

Akademikerne
v/ Nina Sverdrup Svendsen
Akersgt. 16
0158 Oslo

Oslo, 6. mai 2009

Ansvarlig advokat: Ingeborg Moen Borgerud
E-post: ingeborg.borgerud@arntzendebesche.no
Vår ref.: IMB/veb 443990
101950/51796

FORSKRIFTSREGULERING TIL UGUNST FOR ARBEIDSTAKERE - UNNTAK FRA HVILETIDSBESTEMMELSENE

1 INNLEDNING

Akademikerne ønsker en rettslig vurdering av adgangen til å gjøre unntak fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser ved forskrift, herunder særlig om det foreligger begrensninger i situasjoner hvor forskriften gis som følge av at tariffpartene ikke har lyktes med å komme fram til et forhandlingsresultat om fremtidig regulering av spørsmålet.

Den konkrete bakgrunnen er forslaget til forskrift om hviletid for enkelte grupper arbeidstakere i politiet, men spørsmålet har interesse også for andre arbeidstakergrupper.

Notatet tar utgangspunkt i forskriftsforslaget. Vi gjennomgår hjemmelsgrunnlaget for forskriften. I tillegg kommenteres forskriftsutkastet kort opp mot Norges folkerettslige forpliktelser.

2 OPPSUMMERING

Våre vurderinger kan kort oppsummeres slik:

- Arbeidsmiljølovens og direktivets hviletidsbestemmelser er vernebestemmelser som gitt for å beskytte arbeidstakernes helse. I helt spesielle unntakstilfeller kan det gjøres unntak fra bestemmelsene. Direktivets og lovens system bygger på at eventuelle unntak først og fremst skal reguleres i tariffavtaler, fordi dette best vil ivareta de hensyn direktivet og loven bygger på. Videre er tariffpartene de nærmeste til å vurdere tiltak for å redusere omfanget av unntaksbehovet og til å vurdere hva som er hensiktsmessige kompensierende tiltak for å redusere de uheldige sider det innebærer at arbeidstakeren ikke har den minimum hviletid som følger av arbeidstidsdirektivet

og arbeidsmiljøloven.

- Forskriftsadgangen i arbeidsmiljøloven § 10-12 niende ledd kan bare brukes dersom "arbeidet er av så særegen art at det vanskelig lar seg tilpasse" lovens arbeidstidsbestemmelser. Det fremgår således direkte av ordlyden at lovgiver har oppstilt svært strenge krav for å kunne gjøre unntak fra lovens bestemmelser. Adgangen må vurderes særskilt i forhold til de bestemmelser det er aktuelt å gjøre unntak fra; i dette tilfellet lovens minimumskrav til 11 timers arbeidsfri i løpet av 24 timer. I tillegg må det være "arbeidets art", og ikke andre forhold, som nødvendiggjør forskriftsreguleringen. Det er departementet som må tydeliggjøre hvorfor det er behov for å innføre unntak fra hviletidsbestemmelsene ved forskrift, herunder hva som er nytt i forhold til tidligere. Vi kan ikke se at dette er gjort på en tilfredsstillende måte i høringsbrevet.
- Det er av sentral betydning at det tidligere ikke har vært behov for å gjøre unntak i forskrift fra hviletidsbestemmelsene. Arbeidsmiljøloven av 1977 oppstilte krav om 10 timers arbeidsfri mellom to arbeidsdøgn. Hvileperioden ble utvidet til 11 timer i 1999. I perioden fra 1977 fram til dags dato har ikke vært fastsatt forskrifter som gjør unntak fra lovens krav om arbeidsfrie perioder. Det er således verken nye lovbestemmelser eller rammevilkår som foranlediger departementets ønske om forskriftsregulering.
- Staten har tidligere inngått tariffavtale (særavtalen for politiet) med de ansattes organisasjoner som regulerer unntak fra lovens hviletidsbestemmelser. Nevnte bestemmelser i særavtalen utløper 1. juli 2009. Etter det opplyste har tariffpartene ikke kommet til enighet om nye bestemmelser om hviletid/arbeidsfrie perioder. At staten i en slik situasjon er innstilt på å fastsette unntakene ved forskrift, vil lett kunne oppfattes som et inngrep i den frie forhandlingsretten. Under enhver omstendighet vil sakens forhistorie være et vesentlig moment ved vurderingen av om kravene i arbeidsmiljøloven § 10-12 niende ledd er oppfylt. Når det i løpet av en periode på mer enn 30 år ikke har vært behov for å forskriftsregulere unntak fra lovens krav om arbeidsfrie perioder, er det vanskelig å forstå at arbeidet i dag anses for å være av en så særegen karakter at det vanskelig kan tilpasses lovens og direktivets vernebestemmelser om 11 arbeidsfrie timer i løpet av en 24 timers periode.

3 NÆRMERE OM ARBEIDSMILJØLOVENS BESTEMMELSER

3.1 Dagens regulering av hviletiden for arbeidstakere i politiet

Arbeidsmiljøloven § 10-8 første ledd fastsetter at arbeidstaker skal ha minst 11 timer sammenhengende arbeidsfri (hviletid) i løpet av 24 timer. Hviletidsbestemmelsene videreførte tilsvarende bestemmelser i arbeidsmiljøloven av 1977. Kravet til fritid mellom to arbeidsdøgn ble i 1977-loven utvidet fra 10 timer til 11 timer ved endringslov av 30. april 1998. Endringene gjennomførte på dette punkt det første arbeidstidsdirektivet, direktiv 93/104/EF artikkel 3, som senere er erstattet av direktiv 2003/88/EF (arbeidstidsdirektivet) artikkel 3.

Arbeidsmiljøloven åpner for at fagforening med innstillingsrett kan inngå tariffavtale som fraviker arbeidstidsbestemmelsene, jf. arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd. For arbeidstakere i politiet er det inngått tariffavtale (særavtalen for politiet) som fastsetter unntak fra lovens hviletidsbestemmelser. Etter det opplyste utløper disse bestemmelsene i særavtalen 1. juli 2009. Partene er i forhandlinger om nye arbeidstidsbestemmelser for politiet. Parallelt med forhandlingene har departementet fremmet forslag til forskrift om regulering av hviletiden for arbeidstakere i politiet. Det foreslås at forskriften trer i kraft 1. juli 2009, dvs. fra det tidspunkt særavtalens bestemmelser om hviletid for polititjenestemenn utløper.

Unntaket fra arbeidsmiljøloven § 10-8 første ledd om minst 11 timer sammenhengende arbeidsfri i løpet av 24 timer, som oppstilles i den foreslåtte forskriften er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 1-2 fjerde ledd og § 10-12 niende ledd.

3.2 Adgangen til gi forskrift som avviker fra lovens arbeidstidsbestemmelser

Arbeidstidsdirektivet får anvendelse på alle virksomheter i offentlige og privat sektor. Virkeområdet for direktivet er knyttet opp mot anvendelsesområdet for rammedirektivet om arbeidsmiljø (direktiv 89/391/EØF). Artikkel 2 (2) i rammedirektivet lyder slik:

Dette direktiv kommer ikke til anvendelse når det er uunngåelig at det kommer i konflikt med særegne sider av visse spesielle former for offentlig tjeneste, f.eks. de væpnede styrker og politiet, eller med visse spesielle former for virksomhet innen sivilforsvarstjenestene.

I den engelske versjonen av direktivet heter det

This Directive shall not be applicable where characteristics peculiar to certain specific public service activities, such as the armed forces or the police, or to certain specific activities in the civil protection services inevitably conflict with it.

Ser man bestemmelsene i sammenheng åpnes det således for at det kan gjøres unntak fra reglene i arbeidstidsdirektivet, herunder bestemmelsen om døgnhvile, dersom det er uunngåelig (inevitably) at bestemmelsen kommer i konflikt med de særegne sider av politiarbeidet. Det fremgår av direktivteksten at det er virksomhetens karakter som må begrunne unntaket, og ordlyden – inevitably – tilsier at det er snakk om en snever unntaksregel.

