



## ARBEIDSRETTEN

### DOM

---

**Avsagt:** 5. desember 2022

**Saksnr.:** 4/2022

**Lnr.:** AR-2022-38

**Dommere:** Tron Løkken Sundet  
Hanne Inger Bjurstrøm  
Liv Gjølstad  
Gerd Torkildson  
Niels Selmer Schweigaard  
Anne Merete Bull  
Bent Ove Hanasand

**Saken gjelder:** Tvist om arbeidstid – «medleverturnus»

Norsk Sykepleierforbund

Advokat Magnus Buflod

Partshjelper:  
Fagforbundet

Advokat Kjetil Skeide Edvardsen

**mot**

1. Næringslivets Hovedorganisasjon, med  
NHO Service og handel

Prosessfullmektig for saksøkt nr. 1 og  
2: Advokat Kurt Weltzien

2. Recoveryakademiet

Rettslig medhjelper:  
Advokat Torunn Margrethe Hardeland

3. Borger AS

Prosessfullmektig for saksøkt nr. 3:  
Advokat Tron Dalheim

Rettslig medhjelper:  
Advokatfullmektig Thea Rabe

## DOM

- (1) Saken gjelder spørsmål om organisering av arbeidstid innenfor rammene fastsatt i medleverforskriften er tariffstridig hvis ordningen ikke bygger på avtale eller godkjenning fra Norsk Sykepleierforbund (NSF) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO).
- (2) **Presentasjon av tariffforholdene**
- (3) Pleie- og omsorgsoverenskomsten – avtale nr. 527 – mellom NSF og NHO/NHO Service og Handel er en parallellavtale til Pleie- og omsorgsoverenskomsten – avtale nr. 483 – mellom Landsorganisasjonen i Norge/Fagforbundet og NHO/NHO Service og Handel, jf. AR-2018-29 avsnitt 113.
- (4) Overenskomstene § 1 bestemmer at avtalene gjelder for virksomheter der «hovedaktiviteten er pleie- og omsorgstjenester». Omfangsbestemmelsene er likelydende, og de har som utgangspunkt samme virkeområde. I AR-2018-29 ble det lagt til grunn at avtale nr. 527 med NSF har et virkeområde som overlapper med en annen overenskomst mellom NHO og LO – overenskomst nr. 453 mellom LO/Fagforbundet og NHO. Den opprinnelige parallelliteten mellom avtale nr. 527 og nr. 483 er derfor brutt.
- (5) Pleie- og omsorgsoverenskomsten del II § 2 «Ansettelsesvilkår» bestemmer:

**«Arbeidstakerne ansettes på heltid (37,5 timer pr. uke) eller deltid. Den gjennomsnittlige månedlige arbeidstid skal fremgå også på den deltidsansattes arbeidsavtale. Deltidsansatte opparbeider ansiennitetstillegg etter utført tjenestetid.**

**Andre ansettelsesvilkår**

**Det foreligger lønnsplikt overfor alle ansatte etter lovens og denne overenskomsts bestemmelser om arbeidstid og arbeidstakerne har tilsvarende arbeidsplikt.»**
- (6) I bilag til overenskomsten er det inntatt tabeller med minstelønnsatser og tillegg for ubekvemt arbeid og overtidsarbeid. I bestemmelsen om overtidstillegg heter det:

**«Pålagt arbeid ut over definert arbeidstid etter del II § 5 er overtidsarbeid.**

  - a) For overtidsarbeid inntil kl. 21.00: 50 %
  - b) For overtidsarbeid etter kl. 21.00: 100 %
  - c) For overtidsarbeid på søn- og helligdager, samt på dager før disse: 100 %, med mindre partene på bedriften blir enige om noe annet.
  - d) For overtiden er beregningsgrunnlaget den enkeltes faste timelønn. Denne fremkommer ved å dele summen av årslønna med følgende divisor:

1747,2 timer v/ 33,6 timers uke

1846 timer v/ 35,5 timers uke

1950 timer v/ 37,5 timers uke.»

- (7) Henvisningen i bestemmelsen om overtidstillegg til del II § 5 er til bestemmelsen om «Arbeidstid» som lyder:

«Den ordinære gjennomsnittlige ukentlige arbeidstid skal ikke overstige 37,5 timer. Ved innføring av arbeidstidsordninger i henhold til arbeidsmiljølovens § 10-4 nr. 5 og 6 (og bilaget til overenskomsten om nedsettelse av arbeidstiden), arbeides henholdsvis 35,5 og 33,6 timers arbeidsuke. Timesatsene omregnes tilsvarende med tillegg på henholdsvis 5,63 % og 11,6 %.

Årstimetallet i full stilling er:

1950 timer v/ 37,5 timers uke

1846 timer v/ 35,5 timers uke

1747 er v/33,6 timers uke

For tredelt skift- og turnusarbeid som innebærer at den enkelte arbeidstaker må arbeide minst hver tredje søndag, reduseres den ordinære arbeidstiden med utgangspunkt i 37,5 timer pr. uke slik:

- Hver arbeidet time på søn- og helgedag, jf. arbeidsmiljøloven § 10-10 (1), regnes lik 1 time og 10 minutter.

- Hver arbeidet time om natten, jf arbeidsmiljøloven § 10-11 (1), regnes lik 1 time og 15 minutter.

Det gis bare kompensasjon for arbeid som utføres enten om natten, eller på søn- og helgedag.

Arbeidstiden kan maksimalt reduseres til 33,6 timer i løpet av en uke og skal ikke overstige 35,5 timer per uke.»

- (8) Arbeidstidsbilaget om nedsettelse av arbeidstiden per 1. januar 1987 er inntatt som særskilt bilag til overenskomsten. Utgangspunktet er at den ordinære ukentlige arbeidstiden skal være 37,5 timer, og med lavere timetall for ulike skift- og turnusordninger.
- (9) **Arbeidsmiljølovens regler om arbeidstid og unntak for medleverordninger**
- (10) Arbeidsmiljøloven kapittel 10 har regler om arbeidstid som i henhold til lovens § 1-9 i utgangspunktet ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker. Lovens § 10-12 åpner på en rekke punkter for utvidede rammer for arbeidstiden, enten på grunnlag av avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, avtaler med tillitsvalgte, dispensasjon fra Arbeidstilsynet eller forskrift om unntak fra lovens regler.
- (11) Den mest vidtrekkende avtaleadgangen er tillagt organisasjoner med innstillingsrett etter reglene i arbeidstvistloven, jf. arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd. I tillegg har § 10-12 åttende ledd en særskilt forskriftshjemmel. Dersom arbeidet er av «så særegen art at det vanskelig lar seg tilpasse» lovens regler om arbeidstid, kan Arbeids- og inkluderingsdepartementet i forskrift fastsette unntak fra kapittel 10. Slikt unntak er fastsatt i forskrift 24. juni 2005 nr. 686 om arbeidstid i institusjoner som har medleverordninger (medleverforskriften).

- (12) Bakgrunnen for medleverforskriften er omtalt i høringsnotat av 16. mai 2016 om endringer i arbeidsmiljøloven og medleverforskriften punkt 4.3.1. Medleverordningen og bakgrunnen for unntaket fra lovens regler er i korte trekk følgende:
- (13) Oppfølgingsansvaret og det faglige ansvaret for private bo- og behandlingskollektiver for barn og ungdom med rus- og adferdsproblemer ble i 2004 overført fra det fylkeskommunale til det statlige barnevernet. Institusjonene forble private, men det faglige ansvaret ble overført til den statlige Barne-, ungdoms- og familieetaten.
- (14) En rekke av institusjonene praktiserte medleverturnus. Ved medleverturnus arbeider de ansatte sammenhengende over flere døgn, for deretter å ha en lengre friperiode. Denne måten å legge opp arbeidet på betød at arbeidstakerne bodde og arbeidet sammen med beboerne på institusjonen. Ordningen var faglig begrunnet i behovet for kontinuitet og stabilitet for beboerne.
- (15) Flere av de praktiserte arbeidstidsordningene stred mot arbeidsmiljølovens regler om arbeidstid. I 2005 vedtok Arbeids- og sosialdepartementet midlertidig forskrift om unntak fra lovens arbeidstidsregler for institusjoner med særlige omsorgs- eller behandlingsoppgaver for personer med rus eller adferdsproblemer, jf. forskriften § 1. Hovedtrekkene i de eksisterende medleverordningene kunne derfor videreføres. Etter forskriften § 2 kunne den samlede ukentlige arbeidstiden ikke overstige 48 timer i løpet av en periode på 7 dager. Den enkelte arbeidstaker kunne skriftlig samtykke til en samlet ukentlig arbeidstid utover 48 timer, likevel ikke mer enn 60 timer i uken.
- (16) Reguleringen som åpnet for å videreføre praksis med medleverturnus var særlig begrunnet med at en omlegging av arbeidstidsordningene innenfor de alminnelige rammene for arbeidstid, kunne svekke omsorgs- og behandlingstilbudet. Unntakene som ble fastsatt i 2005 gjaldt offentlige og private institusjoner for barn, ungdom og voksne med rus- og adferdsproblemer. Virkeområdet for forskriften har senere blitt utvidet.
- (17) Forskriften var frem til 2017 en midlertidig regulering som ble forlenget ved jevne mellomrom. Fra 1. januar 2017 ble forskriften endret fra midlertidig til en fast regulering.
- (18) Den gjeldende forskriften regulerer i § 2 samlet ukentlig arbeidstid. Bestemmelsen lyder:
- «(1) Den samlede ukentlige arbeidstiden må ikke overstige 48 timer i løpet av en periode på 7 dager. Grensen på 48 timer kan gjennomsnittsberegnes over en periode på 6 uker.**
- (2) Den enkelte arbeidstaker kan gi skriftlig samtykke til en samlet ukentlig arbeidstid utover 48 timer, likevel ikke mer enn 60 timer i uken. Den avtalte ukentlige arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes over en periode på 6 uker. Arbeidstaker som har sin bolig på eller i tilknytning til institusjonen, kan gi sitt skriftlige samtykke til å være tilgjengelig utover 60 timer i uken.»**

(19) Dette regulerer i praksis en 3-7-4-7-turnus. Denne medleverturnusen benyttes i hovedsak i det private tjenestetilbudet. For omsorgsvirksomheter i offentlig regi benyttes i hovedsak en 2-7-2-7-3-7-turnus. I offentlige institusjoner er rammen for arbeidstiden fastsatt i avtaler om medleverordninger med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd istedenfor på grunnlag av medleverforskriften. Arbeidstidsordninger etter forskriften benyttes derfor i hovedsak i private institusjoner.

(20) **Medleverordningen i Recoveryakademiet AS**

(21) Incita AS – fra 2019 Recoveryakademiet AS – ble etablert i 2007. Virksomheten leverer helse- og velferdstjenester til det offentlige som et tillegg til kommunale tjenester og spesialisthelsetjenester innenfor rus og psykiatri. Selskapet har flere driftssteder.

(22) Selskapet har to virksomhetsområder. Virksomhetsområdet Hurdalsjøen Recoverycenter har avdelinger på Haugsnes og Haraldvangen. Virksomhetsområdet Bo & Bistand har avdelingene Hurdalssjøen Recoverylandsby, Stensbyhagen Recoverybaserte Borettslag og Ømen Recovery i Fredrikstad. Saken for Arbeidsretten gjelder Hurdalsjøen Recoverycenter, som har praktisert medleverordninger fra oppstarten i 2007.

(23) Recoveryakademiet AS har vært bundet av overenskomst nr. 453 mellom NHO og LO/Fagforbundet fra 2009. Fagforbundet og senteret opprettet særavtale 21. september 2015. I innledningen til avtalen heter det at den er «hjemlet i avtale 453 mellom NHO og Fagforbundet». Punkt 2 Arbeidstid har i underpunkt 2.4 slike bestemmelser for ansatte i medleverturnus:

**«Alminnelig arbeidstid i medlever turnus er 48 timer per uke. Den enkelte arbeidstaker kan gi sitt skriftlige samtykke til en samlet ukentlig arbeidstid utover 48 timer, likevel ikke mer enn 60 timer i uken. Pauser utover hviletid er inkludert i arbeidstiden**

**Arbeidstaker skal i løpet av en periode på 24 timer, ha minst to sammenhengende hvileperioder, der arbeidstaker bortsett fra tilfeldige eller kortvarige avbrytelser, er fritatt fra arbeid. Hvileperiodene skal være på henholdsvis to og åtte timer, hvorav den lengste skal avholdes mellom 22:00 og 08:00. Tidspunkt for hvileperioden vil defineres i turnus på den enkelte enhet. Hviletiden regnes ikke med i arbeidstiden.**

**Et medleverdøgn på 24 timer består av 14 timer arbeidstid og 10 timer hviletid.»**

(24) Fast ansatte i medleverturnus fikk i medhold av særavtalen punkt 6 et særskilt tillegg per år. Dette ble beregnet og betalt som tillegg til månedslønnen.

(25) NSF fremmet i 2017 krav om at Pleie- og omsorgsoverenskomsten skulle gjøres gjeldende for Hurdalsjøen Recoverycenter. NHO bestred kravet, og viste til at senteret ikke var pleie- og omsorgsvirksomhet. På denne bakgrunn mente NHO at en overenskomst tilsvarende avtale nr. 453 skulle gjøres gjeldende. Ved Arbeidsrettens dom 19. desember 2018 (AR-

2018-29) ble det avgjort at Pleie- og omsorgsoverenskomsten mellom NSF og NHO/NHO Service og Handel var anvendelig for Hurdalsjøen Recoverycenter. Medleverordningen ble ikke endret. Pleie- og omsorgsoverenskomsten med NSF var derfor i samsvar med reglene i Hovedavtalen NSF–NHO § 3-7 nr. 5 gjeldende fra 7. februar 2017.

- (26) Forhandlinger mellom virksomheten, NSF og Fagforbundet om lønnsjusteringer og om særavtale ble gjennomført høsten 2019. I referat fra møte 21. november 2019 er medlever/medlevertillegg omtalt blant de «mest aktuelle temaer» for forhandlingene. Felles sluttprotokoll fra forhandlingene ble inngått 16. desember 2019. I protokollen heter det:

**«Det er i perioden 21.11.2019–16.12.19 gjennomført lokale forhandlinger for virksomhetene i Helseforetaket Incita AS som omfattes av Avtale 453 Fagforbundet, 527 Sykepleierforbundet og Fellesorganisasjonene.**

**Det er oppnådd følgende enighet i forhandlingene:**

**1. Rammen for det lokale oppgjøret er av bedriften satt til ca 2% av lønnsgrunnlaget per oktober 2019.**

**2. Prioritering av rammen:**

- a. Utjevning på bakgrunn kompetanse - 3 åringer
- b. Medlever tillegg, øke antall trinn i trappen

**3. Basert på de ovenfor fastsatte kriterier, er partene blitt enige om lønnstillegg som definert i bilag 1 til denne protokoll.**

**4. Lønnstilleggene effektueres med virkning fra 01.11.2019 for de som inngår i grunnlaget. Vedr medlever tillegg vil også gjelde personer som ikke var med lønnsgrunnlaget her fom 01.08.20. Dvs første lønn etter feriepengene.»**

- (27) Protokollen gjelder fortsatt for virksomheten, med de justeringer av medlevertillegget som følger av protokoll 1. august 2020.
- (28) Virksomheten, Fagforbundet og NSF begynte forhandlinger om lønnsjustering og revisjon av særavtalen 4. februar 2021. I dette møtet oppsummerte arbeidsgiver de gjeldende turnusordningene, herunder medleverordningen. I referatet fra møtet heter det:

**«• Recoveryakademiet har i dag turnuser som har uketimetall på 42 timer pr uke**

- Det er 2 forskjellige turnuser, der spes helse tjenesten jobber 7-7-7-9-7-12 og Bo og Omsorg jobber 4-7-5-5 el lign
- Fagforbund og NSF mener det er tariffstridig å jobbe utover 35,5 timer
- NHO mener medleverforskriften på 42 timer i uken ikke er tariffstridig.
- Dette har ført til uenighetsprotokoller og tvistemøter mellom bedriften og tillitsvalgte/forbundene.
- Det er stilt spørsmål om ansatte faktisk jobber medleverturnus, så lenge noen reiser fra avdelingen og sover hjemme. Konklusjon på dette er at medlevervakter må gå minimum 24 timer med definert hviletid, der den ansatte er tilgjengelig for arbeidsgiver.

- Hviletid skal være definert i særavtaler.
- Recoveryakademiet har gått gjennom dette og ønsker å finne en løsning på dette sammen med tillitsvalgte i bedriften.»

(29) Forhandlingene fortsatte 1. mars 2021. I referatet er diskusjonen om turnusordninger oppsummert slik:

«3) Forslag på turnuser legges frem av Ann Kristin og Ruben.

- Det er laget forslag med turnus over 6 uker
- 3 typer turnus på samme turnus
- Medlever turnus: 3-7-4-7/7-14-7-14/langvaktsturnus med 12,5 timer. (7-14-7-14 turnus er for å gi tilbud til de som i dag har dette på Specialisthelsetjenesten)
- Det er lagt inn 1,5 timer overlapp på avtroppende skift.
- Faste team.

**Kommentarer til turnus forslag:**

- Legge inn F1 dag før arbeidshelg på turnus over 7 døgn.
- NSF mener det bør risikovurderes om det er forsvarlig med turnus over 7 døgn.
- Kan alle gå 3-7-4-7 om det er ønske fra ansatte? Dette må vurderes etter at ansatte har kommet med ønsker på hvilken turnus den enkelte ønsker, men det er helt klart økonomisk for bedriften om man går langvakter.
- Forslag at vikarer og konsulenter leies inn på langvakter (der det ikke er mangel sykepleier/vernepleier eller ikke er andre på jobb)
- Hvordan skal turnuser fordeles?
- Forslag at det legges inn årlig rullering på turnuser og team.»

(30) Forhandlingene om turnusordningen fortsatte 25. mars 2021 og 15. april 2021. I referat fra møtet 25. mars 2021 heter det i et avsnitt om «Veien videre»:

- «-sette sammen team og turnus slik at vi ser hvordan vi eventuelt må inn og overstyre ønsker
- få oversikt over hvor mange ansatte som må inn eller få tilbud om økt stilling for å få turnus til å gå opp.
- begynne og rendyrke særavtaler på hver enkelt enhet.
- sende inn søknad til NSF og Fagforbund for å kunne benytte medlever turnus og langvaktsturnus.»

(31) I møte 15. april 2021 gikk partene gjennom ansattes ønsker for turnusen, prosessen med søknad til Fagforbundet og NSF, og en rekke spørsmål om kompensasjon.

(32) I samsvar med enigheten i møtet 15. april 2021, søkte virksomheten NSF om «avtale om medlever etter arbeidsmiljøloven § 10-12 (4)». Maksimal vaktlengde var oppgitt til 14 timer. Maksimal ukentlig arbeidstid var oppgitt til 56 timer, med maksimalt antall timer sammenhengende arbeidstid til 98 timer. Gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid var oppgitt til 35,5 timer.

- (33) NSF avviste søknaden i brev 25. juni 2021 og viste til at slike søknader skulle fremsettes av arbeidsgiverforeningen. I brevet uttales det:

**«NSF er åpen for å vurdere søknadene, men søknadene må fremsettes til NSF gjennom arbeidsgiverforeningen bedriften er medlem av. Når dette er gjort, vil NSF behandle søknadene og gi dere svar.»**

- (34) Etter å ha forelagt spørsmålet for NHO Service og Handel, trakk Recoveryakademiet søknaden. I brev 6. juli 2021 uttaler virksomheten:

**«Recoveryakademiet har vært i kontakt med Laust Kristian Paulsen i NHO. NHO konkluderer med at de ikke ser nødvendigheten av å gå i direkte dialog med NSF, ny turnus er basert på medleverforskriften. NHO mener at medleverforskriften regulerer turnusen og at avtale 527 ikke er til hinder for bruk av medleverforskriften.**

**Recoveryakademiet forholder seg til NHO sin tolkning av medleverforskriften.**

**På bakgrunn av dette trekker vi tilbake søknad om langvaktsturnus og forankrer ny turnus i medleverforskriften og lokale tiltsvalgte.»**

- (35) Spørsmålet om medleverordningen ble deretter fulgt opp som tvistesak, jf. avsnitt 59 flg. nedenfor.

(36) **Medleverordningen i Borger AS**

- (37) Borger AS ble etablert i 2014 og tilbyr langvarig botilbud for brukere med alvorlig psykisk lidelse. En del brukere har også rusproblematikk. Virksomheten leverer tjenester til offentlige oppdragsgivere i henhold til langvarige rammeavtaler med fastpris. Medleverturnus basert på ordningen 3–7–4–7 har vært praktisert fra oppstarten i 2014.

- (38) Virksomheten har om lag 400 ansatte fordelt på fem driftsteder, blant annet på Hvalheim i Hole kommune. Avdelingen på Hvalheim ble overtatt og fusjonert inn i Borger AS med virkning fra 5. november 2019.

- (39) Pleie- og omsorgsoverenskomstene med NSF og LO/Fagforbundet hadde vært gjeldende ved avdelingen i Hvalheim fra 1. mai 2016. Ved fusjonen i 2019 aksepterte Borger AS at overenskomstene gjaldt fra fusjonstidspunktet.

- (40) Våren 2020 startet virksomheten arbeidet med tariffrevisjon for avdelingen på Hvalstad. I referat fra innledende møte 13. mai 2020 er det i punktet om «Grunnlag for prosessen» vist til at det var fremmet krav om at Pleie- og omsorgsoverenskomsten skulle gjelde for avdelingen, men at NHO var uenig i dette. Virksomheten ville inntil videre anvende overenskomsten til valget av tariffavtale var løst. I referatet heter det:

**«Krav om avtale 481 og 527 fra juli 2019. NHO er uenige i dette, og mener at 453 er riktig tariffavtale i Borger. Endelig svar på dette forventes ikke før høsten 2020. Uavhengig av dette ønsker vi som arbeidsgiver å sette i gang, og vil bruke 481 som et utgangspunkt for videre**



**arbeid med tariffen. Det er fordeler og ulemper med denne tariffavtalen kontra det systemet som vi har i dag.»**

- (41) NSF hadde på dette tidspunktet ikke tillitsvalgt ved avdelingen på Hvalheim, og deltok derfor ikke på oppstartsmøtet. Virksomheten oppfordret de ansatte til å velge en representant for NSF. I medlemsmøte 25. mai 2020 ble Susanne Vaka tillitsvalgt. Hun skulle i den innledende fasen bistås av NSF sentralt i prosessen med gjennomføring av tariffavtalen. I e-post 26. mai 2020 fra rådgiver i NSF Akershus, Elise Steen, til blant annet rådgiver i NSF Elin Lundby, uttales det:

**«Susanne vil få tett oppfølging av Elin, spesialrådgiver i NSF Akershus, og som er spesialist i NHO-området som Borger AS tilhører. I tillegg vil hun få oppfølging fra fylkeskontoret i Buskerud av blant annet Elise som er rådgiver der.»**

- (42) Forhandlingsmøte 1 ble gjennomført 27. mai 2020. I dette møtet deltok Vaka og Lundby fra NSF. NSF fastholdt at avtale nr. 527 måtte gjelde for virksomheten fra 5. november 2019. I møtet ble det for øvrig opplyst at lønssystemet var delt inn i gruppene medlever, langvakt og nattevakt.
- (43) Forhandlingsmøte 2 ble gjennomført 10. juni 2020. På dette tidspunktet var det avklart at avtale nr. 527 med NSF skulle gjelde fra 5. november 2019, mens det verserte tvist mellom NHO og LO/Fagforbundet om avtale nr. 481. Partene drøftet også spørsmål som skulle reguleres i særavtale. I referatet pekes det på at særavtalen burde beskrive hvordan medleverordningen skulle være. Samtidig vises det til at det var en «vanskelig øvelse å blande medlever inn i tariff, da ingen tariffavtale nevner dette med ett ord»:

**«Det er ønskelig at særavtalen skal beskrive hvordan medleverordningen skal være, herunder antall timer som regnes. I Borger lønnes 14,56 timer (rettet opp etter møtet) pr døgn. Det er en vanskelig øvelse å blande medlever inn i tariff, da ingen tariffavtale nevner dette med ett ord. Det er derfor viktig at dette nedfelles i særavtalen.»**

- (44) Ut fra de nye satsene for overtidsarbeid og helligdagstillegg var det betalt om lag 300 000 kroner for lite i overtidstillegg, men om lag 800 000 kroner for mye i helligdagsgodtgjørelse. Arbeidsgiver foreslo at spørsmålet om etterbetaling og tilbakebetaling ble løst ved at man anså kravene for oppgjort:

**«Med innføringen av tariff må arbeidsgiver betale ut mer på noen områder, mindre på andre. Tallene som nevnt over, gjør at handlingsrommet er svært lite. Det er viktig at partene er edruelige i denne prosessen.**

...

#### **Etterbetaling**

**I sum har de ansatte kommet best ut av dette. Det har ikke vært en ufrivillighet fra arbeidsgivers side for å betale ut overtid som er årsaken til at dette ikke har blitt gjort, snarere en forvirring om hva som skulle være gjeldende tariffavtale i Borger AS. Arbeidsgiver**

har hele tiden vært klar over at vi tapte på denne ordningen. Arbeidsgiver stiller spørsmål til arbeidstakerne om partene kan møtes på å sette strek over dette, siden de ansatte likevel har vunnet på dette.»

- (45) Utkast til særavtale ble sendt til Fagforbundets og NSF's tillitsvalgte 15. juni 2020. I forhandlingsmøte 3 den 23. juni 2020 opplyste Fagforbundet at forslaget til særavtale var til behandling i Fagforbundet sentralt, mens NSF hadde sendt utkastet til høring blant medlemmene. Møtet ble derfor brukt til å gå gjennom kravene fra NSF. I referatet fra gjennomgangen av utkastet heter det:

«Medlever:

**Lønn for ansatte i medleverordning 14,56 timer pr døgn. Ingen kommentarer fra NSF.**

**Kompenserende hvile:**

Forslag fra NSF om at brudd i hviletid kan kompenseres med overtidbetaling dersom det ikke er mulig med kompenserende hvile. Arbeidsgiver fremholder at dette kan medføre utfordringer da det kan føre med seg mange diskusjoner når det gjelder brudd, hva som er brudd osv. Overtid kan dessverre være en motivasjon for enkelte til å ikke avvike hviletid og resultatet er da at ansatte ikke får hvilt nok. Nok hvile er en forutsetning for å klare å stå i medleverordningen over tid. Det er et uttalt krav i medleverforskriften at manglende hvile skal kompenseres med hvile.

...

**Tillegg i medleverordning**

NSF er fornøyd med prosenttillegg. Forslag fra NSF om prosenttillegg på 20%, med minimumsbeløp på 80 000. Arbeidsgiver ønsker å gå bort fra prosenttillegg, og heller tilnærme seg måten tariffavtalen opererer på, med kronetillegg.

...

**NSF mener at de som har ligget under tariff, må få etterbetalt.»**

- (46) Arbeidsgiver tok avslutningsvis opp spørsmålet om forhandlingene kunne legges opp med sikte på en felles særavtale med NSF og Fagforbundet. I tilbakemelding fra NSF 25. juni 2020 avviste NSF å forhandle videre på grunnlag av et forslag til avtale fra Fagforbundet.
- (47) Forhandlingsmøte 4 om særavtale med NSF ble gjennomført 29. juni 2020. På dette tidspunktet var partene kjent med at det var tvist mellom NHO og LO/Fagforbundet om medleverordningen. Lundby og Vaka fra NSF opplyste at de ikke var kjent med en tilsvarende tvist mellom NHO og NSF, men de mente arbeidsgiver måtte søke sentralt om unntak etter arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd. I referatet heter det:

«NSF har sjekket ut sentralt om det eksisterer en tvist angående medleverturusen sentralt i NSF. Dette er ikke tilfelle. Det er kun Fagforbundet sentralt som har en tvist om medleverordningen med NHO.

NSF sier at man ikke kan gå inn i avtaler som går på tvers av tariffen. De mener at arbeidsgiver må søke fagforening sentralt om unntak etter AML §10-12 4) for medleverturusen. De opplyser videre at det er sjelden at man ikke får til en avtale her. Arbeidstidsordningen må beskrives i sin helhet. Det må også drøftes lokalt, protokollført, i tillegg til en uttalelse fra verneombud i Borger. Dette skal da sendes inn sentralt i NSF. NSF hevder at vi ikke kan bestemme dette lokalt, og mener at turnusen er tariffstridig pr nå.

Arbeidsgiver sjekker opp dette punktet til neste møte.

Partene er enige om å fortsette forhandlingene om særavtalen uavhengig av dette.»

- (48) Referatet oppsummerer deretter drøftelsen av utkastet til bestemmelser om lønn for ansatte i medleverordning, kompenserende hvile, overtidstillegg ved brudd på hviletid og medlevertillegg. I et avsluttende avsnitt heter det:

«Arbeidsgiver har tidligere nevnt muligheten for å dele opp særavtalen i flere deler. Slik kan man si opp eller be om forhandlinger rundt et enkelt punkt, uten at dette påvirker alle bestemmelsene som partene har blitt enige om. NSF fremholder at de aldri har sett en særavtale som har vært delt opp. Arbeidsgiver har videre opplyst om andre oppsigelsesmåter for særavtalen. Dette følger av Hovedavtalen §4-2 2)-4). NSF opplyser om at de har sett alle tre varianter, men mener at varianten som følger av §4-2 4) (gjelder så lenge tariffavtalen er gjeldende) er mest egnet for så store bedrifter som Borger AS.»

- (49) Borger AS forela spørsmålet om godkjenning av medleverordningen for NHO Service og Handel. I e-post 30. juni 2020 til HR-leder i Borger AS, Pål Nordlien, uttaler NHO Service og Handel at en forskriftsmessig medleverturnus ikke krevde godkjenning lokalt eller sentralt. Det ble samtidig opplyst at man var kjent med at NSF kunne være uenige i dette og at det var «mulig at man derfor vil få en tvist på dette spørsmålet».
- (50) Svaret fra NHO Service og Handel ble formidlet til NSF i forhandlingsmøte 8. juli 2020. I møtet oppsummerte man status for kravet om godkjenning av medleverordningen. Det fremgår av referatet at partene også var uenige om bestemmelsen om kompenserende hvile og om overtidstillegg ved utkalling i hvileperioder. I referatet heter det:

#### «Medleverturnus

NSF hevder at man ikke kan gå inn i avtaler som går på tvers av tariffen. De mener at arbeidsgiver må søke fagforening sentralt om unntak etter AML §10-12 4) for medleverturnus. De opplyser videre at det er sjelden at man ikke får til en avtale her. Arbeidstidsordningen må beskrives i sin helhet. Det må også drøftes lokalt, protokollført, i tillegg til en uttalelse fra verneombud i Borger. Dette skal da sendes inn sentralt i NSF. NSF hevder at vi ikke kan bestemme dette lokalt, og mener at turnusen er tariffstridig pr nå. Arbeidsgiver henviser til NHO som mener det ikke er nødvendig å søke fagforening om unntak etter AML §10-12-4 da medleverturnusen i Borger AS er forskriftsmessig.

#### Tillegg i medleverordning

For ansatte som går i medleverturnus, skal grunnlønn ihht tariff økes med 10 000,- for å gjenspeile arbeidsbelastningen i ordningen. Tillegg for ubekvem arbeidstid ved 100% stilling 4-7-3-7 er kr 57 010 for grunnlønn under kr 325 000, 63 652 for grunnlønn mellom 325 000-385 000 samt kr 65 128 for grunnlønn over kr 385 000,-.

NSF er uenig, og mener tillegget i større grad bør gjenspeile belastningen det er å gå i medleverturnus. NSF sier at modellen arbeidsgiver har presentert er en innveksling, grunnlønn går opp, og tillegg for ubekvem arbeidstid går ned for å holde lønnsnivået totalt sett lik som tidligere. Arbeidsgiver bekrefter at dette er intensjonen. NSF ser på forslaget og kommer tilbake til arbeidsgiver i uke 28.

Arbeidsgiver presiserer at deres utgangspunkt er å følge tariff, og henviser til økonomirapport sendt til NSF for 1-2. kvartal der bunnlinjen til Borger AS er på 0,6%. Dette medfører at arbeidsgiver ikke har anledning til å inngå en avtale som medfører store merkostnader for bedriften. Det er et overordnet mål for arbeidsgiver å fremforhandle en forsvarlig avtale som sikrer videre drift for Borger AS.

#### **Kompenserende hvile/overtid**

Ved utkalling til aktivt arbeid i hvileperioder skal det gis kompenserende hvile. Når slik hvile ikke kan gis innen 12 timer etter forstyrret hvile skal slik hvile kompenseres med timessats tilsvarende grunnlønn / 1747, samt kvelds-natttillegg etter satsene i tariffavtalen. Dette forutsetter at prosedyre for avvikling av hviletid er fulgt. NSF mener at ved utkalling til aktivt arbeid i hvileperioder skal det utløse overtid. Arbeidsgiver mener det ikke utløser overtid da den ansatte allerede er på jobb, jfr medleverforskriften. Partene er enige om å skrive uenighetsprotokoll på dette punktet.»

- (51) Borger AS fremla nytt utkast til særavtale 14. juli 2020. I e-post 14. juli 2020 fra administrasjonsleder Emil Haukom til blant annet Elin Lundby og Susanne Vaka, la virksomheten frem et endelig tilbud. Samtidig opplyste Haukom at man skulle lage uenighetsprotokoll for spørsmålet om overtidsgodtgjørelse:

«Vedlagt følger endelig tilbud.

...

**Mrk.** Endringen av grunnlønn utover tariff 527 forutsetter at den enkelte ansatte samtykker til endringen.

**Vi utarbeider et utkast til uenighetsprotokoll etter møtet i morgen.»**

- (52) Særavtale mellom Borger AS og NSF ble signert 13. oktober 2020. Avtalen hadde blant annet slike bestemmelser:

«Denne særavtale er inngått etter Hovedavtalen (NSF-NHO) § 4-1, og omhandler Pleie- og omsorgsoverenskomsten avtale 527 (NSF)

...

#### **Turnusordninger**

**Borger AS har ulike arbeidstidsordninger ihht bestemmelsene i arbeidsmiljøloven.**

#### **Medlever**

**Forskrift om medleverturnus (2005) regulerer bestemmelsene som kommer til anvendelse.**

#### **Arbeidstidsberegning for ansatte i medleverordning**

**1) For ansatte som arbeider i medleverturnus gjelder en 3/7/4/7-turnus med et skriftlig samtykke om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden over 6 uker til opptil 56 timer pr uke, jf. medleverforskriften § 2 (2). Arbeidstiden består av aktive timer og hvilende tid.**

**2) Arbeidstiden er i gjennomsnitt 33,6 timer pr uke.**

...

#### **Lønn for ansatte i medleverordning**

**Den aktive arbeidstiden er 14,56 t per døgn.**

#### **Kompenserende hvile/overtid**

**Uenighetsprotokoll er signert av partene og sendt til NSF og NHO.»**

- (53) Fagforbundet signerte særavtale med Borger AS 19. november 2020.

- (54) Uenighetsprotokoll mellom virksomheten og NSF om spørsmålet om rett til overtidsgodtgjørelse som ble tatt opp i forhandlingene i juli 2020, ble signert i oktober 2020. I protokollen heter det:

**«Til behandling**

**Krav fra Norsk sykepleierforbund om at ved utkalling til aktivt arbeid i hvileperioden skal det gis kompensierende hvile. Når slik hvile ikke gis innen 12t etter forstyrret hvile skal dette kompenseres med timesats tilsvarende grunnlønn/1747 samt overtidsgodtgjørelse og UB-Tillegg.**

**Saksfremstilling**

**NSF har fått avslag på krav om overtidsgodtgjørelse ved utkalling til aktivt arbeid i hvileperioden.**

**NSF anfører at utkalling til arbeid i hvileperioden er å regne som overtidarbeid da dette faller på den ansattes fritid. Overtid er regulert i arbeidsmiljøloven 10-6 og klargjør at arbeid ut over den alminnelige arbeidstid er overtid. For overtid skal det utbetale et tillegg til den lønn arbeidstakeren har for tilsvarende arbeid i den alminnelige arbeidstiden.**

**Overenskomsten Bilag A § 3 definerer at «pålagt arbeid ut over definert arbeidstid etter del 2 §5 er overtidarbeid».**

**Bedriftens syn**

**Borger AS mener avbrutt hvile på natt skal kompenseres med kompensierende hvile iht. medleverforskriften § 3.2. Det skal skrives avvik. Borger AS er enig om at utkalling på natt skal godtgjøres, men skal godtgjøres med grunnlønn/1747 samt UB-tillegg ihht. gjeldende tariff dersom kompensierende hvile ikke gis innen 12t etter forstyrret hvile.»**

- (55) Uenigheten om overtidbetaling for medleverturnus ble sendt til forhandlingsavdelingen i NSF. I notat 29. oktober 2020 fra Elin Lundby vises det til at Borger AS hadde avvist NSFs krav om overtidbetaling for medarbeidere som ble utkalt på hviletid. I Lundbys notat heter det om arbeidstidsordningen:

**«Arbeidstidsordningen er medlevertturnus basert på 33,6 t/u. Aktivt arbeid pr døgn er 14,5 timer.»**

- (56) I e-post 2. mars 2021 fra Lundby til advokat Magnus Buflod i NSF, opplyste Lundby at det var interesse blant medlemmene om å gå videre med uenigheten om overtidbetaling. Lundby purret på saken 8. april 2021.
- (57) Borger AS og NSF reviderte særavtalen høsten 2021. Ny avtale ble signert 1. desember 2021. I protokolltilførsel fra NSF vises det til at særavtalen ville være tariffstridig:

**«NSF påpeker at særavtalen som følge medleverforskriften vil være tariffstridig og viser til sak der det er tatt ut søksmål i sak til Arbeidsretten som vil kunne avklare dette. NSF mener arbeidstidsordninger utover arbeidsmiljølovens bestemmelser må søkes løst ved inngåelse av tariffavtale jf. arbeidsmiljøloven 10-12 (4).»**

(58) **Tvisteforløpet**

- (59) Etter at det ved Arbeidsrettens dom 19. desember 2018 (AR-2018-29) var avklart at Pleie- og omsorgsoverenskomsten skulle gjennomføres ved Hurdalsjøen Recoverycenter, tok

NSF i den forbindelse opp enkelte praktiske spørsmål. I e-post 7. februar 2019 fra advokat Magnus Buflod i NSF til NHO Service og Handel, viste Buflod blant annet til at det etter det NSF forstod ble arbeidet utover 37,5 timer per uke, og at «avtale om arbeid utover 37,5 timer [må] inngås mellom partene i avtale 527». Etter en del e-postutveksling mellom NSF og NHO Service og Handel, opplyste advokat Eva Schei i NHO Service og Handel at bedriften var «omfattet av medleverforskriften» og at de ansatte «jobber medlevertturnus». Til dette svarte advokat Buflod i e-post 13. mars 2019:

**«Skal jeg forstå deg slik at NHO SH mener at medleverforskriften setter tariffavtalens bestemmelser om arbeidstid til side?»**

(60) Advokat Schei bemerket i e-post til Buflod 13. mars 2019:

**«Vi mener at tariffavtalen ikke hindrer bruk av medlevertturnus med de timegrensene som følger av medleverforskriften.»**

(61) Advokat Buflod ba i e-post 11. september 2019 om tvistemøte. Tvisteforhandlinger mellom NSF og NHO Service og Handel ble gjennomført 9. oktober 2019. I protokollen heter det:

**«Norsk Sykepleierforbund anfører:**

**Incita Hurdalsjøen har etablert individuelle arbeidsavtaler med uketimetall som går ut over pleie- og omsorgsoverenskomstens uketimetall med medlemmer av NSF.**

**NSF legger til grunn at overenskomsten ikke åpner for at det inngås arbeidsavtaler med slik innhold. PLO § 2 og 5 fastsetter at uketimetallet i hel stilling er 37,5 timer, med rett til redusert ukentlig timetall for arbeidstakere i skift/turnusordninger. At lov eller forskrift åpner for høyere timetall er uten betydning.**

**NSF legger til grunn at det aktuelle punktet i arbeidsavtalene vil være ugyldig, og erstattes av overenskomstens uketimetall for den aktuelle arbeidstidsordningen de ansatte har. Videre har de ansatte krav på overtidsbetaling for utført arbeid utover overenskomstens timetall.**

**NHO Service og Handel anfører:**

**Pleie- og omsorgsoverenskomsten er ikke til hinder for bruk av medlevertturnus med de timegrensene som følger av medleverforskriften.»**

(62) Tvisteforhandlinger mellom NSF og NHO ble gjennomført 8. februar 2022. I protokollen heter det:

**«Norsk sykepleierforbund anfører:**

**NSF gjør gjeldende at arbeidstidsordninger som innebærer en gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid utover 37,5 timer eller det lavere timetall som gjelder for arbeidstakere i skift/turnusordninger i virksomheter som omfattes av medleverforskriften er tariffstridige uavhengig av om ordningen er etablert ensidig av arbeidsgiver, etter avtale med arbeidstaker eller avtale med tillitsvalgte. Bare NHO og NSF kan avtale eller godkjenne arbeidstidsordninger utover tariffavtalens rammer for ordinær arbeidstid. Noen slik avtale eller godkjenning foreligger ikke for noen av NHOs medlemsbedrifter.**

**Der tariffbundne virksomheter har gjennomført arbeidstidsordninger utover overenskomstens timegrenser, skal slik arbeid godtgjøres som overtid i tråd med tariffavtalens**

bestemmelser. Det vises for øvrig til tvisteprotokoll av 9. oktober 2019 mellom NHO Service og Handel.

