

Tron Løkken Sundet

Tariffavtalen – utvalgte emner

Kap IV.6 (foreløpig rev)

Innhold

6. Hovedpunkter i den tariffrettslige tolkningslæren	2
6.1 Innledning – tariffavtaletolkning prosessuelt og prinsipielt.....	2
6.1.1 Rettskildemessige og prinsipielle utgangspunkter	2
6.1.2 Avtaletolkning i teori og praksis	4
6.1.3 Påstandsutforming i tolkningstvister	6
6.2 Utgangspunktet om tariffpartenes felles forståelse	8
6.3 Ordlyden som argumentasjonsgrunnlag	9
6.3.1 Innledning og hensyn. Forholdet til skriftlighetskravet	9
6.3.2 Utgangspunktet om slutning fra ordlyden	11
6.3.3 Om å lese avtaletekst - forståelsesintervall	12
6.3.4 Tidsforløp og endrede forhold.....	22
6.3.5 Noen særlige slutningsproblemer – referansebestemmelser	24
6.3.6 Annen tariffregulering og rettskilder.....	29
6.3.7 Harmonisering med bidrag fra andre kilder. Utgangspunkter for den videre drøftelse	32
6.4 Kontekstelementer – historikk og forhandlingsforløp	33
6.4.1 Innledning.....	33
6.4.2 Tilblivelse – historikk, forhandlingsforløp mv.	34
6.5 Praksis – tvistebehandling og avgjørelser fra Arbeidsretten og andre tvisteløsningsorganer.....	40
6.5.1 Innledning.....	40
6.5.2 Tvisteforhandlinger – har tolkningsspørsmålet blitt reist tidligere?	40
6.5.3 Praksis fra Arbeidsretten og andre domstoler	41
6.5.4 Voldgiftsavgjørelser	43
6.6 Praktisering av tariffavtalen	44
6.6 Tolkningsregler og tolkningsformodninger	46

6. Hovedpunkter i den tariffrettslige tolkningslæren

6.1 Innledning – tariffavtaletolkning prosessuelt og prinsipielt

6.1.1 Rettskildemessige og prinsipielle utgangspunkter

Tolkning av tariffrettslige utsagn er nødvendig i ulike sammenhenger. Det kan være spørsmål om det er inngått en bindende avtale, eller å avklare hva som gjelder mellom tariffpartene eller andre som tariffavtalen skal gjelde for. Tema i det følgende er hvordan man går frem og hva man bygger på når man skal avgjøre hvordan tariffavtalen eller tariffrettslige utsagn skal forstås.¹

Arbeidstvistloven har ikke særskilte bestemmelser om hvordan tariffavtaler skal tolkes. Loven har regler om hvordan tariffrettslige rettigheter og plikter kan etableres og avvikles, og virkningen av dem. Disse bestemmelsene er dels ufravelige og dels regler som gjelder hvor annet ikke følger av tariffforholdet. Hva som er tariffestet vil ofte inngå som noe man må ta stilling til når man skal anvende lovens regler, men loven sier ikke noe om hvordan man går frem for å finne ut hva tariffpartene har bestemt.² Rettspraksis er den sentrale kilden til kjennskap om hvordan man skal gå frem for å fastlegge innholdet i tariffrettslige utsagn. Annet regelverk kan imidlertid komme inn og stille skjerpede krav til tolkningen.³ Tariffpartene selv kan også ha vedtatt bestemmelser som avviker fra de normer som ellers vil gjelde for tolkningen.⁴ I grenseoverskridende tariffreguleringer, kan det være avtalt at andre lands rett skal legges til grunn i tolkingstvister.⁵

For tvister om tolkning av tariffavtaler gjelder det et prosessuelt særtrekk som ikke finnes for annen avtaletolkning. Etter arbeidstvistloven § 33 hører det under Arbeidsretten å avgjøre tvister mellom tariffpartene om tariffavtalers eksistens og forståelse, og om krav som bygger på tariffavtalen. For alle praktiske formål er Arbeidsretten derfor første og siste instans for tvister mellom tariffpartene om tariffavtalens innhold. Det er som hovedregel ikke adgang til

¹ Tariffavtaletolkning er også behandlet av Andersen, Arbeidsretten og organisasjonene s. 130 flg., Evju, Norge s. 250, Stokke/Nergaard/Evju s. 133-135, Fougner m.fl., Kollektiv arbeidsrett s. 182 flg., og Jakhelln m.fl., Arbeidstvistloven s. 35 og Fougner, Norsk arbeidsrett s. 602 flg. Se også spesialstudiene Sandnes, Ordlydens betydning og Engan, Praksis. Noen sider ved tariffavtaletolkning drøftes også av Ulset, Hva er så spesielt med tariffavtaler? s. 325, med særlige kommentarer til klarhetskravet og forholdet til alminnelige avtalerettslige normer.

² Se eksempelvis skriftlighetskravet i arbeidstvistloven § 5 som gyldighetsvilkår. Arbeidstvistloven §§ 5 og 8 tredje ledd har deklarasjonsbestemmelser om varighet og oppsigelse som kan utfylle tariffforholdet. Disse bestemmelsene er først anvendelige dersom tolkningsprosessen ikke gir grunnlag for en bestemt konklusjon, jf. likevel AR-2016-23 avsnitt 85. Sml. også avtaleloven § 37 første ledd nr. 4 om at det ved tvil om avtalevilkår som ikke er individuelt forhandlet og som er inntatt i en avtale mellom en forbruker og en næringsdrivende, ved skal tolkes til fordel for forbrukeren.

³ Sml. kapittel ... om Luganokonvensjonens betydning for tolkning av vernetingsbestemmelser i tariffavtaler.

⁴ Sml. ARD- 2016-370 om skriftlighetskravet og gjøre gjeldende-bestemmelser i Hovedavtalen LO-NHO.

⁵ Se tariffbestemmelsen gjengitt i ARD-2013-311 avsnitt 4 og 5.

å anke Arbeidsrettens avgjørelser.⁶ Det vil si at Arbeidsrettens tariffavtaletolkning og anvendelse av tariffbestemmelser ikke kan prøves av Høyesterett.⁷

Tvister mellom de tariffbundne medlemmer hører som utgangspunkt under de alminnelige domstolene, og slike tvister kan reise spørsmål om tariffavtaletolkning. De alminnelige domstoler kan i en individuell tvist prejudisielt ta stilling til hvordan tariffavtalen skal forstås så langt det er nødvendig for å løse tvisten mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, men kan ikke avgjøre spørsmålet med bindende virkning for tariffpartene. Dersom Arbeidsretten i en domsslutning har lagt til grunn en bestemt forståelse av tariffavtalen, følger det av arbeidstvistloven § 34 andre ledd at denne forståelsen er bindende for de arbeidsavtaler tariffavtalen gjelder for, og tolkningen må som hovedregel legges uprøvd til grunn av de alminnelige domstoler. På dette punktet fungerer Arbeidsretten som en «prejudikatsdomstol», og er den sentrale kilden for den tariffrettslige tolkningslæren. Det er Arbeidsrettens metode som må anvendes for å ta stilling til hvordan tariffavtalen skal forstås.⁸

Prosessordninger etableres for å sikre gjennomføring av den materielle retten. De prosessuelle reglene har derfor en side mot domstolens rettsanvendelse. Selv om ordlyd er utgangspunktet for løsningen av tariffrettslige tvister, må også andre faktorer trekkes inn. Muligheten for å foreta en slik bredere tilnærming til tolkning av tariffbestemmelser ligger bedre til rette for Arbeidsretten enn for andre tvisteløsere, og det er lovgivers intensjon at det skal være slik. Tariffspørsmål vil raskt kunne avklares med endelig virkning ved at det bringes inn for Arbeidsretten, som i den enkelte sak settes med syv dommere: Tre juridiske dommere, to dommere som er utnevnt etter innstilling fra arbeidstakerorganisasjoner og to dommere utnevnt etter innstilling fra arbeidsgiverorganisasjoner. Rettens sammensetning har slik sett en side mot utvikling og avklaring av tolkningslæren og tariffrettslige rettigheter og plikter. Men Arbeidsrettens oppgave er å løse rettsvister, det vil si hva som er rett og plikt etter tariffavtalen, og ikke å skape nye rettigheter eller plikter.⁹

Tariffavtaletolkning må også ses i sammenheng med særtrekkene ved tariffavtalen som avtaletype. Det er to elementer som skal omtales særskilt: Det ene er skillet mellom bundethet i kraft av å være part i tariffavtalen og bundethet gjennom medlemskap i en tariffbundet forening. Det andre er betydningen av tariffhierarkiet. Det er en nær sammenheng mellom disse særtrekkene, og skillet er viktig i analysen av betydningen av tariffpraksis som tolkningsfaktor. En tariffavtale har få parter, men mange «deltakere». Tariffpartene er en fagforening på den ene siden og en arbeidsgiverforening eller en arbeidsgiver på den andre siden. Det er tariffparten som materielt og prosessuelt råder over tariffavtalen, dels gjennom adgangen til å bringe tvister om tariffavtalens forståelse inn for Arbeidsretten og dels ved at det er tariffpartene som med bindende virkning for medlemmene kan presisere, endre eller

⁶ Jf. arbeidstvistloven § 58 og kapittel ... nedenfor.

⁷ Sml. HR-2017-777-A avsnitt 33.

⁸ HR-2018-1036-A bygger på en slik tilnærming. Se til dette merknader i kapittel @ foran med videre henvisning til høyesterettspraksis. Fremstillingen i Fougner, Norsk arbeidsrett s. 16 flg. sammenholdt med s. 605-606 er uklar på dette punktet, og sonderer ikke mellom rettskraft og prejudikatsvirkninger, og om det er lov eller tariffavtale som er tolkningsgjenstand.

⁹ Jf. mer generelt om Arbeidsretten, Fougner, Norsk arbeidsrett kap. 10.

avvikle tariffrettslige bestemmelser. Endres tariffavtalen, endres lønns- og arbeidsvilkårene for dem som er bundet av tariffavtalen. Partenes eksklusive rådighet over tarifforholdet sikrer tariffavtalens virkning og at det gjelder like lønns- og arbeidsvilkår for dem som omfattes av avtalen. Håndheving av tariffrettslige rettigheter og plikter kan derfor ikke uten videre overlates til medlemmene. Dersom medlemmene med bindende virkning skal kunne fastsette noe annet enn det som følger av tariffavtalen, må avtalen selv åpne for dette eller det må godkjennes av overordnet tariffpart. I motsatt fall vil man undergrave tariffavtalens betydning som reguleringsinstrument. Slik sett kan det tales om et tariffavtalehierarki, hvor de underordnede organisasjonsledd og medlemmene må respektere tariffpartenes beslutninger og tariffavtalens regulering.

Selv om Arbeidsretten enkelte ganger kommer med merknader om tolkningslæren, er det ikke gitt at uttalelsene skal tillegges stor vekt. På samme måte som man i rettskildelæren må skille mellom rettskildebruken og uttalelser om rettskildene, kan det være grunn til å skille mellom tolkningsargumentasjon slik gjennomføres og generelle uttalelser om tolkningslæren.

Tolkningsnormer kan på samme måte som andre rettslige normer virke atferdsregulerende. Klare regler gir forutberegnelighet, kan forhindre at tvister oppstår og kan bidra til at en part lar seg overbevise om at tolkningen som forfektes ikke har utsikt til å bli lagt til grunn av domstolene. Det er likevel bare et stykke på vei mulig å ivareta disse hensynene for de tariffrettslige tolkningsnormene, og det vil være punkter hvor normene er vage eller det er rom for skjønn.

Det at tolkningslæren er vag eller har skjønnsmessige elementer, betyr likevel ikke at den er fri eller frirettslig.¹⁰ Arbeidsretten skal ta stilling til hva som er rett og plikt i tarifforholdet, og ikke hva som bør gjelde mellom partene. Tarifforholdet kan begrense hvilke tolkningsalternativer som er legitime, og det kan være at tariffavtalen ikke gir et svar.¹¹ Andre ganger kan tvilen oppstå ved den konkrete anvendelsen av bestemmelsen, for eksempel om det foreligger tilstrekkelig saklig grunn etter Hovedavtalen LO-NHO § 7-1 nr. 3 til å fravike ansiennitet i forbindelse med en permittering.

6.1.2 Avtaletolkning i teori og praksis

De alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsippene gir også et dekkende utgangspunkt for tariffavtaletolkningen. Lilleholt oppsummerer tolkningslæren i tre punkter:

1. Har partene når avtalen inngås samme forståelse av innholdet i den, er denne forståelsen avgjørende.
2. Har en part en bestemt forståelse av innholdet i avtalen når avtalen inngås, og motparten kan forventes å kjenne til dette, skal denne særskilte forståelsen legges til grunn.

¹⁰ Jf. diskusjonen av Kristen Andersens metodiske program i Alsos/Seip/Nygaard s. 295-297. Annerledes Fougner, Norsk arbeidsrett som dels kan forstås slik at han mener Andersen hadde en pragmatisk tolkningsstil (s. 609 om Andersens «fornuftsforbehold» i tolkningen) og dels at Andersen hadde en mer positivistisk, bokstavtro ordlydstolkning (s. 503 om dreiningen fra «streng ordlydstolkning» til Evjus kontekstorienterte tolkningsprosess).

