



ARBEIDSRETTEN

DOM

Avsagt: 18. november 2019

Saksnr.: 6/2019

Lnr.: AR-2019-24

Dommere: Jakob Wahl
Eli Mette Jarbo
Hedda Remen
Tor-Arne Solbakken
Randi Løvland
Unni Rasmussen
Kim Nordlie

Saken gjelder: Gjennomsnittsberegning av arbeidstid

Landsorganisasjonen i Norge med LO Stat og Norsk Jernbaneforbund Advokat Nina Kroken

mot

1. Arbeidsgiverforeningen Spekter Advokat Tarjei Thorkildsen
2. Vygruppen

DOM

(1) Saken gjelder om bestemmelsen i overenskomsten for NSB AS inngått mellom NSB AS (NSB) og Norsk Jernbaneforbund (NJF) for perioden 1. april 2018 – 31. mars 2020 punkt 5.3.4.1 utgjør en tilstrekkelig hjemmel for arbeidsgiver til å gjennomsnittsberegne den alminnelige arbeidstiden. Tvisten har sin bakgrunn i at de tillitsvalgte i NSB ikke godkjente ruteterminen for konduktørpersonalet i NSB Trondheim for perioden desember 2015 – desember 2016 (R2016). NSB besluttet likevel å innføre ruteterminen.

(2) **Sakens tariffrettslige ramme**

(3) Mellom Spekter og LO Stat er det inngått overenskomst for NSB, B-del, for perioden 1. april 2018 – 31. mars 2020 for togassistenter, konduktørpersonale og administrativt personale organisert i NJF. NSB er overenskomstområde 7 i Spekters avtalesystem. Arbeidstid er regulert i § 5.

(4) Paragraf 5 Punkt 5.3.4.1 Gjennomsnittsberegning av ukentlig arbeidstid lyder:

«Arbeidstiden gjennomsnittsberegnes etter reglene i AML § 10-5 (2), på en slik måte at en uke kan inneholde 48 timer.

Dagsverk som går over dato regnes til den uke hvori største del av dagsverket faller med utgangspunkt i dagsverkets begynnelse eller avslutningstidspunkt.

Det skal ordinært ikke være mer enn 5 dagsverk i gjennomsnitt per uke, men ikke mer enn 6 dagsverk i en enkelt uke.»

(5) Det fremgår av § 5 punkt 5.1 tredje ledd at «[n]år det i teksten er inntatt henvisninger til Arbeidsmiljøloven, er dette for å skape sammenheng i teksten og for å gjøre den lettere tilgjengelig for brukerne». Av punkt 5.2 følger det at det for turnusarbeidere skal utarbeides en arbeidsplan hvor fridager og tiden for tjenestens start og avslutning skal fremgå. Utarbeidelse av arbeidsplan skal skje etter reglene i arbeidsmiljøloven § 10-3. Det følger videre av punkt 5.2 at arbeidsplanen skal drøftes og bekjentgjøres senest to uker før iverksettelse. For konduktører og togassistenter skal arbeidsplanen settes opp for en rutetermin, dvs. den perioden som en ruteplan gjelder for. I NSB er det ett år.

(6) **Kort om tariffhistorikken**

(7) NSB inngikk i 1995 en særavtale om arbeidstid med NJF, Norsk Lokomotivmannsforbund og STAFO v/NSB – Fellesrådet. Denne gjaldt frem til 2002. I avtalens punkt 3 var det inntatt følgende om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden:

«Partene er enige om at arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes slik at ukene i turnus kan ha forskjellig timetall og fridager pr. uke, men innenfor rammen av arbeidsplan og arbeidstidsbestemmelser for øvrig.

...

Etter AMLs § 47 nr 2 er partene enige om at der hvor arbeidstiden anordnes på arbeidsplan og gjennomsnittsberegning benyttes, er begrensningen for den enkelte uke 48 klokketimer.»

- (8) Frem til 1996 var NSB en forvaltningsbedrift. Trafikkdelen av selskapet ble da videreført i særlovselskapet NSB BA, mens infrastrukturen ble videreført i forvaltningsorganet Jernbaneverket (nå Bane NOR). Fra 1. juli 2002 ble selskapsformen til NSB endret fra særlovselskap til statsaksjeselskap, og selskapet ble hetende NSB AS. NSB AS skiftet navn til Vygruppen AS 3. april 2019.
- (9) NSB meldte seg inn i NAVO – nå Spekter – i 2002. I forkant av innmeldelsen ble det avtalt at Hovedtariffavtalen i staten og særavtaler om lønns- og arbeidsvilkår skulle gjelde frem til avtalerevisjonen i 2002 og at Hovedavtalen i staten skulle gjelde frem til 31. desember 2001. Ved tariffoppgjøret i 2002 mellom LO Stat og NAVO ble det inngått overenskomst, B-del, mellom NSB og NJF. I overenskomsten lød punkt 5.7.1

Gjennomsnittsberegning av ukentlig arbeidstid:

«Arbeidstiden gjennomsnittsberegnes etter reglene i AML § 47 nr. 2, på en slik måte at en uke kan inneholde 48 timer.

Dagsverk som går over dato regnes til den uke hvori største del av dagsverket faller med utgangspunkt i dagsverkets begynnelse eller avslutningstidspunkt.

Det skal ordinært ikke være mer enn 5 dagsverk i gjennomsnitt per uke, men ikke mer enn 6 dagsverk i en enkelt uke.»

- (10) Bestemmelsen har stått uendret siden 2002, med unntak for at lovhenviingen ble oppdatert i 2006 i forbindelse med ny arbeidsmiljølov.
- (11) **Kort om arbeidsmiljølovens regulering**
- (12) Etter arbeidsmiljøloven § 10-5 andre ledd kan arbeidsgiver og tillitsvalgte i virksomhet som er bundet av tariffavtale, inngå skriftlig avtale om at arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes for en periode på 52 uker. Bestemmelsen åpner for at det i en uke kan arbeides inntil 54 timer.
- (13) Arbeidsmiljøloven av 1977 § 47 nr. 2, som gjaldt da særavtalen ble inngått, inneholdt i hovedsak de samme vilkårene for gjennomsnittsberegning som § 10-5 andre ledd i gjeldende lov, herunder et krav om skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstakernes tillitsvalgte. Ordlyden i dagens bestemmelse er noe endret, men det følger av forarbeidene til § 10-5 andre ledd at den i praksis er en videreføring av den tidligere bestemmelsen.

- (14) Arbeidsmiljøloven av 2005 har, på samme måte som loven av 1977, også bestemmelser om adgang til gjennomsnittsberegning etter avtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver og med samtykke fra Arbeidstilsynet.
- (15) Etter arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd kan fagforening med innstillingsrett etter arbeidstvistloven eller tjenestetvistloven med enkelte unntak inngå avtaler som fraviker arbeidsmiljølovens regler om arbeidstid i kapittel 10 i loven. I 1995 var tilsvarende bestemmelse inntatt i arbeidsmiljøloven av 1977 § 41 femte ledd.
- (16) **Ordningen for arbeidstidsplanlegging i NSB**
- (17) Arbeidet med en rutetermin starter våren før den skal tre i kraft. Ruteterminene løper i ett år fra desember til desember. De tillitsvalgte er involvert i planleggingen på ulike nivåer. Det er syv konduktørforeninger som dekker hver sine regioner. Arbeidstidsplanleggingen er knyttet opp mot hver region. Konduktørenes Landsråd (KL) er et landsdekkende rådgivende organ bestående av representanter fra de lokale foreningene. Prosessen kan skisseres slik:
- Bane NOR fordeler kjøretid på skinnenettet («slots») mellom aktørene (Vygruppen, Flytoget m.fl.).
 - «Oppstartsmøte» mellom Vygruppen og de tillitsvalgte om produksjonen for alle banestrekningene (hvilke tog som skal kjøre hvor og når) og endringer fra forrige rutetermin.
 - «Overleveringsmøte» hvor KL får overlevert arbeidsgivers forslag til dagsverk («streker») som er nødvendig for å dekke produksjonen.
 - Forslag til dagsverk sendes ut til de lokale konduktørforeningene med en frist for tilbakemeldinger.
 - «Statusmøte» med gjennomgang av innspill og fastsettelse av dagsverk.
 - På grunnlag av dagsverkene utarbeider Vygruppen et utkast til «grunnturnus». Grunnturnusen er ikke knyttet til navn, men gir en overordnet fordeling av arbeid og belastning. Den går over seks uker for seks personer.
 - Grunnturnusen overleveres til KL, som sender utkastet til de lokale konduktørforeningene.
 - Det gjennomføres en prosess mellom Vygruppen og de lokale konduktørforeningene. KL går deretter gjennom grunnturnusen med Vygruppen på bakgrunn av innspill fra det lokale leddet.
 - Deretter fastsettes grunnturnusen.
 - De ansatte søker på de ulike grunnturnusene, som deretter fordeles mellom konduktørene etter ansiennitet.
 - Etter nødvendige individuelle justeringer utgjør dette den enkeltes arbeidsplan for neste rutetermin.
- (18) **Tvisteforhandlingene**

- (19) NJF og NSB avholdt forhandlingsmøte vedrørende forståelsen av overenskomstens bestemmelse om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden 27. januar 2016. Fra dette møtet ble det skrevet slik protokoll:

«§ 5.3.4 1 lyder som følger:

«Arbeidstiden gjennomsnittsberegnes etter reglene i AML § 10-5 (2), på en slik måte at en uke kan inneholde 48 timer.»

NSB AS representanter hevder at paragrafen innebærer at partene er enige om at arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes med inntil 48 timer i uka.

NJF representanter bestrider dette, og hevder at dette uansett må avtales skriftlig for inntil 52 uker av gangen.»

- (20) NJF og NSB forhandlet i perioden 8. april til 28. april 2016 om tariffoppjøret per 1. april 2016. I en protokolltilførsel fra NJF til protokollen fra disse forhandlingene fremgår følgende:

«Norsk Jernbaneforbund er ikke enig i NSBs tolkning av overenskomsten § 5.3.4.1

«Gjennomsnittsberegning av ukentlig arbeidstid»

Viser til AML § 10.5 (2)

Det vil si: Gjennomsnittsberegning kan for en periode på høyst 52 uker avtales på en slik måte at en uke kan inneholde 48 timer. Ved bruk av gjennomsnittsberegning skal turnusene godkjennes og underskrives av tillitsvalgt.

