



ARBEIDSRETTE

Arbeidstid – medleverordning. Etterbetalingskrav.

Saken gjaldt spørsmål om arbeidstidsordning (medleverordning) innenfor rammene fastsatt i medleverforskriften, men utenfor rammene som fulgte av arbeidstidsbestemmelsene i Overenskomst nr. 453, var tariffstridig. Etter Arbeidsrettens dom i AR-2022-7 (medlever I), frafalt LO/Fagforbundet krav om at lokale avtaler om medleverordninger med andre rammer for arbeidstiden enn dem som fulgte av overenskomsten, måtte godkjennes av de overordnede tariffparter. LO/Fagforbundet gjorde imidlertid gjeldende at det var et vilkår at slike ordninger bygget på avtale mellom partene i virksomheten (særavtale). Arbeidsrettens flertall (6 dommere) kom på bakgrunn av AR-2022-7 (medlever I), AR-2022-38 (medlever II) og overenskomstens ordlyd, historikk og systematikk, til at overenskomstens arbeidstidsbestemmelser ikke hadde samme absolutte karakter som i andre overenskomster mellom LO og NHO. Presiseringen i overenskomsten § 3 om at det kunne inngås særavtaler som utfylte rammene i overenskomsten, måtte tolkes på denne bakgrunn. Det var derfor adgang til – og et krav om – å inngå særavtaler dersom virksomheten ville praktisere medleverordninger med andre rammer for arbeidstiden enn dem som fulgte av overenskomsten. Når det ikke forelå slik særavtale, var ordningen tariffstridig, og de ansatte hadde krav på etterbetaling. På bakgrunn av rettspraksis og de hensyn som lå til grunn for den tariffrettslige markeringslæren, kom retten til at plikten til etterbetaling i dette tilfellet først gjaldt fra tidspunktet da stevning ble inngitt til Arbeidsretten.

Dom 9. oktober 2023 i

sak nr. 37/2022, AR-2023-25

Landsorganisasjonen i Norge, med Fagforbundet (advokat Edvard Bakke og advokat Kjetil Skeide Edvardsen) mot Næringslivets Hovedorganisasjon og Ecura Bo og Habilitering AS (advokat Torunn Margrete Hardeland. Rettslig medhjelper: Advokat Kurt Weltzien).

Dommere: Tron Løkken Sundet, Hanne Inger Bjurstrøm, Georg Fr. Rieber-Mohn, Tor-Arne Solbakken, Niels Selmer Schweigaard, Liv Christiansen og Bent Ove Hanasand.

- (1) Spørsmålet i saken er om det er tariffstridig å praktisere medleverturnus med annen ukentlig arbeidstid enn den som følger av Overenskomst nr. 453 § 4 nr.

4 og arbeidstidsbilaget, når dette ikke har grunnlag i lokal særavtale. Dersom medleverturnusen er tariffstridig, er det spørsmål om krav på etterbetaling må begrenses ut over det som følger av reglene i foreldelsesloven.

- (2) Partene er bundet av Overenskomst nr. 453 mellom NHO og LO/Fagforbundet for tariffperioden 1. mai 2022–30. april 2024. Saken gjelder overenskomstene for tariffperiodene tilbake til 2018. Hovedavtalen mellom LO og NHO inngår som overenskomsten del I. Bestemmelsene om nedsettelse av arbeidstiden pr. 1. januar 1987 (arbeidstidsbilaget) er inntatt som bilag 5 til overenskomsten.
- (3) **Bakgrunnen for saken**
- (4) Ecura Bo og Habilitering AS (Ecura) leverer døgnkontinuerlige omsorgstjenester til personer med særlige og sammensatte behov for bistand. Selskapet leverer tjenester i henhold til kontrakter med kommuner, hvor det stilles krav om medleverturnus. Ved medleverturnus arbeider de ansatte sammenhengende over flere døgn, for deretter å ha en lengre friperiode.
- (5) Ecura ble etablert i 2018 og viderefører tre virksomheter som tidligere var selvstendige juridiske enheter. Virksomheten ble før drevet i selskapene Mestrings- og læringscenteret AS (ML-senteret), Melås Helse AS (Melås) og Mjøsen Bo og Habilitering AS (Mjøsen). Disse startet virksomhet i perioden 2005–2007 og ble kjøpt opp av Ecura i perioden 2016–2017.
- (6) ML-senteret og Melås ble i desember 2018 fusjonert med Mjøsen, og den nye virksomheten endret navn til Ecura. Alle virksomhetene praktiserte medleverordninger på tidspunktet for sammenslåingen, og i hovedsak ordninger med gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid på 48 timer.
- (7) Én av virksomhetene – ML-senteret – var tariffbundet før sammenslåingen. Overenskomst nr. 453 ble gjort gjeldende fra 6. september 2013, og den parallelle overenskomst nr. 536 mellom YS og NHO ble gjort gjeldende fra 2. juli 2014.
- (8) Ved ML-senteret ble det i 2013 og 2015 stilt spørsmål ved lovligheten av arbeidstidsordningen. I 2013 var det spørsmål om arbeidstidsordningen måtte

godkjennes av Arbeidstilsynet. Tilsynet konkluderte med at forskriften om medleverordninger gjaldt for virksomheten, slik at det ikke var nødvendig med tilsynets godkjennelse. I 2015 ble ML-senteret saksøkt av tre tidligere ansatte med krav om erstatning for brudd på medleverforskriften. Virksomheten ble frifunnet ved Inntrøndelag tingretts dom 2. september 2016. Forholdet til overenskomsten er ikke blitt drøftet av partene i virksomheten.

- (9) Medleverordning har vært kommentert i protokoller fra lønnsforhandlingene ved ML-senteret. I protokoll fra lønnsforhandlingene for overenskomst nr. 536 den 15. november 2016, vises det til at virksomheten har ulike arbeidstidsordninger, men at medleverordningen er den mest brukte. Denne formuleringen ble også brukt i protokollen fra lønnsforhandlingene 4. september 2018. I protokollen fra forhandlingene i 2016 heter det videre:

«Tillegg, såkalt medlevertillegg, har høy sats i vårt lønssystem, dette har vært viktig for oss å opprettholde for å unngå vesentlige endringer for den enkelte ansatte.»

- (10) HR-lederen i ML-senteret og den hovedtillitsvalgte for Delta undertegnet 29. august 2017 slik erklæring om medleverordningen:

«Bruk av medleverturnus i vårt arbeid har vært drøftet og diskutert hos oss for mange år siden. Dette er en diskusjon vi anser oss som ferdig med. Virksomheten ble etablert i 2005 og vi har praktisert medleverturnus siden den gang. Det er en felles enighet og forståelse blant ansatte, tillitsvalgte og ledelsen om at medleverturnus er riktig og viktig for oss. Det har vært et ønske fra våre ansatte, samt at det utvilsomt er det beste for våre brukere. I arbeidet med utarbeidelsen av vår medleverturnus så var Arbeidstilsynet inne som et rådgivende organ.

Det er en bransjenorm å bruke medleverturnus både blant private aktører og stiftelser som jobber med brukere med adferdsproblematikk

Det er godt lagt til rette for og system på at vi overholder de betingelsene som ligger i det å jobbe medleverturnus. Dette gjelder f.eks. egne rom til ansatte og gjennomføring av hviletid.

Våre brukere er hos oss på grunn av store adferdsproblemer, noe som gjør at de er veldig avhengig av trygghet og forutsigbarhet. Hos oss får de bolig, omsorg og en hverdag med opplevelser og mestring basert på sine individuelle behov/ønsker/muligheter. Medleverturnus er et meget viktig element i dette arbeidet og en forutsetning for hele vår virksomhet.»

- (11) Det er ikke sammenlignbar praksis i de andre virksomhetene.

- (12) Etter sammenslåingen i desember 2018, er medleverordningene nevnt i protokoller fra lønnsforhandlinger. I protokoll fra forhandlingene i 2019 heter det:

«EBOH ønsker å være en attraktiv arbeidsgiver med betingelser som skaper en stabil arbeidsgruppe med lite turnover. Vi skal ikke være lønnsdrivende, men ha konkurransedyktig løsninger for våre ansatte. EBOH har ulike arbeidstidsordninger med medleverturnus som den mest brukte.»

(13) Ordningen er også omtalt i referater fra møter i arbeidsmiljøutvalg, blant annet da man i 2019 innførte turnuser med gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid på 56 timer.

(14) **Tvisteforløpet**

(15) Høsten 2020 krevde tillitsvalgt for Fagforbundet i Ecura at medleverordningen skulle reguleres av Overenskomst nr. 453, og det ble krevd kompensasjon for hviletid/passiv tid. Det ble også anført at turnusplanene måtte godkjennes av Fagforbundet sentralt.

(16) I protokoll fra forhandlingsmøte 28. september 2020 mellom Fagforbundet og virksomheten, heter det om forholdet til overenskomsten:

«Fagforbundet ønsker at arbeidstidsordningen medlever skal omfattes av tariffavtale 453. Fagforbundets medlemmer lokalt ønsker at turnusplaner som innebærer arbeidstid over 35,5 timer pr uke skal sendes til godkjenning til Fagforbundet sentralt.

[Hovedtillitsvalgt] har ikke fått tilbakemelding på krav om lokal avtale som han har tatt opp på møter med arbeidsgiver tidligere. [...]

Arbeidsgiver presiserer at dersom det er en uenighetsprotokoll [hovedtillitsvalgt] trenger for at Fagforbundet skal fortsette sitt «løp», så kan han selvfølgelig få det. Han må imidlertid være klar over konsekvensene dette kan få for medlemmene/alle ansatte. Det er krevende for arbeidsgiver at [hovedtillitsvalgt] setter medlevertturnusen på spill på vegne av mange ansatte, og uten at ledelsen kan være trygg på at det er dette de ansatte faktisk ønsker.

Bedriften mener at Medleverforskriften er en selvstendig ordning som eksisterer «ved siden av» arbeidsmiljøloven og tariffavtaler. Bedriften viser til den pågående tvistesaken mellom partene sentralt, dvs Fagforbundet/LO og NHO.

Bedriften kommer ikke til å forhandle lokalt/inngå avtale om at medleverordningen skal omfattes av tariffavtalen. Ledelsen har oppfattet at ansatte er fornøyde med å jobbe i medleverordning, dvs at det er en fordelaktig arbeidstidsordning for mange ansatte. Det stilles spørsmål om Fagforbundet er klar over at de risikerer at arbeidstidsordningen medlever kan bortfalle, med de negative konsekvenser det vil få for medlemmene. Bortfall av medleverordningen kan også ha negative konsekvenser for tjenestemottakere og for bedriftens konkurranseevne. [...]

[Hovedtillitsvalgt] sier han og de tillitsvalgte i utgangspunktet ikke ønsker å sende uenighetsprotokoll til Fagforbundet sentralt, og at han gjerne vil beholde medlevertturnusen.»

(17) Det ble opprettet egen protokoll om tvistespørsmålet. Denne ble først signert 4. mars 2021. I innledningen til protokollen heter det at medlemmene «ønsker forhandlinger om en lokal avtale som omhandler de saker som de mener er i strid med avtale 453», slik at man kunne «fortsette med medlevertturnus uten å være i strid med avtale 453». I e-post 8. oktober 2021 fra hovedtillitsvalgt til arbeidsgiver, heter det:

«Fagforbundet mener det skal innhentes godkjenning fra Fagforbundet sentralt i samsvar med aml § 10-12 (4) for å benytte medlevertturnuser i tilfeller der gjennomsnittlig arbeidstid går

utover overenskomstens timetall jf pkt 4.4. Det betyr at en slik turnus, uten slik godkjenning, ikke er tillatt. LO/Fagforbundet og NHO/NHO Service og Handel er uenig om dette. Dette spørsmålet skal behandles i en sak som står for Arbeidsretten.

Det er LO/Fagforbundet som er part i overenskomsten, og det er derfor kun LO/Fagforbundet som har kompetanse til å avtale fravik fra denne. Det betyr at søknad om arbeidstidsordninger som går utover overenskomstens timetall kan sendes til FAGFORBUNDET Postboks 7003 St.Olavsplass, 0130 Oslo.

Vi ønsker å fremme dette prinsipielle standpunktet, samtidig som vi ønsker å fortsette å arbeide i medlevertturnus, men da i lovlig og gyldig avtalt medlevertturnus. I vil derfor fortsette å arbeide i våre turnuser, til tross for at vi mener de er i strid med tariffavtalen. Dette følger av resignasjonsplikten. Det ligger i dette at vi mener arbeidet vil danne grunnlag for etterbetalingskrav, både av overtidstillegg, og mulige lønnelementer, ubekvemstillegg, frem til det eventuelt inngås gyldig avtale etter aml. § 10-12 (4).

Fagforbundet er av den oppfatning at etterbetalingskravet allerede er tariffrettslig markert mellom organisasjonene med virkning i alle virksomhetene, men for det tilfelle at Arbeidsretten ikke skulle være enig med Fagforbundet i dette, markeres med dette våre medlemmers etterbetalingskrav her.»

- (18) Virksomheten var kjent med at tvist om tariffmessigheten av medlevertordninger var til behandling i Arbeidsretten (Arbeidsrettens sak nr. 12/2021 – «medlever I»). I ekstraordinært styremøte 12. november 2021 drøftet man mulige praktiske og økonomiske konsekvenser som kunne oppstå dersom medlevertordningen ble kjent tariffstridig. I referatet fra styremøtet heter det:

«Fagforbundet mener at medlevertforskriften burde ha vært regulert inn i tariffavtalen. I tillegg har Fagforbundet fremmet krav om etterbetaling av ubekvemstillegg (kveld-/natt-, helgetillegg og helligdagstillegg) og overtidstillegg.

Alle andre virksomheter i bransjen er trukket inn den siste måneden.

Ecura mottok brev med tema "Markering i sak" fra lokale tillitsvalgte den 08.10.21. Brevet dreier seg om etterbetalingskrav. Resultatet av arbeidsrettssaken vil også påvirke Ecura. Dersom Fagforbundet vinner frem med sin sak, dvs. dom i favør av Fagforbundet, så er ikke lenger medlevertturnusen bærekraftig økonomisk og må avvikles. Ved eventuell avvikling vil det gå ut over de ansatte, samt tjenestemottakerne – som vil måtte forholde seg til flere mennesker i ordinær turnus. Det vil også bli vanskeligere å opprettholde tiltak i perifere geografiske strøk. Det vil også være kontraktsbrudd i forhold til avtalen med flere oppdragsgivere.»

- (19) Mulige konsekvenser av tariffstrid ble deretter drøftet i møte 13. januar 2022 mellom de tillitsvalgte og virksomheten. I referatet fra møtet heter det:

«Partene har forskjellig syn/ståsted, men er enige om følgende:

- a) Det er ønskelig at medlevertordninger kan praktiseres videre fremover. Dette av hensyn både til tjenestemottakere og ansatte.
- b) Det er stor usikkerhet knyttet til utfall og konsekvenser av en dom i Arbeidsretten. Det ville vært en fordel om partene sentralt hadde kommet til forlik før saken skal behandles i Arbeidsretten.»

- (20) Dom i Arbeidsrettens sak nr. 12/2021 (AR-2022-7 (medlever I)) ble avsagt 21. mars 2022. I brev 1. april 2022 fra Fagforbundet til NHO Service og Handel

ble det gjort gjeldende at det var et vilkår for å anvende medleverordninger at det hadde grunnlag i særavtale. I brevet uttales det:

«Det er altså et vilkår for å etablere slike arbeidstidsordninger som et fravik fra Overenskomstens arbeidstidsrammer at dette avtales i særavtaler, og Arbeidsretten har en grundig begrunnelse for denne tariff forståelsen.

Arbeidsrettens dom må leses helhetlig, men avsnittene 65, 69 og 74 viser tydelig hvordan tariff forståelsen utledes. Denne forståelsen av Overenskomsten vil Fagforbundet forholde seg til fremover.

Vi gjør oppmerksom på at mangel på særavtale som regulerer avvikende arbeidstidsordninger innebærer at Overenskomstens vanlige rammer gjelder, også innenfor virkeområdet for medleverforskriften.»

- (21) NHO Service og Handel var uenig i at virksomhetene måtte ha lokal særavtale for å praktisere medleverordninger. I brev 13. mai 2022 til Fagforbundet uttales det:

«Etter vår oppfatning tar dommen konkret stilling til foreneligheten mellom Overenskomsten og inngåtte særavtaler i de to saksøkte medlemsbedriftene om bruk av arbeidstidsordninger etablert i tråd med medleverforskriften. Det konkluderes med at Overenskomstens generelle arbeidstidsbestemmelser ikke begrenser muligheten for å regulere bruk av medleverordning i særavtaler. Dommen tar etter vårt syn ikke stilling til forhold utover denne situasjonen.»

- (22) Tvisteforhandlinger mellom LO/Fagforbundet og NHO/NHO Service og Handel ble gjennomført 10. juni 2022. Partene fastholdt standpunktene i brevvekslingen 1. april og 13. mai 2022.

- (23) LO, med Fagforbundet, tok ut stevning for Arbeidsretten 28. oktober 2022. De saksøkte innga tilsvaret 16. desember 2022. Hovedforhandling ble gjennomført 29.–31. august 2023. Tre partsrepresentanter og åtte vitner avga forklaring. Det ble fremlagt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken. Dom er avsagt etter fristen i arbeidstvistloven § 56 andre ledd andre punktum grunnet reisefravær i utlandet blant rettens medlemmer.

- (24) **Partenes påstandsgrunnlag og påstander**

- (25) *Landsorganisasjonen i Norge*, med Fagforbundet, har i korte trekk anført:

- (26) Det følger av AR-2022-7 (medlever I) at medleverordninger som angitt i medleverforskriften må etableres ved lokale særavtaler. Dette er en tariffrettslig skranke for styringsretten. I høringsrunden i 2005 for midlertidig forskrift om medleverordninger la departementet til grunn at tariffavtaler kunne

begrense adgangen til å gjennomføre medleverordninger. Forskriften bygger derfor på en forutsetning om tariffautonomi og skranker for styringsretten.

- (27) Det følger av overenskomstens ordlyd, historikk og praksis at medleverordninger må bygge på særavtale. For det første presiserer overenskomsten § 3 at avtalen er en rammeavtale som partene skal utfylle gjennom særavtaler. Denne forutsetningen ble også lagt til grunn av Tvisteløsningsnemnda da overenskomsten første gang ble gjort gjeldende for omsorgsvirksomheter i 2013. I oppfølgingen av nemndas avgjørelse ble dette lagt til grunn for krav om etterbetaling fra det tidspunkt tidligere særavtaler om medleverordninger hadde falt bort.
- (28) Praksis blant omsorgsbedrifter viser at ordningene må bygge på særavtaler. LO/Fagforbundet er bare kjent med to eksempler på at ordninger ikke har grunnlag i lokal særavtale. Praksis i bransjen er også i tråd med anbefalingene som var inntatt i utkast til veileder om særavtaler som NHO Service utarbeidet i 2018.
- (29) Et vilkår om at ordningen må bygge på særavtale, er ikke noe hinder for medleverordninger. I Ecura ønsker arbeidsgiver, ansatte og fagforeninger medleverordninger. Det er derfor mulig å inngå særavtaler om dette. En regel om at ordningen kan gjennomføres hvis det har vært tilstrekkelig informasjon, drøftelse og medvirkning vil på den andre siden være umulig å praktisere. Dersom det ikke kreves særavtale, er det grunn til å tro at oppslutningen om fagforeninger vil svekkes fordi medlemskap og tariffavtaler ikke sikrer medbestemmelse for den svært spesielle arbeidstidsordningen som medleverordningen er.
- (30) Arbeidsgiver har plikt til å foreta etterbetaling så langt kravet ikke er foreldet etter reglene i foreldelsesloven. Tvisten gjelder i realiteten forståelsen av medleverforskriften. Når spørsmålet i saken gjelder tolkning av lov og forskrift, og ikke tolkning av tariffavtalen, kan den tariffrettslige markeringslæren ikke anvendes, jf. HR-2019-1914-A (avlaster III) avsnitt 36. Tvisten gjelder om medleverforskriften gjør unntak fra overenskomstens arbeidstidsbestemmelser. Dersom arbeidstidsbestemmelsene i

overenskomsten gjelder, er det ingen tvist om forståelsen av betalingsbestemmelsene.

(31) Under enhver omstendighet ble kravet generelt markert overfor tariffbundne virksomheter i møte mellom Fagforbundet og NHO Service og Handel 24. januar 2020, eventuelt i møte 28. september 2020 mellom Fagforbundet og Ecura.

(32) Det er nedlagt slik påstand:

«1. Arbeidstidsordninger i virksomheter bundet av Overenskomst 453 basert på medlevertturnus iht. medleverforskriften, og som går ut over de alminnelige rammer for arbeidstid i Overenskomst 453 § 4 nr. 4, uten lokal særavtale som regulerer slike avvik fra arbeidstidsbestemmelsene, er i strid med Overenskomst 453.

2. Berørte arbeidstakere har krav på etterbetaling i samsvar med påstandens pkt. 1 fra og med 1. oktober 2019.»

(33) *Næringslivets Hovedorganisasjon*, med NHO Service og Handel, og *Ecura Bo og Habilitering AS* har i korte trekk anført:

(34) Overenskomst nr. 453 begrenser ikke adgangen til å praktisere medleverordninger i henhold til styringsretten og innenfor rammene som følger av medleverforskriften. Arbeidsretten har i AR-2022-7 (medlever I) avsnitt 74 lagt til grunn at overenskomsten ikke regulerer medleverordninger. Verken overenskomsten § 4 nr. 4 eller arbeidstidsbilaget begrenser adgangen til å anvende medleverordninger, jf. AR-2022-7 (medlever I) avsnitt 62 og AR-2022-38 (medlever II) avsnitt 127. Ecura kan derfor videreføre ordningen selv om det etter sammenslåingen av virksomhetene ikke er inngått særavtale med de tillitsvalgte.

(35) Det er ingen holdepunkter for at LO og NHO var enige om å oppstille et vilkår om særavtale for å etablere medleverordninger. NHO har blant annet i brev til Bufetat 13. oktober 2018 klart tilkjennegitt at det ikke er krav om særavtale. LO har inntatt et nytt tariffmessig standpunkt etter Arbeidsrettens avgjørelse. Mens LO i den første medleversaken argumenterte med at de lokale tillitsvalgte ikke hadde fullmakt til å inngå særavtaler om medleverordninger, er dette nå endret til at de har slik fullmakt. Arbeidsretten kan ikke på fritt grunnlag oppstille et slikt vilkår. Det er også uklart hva et slikt krav går ut på.

- (36) NHOs tolkning har støtte i overenskomstens ordlyd, systematikk og bakgrunn. Overenskomsten er en rammeavtale, det vil si den fastsetter visse hovedtrekk, men inneholder ikke detaljerte bestemmelser om gjennomføringen. Overenskomsten fungerer som en mottaksavtale, hvor formålet er å sikre at det ikke oppstår et tariffomt rom i virksomheter hvor LO/Fagforbundet har medlemmer. Formålet med § 3 er å presisere at de lokale partene må ta stilling til hvilke lønns- og arbeidsvilkår som skal gjelde på den enkelte bedriften.
- (37) Dersom de lokale partene ikke blir enige om lønns- og arbeidsvilkår, gjelder overenskomsten for de spørsmål som reguleres av den. Arbeidsretten har i medlever-dommene lagt til grunn at medleverordninger ikke reguleres av overenskomsten. For spørsmål som ikke løses av overenskomsten, gjelder styringsretten.
- (38) Medleverordningene i Ecura med 48 og 56 timer ukentlig arbeidstid oppfyller de krav til saksbehandling og involvering som oppstilles i medlever-dommene. Virksomheten har lagt til rette for medvirkning fra de ansatte, tillitsvalgte og arbeidsmiljøutvalg, og gjennom å sikre ansatterepresentasjon i styret. Ordningene har blitt praktisert i lang tid og med tilslutning fra de ansatte. De lokale tillitsvalgte er også tydelige på at de ønsker medleverordning.
- (39) De tariffrettslige normene om etterbetaling gjelder for kravet, og gjør at kravet må begrenses. HR-2019-1914-A (avlaster III) slutter seg til denne læren, og er ikke et signal til Arbeidsretten om å endre praksis. Rett til etterbetaling gjelder da fra kravet ble fremmet eller det ble reist tvist. Kravet og grunnlaget for det må markeres på en tydelig måte overfor den overordnede tariffmotparten. Det er ikke tilstrekkelig med en generell markering om et tolkningsspørsmål.
- (40) I dette tilfellet bygger kravet på en annen begrunnelse enn det som opprinnelig ble presentert overfor virksomheten. Den nye begrunnelsen ble fremført overfor NHO i tvistemøte 10. juni 2022, men Ecura ble ikke nevnt i dette møtet. De tidligere markeringene er da ikke relevante for etterbetalingskravet. Kravet på etterbetaling må derfor begrenses til perioden etter at stevning ble inngitt til Arbeidsretten. Det er først fra dette tidspunktet det nye grunnlaget for kravet ble markert overfor virksomheten.

(41) Det er nedlagt slik påstand:

- «1. Næringslivets Hovedorganisasjon frifinnes.
- 2. Ecura Bo og Habilitering AS frifinnes.»

(42) **Arbeidsrettens merknader**

- (43) Spørsmålet i saken er om praktisering av medleverordninger i Ecura uten at det er inngått lokal særavtale om dette, strider mot arbeidstidsbestemmelsene i Overenskomst nr. 453. Arbeidsretten bemerker at partene er enige om at lovens og forskriftens krav til saksbehandling og samtykke mv. er oppfylt. Dette er imidlertid ikke avgjørende for den tariffrettslige vurderingen.
- (44) I spørsmålet om det er tariffstridig å praktisere medleverordninger hvor dette ikke har grunnlag i særavtale, har Arbeidsretten delt seg i et flertall og et mindretall. Arbeidsrettens flertall, dommerne *Sundet, Bjurstrøm, Rieber-Mohn, Solbakken, Christiansen* og *Hanasand*, har kommet til at saksøker må få medhold i påstandens punkt 1, og vil bemerke:
- (45) De saksøkte anfører i korte trekk at Ecura i henhold til styringsretten kan gjennomføre medleverordninger, og at Arbeidsretten i dommene i AR-2022-7 (medlever I) og AR-2022-38 (medlever II) har lagt til grunn at medleverordninger ikke omfattes av Overenskomst nr. 453. Dette kan ikke føre frem.
- (46) Spørsmålet i AR-2022-7 (medlever I) og AR-2022-38 (medlever II) var om medleverordningene som ble praktisert stred mot arbeidstidsbestemmelsene i henholdsvis Overenskomst nr. 453 mellom LO og NHO, og i Pleie- og omsorgsoverenskomsten mellom NHO og Norsk Sykepleierforbund. I begge sakene var ordningene gjennomført i henhold til avtaler mellom partene i virksomheten, men uten at de overordnede tariffpartene LO/Fagforbundet, NSF og NHO uttrykkelig hadde godkjent ordningene.
- (47) I medlever I avsnitt 59–61 tok retten utgangspunkt i at forskriften alene ikke var tilstrekkelig grunnlag for å gjennomføre ordningen. Dersom forskriften alene hadde vært et tilstrekkelig grunnlag, ville spørsmål om gjennomføring av slike ordninger vært overlatt til arbeidsgivers styringsrett.

- (48) Etter å ha presisert at forskriften i seg selv ikke var avgjørende, formulerte retten det tariffrettslige utgangspunktet i medlever I avsnitt 62: Overenskomstens bestemmelser om arbeidstid er som utgangspunkt en uttømmende regulering av rammen for arbeidstiden. Det følger av tariffpartenes rådighet over tariffavtalen at unntak eller endringer i overenskomstens regler må gjøres eller godkjennes av tariffpartene. De medlemsbundne kan seg imellom ikke med tariffrettslig bindende virkning avtale andre rammer for arbeidstiden enn det overenskomsten åpner for. Slike reguleringer vil være ugyldige, og overenskomstens bestemmelser vil gjelde, jf. arbeidstvistloven § 6 og Hovedavtalen LO–NHO § 4-1 andre setning.
- (49) Når overenskomsten – herunder reglene om arbeidstid – er gjort gjeldende for omsorgsvirksomheter, er utgangspunktet at arbeidstiden må organiseres innenfor rammene som følger av overenskomsten § 4 nr. 4 og arbeidstidsbilaget.
- (50) Disse utgangspunktene tilsier at medleverordninger med en annen ramme for arbeidstiden enn den som følger av overenskomsten, er tariffstridige og ugyldige, med mindre de overordnede tariffpartene har godkjent dem. I medlever I avsnitt 63–74 drøfter Arbeidsretten om det var forhold i saken som tilsa at LO/Fagforbundet kjente til de lokale avtalene i virksomhetene som var saksøkt i den saken, og om tariffpartene dermed indirekte hadde godkjent dem fordi man kjente eller måtte kjenne til dette. Arbeidsrettens dom i AR-2022-38 (medlever II) bygger på samme vurderingstema.
- (51) I stedet for å fastholde et krav om at den sentrale tariffparten må godkjenne avvikende ordninger, har LO/Fagforbundet etter Arbeidsrettens dom i medlever I akseptert at det kan inngås lokale særavtaler om medleverordninger uten at det må sannsynliggjøres at særavtalen uttrykkelig eller stilltiende er godkjent av LO/Fagforbundet sentralt. Spørsmålet er om det kan utledes et vilkår om avtale – det vil si aksept fra de lokale tillitsvalgte – for å praktisere andre rammer for arbeidstiden enn det som følger av overenskomsten.

- (52) Et vilkår om særavtale for å ha andre rammer for arbeidstiden enn det som følger av overenskomsten, har klar støtte i overenskomstens ordlyd og systematikk. Overenskomsten § 3 sier uttrykkelig at partene lokalt kan inngå avtaler som utfyller overenskomsten:

«Partene er enige om at denne overenskomsten er en rammeavtale og at partene på den enkelte virksomhet inngår særavtaler om lønns- og arbeidsvilkår som utfyller overenskomsten.»

- (53) Denne forutsetningen ble også kommentert av tvistenemndas leder i nemndas kjennelse 21. januar 2013 da overenskomsten ble gjort gjeldende for Aleris Ungplan og BOI AS, jf. AR-2022-7 (medlever I) avsnitt 64–65:

«Da Den faste tvistenemnda i 2013 skulle ta stilling til hvorvidt Overenskomsten skulle gjøres gjeldende for Aleris Ungplan og BOI AS, var LOs påstand at Overenskomsten ikke var anvendbar. LO viste til at miljøpersonalet stort sett jobbet «døgnekstremt, ofte i en rullende turnus hvor det jobbes flere døgn i strekk med lengre friperioder». Det ble anført at for den typen virksomhet Aleris drev, var det «nødvendig å etablere en mer omfattende bransjeavtale som ivaretar bransjens særegenheter». Fra NHOs side ble det vist til at overenskomsten forutsatte «at det for hver bedrift utarbeides en lokal særavtale hvor de individuelle forholdene knyttet til den enkelte bedrift er regulert». Tvistenemnda kom under dissens til at Overenskomsten var anvendbar. Behovet for utfyllende særavtaler ble gjentatt i premissene fra tvistenemndas leder, som uttalte:

«Det må videre fremholdes at det forutsettes utfyllende særavtale.»

I tvistenemndas avgjørelse fremgår det at det var mange liknende virksomheter som ville melde seg inn i NHO, i påvente av nemndas avgjørelse. Mange hadde praktisert medleverturnus siden 2005, eller lenger tilbake. Dette gjaldt blant annet Aleris Ungplan AS. Begge parter var kjent med at omsorgsvirksomhetene som kom inn under Overenskomsten i 2013, hadde særlige arbeidstidsordninger som forutsatte nærmere regulering i særavtaler. Virksomhetene skilte seg vesentlig fra de øvrige virksomhetene som var regulert av Overenskomsten, og med arbeidstidsordninger som avvek klart fra de generelle reglene i arbeidstidsbilaget. Hverken partene eller tvistenemndas leder problematiserte forholdet til Overenskomstens arbeidstidsbestemmelser, ut over å vise til behovet for egne særavtaler»

- (54) For medleverordninger må adgangen til å inngå avtaler som «utfyller» overenskomsten tolkes på bakgrunn av dette, og dermed forstås som at partene kan gjøre unntak fra bestemmelsene. Når Arbeidsretten i medlever I avsnitt 74 viser til at praksis med lokale avtaler var en indirekte erkjennelse av at overenskomsten ikke regulerte medleverordninger, må det ses i sammenheng med utgangspunktet om at overenskomsten ellers ville begrense den lokale avtalefriheten:

«Arbeidsretten tolker partenes praksis som en indirekte erkjennelse av at Overenskomsten ikke regulerer den helt spesielle arbeidstidsordningen som medleverforskriften åpner for. Når partene har inngått særavtaler med et tilsvarende innhold, forstår Arbeidsretten det slik at man har akseptert at de generelle arbeidstidsbestemmelsene i Overenskomsten ikke begrenser adgangen til å innta regulering av medleverordning i særavtaler.»

- (55) Overenskomstens bestemmelser om arbeidstid har derfor ikke samme absolutte karakter som de har i andre avtaler mellom LO og NHO. Selv om overenskomstens bestemmelser om arbeidstid ikke har samme ufravikelige karakter overfor virksomheter som praktiserer medleverordninger, gir det ikke grunnlag for å se bort fra prinsippet i § 3 om at det kan inngås lokale avtaler som utfyller overenskomsten hvor det er behov for annen regulering. Gjennomføring av medleverordninger må derfor bygge på avtale med de tillitsvalgte.
- (56) Dette standpunktet har etter rettens syn sikker forankring i rettspraksis, ordlyd, systematikk og historikk, og det er da ikke nødvendig å gå inn på ytterligere rettskilder som partene har anført til støtte for tolkningene.
- (57) Overenskomsten sier ikke noe om hva en eventuell avtale om medleverordning må inneholde. Det er et forhandlingsspørsmål. Dette fremgår også av drøftelsene i en intern arbeidsgruppe i NHO Service i april 2018. Man diskuterte da om det skulle utarbeides en veileder om særavtaler om medleverordninger. Arbeidet ble avsluttet uten at noen veileder ble utgitt. I en intern presentasjon datert 7. april 2018 ble det likevel gitt noen retningslinjer. Det ble vist til at særavtalen må behandle temaer som ikke er omtalt i overenskomsten eller arbeidsmiljøloven. For arbeidstid viste man til at de fleste medlemsbedriftene hentet ordlyden fra medleverforskriften, og at man kunne presisere hva som gjaldt for dem som ikke arbeidet medleverturnus. De lokale partene burde også presisere hvilke regler som gjaldt om hviletid. Da overenskomsten beskrev et minstelønssystem, måtte de lokale partene utarbeide et lønssystem og presisere hva som inngikk i et eventuelt medlevertillegg. Diskusjonen om en mulig veileder og den interne presentasjonen synes nærmest å forutsette at partene lokalt må bli enige om rammene for medleverordningen.
- (58) ML-senteret hadde tidligere lokal avtale om medleverordning. De saksøkte har ikke anført at det etter sammenslåingen finnes protokoller som oppfyller kravet om en lokal særavtale. Praktiseringen av medleverordning i Ecura er derfor i strid med arbeidstidsbestemmelsene i Overenskomst nr. 453.

(59) *Etterbetalingskravet*

- (60) LO/Fagforbundet har krevd dom for at virksomheten er forpliktet til fra 1. oktober 2019 å etterbetale arbeidstakerne for overtid som følge av at den utvidede rammen for arbeidstiden har vært tariffstridig, det vil si etterbetaling så langt kravet ikke er foreldet etter reglene i foreldelsesloven. De saksøkte har anført at etterbetalingskravet må begrenses etter alminnelige tariffrettslige regler, og at kravet først ble markert overfor virksomheten ved stevningen 28. oktober 2022.
- (61) Arbeidsretten har i en rekke avgjørelser lagt til grunn at plikten til etterbetaling på tariffmessig grunnlag først foreligger fra det tidspunkt arbeidstakerne gjennom sin fagforening har fremmet krav om etterbetaling eller reist et tvistespørsmål som gir grunnlag for et slikt krav, jf. ARD-2006-38 (særavtaletillegg) avsnitt 42 med videre henvisninger til praksis. Dette har vært formulert slik at plikt til etterbetaling først oppstår når kravet markeres overfor motparten. Henvisninger til at kravet må markeres overfor motparten, må imidlertid forstås i lys av særtrekkene ved tariffavtalen og skillet mellom parts- og medlemsbundethet. Det er tariffpartene som bestemmer over tariffavtalen, med bindende virkning for medlemmene. De medlemsbundne kan som utgangspunkt ikke med tariffrettslig bindende virkning frafalle et tariffrettslig etterbetalingskrav, jf. ARD-1994-291 (Maxi Stormat) på side 296. Det betyr at etterbetalingskrav kan markeres overfor tariffparten, jf. ARD-1982-187 (De norske teatres forening) på side 199. Men manglende oppfølging av et betalingskrav overfor den tariffbundne virksomheten kan også føre til at kravet begrenses.
- (62) Begrunnelsen for at krav må markeres enten overfor den tariffbundne virksomheten eller overfor tariffparten, er at arbeidsgiver i alminnelighet først kan innrette seg etter et mulig krav om etterbetaling når tolkningsspørsmålet eller betalingskravet er markert. En arbeidsgiver skal ellers kunne innrette seg på at lønnsutbetalingen er endelig. Da en tariffavtale er bindende for tariffparten og alle de medlemmer som tariffavtalen gjelder for, kan avklaring av tariffrettslige forpliktelser gjelde store beløp, for eksempel fordi det gjelder mange ansatte, eller – som i denne saken – gir rett til overtidstillegg for et stort

antall overtidstimer for mange ansatte. I slike tilfeller kan det gjelde særlige krav til oppfølging fra den som mener avlønnen er tariffstridig.

- (63) Hensynet til å kunne innrette seg på at lønnsutbetalinger er endelige og at tillitsvalgtapparatet kan bidra til å avdekke feil, er de sentrale hensyn bak markeringslæren. Dersom disse hensynene ikke slår til, er det ikke grunnlag for å fravike utgangspunktet om at krav på etterbetaling bare begrenses av regler om foreldelse eller om avkall på krav, jf. AR-2019-29 (NUI) avsnitt 65 og 66 og AR-2023-21 (gavepensjon) avsnitt 85 og 86. Begrensning av et etterbetalingskrav kan derfor ikke kun gjøres gjennom en henvisning til når spørsmålet første gang ble tatt opp med arbeidsgiver, men må se hen til omstendighetene for øvrig, slik som tidsforløpet, tariffsituasjonen og det gjensidige kravet til aktsom og lojal oppfølging av tariffoppliktelse.
- (64) LO/Fagforbundet har anført at Arbeidsretten etter Høyesteretts avgjørelse i HR-2019-1914-A (avlaster III) må endre markeringslæren. Arbeidsretten kan ikke se at dommen gir grunnlag for en slik slutning. Høyesterett uttaler i avsnitt 30 at betalingskrav som følger av tariffrettslige reguleringer må vurderes likt uavhengig av om kravet forfølges av den enkelte arbeidstakeren på grunnlag av arbeidsavtalen eller av tariffparten på grunnlag av tariffavtalen. Det er læren slik den er utviklet i Arbeidsrettens praksis som skal legges til grunn. Markeringslæren er imidlertid sammensatt, og det gjelder unntak dersom det foreligger særlige grunner. Hovedregelen og unntaket fra den, viser at det må gjøres en konkret vurdering av om etterbetaling kun skal gjelde fra kravet ble markert overfor virksomheten eller tariffparten.
- (65) I HR-2019-1914-A (avlaster III) fikk den tariffrettslige vurderingen av betalingskravet sin umiddelbare avgjørelse når det var avgjort at vedkommende hadde status som arbeidstaker etter reglene i arbeidsmiljøloven, jf. dommens avsnitt 36. Det gjenstod kort sagt ingen tariffrettslige spørsmål uavhengig av lovtolkningen. Den foreliggende saken står i en helt annen stilling. Dommen i medlever I avklarer at forskriften ikke endrer eller griper inn i overenskomstens bestemmelser, slik at den tariffrettslige vurderingen blir avgjørende. Det følger av rettens drøftelser i medlever I og medlever II at det tariffrettslige spørsmålet ikke hadde en klar

løsning. Tarifftilstanden ble avklart og forenklet etter at LO/Fagforbundet frafalt kravet om sentral godkjenning av avtaler om medleverordning, slik at tvistes spørsmålet er om partene lokalt har avtalt andre rammer for arbeidstiden enn dem som følger av overenskomsten. I tillegg gjelder saken en større gruppe ansatte i Ecura. Slike spørsmål er i kjernen av virkeområdet for læren om markeringstidspunktet som en begrensning av etterbetalingskrav.

- (66) Selv om den tillitsvalgte tok opp spørsmål om tariffmessigheten av ordningen allerede i møtet 28. september 2020, har diskusjonen om spørsmålet pågått over tid. Drøftelsene mellom de lokale partene tok utgangspunkt i tvist om arbeidstidsordningen måtte godkjennes av LO/Fagforbundet. Dette standpunktet ble endret etter dommen i medlever I. Det er derfor ikke grunnlag for en etterbetalingsplikt fra 28. september 2020.
- (67) Spørsmålet er om plikten til etterbetaling skal ta utgangspunkt i diskusjonen mellom de sentrale partene frem til tvisteprotokollen av 10. juni 2022, eller da stevning ble inngitt til Arbeidsretten 28. oktober 2022. Selv om etterbetalingskrav kan markeres overfor tariffparten, taler innrettelseshensynet for at plikten til etterbetaling i denne saken først kan regnes fra det tidspunkt virksomheten ble varslet om kravet gjennom stevningen til Arbeidsretten. Den tariffmessige plikten til etterbetaling vil da gjelde fra 28. oktober 2022.
- (68) Arbeidsrettens mindretall, dommer *Schweigaard*, har kommet til at saksøker ikke kan få medhold i påstandens punkt 1 og vil bemerke:
- (69) Mindretallet viser til den sentrale plass som bruk av særavtaler har i tariffsystemet. En særavtale basert på lokal enighet, sikrer at de lokale parter innenfor rammene av det overordnede avtaleverk kan gjøre avtale om alle forhold som de finner hensiktsmessig og som er tilpasset lokale behov. Avtaleformen sikrer notoritet, medvirkning og forutsigbarhet.
- (70) Mindretallet kan imidlertid ikke se at det foreligger noen enighet mellom LO og NHO om adgang til å fravike arbeidstidsbilaget ved bruk av særavtale for å innføre medleverordning.

- (71) I AR-2022-7 (medlever I) avsnitt 74 la retten til grunn at partenes praksis er «en indirekte erkjennelse av at Overenskomsten ikke regulerer den helt spesielle arbeidstidsordning som medleverforskriften åpner for». Mindretallet forstår dommen slik at de lokale parter kan inngå særavtale om bruken av medleverordning. Å oppstille et absolutt krav om lokal særavtale som forutsetning for bruk av medleverordning, bryter imidlertid etter mindretallets syn med tariffsystemets regulering av og forutsetning for bruk av særavtaler. Et slikt krav følger slik mindretallet ser det heller ikke av dommen i medlever I.
- (72) Mindretallet bemerker at det gjennom dokumentasjonen kan legges til grunn at de lokale parter på Ecura har ønsket å benytte medleverordningen, men er enig med flertallet i at dokumentasjonen ikke kan ansees som en særavtale.
- (73) Når det gjelder etterbetalingskravet, slutter mindretallet seg til flertallets vurderinger.
- (74) På denne bakgrunn må saksøker få medhold i påstandene, men slik at den tariffrettslige plikten til etterbetaling først gjelder fra 28. oktober 2022.
- (75) Dommen er avsagt med slik dissens som fremgår foran.

SLUTNING

1. Arbeidstidsordninger i virksomheter bundet av Overenskomst nr. 453 basert på medleverturnus i henhold til medleverforskriften, og som går ut over de alminnelige rammer for arbeidstid i Overenskomst nr. 453 § 4 nr. 4, uten lokal særavtale som regulerer slike avvik fra arbeidstidsbestemmelsene, er i strid med Overenskomst nr. 453.

2. Berørte arbeidstakere har krav på etterbetaling i samsvar med påstandens punkt 1 fra og med 28. oktober 2022.