**NHO anfører:**

**NHO opprettholder det standpunkt som fremkommer av protokoll mellom NHO Service og Handel og NSF av 9. oktober 2019.**

**NHO anfører at Overenskomst nr. 527 Ikke er til hinder for at bedrifter kan etablere medleverordning i henhold til forskrift av 24. juni 2005 nr.686 om arbeidstid i institusjoner som har medleverordninger (medleverforskriften).**

**Bedriften har ikke opptrådt tariffstridig og det er ikke grunnlag for etterbetaling.»**

- (63) NSF tok ut stevning for Arbeidsretten 8. februar 2022. De saksøkte innga tilsvaer 29. april 2022. Fagforbundet erklærte partshjelp 22. august 2022. NHO bestred begjæringen. Ved Arbeidsrettens kjennelse 27. september 2022 ble Fagforbundet gitt tillatelse til å opptre som partshjelper.
- (64) Hovedforhandling ble gjennomført 7.–9. november 2022. Fire partsrepresentanter og ett vitne avga forklaring. Det ble for øvrig fremlagt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.
- (65) **Partenes påstandsgrunnlag og påstander**
- (66) *Norsk Sykepleierforbund* har i korte trekk anført:
- (67) Medleverordninger reguleres av arbeidstidsbestemmelsene i Pleie- og omsorgsoverenskomsten. Virksomheter som er bundet av overenskomsten kan ikke etablere arbeidstidsordninger utover tariffavtalens timegrenser kun på grunnlag av medleverforskriften. Slike ordninger krever avtale mellom eller godkjennelse fra de overordnede tariffpartene NSF og NHO.
- (68) Det er ingen holdepunkter i lovens eller forskriftens ordlyd eller forarbeider for at bestemmelsene skal gripe inn i Pleie- og omsorgsoverenskomsten. Forskriften er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 10-12 åttende ledd om unntak fra lovens – ikke tariffavtalens – regler om arbeidstid. Når forskriften viser til at arbeidstiden «må ikke overstige» mv., åpner det for å avtale begrensninger. Det er ikke grunnlag for å tolke loven og forskriften slik at regjeringen skal kunne gripe inn i tariffavtalefriheten eller utgangspunktet om at det er tariffpartene som råder over tariffavtalen og må tilpasse den til endrede rettslige rammer.
- (69) Høringene om medleverforskriften og utvidelsen av virkeområdet taler også mot NHOs tolkning. Høringsbrevet presiserer at tariffavtaler kan oppstille ytterligere skranker. Det er ingenting i høringsuttalelsene som tilsier at forskriften er et selvstendig grunnlag for å

etablere medleverordninger. Høringsuttalelsene gjelder forslaget til forskrift, og ikke reguleringer i tariffavtaler.

- (70) Medleverforskriften kan heller ikke begrunne en tolkning av overenskomsten som åpner for å etablere medleverordninger uten avtale mellom eller samtykke fra de sentrale partene. Overenskomsten har en uttømmende regulering, og gjelder også nye arbeidstidsordninger, jf. ARD-2005-1, ARD-2009-1 og ARD-2016-69.
- (71) Det er ikke grunnlag for å fravike de rettslige utgangspunktene i AR-2022-7 (medlever I). NSF har selvstendig partsforhold og en egen tariffavtale. Saksforholdet skiller seg imidlertid fra medlever I-saken. NSF har ikke akseptert bruk av arbeidstidsordninger utover timegrensene i overenskomsten. Arbeidstidsbestemmelsene er klare om tidsrammen for turnusordninger. De lokale partene kan ikke fravike disse, jf. Hovedavtalen § 4-1 og § 6-2. Avvik må godkjennes av NSF og NHO.
- (72) For at lokal praksis som strider mot arbeidstidsbestemmelsene skal kunne tillegges vekt, må den være kjent for de sentrale tariffpartene. NSF har ikke vært kjent med praksis. NSF reagerte innen syv uker etter at forbundet ble kjent med praktisering av medleverordning ved Recoveryakademiet AS. Ved Borger AS var det ikke praksis med medleverordning før tvisten ble markert. Praksis etter at tvisten er reist kan ikke tillegges vekt på grunn av arbeidstakersidens resignasjonsplikt.
- (73) Det er ingen holdepunkter for at NSF har akseptert utvidelsen av arbeidstiden ved Recoveryakademiet AS. NSF var ikke part i særavtalen som ble inngått, og avtalen gir etter sin ordlyd ingen holdepunkter for at det ble avtalt utvidelse av arbeidstiden. De lokale partene begynte i tillegg på en prosess med godkjennelse fra de sentrale partene.
- (74) Ved Borger AS var de lokale partene kjent med at det var tvist om medleverordningen var tariffstridig. Den lokale avtalen har en ordlyd som i seg selv ikke gir sikre holdepunkter for at NSF direkte eller indirekte har akseptert arbeidstidsordningen i Borger AS.
- (75) Det kan ikke tillegges vekt at det eventuelt vil oppstå forskjeller mellom avtalene for NSF og for LO/Fagforbundet. En slik forskjell er vurdert og godtatt av Arbeidsretten i AR-2018-29. Den grunnleggende løsningen i overenskomstene er uansett lik. Etter avtale nr. 453 med Fagforbundet kreves det særavtale, mens det etter avtale nr. 527 med NSF kreves avtale mellom NSF og NHO. Forskjellen blir da bare hvilket organisasjonsledd som må inngå avtalen.



- (76) Ansatte som har arbeidet ut over grensene for arbeidstid i overenskomsten, har krav på overtidsbetaling fra 8. februar 2019. Den tariffrettslige markeringslæren gjelder ikke når den reelle tvisten gjelder tolkning av lov- eller forskrift. HR-2019-1914-A (avlaster III) kan ses på som en oppfordring til å vurdere forholdet mellom markeringslæren og alminnelige regler om pengekrav. Arbeidsretten må lojalt følge opp Høyesteretts anvisning om virkeområdet for den tariffrettslige markeringslæren.
- (77) Arbeidsgiver har basert løsningen på en tolkning av medleverforskriften. Den reelle tvisten er om arbeidstakerne omfattes av overenskomsten på et område hvor medleverforskriften gjelder, og skyldes villfarelse om innholdet i medleverforskriften. Det er en rettsvillfarelse utenfor tariffavtalen. Saken gjelder ikke utmålingen av lønnskravet, men om overenskomsten overhodet skal anvendes. I en slik situasjon er det ikke grunnlag for å fravike utgangspunktet om at arbeidstaker skal ha betaling for arbeid som er utført med de begrensninger som følger av foreldelsesloven.
- (78) NSF har subsidiært markert tvisten overfor NHO Service og Handel i e-post 7. februar 2019 eller fra merknadene i e-post 11. september 2019. Under enhver omstendighet ble tekst som omtaler etterbetaling oversendt 14. januar 2020. Bedriftene i NHO Service og Handel var i tillegg orientert om tvisten i november. Det er ikke nødvendig at kravet markeres overfor Borger AS når den allerede var markert overfor NHO Service og Handel.
- (79) Det er nedlagt slik påstand:
- «1. Pleie- og omsorgsoverenskomsten mellom NHO/NHO Service og Handel på den ene side og NSF på den andre side for tariffperioden 1. mai 2018 til 30. april 2020, 1. mai 2020 til 30. april 2022 og 1. mai 2022 til 30. april 2024 er slik å forstå at arbeidstidsordninger som innebærer en ordinær ukentlig arbeidstid på over 37,5 timer i gjennomsnitt eller det lavere timetall overenskomstens § 5 fastsetter for skift/turnusordninger, krever avtale mellom eller godkjenning av NHO og NSF.
  2. Arbeidstidsordninger ved Borger AS som innebærer en ukentlig arbeidstid som i gjennomsnitt overstiger de timetall som er angitt i Overenskomst 527 § 5 er tariffstridige.
  3. Borger AS dømmes til å foreta etterbetaling til berørte arbeidstakere.
  4. Arbeidstidsordninger ved Recoveryakademiet AS som innebærer en ukentlig arbeidstid som i gjennomsnitt overstiger de timetall som er angitt i Overenskomst 527 § 5 er tariffstridige.
  5. Recoveryakademiet AS dømmes til å foreta etterbetaling til berørte arbeidstakere.»
- (80) Partshjelperen *Fagforbundet* støtter NSF's anførsler og har utdypet anførslene om etterbetalingskravet.
- (81) *Næringslivets Hovedorganisasjon*, med NHO Service og Handel, og *Recoveryakademiet AS* har i korte trekk anført:

- (82) Medleverordningen er en selvstendig arbeidstidsordning hjemlet i forskrift gitt i medhold av arbeidsmiljøloven § 10-12 åttende ledd om unntak for arbeid av «særegen art». Det har formodningen mot seg at det er gitt en forskrift som utelukkende retter seg mot uorganiserte virksomheter. Dersom arbeidstidsordninger med 3-7-4-7-turnus er tariffstridige, kan ordningen ikke videreføres med mindre NSF og NHO blir enige om unntak. Det er ikke et praktisk alternativ at bedriftene skal søke NSF sentralt om unntak.
- (83) Det er en nær sammenheng mellom lovens regler om arbeidstid og arbeidstidsbestemmelsene i overenskomsten. Begrunnelsen for medleverforskriften viser hvorfor den er en selvstendig hjemmel. Dersom det ikke gjaldt unntak for medleverordninger, ville omlegging til lovlige turnusordninger gi et dårligere omsorgs- og behandlingstilbud. Forskriften la til rette for å videreføre eksisterende ordninger. Det er uttrykk for en prioritering av interesser til sårbare grupper med spesielle behov, på bekostning av andre legitime interesser. Høringsuttalelsene gir ingen holdepunkter for at partene mente tariffavtalene begrenset muligheten for å praktisere medleverordninger. NSF's høringsuttalelse viser at tariffavtalen ikke har noen slike begrensninger.
- (84) Subsidiært gjøres det gjeldende at Pleie- og omsorgsoverenskomsten ikke regulerer medleverordninger i Recoveryakademiet AS. Overenskomsten ble opprettet ved kjennelse fra Rikslønnsnemnda, og arbeidsgivers påstand ble lagt til grunn. Overenskomsten skulle være parallell til avtale nr. 481 Pleie- og omsorgsoverenskomsten mellom LO/Fagforbundet og NHO/NHO Service og Handel. Etter ARD-2016-254 og AR-2018-29 er parallelliteten brutt, og NSF's avtale gjelder på et område hvor LO/Fagforbundet er bundet av en annen overenskomst – avtale nr. 453. Ved tolkningen av NSF's avtale må man se hen til den spesielle bakgrunnen for at NSF's overenskomst er gjort gjeldende for Recoveryakademiet AS. Overenskomsten for NSF kan da ikke ha et annet innhold enn avtale nr. 453 slik den ble tolket i AR-2022-7 (medlever I). En slik tolkning vil også hindre reell forskjellsbehandling.
- (85) NSF har uansett tilsynelatende vært enig i at medleverordningen kan praktiseres uten hinder av overenskomsten. Dette har kommet til uttrykk gjennom høringsuttalelser, passivitet og konkludent adferd. Høringsuttalelsen i 2016 er uttrykk for et tariffpolitisk standpunkt. NSF må ha vært kjent med at de hadde medlemmer som arbeidet i medleverordninger.
- (86) For det tilfellet at arbeidstidsordningen er tariffstridig og utløser krav på overtidsbetaling, må kravet begrenses på grunnlag av de tariffrettslige regler om etterbetalingskrav. Disse

reglene gjelder ikke for tvister om lovtolkning, jf. HR-2019-1914-A (avlaster III). Tvisten mellom NHO, NSF og bedriften gjelder tolkning av tariffavtale. Betalingsplikt gjelder med andre ord fra kravet er markert. Dette vil som hovedregel være når det fremmes krav eller tvistes med arbeidsgiver om tariff forståelsen. I dette tilfellet tilsier tidsforløpet og formuleringen av kravet at etterbetaling først kan kreves fra 8. februar 2022 da stevning ble tatt ut for Arbeidsretten. Spørsmål om medleverordningen ble reist i møte med bedriften 9. oktober 2019. Tvisten var da knyttet til individuelle arbeidsavtaler. Etter 28 måneder forhandles tvisten mellom NHO og NSF, og er fortsatt knyttet til individuelle arbeidsavtaler. Lojalitetshensyn tilsier at NSF skulle ha fulgt opp spørsmålet på et tidligere tidspunkt.

(87) Det er nedlagt slik påstand:

«De saksøkte frifinnes.»

- (88) *Borger AS* slutter seg til NHO/Recoveryakademiet AS' anførsler om at overenskomsten ikke er til hinder for å anvende medlevertturnus. For så vidt gjelder påstandsgrunnlaget for *Borger AS*, er det i korte trekk anført:
- (89) NSF har utvist tariffrettslig bindende passivitet og aksept av arbeidstidsordningen ved *Borger AS*. Forbundet har vært kjent med og delvis involvert i prosessen med å opprette særavtale i *Borger AS*. En rådgiver i forhandlingsavdelingen i NSF var kjent med og deltok i forhandlingene om alle relevante deler av medleverordningen. Forhandlingsavdelingen fikk informasjon om særavtalen ved flere anledninger, blant annet i forhandlingsmøte 4.
- (90) NSF har unnlatt å gripe inn selv om forbundet var kjent med at medleverordning var en grunnforutsetning for hele virksomheten. Turnusendringer tar lang tid, og NSF's tariff forståelse vil bety at 3-7-4-7-ordningen må avvikles for sykepleierne. Lojalitetshensyn tilsier derfor at NSF skulle ha reagert klart og tydelig hvis arbeidstidsordningen var tariffstridig.
- (91) NSF's forbehold om at det ikke kunne inngås tariffstridige avtaler oppfyller ikke kravet om reaksjon. NSF konkretiserte ikke hva tariffbruddet bestod i, det ble ikke laget uenighetsprotokoll, og NSF foreslo ikke en annen, tariffmessig turnus. Det ble heller ikke reagert da særavtalen ble revidert i november 2021. NSF har i tillegg gitt uriktige opplysninger om at det ikke var tvist om medleverordningen var i strid med overenskomsten.

- (92) Den generelle henvisningen i forhandlingsmøte 4 og 5 til at turnusen var tariffstridig, oppfyller ikke kravet til markering etter alminnelige tariffrettslige regler. Det ble ikke skrevet uenighetsprotokoll, og NSF fulgte ikke opp saken. Særavtalen ble signert uten at det ble tatt noen forbehold. Stevningen 8. februar 2022 er første gang virksomheten ble kjent med kravet. Borger AS har vært i aktsom god tro om at særavtalen på grunn av NSF's medvirkning og kjennskap til spørsmålet kunne gjelde ved siden av overenskomsten.
- (93) Under enhver omstendighet kan plikten til å etterbetale først gjelde fra stevning ble tatt ut for Arbeidsretten 8. februar 2022.
- (94) Det er nedlagt slik påstand:
- «Saksøkte frifinnes.»**
- (95) **Arbeidsrettens merknader**
- (96) Spørsmålet i saken er om Pleie- og omsorgsoverenskomsten er slik å forstå at bruk av medlevertturnus med timetall utover det som følger av arbeidstidsbilaget i overenskomsten, men innenfor arbeidstidsrammene i medleverforskriften, krever godkjenning fra eller avtale mellom NSF og NHO. De saksøkte har særlig vist til at forskriften er en selvstendig hjemmel eller selvstendig grunnlag for slike ordninger, men har under hovedforhandlingen presisert at saken gjelder tolkning av overenskomsten.
- (97) Arbeidsretten skal ta stilling til hvordan overenskomstens bestemmelser skal forstås og anvendes. I den vurderingen kan offentligrettslige reguleringer få betydning på to måter. For det første kan tariffregulering stride mot ufravikelige regler. Tariffreguleringen kan da måtte vike – det vil si kjennes ugyldig – så langt det er nødvendig for å unngå motstrid. En slik begrensning av tariffavtalen er et inngrep som krever hjemmel i lov. For det andre kan reguleringen eller de hensyn den bygger på, få betydning for tolkningen selv om loven eller forskriften ikke er en tvingende regulering. I denne saken er det også spørsmål om partenes merknader i høringsuttalelsene til forskriften kan belyse tariff forståelsen.
- (98) Medlevertturnusene i de saksøkte virksomhetene har en ukjentlig og gjennomsnittlig arbeidstid langt utover det som er tillatt etter arbeidsmiljøloven kapittel 10. Selv om ordningen har en klar faglig begrunnelse, er avviket fra arbeidstidsbestemmelsene til ugunst for arbeidstaker, og krever særskilt hjemmel for at de skal være lovlige, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9. Lovens § 10-12 fjerde og åttende ledd gir i hovedtrekk to alternative grunnlag for lovlige medleverordninger: Avtale mellom arbeidsgiver og fagforening med innstillingsrett om unntak fra lovens regler, eller forskrift om unntak for arbeid av «særegen art».

- (99) Fra 2005 er det i forskrift gjort unntak for arbeid ved institusjoner hvor det er nødvendig at arbeidstaker oppholder seg i lengre sammenhengende perioder, for å ivareta institusjonens særlige omsorgs- eller behandlingsoppgaver. Forskriften gjaldt opprinnelig bare institusjoner med særlige omsorgs- og behandlingsoppgaver for personer med rus- eller adferdsproblemer, men har senere blitt utvidet til også å gjelde oppgaver for barn plassert i barnevernsinstitusjoner, personer med utviklingshemming, enslige mindreårige flyktninger som bosettes i kommunene og enslige mindreårige asylsøkere.
- (100) Ut fra ordlyden i § 10-12 åttende ledd og forskriften er det ikke hjemmel for å sette til side det som måtte følge av tariffavtalen hvis avtalen gir et bedre vern for arbeidstakeren enn det som følger av loven. Departementet kan i medhold av § 10-12 åttende ledd gjøre unntak fra vernebestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10. Et slikt unntak utvider adgangen til å fravike lovens regler til ugunst for arbeidstaker. I høringsnotatet 14. april 2005 med utkast til den første midlertidige forskriften og kommentarer til bestemmelsene, forutsetter departementet at forskriften ikke griper inn i avtalefriheten som ellers gjelder etter loven. I kommentarene til utkastet til § 1 tredje ledd vises det til at arbeidstidskapittelet i arbeidsmiljøloven kom til anvendelse med de unntak og presiseringer som fulgte av forskriften, og at et «praktisk viktig» poeng var at fagforening med innstillingsrett kunne inngå tariffavtale som tillot arbeidstidsordninger som gikk utover rammene i forskriften. I høringsnotatet drøftet departementet ulike medleverordninger. I den forbindelse pekes det på at muligheten for bruk av slike ordninger kunne ha to avtalemessige begrensninger: For det første ved at den enkelte arbeidstakeren ikke samtykket til ordningen. For det andre ved at tariffavtalene oppstilte begrensninger:

**«Tariffavtaler kan også inneholde bestemmelser som ytterligere begrenser hvilke arbeidstidsordninger som kan etableres.»**

- (101) Forskriften gjelder generelt, det vil si uansett om virksomheten er tariffbundet. Slik sett gjelder den direkte også for tariffbundne virksomheter. Dersom overenskomsten har snevrere rammer for arbeidstiden enn det som følger av forskriften, kan turnusordningen være lovlig, men tariffstridig. Lovens regler om arbeidstid bygger på hensynet til helse og sikkerhet. Loven regulerer som utgangspunkt ikke betalingsspørsmål, med unntak for arbeidstid som etter lovens regler skal regnes som overtid. Tariffavtalens regler om arbeidstid ivaretar vernehensyn, men henger også sammen med tariffavtalens betalingsbestemmelser.

- (102) Forskriften blir på denne bakgrunn ikke en selvstendig og direkte hjemmel i den forstand at medleverordningen kan anvendes uavhengig av hvilke begrensninger som måtte følge av overenskomsten, jf. AR-2022-7 (medlever I) avsnitt 59–61. Spørsmålet er om partenes diskusjon av ordningen på andre måter kaster lys over betydningen av overenskomstens bestemmelser om arbeidstid.
- (103) Arbeidsretten vil først gi en oversikt over overenskomstens regulering av arbeidstid, før retten ser på diskusjonen om medleverforskriften. Deretter vil retten gå inn på hva som kan utledes av de sentrale og lokale partenes opptreden. Det sentrale spørsmålet er hvilke forutsetninger partene kan sies å ha om overenskomstens betydning for medleverordninger.
- (104) *Pleie- og omsorgsoverenskomstens bestemmelser om arbeidstid – utgangspunkter*
- (105) Etter Overenskomsten del II § 5 er den alminnelige arbeidstiden 37,5 timer. Arbeidstidsbilaget om nedsettelse av arbeidstiden per 1. januar 1987 er inntatt som særskilt bilag til overenskomsten, og trekker opp rammene for ulike skift- og turnusordninger. Det er i flere avgjørelser lagt til grunn at arbeidstidsbilaget er uttømmende og at de lokale partene ikke kan avtale andre rammer for arbeidstiden uten godkjenning eller samtykke fra de overordnede tariffpartene, jf. ARD-2005-1, ARD-2009-1, ARD-2012-196, ARD-2015-40 og AR-2017-3. Arbeidstidsordningen må for å være tariffmessig kunne innplasseres i en av kategoriene i bilaget.
- (106) Medlevertturnusene i Recoveryakademiet AS og Borger AS har en ramme for arbeidstiden som isolert sett er tariffstridige. Spørsmålet er om tariffpartene direkte eller indirekte har akseptert eller medvirket til slike avvikende ordninger, jf. AR-2022-7 (medlever I) avsnitt 62 og ARD-2015-40 (Bamble) avsnitt 47. NSF har ikke uttrykkelig akseptert at arbeidstidsbilaget ikke skal gjelde for virksomheter som har medleverordninger. Spørsmålet er hva som kan utledes av diskusjonen om medleverordninger og praksis i de saksøkte virksomhetene.
- (107) *Betydningen av diskusjonen om medleverordningen*
- (108) Medleverordninger går i korte trekk ut på at de ansatte arbeider – står til arbeidsgivers disposisjon – sammenhengende over flere døgn, for deretter å ha en lengre friperiode. Begrunnelsen for ordningen er at kontakt med ansatte gjennom lange arbeidsperioder kan ha positive effekter for personer med særlige omsorgs- og behandlingsbehov, jf. NOU 2016: 1 side 222. Ordningen legger til rette for større grad av stabilitet og kontinuitet. Både brukerne, pårørende og fagfolk mener det har positiv betydning for dem som bor i institusjonene. Ordningene innebærer vekslning mellom perioder med aktiv og passiv

arbeidstid. Både saksøker og partshjelperen har understreket at NSF og Fagforbundet ikke bestrider medleverordningen på faglig grunnlag, men mener ordningen ikke bør reguleres i en forskrift som gjør unntak fra lovens arbeidstidsregler.

- (109) Medleverordninger er på den andre siden belastende for de ansatte. Det er også usikkerhet knyttet til helserisikoen ved slike ordninger. Rapporten «Arbeidstid i barneverninstitusjonene. Praktisering og regulering» (Forskningsstiftelsen FAFO, 2015) av Dag Olberg og Karen-Sofie Pettersen oppsummerer enkelte utfordringer med medleverordninger (side 99–100):

«For det første er det høy grad av variasjon når det gjelder beregning av årstimetall for ansatte, noe som vi også har funnet i vår studie. Det finnes ulike måter å telle timer på og forskjellige forståelser av arbeidstid, hviletid og fritid. Forskriften er særegen om man sammenligner med hvordan arbeidstid ellers reguleres i det norske lov- og avtalesystemet. Innvendinger mot forskriften er at den ikke tydelig definerer hva som er arbeidstid, passiv tid, pauser, fritid og overtid, og hva som er betalt tid eller ikke betalt tid.

Videre er det fra arbeidstakersiden pekt på at gjennomsnittsberegning og lønnsbestemmelser må inngå i tariffavtaler, mens forskriften er lite tydelig når det gjelder slike avtaler. Vi har sett at noen fagforbund ønsker at medleverordningene ikke reguleres etter forskriften, men med hjemmel i arbeidsmiljøloven paragraf 10-12 (4).

For det andre finnes det uenighet når det gjelder forskriftens virkeområde. Her er argumentene på den ene siden at forskriften primært bør fjernes, eventuelt at virkeområdet bør begrenses. Argumentet er at medleverforskriften opprinnelig var ment å regulere arbeidstidsordningene i de tradisjonelle ruskollektivene. Man så ikke for seg at den skulle bli brukt i det omfang den nå blir brukt. På den andre siden er det argumentert for at bruken av medleverordninger, hjemlet i forskrift og/ eller avtaler, først og fremst blir brukt på grunn av faglige hensyn og er ikke primært begrunnet med tilbudspris i anbudskonkurransen. Det er også argumentert for at forskriftens virkeområde bør utvides.

For det tredje - og mer generelt - finnes det fortsatt usikkerhet når det gjelder hvilke effekter slike arbeidstidsordninger med periodevis utvidet arbeidstid kan ha på ansattes helse. Det gjelder spesielt helseeffekter når ansatte har slike arbeidstidsordninger over lengre tid.»

- (110) Rapporten side 41 oppsummerte også diskusjonen i fagbevegelsen. I den sammenheng vises det til innspill fra FO til LO i forbindelse med oppfølgingen av St.meld. 29 (2010–2011). FO anførte at slike ordninger primært burde forankres i avtale med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd:

«FO mente det var uavklarte juridiske problemstillinger knyttet til bruken av forskriften, og at der det er nødvendig med medleverordninger, bør regelen være at arbeidsgiver søker å inngå avtale etter arbeidsmiljøloven paragraf 10-12 (4). Da ville fagforeningene ha mulighet til å stille krav om hviletid. FO viste ellers til at tariffavtale kan begrense adgangen til å bruke forskriften som alternativ til avtale etter arbeidsmiljøloven paragraf 10-12 (4), og at det på arbeidsgiver- og arbeidstakerside i staten, KS-området og Spekter-området var enighet om at avvikende arbeidstidsordninger som falt under forskriftens virkeområde, skulle inngås etter avtale i henhold til denne paragrafen i loven. Dette gjelder også Oslo kommune.

Med dette som bakgrunn oppfordret FO LO til å spille inn at forskriften om medleverordninger burde trekkes tilbake. FO pekte også på at som et minimum burde forskriften endres, slik at det ikke lenger var lovlig å ha en gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid på opptil 60 timer.»

- (111) Medleverordningen ble også vurdert av Arbeidstidsutvalget (NOU 2016: 1). Utvalget pekte på at slike ordninger «kunne i prinsippet ... blitt innført etter avtale med arbeidstakerorganisasjonene med innstillingsrett». Utvalget mente likevel medleverforskriften burde videreføres, men at det var nødvendig med særlig tilsyn med virksomheter som brukte slike ordninger (NOU 2016: 1 side 227):

**«Arbeidstidsordningene som medleverforskriften åpner for, innebærer arbeidsforhold som kan være belastende og kan medføre svekket vern. Arbeidet som utføres er imidlertid ofte av passiv art, og undersøkelser tyder på at de ansatte trives med arbeidstidsordningen. Ordningen benyttes i svært begrenset omfang og omfatter et begrenset antall ansatte. I et velfungerende arbeidsmarked er det i tillegg grunn til å forvente at ansatte som opplever arbeidstidsordningen som belastende eller negativ ikke søker seg til slike stillinger i utgangspunktet, eller velger annen type arbeid raskt. Det er således sannsynligvis en begrenset og selektert gruppe arbeidstakere med gode forutsetninger for å stå i slike arbeidstidsordninger som over tid utfører denne type arbeid. Rapportert høy medarbeidertrivsel blant denne type arbeidstakere understøtter dette.**

**Basert på en helhetsvurdering mener utvalget at forskriften bør videreføres.»**

- (112) Høringssvarene fra arbeidstakersiden til NOU 2016:1 fokuserte særlig på at slike reguleringer burde bygge på avtaler i medhold av arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd. Verken NSF eller LO tok opp den mulige betydningen av arbeidstidsbilaget. I NSF's høringsuttalelse 19. mai 2016 heter det om medleverordningen:

**«Ansatte som er omfattet av midlertidig forskrift om medleverordninger arbeider i praksis langt flere arbeidstimer pr. år enn det andre arbeidstakere i helse- og omsorgssektoren gjør, i tillegg til at de har lange arbeidsøkter. Forskning viser at dette er uheldig. NSF er derfor av den oppfatning at medleverforskriften bør avvikes, og at man i stedet skal basere denne typen ordninger på tariffavtaler. Der hvor det ikke er mulig med tariffavtale, mener vi at Arbeidstilsynet kan ivareta behovet for unntak.»**

- (113) NSF viste særlig til helserisikoen ved slikt arbeid:

**«Medleverturmus innebærer stor arbeidsbelastning, i form av svært lange sammenhengende arbeidsperioder og mange arbeidstimer pr. år. Ved mange institusjoner og enheter som kan ha et ønske om størst mulig kontinuitet i omsorg og oppfølging, har ansatte også svært høye jobbkrav kombinert med liten mulighet til å styre egen arbeidshverdag. En slik arbeidssituasjon vet vi kan øke risikoen for helseplager og ulykker (STAMI). Høye jobbkrav og lav jobbkontroll er særlig utbredt i helse- og omsorgsykker.**

**Selv om medleverforskriften i dag gjelder for både private og offentlige institusjoner, viser undersøkelser at den hovedsakelig benyttes i private virksomheter. Utvalget mener at det er «således sannsynligvis en begrenset og selektert gruppe arbeidstakere med gode forutsetninger for å stå i slike arbeidstidsordninger som over tid utfører denne type arbeid.» NSF er uenig i dette og mener derimot at mange arbeidstakere som arbeider i ulike medleverordninger i privat sektor, ofte er arbeidstakere med svake rettigheter og løs tilknytning til arbeidslivet. Forutsetningene for å kunne stå i slike arbeidstidsordninger er derfor dårligere enn for arbeidstakere i offentlig sektor, hvor organisasjonsgraden er høyere og kunnskapen om fordeler og ulemper med ulike arbeidstidsordninger er bedre.**

**Utvalget begrunner utvidelsen av forskriftens virkeområde blant annet med et ønske om å likestille offentlig og privat sektor ved at «medleverordninger er mindre kostnadskrevenne for virksomhetene enn ordinær turnus». NSF finner det svært betenkelig at et utvalg med kjennskap til de negative sidene ved skift/turnusarbeid og lange arbeidsøkter, velger å øke risikoen for negative helseeffekter for å oppnå en økonomisk gevinst for virksomhetene.»**



- (114) Heller ikke LOs høringsuttalelse 13. juni 2016 peker på at ordningen må praktiseres innenfor rammene i arbeidstidsbilaget. LO mente virkeområdet for forskriften ikke burde utvides, men støttet forslag om å stramme inn arbeidstidens lengde for enkelte medleverordninger.
- (115) Virkeområdet for forskriften ble utvidet i 2016. I høringsnotat 16. mai 2016 pekes det på at offentlige institusjoner har medleverordninger med hjemmel i avtaler etter arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd, mens ordninger etter forskriften i hovedsak ble brukt i private institusjoner. I LOs høringsuttalelse 19. desember 2016 heter det:

«Det er grunnleggende, både i arbeidstidsdirektivet og i arbeidsmiljøloven, at fagforeningene har større muligheter å gi dispensasjoner fra arbeidstidsbestemmelsene enn det som gjelder etter lov/forskrift. Det er absurd at arbeidsgiver skal kunne inngå avtale med den enkelte arbeidstaker om arbeidstidsordninger som langt overskrider det som etter arbeidsmiljøloven ellers kan avtales lokalt med tillitsvalgte. Sammen med Arbeidstilsynets dispensasjonsadgang, sistnevnte riktignok med noen flere begrensninger knyttet til samtykke, mener LO at dette er tilfredsstillende for å sikre de faglig gode løsningene som Arbeids- og sosialdepartementet vektlegger.

...

**Oppsummert**

**LO mener at medleverforskriften bør oppheves.**

**LO mener at dagens medleverforskrift:**

- Undergraver normalarbeidsdagen
- Forverrer arbeidsvilkårene for et stadig større antall arbeidstakere
- Undergraver tariffavtalenes regulering av arbeidstid
- Reduserer arbeidstakervernet knyttet til HMS
- Forskyver maktbalansen til fordel for arbeidsgiver.»

- (116) Spørsmålet er hva som kan utledes av hørings svarene om betydningen av arbeidstidsbilaget for medleverordninger.
- (117) Utgangspunktet er at medleverturnus er en turnusordning som ut fra arbeidstidsbilagets system må følge bestemmelsene der. Det trekker opp en snevrere ramme for arbeidstiden enn det som følger av forskriften. For å utvide rammen for arbeidstiden må de overordnede tariffpartene samtykke i at de lokale partene fraviker bilaget. Hvis de alminnelige tariffbestemmelsene om arbeidstid skulle gjelde for medleverordninger, kunne det vært naturlig å peke på det i omtalen av kravet til avtale for å praktisere slike ordninger. NSF var blant annet kritisk til at arbeidstidsutvalget så på medleverordninger som «mindre kostnadskrevende for virksomhetene enn ordinær turnus», jf. avsnitt 113. En slik forutsetning ville ikke slå til dersom de ordinære turnusbestemmelsene skulle gjelde for

ordningen. Den manglende omtalen av arbeidstidsbilaget kan derfor tolkes som at ingen av partene så for seg at overenskomsten uten videre gjaldt for medleverordninger.

- (118) Høringssvarene er på den andre siden kommentarer til forslag til forskrift om unntak fra lovens regler. Dette viser seg blant annet gjennom henvisningen til at ordningen burde bygge på avtaler med hjemmel i § 10-12 fjerde ledd, blant annet for å sikre medvirkning ved utformingen av hviletid. Tausheten om gjeldende tariffregulering er derfor ikke uten videre en erkjennelse i et tolkningsspørsmål som ikke var reist av partene. Det kan derfor ikke trekkes bindende slutninger om tariff forståelsen fra denne tausheten. Unnlåtelsen av å peke på tariffreguleringen kan imidlertid tyde på at tariffavtalen ikke er oppfattet som å ha samme gjennomslagskraft overfor medleverordninger som for andre ordninger.
- (119) I motsetning til andre saker om forholdet mellom arbeidstidsbilaget og avvikende bedriftsvisse ordninger, er medleverordningen en gjennomgående regulering for et bestemt tjenestetilbud, med en øvre ramme for arbeidstiden fastsatt i forskrift. Når forskriften på generelt grunnlag åpner for ordninger som går klart utover rammene i arbeidstidsbilaget, bør tariffparten på en klar og utvetydig måte markere at ordningene må organiseres etter arbeidstidsbestemmelsene i overenskomsten hvis dette er en absolutt skranke for lokale ordninger.
- (120) En direkte og umiddelbar anvendelse av arbeidstidsbilaget for ordninger som er iverksatt, kan få negative følger for behandlingstilbudet. Dette illustreres av tilpasningene som er drøftet ved Borger AS som følge av den foreliggende tvisten. De lokale partene har vinteren og våren 2022 drøftet nødvendige endringer og tilpasninger av turnusen for det tilfellet at arbeidstidsbestemmelsene i overenskomsten skulle gjelde for medleverordningen. Dette har vært tema i flere møter i samarbeidsutvalget (SAMU)
- (121) Etter at Arbeidsretten hadde avsagt dom i medlever I-saken, la Borger AS til grunn at medleverturnus kunne videreføres. Man ønsket å tilby medleverordning til sykepleierne, men var bekymret for den økonomiske risikoen dersom den var tariffstridig. Det fremgår av referatet at hovedtillitsvalgt for sykepleierne formidlet at sykepleierne ønsket medleverturnus.
- (122) I oktober 2022 har partene i Borger AS drøftet muligheten for å organisere medleverordninger innenfor rammene for arbeidstiden som følger av overenskomsten. En arbeidsgruppe nedsatt våren 2022 hadde sett på alternativer. I referat fra SAMU-møte 3. oktober 2022 heter det:

**«Det er praktisk gjennomførbart for Borger AS å legge om turnusen. Arbeidsgiver ønsker å arbeide frem et turnusforslag som er innenfor tariffavtalens bestemmelser om arbeidstid som skal inntreffes så raskt som mulig dersom arbeidsgiver taper saken.»**

(123) De tillitsvalgte uttrykte at medleverturnus var ønsket blant de ansatte. I referatet heter det:

**«Hovedtillitsvalgt for NSF formidler at ansatte sykepleiere i Borger ønsker å gå medleverturnus. Det samme gjør HTV for Fagforbundet og Hovedverneombud, samt representant for de uorganiserte. De tror at en endring av turnus vil medføre oppsigelser fra ansatte. De uttrykker bekymring for driften av alle boliger, særlig de boligene som ligger avsidesliggende til. Vil det være mulig å fortsatt drifte disse.»**

(124) I SAMU-møte 10. oktober 2022 varslet arbeidsgiver endring av turnusen. Det var ønskelig med en lik turnusløsning for alle ansatte. Ordningen måtte så langt det var mulig ligne på en 3-7-4-7-turnus for å ivareta hensynet til kontinuitet og forutberegnelighet for beboerne. Tre løsninger ble drøftet. To av dem gjaldt søknad etter arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd, for eksempel en 3-7-4-7-ordning. Et tredje alternativ var turnusordning innenfor en ramme på 35,5 timer per uke, men med stillingsprosent på 94,83. Virksomheten mente en 3-7-4-7-ordning var utelukket på grunn av kostnadene. Partene var enige om at det tredje alternativet fremsto som den mest hensiktsmessige løsningen.

(125) Hensynet til innrettelse og planlegging av driften, samt hensynet til beboerne, tilsier krav om klar markering for at virksomheten ikke kan ha medleverordning innenfor rammen av medleverforskriften eller markering av at turnusen skal følge de alminnelige rammene i overenskomsten. NSF hadde på denne bakgrunn en særlig og nærliggende foranledning til å avklare så tidlig som mulig på overordnet nivå at overenskomstens arbeidstidsbestemmelser gjelder som skranke for praktisering av alle medleverordninger. Når forbundet i stedet har innlatt seg på eller medvirket i forhandlinger om slike ordninger, kan forbundet ikke få medhold i at iverksettelse av medleverordninger generelt krever godkjenning fra eller avtale mellom NSF og NHO. Overenskomsten må da tolkes slik at den ikke er til hinder for lokale særavtaler som regulerer gjennomføring av og kompensasjon for medleverordninger innenfor rammen av medleverforskriften.

(126) I denne sammenheng kan det også vises til at det i 2019 var noe kontakt mellom NSF og NHO Service og Handel om forholdet mellom overenskomsten og forskriften, jf. avsnitt 59 flg. NSF tok opp spørsmålet om forskriften satte til side tariffavtalens bestemmelser om arbeidstid. Tvisteforhandlinger mellom NSF og NHO Service og Handel ble gjennomført 9. oktober 2019. Tvisteforhandlinger mellom NHO og NSF ble først gjennomført i 8. februar 2022. Hvis NSF la til grunn at virksomhetene generelt var tariffrettslig avskåret fra å praktisere medleverordninger innenfor rammene i forskriften, ville det vært naturlig å

tvistebehandle spørsmålet før 2022. Spørsmålet har for øvrig ikke blitt tatt opp i tariffrevisjoner.

- (127) På denne bakgrunn er arbeidstidsbilaget ikke en absolutt skranke for anvendelse av medleverordninger. Samtidig er det ikke utelukket at bilaget kan være anvendelig. Dette beror på hvordan ordningene er gjennomført lokalt og i hvilken grad NSF har medvirket i disse prosessene.
- (128) *Praktiseringen av overenskomsten i Recoveryakademiet AS og Borger AS*
- (129) De lokale avtalene i de saksøkte virksomhetene har løst behovet for tilpasning av betalingsbestemmelser og eventuelle tilpasninger av bestemmelser om kompenserende hvile. Dokumentasjonen viser at det har vært reelle forhandlinger mellom partene. Det har imidlertid gått lang tid fra NSF burde kjent til de lokale ordningene, til det ble markert overfor NHO at ordningene var tariffstridige. Det tilsier at forbundet ikke har bygget på at arbeidstidsbilaget gjaldt på vanlig måte for disse medleverordningene.
- (130) NSF fremmet i 2017 krav om at overenskomsten skulle gjøres gjeldende for Hurdalsjøen Recoverycenter. Etter at det var avklart at overenskomsten gjaldt, begynte forhandlinger om særavtale høsten 2019. Denne avtalen ble deretter videreført. Det er først under forhandlingene i 2021 det anføres at arbeidstidsordningen må godkjennes av NSF og NHO. Dette begrunnes med reglene i arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd, og ikke at det er tale om å fravike arbeidstidsbilaget. I NSF's tilbakemelding 25. juni 2021 til Recoveryakademiet AS vises det til at søknaden må sendes via NHO. Til tross for tvisteforhandlingene mellom NSF og NHO Service og Handel i 2019, nevnes ikke forholdet mellom forskriften og overenskomsten.
- (131) Situasjonen er den samme for Borger AS. Virksomheten oppfordret til valg av tillitsvalgt for NSF, og NSF bistod den nye tillitsvalgte i forhandlingene om særavtale. Disse forhandlingene pågikk over lengre tid, og NSF var kjent med prosessen. NSF har da direkte og indirekte medvirket til etableringen av den lokale særavtalen, uten å anføre at det kreves avtale eller samtykke for å fravike arbeidstidsbilaget. NSF tok i forhandlingsmøte den 29. juni 2020 opp at man ikke kunne inngå avtale «på tvers av tariffen», og at det måtte søkes NSF og NHO om unntak, jf. avsnitt 47 foran. Borger AS opplyste i forhandlingsmøte 8. juli 2020 at NHO hadde meddelt at det ikke var nødvendig med samtykke for å gjennomføre medleverordningen. Til tross for dette fortsatte forhandlingene mellom NSF og Borger AS, med særlig fokus på bestemmelser om kompenserende hvile og overtidsbetaling.

- (132) Diskusjonen om medleverordningen og NSF's direkte og indirekte medvirkning i forhandlingene om medleverordningene i Recoveryakademiet AS og Borger AS, tilsier at det ikke gjelder et krav om godkjenning fra eller avtale mellom NSF og NHO for å praktisere disse medleverordningene. På denne bakgrunn må de saksøkte frifinnes. Det er da ikke nødvendig å ta stilling til et krav om etterbetaling.
- (133) Dommen er enstemmig.

## SLUTNING

De saksøkte frifinnes.

Tron Løkken Sundet  
(sign.)

Hanne Inger Bjurstrøm  
(sign.)

Liv Gjølstad  
(sign.)

Gerd Torkildson  
(sign.)

Niels Selmer Schweigaard  
(sign.)

Anne Merete Bull  
(sign.)

Bent Ove Hanasand  
(sign.)

Rett utskrift bekrefte: