



ARBEIDSRETTE

DOM

Avsagt: 19. desember 2018

Saksnr.: 18/2018

Lnr.: AR-2018-29

Dommere: Jakob Wahl
Alexander Næss Skjønberg
Karin M. Bruzelius
Niels Selmer Schweigaard
Anne Merete Bull
Axel Thuve
Laila-Brith Josefsen

Saken gjelder: Tvist vedr. tariffavtalens omfang – avtale 527

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) Advokat Aleksander Rød

mot

Norsk Sykepleierforbund Advokat Magnus Buflood

DOM

- (1) Saken gjelder tvist om forståelsen av virkeområdet til Pleie- og omsorgsoverenskomsten og hvorvidt Norsk Sykepleierforbunds krav om at overenskomsten skal gjøres gjeldende i åtte virksomheter i medhold av Hovedavtalen § 3-7 flg., skal tas til følge. Det siste er en tvist som etter Hovedavtalen § 3-9 nr. 4 skal avgjøres av Den faste tvistenemnd Norsk Sykepleierforbund/NHO. Partene har i denne saken gitt Arbeidsretten kompetanse til å ta stilling til tariffkravet. Tvisten gjelder også om overenskomsten er en horisontal eller vertikal overenskomst.
- (2) **Sakens tariffrettslige ramme**
- (3) Mellom Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og NHO Service (nå NHO Service og Handel) på den ene side og Norsk Sykepleierforbund (NSF) på den andre side er det for perioden 1. mai 2016 til 30. april 2018 inngått Pleie- og omsorgsoverenskomst, avtale 527. Overenskomsten del II § 1 Omfang lyder:

«Denne overenskomst kan gjøres gjeldende for privat virksomhet der hovedaktiviteten er pleie- og omsorgstjenester.

Denne overenskomst omfatter medlemmer av NSF ansatt i disse virksomheter.»

- (4) Hovedavtalen (HA) mellom NSF og NHO inngår som del I av overenskomsten. I kapittel III Konflikter er det blant annet regler om krav om ny tariffavtale i tariffperioden.
- (5) Bestemmelsen i § 3-7 Ny tariffavtale i tariffperioden lyder:

«1. Norsk Sykepleierforbund og NHO kan – i tariffperioden – kreve at tariffavtale skal gjelde i medlemsbedrift som ikke har vært bundet av tariffavtale mellom organisasjonene. Tilsvarende gjelder dersom tariffbundet bedrift igangsetter virksomhet som ikke er omfattet av gjeldende tariffavtale for bedriften.

Når et forbund har fremsatt krav om tariffavtale overfor bedrift som ikke er medlem av NHO og bedriften deretter trer inn som medlem, skal NHO/landsforening uten ugrunnet opphold gi meddelelse om medlemskapet til det fagforbund som har fremsatt kravet. Samtidig skal NHO/landsforeningen ta stilling til tariffkravet.

2. Vilkåret for å kreve tariffavtale gjennomført er at bedriften er medlem av NHO/landsforening og at Norsk Sykepleierforbund har organiserte arbeidstakere i bedriften. For å kreve opprettet tariffavtale for den aktuelle arbeidstakergruppen, er det et vilkår at Norsk Sykepleierforbund organiserer minst 10 % av arbeidstakerne i bedriften innenfor tariffområdet. I bedrifter med færre enn 25 ansatte gjelder ikke ovenstående regler, men vil som hovedregel følges. Vertikale overenskomster og overenskomster som gjøres gjeldende individuelt er unntatt.

3. (lærlinger)

4. Kravet skal gjelde den bestående tariffavtale mellom Norsk Sykepleierforbund og NHO som gjelder for bedrifter av samme art. Det tilligger Norsk Sykepleierforbund og NHO å ta standpunkt til hvilken tariffavtale som skal gjøres gjeldende. Landsforening er ikke legitimert

til å binde NSF/NHO. Intern organisasjonstilhørighet avgjøres av Norsk Sykepleierforbund og NHO, men har ikke betydning for avtalevalget.

5. Tariffavtalen skal gjelde fra det tidspunkt kravet er mottatt. Dersom bedriften er bundet av annen tariffavtale ved innmeldelse i NHO, gjelder denne til den er brakt til utløp.

Ved tvist om valg mellom flere anvendbare tariffavtaler, skal partene drøfte om Hovedavtalen og fellesordningene skal gjøres gjeldende fra kravtidspunktet.

6. Medfører overgang til ny tariffavtale endringer i lønns- og arbeidsvilkårene, herunder pensjon, eller forskjeller i vilkårene blant dem som utfører samme arbeid, skal det forhandles om en overgangsordning.

7. Bestemmelsene i denne paragraf er ikke til hinder for å gjennomføre vertikale avtale- og organisasjonsforhold. Partene vil spesielt peke på at tilpasning av avtaleverket til de tradisjonelle tariffavtalene i privat næringsliv, kan skape problemer i bedrifter med bakgrunn fra offentlig virksomhet.»

(6) Bestemmelsen i § 3-9 Behandling av krav om ny tariffavtale lyder:

«1. Krav om gjennomføring av tariffavtale etter § 3-7 fremsettes skriftlig av Norsk Sykepleierforbund eller NHO.

2. Bekreftelse på gjennomføring av tariffavtale på vegne av NHO eller Norsk Sykepleierforbund, skal gis motparten snarest mulig, og innen 1 måned fra kravet er mottatt.

3. Dersom kravet bestrides, jfr. § 3-7 pkt. 2 og 3, skal det føres forhandlinger mellom Norsk Sykepleierforbund og NHO for å få løst tvisten. Den part som bestrider kravet, må samtidig be om forhandlingsmøte. Med mindre partene blir enige om noe annet, skal møtet avholdes innen en måned.

4. Oppnås ikke enighet, har hver av partene rett til å bringe tvisten inn for Den faste tvistenemnd Norsk Sykepleierforbund/NHO, jfr. § 3-10. Stevning må i tilfelle være uttatt innen 2 måneder fra forhandlingenes avslutning. Med mindre partene i den enkelte sak blir enige om noe annet, medfører oversittelse av søksmålsfristen at tariffavtale skal gjennomføres i samsvar med det krav som er fremsatt.»

(7) I bestemmelsen i § 3-10 Den faste tvistenemnd heter det blant annet:

«1. Den faste tvistenemnd skal bestå av en representant fra henholdsvis Norsk Sykepleierforbund og NHO og en nøytral oppmann utpekt av partene i fellesskap. Bli partene ikke enige, utpeker Riksmeglingsmannen oppmannen. Nemndas funksjonstid skal følge Hovedavtalens varighetsperiode.

2. Nemnda skal treffe sin avgjørelse på grunnlag av de retningslinjer som fremgår av pkt. 3. Ved valg mellom flere anvendbare tariffavtaler, skal nemnda foreta en realitetsavgjørelse. Finner nemnden at ingen av de påberopte tariffavtaler er anvendbare, blir tvisten å behandle etter arbeidstvistlovens § 6 nr. 3.

Hvis partene er enige om det, kan nemnda treffe sin avgjørelse på grunnlag av skriftlig behandling.

3. Ved vurderingen av bedriftens art, skal det tas hensyn til dens drift og arbeidsforhold og til arten og utførelsen av arbeidet. Bedriftens betegnelse skal ikke være avgjørende, idet nemnda først og fremst skal ta sikte på å gjennomføre den tariffavtale som produksjons- og bransjemessig er naturligst for bedriften.

...»

(8) **Tariffhistorikk**

(9) I perioden 2006–2009 ble det gjennomført forhandlinger mellom NSF og NHO Service med sikte på opprettelse av tariffavtale for NSF's medlemmer ansatt i virksomheter tilsluttet NHO innenfor helse og omsorg. Partene fremsatte flere krav og tilbud. Forhandlingene

førte imidlertid ikke frem, og det ble brudd 6. januar 2010. Meklingen var resultatløs, og NSF tok ut 144 medlemmer i streik. Ved lov 26. mars 2010 ble det bestemt at interessetvisten skulle avgjøres av Rikslønnsnemnda.

(10) Rikslønnsnemnda avsa kjennelse 11. mai 2010 i sak 1/2010 med slik slutning:

«1. Det etableres Hovedavtale mellom NHO og Norsk Sykepleierforbund, tilsvarende dagens Hovedavtale mellom YS og NHO. Hovedavtalen gjelder fra dato for Rikslønnsnemndas kjennelse til utløp 31. desember 2013.

2. Pleie- og omsorgsoverenskomsten fastsettes som tariffavtale mellom NHO/NHO Service og NSF for tariffperioden 1. mai 2008 til 30. april 2010, med tillegg av minstelønn som fremsatt i tilbud 22. oktober 2009.

3. Øvrige krav fra Norsk Sykepleierforbund tas ikke til følge.»

(11) NSF fikk en overenskomst tilsvarende pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 481, mellom NHO og NHO Service på den ene side og LO og Fagforbundet på den annen side. Videre fikk NSF en hovedavtale med NHO tilsvarende Hovedavtalen NHO–YS, som igjen er en kopi av Hovedavtalen NHO–LO. Etter Rikslønnsnemndas kjennelse oppstod det tvist om hvorvidt NSF var gitt selvstendig partsforhold ved tariffoppjøret i 2010. Med Arbeidsrettens dom i ARD 2011 s. 36 ble det avklart at NSF hadde selvstendig partsforhold.

(12) Det er redegjort for deler av historien rundt etableringen av tariffavtaleforholdet mellom partene i ARD 2011 s. 36 og ARD 2016 s. 254, og Arbeidsretten viser til dette. Retten vil videre komme tilbake til omstendighetene rundt og innholdet i Rikslønnsnemndas kjennelse 11. mai 2010 i merknadene nedenfor.

(13) **Nærmere om tariffhistorikken til Hovedavtalen LO–NHO §§ 3-7 flg.**

(14) Hovedavtalen LO–NHO har hatt regler om tariffavtalevalg siden den ble inngått første gang. I Hovedavtalen LO–N.A.F 1935 fantes slik regulering i § 11. I bestemmelsen het det blant annet:

«1. Bedrifter som i løpet av en tariffperiode inntreer i N. A. F.

Disse går inn under bestående tariffavtale for bedrifter av samme art, dersom N. A. F. eller nogen av landssammenslutningene begjærer det. Opstår tvist om hvorvidt bedriften er av samme art, avgjøres denne av Arbeidsretten ... »

(15) I 1940 ble det gjort enkelte endringer i § 11:

«1. Bedrifter som i løpet av en tariffperiode inntreer i N. A. F.

Disse går inn under bestående tariffavtale mellom organisasjonene for bedrifter av samme art, dersom N. A. F. eller A. F. L. begjærer det. Opstår tvist om hvorvidt bedriften er av samme art, avgjøres denne av Arbeidsretten. Når det gjelder bedømmelsen av bedriftens art, skal det tas hensyn til dens drift og arbeidsforhold, og til arten og utførelsen av det arbeid som i tilfelle blir underlagt tariffen. Bedriftens betegnelse skal ikke være avgjørende.

Kan det henvises til flere tariffavtaler, skal avtale for gruppe av bedrifter i samme by eller distrikt benyttes ...»

- (16) Hva som var vurderingstema knyttet til «bedriftens art», ble således presisert, og LO fikk lik rett som N.A.F. til å kreve eksisterende tariffavtale gjort gjeldende for nyinnmeldt bedrift. Se nærmere om endringene i ARD 1945–48 s. 36 (på s. 40–42).
- (17) Det ble også gjort enkelte endringer ved revisjonen i 1947. Det ble blant annet med hensyn til siste del av vurderingstemaet etter § 11 nr. 1 første avsnitt presisert følgende:

«... Bedriftens betegnelse skal ikke være avgjørende, idet man først og fremst skal ta sikte på å få den tariffavtale som produksjonsmessig sett er naturligst for bedriften ...»

- (18) Ved tariffrevisjonen i 1950 ble det innført frister for krav om gjennomføring av overenskomst.
- (19) I 1954 fikk Hovedavtalen ny oppbygning, og de aktuelle bestemmelsene ble tatt inn i § 18.
- (20) Frem til revisjonen i 1974 skjedde det ingen større endringer i bestemmelsene. Da ble kompetansen til å avgjøre tvister om tariffavtaleopprettelse lagt til en egen nemnd.
- (21) I de påfølgende revisjonene skjedde det ingen større endringer. I 1986 ble strukturen i Hovedavtalen endret på ny, og den aktuelle bestemmelsen ble plassert i § 3-7. Revisjonen innebar også materielle endringer, men disse har ikke betydning for saken.
- (22) Ved revisjonen i 1990 ble det innført søksmålsfrist for Den faste tvistenemnd. I § 3-7 nr. 1 ble det i tredje punktum fastsatt følgende:

«Dersom det ikke oppnås enighet gjennom forhandlinger, må den part som bestrider overenskomstkravet utta stevning for Den Faste Nemnd innen 1 måned fra forhandlingenes avslutning ...»

- (23) Med Hovedavtalen 1994 fikk reglene i § 3-7 flg. den systematikken som finnes i gjeldende hovedavtale. Forutsetningen i Hovedavtalen 1990 § 3-7 nr. 1 om at de nyinnmeldte bedriftene «går inn under bestående tariffavtale mellom organisasjonene for bedrifter av samme art», ble flyttet til § 3-7 nr. 3 første punktum med følgende ordlyd:

«3. Kravet skal gjelde den bestående tariffavtale mellom LO og NHO som gjelder for bedrifter av samme art ...»

- (24) Ordlyden er identisk med gjeldende § 3-7 nr. 4.
- (25) De någjeldende saksbehandlingsregler ble fastsatt i § 3-9 nr. 4, og det ble innført en bestemmelse om virkningen av fristoversittelse i siste punktum:

«4. Oppnås ikke enighet, har hver av partene rett til å bringe tvisten inn for Den faste tvistenemnd LO/NHO, jfr. § 3-10. Stevning må i tilfelle være uttatt innen 2 måneder fra

forhandlingenes avslutning. Med mindre partene i den enkelte sak blir enige om noe annet, medfører oversittelse av søksmålsfristen at tariffavtale skal gjennomføres i samsvar med det krav som er fremsatt.»

- (26) Det er ikke gjort endringer i § 3-7 nr. 3 første punktum (bortsett fra at bestemmelsen som nevnt nå er nr. 4 første punktum) eller § 3-9 nr. 4 ved senere revisjoner.
- (27) **Nærmere om bakgrunnen for tvisten**
- (28) I ARD 2016 s. 254 kom Arbeidsretten til at to bedrifter, som NSF hadde fremsatt krav om PLO for, ble bundet fordi NHO hadde oversittet søksmålsfristen etter Hovedavtalen NHO–NSF § 3-9 nr. 4, og at NSF's plassoppsigelse for medlemmer i disse bedriftene var tariffmessige.
- (29) NSF's tariffkrav, som fristoversittelsen knyttet seg til, omfattet også endel andre bedrifter enn dem som var del av saken for Arbeidsretten. På bakgrunn av den samme fristoversittelsen ble partene 25. august 2017 enige om at også disse var tariffbundet. Fra protokollen fra dette møtet hitsettes:

«

Protokoll

År 2017, den 25. august ble det etter forhandlinger konstatert enighet mellom NHO og Norsk Sykepleierforbund (NSF) om følgende:

1. Partene er enige om at følgende nye virksomheter tilsluttet landsforeningene NHO Service eller NHO Abelia ble tariffbundet til Pleie- og omsorgsoverenskomsten mellom NHO Service og Norsk Sykepleierforbund fra følgende tidspunkt:

Virksomhetens navn	Org. nr.	Bedr. nr.	Tariffbundet fra:
Godthaab Helse- og Rehabilitering
Frelsesarmeens Rusomsorg Gatehospitalet
Frelsesarmeens Rusomsorg i Oslo Feltpleien
Frelsesarmeens rusomsorg region Vest
Frelsesarmeens rusomsorg avdeling Furulund
Frelsesarmeens rusomsorg avdeling Hveita Dagsenter
Behandlingstunet Fetsund
Frelsesarmeen Fyrlyskorpsset
Frelsesarmeens rusomsorg avdeling Tønsberg
Frelsesarmeen
Stiftelsen Kirkens Bymisjon Bodø avdeling Batteriet Nord-Norge
Stiftelsen Amatheia
Stiftelsen Kirkens Bymisjon i Bergen
Furukollen psykiatriske senter AS
Ringens rehabiliteringssenter AS
Stiftelsen Nordtun Helserehab
Åstveit Helsesenter AS
Ringvollklinikken AS
Rehabiliteringssenteret Nord Norges Kurbad AS
Stenimed, Høyenhall bo- og rehabiliteringssenter
Stamina Helse Kongsberg
Landaasen rehabiliteringssenter
Oppretningscenteret Jeløy Kurbad AS
Helseforetaket Incita AS, avdeling Wengergård
Heimta AS
Oppretningscenteret Finnmark

2. Partene er enige om at de innsigelser som fremgår av avsnitt 134 i AR-2016-26 er tapt etter utløp av søksmålsfristen i HA § 3-9 nr. 4. Kravet skal i slike situasjoner gjennomføres i tråd med det krav som er fremsatt. Kravet gjennomføres fra kravsdato, dog ikke før tidligere tariffavtale er utløpt, jf. HA § 3-7 nr 5. Er bedriften innmeldt i NHO etter krav er fremsatt gjøres kravet gjeldende fra innmeldingsdato».

- (30) Før dette, i februar og mars 2017, fremsatte NSF krav om at PLO skulle gjøres gjeldende i fem av de åtte virksomhetene som saken gjelder. Kravene ble avvist av NHO begrunnet med at overenskomsten ikke var anvendelig. Senere ble det fremsatt samme krav for de tre andre. I en avtale datert 18. mai 2018 ble partene blant annet enige om å gjennomføre forhandlingsmøte for disse virksomhetene, og Arbeidsretten ble gitt kompetanse til å avgjøre tvistene om valg av tariffavtale med bindende virkning.
- (31) Forhandlingsmøte ble holdt 21. mai 2018. Fra protokollen fra møtet hitsettes:

«Det ble 21. mai 2018 avholdt tvistemøte mellom NHO og NSF vedrørende omfanget/virkeområdet til avtale 527 og hvorvidt avtale 527 kan gjøres gjeldende i 8 virksomheter.

...

Det vises til avtale mellom NHO og NSF av 22. mai 2018 [18. mai 2018] hvor partene er enige om at tvist om valg av tariffavtale skal bringes inn for Arbeidsretten.

NSF har fremsatt krav om at Pleie- og omsorgsoverenskomsten (avtale 527) mellom NHO/NHO Service og NSF gjøres gjeldende for virksomheter som er listet opp nedenfor. NHO har avvist kravene som en følge av at de etter NHOs syn faller utenfor virkeområdet til avtale 527.

- Stiftelsen Valdresklinikken
- 12 trinnsklinikken AS
- Attendo Nøstret
- Attendo Kroksund
- Helseforetaket Incita AS (avdeling Hurdalssjøen recoverycenter)
- Fertilitet Vest AS (Klinikk Hausken)
- Skogli helse og rehabilitering AS
- Privat Omsorg Nord AS (Det må avklares hvilken avdeling/org. nr. bedrift kravet gjelder)

NSF anfører:

NSF legger til grunn at Hovedavtalen § 3-9 nr. 3 jf. nr. 2 er slik å forstå at krav om gjennomføring av tariffavtale skal bekreftes når vilkårene i § 3-7 nr. 2 og nr. 4 er oppfylt, og det ikke er påberopt at flere tariffavtaler er anvendbare. Pleie- og omsorgsoverenskomsten er allerede gjort gjeldende for bedrifter av samme art, og overenskomsten er dermed anvendbar. NHO er i denne situasjonen forpliktet til å gjennomføre pleie- og omsorgsoverenskomsten for bedriftene. Bringes tvisten likevel inn for den faste tvistenemnd, er nemnda forpliktet til å treffe avgjørelse i samsvar med de krav som er fremsatt, Hovedavtalen § 3-10 nr. 2, første og annet punktum, jf. nr. 3.

NSF konstaterer at avtale 527 er gjort gjeldende i andre virksomheter enn avtale 481. Avtalene har utviklet seg ulikt, og det er partene i avtale 527 som har tolkningsretten på denne avtalen.

NSF legger til grunn av Pleie- og omsorgsoverenskomsten 2016–2018 § 1 er slik å forstå at det personelle virkeområdet for overenskomsten er alle forbundets medlemmer.

NHO anfører:

NHO er av den oppfatning at avtale 527 (Pleie- og omsorgsoverenskomsten mellom NHO Service/NHO og NSF) har samme omfang/virkeområde som avtale 481 (Pleie- og omsorgsoverenskomsten mellom NHO Service/NHO og Fagforbundet (LO)). Avtale 527 ble fastsatt som tariffavtale mellom NHO og NSF i Rikslønnsnemnda kjennelse (sak 1/2010). Det fremkommer av kjennelsen fra Rikslønnsnemnda at det er LO/Fagforbundet og NHO som har "tolkningsretten" på avtalen.

Avtale 481 er begrenset til å gjelde virksomheter hvor pleie- og omsorgstjenester er hovedaktiviteten. Dette er sykehjem, hjemmesykepleie og pasienthotell. Det samme må gjelde for avtale 527.

Virksomheter hvor hovedaktiviteten er pleie og oppfølging av rusavhengige, psykiatriske pasienter, barnevern, asylmottak eller virksomheter som er en del av spesialisthelsetjenesten, den del av helsetjenesten som er en del av lov om spesialisthelsetjenester og lov om psykisk helsevern, er ikke omfattet av avtale 527. At slike virksomheter faller utenfor virkeområdet til avtale 481/527 underbygges av at det mellom NHO og LO er avtale 453 som blir opprettet i slike virksomheter.

NHO er av den oppfatning at avtale 527 er en horisontal tariffavtale som er begrenset til å gjelde for ansatte som i hovedsak utfører operativ pasientpleie.

For det tilfelle at Arbeidsretten skulle komme til at avtale 527 er en vertikal tariffavtale er det NHOs syn at tariffavtalen ikke gjelder for personer som har ledende stillinger og personer som er bedriftens representant ved fastleggelse av generelle lønn- og arbeidsvilkår ...»

- (32) Spørsmålet om overenskomstens personelle virkeområde var også tema på et tidligere tvistemøte den 31. januar 2017.
- (33) Hovedforhandling ble gjennomført 1., 2. og 5. november 2018. To partsrepresentanter og seks vitner avgav forklaring.
- (34) **Partenes påstandsgrunnlag og påstander**
- (35) *Næringslivets Hovedorganisasjon* har i korte trekk anført:
- (36) Virkeområdet til PLO NHO–NSF, avtale 527, § 1 første ledd tilsvarer virkeområdet til PLO NHO–LO/Fagforbundet, avtale 481, § 1 første ledd. Det er ikke tvilsomt at virkeområdet var parallelt da avtale 527 ble etablert mellom NHO og NSF ved Rikslønnsnemndas kjennelse 11. mai 2010. NSF fikk en «blå kopi» av avtale 481. Dette ble begrunnet med at det skal gjelde like tariffavtaler for bedrifter i NHO av samme art, uavhengig av hvilken arbeidstakerorganisasjon som har tariffavtale. Dette har en side til ufravikelighetsnormene.
- (37) Mellom NHO og LO/Fagforbundet er det lagt til grunn en snever forståelse av bestemmelsens pleie- og omsorgsbegrep. Omfangsbestemmelsen dekker primært sykehjem, hjemmesykepleie og pasienthoteller, og virkeområdet avgrenses mot tilgrensede helsebedrifter som omfattes av avtale 453 mellom NHO og LO/Fagforbundet.
- (38) Arbeidsretten la en snever forståelse til grunn i ARD 2011 s. 282. Spørsmålet i saken var om en varslet sympatiaksjon ved en medlemsbedrift i NHO var tariffstridig fordi vilkåret i Hovedavtalen § 3-6 nr. 4 ikke var oppfylt. Det sentrale var om NHO hadde tariffavtale for tilsvarende bedrifter som bedriften, et røntgeninstitut, der hovedkonflikten gjaldt. NHO anførte at PLO var anvendelig ved røntgeninstituttet. Retten kom imidlertid til at PLO ikke var en tariffavtale for bedrifter som tilsvarte røntgeninstituttet. Dette bygget retten på Terje Nygårds forklaring om at PLOs omfang var «de typiske pleie- og omsorgsbedriftene, så som sykehus og pasienthoteller», jf. dommens avsnitt 74.
- (39) Det vises også til Den faste tvistenemnds avgjørelse i sak 1/2017 om Kreftforeningen hvor nemnda la til grunn at Arbeidsretten i ARD 2011 s. 282 hadde «foretatt en restriktiv tolkning av en omfangsbestemmelse med samme ordlyd».
- (40) NSF kan ikke høres med at ARD 2011 s. 282 ikke kan tillegges vekt fordi den dreiet seg om vurderingen etter Hovedavtalen § 3-6 nr. 4 og ikke Hovedavtalen § 3-7.

Vurderingstemaet er neppe særlig forskjellig etter de to bestemmelsene. Arbeidsretten foretok en vurdering som er tilsvarende som etter Hovedavtalen § 3-7, jf. særlig dommens avsnitt 67.

- (41) Det har heller ikke betydning – slik NSF anfører – at ARD 2011 s. 282 gjaldt en konflikt i 2008, altså før avtale 527 ble etablert mellom NHO og NSF av Rikslønnsnemnda. Det fremgår uttrykkelig av avsnitt 74 i dommen at det avgjørende for Arbeidsrettens vurdering var «tariffavtalens någjeldende omfang».
- (42) I sak 1/2012 Aleris Ungplan Boi forutsatte Den faste tvistenemnd indirekte en snever forståelse av virkeområdet til PLO NHO–LO/Fagforbundet, avtale 481, med konklusjonen om at avtale 453 var anvendelig for den aktuelle virksomheten. Avgjørelsen viser at PLO må avgrenses mot andre typer pleie- og omsorgsbedrifter som ikke hovedsakelig driver sykehjem, hjemmesykepleie eller pasienthotell.
- (43) NSF har gjort et poeng av at LO/Fagforbundet ble tilbudt avtale 481 av NHO i denne saken. Det bestrides ikke at NHO mente at avtale 481 kunne være anvendelig, men at avtale 453 passet best. Dette ble nemndas konklusjon, og dermed er det etablert en grensedragnings mellom de to overenskomstene. Ettersom virkeområdet til avtale 527 er parallelt med det til avtale 481, må samme grensedragnings gjelde etter den tariffavtalen. Forskjellen blir at LO/Fagforbundet har en annen overenskomst, avtale 453, som fanger opp tilgrensede virksomheter som faller utenfor virkeområdet til avtale 481, mens det ikke finnes en slik overenskomst mellom NHO og NSF.
- (44) Det er ikke, slik NSF anfører, grunnlag for at virkeområdet til avtale 527 har blitt utvidet og parallelliteten med avtale 481 dermed opphørt. Utvidelse av virkeområdet krever enighet mellom partene, og slik enighet foreligger ikke.
- (45) Fristoversittelsen i 2016 og Arbeidsrettens dom i ARD 2016 s. 254 kan ikke innebære en utvidelse av virkeområdet til avtale 527.
- (46) I dommen kom Arbeidsretten til at to virksomheter ble bundet av avtale 527 – i tråd med NSF's tariffkrav – på grunn av oversittelse av søksmålsfristen etter Hovedavtalen § 3-9 nr. 4. På bakgrunn av dette ble tariffavtalen i etterkant gjort gjeldende i de andre virksomhetene som var omfattet av NSF's tariffkrav. Dermed ble endel virksomheter innen blant annet rusomsorg, psykiatri og rehabilitering bundet av avtale 527, selv om disse virksomhetene falt utenfor avtalens virkeområde.

- (47) Rettsvirkningen ved fristoversittelse etter Hovedavtalen § 3-9 nr. 4 er begrenset til at tariffkravet blir gjennomført i de aktuelle bedriftene som tariffkravet gjelder. Det kan ikke innebære en utvidelse av tariffavtalens virkeområde, og de virksomhetene som ble bundet som følge av fristoversittelsen, kan ikke inngå i sammenligningsgrunnlaget ved vurderingen etter Hovedavtalen § 3-7 nr. 4.
- (48) Ordlyden i og tariffhistorien til Hovedavtalen § 3-9 nr. 4 viser at regelen er en preklusjonsregel begrunnet i notoritetshensyn. Regelen har oppfylt sitt formål når tariffavtale – som følge av fristoversittelsen – etableres i den aktuelle virksomheten i tråd med tariffkravet. Det er ikke holdepunkter ved tilblivelsen for at fristoversittelse skal ha en virkning utover dette. Dette er heller ikke omtalt i LOs eller NHOs kommentarer til Hovedavtalen. Det er naturlig at en slik virkning – som kan ha dramatiske konsekvenser – ville ha kommet til uttrykk mellom partene. Fraværet av omtale må forstås slik at tariffpartene ikke har ment at fristoversittelse skal ha en slik virkning.
- (49) Heller ikke ordlyden og tariffhistorien til Hovedavtalen § 3-7 nr. 4 tilsier en annen forståelse. Ordlyden er ikke tilstrekkelig klar og entydig til at bedrifter som har blitt bundet på grunn av fristoversittelse, skal tas i betraktning ved sammenligningsvurderingen.
- (50) Hvis fristoversittelse skal ha som virkning at overenskomstens anvendelsesområde utvides, og at virksomheter som blir bundet ved fristoversittelsen skal inngå i sammenligningsgrunnlaget etter Hovedavtalen § 3-7 nr. 4, vil det kunne medføre dramatiske konsekvenser. Fristoversittelse i forbindelse med tariffkrav for én enkelt bedrift – som kan skyldes rene arbeidsuhell – vil da kunne få betydning for et ukjent antall bedrifter. Dette kan føre til utvisking av grensene mellom ulike tariffavtaler. Dette er ikke i tråd med bestemmelsens formål om å etablere riktig tariffavtale for rett bedrift og derved like konkurransevilkår for bedrifter som er like.
- (51) PLO NHO–NSF, avtale 527, er ikke anvendelig for de åtte omtvistede bedriftene. NSF's tariffkrav kan derfor ikke tas til følge.
- (52) Ved vurderingen av «bedriftens art» etter Hovedavtalen § 3-7 nr. 4, jf. § 3-10 nr. 3, er det overenskomstens omfangsbestemmelse som danner utgangspunktet, jf. ARD 2011 s. 282 avsnitt 67 og Den faste tvistenemnds sak 1/2017 om Kreftforeningen.
- (53) Som nevnt er omfangsbestemmelsen i avtale 527 tolket snevert og er klart begrenset; det er primært sykehjem, hjemmesykepleie og pasienthoteller som omfattes. Pleie- og omsorgsbedrifter innen rusomsorg, rehabilitering, klinikk, psykiatri mv., slik som de omtvistede bedriftene, faller derimot utenfor.

- (54) Sett bort fra bedriftene som ble bundet på grunn av fristoversittelsen, er omfangsbestemmelsen praktisert i tråd med dette mellom partene.
- (55) Enkeltstående feilopprettelser kan ikke endre på dette. Det kan være ulike grunner til at en overenskomst blir opprettet i en bedrift ved en feil. Det kan for eksempel skyldes feilvurderinger på bedriften eller av landsforeningen, manglende reservasjon i forbindelse med virksomhetsoverdragelse, pragmatiske løsninger i konkrete tilfeller mv. Slike feil vil nær sagt gjelde alle overenskomster, og terskelen for å få gjennomført endringer etter Hovedavtalen § 3-8 er høy.
- (56) For at slike feilopprettelser skal tillegges betydning, må det iallfall dreie seg om feilopprettelser av et visst omfang i tilsvarende bedrifter. I vår sak er det – sett bort fra bedriftene som ble bundet på grunn av fristoversittelsen – bare to virksomheter som har blitt bundet på grunn av feil, én innen bedriftshelsetjeneste og én rusomsorgsbedrift. Alarmsentralene er ikke relevante her.
- (57) Ved den konkrete vurderingen etter Hovedavtalen § 3-7 nr. 4, jf. § 3-10 nr. 3, skal hovedtyngden ligge på hva bedriften gjør, hva som er produksjonen, driften og bransjen. Hva de ansatte gjør, er bare et moment blant flere.
- (58) De to bedriftene som driver med rusomsorg, Stiftelsen Valdresklinikken og 12 Trinnsklinikken AS, er ikke av samme art som bedrifter som er omfattet av avtale 527. Som nevnt faller rusomsorg utenfor anvendelsesområdet, og det kan ikke ha betydning at rusinstitusjoner har blitt bundet på grunn av fristoversittelse og feilopprettelse. At noen sykehjem kan ha innslag av rusomsorg, kan ikke være avgjørende. Rusbehandling er ikke det hovedsakelige ved et sykehjem. Rusomsorg er dessuten spesialisthelsetjeneste, mens sykehjem er del av primærhelsetjenesten.
- (59) Det samme gjelder de tre bedriftene innen psykiatri, Helseforetaket Incita AS (Hurdalssjøen Recoverycenter), Attendo Nøstret og Attendo Kroksund. Avtale 527 er ikke opprettet i noen virksomheter innen psykiatri bortsett fra Furukollen Psykiatriske Senter AS, som ble bundet på grunn av fristoversittelsen.
- (60) Avtale 527 gjelder heller ikke for bedrifter av samme art som rehabiliteringsbedriften Skogli Helse og Rehabilitering AS. Slik bedrifter faller utenfor avtalens virkeområde. Det må også her sees bort fra at noen rehabiliteringsbedrifter er bundet på grunn av fristoversittelse. At noen sykehjem, slik som med rusomsorg, kan ha innslag av rehabilitering, kan ikke være avgjørende. Også rehabilitering er spesialisthelsetjeneste.

- (61) Det samme gjelder Fertilitet Vest AS (klinikk Hausken). Dette er en klinikk som tilbyr fertilitetsbehandling og gynekologi. Avtale 527 er ikke opprettet i noen slike virksomheter bortsett fra én som følge av fristoversittelse.
- (62) Privat Omsorg Nord AS er ikke av samme art som bedrifter omfattet av avtale 527. Bedriftens virksomhet har delvis nedslag mot hjemmesykepleie som anses som pleie- og omsorg etter avtale 527, men driver ikke hovedsakelig med dette.
- (63) De åtte bedriftene som NSF har rettet tariffkrav mot, er dermed ikke av samme art som de bedrifter som er omfattet av virkeområdet til avtale 527. Vilkåret etter Hovedavtalen § 3-7 nr. 4 for at tariffavtale skal gjøres gjeldende, er ikke oppfylt.
- (64) PLO NHO–NSF, avtale 527, er en horisontal bransjeoverenskomst som er begrenset til å gjelde for ansatte som i hovedsak utfører operativ pasientpleie.
- (65) Overenskomstsyste­met i NHO bygger på et grunnleggende horisontalt avtaleprinsipp hvor det skilles mellom overenskomster for arbeidere, overenskomster for funksjonærer og overenskomster for ledere.
- (66) Omfangsbestemmelsens utforming, tariffhistorien og overenskomstens innhold tilsier klart at avtale 527 er en horisontal overenskomst.
- (67) Bestemmelsen i § 1 første ledd angir overenskomstens saklige område. Ordlyden i annet ledd kan muligens isolert tale for at alle NSF's medlemmer i virksomheten er omfattet, uavhengig av stilling. Men formuleringen er vanlig i horisontale overenskomster, og tilsvarende formulering finnes i PLO NHO–LO/Fagforbundet, avtale 481 § 1 annet ledd.
- (68) I funksjonæravtalene er det imidlertid vanlig at det i omfangsbestemmelsen uttrykkelig er begrenset oppad mot overordnede stillinger i bedriften og mot ansatte som er bedriftens representanter ved fastleggelse av generelle lønns- og arbeidsvilkår, se for eksempel overenskomsten NHO–NITO 2016–2018 § 1-1 og avtale 453 for perioden 2016–2018 mellom NHO og LO. I horisontale overenskomster er slike bestemmelser overflødige, og når avtale 527 ikke inneholder slike begrensninger – som ville ha vært nødvendig hvis avtalen var vertikal – taler det klart for at overenskomsten er horisontal.
- (69) Tilblivelseshistorien til avtale 527 viser det samme.
- (70) Avtale 527 ble som sagt etablert som en blåkopi av PLO NHO–LO/Fagforbundet, avtale 481. At avtale 481 er horisontal, følger av Rikslønnsnemndas kjennelse 28. januar 2003 i sak 3 og 4. Fagforbundets forløpere, Norsk Helse- og Sosialforbund (NHS) og Norsk Kommuneforbund (NKF), ønsket da en tariffavtale som skulle dekke hele spekteret av

yrkesgrupper i bransjen. Servicebedriftenes landsforening (SBL), nå NHO Service og Handel, ville ikke ha en slik utvidelse av overenskomsten. Rikslønnsnemndas flertall konkluderte med at det ikke var grunnlag for utvidelse.

- (71) I forhandlingene forut for og under Rikslønnsnemndas behandling av tvisten mellom NHO og NSF i 2010 var vertikalitet et sentralt tema. NSF fremmet krav om en profesjonsbasert avtale, men fikk ikke gjennomslag for det av nemnda. At LO/Fagforbundet i ettertid hevder at denne avtalen er vertikal, kan ikke tillegges vekt.
- (72) Avtale 527 er etter sitt innhold en arbeideroverenskomst. Den har detaljert regulering av lønns- og arbeidsvilkår, noe som nettopp kjennetegner slike overenskomster. Avtale 527 er dessuten en minstelønnsoverenskomst. Funksjonæravtaler er derimot mer rammepregede. De omtales ofte som «sifferløse» og har bare unntaksvis lønnsregulering.
- (73) At NSF's varsel om plassfratredelse 16. august 2012 skal ha omfattet også avdelingsledere og teamledere, kan ikke tillegges betydning. Det er ikke opplysninger i brevet om at NSF mente at alle medlemmer kunne tas ut, og den vedlagte navnelisten viser ikke hvilke stillinger de aktuelle medlemmene hadde.
- (74) En bestemt lokal praksis med lønnsforhandlinger for ledere, som NSF påberoper seg, kan ikke binde de overordnede tariffpartene.
- (75) Dersom Arbeidsretten skulle komme til at avtale 527 ikke er horisontal, vil NHO subsidiært påstå at overenskomsten uansett ikke er anvendelig for personer som har ledende stilling og for personer som er bedriftens representant ved fastleggelse av generelle lønn- og arbeidsvilkår. Slike begrensninger, som alltid følger av vertikale overenskomster, må da innfortolkes i avtale 527.
- (76) Det er nedlagt slik endret påstand:

«1. Virkeområdet til avtale nr. 527 i § 1 første ledd tilsvarer virkeområdet til avtale 481 § 1 første ledd.

2. Avtale nr. 527 er ikke anvendelig for Stiftelsen Valdresklinikken.

3. Avtale nr. 527 er ikke anvendelig for 12 Trinnsklinikken AS.

4. Avtale nr. 527 er ikke anvendelig for Attendo Nøstret.

5. Avtale nr. 527 er ikke anvendelig for Attendo Kroksund.

6. Avtale nr. 527 er ikke anvendelig for Helseforetaket Incita AS (Hurdalssjøen Recoverycenter AS).

7. Avtale nr. 527 er ikke anvendelig for Fertilitet Vest AS (Klinikk Hausken).

8. Avtale nr. 527 er ikke anvendelig for Skogli Helse og Rehabilitering AS.

9. Avtale nr. 527 er ikke anvendelig for Privat Omsorg Nord AS.

10. Avtale nr. 527 er en horisontal bransjeoverenskomst som er begrenset til å gjelde for ansatte som i hovedsak utfører operativ pasientpleie.

Subsidiært: Avtale nr. 527 er ikke anvendelig for personer som har ledende stilling og for personer som er bedriftens representant ved fastleggelsen av generelle lønns- og arbeidsvilkår.

Atter subsidiært: NHO frifinnes for NSF's påstandspunkt nr. 11.»

- (77) *Norsk Sykepleierforbund* har i korte trekk anført:
- (78) Virkeområdet til PLO NHO–NSF, avtale 527, er ikke sammenfallende med virkeområdet til PLO NHO–LO, avtale 481.
- (79) Avtale 527 ble fastsatt av Rikslønnsnemnda i 2010 for virksomheter innen helse- og omsorg. NSF bestrider ikke at ordlyden i overenskomstens omfangsbestemmelse er lik ordlyden i omfangsbestemmelsen til avtale 481. Men NSF fikk et selvstendig partsforhold med NHO ved avtaleopprettelsen, og gjennom sin partsautonomi har tariffpartene utviklet overenskomstens virkeområde slik at den dekker flere virksomheter enn avtale 481.
- (80) Det er ikke tvilsomt at avtale 527 faktisk omfatter andre typer virksomheter enn avtale 481. Dette har sammenheng med at virksomheter innen blant annet rusomsorg, psykiatri og rehabilitering har blitt tariffbundet som følge av NHOs fristoversittelse, jf. ARD 2016 s. 254 og protokollen mellom partene 25. august 2017.
- (81) Avtale 527 er – etter opprettelsen i 2010 – også gjort gjeldende for pasienthoteller, noe som avtale 481 ikke er. Dette har riktignok sammenheng med grenseavklaringer innen LO–NHO-området, jf. Den faste tvistenemnds avgjørelse i sak 1/2012 Aleris Ungplan Boi. En slik etterfølgende grensedragning mellom andre organisasjoner kan imidlertid ikke få virkning for NSF.
- (82) I Aleris Ungplan Boi mente NHO at avtale 481 var anvendelig, men at avtale 453 passet best. Dette viser NHOs syn på omfangsbestemmelsen. Når det ikke finnes en tilsvarende avtale mellom NSF og NHO, kan ikke samme grensedragning legges til grunn.
- (83) Arbeidsrettens dom i ARD 2011 s. 282 er uten betydning. For det første gjaldt saken Hovedavtalen § 3-6. Det er ikke gitt at vurderingstemaet etter Hovedavtalen § 3-7 er det samme. For det andre belyser avgjørelsen en faktisk situasjon i 2008, altså før Rikslønnsnemndas kjennelse i sak 1/2010 og opprettelsen av avtale 527. Det vises dessuten til Terje Nygårds uttalelse om at han ikke var kjent med at det hadde vært forsøkt gjort noen avgrensning av overenskomstens omfang på grunnlag av pleie- og omsorgsbegrepet.
- (84) PLO NHO–NSF, avtale 527, skal gjøres gjeldende for de åtte omtvistede virksomhetene.

- (85) Det er ikke uenighet om at vilkårene for å kreve tariffavtale etter Hovedavtalen § 3-7 nr. 2 er oppfylt. Partene er, slik NSF ser det, også enige om at de omtvistede kravene om avtaleopprettelse – med unntak for Privat Omsorg Nord AS – gjelder bedrifter som faktisk er av samme art som allerede tariffbundne virksomheter. Uenigheten dreier seg om bedrifter som har blitt tariffbundet på grunn av fristoversittelse, eller av andre grunner, kan holdes utenfor ved vurderingen etter § 3-7 nr. 4.
- (86) Hverken ordlyden, tariffhistorikken eller praksis støtter NHOs syn.
- (87) Ordlyden i Hovedavtalen § 3-7 nr. 4 er klar. Det er et vilkår at kravet gjelder den bestående tariffavtale mellom NHO og NSF som gjelder for bedrifter av samme art. Det finnes sammenlignbare virksomheter som allerede er bundet. Vilråene for å bestride tariffkravet er ikke til stede.
- (88) Det er ingen støtte i tariffhistorikken eller tariffpraksis mellom NHO og LO eller NHO og YS, som også vil være relevant ved tolkningen av Hovedavtalen NHO–NSF, for at en tariffpart ensidig kan holde virksomheter utenfor vurderingen av om det finnes bedrifter av samme art.
- (89) Ufravikelighetsnormer er, slik NHO synes å mene, ikke til hinder for at avtale 527 gjøres gjeldende i de åtte virksomhetene. Disse er ikke til hinder for konkurrerende tariffavtaler i virksomheten. Det er ikke en plikt til avtaleidentitet, men til likeverdighet. Det er i så fall LO/Fagforbundet som må gjøre gjeldende at NHO eventuelt begår tariffbrudd.
- (90) NHO kan på denne bakgrunn ikke unnlate å gjennomføre avtale 527 for de syv omtvistede virksomheter som partene er enige om er av samme art som allerede tariffbundne.
- (91) Også Privat Omsorg Nord AS er av samme art som allerede tariffbundne virksomheter.
- (92) Ved den konkrete vurderingen etter Hovedavtalen § 3-7 nr. 4, jf. § 3-10 nr. 3 må det legges vekt på at arbeidstiden, organiseringen, drift og arten av arbeidet, arbeidsutførelsen, arbeids- og lønnsvilkårene samt at finansering i hovedsak er lik i alle de åtte virksomhetene. Det som «produseres» i Privat Omsorg Nord AS, tilsvarer det som «produseres» i de andre. Selv om bedriften tilbyr endel forskjellige tjenester, må disse sees i sammenheng. Hvor stor del av omsetningen de ulike tjenestene utgjør, er ikke relevant.
- (93) Avtale 527 dekker alle medlemmene i de tariffbundne virksomhetene.
- (94) Spørsmålet om overenskomstens personelle virkeområde må løses med utgangspunkt i omfangsbestemmelsens ordlyd, jf. ARD 2002 s. 60. Av ordlyden i § 1 annet ledd følger at medlemmer av NSF er omfattet. Ordlyden må forstås slik at *alle* medlemmene er omfattet.

Dette underbygges av omstendighetene rundt etableringen av avtale 527 av Rikslønnsnemnda i 2010.

- (95) NHO Service var kjent med at NSF representerte medlemmer på alle nivåer i medlemsbedriftene, og at det var sentralt for NSF at alle medlemmene skulle være omfattet av avtalen. Omfangsbestemmelsen var en viktig del av forhandlingene. NSF oppfattet det slik at NHO Service endret ordlyden i omfangsbestemmelsen (i forhold til tidligere avtaletilbud) for å imøtekomme NSFs krav. NSF klargjorde sin forståelse av ordlyden uten at NHO Service tok til motmæle. Dette har en side til klarhetskravet; NHO Service må ha forstått NSFs forutsetning.
- (96) NHO Service avklarte også forståelsen av omfangsbestemmelsen med Fagforbundet før Rikslønnsnemndas avgjørelse. Denne e-postkorrespondansen viser at Fagforbundets syn var at alle medlemmer var omfattet. NHO Service påberopte seg partsenigheten for Rikslønnsnemnda, og nemnda la denne partsenigheten til grunn for å løse tvisten.
- (97) Tariffhistorikken knyttet til pleie- og omsorgsoverenskomsten mellom Norsk Helse- og Sosialforbund (NHS) og Servicebedriftenes landsforening (SBL) underbygger at avtalene er vertikale. NHS var et profesjonsforbund for hjelpepleiere og omsorgsarbeidere. Sykepleie er en sentral del av disse utdannelsene. En sykepleier vil ha faglig ledelse av hjelpepleiere og omsorgsarbeidere. En sontring mellom arbeidere/operatører og funksjonærer gir ingen mening i en slik kontekst. Hvis det var snakk om en arbeideroverenskomst, ville det heller ikke gi mening å ha bestemmelser om stedfortredertjeneste i overenskomsten.
- (98) Det skjedde ingen endring som følge av at NHS og Norsk Kommuneforbund slo seg sammen i Fagforbundet.
- (99) Etterfølgende praksis mellom tariffpartene støtter opp om NSFs syn. Avtale 527 er gjort gjeldende i typiske funksjonærvirksomheter etter krav fra NHO. Dette gjelder for eksempel SOS International AS. NSFs medlemmer her driver ikke med pleie- og omsorg etter NHOs terminologi.
- (100) Ved oppgjøret i 2012 ble det dessuten gitt varsel om plassfratredelse for avdelingsledere og teamledere ved sykehjem uten at NHO Service protesterte.
- (101) Fagforbundet har også i 2016 uttrykkelig tilkjennegitt at alle medlemmene i en tariffbundet virksomhet er omfattet, og at forbundet deler NSFs syn på overenskomstens personelle omfang.

(102) Lokal praksis underbygger også NSF's syn. Ved flere sykehjem har NSF's medlemmer i overordnede stillinger vært omfattet av lokale lønnsforhandlinger etter overenskomsten. Slik lokal praksis må kunne vektlegges selv om praksisen ikke nødvendigvis er avgjørende.

(103) Det er nedlagt slik påstand:

«Prinsipalt

1. NSF frifinnes.

I begge tilfeller:

2. NHO plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Stiftelsen Valdresklinikken i tråd med det krav som er fremsatt.

3. NHO plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for 12 Trinnsklinikken i tråd med det krav som er fremsatt.

4. NHO plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Attendo Nøstret i tråd med det krav som er fremsatt.

5. NHO plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Attendo Kroksund i tråd med det krav som er fremsatt.

6. NHO plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Helseforetaket Incita AS (Hurdalssjøen Recoverycenter) i tråd med det krav som er fremsatt.

7. NHO plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Fertilitet Vest AS (klinikk Hausken) i tråd med det krav som er fremsatt.

8. NHO plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Skogli Helse og Rehabilitering AS i tråd med det krav som er fremsatt.

9. NHO plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Privat Omsorg Nord AS i tråd med det krav som er fremsatt.

10. NSF frifinnes for NHOs påstandspunkt 10.

11. Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, omfatter alle medlemmer av NSF i de virksomheter overenskomsten er gjort gjeldende.»

(104) **Arbeidsrettens merknader**

(105) Saken gjelder tvist om forståelsen av virkeområdet til Pleie- og omsorgsoverenskomsten (PLO), avtale 527. Partene er uenige om hvorvidt overenskomstens virkeområde i § 1 første ledd tilsvarer virkeområde til Pleie- og omsorgsoverenskomsten NHO–LO/Fagforbundet, avtale 481, § 1 første ledd. Spørsmålet er om det på dette punkt er parallellitet mellom de to avtalene. Videre er det uenighet om overenskomstens personelle virkeområde. Saken gjelder i tillegg tvist om hvorvidt overenskomsten skal gjøres gjeldende for åtte konkrete virksomheter i medhold av Hovedavtalen NSF–NHO § 3-7 flg. Det hører normalt under Den faste tvistenemnd NSF/NHO å ta stilling til tvist av den sistnevnte typen, jf. HA NSF–NHO § 3-9 nr. 4, jf. § 3-10. Men som nevnt innledningsvis har partene gitt Arbeidsretten kompetanse til å avgjøre de tariffkrav som saken gjelder.

(106) Reglene i HA LO–NHO § 3-7 flg., som reglene i HA NSF–NHO § 3-7 flg. baserer seg på, går tilbake til den første hovedavtalen mellom LO og N.A.F. fra 1935. Hovedavtalens

ordning er at en tariffavtale må «settes i funksjon» eller bli «gjort gjeldende» for at en medlemsbedrift skal bli bundet. Bestemmelsene i HA §§ 3-7 til 3-10 inneholder både materielle og prosessuelle krav for at bundethet skal inntre. Hva som er en «bedrift» etter disse reglene, kan ha et snevrere innhold enn etter det alminnelige virksomhetsbegrepet som knytter seg til den juridiske personen. Dersom vilkårene etter HA § 3-7 flg. er oppfylt, foreligger det rettskrav på tariffavtaleoppsettelse i bedriften. Tvist om tariffavtalevalg er en rettstvist, og det gjelder fredsplikt.

- (107) Før Arbeidsretten tar stilling til om PLO, avtale 527, skal gjøres gjeldende i de åtte omtvistede virksomhetene i medhold av disse reglene, vil retten behandle spørsmålet om det er parallellitet mellom omfangsbestemmelsene til PLO, avtale 527, § 1 første ledd og PLO, avtale 481, § 1 første ledd. Dette har, som retten skal komme tilbake til, direkte betydning for den nærmere vurderingen etter HA § 3-7. Retten vil deretter ta stilling til tvisten om overenskomstens personelle virkeområde.
- (108) *Tilsvareer virkeområdet til PLO, avtale 527, § 1 første ledd virkeområdet til PLO, avtale 481, § 1 første ledd?*
- (109) Ordlyden i PLO, avtale 527, § 1 første ledd og PLO, avtale 481, § 1 første ledd er identiske:
- «Denne overenskomst kan gjøres gjeldende for privat virksomhet der hovedaktiviteten er pleie- og omsorgstjenester.»**
- (110) NHO anfører at virkeområdet til avtale 527 § 1 første ledd skal forstås på samme måte som virkeområde til avtale 481 § 1 første ledd. For avtale 481 har NHO og LO/Fagforbundet, hevder NHO, lagt til grunn en snever forståelse av pleie- og omsorgsbegrepet. NHO har også vist til ARD 2011 s. 282 og praksis fra Den faste tvistenemd til støtte for dette. NHO anfører at det primært er sykehjem, hjemmesykepleie og pasienthoteller som vil omfattes, og at virkeområdet avgrenses mot tilgrensede helsebedrifter som omfattes av avtale 453 mellom LO/Fagforbundet og NHO. Basert på forklaringen til Tone Faugli, leder for forhandlingsavdelingen i Fagforbundet, synes Fagforbundet i hovedsak å være enig i denne forståelsen.
- (111) Etter Arbeidsrettens syn er det ikke tvilsomt at omfangsbestemmelsene i § 1 første ledd var identiske etter de to overenskomstene da PLO, avtale 527, ble etablert i 2010. Dette følger uttrykkelig av Rikslønnsnemndas kjennelse 11. mai 2010. I tillegg til slutningens punkt 2 nøyer retten seg med å vise til flertallets uttalelse på s. 26:

«De nøytrale medlemmene, samt medlemmet Furulund finner etter en helhetsvurdering at arbeidsgiversidens påstand blir å legge til grunn, hvilket innebærer at NSF får en parallellavtale til dagens pleie- og omsorgsoverenskomst mellom NHO/NHO Service og LO/Fagforbundet ...»

- (112) Dette er heller ikke NSF uenig i. Spørsmålet er om denne parallelliteten senere har opphørt.
- (113) Det er på det rene at det ved Rikslønnsnemndas kjennelse ble etablert et selvstendig tariffavtaleforhold mellom NHO og NSF, jf. ARD 2011 s. 36. NHO og NSF har – som overordnede tariffparter – rådighet over tariffavtalen og tolkningsmonopol. Partene kan derfor i utgangspunktet foreta disposisjoner med tariffrettslig bindende virkning i dette tariffforholdet, uavhengig av hva som følger av tariffforholdet mellom NHO og LO/Fagforbundet. At det er snakk om to ulike tariffforhold, innebærer at en opprinnelig parallellitet vil kunne opphøre.
- (114) Det er ikke uenighet om at avtale 527 i dag *faktisk* gjelder i endel andre virksomheter enn hva som faller inn under avtale 481. Dette gjelder blant annet bedrifter innen psykiatri og rehabilitering. Mellom LO og NHO er det her en annen overenskomst, avtale 453, som kan være anvendelig. Det samme gjelder innen rusomsorg. Avtale 453 er lagt til grunn i en rekke rusomsorgsbedrifter. Det er riktignok én slik bedrift, Hvalheim Bo og Servicesenter AS, som er bundet av PLO, avtale 481, istedenfor avtale 453. Tone Faugli har imidlertid forklart at Fagforbundet har akseptert at det er avtale 453 som er anvendelig for rusomsorg.
- (115) Det er videre klart at bakgrunnen for at avtale 527 er gjort gjeldende, har – for de aller fleste av disse bedriftene – sammenheng med NHOs oversittelse av søksmålsfristen etter HA § 3-9 nr. 4 siste punktum, jf. ARD 2016 s. 254. Retten viser her til protokollen fra møtet mellom partene 25. august 2017.
- (116) NHO har anført at de virksomhetene innen rusomsorg, psykiatri, rehabilitering og klinikk som ble bundet som følge av fristoversittelsen, ikke kan inngå i sammenligningsgrunnlaget ved vurderingen etter HA § 3-7 nr. 4, og at fristoversittelsen ikke på den måten kan medføre utvidelse av virkeområdet til PLO, avtale 527.
- (117) Arbeidsretten er *ikke* enig i dette, og vil bemerke:
- (118) Ordlyden i HA § 3-7 nr. 4 er klar. Vilkåret for at tariffkravet skal gjennomføres i bedriften, er at kravet gjelder den bestående tariffavtale mellom NSF og NHO som «gjelder» for bedrifter av samme art. Slik bestemmelsen er utformet, skiller den ikke mellom måter en tariffavtale har blitt gjeldende i bedrifter av samme art. For at retten i et slikt tilfelle skal

innfortolke en begrensning om at det skal sees bort fra bedrifter som har blitt bundet på grunn av fristoversittelse, må det kreves holdepunkter av en viss vekt.

- (119) Etter Arbeidsrettens syn foreligger det ingen holdepunkter for en slik begrensning i tariffhistorien. Problemstillingen er ikke omtalt i kommentarene til Hovedavtalen, eller i det øvrige materialet, som er fremlagt for retten. Arbeidsretten er ikke kjent med at dette spørsmålet tidligere har vært tema mellom partene eller parter i likelydende hovedavtaler. Retten er ikke enig med NHO i at fravær av omtale må forstås slik at tariffpartene ikke har ment at bedrifter som er blitt bundet på grunn av fristoversittelse, skal holdes utenfor vurderingen etter HA § 3-7 nr. 4. Når det ikke foreligger holdepunkter for noe annet, må retten holde seg til ordlyden i denne bestemmelsen, og hva den gir uttrykk for.
- (120) Det kan heller ikke, slik retten ser det, være avgjørende at virkningen ikke fremgår av ordlyden i HA § 3-9 nr. 4. Bestemmelsen regulerer adgangen og fristene for å bringe det konkrete tariffkravet som det er uenighet om, inn for Den faste tvistenemnd samt at fristoversittelse medfører at tariffkravet skal gjennomføres i bedriften. Bestemmelsens siste punktum regulerer på denne måten én – om enn spesiell – måte en bedrift kan bli bundet av et konkret tariffkrav på. Regelen innebærer likevel at bedriften blir tariffbundet på samme måte som i ordinære tilfeller. Det er ikke holdepunkter i bestemmelsen for at denne bundetheten skal behandles annerledes i relasjon til HA § 3-7 nr. 4 eller Hovedavtalens øvrige bestemmelser. Hvis bundethet som følge av fristoversittelse skulle hatt en mer begrenset betydning, ville det vært naturlig at dette hadde kommet til uttrykk i ordlyden.
- (121) NHO har anført at det vil kunne medføre dramatiske konsekvenser hvis tariffbundethet som følge av fristoversittelse skal ha som virkning at overenskomstens anvendelsesområde utvides. Det er blant annet pekt på at fristoversittelse i forbindelse med tariffkrav for én enkelt bedrift vil kunne få betydning for et ukjent antall bedrifter. Arbeidsretten finner ikke at en slik eventuell konsekvens kan gi grunnlag for å innfortolke en begrensning i HA § 3-7 nr. 4. Den part som ikke følger opp et tariffkrav som bestrides, må i utgangspunktet bære risikoen for dette. Retten vil i den forbindelse særlig vise til at forhandlingsdirektør i NHO, Rolf Negård, i sin forklaring har påpekt at det å opprette tariffavtale på bedrift etter reglene i HA § 3-7 flg., er noe NHO tar alvorlig. Det må være NHOs ansvar å sørge for å ha rutiner og systemer som sikrer at frister overholdes.
- (122) Retten vil tilføye at det vil være i begge parters interesse at riktig tariffavtale blir etablert i rett bedrift. Hvis det skulle vise seg at en tariffavtale som blir opprettet på grunn av fristoversittelse etter HA § 3-9 nr. 4 i praksis nærmest er umulig å anvende i bedriften, vil

begge parter være tjent med å løse dette. Regelen i HA § 3-9 nr. 4 siste punktum er, som det uttrykkelig følger av bestemmelsen, naturlig nok deklarasjon.

- (123) NHO har videre anført at formålet bak reglene i HA § 3-7 flg. om å etablere riktig tariffavtale for rett bedrift og derved like konkurransevilkår for like bedrifter, taler mot at en fristoversittelse har slike konsekvenser. Dette formålet kan imidlertid, slik retten ser det, like gjerne – om enn ikke i større grad – tale *mot* NHOs tolkning. Når flere av NHOs medlemsbedrifter allerede har blitt bundet av overenskomsten som følge av fristoversittelse, vil det innebære ulike konkurransevilkår at andre medlemsbedrifter av samme art skal falle utenfor tariffavtalens anvendelsesområde og ikke kunne bli bundet. Retten vil tilføye at NHO ikke har gjort noe for å bringe tariffbundetheten til opphør.
- (124) Det kan av lignende grunner ikke ha betydning at konsekvensen i noen tilfeller kan bli at det vil gjelde konkurrerende tariffavtaler med ulikt innhold i samme bedrift. Allerede fristoversittelse etter HA § 3-9 nr. 4 kan medføre en slik situasjon. Arbeidsretten vil understreke at det etter alminnelige tariffrettslige regler ikke er noe til hinder for at det gjelder konkurrerende tariffavtaler i bedriften; det er heller ikke noe krav om identitet mellom de overlappende avtalene, se ARD 1936 s. 127, ARD 1977 s. 29 og ARD 1977 s. 34. Men det er klart at en tariffbundet arbeidsgiver etter rettspraksis i alminnelighet har en tariffplikt til å sikre at de konkurrerende tariffavtalene ikke leder til reell forskjellsbehandling av arbeidstakere som er bundet av ulike tariffavtaler. Retten viser i denne sammenheng også til Evju, «Konkurrerende tariffavtaler», *Arbeidsrett*, 2010 s. 119–126 og Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2017, s. 84–85. Mulig brudd på denne deklarasjoniske tariffplikten er noe andre arbeidstakerorganisasjoner, som Fagforbundet, eventuelt må ta opp.
- (125) Arbeidsretten har på denne bakgrunn kommet til at bedriftene innen rusomsorg, psykiatri, rehabilitering og klinikk som ble bundet på grunn av fristoversittelse, inngår i sammenligningsgrunnlaget etter HA § 3-7 nr. 4. Gjennom NHOs disposisjoner har omfangsbestemmelsen etter PLO, avtale 527, blitt utvidet til å gjelde også for denne typen virksomheter.
- (126) Dette innebærer at NHO ikke kan få medhold i sin påstand punkt 1, og NSF frifinnes.
- (127) I tillegg til de bedriftene som ble bundet på bakgrunn av fristoversittelse, er avtale 527 gjort gjeldende for én ytterligere rusomsorgsbedrift, én bedriftshelsetjenestebedrift samt flere alarmsentraler. NHO har betegnet disse tilfellene som «feiloppsett» som kan skyldes ulike grunner, for eksempel feilvurderinger på bedrift, manglende utøvelse av

reservasjonsrett ved virksomhetsoverdragelse mv. For rettens vurdering av spørsmålene i saken er det ikke nødvendig å gå inn på betydningen av disse tilfellene.

- (128) Dommerne *Schweigaard* og *Thuve* er enig i dette resultatet, men vil særlig bemerke:
- (129) Utgangspunktet må være at en overenskomsts virkeområde ikke uten videre kan bli utvidet som følge av rene feiloppsettelse eller som følge av at en bedrift har blitt bundet på grunn av fristoversittelse. Hvilke konsekvenser en slik feil skal ha, må avgjøres etter en konkret vurdering hvor det særlig sees hen til partenes etterfølgende håndtering av saken og hvilke konsekvenser en mulig utvidelse eller endring av virkeområdet vil kunne få. At fristoversittelsen bare omfatter én enkelt eller et fåtalls bedrifter, vil ikke uten videre kunne ha som konsekvens at overenskomsten kan gjøres gjeldende i bedrifter av samme art, og at overenskomstens virkeområde utvides. Det avgjørende i nærværende sak er, slik disse dommerne ser det, at NHO uten forbehold gikk med på at et tyvetalls andre bedrifter enn de to som saken i ARD 2016 s. 254 dreiet seg om, også skulle bli bundet. Likhets- og ufravikelighetsbetraktninger tilsier da at tilsvarende medlemsbedrifter skal kunne omfattes av overenskomsten.
- (130) *Skal PLO, avtale 527, gjøres gjeldende i de åtte omtvistede virksomhetene?*
- (131) Tvisten dreier seg på dette punkt, som retten allerede har vært inne på, om vilkåret i HA § 3-7 nr. 4 om at «[k]ravet skal gjelde den bestående tariffavtale mellom Norsk Sykepleierforbund og NHO som gjelder for bedrifter av samme art», er oppfylt. Partene er enige om at de øvrige vilkårene for å kreve tariffavtale gjennomført etter HA § 3-7 nr. 2 og nr. 4 er oppfylt.
- (132) Bestemmelsen i HA § 3-10 nr. 3 oppstiller nærmere retningslinjer for «samme art»-vurderingen. Her heter det:
- «Ved vurderingen av bedriftens art, skal det tas hensyn til dens drift og arbeidsforhold og til arten og utførelsen av arbeidet. Bedriftens betegnelse skal ikke være avgjørende, idet nemnda først og fremst skal ta sikte på å gjennomføre den tariffavtale som produksjons- og bransjemessig er naturligst for bedriften.»**
- (133) Arbeidsretten er enig med NHO i at det ved vurderingen er naturlig å ta utgangspunkt i tariffavtalens omfangsbestemmelse, jf. Den faste tvistenemnds avgjørelse i sak 1/2017 *Kreftforeningen*.
- (134) Spørsmålet blir da om virksomheten som utføres i hver enkelt av de åtte bedriftene, omfattes av virkeområdet til PLO, avtale 527.

- (135) Partene har lagt frem en omforent beskrivelse av bedriftene. Det er enighet om at Stiftelsen Valdresklinikken og 12 Trinnsklinikken AS kan karakteriseres som rusomsorgsbedrifter av samme art som de rusomsorgsbedriftene som allerede er bundet av PLO. Partene er likeledes enige om at de tre psykiatribedriftene, Helseforetaket Incita AS (Hurdalssjøen Recoverycenter), Attendo Nøstret og Attendo Kroksund rent faktisk er av samme karakter som de tariffbundne bedrifter innen psykiatri. Tilsvarende gjelder for klinikken Fertilitet Vest AS (klinikk Hausken) og rehabiliteringsbedriften Skogli Helse og Rehabilitering AS. For disse syv bedriftene er det således enighet om at det finnes bedrifter av samme art som har blitt bundet som følge av fristoversittelsen.
- (136) Det er da ikke nødvendig for retten å gå nærmere inn på en realitetsvurdering. Rettens konklusjon om at bedrifter som har blitt bundet som følge av fristoversittelse ikke kan utelates fra vurderingen etter HA § 3-7 nr. 4, innebærer at vilkåret er oppfylt for de syv nevnte bedriftenes del. Tariffkravet for disse bedriftene gjelder den bestående tariffavtale mellom NSF og NHO som gjelder for bedrifter av samme art.
- (137) Når det gjelder Privat Omsorg Nord AS (Privat Omsorg), stiller situasjonen seg annerledes. Partene er ikke enige om at denne bedriften er av samme art som bedrifter som allerede er bundet av PLO, avtale 527. Retten må da foreta en nærmere vurdering med grunnlag i det materialet som er fremlagt.
- (138) Etter vedtektene er bedriftens formål å «drive private omsorgstjenester, samt annen virksomhet som står i forbindelse med dette». Privat Omsorg leverer tjenester innenfor et bredt spekter, slik som praktisk bistand (hjemmehjelp), hjemmesykepleie, BPA (brukerstyrt personlig assistanse), renhold, støttekontakt, ledsagertjeneste, bistand til søknadsprosesser vedrørende kommunale tjenester, frisør. Bedriften driver også med utleie av helsepersonell til kommunal virksomhet. De ansatte arbeider i tverrfaglige team og består blant annet av sykepleiere, helsefagarbeidere/hjelpepleiere, vernepleiere, barne- og ungdomsarbeidere, sosionomer, ergoterapeuter, miljøterapeuter, assistenter og renholdere.
- (139) NSF anfører at bedriften er av samme art som Asor Helse AS avd. Oslo, som partene har kategorisert som en bedrift innen hjemmesykepleie.
- (140) Som nevnt over gir HA § 3-10 nr. 4 anvisning på en rekke momenter som skal vektlegges ved den konkrete vurderingen. Ordlyden i bestemmelsen og dens historie tilsier at hva som er produksjonen og driften i bedriften og bransjen vil være sentralt. Passusen om at det skal tas sikte på å få den tariffavtale som *produksjonsmessig* sett er mest naturlig for bedriften, kom inn ved revisjonen i 1947, mens det i 1994 ble tilføyet at det også skal sees hen til hva

som *bransjemessig* er mest naturlig for bedriften. De to kriteriene tilsier at henholdsvis hva som benyttes i produksjonen og selve produktet, skal vektlegges. Disse kriteriene passer antagelig bedre for typiske industribedrifter enn virksomheter som tilbyr helsetjenester av ulik karakter. Arbeidsretten finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på utgangspunktene for vurderingen etter HA § 3-7 nr. 4, jf. HA § 3-10 nr. 4. Vurderingen vil nødvendigvis måtte bli skjønnsmessig, hvor de ulike momentene må avveies mot hverandre.

- (141) Retten har kommet til at Privat Omsorg Nord AS *ikke* er av samme art som bedrifter bundet av PLO, avtale 527.
- (142) Det er ikke tvilsomt at virksomhetens drift og arbeid har innslag av pleie- og omsorgstjenester. På bakgrunn av bevisførselen finner retten det imidlertid tvilsomt om dette utgjør «hovedaktiviteten». Slik det er fremstilt for retten, virker det som om en ikke ubetydelig del av aktiviteten består av utleie av helsepersonell til kommunal virksomhet. Aktiviteten – «produksjonen» – i bedriften er da *utleie* av personell/bemanningsjeneste; dette er ikke det samme som at aktiviteten *i* bedriften er pleie- og omsorgstjenester. Hovedaktiviteten ved Privat Omsorg Nord AS faller derfor etter rettens vurdering på dette grunnlag ikke inn under PLO, avtale 527, § 1 første ledd.
- (143) Etersom PLO, avtale 527, ikke er anvendelig for Privat Omsorg Nord AS, foreligger det her tariffomt rom. Rettstvisten blir en interessetvist som må behandles etter arbeidstvistloven § 8 annet ledd, jf. HA § 3-10 nr. 2.
- (144) På denne bakgrunn må NSF gis medhold i påstand punkt 2–8, mens NHO gis medhold i sin påstand punkt 9.
- (145) *Spørsmålet om PLOs personelle virkeområde*
- (146) Avtalestrukturen innen NHO-området domineres av såkalte *horisontale* overenskomster, og det gjelder i praksis et skille mellom tariffavtaler for arbeidere/operatører og funksjonærer. Med en horisontal avtale forstås i denne sammenheng normalt en overenskomst som er begrenset til én eller flere kategorier av arbeidstakere. For arbeideravtalene er omfanget normalt knyttet til arbeidets art, virksomhetens art, bransjen osv., mens funksjonæravtalene er profesjonsbaserte og gjelder på tvers av bransjer. Slike avtaler skiller seg fra såkalte *vertikale* overenskomster. Med en vertikal avtale forstås normalt en tariffavtale som dekker stillinger på flere nivåer eller sjikt i virksomheten, for eksempel både arbeidere og funksjonærer, sml. ARD 2002 s. 60 (s. 70). Avtaler i offentlig sektor er gjerne vertikale. Av NHOs ca. 230 overenskomster er det rundt ti som er

vertikale. Vertikale avtaler i NHO-området finnes først og fremst innen oljebransjen og kraftbransjen.

(147) NHO gjør gjeldende at overenskomsten er en horisontal bransjeoverenskomst som er begrenset til å gjelde for ansatte som i hovedsak utfører operativ pasientpleie. NSF hevder på sin side at alle forbundets medlemmer i en tariffbundet bedrift vil være omfattet av avtale 527, uavhengig av stilling.

(148) Når det gjelder dette spørsmålet, har Arbeidsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

(149) *Flertallet*, dommerne *Wahl, Skjønberg, Bruzelius, Schweigaard* og *Thuve*, vil bemerke:

(150) Det er naturlig å ta utgangspunkt i ordlyden i PLO, avtale 527, § 1 annet ledd:

«Denne overenskomsten omfatter medlemmer av NSF ansatt i disse virksomheter.»

(151) Ordlyden kan, slik NSF har anført, antyde at overenskomsten skal omfatte alle NSF's medlemmer i den tariffbundne bedriften. Men dette følger ikke, etter flertallets syn, klart av ordlyden. Ordet «alle» er ikke brukt, og det brukes ubestemt form. Sånn sett er ordlyden uklar. Det avgjørende for flertallet er at avtalens tilblivelseshistorie klart viser at overenskomsten ikke er ment å omfatte alle NSF's medlemmer i den tariffbundne bedriften uavhengig av stillingens innhold.

(152) Formuleringen i § 1 annet ledd er – bortsett fra navngivelsen – identisk med Fagforbundets overenskomst, PLO, avtale 481, § 1 annet ledd. Bestemmelsen har vært der siden PLO ble inngått første gang i 1997 mellom på den ene siden Norsk Helse- og Sosialforbund (NHS)/YS og på den andre side Servicebedriftenes landsforening (SBL, nå NHO Service og Handel)/NHO.

(153) Med Rikslønnsnemndas kjennelse i 2010 fikk NSF som nevnt en overenskomst identisk med avtale 481. At avtale 481 – som altså har samme ordlyd – er horisontal, følger, slik flertallet ser det, av Rikslønnsnemndas kjennelse 28. januar 2003. Kjennelsen gjaldt tvister som oppstod i tariffoppgjøret i 2002 mellom Fagforbundets to forløpere, NHS og Norsk Kommuneforbund (NKF) og SBL. NHS og NKF utarbeidet et felles skriftlig innlegg til Rikslønnsnemnda. På s. 15 i kjennelsen kommer det frem at de to arbeidstakerorganisasjonene krevde å utvide virkeområdet til PLO:

«NKF har behov for å bygge ut Pleie- og omsorgsoverenskomsten med flere bilag, siden overenskomsten i dag bare dekker hjelpepleiere og omsorgsarbeidere. Vedtektene i NKF er slik at de kan organisere alle ansatte på en arbeidsplass. NKF er naturlig opptatt av å sikre alle sine medlemmer gjennom tariffavtale.»

(154) Forbundene påpekte videre:

«NHS og NKF mener at det relevante behovet for utvidelse av overenskomsten er dekket av vårt krav. Vi er kjent med avtalestrukturen i NHO-systemet. Vi mener likevel at det er nyttig, for dette området, å kunne se virksomhetens kompetansespekter under ett, også i forhold til lønns- og arbeidsvilkår. Utdanningsnivåene innenfor helsesektoren er spesielt tett knyttet til hverandre, og krever en tverrfaglig, eller i tariff-term – vertikal, tilnærming. Det er derfor ikke uten saklig grunn at de øvrige tariffavtalene i helsesektoren har en vertikal innretning. NKF som organiserer alle yrkesgrupper har behov for en overenskomst i tråd med kravet».

(155) SBL ønsket ikke en utvidelse av omfanget, jf. kjennelsen s. 27.

(156) Flertallet i nemnda kom til at det ikke var grunnlag for å utvide overenskomsten. Fra konklusjonen på s. 31 hitsettes:

«Nemndas flertall konstaterer videre at arbeidstakerorganisasjonene ønsker en ny og bredere Pleie- og omsorgsoverenskomst. Det er imidlertid flertallets oppfatning at Rikslønnsnemnda ikke bør presse en avgjørelse på partene på et slikt sentralt punkt, da spørsmålet er komplisert, samtidig som flertallet er av den oppfatning at omfangsbestemmelsen bør løses av partene.»

(157) Det er ikke holdepunkter for at det på dette punkt skjedde endringer mellom NHO og Fagforbundet frem til 2010. Slik flertallet ser det, kan det vanskelig legges noe mer i e-postkorrespondansen mellom Unni Rasmussen (Fagforbundet) og Terje Hovet (NHO Service) 27. oktober 2009 og mellom Petter Furulund (NHO Service) og Klemet Rønning-Aaby (Fagforbundet) 28. januar 2010 enn at dette dreiet seg om hvorvidt sykepleiere organisert i Fagforbundet, kunne være omfattet av avtale 481. Dette kan ikke tolkes som en enighet om at avtalen var – eller skulle være – vertikal. Etter flertallets vurdering forelå det dermed ikke, slik NSF anfører, en partsenighet mellom NHO og Fagforbundet på dette punkt som Rikslønnsnemnda bygget på i sin kjennelse i 2010, jf. avsnitt 160 nedenfor.

(158) Forhandlingene mellom NHO Service og NSF forut for Rikslønnsnemndas behandling i 2010 viser at omfangsbestemmelsen var et sentralt tema. Det ble fremsatte en rekke krav og tilbud, men ikke alle er fremlagt for retten. Etter NSFs krav 15. juni 2007 skulle tariffavtalen omfatte «alle som er autoriserte sykepleiere i bedrifter» innen en rekke bransjer, herunder helse og omsorg, attføring og bedriftshelsetjeneste. Fra NHOs side ble det fremsatt tilbud blant annet 17. desember 2008 og 5. juni 2009 hvor omfangsbestemmelsene var formulert på litt ulikt vis, men knyttet til «sykepleierstilling» som var nærmere definert. I et nytt tilbud 22. oktober 2009 kom NHO med avtaleforslag med en ordlyd som er identisk med den gjeldende.

(159) Flertallet kan ikke se at NHO Service, slik NSF anfører, skjønnte eller burde ha skjønnt at NSF oppfattet det slik at NHO endret ordlyden i forslagets omfangsbestemmelse for å imøtekomme NSFs krav om vertikal avtale. Kari Tangen, assisterende forhandlingsjef i NSF, og Terje Hovet, tidligere ansatt i SBL/NHO Service, som var til stede i

forhandlingsmøtene, har forklart seg ulikt om dette. NSF har vist til et internt referat fra et møte 16. april 2009 for å bestyrke sin forståelse. Men tilbudet som kom fra NHO etter dette, den 5. juni 2009, kan ikke tolkes i en slik retning.

- (160) Etter flertallets syn må det avgjørende uansett være at Rikslønnsnemnda ikke gav NSF medhold i sitt krav, men etablerte en overenskomst som svarte til Fagforbundets horisontale overenskomst. Det følger klart av kjennelsen at omfangsbestemmelsen var et tema mellom NSF og NHO også for nemnda. Retten viser til nemndas merknader innledningsvis på s. 24:

«NSFs prinsipale krav er å få etablert tariffavtale i privat sektor etter mal av offentlige tariffprinsipper. Det skal tilføyes at NHO Service 22. oktober 2009 fremsatte et tilbud om et tillegg til den tariffavtale som LO og Fagforbundet har, nemlig en minstelønn på kr. 290 000.

Under behandlingen i Rikslønnsnemnda har NHO Service opprettholdt dette tilbudet, samtidig som arbeidsgiversiden også har gitt uttrykk for at LO og Fagforbundet vil få tilbud om det samme.

Den tariffavtale som NSF har påstått lagt til grunn ble fremsatt 2. november 2009 og er under behandlingen for Rikslønnsnemnda fremlagt som bilag 6 til NSF's prosesskriv 27. april 2010. Kravet er utformet som en profesjonsavtale, in casu "alle som er autoriserte sykepleiere i bedrifter innen bransjene helse og omsorg, attføring og bedriftshelsetjeneste".

Kravet fra NSF, også det subsidiære, bryter med et av hovedprinsippene for NHOs tariffavtaler, nemlig at de skal være profesjonsnøytrale og således ikke profesjonsbaserte overenskomster. I NHOs tariffavtaler er stillinger og arbeidsoppgaver det sentrale. Det skal videre pekes på at NHO Service har inngått en tariffavtale med en annen arbeidstakerorganisasjon (LO og Fagforbundet) hvor hovedaktiviteten er pleie- og omsorgstjenester. Den av mindretallet omtalte overenskomst mellom NHO og NITO (og Tekna) er et enkeltstående unntak.»

- (161) NSF fikk som sagt ikke medhold i dette, og nemndas flertall uttalte videre blant annet på s. 26:

«De nøytrale medlemmene, samt medlemmet Furulund finner etter en helhetsvurdering at arbeidsgiversidens påstand blir å legge til grunn, hvilket innebærer at NSF får en parallellavtale til dagens pleie- og omsorgsoverenskomst mellom NHO/NHO Service og LO/Fagforbundet

...

Videre medfører dette at de øvrige krav fra NSF ikke tas til følge, herunder særskilt profesjonsavtale for sykepleiere tilknyttet attføringsbedriftene og bedriftshelsetjenesten».

- (162) Overenskomstens innhold bestyrker også at den er en horisontal arbeideroverenskomst i NHO-systemets forstand. PLO, avtale 527, har mer detaljert regulering av arbeids- og lønnsvilkår enn det som er vanlig i funksjonæravtaler. Det er heller ikke gjort noen unntak for øverste ledelse og ansatte som representerer arbeidsgiver ved fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår. Slike unntak synes å være vanlige for vertikale avtaler, se for eksempel Overenskomst NHO–NITO 2016–2018 § 1-1 og Oljeoverenskomsten 2016–2018 mellom NHO/Norsk olje og gass/Norsk Industri på den ene siden og YS/SAFE og Negotia på den annen side del II punkt 1.1.

- (163) Flertallet kan ikke se at det foreligger praksis som tilsier en annen forståelse.
- (164) NSF har vist til at forbundet i forbindelse med tariffoppgjøret i 2012 gav plassfratredelse for sykepleiere også i ledende stillinger ved de to sykehjemmene, Oppsalhjemmet og Hovseterhjemmet, uten at NHO protesterte. De ansattes stilling fremgikk imidlertid ikke av navnelistene, og basert på plassfratredelsen hadde NHO, slik flertallet ser det, ikke grunn til å reagere.
- (165) Flertallet finner ikke grunn til å gå nærmere inn på de protokollene fra lokale lønnsforhandlinger som også skal ha omfattet ledere. Det er ikke holdepunkter for at NHO var kjent med eller burde ha vært kjent med disse.
- (166) På denne bakgrunn har flertallet kommet til at avtale 527 ikke omfatter alle NSF's medlemmer i den tariffbundne bedriften uavhengig av stilling. Det avgjørende vil være om det enkelte medlem utfører arbeid som faller inn under overenskomsten. Avtalen kan derfor ikke betegnes vertikal i NHOs terminologi.
- (167) NHOs påstand punkt 10 er *prinsipalt* formulert slik:
- «Avtale 527 er en horisontal bransjeoverenskomst som er begrenset til å gjelde for ansatte som i hovedsak utfører operativ pasientpleie.»**
- (168) Saken er ikke lagt opp slik at retten kan ta stilling til hva som skal være avgjørende for om et medlem i en tariffbundet bedrift anses å utføre arbeid som faller inn under overenskomsten. Hva som ligger i «operativ pasientpleie», har ikke vært tema. Dette uttrykket fremgår heller ikke av omfangsbestemmelsen i PLO. Slik flertallet ser det, kan NHO derfor ikke gis medhold i den prinsipielle påstanden slik den er utformet.
- (169) NHO har i punkt 10 nedlagt følgende *subsidiære* påstand:
- «Avtale nr. 527 er ikke anvendelig for personer som har ledende stilling og for personer som er bedriftens representant ved fastleggelsen av generelle lønns- og arbeidsvilkår.»**
- (170) Den subsidiære påstanden gjelder for det tilfelle at retten skulle komme til at overenskomsten i utgangspunktet omfatter alle NSF's medlemmer uavhengig av stilling, og dermed er vertikal i NHOs terminologi. NHO anfører at det da må innfortolkes unntak tilsvarende som i avtale 453 § 1 annet ledd:
- «Overenskomsten omfatter ikke ansatte som utgjør bedriftens øverste ledelse. Det samme gjelder medlemmer som er bedriftens representanter ved fastlegging av generelle lønn- og arbeidsvilkår.»**
- (171) Ettersom flertallet har kommet til at overenskomsten ikke omfatter alle NSF's medlemmer i den tariffbundne bedriften uavhengig av stilling, er det ikke nødvendig å ta stilling til om

unntak må innfortolkes. Flertallet viser i den forbindelse til at NHO har påpekt at slike unntak ikke er nødvendige i horisontale avtaler fordi det personelle omfanget vil være knyttet til arbeidets art. NHO har også erkjent at eksempelvis en avdelingsleder *kan* være omfattet av overenskomsten, men at dette, etter NHOs syn, beror på i hvilken grad vedkommende også utfører det NHO har betegnet som operativ pasientpleie. Hvorvidt et medlem i en «ledende stilling» omfattes av overenskomsten, vil, slik flertallet ser det, derfor måtte bero på stillingens nærmere innhold. Saken er som sagt ikke lagt opp slik at retten kan ta stilling til dette. NHO kan etter dette ikke gis medhold i den subsidiære påstanden i punkt 10 slik den er utformet.

- (172) Ettersom flertallet har kommet til at avtale 527 ikke omfatter alle NSF-medlemmer i de virksomheter som er bundet av overenskomsten, jf. avsnitt 166, gis NHO medhold i sin atter subsidiære påstand. NHO frifinnes for NSF-påstand punkt 11.
- (173) Dommerne *Schweigaard* og *Thuve* er enig i dette resultatet, men vil for egen del tilføye:
- (174) Når rettens flertall har kommet til at overenskomsten er horisontal, og dermed ikke omfatter alle NSF-medlemmer, må flertallet også kunne ta stilling til den prinsipale delen av NHOs påstand punkt 10 slik den er utformet. Formuleringen dekker på dette punkt den alminnelige oppfatning av hvilke stillinger eller oppgaver som normalt omfattes av en horisontal overenskomst, i dette tilfellet innenfor pleie- og omsorgssektoren. NSF har siden før Rikslønnsnemndas kjennelse i 2010 og under behandlingen av nærværende sak lagt til grunn at alle deres medlemmer i en pleie- og omsorgsvirksomhet er omfattet av PLO, avtale 527, uansett hvilke oppgaver den enkelte faktisk utfører. Det kan ikke være tvilsomt at overenskomsten bare omfatter sykepleiere som hovedsakelig driver pleie- og omsorgsaktivitet i virksomheten. Dette må sies å være dekket av formuleringen «ansatte som i hovedsak driver operativ pasientpleie» i NHOs påstand.
- (175) *Mindretallet*, dommerne *Bull* og *Josefsen*, har kommet til at PLO, avtale 527, omfatter alle medlemmer av NSF i en tariffbundet virksomhet. Dette betyr at NSF må frifinnes for NHOs påstand punkt 10. *Mindretallet* vil bemerke:
- (176) Ordlyden i PLO, avtale 527, § 1 annet ledd taler for at overenskomsten skal omfatte alle NSF-medlemmer i den tariffbundne bedriften. *Mindretallet* finner støtte for en slik forståelse i forhandlingene mellom NHO Service og NSF forut for Rikslønnsnemndas kjennelse i 2010.
- (177) Det er ikke tvil om at det var kjent for NHO at NSF representerte medlemmer på alle nivåer i medlemsbedriftene, og at det var et ønske om å få en overenskomst som omfattet

alle i en tariffbundet virksomhet. E-posten fra Anne-Lise Wien i NSF til Linda Egseth i NHO Service 10. desember 2008 viser dette. Her beskrives også innholdet i stillingene til sykepleiere i ulike lederstillinger.

(178) I NHOs tilbud 17. desember 2008 var omfangsbestemmelsen formulert slik:

«Denne overenskomst kan gjøres gjeldende for sykepleiere ansatt i sykepleierstilling i sykehjem som driftes av private bedrifter.

Med sykepleierstilling menes stilling hvor arbeidstaker har arbeidsoppgaver som krever offentlig godkjenning som sykepleier og disse arbeidsoppgavene utgjør det vesentlige av stillingen.

For arbeidstakere som går inn i en sykepleierstilling midlertidig gjelder overenskomsten når perioden overstiger 1 uke.»

(179) Her var det således uttrykkelig begrensninger i hvilke stillinger som skulle omfattes. Det ble gjort noen endringer i tilbudet 5. juni 2009, men det var også her begrensninger i hvilke stillinger som skulle omfattes.

(180) Men i tilbudet 22. oktober 2009 var begrensningene borte, og formuleringen i omfangsbestemmelsen var identisk med dagens. Etter mindretallets syn viser dette at NHO imøtekom NSF's krav og frafalt begrensninger i hvilke stillinger som skulle omfattes av overenskomsten. NHO må uansett ha forstått at NSF oppfattet det slik. NHO hadde da foranledning til å klargjøre sin forståelse av ordlyden. Når det ikke er gjort, må overenskomsten tolkes i tråd med NSF's syn, jf. det tariffrettslige klarhetskravet.

(181) Mindretallet viser også til at Fagforbundet uttrykkelig har tilkjennegitt at alle medlemmene i en tariffbundet bedrift er omfattet av deres overenskomst.

(182) Dommen er avsagt med slik dissens som fremgår ovenfor.

SLUTNING

1. Norsk Sykepleierforbund frifinnes for NHOs påstandspunkt 1.
2. Næringslivets Hovedorganisasjon plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Stiftelsen Valdresklinikken i tråd med det krav som er fremsatt.
3. Næringslivets Hovedorganisasjon plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for 12 Trinnsklinikken AS i tråd med det krav som er fremsatt.
4. Næringslivets Hovedorganisasjon plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Attendo Nøstret AS i tråd med det krav som er fremsatt.
5. Næringslivets Hovedorganisasjon plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Attendo Kroksund AS i tråd med det krav som er fremsatt.
6. Næringslivets Hovedorganisasjon plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Helseforetaket Incita AS (Hurdalssjøen Recoverycenter) i tråd med det krav som er fremsatt.
7. Næringslivets Hovedorganisasjon plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Fertilitet Vest AS (klinikk Hausken) i tråd med det krav som er fremsatt.
8. Næringslivets Hovedorganisasjon plikter å gjennomføre Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, for Skogli Helse og Rehabiliteringssenter AS i tråd med det krav som er fremsatt.
9. Pleie- og omsorgsoverenskomsten, avtale 527, er ikke anvendelig for Privat Omsorg Nord AS.
10. Næringslivets Hovedorganisasjon frifinnes for Norsk Sykepleierforbunds påstandspunkt 11.

Jakob Wahl
(sign.)

Alexander Næss Skjønberg
(sign.)

Karin M. Bruzelius
(sign.)

Niels Selmer Schweigaard
(sign.)

Anne Merete Bull
(sign.)

Axel Thuve
(sign.)

Laila Brith Josefsen
(sign.)

Riktig utskrift bekreftes: