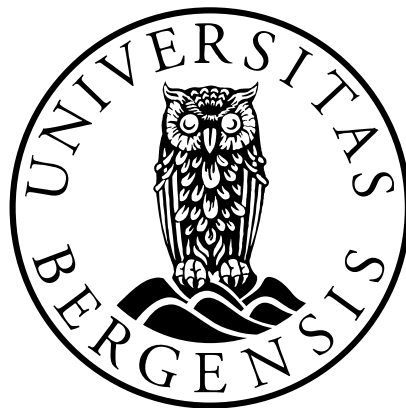


Arbeidstidsordninger i helse- og omsorgssektoren

*Adgangen til å fravike arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser i
helse- og omsorgssektoren, særlig ved tariffavtale*

Kandidatnummer: 13

14963 ord inkl. fotnoter



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08. juni 2020

INNHALDSFORTEGNELSE

1 INNLEDNING	3
1.1 TEMA OG PROBLEMSTILLING	3
1.2 TEMAETS AKTUALITET OG RELEVANS	5
1.3 RETTSKILDEBILDET	7
1.4 AVGRENSNING	8
2 HISTORISK BAKGRUNN OG GRUNNLEGGENDE HENSYN	9
2.1 LINJENE FRAM TIL NÅ – ØKT FOKUS PÅ HELSE OG VELFERD	9
2.2 HELSEMESSIG BEGRUNNELSE FOR ARBEIDSTIDSBESTEMMELSENE	10
2.3 KRAVET TIL FORSVARLIGHET	11
3 ARBEIDSTID ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN	14
3.1 HVA ER ALMINNELIG ARBEIDSTID I HELSESEKTOREN?	14
<i>3.1.1 Utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven § 10-4</i>	<i>14</i>
<i>3.1.2 Alminnelig arbeidstid etter tariffavtale</i>	<i>16</i>
3.2 UNNTAK FRA ALMINNELIG ARBEIDSTID – HVEM HAR KOMPETANSE?	17
<i>3.2.1 De ulike rettssubjektene</i>	<i>17</i>
<i>3.2.2 Passivt arbeid og beredskapsvakt</i>	<i>17</i>
<i>3.2.3 Gjennomsnittsberegning av arbeidstiden</i>	<i>18</i>
<i>3.2.4 Overtid</i>	<i>19</i>
<i>3.2.5 Samlet arbeidstid</i>	<i>20</i>
<i>3.2.6 Redusert hviletid/fritid</i>	<i>20</i>
<i>3.2.7 Natt- og søndagsarbeid</i>	<i>21</i>
<i>3.2.8 Unntak fra arbeidstidskapittelet etter aml. § 10-12 (4)</i>	<i>23</i>
4 NÆRMERE OM UNNTAK VED TARIFFAVTALE	24
4.1 HVA ER EN TARIFFAVTALE?	24
4.2 TARIFFAVTALENS RETTSVIRKNINGER	26
4.3 VIDEST UNNTAKSADGANG VED TARIFFAVTALE ELLER DISPENSASJON?	28
5 HVORDAN ORGANISERES ARBEIDSTIDEN I HELSESEKTOREN?	30
5.1 FAKTISK ARBEIDSTID I HELSESEKTOREN	30
5.2 NÆRMERE OM ARBEIDSPLAN OG ARBEIDSGIVERANSVARET	31

5.3 HVORDAN AVTALES AVVIK I HELSESEKTOREN?	34
6 HVORFOR HJEMLES IKKE AVVIK I ARBEIDSMILJØLOVEN § 10-12 (4)?	35
6.1 GRENSENE ETTER EUS ARBEIDSTIDSDIREKTIV	35
6.2 PÅ HVILKET NIVÅ KAN OG BØR AVVIK AVTALES?	36
6.2.1 En tolkning av aml. § 10-12 (4)	36
6.2.2 Styringsretten og arbeidstakers medbestemmelse	39
6.2.3 Arbeidsgiveransvar og kontrollhensyn	41
7 ER DAGENS ORDNINGER I SAMSVAR MED ARBEIDSMILJØLOVEN?	42
7.1 AVTALEADGANGEN SETT I LYS AV ARBEIDSMILJØLOVENS SYSTEM, FORMÅL OG FUNKSJON	42
7.2 AVTALEADGANGEN SETT I LYS AV FORSVARLIGHETSKRAVET	43
7.3 ER DAGENS AVTALEADGANG GOD NOK?	44
8 AVSLUTTENDE REFLEKSJONER	46
9 LITTERATURLISTE	48
9.1 RETTSKILDEREGISTER	48
<i>Nasjonale rettskilder</i>	48
<i>Internasjonale rettskilder</i>	52
9.2 LITTERATUR	54
10 VEDLEGG	58

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er adgangen til å avtale avvikende arbeidstidsordninger i helsesektoren, med hjemmel i arbeidsmiljøloven. Regulering av arbeidstid er et komplisert samvirke mellom lov, tariffavtale, individuell avtale og internasjonal rett. Det tidligere rammedirektivet 89/391/EØF danner utgangspunktet for det någjeldende Arbeidstidsdirektivet 2003/88/EF. Arbeidstidsdirektivet er implementert i norsk rett, og gjennomføres i arbeidsmiljøloven kapittel 10 om arbeidstid.

Arbeidstid er legaldefinert som «(...) den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver» i arbeidsmiljøloven § 10-1, jf. Arbeidstidsdirektivet art. 2 (1). Hovedregelen er at alminnelig arbeidstid ikke skal overstige ni timer i løpet av 24 timer og 40 timer i løpet av sju dager, og at arbeidet skal foregå på dagtid, jf. §§ 10-4 og 10-11. Arbeidstaker har som hovedregel krav på minst 11 timers sammenhengende arbeidsfri i løpet av 24 timer, og en sammenhengende arbeidsfri periode på 35 timer i løpet av sju dager, jf. § 10-8. Søndagsarbeid er i utgangspunktet ikke tillatt med mindre arbeidets art gjør det nødvendig, men dersom nødvendighetskravet er oppfylt skal den arbeidsfrie perioden etter § 10-8 så vidt mulig omfatte søndag, jf. §§ 10-10 (2) og 10-8 (4). Loven legger således grenser for både arbeidstidens lengde og plassering.

Arbeidsmiljøloven kan i utgangspunktet ikke fravikes til ugunst for arbeidstaker, jf. aml. § 1-9. Lovens ufravikelighet er imidlertid ikke til hinder for at partene kan avtale unntak fra arbeidstidsbestemmelsene dersom det er særskilt hjemlet eller unntaket gir bedre vern enn lovens minimum, ettersom arbeidsmiljøloven og arbeidsdirektivet gir uttrykk for minimumsrettigheter.¹

I helsesektoren gjør arbeidets art det nødvendig å utvide arbeidstiden til å omfatte nattarbeid og/eller søndags- og helgedagsarbeid, jf. §§ 10-10 og 10-11. Det oppstår dermed et behov for å dele opp driftstiden i skift, hvilket aktualiserer skift- og turnusordninger. Skift- og turnusordninger kjennetegnes ved at arbeidstaker jobber mer i noen perioder, og mindre i andre. Slike ordninger fordrer derfor ofte unntak fra lovens hovedregler, som for eksempel

¹ Se Arbeidstidsdirektivet art. 1 og 15.

overtid, redusert hviletid og gjennomsnittsberegning av arbeidstid. Disse er unntak fra alminnelig arbeidstid som alle krever lovhjemmel, avtale eller dispensasjon fra myndighetene.

Hvilket rettssubjekt som har kompetanse til å fravike arbeidstidsbestemmelsene avhenger av hvor mye unntaket avviker fra alminnelig arbeidstid. De minst inngripende unntakene har ofte arbeidsgiver kompetanse til å ensidig påføre arbeidstaker, mens de mer inngripende unntakene krever avtale enten på individuelt, lokalt eller sentralt nivå. På individuelt nivå har arbeidstakernes tillitsvalgte kompetanse til å inngå avvikende avtale med arbeidsgiver. På lokalt eller sentralt nivå kan arbeidstakernes tillitsvalgte ha kompetanse til å inngå avtale med arbeidsgiverforeningen, dersom virksomheten er tariffbundet. For unntak på sentralt nivå, for eksempel avviksklausuler i overenskomster, ligger kompetansen hos fagforeningen. Dessuten har myndighetene ved Arbeidstilsynet i enkelte tilfeller adgang til å gi dispensasjon fra arbeidstidsbestemmelsene på nærmere vilkår.

Den videste avtaleadgangen er imidlertid ved tariffavtale, og forutsetter at fagforeningen har innstillingsrett, jf. § 10-12 (4). En fagforening har innstillingsrett når den har minst 10 000 arbeidstakere som medlemmer, jf. arbeidstvistloven § 39. Fagforeninger med innstillingsrett kan inngå «*tariffavtale som fraviker bestemmelsene*» i aml. kapittel 10 om arbeidstid nærmest ubegrenset, jf. § 10-12 (4).

En tariffavtale er «*en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold*», jf. arbtvl. § 1 bokstav e. Grensene for unntak er videre ved tariffavtale enn individuelle avtaler, ettersom den grunnleggende asymmetrien i maktbalansen i arbeidsforholdet jevnes ut når det er foreninger som fører forhandlingene på begge sider. For at en avtale skal være en tariffavtale må den oppfylle visse formelle og materielle vilkår. Disse kommer jeg tilbake til under punkt 5.1.

Det er i hovedsak tre hovedtyper tariffavtaler; hovedavtale, sentral overenskomst og lokal særavtale.² Hovedavtalen regulerer de overordnede arbeidsforholdene mellom partene, som for eksempel adgangen til streik, lock-out og tvisteløsning. Avvikende arbeidstidsordninger

² Jakhelln (2006) s. 102

avtales derfor i utgangspunkt ikke i hovedavtalen. Overenskomster regulerer lønns- og arbeidsforhold, og tar sikte på å etablere et likt sett av bestemmelser for samtlige ansatte innenfor gitte stillingskategorier i samme eller liknende foretak for å hindre konkurranse om arbeidskraften. Jo lavere nivå partene inngår avtalen på, dess mer rom vil det være for tilpasning til den enkelte virksomhet og arbeidstaker. En særavtale er «*en tariffavtale om lønns- og arbeidsvilkår som ikke omfattes av en hovedtariffavtale*», jf. tjenestetvistloven § 11.³ Særavtaler er like fullt tariffavtaler, og siden særavtaler kan regulere arbeidsforhold helt ned på foretaksnivå er det særlig relevant innenfor helsesektoren.

Det er likevel vanlig praksis i helsesektoren å hjemle avvikende arbeidstidsordninger i individuelle arbeidsavtaler eller turnusprotokoller for å unngå tariffvirkninger for partene. Spørsmålet er om de avvikende arbeidstidsordningene som i dag avtales lokalt i ordinære avtaler på individ- og avdelingsnivå, burde vært regulert i tariffavtaler (særavtaler).

Oppgaven tar utgangspunkt i en analyse av dagens rettstilstand de lege lata. Jeg vil også drøfte dagens avtaleordninger de lege ferenda i lys av vernehensyn i arbeids- og helselovgivning og de rammene som oppstilles i EU-retten og menneskerettighetene. Spørsmålet er på hvilket nivå lovens arbeidstidsordninger kan og bør fravikes, og hvorvidt de gjeldende ordningene gir tilstrekkelig vern for arbeidstakerne sett i lys av de lovfestede forsvarlighetskravene som oppstilles i arbeids- og helse retten i henholdsvis aml. § 10-2 og helsepersonelloven § 4.

1.2 Temaets aktualitet og relevans

Mens teknologien gjør at arbeidstakere i mange yrker har mulighet til å jobbe hjemmefra, er helsepersonell fortsatt avhengig av å være fysisk tilstede på jobb. Med helsepersonell menes et hvert autorisert eller lisensiert personell som utfører helsehjelp i henhold til hpl. § 3, jf. §§ 48a og 49. Arbeidstakers ønske og behov for balanse mellom arbeidstid, fritid og familietid kan for eksempel føre til et behov for å jobbe mye i perioder, for så å jobbe mindre i andre perioder.

³ Arbeidstvistloven kommer til anvendelse på helsesektorens område, jf. helseforetaksloven §§ 6 og 7, og tjenestetvistloven § 1, jf. Ot.prp.nr. 66 (2000-2001) s. 132 og Ot.prp.nr. 38 (2001-2002) s. 35. Definisjonen av «særavtale» i tjvtv. § 11 gjelder imidlertid også innenfor arbeidstvistlovens virkeområde.

Ønsket om avvikende arbeidstidsordninger kan også komme fra arbeidsgiver. Det er arbeidsgiver som sitter med det overordnede økonomiske ansvaret dersom arbeidstiden ikke er forsvarlig.⁴ Det kan derfor være ønskelig for arbeidsgiver å kunne ensidig endre arbeidstidsordninger og arbeidsplaner som ikke har ønsket virkning for virksomhetens drift. Arbeidstiden faller i utgangspunkt innenfor arbeidsgivers styringsrett og arbeidsgiver kan derfor i utgangspunktet endre arbeidstidens lengde og plassering. Styringsretten begrenses imidlertid av lov og avtale.⁵ Dersom arbeidstidens plassering og lengde er regulert i detalj, kan arbeidsgiver derfor i utgangspunktet *ikke* ensidig endre denne.⁶ Dette går jeg nærmere inn på under punkt 6.2.

Ønsket og behovet for fleksibilitet fra begge parter fører til at gjennomsnittsberegning blir stadig mer aktuelt innenfor flere bransjer. I helsesektoren, og særlig på sykehusene, vil bemanningsbehovet variere i løpet av døgnet, uka og året. Samtidig gjør virksomhetens art det nødvendig med drift til alle døgnets tider. Slik bemanningen på norske sykehus legges opp i dag, er avtaler om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden og avtaler om kortere hvileperioder for helsepersonell nødvendig for gjennomføring av forsvarlig drift.

I tillegg til at temaet er av stor praktisk betydning for arbeidsgiver og arbeidstaker, er temaet viktig i et økonomisk og politisk samfunnsperspektiv. Det oppdages flere titalls tusen brudd på arbeidstidsbestemmelsene hvert år.⁷ I 2014 rapporterte Fafo i overkant av 550 000 mulige brudd på arbeidstidsbestemmelsene kun i helsesektoren.⁸ Systematiske brudd på arbeidstidsbestemmelsene er ikke unikt for helsesektoren. I 2016 oppdaget eksempelvis Arbeidstilsynet at Veireno AS, som hadde inngått avtale om avfallshenting med Oslo kommune, hadde systematiske og vedvarende brudd på arbeidstidsbestemmelsene. I løpet av en periode på under fire måneder hadde 39 ansatte ved til sammen 195 tilfeller brudd på hviletidsbestemmelsen i aml. § 10-8, og til sammen 184 tilfeller av overtidsarbeid ut over grensene i § 10-6.⁹ Daglig leder ble tiltalt og saken

⁴ Arbeidsgiveransvaret er forankret i bl.a. aml. § 2-2, § 1-6 og skadeserstatningsloven § 2-1.

⁵ Det er diskutert i juridisk teori om styringsretten er en «restkompetanse» eller en primær kompetanse. Evju har på den ene siden indikert at styringsretten ikke er et selvstendig rettsgrunnlag, jf. Evju (2001) s. 41–63. Fougner mener at et slikt synspunkt ikke har støtte i Høyesteretts praksis, og at styringsretten har en sikker kjerne selv om den ikke er uttømmende, jf. Fougner (2007) s. 157–160. Det er imidlertid enighet om at styringsretten begrenses av lov, tariffavtale og den individuelle arbeidsavtalen. Dette legges derfor til grunn som det rettslige utgangspunktet.

⁶ Se f.eks. Rt-2009-1465 (Seinvakt)

⁷ NOU 2016:1 Arbeidstidsutvalget s.136 flg

⁸ Fafo 2015:47 tabell 8.1, se vedlegg 2.

⁹ HR-2020-00358-A avsn. 10.

gikk helt til Høyesterett, hvor vedkommende ble dømt til 120 dager ubetinget fengsel for å ha unnlatt å organisere virksomheten slik at bestemmelsene om overtid og arbeidsfri kunne overholdes, jf. HR-2020-00358-A. De mange bruddene på arbeidstidsbestemmelsene kan tyde på at lovens avtaleordninger ikke ivaretar arbeidstakerne godt nok.

1.3 Rettskildebildet

Arbeidstidsreguleringen er som nevnt et samvirke mellom lov, avtaler og internasjonal rett, og arbeidsmiljøloven implementerer EUs arbeidstidsdirektiv. EU-domstolen har sluttet seg til de folkerettslige tolkningsprinsippene som uttrykkes i Wien-konvensjon om traktatretten art. 31-33, og arbeidstidsbestemmelsene må følgelig tolkes kontekstuellt og formålsrettet i tråd med disse.¹⁰ I tillegg kan tariffreguleringen supplere, utfylle og fravike lovens arbeidstidsregulering. Selv om loven er det primære rettsgrunnlaget, er det de individuelle og kollektive avtalene som utgjør hoveddelen av rettskildebildet i helse- og omsorgssektoren.

Helse- og omsorgssektoren er gjennomgående tariffdekket. Helsesektoren består av ulike profesjoner, som i hovedsak er representert ved ulike arbeidstakerorganisasjoner. Som en konsekvens er det inngått en rekke ulike tariffavtaler på ulike nivåer, og det kan være utfordrende å finne fram i ulike arbeidsvilkår og hjemler for avvikende arbeidstidsordninger. Den norske legeforening (Legeforeningen) og Norsk Sykepleierforbund (NSF) er de to helsefaglige landsdekkende fagforeningene med flest medlemmer, og faller innunder henholdsvis Spekter og KS-området. Spekteravtalene dekker hovedsakelig ansatte ved sykehusene. KS er den største arbeidsgiverforeningen i kommunal- og fylkeskommunal sektor, og dekker sykepleiere og leger som er ansatt i kommunen. Både Legeforeningen og NSF har over 10 000 yrkesaktive medlemmer, og har følgelig innstillingsrett etter arbtvl. § 39.¹¹

Selv om helsesektoren har både sentrale og lokale tariffavtaler som regulerer arbeidsforhold og arbeidstid til en viss grad, reguleres den faktiske arbeidstiden nærmere i individuelle avtaler eller i turnusprotokoller.¹² Det er ikke uvanlig å avtale virksomhetsspesifikke unntak

¹⁰ Se Sak 283/81 *CILFIT*, hvor EU-domstolen slutter seg til tolkningsprinsippene i WK art. 31-33.

¹¹ SSB Statistikkbanken tabell 03546, se vedlegg 5.

¹² Se bl.a. Hovedtariffavtale mellom Spekter og LO v/ LO Stat (2018-2021) og Hovedtariffavtalen mellom KS og NSF (2018-2020), samt Overenskomst Spekter (2018-2020) Overenskomstområde 10 Del A, A1 og A2 og Virke – Landsoverenskomst for spesialisthelsetjenesten (2018-2020).

fra loven, og det regnes heller ikke som særlig problematisk. Utfordringen er at avvikende arbeidstidsordninger reguleres helt ned på avdelings- og postnivå i de ulike helseforetakene. Ulike unntak fra arbeidstidsbestemmelsene krever ulike avtaler. Eksempelvis krever avvik fra overtidsbestemmelsen én avtale, mens avvik fra hvilebestemmelsen krever en annen. Arbeidsgiver må følgelig inngå et stort antall avtaler om avvik fra arbeidstidskapittelet. Arbeidsgiverforeningen Spekter, blant andre, ønsker derfor sentrale avtaler for å øke forutberegneligheten og redusere arbeidsgiveransvaret.¹³ Arbeidstakerorganisasjonene vil derimot ha muligheten til å foreta endringer lokalt. Uenighet mellom foreninger av slik størrelse tilsier at rettstilstanden ikke er tilstrekkelig avklart, eller i det minste at det kan problematiseres hvorvidt rettstilstanden holder tritt med samfunnsutviklingen.

1.4 Avgrensning

Oppgaven vil avgrense mot andre sektorer enn helse- og omsorgssektoren ettersom avvikende arbeidstidsordninger vil aktualisere ulike hensyn og interesser i ulike bransjer. I helse- og omsorgssektoren er det ikke bare hensynet til arbeidsgiver og arbeidstaker som må veies mot hverandre, men også hensynet til pasienten. Pasientens rettigheter er lovfestet og konvensjonsfestet, hvilket skiller helse- og omsorgssektoren fra andre sektorer.¹⁴ Jeg vil likevel trekke noen paralleller til andre sektorer underveis, eksempelvis samferdselssektoren, der det er relevant for å illustrere forskjeller og likheter.

De mange avvikende arbeidstidsordningene i helsesektoren kan tenkes å ha en sammenheng med det økende behovet for mer helsepersonell. Fordelingen av ressurser i helsesektoren er et komplekst tema som reiser spørsmål innenfor en rekke fagområder, og det er vanskelig å trekke inn ressursbetraktninger uten å trekke linjer mot samfunnsøkonomiske og sosialpolitiske aspekter ved temaet. Jeg vil derfor avgrense mot ressursspørsmålet for å holde fokus rettet mot de juridiske sidene av avvikende arbeidstidsordninger. Det kan imidlertid være greit å ha ressursspørsmålet i bakhodet ved vurderingen av gjeldende rett de lege ferenda.

Videre vil oppgaven fokusere på hvorvidt helsepersonell er gitt tilstrekkelig vern gjennom de rammene arbeidsmiljøloven oppstiller for arbeidstid knyttet til den ordinære

¹³ Se Arbeidsgiverforeningen Spekter sitt høringssvar til Arbeidstidsutvalgets rapport.

¹⁴ Jf. bl.a. pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1a og 2-1b.

arbeidshverdagen. Oppgaven vil derfor avgrense mot adgangen til å avvike arbeidstid for helsepersonell i force majeure-situasjoner etter aml. § 10-12 (3), som ved pandemien vi opplever nå.¹⁵

I tillegg avgrenses det mot helsepersonell som ikke omfattes av skift- og/eller turnusordninger etter § 10-4 fjerde til sjette ledd. Det er behovet for en helkontinuerlig drift ved hjelp av helkontinuerlig skiftarbeid og turnusordninger som aktualiserer de største avvikene fra alminnelig arbeidstid. Oppgaven vil derfor ta utgangspunkt i arbeidstiden til sykepleiere og leger, og de hensyn som knytter seg til virksomheten i helseforetakene.

2 Historisk bakgrunn og grunnleggende hensyn

2.1 Linjene fram til nå – økt fokus på helse og velferd

Første landsomfattende tariffavtale i privat sektor ble inngått i 1907, og den første hovedavtalen ble inngått i 1935. Disse var en anerkjennelse av interessemotsetningen og organisasjonsfriheten i arbeidslivet under industrialiseringen på slutten av 1800-tallet. I dag er alle ansatte i offentlig sektor dekket av tariffavtale. Tariffregulering av offentlig virksomhet begrunnes blant annet med viktigheten av å utjevne maktforholdet mellom arbeidstaker og staten som arbeidsgiver.¹⁶

Et sentralt premiss i arbeidsretten er nemlig at det eksisterer asymmetri og avhengighet i et arbeidsforhold; arbeidstakeren går ved ansettelse inn i et underordningsforhold og skal stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver, mens arbeidsgiver på sin side har styringsrett.¹⁷ Denne maktubalansen foreligger uansett om arbeidsgiver er en statlig eller privat aktør. At offentlige aktører og arbeidstakere begge representeres av foreninger som skal ivareta deres interesser, bidrar til å utjevne den underliggende asymmetrien i maktbalansen slik at partene blir mer likestilte.¹⁸ Dette er en viktig forskjell fra det individuelle arbeidsforholdet.

¹⁵ Jf. avtaler som nå inngås ifm. koronaviruserpidemien, se f.eks. Avtale mellom NSF og Spekter om utvidede rammer for overtidsarbeid i forbindelse med koronaviruserpidemien, datert 14.03.20.

¹⁶ Skjønberg m.fl. (2017) s. 39-40.

¹⁷ Evju (2003) s. 8-10.

¹⁸ Se forarbeidene til den første fabrikktilsynsloven: Ot.prp.nr. 8 (1890), 7–12, 35–38.

De opprinnelige kollektive avtalene som ble opprettet på starten av 1900-tallet var en konsekvens av de forferdelige arbeidsforholdene som fant sted på fabrikkene på den tiden. Arbeiderne brukte streik som kampmiddel i et forsøk på å forbedre arbeidskårene, og det ble nødvendig å organisere seg for å vinne frem med varige løsninger. Tariffavtaler regulerer fremdeles arbeids- og lønnsvilkår, men det har skjedd et skifte i takt med samfunnsendringen fra et mål om fysisk sikkerhet på arbeidsplassen, til at arbeidstakerne også skal sikres tilfredsstillende velferd og arbeidsmiljø i vid forstand. At det har skjedd en samfunnsutvikling kan leses ut fra den samstemte endringen i arbeidslovgivningen.

Adgangen til unntak fra arbeidstidsreguleringen ble innført med Arbeidervernloven av 1958, og siden 1977 har det skjedd en økt regulering av arbeidstid og mulighetene for individuelle tilpasninger.¹⁹ Innstillingsretten (fagforeningers adgang til å innføre arbeidstidsavvik gjennom tariffavtaler) ble innført i Arbeidsmiljøloven av 1984 og ga dermed videre unntaksadgang enn før. Videre medførte Arbeidstidsforkortelsen av 1987 at de fleste arbeidstakere omfattet av tariffavtaler fikk en arbeidstid på 37,5 timer per uke og 7,5 timer per dag.²⁰ Endringene illustrerer et økt fokus på arbeidstakernes helse og sikkerhet. Etter arbeidsmiljøloven av 2005 er det ytterligere økt fokus på at arbeidslivet skal være inkluderende. Endringslov nr. 40/2008 medførte eksempelvis rett til redusert arbeidstid for pensjonerte i aml. § 10-2 (4).²¹

2.2 Helsemessig begrunnelse for arbeidstidsbestemmelsene

Arbeidslovgivningens formål er å beskytte arbeidstakerens helse, sikkerhet og velferd, blant annet ved å sikre velferdsmessig standard i samsvar med samfunnets utvikling og å legge til rette for individuelle tilpasninger i arbeidsforholdet.²² I tillegg følger det av forarbeidene at *«Et hovedformål med arbeidstidsbestemmelsene er å sikre at arbeidstakerne har en arbeidstid som ikke påfører dem og deres nærmeste familie unødige helsemessige og sosiale belastninger»*.²³ Arbeidstidsreguleringen er med andre ord helsemessig begrunnet.

¹⁹ Arbeids- og sosialdepartementet: «Utviklingen av arbeidervernlovgivningen»

²⁰ NOU 1987:9A Arbeidstidsreformer.

²¹ Se nærmere Fougner m.fl. (2018) s. 388-389.

²² Se aml. § 1-1, jf. Arbeidstidsdirektivet art. 23, samt forordene.

²³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 151

Ved at loven åpner for andre typer ordninger enn alminnelig arbeidstid i enkelte tilfeller, sikres partene en viss fleksibilitet. Arbeidsgiver vil i flere sektorer ha behov for økt bemanning eller en annen timefordeling enn de alminnelige arbeidstidsordningene tillater. I samferdselssektoren er eksempelvis togførere og piloter avhengig av å jobbe ut over de rammene som arbeidsmiljølovens hovedregler oppstiller for å få driften til å gå rundt. I helsesektoren er det behov for bemanning på sykehus og akuttmottak hver dag og natt, hele året, og helsevesenet som helhet avhenger av at helsepersonell kan jobbe natt- og helgeskift i tillegg til ordinære dagvakter. At behovet for fleksibilitet og vide unntaksmuligheter i helsesektoren særlig kommer fra arbeidsgiver, gjør det desto viktigere å ha en oppdatert og tilgjengelig arbeidstidsregulering som sikrer at arbeidstiden og arbeidsmiljøet holder en tilfredsstillende velferdsmessig standard, og at arbeidstiden samsvarer med lovens formål etter aml. § 1-1.

2.3 Kravet til forsvarlighet

Ved revisjonen av arbeidsmiljøloven i 2005 ble det tatt inn en egen bestemmelse i § aml. 10-2 (1) hvor det stilles generelle krav til arbeidstidsordninger. Spørsmålet er om disse generelle kravene må skjerpes på helse- og omsorgsområdet som en følge av det helserettslige forsvarlighetskravet.

Det følger av § 10-2 (1) at «*Arbeidstidsordninger skal være slik at arbeidstakerne ikke utsettes for uheldige fysiske eller psykiske belastninger, og slik at det er mulig å ivareta sikkerhetshensyn*». Forsvarlighetskravet legger en ufravikelig begrensning på hvordan arbeidstidsreglene skal praktiseres. Forsvarlighetskravet legger føringer for arbeidsgivers mulighet til å sette sine egne behov foran arbeidstakers behov, men det begrenser også arbeidstakers mulighet til å bestemme egen arbeidstid. Lovens avtaleadgang frigjør ikke arbeidsgiver fra sin plikt til å ivareta arbeidstakers helse og sikkerhet; arbeidsgiver plikter uansett å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø etter aml. § 2-1, jf. § 4-1. Ved å ta inn forsvarlighetskravet i en egen bestemmelse ønsket lovgiver å understreke viktigheten av å sikre arbeidstakerne mot unødige helsemessige og sosiale belastninger.²⁴

²⁴ Fougner m.fl. (2018) s. 386, jf. Ot.prp.nr.41 (1975–76) s. 36. Formål og bakenforliggende betraktninger videreføres ved lovrevisjonen i 2005.

Arbeidstidsreguleringen er nært tilknyttet helse retten. Retten til arbeid og retten til helse er gjensidig avhengig av hverandre. For at arbeidstaker skal kunne dra nytte av den grunnlovs- og konvensjonsfestede retten til arbeid, er det en forutsetning at retten til helse ivaretas.²⁵ Retten til helse er anerkjent som en menneskerett i størstedelen av verden, og er kodifisert blant annet i International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) art. 12. Norge ratifiserte traktaten i 1972. Retten til helse er dessuten innfortolket i retten til privatliv etter EMK art. 8 og GrL. § 102, og må derfor tillegges stor vekt i norsk rett.

I tillegg til det arbeidsrettslige forsvarlighetskravet, legger det lovfestede helse rettslige forsvarlighetskravet ytterligere føringer på arbeidstidsordningene for alle aktører i helsesektoren. Forsvarlighetskravet gjennomsyrrer all helse rettslig lovgivning, og kommer klart til syne blant annet i hpl. § 4. Der fremgår det at «*Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig*».

Forsvarlighetsbegrepet er en rettslig standard, hvilket innebærer at hva som er forsvarlig vil endre seg med tiden. Det avgjørende er imidlertid at helsehjelpen er begrunnet i hva som er til pasientens beste.²⁶

Helsepersonell har altså et personlig ansvar og en individuell plikt til å yte helsehjelp til pasientens beste. Dette kommer tydelig til uttrykk i helselovgivningen og praksis fra både Høyesterett og Statens helsepersonellnemnd;²⁷ helsepersonell er forventet å ta en selvstendig vurdering av hvorvidt vedkommende er i stand til å yte forsvarlig helsehjelp i den enkelte situasjon, og kan stilles til ansvar dersom slik helsehjelp ikke ytes etter hpl. kap. 11 og eventuelt etter straffelovgivningen. Det personlige ansvaret innebærer blant annet at helsepersonell har plikt til å si i fra til tillitsvalgte og/eller ledelsen dersom arbeidstiden gir, eller kan komme til å gi, en uheldig psykisk eller fysisk belastning, og dersom arbeidstidsordningene er egnet til å påvirke arbeidsutførelsen negativt. Dersom ledelsen ikke tar adekvate grep for å forbedre situasjonen, kan helsepersonell til og med være *pliktig* å varsle tilsynsmyndighetene etter hpl. § 17 og aml. § 2-4.

²⁵ Retten til arbeid er kodifisert bl.a. i Grunnloven § 110, og ICESCR art. 7.

²⁶ Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) s. 216

²⁷ Rt-1997-1800 og HPN-2006-58

Videre må helsepersonellens individuelle forsvarlighetsplikt ses i sammenheng med den overordnede plikten som helsevesenet har til forsvarlig virksomhet og organisasjon.²⁸ Virksomhetens forsvarlighetsplikt er uttrykk for et overordnet systemansvar som kommer til syne flere steder i helselovgivningen, blant annet i sphl. § 2-2, hol. § 4-1 og hpl. § 16. De ulike helselovene gir uttrykk for systemansvaret på ulikt vis, ettersom systemansvaret også er konkret og vil variere ut fra fagområde og faglige krav som stilles. Det vil eksempelvis stilles andre krav til et større sykehus enn det stilles til et mindre privateid helsesenter. Formålet med bestemmelsene er likevel å sikre helsepersonell slike arbeidsforhold at de kan ivareta den personlige forsvarlighetsplikten etter hpl. § 4.

Selv om systemansvaret er konkret, er det noen komponenter som må være tilstede for å sikre at tjenesten er forsvarlig. Det følger av forarbeidene at «*Eier og ledelse må sørge for at utstyret er i orden, at personellet har tilstrekkelig kompetanse, at ansvarsforhold er avklart, at forsvarlige vaktordninger er etablert mv*».²⁹ Dette innebærer at det gjennomføres organisatoriske og systemmessige tiltak som gjør det mulig for helsepersonellet å utføre sine oppgaver på en forsvarlig måte.³⁰ Vaktordninger som systematisk utgjør en uheldig belastning for helsepersonell vil ikke kun påvirke helsepersonellens mulighet til å yte forsvarlig helsehjelp og potensielt utgjøre et brudd på det individuelle forsvarlighetskravet, det vil også kunne utgjøre et brudd på virksomhetens systemansvar. Forsvarlig organisering av arbeidstidsordninger i virksomheten har følgelig en side til arbeidsgiveransvaret og arbeidsgivers styringsrett.

I kraft av arbeidsgivers styringsrett skal helsepersonell som utgangspunkt følge de instruksjoner som gis av arbeidsgiver eller leder. Styringsretten begrenses imidlertid av lovgivningen, herunder hpl. § 4. Det innebærer at helsepersonell personlig kan ha både rett og *plikt* til å motsette seg instruksjoner om arbeidstid som innebærer at helsehjelpen blir uforsvarlig, både ved utføring av arbeidet og ved utarbeidelsen av arbeidsplan.

Helsevesenet utgjør en samfunnskritisk funksjon. Når noen oppsøker helsevesenet er det fordi de er i en sårbar situasjon og trenger hjelp. For at helsevesenet skal fungere, er det avhengig av at borgerne har tillit til helsetjenestens kvalitet og til egen sikkerhet, slik at

²⁸ Ot.prp.nr. 10 (1998-1999) s. 36

²⁹ Ibid.

³⁰ Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) s. 215-216

borgerne velger å oppsøke helsevesenet når de trenger helsehjelp. Kravet på forsvarlig helsehjelp har nær sammenheng med de formål som helselovgivningen søker å ivareta, nemlig sikkerhet, kvalitet og tillit, jf. hpl. § 1 og sphl. § 1-1. Den rett som pasienten har til sikkerhet, kvalitet i tjenestene og tillit til helsepersonellet er avhengig av helsepersonellens egen fysiske og psykiske velferd og helse, som igjen henger sammen med arbeidstid og arbeidsmiljø. En utslitt sykepleier vil ikke kunne yte den helsehjelp som pasienten kan forvente, og har et lovfestet krav på, etter helselovgivningen.

Sett i lys av at det helserettslige individuelle og organisatoriske forsvarlighetskravet er helt grunnleggende for all virksomhet i helsesektoren, må det arbeidsrettslige forsvarlighetskravet vurderes opp mot de strenge kravene som stilles til forsvarlig helsehjelp. Generelt ligger ansvaret på arbeidsgiver, men på helse- og omsorgsområdet har også helsepersonellet en selvstendig plikt til å vurdere om arbeidet er forsvarlig. Arbeidsgiveransvaret rekker imidlertid vidt også i helsesektoren, og også der er det i hovedsak arbeidsgiver som er ansvarlig for å sikre forsvarlig virksomhet, og derav arbeidstid.

3 Arbeidstid etter arbeidsmiljøloven

3.1 Hva er alminnelig arbeidstid i helsesektoren?

3.1.1 Utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven § 10-4

Spørsmålet er hva som er alminnelig arbeidstid for helsepersonell etter aml. § 10-4. Bestemmelsen angir maksimumsgrenser, hvilket innebærer at partene fritt kan avtale kortere arbeidsdager. For enkelte typer arbeid kan imidlertid den alminnelige arbeidstiden forlenges, for eksempel ved passivt arbeid og beredskapsvakt etter §§ 10-4 (2) og (3), men bestemmelsene er ment som snevre unntak.³¹

Arbeidstakere som jobber skiftarbeid eller sammenlignbart turnusarbeid har redusert arbeidstid sammenliknet med alminnelig arbeidstid etter § 10-4 (1). At den alminnelige arbeidstiden reduseres, kommer av at skift- og turnusarbeid for mange arbeidstakere medfører ubekvemme arbeidstider, og anses som mer belastende for arbeidstakeren og dens nærstående familie enn regelmessig arbeid på dagtid. Studier viser negative helseeffekter ved skift- og

³¹ Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) s. 317

turnusarbeid, samt en negativ innvirkning på blant annet sosialt liv og familieliv.³² Slike arbeidstidsordninger kompenseres derfor med mer fritid.

Den alminnelige arbeidstid for «*døgnkontinuerlig skiftarbeid og sammenlignbart turnusarbeid*» skal ikke overstige ni timer i løpet av 24 timer og 38 timer i løpet av sju dager, jf. § 10-4 (4). Det samme gjelder arbeid på to skift og sammenlignbart turnusarbeid som regelmessig drives på søn- og helgedager. Med «*døgnkontinuerlig skiftarbeid*» siktes det til arbeid som går kontinuerlig gjennom hele døgnet, men ikke alle døgnene i uken. Når arbeidsprosessen holdes i gang uten stans døgnet rundt, hele uka, bruker loven begrepet «*helkontinuerlig arbeid*».

For «*helkontinuerlig skiftarbeid eller sammenlignbart turnusarbeid*» skal den alminnelige arbeidstiden ikke overstige ni timer i løpet av 24 timer og 36 timer i løpet av sju dager, jf. § 10-4 (5). For tredelt skift- og turnusarbeid som faller utenfor fjerde og femte ledd, gjelder en øvre grense på ni timer i løpet av 24 timer og 38 timer i løpet av sju dager, jf. § 10-4 (6).

Verken arbeidsmiljøloven eller Arbeidstidsdirektivet legger føringer på hva som ligger i begrepene «*skiftarbeid*» eller «*sammenlignbart turnusarbeid*» ut over det som naturligvis kan leses ut fra ordlyden i § 10-4. Det fremgår imidlertid av arbeidsmiljølovens forarbeider at skiftarbeid kjennetegnes ved at arbeidstakerne avløser hverandre i løpet av døgnet eller uka.³³

Videre gir rettspraksis noen retningslinjer for rekkevidden av særlig turnusbegrepet, og hva som må til for at arbeid anses som «*sammenlignbart turnusarbeid*». Det fremgår blant annet av Rt-2002-1012 at det, til forskjell fra skiftarbeid, ikke er et krav om at arbeidstakerne avløser hverandre. Arbeidstidsordningen i dommen hadde grunnlag i tariffavtale, men Høyesterett uttalte at betraktningene er ment å være generelle (s. 1019). Det legges derfor til grunn at de retningslinjer som oppstilles i dommen er av generell betydning for forståelsen av turnusbegrepet.

I dommen var spørsmålet om en arbeidsavtale var å anse som en turnusordning, slik at vaktmesteren det gjaldt hadde rett på redusert arbeidstid. Høyesterett kom til at det ikke var

³² Se bl.a. studiene Albetsen m.fl. (2007a), Costa (1996), Knutsson (2003), Åkerstedt (2003) sammenfattet i kunnskapsrapport fra Stami, jf. NOU 2008:17 s. 61-69.

³³ Ot.prp.nr. 54 (2008-2009), punkt 5.2.5, jf. NOU 1979:56 Skift- og turnusarbeid.

tale om en turnusordning. Flertallet vektla at vaktmesterens arbeidstid var fastsatt til bestemte klokkeslett på faste dager gjennom hele skoleåret. En sammenfatning av flertallets vurdering tilsier at en turnusordning innebærer skiftende arbeidstid fra dag til dag og/eller uke til uke. I tillegg må arbeidstiden rullere over en periode på minst to uker, og det skal opprettes en godkjent arbeidsplan med en oversikt over turnusen etter § 10-3 (s. 1017-1019).³⁴

Skift og turnus dekker ulike behov. Skift brukes i virksomheter som har et jevnt bemanningsbehov hele døgnet, for eksempel i produksjonsvirksomhet, transportnæring og industrien. Der bemanningsbehovet varierer i løpet av døgnet eller uka er det nødvendig med turnusordninger, slik at arbeidsgiver har større frihet til å organisere arbeidstakernes arbeidstid i henhold til virksomhetens behov. I helsesektoren vil det ofte være større bemanningsbehov på dagtid enn for eksempel i helger og på nattestid, og det er derfor mest aktuelt med turnusarbeid.

3.1.2 Alminnelig arbeidstid etter tariffavtale

Partene i et arbeidsforhold har adgang til å avtale lengden og plasseringen på arbeidstiden innenfor lovens rammer, jf. aml. § 1-9.³⁵ Tariffavtaler supplerer, utfyller og fraviker loven. Lovens arbeidstidsregulering må følgelig ses i sammenheng med tariffreguleringen der det foreligger.³⁶ Spørsmålet er derfor om det foreligger tariffavtaler på helse- og omsorgsområdet som angir andre rammer for alminnelig arbeidstid enn aml. § 10-4.

Etter arbeidstidsforkortelsen i 1987 ble den alminnelige arbeidstiden nedsatt på LO-NHO-området fra 40 timer til 37,5 timer i løpet av sju dager.³⁷ LO-NHO-avtalen har vært retningsgivende for de fleste bransjer, og bransjespesifikke tariffavtaler har videreført store deler av reguleringen.

Etter Hovedavtalen mellom KS og NSF (2018-2020) § 4.2 skal alminnelig arbeidstid ikke overstige gjennomsnittlig 37,5 timer i uka. Begrensningen viderefører utgangspunktet fra arbeidstidsforkortelsen og Hovedavtalen på LO-NHO-området. For turnusordninger med natt-

³⁴ Høyesterett viderefører Arbeidsrettens praksis i ARD-2000-398, jf. ARD-1994-50 og ARD-1996-108.

³⁵ Se nærmere om ufravikelighetsnormen og dens virkninger i oppgavens innledning samt punkt 4.2 om rettsvirkninger.

³⁶ Fougner m.fl. (2018) s. 394

³⁷ Bilag om nedsettelse av den alminnelige arbeidstiden per 1. januar 1987

og søndagsarbeid, samt døgnkontinuerlig skiftarbeid, skal ukentlig arbeidstid ikke overstige gjennomsnittlig 35,5 timer. For helkontinuerlig skiftarbeid og sammenlignbart turnusarbeid begrenses arbeidstiden oppad til gjennomsnittlig 33,6 timer i uka. Tredelt skift- og turnusarbeid beregnes på samme måte som etter aml § 10-4 (6), men skal ikke overstige 35,5 timer i uka. Den avtalte arbeidstiden er innenfor arbeidsmiljølovens rammer, og må følgelig legges til grunn som hovedregelen for tariffbundne virksomheter.

Ifølge Overenskomsten mellom Spekter og Legeforeningen (2018-2020) del A2 § 3.2 er alminnelig arbeidstid for leger gjennomsnittlig 37,5 timer i uka. Dersom legene er oppsatt med nattevakt mellom kl. 20.00 og kl. 06.00 skal imidlertid den gjennomsnittlige arbeidstiden ikke overstige 35,5 timer i uka. Dette er også innenfor arbeidsmiljølovens grenser, og må legges til grunn for tariffbundne virksomheter.

3.2 Unntak fra alminnelig arbeidstid – hvem har kompetanse?

3.2.1 De ulike rettssubjektene

Som illustrert innledningsvis har flere ulike rettssubjekter kompetanse til å fravike alminnelig arbeidstid etter loven. Hvem som har kompetanse, og hvordan hovedreglene kan fravikes, varierer ut fra hvor stort avvik unntaket utgjør fra alminnelig arbeidstid. For å fravike alminnelig arbeidstid må det foreligge en lovlig unntaksadgang, skriftlig avtale eller dispensasjon fra Arbeidstilsynet. Noen unntak krever skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, andre må inngås mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte, mens andre krever tariffavtale. Som de følgende delkapitler illustrerer, er lovens system at jo større avvik fra alminnelig arbeidstid, dess høyere nivå må unntaket inngås på.

3.2.2 Passivt arbeid og beredskapsvakt

For arbeid av passiv karakter kan arbeidstiden forlenges med inntil halvparten av de passive periodene, men ikke med mer enn to timer i løpet av 24 timer og ti timer i løpet av sju dager, jf. aml. § 10-4 (2) første punktum. Slik forlengelse av arbeidstiden kan arbeidsgiver og arbeidstaker avtale seg imellom.

Det er derimot kun Arbeidstilsynet som har kompetanse til å gi ytterligere forlengelse av arbeidstiden dersom arbeidet er «særlig passivt». Arbeidstiden kan imidlertid uansett ikke

overstige 13 timer i løpet av 24 timer eller 48 timer i løpet av sju dager, jf. § 10-4 (2) siste punktum.

For beredskapsvakt utenfor arbeidsstedet, tidligere kalt hjemmevakt, er hovedregelen at 1/7 av vekten regnes med i alminnelig arbeidstid etter § 10-4 (3).³⁸ Arbeidsgiver og arbeidstakernes tillitsvalgte i virksomhet som er bundet av tariffavtale, kan fravike beregningsbrøken ved skriftlig avtale. Arbeidstidsdirektivet har tilsvarende regler om arbeidstid ved beredskap på og utenfor arbeidsstedet, med tilsvarende grensedragning som lovbestemmelsen.³⁹

3.2.3 Gjennomsnittsberegning av arbeidstiden

Ved gjennomsnittsberegning ses den totale arbeidstiden over en periode under ett, slik at arbeidstiden i enkelte uker kan være kortere eller lengre enn det arbeidstiden per uke tilsier. Adgangen til å gjennomsnittsberegne arbeidstiden åpner for arbeid ut over alminnelig arbeidstid uten at vilkårene for overtid er oppfylt. Gjennomsnittsberegning er derfor særlig aktuelt i bransjer med utbredt skift- og turnusarbeid, slik som helse- og omsorgssektoren. Selv om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden i utgangspunktet er et *unntak*, er det den praktiske hovedregelen innenfor helsesektoren på grunn av arbeidets art og karakter.

Arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker kan skriftlig avtale at den alminnelige arbeidstiden, som foreskrevet i aml. § 10-4 og eventuelt tariffavtale, kan gjennomsnittsberegnes over en periode på 52 uker, jf. § 10-5 (1) første punktum. Ved slik avtale må imidlertid samlet arbeidstid, altså alminnelig arbeidstid og overtid, ikke overstige ti timer i løpet av 24 timer og 48 timer i løpet av sju dager. Grensen på 48 timer kan også gjennomsnittsberegnes, men da over en periode på åtte uker, og den alminnelige arbeidstiden kan uansett ikke overstige 50 timer, jf. § 10-5 (1) annet punktum. Avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden skal inntas i arbeidsavtalen eller inngås som tilleggs- eller endringsavtale, jf. aml. § 14-9 (1) bokstav j.

For å utvide timegrensene ytterligere kreves enten avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstakers tillitsvalgte i virksomhet som er bundet av tariffavtale, eller dispensasjon fra

³⁸ Ot.prp.nr. 91 (2005–2006) s. 1–2

³⁹ Jf. C-303/98 *Simap*, jf. Fougner m.fl. (2018) s. 422.

Arbeidstilsynet. Ved slik avtale kan den øvre grensen for samlet arbeidstid utvides til 12,5 timer i løpet av 24 timer og 48 timer i løpet av sju dager over en periode på 52 uker. Grensen på 48 timer kan gjennomsnittsberegnes over en periode på åtte uker slik som ved avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, mens den øvre grensen for alminnelig arbeidstid i løpet av noen enkelt uke kan utvides til 54 timer.

Arbeidstilsynet kan samtykke i gjennomsnittsberegning over en periode på 26 uker, og samlet arbeidstid kan være på inntil 13 timer i løpet av 24 timer og 48 timer i løpet av sju dager. Grensen på 48 timer kan også her gjennomsnittsberegnes over en periode på åtte uker, men Arbeidstilsynet har ingen øvre grense for alminnelig arbeidstid i løpet av noen enkelt uke, jf. § 10-5 (3).

3.2.4 Overtid

Aml. § 10-6 hjemler en lovlig adgang til å fravike hovedreglene om arbeidstidens lengde i enkelte tilfeller dersom det foreligger «*et særlig og tidsavgrenset behov*». Dette er et grunnvilkår som må foreligge enten overtidsarbeidet følger grensene for timeantall etter § 10-6 fjerde, femte eller sjette ledd. Vilkåret tilsier at arbeid ut over avtalt arbeidstid ikke kan gjennomføres som en fast ordning. Hvis arbeidet kan vente, er det ikke grunnlag for overtid. Og dersom behovet for overtid er vedvarende, plikter arbeidsgiver å skaffe arbeidskraften på andre måter.

Dersom grunnvilkåret er oppfylt, er det innenfor arbeidsgivers styringsrett å pålegge arbeidstaker å jobbe inntil ti timer overtid i løpet av sju dager, *uten avtale*, jf. § 10-6 (4), jf. § 10-6 (7) antitetisk.⁴⁰ For å jobbe overtid ut over ti timer i uka kreves derimot enten skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte eller dispensasjon fra Arbeidstilsynet. I tillegg må arbeidstaker samtykke «*i det enkelte tilfelle*», jf. § 10-6 (7).

Ved skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte kan arbeidstaker jobbe inntil 20 timer overtid i løpet av sju dager, jf. § 10-6 (5) første punktum. Samlet overtidsarbeid kan imidlertid ikke overstige 50 timer i løpet av fire sammenhengende uker, eller 300 timer innenfor en periode på 52 uker, jf. § 10-6 (5) annet punktum. Virksomheter som ikke er tariffbundet

⁴⁰ Jf. Rt-2009-1465 (Seinvakt)

omfattes ikke av denne bestemmelsen, og må søke om dispensasjon fra Arbeidstilsynet for overtid ut over timegrensene i fjerde ledd.

Arbeidstilsynet kan «*etter søknad i særlige tilfeller*» tillate samlet overtidsarbeid inntil 25 timer i løpet av sju dager og 200 timer i løpet av en periode på 26 uker, jf. § 10-6 (6). I sin avgjørelse skal Arbeidstilsynet særlig legge vekt på hensynet til «*arbeidstakernes helse og velferd*», jf § 10-6 (6) siste punktum, jf. § 10-2. Sett i lys av grunnvilkåret, er terskelen for å tillate utvidet overtidsarbeid høy.

3.2.5 Samlet arbeidstid

Den samlede arbeidstiden, inkludert overtidsarbeid, må ikke overstige 13 timer i løpet av 24 timer eller 48 timer i løpet av sju dager. Grensen på 48 timer i løpet av sju dager kan imidlertid gjennomsnittsberegnes over en periode på åtte uker, likevel slik at den samlede arbeidstiden ikke overstiger 69 timer i noen enkelt uke, jf. aml. § 10-6 (8). Ved slik gjennomsnittsberegning kreves skriftlig avtale etter § 10-5 (2).

Ved tariffbundet virksomhet kan arbeidsgiver og tillitsvalgte avtale skriftlig at samlet arbeidstid utvides til inntil 16 timer i løpet av 24 timer eller 48 timer i løpet av sju dager, jf. § 10-6 (9). Det forutsetter imidlertid at arbeidstaker sikres med kompenserende hvileperioder eller, der det ikke er mulig, annet passende vern. Arbeidstilsynet kan ikke gi dispensasjon for samlet arbeidstid ut over dette.

3.2.6 Redusert hviletid/fritid

I utgangspunktet skal arbeidstaker ha minst 11 timer sammenhengende arbeidsfri i løpet av 24 timer og 35 timer i løpet av sju dager, og den arbeidsfrie perioden skal plasseres mellom to hovedarbeidsperioder, jf. aml. § 10-8 (1) og (2).

Med dagens regelverk kan tillitsvalgte samtykke til unntak fra hviletiden i samarbeid med arbeidsgiver, hvilket ofte er nødvendig ved gjennomsnittsberegning av arbeidstiden i forbindelse med utarbeidelsen av turnusplaner etter § 10-3. Unntaksadgangen er imidlertid begrenset nedad til 8 timer i løpet av 24 timer eller 28 timer i løpet av sju dager, og forutsetter

at arbeidstaker sikres tilsvarende kompenserende hvileperioder eller annet passende vern, jf. § 10-8 (3).

Etter overenskomsten mellom Spekter og Den norske legeforening (2018-2020) § 3.6.3 skal arbeidstakeren ha minst åtte timer arbeidsfri mellom to arbeidsperioder, og hver enkelt arbeidsuke skal inneholde minimum 28 timers sammenhengende fritid. Tariffavtalen fraviker utgangspunktet i loven til ugunst for arbeidstakeren, og er i utgangspunktet i strid med ufravikelighetsnormen i aml. § 1-9. Legeforeningen har imidlertid adgang til å inngå avvikende tariffavtale etter § 10-12 (4), jf. arbtvl. § 39. Slik avtale forutsetter også at arbeidstakerne sikres tilsvarende kompenserende hvileperioder eller annet passende vern, jf. § 10-12 (4) annet punktum, sml. § 10-8 (3).

Som en følge av implementeringen av Arbeidstidsdirektivet, har Arbeidstilsynet ikke lenger generell myndighet til å dispensere fra direktivets krav til daglig og ukentlig arbeidsfri.⁴¹ Lovendringen i 2015 utvidet imidlertid Arbeidstilsynets dispensasjonsadgang på helse- og omsorgsområdet, jf. § 10-12 (6) og (7).⁴²

3.2.7 Natt- og søndagsarbeid

Arbeid mellom kl. 21.00 og 06.00 er nattarbeid, jf. aml. § 10-11 (1). Nattarbeid er ikke tillatt med mindre «*arbeidets art gjør det nødvendig*», jf. § 10-11 (2).

Søndags- og helgedagsarbeid er i utgangspunktet heller ikke tillatt med mindre nødvendighetskravet er oppfylt, jf. § 10-10 (2), jf. første ledd. Med søndagsarbeid menes tidsrommet mellom lørdag kl. 18.00 til søndag kl. 22.00 (eller evt. dagen før neste virkedag), og tidsrommet mellom kl. 15.00 på jul- påske- eller pinseaften til kl. 22.00 dagen før neste virkedag, jf. § 10-10 (1).

Nødvendighetskriteriet i §§ 10-10 og 10-11 er en tilsiktet samordning, jf. Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) s. 178. I 1977-lovens §§ 42 (2) og 44 (2) bokstav h var det spesifisert at arbeid i virksomhet for syke- og pleiehjelp var unntatt fra forbudet mot henholdsvis nattarbeid og søndagsarbeid. Selv om spesifiseringen er utelatt i 2005-loven, er det ikke ment å være noen

⁴¹ Se nærmere i Fougner m.fl. (2018) s. 387.

⁴² Se mer om dette i punkt 4.3.

realitetsendring. Helsehjelp og generell sykehusvirksomhet er lovpålagt og utgjør åpenbart et nødvendig behov for både natt- og søndagsarbeid.⁴³ Det er følgelig en lovlige adgang til å utføre natt- og søndagsarbeid i helsesektoren.

Arbeidsgiver skal imidlertid drøfte nødvendigheten av natt- og/eller søndagsarbeid med de tillitsvalgte før det iverksettes, jf. §§ 10-10 (3) og 10-11 (5). Dette er et rent saksbehandlingskrav, hvilket innebærer at det ikke kreves samtykke fra tillitsvalgte; arbeidsgiver har vetorett i kraft av styringsretten.

Videre gir § 10-11 (3) arbeidstaker og arbeidsgiver adgang til å inngå skriftlig avtale om arbeid mellom kl. 21.00 og 23.00 for arbeidstakere som selv ønsker det. Bestemmelsen innebærer en adgang til å avtale arbeid i disse timene selv om nødvendighetskravet *ikke* er oppfylt.⁴⁴ Formålet er «å gi større mulighet til mer fleksible arbeidsdager, uten at arbeidstaker skal arbeide mer eller hvile mindre», jf. Prop. 72 L (2016–2017) s. 31.

Denne individuelle avtaleadgangen kommer på kant med reglene om hviletid i § 10-8, og det kan argumenteres for at formålet om mer fleksibilitet ikke innehar realitet. Ettersom det ikke er adgang til å avtale unntak individuelt etter § 10-8, er arbeidstaker avhengig av sentral avtale eller avtale mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte om redusert hviletid etter § 10-8 (3) for å kunne starte på jobb før kl. 10.00 dagen etter. Uoverensstemmelsen mellom bestemmelsene er problematisert i juridisk teori, og flere arbeidsgiverorganisasjoner tok til orde for en lovendring i høringssvarene til NOU 2016:1 Arbeidstidsutvalgets rapport.⁴⁵ Departementet tok imidlertid ikke forslagene til følge, og foreslo ingen endring av § 10-8.

For arbeidstakere som jevnlig jobber mer enn tre timer om natten, skal den alminnelige arbeidstiden ikke overstige gjennomsnittlig åtte timer i løpet av 24 timer over en periode på fire uker, jf. § 10-11 (6). Dette utgjør et unntak fra hovedregelen om alminnelig arbeidstid på ni timer i løpet av 24 timer etter § 10-4, og begrunnes med at natt- og søndagsarbeid utgjør en økt belastning for arbeidstaker. Hvis arbeidet utgjør en «*særlig risiko eller betydelige fysiske eller psykiske belastninger*», skal arbeidstiden ikke overstige åtte timer på noen enkelt vakt, jf. § 10-11 (7).

⁴³ Se hpl. § 7, sphl. §§ 2-1a og 3-1, pbrl. §§ 2-1a og 2-1 og hol. §§ 3-1 og 3-2.

⁴⁴ Prop. 72 L (2016-2017) s. 36

⁴⁵ F.eks. Spekter sitt høringssvar til Arbeidstidsutvalget og Fougner m.fl. (2018) s. 477 og 478.

På grunn av ulempene helgearbeid påfører arbeidstaker, skal arbeidstaker som har utført søn- og helgedagsarbeid i utgangspunktet ha arbeidsfri følgende søn- og helgedagsdøgn.

Arbeidsgiver og arbeidstaker kan imidlertid avtale skriftlig at arbeidstaker har arbeidsfri gjennomsnittlig annenhver søn- og helgedag over en periode på 26 uker. Unntaksadgangen forutsetter at det ukentlige fridøgnet faller på en søn- eller helgedag minst hver fjerde uke, jf. § 10-8 (4) siste punktum.

I tillegg har arbeidsgiver og tillitsvalgte i tariffbundet virksomhet adgang til å avtale både natt- og søndagsarbeid ut over den lovlige unntaksadgangen dersom det foreligger «*et særlig og tidsavgrenset behov*» for det, jf. §§ 10-10 (4) og 10-11 (4). Vilkåret sammenfaller med grunnvilkåret i § 10-6 (1).

Når det gjelder nattarbeid kan arbeidsgiver og tillitsvalgte ved tariffbundet virksomhet skriftlig avtale et annet tidsrom enn etter § 10-11 (1) på minst åtte timer som omfatter tidsrommet mellom kl. 00.00 og 06.00. For sykepleiere som er tariffmedlem i NSF, regnes tidsrommet mellom kl. 20.00 og 06.00 som nattarbeid.⁴⁶ Det samme gjelder for leger som er medlem i Den norske legeforening.⁴⁷ De kan også avtale seg vekk fra de timegrensene som oppstilles for nattarbeid i §§ 10-11 (6) og (7) dersom arbeidstakeren gis kompensierende vern, jf. § 10-11 (9).

3.2.8 Unntak fra arbeidstidskapittelet etter aml. § 10-12 (4)

Arbeidstid ut over de rammer som loven oppstiller gjennom unntak og avtaleadgang i de enkelte bestemmelsene, kan avtales ved tariffavtale etter aml. § 10-12 (4). Det følger av bestemmelsens første og annet punktum at:

«Fagforening med innstillingsrett etter arbeidstvistloven eller tjenestetvistloven kan, med unntak av § 10-2 første, andre og fjerde ledd, og § 10-11 åttende ledd, inngå tariffavtale som fraviker bestemmelsene i dette kapittel. Unntak fra § 10-8 første og andre ledd og § 10-11 sjette og sjuende ledd forutsetter at arbeidstakerne sikres

⁴⁶ Hovedtariffavtalen mellom KS og NSF (2018-2020) punkt 4.2.2

⁴⁷ Overenskomst mellom Spekter og Den norske legeforening (2018-2020) punkt 3.2

tilsvarende kompenserende hvileperioder, eller der dette ikke er mulig, annet passende vern.»

Med hjemmel i § 10-12 (4) kan arbeidsgiverforening og fagforening med innstillingsrett inngå tariffavtale uten hensyn til tidsrammene som oppstilles i arbeidstidskapittelet.

Forsvarlighetskravet er imidlertid ufravikelig og legger naturligvis begrensninger på hvor store avvik som kan avtales, men bestemmelsen åpner likevel for den videste unntaksadgangen i arbeidstidskapittelet. Det er kun krav om kompenserende vern for arbeidstaker ved unntak fra tidsgrensene som oppstilles for hviletid og nattarbeid. Selv om den videste unntaksadgangen gis ved tariffavtale, er det imidlertid mest vanlig at tariffavtalene styrker det vernet arbeidstakerne allerede har gjennom arbeidsmiljøloven.⁴⁸

4 Nærmere om unntak ved tariffavtale

4.1 Hva er en tariffavtale?

Ettersom tariffavtalen har særskilte rettsvirkninger er det viktig å skille mellom tariffavtaler og andre ordinære kollektive og individuelle avtaler. Med *andre* kollektive avtaler menes avtaler som berører en bestemt krets arbeidstakere slik at generalitetskravet ikke er innfridd, for eksempel turnusprotokoller som navngir tjue avdelingssykepleiere, og som derfor verken er tariffavtale eller individuell avtale. Spørsmålet er følgelig hvilke krav som stilles til inngåelsen av og innholdet til en tariffavtale.

Det stilles i hovedsak fire kumulative krav til en tariffavtale.⁴⁹ Kravene og deres innhold kan utledes dels av definisjonen i arbtvl. § 1 bokstav e, og dels av Arbeidsrettens praksis.⁵⁰ For det første må det foreligge en gyldig og bindende avtale, jf. alminnelige avtalerettslige prinsipper. For det andre er det krav om skriftlighet, jf. arbtvl. § 4. Tariffavtalens rettsvirkninger medfører et særlig behov for å sikre bevis for at en gyldig tariffavtale er inngått og hva den går ut på. Viktigheten av skriftlighet kan ses i sammenheng med virkningen tariffavtaler har overfor også utenforstående arbeidstakere.⁵¹

⁴⁸ NOU 2008:17 s. 29

⁴⁹ Skjønberg m.fl. (2017) s. 75 flg.

⁵⁰ Se bl.a. ARD-2017-29.

⁵¹ Jf. Hotvedt (2017) s. 88. Mer om dette i punkt 4.2.

For det tredje må avtalen være mellom en «fagforening» og en «arbeidsgiver» eller «arbeidsgiverforening», jf. arbtvl. § 1 bokstav e. En fagforening er «*enhver sammenslutning av arbeidstakere eller av arbeidstakeres foreninger som har til formål å ivareta arbeidstakernes interesser overfor deres arbeidsgivere*», jf. § 1 bokstav c. En arbeidsgiverforening har på sin side til formål å ivareta arbeidsgivers interesser, jf. § 1 bokstav d. En naturlig forståelse av «sammenslutning» tilsier at det må være minst to arbeidstakere. Ut over dette er det et bevisst lovgivervalg å ikke stille krav til et bestemt medlemstall, i den hensikt å utvide sanksjonsmulighetene ved arbeidsstans.⁵²

Det er imidlertid kun fagforeninger med 10 000 medlemmer som kan inngå tariffavtale etter aml. § 10-12 (4), jf. arbtvl. § 39. Dette medlemskravet må ses i lys av det tariffrettslige formålet; kollektive avtaler skal utjevne maktubalansen som naturlig ligger i et arbeidsforhold. Medlemskravet sikrer at partene stiller så likt som mulig ved eventuelle forhandlinger, hvilket er særlig viktig ettersom aml. § 10-12 (4) åpner for lovens videste unntaksadgang.

For det fjerde skal en tariffavtale hovedsakelig gjelde «arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold», jf. arbtvl. § 1 bokstav e. Ordlyden tilsier at tariffavtalen skal fastsette rettigheter og plikter mellom partene. En tariffavtale trenger imidlertid ikke å inneholde mer enn én bestemmelse om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold.⁵³ Innholdskravet er med andre ord sammensatt.

Rettspraksis har lagt føringer på hvordan vilkåret skal forstås. Det følger blant annet av ARD-2013-89 (avsnitt 63) at:

«Foruten en rent tematisk begrensning av hva avtalen må regulere, gjelder det krav til reguleringens karakter ved at det stilles krav om generalitet eller normative elementer, dvs. at avtalen i det vesentlige må ha bestemmelser med generell anvendelse; avtalen må gjelde for ubestemte arbeidstakere».

Tariffavtalens regulering må følgelig være generell og gjelde for ubestemte arbeidsforhold. Det såkalte generalitetskravet er imidlertid ikke til hinder for at tariffavtaler kan ha

⁵² Ot.prp.nr. 54 (1925) s. 18-19, jf. Skjønberg m.fl. (2017) s. 76.

⁵³ Skjønberg m.fl. (2017) s. 77

bestemmelser om bestemte arbeidsforhold, så lenge de normative, ubestemte bestemmelsene er dominerende.⁵⁴ En turnusprotokoll som navngir en bestemt sykepleier kan eksempelvis være en tariffavtale dersom de fleste bestemmelsene er generelle. I ARD-1988-151 (Lødingen hotell) anså arbeidsrettens flertall en protokoll som var signert av arbeidsgiver og tillitsvalgt for å være en tariffavtale til tross for at protokollen delvis regulerte enkelte bestemt angitte arbeidsforhold for navngitte arbeidstakere. At avtalen bygget på individuelle ansettelsesavtaler kunne ikke frata protokollen karakter av en tariffavtale (s. 164-165).

Dommen illustrerer at innholdskravet beror på en konkret helhetsvurderingen, men særlig at det i praksis legges vekt på hvorvidt avtalen har et tariffrettslig formål. Arbeidsretten konkluderte nemlig med at partene kunne ha en rimelig berettiget forventning om at det var en tariffavtale som ble inngått. Juridisk teori og rettspraksis gir samlet uttrykk for at det ikke foreligger et selvstendig krav til tariffhensikt for at en tariffavtale skal være inngått.⁵⁵ At tariffhensikt er et moment i generalitetsvurderingen er derimot slått fast i rettspraksis.⁵⁶

Dersom tillitsvalgte og arbeidsgiver ikke kommer til enighet i drøftelse om arbeidsplan etter aml. § 10-3, kan prosessen likne på forhandlingsmøtene som gjennomføres i forbindelse med inngåelsen av tariffavtaler etter arbtvl. § 3, noe som kan gi partene en berettiget forventning om at avtalen er en tariffavtale. Det må likevel legges avgjørende vekt på at de turnusprotokollene som inngås i helsesektoren i dag gjelder bestemte, ofte navngitte, kretser og at partene ønsker å unngå tariffvirkninger. Sett i lys av momentene som tillegges vekt i rettspraksis og juridisk teori, legges det til grunn at turnusprotokollene ikke oppfyller innholdskravet som stilles til tariffavtaler.

4.2 Tariffavtalens rettsvirkninger

Arbeidsmiljøloven kan som nevnt ikke fravikes til ugunst for arbeidstaker, jf. aml. § 1-9. Tariffavtaler rammer derimot avtalebestemmelser om både dårligere og bedre betingelser for arbeidstakeren enn det som følger av loven, jf. arbtvl. § 6. Ufravikeligheten skiller seg dermed grunnleggende fra arbeidsmiljøloven og arbeidstidsdirektivets verneregler. Dette er blant annet begrunnet i tariffavtalers tradisjonelle funksjon og formål om konkurranseregulering

⁵⁴ ARD-2013-89

⁵⁵ ARD-2006-38 (274-277) og Skjønberg m.fl. (2017) s. 77

⁵⁶ Bl.a. ARD-2013-89 (Atea), avsnitt 65.

blant arbeidslivets aktører. Dersom arbeidstaker alltid hadde krav på de beste betingelser ville konkurransen mellom arbeidsgivere økt betraktelig.⁵⁷

Som en konsekvens av tariffavtalers tosidige ufravikelighet har tariffavtaler en direkte bindende og tvingende virkning overfor avtalens parter. Et særtrekk ved tariffavtalen er at den er bindende også for andre enn avtalens parter, noe som innebærer at medlemsbundne arbeidstakere uten videre blir bundet av tariffavtalen. Ved motstrid mellom individuell avtale og tariffavtale vil de motstridende bestemmelsene i den individuelle arbeidsavtalen falle bort og suppleres med tariffavtalens bestemmelser.⁵⁸

Tariffbundne virksomheter kan dessuten ha plikt til å gjennomføre tariffavtalens bestemmelser også overfor uorganiserte arbeidstakere innen tariffavtalens virkeområde, jf. den ulovfestede ufravikelighetsnormen.⁵⁹ Etter den lovfestede ufravikelighetsvurderingen i aml. § 10-12 (5) vil tariffavtalen ha samme virkning overfor alle arbeidstakere dersom flertallet i arbeidstakerorganisasjonen er tariffbundet. Uorganiserte arbeidstakere har i utgangspunktet verken rett eller plikt til å kreve tariffvilkårene lagt til grunn ettersom de ikke har rettskrav etter tariffavtalen, men arbeidsgiver eller arbeidstakerorganisasjonen kan kreve at uorganiserte arbeidstakere innretter seg etter tariffavtalens bestemmelser dersom tariffvilkårene avviker fra den individuelle arbeidsavtalen.⁶⁰

Det er videre verdt å bemerke at tariffbestemmelser kan være deklatoriske. Arbeidsavtalen er begrunnet i både arbeidsgiver og arbeidstakers interesser, og ufravikelighetsnormene er derfor ikke til hinder for at partene avtaler andre betingelser enn det som følger av tariffavtalen dersom tariffbestemmelser uttrykkelig åpner for det.⁶¹ Arbeidsretten har fremhevet at tariffpartene «*har rådighet over avtalen i materiell og prosessuell forstand*».⁶²

Ulempen er at det er vanskelig å komme seg ut av en tariffavtale eller endre tariffklausuler ved uenighet mellom partene. Det legger store begrensninger på partenes mulighet til å gjøre individuelle tilpasninger i arbeidsforholdet. I tilfelle av uenighet er partene bundet av

⁵⁷ ARD-1983-301 s. 318

⁵⁸ Skjønberg (2019) s. 307

⁵⁹ Jf. bl.a. ARD-1922-50.

⁶⁰ Fougner m.fl. (2018) s. 392 og Sundet (2014) s. 98 flg.

⁶¹ Skjønberg m.fl. (2017) s. 80

⁶² ARD-2013-61, avsnitt 77

tariffvirkningene, og må gjennom forhandlinger, meklinger og eventuelt arbeidskamp, jf. arbtvl. §§ 19-21. I ytterste konsekvens kan en interessetvist måtte løses i tvungent lønnsnemnd, og saken bli behandlet av Rikslønnsnemnda, jf. lønnsnemndloven § 2. Ved løsning av rettsvister som omhandler tariffavtaler behandles saken i Arbeidsretten som første og siste instans, jf. arbtvl. §§ 33 og 58 (5).

Ved tvist om en individuell arbeidsavtale vil partene følge ordinær rettergang etter tvistelovens prosessregler. Prosessen ved interessetvist er mer omstendelig ved tariffavtaler, og det er kun den overordnede fagforening eller den enkeltstående arbeidsgiver som har søksmålsrett etter arbtvl. § 35. Utgangspunktet for prosessordningen er at medlemsbundne arbeidstakere får sin rettsstilling ivaretatt gjennom fagforeningen.⁶³ Den enkelte arbeidstaker har vanligvis ikke søksmålskompetanse, selv om deres rettigheter eller plikter direkte berøres av det aktuelle søksmålet. Dette vanskeliggjør prosessen med å få gjennomført en endring i tariffavtale sammenliknet med endringer i ordinære avtaler.

En tariffavtale gjelder i utgangspunktet i tre år fra den dagen den blir underskrevet. Kun ved oppsigelse av avtalen kan tariffbundne medlemmer og foreninger bli fri sine forpliktelser. De tariffrettslige forpliktelsene gjelder imidlertid også *etter* utmelding. Det sies derfor at tariffavtalen har ettervirkninger, jf. arbtvl. § 7. Tariffavtalen må sies opp senest tre måneder før avtalen utløper, hvis ikke forlenges varigheten automatisk med ett år, jf. arbtvl. § 5. Ved brudd på tariffrettslige forpliktelser kan foreningen og foreningens medlemmer bli erstatningsansvarlige etter arbtvl. §§ 9 og 10. Skillet mellom tariffavtaler og andre avtaler har derfor stor betydning for partene.

4.3 Videst unntaksadgang ved tariffavtale eller dispensasjon?

Da arbeidsmiljøloven av 2005 trådte i kraft, mistet Arbeidstilsynet adgangen til å gi dispensasjon for grunnleggende avvik fra arbeidsmiljøloven.⁶⁴ I utgangspunktet kan endringen tyde på at lovgiver har ment at arbeidslivets aktører skal ha den største unntaksadgangen. Dagens arbeidsmiljølov gir likevel Arbeidstilsynet en snever adgang til å samtykke til alternative arbeidstidsordninger på to ulike områder.

⁶³ Prop. 134 L (2010-2011) s. 82-83

⁶⁴ Sml. Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø av 1977, særlig kap. X.

Det ene unntaket gir Arbeidstilsynet dispensasjonsadgang fra bestemmelsene om hviletid og helligdags- og søndagsarbeid dersom arbeidstakeren har lang reisevei, unntaket har sikkerhetsmessig betydning, og arbeidstakeren sikres kompenserende hvileperioder eller annet passende vern, jf. aml. § 10-12 (6). Det andre unntaket gjelder for helse- og omsorgsarbeid. Etter § 10-12 (7) kan Arbeidstilsynet samtykke til en arbeidstid på mer enn 13 timer per døgn og kortere hvileperioder for helse- og omsorgsarbeid, og for skift- og turnusarbeid av delvis passiv karakter.

Tradisjonelt har det vært en forutsetning for tilsynsmyndighetens samtykkemulighet at partene ikke har kompetanse til å etablere unntakene ved tariffavtale, altså er uorganiserte, for å ikke undergrave tariffavtalens funksjon. Lovgiver har derfor tradisjonelt gitt aktørene i arbeidslivet den største kompetansen til å etablere avvikende arbeidstidsordninger.

Etter lovendringen i 2015 kan imidlertid Arbeidstilsynets samtykke gis etter § 10-12 (7) også når partene har kompetanse til å etablere ordningene etter tariffavtale.⁶⁵ Arbeidsmiljøloven gir dermed myndighetene en videre adgang til å etablere arbeidstidsordninger som fraviker enkelte av hovedreglene i loven. Det er likevel videst unntaksadgang ved tariffavtale etter § 10-12 (4).

Kompetanseendringen kan tyde på en uønsket endring av lovens system innenfor helse- og omsorgsområdet. En slik kompetanseendring skifter hovedfokuset vekk fra arbeidstakervernet. Lovens system har tradisjonelt vært slik at de største unntakene fra loven forutsetter at partene i arbeidsforholdet stiller så like som mulig, slik man oppnår ved tariffavtale. Ved å gi Arbeidstilsynet større samtykkeadgang gir man rom for et mer pragmatisk system hvor det tillates unntak fra hovedreglene dersom myndighetene anser det som hensiktsmessig i det konkrete tilfellet.

Det følger imidlertid av Prop. 48 L (2014-2015) s. 85 at «*Forutsetningen etter gjeldende rett om at tilsynene bare kan gi samtykke dersom de ansatte ønsker å følge den ordningen det søkes om, videreføres*». For helse- og omsorgssektoren vil det innebære at arbeidstakernes tillitsvalgte må støtte ordningen, hvilket til en viss grad bidrar til å sikre vernet av arbeidstakers interesser.

⁶⁵ Prop. 48 L (2014-2015), punkt 3.1.2 og 8.1

Det er likevel flere uheldige aspekter ved denne utviklingen. For det første er tariffavtaler langsiktige, og sikrer forutsigbarhet og stabilitet for partene mer effektivt enn Arbeidstilsynet er i stand til. Videre er arbeidsmiljøloven ment å være en vernelov. Sett i sammenheng med organisasjonsfriheten som er inkorporert i norsk rett fra EMK art. 11 og grunnlovsfestet i GrL. § 101 i 2014, er tariffadgangen et av de viktigste reguleringsinstrumentene arbeidslovgivningen har til å ivareta begge partene i et arbeidsforhold. Det er derfor gode grunner for å la unntaksadgangen være videst ved tariffavtale.

5 Hvordan organiseres arbeidstiden i helsesektoren?

5.1 Faktisk arbeidstid i helsesektoren

Spesialisthelsetjenesten og den kommunale helsetjenesten plikter å yte nødvendig og øyeblikkelig helsehjelp.⁶⁶ Sykehus og andre helse- og omsorgsinstitusjoner må være klare til å ta imot pasienter og brukere til enhver tid. I tillegg kan pasienter og brukeres behov for forutsigbarhet og kontinuitet i behandlingen, samt helsepersonells behov for opplæring og spesialisering, gi et behov for arbeidstidsordninger utenfor lovens rammer.

Hvert enkelt helseforetak innehar arbeidstakere innenfor et titalls ulike stillingskategorier. Ulike stillingskategorier har ulike interesser og behov; sykepleiere har eksempelvis mer intensive vakter med arbeid av mer fysisk karakter enn øyeleger. Samtidig er det lokale variasjoner innenfor samme stillingskategori avhengig av intern kompetanse og det ytre behovet for helsehjelp. Tilbudet i helsevesenet speiler i stor grad samfunnet rundt og dets behov. Et mindre sykehus i region Innlandet vil eksempelvis kunne ha helt andre behov og ressurser, og kanskje også ønsker, enn Universitetssykehuset i Oslo. Hjelpepleiere på Vinstra vil følgelig kunne ha behov for andre arbeidstidsordninger enn hjelpepleiere i Oslo, selv om de har samme stillingskategori.

Arbeidets art og behovet for fleksibilitet for både arbeidsgiver og arbeidstaker fører til at avvikende arbeidstidsordninger er utbredt i helsesektoren. Ifølge Statistisk Sentralbyrå (SSB) jobbet 263 000 arbeidstakere i helse- og omsorgssektoren regelmessig utenom ordinær dagtid

⁶⁶ Jf. sphl. § 3-1 (1) og hol. § 3-1, jf. pbrl. §§ 2-1 a) og 2-1 b).

i skift- og turnusordninger i 2019.⁶⁷ Dette tilsvarer 48,2 % av arbeidsstokken.⁶⁸ I denne sammenheng definerer SSB «ordinær dagtid» som mandag til fredag, mellom kl. 06 og 18. Det ligger i turnusbegrepet at arbeidstakere med skift- og turnusordninger har skiftende arbeidstid og har rullerende helge-, kvelds- og/eller nattevakter.⁶⁹ Ved slike kombinerte arbeidstidspunkter har arbeidstaker krav på arbeidsplan etter aml. § 10-3.

5.2 Nærmere om arbeidsplan og arbeidsgiveransvaret

Arbeidstakere som arbeider til ulike tider på døgnet har krav på en arbeidsplan som viser hvilke uker, dager og tider den enkelte arbeidstaker skal arbeide, jf. aml. § 10-3 første punktum. Det følger av annet punktum at *«arbeidsplanen skal utarbeides i samarbeid med tillitsvalgte»*. Spørsmålet som reises er om ansvaret for arbeidsplanene etter loven tillegges arbeidsgiver eller tillitsvalgte, og om ansvaret for utarbeidelsen eventuelt bør omfordeles.

En naturlig forståelse av «samarbeid» tilsier at det forutsetningsvis er arbeidsgiver som har hovedansvaret for å utarbeide arbeidsplanene. Aml. § 10-3 er en videreføring av 1977-lovens § 48. I § 48 (1) siste punktum het det at *«ved utarbeidelse og ved endring av arbeidsplanen skal det legges særlig vekt på hensynet til arbeidstakernes helse og sikkerhet på arbeidsplassen»*. Bestemmelsen forutsatte altså at arbeidsgiver både kunne utarbeide og *endre* arbeidsplaner. At § 10-3 ikke har med uttrykket «endring» er ikke ment å utgjøre noen realitetsendring. Arbeidsgiver har med andre ord kompetanse til å fastsette arbeidsplanen og gjøre endringer i disse.⁷⁰

Etter aml. § 1-8 (2) er arbeidsgiver *«enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste»*. I kommunen og fylkeskommunen er det øverste organet henholdsvis kommunestyret og fylkestinget, jf. kommuneloven § 5-3 (1). For saker som gjelder lovpålagte oppgaver kan kommunestyret og fylkestinget delegere myndigheten til å treffe vedtak til andre rettssubjekter så langt lovgivningen åpner for det, jf. kommuneloven § 5-4. Ansvarer kan derimot ikke delegeres. Administrasjonssjefen, også kalt rådmannen eller byrådsleder, er den som leder kommunen i arbeidsgivers sted, men det er kommunestyret som innehar det

⁶⁷ SSB Statistikkbanken tabell 09734, se vedlegg 6.

⁶⁸ Ibid vedlegg 7.

⁶⁹ Jf. oppgavens punkt 3.1.1.

⁷⁰ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 316-317, jf. Fougner (2009) s. 212-213.

øverste arbeidsgiveransvaret i kommunen. Kommunalt ansatt helsepersonell er dermed underlagt kommunestyret.

I 2002 tok Staten over ansvaret for spesialisthelsetjenesten fra fylkeskommunene. Da ble det opprettet fem regionale helseforetak og flere helseforetak rundt i landet. Helseforetakene er eid av Staten, gjennom Helse- og omsorgsdepartementet. Selv om helseforetakene er statlig eid anses de som egne rettssubjekter, og har egen handlingsevne og arbeidsgiveransvar for sine ansatte, jf. helseforetaksloven § 6. Helseforetakene ledes av daglig leder og et styre utpekt av departementet, jf. §§ 20 og 36. Disse har ansvar for organisering av virksomheten, og har arbeidsgiveransvar, jf. §§ 28 og 37. Daglig leder og styret kan med andre ord holdes solidarisk ansvarlig på objektivt grunnlag for feiltak og mislighold av virksomhetens, og arbeidstakernes, forpliktelser i helseforetakene.

Det er imidlertid verken kommunestyret eller styret i helseforetakene som utarbeider turnusplanene; det er i praksis lederne på de ulike avdelingene i helseforetaket som gjør dette. Arbeidsplanen skal i tillegg settes opp i samarbeid med arbeidstakernes tillitsvalgte. Avdelingslederne og den lokale tillitsvalgte i hver virksomhet/helseforetak må dermed settes i stand til å håndtere alle sider ved oppsett og utarbeidelse av arbeidsplaner knyttet til skift- og turnusarbeid.

I tillegg skal verneombudet særlig påse at arbeidet er tilrettelagt slik at arbeidstakerne kan utføre arbeidet på forsvarlig måte etter aml. § 6-2 (2) bokstav d. Virksomheter med mer enn 50 ansatte har dessuten plikt til å opprette et arbeidsmiljøutvalg hvor arbeidsgiver, arbeidstaker og bedriftshelsetjenesten skal være representert. Arbeidsmiljøutvalget skal behandle helse- og velferdsmessige spørsmål knyttet til arbeidstidsordninger, jf. aml. § 7-2 (2) bokstav f.

Både verneombudet og den tillitsvalgte er selv arbeidstakere, valgt eller stemt fram av de andre arbeidstakerne i virksomheten. Som arbeidstakernes representanter har de ansvar for å melde fra til arbeidsgiver og eventuelt Arbeidstilsynet dersom virksomheten ikke er innrettet og vedlikeholdt i tråd med de krav som stilles til arbeidsmiljø i henholdsvis lov og tariffavtale. Verneombudet og den tillitsvalgte har følgelig ikke et selvstendig ansvar for virksomhetens drift som kan sammenliknes med arbeidsgiveransvaret. Arbeidsgiver blir ikke kvitt ansvaret ved å delegerer oppgaver nedover, jf. Rt-1998-1357.

Etter Overenskomsten mellom Spekter og Legeforeningen (2018-2020) § 3.4.3 skal etablering av ny arbeidsplan i forbindelse med utvidet arbeidstid/tjeneste (UTA) med hjemmel i aml. § 10-12 (4) følge en 7-trinns prosess. Arbeidsgiver skal først utarbeide en aktivitetsplan og en bemanningsplan, som begge gjøres tilgjengelig for tillitsvalgt. Deretter skal arbeidsgiver og tillitsvalgt holde drøftingsmøte om behovet for utvidet arbeidstid. Ved slikt behov skal den enkelte arbeidstaker meddele hvorvidt vedkommende ønsker å delta i ordningen, før det eventuelt etableres avtale om utvidet arbeidstid. Deretter utarbeider arbeidsgiver arbeidsplan etter aml. § 10-3 i samarbeid med tillitsvalgte, som så gjøres kjent for arbeidstakerne minst fire uker før ikrafttreden. Selv om denne prosessen hovedsakelig gjelder for avtaler om UTA for leger, illustrerer den hvor omfattende prosessen rundt etablering av avtaler om avvikende arbeidstidsordninger kan være. Sett i lys av det strenge arbeidsgiveransvaret, er en slik prosess svært ressurskrevende for arbeidsgiver, representert ved daglig leder eller avdelingsleder.

På tross av at det endelige ansvaret påligger arbeidsgiver, er det klart at det kan oppleves som tyngende også for den tillitsvalgte å skulle utarbeide turnusplaner. Utarbeidelse av vaktplaner er helt sentralt for virksomhetens drift. Samtidig skal både arbeidsgiver og arbeidstakers behov og ønsker ivaretas, og de lovpålagte kravene må følges. Forutsetter eksempelvis turnusplanen at arbeidstiden må gjennomsnittsberegnes, må det inngås skriftlig avtale mellom helseforetaket og tillitsvalgte om slik gjennomsnittsberegning for den enkelte turnusplan, jf. aml. § 10-5 (2).⁷¹ Forutsetter planen i tillegg unntak fra reglene om daglig og ukentlig arbeidsfri etter § 10-8 (1) og (2) må det inngås en særskilt avtale med tillitsvalgte om dette, jf. § 10-8 (3). I denne forbindelse må tillitsvalgte vurdere den enkelte turnusplan opp mot eventuelle helsemessige og sosiale belastninger medlemmene kan utsettes for, jf. § 10-2.

Egne turnusplaner for hver enkelt arbeidstaker krever dermed mye arbeid og organisering. Det krever dessuten kunnskap om lovgivningen innenfor både arbeidsretten og helseretten, samt oversikt over individuelle avtaler og tariffavtaler både sentralt og lokalt. Belastningen på både arbeidsgiver og den tillitsvalgte taler for at kompetansen til å inngå avvikende arbeidstidsordninger som krever arbeidsplan etter § 10-3 tillegges fagforeningen eller tillitsvalgte sentralt. Retningslinjer for arbeidstidsordningene på sentralt nivå, eller større

⁷¹ Jf. ARD-2019-24.

innvirkning fra fagforeningene, vil kunne redusere muligheten for lokale endringer og tilpasninger, men det vil også redusere arbeidet og det påfølgende ansvaret for avdelingslederne og tillitsvalgte lokalt.

5.3 Hvordan avtales avvik i helsesektoren?

Spørsmålet videre er hvordan avvikende arbeidstidsordninger avtales i helsesektoren i dag. De overordnede lønns- og arbeidsforhold er regulert blant annet i Hovedtariffavtalen mellom Spekter og LO Stat, Hovedtariffavtalen mellom KS og NSF, og de respektive overenskomstene. De største fagforeningene i helsesektoren har innstillingsrett og har kompetanse til å inngå avvikende arbeidstidsordninger med hjemmel i tariffavtaler etter aml. § 10-12 (4), jf. arbtvl. § 39.⁷² Dette gjøres til en viss grad, men de fleste avtalene hjemles imidlertid i unntaksbestemmelser i arbeidstidskapittelet slik som § 10-5 (2) og § 10-8 (3). Uansett om det åpnes for avvikende arbeidstidsordninger gjennom § 10-12 (4) eller andre bestemmelser, er det vanlig praksis at selve avviket reguleres nærmere lokalt i individuelle arbeidsavtaler eller turnusprotokoller.

Til illustrasjon fremgår det av Overenskomsten mellom Spekter og Den norske legeforening (2018-2020) § 3.3 at arbeidsgiver kan pålegge leger fast utvidelse av den alminnelige arbeidstid med inntil 2,5 timer i gjennomsnitt per uke. Videre kan arbeidsgiver og den enkelte lege inngå avtale om UTA «uten hinder av arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstidens lengde og plassering, jf. arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd» etter overenskomsten § 3.3 annet ledd. Ordlyden tilsier at UTA kan avtales lokalt uten tariffom. Vaktarbeid og overtid kommer eventuelt i tillegg til UTA.

Videre tilsier ordlyden i de ulike avtalebestemmelsene i overenskomsten, ved at samtlige ordninger gjelder «gjennomsnittlig» arbeid per uke, at all arbeidstid kan gjennomsnittsberegnes. Overenskomsten åpner dermed opp for betydelige avvik fra hovedreglene som oppstilles som minimumsvern i aml. § 10-5. Grensene for gjennomsnittsberegningen må imidlertid uansett avtales nærmere lokalt med den enkelte arbeidstaker.

⁷² SSB Statistikkbanken tabell 03546, se vedlegg 5.

I Fafo-rapport 2013:46 ble det kartlagt hvordan virksomheter med skift-, turnus- eller annen arbeidstidsordning ut over ordinær dagtid inngår avtaler om gjennomsnittsberegning, og med hvem.⁷³ Rapporten viser at virksomheter i det offentlige, inkludert private helsebedrifter, har utstrakt bruk av sentrale og lokale avtaler. Virksomheter i offentlig sektor har i hovedsak inngått sentral og/eller lokal avtale om gjennomsnittsberegning med fagforening/arbeidsgiverforening. Det fremgår imidlertid også av de innsamlede dataene at 42 % av de spurte virksomhetene i offentlig sektor, inkludert private helsebedrifter, har inngått skriftlig avtale med den enkelte arbeidstaker om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden. Disse avtales ned på post- og avdelingsnivå. En mulig forklaring på dette er at sykehusene ønsker å unngå tariffavtalers ettervirkning. Ved å avtale avvikende arbeidstidsordninger lokalt i ordinære avtaler og turnusprotokoller, unngår partene å være bundet av arbeidstidsordningene inn i fremtiden.⁷⁴

6 Hvorfor hjemles ikke avvik i arbeidsmiljøloven § 10-12 (4)?

6.1 Grensene etter EUs Arbeidstidsdirektiv

Arbeidstidsdirektivet åpner for en vid unntaksadgang fra sentrale bestemmelser gjennom lov, forskrift eller avtale mellom arbeidslivets parter.⁷⁵ Dette omfatter blant annet unntak fra bestemmelsene om hviletid, perioden for gjennomsnittsberegning av ukentlig arbeidstid og nattarbeid. Etter direktivets art. 6 bokstav b skal medlemsstatene gjøre det som er nødvendig for at «den gjennomsnittlige arbeidstida for kvar sjudagarsperiode ikkje overstig 48 timar, medrekna overtid». Lovens regler for gjennomsnittsberegning samsvarer med denne grensen, jf. aml. § 10-5.

Direktivet gir imidlertid en generell adgang til å fravike begrensningen på 48 timer ukentlig arbeidstid av hensyn til arbeidstakers helse og sikkerhet, i den såkalte «opt-out»-bestemmelsen i artikkel 22.⁷⁶ Det stilles blant annet krav om at den enkelte arbeidstaker samtykker til avviket, og at arbeidstaker ikke lider noen skade dersom vedkommende ikke er villig til å gi slikt samtykke. Direktivets system for unntak fra hovedreglene innebærer at partene gjennom avtaler generelt har videre unntaksadgang enn myndighetene gjennom lov eller forskrift, jf. art. 17 og 18. Etter art. 18, gis det eksempelvis adgang til unntak fra reglene

⁷³ Dataene i dette avsnittet er hentet fra Fafo 2013:46 tabell 3.14, se vedlegg 1.

⁷⁴ Se nærmere om tariffavtalers rettsvirkninger i punkt 4.2.

⁷⁵ Arbeidstidsdirektivet kap. 5

⁷⁶ Jf. Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) s. 151–152, jf. Fougner (2018) s. 397.

om hvileperioder og nattarbeid «ved tariffavtaler eller avtaler mellom partane i arbeidslivet på nasjonalt eller regionalt plan, eller i samsvar med reglar som desse partane har fastsett ved tariffavtaler eller avtaler mellom partane i arbeidslivet på eit lågare nivå». Art. 17 åpner for unntak fra art. 3, 4 og 5 om hvileperiode og pause også ved lov og forskrift, men da på samme vilkår om kompensasjon for arbeidstaker som følger av unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven.

Direktivet gir følgelig videre unntaksadgang fra hovedreglene ved både individuelle avtaler og tariffavtaler enn arbeidsmiljøloven, og legger derfor ingen begrensninger på partenes avtaleadgang i helsesektoren.

6.2 På hvilket nivå kan og bør avvik avtales?

6.2.1 En tolkning av aml. § 10-12 (4)

Spørsmålet i det følgende er om det er i samsvar med arbeidstidsreguleringen at avvikene fra alminnelig arbeidstid i helsesektoren ikke avtales i tariffform. Vurderingen beror på hvorvidt ordlyden i aml. § 10-12 (4) første punktum, «tariffavtale som fraviker bestemmelsene», skal forstås bokstavelig eller ikke.

Ordlyden er uklar og kan tolkes på ulike måter. En rent språklig og bokstavelig forståelse kan tilsi at § 10-12 (4) er ment å gi partene adgang til å avtale seg vekk fra arbeidstidskapittelet ved tariffavtale, slik at det er tilstrekkelig at en tariffavtale fastslår at det er adgang til å fravike arbeidstidskapittelet. En slik ordlydstolkning legitimerer at de videste unntakene fra hovedreglene i loven kan avtales i ordinære avtaleklausuler på individnivå, så lenge det uttrykkelig åpnes for det i tariffavtale. Derimot taler en kontekstuell ordlydstolkning for at bestemmelsen tolkes innskrenkende slik at selve avviksklausulene også må avtales i tariffform, enten sentralt eller i lokale særavtaler.

Det fremgår av en lovkommentar til arbeidsmiljøloven at:

«En tariffavtale om ordningen av den alminnelige arbeidstid er antatt å kunne begrenses til å utvide rammene slik at det kan overlates til partene på det lokale plan å fastsette nærmere arbeidspliktens omfang innenfor disse rammer.»⁷⁷

⁷⁷ Fougner m.fl. (2018) s. 494

Uttalelsen tyder på at ordlyden skal forstås bokstavelig, slik at de konkrete avvikene kan avtales lokalt uten tariffordning. Ved første blikk kan imidlertid en slik tolkning synes å være i strid med lovens system.

Etter lovens system skal avvik fra lovens hovedregler avtales på høyest mulig nivå for å sikre maktbalanse mellom partene. Systemmessige betraktninger taler derfor for at selve avviket må avtales i tariffordning. Hensynet til forutberegnelighet og effektivitet trekker i samme retning, ettersom avtaler i tariffordning medfører tariffvirkninger. Tariffvirkningene medfører en mer omstendelig prosess for å revidere eller endre tariffavtalene, med den følge at avtalepartene tenker seg godt om før de inngår avvikende arbeidstidsordninger. Så lenge unntak blir avtalt i tariffordning blir lovens system og formål ivaretatt uavhengig av om avtalen inngås på sentralt eller lokalt nivå.

Hensynet til arbeidstaker kan imidlertid også tale *mot* en kontekstuell tolkning av ordlyden i § 10-12 (4). Samtidig som tariffvirkningene bidrar til stabilitet og forutsigbarhet for partene, vanskeliggjøres arbeidstakers muligheter til å foreta individuelle tilpasninger og endringer dersom det blir nødvendig i tariffperioden. Dersom alle avviksklausuler avtales i tariffordning vil virksomheten bli mer regelstyrt, og arbeidsgivers styringsrett vil begrenses ytterligere; arbeidsgiver får følgelig mindre kontroll over blant annet lønnstillegg og utvelgelse av ansatte ved nedbemanning osv.⁷⁸

Sett i lys av det strenge forsvarlighetskravet i helsesektoren, kan det på den ene siden være en fordel å ha en mer regelstyrt virksomhet. Enhetlige tariffvilkår bidrar til effektivitet ved at tariffavtalen legger føringer på underordnede avtaler og begrenser adgangen til å forhandle seg frem til andre individuelle vilkår. Samtidig er det nettopp forsvarlighetskravene i helsesektoren som gjør muligheten til å gjøre tilpasninger underveis, dersom arbeidstaker eller arbeidsgiver ser at ordningene ikke fungerer, så viktig.

ARD-2017-29 (Legeforeningen-saken) illustrerer problemet med å ta inn avviksklausuler i tariffavtaler. Dommen gjaldt en avtale om UTA i tariffavtale. Arbeidsretten var enige om at UTA var en avvikende arbeidstidsordning, men kom til at partene måtte kunne si at det ikke

⁷⁸ Skarning (2019) s. 255-256

lenger var en ønskelig ordning uten å måtte gå til riksrettsnemnd. Arbeidsretten la med andre ord vekt på at det ville medføre uønskede ettervirkninger for Legeforeningen dersom avtale om UTA skulle anses som tariffavtale, og det var derfor ikke nødvendig å avtale avviksklausulene i tariffavtale.

Det kan leses ut fra Arbeidsrettens vurderinger om at det er hensiktsmessig for partene å kunne avtale avviksklausuler lokalt, at avviksklausulene kan avtales i individuelle avtaler eller turnusprotokoller. Dommen tas følgelig til støtte for en bokstavelig tolkning av § 10-12 (4) første punktum, slik at partene kan inngå tariffavtale, bli enige om en avtaleklausul hvor det eksplisitt åpnes for unntak fra loven med hjemmel i § 10-12 (4), for så å avtale unntakene lokalt uten tarifform.

Ordlyden er derimot ikke til hinder for at partene kan avtale selve avviket i tarifform dersom de er enige om det. I AR-2019-24 var partene enige om at det var nødvendig å gjennomsnittsberegne arbeidstiden. Spørsmålet i saken var om det trengtes avtale med tillitsvalgte for å foreta gjennomsnittsberegning, eller om Overenskomsten ga tilstrekkelig hjemmel for at arbeidsgiver ensidig kunne gjennomsnittsberegne konduktørenes arbeidstid med hjemmel i § 10-12 (4).⁷⁹ Det følger av Overenskomstens punkt 5.3.4.1 at «*Arbeidstiden gjennomsnittsberegnes etter reglene i AML § 10-5 (2), på en slik måte at en uke kan inneholde 48 timer*». Arbeidsretten forsto Overenskomstens henvisning til arbeidsmiljøloven som at partenes intensjon var at tillitsvalgte skulle involveres i prosessen. Flertallet uttalte i avsnitt 76 at:

«Arbeidsmiljøloven § 10-5 andre ledd legger avtaleadgangen til arbeidsgiver og tillitsvalgte i virksomheten, dvs. at avtaleadgangen skal utøves lokalt. Hvis man legger til grunn at det er inngått avtale etter § 10-12 fjerde ledd, uten at det fremgår uttrykkelig, ville det harmonere dårlig med arbeidsmiljølovens uttalte bestemmelse om at det skal inngås skriftlig avtale med de tillitsvalgte.»

I dommen kom Arbeidsretten følgelig til at Overenskomsten ikke ga arbeidsgiver kompetanse til å ensidig fastsette gjennomsnittsberegning av arbeidstiden. Flertallets uttalelser indikerer imidlertid at partene kan avtale seg fullstendig bort fra kravene i § 10-5 (2) med hjemmel i

⁷⁹ Overenskomst mellom LO Stat og Spekter for NSB AS, B-del, (1.04.2018 – 31.03.2020) for togassistenter, konduktørpersonale og administrativt personale organisert i NJF

§ 10-12 (4) dersom det fremgår *uttrykkelig* av avtalens ordlyd. Det vil med andre ord være adgang til å avtale for eksempel gjennomsnittsberegning av arbeidstiden eller redusert hviletid som hovedregel i en sentral tariffavtale med hjemmel i § 10-12 (4) dersom det fremgår klart og tydelig av avtalen at det er partenes intensjon.

6.2.2 Styringsretten og arbeidstakers medbestemmelse

Spørsmålet er videre på hvilket nivå avvikende arbeidstidsordninger bør avtales, sett i lys av arbeidsgivers styringsrett og ansvar, samt arbeidstakers medbestemmelsesrett.

Det følger av ulovfestet rett at arbeidsgiver har rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.⁸⁰ Arbeidstid er en viktig del av hvordan en virksomhet organiseres, og treffer i utgangspunktet kjernen av arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten er imidlertid ikke ubegrenset. Styringsretten betegnes som en restkompetanse, da den begrenses av både materielle og prosessuelle regler i lov, tariffavtaler eller individuelle arbeidsavtaler.⁸¹ Styringsretten begrenses dermed ikke bare av den foreliggende arbeidstidsreguleringen, men også av de arbeidsrettslige- og helse- og sikkerhetskravene.

Som en følge av tariffavtalers tosidige ufravikelighet er det ikke adgang til å endre arbeidstidens lengde og plassering dersom det er spesifikt regulert i tariffavtale. Det er mer omtvistet hvorvidt arbeidsgiver kan endre arbeidstidens lengde og plassering til tross for at den fremgår av individuell arbeidsavtale. Regulering av arbeidstidens *lengde* antas å legge grenser for arbeidsgivers styringsrett – men det forutsetter at avtaleklausulene er ment som materielle, og ikke kun informative, avtalebestemmelser.⁸² Bestemmelser om arbeidstidens *plassering* må imidlertid tolkes.

I Rt-2009-1465 (Seinvakt) kom eksempelvis flertallet etter en konkret vurdering til at arbeidsgiver ikke hadde anledning til å pålegge to sykepleiere å jobbe på dagtid, ettersom det var spesifisert i arbeidsavtalen at de kun skulle jobbe kveldsvakt. Dommen er imidlertid kritisert i juridisk teori blant annet fordi Høyesterett ikke tolket den dagjeldende

⁸⁰ Rt-2000-1602 (NØKK), s. 1609. Arbeidsgivers styringsrett har lenge vært anerkjent i rettspraksis og tariffavtalepraksis, eksempelvis i Rt-1977-1902 og ARD-1922-86.

⁸¹ Rt-2008-856 (Theatercafé), avsnitt 34 og Rt-2001-418 (Kårstø), s. 427

⁸² Fougner m.fl. (2018) s. 392

tariffreguleringen i Hovedtariffavtalen mellom KS og NSF, hvor det klart var forutsatt at arbeidsgiver fastsetter arbeidstidens inndeling.⁸³ Høyesterett behandlet heller ikke arbeidsmiljølovens regler om skift og turnus, ei heller hva kravet om å utarbeide arbeidsplaner i aml. § 10-3 innebærer. Ifølge Fougner er det derfor «*naturlig å stille spørsmål ved det rettslige fundament Høyesterett har basert sine premisser på*», blant annet ettersom arbeidsgiver har kompetanse til å fastsette arbeidsplanen og gjøre endringer i denne etter § 10-3.⁸⁴ Kritikken av dommen kan tas til inntekt for at regulering av arbeidstidens plassering ikke nødvendigvis vil legge begrensninger på arbeidsgivers styringsrett, og at terskelen for å begrense styringsretten kan være høyere enn dommen gir uttrykk for.

Uansett så har ikke arbeidsgiver vetorett over arbeidstidsbestemmelsene, ettersom tillitsvalgte har medbestemmelsesrett ved utarbeidelse av arbeidsplan, jf. § 10-3. Det er imidlertid arbeidsgiver, og ikke den tillitsvalgte, som er ansvarlig for å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Av den grunn foreslo Arbeidstidsutvalget å gi arbeidsgiver rett til å gjennomsnittsberegne arbeidstiden og til å utarbeide turnusavtaler med forkortet hviletid ut over grensen på 11 timer etter 10-8 (1), uten avtale med tillitsvalgt.⁸⁵

En slik adgang vil imidlertid kraftig redusere tillitsvalgtes innflytelse. Tillitsvalgte er arbeidstakernes viktigste talerør og gir de ansatte en reell opplevelse av medvirkning i egne arbeidsforhold. Dersom arbeidsgiver gis ensidig kompetanse til å gjennomsnittsberegne arbeidstiden vil tillitsvalgte miste sin funksjon og arbeidstakerne miste sin medbestemmelsesrett. Det som skiller arbeidstakerne i helsetjenesten fra andre tjeneste- og servicebransjer, som for eksempel oljearbeidere og yrkessjåfører, er at den som mottar tjenesten – pasienten eller brukeren – har et lovfestet krav på forsvarlig helsehjelp.⁸⁶ Det har følgelig formodningen mot seg at det skal skortes på tillitsvalgtes innflytelse i virksomheter som yter helsehjelp, hvor kvaliteten på tjenestene som ytes henger tett sammen med arbeidstakernes arbeidsmiljø.

⁸³ Fougner (2009) s. 212-213

⁸⁴ Fougner (2009) s. 214, jf. oppgavens punkt 5.2 om arbeidsplaner.

⁸⁵ Arbeidstidsutvalget punkt 13.4.5 – med dissens, se nærmere s. 220-222.

⁸⁶ Jf. bl.a. pbrl. §§ 2-1a og 2-1b.

6.2.3 Arbeidsgiveransvar og kontrollensyn

Videre fremgår det av en rekke studier at turnus- og skiftarbeid medfører en økt belastning for psykisk, ergonomisk og sosial helse, forstyrrelse i døgnrytmen og søvnen, økt risiko for sykdom og ulykker, samt uheldige konsekvenser for arbeidstakerens familieliv.⁸⁷ Likevel stilles det ifølge SSB generelt høyere jobbkrav til ansatte med turnusarbeid enn andre ansatte, samt *mindre* grad av kontroll. Dette gjelder også for turnusansatte i helse- og sosialsektoren.⁸⁸ I helsesektoren er det naturlig at det stilles høye jobbkrav, ikke bare til arbeidstakere med turnusordning, men til alt helsepersonell. De hensynene som gjør seg gjeldende i helsesektoren, som pasientsikkerhet, kvalitet og tillit, tilsier imidlertid at det også bør føres høy grad av kontroll fra arbeidsgivers side.

Den økte belastningen ved skift- og turnusarbeid tilsier derfor at arbeidsgiver har et strengt arbeidsgiveransvar. Dersom det oppstår skade på arbeidstaker eller pasient fordi arbeidstiden er uforsvarlig organisert kan arbeidsgiver bli erstatningsansvarlig etter alminnelige erstatningsregler, og i ytterste konsekvens idømmes straffansvar.⁸⁹ På den ene siden tilsier arbeidsgiveransvaret at arbeidsgiveren bør vise varsomhet med ensidige endringer i arbeidstakers arbeidstid i kraft av styringsretten, og at arbeidsgiver derfor vil være tjent med sentrale og mer langsiktige avtaler om arbeidstakernes arbeidstidsordninger. Samtidig tilsier det strenge arbeidsgiveransvar at arbeidsgiveren bør ha anledning til å endre en uheldig arbeidsplan på kort varsel uten å måtte komme til enighet med tillitsvalgte, hvilket taler for at avvikende arbeidstidsordninger bør reguleres lokalt uten tariffordning.

Videre kan den økte belastningen ved skift- og turnusarbeid tas til inntekt for at arbeidstakerne selv bør ha størst mulig innflytelse på egne arbeidstidsordninger. Tillitsvalgte og arbeidstakere må samtykke i en arbeidstid som fraviker de alminnelige bestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Det forutsettes av tariffreguleringen for leger at den enkelte lege må samtykke i arbeidstidsordninger om UTA som går ut over arbeidsmiljølovens bestemmelser.⁹⁰ En slik forutsetning foreligger imidlertid ikke i tariffreguleringen av sykepleieres arbeidstid. Når det gjelder overtid er det et lovfestet krav om individuelt samtykke fra arbeidstaker, både

⁸⁷ Se studiene nevnt i note 34.

⁸⁸ SSB 2008/32 s. 47, basert på Levekårsundersøkelsen og Arbeidskraftundersøkelsen 2006.

⁸⁹ Jf. aml. § 2-2, § 1-6 og skl. § 2-1.

⁹⁰ Se bl.a. Særavtale om særskilte lønns- og arbeidsvilkår for leger mellom Den norske legeförening og Virke (1.1.2019 – 31.12.2020) § 3.1 siste punktum.

ved avtale etter aml. § 10-6 (1), jf. fjerde og syvende ledd, og avtaler om overtid etter § 10-12 (4). Det følger av § 10-12 (4) siste punktum at *«kravet til individuelt samtykke gjelder tilsvarende der det inngås tariffavtale om en samlet gjennomsnittlig arbeidstid på over 48 timer i løpet av sju dager i løpet av ett år»*.

Samtykkekravet i § 10-12 (4) siste punktum kan imidlertid forstås som at arbeidstakere som har en samlet gjennomsnittlig arbeidstid på over 48 timer i uka, i realiteten har større innvirkning på avtalene som inngås enn arbeidstakere som jobber færre timer enn dette. En slik tolkning tilsier at arbeidstakerne vil ha sterkere vern uten sentral tariffregulering, slik at arbeidsgiver må inngå lokale avtaler med tillitsvalgte eller direkte med arbeidstaker for å fravike hovedreglene i loven. Det er liten tvil om at arbeidstakernes mulighet til å påvirke egen arbeidstid er størst ved lokale forhandlinger av arbeidstiden. Ingen har bedre forutsetninger for å vurdere hvilke arbeidstidsordninger som er best tilpasset de lokale forholdene enn arbeidstakerne selv, også representert ved tillitsvalgte.

7 Er dagens ordninger i samsvar med arbeidsmiljøloven?

7.1 Avtaleadgangen sett i lys av arbeidsmiljølovens system, formål og funksjon

Dagens avtaleordninger synes å falle innenfor lovgivningens rammer. Det kan imidlertid såes tvil ved om loven yter dens tenkte funksjon som arbeidstakervern når partene selv kan velge å avtale avvikende arbeidstidsordninger i ordinære avtaler med hjemmel direkte i lovgivningen, for å omgå tariffvirkningene. Da bidrar lovgivningen i realiteten ikke til å beskytte arbeidstakeren som den svakere part ved å utjevne den iboende maktubalansen mellom partene i et arbeidsforhold.

Lovens system er at jo større avvik fra loven, jo høyere nivå må avviksordningene avtales på. Ettersom mange stillingstyper i helsesektoren er avhengige av avtaler som hjemler store avvik fra loven, er fagforeningene sentrale aktører for arbeidslivet i helsesektoren.

Fagforeningene kjemper arbeidstakernes sak, og jobber for å sikre deres rettigheter i forhandlinger med arbeidsgiverforeningene. Det er blant annet maktbalansehensynene som begrunner den vide unntaksadgangen fagforeninger med innstillingsrett har etter aml. § 10-12 (4). Legeforeningen har til en viss grad benyttet seg av denne muligheten ved å åpne for

at unntak kan avtales etter § 10-12 (4) i sin overenskomst med Spekter.⁹¹ De fleste arbeidstidsordningene hjemles imidlertid i de andre unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven.

I dagens tariffavtaler forutsetter arbeidstidsreguleringen ofte at arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes.⁹² Tariffavtalen legger imidlertid ikke nærmere føringer for hvordan gjennomsnittsberegningen skal gjennomføres, eller øvre/nedre grenser for antall timer i løpet av en nærmere angitt periode. En tariffavtale kunne regulert muligheten for gjennomsnittsberegning nærmere, slik at det ikke var nødvendig å opprette avtaler for hver enkelte arbeidstaker på tillitsvalgnivå etter § 10-5.

På den andre siden blir de avvikende arbeidstidsordningene inngått enten med arbeidstaker selv, med tillitsvalgte eller gjennom fagforeningen lokalt/sentralt. Alle disse aktørene søker å ivareta arbeidstakers interesser, uavhengig av om avtalen inngås i tariffform eller ikke. Til syvende og sist er det uansett fagforeningene som beslutter hvilke hensyn som skal vektlegges ved utarbeidelsen av avvikende arbeidstidsordninger i en tariffbundet virksomhet.

Dessuten vil ulike avdelinger på ulike sykehus ha ulike behov og interesser. Tariffavtaler fastsetter hva som skal gjelde for ubestemte arbeidsforhold. Når det er individuelle behov hos arbeidstaker eller driftsbehov i en enkelt avdeling som endrer seg, vil det ikke nødvendigvis være hensiktsmessig med tariffregulering. Ettersom helsevesenet er tuftet på grunnleggende og vitale interesser, er muligheten til å gjøre endringer i arbeidstidsordningene lokalt særdeles viktig. Hensynet til pasienten legitimerer stor grad av fleksibilitet, og kan tilsi at dagens muligheter for lokale avtaler ivaretar arbeidstakervernet i tråd med lovens formål.

7.2 Avtaleadgangen sett i lys av forsvarlighetskravet

Forsvarlighetskravet i arbeids- og helseretten skal ivareta arbeidstakers – og pasientens – helse, velferd og sikkerhet, jf. aml. § 10-2 og hpl. § 4. Det er imidlertid ikke nødvendigvis helseaspektet som i dag avgjør hva slags arbeidstidsordning eller turnus som anses forsvarlig.

⁹¹ Se Overenskomst mellom Spekter og Legeforeningen 2018-2020 del A2, § 3.3, jf. merknaden til § 3.1. Partene har avtalt utvidet tjeneste/arbeidstid (UTA) på inntil 2,5 timer med hjemmel i aml. § 10-12 (4). Det er imidlertid ikke presisert nærmere retningslinjer for UTA, annet enn at det må etableres arbeidsplan for hver enkelt lege, jf. § 3.4.3, jf. aml. § 10-3.

⁹² F.eks. Hovedtariffavtalen mellom KS og NSF, § 4.2 og Overenskomsten mellom Spekter og Legeforeningen § 3.2.

Forskjellige foreninger, og foreninger av ulik størrelse, har ulike forhandlingsposisjoner og kan naturligvis forhandle seg frem til ulike avvikende unntaksbestemmelser. Selv om det i utgangspunktet er verneombudet som skal påse at arbeidet er tilrettelagt slik at arbeidstakerne kan utføre arbeidet på forsvarlig måte etter aml. § 6-2 (2) bokstav d, vil fagforeningene ha stor innflytelse på hvilke arbeidstidsordninger som brukes i virksomheten. Det er uheldig om forhandlingsposisjonen til fagforeningene har større innvirkning på hvilke arbeidstidsordninger som anvendes, enn hva som er forsvarlig ut fra et helse-, velferds- og sikkerhetsmessig perspektiv.⁹³ For å sikre at helseaspektet blir ivarettatt kan det være mest hensiktsmessig med lokale avtaler, ettersom det legges til grunn at arbeidstakerne selv er best egnet til å ivareta sine egne interesser.

For å fravike aml. §§ 10-8 og 10-11 (6) og (7) med hjemmel i § 10-12 (4) er det en forutsetning at arbeidstakeren «sikres tilsvarende kompenserende hvileperioder eller, der dette ikke er mulig, annet passende vern», jf. § 10-12 (4) annet punktum. Vilåret begrunnes med at kortere hviletid anses som en økt belastning, og at nattarbeid anses som mer belastende for arbeidstakeren enn arbeid på dagtid.

Kompenserende hviletid i etterkant av en vakt kan på den ene siden bøte på den økte fysiske og psykiske belastningen som arbeidstidsordningen har på arbeidstaker. Det kan imidlertid være like uforsvarlig å la helsepersonell jobbe utenfor lovens grenser, selv om arbeidstakeren senere får forlenget hvileperioden eller får mer lønn. Det yter ikke tilstrekkelig vern for pasienten at helsepersonellet får kompenserende hvileperiode eller annet passende vern i form av lønn i etterkant av en 13-timers vakt. Arbeidstiden har allerede påført arbeidstaker en uheldig belastning, og har dermed allerede potensielt påvirket kvaliteten på helsehjelpen som er gitt. Med andre ord tilsier hensynet til pasienten at lovens avtaleadgang ikke ivaretar forsvarlighetskravet, og følgelig lovens formål, godt nok.

7.3 Er dagens avtaleadgang god nok?

Selv om loven åpner for en relativt vid avtaleadgang, oppdages det flere titalls tusen brudd på arbeidstidsbestemmelsene i helsesektoren hvert år.⁹⁴ I forbindelse med lovendringen i 2015 ble Arbeidstidsutvalget opprettet. De fikk blant annet i mandat å kartlegge brudd på

⁹³ Fafo 2009:44 s. 10-21

⁹⁴ Arbeidstidsutvalget s. 136 flg.

arbeidstidsreguleringene i norsk arbeidsliv. Fafo utførte undersøkelsene, og fikk i den forbindelse tilgang til administrative data fra helseforetakene i Helse Sør-Øst, Helse Vest og Helse Nord.⁹⁵ Ifølge Fafo rapporterte helseforetakene i de tre helseregionene i overkant av 550 000 mulige brudd i 2014.⁹⁶ Samlet hadde 2,2 % av alle vakter mulige brudd på arbeidstidsreguleringen.⁹⁷ Brudd på samlet daglig arbeidstid sto for om lag en fjerdedel av alle mulige brudd, mens 60 % av bruddene var jevnt fordelt på bestemmelsene om overtid per døgn og per uke, ukentlig arbeidsfri og antall søndager på rad.⁹⁸ Ved ett av fire brudd manglet 12 timer av ukehvilen, og 94 % av bruddene vedrørende ukehvilen kom av at det ikke var avtalt unntak fra hovedregelen i aml. § 10-8.⁹⁹

Gjentatte brudd på arbeidstidsbestemmelsene kan indikere to ting; for det første at partene ikke fullt ut utnytter avtaleadgangen som allerede finnes i arbeidsmiljøloven, blant annet i § 10-12 (4). Ettersom de største fagforeningene i helsesektoren har denne vide avtaleadgangen, er det ingen grunn til at brudd på arbeidstidsbestemmelsene i en slik størrelsesorden som vi ser i helsesektoren, skal forekomme. Med tariffavtaler som angir klarere rammer for gjennomsnittsberegning og kortere hvileperioder, enten sentralt eller lokalt, vil det ikke være nødvendig for partene å bryte loven for å yte forsvarlig helsehjelp.

For det andre kan gjentatte brudd indikere at dagens arbeidstidsregulering ikke gir tilstrekkelig rom for individuelle tilpasninger, og dermed ikke følger samfunnsutviklingen og behovet for fleksibilitet. Siden arbeidsmiljøloven suppleres av tariffavtaler, kan bruddene på arbeidstidsreguleringen skyldes mangler ved både arbeidsmiljøloven og ved de tariffavtalene som inngås i helsesektoren. En arbeidsmiljølov som systematisk må brytes for at virksomheten skal kunne gjennomføre nødvendig drift, vil ikke være egnet til å verne arbeidstaker slik loven opprinnelig var ment. Formålet med arbeidsmiljøloven vil da forsvinne. Det samme gjelder tariffavtalene. Dersom tariffavtalene ikke legger til rette for at

⁹⁵ Se nærmere Fafo 2015:47. Helse Midt-Norge hadde et annet arbeidsplansystem og ble holdt utenfor undersøkelsene.

⁹⁶ Se Arbeidstidsutvalget s. 138. Helseforetakene har administrative systemer for registrering av *mulige* brudd på arbeidstiden, hvilket innebærer at noen av bruddene som er registrert ikke er brudd i lovens forstand. Det påpekes også i undersøkelsen at Fafo ikke vet om ulike grenser for enkelte arbeidstakere skyldes at det ikke er forsøkt å oppnå avtale om kortere hvile eller om partene ikke har blitt enige i forhandlinger om alternative grenser. Kvaliteten på metoden og grunnlaget for undersøkelsene kan kritiseres, men antallet og omfanget av brudd som forekommer i helsesektoren hvert år tas uansett til inntekt for at arbeidstidsreguleringen ikke gir arbeidstaker (og pasient) godt nok vern.

⁹⁷ Fafo 2015:47, jf. Arbeidstidsutvalget s. 138, tabell 8.1. Se vedlegg 2.

⁹⁸ Ibid tabell 8.2, vedlegg 3

⁹⁹ Ibid tabell 8.5, vedlegg 4

arbeidstakerne kan utføre nødvendige arbeidsoppgaver uten å bryte arbeidstidsreguleringen, yter ikke tariffavtalen sin tenkte funksjon.

8 Avsluttende refleksjoner

Dagens avtaleordning er ikke et stort problem i praksis for verken arbeidstakerne eller fagforeningene. Ved at partene kan avtale avvik på lokalt nivå uten å forholde seg til tariffvirkninger, har både arbeidsgiver og arbeidstaker stor grad av frihet og fleksibilitet. Uansett om det inngås særavtale eller ordinær avtale om avvikende arbeidstidsordninger, så er det likevel fagforeningene som vektlegger behovet for ordningene og hensynet til arbeidstaker og har siste ord.

Selv om systemet kan synes å fungere i praksis, er det imidlertid ikke ønskelig å ha en arbeidsmiljølov som ikke utnyttes slik den er ment, eller som ikke i tilstrekkelig grad utøver sin vernefunksjon. Samfunnet vil de neste tiårene ha et økende behov for arbeidskraft i helse- og omsorgsykker. Ifølge SSB må bemanningen i landets sykehus økes med ca. 40 % fram mot 2040, fra 111.000 til 155.000 årsverk, dersom helsevesenet skal holde samme standard som i dag.¹⁰⁰ Rapporten begrunner behovet for økningen blant annet med økt levealder og endringer i befolkningens alderssammensetning de neste årene.¹⁰¹ Det kan følgelig legges til grunn et økende antall arbeidstakere i utradisjonelle arbeidstidsordninger og et behov for å vurdere om dagens regulering kan sikre forsvarlige ordninger i årene som kommer.

Gjennomsnittsberegning av arbeidstiden er et unntak i dagens lovgivning av en grunn; varierende arbeidstid er mer fysisk og psykisk belastende enn å jobbe til samme tid og lengde hver dag. Når det likevel benyttes som den praktiske hovedregelen i virksomheter med helkontinuerlige driftsbehov, er det gode grunner for at ordningene avtales i tariffform med fagforening, enten sentralt eller lokalt. Uten tariffavtaler og klare rammer står arbeidstaker muligens med et svakere vern mot utnytting og misbruk fra arbeidsgivers side i fremtiden. Sentrale, mer langsiktige, avtaler sikrer også arbeidsgiver forutsigbarhet og stabilitet.

¹⁰⁰ SSB 2015/29 s. 39-42

¹⁰¹ Ibid kap. 7 og 8

Dersom rammene for arbeidstidsordningene var nærmere regulert enten i tariffavtale eller i lov, ville dessuten arbeidsgiver sluppet å inngå flere tusen årlige avtaler om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden med tillitsvalgte for å kunne etablere arbeidsplaner for arbeidstakerne slik de har krav på etter aml. § 10-3. Det ville også redusert behovet for å inngå individuelle avtaler med arbeidstaker, noe som ville frigjort ressurser som i dag brukes på drøftinger og turnusplanlegging. I tillegg kan den økte forutsigbarheten som tariffregulering medfører, bidra til å redusere antallet på de systematiske bruddene på arbeidstidsbestemmelsene som forekommer i helsesektoren, og dermed sikre større grad av forsvarlighet både for arbeidstakerne og pasientene.

9 Litteraturliste

9.1 Rettskilderegister

Nasjonale rettskilder

Lover

- | | |
|------|---|
| 1814 | Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) |
| 1892 | Lov 27. juni 1892 om Tilsyn med Arbeide i Fabriker mv. |
| 1977 | Lov 4. februar nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø |
| 1958 | Lov 18. juli 1958 nr. 18 om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven) |
| 1999 | Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) |
| 1999 | Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven) |
| 2001 | Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. (helseforetaksloven) |
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) |
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) |
| 2011 | Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester (helse- og omsorgstjenesteloven) |
| 2012 | Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvisteloven) |

2012	Lov 27. januar 2012 nr. 10 om lønnsnemnd i arbeidstvister (lønnsnemndloven)
2018	Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)
<i>Forarbeider</i>	
NOU 1987:9A	Arbeidstidsreformer
NOU 2008:17	Skift og turnus – gradvis kompensasjon for ubekvem arbeidstid
NOU 2016:1	Arbeidstidsutvalget. Regulering av arbeidstid – vern og fleksibilitet
Ot.prp.nr. 8 (1890)	Forarbeidene til den første fabrikktilsynsloven
Ot.prp.nr. 54 (1925)	Lov om forandringer i lov om arbeidstvister av 6. august 1915.
Ot.prp.nr. 41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp.nr. 13 (1998-1999)	Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)
Ot.prp.nr. 10 (1998-1999)	Om lov om spesialisthelsetjenesten m.m
Ot.prp.nr. 66 (2000-2001)	Om lov om helseforetak m.m
Ot.prp.nr. 38 (2001-2002)	Om lov om endring i lov 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister
Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp.nr. 91 (2005–2006)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og diskrimineringsloven (arbeidstid mv.)
Prop. 134 L (2010-2011)	Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) og lov om lønnsnemnd i arbeidstvister (lønnsnemndloven) m.m
Prop. 48 L (2014-2015)	Endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.)
Prop. 72 L (2016-2017)	Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid)

Høringsnotater

Høringssvar Spekter	Arbeidsgiverforeningen Spekter. <i>Høringsvar NOU 2016:1 Arbeidstidsutvalgets rapport</i> , 30.06.2016 https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---nou-2016-1-arbeidstidsutvalget/id2470336/?uid=df56cea7-61c9-4a99-a166-e139ebbe0596 , hentet 15.05.20
---------------------	---

Rettspraksis

Alminnelige domstoler

Rt-1977-1902	
Rt-1997-1800	
Rt-1998-1357	
Rt-2000-1602	(Nøkk)
Rt-2001-418	(Kårstø)
Rt-2002-1012	
Rt-2008-856	(Theatercaféen)
Rt-2009-1465	(Seinvakt)
HR-2020-00358-A	(Veireno)

Arbeidsretten

ARD-1922-50
ARD-1922-86
ARD-1935-15

ARD-1983-301
ARD-1988-151
ARD-2000-398
ARD-2003-165
ARD-2005-1 (Lødingen hotell)
ARD-2006-38
ARD-2013-61
ARD-2013-89 (Atea)
ARD-2014-25 (Ahus)
ARD-2017-29 (Legeforeningen)
AR-2019-18
AR-2019-24

Helsepersonellnemnda

HPN-2006-58

Avtaleverk

Hovedavtale mellom Spekter og Lo v/ LO Stat (2018-2021)

<http://www.lostat.no/lonn-og-avtaler-i-spekter/hovedavtalen-i-spekter-2018-2021-article176-123.html>

Hovedtariffavtalen mellom KS og NSF (01.05.2018–30.04.2020)

<https://www.nsf.no/Content/4017734/seefile>

Overenskomst Spekter (2018-2020) Overenskomstområde 10. Del A, A1 og A2

https://spekter.no/Global/Avtaler_protokoller/Avtaler%202018/Overenskomst_2018_2019_Den%20Norske%20Legeforening_web.pdf

Overenskomst mellom Spekter og NSF (2018-2020)

<https://www.nsf.no/Content/4170581/seefile>

Virke - Landsoverenskomst for helse og sosialtjenester m.v (2018-2020)

<https://www.virke.no/globalassets/6.tariff-og-lonn/tariffavtaler/lok-helse--og-sosiale-tjenester-2018-2020.pdf>

Virke – Landsoverenskomst for spesialisthelsetjenesten (2018-2020)

<https://www.virke.no/globalassets/6.tariff-og-lonn/tariffavtaler/lok-spesialisthelsetjenesten-2018-2020.pdf>

Overenskomst mellom NSB AS og Norsk Jernbaneforbund (2018-2020)

http://njf.no/wp-content/uploads/2018/11/NJF_NSB.pdf

Overenskomst mellom LO Stat og Spekter for NSB AS, B-del, (1.04.2018 – 31.03.2020) for togassistenter, konduktørpersonale og administrativt personale organisert i NJF.

Særavtale for bruk av tidbank mellom Spekter og NSF, med hjemmel i HA § 16, 14. april 2018 – 13. januar 2020

https://www.nsf.no/Content/3851817/cache=1523880775000/Særavtale_for_bruk_av_tidbank.PDF

Særavtale om særskilte lønns- og arbeidsvilkår for leger mellom Den norske legeforening og Virke (1.1.2019 – 31.12.2020)

<https://www.virke.no/globalassets/6.tariff-og-lonn/tariffavtaler/legesaravtalen-2019-2020---saravtale.pdf>

Avtale mellom Norsk Sykepleierforbund og Arbeidsgiverforeningen Spekter om utvidede rammer for overtidarbeid i forbindelse med koronavirusepidemien. 14. mars 2020.

https://spekter.no/Global/Avtaler_protokoller/Avtaler2020/Avtale_NSF_om_utvidede_rammer_for_overtid_sarbeid.pdf

Internasjonale rettskilder

Konvensjoner og direktiver

EMK	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights av 1966
WK	Wien-konvensjonen om traktatretten av 1969
Dir 89/39/EØF	Rådsdirektiv 89/391/EØF av 12. juni 1989 om iverksetting av tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på

arbeidsplassen [Rammedirektivet]

Dir 2003/88/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november
2003 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden
[Arbeidstidsdirektivet]

EU-domstolen

Sag C-283/81

Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod
Sundhedsministeriet, ECLI:EU:C:1982:335

Sag C-303/98

Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) mod
Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad
Valenciana, ECLI:EU:C:2000:528

9.2 Litteratur

Fagbøker

- Fougner m.fl. (2018) Fougner, J., Holo, L., Løkken, T.S., Thorkildsen, T. *Arbeidsmiljøloven. Lovkommentar.* (3. utg.) Juridika, 2018 (e-bok)
- Fougner m.fl. (2004) Fougner, J., Sundet, T., Øydegarden, J. K., Frogner, M. B., Jenssen, M., Bårdsen, M., Jacobsen, B. *Kollektiv arbeidsrett.* Universitetsforlaget, 2004
- Jakhelln (2006) Jakhelln, H. *Oversikt over arbeidsretten.* (4. utg.) Damm, 2006
- Skjønberg m.fl. (2017) Skjønberg, A. N., Hognestad, E. og Hotvedt, M. J. *Individuell arbeidsrett.* (2. utg.) Gyldendal Norsk Forlag AS: Oslo, 2017
- Sundet (2018) Sundet, T. L. *Kollektiv arbeidsrett – En innføring.* Cappelen Damm Akademisk: Oslo, 2018
- Sundet (2014) Sundet, T.L *Tariffavtalen, Utvalgte emner.* Fagbokforlaget: Oslo, 2014
- Øhrn m.fl. (2013) Øhrn, H. I., Norum, A., Kværnø, E. *Arbeidstidsplanlegging: Arbeidsplan og turnusordninger.* (2. utg.) Kommuneforlaget AS: Oslo, 2013
- ### *Artikler og tidsskrift*
- Evju (2001) Evju, S. «Endring av tjenestepensjon m.v.», i *Moderne forretningsjus.* Oslo, s. 41–63, 2001

- Evju (2003) Evju, S. «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv», i *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 1, s. 3-32, 2003. Hentet fra: <https://www.jus.uio.no/ifp/personer/vit/steinev/2003-ara-bind-1-1-1-styringsrett.pdf>
- Fougner (2007) Fougner, J. «Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt» i *Arbeidsrett* 4(2), 126-139, 2007.
Hentet fra: http://www.idunn.no/arbeid/2007/02/ending_i_arbeidsforhold_-_styringsrett_og_arbeidsplikt
- Fougner (2009) Fougner, J. «Arbeidsgivers adgang til å endre arbeidstidens plassering – kommentar til en høyesterettsdom», i *Arbeidsrett* 6(4), 195-245, 2009. Hentet fra: <https://www.idunn.no/arbeid/2009/04/art08>
- Hotvedt (2017) Hotvedt, M.J. «Tariffavtaler, rettsutvikling og organisasjonsfrihet», i *Lov og Rett* 56(2): 86-109, 2017.
Hentet fra: https://www.idunn.no/lor/2017/02/tariffavtaler_rechtsutvikling_og_organisasjonsfrihet
- Skarning (2019) Skarning, N. «Inngåelse, virkninger og oppsigelse av tariffavtale», i *Praktisk økonomi & finans* 35(3), s. 254-263, 2019. Hentet fra: https://www.idunn.no/pof/2019/03/inngaelse_virkninger_og_oppsigelse_av_tariffavtale
- Skjønberg (2019) Skjønberg, A.N. «Tariffavtalen og dens sentrale rettsvirkninger», i *Jussens Venner* 54(5): 277-334, 2019.
Hentet fra: https://www.idunn.no/jv/2019/05/tariffavtalen_og_dens_sentrale_rechtsvir_kninger

Nettkilder

- SSB (2016) Statistisk Sentralbyrå. «Norden fremdeles på topp i fagforeningsmedlemskap», 2016. <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/norden-fremdeles-pa-topp-i-fagforeningsmedlemskap>, hentet 05.03.20
- Arb- og sosdep. (2018) Arbeids- og sosialdepartementet. «Utviklingen av arbeidervernlovgivningen» u.å., <https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/innsikt/arbeidsmiljolovent/utvikling-arbeidervernlovgivning/id448286/>, hentet 05.03.20
- YS-forbundet YS-forbundet. «Slik fungerer tariffavtaler», u.å. <https://ys.no/lonn-og-tariff/hvorfor-er-det-viktig-ha-tariffavtale/>, hentet 04.03.20
- ### *Rapporter*
- Fafo 2009:44 Seip, Å.A. «Regulering av arbeidstid – Arbeidstidsordninger i statlig barnevern og jernbane», 2009
- Fafo 2010:42 Seip, Å.A., Stokke, T. A., Berge, Ø. M. «Arbeidstidsordninger som fraviker arbeidsmiljøloven – Utvikling, omfang og praksis», 2010
- Fafo 2013:46 Seip, Å.A, Andersen, R.K., Nergaard, K., Nicolaisen, H. «Arbeidstid og fleksibilitet – Omfang og praksis ved inngåelse av lokale arbeidsavtaler», 2013
- Fafo 2015:47 Andersen, R.K., Jesnes, K., Nergaard, K. «Kartlegging av brudd på arbeidstidsbestemmelsene», 2015
- Fafo 2018:15 Nergaard, K. Andersen, R.K., Alsos, K., Oldervoll, J. «Fleksibel arbeidstid - En analyse av ordninger i norsk arbeidsliv», 2018

SSB 2008/38 Andersen, A., Køber, T., Rønning, E. «Skift og turnus –omfang og mønster», 2008
https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/rapp_200838/rapp_200838.pdf,
hentet 05.06.20

SSB 2015/29 Bråthen, R., Hjemås, G., Holmøy, E., Hegstad O.I.
«Bemanningsbehov i spesialisthelsetjenesten mot 2040», 2015
[https://www.ssb.no/helse/artikler-
ogpublikasjoner/_attachment/231838?_ts=14e0a8c78d8](https://www.ssb.no/helse/artikler-ogpublikasjoner/_attachment/231838?_ts=14e0a8c78d8), hentet
05.05.20

Studier

Albertsen m.fl. (2007b) Albertsen, K., Søndergaard, T., Pejtersen, J. (2007b): *Lange og skæve arbejdstider – kan øget indflydelse bedre balancen?* Tidsskrift for arbejdsliv, 9(1):61-79.

Costa (1996) Costa, G. *The impact of shift and night work on health*. Applied Ergonomics 1996; 27: 9–16.

Knutsson (2003) Knutsson, A. *Health disorders of shift workers*. Occupational Medicine (London) 2003;53(2):103-8.

Åkerstedt (2003) Åkerstedt, T. *Shift work and disturbed sleep/wakefulness*. Occupational Medicine (London). 2003;53(2): 89-94. Review.

Statistikk

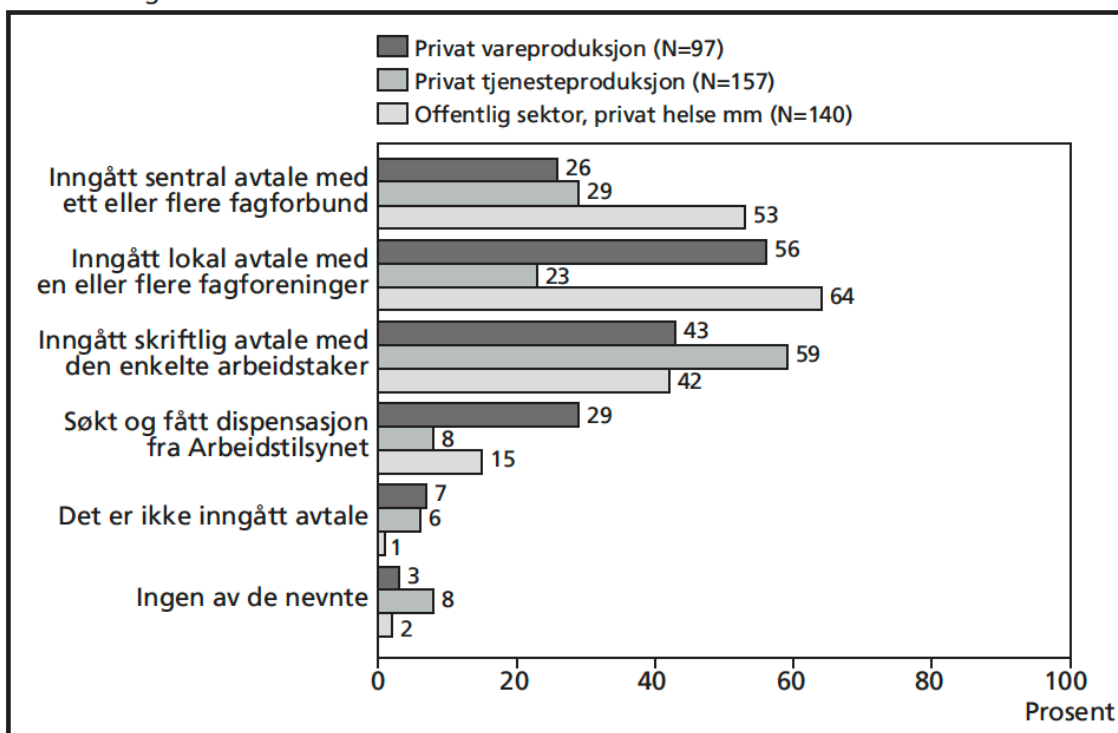
SSB Statistikkbanken Tabell 09734: «Ansatte i hovedarbeidsforhold, etter arbeidstidsordning, kjønn, næring (SN2007), statistikkvariabel og år».

SSB Statistikkbanken Tabell 03546: «Hovudsamanslutningane for arbeidstakarar og andre landsomfattande arbeidstakarorganisasjonar».

10 Vedlegg

Vedlegg 1: Fafo 2013:46 s. 39

Figur 3.14 I forbindelse med at dere gjennomsnittsberegner arbeidstiden, har dere gjort noe av det følgende ... Virksomheter med skift-, turnus- eller annen arbeidstidsordning utover ordinær dagtid. Etter sektor. Prosent.



Vedlegg 2: Fafo 2015:47, jf. Arbeidstidsutvalget s. 138

Tabell 8.1 Antall og andel mulige brudd etter helseregion. I alt og som andel av antall vakter. 2014

Helseregion	Antall brudd	Antall vakter med brudd	Antall vakter i alt	Andel vakter med brudd (prosent)	Forholdstall (brudd i alt / 100 vakter i alt)
Helse Vest	111.887	84.569	4.051.673	2,1	2,8
Helse Sør-Øst	258.986	197.035*	11.233.545	1,8*	2,3
Helse Nord	183.426	117.347*	2.521.278	4,7*	7,3
I alt	554.299	398.951*	17.806.496	2,2*	3,1

* Estimat med utgangspunkt i antall datoer med brudd fra datasettet over genererte brudd. Tallet er korrigert med forholdstallet for antall datoer med brudd og antall vakter med brudd for Helse Vest.

Kilde: Andersen, R.K., K. Jesnes og K. Nergaard (2015).

Vedlegg 3: Fafo 2015:47, jf. Arbeidstidsutvalget s. 141

Tabell 8.2 Fordeling av brudd på overtidsbestemmelsene etter antall timer over fastsatt grense. Ett eller flere brudd per bestemmelse per vakt (dato). Unntatt legene. 2014

	Overtid per 7 dager	Overtid per 4 uker	Overtid per år
1. kvartil (25 prosent av alle)	3	5	27
Median (halvparten av alle)	5	11	67
3. kvartil (75 prosent av alle)	10	23	138
Antall vakter med brudd (datoer)	63.236	60.270	17.100

Kilde: Andersen, R.K., K. Jesnes og K. Nergaard (2015).

Vedlegg 4: Fafo 2015:47, jf. Arbeidstidsutvalget s. 142

Tabell 8.5 Fordeling av brudd på ukehvile (ukentlig arbeidsfri) etter type grense og verdi (antall timer hvile). Ett eller flere brudd per bestemmelse per døgn (dato). Prosent. 2014

	Grense for arbeidsforholdet	
	35 timers hvile	28 timers hvile
Mellom 28 og 35 timers hvile	56	0
Mindre enn 28 timers hvile	38	6
Total	94	6
Antall vakter med brudd (datoer)	69.807	4.473

Kilde: Andersen, R.K., K. Jesnes og K. Nergaard (2015).

Vedlegg 5: SSB Statistikkbanken tabell 03546: Hovudsamanslutningane for arbeidstakarar og andre landsomfattande arbeidstakarorganisasjonar.

<https://www.ssb.no/statbank/sq/10036036>

	Medlemer
	2019
- Norsk Ergoterapeutforbund	4 325
- Norsk Fysioterapeutforbund	10 100
- Norsk Sykepleierforbund	118 846
- Den norske lægeforening	36 330
- Den norske tannlegeforening	6 638
- Den norske veterinærforening	3 418
- Norsk Psykologforening	9 843
- Den Norske Jordmorforening	2 330
- Norges Farmaceutiske Forening	4 332

Vedlegg 6: SSB Statistikkbanken tabell 09734: Ansatte i hovedarbeidsforhold, etter arbeidstidsordning, kjønn, næring (SN2007), statistikkvariabel og år

<https://www.ssb.no/statbank/sq/10036051>

	Ansatte (1 000 personer)
	2019
Utenom ordinær dagtid, skift/turnus	
Begge kjønn	
86-88 Helse- og sosialtjenester	263

Vedlegg 7: SSB Statistikkbanken tabell 09734: Ansatte i hovedarbeidsforhold, etter arbeidstidsordning, kjønn, næring (SN2007), statistikkvariabel og år

<https://www.ssb.no/statbank/sq/10036056>

	Ansatte (prosent)
	2019
Utenom ordinær dagtid, skift/turnus	
Begge kjønn	
86-88 Helse- og sosialtjenester	48,2