Arbeidsmiljøloven har bestemmelser om unntak fra lovens regler generelt og arbeidstidsbestemmelsene spesielt, for virksomheter av en så særegen art at lovens bestemmelser vanskelig lar seg tilpasse. I arbeidsmiljøloven § 1-2 fjerde ledd fastsettes det at Kongen kan gi forskrift om at deler av den offentlige forvaltning helt eller delvis skal unntas fra loven når **virksomheten er av så særegen art at den vanskelig lar seg tilpasse lovens bestemmelser**. En lignende formulering er benyttet i forhold til unntaksadgangen for arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 10-12 niende ledd hvor det heter at dersom arbeidet er av **så særegen art at det vanskelig lar seg tilpasse bestemmelsene i arbeidstidskapitlet**, kan departementet i forskrift gi særlige regler og fastsette unntak fra disse.

Det er altså arbeidets særegne art som kan begrunne et unntak fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser, når dette medfører at arbeidet vanskelig lar seg tilpasse regelverket.

Med hjemmel i disse bestemmelsene er det gitt forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper, jf. forskrift 16. desember 2005 nr 1567, som videreførte forskrift 17. juni 1977 nr. 9283. I forskriften § 6 er det bestemt at grensene i arbeidsmiljøloven vedrørende lengden og bruk av overtidsarbeid ikke skal gjelde for politiet. Vi finner slike unntaksbestemmelser helt tilbake til 1958. Ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven i 1977 fremholdt departementet at det fortsatt var behov for å unnta politiet fra reglene som begrenser overtidsbruken, noe som også ble videreført ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 2005.

Det har ikke tidligere vært gjort unntak i forskrift fra hviletidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Dette spørsmålet har vært et forhandlingsspørsmål som partene har løst gjennom bestemmelser i tariffavtalen. Etter at partene ved forhandlingene i 2008 ikke klarte å komme til enighet mht. unntak fra reglene om daglig og ukentlig arbeidsfri ble det kjent at departementet i stedet arbeidet med et forskriftsutkast hvor det gjøres unntak fra hviletidsbestemmelsene.

4 VURDERING

4.1 Departementets vurdering av unntaksbestemmelsene

Både bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og arbeidstidsdirektivet gir en snever adgang til å gjøre unntak fra de grunnleggende vernereglene om arbeidstid og hviletid. Både loven og direktivet bygger på at unntakene må være begrunnet i virksomhetens særegne karakter. Slik bestemmelsene er utformet, må det legges til grunn at statene ikke har noen vid skjønnsmargin ved avgjørelsen om det skal gjøres unntak, men må kunne påvise konkrete omstendigheter knyttet til virksomhetens karakter som gjør at det uunngåelig er nødvendig med avvikende lovregulering. Det er etter vår oppfatning en grunnleggende mangel ved departementets høringsbrev at det ikke redegjør for forståelsen av unntaksbestemmelsene. Videre er det en grunnleggende mangel at departementet ikke påviser noen konkrete omstendigheter som tilsier at politiets virksomhet er så særegen at den vanskelig lar seg til passe hviletidsbestemmelsene.

4.2 Arbeidets særegne karakter

Vi har ikke grunnlag for å vurdere om politiets virksomhet i dag er av så særegen karakter at det vanskelig lar seg tilpasse hviletidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Basert på høringsnotatet er det ikke mulig å ta stilling til hvilke omstendigheter som eventuelt skulle ha inntruffet som gjør at politiarbeidet *nå* er av en slik særegen art, ettersom det ikke tidligere har vært behov for å gjøre unntak.

Det er i denne forbindelse av særlig betydning at staten ikke tidligere hatt behov for å regulere hviletiden spørsmålet i forskrift. Tvert i mot har lovgiver flere ganger hatt særlig foranledning

til å vurdere hvilke bestemmelser i arbeidstidskapitlet det er nødvendig å unnta politiet fra, blant annet ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 2005 hvor videreføringen av forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidsgrupper ble vurdert og vedtatt. Lovgiver har aldri funnet det nødvendig å vedta unntak fra begrensningene knyttet til hviletid. Det må på denne bakgrunn kunne legges til grunn at dersom det var slik at det politiarbeidet var av en så særegen art at det ikke kunne tilpasses hviletidsbestemmelsene, burde dette vært regulert i forskrift tidligere. Bestemmelsen om 11-timers hvile i løpet av en 24 timers periode i arbeidsmiljøloven § 10-8 første ledd har vært gjeldende i over ti år uten at man har hatt behov for å unnta politiet fra denne i forskrift. Det er vanskelig å se at det har skjedd en forandring i arten av politiarbeidet som nå gjør det nødvendig å regulere dette spørsmålet i forskrift. Mye tyder på at forskriftshjemmelen brukes alene for det tilfelle at tariffavtaleforhandlingene ikke fører fram.

Det er også nærliggende å peke på at saksgangen forut for utarbeidelsen av forskriften tyder på at det er andre hensyn enn arbeidets særegne art som har vært avgjørende for at staten nå har funnet det nødvendig å regulere hviletiden i forskrift. Vi peker særlig på det forhold at underbemanning i politiet synes å ha vært en sentral del av begrunnelsen for forskriftsforslaget, noe som ikke er et hensyn som kan begrunne unntak fra arbeidsmiljølovens hviletidsregler. I tillegg kommer det faktum at partene er i forhandlinger om nye hviletidsbestemmelser i tråd med intensjonene i særavtalen for politiet og i samsvar med vanlig praksis i arbeidslivet. Slik vi har forstått situasjonen er en av årsakene til forskriftsforslaget at staten ønsker å forberede en regulering for det tilfelle at arbeidstakersidens krav i forhandlingene ikke kunne imøtekommes. Disse forhold kan gi en indikasjon på at det ikke er virksomhetens særegne art som gjør det vanskelig å tilpasse arbeidet til arbeidsmiljølovens hviletidsbestemmelser, slik loven krever.

4.3 Direktivets krav om at bestemmelsene i loven uunngåelig kommer i konflikt med arbeidstidsbestemmelsene

Departementet har heller ikke gjort noen vurdering av forskriftshjemmelen i lys av direktivets unntakshjemmel. Som nevnt fastsetter arbeidstidsdirektivet at unntak kan gjøres dersom det er *uunngåelig* at bestemmelsene kommer i konflikt med særegne sider av spesielle former for offentlig tjeneste. Det er en mangel ved departementets høringsforslag at omfanget av direktivets unntaksbestemmelse ikke er nærmere vurdert. Det er heller ikke gjort noen vurdering av hvilke omstendigheter som tilsier at særegne forhold ved politiets virksomhet uunngåelig kommer i konflikt med hviletidsbestemmelsene.

Det er særlig grunn til å peke på at begrepet uunngåelig (inevitabely i den engelske versjonen) klart peker i retning av at statens skjønnsmargin er begrenset til de tilfeller hvor andre virkemidler ikke er tilstrekkelige. Direktivet bygger på at tariffpartene har et særlig ansvar og vide fullmakter til å fastsette arbeids- og hviletidsbestemmelser. Dette har bl.a. sammenheng med at tariffpartene normalt er nærmest til å fastsette hvordan inngrep i vernebestemmelsene skal kompenseres med annen tilfredsstillende hvile.

Vi peker på at det har vært fullt mulig å organisere politiarbeidet på en tilfredsstillende måte fordi partene i tariffavtalen har kommet til enighet om unntak fra hviletidsbestemmelsene.

Etter vår oppfatning innebærer dette at det ikke med rimelighet kan hevdes at politivirkningens særegne karakter uunngåelig kommer i konflikt med hviletidsbestemmelsene. Tariffavtalereguleringen viser tvert i mot at dette har vært unngåelig.

4.4 Andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser og arbeidstidsdirektivet bygger på at arbeidslivets parter har et særlig ansvar for utforming av tilfredsstillende arbeidstidsbestemmelser og at myndighetenes inngrepsadgang på flere punkter er subsidiære. Det følger indirekte av arbeidsmiljøloven § 10-12 åttende ledd at Arbeidstilsynet kompetanse til å fastsette unntak fra arbeidstidsbestemmelsene på viktige områder er subsidiær i forhold til tariffpartenes kompetanse. *Arbeidstilsynet* kan således ikke samtykke til arbeidstidsordninger som fraviker fra hviletidsbestemmelsene dersom tariffpartene har kompetanse til å avtale avvik. Tilsynet kan ikke gi dispensasjon fra hviletidsbestemmelsene dersom søknaden om dispensasjon skyldes at de ikke er oppnådd enighet om tariffavtale. Bestemmelsen understreker tariffpartenes sentrale rolle i forbindelse med fastsetting av arbeidstidsordninger.

Dette synspunktet har også betydning i forhold til *departementets* unntaksadgang etter arbeidsmiljøloven § 10-12 niende ledd. Også her må et bærende synspunkt være at det i hovedsak er arbeidslivets parter som skal vurdere behovet for ordninger som avviker fra lovens bestemmelser, og eventuelt vilkårene for disse. Dersom partene ikke klarer å komme til enighet, er det svært betenkelig at staten bruker forskriftsalternativet. I en situasjon som i foreliggende sak, hvor unntak for hviletidsbestemmelsene i lang tid har vært regulert i tariffavtale og hvor arbeidstakersiden er villig til fortsatt å forhandle om dette, er det høyst tvilsomt om departementet kan benytte forskriftshjemmelen til å ensidig tvinge gjennom unntaksbestemmelser partene ikke har oppnådd enighet om. Det har ikke vært lovgivers intensjon å bruke forskriftadgangen i slike situasjoner.

4.5 Norges folkerettslige forpliktelser

Det må også vurderes om forskriftsforslaget strider mot den grunnleggende retten til frie forhandlinger. Retten til frie forhandlinger er en del av foreningsfriheten og er en grunnleggende internasjonal rettighet som er nedfelt i forskjellige internasjonale instrumenter, som Norge har inngått og tiltrådt. Det vises i den forbindelse både til den europeiske sosialpakt artikkel 6, ILO-konvensjon nr 98 om retten til å organisere seg og føre kollektive forhandlinger, ILO-konvensjon 87 om foreningsfrihet og beskyttelse av retten til å organisere seg, samt ILO-konvensjon 154 om kollektive forhandlinger. Dette er konvensjoner som har til formål å stimulere til og legge til rette for frie forhandlinger av kollektive avtaler., og som legger begrensninger på statens handlefrihet.

Det fremgår blant annet av artikkel 5 i ILO-konvensjon 154 at det skal for å fremme kollektive forhandlinger, skal treffes tiltak tilpasset nasjonal praksis. Det er ikke mulig innenfor de rammer vi har til disposisjon å gjennomgå de ulike konvensjonene Norge er bundet av for å belyse den aktuelle situasjonen hvor departementet tar sikte på å erstatte

tariffavtalebestemmelsene med en forskriftsregulering. Det må være opp til departementet selv å foreta en slik grundig gjennomgang.

Dersom departementet forsøker å tvinge gjennom bestemmelser og ordninger i forskrifter som staten som arbeidsgiverpart ikke får gjennomslag for i kollektive forhandlinger med arbeidstakerorganisasjonene, vil dette undergrave forhandlingsfriheten og forhandlingsmulighetene til de organisasjoner som har staten som forhandlingsmotpart. Dette er svært uheldig og er i strid med forvaltningsrettslige prinsipper, og vil skade tilliten til staten som arbeidsgiver. På denne bakgrunn er det svært viktig at det foreligger en klar og udiskutabel hjemmel dersom departementet ønsker å regulere tidligere tariffavtalte spørsmål, gjennom forskrift. En slik klar hjemmel foreligger ikke i foreliggende sak.

5 AVSLUTNING

Vi står gjerne til disposisjon dersom Akademikerne ønsker at vi utdyper våre synspunkter og vurderinger nærmere.

Med vennlig hilsen
ARNTZEN de BESCHE



Ingeborg Moen Borgerud



Tron Dalheim