

Minstekrav til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning av arbeidstid

Om og i så fall *hvilke* minstekrav som stilles til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning etter arbeidsmiljøloven § 10-5 første ledd, og om disse er i samsvar med det nye Opplysningsdirektivet?

Kandidatnummer: 637

Leveringsfrist: 25.04.2022

Antall ord: 17 864



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstillinger og bakgrunn.....	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Metode	3
2	ARBEIDSTID OG AVTALER OM GJENNOMSNITTSBEREGNING	4
2.1	Hovedregler om arbeidstid.....	5
2.2	Unntak – Gjennomsnittsberegning av den alminnelige arbeidstid	5
2.3	Avtaler om gjennomsnittsberegning	6
3	HVILKE KRAV TIL INNHOLD STILLER AML. § 10-5 FØRSTE LEDD.....	7
3.1	«Avtale» jf. § 10-5 første ledd	8
3.1.1	Ordlyden i § 10-5 første ledd.....	8
3.1.2	Tolkning av kravet til «avtale» basert på avtalerettslige prinsipper.....	9
3.2	Omorganisering eller endring i 2005?	10
3.3	Betydningen av aml. § 14-6 j ved fastsettelse av krav til innhold i avtaler om gjennomsnittsberegning	13
3.4	Forarbeidene: Når i året arbeidstakeren kan forvente uker med lengre eller kortere arbeidstid.....	16
3.5	Adgangen til å henvise til en arbeidsplan, jf. aml. § 10-3.....	21
3.6	Rettspraksis – forutsigbarhet i praksis	25
3.6.1	Innledning	25
3.6.2	Hvem har behov for en ordning med gjennomsnittsberegning?.....	26
3.6.3	Kjennskap til og etterlevelse av en avtale om gjennomsnittsberegning	29
3.6.4	Tidspunktet for fremsettelse av kravet	29
3.6.5	Tilstrekkelig klarhet om unntaksordningen.....	30
3.6.6	Muligheten til å kontrollere og ivareta sine interesser	35
3.6.7	Sammenfatning	36
3.7	Oppsummering.....	36
4	ER NORSK RETT FORENLIG MED KRAV SOM STILLES I OPPLYSNINGSDIREKTIVET?	38
4.1	Innledning	38
4.2	Opplysningsdirektivet: Bakgrunn og formål.....	38
4.3	Forutbestemte referansetimer og referansedager	39
4.3.1	Krav om konkrete tidspunkt eller tidsrammer?	39

4.3.2	Tidsintervaller basert på virksomhetens art.....	41
4.4	Særlig om adgangen til å henwise	42
4.5	Virkninger av brudd på artikkel 10	44
4.6	Oppsummering.....	45
5	LITTERATURLISTE	46

1 Innledning

1.1 Problemstillinger og bakgrunn

Temaet for denne oppgaven er avtaler om gjennomsnittsberegning av den alminnelige arbeidstid etter arbeidsmiljøloven (heretter aml.)¹ § 10-5 første ledd. Gjennomsnittsberegning av arbeidstid er et unntak fra hovedreglene om rammene for arbeidstidens lengde og plassering. Gjennomsnittsberegning innebærer at arbeidstakeren i perioder arbeider mer enn arbeidsmiljølovens grense for alminnelig arbeidstid, for til gjengjeld å få perioder hvor det arbeides tilsvarende mindre. Gjennomsnittsberegning kan ikke ensidig pålegges av arbeidsgiveren med grunnlag i styringsretten, men må følge av en avtale eller samtykke fra Arbeidstilsynet.² Problemstillingene i denne oppgaven dreier seg om tilfeller hvor gjennomsnittsberegning har sitt grunnlag i en individuell avtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, jf. aml. § 10-5 første ledd.

Oppgaven behandler to problemstillinger. Den første problemstillingen er *om* det stilles innholdsmessige minstekrav til en avtale om gjennomsnittsberegning etter aml. § 10-5 første ledd for at det skal foreligge bindende avtale og *hvilke* krav som eventuelt stilles. Den andre problemstillingen er om kravene etter § 10-5 første ledd i så fall er i samsvar med det som kreves av Direktivet om tydelig og forutsigbare arbeidsvilkår (EU) 2019/1152 (heretter Opplysningsdirektivet).

Bakgrunnen for den første hovedproblemstillingen er det store behovet som en arbeidstaker med gjennomsnittsberegnet arbeidstid har for opplysninger om arbeidstidens lengde og plassering. Dette er essensielt for å sikre vedkommende forutsigbarhet. Selv om arbeidstakeren vet at han over en periode på seks måneder for eksempel skal jobbe 60 prosent, vet han ikke hvordan arbeidstiden plasseres innenfor denne perioden. Det er dessuten tett sammenheng mellom reglene om overtid og gjennomsnittsberegning av arbeidstid, slik at manglende oversikt over arbeidstidsfordelingen fører til at arbeidstakeren heller ikke kan beregne sitt eventuelle krav på overtidsbetaling.

Til tross for viktigheten av opplysninger om arbeidstiden for arbeidstakere, er det ikke klart hvilke krav, om noen, som loven stiller til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning av arbeidstid. Det er ikke uvanlig at gjennomsnittsberegningen avtales ved at arbeidsavtalen inneholder en enkeltstående klausul som henviser til eller gjengir aml. § 10-5 første ledd, uten noe videre presisering av hvordan ordningen kommer til å bli praktisert i det aktuelle arbeidsforholdet.³ Det kan stilles spørsmål ved om en slik klausul kan anses som en gyldig

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

² Storeng (2020) s.167

³ Dette illustreres blant annet av rettspraksis, se punkt 3.6

inngått avtale om gjennomsnittsberegning eller om det må foreligge en viss angivelse av lengde og plassering av arbeidstiden for den enkelte arbeidstaker i perioden gjennomsnittsberegning anvendes. Samtidig kan det spørres om kravet skal være så strengt at det er nødvendig med en detaljert regulering av den praktiske gjennomføringen for at innholdskravet i § 10-5 skal være tilfredsstillt og bindende avtale kan sies å være inngått. Spørsmålet henger sammen med at det i avtaleretten stilles krav til et visst innhold i avtaler for at det skal foreligge en bindende avtale.⁴

Svaret på *om* det foreligger krav ut over en generell opplysning om at arbeidstiden gjennomsnittsberegnes, slik som vist til i eksempelet i avsnittet ovenfor, er betinget av at det i rettskildene kan identifiseres noen ytterligere krav til innholdet i avtalen. Derfor er det naturlig å i all hovedsak behandle disse spørsmålene sammen.

Opgavens andre hovedproblemstilling er om de krav som eventuelt stilles til avtaler etter § 10-5 samsvarer med EUs nye opplysningsdirektiv, eller om loven må endres ved gjennomføringen av direktivet i norsk rett. Opplysningsdirektivet ble vedtatt av EU 20. juni 2019 og gjennomføringsfristen for EU-statene, er 1. august 2022.⁵ Direktivet har blitt ansett EØS-relevant og skal gjennomføres i Norge.⁶ Gjennomføringsfristen i Norge er foreløpig ikke fastsatt.

Direktivet bygger på, og skal erstatte, Direktiv 91/533/EØF (heretter Written statement-direktivet) som i dag gjennomføres av aml. §§ 14-5 til 14-8. Opplysningsdirektivet oppstiller imidlertid ytterligere krav til regulering av arbeidsvilkår. I motsetning til Written statement-direktivet, som utelukkende regulerer hvilke opplysninger som må komme frem i arbeidsavtalen, stiller Opplysningsdirektivet også visse materielle minstekrav til arbeidsavtalen.⁷ Denne utviklingen gjør det spesielt aktuelt å se nærmere på Norges gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser på arbeidsrettsområdet, i tilknytning til avtaler om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden. Behandlingen av denne problemstillingen baserer seg i stor grad på funn gjort under behandlingen av den første hovedproblemstillingen og vil være betydelig kortere.

1.2 Avgrensning

Opgaven handler om krav til innholdet i individuelle avtaler om gjennomsnittsberegning mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Spørsmål om hvor vidtrekkende unntak som kan avtales med grunnlag i § 10-5, det vil si hva som faller innenfor og utenfor det bestemmelsen åpner

⁴ Mer om dette i punkt 3.1.2

⁵ Notat EU 2019/1152

⁶ Notat EU 2019/1152

⁷ Notat EU 2019/1152

for, vil ikke bli behandlet. For det andre avgrenses det mot behandlingen av avtaler om gjennomsnittsberegning med tillitsvalgte etter aml. § 10-5 annet ledd og gjennomsnittsberegning etter samtykke fra Arbeidstilsynet etter aml. § 10-5 tredje ledd. Praksis som omhandler problemstillingen som denne oppgaven behandler, men som knytter seg til andre eller tredje ledd, vil imidlertid kunne kaste lys over oppgavens problemstillinger, og vil bli brukt til dette der det er relevant.

1.3 Metode

Arbeidsmiljøloven regulerer hovedreglene og utgangspunktene om arbeidstid og gjennomsnittsberegning i norsk rett. Paragraf § 10-5, som regulerer gjennomsnittsberegning av arbeidstid i dagens lov, er til en viss grad en videreføring av arbeidsmiljøloven (1977)⁸ § 47, som regulerte gjennomsnittsberegning før dagens lov.⁹ På grunn av dette vil også rettskilder som omhandler aml. (1977) § 47 ha relevans ved tolkning av bestemmelsen.

En rettskildemessig utfordring for oppgavens tema er at det er svært begrenset med rettskilder som omtaler de aktuelle problemstillingene. Det finnes likevel noen forarbeidsuttalelser som kan kaste lys over den første hovedproblemstillingen. Selv om offentlige utredninger (NOU) kan ha noe mindre vekt enn mer tidsnære forarbeider avgitt av departementet eller selve Stortinget, vil imidlertid NOU-er kunne få større betydning enn ellers for å belyse spørsmålet, sett i lys av det sparsomme rettskildebildet om problemstillingen i denne oppgaven.¹⁰

Det finnes videre ingen høyesterettsavgjørelser som behandler spørsmålet om innholdskrav til avtaler om gjennomsnittsberegning av arbeidstid. Det foreligger noen få avgjørelser fra underinstanser hvor spørsmålet er vurdert. Praksis fra underinstanser har imidlertid langt mindre rettskildeværdi enn praksis fra Høyesterett.¹¹ Selv om det først og fremst vil være kvaliteten av underinstansenes argumentasjon som vil kunne tilføye verdi ved behandlingen av oppgavens temaer, utgjør de i mangel av andre mer vektige kilder et nyttig tilskudd ved drøftelsen av problemstillingen.

Arbeidsmiljøloven har blant annet til formål «å sikre arbeidsmiljø» og sørger for «full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger».¹² At formålsparagrafen i loven har «en viktig funksjon», er trukket frem i forarbeidene¹³ og Høyesterett har presisert at

⁸ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø

⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 317

¹⁰ Bergo (2019) s. 189

¹¹ Eckhoff (2001) s. 162

¹² Aml. § 1-1

¹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68

formålsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven kan «ha stor betydning ved tolkning av loven».¹⁴ Det skyldes at formålsbestemmelsen gir opplysninger om lovens «hensikt og viktige forutsetninger», slik at de øvrige bestemmelsene må tolkes i lys av «formålet og formålsangivelsen» som i visse tilfeller vil kunne være «avgjørende for tolkningsresultatet».¹⁵ Dette gjelder «tolkning av prosessuelle regler» så vel som materielle regler.¹⁶

Spørsmålet om eventuelle innholdskrav til avtaler om gjennomsnittsberegning har ikke blitt problematisert eller behandlet i juridisk litteratur, utover noen korte gjengivelser fra forarbeidene uten en nærmere behandling.

Arbeidstidsreguleringen i arbeidsmiljøloven er i stor grad basert på EØS-retten.¹⁷ Ved tolkning av Norges EØS-rettslige forpliktelser gjelder det et tolkningsprinsipp om EØS-konform tolkning. I Rt-2000-1811 *Finanger I* slo Høyesterett fast at ettersom det ikke forelå holdepunkter for å si at direktivtkonform tolkning utviklet av EU-retten «går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett», gjelder presumsjonsprinsippet også for EØS-avtalen.¹⁸ Presumsjonsprinsippet innebærer at norsk rett antas å samsvare med Norges folkerettslige forpliktelser.¹⁹ EØS-reglene vil dermed ha sentral betydning ved tolkning av norske rettskilder.

Innenfor EU/EØS-retten er alle offisielle språkversjoner sidestilte.²⁰ Av praktiske hensyn brukes i denne oppgaven den danske versjonen av Opplysningsdirektivet. Under arbeidet med oppgaven har imidlertid også den engelske versjonen blitt løpende sammenholdt for å se om versjonene kan forstås annerledes.

Med mindre noe annet fremgår uttrykkelig, er uthevingene i teksten mine egne.

2 Arbeidstid og avtaler om gjennomsnittsberegning

For å skape oversikt for den videre behandlingen av problemstillingene, vil det i dette kapitlet gis en kort oversikt over hovedreglene om beregning av arbeidstid samt reglene om gjennomsnittsberegning av den alminnelige arbeidstid.

¹⁴ HR-2021-2554-A

¹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68

¹⁶ HR-2021-2554-A avsnitt 62

¹⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 151

¹⁸ Rt-2000-1811 s. 1829

¹⁹ Høgberg (2019) s. 102

²⁰ Sejersted (2011) s. 45 og 94

2.1 Hovedregler om arbeidstid

I norsk rett reguleres arbeidstiden primært av aml. kap. 10. Den alminnelige arbeidstiden er i utgangspunktet ni timer i løpet av 24 timer og 40 timer i løpet av sju dager, jf. aml. §10-4 første ledd. Dette er hovedregelen om arbeidstid i norsk rett. Arbeid som varer «ut over lovens grense for den alminnelige arbeidstid» regnes som overtidsarbeid, jf. aml. § 10-6 annet ledd. For overtidsarbeid skal det betales tillegg på «minst 40 prosent», jf. aml. § 10-6 ellefte ledd.

Særlig to hensyn er fremtredende ved regulering av arbeidstiden: helse og velferd på den ene siden og produktivitetshensynet på den andre.²¹ Forarbeidene presiserer at «hovedformålet med arbeidstidsbestemmelsen er å sikre at arbeidstakerne har en arbeidstid som ikke påfører dem og deres nærmeste familie unødig helsemessige og sosiale belastninger».²² Det er slått fast i aml. § 10-2 første ledd at arbeidstakeren ikke skal «utsettes for uheldig fysiske eller psykiske belastninger» og det skal være mulig å ivareta «sikkerhetshensyn». Bestemmelsen fastsetter en ytre ramme, men selv en arbeidstidsordning som i utgangspunktet faller innenfor det som er lovlig, vil kunne være uakseptabel etter en konkret vurdering av arbeidstakeren og forholdene ved arbeidsforholdet.²³

2.2 Unntak – Gjennomsnittsberegning av den alminnelige arbeidstid

Det finnes imidlertid unntak fra hovedregelen om alminnelig arbeidstid i aml. § 10-4 første ledd. Et viktig praktisk unntak er gjennomsnittsberegning av den alminnelige arbeidstid etter aml. § 10-5. Gjennomsnittsberegning innebærer en annen fordeling av arbeidstid. Dette gjelder både lengde og plassering av arbeidstiden. Det åpnes for at arbeidstaker kan jobbe lenger i noen perioder for så å jobbe kortere i andre. Reglene om gjennomsnittsberegning er begrunnet i hensynet til fleksibilitet.²⁴ Dette må likevel skje på en måte som gjør at den ukentlige arbeidstiden gjennomsnittlig holdes innenfor grensene for alminnelig arbeidstid etter aml. § 10-4.²⁵

Gjennomsnittsberegning kan ikke besluttes ensidig av arbeidsgiver.²⁶ Arbeidsmiljøloven § 10-5 åpner for tre ulike måter å innføre gjennomsnittsberegning på. Første ledd, som denne oppgaven skal konsentrere seg om, regulerer individuelle avtaler mellom arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker. En slik avtale kan enten inntas i selve arbeidsavtalen eller i en egen tilleggs- eller endringsavtale.²⁷ Andre ledd, som tillater litt mer omfattende unntak fra

²¹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 36

²² Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 5

²³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 315

²⁴ Skjønberg (2017) s. 311

²⁵ Hirst (2022) s. 176

²⁶ Storeng (2020) s.167

²⁷ Fougner (2021) kommentar til § 10-5

hovedregelen enn første ledd, forutsetter avtale mellom arbeidsgiver og «arbeidstakernes tillitsvalgte». Den mest vidtgående adgangen til å gjøre unntak er regulert i tredje ledd, og krever samtykke fra Arbeidstilsynet. Avviksgraden avhenger dermed av hvem arbeidsgiver inngår avtalen med eller om det innhentes samtykke fra Arbeidstilsynet. Dette er begrunnet i vernehensyn og den maktubalansen som foreligger mellom arbeidstaker og arbeidsgiver i et arbeidsforhold.

Det er tett sammenheng mellom gjennomsnittsberegning av arbeidstid og overtidsarbeid. For arbeidsgiveren betyr ordningen med gjennomsnittsberegning at han slipper å betale arbeidstakerne overtidstillegg i periodene med mer arbeid så lenge det arbeides innenfor grensene som aml. § 10-5 åpner for. Har en arbeidstaker jobbet utover det som det åpnes for etter § 10-5, har vedkommende derimot krav på overtidsbetaling. Dette nettopp fordi den ukentlige arbeidstiden gjennomsnittlig holdes innenfor grensene for alminnelig arbeidstid i aml. § 10-4. Uten å vite hvordan fordelingen av arbeidstiden kommer til å være, kan en arbeidstaker ikke regne ut om han har gjennomsnittlig jobbet mer enn den alminnelige arbeidstid og har dermed krav på overtid.

2.3 Avtaler om gjennomsnittsberegning

Selv om oppgaven primært handler om krav til innhold i avtaler om gjennomsnittsberegning, er det tett sammenheng mellom krav til form og innhold. Forhold rundt form vil kunne kaste lys over spørsmålet om eventuelle krav til innhold. Dette punktet gir derfor en kort oversikt over hvilke formelle krav som gjelder for slike avtaler, før innholdskravene behandles senere i oppgaven.

Utgangspunktet i norsk rett er at muntlige avtaler er like bindende som skriftlige, med mindre noe annet er fastsatt.²⁸ Aml. § 10-5 første ledd slår imidlertid fast at en avtale om gjennomsnittsberegning skal være «skriftlig». Høyesterett har likevel kommet til at dette skriftlighetskravet er ikke en absolutt gyldighetsregel, jf. Rt-2004-53 (*Cafe X*). Dommen dreide seg om aml. (1977) § 47 som regulerte avtaler om gjennomsnittsberegning etter den tidligere loven. Det var enighet blant partene om at det var inngått en muntlig avtale om gjennomsnittsberegning som var innenfor lovens grenser. Etter arbeidsforholdets slutt fremsatte arbeidstaker likevel et krav om overtidsbetaling med anførsel om at avtalen skulle anses ugyldig på grunn av manglende skriftlighet. Høyesterett mente at det vanskelig kunne «gis noe absolutt svar», men kom til at manglende skriftlighet ikke kunne føre til ugyldighet sett i lys av de særlige forholdene i saken.²⁹ Retten uttalte at skriftlighetskravet er begrunnet i

²⁸ Woxholth (2021) s. 31

²⁹ Rt-2004-53 avsnitt 37 og 38

kontrollhensyn og hensynet til klarhet,³⁰ og at bestemmelsen dermed har et helt annet siktemål enn å ivareta arbeidstakerens økonomiske interesser «i en situasjon som her».³¹ Retten mente at skriftlighetskravet ville bli «strukket urimelig langt» dersom den muntlige avtalen skulle settes til side i dette tilfellet.³² Høyesterett sondret imidlertid mellom eksisterende og avsluttende arbeidsforhold, og presiserte at dersom gyldighetsspørsmålet fremsettes mens arbeidsforholdet fortsatt består, vil ingen av partene være «bundet av en muntlig avtale» med henblikk på *fremtiden*.³³

Dommen er taus om tilfeller hvor det ikke foreligger enighet om en muntlig avtale, og er et utslag av særdeles konkrete omstendigheter.³⁴ Selv om overføringsverdien er noe uklar på grunn av de konkrete forholdene i saken, viser den likevel at kravet til skriftlighet ikke er en absolutt gyldighetsregel for avtaler om gjennomsnittsberegning.

Manglende skriftlighet vil imidlertid ha den konsekvensen at avtalen vil kunne tolkes i favør av arbeidstakeren ved tvil om innholdet, jf. Rt-2007-129 (*Kirkegårdsdommen*). For avtaler om gjennomsnittsberegning vil dette bety at man ved tvil om det foreligger en gyldig avtale, vil måtte falle tilbake på lovens regler om den normale arbeidstid og overtid.

Arbeidsmiljøloven oppstiller også minimumskrav til innholdet i den skriftlige arbeidsavtalen som skal sikre arbeidstakers behov for informasjon vedrørende arbeidsvilkårene sine jf. aml. § 14-6.³⁵ Avtalen skal ha informasjon om «forhold av vesentlig betydning i arbeidsforholdet». Bestemmelsen ramser opp en del punkter som avtalen skal inneholde, men listen er ikke uttømmende.³⁶ På lik linje med § 14-5 er bestemmelsen imidlertid ansett en ordensforskrift og ikke en gyldighetsregel.³⁷ Innholdskrav som eventuelt stilles konkret til avtaler om gjennomsnittsberegning vil være tema i kapittel 3.

3 Hvilke krav til innhold stiller aml. § 10-5 første ledd

Opgavens første hovedproblemstilling er som nevnt *om det stilles krav*, og i så fall *hvilke* krav som stilles, til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning av arbeidstid, jf. aml. § 10-5 første ledd. Slik det ble presisert innledningsvis er svaret på spørsmålet om det

³⁰ Rt-2004-53 avsnitt 35

³¹ Rt-2004-53 avsnitt 39

³² Rt-2004-53 avsnitt 39

³³ Rt-2004-53 avsnitt 37

³⁴ Mer om dommen i punkt 3.6

³⁵ Rt-2009-1465 avsnitt 38

³⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 330

³⁷ Rt-2004-53; Prop.39 L (2014–2015) s. 135; Astrup (u.o) § 14-6

stilles ytterligere krav til innholdet i avtalen, utover en generell bemerkning om at arbeidstiden skal gjennomsnittsberegnes, betinget av at det kan identifiseres noen slike krav basert på rettskildene som foreligger. I punktene 3.1 og 3.2 behandles spørsmål knyttet til lovens ordlyd og rettsutviklingen. Deretter i punkt 3.3 behandles aml. § 14- 6 j. I punkt 3.4 vil forarbeidene til relevante bestemmelser bli nærmere analysert. Videre i punkt 3.5 vil det særskilt drøftes om eventuelle krav til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning kan tilfredsstilles ved en henvisning til en arbeidsplan, jf. aml. § 10-3. Etter dette vil rettspraksis bli behandlet i punkt 3.6, før gjennomgangen oppsummeres i punkt. 3.7.

3.1 «Avtale» jf. aml. § 10-5 første ledd

3.1.1 Ordlyden i aml. § 10-5 første ledd

Aml. § 10-5 første ledd første punktum lyder som følger:

«Arbeidsgiver og arbeidstaker kan skriftlig avtale at den alminnelige arbeidstid kan ordnes slik at den i løpet av en periode på høyst 52 uker i gjennomsnitt ikke blir lenger enn foreskrevet i § 10-4, men slik at den alminnelige arbeidstiden ikke overstiger ti timer i løpet av 24 timer og 48 timer i løpet av sju dager».

Bestemmelsen presiserer at avtalen skal være «skriftlig», men sier ikke noe mer om det stilles noen krav til innholdet i slike avtaler. Ordlyden trekker derfor isolert sett i retning av at det ikke stilles noen krav til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning.

Bestemmelsen angir imidlertid også at den alminnelige arbeidstid «kan ordnes». En naturlig språklig forståelse av dette uttrykket tilsier at bestemmelsen gir adgang til gjennomsnittsberegning, men samtidig forutsetter at det avtales en ordning, en slags gjennomføringsplan. Det kan imidlertid ikke utledes av ordlyden om avtalepartene skal ordne dette sammen eller om det er opp til arbeidsgiver, som basert på enighet om *at* arbeidstiden skal gjennomsnittsberegnes, skal ordne dette på egen hånd.

Mens den sistnevnte måten å forstå ordlyden på, vil kunne gi arbeidsgiver og arbeidsforholdet som sådan, mer fleksibilitet, vil den samtidig frata arbeidstaker muligheten til å komme med innvendinger og sørge for grunnleggende forutsigbarhet. Dette er ikke kommentert i forarbeidene til bestemmelsen. Det har likevel formodningen mot seg at lovgiver, sett i lys av hvor inngripende gjennomsnittsberegning av alminnelig arbeidstid kan være, har ment å gi arbeidsgiveren en slik vidtrekkende adgang.

Bestemmelsens ordlyd avklarer etter dette at det må inngås en «avtale», slik at arbeidstiden «kan ordnes». Ordlyden gir imidlertid ikke veiledning på om det stilles innholdskrav til slike avtaler, eller hva disse eventuelt går ut på.

3.1.2 Tolkning av kravet til «avtale» basert på avtalerettslige prinsipper

At aml. § 10-5 indikerer at det skal inngås en avtale, kan tolkes som en henvisning til generelle avtalerettslige regler, herunder krav til avtalens innhold som i enkelte tilfeller oppstilles for å i det hele tatt konstatere at bindende avtale er inngått. I dette underpunktet vil jeg derfor drøfte om avtalerettslige regler kan bidra til avklaring av om og i så fall hvilke krav det stilles til individuelle avtaler om gjennomsnittsberegning.

Når man vurderer om det er inngått en bindende avtale er det avgjørende spørsmålet om det foreligger «tilstrekkelig enighet partene imellom om å være forpliktet».³⁸ Sagt på en annen måte handler bindingsspørsmålet om hvorvidt partene kan sies å være *enige* om å inngå en avtale. Innholdet i en påstått avtale vil ha av sentral betydning for vurdering av om det i det hele tatt foreligger en bindende avtale.³⁹ Innholdet, eller mangel av det, vil kunne kaste lys over det grunnleggende spørsmålet ved avtalebinding, om berettigede forventinger hos motparten.⁴⁰

En illustrerende avgjørelse er Rt-1995-543 (*Selsbakkhøgdas borettslag*). Spørsmålet i saken var om en ganske uformell og upresis skriftlig avtale omfattet arbeid på 18 blokker i borettslaget, og ikke bare én prøveblokk. Det fremgikk av dokumentet at «Resterende 18 blokker skal være ferdig innen år 1995». På tross av dokumentets ordlyd, som isolert sett kunne tale for binding, kom retten til at det ikke forelå avtale om de resterende 18 blokkene. Høyesterett uttalte at det har «formodningen mot seg» at en avtale om så store forpliktelser og verdier ble inngått med «denne utformingen».⁴¹ Det ble blant annet fremhevet at partene ikke hadde avtalt pris for prosjektet.

I tilfeller med forutgående forhandlinger, vil en avtale kunne anses å være bindende ved enighet om vesentlige punkter, selv om det mangler en skriftlig kontrakt. En av de sentrale dommene om dette spørsmålet er Rt-1998-946 (*Vinagenturdommen*). Spørsmål i saken var om det var inngått en bindende avtale om kjøp av halvparten av aksjene i et vinagentselskap. Høyesterett kom til at bindende avtale var inngått til tross for manglende skriftlighet. Retten uttalte med henvisning til tidligere rettspraksis at «partene blir bundet når de er blitt enige om alle vesentlige punkter i en avtale».⁴² Dette betyr at i tilfeller hvor de vesentlige punktene er

³⁸ Woxholth (2021) s. 68

³⁹ Woxholth (2021) s. 116

⁴⁰ Hov (2009) s. 85

⁴¹ Rt-1995-543 s. 551

⁴² Rt-1998-946 s. 958

avtalt mellom partene, vil partene, til tross for manglende skriftlig dokument til å bekrefte avtaleinngåelsen, kunne være bundet.

Det følger av dette at det avtalerettslig må foreligge et visst innhold i avtalen for at det skal anses å være gyldig.

Hvilke vesentlige punkter som det må foreligge enighet om for å ha en bindende avtale, vil variere slik at det er ikke uten videre klart hva disse punktene vil være ved inngåelse av avtaler om gjennomsnittsberegning.

På den ene siden kan det argumenteres for at det viktigste i så måte er å komme til enighet om at arbeidstiden skal gjennomsnittsberegnes, slik at det nærmere innhold av ordningen kan fastsettes i en arbeidsplan etter hvert. Med dette vil det foreligge enighet om at det skal gjøres unntak fra hovedreglene om beregning av arbeidstid, samtidig som den generelle rekkevidden av unntaket vil bli presentert eller henvist til.

På den andre siden kan det argumenteres for at det må foreligge enighet om ytterligere forhold. Fordelingen av arbeidet utover perioden som skal gjennomsnittsberegnes utgjør kjernen i avtaler om gjennomsnittsberegning. Det er denne som gir arbeidstakeren forutsigbarhet knyttet til arbeidstid og dermed også til sin hverdag i og utenfor arbeidsplassen. At lovgiver mener at klarhet rundt plasseringen av arbeidstid er grunnleggende for enhver arbeidstaker, uavhengig av hvordan deres arbeidstid beregnes, følger av lovens krav om at lengden og plasseringen av arbeidstid skal angis i den skriftlige arbeidsavtalen, jf. aml. § 14-6 j.⁴³

Dette trekker i retning av at angivelse av lengde og plassering av arbeidstid er forhold av så stor betydning at en avtale som ikke inneholder nærmere opplysninger om disse, neppe vil anses som bindende. Avtalerettslige prinsipper trekker dermed sterkt i retning av det stilles krav til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning utover en ren angivelse av at arbeidstiden vil bli gjennomsnittsberegnet. Dette klargjør imidlertid ikke hvilke krav det i så fall vil være, det vil si hvor detaljerte reguleringer som må fremgå av avtalen.

3.2 Omorganisering eller endring i 2005?

Ordlyden i aml. § 10-5 første ledd gir etter dette nokså begrenset veiledning for problemstillingen. Avtalerettslige prinsipper tilsier at kravet til avtale skal forstås slik at

⁴³ Mer om aml. § 14-6 j i punkt 3.3

enighet må foreligge også utover *at* det avtales gjennomsnittsberegning av arbeidstid. Hvilke konkrete forhold det i så fall vil måtte være enighet om, er imidlertid fortsatt uklart.

Den nå opphevede arbeidsmiljøloven av 1977 ga nærmere veiledning om innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning, som ikke er gjentatt i § 10-5 i dagens lov. Dette punktet vil behandle rettsutviklingen som har funnet sted ved opphevelse av 1977-loven og vedtakelse av dagens lov. Målet er å se på om rettsutviklingen kan si noe om dagens bestemmelse som ikke følger direkte av ordlyden.

Aml. (1997) § 47 nr. 1 som regulerte avtaler om gjennomsnittsberegning i den tidligere loven hadde følgende ordlyd:

«Gjennomsnittsberegning etter skriftlig avtale [...] Avtalen skal **fastsette, eller gi grunnlag for arbeidstakerne til å beregne**, når i året de enkelte uker med lengre og kortere arbeidstid enn nevnt i § 46 faller, såfremt dette ikke avgjøres av den enkelte arbeidstaker (fleksibel arbeidstid e.l)»

Dagens bestemmelse om gjennomsnittsberegning har ikke en lignende formulering eller andre uttrykkelige krav til avtalen. Dette kan isolert sett trekke i retning av at disse kravene har blitt fjernet i den nye arbeidsmiljøloven. I Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), fremgår det at første ledd i aml. § 10-5 «viderefører **delvis** dagens § 47 nr. 1».⁴⁴ Det fremgår videre av proposisjonen at

«[d]agens § 47 nr 1. andre ledd om at avtalen skal fastsette, eller gi grunnlag for arbeidstakeren til å beregne, når i året de enkelte uker med lengre eller kortere arbeidstid faller, er **opphevet**. Forslaget til § 14-6 bokstav j stiller krav til innholdet i arbeidsavtalen, og at denne skal angi lengde og plassering av den avtalte daglige og ukentlige arbeidstid. Der det er inngått **avtale om gjennomsnittsberegning** av arbeidstiden skal også dette omtales i arbeidsavtalen, herunder **også når i året man kan forvente uker med lengre eller kortere arbeidstid faller.**»

Det presiseres ikke hvilke endringer som fører til at bestemmelsen kun «delvis» gjennomføres. Det kan ha vært siktet til for eksempel endringer av de ukentlige rammene for arbeid uten krav på overtid som ble foretatt i 2005-loven. Til sammenligning fremgår det av Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) at «[f]ørste ledd viderefører § 47 nr. 1 i gjeldende lov».⁴⁵ Det kommenterer altså ikke om det er hele eller deler av bestemmelsen som videreføres. Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) knytter seg til endringer som ble foretatt i loven etter regjeringsskiftet i 2005. Det ser imidlertid ikke ut til at forslagene angående første ledd i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) var ment å bli omfattet av endringene.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 317

⁴⁵ Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 11

Henvisningen i forarbeidene til § 14-6 j i tillegg til en klar uttalelse om at avtaler om gjennomsnittsberegning skal opplyse om når i året man kan forvente uker med lengre eller kortere arbeidstid taler med styrke for at kravene til innholdet i avtalen utelukkende ble flyttet og ikke fjernet. Det er et anerkjent lovteknisk grep å samle visse krav på ett sted i stedet for å ha dem spredt utover i lovteksten. Det har videre formodningen mot seg at en så grunnleggende endring var vedtatt uten en nærmere drøftelse.

Kravene til innholdet i arbeidsavtaler som sådan var lavere i aml. (1977) og ble skjerpet ved vedtakelse av arbeidsmiljøloven i 2005.⁴⁶ Ettersom den nye loven skulle stille strengere krav til alle arbeidsavtaler i § 14-6, ville disse være tilstrekkelig også for avtaler om gjennomsnittsberegning slik at det ikke lenger ville være behov for supplerende krav. Et eget punkt om dette i selve § 10-5 ville dermed vært overflødig.

Basert på omtalen i forarbeidelsen sitert foran kan det dermed konkluderes med at kravene som ble stilt til avtaler om gjennomsnittsberegning i aml. (1977) § 47 nr. 1 annet ledd har blitt flyttet til aml. (2005) § 14-6 j, uten at det har vært meningen å fjerne disse.

Det kan imidlertid spørres om det var meningen å endre karakteren av kravene til slike avtaler. Aml. § 14-6 er en ordensforskrift, slik at manglende oppfyllelse av krav som den oppstiller ikke vil ha innvirkning på spørsmålet om binding. Ordlyden i aml. (1977) § 47 nr. 1 annet ledd var ganske klar på at avtaler «skal» fastsette eller gi grunnlag for arbeidstakeren til å beregne når han skal jobbe. Spørsmålet om virkninger var ikke direkte behandlet i forarbeidene verken til selve § 47 eller til arbeidervernloven av 1956⁴⁷, hvor kravet til innhold fremgikk av § 23. Dette kan tilsi at manglende oppfyllelse av innholdskravene var ment å ha direkte virkning for avtaler om gjennomsnittsberegning.

Rt-2004-53 (*Cafe X*) har blitt tatt til inntekt for at aml. § 14-6, om kravene til innhold i avtaler, kun er et ordensforskrift og ikke en gyldighetsregel. Ettersom dommen faktisk gjaldt aml. (1977), taler det for at det samme kan legges til grunn for kravene i aml. (1977) § 47. Dommen handlet imidlertid direkte kun om kravet til skriftlighet og ikke innhold. I tillegg var dommen sterkt preget av at det var enighet mellom partene om en muntlig avtale og hva innholdet i den var. Det er tett sammenheng mellom krav til form og innhold. Ved mangel på skriftlighet blir det vanskelig å fastsette innhold. Samtidig som behovet for skriftlighet vil være mindre dersom innholdet er avklart. Det er først når innholdet er uklart at skriftlighet kan bidra med å avklare den.

⁴⁶ Se punkt 3.3

⁴⁷ Lov 7. desember nr. 2 om arbeidervern

Det kan neppe konkluderes med sikkerhet på spørsmålet om hva virkningene av manglende oppfyllelse ville ha vært etter aml. (1977) i et konkret tilfelle. Det er grunn til å tro at utfallet ville vært avhengig av konkrete forhold i en konkret sak.

Basert på drøftelsene foran kan det konkluderes med at det ikke har vært meningen å endre kravene til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning som ble stilt i 1977-loven. Kravene har blitt flyttet fra selve bestemmelsen om gjennomsnittsberegning til den generelle bestemmelsen om minstekrav til arbeidsavtaler, jf. aml. § 14-6.

Disse krav som ble stilt i den forrige loven og som etter vurderingen foran kan sies å fortsatt gjelde, trekker også klart i retning av at en ren angivelse at arbeidstiden skal gjennomsnittsberegnes ikke vil være tilstrekkelig, slik at det stilles ytterligere krav til innholdet. Dette betyr at det kan etter dette konkluderes bekreftende på spørsmålet om det stilles minstekrav til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning ut over en generell opplysning om at arbeidstiden gjennomsnittsberegnes. Fremstillingen videre vil derfor handle om *hvilke* ytterligere krav som stilles til innholdet for at det skal foreligge en bindende avtale om gjennomsnittsberegning. I denne vurderingen vil, slik som drøftelsen i dette punktet viste, aml. § 14-6 j være sentralt.

3.3 Betydningen av aml. § 14-6 j ved fastsettelse av krav til innhold i avtaler om gjennomsnittsberegning

Slik det kom frem av gjennomgangen i punkt 3.2 gjelder det ytterligere krav til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning og disse skal utledes av aml. § 14-6 j, som regulerer kravet til opplysninger om arbeidstidens lengde og plassering i arbeidsavtaler generelt. I dette punktet vil jeg derfor se på hvilke innholdskrav til avtaler om gjennomsnittsberegning som kan utledes av § 14-6 j. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Arbeidsavtalen skal inneholde opplysninger om [...] lengde og plassering av den daglige og ukentlige arbeidstid. Dersom arbeidet skal utføres periodevis, skal arbeidsavtalen **fastsette eller gi grunnlag for å beregne når arbeidet skal utføres**»

Det fremgår av § 14-6 j første punktum at «lengde og plassering» av arbeidstiden skal fremgå av arbeidsavtalen. Forarbeidene presiserer at «... når det gjelder plasseringen av den daglige og ukentlige arbeidstid vil det være den gjennomsnittlige normale arbeidsdagen/uken som må angis». ⁴⁸ I aml. 1977 var det tilsvarende kravet at avtalen skulle angi «den normale daglige eller ukentlige arbeidstiden». Uttalelsene i forarbeidene trekker derfor i retning av at det i

⁴⁸ Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 187

hvert fall i vanlige forhold ikke er behov for å ha eksakte tidspunkter klart allerede i avtalen. Det vil være nok med den gjennomsnittlige normale arbeidstiden.

Kravet til at også *plassering* må angis i arbeidsavtalen, var nytt ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 2005.⁴⁹ Om begrunnelsen for denne endringen ble det i forarbeidene uttalt at

«[d]et er viktig, både av hensyn til forutberegnelighet og klarhet, at partene fastsetter nærmere hvordan arbeidstidsordningen skal være og at dette kommer til uttrykk i den skriftlige arbeidsavtalen. [...] det **bør stilles krav til en nærmere utforming av arbeidstiden i den skriftlige arbeidsavtalen** enn det som i dag følger av arbeidsmiljøloven § 55. [...] Departementet mener at lengden og plasseringen av den daglige og ukentlige arbeidstid [...] **bør presiseres særskilt**».⁵⁰

Det var altså et ønske om å skjerpe kravene til innholdet i avtalen med tanke på opplysninger om arbeidstid. I NOU-en, som departementet ser ut til å ha fulgt angående dette punktet, uttalte utvalget at bakgrunnen for å kreve nærmere presisering av arbeidstid i arbeidsavtaler, var at reguleringen av arbeidstid bør utvikle seg i retning av å være «mer rammepreget og mindre detaljert».⁵¹ For å likevel kunne ivareta arbeidstakeres behov for klarhet og forutsigbarhet i slike situasjoner er det nødvendig at «partene fastsetter nærmere hvordan arbeidstidsordningen skal være og at dette kommer til uttrykk i arbeidsavtalen».⁵² For avtaler om gjennomsnittsberegning betyr dette nettopp at kun en gjengivelse av bestemmelsen, som allerede fra før utelukkende fastsetter rammene, ikke vil tilfredsstillе innholdskravene.

For arbeidsforhold hvor arbeidstiden er litt mer uforutsigbar, stilles det i annet punktum krav til hvilke opplysninger avtalen må inneha. Paragraf 14-6 j annet punktum ble tilføyd i forbindelse med lovendringen angående fast og midlertidig ansettelse i 2019 og regulerer tilfeller hvor arbeidstaker jobber «periodevis». Ordet periodevis tilsier at det er snakk om variasjon knyttet både til mengde og tidspunkt for utøvelse av arbeidet. Forarbeidene presiserer at det siktes til «situasjoner der arbeid eksempelvis skal utføres i enkelte «bolker» i løpet av året, og/eller der det skal arbeides på uregelmessige, spredte dager og tidspunkter».⁵³ Etter dette vil arbeidsforhold hvor arbeidstiden gjennomsnittsberegnes være i kjernen av situasjoner bestemmelsen tar sikte på å regulere.

⁴⁹ Astrup (u.å) § 14-6 j

⁵⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 186-187

⁵¹ NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget s. 270

⁵² NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget s. 270

⁵³ Prop. 73 L (2017- 2018) s. 51

Bestemmelsen slår fast at arbeidsavtalen ved periodevis utførelse av arbeid skal «fastsette eller gi grunnlag» for å regne ut når arbeidet skal utføres. Ordlyden åpner dermed for to alternativer. Det første alternativet er en konkret presisering i selve avtalen av arbeidstidspunktene. Forarbeidene omtaler dette som «en konkret angivelse i avtalen av de tidspunkter arbeidet skal utføres».⁵⁴

Alternativt skal avtalen gi arbeidstakeren «grunnlag» til å regne ut når vedkommende skal jobbe. Ettersom det ved arbeidsforhold hvor arbeid utføres periodevis sjeldent vil være mulig for en arbeidsgiver å angi de konkrete tidspunktene på detaljnivå allerede ved avtaleinngåelsen, er det alternativet «gi grunnlag» som er mest praktisk. Den naturlige språklige forståelsen av å «gi grunnlag» tilsier at avtalen må inneholde tilstrekkelig informasjon i en eller annen form, til å sette arbeidstakeren i stand til å forstå når vedkommende kan regne med å ha henholdsvis arbeidsplikt og arbeidsfri. Utover dette angir ikke ordlyden hvordan avtalen skal «gi grunnlag» for fastsettelsen av arbeidstiden.

I forarbeidene står det at i tillegg til en konkret angivelse kan kravene oppfylles

«gjennom henvisning til en arbeidsplan etter § 10-3 eller til annen arbeidsplan eller ordning som **gir forutsigbarhet for når arbeidet skal utføres** og som **utelukker** at arbeidstaker må stå til disposisjon hele tiden og likevel **ikke være sikret mer enn en deltidjobb**».⁵⁵

Uttalelsen åpner for ulike måter å kunne «gi grunnlag» på. For det første åpner det for å kunne henvise til en arbeidsplan eller § 10-3. I tillegg til dette vil arbeidstid kunne angis gjennom en «annen ... ordning». Departementet sier ikke noe mer om hva slags ordninger dette kan være. Det sentrale er imidlertid målsetningen om forutsigbarhet for arbeidstakere. Særlig fremheves deltidsansatte som ofte vil ha behov for å kombinere flere stillinger. Kravet til ordninger som sikrer forutsigbarhet vil imidlertid gjelde for alle arbeidstakere med periodevist arbeid. Ettersom formålet er ivaretagelse av forutberegnelighet, kan dette tolkes slik at det vil være åpent hvordan dette gjøres så lenge formålet er ivaretatt.

Aml. § 14-6 gjennomfører Written statement-direktivets artikkel 2 og dette betyr at innholdet i den skal være i samsvar med direktivet. Det fremgår av direktivets artikkel 2 nr. 2 bokstav i at arbeidsgiver skal opplyse om «de væsentlige punkter», herunder om «laengden af arbejdstagerens normale arbejdsdag eller normale ugentlige arbejdstid». Bestemmelsen stiller ikke noen ytterligere krav til utforming av avtaler utover det at lengden av den normale

⁵⁴ Prop. 73 L (2017–2018) s. 51

⁵⁵ Prop. 73 L (2017–2018) s. 27

arbeidsdag eller uke skal angis og bidrar dermed ikke til ytterligere klargjøring av innholdet i verken aml. § 14-6 j eller hvilke krav som stilles til avtaler om gjennomsnittsberegning.

Fra det foregående fremgår det at i tilfeller hvor arbeidet utføres periodevis skal arbeidsavtalen fastsette eller gi grunnlag for å regne ut når dette skal skje, slik at arbeidstaker har forutsigbarhet og mulighet til å kunne planlegge. Avtalen om gjennomsnittsberegning må i større grad kunne gi arbeidstakeren en forståelse av lengden og plasseringen av vedkommendes arbeidstid.

3.4 Forarbeidene: Når i året arbeidstakeren kan forvente uker med lengre eller kortere arbeidstid

I dette punktet vil forarbeidene til relevante bestemmelser bli undersøkt for å se om de kan bidra til avklaring av hvilke krav stilles til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning. Drøftelsene i de foregående punktene har vist at de kravene som gjaldt i den tidligere loven, gjelder fortsatt og at det er aml. § 14-6 som regulerer innholdskrav i avtaler etter § 10-5 i dagens lov. Derfor vil også forarbeidene til disse bestemmelsene være relevante.

Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven, under punktet om krav til den skriftlige arbeidsavtalen, at «hvilke ordninger for gjennomsnittsberegning etter forslaget til aml. § 10-5 som avtales», må komme frem i avtalen.⁵⁶ I tilknytning til selve aml. § 10-5 fremgår det, som sitert foran, at

«[d]er det er inngått avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden skal også dette omtales **i arbeidsavtalen**, herunder også **når i året** man kan **forvente uker med lengre eller kortere arbeidstid faller**».⁵⁷

Kravet om angivelse av «uker med lengre eller kortere arbeidstid», peker i retning av at avtalen skal angi de ukene i løpet av perioden som gjennomsnittsberegnes, hvor arbeidstakeren kommer til å ha mer arbeid og de ukene hvor det kommer til å være mindre arbeid. Presiseringen «når i året» trekker imidlertid i retning av at det etterspørres en angivelse av *perioder* hvor det forventes å foreligge mer arbeid og perioder med mindre. Dette i motsetning til angivelse av konkrete uker. Det kan for eksempel tenkes at avtalen angir at uker med mer arbeid vil foreligge mellom mai og september. Mens den nærmere fordelingen på de konkrete ukene som faller mellom mai og september vil komme frem i en arbeidsplan etter hvert.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 187

⁵⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 317

Kravet til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning ble behandlet allerede i 1954 under arbeidet med arbeidervernloven av 1956, hvor lovens § 23 om den alminnelige arbeidstid også regulerte adgangen til gjennomsnittsberegning. Bestemmelsen fastslo at «[a]vtalen skal fastsette når i året de enkelte uker med lengre og kortere alminnelig arbeidstid enn 42½ time faller». Det fremgår av Innstillingen til arbeidstidskomiteen at

«[d]et forlanges i utkastet at en ujevn fordeling av arbeidstiden, likesom en fordeling på 5 dager hver uke, må **ha sin hjemmel i en avtale**. Uttrykket "i bestemte uker kortere" må forstås slik at **det i avtalen må fastsettes** til hvilke tider **av året** de forskjellige arbeidsordninger skal anvendes». ⁵⁸

Denne uttalelsen viser at holdningen til presisjonsnivå som ble uttrykt over har røtter langt tilbake i tid. Dette kan bygge opp under et argument om at det i hvert fall ikke kreves større presisjon enn dette uten at et slikt krav kommer tydelig frem i en nyere eller tyngre rettskilde.

I samme innstilling er det uttalt at en «avtale [...] må i alminnelighet fastsette en beregningsperiode og en fordeling innenfor denne». ⁵⁹ Dette antyder at avtalen for det første må fastsette lengden av perioden der arbeidstiden skal gjennomsnittsberegnes. Aml. § 10-5 oppstiller utelukkende de ytre rammene for hva som kan avtales og ikke en standard som skal gjelde i alle tilfeller. Uten å fastsette lengden på perioden som skal gjennomsnittsberegnes vil det heller ikke være mulig å kontrollere om arbeidstaker har krav på overtidsbetaling. I tillegg må avtalen bestemme når i løpet av den bestemte perioden arbeidstakeren kommer til å jobbe mer eller mindre enn normal arbeidstid.

I NOU 2004:5 uttalte utvalget at det er en «forutsetning at det avtales en forholdsvis fast arbeidstidsordning slik at arbeidstakerne på forhånd vet hvilken arbeidstid de skal innrette seg etter». ⁶⁰ Det fremgår av dette at avtalen skal presisere hvilken arbeidstidsordning som skal gjelde, slik at den på en tilstrekkelig måte kan gi forutsigbarhet til arbeidstakeren angående når vedkommende kan forvente mer eller mindre arbeid. Det samme ser ut til å ha vært forutsatt av arbeidstidskomiteen 1954 som påpekte at gjennomsnittsberegning av arbeidstid «avtales som en forholdsvis fast ordning». ⁶¹

Ved gjennomgangen av kravene til utforming av avtaler i 2017 tiltrådte departementet de tidligere forarbeidsuttalelsene og gjenga at avtalen skal fastsette eller gi grunnlag for arbeidstaker til å fastsette «**når i året** de enkelte uker med **lengre eller kortere arbeidstid faller**». ⁶² Departementet tolker det slik at det med dette stilles «krav til at arbeidstakeren skal

⁵⁸ Arbeidstidskomiteen 1954 (ot.prp.nr.17-1958) innstilling s. 135

⁵⁹ Arbeidstidskomiteen 1954 (ot.prp.nr.17-1958) innstilling s. 123

⁶⁰ NOU 2004:5 s. 248

⁶¹ Arbeidstidskomiteen 1954 (ot.prp.nr.17-1958) innstilling s. 135

⁶² Prop. 73 L (2017–2018) s. 27

ha opplysninger som gir forutsigbarhet for når arbeid skal utføres».⁶³ Også her kreves det tilstrekkelig med opplysninger til å gi arbeidstakeren forutsigbarhet om vedkommendes arbeidstid.

Om balansegangen mellom arbeidstakers forutsigbarhet og arbeidsgivers fleksibilitet, som blir direkte påvirket av hvor mye som inntas i avtaler mellom dem, ble det uttalt i NOU 2004:5 at det ved individuelle avtaler om arbeidstidsordninger vil være

«[...] opp til partene selv å bestemme detaljeringsnivået i avtalen. Der arbeidstidsordningen detaljreguleres i arbeidsavtalen vil dette kunne innebære lite fleksible løsninger ved omstillinger. Motsatt vil en mindre detaljert avtale gi mulighet for mer fleksible ordninger. **Begge løsninger** er forenlig med utvalgets forslag så lenge **arbeidsavtalen fastsetter hovedinnholdet i den arbeidstidsordningen** som gjelder».⁶⁴

Dette peker i retning av at så lenge hovedinnholdet i arbeidstidsordningen kommer frem, er det opp til partene i avtalen å bestemme hvor mye som skal avtales og dermed lage føringer for fremtidig fordeling av arbeidstiden, og hvor mye som skal overlates til å bli avklart i arbeidsplan etter hvert.

Fra gjennomgangen av forarbeider så langt kan det utledes noen funn om innholdskrav til avtaler om gjennomsnittsberegning. For det første skal avtalen om gjennomsnittsberegning presisere perioden gjennomsnittsberegning av arbeidstid skal gjelde for. Videre kan det utledes fra forarbeidene at avtalen skal fastsette eller gi grunnlag for å beregne når på året arbeidstaker kan forvente perioder med mer eller mindre arbeid enn normalen. Dette samsvarer godt med det som er kravet etter aml. § 14-6 j. Beskrivelsen av ordningen med gjennomsnittsberegning må gjøres på en måte som sikrer arbeidstakeren tilstrekkelig forutsigbarhet. Utover dette vil det være opp til partene i arbeidsforholdet å bestemme hvor detaljert ordningen skal utarbeides og presiseres i selve avtalen, og hvor mye som skal overlates for videre utbrodering i en arbeidsplan. Disse funnene bekrefter en gang til at det stilles ytterligere krav til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning.

Det er imidlertid fortsatt noe usikkerhet angående hvor presise angivelsene av de ulike periodene må være. Slik det fremgår av både forarbeidsuttalelsene og kravene i aml. § 14-6 j, kreves det et innhold som skal sørge for tilstrekkelig forutsigbarhet for arbeidstaker angående arbeidstidsfordeling. Det vil imidlertid neppe kunne stilles ett og samme minstekrav til

⁶³ Prop. 73 L (2017–2018) s. 27

⁶⁴ NOU 2004:5 s 271

innholdet i alle arbeidsforhold. Dette fordi arbeidsforholdets art vil være helt sentralt for hvor lite og mye må til for å sikre tilstrekkelig grad av forutsigbarhet.

Denne variasjonen og dets betydning kan illustreres ved å ta for seg arbeidstidsordningene skift og turnus. Hovedforskjellen mellom disse to ordningene er at skiftordning brukes i tilfeller hvor det er behov for samme bemanningsbehov i løpet av hele døgnet, for eksempel ved produksjonsvirksomhet i industrien.⁶⁵ Ordning med turnus benyttes som regel i tilfeller hvor det er varierende behov for arbeidskraft gjennom døgnet.⁶⁶ Ved skiftordninger vil det dermed som utgangspunkt foreligge mye mer klarhet og forutsigbarhet angående arbeidstidens plassering ettersom det er snakk om en mer regelmessig ordning. Ved turnusordninger vil det derimot være større usikkerhet angående plasseringen av arbeidstid. Arbeidsretten har presisert at i motsetning til skiftordninger, vil det for turnus være typisk at «arbeidsplanen ikke er systematisk rullerende, og at den enkelte har forskjellig antall vakter av ulik type i løpet av turnusperioden».⁶⁷

Ettersom ordningen ved skiftarbeid er nokså fast, vil hensynet til forutberegnelighet være oppfylt selv uten for mange detaljer. Dersom en arbeider på en aluminiumsfabrikk får regulert i arbeidsavtalen at vedkommende over en periode på 10 uker vil ha en fast og rullerende vaktordning med 5 dagvakter, 5 kveldsvakter og 5 nattvakter, vil vedkommende ha tilstrekkelig med opplysninger til å kunne forstå ordningen og se den for seg. På et senere tidspunkt, men før oppstarten av vaktperioden, vil vedkommende få en arbeidsplan og i kraft av denne få vite hvilke eksakte dager og timer han skal jobbe. I en slik situasjon vil en angivelse av hoveddrammene for ordningen være tilstrekkelig til å kunne si at lovens krav om klarhet og forutsigbarhet er oppfylt.

Ved turnusordninger vil situasjonen derimot være annerledes. Ettersom det ved slike ordninger som regel vil være mangel på faste ordninger, vil det være større behov for klarhet i arbeidsavtalen for å kunne forstå og forutse hvordan ordningen skal være. For å kunne oppfylle innholdskravene, slik de kan forstås ut fra de gjennomgåtte rettskildene så langt, vil det kreves en nærmere presisering av arbeidstidsordningen i arbeidsavtalen for å sikre tilstrekkelig forutsigbarhet for arbeidstakerne. Et eksempel kan være konduktører på tog. Det er stor variasjon knyttet til ruter og timer som de ulike konduktører kan forvente, og til når de skal ha fritid. I en slik situasjon vil man nesten være avhengig av å kunne se hvordan selve grunnturnusen ser ut for å kunne ta stilling til om dette er akseptabelt for vedkommende.

⁶⁵ NOU 2008: 17 s. 30

⁶⁶ Fougner (2019) s. 141

⁶⁷ ARD 1994-50 s. 60

En annen gruppe arbeidstakere som har et stort behov for forutsigbarhet og klarhet angående sin arbeidstid, er deltidsansatte med gjennomsnittsberegning av arbeidstid. Muligheten til å kunne kombinere deltidsstillinger eller andre forpliktelser som omsorgsforpliktelser eller studier vil ofte være grunnleggende for en deltidsansatt. Dette behovet var nettopp en av hovedbegrunnelsene for klargjøringen av krav om opplysninger om plassering av arbeidstid i avtaler ved tilføyelsen av aml. § 14-6 j annet punktum.⁶⁸ Et eksempel kan være en kioskmedarbeider som har en 40 prosent stilling og gjennomsnittsberegning av arbeidstid fordi det er noen perioder hvor behovet for bemanningen er større. Denne arbeidstakeren må vite når vedkommende ikke skal jobbe på kiosken for å kunne sikre seg en annen jobb og fylle opp de resterende 60 prosent. Dersom det fastsettes i avtalen at vedkommende skal jobbe mye i perioden mai til september og desember, men mindre de resterende månedene, gir dette vedkommende klare signaler for når han skal forvente å ha størstedelen av sin arbeidsplikt. Arbeidstakeren kan for eksempel belage seg på å ikke søke andre stillinger for denne perioden. Vedkommende får med dette vite når han vil få uker med mer arbeid og når han vil få mindre, slik som aml. § 14-6 j og forarbeidene ser ut til å kreve.

På den andre siden sies det ikke noe om når vedkommende skal jobbe eller – kanskje enda viktigere – ha fri ellers i året. Uten nærmere rammer for når og hvordan periodene med mindre arbeid vil se ut, blir det umulig for vedkommende å planlegge annet arbeid i oktober og november. Han vil være nødt til å vente på eventuelle arbeidsplaner og stå til disposisjon for arbeidsgiveren uten å være sikret tilstrekkelig inntekt. En slik situasjon er lite forenlig med formålene bak kravene til innholdet i avtaler etter aml. § 14-6 j og forarbeidsuttalelsene som nettopp legger størst vekt på forutsigbarhet og muligheten til å planlegge hverdagen. Dette tilsier at det i et slikt tilfelle kreves en nærmere spesifisering av plassering av arbeidstid i avtalen enn kun angivelse av når på året man bør forvente uker med mer arbeid.

En løsning kan være å presisere ytterligere i avtalen at i perioder med mindre arbeid vil arbeidstakeren måtte jobbe enten på tirsdager eller torsdager. Akkurat hvilke tirsdager og torsdager det ender opp med å være, vil kunne konkretiseres i arbeidsplanen etter hvert. Dette vil imidlertid gi arbeidstakeren mulighet til å forstå hvordan ordningen skal fungere, og visshet om at han kan finne seg en annen stilling eller påta seg andre forpliktelser de resterende ukedagene. En slik presisering av arbeidstiden vil samsvare godt med innholdskravene som forarbeidene og aml. § 14-6 j gir anvisning på.

Et enklere typetilfelle kan være ordninger med syv dager med arbeid og syv dager arbeidsfri. En avtale kan si at arbeidstakeren skal jobbe fra kl. 10:00 til 16:00 mandag til og med søndag i syv dager for til gjengjeld å ha fri påfølgende uke. En slik fast ordning er nokså klart og

⁶⁸ Prp. L 73 (2017-2018) s. 51

forutsigbar. Arbeidstaker vil kunne planlegge andre forpliktelser basert på en slik ordning selv uten å vite hvilke uker arbeidsplikten kommer til å falle på før senere.

Disse typetilfellene er egnet til å illustrere at det vil være en stor variasjon i hvor detaljerte opplysninger som må fremgå av avtalen for å gi tilstrekkelig grad av forutsigbarhet til arbeidstakeren. Det er viktig i denne forbindelse å minne om at en avtale om gjennomsnittsberegning ikke er ment å gjelde for hele lengden av arbeidsforholdet. En angivelse av lengde og plassering av arbeidstid vil dermed ikke binde partene for hele arbeidsforholdet, men kun for den perioden den gjelder.

Gjennomgangen av forarbeidene viser etter dette at det i utgangspunktet kreves en angivelse i selve avtalen om når på året eller perioden gjennomsnittsberegning arbeidstakeren kan forvente perioder med lengre uker og når med mindre. Hvor konkret disse angivelsene må være vil imidlertid måtte avgjøres basert på målsetningen om å sikre forutsigbarhet. Analysen av de ulike typetilfeller viser at det vil være variasjon i hvor stor grad av presisjon er nødvendig for å sikre forutsigbarhet.

3.5 Adgangen til å henvise til en arbeidsplan, jf. aml. § 10-3

Dette punktet vil behandle spørsmålet om en henvisning til en arbeidsplan, jf. aml. § 10-3, i seg selv vil kunne tilfredsstille innholdskravene i § 10-5 første ledd. Bakgrunnen for dette er uttalelsene i forarbeidene til aml. § 14-6 j, slik de ble sitert i punkt 3.3, hvor det fremgår at

«[s]lik informasjon vil i disse tilfellene kunne gis [...] gjennom **informasjon om og henvisning til en arbeidsplan etter § 10-3** eller til annen arbeidsplan/ordning som gir arbeidstaker forutsigbarhet for når arbeidet skal utføres».⁶⁹

Det er to alternative måter å tolke forarbeidsuttalelsene om henvisning til en arbeidsplan på. Det første alternativet er at det siktes til tilfeller hvor en fullt ut utarbeidet arbeidsplan, som gjelder hele perioden hvor gjennomsnittsberegning av arbeidstid skal gjelde, legges som et vedlegg til avtale ved avtaleinngåelse. I så fall blir den detaljerte planen en del av avtalen. Manglende opplysninger om arbeidstid i hoveddokumentet vil være uten betydning, ettersom det likevel oppgis opplysninger om når arbeidstakeren faktisk skal jobbe ved avtaleinngåelsen. Det andre alternativet er en presisering i avtalen om at arbeidstiden følger av en arbeidsplan *uten* at arbeidsplanen *samtidig* blir vedlagt avtalen. Dette alternativet vil gi større fleksibilitet til arbeidsgiveren ved å gi adgang til å regulere lengden og plasseringen av arbeidstid etter hvert. For arbeidstaker vil dette derimot innebære vesentlig mindre forutsigbarhet.

⁶⁹ Prop. 73 L (2017–2018) s. 27

Spørsmålet i dette punktet er dermed om en henvisning til en arbeidsplan som *ikke legges ved* avtalen ved på avtaleinngåelses tidspunktet, men som skal utarbeides etter hvert, oppfyller innholdskravet til avtaler om gjennomsnittsberegning.

Aml. § 10-3 krever at det utarbeides en arbeidsplan som regulerer «hvilke uker, dager og tider» arbeidstaker skal jobbe dersom arbeidet skal utføres «til ulike tider av døgnet». ⁷⁰ Ifølge forarbeidene skal en arbeidsplan vise den «konkrete fordelingen av arbeidstiden» som arbeidstakeren må forholde seg til, ettersom målet er at arbeidstakeren skal vite «hvilke dager og til hvilke tider vedkommende skal arbeide». ⁷¹ Aml. § 10-3 krever videre at arbeidsplanen drøftes med tillitsvalgte «senest to uker før iverksettelsen», med mindre noe annet følger av tariffavtale. Endringer av arbeidstid kan derfor ikraftsettes tidligst to uker etter drøftelsene. Dersom partene ikke blir enige, har arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett det siste ordet ved fastsettelse av arbeidsplanen. ⁷²

Ordlyden i aml. § 10-5 første ledd stenger ikke for å oppfylle kravet til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning ved å henvise til en arbeidsplan. En uttrykkelig angivelse av «henvisning til en arbeidsplan etter § 10-3» som et alternativ for å gi arbeidstakerne grunnlag til å berge sin arbeidstid i forarbeidene til aml. § 14-6 j, tilsier at en slik henvisning kan være nok til å tilfredsstille lovens krav. En slik fremgangsmåte er nokså praktisk og vil gi arbeidsgiver stor fleksibilitet til å bestemme plasseringen av arbeidstid for arbeidstakerne. For arbeidstakeren vil dette i praksis bety minst to uker forutsigbarhet for når vedkommende vil måtte jobbe eller skal ha fri.

Det er imidlertid flere momenter som peker i retning av at en slik henvisning uten en nærmere presisering ikke vil være nok til å si at kravene til innhold i aml. § 10-5 første ledd er oppfylt.

For det første tilsier sammenhengen mellom kravene til innholdet i arbeidsplan og i arbeidsavtale at en henvisning til en arbeidsplan ikke er tilstrekkelig. Selve eksistensen av bestemmelsen om arbeidsplan i aml. § 10-3, som gir adgang til å presisere arbeidstiden etter hvert i arbeidsforholdet, tilsier at det ikke skal stilles likhetstegn mellom det som kommer frem i avtalen og det som presiseres i arbeidsplanen. I motsatt fall ville § 10-3 vært overflødig.

⁷⁰ Om bestemmelsen omfatter tilfeller hvor det jobbes varierende uke etter uke, men til samme tidspunkter på dagen, har vært problematisert i juridisk litteratur, se Johansen (2020) s. 357 som mener at bestemmelsen gjelder i slike situasjoner, mens Larsen (2004) s. 308 har en annen oppfatning. Av hensyn til plass og sett at dette spørsmålet ikke har direkte betydning for drøftelsen i det videre, vil ikke dette bli nærmere behandlet.

⁷¹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 317

⁷² Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 316

Om forholdet mellom innholdet i arbeidsplaner og i avtaler fremgår det i forarbeidene til §10-3 at

«**[k]ravet til hva arbeidsavtalen** skal inneholde på dette punktet er imidlertid **noe annet enn hva en arbeidsplan skal inneholde**. I arbeidsavtalen vil det være nok med en angivelse om at arbeidstakers arbeidsuke regelmessig skifter mellom for eksempel dag, kveld og natt. Arbeidsplanen skal vise den konkrete fordelingen av arbeidstiden på disse tidspunktene, slik at arbeidstaker vet hvilke dager og til hvilke tider vedkommende skal arbeide».⁷³

Dette betyr at mens avtalen skal sette rammene og hovedlinjene for hvordan arbeidstidsordningen skal praktiseres, skal arbeidsplanen fastsette fordelingen på detaljnivå innenfor tidsrommene som avtalen angir.

Videre trekker funksjonen til en arbeidsplan, noe som har side til det forrige poenget, også i retning av at en henvisning ikke vil være tilstrekkelig for å tilfredsstille innholdskrav. Det er avtalen om gjennomsnittsberegning som skal danne grunnlaget for avvikende arbeidstidsordning og ikke arbeidsplanen. Ved fastsettelse av reglene om gjennomsnittsberegning i 1954 ble det presisert at «fordeling av arbeidstiden ... må [ha] sin hjemmel i en avtale».⁷⁴ I forarbeidene til 1977-loven ble dette videreført ved å slå fast at «arbeidsplan i seg selv ikke gir noen hjemmel for å fravike de alminnelige arbeidstidsbestemmelser» og dersom det skal avtales en ordning med gjennomsnittsberegning av arbeidstid «må reglene i § 47 [nå § 10-5] følges».⁷⁵ En arbeidsplan er etter dette ment utelukkende å angi den praktiske gjennomføringen av det som fastsettes i avtalen. Arbeidsplanen skal forholde seg til det som allerede er fastsatt i avtalen.

Denne arbeidsfordelingen henger sammen med arbeidsgivers styringsrett og begrensningene av den. Plassering av arbeidstiden innenfor den gjeldende eller avtalte arbeidstidsordningen faller som utgangspunkt innenfor arbeidsgiverens styringsrett.⁷⁶ Det er derfor aml. § 10-3 gir arbeidsgiveren adgang til å ensidig fastsette arbeidsplanene ved manglende enighet mellom partene.⁷⁷ Styringsretten begrenses imidlertid av lovverket og ansettelsesavtalen.⁷⁸ Opplysningene om plassering av arbeidstid i avtalen vil dermed danne rammer for arbeidsgivers handlefrihet.

⁷³ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 317

⁷⁴ Arbeidstidkomiteen 1954 (Ot.prp.nr.17 -1958) innstilling s. 135 og 123

⁷⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 65

⁷⁶ Fanebust (2013) s. 208

⁷⁷ Fougner (2019) s. 142

⁷⁸ Fanebust (2013) s. 208

En for konkret angivelse av plassering i arbeidsavtalen vil dermed i større grad begrense arbeidsgiverens adgang til å utøve styringsretten sin.⁷⁹ En for vid eller en manglende angivelse av disse opplysningene fører derimot til at arbeidsgiveren ensidig får fastsette lengde og plassering av arbeidstiden for arbeidstakeren. For at sistnevnte ikke skal skje må rammene fastsettes allerede i avtalen.

Videre er aml. § 14-6 annet ledd relevant ved vurderingen av hvorvidt henvisning til en arbeidsplan vil være tilstrekkelig til å oppfylle innholdskravet i aml. § 10-5 første ledd. Bestemmelsen åpner for at noen av opplysningene oppramset i første ledd, herunder de i bokstav j, kan oppfylles ved å «henvise til lover, forskrifter eller tariffavtaler» som regulerer det gitte forholdet.

En arbeidsplan faller utenfor det som ordlyden direkte åpner for. Forarbeidene til aml. § 14-6 annet ledd sier ingenting om at henvisninger kan gjøres til arbeidsplan. Heller ikke artikkel 2 i Written statement-direktivet, som gjennomføres ved § 14-6, åpner for at en slik henvisning tillates. I juridisk litteratur fremheves det at annet ledd ikke åpner for henvisning til «for eksempel arbeidsreglement, personalhåndbok eller lignende».⁸⁰ Selv om forfatteren ikke nevner arbeidsplan eksplisitt, vil en slik dokument kunne falle i samme kategori. Alternativene som aml. § 14-6 annet ledd nevner sørger, i motsetning til en arbeidsplan, for at ordningen som det henvises til enten er fremforhandlet eller regulert på et høyere nivå. Dette sørger for kontroll av ordningens forsvarlighet. En arbeidsplan som kan utarbeides av arbeidsgiveren alene, vil derimot ikke være undergitt en slik kontroll.

Disse momentene peker i retning av at aml. § 14-6 annet ledd ikke åpner for å kunne oppfylle opplysningsplikten i bestemmelsen ved å henvise til en arbeidsplan. Dette i sin tur taler imot at en slik henvisning kan oppfylle innholdskravene i avtaler om gjennomsnittsberegning.

Dette kan også sees i sammenheng med at det ikke finnes noen deklatoriske rettsregler som kan utfylle avtaler om gjennomsnittsberegning. Som påpekt tidligere, angir aml. § 10-5 første ledd kun de ytre rammene for hva som kan avtales. Innenfor lovens grenser vil det være mulig å plassere arbeidstiden på mange forskjellige måter. I praksis vil manglende fastsatte rammene i avtalen, som påpekt foran, føre derfor til at arbeidsgiveren får ensidig fastsette plassering av arbeidstid. I en slik situasjon vil hele poenget med å kreve avtale for å gjøre unntak fra hovedreglene om arbeidstid bli borte.

⁷⁹ NOU 2004:5 s 271. Se Rt. 2009 s. 1465 (*Seinvakt*) hvor retten kom til at angivelsen i arbeidsavtalen førte til at arbeidsgiveren ikke kunne pålegge de aktuelle arbeidstagerne

⁸⁰ Storeng (2020) s. 66

Ikke minst trekker formålet bak kravene i § 14-6 j annet punktum i retning av at henvisning til en arbeidsplan vil være utilstrekkelig for å oppfylle innholdskravene. Formålet er å i større grad tydeliggjøre kravene til opplysninger i arbeidsavtalen om plassering av arbeidstid for å ivareta forutberegneligheten til arbeidstakerne.⁸¹ Fra forarbeidsuttalelsene fremgikk det at de ulike måtene å oppgi opplysninger på, er jevn gode så lenge opplysningene gir «arbeidstaker **forutsigbarhet** for når arbeidet skal utføres og som utelukker at arbeidstaker må stå til disposisjon hele tiden og likevel ikke være sikret mer enn en deltidsjobb».⁸² Det er langt fra alltid at disse formålene vil kunne oppfylles med en henvisning til en arbeidsplan uten en nærmere regulering av ordningen i selve avtalen. En arbeidsplan som kommer to uker før oppstart, vil for eksempel neppe gi en deltidsansatt anledning til å sikre seg en tilleggstilling på forhånd. Dette vil i sin tur føre til at vedkommende ikke vil ha tilstrekkelig forutsigbarhet og sikkerhet for lønn. Formålet bak aml. § 14- 6 trekker derfor i retning av at en henvisning til en arbeidsplan i seg selv vil være tilstrekkelig til å oppfylle innholdskravet.

Fra det foregående kan det slutes at en henvisning til en arbeidsplan som primært skal utarbeides av arbeidsgiver etter hvert i arbeidsforholdet, ikke vil kunne oppfylle innholdskravene til avtaler om gjennomsnittsberegning. Selv om uttalelsene i forarbeidene isolert sett kan peke i motsatt retning, vil en slik fremgangsmåte i mange tilfeller ikke ivareta lovens formål og sikre tilstrekkelig forutsigbarhet for arbeidstakere. En slik adgang ville gitt arbeidsgiveren en ensidig adgang til å fastsette og endre lengde og plassering av arbeidstid to uker før oppstart av arbeidsoppgaven. I så fall vil meningen med et avtalekrav i aml. § 10-5 første ledd være borte. Dette betyr at rammene for ordningen likevel må fremgå av selve avtalen i tråd med det som har fremkommet av kildene som har blitt behandlet så langt i oppgaven.

3.6 Rettspraksis – forutsigbarhet i praksis

3.6.1 Innledning

Som vist i typetilfellene over, vil det være vanskelig å oppstille generelle krav til innholdet og presisjon for alle tilfeller hvor arbeidstiden skal gjennomsnittsberegnes. I det videre vil jeg forsøke å se hvordan føringene i de hittil drøftede rettskildene har blitt videreutviklet i rettspraksis. Slik det ble nevnt i innledningskapittelet finnes det ikke rikelig med rettspraksis som omhandler oppgavens problemstilling. Det finnes imidlertid noen få avgjørelser fra underinstansene. Som nevnt, vil rettskildeværdien av disse dommene være betydelig mindre og det er neppe anledning til å trekke konkrete rettssetninger fra dem. Likevel vil avgjørelsene kunne være illustrerende for oppgavens første hovedproblemstilling og bidra med noe veiledning.

⁸¹ Prp. L 73 (2017-2018) s. 27

⁸² Prp. L 73 (2017-2018) s. 27

Slik drøftelsene nedenfor vil vise, bærer vurderingene preg av å være konkrete helhetsvurderinger basert på sakenes forhold. Det som imidlertid ser ut til å være en fellesnevner for alle, er den overordnede målsetningen om å sørge for et visst nivå av forutsigbarhet og klarhet for arbeidstakerne, noe som samsvarer godt med det som hittil har blitt drøftet. I sine vurderingen ser domstolene imidlertid ikke ut til å være like opptatt av de mer formelle kravene som ordlyden og forarbeidene kan gi uttrykk for, særlig dersom retten mener at hensynene bak disse kravene er ivaretatt på andre måter. I det videre vil de ulike momentene som ser ut til å være gjengangere undersøkes, for å se hvordan disse brukes til å avgjøre spørsmålet om innholdskrav til avtaler om gjennomsnittsberegning.

3.6.2 Hvem har behov for en ordning med gjennomsnittsberegning?

Et moment som ser ut til å ha stor betydning i rettspraksis er om det er arbeidstaker eller arbeidsgiver som primært ønsker ordningen med gjennomsnittsberegning. Arbeidsgiver vil som regel ofte ønske en ordning med gjennomsnittsberegning basert på virksomhetens behov. For arbeidstakerne vil et ønske om en avvikende ordning om arbeidstid kunne ha bakgrunn i omsorgsforpliktelser, ønske om å kombinere flere ulike deltidsjobber eller muligheten til å besøke et feriehus i utlandet. I slike tilfeller kan det passe bedre med en ujevn fordeling av arbeidsbyrde over en periode.

I Rt-2004-53 (*Cafe X*) la retten spesielt vekt på dette momentet. Retten påpekte at ordningen med gjennomsnittsberegning var avtalt av hensyn til arbeidstakeren som trengte å ha mer fri annenhver uke for å kunne være sammen med barna sine. Ordningen hadde derfor kommet i stand etter forespørsel fra arbeidsgiveren og for å «dekke hans behov» for ekstra fritid. Det var «ikke noe behov hos arbeidsgiver» som gjennomsnittsberegning måtte ivareta. Dette bidro til at det ville være urimelig å underkjenne avtalen. *Cafe X* handler direkte om formkravene til slike avtaler og ikke innholdskrav. Momentene i dommen vil likevel kunne være veiledende for vurderingen av innholdskrav sett i lys av hvor tett sammenheng det er mellom form og innhold og at de som oftest er ment å ivareta de samme grunnleggende hensyn.

Samme momentet ble fremhevet av retten i LB-2014-1176505 (*Bo Bedre*) som nettopp handlet om innholdet. Det var inngått en skriftlig avtale om regulering av arbeidstiden, men den inneholdt kun en gjengivelse av ordlyden i §10-5 uten en nærmere presisering av plasseringen av arbeidstiden. Arbeidstakerne gjorde gjeldene at avtalen måtte anses ugyldig ettersom avspaseringsplanen ikke fremgikk av arbeidsavtalen og at avtalen dermed ikke oppfylte kravene i forarbeidene om at avtalen skal angi «når i året man kan forvente uker med lengre eller kortere arbeidstid [...]».⁸³

⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 317

Etter å ha gått gjennom de faktiske forholdene i saken forelå i saken uttalte retten at «manglende gjengivelse eller omtale av avspaseringsplanen ... ikke er avgjørende for gyldigheten».⁸⁴ Lagmannsretten mente at formålet med uttalelsene i forarbeidene var «kontrollhensyn og partenes behov for klarhet».⁸⁵ Retten mente at disse var tilstrekkelig ivaretatt i denne saken. Et av momentene som ble fremhevet var nettopp at ordningen med gjennomsnittsberegning var «ønsket av» partene i saken. Lagmannsretten tolket med dette uttalelsene om innholds krav i forarbeidene som en måte å oppfylle målsettingene om kontroll og klarhet, heller enn som en angivelse av konkrete betingelser for en gyldig avtale.

I andre arbeidsforhold kan det være virksomhetens behov som krever at det avtales en ordning med gjennomsnittsberegning. Dette var tilfellet i LB-2010-11335 (*Ullevål*) og AR-2019-24 (*Vygruppen*). Begge dommene handler om avtaler om gjennomsnittsberegning med tillitsvalgte etter aml. §10-5 annet ledd, men siden hensynene som begrunner adgangen til gjennomsnittsberegning må antas å være like selv om kravet om avtalepart er strengere, kan de likevel være egnet til å belyse oppgavens problemstilling.

I *Ullevål* kom lagmannsretten til at det ikke var inngått en avtale om gjennomsnittsberegning. Dommen handlet om krav på ordinær overtidsbetaling fremsatt av sykepleierne ved Ullevål universitetssykehus. Av overenskomstene som regulerte forholdene fremgikk det at sykepleierne skulle arbeide 35,5 timer «i gjennomsnitt» og «gjennomsnittlig».⁸⁶ Det forelå imidlertid ikke en skriftlig avtale i tillegg til dette og tillitsvalgte hadde aktivt protestert mot de foreslåtte turnusplanene.

Retten fremhevet at det forelå enighet om at gjennomsnittsberegning er en «nødvendighet og praktiseres ved de aller fleste sykehus», herunder også på Ullevål ved tidligere anledninger.⁸⁷ Hele sykehusets «system[...] er lagt opp slik at det er meningen at arbeidstiden skal gjennomsnittsberegnes».⁸⁸ I tillegg bygget turnusplanen på ønsketurnus som innebærer at sykepleierne selv kunne velge hvordan de vil jobbe i periodene hvor arbeidsgiver mente arbeidstiden skulle gjennomsnittsberegnes. I sin konklusjon om at det ikke var inngått en bindende avtale om gjennomsnittsberegning la lagmannsretten størst vekt på systembetragtninger og lovens formål. En motsatt konklusjon ville undergrave «lovens

⁸⁴ LB-2014-176505

⁸⁵ LB-2014-176505

⁸⁶ LB-2010-11335

⁸⁷ LB-2010-11335

⁸⁸ LB-2010-11335

system» ettersom det er en forutsetning om at «tillitsvalgte går inn og vurderer» den foreslåtte turnusordningen.⁸⁹

I *Vygruppen* var spørsmålet for Arbeidsretten om en bestemmelse i en overenskomst utgjorde en tilstrekkelig hjemmel for arbeidsgiver til å gjennomsnittsberegne den alminnelige arbeidstiden eller om det i tillegg måtte inngås en avtale med tillitsvalgte i virksomheten. Av bestemmelsen i overenskomsten fremgikk det at «arbeidstiden gjennomsnittsberegnes etter reglene i AML § 10-5 (2), på en slik måte at en uke kan inneholde 48 timer».⁹⁰ Tillitsvalgte hadde imidlertid ikke godkjent ruteterminen for konduktørpersonalet. Det var dissens i dommen og flertallet kom til at det må foreligge en egen avtale med tillitsvalgte slik at arbeidsgiveren ikke ensidig kunne pålegge gjennomsnittsberegning basert på formuleringen i overenskomsten.

I denne dommen var det også enighet mellom partene om at det var «helt nødvendig at arbeidstiden for konduktørene i *Vy* gjennomsnittsberegnes». Til tross for dette kom flertallet til at arbeidsgiveren ikke kunne få medhold. Det ble lagt vekt på systembetraktninger og at det ville «harmonere dårlig» med arbeidsmiljølovens bestemmelser som krever «skriftlig avtale med de tillitsvalgte».⁹¹

De forannevnte dommene viser at hvem som har behov for gjennomsnittsberegning av arbeidstid kan ha betydning for innholdskravet. I tilfeller hvor det er arbeidsgiver som initierer gjennomsnittsberegning, skal det tilsynelatende mer til for å akseptere denne ordningen uten helt konkrete holdepunkter for at en slik ordning eksisterer og hva dets nærmere innhold skal være. Er det derimot arbeidstakeren som har et ønske om gjennomsnittsberegning, kan man argumentere med at de grunnleggende hensyn om klarhet og forutsigbarhet lettere vil kunne sies å være oppfylt.

Dette momentet kan sies å henge tett sammen med aml. § 1-9 som slår fast at loven ikke skal kunne avtales til «ugunst for arbeidstakeren». Det foreligger mindre grunner til å underkjenne en avtale på grunn av manglende oppfyllelse av lovens krav dersom avtalen er til gunst for arbeidstaker, ved å dekke hans behov for gjennomsnittsberegningen.

Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at både i *Ullevål* og *Vygruppen* var tillitsvalgtes rolle ved inngåelse av gjennomsnittsberegning etter annet ledd et sentralt moment. Det er viktig å ha dette som et bakteppe ved vektlegging av de to dommene med tanke på avtaler etter første ledd. Det kan ikke utelukkes at de ubestridte behovene til

⁸⁹ LB-2010-11335

⁹⁰ AR-2019-24 avsnitt 4

⁹¹ AR-2019-24 avsnitt 76

virksomheten ville veiet tyngre hvis det dreide seg om en individuell avtale med arbeidstakere og klarhets- og forutsigbarhetshensyn var tilstrekkelig ivaretatt. I *Ullevål*, hvor sykepleierne hadde ønsketurnus og kunne velge hvordan de ville arbeide i perioden som arbeidsgiveren ønsket å undergi gjennomsnittsberegning, kunne man kanskje argumentert for at disse hensyn i hvert fall til en viss grad var ivaretatt.

3.6.3 Kjennskap til og etterlevelse av en avtale om gjennomsnittsberegning

Et annet moment som blir fremhevet i rettspraksis, er om arbeidstakerne hadde kjennskap til og faktisk praktiserte ordningen med gjennomsnittsberegning. Momentet er et utslag av et sentralt avtalerettslig disposisjonskriterium om partenes etterfølgende opptreden, som er egnet til å kaste lys over partenes syn på bindingsspørsmålet på avtaleinngåelsestidspunktet.⁹²

I Rt-2004-53 (*Cafe X*) la retten stor vekt på at ordningen faktisk ble praktisert i to og et halvt år uten noen innvendinger fra arbeidstakeren. Arbeidstakeren var fullt klar over ordningen, hvordan den fungerte og hadde tilsynelatende en fast og forutsigbar ordning. Kontroll- og klarhetshensynene som begrunner skriftlighetskravet, trengte ikke å bli aktivt ivaretatt ettersom det var på det rene at arbeidstakeren både var klar over og fornøyd med ordningen.

Lignende forhold forelå i LB-2014-176505 (*Bo Bedre*). Retten la stor vekt på at det fantes en avspaseringsplan som var ferdigstilt *før* de aktuelle arbeidstakerne hadde «tiltrådt arbeidsforholdet», og som partene var «kjent med».⁹³ Det var videre bevist, basert på opplysningene i timelistene, at partene «faktisk avspaserte i henhold til avspaseringsplanen».⁹⁴ Ettersom det fantes en avspaseringsplan som partene både var kjent med og faktisk hadde praktisert, kunne retten ikke legge til grunn at manglende omtale av plasseringen av arbeidstid eller avspaseringsplanen i avtalen hadde gått utover forutsigbarheten til partene i dette tilfellet.

Disse sakene illustrer at i tilfeller hvor det er klart beviselig at partene har vært godt kjent med ordningen og praktisert den over en periode, selv uten nærmere regulering i avtalen, vil det være av mindre betydning at avtalen om gjennomsnittsberegning ikke regulerer ordningen nærmere.

3.6.4 Tidspunktet for fremsettelse av kravet

Et moment som henger tett sammen med det forrige punktet, er tidspunktet for når krav om overtidsbetaling med påstand om at det ikke forelå en avtale om gjennomsnittsberegning blir fremsatt.

⁹² Woxholth (2021) s. 117

⁹³ LB-2014-176505

⁹⁴ LB-2014-176505

I Rt-2004-53 (*Cafe X*) jobbet arbeidstakeren i flere år og var klar over og praktiserte en ordning med gjennomsnittsberegning uten å ha kommet med innvendinger. Kravet på overtidsbetaling ble fremsatt etter arbeidsforholdets slutt. Retten mente at skriftlighetskravet blir «strukket urimelig langt» hvis den tidligere arbeidstakeren skulle få medhold i sitt krav, og presiserte at skriftlighetskravet hadde et «annet siktemål enn å ivareta arbeidstakerens økonomiske interesser i en situasjon som her».⁹⁵ Uten at dette uttales uttrykkelig, tilsier vurderingen at retten mener at fremsettelsen av kravet til en viss grad bærer preg å være et forsøk på å oppnå økonomisk vinning ved å misbruke sin stilling som den svakere parten i et arbeidsforhold.

I LB-2014-176505 (*Bo Bedre*) uttalte retten med henvisning til *Cafe X* at det også i denne saken var på det rene at kravet var «framsatt lenge etter at arbeidsforholdet var avsluttet».⁹⁶ Det var bevist at arbeidstakerne gjennom hele arbeidsforholdet hadde vært kjent med ordningen og hadde avspasert i tråd med denne. Arbeidstakerne hadde imidlertid ikke fremsatt noen innvendinger underveis i arbeidsforholdet som kunne gi en indikasjon på uenighet med hvordan arbeidstidsordningen hadde blitt praktisert.

Basert på dette vil tidspunktet for fremsettelse av kravet kunne gi en indikasjon på intensjonene til den som gjør kravet om overtidsbetaling gjeldende. Dersom kravet fremsettes en stund etter at arbeidsforholdet er avsluttet, uten at det har kommet noen innvendinger mot ordningen underveis, vil det tale mot ugyldighet. Foreligger det derimot innvendinger fra arbeidstakeren underveis i arbeidsforholdet vil det i større grad være en indikasjon på en reell uenighet mellom partene om hvorvidt det er inngått en avtale om gjennomsnittsberegning.

Dette momentet må imidlertid brukes med forsiktighet. I de fleste arbeidsforhold vil styrkeforholdet oppleves som ganske ujevnt og dette skal ikke undervurderes. Det kan være svært krevende for en arbeidstaker som er uenig eller misfornøyd med måten arbeidstidsordningen fungerer å ta dette opp med sin eksisterende arbeidsgiver. Man vil ikke risikere arbeidsforholdet som sådan.

3.6.5 Tilstrekkelig klarhet om unntaksordningen

Hvor klart det kommer frem i avtalen at det avtales gjennomsnittsberegning som er et unntak fra hoveddelen, var et sentralt moment i TOSLO-2012-207576 (*Citymaid*) og TSAFO-2009-130124 (*Sandefjord*).

⁹⁵ Rt-2004-53 avsnitt 39

⁹⁶ LB-2014-176505

I *Citymaid* var arbeidsforholdet til arbeidstakerne som fremsatte krav på overtidsbetaling, regulert i to ulike ansettelsesavtaler. Den ene avtalen regulerte arbeidsforholdet frem til 1. oktober 2011, mens den andre avtalen regulerte perioden etter denne datoen. Begge ansettelsesavtaler ble av arbeidsgiver påberopt som avtaler om gjennomsnittsberegning.

Den første arbeidsavtalen regulerte ikke selve ordningen med gjennomsnittsberegning, men henviste til et arbeidsreglement hvor det i punkt 3 var en klausul om arbeidstid. Klausulen fastsatte at arbeid kan tildeles mellom kl. 7:00 og 22:00. Så sto det at den «gjennomsnittlige arbeidstiden pr uke vil variere», men at det vil være 37,5 timer ved gjennomsnittsberegning over en periode på 52 uker. Arbeidsgiveren mente at det var inngått individuelle avtaler som følge av underskriving av arbeidsreglementet.

Retten kom til at det ikke ble inngått en avtale om gjennomsnittsberegning ved den første avtalen. Dette ble begrunnet i at klausulene i arbeidsreglementet som omhandlet gjennomsnittsberegning «ikke er tilstrekkelig klare».⁹⁷ Formuleringen i klausulen ga «ikke klart inntrykk av at det avtales en ordning» som avviker fra normalordningen i loven.⁹⁸ Dette illustrerer at når det avtales en ordning som vil kunne være mindre gunstig for arbeidstakeren, vil det stilles større krav til avtalen enn ellers. Uklarhet om at det avtales et unntak vil kunne føre til at en arbeidstaker ikke forstår hva vedkommende samtykker til. I slike tilfeller vil det være vanskelig å si at det foreligger enighet og dermed en avtale om gjennomsnittsberegning.

Retten mente at arbeidstakerne ikke hadde «noen særlig foranledning til å finlese» arbeidsreglementet ettersom arbeidstid også var omtalt i hovedavtalen.⁹⁹ Et vedlegg til ansettelsesavtalen som signeres samtidig vil fort kunne anses som en del av avtalen og arbeidstakere må forventes å også sette seg inn i disse. I praksis vil vedlegget imidlertid få mye mindre oppmerksomhet enn det som fremstår som hoveddokumentet. I en situasjon hvor det avtales et unntak og det dermed er større behov for klarhet rundt avtalebetingelsene, vil det være nærliggende at dette blir klargjort i større grad allerede i hoveddokumentet.

Forholdet fra oktober 2011 og utover var regulert noe annerledes. I avtalen ble det kort presisert at gjennomsnittsberegning av arbeidstid ville gjelde. Det ble imidlertid henvist til «Tilleggsavtale til ansettelseskontrakt». Sistnevnte fremhever klarere at det inngås en avtale om gjennomsnittsberegning og presenterer kort de ytre rammene for ordningen uten å regulere hvordan ordningen vil se ut for den enkelte arbeidstaker. Tilleggsavtalen henviste til en arbeidsplan for en nærmere regulering av arbeidstid.

⁹⁷ TOSLO-2012-207576 punkt 4.1.2

⁹⁸ TOSLO-2012-207576 punkt 4.1.2

⁹⁹ TOSLO-2012-207576 punkt 4.1.2

Angående denne avtalens gyldighet delte retten seg i et flertall og et mindretall. Det fremgår ikke helt klart av premissene, men det ser ut til å være enighet mellom fraksjonene om at avtalen og tilleggsavtalen kunne være nok. Flertallet kommenterte heller ikke direkte hva som gjorde at den anså den andre avtalen som gyldig. Det kan med forsiktighet presumeres at dette var fordi arbeidstakeren ved en klarere angivelse og et tilleggsdokument som heter «tilleggsavtale» i mye større grad ble gjort oppmerksom på at det ble avtalt en ordning.

Det springende punktet for dissensen ser ut til å være tolkning av «til ulike tider på døgnet», jf. aml. § 10-3. Flertallet, som mente at det ikke forelå krav på arbeidsplan i tilfeller som det saken gjaldt, drøftet imidlertid ikke om mangelen på arbeidsplan ville kunne føre til ugyldighet av avtaler om gjennomsnittsberegning i tilfeller hvor arbeidstakere uomtvistet jobber «til ulike tider på døgnet».

Videre kommenterte flertallet at ettersom arbeidsavtalen «ikke angir når i året man kan forvente uker med lengre eller kortere arbeidstid» slik som aml. § 14-6 j krever, forelå det en «mangel».¹⁰⁰ Dette var imidlertid etter rettens mening ikke egnet til å påvirke gyldigheten av de inngåtte avtalene om gjennomsnittsberegning.

Både flertallet og mindretallet var derimot enige om at det ikke forelå en gyldig avtale om gjennomsnittsberegning for arbeidstakere som kun hadde signert arbeidsavtalen, og ikke tilleggsavtalen som nærmere presiserte hva gjennomsnittsberegning gikk ut på. Dette til tross for at det i den nye ansettelsesavtalen kom frem at «virksomheten benytter seg av gjennomsnittsberegning av arbeidstiden».

Det som ble avgjørende i dommen var altså hvor klart det ble formidlet til arbeidstakeren at han samtykket til at det ble gjort unntak fra normalordningen. Dette harmonerer godt med kravene og målsetningene som det hittil har blitt gjort rede for. Det gir ikke mening å vurdere ytterligere krav til innhold i situasjoner hvor arbeidstakeren ikke engang har blitt gjort tilstrekkelig oppmerksom på at vedkommende samtykker til avvik fra normalordningen.

Lignende synspunkter kom frem i *Sandefjord*. Et av spørsmålene i saken var om det var sannsynliggjort at det ble inngått avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstakerens alminnelige arbeidstid. Det forelå ingen skriftlig avtale om dette, men arbeidsgiver påsto at det var inngått en muntlig avtale mellom partene. Subsidiært anførte arbeidstakeren at en eventuell avtale måtte anses ugyldig fordi den ikke var skriftlig. Det var bevist og lagt til grunn at arbeidstakeren hadde fått beskjed av arbeidsgivers representant om at vedkommende

¹⁰⁰ TOSLO-2012-207576 punkt 4.1.2

måtte påregne å jobbe kvelder og helger, men at han kunne avspasere. Tingretten kom til at det ikke var inngått avtale om gjennomsnittsberegning.

I vurderingen la retten stor vekt på at arbeidsgiveren ikke hadde «gitt tilstrekkelig informasjon om [at] det her er tale om en ordning som er et unntak fra lovfestede arbeidstidsbegrensninger».¹⁰¹ Det ble videre uttalt at å formidle informasjonen «om at saksøker må påregne å jobbe både kveld og helgearbeid, kan ikke anses som tilstrekkelig».¹⁰²

Det fremgår av det siterte at retten mente at det gjelder visse minstekrav til opplysninger som må være formidlet til en arbeidstaker for at det skal sies å være inngått en avtale. En generell bemerkning om at vedkommende må påregne å jobbe utover normal arbeidstid uten nærmere forklaring av hva dette innebærer og hvordan det skal ordnes, vil neppe være tilstrekkelig. En slik formulering er uegnet for å forklare arbeidstakeren at det ikke er snakk om sporadisk overtid ved behov, men en grunnleggende endring av hovedreglene om den alminnelige arbeidstid.

Ved å kreve at arbeidstakeren på en tydelig måte må gjøres oppmerksom på at avtalen gjelder et unntak fra en klar hovedregel, illustrerer retten i begge disse sakene at det stilles visse minstekrav til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning. Arbeidstakeren må gjøres oppmerksom på en klar måte at det avtales et unntak og hva dette innebærer. Et slikt klarhetskrav er tett knyttet opp til hensynene til forutsigbarhet som er gjennomgående i rettskildene som omhandler avtaler om gjennomsnittsberegning. Første steg for å oppnå forutsigbarhet i arbeidshverdagen er å få klarhet i hvilke betingelser, herunder arbeidstidsordning, skal gjelde.

I begge dommene knyttes det bemerkninger til hvordan informasjonen har blitt formidlet til arbeidstakeren. I *Citymaid* kommenterte retten at formuleringen om gjennomsnittsberegning var «gjemt bort midt i et punkt» som også omhandlet andre elementer om arbeidstid.¹⁰³ I *Sandefjord* uttalte retten at ettersom «avtaleinnholdet heller ikke på en ryddig måte er kommunisert», kunne ikke en avtale anses «inngått og akseptert av» arbeidstakeren.¹⁰⁴ Disse argumentene knytter seg i utgangspunktet til avtalens form og ikke innholdet. Dette illustrerer imidlertid hvor tett form og innhold i slike tilfeller kan være, fordi en kort klausul som er gjemt bort heller ikke avklarer noe om innholdet av en avtale eller gir arbeidstakeren mulighet til å kunne forstå og eventuelt akseptere ordningen.

¹⁰¹ TSAFO-2009-130124

¹⁰² TSAFO-2009-130124

¹⁰³ TOSLO-2012-207576 punkt 4.1.2

¹⁰⁴ TSAFO-2009-130124

At arbeidsavtaler inneholder standardiserte formuleringer som bare gjengir lovtekst eller henviser til et komplisert og utilgjengelig reglement, kan skyldes at virksomheter ofte nettopp benytter standardiserte avtaler ved alle nye ansettelser. På den ene siden øker standardisering effektivitet og forenkler ansettelsesprosessen.¹⁰⁵ På den andre siden kan det føre til at avtalens innhold verken blir forhandlet om i tilstrekkelig grad, eller at partenes rettigheter og plikter blir tilstrekkelig godt presisert.¹⁰⁶ Det kan her føres paralleller til avtalerettens regler om avtalebinding ved overaskende standardvilkår.

I avtaleretten er det lagt til grunn at dersom standardvilkårene kommer frem i tilbudet og blir akseptert uten innvendinger, vil vilkårene i utgangspunktet være bindende.¹⁰⁷ Fra dette er det imidlertid gjort visse reservasjoner, herunder for såkalte overaskende standardvilkår.¹⁰⁸ Vilkår vil kunne sies å falle under denne kategorien dersom de er presentert på en måte som gjør at medkontrahenten «ikke har hatt rimelig mulighet til å forstå at de er tenkt som del av avtalen» og hvor vedkommende ikke har hatt «rimelig mulighet til å forstå hva de inneholder».¹⁰⁹

En sentral dom som tar dette opp, er Rt-2004-675 (*Agurkpinnedommen*). Retten fremhevet at en ansvarsbegrensningsklausul ikke kunne anses for å være vedtatt og påpekte at den ikke var «gitt noen fremtredende plass», men var inntatt i sluttseddelen mellom bestemmelser som gjaldt andre forhold.¹¹⁰ Klausulen hadde ikke blitt «omtalt i forhandlingene» og i tillegg innebar den «en betydelig overføring av risiko» mellom partene.¹¹¹

På lignende måte foreligger det i arbeidsforhold en viss forventning om hva en arbeidsavtale skal inneholde. Gjennomsnittsberegning er et vesentlig, men lite forståelig, unntak fra normalordningen som vil kunne oppleves som en ulempe. Mange arbeidstakere er ikke klar over at ordningen finnes og hvilken form den kan ha. Dette gjelder også arbeidstakere som har vært en del av norsk arbeidsliv i mange år. Det er vanskelig for den alminnelige arbeidstakeren å fange opp at han samtykker til en avvikende ordning med mindre dette kommer relativt klart frem. Det er klart at manglende forståelse av hva som står i egen arbeidsavtale ikke uten videre kan føre til at man er ubundet av visse vilkår. Likevel vil en nokså kortfattet formulering uten nærmere forklaring, fordre nesten at man er aktivt ute etter å

¹⁰⁵ Storeng (2020) s. 60

¹⁰⁶ Storeng (2020) s. 60

¹⁰⁷ Woxholth (2021) s. 180

¹⁰⁸ Woxholth (2021) s. 180

¹⁰⁹ Woxholth (2021) s. 180

¹¹⁰ Rt-2004-675 avsnitt 73

¹¹¹ Rt-2004-675 avsnitt 73

finne ut om det er avtalt noe form for gjennomsnittsberegning for at man skal klare å fange det opp.

Vurderingene og konklusjonene i *Citymaid* og *Sandeffjord* kan sies å være i tråd med dette poenget. Ved vurdering av gyldigheten av avtaler om gjennomsnittsberegning bør det vises tilbakeholdenhet med å akseptere ordningen når beskrivelsen av den er «gjemt bort midt i et punkt som omhandler andre elementer» eller det «ikke på en ryddig måte er kommunisert til arbeidstaker»¹¹² at det gjelder «et unntak fra lovfestede arbeidstidsbegrensninger».¹¹³

3.6.6 Muligheten til å kontrollere og ivareta sine interesser

Kravet til avtale i § 10-5 har, som nevnt, sin bakgrunn i at gjennomsnittsberegning er et unntak og ikke ensidig kan fastsettes av arbeidsgiveren. Avtaleinngåelsen gir arbeidstakeren anledning til å ivareta sine interesser og hensynene til å «sikre trygge ansettelsesforhold» jf. aml. § 1-1. I innstillingen fra Arbeidstidskomiteen av 1954 ble det uttalt at det må «antas at kravet om avtale gir tilstrekkelig garantier mot at arbeiderne blir påtvunget ordninger som strider mot deres interesser».¹¹⁴ Gjennom krav på en avtale, skal arbeidstakerne kunne kontrollere ordningen som arbeidsgiver foreslår.

At avtaler om gjennomsnittsberegning ikke ble ansett å være inngått i tilfeller hvor kontroll med disse ikke var mulig kan man finne eksempler på i rettspraksis. I AR-2019-24 (*Vygruppen*) og LB-2010-11335 (*Ullevål*) la retten stor vekt på nettopp formålet bak avtalekravet. I *Ullevål* fastslo retten at dersom det skulle aksepteres at den generelle ordlyden i overenskomsten ga adgang til arbeidsgiveren å gjennomsnittsberegne arbeidstiden, ville dette være «undergraving av lovens system» som forutsatte at tillitsvalgte «må godkjenne en gjennomsnittsberegning av arbeidstiden».¹¹⁵ Poenget var at tillitsvalgte måtte gå «inn og vurdere» den foreslåtte turnusordningen.¹¹⁶ I motsatt fall ville ikke hensynene bak reglene være ivaretatt.

Den samme tankegangen ble lagt til grunn i *Vygruppen*. Selv om ordlyden i overenskomsten isolert sett kunne tyde på at arbeidsgiveren hadde fått rett til å fastsette arbeidstidsordningen, ville dette frata tillitsvalgte den rollen som de var forutsatt å skulle utøve av bestemmelsen.

Begge dommene handler om avtaler om gjennomsnittsberegning etter § 10-5 annet ledd, det vil si avtaler om gjennomsnittsberegning mellom arbeidsgiver og arbeidstakerens tillitsvalgte.

¹¹² TOSLO-2012-207576

¹¹³ TSAFO-2009-130124

¹¹⁴ Arbeidstidskomiteen 1954 s. innstilling s. 123

¹¹⁵ LB-2010-11335

¹¹⁶ LB-2010-11335

Selv om de dermed ikke er direkte relevante for individuelle avtaler om gjennomsnittsberegning med arbeidsgiver, vil de samme hensynene gjøre seg gjeldende, og Arbeidsrettens argumentasjon om spørsmålet vil derfor ha verdi. Arbeidstakerne må ha nok opplysninger for å kunne ivareta sine interesser ved inngåelse av individuelle avtaler med arbeidsgiver, slik som tillitsvalgte må ha ved inngåelsen av kollektive avtaler.

Avgjørelsene illustrer hvordan formålet bak bestemmelsen og loven vil vær et vesentlig moment ved kartleggingen av innholdskravene. Det må foreligge tilstrekkelig med opplysninger i avtalen for at den det gjelder skal forstå hvordan ordningen kommer til å bli praktisert og være i stand til å ivareta sine interesser. Ulike typer arbeidsforhold danner ulike utgangspunkt for hvor mye som bør være avklart for å kunne danne tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for den enkelte arbeidstaker. Det vil derfor, som påpekt før, naturligvis være en stor variasjon i hvilke krav det stilles til innholdet i avtaler. Dette samsvarer godt med det som har kommet frem som følge av drøftelsene av de andre rettskildene så langt.

3.6.7 Sammenfatning

Den gjennomgåtte rettspraksisen viser at vurderingen av om det er «avtalt» gjennomsnittsberegning etter § 10-5 første ledd, ofte vil være gjenstand for en konkret helhetsvurdering. Det er likevel noen generelle retningslinjer som kan trekkes fra dommene. Det ser ut til å være enighet om at arbeidstakeren i det minste må gjøres bevisst på og klar over at avtalen er en unntaksordning fra hovedreglene om arbeidstid. I tilfeller hvor dette kravet ikke er oppfylt har det formodningen mot seg at det foreligger en gyldig avtale. Utover dette vil man måtte se på de konkrete forholdene i den aktuelle saken for å kartlegge om arbeidstakernes interesser er tilstrekkelig ivaretatt. I den sistnevnte vurderingen vil man kunne se på noen av momentene som går igjen i praksis. Jo flere argumenter som peker i retning av at arbeidstakerens interesser er ivertatt på andre måter, desto mindre skal det til før man kan si at det foreligger en gyldig avtale om gjennomsnittsberegning, selv med nokså beskjeden regulering i avtalen. Selv de nokså konkrete kravene som oppstilles i forarbeidene, vil kunne vike dersom forholdene i saken tilser at det ikke foreligger like stort behov for dem for å ivareta arbeidstakerens interesser.

3.7 Oppsummering

Problemstillingen i dette kapittelet var om det stilles minstekrav til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning etter aml. § 10-5 første ledd, og i så fall hvilke krav som stilles.

Gjennomgangen av rettskilder har vist at selv om ordlyden i aml § 10-5 tilsynelatende ikke stiller ytterligere krav til avtalen enn skriftlighet, stilles det likevel visse minstekrav til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning utover en ren angivelse av at ordningen skal

gjelde. Dette underbygges av at det i de øvrige kildene lar seg identifisere visse retningslinjer for hva slags krav dette kan være.

Hvilke krav til innhold det stilles, finnes det ikke et entydig svar på. Det er imidlertid mulig å oppstille noen utgangspunkter basert på de rettskildene som omtaler dette spørsmålet.

I det minste må lengden på perioden når gjennomsnittsberegning kommer til å gjelde presiseres. Dette er helt avgjørende for at arbeidstakeren skal kunne ha oversikt over sine eventuelle krav på overtidsbetaling, men også for forutsigbarheten som sådan. Videre er det mulig å utlede et krav til angivelse av opplysninger om når i løpet av denne perioden arbeidstaker bør forvente uker med mer arbeid og når han kan forvente perioder med mindre arbeid. Arbeidstakeren skal med dette kunne få en oversikt over hvordan perioden kommer til å se ut med tanke på fordeling av arbeidsmengde, og dermed settes i stand til å kunne planlegge sin hverdag.

Hvor spesifikke disse angivelsene må være, lar seg ikke utlede av de gjennomgåtte rettskildene. Det vil imidlertid neppe kunne gis et konkret svar sett i lys av hvor mangfoldig arbeidsforholdene i dagens samfunn er. Hensynet til klarhet og forutsigbarhet, som ser ut til å være helt fremtredende og styrende for kravene slik de blir presisert i rettskildene, vil likevel kunne gi noe veiledning. Derfor vil det i noen ansettelsesforhold, stilles høyere krav til reguleringene i avtaler, enn i andre.

Gjennomgangen av avgjørelsene viser at disse utgangspunktene ikke trenger å være noe mer enn nettopp det, utgangspunkter. Hensynet til forutsigbarhet og klarhet har også vært fremtredende for de ulike instansene som har avsagt avgjørelsene. Til tross for at disse avgjørelsene har en begrenset rettskildemessig verdi er de egnede til å illustrere hvordan disse grunnleggende hensyn slår ut i praksis. I tilfeller hvor behovet for forutsigbarhet og klarhet ikke er like stort, eller blir ivaretatt på andre måter, vil det neppe stilles strenge krav. Disse hensyn kan være ivaretatt fordi det er arbeidstaker selv som har ønsket ordningen eller fordi den uten innvendinger har blitt praktisert ubestridt i flere år. I andre situasjoner, der behovet er større enn til vanlig, for eksempel på grunn av en komplisert turnus ordning, vil kravene kunne skjerpes for å kunne i tilstrekkelig grad verne arbeidstakeren.

4 Er norsk rett forenlig med krav som stilles i Opplysningsdirektivet?

4.1 Innledning

Temaet for oppgavens andre del er om kravene som stilles til innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning etter norsk rett er forenlige med det ennå ikke implementerte Opplysningsdirektivet om tydelig og forutsigbare arbeidsvilkår (EU) 2019/1152, eller om gjennomføringen krever endring i norsk rett.

4.2 Opplysningsdirektivet: Bakgrunn og formål

Direktivets formål er å «forbedre arbeidsvilkårene ved at fremme mere gennemsiktig og forudsigelig ansættelse», men likevel slik at «arbejdsmarkedets tilpasningsevne sikres», jf. artikkel 1. Det er hensynet til å sørge for gode vilkår for de enkelte arbeidstakerne på den ene siden og hensynet til fleksibilitet i arbeidsforholdet på den andre siden som styrer direktivets utforming. Bakgrunnen for direktivets utvikling er at det har oppstått mange ulike og nye former for arbeidsforhold som skiller seg fra det som lenge har blitt ansett som normalordningen. Dette tar særlig sikte på deltidsansettelser og midlertidige ansettelser som kan være av mange forskjellige typer, men også arbeidsforhold ellers med uforutsigbare arbeidsforhold.¹¹⁷

Det er artikkel 10 som er den mest aktuelle for problemstillingen i denne oppgaven og heter «Minimumsforudsigelighed i arbejdet». Bestemmelsen gjelder arbeidstakere med «helt eller overvejende uforudsigeligt» arbeidsmønster. Ordlyden tilsier at det her siktes til arbeidsforhold hvor det ikke eksisterer en fast arbeidstidsordning med regulære mønstre, slik at arbeidstiden vil variere. Arbeidstakere som får arbeidstiden sin gjennomsnittsberegnet, vil dermed være omfattet.

Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår for når arbeidstakere i slike situasjoner kan pålegges å utføre arbeidsoppgaver. Det første vilkåret er at arbeidet finner sted innenfor «forudbestemte referencetimer og referencedage», jf. artikkel 10 nr. 1 bokstav a. Det andre vilkåret er at arbeidstakeren innen «en rimelig varslingsperiode» skal bli opplyst om arbeidsoppgaven av sin arbeidsgiver, jf. artikkel 10 nr. 1 bokstav b. I sin angivelse av disse vilkårene henviser artikkel 10 til artikkel 4. Artikkel 4, om «Opplysningspligt», regulerer hvilke «væsentlige punkter» arbeidsgiveren plikter å underrette arbeidstakeren om i ansettelsesforholdet. Denne bestemmelsen viderefører alle de samme kravene som ble stilt til avtaler i Written statement-direktivet artikkel 2, i tillegg til å presentere noen ytterligere krav.

¹¹⁷ Notat EU 2019/1152

Når det gjelder opplysninger om arbeidstid, skiller bestemmelsen mellom tilfeller hvor arbeidstiden for det meste er forutsigbar og tilfeller der arbeidsmønsteret er «helt eller overvejende uforutsigelig», jf. henholdsvis artikkel 4.2 bokstav i) og m). Det er sistnevnte artikkel 10 henviser til og som dermed er aktuell for denne vurderingen. Bestemmelsen oppstiller mer detaljerte krav til opplysninger for å ivareta hensynet til forutsigbarhet hos den enkelte arbeidstaker.

4.3 Forutbestemte referansetimer og referansedager

Det fremgår av artikkel 4 nr. 2 bokstav m (ii) at arbeidsavtalen skal informere om «referencetimer og -dage» når arbeidstaker kan pålegges arbeid. Spørsmålet blir deretter hvor detaljert disse opplysningene må være. Dette reiser særlig to spørsmål. For det første må det klargjøres hva direktivet mener med «referencetimer og -dage», det vil si om disse skal være de konkrete tidspunkt eller tidsrammer som arbeid kan finne sted innenfor. Dersom det kun kreves et tidsrom hvor arbeid kan finne sted uten at arbeidet skal strekke seg utover hele tidsrommet, blir det spørsmål om hvor brede disse tidsrammene kan være.

4.3.1 Krav om konkrete tidspunkt eller tidsrammer?

Problemstillingen kan illustreres ved et eksempel om en deltidsansatt som får arbeidstiden sin gjennomsnittsberegnet slik at vedkommende har uker med flere arbeidsdager og uker med færre arbeidsdager. Kan arbeidsgiver skrive at arbeidstakeren forventes å jobbe i tidsrommet mandag til fredag kl. 06:00 – 20:00 dersom vedkommende faktisk kommer til å jobbe kun tre dager med 9 timer som faller innenfor den oppgitte tidsrammen. Alternativet er at arbeidsavtalen slår konkret fast at arbeidstakeren skal jobbe mandag kl. 06:00 til 16:00, onsdag kl. 10:00 til 20:00 og fredag kl. 12:00 til 20:00.

Formuleringen «referencetimer og -dage» er vid og kan i utgangspunktet tolkes til støtte for begge alternativene. Litt mer veiledning angående forståelsen av kravene i artikkel 4 kan man finne i direktivets artikkel 2 bokstav b som definerer referansetimer og dager som «**tidsintervaller på bestemte dage**, hvor arbejdet kan finde sted efter anmodning fra arbejdsgiveren». Når det står at det er «tidsintervaller» taler dette imot høy grad av presisjon. En vanlig språklig forståelse av tidsintervall er nettopp det motsatte av en konkret avgrenset og fastsatt tidsperiode. Dette trekker i retning av at det aksepteres angivelse av et litt videre tidsrom der arbeidet kan gjennomføres, uten at arbeidet nødvendigvis vil strekke seg over hele den angitte perioden.

«[B]estemte dage» trekker isolert sett i retning av høye krav til presisjon. At det skal oppgis bestemte dager, kan bety at det ikke er tilstrekkelig å si mandag til fredag, men må presiseres at vedkommende skal jobbe for eksempel på mandager, onsdager og fredager. Tolkningen som innebærer at man kan angi et overordnet tidsrom der arbeidet skal gjennomføres, vil gi

størst fleksibilitet til arbeidsgiveren. For arbeidstakeren vil dette neppe føre til særlig forutsigbarhet, bortsett fra i tilfeller der arbeidstakeren selv kan definere når – innenfor den angitte perioder – arbeidet skal gjennomføres.

Det er imidlertid interessant at definisjonene i artikkel 2 snakker om bestemte dager, men sier ikke noe mer om referansetimen som ifølge direktivet også skal fremgå av arbeidsavtalen. Dette kan tas til inntekt for at direktivet stiller større krav til presisering av hvilke dager man må forvente å jobbe, enn til hvilke timer man kan forvente å jobbe i løpet av disse dagene. Denne tolkningen støttes både av at det er lettere for arbeidsgiver å ha oversikt over dager, og av at det er særlig viktig for arbeidstaker å vite hvilke dager vedkommende skal ha fri.

At det ikke kreves eksakt angivelse av når arbeidstakeren skal jobbe på den gitte dagen, men holder med bredere tidsrom, kan med forsiktighet også konkluderes ved å sammenligne definisjonene med det som fremgår av artikkel 2 bokstav a. Av den fremgår det at med «tidsplan for arbeidet» menes plan for fastleggelse av hvilke «klokkeslæt og dage arbeidet begynner og slutter». Når denne bestemmelsen snakker om klokkeslett er det nærliggende å anta at dette er noe annet enn intervaller. Samme konklusjon kan trekkes ved å sammenligne kravene i selve artikkel 4 hvor det fremgår av iii at det skal fastsettes «minimumsvarslingsperiode» som arbeidstaker skal ha før en arbeidsoppgave skal påbegynnes. Dette trekker i retning av at det innenfor de intervallene som fastsettes skal etter hvert presiseres når konkret arbeidstakerne skal jobbe.

Videre kan også fortalen kaste lys over hvordan direktivets bestemmelser skal tolkes. EU-domstolen ved flere anledninger presisert at fortalen ikke er rettslig bindende.¹¹⁸ Dette innebærer at det ikke lar seg utlede rettigheter og plikter fra selve fortalen. Likevel anses fortalen å kunne være veiledende ved tolkning av EØS-rettslige bestemmelser.¹¹⁹ I fortalens avsnitt 31 fremgår det at med referansetimer og dager menes «tidsintervaller, inden for hvilke arbeidet kan finde sted efter anmodning fra arbejdsgiveren». Ordlyden i dette avsnittet kan sies å være litt rundere. Det står ikke at det må oppgis bestemte dager, det er nok med tidsintervaller «inden for hvilke» arbeidet skal utføres.

Avsnitt 21 i fortalen kan også belyse spørsmålet om angivelse av tidspunktet for arbeidstiden i henhold til direktivet. Her kommer det frem at tilfeller hvor det ikke er mulig å ha en «fast tidsplan», skal arbeidsgiver informere arbeidstaker hvordan arbeidstiden skal fastlegges herunder «hvilke tidsintervaller de kan blive kaldt». Som det ble presisert foran krever en tidsplan etter direktivet en nokså konkret angivelse av «klokkeslæt og dage arbeidet begynner

¹¹⁸ C-345/13 *Karen Millen Fashions Ltd mod Dunnes Stores og Dunnes Stores (Limerick) Ltd.* avsnitt 31

¹¹⁹ Sejersted (2011) s. 57

og slutter».¹²⁰ I de tilfeller hvor dette ikke lar seg gjøre på grunn av «beskæftigelsens art», vil det være adgang til å angi litt mindre konkrete angivelser i form av tidsintervaller.¹²¹ I dette tilfellet vil det avgjørende være om «beskæftigelsens art» gjøre dette nødvendig.

Som en oppsummering, kan man argumentere for at ordlyden i artikkel 4 sett i sammenheng med de andre bestemmelsene, stiller strenge krav til at arbeidsgiver må oppgi de bestemte dagene når arbeidstakeren skal jobbe. I tillegg skal det oppstilles visse tidsrammer som arbeidstakeren skal utføre arbeidet innenfor, uten at de konkrete klokkeslett nødvendigvis må være oppgitt. I tilfeller hvor det lar seg gjøre, skal start og slutt tidspunktet presiseres konkret. I tilfeller hvor dette ikke lar seg gjøre på grunn av «beskæftigelsens art» vil det være tilstrekkelig med tidsintervaller.

En slik tilnærming ligner på kravene som ble utledet fra de relevante rettskildene i forrige kapittel om krav til innholdet etter norsk rett. Både norsk intern rett og Opplysningsdirektivet ser ut til å kreve angivelse av friere rammer for så å presisere disse nærmere etter hvert i arbeidsforholdet.

4.3.2 Tidsintervaller basert på virksomhetens art

Det neste spørsmålet blir dermed hvor presise eller brede slike tidsintervaller kan være. Ordlyden i artikkel 4 nr. 2 bokstav m (ii) sier ingenting direkte om dette. Basert på uttalelsen i fortalen, er det «beskæftigelsens art» som vil være styrende for hvilke krav til konkretisering som stilles.

Formålet med disse reglene er som sagt å skape forutsigbarhet for arbeidstakere jf. artikkel 1. Dette taler i retning av at ganske presise angivelser er nødvendig ettersom det ellers vil være vanskelig å oppfylle formålet om å sikre forutsigbarhet. I tillegg skal det legges til rette for at arbeidstakeren skal kunne kombinere sin stilling med enten en annen jobb eller andre forpliktelser. Uten store krav til presisjon ved angivelse av når man skal jobbe, er det umulig å planlegge for slik kombinerings. En arbeidstaker som jobber mye i to uker for så å ha fri i to påfølgende uker, kan ta på seg et annet oppdrag. Dette vil han likevel være avskåret fra hvis han ikke vet hvilke uker og dager han skal ha fri. Det samme gjelder også tilfeller for foreldre som planlegger og fordeler sine omsorgsforpliktelser. Et annet eksempel kan være en student som kombinerer studier med jobb.

På den andre siden kan det også argumenteres med at en like viktig hensyn bak regelen er å sørge for at det fortsatt finnes en viss fleksibilitet i arbeidsforhold der hvor det er behov for

¹²⁰ Se artikkel 2 bokstav a

¹²¹ Se fortalen avsnitt 21

det. Det kan være mange ulike forhold som gjør det vanskelig for arbeidsgiver å kunne planlegge behovet for arbeidskraft nøye i forveien selv om han vet at han vil ha behov for arbeidskraft innenfor en viss periode. Nærmere presiserte start- og sluttidspunktene for arbeid må i tillegg angis innenfor rammene av rimelige varslingsperioder dersom arbeidstakeren skal pålegges arbeid. Dermed kan arbeidstakers behov for forutsigbarhet også på enkeltdagsnivå til en viss grad ivaretas på andre måter enn ved at arbeidskontrakten angir nøyaktige tidspunkter for arbeidet.

Det er vanskelig å nærmere konkretisere hvor vide slike tidsintervaller kan være utfra direktivet. Dette får det være opp til rettspraksis å avklare nærmere etter hvert som direktivet tas i bruk.

Til tross for at man ikke kan konkludere angående hvor spesifikke disse referanserammene kan være, kan man likevel foreta en sammenligning med kravene som følger av direktivet, med kravene som følger av norsk intern rett. Sammenlignet med norsk rett opererer direktivet med en høyere krav for utgangspunktet for den skjønnsmessige vurderingen. I norsk rett, basert på vurderingene i kapittel 3, kreves det i utgangspunktet angivelse av når på året perioder med mer eller mindre arbeid vil falle. Direktivet krever til sammenligning angivelse av dager og til en viss grad timer. Selv om det ikke nødvendigvis er snakk om de spesifikke timene og dagene er dette likevel et strengere krav.

Av dette følger at direktivet stiller høyere minimumskrav til innholdet i avtaler angående plasseringen av arbeidstid enn norsk intern rett. Dette betyr at gjennomføringen av Opplysningsdirektivet vil kreve en lovendring av norsk rett. At gjennomføringen antakeligvis vil kreve lovendring i Norge, er også lagt til grunn i posisjonsnotatet fra departementet.¹²² Det fremgår imidlertid ikke hva departementet mener er begrunnelsen for det og hvilke endringer som tas sikte på å bli gjennomført.

4.4 Særlig om adgangen til å henvise

Det fremgår av artikkel 4 nr. 3 at i tilfeller hvor det er hensiktsmessig, kan visse opplysninger som det skal opplyses om angående arbeidsforholdet angis ved en henvisning til blant annet lover eller tariffavtaler. Det som er nytt og særlig interessant med Opplysningsdirektivet, er endringer og innskrenkninger i hvilke opplysninger det kan henvises til sammenlignet med Written statement-direktivet. Der var det større adgang til å oppfylle informasjonskravene ved henvisninger til andre reguleringer m.m. Adgangen til å henvise gjelder i henhold til Opplysningsdirektivet kun opplysninger som nevnt i artikkel 4.3. bokstaver g) til i) og bokstav o. Fra dette fremgår det at kravene som oppstilles i artikkelens bokstav m) som

¹²² Notat EU 2019/1152

nettopp handler om arbeidsforhold med uforutsigbar arbeidstid, ikke kan oppfylles ved en henvisning. Dermed skjerpes kravet til opplysninger som arbeidstakere skal få formidlet til se eksplisitt.

Med dette innskrenkes adgangen til å henvise sammenlignet med det som var tillatt av Written statement-direktivet og det som fremgår av aml. § 14-6 annet ledd. Sistnevnte åpner for at det kan informeres om visse opplysninger, herunder om arbeidstid etter bokstav j, ved en henvisning til «lover, forskrifter eller tariffavtaler».

Drøftelsen av den første hovedproblemstillingen i kapittel 3, viste imidlertid at dette ikke kan forstås slik at innholdet i avtaler om gjennomsnittsberegning vil være tilfredsstilt ved en henvisning til eller gjengivelse av loven. Derfor virker ikke denne endringen å ha stor betydning for kravet til innholdet i avtaler etter aml. § 10-5.

Det kan stilles spørsmål ved om ikke direktivet åpner for en henvisning til en arbeidsplan for å tilfredsstille krav om opplysninger om arbeidstid ved uforutsigbare arbeidsforhold. Det fremgår av artikkel 5 at disse opplysningene skal meddeles «individuellt til arbeidstakeren i form af et eller flere dokumenter ... ikke senere enn den syvende kalenderdag» etter arbeidstakers oppstart i virksomheten. Dette betyr at det er selve avtalen eller et annet skriftlig dokument som gis arbeidstakeren ved tiltredelse, som må inneholde referansetimene og -dagene som påkrevd av artikkel 10 jf. Artikkel 4. Arbeidsgiverne kan dermed ikke unngå å nevne referansetimene og -dagene i avtalen for så å henvise til en arbeidsplan som trenger å foreligge en viss periode før oppstart at arbeidsoppgavene. Dette med mindre arbeidsplanen for hele ansettelsesforholdet fremlegges innen syv dager etter oppstart.

At det ikke vil være adgang til kun å henvise til en arbeidsplan ved inngåelse av avtaler om gjennomsnittsberegning, var også konklusjonen under drøftelsen av dette spørsmålet etter norsk regelverk. Dette betyr at i utgangspunktet er de norske reglene på dette punktet forenlige med direktivets krav.

En måte gjennomføringen av direktivet likevel kan påvirke dagens regler på, er ved å tydeliggjøre kravene. Der hvor det i dag er behov for en vidtgående vurdering med en nokså usikker konklusjon for å utlede kravet etter norsk rett, fremgår det klart og tydelig av direktivet at verken en henvisning til regelverket som kun setter rammene for arbeidstidsordningen og heller ikke til en arbeidsplan, vil være tilstrekkelig for å tilfredsstille kravene til avtaler om gjennomsnittsberegning.

4.5 Virkninger av brudd på artikkel 10

Det fremgår av Written statement-direktivets artikkel 6 at direktivet ikke berører nasjonal lovgivning angående «bevisforselse for arbeidskontrakten eller ansettelsesforholdets eksistens og innhold». I C-350/99 (*Lange*) ble dette tolket slik at direktivet er ikke ment å ha noen innvirkning på beviskrav og bevisbyrderegler som gjelder på nasjonalt plan. Retten uttalte videre basert på samme bestemmelse at manglende oppfyllelse av informasjonsplikten i artikkel 2, og direktivet som sådan, ikke fører til at punktet «skal anses for uanvendelig».¹²³ Dette betyr at selv ved brudd på informasjonsplikten etter Written statement-direktivets, ville arbeidstaker være bundet av vilkåret dersom det bevises at det var avtalt. For avtaler om gjennomsnittsberegning betyr dette at direktivet ikke ville føre til ugyldighet med manglende eller ukorrekt angivelse av innhold.

Opplysningsdirektivet inneholder derimot ingen tilsvarende bestemmelse, noe som tyder på at direktivet er ment å ha større virkninger ved manglende etterlevelse. Artikkel 4 i Opplysningsdirektivet er plassert i direktivets kapittel II om «Oplysninger om ansættelsesforholdet». Artikkelen tilsvarende sin forgjenger i Written statement-direktivets som oppstiller en opplysningsplikt uten å gi noen materielle krav til arbeidstakere. Artikkel 10 derimot, er plassert i kapittel III, som regulerer «Mindstekrav vedrørende arbeidsvilkår». Dette taler for at artikkel 10 skal ha en tilleggsfunksjon og ikke bare stille krav til informasjon. I motsatt fall ville denne bestemmelsen være overflødig ved siden av artikkel 4. Artikkel 10 presiserer uttrykkelig at ved manglende oppfyllelse av de to kumulative vilkår som bestemmelsen oppstiller «kan arbeidsgiveren ikke pålegge arbeidstageren at arbeide». Arbeidstaker med en uforutsigbar arbeidstidsordning trenger dermed ikke å ta på seg vakter eller arbeidsoppgaver dersom disse ikke faller innenfor referansetimene og dagene som har kommet frem i arbeidsavtalen.

Dette, sett i sammenheng med at artikkel 10 tilsynelatende er ment å gi visse materielle minstekrav for forutsigbarhet i arbeidsforholdet, kan trekke i retning av at avtaler som mangler disse krav til innhold ikke vil anses gyldige. Artikkel 10 presiserer at dersom vilkårene i bestemmelsen ikke er oppfylt, vil ikke arbeidstakeren ha plikt til å utføre arbeid. Det er imidlertid grunn til å presisere at direktivet får ikke direkte virkninger mellom private parter, slik som partene i et arbeidsforhold, med mindre den er korrekt gjennomført i norsk rett.¹²⁴ Dette betyr at arbeidstakernes adgang til å påberope seg disse virkningene ved brudd på direktivets regler forutsetter at direktivet er riktig gjennomført i norsk rett.

¹²³ C-350/99 *Lange mod Schünemann*, premiss 29

¹²⁴ Rt-2000-1811

Drøftelsen av krav til innhold i avtaler om gjennomsnittsberegning viste at selv om det kan utledes noen minstekrav til innhold som vanligvis vil måtte være oppfylt, vil det i mange tilfeller kunne anses å foreligge en gyldig avtale selv om disse kravene ikke er oppfylt. Dette vil særlig være tilfellet dersom hensynet bak innholdskravet er ivaretatt på andre måter. Artikkel 10 åpner derimot ikke opp for en nærmere vurdering av konkrete forhold. Dette betyr at ved manglende angivelse av opplysninger i arbeidsforholdet vil ikke arbeidstakeren være bundet av avtalen om gjennomsnittsberegning. Dette vil i noen tilfeller føre til at arbeidstakeren vil kunne nekte å utføre arbeidsoppgaver dersom de ikke faller innenfor varslede intervaller, eller i hvert fall kreve overtidsbetalt for disse. Det er mulig at domstolene etter hvert vil åpne opp for en mer skjønnsmessig vurdering av kravene. Dette er det imidlertid alt for tidlig å kunne si noe om.

4.6 Oppsummering

Det kan etter dette oppsummeres at det nye direktivet stiller materielle krav til forutsigbarheten i arbeidsforhold. I motsetning til det norske regelverket er direktivet veldig klar på at dette er tilfellet og skiller mellom informasjonsplikt og materielle krav som vil kunne påberopes som grunnlag for å ikke utføre arbeidsoppgaven som det har manglet forutsigbarhet for.

Etter begge regelverkene vil det tilsynelatende måtte foretas en konkret vurdering ved avgjørelse av hvor streng man skal være med angivelse av plasseringen av arbeidstid i kontrakten. Direktivet bærer dermed en del av den samme usikkerheten som norsk intern rett når det gjelder spørsmål om hvor konkrete angivelser som kreves ved avtaleinngåelse. Direktivet ser imidlertid ut til å stille strengere minstekrav enn det som følger av norsk rett. Mens noen forarbeidsuttalelser vil kunne peke i retning av at det vil være tilstrekkelig med en henvisning til en arbeidsplan, er direktivet veldig klar på at det er selve avtalen som skal inneholde opplysninger om referansetimer og dager.

Av forannevnte fremgår det at direktivet stiller strengere krav enn det som foreløpig følger av norsk rett. At kravene i arbeidsmiljøloven ikke er forenelig med krav som stilles av Opplysningsdirektivet innebærer at gjennomføring av direktivet vil nødvendiggjøre flere lovendringer. For tilfeller hvor norsk lovgivning og kravene som kan utledes av Direktivet ser ut til å være sammenfallende, bør det også foretas klargjørende endringer i arbeidsmiljøloven. Slike pressinger vil sørge for å gjøre kravene og rettighetene lettere tilgjengelig for interesserte parter.

5 Litteraturliste

Lover

- 1956 Lov 7. desember nr. 2 om arbeidervern (opphevet)
- 1997 Lov 4. februar nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø (opphevet)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Forarbeider

- Innstilling fra Arbeidstidskomiteen av 1954 (1957) Innstilling fra Arbeidskomiteen av 1954 (1957)
- Ot.prp. nr. 17 (1958) Om lov om endring i lov om arbeidervern av 7. desember 1956 og i midlertidig lov om arbeidstid i bakerier av 4. juni 1918
- Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
- Ot. prp. nr. 50 (1993–1994) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
- NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget Arbeidslivslovutvalget
Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
- Ot. prp. nr. 49 (2004–2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot. prp. nr. 24 (2005–2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- NOU 2008: 17 s. 30 Skift og turnus – gradvis kompensasjon for ubekvem arbeidstid

Prop. 39 L (2014-2015)	Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)
NOU 2016:1 Arbeidstidsutvalget	Arbeidstidsutvalget Regulering av arbeidstid – vern og fleksibilitet
Prop. 73 L (2017- 2018)	Endringer i arbeidsmiljøloven (fast og midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsforetak)
Notat EU 2019/1152	Direktivet om tydelige og forutsigbare arbeidsvilkår - Posisjonsnotat regjeringen 09.12.2019. [https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2018/feb/direktivforslag-om-tydelige-og-forutsigbare-arbeidsvilkar/id2594358] [Sitert 09.04.2022]

Domsregister

Høyesterett

Rt-1998-946 (*Vinagenturdommen*)
Rt-2000-1811 (*Finanger I*)
Rt-2004-53 (*Café X*)
Rt-2004-675 (*Agurkpinnedommen*)
Rt-2007-129
Rt-2009-1465 (*Seinvakt*)
HR-2020-1339-A
HR-2021-2554-A

Underrettspraksis

LB-2010-11335
LB-2014-176505
TSAFO-2009-130124
TOSLO-2012-207576

Praksis fra Arbeidsretten

ARD-1994-50

Litteratur

- Astrup (u.å) Astrup, Anniken «Merknad til arbeidsmiljøloven» I *Arbeidsrette.no* (u.å) hentet 10.04.2022.
- Bergo (2019) Bergo, Knut. «Tolking og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider». I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s.175-239.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utg., Oslo: Universitetsforl., 2001.
- Fanebust (2013) Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett. Den individuelle del*. 3.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Fougner (2003) Fougner, Jan. *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*. 8.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2003.
- Fougner (2019) Fougner, Jan. *Norsk arbeidsrett. Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Fougner (2021) Fougner, Jan mfl. *Arbeidsmiljøloven. Lovkommentar*. I *Juridika* (2021) hentet 18.11.2022.
- Hirst (2022) Hirst, Marion Holthe og Sven Ivar Lønneid. *Arbeidsrett i et nøtteskall*. 3 utg., Oslo: Gyldendal, 2022.
- Hov (2009) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg. *Alminnelig avtalerett*. 1. utg., Oslo: Papinian, 2009.
- Johansen (2020) Johansen, Atle Sønsteli og Eienar Stueland (red.). *Arbeidsmiljøloven – kommentarer og praksis*. 3. utg., Oslo: Gyldendal, 2020.

Larsen (2004)	Larsen, Per Arne. <i>Arbeidsmiljøloven</i> . 3. revidert utg., Oslo: Gyldendal Akademisk, 2004.
Sejersted (2011)	Sejersted, Fredrik mfl. <i>EØS-rett</i> . 3. utg., Oslo: Universitetsforl., 2011.
Skjønberg (2017)	Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hpgnestad og Marianne Jenum Hotvedt. <i>Individuell Arbeidsrett</i> . 2.utg., Oslo: Gyldendal, 2017.
Storeng (2020)	Storeng, Nils H. mfl. <i>Arbeidslivets spilleregler</i> . 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
Woxholth (2021)	Woxholth, Geir. <i>Avtalerett</i> . 11. utg., Oslo: Gyldendal, 2021.

Internasjonale rettskilder

Direktiver

Rådsdirektiv 91/533/EØF	Rådets direktiv 91/533/EØF af 14. oktober 1991 om arbeidsgiverens pligt til at underrette arbeidstageren om vilkårene for arbeidskontrakten eller ansættelsesforholdet
Direktiv 2019/1152 (EU)	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1152 af 20. juni 2019 om gennemsigtige og forudsigelige arbeidsvilkår i Den Europæiske Union [Oppllysningsdirektivet]

Rettspraksis

Sag C-350/99 Wolfgang Lange mod Georg Schünemann	ECLI:EU:C:2001:84
Sag C-345/13 Karen Millen Fashions Ltd mod Dunnes Stores og	ECLI:EU:C:2014:2013

Dunnes Stores (Limerick) Ltd.