

NOTAT

Til: Politiets Fellesforbund

Kopi:

Fra: Advokatfirmaet Schjødt DA, v/advokat Trond Stang og advokat Hans Dale

Dato: 20. april 2009

1. INNLEDNING

Vi viser til høringsnotat fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet med utkast til forskrifter som skal erstatte arbeidstidsavtalens bestemmelser som gjør unntak fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsregler og møtet vedrørende dette, samt tidligere møter og tilsendt materiale vedrørende politiets arbeidstidsavtale og departementets planer om å fastsette slike forskrifter.

Vi har i vårt notat av 18. februar 2009 foretatt en tariffrettslig vurdering av den foreliggende situasjon på det tidspunkt og en foreløpig og generell vurdering av anvendelsen av forskriftshjemmelen i arbeidsmiljølovens § 10-12 (9). Vi vil nedenfor foreta en konkret vurdering av det utsendte forskriftsutkast.

2. HJEMMELSGRUNNLAGET FOR FORSKRIFT OM UNNTAK FRA ARBEIDSMILJØLOVENS REGLER OM DAGLIG ARBEIDSFRI

2.1 Innledning

Arbeids- og inkluderingsdepartementet sendte ut et høringsbrev om utkast til forskrifter med arbeidstidsbestemmelser for politiet med høringsfrist den 8. mai 2009. Det er meningen at forskriften skal tre i kraft 1. juli 2009, idet avtalen Politiets Fellesforbund (PF) m.fl. har med Politidirektoratet m.fl. om arbeidstidsbestemmelser for Politi- og Lensmannsetaten utløper fra dette tidspunkt for så vidt gjelder unntak fra 11-timersregelen.

Vi er bedt om å vurdere hjemmelsgrunnlaget for slik forskrift.

2.2 Rettslig utgangspunkt

I henhold til høringsbrevet er forskriften tenkt hjemlet både i aml § 1-2 fjerde ledd og § 10-12 niende ledd. Førstnevnte bestemmelse lyder slik:

"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."

Hjemmelen er brukt til å videreføre de unntak som gjaldt for politiet i forhold til 1977-loven, ved forskrift av 16. desember 2005 nr 1567. I forskriftens § 6 er polititjenestemenn unntatt fra aml § 10-12 tredje ledd (om overtid) og § 10-12 tredje ledd (unntaksbestemmelse fra arbeidstidskapitlet ved ulykkeshendelser m m).

I arbeidsmiljøloven av 1977 var det en bestemmelse i § 41 fjerde ledd som ga Arbeidstilsynet hjemmel til å dispensere fra lovens regler om arbeidstid når *"arbeidet er av så særegen art at det ikke lar seg tilpasse bestemmelsene"*.

Det fremgår av forarbeidene til ny arbeidsmiljølov (ot.prp. 49 (2004-2005) side 184) at Arbeidstilsynets dispensasjonsadgang ikke var i tråd med arbeidstidsdirektivet (Direktiv 2003/88/EF). Dette fordi direktivet opererer med et system for unntak fra direktivets hovedregler som innebærer at partene gjennom avtaler generelt har videre unntaksadgang enn myndighetene gjennom lov eller forskrift. Arbeidsmiljølovens ordning med dispensasjonsadgang for Arbeidstilsynet finnes det ingen parallell til i direktivet. Av den grunn, og fordi de nye regler inneholder unntaksmuligheter som reduserer behovet for dispensasjoner, valgte departementet ikke å foreslå videreføring av Arbeidstilsynets adgang til å gi dispensasjoner etter § 41 fjerde ledd.

Departementet påpeker at visse yrkeskategorier vil kunne kreve spesielle regler fordi det gjelder helt spesielle arbeidsformer. Departementet nevner som eksempel på dette de særegne arbeidsformer ved bo- og behandlingskollektiver for unge med rus/adferdsproblemer hvor de ansatte i lengre perioder bor sammen med institusjonens beboere. For å kunne ivareta slike særskilte behov foreslo departementet forskriftshjemmelen i § 10-12 niende ledd.

Når departementet nå foreslår en egen forskrift om arbeidstidsbestemmelser for politiet, må denne forskrift etter vårt syn hjemles i § 10-12 niende ledd. Lovgiver har gitt en uttrykkelig hjemmel til dette bruk. Riktignok har departementet i høringsbrevet også vist til § 1-2 fjerde ledd, noe som kan skyldes at forskriften av 16.12.2005 nr 1567 er hjemlet i begge bestemmelser. Dette skyldes imidlertid at denne forskrifts regler om utenriksstasjoner og forsvaret gjør unntak fra andre deler av arbeidsmiljøloven, mens hjemmelshenvisningen er inntatt innledningsvis og ikke konkret knyttet til den enkelte bestemmelse. Vi er derfor i tvil om departementets henvisning til § 1-2 fjerde ledd er ment å ha noen realitet.

Under enhver omstendighet må det etter vårt syn være klart at § 1-2 fjerde ledd ikke gir et videre grunnlag til å gi unntak fra arbeidstidskapitlet enn § 10-12 niende ledd. Vi begrenser derfor vår drøftelse til sistnevnte bestemmelse nedenfor..

2.3 Nærmere om forskriftshjemmelen i aml § 10-12 niende ledd

2.3.1 Innledning

Aml § 10-12 niende ledd har følgende ordlyd:

"Dersom arbeidet er av så særegen art at det vanskelig lar seg tilpasse bestemmelsen i kapitlet her, kan departementet i forskrift gi særlige regler og fastsette unntak fra disse bestemmelsene".

Det er arbeidets særegne art som kan begrunne at det fastsettes unntak fra lovens arbeidstidsbestemmelser i forskrifts form, når dette medfører at arbeidet vanskelig lar seg tilpasse regelverket. Det forhold at arbeidsoppgavene tidvis "topper seg" kan ikke begrunne slike forskrifter. Unntaksbestemmelsen i § 10-12 tredje ledd gjelder ikke for politiet, jf. forskrift av 16. desember 2005 nr 1567, noe som skyldes de unntak fra § 10-6 første til niende ledd som forskriften inneholder. Det er verdt å merke seg at denne forskriften ikke unntar bestemmelsene om hviletid i § 10-8, noe som ville vært naturlig hvis man mente § 1-2 fjerde ledd ga hjemmel for det.

2.3.2 Skyldes problemene underbemanning eller arbeidets særegen art?

Vi forstår det slik at det er enighet mellom arbeidsgiver og fagforeningene om at det foreligger et behov for unntak, for så vidt gjelder visse grupper tjenestemenn, jf. rapport fra arbeidsgruppe som vurderte dette i 2008. Det faktum at både arbeidsgiver og arbeidstakersiden vurderte det slik at det foreligger et behov for å gjøre unntak fra lovens bestemmelser, medfører imidlertid ikke at lovens krav til *"særegen art"* som medfører at arbeidet *"vanskelig lar seg tilpasse"* disse bestemmelser er tilfredsstillt. En slik enighet om at det foreligger et praktisk behov vil imidlertid gi godt grunnlag for å forhandle frem en tariffavtale.

I høringsbrevet begrunnes forslaget med at *"(e)n velfungerende polititjeneste er av avgjørende betydning for samfunnet"* og *"at det ut fra politiets oppgaver og egenart ikke (er) mulig å utføre mange*

helt avgjørende politigjøremål dersom arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid skal benyttes uten nødvendige tilpasninger". De tilpasninger som foreslås er i hovedsak en videreføring av Arbeidstidsavtalens regler.

Det kan etter vårt syn reises spørsmål ved om behovet for unntak i betydelig grad skyldes at politiet er underbemannet, og ikke det at arbeidet er av så særegen art at det vanskelig lar seg tilpasse arbeidstidskapittelet. Direktoratet har fremlagt en rapport, Politiet mot 2020, som fastslår at det foreligger et udekket behov som medfører at arbeidsstokken bør økes med 10 %. Dette er alene arbeidsgivers ansvar. Arbeidsgiver må bemanne sin virksomhet riktig, og må treffe midlertidige tiltak for å avhjelpe dette inntil bemanningen er på plass.

For oss synes det overveiende sannsynlig at behovet for unntakene først og fremst er begrunnet i manglende bemanning til å utføre nødvendige, politimessige oppdrag. Det er på det rene at aml 10-12 niende ledd ikke gir kompetanse til å gi forskrifter om unntak når årsaken til at arbeidet vanskelig lar seg tilpasse arbeidstidskapittelet er underbemanning og ikke arbeidets særegne art. Det er videre på det rene at denne forutsetning om hva som kan begrunne behovet for unntak ikke gjelder ved tariffavtale etter fjerde og femte ledd.

På grunnlag av departementets påstand om at *"det ut fra politiets oppgaver og egenart ikke (er) mulig å utføre mange helt avgjørende politigjøremål dersom arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid skal benyttes uten nødvendige tilpasninger"*, er det ikke mulig å foreta noen vurdering av om § 10-12 niende ledd gir tilstrekkelig hjemmel til forskriftsutkastet. Når høringsbrevet overhodet ikke inneholder noen analyse eller nærmere drøfting av dette spørsmålet i forhold til hjemmelsbestemmelsens ordlyd, kan det være grunn til å spørre om det faktisk er foretatt slike vurderinger i departementet eller om vurderingene har hatt tilstrekkelig bredde og dybde.

2.3.3 Krav til å forhandle mulig tariffavtale?

Åttende ledd ble tilføyet ved lovendring ved lov 15. desember 2006, samtidig med nytt sjette og syvende ledd. Åttende ledd begrenser Arbeidstilsynets dispensasjonsadgang til de situasjoner hvor virksomheten ikke kan etablere den arbeidstidsordningen det søkes om gjennom tariffavtale, for eksempel fordi de ansatte ikke er organisert eller er organisert i en fagforening som ikke har innstillingsrett. Det følger av åttende ledd at det ikke kan gis dispensasjon dersom søknaden om dispensasjon skyldes at det ikke oppnås enighet om tariffavtale.

Bestemmelsen i åttende ledd, som begrenser Arbeidstilsynets kompetanse etter sjette og syvende ledd, gjelder imidlertid ikke direkte for departementets forskriftshjemmel i niende ledd. Det kan derfor hevdes at dette må innebære at forskriftshjemmelen i niende ledd kan anvendes uavhengig av om partene har forsøkt å forhandle frem en tariffavtale på området eller ikke.

Slik vi ser det legger lovens system opp til at det i første rekke er arbeidslivets parter som skal vurdere behovet for avvikende ordninger og avtale vilkår for og gjennomføring av slike innen de rammer loven gir anvisning på. Arbeidslivslovutvalget (Utvalget) tar utgangspunkt i at det er partene som skal forhandle frem alternative arbeidstidsløsninger, se merknadene på side 266 (NOU 2004:5). De fant det ikke nødvendig å fastsette noen nedre grense for hvor kort den daglige eller ukentlige hviletid skal være, fordi arbeidstakerne skal sikres tilsvarende kompenserende hvile eller annet passende vern.

På side 267 sier Utvalget at adgangen til å avtale unntak *"vil ivareta både virksomhetens og arbeidstakers behov"*, men at det ikke kan utelukkes at *"nye arbeidsformer eller nye yrker medfører behov for andre tilpasninger. Særlig kan dette være aktuelt på arbeidsplasser der organisasjonsgraden er lav og muligheten for å utnytte forslagens unntak derfor er begrenset"*.

Utvalget påpeker videre at forskriftsadgangen bør begrenses til der *"arbeidet er av så særegen art at det vanskelig lar seg tilpasse arbeidstidsreglene"*, og nevner som eksempel på hvor bestemmelsen kan tenkes å få anvendelse arbeid ved institusjoner hvor arbeidstakerne forutsettes å skulle leve sammen med institusjonens beboere i lengre perioder.

I den foreliggende situasjon, hvor det har foreligget en tariffavtale over lengre tid og hvor arbeidstakersiden er innstilt på å forhandle frem en forlengelse av denne, er det etter vårt syn tvilsomt om forskriftshjemmelen kan få anvendelse. Dette gjelder desto mer hvis det er riktig at det i realiteten er underbemanning som begrunner behovet for unntak, og bare i mindre grad arbeidets særegen art.

2.3.4 Utenforliggende hensyn - myndighetsmisbruk

Det særegne i den foreliggende situasjon er dessuten at manglende tariffregulering av unntak fra 11-timersregelen skyldes at arbeidsgiver trakk sine krav våren 2008 og sluttførte forhandlingene med det resultat at avtalen ble videreført slik den var, fordi arbeidstakersidens vilkår ikke kunne imøtekommes, og har først nylig gjenopptatt forhandlingene.

Samtidig har denne arbeidsgiver, i motsetning til enhver annen arbeidsgiver, kompetanse til gjennom en forskrift å diktere slike regler som arbeidsgiver ønsker vedrørende unntak fra arbeidstidskapittelet. Denne sammenblanding av roller er svært betenkelig. Det følger så vel av forskriftshjemmelens ordlyd, som av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om myndighetsmisbruk, at departementet ikke kan bruke denne kompetanse til å ivareta sine arbeidsgiverinteresser. Politidirektoratet er henvist til bruke avtalemekanismen, slik andre arbeidsgivere må.

I den grad en langvarig tradisjon for adgang til frie, kollektive forhandlinger forsøkes satt til side ved bruk av lovgivningsvirkemidler, inntreer også et iøynefallende grensesnitt opp mot overtredelse av så vel ILO-konvensjoner (nr 154, jf 98 og 87) som Menneskerettsloven og Grunnlovens bestemmelse i § 110 c. Det må dessuten antas at lovgiver ikke har ment å gi forskriftshjemler til arbeidsmiljøloven som berører helt sentrale elementer i den tradisjonelle, frie forhandlingsretten for polititjenestemenn.

Særlig betenkelig er bruken av forskrift i en situasjon hvor partenes evaluering av bruken av unntaksbestemmelsene i §10-12 fjerde ledd, i hvert fall etter Politiets fellesforbunds syn avdekker "flere forhold som er alarmerende", jf brev fra forbundet til UNIO av 17.3.2009. Det fremheves her at bruken av unntakene har et meget stort omfang (nesten 26.000 på et halvt år). Det er avdekket manglende risikovurderinger og manglende oppfølging av kompenserende hvile og annet passende vern. Evalueringen påviser mangel på rutiner og systemer og avdekker et betydelig opplæringsbehov for å sikre at praktiseringen er i tråd med arbeidsmiljølovens og arbeidstidavtalens intensjoner. Hvordan dette er tenkt håndtert ved praktiseringen av en forskrift som i realiteten er fastsatt av den ene part i arbeidsforholdet, er ikke omtalt i høringsbrevet.

3. ANBEFALING

Vi vil anbefale at forskriften, hvis den vedtas og trer i kraft 1.7.2009 i det vesentlige i nåværende form og med foredrag i den kg. Resolusjon som ikke avhjelper de mangler vi mener hefter ved hjemmelsgrunnlag og forberedelsen av forskriften, blir rettslig prøvet for domstolene.