



ARBEIDSRETTE

DOM

Avsagt: 21. mars 2022

Saksnr.: 12/2021

Lnr.: AR-2022-7

Dommere: Tron Løkken Sundet
Hanne Inger Bjurstrøm
Georg Fredrik Rieber-Mohn
Tor-Arne Solbakken
Niels Selmer Schweigaard
Roger Hansen
Bent Ove Hanasand

Saken gjelder: Tvist vedrørende arbeidstid – «medleverturnus»

Landsorganisasjonen i Norge,
med Fagforbundet

Advokat Kjetil Edvardsen
Rettslig medhjelper:
Advokat Morten Mønnich

mot

1 Næringslivets Hovedorganisasjon
2. Human Care Ung AS
3. Human Care Bo AS
4. Olivia Solhaugen AS

Prosessfullmektig for saksøkt nr. 1–4:
Advokat Torunn Margrethe Hardeland
Rettslig medhjelper:
Advokat Kurt Weltzien

Prosessfullmektig for saksøkt nr. 2–3:
Advokat Kjersti Borgen

DOM

- (1) Spørsmålet i saken er om det er i strid med Overenskomst 453 § 4 pkt. 1 og 4 at virksomheter har særavtaler om såkalt medlevertturnus med ukentlig arbeidstid som overstiger 35,5 timer per uke. For det tilfellet at arbeidstidsordningen er tariffstridig, er det spørsmål om virksomhetene plikter å etterbetale lønn, og fra hvilket tidspunkt etterbetaling kan kreves.
- (2) **Oversikt over tariffreguleringen**
- (3) Partene er bundet av Overenskomst 453 (Overenskomsten) mellom NHO på den ene siden og LO og Fagforbundet på den andre siden, for perioden 1. mai 2016–30. april 2018. Overenskomsten er blitt fornyet i 2018 og 2020, frem til 30. april 2022. Hovedavtalen mellom LO og NHO utgjør første del av denne. Bestemmelser om nedsatt arbeidstid pr. 1. januar 1987, arbeidstidsbilaget, følger som bilag 5 til Overenskomsten.
- (4) Overenskomsten har sin bakgrunn i en avgjørelse fra Den faste tvistenemnda fra 1999 i tvist om avtaleopprettelse for Oslo Kinematografer. Oslo Kinematografer ble omdannet til et aksjeselskap i 1997, og innmeldt i NHO fra 1998. Spørsmålet for tvistenemnda var hvilken overenskomst som skulle gjøres gjeldende for selskapet. Tvistenemnda kom til at ingen av de påberopte tariffavtalene var anvendbare. Omtrent samtidig hadde Norsk Blindedeforbund meldt seg inn i NHO. I protokoll av 16. februar 2000 ble LO og NHO enige om å forhandle frem en felles overenskomst for de to virksomhetene. De var videre enige om at Overenskomsten etter krav fra LO/Norsk Kommuneforbund (nå Fagforbundet) eller NHO, «også kan gjøres gjeldende for andre virksomheter av liknende art, som kommer i samme situasjon som de virksomhetene som er nevnt i overenskomstens § 1 Avtalens virkeområde.»
- (5) Overenskomsten § 3 «[l]okale særavtaler» lyder:

«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.»
- (6) Paragraf 4 har bestemmelser om arbeidstid og lyder:

«1. Arbeidstid

...

Den ordinære arbeidstid skal i gjennomsnitt ikke overstige 37,5 timer pr. uke, jfr. AML kapittel 10 og bilag 5 Nedsettelse av arbeidstiden pr. 1. januar 1987.

2. Inndeling av arbeidstiden

Ved fastsetting av arbeidstid skal det tas mest mulig hensyn til rasjonell drift og miljømessige forhold.

Virksomheten og de tillitsvalgte skal forhandle om inndelingen av arbeidstiden. Fra forhandlingene skal det settes opp protokoll.

3. Avtale om fleksitid kan inngås lokalt

Avtalen må inneholde bestemmelser om rammetid, kjernetid og glidetid. Kjernetiden skal være lik alle dager.

4. Spesielt om arbeidstiden for skift- og turnuspersonell

Den ukentlige arbeidstid skal i gjennomsnitt ikke overstige 35,5 t. pr. uke for ansatte som arbeider:

- etter oppsatt turnusplan og/eller arbeider minst hver 3. søndag
- i turnusordninger som omfatter tjeneste mellom kl. 2000 og kl. 0600
- i fast nattjeneste samt ansatte i fast kveldstjeneste som er en del av turnusordningen når deler av tjenesten faller i tidsrommet kl. 2000-0600

Den ukentlige arbeidstid skal i gjennomsnitt ikke overstige 33,6 timer pr. uke for ansatte som arbeider helkontinuerlig skiftarbeid og sammenlignbart turnusarbeid.»

- (7) Denne bestemmelsen samsvarer med bestemmelsene i arbeidstidsbilaget.
- (8) **Bakgrunnen for tvisten**
- (9) I 2011 meldte omsorgsvirksomhetene Aleris Ungplan og BOI AS seg inn i NHO. I den forbindelse oppsto spørsmålet om hvilken overenskomst på LO–NHO-området disse skulle være omfattet av. Spørsmålet ble behandlet i Den faste tvistenemnda, hvor LO anførte at man var på et tariffomt rom, mens NHO anførte at denne typen virksomhet skulle omfattes av Overenskomst 453. Ved kjennelse av 21. januar 2013 besluttet tvistenemndas flertall at Overenskomst 453 skulle gjøres gjeldende.
- (10) Begge virksomhetene benyttet medleverturnus ved overgangen til NHO. Dette var tilfellet for de fleste omsorgsbedriftene som kom inn under Overenskomsten etter 2013. Aleris Ungplan, som tidligere hadde vært medlem av Virke, hadde nedfelt en 3–7–4–7-turnus i egen særavtale fra 2005, med Fagforbundet, Fellesorganisasjonen (FO) og Parat. Dette gjaldt også Tiltak for Ungdom – Agder (TUA). Virksomheten kom inn under Overenskomsten i 2013. I 2014 ble TUA en del av det som i dag er Human Care AS. TUA hadde hatt særavtale med Fagforbundet om 3–7–4–7-turnus fra 2008. Virksomhetene beholdt disse ordningene som administrative ordninger, til det ble inngått nye særavtaler i medhold av Overenskomsten § 3.
- (11) I april 2014 ble det inngått særavtale mellom Aleris Ungplan og BOI AS og FO/Fagforbundet. Det heter her:

«Ad § 4 Arbeidstid

Det settes opp egne protokoller for aktuelle arbeidstidsbestemmelser utover medleverturnus og 2-skiftsturnus.

Medlever

Tre team med arbeidstakere rullerer i turnus. Turnusen innebærer to arbeidsperioder på 3 og 4 døgn og en friperiode på 7 døgn etter hver arbeidet periode. Det arbeides hver tredje helg og gjennomsnittlig 10,5 døgn pr måned. Det vises videre til våre retningslinjer for passiv tjeneste.»

- (12) Tilsvarende særavtaler ble i 2014 inngått blant annet mellom omsorgsbedriftene Stendi og FO/Fagforbundet, og INOM Løft AS og LO/Fagforbundet.
- (13) **Medleverforskriften**
- (14) Ved medleverturnus arbeider de ansatte sammenhengende over flere døgn, for deretter å ha en lengre friperiode. Turnusen finner man fortrinnsvis i omsorgs- og behandlingsinstitusjoner hvor brukerne bor eller oppholder seg over lengre perioder av gangen. Ordningen fører til at brukerne må forholde seg til færre omsorgspersoner. Det blir også mulig å gjennomføre aktiviteter som går over flere døgn. Evalueringer har vist at medleverturnus er positivt for brukerne av disse tjenestene.
- (15) En arbeidstidsordning med medleverturnus ble første gang regulert i midlertidig forskrift fra 2005 om arbeidstid i institusjoner som har medleverordninger, gitt med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 10-12 (8). Det var flere virksomheter innenfor privat omsorg og rehabilitering, herunder rus og barnevern, som hadde praktisert slik turnus før 2005. Ordningene synes å ha variert innholdsmessig, men med det fellestrekk at de ansatte oppholdt seg sammen med brukerne over flere døgn i strekk, og at arbeidstiden gjennomsnittlig pr. uke overgikk arbeidsmiljølovens bestemmelser.
- (16) Medleverforskriften ble evaluert i 2016, med en påfølgende høringsrunde. I 2017 ble forskriften gjort permanent, og virkeområdet utvidet til å omfatte institusjoner med særlige omsorgs- og behandlingsoppgaver for:
- «personer med rus- eller adferdsproblemer, barn plassert i barnevernsinstitusjoner, personer med utviklingshemming, enslige mindreårige flyktninger bosatt i kommunene og enslige mindre asylsøkere, jf. lov om barneverntjenester § 5A-1.»**
- (17) Forskriften regulerer i § 2 samlet ukentlig arbeidstid, og det heter:
- «(1) Den samlede ukentlige arbeidstiden må ikke overstige 48 timer i løpet av en periode på 7 dager. Grensen på 48 timer kan gjennomsnittsberegnes over en periode på 6 uker.**
- (2) Den enkelte arbeidstaker kan gi skriftlig samtykke til en samlet ukentlig arbeidstid utover 48 timer, likevel ikke mer enn 60 timer i uken. Den avtalte ukentlige arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes over en periode på 6 uker. Arbeidstaker som har sin bolig på eller i tilknytning til institusjonen, kan gi sitt skriftlige samtykke til å være tilgjengelig utover 60 timer i uken.»**

- (18) Dette regulerer i praksis en 3–7–4–7-turnus. Denne medlevertturnusen benyttes i all hovedsak innenfor det private tjenestetilbudet. For omsorgsvirksomheter i offentlig regi benyttes hovedsakelig en 2–7–2–7–3–7-turnus.
- (19) **Nærmere om de tariffbundne virksomhetene**
- (20) Human Care Ung AS og Human Care Bo AS ble 8. august 2020 utskilt fra Human Care AS. Selskapene tilbyr blant annet heldøgns omsorgs- og avlastningstilbud innenfor barnevernsfeltet og psykiatri. Begge selskaper benytter medlevertturnus. Olivia Solhaugen AS er en del av Team Olivia Norge. Selskapet tilbyr heldøgns institusjonstilbud til barn og unge mellom 7–20 år. Av 200 ansatte går 133 i medlevertturnus. Human Care AS, herunder Human Care Ung AS og Human Care Bo AS, og Olivia Solhaugen AS, har inngått særavtaler om lønns- og arbeidsvilkår som utfyller Overenskomsten.
- (21) Særavtale mellom Humana AS (nå Human Care AS) og LO/ Fagforbundet, ble inngått 16. februar 2018. Særavtalen gjelder ifølge pkt.1.1, alle ansatte som omfattes av medlevertturnus regulert i forskrift om arbeidstid i institusjoner som har medleverordninger. I pkt. 1.2 og 1.4 er det gitt bestemmelser om arbeidstid og medlevertillegg. Her heter det:

«Arbeidstiden for ansatte på institusjon er primært basert på medlever-turnus, turnus er 3-7-4-7.

Dette innebærer at de ansatte i turnus arbeider 3 døgn og har fri 7 døgn, så 4 døgn arbeid og 7 døgn fri.

...

Turnusen praktiseres som langturnus som krever den enkelte ansattes skriftlige samtykke, jf. Midlertidig forskrift om arbeidstid i Institusjoner som har medleverordninger - forskrift 2005-06-24 nr 686 - § 2 annet ledd og tredje ledd.

...

Medlever-tillegget utbetales som et tillegg til ordinær lønn hver måned utenom den måneden ferielønnen utbetales. Det til enhver tid gjeldende medlevertillegg er beskrevet i Humana AS's lønnsbetingelser i henhold til lønnsoppgjør.

Medlever-tillegget inkluderer lørdag og søndagstillegg samt kvelds- og nattillegg.

Arbeidstidsordningen jf. punkt 1.2. kompenseres økonomisk gjennom medlever-tillegget.

Bevegelige helligdager utbetales med et helligdagstillegg på 100 % og er ikke inkludert i medlever-tillegget.»

- (22) Særavtale for Olivia Solhaugen AS ble inngått med Fagforbundet og FO 19. september 2019, med virkning frem til 15. september 2021. Særavtalen regulerer blant annet arbeidstid etter medleverforskriften, og det heter:

«Medlevertturnus

3. Turnusen er praktisert som langturnus som krever skriftlig samtykke fra ansatte, jmf Midlertidig forskrift om arbeidstid i institusjoner som har medleverordninger – forskrift 2005-06-24 nr 686 § 2 annet ledd og tredje ledd.

4. Turnusen er en 3 - 7 - 4 - 7 turnus, med innlagt 4 - timers møter hver 14.dag.
5. Gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid er 59,33 timer.»

- (23) Det eksisterer ingen lokal tvisteprotokoll om tvisten ved Human Care Ung AS og Human Care Bo AS. I uenighetsprotokoll fra 24. januar 2020 mellom Fagforbundet og NHO Service og Handel (NHO SH) om Human Care AS, heter det:

«Det vises til brev av 30.10.2019 fra Fagforbundet der det kreves forhandlinger jf Hovedavtalens § 2-3.

NHO SH har i denne konkrete tvisten akseptert tvistemøte på organisasjonsnivå etter hovedavtalens § 2-3 uten det foreligger en lokal uenighetsprotokoll, fordi Fagforbundet hevder at en inngått særavtale på bedriften er tariffstridig.

Fagforbundet anfører:

Fagforbundet anfører at Humanas særavtale er i strid med overenskomst 453 paragraf 4 pkt. 4 «den ukentlige arbeidstid skal i gjennomsnitt ikke overstige 35,5 timer pr. uke». Humanas særavtale pkt. 1.2 er arbeidstidsordningen for dem som arbeider medlevturnus 3 døgn på 7 døgn fri 4 døgn på 7 døgn fri. Fagforbundet har ikke akseptert at forskriften overstyrer overenskomsten.

Fagforbundet krever tariffmessig etterbetaling av overtidstillegg basert på § 7 for all tid utover 35,5 timer i uka pluss ubekvemstillegg etter § 8 pkt 3 - A, B og C til berørte arbeidstakere. Med dette markeres også tilsvarende krav for øvrige tariffbundne bedrifter som praktiserer en tariffstridig arbeidstid basert på medleverforskriften.

NHO Service og Handel anfører:

Overenskomst nr. 453 er ikke til hinder for bruk av medleverturnus med de timegrensene som følger av medleverforskriften.

Uansett kan et etterbetalingskrav tidligst gjøres gjeldende fra markeringstidspunktet, og kravet kan kun gjøres gjeldende i den konkrete tvist ved tariffenheten (bedrift). NHO SH aksepterer ikke en generell markering slik Fagforbundet gjør gjeldende.

Partene kom ikke til enighet.»

- (24) I uenighetsprotokoll fra 5. mai 2020 mellom LO/Fagforbundet og NHO SH og Human Care AS heter det:

«Bakgrunnen for møtet er uenighetsprotokoll av 24.1.2020 mellom NHO Service og Handel og Fagforbundet vedrørende uenighet om etablert medleverordning hos Human Care AS er i strid med overenskomst 453 § 4 pkt. 4.

LO viste til Fagforbundets anføringer i tvistemøtet 24. januar. Protokoll av 16.02.2018 ved Humana AS viser til særavtale som avløser tidligere liknende særavtaler. Særavtalene som følger medleverforskriften er ifølge LO i strid med Overenskomst 453 § 4, pkt. 4 «Den ukentlige arbeidstid skal i gjennomsnitt ikke overstige 35,5 timer pr uke».

LO mener at det er tariffavtalens bestemmelser som skal ligge til grunn for inngåelser av arbeidstidsordninger, forskrifter skal ikke overstyre overenskomstene.

Hvis tariffavtalens bestemmelser legges til grunn er det jobbet overtid i strid med overenskomsten. LO krever etterbetaling av overtidstillegg for alt arbeid utover 35,5 timer pr uke pluss ubekvemstillegg etter § 8 pkt 3 - A, B og C til alle berørte arbeidstakere. Dette vil i tilfelle gjelde også for andre tariffbundne bedrifter som praktiserer tariffstridige arbeidstidsordninger basert på forskrift.

NHO opprettholder sitt standpunkt slik det fremkommer av uenighetsprotokoll av 24.1.2020. NHO anfører at overenskomst nr. 453 ikke er til hinder for at bedrifter kan etablere medleverordning i henhold til forskrift av 24. juni 2005 nr. 686 om arbeidstid i institusjoner som har medleverordninger (medleverforskriften). Bedriften har ikke opptrådt tariffstridig, og det er ikke grunnlag for etterbetaling. NHO anfører videre at LO uansett ikke kan kreve

etterbetaling fra andre bedrifter enn der uenigheten er gjort gjeldende, i dette tilfellet hos Human Care AS. Ethvert etterbetalingskrav ble fra NHO sin side avvist i forhandlingsmøtet. Partene kom ikke til enighet.

- (25) I lokal tvisteprotokoll fra 17. juni 2020 om arbeidstidsordninger ved Olivia Solhaugen AS heter det:

«Fagforbundet anfører:

Fagforbundet/FO anførte at Olivia Solhaugen AS sin arbeidstid ut over gjennomsnittlig 35,5 timers arbeidsuke er i strid med overenskomst 453 paragraf 4 pkt 4 «den ukentlige arbeidstiden skal i gjennomsnitt ikke overstige 35,5 timer pr. uke».

Dette gjelder Olivia Solhaugens særavtales punkt om arbeidstid vedr medleverturnus 3 – 7 – 4 – 7, gjennomsnittlig 59,33 pr uke.

Fagforbundet krever tariffmessig etterbetaling av overtidstillegg basert på § 7 for all tid utover 35,5 timer i uka pluss ubekvemstillegg etter § 8 pkt 3 - A, B og C til berørte arbeidstakere.

Olivia Solhaugen AS framfører:

Bedriften er uenig i det Fagforbundet anfører og ser ikke at den er i strid med gjeldende tariff. Partene; arbeidsgiver og tillitsvalgte (herunder fagforbundet/FO), har i mange år vært enige i særavtaler hvor medleverturnus beskrives. Den siste særavtalen ble signert av begge parter så sent som 13.09.19.

Partene kom ikke til enighet.»

- (26) Protokoll fra forhandlingsmøte 11. mars 2021 mellom LO og NHO om Olivia Solhaugen AS, er likelydende med protokoll fra 5. mai 2020 om Human Care AS.
- (27) LO/Fagforbundet tok ut stevning for Arbeidsretten 20. april 2021. Hovedforhandling ble avholdt 7. –11. februar 2022 i samsvar med Folkehelseinstituttets retningslinjer for smittevern. Fire partsrepresentanter og sytten vitner avga forklaring. Dom er avsagt etter fristen i arbeidstvistloven § 56 andre ledd på grunn av ferieavvikling og reisefravær.
- (28) **Partenes påstandsgrunnlag og påstander**
- (29) *Landsorganisasjonen i Norge*, med Fagforbundet, har i korte trekk anført:
- (30) Overenskomstens regulering av maksimal gjennomsnittlig arbeidstid er uttømmende og omfatter ikke medlevertordninger. Arbeidstidsbilaget er inntatt i alle overenskomster mellom LO og NHO. Det er ikke grunnlag for innskrenkende tolkning av arbeidstidsbestemmelsene, og de er ikke endret gjennom praksis. Det er LO som overordnet tariffpart som kan akseptere avvik fra arbeidstidsbestemmelsene i overenskomsten. LO har ikke godkjent avviket, eller gitt Fagforbundet fullmakt til å akseptere slike avvik. Fagforbundet har heller ikke akseptert avvik i praksis. Det er under enhver omstendighet ikke grunnlag for å identifisere LO og Fagforbundet.

- (31) Overenskomsten regulerer etter sin ordlyd alle arbeidstidsordninger, herunder medleverturnus, jf. ARD-2005-1 og ARD-2009-1. En arbeidstidsordning må kunne innplasseres i arbeidstidsbilaget. Dette gjelder også nye eller uvanlige arbeidstidsordninger. NHOs standpunkt er en tilsidesettelse av arbeidstidsbilagets systematikk.
- (32) Det kan ikke inngås særavtaler om arbeidstid som avviker fra Overenskomsten § 4 nr. 4, og arbeidstidsbilaget bokstav A nr. 4. Overenskomsten stenger likevel ikke for turnus som går over flere døgn. Arbeidstiden kan forlenges for passiv tjeneste i henhold til arbeidsmiljøloven § 10-4 (2), og dette muliggjør en 2-7-2-7-3-7-turnus, som er vanlig i offentlig sektor. En 3-7-4-7-turnus ligger derimot utenfor rammene for tariffmessig arbeidstid. En 2-7-2-7-3-7-turnus utgjør gjennomsnittlig 42,7 timer pr. uke, mens den for medleverturnus 3-7-4-7 er 58 timer. Lønnen for medleverturnusen er også vesentlig lavere. Medlevertillegget utgjør ca. 75–80 000,- kr. i snitt, inkludert søn- og nattillegg. Faktisk timelønn etter medleverturnus kan ligge på 107,- kr. pr time.
- (33) Medleverforskriften utvider muligheten til å avtale arbeidstidsordninger som ellers ville stride mot arbeidsmiljøloven kap. 10. Forskriften er ikke en offentligrettslig regulering av hvordan arbeidstiden skal være, og den går ikke foran tariffavtaler. Forarbeidene til forskriften presiserer at «tariffavtaler kan inneholde bestemmelser som ytterligere begrenser hvilke arbeidstidsordninger som kan etableres».
- (34) Arbeidsrettens praksis viser at løsningen som følger av tariffavtalens ordlyd legges til grunn selv ved fundamentale endringer i rettsreglene som omgir tariffavtalen, jf. ARD-1981-553. NHOs tolkning innebærer at partene har gitt staten en generell fullmakt til å sette Overenskomstens arbeidstidsbestemmelser til side. Det er et grunnleggende prinsipp at tariffpartene har eksklusiv kompetanse til å forvalte egne avtaler. Det følger av internasjonale regler at staten skal avstå fra å begrense fagforeningenes forhandlingsrett, og at lover om lønns- og arbeidsvilkår ikke må frata partene adgangen til å inngå avtaler med bedre vilkår enn det som følger av loven.
- (35) Overenskomstens arbeidstidsbestemmelser er ikke blitt endret gjennom praksis. Det er ingen spor av medleverforskriften i tariffhistorien. Forskriften eksisterte ikke da Overenskomsten ble opprettet, og denne har ikke vært gjenstand for materielle endringer etter dette. Praksis kan ikke tillegges vekt som korrigerende for tolkningen av en klar, helt sentral og sektorovergripende arbeidstidsbestemmelse, jf. ARD-2012-196. Denne saken

skiller seg fra andre saker der Arbeidsretten vektlegger praksis som tolkningsfaktor. Her er det i realiteten snakk om et uriktig syn på rekkevidden av arbeidsmiljøloven § 10-12 (8).

- (36) De lokale partene kan ikke avtale avvik fra Overenskomsten, jf. ARD-2009-1. LO må godkjenne avvik. LO har hverken akseptert unntak eller delegert kompetanse til å fravike Overenskomsten. Det er derfor uten betydning at Fagforbundet sentralt har vært kjent med at det har vært inngått særavtaler lokalt med medleverordninger, både innenfor og utenfor Overenskomstens timetall. Fagforbundets holdning til medlevertturnusen har uansett vært klar og prinsipiell fra første stund.
- (37) Det kan ikke legges vekt på at praksis med medlevertturnus ble beskrevet i korrespondanse mellom Fagforbundet og LO i forbindelse med at overenskomsten ble gjort gjeldende for omsorgsbedriftene i 2013. LO får svært mange henvendelser hvor det redegjøres for ulike lokale problemstillinger. LO har vært tydelig på at medleverforskriften bør oppheves, blant annet i høringen om Arbeidstidsutvalgets utredning, og i høringen om å utvide anvendelsesområdet for medleverforskriften.
- (38) Grunnbetingelsene for at NHO skal kunne innrette seg etter lokal praksis er ikke oppfylt. Både da omsorgsvirksomhetene kom inn under Overenskomsten, og ved etableringen av særavtaler, ga Fagforbundet uttrykk for at medlevertturnus var tariffstridig. Ved overgangen til ny turnusordning for Olivia Solhaugen uttalte Fagforbundet tydelig at de sentrale partene måtte godkjenne arbeidstidsordningen. Daglig leder ved Olivia Solhaugen hadde gjentatt dialog med NHO SH om dette spørsmålet. Fagforbundet var i flere møter med NHO SH høsten 2017 og var i disse møtene tydelig på at en 3-7-4-7-turnus var i strid med Overenskomsten.
- (39) I Fagforbundets rundskriv av 23. august 2017 fremgår det klart at omsorgsbedriftene plikter å følge tariffavtalen. Fraværet av tvistesaker skyldes at Fagforbundets medlemmer ikke ønsker å gå til sak mot arbeidsgiver. Virksomhetene var i tillegg nye og ukjente for Fagforbundet. Organisasjonsgraden er lav, og tillitsvalgtapparatet svakt utbygget. Det var også mange parallelle problemområder knyttet til forskriften som måtte prioriteres, slik som forholdet til pensjon, AFP og størrelsen på medlevertillegget og andre tillegg. At forskriften var midlertidig, skapte også en viss usikkerhet. Det ble jobbet politisk mot at denne skulle bli permanent. Det er ikke tradisjon i LO for å tviste på tvers av medlemmenes klare ønsker, selv om det er tariffmessig adgang til det. Lokalt veide hensynet til brukerne og konkurransesituasjonen i bransjen tungt.

- (40) Overenskomsten er ikke tilpasset medlevertturnus, og det oppstår en rekke utfordringer når denne gjøres gjeldende for arbeidstidsordninger den ikke er ment å regulere. Diskusjonen man har hatt lokalt om hvordan overtid og helligdagstillegg skal beregnes, er eksempler på dette.
- (41) Det kreves etterbetaling fra 1. april 2018. Prinsipalt anføres det at den tariffrettslige markeringslæren ikke er aktuell, og at det er alminnelige foreldelsesregler som gjelder. Saken gjelder tolkning av arbeidsmiljøloven § 10-12 (8). Dette er et tema partene ikke har rådighet over, og det ligger utenfor området hvor partene har gjensidig lojalitetsplikt, jf. HR-2019-1914-A (Avlaster III). Det foreligger ingen særlige grunner som tilsier et annet resultat.
- (42) Subsidiært anføres at det ble markert lokalt overfor Human Care AS 30. oktober 2019, og overfor Olivia Solhaugen AS 17. juni 2020. Den 24. januar 2020 ble det markert overfor samtlige virksomheter som er medlemmer av NHO og bundet av Overenskomsten. Normene om tariffrettslige krav på etterbetaling krever ikke at en arbeidsgiver må være saksøkt ved siden av tariffparten for at man skal kunne bygge etterbetalingskravet på organisasjonens markeringshandling. Det tidligste tidspunktet for markeringshandlingen må legges til grunn for tilbakebetalingskravet. Omfanget av etterbetalingskravet er ikke beregnet.
- (43) Det er nedlagt slik påstand:
- «1. Overenskomst 453 mellom NHO på den ene side og LO/Fagforbundet på den annen side for perioden 1. mai 2016 – 30. april 2018, 1. mai 2018 – 30. april 2020 og 1. mai 2020 – 30. april 2022 er sik å forstå at unntak fra § 4 nr. 4 om at den ukentlige arbeidstid i gjennomsnitt ikke skal overstige 35,5 timer kun kan etableres av LO/Fagforbundet og NHO i fellesskap som overordnet tariffpart.
 2. Arbeidstidsordninger ved Human Care Ung AS i perioden 1. mai 2016 – 30. april 2020 som innebærer at den ukentlige arbeidstid i gjennomsnitt overstiger de timetall som er angitt i Overenskomst 453 § 4 er i strid med Overenskomst 453.
 3. Arbeidstidsordninger ved Human Care Bo AS i perioden 1. mai 2016 – 30. april 2020 som innebærer at den ukentlige arbeidstid i gjennomsnitt overstiger de timetall som er angitt i Overenskomst 453 § 4 er i strid med Overenskomst 453.
 4. Arbeidstidsordninger ved Olivia Solhaugen AS i perioden 1. mai 2016 – 30. april 2020 som innebærer at den ukentlige arbeidstid i gjennomsnitt overstiger de timetall som er angitt i Overenskomst 453 § 4 er i strid med Overenskomst 453.
 5. Human Care Ung AS dømmes til å foreta etterbetaling til berørte arbeidstakere fra og med 1. april 2018.
 6. Human Care Bo AS dømmes til å foreta etterbetaling til berørte arbeidstakere fra og med 1. april 2018.
 7. Olivia Solhaugen AS dømmes til å foreta etterbetaling til berørte arbeidstakere fra og med 1. april 2018.»

- (44) *Næringslivets Hovedorganisasjon, Human Care Ung AS, Human Care Bo AS og Olivia Solhaugen AS* har i korte trekk anført:
- (45) Overenskomsten regulerer ikke medleverordningen. Tariffavtalen hensyntar ikke særtrekkene ved medleverordningen. De saksøkte virksomhetene har inngått særavtaler som utfyller Overenskomsten på dette punkt. Særavtalene viser til forskriftens bestemmelser om arbeidstid, men har egne bestemmelser om medlevertillegg.
- (46) Medleverordningen er unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Forarbeidene til forskriften, evalueringer og vitneforklaringer, understreker det spesielle ved denne arbeidsformen, og hvor viktig den er for enkelte brukergrupper. Tjenestene gjelder brukere som trenger å forholde seg til den samme omsorgspersonen over tid. Ved offentlige innkjøp av disse tjenestene, er det ofte en forutsetning at virksomhetene kan tilby omsorg gjennom medleverturnus. De økonomiske rammene i avtalene med det offentlige er basert på at det jobbes medleverturnus. LOs forståelse av overenskomsten vil føre til en konkurransevridning til fordel for virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale.
- (47) 3-7-4-7-turnus kan ikke opprettes innenfor Overenskomstens rammer. Turnusen som brukes i offentlig sektor, er ikke relevant, fordi brukerne må forholde seg til langt flere ansatte. En slik ordning vil medføre et behov for en bemanningsøkning på om lag 30 %. Kravene til kompetanse, og at mange ansatte ønsker medleverturnus, kan føre til problemer med bemanning. Dette gjelder særlig for virksomheter i distriktene. Ved 2-7-2-7-3-7-turnus kreves søknad og godkjenning fra de sentrale tariffpartene. Dette er en tidkrevende og upraktisk prosess.
- (48) Bakgrunnen for overenskomsten tilsier at den ikke gjelder medleverordningen. Avtalen er en bransjeovergripende, rammepreget minstelønnsavtale, som forutsetter at den inngås særavtaler for å regulere lokale forhold. Overenskomsten ble etablert fem år før den midlertidige medleverforskriften ble vedtatt, og 13 år før de private omsorgsbedriftene kom inn i NHO. Medleverturnus var ikke en arbeidstidsordning som partene forholdt seg til da Overenskomsten ble inngått.
- (49) Omsorgsbedriftene ble tatt inn under Overenskomsten selv om de hadde en annen arbeidstidsordning. Dette ble løst gjennom lokale særavtaler. Fagforbundet, gjennom kompetansesentrene, bisto de lokale tillitsvalgte med å fremforhandle disse særavtalene. Den skriftlige dokumentasjonen og vitneforklaringene viser at også Fagforbundet sentralt hadde kjennskap til at det ble praktisert medleverturnus, og bidro til opprettelsen av lokale

særavtaler som regulerte medleverturnus og medlevertillegg. I den forbindelse ble også LO involvert. Dette viser at både Fagforbundet og LO har kjent til denne praksisen.

- (50) Det er ikke spor i tariffhistorien som tilsier at LO eller Fagforbundet har ment at denne praksisen har vært tariffstridig. Av notatene til tariffforhandlingene i 2016 fremgår det at tariffpartene var kjent med at medleverturnus ble praktisert i medlemsbedriftene. Hverken ved tariffrevisjonen i 2016, eller i 2018, ble spørsmålet om tariffstrid tatt opp fra Fagforbundet eller LOs side. I den grad man diskuterte medleverordningen, gjaldt dette størrelsen på medlevertillegget.
- (51) Fagforbundet sentralt har gjennom årene vært i mange situasjoner hvor det ville ha vært naturlig å ta opp spørsmålet om tariffbrudd. I tillegg til aktiviteten i forbindelse med inngåelse av særavtaler, var Fagforbundet, FO og Parat involvert i et arbeid for å bruke særavtalen hos Aleris som mal for andre omsorgsbedrifter. Det var også samarbeid mellom virksomhetene og de tillitsvalgte om opplæring i avtaleverket, og Fagforbundet var i møter med NHO for å lage en veileder om inngåelse av særavtaler. Selv om dette ikke ble noe av, viser det med all tydelighet at Fagforbundet kjente til praksisen med medleverturnus. Dette er også kommet til uttrykk i et rundskriv fra Fagforbundet fra august 2017. Partenes praksis viser med all tydelighet at Fagforbundet sentralt har akseptert at medleverordningen lever side om side med overenskomsten. LO/Fagforbundet kan ikke høres med at det ikke er grunnlag for identifikasjon mellom Fagforbundet og LO. LO har kjent til denne praksisen helt fra omsorgsbedriftene kom inn under Overenskomsten, og Fagforbundet er selvstendig part i Overenskomsten.
- (52) Subsidiært anføres det at LO/Fagforbundet har akseptert denne avtaleforståelsen gjennom passivitet og konkludent adferd. LO/Fagforbundet har tilsynelatende vært enige i den avtaleforståelsen som de saksøkte har lagt til grunn. Virksomhetene har derfor hatt berettiget grunn til å tro at den praksisen som ble fulgt, var omforent mellom partene i Overenskomsten. LO har heller aldri tatt opp med NHO at dette er et tariffbrudd. Det vises til at det var vanskelig å finne en lokal tvist. Det er imidlertid ikke et rettsvilkår for å fremme en sak at man har en lokal tvisteprotokoll. Det vises til ARD-2014-410 og AR-2018-17.
- (53) Markeringstidspunktet overfor virksomhetene er avgjørende for beregningen av etterbetalingskravet. Dette er 24. januar 2020 for Humana Care AS, og 17. juni 2020 for Olivia Solhaugen AS. LO/Fagforbundet kan ikke markere under ett for samtlige bedrifter som er bundet av Overenskomsten.

(54) Bortfallslæren må anvendes for etterbetalingskravene. Tvisten gjelder krav som bygger på tariffavtale. Dette var ikke tilfellet i HR-2019-1914-A (Avlaster III).

(55) Det er nedlagt slik påstand:

«1. Næringslivets Hovedorganisasjon frifinnes.

2. Human Care Ung¹ AS frifinnes.

3. Human Care Bo AS frifinnes.

4. Olivia Solhaugen AS frifinnes.»

(56) **Arbeidsrettens merknader**

(57) Spørsmålet i saken er om en ukentlig arbeidstid som overstiger timegrensene i § 4 i Overenskomst 453 er tariffstridig. De saksøkte virksomhetene har gjennom særavtaler etablert en turnusordning basert på arbeidstidsordningen i medleverforskriften, (heretter omtalt som medleverturnus). Den gjennomsnittlige arbeidstiden i en medleverturnus er i underkant av 60 timer pr. uke. Hvis ordningen er tariffstridig, er det videre spørsmål om omfanget av den tariffrettslige plikten til å foreta etterbetaling.

(58) Arbeidsretten er kommet til at de saksøkte må frifinnes, og vil bemerke:

(59) De saksøkte har anført at medleverforskriften, uavhengig av Overenskomstens arbeidstidsbestemmelser, utgjør et selvstendig grunnlag for at virksomheter som er bundet av denne, ensidig kan etablere medleverturnus i tråd med forskriftens bestemmelser. Dette kan klart ikke føre frem. Arbeidsretten finner ingen holdepunkter hverken i forskriftens ordlyd, forarbeider, eller systemet i arbeidsmiljøloven kap. 10, for en slik forståelse.

(60) Arbeidsmiljøloven § 10-12 (8) hjemler forskrift om unntak fra lovens kapittel 10 for arbeid «av så særegen art», at det vanskelig lar seg tilpasse bestemmelsene om arbeidstid. Forarbeidene til medleverforskriften begrunner unntaket for medleverturnus med at det for særlig sårbare grupper, som for eksempel barn under barnevernet og i rusomsorgen, er godt dokumentert at døgkontinuerlige skift, som reduserer antallet omsorgspersoner, har en positiv effekt. På denne bakgrunn åpner forskriften opp for at det kan inngås avtale med den enkelte arbeidstaker om arbeidstid som går ut over rammene i arbeidsmiljøloven kapittel 10. Forskriften hjemler derfor en arbeidstidsordning hos de saksøkte virksomhetene, som avviker fra bestemmelsene i arbeidsmiljøloven.

(61) Forskriften gir ikke bestemmelser om hvordan arbeidstiden skal være ved slike virksomheter. Det er overlatt til partene å utforme medleverturnusen i virksomheten. Den

¹ Rettet 24.03.2022. Hanne Inger Bjurstrøm (sign.)

griper heller ikke inn i et eksisterende tarifforhold. Det forutsetter en enighet mellom tariffpartene, i tråd med de bestemmelsene i tariffavtalen som regulerer dette. Etter rettens syn er det ikke grunnlag for å konkludere med at partene i Overenskomsten er blitt enige om at medleverforskriften skal gjøres direkte gjeldende for virksomheter omfattet av denne, uavhengig av eventuelle reguleringer i tariffavtalen. Spørsmålet i den foreliggende tvisten kan derfor ikke avgjøres på grunnlag av medleverforskriften alene.

- (62) Overenskomstens bestemmelser om arbeidstid kan slik de har vært tolket i praksis, tilsi at medleverturnusen er i strid med § 4 nr. 4. Arbeidsretten har tolket bilaget slik at skift- og turnusordninger må kunne innplasseres i de ordningene som er nevnt i § 4 og arbeidstidsbilaget, jf. blant annet ARD-2009-1 og ARD-2012-196. Bakgrunnen for og utformingen av Overenskomst 453 tilsier imidlertid at arbeidstidsbilaget og ordlyden i § 4 ikke kan få avgjørende betydning i dette tilfellet.
- (63) Overenskomsten har sin bakgrunn i avgjørelsen fra Den faste tvistenemnda fra 1999. Da avtalen ble opprettet i 2000, gjaldt den bare for Oslo Kinematografer og Norsk Blindforbund. Partene var ved opprettelsen enige om at den også kunne gjøres gjeldende for «andre virksomheter av liknende art», og i § 3 ble det presisert at partene lokalt kunne inngå særavtaler om lønns- og arbeidsvilkår som utfylte overenskomsten.
- (64) 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 «døgnekontinuerlig, 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».

- (65) 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.

- (66) Arbeidsretten må etter bevisførselen legge til grunn at Fagforbundet sentralt var klar over denne problemstillingen allerede i 2013. I Fagforbundets brev 22. mai 2013 til Aleris Ungplan AS og BOI AS kommenteres blant annet betydningen av kjennelsen for eksisterende særavtaler. Disse ville etter Fagforbundets vurdering falle bort, men det ble samtidig vist til at partene hadde en felles interesse i at man laget en lokal særavtale med Aleris.
- (67) I november samme år skrev Fagforbundet sentralt et notat til LO om utfordringene med å få på plass lokale særavtaler innenfor privat barnevern omfattet av Overenskomsten. I et eget punkt om lønn fremgår det at «virksomhetene bygger på medleverforskriften og de ansatte arbeider i gjennomsnitt 60 timer pr uke». Det foreslås en løsning på hvordan medlevertillegg skal beregnes, med utgangspunkt i Overenskomstens lønnsbestemmelser. Det oppsummeres med at det må på plass en lokal særavtale om lønn, inkludert medlevertillegg, men arbeidstiden ble ikke problematisert.
- (68) Lokal særavtale mellom Aleris og Fagforbundet og FO ble inngått 1. april 2014. Avtalen inneholder i § 4 bestemmelser om både medleverturnus, og 2-skiftturnus. Det er dokumentert at det etter 2014 er inngått tilsvarende særavtaler med en rekke andre virksomheter som er omfattet av Overenskomsten, inkludert de to virksomhetene denne saken gjelder.
- (69) Helt fra omsorgsvirksomhetene kom inn under Overenskomsten, er arbeidstiden blitt regulert i særavtaler på virksomhetsnivå med bestemmelser om medleverturnus. Særavtalene har vært utformet i tråd med medleverforskriften. Disse avtalene er inngått lokalt, med lokale tillitsvalgte for Fagforbundet, og i noen tilfeller FO. Arbeidsretten må etter bevisførselen legge til grunn at Fagforbundet sentralt har vært kjent med, og delvis har vært involvert i, prosessen med å etablere slike særavtaler.
- (70) LO/Fagforbundet har vist til at LO i forbindelse med høringen av NOU 2016:1 klart ga uttrykk for at medleverforskriften burde oppheves, og at man burde benytte adgangen til å inngå avtale med forening med innstillingsrett, eller søke Arbeidstilsynet om dispensasjon.

Det samme ble fremholdt av LO i høringen om utvidelse av virkeområdet for medleverforskriften i 2016. Arbeidsretten finner ikke grunn til å legge stor vekt på dette. LOs syn på medleverturnus fremkom allerede ved høringen av den midlertidige forskriften fra 2005. Dette var ikke til hinder for at det fra 2013 ble inngått en rekke særavtaler lokalt, med henvisning til medleverforskriftens regulering. Selv om det foreligger eksempler på at Fagforbundet i disse prosessene, både lokalt og sentralt, har tatt opp behovet for å avtale medleverturnus med partene sentralt, har dette ikke ført til endret praksis eller relevant reaksjon.

- (71) Hverken ved revisjonen av Overenskomsten i 2014 eller i 2016 ble spørsmålet om mulig tariffstrid tatt opp fra LO/Fagforbundets side. I den forbindelse skal særlig merkes at medleverturnus var tema under forhandlingene i 2016. LO/Fagforbundet var klar over at den ukentlige arbeidstiden i medleverturnusene kunne gå nær opp til 60 timer, men det ble ikke hevdet at grensen på 35,5 timer i Overenskomsten hindret dette.
- (72) I LOs svar 5. desember 2018 på henvendelsen fra Bufetat til LO og NHO om tolkningen av Overenskomst 453 uttales det at Overenskomsten ikke åpner for medleverturnus, med mindre det skjer gjennom en avtale etter arbeidsmiljøloven § 10-12 (4). Det heter videre i dette svaret at «innenfor Overenskomst 453 er den vanligste turnusordningen etter medleverforskriften at de ansatte jobber 3-7-4-7, hvilket innebærer at de har et timetall som er 39 % høyere enn full stilling [for] de som jobber 2-7-2-7-3-7 i Staten». På bakgrunn av innholdet i dette brevet må det kunne legges til grunn at LO/Fagforbundet var kjent med denne praksisen. Påstanden om tariffbrudd ble først fulgt opp særskilt fra oktober 2019.
- (73) Partene kjente til sakens problemstilling allerede da Overenskomsten ble gjort gjeldende for omsorgsvirksomhetene i 2013. Den nødvendige tilpasningen av arbeidstidsbestemmelsene – på grunn av den potensielle konflikten mellom den arbeidstidsordningen som ble praktisert lokalt og bestemmelsene i Overenskomsten – ble løst ved hjelp av særavtaler som direkte viste til arbeidstidsordningen regulert i medleverforskriften. Spørsmålet om tariffstrid ble ikke gjort til noe tema mellom partene i Overenskomsten.
- (74) 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.

- (75) LO/Fagforbundet kan etter dette ikke få medhold i påstandens punkt 1 til 4. Arbeidsretten trenger da ikke ta stilling til påstandens punkt 5 til 7 om etterbetaling.
- (76) Dommen er enstemmig.

SLUTNING

1. Næringslivets Hovedorganisasjon frifinnes.
2. Human Care Ung² AS frifinnes
3. Human Care Bo AS frifinnes
4. Olivia Solhaugen AS frifinnes

Tron Løkken Sundet
(sign.)

Hanne Inger Bjurstrøm
(sign.)

Georg Fredrik Rieber-Mohn
(sign.)

Tor-Arne Solbakken
(sign.)

Niels Selmer Schweigaard
(sign.)

Roger Hansen
(sign.)

Bent Ove Hanasand
(sign.)

Rett utskrift bekreftes:

² Rettet 24.03.2022 Hanne Inger Bjurstrøm (sign.)