- (21) LO Stat og Spekter avholdt forhandlingsmøte 17. november 2017. Protokollen fra møtet lyder:

«Bakgrunnen for møtet var at LO Stat i brev til Spekter av 15. februar 2016 krevde forhandlingsmøte etter hovedavtalen § 13.

B-delen § 5.3.4.1 inneholder følgende ordlyd:

«Arbeidstiden gjennomsnittsberegnes etter reglene i Aml. § 10-5 (2), på en slik måte at en uke kan inneholde 48 timer.»

LO Stats anførsler:

Overenskomstsformuleringen er ikke tilstrekkelig avtale. Det vil si at den generelle formuleringen i B-delen gir ikke adgang til å gjennomsnittsberegne i hele tariffperioden uten ytterligere skriftlig avtale. I den sammenheng er 52 ukers perioden slik LO Stat ser det absolutt. Det er ingen begrensning i adgangen til å fornye avtalen, men det må inngås konkrete avtaler med tillitsvalgte for den enkelte periode.

Spekters anførsler:

Spekter mener at B-delens ordlyd er å anse som en avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden med de begrensningene som følger av aml § 10-5 (2), gjeldende for hele tariffperioden.

Partene kom ikke til enighet.»

- (22) Det ble gjennomført et nytt møte mellom LO Stat og Spekter 14. september 2018. Begge parter fastholdt tidligere standpunkter og kom ikke til enighet. Det ble ikke utarbeidet protokoll fra møtet.

- (23) LO med LO Stat og NJF tok ut stevning for Arbeidsretten 31. januar 2019. Spekter og NSB, nå Vygruppen, innga tilsvaer 26. mars 2019. Hovedforhandling ble avholdt 3. og 4. september 2019. To partsrepresentanter og 5 vitner forklarte seg. Dom er ikke avsagt innen fristen i arbeidstvistloven § 56 andre ledd pa grunn av reisefravaer blant dommerne.
- (24) **Partenes paastandsgrunnlag og paastander**
- (25) *Landsorganisasjonen i Norge* med LO Stat og Norsk Jernbaneforbund har i korte trekk anfoert:
- (26) Punkt 5.3.4.1 i overenskomsten gir ikke NSB styringsrett til a gjennomsnittsberegne arbeidstiden uten konkret avtale med tillitsvalgte. Det folger av ordlyden i bestemmelsen og underbygges av reglene i arbeidsmiljoeloven, tariffhistorikk, praksis og sammenhengen i systemet.
- (27) Ordlyden i punkt 5.3.4.1 er klar og helt generell. Den viser til at arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes etter reglene i arbeidsmiljoeloven § 10-5 andre ledd. Betydningen av bestemmelsen ligger i at den inneholder en snevrere ramme for uketimetallet enn det som folger av arbeidsmiljoeloven § 10-5 andre ledd. Dersom Spekters forstaelse skal legges til grunn, vil det bety en innsnevring av ordlyden.
- (28) Bestemmelsen om gjennomsnittsberegning har sitt grunnlag i en lokal saeravtale fra 1995 mellom NSB og arbeidstakerorganisasjonene NJF, Norsk Lokomotivmannsforbund og STAFO v/NSB – Fellesraadet. Ordlyden i denne avtalen bygger opp under LOs forstaelse. Det het der at «..arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes slik at ukene i turnus kan ha forskjellig timetall og fridager pr uke, men innenfor rammen av arbeidsplan og arbeidstidsbestemmelser for ovrig.»
- (29) Saeravtalen av 1995 ma ogsa forstås i lys av overordnet tariffavtale, som var Hovedtariffavtalen i staten. Etter Hovedtariffavtalen 1994 – 1996 § 7 nr. 1 skulle gjennomsnittsberegning skje i henhold til arbeidsmiljoeloven. Av Hovedtariffavtalen § 1 nr. 1 fulgte det at henvisninger til lovbestemmelser i avtalen ikke var ment a skape rettigheter eller forpliktelser utover det det som folger av lovene selv. Tilsvarende formulering var inntatt i saeravtalen og er ogsa inntatt i overenskomsten mellom NSB og NJF punkt 5.1.
- (30) Da NSB ble aksjeselskap i 2002 og gikk inn i NAVO, var det klart at rettigheter og plikter etter saeravtalen skulle videreføres uendret. Dette ble ogsa bekreftet i vitnefoerselen for Arbeidsretten. Etter 2002 er det bare lovhenvisningen som er blitt endret. Dette er partene enige om.

- (31) Overenskomsten punkt 5.3.4.1 er ikke en avtale om gjennomsnittsberegning med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd. En slik forståelse strider mot ordlyden i punkt 5.3.4.1. Det er heller ingenting i tariffhistorikken eller saken for øvrig som tyder på at partene har ment å gi fra seg avtalekompetansen knyttet til gjennomsnittsberegning. Da særavtalen ble inngått i 1995, oppfylte uansett ikke alle avtalepartene vilkårene for å inngå avtale med hjemmel i arbeidsmiljøloven av 1977 § 41 femte ledd.
- (32) Arbeidstidsplanleggingen foregår etter et fast mønster gjennom omfattende partssamarbeid. Når man har kommet til enighet om grunnturnusen, innebærer dette samtidig en avtale om gjennomsnittsberegning. Det gjelder ikke et krav om et konkret avtaledokument. Dokumenterbar enighet er tilstrekkelig.
- (33) Praksis mellom tariffpartene knyttet til gjennomsnittsberegning har vært fast, entydig og svært langvarig, for hele virksomheten og for alle ansatte. Bakgrunnen for tvisten i saken her er det eneste kjente eksemplet på at det har blitt fastsatt en rutetermin uten enighet mellom partene.
- (34) Praksis fra Arbeidsretten tilsier at den part som vil hevde en forståelse av avtalen i strid med langvarig og konsekvent praksis, må bære risikoen for ikke å ha klargjort denne forståelsen. Arbeidsgiver har aldri gitt uttrykk for et ønske om å fravike arbeidsmiljøloven § 10-5 andre ledd. Tvert imot har årelang praksis bygget opp under den forståelsen som følger av ordlyden i overenskomstbestemmelsen og som saksøker har lagt til grunn.
- (35) Saksøktes anførsel om at systemet for arbeidstidsplanlegging i NSB kun handler om å fastsette arbeidsplaner, kan ikke føre frem. Arbeidsmiljølovens bestemmelse om arbeidsplan gir ikke hjemmel for gjennomsnittsberegning eller andre endringer i den alminnelige arbeidstiden. En arbeidsplan bestemmer når den enkelte skal jobbe og sier ikke noe om rammene for arbeidstiden.
- (36) Gjennomsnittsberegning krever avtale med tillitsvalgte. Valg av dialogform endrer ikke det rettslige utgangspunktet. Det er uten betydning at møtene mellom partene i arbeidstidsplanleggingen omtales som «drøftemøter».
- (37) En turnusplan uten nødvendig avtale om gjennomsnittsberegning innebærer at man faller tilbake på den alminnelige arbeidstiden, som for konduktørene er 35,5 timer per uke. Arbeid utover dette i den enkelte uke vil være overtid og utløse rett til overtidsbetaling. De berørte arbeidstakerne har dermed krav på etterbetaling i henhold til dette. Hvis det skulle hatt betydning at de har arbeidet kortere dager i noen uker, vil det forutsette avtale om avspasering i henhold til overenskomsten punkt 5.3.6.3 eller arbeidsmiljøloven § 10-6

tolvte ledd. Slike avtaler er ikke inngått. Uansett ville de berørte arbeidstakerne ha krav på å få etterbetalt differansen mellom ordinær lønn og overtidsgodtgjørelsen.

(38) Det er nedlagt slik endret påstand:

«1. Overenskomsten mellom Spekter og LO Stat, jf. B-delen mellom NSB AS og Norsk Jernbaneforbund pkt. 5.3.4.1, gir ikke arbeidsgiver hjemmel for ensidig å fastsette gjennomsnittsberegning av arbeidstiden.

2. Vygruppen AS foretar etterbetaling til de berørte medlemmer som ensidig ble pålagt gjennomsnittsberegning av arbeidstiden i turnusperioden R2016.»

(39) *Arbeidsgiverforeningen Spekter og Vygruppen AS* har i korte trekk anført:

(40) I den type virksomhet som drives i Vygruppen, er det behov for gjennomsnittsberegning.

Avtale om gjennomsnittsberegning kan komme i stand på tre måter: avtale mellom arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker, avtale med tillitsvalgte i den enkelte virksomheten eller som en generell, overordnet avtale med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd. En avtale om gjennomsnittsberegning er et unntak fra lovens hovedregel om alminnelig arbeidstid. I NSB er det inngått avtale mellom partene på øverste nivå. Det vil si at den inngåtte avtalen har hjemmel i § 10-12 fjerde ledd.

(41) Overenskomsten punkt 5.3.4.1 er en slik generell avtale om adgangen til å gjøre unntak fra reglene i arbeidstidskapitlet. NJF hadde innstillingsrett i 1995. Uansett har vilkårene vært oppfylt siden 2002, da det var Spekter (NAVO) og LO Stat som inngikk avtalen.

(42) Ordlyden i overenskomsten punkt 5.3.4.1 er helt i tråd med en slik forståelse. Det står ikke i bestemmelsen at det skal inngås avtale om gjennomsnittsberegning, men at «arbeidstiden gjennomsnittsberegnes». Det må bety at det er avtalt at dette gjøres som hovedregel.

(43) En slik forståelse gir også best sammenheng med andre bestemmelser i overenskomsten som forutsetter gjennomsnittsberegning, for eksempel punkt 5.3.3.1, punkt 5.4.4.1 og punkt 5.4.4.6.

(44) Overenskomsten oppfyller uansett vilkårene i arbeidsmiljøloven § 10-5 andre ledd. Det er beregningsperioden og ikke avtaleperioden som er begrenset til 52 uker. Kravene til innholdet i avtalen som tidligere fremkom i arbeidsmiljøloven av 1977 § 47 nr. 2, fremkommer ikke i loven i dag. Det er kravene knyttet til arbeidsplan som skal gi arbeidstakerne tilstrekkelig oversikt og forutberegnelighet.

(45) De tillitsvalgtes ansvar og oppgaver knyttet til vernehensyn ivaretas i arbeidsplanprosessen. I sammenheng med arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd har både

lovgiver og Arbeidsretten lagt til grunn at de overordnede tariffparter er i stand til å ivareta vernehensyn.

- (46) Overenskomsten punkt 5.3.4.1 er en videreføring av særavtalen som ble inngått i 1995. Det er klart av ordlyden i særavtalen at man inngikk en avtale om gjennomsnittsberegning. Særavtalen kom som en følge av en prosess med særavtalesanering. Bestemmelsen om gjennomsnittsberegning ga uttrykk for en ordning som alltid har vært gjeldende. Det er ingen realitetsendring fra 1995 og frem til i dag.
- (47) Praksis som påberopes må være egnet til å belyse partenes forståelse av overenskomsten, og den må foreligge mellom aktører som kan forplikte tariffpartene. Når ordlyden er så klar som her, skal det svært mye til før praksis kan endre på forståelsen. Det er fast praksis fra Arbeidsretten at en avtale vil bli tolket i disfavør av den som hevder en forståelse som er i strid med klar ordlyd og fast og langvarig praksis, og som burde ha klarlagt sin oppfatning.
- (48) Ordningen for fastsetting av ruteterminer i NSB er en prosess for å fastsette arbeidsplaner etter forutgående drøfting med arbeidstakersiden. Både etter arbeidsmiljøloven § 10-3 og etter overenskomsten punkt 5.2 skal arbeidsgiver fastsette arbeidsplaner etter drøfting med de ansatte.
- (49) At det har vært en gjennomgående enighet ute i virksomhetene, sier ikke noe om tolkningsspørsmålet. Spørsmålet om gjennomsnittsberegning har aldri vært drøftet, og det har aldri vært inngått avtaler om slik gjennomsnittsberegning. Det er dermed ingenting i den foreliggende praksisen som kan underbygge saksøkers forståelse. Tvert imot belyser den fraværet av avtale og at overenskomstbestemmelsen har vært ansett som tilstrekkelig.
- (50) Møtene mellom partene i tilknytning til arbeidstidsplanleggingen har gjennomgående vært omtalt som «drøftemøter». Dersom meningen hadde vært å inngå konkrete avtaler, burde dette fremkommet i innkallinger og referater. Det finnes ikke spor av dette i de fremlagte dokumentene.
- (51) Hvis saksøker skal gis medhold i at det er tilstrekkelig at det følger implisitt av referater fra drøftingsmøter at det er inngått avtale om gjennomsnittsberegning, må det bety at kravet til avtale er svært lavt.
- (52) En gjennomgang av en rekke andre tariffavtaler viser at det er mange eksempler på at generelle tariffavtaler gir grunnlag for gjennomsnittsberegning. Disse har hjemmel i arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd fordi det gjøres unntak som krever slik hjemmel. I

de tilfellene hvor det kreves særskilt avtale for gjennomsnittsberegning, fremgår det uttrykkelig av tariffavtalen.

- (53) Saken fra Borgarting lagmannsrett knyttet til Ullevål sykehus er uansett ikke relevant fordi partene var enige om at tariffavtalen ikke ga hjemmel for gjennomsnittsberegning.
- (54) Selv om saksøker får medhold, er det ikke grunnlag for etterbetaling. Overenskomstbestemmelsen har i tilfelle vært uklar og saksøkte kan ikke bære risikoen for dette.
- (55) Uansett kan det ikke kreves overtidsbetalt. I et arbeidsforhold gjelder prinsippet om ytelse mot ytelse, og arbeidstakerne kan ikke kreve betalt for mer enn de faktisk har arbeidet.
- (56) Det er nedlagt slik påstand:

«De saksøkte frifinnes.»

(57) **Arbeidsrettens merknader**

- (58) Arbeidsrettens flertall, dommerne *Wahl, Jarbo, Remen, Solbakken* og *Rasmussen* har kommet til at saksøker må gis medhold, og vil bemerke:
- (59) Slik flertallet forstår saken er partene enige om at det er helt nødvendig at arbeidstiden for konduktørene i Vy gjennomsnittsberegnes. Spørsmålet er om overenskomsten punkt 5.3.4.1 gir hjemmel for arbeidsgiver til ensidig å kunne foreta slik gjennomsnittsberegning, eller om henvisningen til arbeidsmiljøloven § 10-5 andre ledd innebærer at det i tillegg må inngås avtale med tillitsvalgte i virksomheten.
- (60) Etter ordlyden i overenskomsten kan arbeidstiden gjennomsnittsberegnes etter reglene i arbeidsmiljøloven § 10-5 andre ledd, men begrenset slik at det i en uke kan arbeides 48 timer. Etter arbeidsmiljøloven § 10-5 andre ledd kan arbeidsgiver og tillitsvalgte i virksomhet som er bundet av tariffavtale, inngå skriftlig avtale om at arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes for en periode på 52 uker. Paragraf 10-5 andre ledd åpner for at det i en uke kan arbeides inntil 54 timer.
- (61) Arbeidsmiljøloven § 10-5 inneholder tre alternative metoder for å kunne gjennomsnittsberegne den alminnelige arbeidstiden. Etter første og andre ledd gjelder det avtalekrav, mens det etter tredje ledd kreves samtykke fra Arbeidstilsynet. Ikke i noen tilfeller overlates det til arbeidsgiver ensidig å fastsette gjennomsnittsberegning.
- (62) Gjeldende overenskomstbestemmelse har sitt utgangspunkt i særavtalen fra 1995 som var inngått mellom NSB og NJF, Norsk Lokomotivmannsforbund og STAFO v/NSB –

Fellesrådet. I følge vitneforklaring fra Sverre Harvei, spesialrådgiver i Vygruppen, var innholdet i særavtalen en videreføring av gjeldende praksis, og det ble ikke gjort noe særskilt i forbindelse med opprettelsen. Det er ingen holdepunkter for at partene i 1995 mente å inngå en avtale med hjemmel i arbeidsmiljøloven av 1977 § 41 femte ledd. Da NSB ble medlem i NAVO i 2002 ble bestemmelsen tatt inn i overenskomsten mellom LO Stat og NAVO. Ordlyden ble noe forenklet, men partene er enige om at dette ikke innebar innholdsmessige endringer. Det var kun en tilpasning til NAVOs avtalesystem. Dette ble også bekreftet i vitneforklaring fra Sverre Harvei. Partene er videre enige om at det ikke har skjedd noen realitetsendring fra 1995 og frem til i dag. Den tariffrettslige sammenheng fra 1995 vil dermed fortsatt ha betydning for tolkning av den gjeldende overenskomsten.

- (63) Ordlyden i særavtalen av 1995 var en noe annen enn i dagens bestemmelse. Av bestemmelsen fremgikk det blant annet at «arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes», mens det i dagens bestemmelse står at «[a]rbeidstiden gjennomsnittsberegnes». Etter flertallets syn kan det ikke utledes noe bestemt av disse formuleringene. Det sentrale er at overenskomsten hele tiden har hatt en henvisning til arbeidsmiljølovens regler om gjennomsnittsberegning. I denne sammenheng har det betydning at den overordnede tariffavtalen da særavtalen ble inngått, Hovedtariffavtalen i staten 1994 –1996, hadde en særskilt bestemmelse i § 7 nr. 1 som også viste til arbeidsmiljølovens bestemmelser ved gjennomsnittsberegning av arbeidstiden.
- (64) Arbeidsmiljøloven av 1977 § 47 nr. 2, som gjaldt da særavtalen ble inngått, inneholdt i hovedsak de samme vilkårene for gjennomsnittsberegning som § 10-5 andre ledd i gjeldende lov, herunder et krav om skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstakernes tillitsvalgte. Ordlyden i dagens bestemmelse er endret, men det følger av forarbeidene til § 10-5 andre ledd at den i praksis er en videreføring av den tidligere bestemmelsen.
- (65) Det er ikke naturlig å forstå overenskomsten slik at det bare er enkelte av vilkårene i arbeidsmiljøloven som skal gjelde. Dette understøttes også av bestemmelsen i Hovedtariffavtalen i staten 1994-1996 § 1 nr. 1 hvor det het:
- «Når det i fellesbestemmelsene er gjort henvisninger til lovbestemmelser, er dette gjort for å skape sammenheng i teksten og for å gjøre dem lettere tilgjengelig for brukeren. Henvisningene er ikke ment å skape rettigheter eller forpliktelser for partene utover det disse lovene i seg selv anviser.»**
- (66) En lignende bestemmelse er tatt inn i overenskomsten mellom Spekter og LO Stat § 5 punkt 5.1 tredje ledd:

«Når det i teksten er inntatt henvisninger til Arbeidsmiljøloven, er dette for å skape sammenheng i teksten og for å gjøre den lettere tilgjengelig for brukerne.»

- (67) Det er anført at overenskomstens bestemmelse om gjennomsnittsberegning vil være innholdsløs dersom det uansett kreves avtale mellom de lokale partene. Slik flertallet ser det, innebærer begrensningen i overenskomsten til 48 timer per uke i forhold til lovens åpning for inntil 54 timer per uke, at overenskomsten får selvstendig betydning ved siden av lovreguleringen.
- (68) Fast og langvarig praksis støtter opp under ordlyden. Prosessen med utarbeidelse av ruteplaner er omfattende og involverer de tillitsvalgte i langt større grad enn det som ville vært nødvendig hvis det kun handlet om å fastsette arbeidsplaner. Det kan ikke legges vekt på at det i prosessen ikke utarbeides dokumenter som gir konkret uttrykk for at det er inngått avtale om gjennomsnittsberegning. Prosessen er i stor grad skriftliggjort og dokumenterbar, og det er ikke tvilsomt at den endelige fastsettelsen av ruteplanen både innebærer og forutsetter gjennomsnittsberegning av arbeidstiden. Flere av eksemplene på møtereferater mv. som er lagt frem i saken viser til at partene er «helt omforent», er «enige» og at forhold er «avklarte». Det er også eksempler på at det utarbeides nye forslag når det ikke oppnås enighet.
- (69) Det kan ikke ha betydning at møtene i prosessen mellom partene kalles «drøftemøter» e.l., når det faktisk gjelder et krav om at det skal inngås en avtale.
- (70) Saksøktes anførsel om at overenskomsten punkt 5.3.4.1 er inngått med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd kan ikke føre frem. En avtale etter arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd, ville normalt vært nødvendig hvis man ønsket å gå utenfor grensene i arbeidsmiljøloven § 10-5. Det er ikke tilfelle her.
- (71) Etter arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd kan fagforening med innstillingsrett etter arbeidstvistloven eller tjenestetvistloven med enkelte unntak inngå avtaler som fraviker arbeidsmiljølovens regler om arbeidstid i lovens kapittel 10. I 1995 var tilsvarende bestemmelse inntatt i arbeidsmiljøloven av 1977 § 41 femte ledd.
- (72) Etter arbeidstvistloven § 39 første ledd, må en fagforening for å ha innstillingsrett, ha minst 10 000 medlemmer. Etter tjenestetvistloven § 25 nr. 2 er innstillingsretten lagt til «forhandlingsberettigede hovedsammenslutninger».
- (73) Under hovedforhandlingen var det uenighet om avtalepartene i 1995 hadde tilstrekkelig mange medlemmer til å ha avtalekompetanse etter arbeidsmiljøloven § 41 femte ledd.

Under henvisning til reglene i tjenestetvistloven § 25 nr. 2, jf. § 3 er flertallet av den oppfatning at dette ikke har betydning.

- (74) I 1995 var NSB en statlig virksomhet. Avtalepartene måtte dermed oppfylle kravene til innstillingsrett som følger av tjenestetvistloven. Partene oppfylte ikke vilkårene for å være forhandlingsberettigede hovedsammenslutninger etter reglene i tjenestetvistloven § 3. Det er dermed utelukket at særavtalen av 1995 kunne anses å ha hjemmel i arbeidsmiljøloven av 1977 § 41 femte ledd.
- (75) Når utgangspunktet tas i særavtalen av 1995 og partene er enige om at dagens bestemmelse ikke innebærer noen realitetsendring, må det etter flertallets syn legges til grunn at det heller ikke kan være slik at dagens avtale kan anses å være hjemlet i arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd.
- (76) Arbeidsmiljøloven § 10-5 andre ledd legger avtaleadgangen til arbeidsgiver og tillitsvalgte i virksomheten, dvs. at avtaleadgangen skal utøves lokalt. Hvis man legger til grunn at det er inngått avtale etter § 10-12 fjerde ledd, uten at det fremgår uttrykkelig, ville det harmonere dårlig med arbeidsmiljølovens uttalte bestemmelse om at det skal inngås skriftlig avtale med de tillitsvalgte.
- (77) I 2002 og i dag er det utvilsomt slik at avtalepartene fyller vilkårene for å inngå en generell avtale om å fravike arbeidsmiljølovens arbeidstidsregler. Flertallet finner imidlertid at det har formodningen mot seg, også i lys av praksis mellom de lokale partene, at det skal være inngått en avtale som ville innebære at arbeidsgiver ensidig kan fastsette hvordan arbeidstiden skal gjennomsnittsberegnes, uten at dette uttrykkelig fremkommer. Dette støttes også av partsforklaring fra Øystein Gudbrands, sekretær i LO Stat, om hvordan saker etter arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd behandles i LO Stat. Det kan dermed ikke legges til grunn at «kompetansemangelen» fra 1995 kan anses reparert i 2002 eller senere, uten at det uttrykkelig fremkom at det var meningen å inngå en avtale med hjemmel i arbeidsmiljøloven av 1977 § 41 femte ledd eller arbeidsmiljøloven av 2005 § 10-12 fjerde ledd.
- (78) **Etterbetalingskravet**
- (79) Med den forståelse av overenskomsten som Arbeidsrettens flertall legger til grunn, må kravet om etterbetaling tas til følge i henhold til påstanden punkt 2. Det er saksøkte som må bære risikoen for tariffstridig opptreden. Ordlyden i overenskomsten er klar, og praksis i NSB har vært i overenstemmelse med dette.

- (80) Flertallet er ikke enig med saksøkte i at påstanden innebærer et upresist krav. Det er avgrenset til arbeidstakerne som var omfattet av R2016 for NSB Trondheim for perioden desember 2015 til desember 2016.
- (81) I en situasjon hvor det ikke er inngått avtale om gjennomsnittsberegning, vil man måtte falle tilbake på den alminnelige arbeidstiden, som for konduktørene i NJF er 35,5 timer. Det er ikke inngått avtale etter overenskomsten punkt 5.3.6.3 eller etter arbeidsmiljøloven § 10-6 tolvte ledd om avspasering av overtidstimer. Konsekvensen av dette må være at arbeidstakerne har rett til overtidsbetaling for de ukene de har arbeidet utover 35,5 timer. Det må gjelde selv om det i andre uker har vært arbeidet mindre enn 35,5 timer. Det er arbeidsgiver som må bære risikoen og det økonomiske ansvaret for at det i perioder er blitt akseptert at arbeidstakerne har arbeidet mindre enn vanlig arbeidstid. En slik forståelse er også lagt til grunn i RG-2010-1432 s. 10.
- (82) Arbeidsrettens mindretall, dommerne *Løvland* og *Nordlie* har kommet til et annet resultat og vil bemerke:
- (83) Mindretallet tar utgangspunkt i at saken gjelder tolkning av overenskomsten for NSB mellom Spekter og LO Stat, B-del punkt 5.3.4.1. Den forutgående særavtalen mellom NJF og NSB tjente som et forbilde for det innholdet partene i 2002 må anses å ha tilsiktet for overenskomsten.
- (84) Tariffhistorikken for overenskomsten punkt 5.3.4.1, som særavtalen inngått i 1995 representerer, viser etter mindretallets syn at det har vært en tydelig intensjon at særavtalen var en generell avtale om adgang for NSB til å gjennomsnittsberegne den alminnelige arbeidstiden. Det fremkommer av særavtalen punkt 3, syvende avsnitt, at «partene er enige om at arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes», dog innenfor grensene som særavtalen selv beskriver med hensyn til arbeidsplaner og arbeidsbestemmelser for øvrig. Dette understøttes også av forklaringen fra vitnet Sverre Harvei, som tok del i arbeidet med å utarbeide særavtalen i 1995. Etter særavtalens system var det ikke nødvendig med noen ytterligere avtale med de tillitsvalgte for å kunne benytte gjennomsnittsberegning av den alminnelige arbeidstiden.
- (85) Til anførselen om at særavtalen av 1995 må anses som ugyldig, må hver partsrelasjon i særavtalen vurderes for seg. Det er ikke uvanlig verken innenfor staten eller Spekter at ett avtaledokument reflekterer parallelle avtalerelasjoner, gjerne med likelydende ordlyd. For denne saken er det partsrelasjonen mellom NSB og NJF som er relevant. Etter mindretallets syn er det ikke påvist grunner som medfører at særavtalen av 1995 må anses

som ugyldig mellom NSB og NJF. Det faller utenfor saken om særavtalen den gang oppfylte alle krav eller ikke.

- (86) Etter mindretallets syn har det imidlertid ikke avgjørende betydning for saken om særavtalen var gyldig mellom partene eller ikke da den ble inngått. Særavtalens funksjon i forhold til overenskomstbestemmelsen som denne saken gjelder, var å tjene som forbilde for overenskomsten som ble inngått i 2002, og som i realiteten har vært uendret siden den gang. Dette ble fastslått av begge parter. Uansett om særavtalen var gyldig og formelt bindende mellom partene, oppfatter mindretallet både tilgjengelig dokumentasjon og forklaringene for Arbeidsretten slik at det var det innholdet som særavtaledokumentet uttrykte, partene tok sikte på å videreføre ved opprettelsen av overenskomst i 2002. Selv om gjennomsnittsberegning som sådan ikke var forhandlings-/meklingstema i 2002, oppfatter mindretallet at det utvilsomt var intensjonen å inkorporere tidligere særavtale i overenskomsten fremfor å videreføre denne som egen avtale. Det ble derfor utført et omfattende redigeringsarbeid av alle særavtaler, med sikte på å ta stilling til hva som skulle tas inn i overenskomstens B-del og videreføres der med nytt partsforhold og ny oppbygging av overenskomsten. Arbeidsretten har ikke fått opplyst noe fra forhandlingene og meklingen i 2002 som tilsier at partene i disse prosessene mente noe annet enn det særavtalen uttrykte. LO Stat hadde utvilsomt kompetanse etter loven til å inngå en overenskomst med dette innholdet, og har hatt det ved alle senere overenskomstrevisjoner.
- (87) Etter mindretallets syn følger den samme forståelsen av overenskomsten selv. Det følger av punkt 5.3.4.1 at «arbeidstiden gjennomsnittsberegnes», som språklig gir uttrykk for det generelle. Dette samsvarer med den intensjon man tok med seg fra særavtalens ordlyd, om at partene var enige om at arbeidstiden kunne gjennomsnittsberegnes. Tillegget om at det skal være «etter reglene i AML § 10-5 (2) ...» forstås som en videreføring av den separate bestemmelsen i særavtalen punkt 3, tiende avsnitt, vedrørende den særskilte begrensningen når det gjelder antall timer den enkelte uke. Språklig rommer formuleringen også høyeste antall timer per dag, men dette er også regulert særskilt i overenskomsten, punkt 5.3.3.1. Videre oppfatter mindretallet at en tolkning i samsvar med teksten fra særavtalen også er det som best samsvarer med øvrige bestemmelser i overenskomsten, jf. punkt 5.3.3.1 om en dagsverkbegrensning som kun tillates i forbindelse med en ordning med gjennomsnittsberegning, punkt 5.4.4.1 om utvidet helgefri og punkt 5.4.4.6 om ekstra fridager.

- (88) Det foreligger etter mindretallets syn ingen praksis i tarifforholdet som tilsier noen annen tolkning.
- (89) Mindretallet viser også til at det ikke er uvanlig med en generell adgang til å gjennomsnittsberegne alminnelig arbeidstid fastsatt i overenskomst eller annen tariffavtale. Slike generelle avtaler er gyldige og bindende innenfor de begrensninger som følger av arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd.
- (90) Dom blir etter dette å avsi i samsvar med flertallets syn. Dommen er avsagt med slik dissens som fremgår foran.

SLUTNING

1. Overenskomsten mellom Spekter og LO Stat, jf. B-delen mellom NSB AS og Norsk Jernbaneforbund pkt. 5.3.4.1, gir ikke arbeidsgiver hjemmel for ensidig å fastsette gjennomsnittsberegning av arbeidstiden.
2. Vygruppen AS foretar etterbetaling til de berørte medlemmer som ensidig ble pålagt gjennomsnittsberegning av arbeidstiden i turnusperioden R2016.

Jakob Wahl
(sign.)

Eli Mette Jarbo
(sign.)

Hedda Remen
(sign.)

Tor-Arne Solbakken
(sign.)

Randi Løvland
(sign.)

Unni Rasmussen
(sign.)

Kim Nordlie
(sign.)

Rett utskrift bekreftes: