – det vil si den dag da fordringshaveren «tidligst» kan kreve å få oppfyllelse.
- (125) Med utgangspunkt i lovteksten og ferielovens forarbeider, er det altså vanskelig å se at 1. januar året etter ferieåret etter loven er forfallstidspunktet for kravet på feriepenger. Det bør også ha en viss vekt at ferieloven som system bygger på et samtidighetsprinsipp – altså at feriepenger *enten* utbetales ved uttak av ferie *eller* ved opphør av arbeidsforholdet. Man kan i lys av dette neppe innfortolke et annet og universelt forfallstidspunkt, enten det er 1. januar året etter ferieåret eller 28. juni hvert år, som RA praktiserer.
- (126) Det kan i utgangspunktet likevel reises spørsmål om denne tolkningen er forenlig med hva som ellers gjelder for foreldelse av betingede krav der kreditor har herredømmet over når betingelsen inntrer, og arbeidsgiver kommer i mislighold når kravet på årlig ferie ikke imøtekommes. Det kan dessuten spørres om det ved etteroppgjør grunnet feilklassifisering av arbeidstaker som oppdragstaker over et slikt tidsrom som i saken her, bør gå en grense for hvor lenge et krav på feriepenger kan akkumuleres. Situasjonen i seg selv gir jo grunn til å stille spørsmål om det overhodet kan ses hen til et samtidighetsprinsipp.
- (127) Spørsmålet om det bør gå en grense, vil i tilfelle være en lovgiveroppgave. Jeg finner imidlertid ikke grunn til å gå inn på noen av de nevnte problemstillingene. Dette skyldes at

EØS-retten er, slik jeg forstår den, til hinder for at krav på feriepenger er gjenstand for foreldelse i en situasjon der manglende uttak av ferie, og dermed også feriepenger, skyldes arbeidsgiveren.

- (128) Det følger av europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF – arbeidstidsdirektivet – artikkel 7 nr. 1 at medlemsstatene plikter å sikre at alle arbeidstakere får en årlig betalt ferie på minst fire uker. Det følger videre av artikkel 7 nr. 2 at retten til årlig betalt ferie ikke kan konverteres til økonomisk kompensasjon utenom i de tilfeller der arbeidsforholdet avsluttes. Direktivet er en del av EØS-avtalen og er gjennomført i norsk rett.
- (129) Arbeidstidsdirektivet regulerer ikke uttrykkelig foreldelse av retten til årlig betalt ferie. Av EU-domstolens praksis følger imidlertid at artikkel 7 ikke er til hinder for nasjonal lovgivning som innebærer «at retten hertil fortabes ved utløbet af reference- eller overførselsperioden», jf. EU-domstolens dom 20. januar 2009 i de forente saker C-350/06 og C-520/06 *Schultz-Hoff med flere* avsnitt 43. Men av avsnittet følger at dette bare gjelder under forutsetning av at arbeidstakeren «faktisk har haft mulighed for at gøre brug af den ret hertil, som tilkommer ham efter direktivet».
- (130) Etter mitt syn har en arbeidstaker som er feilklassifisert som oppdragstaker ikke hatt mulighet til å gjøre sine rettigheter etter ferieloven gjeldende. Situasjonen rammes med andre ord av forbeholdet i Schultz-Hoff-dommen. Jeg minner her om at arbeidsgiveren etter HR-2019-1914-A *Avlaster III* avsnitt 35 har «den lovfesta plikta til korrekt å klassifisere dei som utfører arbeid for ein etter arbeidsmiljølova § 2-1».
- (131) EU-domstolens dom 29. november 2017 i sak C-214/16 *King* støtter opp under min forståelse av Schultz-Hoff-dommen på dette punktet. Avgjørelsen slår fast at arbeidstidsdirektivet artikkel 7 nr. 2 er til hinder for nasjonale bestemmelser eller nasjonal praksis «hvorefter en arbejdstager er forhindret i at overføre og i givet fall kumulere krav på årlig betalt ferie» som ikke er avholdt over mange år «på grund af arbejdsgiverens nægtelse af at betale disse ferier, indtil det tidspunkt, hvor hans ansættelsesforhold opphører», jf. avsnitt 65. Arbeidsgiverens anførsel i saken var at arbeidstakeren hadde mistet «enhver ret i relation til sin årlige ferie» ettersom hans krav om feriepenger for ikke avholdt årlig ferie for de aktuelle årene var foreldet, se dommens avsnitt 20. Dette fikk han altså ikke medhold i. Slik dommen må forstås, gir den et indirekte og benektende svar på om et krav på feriepenger kan foreldes fordi arbeidstakeren ikke tidligere har fremmet et slikt krav.
- (132) Jeg nevner at EU-domstolen i dom 22. september 2022 i sak C-120/21 *LB* avsnitt 56 under henvisning til EUs charter om grunnleggende rettigheter har bekreftet den forståelse jeg her har lagt til grunn. Charteret er imidlertid ikke en del av EØS-avtalen. Det er med utgangspunkt i hva som allerede følger av Schultz-Hoff-dommen og King-dommen, da ikke grunn for meg til å gå nærmere inn på betydningen av LB-dommen.

Konklusjon

- (133) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsrettens rettsanvendelse ved fastsettelsen av kravet på betaling av feriepenger er riktig. RAs anke kan etter mitt syn derfor heller ikke føre frem på dette punktet.

Samlet konklusjon og sakskostnader

- (134) RAs anke har etter dette ikke ført frem og skal derfor forkastes.
- (135) Ankemotpartene har vunnet saken, og de har krav på dekning av nødvendige sakskostnader etter tvisteloven § 20-2, jf. § 20-5. Det foreligger ikke forhold som tilsier at det bør gjøres unntak fra hovedregelen i saken her.
- (136) Salærkravet for Høyesterett er 1 149 200 kroner eksklusive merverdiavgift og gjelder henholdsvis 276 timer à 2 800 kroner og 150 timer à 2 500 kroner; i alt 426 arbeidstimer. I tillegg kommer 28 766 kroner til dekning av reise- og oppholdsutgifter for de to prosessfullmektigene. Det samlede kravet utgjør 1 177 966 kroner. Saken er tidligere vunnet i to instanser der ankemotpartene også er blitt tilkjent sakskostnader.
- (137) Kravet for Høyesterett er høyt, men reflekterer at saken ble behandlet over tre dager. Beløpet fordeler seg med 392 655 kroner på hver av ankemotpartene. Saken har imidlertid omhandlet felles – utelukkende rettslige – problemstillinger. Kravets størrelse for Høyesterett kan derfor ikke begrunnes med at det gjelder flere parter.
- (138) RA har hatt innsigelser til sakskostnadskravet, og da under henvisning til at det har vært et advokatskifte på ankemotpartenes side. Det er anført at den mertid dette fører til, ikke skal belastes ankende part.
- (139) Til tross for den mertid advokatskiftet kan ha medført, er timekravet til ankemotpartenes prosessfullmektig og rettslige medhjelper på samme samlede nivå som for RAs egen prosessfullmektig og rettslige medhjelper. Saken er svært omfattende og den anvendte timesatsen ligger på et rimelig nivå. Jeg finner at arbeidet har vært nødvendig og at kostnadskravet bør tas til følge. Sakskostnadene skal fordeles likt på de tre ankemotpartene med 392 655 kroner på hver.
- (140) Det er ikke nedlagt påstand om solidaransvar for sakskostnader for partshjelper Stendi AS.
- (141) Jeg stemmer for denne

DOM :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Recoveryakademiet AS til A 392 655 – trehundreogtittitotusensekshundreogfemtifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dommen.
3. I sakskostnader for Høyesterett betaler Recoveryakademiet AS til B 392 655 – trehundreogtittitotusensekshundreogfemtifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dommen.
4. I sakskostnader for Høyesterett betaler Recoveryakademiet AS til C 392 655 – trehundreogtittitotusensekshundreogfemtifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dommen.

(142) Dommer **Hellerslia:**

Dissens

- (143) Jeg er kommet til et annet resultat når det gjelder rettsanvendelsen ved fastsettelse av kravet på etterbetaling av lønn for ubetalte timer og overtidsgodtgjørelse. Uenigheten gjelder ikke karakteren av kravet. Jeg deler førstvoterendes syn om at ankemotpartenes krav ikke er et erstatningskrav – det er tale om et alminnelig pengekrav om etteroppgjør av lønn. Også under en slik betraktning er det imidlertid min oppfatning at lagmannsrettens rettsanvendelse er feil, og at dommen skal oppheves.
- (144) En sentral forskjell sett opp mot førstvoterendes syn er at jeg ikke er enig i at kravet om tilleggsutbetaling kan ses isolert. Når et *tilleggskrav* skal beregnes, kan dette ikke skje uten å se hen til hva kravet er et tillegg til. Ved utregningen av hvor stort tillegg som kan kreves i ettertid – netto utestående – må de ytelsene som inngår i regnestykket være av samme karakter, i saken her lønn i et arbeidsforhold. Som jeg kommer tilbake til, bygger mitt syn på at det ikke er rettslig grunnlag for at ankemotpartene kan kreve mer enn de ville mottatt om avtaleforholdet hadde vært riktig klassifisert fra starten av.
- (145) Spørsmålet er hvordan etteroppgjør skal skje der partene har inngått og praktisert en oppdragsavtale for det som reelt sett er et arbeidsforhold. Arbeidsmiljøloven har ikke egne regler for slike oppgjør, og spørsmålet må derfor løses ut fra alminnelig avtale- og kontraktsrett anvendt på bakgrunn av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i arbeidsforhold.
- (146) Lagmannsretten har oppsummert sin rettsanvendelse slik at det «tas utgangspunkt i de avtaler som faktisk var inngått (her oppdragsavtalene) tolket og utfylt med preseptorisk bakgrunnsrett».
- (147) Oppdragsavtaler og arbeidsavtaler er imidlertid avtaler av vesentlig ulik karakter. I en oppdragsavtale er tjenesteyteren næringsdrivende og står i en selvstendig stilling overfor oppdragsgiveren. Avtalen er i utgangspunktet undergitt avtalefrihet. En arbeidsavtale innebærer på sin side en personlig arbeidsytelse og et underordningsforhold, og vil være undergitt en rekke preseptoriske regler i arbeidsmiljøloven og ofte også regulering i tariffavtaler. Videre gjelder ferieloven for arbeidstakere, men ikke for oppdragstakere.
- (148) Også vederlaget i de to avtaleformene er av vesentlig ulik karakter. Oppdragsvederlaget skal dekke både utgifter i næringsvirksomheten og en næringsinntekt. En eventuell timesats gir derfor ikke uttrykk for inntekten per time, og dersom avtalen regulerer fakturerbare timer, gir dette ikke nødvendigvis uttrykk for arbeidede timer. Oppdragsavtaler regulerer normalt heller ikke overtid. *Utgangspunktet* for vederlaget i en oppdragsavtale er derfor at dette ikke bare skal dekke utgifter i næringsvirksomheten og en timelønn for de timer som er fakturert, men også alle faktisk arbeidede timer, overtid og ubekvem arbeidstid, og livsopphold ved avvikling av ferie. Med andre ord skal vederlaget dekke de samme elementene som det er satt krav om dekning av i saken her. Det normale vil derfor være at en eventuell timesats er høyere enn en alternativ arbeidslønn per time, slik tilfellet også er for oppdragsavtalene i denne saken.

- (149) Når ankemotpartene i saken her krever etteroppgjør basert på at avtaleforholdet var feilklassifisert, forutsetter derfor dette pengekravet at oppdragsavtalen og dens regulering av vederlag settes til side som ugyldig.
- (150) Situasjonen er en annen enn der det er tale om ett eller få vilkår i en avtale som strider mot preseptorisk rett, slik situasjonen var i HR-2023-2167-A *Jordleie*, og der utgangspunktet er at dette eller disse vilkårene erstattes av den preseptoriske regelen. Jeg bemerker imidlertid at det også i slike tilfeller må vurderes om bare en delvis tilsidesettelse av avtalen forrykker balansen mellom partene, se dommens avsnitt 51, noe jeg ikke kan se at lagmannsretten i vår sak har vurdert nærmere.
- (151) Slik jeg ser det, kan det altså i et tilfelle som vårt *ikke* tas utgangspunkt i enkeltelementer av hva som er avtalt innenfor en uriktig avtaleramme – oppdragsavtale – for så å *legge til* preseptoriske regler i arbeidsmiljøloven, tariffbestemmelser mv., slik lagmannsretten har gjort. Dette innebærer en sammenblanding av to helt ulike avtaletyper og vederlagsformer, og gir også en risiko for dobbel dekning, særlig dersom det avtalte vederlaget per time er høyt. Dersom vederlaget er lavt, gir lagmannsrettens metode risiko for at samlet godtgjørelse blir for lav.
- (152) Etteroppjøret vil i stedet måtte ta utgangspunkt i alminnelig restitusjon av ytelser som følge av ugyldig avtale. Jeg viser her til Marianne Mathilde Rødvei Aagaard, *Restitusjon. Om virkninger av formuerettslig ugyldighet*, 2019 side 469. Vederlaget etter oppdragsavtalen kan restitueres, men ikke arbeidsytelsen. Verdien av denne må i stedet godtgjøres som hva det reelt sett har vært tale om – en arbeidsytelse – verken mer eller mindre.
- (153) Et etteroppgjør basert på de prinsipper jeg har redegjort for, *kan* gi samme resultat som lagmannsretten er kommet til, men ikke nødvendigvis. I denne saken er det mye som tyder på at kravene vil bli lavere dersom beregningen baserer seg på en annen rettsanvendelse, selv om ankemotpartene ifølge Recoveryakademiets beregninger fortsatt vil ha betydelige krav.
- (154) Jeg peker først på antall *ubetalte timer*. Det er riktig som førstvoterende skriver, at det er krevd et tillegg, men et tillegg må som nevnt beregnes ut fra et grunnlag. Lagmannsretten har ved beregningen av hvilke timer som er ubetalt, tatt utgangspunkt i hvilke timer som er fakturert etter oppdragsavtalen, slik denne ble praktisert. I realiteten har lagmannsretten da lagt til grunn oppdragsvederlaget som en grunnlønn i arbeidsforholdet for de timer som er fakturert. Ut fra tingrettens beskrivelse ble oppdragsavtalen praktisert slik at det på grunn av passive timer til hvile eller soving ikke ble fakturert oppdragsgodtgjørelse for hele døgnet. Disse timene er nå lagt inn i etteroppjøret – og som jeg kommer til, også med overtidstillegg. Dersom hele arbeidslønnen beregnes først, og det deretter gjøres fradrag for mottatt vederlag, vil det imidlertid bli tatt høyde for at vederlaget kunne dekke mer enn de timene som ble fakturert. Jeg bemerker i denne sammenheng at det ikke er bestridt at oppdragsvederlaget var høyere enn arbeidslønnen per time, og at anvendelse av denne per time i et arbeidsforhold derfor innebærer en overkompensasjon sammenlignet med hva andre arbeidstakere mottok.
- (155) Jeg ser heller ikke bort ifra at vurderingen av antall timer *overtid* vil bli annerledes. Ankemotpartene skulle utføre arbeid i boliger med medleverordning. Som førstvoterende nevner, er det i forskrift gitt unntak fra lovens preseptoriske arbeidstidsbestemmelser for

arbeid ved institusjoner hvor det er nødvendig at arbeidstaker oppholder seg i lengre sammenhengende perioder, såkalte medleverordninger, der utgangspunktet uten avtale er turnus på 48 timer, men turnus på 60 timer kan avtales. Lagmannsretten har imidlertid med utgangspunkt i at oppdragsavtalen ikke sier noe om medleverordning, lagt til grunn at ankemotpartene har rett til overtidstillegg for alle timer ut over en normal arbeidsdag, noe som gir store utslag for etteroppgjøret.

- (156) Det er ikke anket over den delen av dommen der lagmannsretten tar stilling til antall ubetalte timer og antall timer overtid, isolert sett. Vurderingene bygger imidlertid på den generelle rettsanvendelsen for etteroppgjøret, nemlig at det tas utgangspunkt i oppdragsavtalen.
- (157) Jeg peker videre på at lagmannsretten også bygger på vederlaget i oppdragsavtalen ved beregningen av etterbetaling av feriepenge, ved at feriepengene beregnes av dette vederlaget, og ikke av det som ville vært lønnsinntekten. Det er heller ikke foretatt noen dekomponering av hvilke deler av vederlaget som må anses å gjelde dekning av utgifter, jf. ferieloven § 10 nr. 1 første ledd, til tross for at det både etter avtalen og praktiseringen av denne var slik at deler av oppdragsvederlaget dekket utgifter i næringsvirksomheten.
- (158) Det følger altså av mitt syn at samtlige utførte arbeidstimer skal godtgjøres som utført i et arbeidsforhold – ut fra de preseptoriske regler som gjelder for dette, og hva som lovlig ville vært avtalt – og at det samtidig gjøres fradrag for det vederlaget ankemotpartene har mottatt etter oppdragsavtalene. Siden de har pådratt seg kostnader i næringsvirksomheten, vil fradraget måtte settes tilsvarende næringsinntekten. Den omstendighet at enkelte av ankemotpartene hadde framforhandlet høyere vederlag enn andre, kan være egnet til å vise en høyere verdi på arbeidsmarkedet. Dette blir i tilfelle et bevissspørsmål for hvilken lønn som må legges til grunn i arbeidsforholdet. Jeg kan for øvrig ikke se at fastsettelsen av arbeidslønnen er noe mer hypotetisk etter en slik modell for etteroppgjøret, enn for lagmannsrettens modell, der det også må fastsettes en arbeidslønn uten grunnlag i noen inngått avtale. Jeg er enig med lagmannsretten i hvilken timesats som minst må legges til grunn i arbeidsforholdet.
- (159) Jeg bemerker at det allerede er gjort en delvis differansebetraktning for å unngå dobbel dekning, ved at det er gjort fradrag for overtidstillegget etter oppdragsavtalen, som var på hundre prosent på hellig- og høytidsdager. Det framstår som uforklart hvorfor det er gjort fradrag for dette elementet i oppdragsvederlaget og ikke hele vederlaget.
- (160) Lagmannsrettens rettsanvendelse fører til at ankemotpartene vil motta vesentlig mer enn hva en ansatt med 48-timers turnus ville mottatt for samme arbeidsomfang. Fra ankemotpartenes side er det vist til at det bør lønne seg å angripe feilklassifisering, slik at det kan ryddes opp i uriktige avtaler. Jeg har vanskelig for å se at dette kan være et moment ved hvordan et etteroppgjør skal gjennomføres.
- (161) Det som derimot er et sentralt hensyn, er at den som har vært feilklassifisert, ikke kommer dårligere ut enn om det hadde vært inngått en arbeidsavtale fra starten av – et hensyn som kan være avgjørende dersom det er tvil om fastleggelsen av arbeidslønnen. Jeg nevner i denne forbindelse at dersom det er oppstått et økonomisk tap fordi den ansatte ikke har hatt dekning ved sykdom, ikke har hatt oppsigelsesvern eller har gått glipp av andre fordeler som ville fulgt av en riktig klassifisering, vil dette kunne gi et erstatningskrav mot arbeidsgiver.

- (162) Jeg finner imidlertid ikke grunnlag verken i avtaleretten, i den alminnelige kontraktsretten eller i arbeidsretten for at feilklassifiseringen i seg selv kan begrunne et *påslag* i lønnsvederlaget, slik lagmannsretten kan forstås når den viser til at deler av honoraret kan anses som økonomisk kompensasjon for manglende arbeidstakerrettigheter. Dersom det er oppreisning som kreves, må et krav om dette ha hjemmel.
- (163) Når det gjelder spørsmålet om foreldelse av feriepengekravet, er jeg i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. Mitt syn på etteroppgjøret for lønn vil imidlertid kunne få betydning for størrelsen av lønnskravet, og slik også størrelsen av feriepengekravet. Også den delen av lagmannsrettens dom som gjelder feriepengekravet, må derfor slik jeg ser det, oppheves.
- (164) Dommar **Høgetveit Berg:** Eg er i hovudsak og i resultatet samd med andrevoterande, dommar Hellerslia.
- (165) Dommer **Steinsvik:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Matheson.
- (166) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (167) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Recoveryakademiet AS til A 392 655 – trehundreogtittitotusensekshundreogfemtifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dommen.
3. I sakskostnader for Høyesterett betaler Recoveryakademiet AS til B 392 655 – trehundreogtittitotusensekshundreogfemtifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dommen.
4. I sakskostnader for Høyesterett betaler Recoveryakademiet AS til C 392 655 – trehundreogtittitotusensekshundreogfemtifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dommen.