¹¹ Sml. ARD-1978-23, ARD-1997-175, ARD-2011-336 og AR-2016-14 (mindretallets prinsipale konklusjon).

3. Dersom en bestemt forståelse ikke kan utledes etter tilnærmingen i nr. 1 eller nr. 2, skal man legge til grunn den forståelse som partene med rette kunne legge til grunn ut fra forholdene.¹²

Dette er også tilnærmingen for tolkning av tariffavtaler: Målet med tolkningsprosessen er å klarlegge hva tariffavtalen bestemmer for tariffpartene og deres medlemmer. Forskjellen vil ligge i detaljene, det vil si i tolkningsfaktorenes innhold og betydning. Henvisninger til partenes forståelse på det tidspunktet avtalen inngås, vil i tariffretten dekke en rekke ulike situasjoner.

Som vi skal se nedenfor, vil Arbeidsretten noen ganger peke på noen momenter ved argumenttypen eller ved avveiningen av argumenter, slik som at ordlyden må ha stor vekt eller lignende angivelse av generell vekt. Andre ganger kan Arbeidsretten kort peke på at «man på vanlig måte ser hen til tolkningsfaktorer som overenskomstens ordlyd, dens forhistorie og praksis i tilknytning til den enkelte overenskomst».¹³ En tilsvarende kort presentasjon av et utgangspunkt for tolkningen, gis av Høyesterett i HR-2018-1036-A (reisetid). Etter å ha pekt på at det kreves «sterke holdepunkter» for å legge til grunn en tolkning som ikke har støtte i ordlyden, uttales det:

«Slike holdepunkter kan for eksempel være en felles avvikende avtaleforståelse mellom tariffpartene, tariffhistorikk og etterfølgende praktisering av avtalen.»¹⁴

Dette er en kort og treffende oppsummering av tolkningslæren. For øvrig vil tolkningsnormene fremgår som oftest bare fremgår indirekte av argumentasjonsmønsteret som viser relevante argumentkilder og slutningene fra dem, eller ved at begrunnelsen vil fremheve særlig spørsmål om avveiningen mellom momenter.

Arbeidsrettens domsgrunner inneholder tidvis generelle uttalelser om tolkningsprinsipper. Avgjørelsene er som oftest konkrete, innrettet på det spørsmålet som skal avgjøres, på grunnlag av de tilgjengelige kildene og argumentene. Arbeidsrettens argumentasjonsmønster i tolkningsspørsmål påvirkes av bevisbildet i saken. En rekke aktører har deltatt under utforming og revisjoner av tariffavtalen, opplysninger om tariffhistorien kan være omfattende, og avtalen kan ha blitt praktisert på en bestemt måte. Argumenttypene kan variere fra sak til sak, og avveiningen påvirkes av argumentenes innhold og kvalitet.

Tolkning av tariffavtaler står i en mellomstilling mellom tolkning av generelle, normative bestemmelser (lov eller forskrift) og tolkning av individuelle partsreguleringer (dispositive utsagn). Innrettelses- og bevis hensyn tilsier at ordlyden må ha stor vekt. Men tariffavtaler blir til og revideres på ulike måter, og opplysninger fra denne prosessen og om bakgrunnen for avtalen kan også belyse tolkningsspørsmålet. Kvaliteten på avtaleteksten kan også variere. Tariffbestemmelsen kan være et resultat av korte diskusjoner rundt forhandlingsbordet, den kan bli tilføyd i siste liten for å få meklingen i havn eller den kan være utformet etter forslag

¹² Lilleholt, Kontraktsrett og obligasjonsrett s. 100.

¹³ ARD-2003-116 på s. 136.

¹⁴ HR-2018-1036-A (reisetid) avsnitt 70.

fra partssammensatte utvalg som i lang tid har arbeidet med utkast til bestemmelse. Formuleringene kan være presise eller upresise, og noen ganger kan uklarheten være et utslag av at begge parter ser det som umulig å komme til enighet i den kritiske fasen.¹⁵ De organisasjonsmessige tariffavtalene står i en særstilling. Flere av dagens overenskomster har røtter langt tilbake i tid. I tillegg kan etablerte tariffavtaler ligge til grunn for andres tariffavtaler. Det kan gi et variert tilfang av og samspill mellom kilder til tolkning av tariffavtalen.¹⁶ I tillegg kommer at bestemmelsene gjelder generelt, det vil si for spørsmål som kan oppstå for ansettelsesforhold i en rekke virksomheter i ulike situasjoner. Det kan være vanskelig å utforme bestemmelser som er tilstrekkelig presise eller som gir et dekkende uttrykk for hva partene mener. Bestemmelser kan også ha blitt stående uendret i tariffavtaler over lang tid, slik at det er usikkert hvordan de skal anvendes i dagens arbeidsliv.¹⁷ Selv om alminnelige avtalerettslige prinsipper kan gi bidrag til læren om tariffavtaletolkning, blir det ikke mer enn et utgangspunkt.¹⁸ Et annet særtrekk for tariffavtaler er at det ofte er langsiktige reguleringer, hvor man i mangel av holdepunkter for noe annet vil velge den tolkning som gir kontinuitet og sammenheng (koherens) i reguleringen.¹⁹ Dette gjør at kontekstelementer kan få stor betydning i tolkningsprosessen- Det er ofte tale om regulering som gjelder over lang tid; det tilsier at endringer må ha sterke holdepunkter. Dersom det er reguleringer som har motstykke i andre tariffområder eller andre tariffavtaler, vil reguleringen der kunne være relevant for tolkningen, med mindre det er sterke holdepunkter for noe annet.²⁰

6.1.3 Påstandsutforming i tolkningstvister

I Arbeidsrettens praksis kan forståelsen av tariffbestemmelser komme til uttrykk gjennom dom for en generell forståelse av tariffbestemmelsen, eller dom for anvendelse av bestemmelsen («subsumsjonsdom»)²¹ Det er tariffparten som må velge rammen for søksmålet, og det kan noen ganger være at en part har et klarere grunnlag for subsumsjonsdom, men ikke for dom for den generelle forståelsen.²² Adgangen til å få avklaring begrenses imidlertid av det prosessuelle kravet til rettslig interesse.²³ Tariffparten må ha et aktuelt behov for å få dom for den generelle forståelsen.

I tillegg til kravet om rettslig interesse, kommer det materielle kravet om at det må være grunnlag for å avsi dom i samsvar med påstanden. Det er ikke alle tariffbestemmelser som lar seg fange inn i påstands form. Det er i praksis en uklar grense mellom tilfeller hvor en påstand må avvises fordi den er så ubestemt at den ikke gir tilstrekkelig avklaring, og tilfeller hvor det

¹⁵ Jf. Sundet, Tariffavtaletolkning. s. 567.

¹⁶ Se ARD-2008-56, omtalt i punkt @ nedenfor.

¹⁷ Sml. ARD-2011-405.

¹⁸ Se likevel Andersen, Fra arbeidslivets rett s. 60, Fougner m.fl., Kollektiv arbeidsrett s. 182, Andersen, Arbeidsretten og organisasjonene s. 132 og ARD-1982-333.

¹⁹ Sml. betydningen av fravær av brudd i relevante forståelsesramme, AR-2019-19 avsnitt 43.

²⁰ Sml. punkt ... nedenfor om kopibestemmelser.

²¹ Om krav til tvisteforhandlinger for generelle tolkningstvister som har en side mot aktuelle, konkrete tvister, se AR-2018-17 (Skanska).

²² Sml. ARD-2012-1 hvor Arbeidsrettens flertall ikke fant det nødvendig å ta endelig stilling til den generelle forståelsen av en bestemmelse om relasjonavlønning, da det bare var krevd dom for at to konkrete stillinger var omfattet av bestemmelsen.

²³ Se særlig ARD-2014-235 (Oslo havn I) med videre henvisninger til praksis.

Arbeidsretten frifinner fordi påstandsgrunnlaget ikke gir grunnlag for en slik tolkning. I ARD-1999-207 krevde LO dom for at en bestemmelse om fortrinnsrett for deltidsansatte var slik å forstå at ansatte fylte vilkårene i overenskomsten hadde fortrinnsrett uansett grunnen til at timene var blitt ledige. De saksøkte anførte at fortrinnsretten bare gjaldt timer som var midlertidig ledige. Arbeidsretten fant ikke grunnlag for en slik begrensning. Arbeidsretten vekt imidlertid tilbake fra å avsi dom i samsvar med saksøkers påstand, og uttalte:

«I påstandsformuleringen «uansett grunnen til at timer er blitt ledige» ligger tilsynelatende ingen begrensning. Slik tvistes spørsmålet er opplyst og prosedert, er Arbeidsretten ikke rede til å avsi dom med en så vid og uforbeholden formulering som påstanden gir uttrykk for. I tillegg til at det bare i begrenset grad er klargjort og konkretisert fra saksøkerens side hva som skal forstås med uttrykket «ledige timer», bemerker retten at partene under hovedforhandlingen bare har rettet oppmerksomheten mot butikkfunksjonærer, mens pkt. 1.15 etter sin ordlyd og plassering i overenskomsten også har anvendelse for andre deltidsfunksjonærer. Hvorvidt det ved fortolkningen av pkt. 1.15 siste ledd kan reise seg særlige spørsmål for såvidt gjelder slike, er imidlertid ikke blitt belyst for retten.»

I ARD-1995-251 var det nedlagt påstand om den generelle forståelsen av Standardoverenskomsten LO-NHO § 7 om lønssystem. LO krevde dom for at innføring av resultatlønnssystemer og andre lønssystemer krevde behandling «i samsvar med Standardoverenskomsten § 7». Arbeidsretten fant at det var uklart hva påstanden tok sikte på å avklare og at den reiste en rekke uløste spørsmål:

«Når det gjelder påstandens pkt. 2, kan det reises spørsmål om hvilke rettslige realiteter påstanden tilsikter å fastslå. Slik saken er prosedert for Arbeidsretten, har partene ikke vært uenige om at «et annet lønssystem» enn det som fremgår av standardoverenskomstens Del III, bare kan innføres etter avtale og behandling i samsvar med overenskomstens § 7. Tvisten har dreiet seg om den aktuelle kampanjepremierings/bonusordningen faller inn under dette. Avgjørelsen av dette spørsmålet bygger på en fortolkning av § 7 som vil være retningsgivende ved bedømmelsen av andre ordninger. Hva som er ment å skulle ligge i formuleringen «resultatlønnsordninger og andre lønssystemer» i forhold til bestemmelsene i § 7, er imidlertid ikke avklart fra saksøkerens side. Det nærmere innhold av dette påstandspunktet er ikke kommentert av partene under saksforberedelsen, og påstandspunktet ble lite belyst under hovedforhandlingen. Arbeidsretten finner enstemmig at det på dette grunnlag ikke bør gis dom for en slik generell fortolkningsformulering.»

I tilfeller hvor tariffbestemmelser gir anvisning på skjønn, kan det være vanskelig å utforme påstander som skal gi generelle tolkningsavklaringer. En mulig sontring kan gjøres mellom krav om dom for positiv angivelse av hva som skal inngå i den konkrete vurderingen, og krav om dom for momenter som ikke skal inngå i vurderingen, eller klargjøring av premisser for vurderingen. Det vil kunne være rom for presiserende tolkning av noen elementer, mens den delen av bestemmelsen som gir anvisning på konkrete vurderinger ikke uten videre kan låses eller begrenses på generelt grunnlag.²⁴ Både for slike skjønsmessige bestemmelser og i andre tilfeller, vil Arbeidsretten vike tilbake fra å avsi dom i samsvar med en generell påstand dersom det er uklart hvilke konsekvenser en slik domsslutning vil ha. Det vil henge sammen

²⁴ Sml. ARD-2016-151 (Nokas) og AR-2018-18 (NRK) om utgangspunkt for ansiennitetsvurdering. Se også ARD-1999-192 om dom for presisering om hva som ikke kunne utelates inngå i beregningsgrunnlaget for lønnsvekst.

med hvor langt det er praktisk mulig å opplyse tolkningsspørsmålet.²⁵ Frifinnelsen må da ses i lys av rettens merknader. I AR-2018-25 gjorde Utdanningsforbundet gjeldende at Hovedtariffavtalen for KS var slik å forstå at pedagogisk personale som hadde godkjent utdanning og med oppgaver, ansvar og funksjoner tilsvarende det som var beskrevet for pedagogisk leder i forarbeider og forskrifter til barnehageloven, skulle innplasseres stillingskode 7637 Pedagogisk ledere. De momentene det var vist til i påstanden, kom inn etter et tariffoppgjør hvor Utdanningsforbundet krevde mer omfattende bruk av stillingskoden for pedagogisk personell. KS gjorde gjeldende at tariffavtalen var slik å forstå at det var oppstilt momenter som var relevante for spørsmålet om innplassering i stillingskoden, men at det hørte under arbeidsgiver styringsrett å bestemme om den ansatte skulle innplasseres i stillingskoden. Arbeidsretten kom til at innplasseringen hørte under arbeidsgivers konkrete vurdering.²⁶ I stedet for frifinnelse, nedla KS påstand om dom for at tariffavtalen anga momenter som var relevante for valg av stillingskode, men at «det er arbeidsgiveren som avgjør innplasseringen på bakgrunn av de kriterier arbeidsgiver tillegger stillingen».²⁷ Dette førte ikke frem. Selv om innplasseringen hørte under arbeidsgivers konkrete vurdering, reiste tillegget om betydningen av de kriterier arbeidsgiver tiller stillingen. Under bevisførselen var det klarlagt at kommunene ikke stod helt fritt til å velge kriterier. Spørsmålet om grensene for arbeidsgivers skjønnsutøvelse kunne ikke løses på generelt grunnlag. Arbeidsretten kom derfor til at det ikke var grunnlag for å avsi dom i samsvar med KS' påstand og bemerket:

«Selv om innplasseringen er en del av arbeidsgivers styringsrett, må den utøves innenfor de rammer som trekkes opp av kriteriene i Riksmeklingsmannens møtebok og HTA. Tillegget i påstanden om de kriterier arbeidsgiveren tillegger stillingen reiser spørsmål om skranker for skjønnsutøvelsen som ikke kan løses på generelt grunnlag. Arbeidsretten har merket seg KS' presiseringer i innledningsforedraget og i forklaringen fra spesialrådgiver i KS, Inger Marie Højdahl, om at KS ikke nødvendigvis slutter seg til alle de vurderinger som er gjort i notatet fra rådmannen i Trondheim kommune. Skrankene for skjønnsutøvelsen har imidlertid ikke vært særskilt behandlet i tvisteforhandlingene ut over om det gjelder en plikt til innplassering dersom kriteriene i møteboken er oppfylt.»²⁸

6.2 Utgangspunktet om tariffpartenes felles forståelse

Utgangspunktet i tariffretten er det samme som i avtaleretten: Etter avtalefriheten er det opp til partene å bestemme om det skal inngås en tariffavtale og hvilket innhold den skal ha. Har partene en felles forståelse av ordlyden i tariffavtalen, skal denne forståelsen legges til grunn.²⁹ Utgangspunktet må tas i den felles forståelsen på det tidspunktet tariffavtalen opprettes. Hvordan parten etter dette mener å oppfatte avtalen, er som utgangspunkt uten betydning.³⁰ Denne forståelsen vil følge tariffavtalen i senere tariffperioder, med mindre det inntreffer forhold som sannsynliggjør at det har skjedd en endring i tariffforholdet.

Partenes felles forståelse kan avvike fra det som følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden i avtalen. I ARD-2006-38 kom Arbeidsretten til at et «referat» fra «drøftingsmøter»

²⁵ Se AR-2018-25 avsnitt 167 flg.

²⁶ AR-2018-25 avsnitt 54.

²⁷ AR-2018-25 avsnitt 43.

²⁸ AR-2018-25 avsnitt 55.

²⁹ Lilleholt, Kontraktsrett og obligasjonsrett s. 100.

³⁰ ARD-1997-175.

var uttrykk for tariffesting av et lønnstillegg. Ordvalget i det som ble hevdet å være en tariffavtale, talte klart mot dette. Parts- og vitneforklaringene hadde imidlertid vist at ordene var valgt «fordi det var maktpåliggende for kommunen å unngå et reforhandlingskrav fra andre organisasjoner. Man fant dermed en løsning som reelt innebar en tariffesting av stabiliseringstillegget, samtidig som løsningen utad fremsto som noe annet.»³¹ Partenes felles forståelse var i realiteten at referatet fra drøftelsene var uttrykk for en tariffrettslig forpliktelse.

I tilfeller hvor en part bygger på en spesiell forståelse av bestemmelsen, og motparten kjenner eller burde kjenne til denne uten å ta til motmæle, kan det føre til at denne forståelsen skal legges til grunn. Klargjøringsplikten påhviler den som mener at forståelsen skal være en annen enn den motparten bygger på og som er naturlig ut fra forholdet mellom partene. Hvis denne oppklaringen ikke kommer før avtalen inngås, kan den som hadde klargjøringsplikten ikke påberope en annen forståelse. Dette gjelder selv om den alminnelige forståelsen har grunnlag i avtalens ordlyd.³² Dersom parten kan bebreides for ikke å ha skapt den nødvendige klarheten i dette, kan det begrunne en tolkning på tvers av ordlyden og andre objektive momenter.

Det er tariffpartenes forståelse som er avgjørende. Motstykket til dette er at de underordnede foreninger og medlemmer ikke med bindende virkning kan avgjøre innholdet i tariffavtalen.³³

Dersom en felles forståelse ikke kan sannsynliggjøres, må man legge til grunn den forståelsen som ut fra de tariffrettslige argumentkildene har de beste grunner for seg. Det er tema for de kapitlene 6.3 flg. Arbeidsrettens argumentasjonsmønster er i korte trekk en vurdering av hva som kan utledes av tariffavtalens ordlyd sammenholdt med de bidrag til forståelsen som kan finnes i avtalens kontekst. Tariffavtalens kontekst brukes i denne fremstillingen som et stikkord for tolkningsmomenter utenfor bestemmelsens ordlyd. Kapittel 6.3 redegjør for slutninger fra ordlyden, mens kapitlene 6.4 til 6.6 redegjør for betydning av konteksten. Avslutningsvis skal det i kapittel 6.5 sies litt om bruk av hensyn og tolkningsformodninger.

6.3 Ordlyden som argumentasjonsgrunnlag

6.3.1 Innledning og hensyn. Forholdet til skriftlighetskravet

Utgangspunktet for all tariffavtaletolkning er avtalens ordlyd, og den slutning som følger av en naturlig språklig forståelse. Noen ganger gir ordlyden et klart svar på tolkningsspørsmålet, typisk for bestemmelser med klare kriterier slik som tallfesting av lønn, antall timer arbeidstid mv. Andre ganger er ordlyden bare første skritt på veien i tolkningsprosessen, hvor ordlyden blir ett av flere argumenter for eller mot en bestemt forståelse av tariffbestemmelsen.

Det er vanlig å vise til at ordlyden har stor betydning ved tolkningen fordi tariffavtalen har mange parter.³⁴ Til støtte for dette vises det ofte til Høyesteretts uttalelser i Rt-2004-297

³¹ ARD-2006-38 avsnitt 138.

³² Jf. ARD-1986-117 og ARD-2012-126.

³³ Jf. ARD-1994-291 og punkt @ om ufravikelighetsvirkninger.

³⁴ Se Fougner, Norsk arbeidsrett s. 607-608 med videre henvisninger.

(Amersham) om at fordi «avtaler mellom fagforeninger og en arbeidsgiver regelmessig gjelder flere enn to parter, må de fortolkes etter ordlyden ut fra en objektiv språklig forståelse».³⁵ Det er å trekke Høyesteretts uttalelser for langt. Fougner anfører at Høyesterett i Rt-1996-1696 «la stor vekt på hensynet til dem som ikke hadde deltatt i avtaleforhandlingene».³⁶ Til dette kan innvendes at Høyesteretts argumentasjon ikke så mye er knyttet til hensynet til andre avtaleparter, men til selve bevisbedømmelsen. Tvisten for Høyesterett gjaldt tolkningen av en oppsigelsesklausul, og fagforeningen Norsk kommuneforbund (nå Fagforbundet) gjorde gjeldende at klausulen bare gjaldt deler av avtalen. En oppsigelse skulle derfor bare føre til at deler av avtalen falt bort. Høyesterett la til grunn at avtalen ikke var en tariffavtale.³⁷ Det avgjørende i Høyesteretts tolkning er slutningene fra ordlyden, og en presumsjon om at avtaletekst som utarbeides av profesjonelle forhandlere som har tilstrekkelig til forberedelse og vurderinger, mener det som følger av ordlyden i avtalen. Det var i saken en forklaring avgitt i ettertid som kunne tyde på at oppsigelsesklausulen ikke var generell, men denne forklaringen var ikke helt entydig og hadde ikke støtte i tidsnære bevis. Samlet sett uttrykker Rt-1996-1696 ikke mer enn at tolkningen må bygge på ordinære tolkningsmomenter, og innholdet i dem må fastlegges på grunnlag av en alminnelig bevisvurdering.³⁸ Høyesteretts tilnærming peker mot en mer treffende begrunnelse for ordlydens betydning: Ordlyden er et sikrere bevis for hva som er avtalt fordi det er et tidsnært grunnlag for slutninger om hva partene mente.³⁹

Ordlydens betydning for tolkningen har også en naturlig sammenheng med formkravet til tariffavtaler, og at tariffpartene innretter seg etter det som er nedfelt skriftlig. Formkravet gir derfor anvisning på at det må klare holdepunkter til for å legge til grunn noe annet enn det som følger av ordlyden. Dette kan i noen tilfeller virke som en grense for tolkningen. I ARD-1938-8 bemerket Arbeidsretten at formkravet var til hinder for at avtalen gjennom praksis fikk et annet omfang enn det partene hadde tilsiktet på avtaletidspunktet. Denne normen gjelder først og fremst de klare tilfeller av motstrid mellom ordlyd og praksis, og gir bare et utgangspunkt for tolkningsprosessen. Ordlyden yter motstand mot utvidelser og innskrenkninger, men et absolutt hinder er det ikke. En tilsvarende skranke for tolkningen gjelder ikke hvor det er spørsmål om å utfylle tariffbestemmelsen eller hvor tariffavtale utvilsomt er opprettet eller endret, jf. kapittel om skriftlighetskravet I ARD-2013-1 er skriftlighetskravets betydning for tolkningsprosessen oppsummert slik:

³⁵ Rt-2004-297 (Amersham) avsnitt 49. Arbeidsretten har sluttet seg til utgangspunktet, og tilsynelatende også hensynet til alle «partene» i tariffavtalene, i ARD-2010-66 avsnitt 80, ARD-2010-95 avsnitt 30 og ARD-2010-211 avsnitt 41.

³⁶ Fougner, Norsk arbeidsrett s. 607.

³⁷ Fougner, Norsk arbeidsrett s. 607 sammenholdt med s. 494-495 synes å legge til grunn at Høyesteretts konklusjon er korrekt fordi avtalen ikke var inngått mellom arbeidsgiver og en fagforening. Den omtvistede avtalen var inngått mellom Trondheim kommune og en fagforening for de ansatte i et selskap som fullt ut var eid av kommunen. Høyesterett kom «under tvil» til at det ikke var en tariffavtale fordi den ikke var inngått med arbeidsgiver. En rent formell tilnærming til partsangivelsen skulle ikke gitt grunnlag for tvil. Fougner tar ikke opp forholdet mellom en formell og reell tilnærming ved fastlegging av partsforholdet i avtalen.

³⁸ Se særlig drøftelsen i Rt-1996-1696 på s. 1707-1708 hvor det blant annet vises til betydningen av å legge «særlig vekt på det som kan sluttes av dokumentene og partenes opptreden da avtalen ble inngått».

³⁹ Se Fougner, Norsk arbeidsrett s. 606-607 med videre henvisninger.

«Tariffavtaler skal inngås skriftlig, jf. arbeidstvistloven § 4, jf. § 1 bokstav e. Det fremgår også av Hovedavtalen LO-NHO § 4-1 at «[s]kriftlige særavtaler [...] binder partene inntil de ved skriftlig oppsigelse er brakt til opphør». Det følger imidlertid av praksis fra Arbeidsretten og juridisk teori at skriftlighetskravet ikke er absolutt. Det vises i den forbindelse til ARD 1960 side 154, hvor det på side 156 heter:

«Som påpekt av byretten er det gjennom rettspraksis fastslått at arbeidstvistlovens krav om at tariffavtaler skal opprettes skriftlig, ikke kan oppfattes så kategorisk at det må være opprettet et av begge parter undertegnet dokument. Riktignok må det foreligge spesielle grunner for å lempe på kravet. I så måte er det frem for alt maktpåliggende at det finnes overbevisende og utvilsomme holdepunkter for at vedkommende parter, tross den manglende «skriftlighet», både har ment å slutte en tariffavtale, og har vært klar over hva denne avtale skal inneholde.»

Tilsvarende må gjelde for endringer i en inngått tariffavtale/særavtale. Det bemerkes at det i denne saken ikke er tale om å innfortolke rettigheter/forpliktelse i strid med særavtalens ordlyd, men en utfyllende tolking i samsvar med lang og entydig praksis.

Det følger av Arbeidsrettens praksis at lang og entydig praksis kan etablere tariffrettslige forpliktelser.⁴⁰

I ARD-2013-1 var det tale om fast praksis om å inkludere omsetning fra cateringvirksomhet ved beregning av servitørens lønn på grunnlag av en særavtale opprettet i 1989. En slik entydig praksis hadde derfor stor vekt ved tolkningen. Selv ikke ved klar motstrid med ordlyden er det utelukket at avtalens innhold kan endres over tid som følge av praksis eller passivitet. Dette vil i så fall bero på hvor langvarig og sikker praksis det er for dette. I ARD-2001-49 kom Arbeidsretten til at en tariffbestemmelse ut fra partenes praksis hadde mistet sitt reelle innhold fordi det ikke kunne påvises at bestemmelsen hadde vært anvendt i etterkrigstiden. Betydningen av praksis for å klarlegge innholdet i tariffavtalen omtales nærmere i kapittel 6.5 nedenfor.

6.3.2 Utgangspunktet om slutning fra ordlyden

Utgangspunktet for slutningen fra avtaleteksten er den alminnelige forståelsen av ordlyden på det tidspunkt bestemmelsen ble vedtatt av partene. Denne forståelsen ligger som en forutsatt referanseramme for tolkningen selv om tariffavtalen rettslig sett er en tidsbegrenset avtale som videreføres og revideres med jevne mellomrom. Tolkningen begynner ikke med blanke ark i hver tariffperiode. Unntak gjelder selvsagt dersom det er opplysninger fra tariffrevisjonen som viser at partene har ment å markere et brudd med tidligere bestemmelser.

Det at ordlyden i bestemmelsen er gammel, betyr ikke uten videre at den har liten vekt i tolkningen, jf. ARD-2011-405 om en bestemmelse som kunne spores tilbake iallfall til 1917, og som var en videreutvikling av en bestemmelse fra 1912. Hvilket bidrag ordlyden gir til tolkningen må med andre ord sammenholdes med bestemmelsens historikk og formål. Disse momentene vil bli nærmere omtalt i kapittel 6.4 nedenfor. Tariffavtalen inngår i en større rettslig og faktisk sammenheng. Lovregler kan påvirke innholdet i tariffavtale på ulike måter, jf. kapittel... nedenfor.

⁴⁰ ARD-2013-1 avsnitt 77-79. Se også AR-2016-35.

6.3.3 Om å lese avtaletekst - forståelsesintervall

Utgangspunktet for tolkningen av avtaleteksten er den alminnelige språklige forståelsen av teksten. Dette går ut på å trekke slutninger fra ordene som brukes i avtalen. Den alminnelige språklige forståelse gir et greit utgangspunkt for vurderingen, men trenger ikke være en absolutt og objektiv størrelse. Hvor klart bidraget fra ordlyden er, vil ha betydning for hvor klare og tungtveiende argumenter fra andre kilder må være for å legge til grunn en tolking som ikke har støtte i ordlyden. Fokus i fremstillingen i dette avsnittet er på hvordan Arbeidsretten bruker tariffavtalens tekst når det skal klargjøres hvilket bidrag ordlyden gir til forståelsen av avtalen.

Ved lesningen av teksten må fortolkeren ta utgangspunkt i egen språkkunnskap og om nødvendig trekke veksler på ordlister o.l. for å klargjøre hvordan ordene isolert sett skal forstås. Den enkelte lezers «språkfølelse» kan variere, og formuleringer kan forstås på forskjellige måter. I ARD-2003-201 hadde partene i forbindelse med oppdrag om plugging av hull på Ekofiskfeltet, inngått lokal særavtale som blant annet bestemte at arbeidstidsordningen under oppdraget skulle være skiftplan med 2–3-rotasjon og at det skulle foretas en «avregning» en gang i halvåret ut fra antall arbeidstimer i forhold til årstimeverket. Uten særavtalen ville de ansatte fulgt en arbeidsplan basert på 6–2-rotasjon med avregning av arbeidede timer mot årstimeverket en gang i året. Spørsmålet var om avregning i henhold til særavtalen betød at det skulle betales eventuell overtidsgodtgjørelse, eller om det bare skulle utarbeides en oppstilling over arbeidede timer, med en endelig avregning og utbetaling av eventuell overtidsgodtgjørelse på et senere tidspunkt. Arbeidsrettens flertall kom til at begrepet måtte forstås som oppgjør i form av utbetaling, og begrunnet dette med den språklige forståelse av ordet «avregning» slik det kunne klarlegges på bakgrunn av ordlister. Flertallet så også hen til bestemmelsens sammenheng og tilblivelse:

«Protokollens ordlyd er langt fra entydig. Det er forståelsen av protokollens fjerde avsnitt som er omtvistet, nærmere bestemt avsnittets tre siste setninger, idet de tre første setningene regulerer spesielle forhold som bare gjelder 4-6 ansatte som før oppstarten på Cod var beskjeftiget med å klargjøre riggen for oppdraget.

Slik flertallet ser det, kan den nest siste setningen i avsnittet, isolert betraktet, etter sin ordlyd ikke forstås på annen måte enn at det med den avregning som her er omtalt er ment avregning med oppgjør i form av utbetaling. Dette er i overensstemmelse med den vanlige språklige forståelse av uttrykket «avregning», slik uttrykket er forklart i såvel leksika som i oppslagsverk som Riksmålsordboken og Bokmålsordboka. Det er også slik uttrykket gjennomgående er benyttet i partenes tariffavtale. Spørsmålet er om setningen likevel må forstås på annen måte, sett i lys av den foregående og den etterfølgende setning, som hver for seg kan leses slik at de gir anvisning på avregning (med utbetaling) en gang årlig i samsvar med den praktiserte hovedregelen. Etter flertallets oppfatning kan imidlertid de to setningene også forstås slik at det ikke oppstår noen motstrid med den mellomliggende setningen. Den første av de to setningene kan ses som en presisering av at overgangen til skiftordningen 2-3, som på årsbasis ville tilsvare 1752 timer, ikke skulle få konsekvenser for størrelsen av det avtalte årstimeverket på 1612 timer. Uttrykket «på årsbasis» i den siste setningen behøver ikke bety annet enn det som ligger i ordene «i forhold til årstimeverket» i den forutgående setningen. Slik sett blir det ingen direkte motsetning mellom den midterste setningen om halvårlig reell avregning og de to øvrige setningene.

Også omstendighetene omkring protokollens tilblivelse trekker i retning av den forståelse som saksøkeren gjør gjeldende.»⁴¹

Mindretallet var enig i at den alminnelige språklige forståelsen av ordlyden isolert sett var at «avregning» var noe annet og mer enn en ren «oppstilling» eller «oppgave», men fant holdepunkter for en annen tolkning på grunnlag av sammenhengen i bestemmelsen.

ARD-1997-162 gjaldt forståelsen av ordet «stillas» slik det var definert i tariffavtalen, og viser samspillet mellom slutning fra ordlyden og tariffhistorikken. Bestemmelsen var inntatt i Landsoverenskomsten LO-NHO for elektrofag og fastsatte at det ved arbeid i høyder skal brukes «godkjent stillas», og at det skal betales «høydetillegg» ved arbeid i høyder over syv meter der slik «betryggende anordning» ikke finnes. Overenskomsten punkt 10 bokstav C hadde slik ordlyd, inkludert en definisjon av ordet stillas:

«Ved arbeid i høyder forutsettes at det brukes godkjente stillaser (konferer sikkerhetsregler for stillaser m.v.). Med stillas forstås kun anordning hvor stillaset er jordfast med plant gulv og betryggende rekkverk.»

Spørsmålet var om de ansatte hadde krav på dette tillegget ved arbeid fra arbeidsplattformer som var montert på henholdsvis en lift, en mobilkran og en traverskran, eller om dette var stillas i henhold til punkt 10 bokstav C som ikke ga krav på tillegg. Arbeidsgiversiden anførte at tillegget bare skulle betales dersom bruk av andre anordninger enn stillas medførte en særlig risiko, det vil si argumentasjon ut fra hva ordlyden egentlig tok sikte på å, og hva tillegget var ment å kompensere. Dette førte ikke fram. Det var særlig kravet om at arbeidsplattformen måtte være «jordfast» og sammenhengen med andre bestemmelser som tilsa at de aktuelle arbeidsplattformene falt utenfor definisjonen:

«Bestemmelsenes ordlyd lest i sammenheng trekker klart i retning av at det «kun» er i tilfeller hvor en anordning kan karakteriseres som stillas, og dette er «jordfast med plant gulv og betryggende rekkverk», at retten til høydetillegg i utgangspunktet er avskåret.

Arbeidsretten finner ikke grunnlag for å innfortolke et krav om at bruk av andre anordninger enn stillas må medføre særlig risiko for at retten til høydetillegg skal utløses. Retten viser her til at opphavet til bestemmelsene trolig skriver seg tilbake til 1935, og at de nevnte grunnvilkårene ihvertfall var formulert i overenskomsten fra 1946. Bakgrunnen for bestemmelsene og deres avgrensning mot bruk av betryggende eller godkjent stillas er imidlertid ikke avklart. Det foreligger ikke opplysninger om forhandlingsforløp og partsforutsetninger under tariffrevisjonene frem til 1996 som tilsier at høydetillegg utelukkende er ment som et risikotillegg. I 1946 hadde § 10 en annen overskrift enn i dag, ved at den skilte mellom blant annet «smussig og sunnhetsskadelig arbeid» og «arbeid i høyder», og paragrafen var redigert etter de samme skillelinjer. Først i 1982 ble overskriftene endret og paragrafteksten omredigert slik at bestemmelsene om høydetillegg ble plassert under den deloverskriften § 10 C nå har. Heller ikke bakgrunnen for disse omfattende endringene er belyst under saken. Retten vil også bemerke at overskriften til § 10 og dens C ikke gir holdepunkter for noe vilkår om at risiko må foreligge, men bare for at arbeidet «kan» innebære særlig fare for liv og helse. Både denne formuleringen og innholdet i § 10 C omfatter såvel arbeid fra stillas som annet arbeid i høyden.

Arbeidsretten må etter dette forholde seg til bestemmelsenes ordlyd, og viser for så vidt til bemerkningene foran. Retten finner det ved den nærmere vurdering naturlig å ta som utgangspunkt at et stillas er en fastmontert oppbygning eller anordning hvor arbeidsplattformen har en konstant plassering. Retten finner ikke grunn til å gå nærmere inn på hva som i alminnelighet ligger i kravet til at anordningen må være «jordfast». Det som

⁴¹ ARD-2003-201 på s. 205–206.

kjennetegner den liften, den mobilkranen og den traverskranen som er aktuelle i saken, er at de er flyttbare under utførelsen av arbeidet mens arbeidstakerne befinner seg på plattformen, og at de er forutsatt brukt på denne måten. De aktuelle anordningene skiller seg ved dette fra ordinære stillaser. Retten finner at denne forskjellen må være avgjørende, og at anordningene derfor ikke kan regnes som «stillas» i overenskomstens forstand.»⁴²

Det var da ikke avgjørende at den tekniske utviklingen hadde ført til at sikkerheten var tilfredsstillende ved bruk av andre innretninger enn de jordfaste stillas med betryggende rekkverk. Definisjonen av stillas kunne ikke leses som en intensjon om at tillegget bare skulle betales hvis arbeidet var særlig risikofyllt.

Ord og uttrykk kan være flertydige eller ha uklare grenser, eller gi anvisning på en skjønsmessig vurdering.⁴³ I ARD-2008-56 var det tvist mellom LO og NHO om forståelsen av butikkoverenskomsten punkt 6.1 som bestemte at påskeaften var fridag, med mindre «bedriftsmessige hensyn» gjorde det nødvendig å holde arbeidet i gang. En butikk anførte at den måtte holde åpent på påskeaften fordi dette var bestemt i leiekontrakten med kjøpesenteret. Arbeidsretten bemerket at «bedriftsmessige hensyn» var vagt og flertydig.⁴⁴ Arbeidsretten hadde i en dom fra 1952 om en tilsvarende bestemmelse i overenskomsten mellom LO og Virke presisert at det i «bedriftsmessige hensyn» lå en avgrensning mot «forretningsmessige hensyn», det vil si «håp om større omsetning og dermed større fortjeneste».⁴⁵ Samtidig kunne det tenkes et bredt spekter av hensyn som ville være «bedriftsmessige hensyn».⁴⁶ Arbeidsrettens flertall fant at forpliktelsen i leiekontrakten og hensynet til butikkens rennome i en fremtidig forhandlingssituasjon med utleier var bedriftsmessige hensyn.

ARD-1996-143 gjaldt sokkeloverenskomsten mellom NHO/OLF – NALF som i punkt 5.3 ga rett til to timers overtidsbetaling til ansatte «som blir kalt ut til arbeid utenom normal arbeidstid». Spørsmålet var om dette gjaldt for ansatte som fikk melding om slikt arbeid før den alminnelige arbeidsdagen var avsluttet. Arbeidsretten bemerket at formuleringen «arbeid utenom normal arbeidstid» var tvetydig:

«Ut fra vanlig språklig forståelse er ett mulig alternativ å lese formuleringen «arbeid utenom normal arbeidstid» som om det sto «overtidsarbeid», mao. slik at alt overtidsarbeid derved i utgangspunktet utløser et krav på minstebetaling. Et annet alternativ er å lese tekstelementene «kalt ut ... utenom normal arbeidstid» slik at de uttrykker et vilkår mht. tidspunktet for utkallelsen, mao. slik at det er et vilkår for å oppnå krav på minstebetaling at utkallingen finner sted utenom normal arbeidstid.»⁴⁷

Arbeidsretten fant holdepunkter i andre deler av ordlyden for å presisere slutningen fra bestemmelsen:

«Uklarheten på dette punktet reduseres noe dersom bestemmelsen i punkt 5.3 første punktum ses i sammenheng med formuleringene i kapittel 5 for øvrig. Begrepet overtid er nærmere definert i overenskomstens punkt 5.2

⁴² ARD-1997-162 på s. 171-172.

⁴³ Jf. redegjørelsen foran om ARD-2003-201 om uttrykket «avregning». Se også ARD-2007-38 om formuleringen «ordinær dagarbeidstid».

⁴⁴ ARD-2008-56 avsnitt 59.

⁴⁵ ARD-2008-56 avsnitt 59.

⁴⁶ ARD-2008-56 avsnitt 61.

⁴⁷ ARD-1996-143 på s. 149-150.

som «(a)rbeid utover 12 timer i døgnet». Derfor er det etter Arbeidsrettens syn lite nærliggende å anta at partene ville ha brukt den omstendelige formuleringen «arbeid utenom normal arbeidstid» dersom meningen var å uttrykke en enkel regel om at overtidsarbeid uten videre medfører krav på minstebetaling etter punkt 5.3 første punktum med mindre unntaket i annet punktum får anvendelse.»⁴⁸

Ut fra sammenhengen kom Arbeidsretten til at det i «kalt ut» til arbeid lå at arbeidstakeren måtte tilkalles fra et sted til et annet:

«Det vilkåret som ligger i dette uttrykket, er det mest nærliggende å forstå slik at arbeidstakeren, i tillegg til å være pålagt selve arbeidet, må være tilkalt fra et sted til et annet med forholdsvis kort varsel. I den foreliggende sammenhengen trekker dette i retning av at arbeidstakeren i det minste må være kalt ut til arbeidsstedet fra et sted hvor fritiden avvikles, for at punkt 5.3 første punktum skal utløse krav på minstebetaling.»⁴⁹

Valget mellom alternativene ble truffet ved at den umiddelbare slutningen fra bestemmelsen kravet bygget på, ble holdt opp mot slutninger fra andre deler av teksten. Dette ble utgangspunktet for den videre gjennomgang av kildene til tolkningen. Arbeidsretten fant ingen holdepunkter i forhistorie, formålsbetraktninger eller noen fast og entydig praksis som tilsa at man måtte fravike slutningen fra ordlyden.

Bruk av befalende form kan reise spørsmål om den er ment som et ensidig pålegg til en av partene eller gir rettigheter.⁵⁰ ARD-2013-258 gjaldt en bestemmelse i Sentral Forbundsvis Særavtale (SFS) 2201 mellom KS og LO/Fagforbundet som bestemte at miljøterapeuter «skal gis» nødvendig tid til planlegging av arbeidet. Spørsmålet var om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kunne bestemme hva som var nødvendig tid, det vil si om bestemmelsen var et pålegg til arbeidsgiver om å gi nødvendig tid, eller om arbeidstakerne hadde rettskrav på å få nødvendig tid. Arbeidsretten bemerket at ordlyden var tvetydig:

«Arbeidsretten kan ikke se at en naturlig språklig forståelse av ordlyden gir klar støtte for KS' forståelse av punkt 3.3.3 i SFS 2201. Ordlyden åpner i og seg for begge tolkninger. Angivelsen av at miljøterapeuter «skal gis» nødvendig tid kan forstås som et krav til utøvelsen av styringsretten, men kan også leses som en angivelse av et krav til arbeidstid som kan utfylles i særavtale.»⁵¹

Retten kom til at bestemmelsen ut fra sammenhengen i avtaleverket måtte forstås slik at arbeidsgiver ikke ensidig kunne definere hva som var nødvendig tid. Hensynet til den tillitsvalgtes stilling kan også ha vært et argument for denne forståelsen, det vil si at reelle hensyn kan ha virket utslagsgivende for slutningen fra ordlyden.

Tilsvarende tvilsspørsmål kan oppstå i tilfeller hvor tariffavtalen viser til lovverk eller andre regler. Dersom tariffavtalen bestemmer at «ferie gis i henhold til ferielovens bestemmelser» eller at arbeidsavtale skal være skriftlig «jf. arbeidsmiljøloven § 14-5», er det ment som en ren opplysning eller er det en tariffesting av regler som tilsvarer lovens regler, slik at en arbeidsgiver som ikke oppfyller pliktene etter loven samtidig begår et tariffbrudd? Dette er spørsmålet om tolkning av «referansebestemmelser» som omtales i punkt 6.3.5 nedenfor.

⁴⁸ ARD-1996-143 på s. 150.

⁴⁹ ARD-1996-143 på s. 150.

⁵⁰ Jf. også kapittel 6.3.5 om referansebestemmelser.

⁵¹ ARD-2013-258 avsnitt 53.

Tvil kan også oppstå hvor avtalen bruker skjønsmessige ord og uttrykk, eller inneholder generalklausuler eller rettslige standarder, slik som krav til «saklig grunn» i Hovedavtalen LO-NHO § 8-2. I slike tilfeller vil løsningen ikke umiddelbart følge av ordlyden, men vil finnes i den konkrete anvendelsen av bestemmelsen. ARD-2010-106 gjaldt forståelsen av lederbegrepet i Hovedtariffavtalen i KS-området. Avtalen bestemte at ledere skulle avlønnes høyere enn dem de var satt til å lede. I tariffoppgjøret 2008 inntok partene en presisering i bestemmelsen hvor det fremgikk at bestemmelsen gjaldt ledere som var tildelt «vesentlige arbeidsgiverfunksjoner». Ordlyden oppstilte ingen ytterligere krav til hvilke funksjoner dette var eller hva som var «vesentlige» funksjoner. Arbeidsrettens flertall kom til at vilkåret var oppfylt for de arbeidstakere det var tale om (sykepleiere som var ansatt som gruppeledere).⁵²

Ordlydens kvalitet vil også ha betydning for hvilket bidrag den gir til tolkningen. Det kan være at den språklige slutningen påvirkes av at bestemmelsen settes inn i eksisterende avtaletekst. Dersom det sannsynliggjøres at det er tale om skrivefeil eller andre feil i teksten, eller det er en omformulering som ikke er ment som realitetsendring, vil den gjeldende ordlyden ikke være avgjørende.⁵³ For rent redaksjonelle endringer må tolkingen bygge på slutninger fra tidligere formuleringer. Det kan også være formuleringer som tilføyes helt på slutten av langvarige forhandlinger eller meklinger. Den bevisste tvetydighet kan også være eneste utvei for å få avsluttet forhandlingene. Setningsoppbygningen i bestemmelsen kan også skape tvil, for eksempel dersom det over tid skjer redigeringer i avtaleteksten som endrer meningsinnholdet. En formulering som tilsynelatende løser tolkningsspørsmålet kan i realiteten være rettet mot en annen bestemmelse. I ARD-1995-82 var det spørsmål om elever som ble beordret til høyere utdanning hadde krav på kompensasjon for merutgifter til kost i medhold av Fredsregulativet, selv om elevene hadde flyttet til skolestedet og eventuelt har fått dekket flytteutgifter i den forbindelse. Arbeidsretten mente ordlyden i avtalebestemmelsen var entydig og klar på at befal som beordres til høyere utdanning ved en skole i et annet tjenesteområde hadde krav på beordringstillegg etter reglene i regulativets pkt. 4.2.54. Staten viste til at det i en kommentar i avtaleteksten stod at elevene kunne tilstås slik godtgjørelse dersom flytting ikke hadde funnet sted, noe som motsetningsvis tilsa at godtgjørelse ikke skulle betales hvis eleven flyttet til skolestedet. Dette førte ikke frem. Bevisførselen viste at denne kommentaren hadde en spesiell forhistorie og knyttet seg til regulativets punkt 4.3, og ikke punkt 4.2.26. Kommentaren kunne da ikke begrense retten til godtgjørelse etter avtalens punkt 4.2.

I tilfeller hvor de ord og uttrykk som er brukt i en bestemmelse ikke gir klart svar på tolkningsspørsmålet, kan sammenhengen i bestemmelsen og forholdet til andre bestemmelser i avtalen kaste lys over forståelsen. I ARD-2010-258 var det spørsmål om tillitsvalgtes rett til fri etter Hovedavtalen for KS § 3-4 jf. § 3-3 i tilfeller hvor det er inngått avtale om frikjøp av tillitsvalgt, det vil si tilfeller hvor arbeidstakeren er fritatt fra arbeidsoppgaver for å utføre vervet som tillitsvalgt. Saken reiste spørsmål om forholdet mellom § 3-3 om frikjøp av tillitsvalgt og den generelle bestemmelsen i § 3-4 om at tillitsvalgte hadde rett til nødvendig

⁵² Se også ARD-2008-58 omtalt foran og AR-2016-17 omtalt i kapittel ...

⁵³ ARD-2011-229 avsnitt 47.

⁵⁴ ARD-1995-82 på s. 87.

fri fra arbeidet for å utføre vervet. Omfanget av retten til frikjøp varierte etter antall medlemmer, og med forholdsmessig reduksjon ved lavere medlemstall. Kunne en tillitsvalgt som var frikjøpt i tillegg kreve rett til fri etter § 3-4? Arbeidsretten kom til at bestemmelsen om frikjøp uttrykte tariffpartenes tallfesting av tid som var nødvendig og tilstrekkelig for å utføre oppgavene. Dersom den generelle retten til fri etter § 3-4 kunne påberopes også hvor det var inngått avtale om frikjøp, ville § 3-3 miste sin betydning. Det avgjørende var med andre ord sammenhengen mellom bestemmelsene, selv om ordlyden i § 3-3 og § 3-4 ikke uttrykkelig løste spørsmålet.⁵⁵ I AR-2019-19 var det spørsmål om krav på å få beregnet lønn for løpende tid mellom oppdrag flere steder for «samme bedrift» i medhold av Renholdsoverenskomsten § 4 nr. 3. LO gjorde gjeldende at formuleringen «samme bedrift» måtte forstås slik at det skulle beregnes lønn for tid mellom oppdrag for samme arbeidsgiver, fordi ordet bedrift slik det ellers ble brukt i tariffavtaler måtte forstås som arbeidsgiver. NHO gjorde gjeldende at plikten til å beregne lønn bare gjaldt når arbeidet ble utført for samme kunde eller oppdragsgiver. Arbeidsrettens flertall kom til at henvisningen til samme bedrift måtte forstås som at arbeidet måtte utføres for samme kunde. Etter en innledende merknad om at ordet bedrift slik det ble brukt i § 4 nr. 3 ikke var entydig, og uttalte:

«Etter flertallets vurdering kan tolkningsspørsmålet ikke løses gjennom en isolert og generell forståelse av begrepet bedrift i første setning, men må fastlegges ved å lese § 4 nr. 3 første og andre setning i sammenheng, og som en presisering av bestemmelsene i § 2 om beregning av lønn.»⁵⁶

Flertallet la deretter vekt på ulikheter i utformingen av bestemmelsen slik det fremgikk av kravet fra LO/Norsk arbeidsmandsforbund og det som ble den endelige avtaleteksten:

«Protokolltilførselen fra 1982 bestemmer at det skal beregnes lønn for løpende tid mellom oppdrag på flere steder for «samme bedrift» eller ved patroljetjeneste. Åpningsordene «dette gjelder også» i andre setning tilsier at plikten til å beregne lønn for patroljetjeneste er et alternativ til første setning. Dette fremstår som en realitetsendring sammenlignet med NAFs krav i 1982. NAFs krav talte i første setning generelt om beregning av lønn for løpende tid mellom oppdrag for samme bedrift, uten noen presisering om hva «samme bedrift» siktet til. Andre setning i kravet presiserte at bestemmelsen ga krav på lønn for tid som gikk med til forflytning mellom oppdragssteder. I den endelige avtaleteksten har andre setning blitt et selvstendig grunnlag for krav på lønn. Løpende tid mellom oppdrag kan oppstå når renholderen utfører renholdsarbeid for samme kunde eller for flere kunder. I begge tilfeller utføres arbeidet for samme arbeidsgiver. Dersom første setning tolkes slik at den gjelder arbeid for samme arbeidsgiver, blir alternativet om patroljetjeneste overflødig. Ved å tolke bedrift i første setning som samme oppdragsgiver, vil andre setning fange opp tilfeller når arbeid flere steder utføres for flere oppdragsgivere.»⁵⁷

Hensynet til sammenhengen i bestemmelsen ble tillagt vekt i valget av tolkningsalternativ. Arbeidsrettens mindretall la større vekt på den alminnelige forståelsen av begrepet bedrift i tariffrettslige sammenhenger, og at det ikke var holdepunkter for å tolke det innskrenkende.

Tariffavtalen kan også bruke faguttrykk eller bransjeterminologi. I slike tilfeller må utgangspunktet for tolkningen være den innarbeidede forståelsen, med mindre det er

⁵⁵ Se også ARD-2001-131 og ARD-2006-407 (rettens merknader til tvistetema 2).

⁵⁶ AR-2019-19 avsnitt 49.

⁵⁷ AR-2019-19 avsnitt 50.

momenter som taler for at tariffpartene har lagt en avvikende forståelse til grunn eller den vil gi dårlig sammenheng i tariffavtalen. ARD-2005-1 gjaldt spørsmål om vektere ved bomstasjoner hadde krav på nedsatt arbeidstid etter arbeidstidsbilaget i Vekteroverenskomsten. Det tariffrettslige spørsmålet var om arbeidstidsordningene var sammenlignbart med «helkontinuerlig skiftarbeid». Arbeidsretten bemerket at utgangspunktet for tolkningen var den alminnelige språklige forståelsen, men fordi tariffbestemmelsen var basert på en egen fagterminologi for de sektorene i arbeidslivet hvor skift- og turnusarbeid var utbredt, måtte det ved tolkningen legges «betydelig vekt» på hvordan disse begrepene var forklart og utdypet i Skiftarbeiderutvalgets utredning i NOU 1979:50.⁵⁸ På samme måte ble det i ARD-2012-46 lagt vekt på at begrepet «shuttling» brukt i overenskomst for flyttbare offshoreinnretninger, var et innarbeidet bransjebegrep som siktet til to bestemte transporttilfeller.⁵⁹

Nært beslektet med tilfeller med bruk av bransjebegrep, er tilfeller hvor ord og uttrykk er hentet fra andre tariffavtaler («kopibestemmelser»). En etablert forståelse av ordlyden i tariffforholdet den er hentet fra, kan da være avgjørende. ARD-2014-316 gjaldt spørsmålet om hva som etter Journalistavtalen NRK-Norsk Journalistlag var «vanlig 2-skiftarbeid» som ga rett til nedsettelse av den ukentlige arbeidstiden til 36,5 timer. Arbeidsretten bemerket at når avtalen viste til «vanlig» 2-skiftarbeid, måtte det forstås som en henvisning til «hvordan 2-skift var definert i arbeidslivet for øvrig og hvilke ordninger som til vanlig var omfattet av begrepet».⁶⁰ Retten viste deretter til redegjørelsen for begrepet vanlig 2-skiftarbeid i ARD-2011-241 om arbeidstidsbilaget i LO-NHO-området, og definisjonene i NOU 1979: 56 og NOU 2008: 17.⁶¹ Opplysningene fra forhandlingene om arbeidstidsbestemmelsene i Journalistavtalen ga ingen holdepunkter for å legge til grunn at partene mente å fravike dette:

«Selv om arbeidstidsbilaget av 1986 ikke er en del av Journalistavtalen, er det ikke holdepunkter for at partene i 1990, da overenskomsten fikk bestemmelse om redusert arbeidstid for «vanlig 2-skiftsarbeid», la noe annet i begrepet 2-skiftsarbeid enn det som den gang var definisjonen av begrepet i arbeidslivet for øvrig.»⁶²

Journalistlaget gjorde gjeldende at definisjonene av skift- og turnusordninger ikke passet for måten journalistarbeid ble organisert på. Arbeidsretten fant at dette ikke ga tilstrekkelig grunnlag for å legge til grunn en annen forståelse. Det ble også lagt vekt på at NRK i interne retningslinjer hadde utvidet anvendelsesområdet ut over det som fulgte av den innarbeidede forståelsen:

«NJ har vist til at NRK er en mediebedrift, og at den ikke kan sammenlignes med en tradisjonell industribedrift. Definisjon som legges til grunn i arbeidslivet for øvrig kan ikke uten videre overføres til det arbeid som journalistene utfører. Det er fremholdt at journalistene arbeider selvstendig, og at de ikke avløser hverandre ved utførelsen av arbeidet. Som nevnt er ordlyden klar. Dersom partene hadde ment at «vanlig 2-skiftsarbeid» i JA skulle gis et annet meningsinnhold enn det som følger av en naturlig språklig forståelse, måtte det foreligge klare

⁵⁸ Jf. også ARD-2011-67, ARD-2011-241, ARD-2014-316 og AR-2016-10. Se også kapittel 6.3.4 nedenfor om referansebestemmelser.

⁵⁹ Se om tilsvarende begrep ARD-2000-181. Jf. også ARD-1998-103 (begrepet «salgskonulent»), ARD-2003-104 (begrepet «sikkerhetsforskrifter»),

⁶⁰ ARD-2014-316 avsnitt 48.

⁶¹ ARD-2014-316 avsnitt 49.

⁶² ARD-2014-316 avsnitt 51.

holdepunkter for at det har vært partenes felles forutsetning ved avtaleinngåelsen og de senere avtalerevisjoner. Slike holdepunkter foreligger ikke. Arbeidsretten bemerker for øvrig at NRK har fastsatt retningslinjer for sin forståelse av punkt 6.2.2. Dette kom til uttrykk i protokoll fra forhandlingsmøte 1. mars 2013, jf. avsnitt (13). NRK har akseptert at en del andre arbeidstidsordninger enn det som i utgangspunktet følger av naturlig språklig forståelse av vanlig 2-skiftarbeid gir rett til 36,5 timers arbeidsuke. Slik Arbeidsretten ser det tar disse retningslinjene i tilstrekkelig grad høyde for virksomhetens særegne karakter.»⁶³

Dersom avtaleteksten er hentet («kopiert») fra andre områder, betyr det at kilder fra andre tariffområder kan være relevante for tolkingen. ARD-2002-60 gjaldt en bestemmelse i Hovedavtalen LO-HSH om krav til organisasjonsgrad for at en tariffavtale skal kunne kreves gjennomført ved en bedrift. Bestemmelsen gjorde unntak gjelder for såkalte «vertikale overenskomster». Spørsmålet i saken var om en tariffavtale som ble krevd gjort gjeldende var en vertikal overenskomst. Partene var enige om at bestemmelsen om organisasjonsgrad var kopiert inn fra Hovedavtalen LO-NHO og at den ikke var gjenstand for særskilte diskusjon i forhandlingene mellom LO og HSH. Ved tolkingen av bestemmelsen måtte det «legges vekt på tolkningsfaktorer i tilknytning til den likelydende bestemmelsen på LO-NHO-området.»⁶⁴ En gjennomgang av kilder knyttet til Hovedavtalen LO-NHO ga imidlertid ikke grunnlag for å «et klart avgrenset betydningsinnhold».⁶⁵ Spørsmålet om unntaksregelen var anvendelig, måtte bygge på en konkret vurdering av omfangsbestemmelsen i overenskomsten.⁶⁶ Disse avgjørelsene viser at det må klargjøres under forhandlingene dersom kilder fra andre tariffavtaler skal være uten betydning for tolkingen.⁶⁷

Tariffavtalens system kan også være et argument for en bestemt løsning. Arbeidsrettens praksis om arbeidstidsbilaget i LO-NHO-området viser hvordan den kategorisering tariffbestemmelsen bygger på, blir et moment i vurderingen av om en arbeidstidsordning faller inn under et av alternativene i arbeidstidsbilaget. Arbeidstidsbilaget er bestemmelsene om nedsettelse av arbeidstiden som ble gjennomført med virkning fra 1. januar 1987. Bilagets nr. 1 bestemmer at den alminnelige dagarbeidstiden skal være 37,5 timer. Bilagets nr. 2 og nr. 3 gir krav på ytterligere nedsettelse av den ukentlige arbeidstiden for følgende skift- og turnusordninger:

«2. Til 36,5 timer per uke:

Vanlig 2-skiftarbeid som verken går lørdag aften eller i helligdagsdøgnet.

3. Til 35,5 timer per uke:

a. Arbeid som drives «hovedsakelig» om natten.

b. Døgnkontinuerlig skiftarbeid og «sammenlignbart» turnusarbeid.

c. 2-skiftarbeid og «sammenlignbart» turnusarbeid som «regelmessig» drives på søn- og/eller helligdager.

⁶³ ARD-2014-316 avsnitt 55.

⁶⁴ ARD-2002-60 på s. 70.

⁶⁵ ARD-2002-60 på s. 70.

⁶⁶ ARD-2002-60 på s. 70.

⁶⁷ Jf. også ARD-2012-126.

d. Arbeidstidsordninger som medfører at den enkelte må arbeide minst hver tredje søn- og/eller bevegelige helligdag.»

Hva gjelder dersom en arbeidstidsordning ikke klart lar seg innplassere i et av alternativene i arbeidstidsbilaget? AR-2016-10 gjaldt overgang fra en to-skiftordning som hadde perioder med døgnskift til en ordning hvor de ansatte arbeidet 54 % dagtid, 32 % kveldstid og 15 % natt-tid, og slik at det i perioder med stor etterspørsel etter ketsjup kunne legges om til døgnskift drift. Bakgrunnen for endringen var at man fjernet konserveringsmidler fra ketsjup. Ved produksjon av ketsjup med konserveringsmidler kunne driften stanses om natten uten at det var nødvendig å tømme og vaske anlegget. Etter at konserveringsmidlene ble fjernet fra ketsjuprøren, måtte anlegget tømmes og vaskes ved stans over fire timer. Partene ble enige om å innføre en ordning med døgnskift drift annenhver uke, med mulighet for ukentlig døgnskift drift hvis det var behov for det. Partene var uenige om bedriften kunne praktisere 36,5 timers uke for vanlig 2-skiftarbeid eller om ordningen falt inn under nr. 3 som ga krav på nedsettelse av arbeidstiden til 35,5 timer for døgnskiftarbeid og sammenlignbart turnusarbeid. Arbeidsretten bemerket innledningsvis at det kunne være arbeidstidsordninger som hadde elementer som hørte inn under både nr. 2 og nr. 3:

«Innenfor de enkelte tariffområder kan det være arbeidstidsordninger som kan by på tvilsspørsmål når de skal vurderes opp mot alternativene i arbeidstidsbilaget del A. Også nye eller uvanlige arbeidstidsordninger må kunne innplasseres i arbeidstidsbilaget del A nr. 1-5, jf. ARD 2009 side 1. LO anførte i den saken at en arbeidstidsordning lå utenfor hva tariffpartene kunne ta høyde for ved utarbeidelsen av arbeidstidsbilaget i 1986, slik at det kunne anvendes en kortere arbeidstid per uke enn det som ellers ville følge av arbeidstidsbilaget. Arbeidsretten bemerket i avsnitt 42:

«LO kan heller ikke høres med anførselen om at arbeidstidsbilaget ikke gjelder for en arbeidstidsordning med 14-21 rotasjon. Selv om det dreier seg om en ekstraordinær ordning som var ukjent i 1986, må det antas at partene har ment at VO og arbeidstidsbilaget må komme til anvendelse også ved nye rotasjonsordninger. Arbeidstidsbilaget kan ikke være slik å forstå at det ved varianter som ikke uttrykkelig dekkes av ordlyden i punktene A 1-5 er grunnlag for å fastsette kortere arbeidstid som kompenserende tiltak for ulike HMS-belastninger.»

Det kan på samme måte ikke være grunnlag for å fastsette en lengre arbeidstid enn det som følger av det som saklig sett må være det riktige alternativet i arbeidstidsbilaget del A nr. 1-5. Dette utgangspunktet for anvendelsen av bilaget kan føre til at de ulike gruppene i arbeidstidsbilaget inneholder arbeidstidsordninger av svært ulikt innhold, slik NHO i og for seg har gjort gjeldende. Dette er i så fall en følge av hvordan arbeidstidsbilaget og arbeidstidsnedsettelsene er tariffestet, men gir ikke tilstrekkelig grunn til å se bort fra bilagets system.»⁶⁸

I den konkrete vurderingen la Arbeidsretten vekt på at nattarbeid var et fast og nødvendig element i den omtvistede arbeidstidsordningen. De ulemper som lå i arbeidstidsordningen tilsa at den ikke kunne falle inn under nr. 2:

«Periodene med døgnskift drift ved ekstraordinært behov for ketsjup er en fast og nødvendig del av driften og kaster lys over hvilke ulemper som er knyttet til arbeidstidsordningen som ellers gjelder. Den døgnskift driften må derfor inngå i vurderingen av den ordinære arbeidstidsordningen. Det er ikke

⁶⁸ AR-2016-10 avsnitt 36-37.

avgjørende at det i disse periodene gjelder en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i samsvar med del A nr. 3 bokstav b første alternativ. Videre må den tidlige oppstart av tilberedning av ketsjuprøre på mandager inngå i vurderingen av ordningen fordi dette er en forutsetning for arbeidstidsordningen som er innført. Den som utfører dette forberedende arbeidet, har deretter ordinært skift frem til kl 13.00.

Den nye driftsordningen forutsetter innslag av nattarbeid i det som tidligere var en vanlig to-skiftordning med overgang til døgnkontinuerlig skiftordning ved behov. Selv ut fra NHOs anførsel om at nattid skal regnes fra kl 22.00, er det en ikke ubetydelig andel arbeid om natten: Om lag 35 nattskift og 357 nattimer. Innretningen på arbeidsplanen er slik at den forutsetter et tidligskift mandag i den døgnkontinuerlige uken, hvor forberedelsen til arbeidet må begynne kl. 03.00 før arbeidstakeren deretter arbeider etter arbeidsplanen fra kl 05.00 til 13.00. I tillegg kommer perioder med døgnkontinuerlig drift som samlet sett gir flere nattskift og nattimer. Endringer av arbeidstidsordningen kan iverksettes med 14 dagers varsel. I 2014, 2015 og 2016 har det vært henholdsvis 9, 8 og 11 uker med døgnkontinuerlig drift. Noen nærmere tallfesting av timer med nattarbeid er ikke nødvendig for vurderingen i den foreliggende saken. Arbeidsretten går heller ikke inn på når nattiden begynner etter bilaget del G punkt 1 bokstav b.

Nattarbeidet utføres bare fra mandag til og med torsdag. Denne innretningen av døgnkontinuerlig drift er i samsvar med praksis innenfor bransjen. Advokat i NHO Mat og drikke, Camilla Schrader Roander, har forklart at næringsmiddelindustrien ofte har døgnkontinuerlig drift fra mandag til torsdag, i stedet for frem til og med lørdag kl 18.00 slik definisjonen i del G nr. 1 bokstav a gir adgang til. Begrensningen av nattarbeidet ved Idun er mulig fordi skiftene er utvidet. Dagskift den første uken i ordningen går fredager fra kl 05.50 til 16.00. Kveldsskiftene i ordningen går fra kl 14.50 til kl 23.30, det vil si de har innslag av nattarbeid. Innretningen på skiftene er ujevn. Selv om nattarbeidet bare utgjør 15 % av arbeidet, er det utvilsomt belastninger knyttet til innretningen på dag- og kveldsskiftene. En slik ordning hører åpenbart ikke til de arbeidstidsordninger hvor arbeidstidsbilaget bygger på en ulempe som begrunner 36,5 timers arbeidstid per uke.»⁶⁹

Tariffavtalen kan også gjøre bruk av ord og uttrykk fra lovgivningen. De kilder som er relevante for lovtolkning, vil da kunne brukes til klargjøring av tariffavtalens bestemmelser. Dersom det må legges til grunn at partene har bygd på en bestemt lovforståelse, må selvsagt denne legges til grunn, selv om rettskildene skulle tilsi noen annet, jf. kapittel nedenfor.⁷⁰ Partsforutsetningen eller den rimelige forståelsen ut fra forholdene i saken vil med andre ord være avgjørende.

Oppsummeringsvis kan sies: All tariffavtaletolkning begynner med avtalens ordlyd. Men tariffavtaletolkningen er en kontekstuell tolkning: Arbeidsretten prøver slutningen fra ordlyden opp mot de øvrige tolkningsfaktorer, og det må foretas en avveining av argumentene. Avgjørelsene viser et grunntrekk i gjennomgangen av argumentkildene: Ordlyd, systematikk og forhandlingsforløp.⁷¹ De supplerende tolkningsmomenter som må vektlegges, vil variere med den enkelte sak. Noen ganger finnes det ikke andre holdepunkter for tolkningen enn den slutning som kan utledes av ordlyden, eventuelt supplert med reelle hensyn av ulik art. Forhandlingsforløp og endringer i teksten over tid kan gi grunnlag for slutninger om hvordan man skal forstå ordlyden som faktisk ble tatt inn i avtalen. Hvilken

⁶⁹ AR-2016-10 (Idun) avsnitt 42-44. I AR-2017-3 (Nobina) gjorde NHO gjeldende at dersom en arbeidstidsordning falt utenfor nr. 2, men heller ikke klart falt inn under nr. 3, var det den alminnelige arbeidstiden i nr. 1 som gjaldt. Arbeidsrettens flertall tok ikke stilling til om turnusordninger som inneholdt innslag av nattarbeid mv. kunne omfattes av arbeidstidsbilaget nr. 1 om dagarbeidstid. Se videre tolknings- og subsumsjonsspørsmål om arbeidstidsbilaget i AR-2019-18 (Kong) og AR-2019-22 (Finsbråten).

⁷⁰ Jf. ARD-1990-47 og ARD-1988-72.

⁷¹ Se tilsvarende argumentasjonsmønster i AR-2017-19.

gjennomslagskraft ordlyden har i denne avveiningen, beror på klarheten i ordlyden og de øvrige momenter som gjør seg gjeldende. Dette skal vi se nærmere på i punkt ... nedenfor.

6.3.4 Tidsforløp og endrede forhold

Utgangspunktet for slutningen fra ordlyden er språkforståelsen på det tidspunkt bestemmelsen kom inn i tariffavtalen. Tidsforløp og endrede faktiske og rettslige rammer for bestemmelsen kan skape tvil om hvilken slutning som skal trekkes fra ordlyden. ARD-2011-405 gjaldt en bestemmelse i Overenskomst for maskinister på passasjerskip i kystfart, inngått mellom NHO/Rederienes Landsforening og YS/Det norske maskinistforbund punkt 1.4 om at ansatte skulle beholde «erhvervede rettigheter». Bestemmelsen fikk den någjeldende ordlyden i 1917. Spørsmålet i saken var om rederiets praksis med å forskuttere sykepenger var en ervervet rettighet, slik at rederiet ikke ensidig kunne beslutte å endre praksis.

«Bestemmelsens någjeldende ordlyd gir ikke klare anvisninger på vurderingstemaet. Etter overskriften gjelder den «erhvervede rettigheter», mens selve bestemmelsen taler om «oppnådde fordeler». Ved endringen i 1917 ble «pensionsrettigheter» nevnt som et eksempel, men dette er senere tatt ut av ordlyden. Det vil si at bestemmelsen ved tilblivelsen i 1912 og etter revisjonen i 1917 primært var rettet mot de økonomiske vilkår som var avtalt eller tilsagt dem. Overskriften sammenholdt med vilkåret om at fordelene må være oppnådd, tilsier at det i utgangspunktet må være fordeler som er en følge av krav maskinistene har fått gjennomslag for eller på annen måte har fått tilsagn om fra arbeidsgiveren. Bestemmelsen vil få anvendelse dersom fordelene fremgår av den enkelte arbeidsavtalen eller den innvilges maskinistene som en kollektiv rettighet, sammenlign ARD 1937 side 203 og ARD 1940 side 26.»⁷²

Arbeidsretten bemerket at ikke enhver faktisk fordel for de ansatte var omfattet, og spørsmålet måtte løses etter en konkret vurdering av om maskinistene hadde fått en slik forventning om forskuttering at det ville være urimelig å endre praksis.

AR-2019-4 (Kantarellen) og AR-2019-5 (Grefsenhjemmet) gjaldt tvist om endringer av lønns- og arbeidsvilkår i forbindelse med at ny tariffavtale ble gjort gjeldende i forbindelse med at virksomheten gikk over til en annen arbeidsgiverorganisasjon, og Pleie- og omsorgsoverenskomsten ble gjort gjeldende for virksomheten. Spørsmålet gjaldt blant annet om overgangen til ny overenskomst gjorde at et lønnstillegg som fulgte av den tidligere tariffavtalen hadde falt bort. Pleie- og omsorgsoverenskomsten hadde en merknad om at der overenskomsten ble gjort gjeldende for «nye uorganiserte arbeidssteder/bedrifter, skal ingen av de ansatte av den grunn få sine lønns- og arbeidsvilkår forringet».⁷³ Partene var uenige om hva merknaden gjaldt for, og hvilken betydning det hadde at den viste til «nye uorganiserte arbeidssteder/bedrifter»: Gjaldt det bare tilfeller der en virksomhet fra før ikke hadde vært medlem av en arbeidsgiverorganisasjon eller gjaldt det også ved skifte av organisasjonstilhørighet? Tariffpartene på arbeidstakersiden gjorde gjeldende at merknaden tilsa at de ansatte fortsatt hadde krav på lønnstillegget etter den tidligere tariffavtalen, og at henvisningen til uorganiserte arbeidssteder/bedrifter måtte sikte til situasjonen før bedriften ble medlem av den nye arbeidsgiverorganisasjonen. Lignende merknader fantes i andre overenskomster mellom partene, men hadde ikke alle samme ordlyd.⁷⁴ Det var ingen nærmere

⁷² ARD-2011-405 avsnitt 58.

⁷³ AR-2019-4 (Kantarellen) avsnitt 63 og AR-2019-5 (Grefsenhjemmet) avsnitt 81.

⁷⁴ AR-2019-4 (Kantarellen) avsnitt 65 og AR-2019-5 (Grefsenhjemmet) avsnitt 83.

opplysninger som viste noe om årsaken til at ordlyden varierte, eller opplysninger om hvilke vurderinger partene i Pleie- og omsorgsoverenskomsten hadde gjort ved utformingen av bestemmelsen. Det kunne derfor ikke legges avgjørende vekt på ordvalget. Arbeidsretten kom til at bestemmelsen ikke var anvendelig og la til grunn at merknaden «først og fremst tar sikte på situasjonen hvor tariffavtale gjøres gjeldende i en virksomhet som fra før ikke er bundet av tariffavtale.»⁷⁵ I begge tilfellene hadde virksomhetene hatt tariffavtale før Pleie- og omsorgsoverenskomsten ble gjort gjeldende.

Anvendelse av tariffbestemmelser i en endret arbeidssituasjon, reiser spørsmål om grensene for Arbeidsrettens tariffavtaletolkning. Hvor langt kan Arbeidsretten gå i å tilpasse tariffbestemmelser som ikke gir hensiktsmessige løsninger? Utgangspunktet er at Arbeidsretten ikke på fritt grunnlag kan fravike tariffavtalens ordlyd, men må overlate til tariffpartene å finne en bedre tariffregulering. Innføringen av avtaleloven § 36 endrer ikke dette utgangspunktet. På den annen side må tariffavtalens tilblivelsesmåte og det at reguleringen skal gjelde generelt og over lang tid tas i betraktning i vurderingen av hvilket bidrag ordlyden gir. Avgjørelsen i ARD-1978-26 om den såkalte filmsatsparagrafen kan illustrere problemstillingen. I en protokoll av 27. februar 1977 mellom Norsk Arbeidsgiverforening (NAF)/Den Grafiske Samarbeidsnemnd på den ene side og Landsorganisasjonen i Norge (LO)/Norsk Grafisk Forbund (NGF) på den annen side ble tariffestet at «skjermterminaler brukt til fremstilling av fotoskrift og satsmedia og for viderebehandling av disse» skulle betjenes av grafisk faglært arbeidskraft, med mindre de utelukkende ble brukt til fremstilling av «glatt sats», og dermed faller inn under «fortrinnsrettsbestemmelsen» i den nevnte overenskomsts § 12. Hvis disse terminalene var plassert i den tekniske avdelingen i avisen, var de omfattet av grafikernes enerett til betjening. Spørsmålet var om dette også gjaldt når terminalene var plassert i redaksjonen, eller om journalistene kunne betjene terminalene; den teknologiske utviklingen hadde ført til at terminalene ble brukt til journalistisk arbeid. Ordlyden inneholdt ingen reservasjoner for disse tilfellene, og formålsbetraktninger kunne ikke slå igjennom overfor den klare ordlyden:

«Av den foran gjengitt protokoll av 27. februar 1977 fra forhandlingsmøte mellom Norsk Arbeidsgiverforening og Den Grafiske Samarbeidsnemnd på den ene side og Landsorganisasjonen i Norge og N.G.F. på den annen side fremgår det «at skjermterminaler brukt til fremstilling av fotoskrift, satsmedia og for viderebehandling av disse» i henhold til § 24 i partenes overenskomst skal betjenes av faglært grafisk arbeidskraft med mindre de utelukkende brukes til fremstilling av glatt sats og dermed faller inn under «fortrinnsrettsbestemmelsen» i overenskomstens § 12.

I og med dette er det på det rene at de på tariffrettslig bindende måte er fastslått at skjermterminalene og deres betjening omfattes av bestemmelsene i overenskomstens §§ 24 og 12. Spørsmålet er imidlertid om dette bare har gyldighet i relasjon til skjermterminaler som er plassert i vedkommende avis's tekniske avdeling eller om det gjelder uansett terminalens stedlige eller avdelingsmessige plassering. Til det er for det første å merke at ordlyden i de to overenskomst§§ ikke i og for seg gir hjemmel for å anta at deres virkefelt er begrenset til å omfatte betjening av «fotosettemaskiner og apparater, manuelt og teknisk styrt» som befinner seg i den tekniske avdeling. En slik begrensning samsvarer dessuten dårlig med paragrafenes intensjon. Det må nemlig antas at årsaken til at paragrafene kom inn i overenskomsten var at den grafiske faglærte arbeidskraft i form av ene- eller

⁷⁵ AR-2019-4 (Kantarellen) avsnitt 65 og AR-2019-5 (Grefsenhjemmet) avsnitt 83.

fortrinnsrett skulle sikres betjeningen av nærmere bestemte maskiner overfor arbeidstakere uten denne faglæring, og uten hensyn til i hvilke avdelinger disse arbeidstakere er ansatt.»⁷⁶

Mindretallet la større vekt på at avisarbeidet hadde endret seg, og uttalte:

«Skjermterminaler er ledd i kommunikasjonsmedia som brukes på mange måter til varierte formål innen virksomheter av forskjellig art, banker, reisebyråer og bedrifter. Oftest er det vel uten forbindelse med trykking e.l. som kan berøre grafiske fag. Men skjermterminaler kan også via databank som mates med redaksjonelt og annet stoff for trykking kombineres med fotosettermaskiner. Det er dette som skjer i noen aviser. Når journalisten skriver en tekst direkte på skjermterminalens tastatur og koder inn anvisning for grafisk utstyr, kan dette gjennom en datastyrt automatisk prosess føre til fremstilling av fotoskrift/satsmedia uten eller med liten medvirkning av grafisk arbeidskraft.

Det er på det rene at bruk av skjermterminaler i en avisredaksjon byr på mange fordeler: journalisten kan skrive sin tekst direkte på tastatur lik den man har på en skrivemaskin, han kan lese og korrigere sin tekst på skjermen, og anvise den grafiske utforming. I databanken kan stoff magasineres; det kan hentes fram på en skjerm når som helst, rettes, endres, få ny grafisk form, og settes umiddelbart i produksjon. Det spares manuskripter, tid og arbeid, bl.a. det arbeid en typograf ellers vil ha med å sette eller skrive om den tekst som nå er skrevet til skjermterminalen. Teknikken reduserer eller overflødiggjør grafisk arbeid.

Etter mindretallets oppfatning er § 24 ikke til hinder for dette. Det journalisten gjør når han skriver på skjermterminalen er ikke annet enn rent journalistisk arbeid, heller ikke om han ledsager sin tekst med kodete anvisninger for grafisk utstyr. Det synes lite treffende å betegne det som «betjening av fotosettermaskiner og apparater, manuelt eller automatisk styrt» som etter § 24 er forbeholdt faglærte grafikere. I prinsipp skiller det seg i denne henseende lite fra journalistens skriving av manuskript til optisk leser. Også dette overflødiggjør typografens arbeid med å sette eller skrive om manuskript. At slik bruk av optisk leser ikke er i strid med § 24, er på det rene.»⁷⁷

Flertallet hadde en viss forståelse for slike synspunkter, men det var ikke tilstrekkelig til å fravike tariffbestemmelsens ordlyd og intensjon. Dette kommer til uttrykk gjennom flertallets avsluttende påpeking av at endringer var et forhandlingsspørsmål:

«Selv om retten er blitt stående ved at rent tariffrettslige synspunkter tilsier at saksøkernes påstand blir å ta til følge vil den til slutt rette en henstilling til partene og intervenienten om at de gjennom drøftelser søker å nå fram til en regulering av de faglige avgrensingsproblemer som den tekniske utvikling stiller dem overfor. For disse problemer er av en slik karakter at en rasjonell og givende løsning av dem synes å forutsette at de fra rettssaksplanet bringes over på forhandlingenes og de minnelige ordningers plan.»⁷⁸

Arbeidsrettens flertall fant med andre ord at den tolkning arbeidsgiver forfektet, var et for stort sprang i forhold til det partene med åpne øyne var blitt enige om i tarifforhandlingene og som fulgte av tariffavtalens ordlyd. Da er det forhandlinger som må til for å oppnå det ønskede resultat; man kan ikke få Arbeidsrettens bistand for å få til endringene.⁷⁹

6.3.5 Noen særlige slutningsproblemer – referansebestemmelser

Særlige spørsmål kan oppstå hvor tariffavtalen henviser til annet regelverk, typisk at det helt eller delvis gjengis fra lovtekst eller det inntas en henvisning til en lov eller en lovbestemmelse. Variasjonene er mange, fra eksplisitt henvisning til paragrafer til at avtalen

⁷⁶ ARD-1978-26 på s. 42.

⁷⁷ ARD-1978-26 på s. 43.

⁷⁸ ARD-1978-26 på s. 43.

⁷⁹ Sml. ARD-2014-355 avsnitt 62.

bruker ord og uttrykk som er identiske med lovens ord. Dette er tradisjonelt formulert som et spørsmål om lovbestemmelsen har blitt en del av eller inkorporert i tariffavtalen, eventuelt hvor langt lovbestemmelsen er blitt tariffavtalenorm. Slike talemåter kan virke tilslørende, og kan lede tanken i retning av at det gjelder særlig krav til vedtakelse eller gjennomføring av tariffbestemmelser som skal speile innholdet i lovgivningen. Den reelle problemstillingen i følge Arbeidsrettens praksis er hvor langt loven og tilhørende rettskilder er relevante og nødvendige ledd i vurderingen av hvordan tariffavtalen skal forstås.

Dersom ordlyden er likelydende med loven eller viser til den, taler det for at rettskilder kan trekkes inn i klargjøringen av tariffbestemmelsen. ARD-2012-282 gjaldt tvist om adgangen til å legge arbeidsoppgaver inn i perioder med hvilende vakt. Arbeidstidsbestemmelser i overenskomsten viste til arbeidsmiljøloven § 10-4 annet ledd. Henvisningen til lovens regler om arbeidstid for passivt arbeid, betød at loven hadde betydning for tariffbestemmelsens virkeområde:

«Tariffavtalens ordlyd gir ingen holdepunkter for å fravike det vurderingstemaet som følger av arbeidsmiljøloven. Det er heller ikke andre momenter som taler for at tariffavtalen på dette punktet har et annet og mer begrenset omfang enn loven. Den tolkning som samsvarer med lovens regel, er gjennomgående lagt til grunn i rundskriv og i håndbøkene i arbeidstidsplanlegging som er gjengitt foran. Det som er dokumentert om praktiseringen av bestemmelsene taler også for KS' tolkning. Det er tale om beslutninger med sikte på bestemte situasjoner. Dersom avbruddene i den hvilende vakt blir så omfattende at arbeidet ikke helt eller i det vesentlige er av passiv karakter, kan arbeidsgiver omdefinere hele eller deler av vekten slik at den får perioder med aktiv arbeidstid. Partene er ikke uenige om dette. Gerd Barstad har forklart at det ved Klokkartunet har forekommet perioder med så vidt omfattende avbrudd i den hvilende vekten at den har blitt omgjort til aktiv arbeidstid. At arbeidsgiver kan omdefinere vekten er imidlertid ikke avgjørende for tolkningen; arbeidsgiver vil først være tariffrettslig forpliktet til dette så fremt det er tale om noe annet enn kortvarige avbrytelser, eller det i tillegg til en kortvarig avbrytelse kommer andre uttrykkninger.

Flertallet konkluderer med at det må foretas en konkret vurdering av om utføringen av planlagt arbeid i perioden med passiv arbeidstid gjør at vilkårene i punkt 4.3.1 jf. arbeidsmiljøloven § 10-4 andre ledd ikke er oppfylt. I tillegg til avbruddets varighet i hver vaktperiode og arbeidsoppgavenes innhold, må det ses hen til andre avbrytelser i samme periode og ordningens varighet. Et pålegg om tilsyn i passiv arbeidstid vil i seg selv ikke uten videre være i strid med HTA punkt 4.3.⁸⁰

Skillet mellom lov og tariffavtale er viktig, ikke minst prosessuelt. Dersom lovbestemmelsen har blitt omdannet til en tariffavtalenorm, kan tvister om forståelsen av bestemmelsen følge tvisteløsningssporet for tariffavtaler, selv om tvisten i realiteten knytter seg til forståelsen av lovbestemmelsen. Arbeidsretten kan i korte trekk avsi dom for at noe er i strid med tariffavtalen, men kan ikke avsi dom for at noe er i strid med loven, jf. kapittel ... Her som ellers må spørsmålet løses gjennom tolkning, men kan det oppstilles nærmere retningslinjer for når lovbestemmelsen også er tariffavtalenorm? I Rt-2012-1702 uttaler Høyesterett at lovbestemmelser blir tariffavtalenormer både når tariffavtaler gjengir lovbestemmelser og når tariffavtalen henviser til lovbestemmelser. Dette må imidlertid ses i sammenheng med at uttalelsen knytter seg til Hovedavtalen LO–NHO § 6-11 tredje ledd hvor det uttrykkelig står

⁸⁰ ARD-2010-282 avsnitt 45-46. Se også ARD-1999-75 hvor kommunelovens regler ble trukket inn for klargjøring av bestemmelsen

at stillingsvernsreguleringene i arbeidsmiljøloven får tilsvarende «anvendelse». Det må alltid foretas en konkret vurdering av om henvisningen til lovens regler er gjort av hensyn til opplysningsverdien eller om det er ment som forpliktende tilsagn som inngår som del av tariffreguleringen.⁸¹ Det er et spørsmål om meningsinnholdet i bestemmelsen. Opplysninger om bestemmelsens bakgrunn og funksjon vil her kunne få stor betydning, herunder hvilket behov det er for å anse bestemmelsene som del av tariffavtalen. Det må også legges vekt på hvilke konsekvenser det har å anse lovens regler helt eller delvis som inkorporert i tariffavtalen eller å la tariffavtalen speile innholdet i lovverket.⁸² Spørsmålet er kort sagt hvilke rettslige eller historiske forbindelseslinjer som består mellom tariffavtalen og lovbestemmelsen.⁸³ Med mindre det er holdepunkter for noe annet, er utgangspunktet at loven og rettskildene er relevante i klarleggingen av innholdet i tariffbestemmelsen. Som vi skal se, betyr ikke dette at tariffbestemmelsen i ett og alt speiler innholdet i lovgivningen. Utenfor området for ufravikelig lovgivning, er det ikke noe til hinder for at overenskomsten får et annet innhold enn lovgivningen. Det betyr at lovendringer som skjer i tariffperioden ikke uten videre vil endre innholdet i de tariffrettslige rettigheter og plikter.

Hvorvidt lovbestemmelsen er tariffnorm kan ikke besvares generelt, men må avgjøres gjennom en avveining av de relevante momenter. I AR-2016-37 var det spørsmål om en tariffbestemmelse om at ferie «gis i henhold til ferieloven» innebar at Arbeidsretten måtte anvende ferielovens bestemmelser. NHO anførte at bestemmelsen var en ren informasjonsbestemmelse og at det lå utenfor Arbeidsrettens domsmyndighet å ta stilling til lovtolkningsspørsmål.⁸⁴ Dette førte ikke frem, dels fordi ordlyden var klar og dels fordi tolkningen hadde støtte i rettspraksis om lignende bestemmelser:

«Ordlyden «[f]erie gis i henhold til ferieloven» taler isolert sett for at ferieloven er gjort til tariffavtalenorm.

Oljeoverenskomsten er en ren kopiavtale av Bransjeavtalen mellom NHO/NOG og LO/IE. Det vises til at daværende PRIFO fremmet krav om «avtale likestilt med den LO har», jf. avsnitt 9. Av kravet fremgikk at «[v]i ønsker med andre ord ingen forskjellsbehandling, være seg på godt eller vondt, i forhold til LO/NOPEF.» Bransjeavtalen, og dens forløper, har hele tiden hatt bestemmelse om at «[f]erie gis i henhold til ferieloven». Flertallet legger etter dette til grunn at meningsinnholdet vedrørende bestemmelsene om ferie i Oljeoverenskomsten og Bransjeavtalen er likt.

Det foreligger en rekke avgjørelser fra Arbeidsretten hvor det er lagt til grunn at ferieloven er en del av tariffavtalen og derved gjort til tariffnorm. Arbeidsretten har da ansett at det faller inn under dens domsmyndighet å foreta en fortolkning av lovens bestemmelser. I de sakene flertallet i det etterfølgende viser til, har formuleringene om henvisning til ferieloven vært noe annerledes enn i vår sak. Eksempler er; «ferie gis i samsvar med ferieloven», «ferie gis overensstemmende med ferielovens bestemmelser» og «ferie etter ferielovens bestemmelser». Slik flertallet ser det er det ikke holdepunkter for at «[f]erie gis i henhold til ferieloven», som er ordlyden i vår sak, skal forstås annerledes.»⁸⁵

⁸¹ Se ARD-2013-105, ARD-2001-16, ARD-1998-113, ARD-1997-40 og ARD-1991-66.

⁸² Se særlig ARD-1991-66, s. 73–74.

⁸³ ARD-2007-38.

⁸⁴ AR-2016-37 avsnitt 46-47.

⁸⁵ AR-2016-37 avsnitt 67-69.

I ARD-2013-105 kom Arbeidsretten til at en bestemmelse om arbeidsplan hvor det «vises til forskrift om arbeidervern og arbeidsmiljø § 20 og arbeidsmiljølovens § 48», ikke kunne tolkes slik at tilsvarende regler som i lov og forskrift gjaldt i kraft av tariffavtalen. Arbeidsretten tok imidlertid ikke stilling til om loven og forskriften generelt var gjort til tariffbestemmelser, men mente det ikke kunne legges til grunn at det gjaldt for den særlige endringen det var tale om i dette tilfellet:

«Formuleringen «vises til» er i seg selv ganske åpen – den kan forstås som en ren opplysning om de gjeldende bestemmelsene om arbeidsplan, uten at partene med det har gjort bestemmelsene til tariffnormer. Det er slik saken ligger an ikke nødvendig å ta stilling til om punkt 3.7 generelt er en tariffbestemmelse om drøftingsplikt ved endring av arbeidsplaner. Etter Arbeidsrettens vurdering tilsier punkt 3.10 og ARD-2009-4 at punkt 3.7 iallfall ikke oppstiller krav til drøftelser med de tillitsvalgte senest innen 14 dager ved den forskyvning av utreisetidspunkt som er tema i den foreliggende saken.»⁸⁶

Som nevnt i punkt, må tariffavtalefriheten utøves innenfor rammen av ufravikelig lovgivning. Tariffavtalen kan ikke bestemme noe som strider mot ufravikelig lovgivning. Et annet spørsmål er om tariffavtalen innenfor de absolutte skrankene for tariffavtalefriheten, begrenser den friheten ellers gir i arbeidsforholdet, typisk ved å begrense styringsretten. AR-2017-13 gjaldt forholdet mellom Industrioverenskomstens og arbeidsmiljølovens regler om innleie. Overenskomsten bestemte at ansatte i bemanningsbyrå/vikarbyrå skal ha «samme lønns- og arbeidsvilkår som gjelder i innleiebedriften i samsvar med aml § 14-12a, (forslag i Prop 74L (2011-2012))». Bestemmelsen kom inn i overenskomsten i 2012. Arbeidsmiljøloven § 14-12a tredje ledd har en hjemmel for å gi forskrifter om unntak fra likebehandlingskravet, det vil si «om og i hvilken utstrekning bestemmelsene om likebehandling kan fravikes ved tariffavtale». Forskrift med unntaksregler ble gitt 6. juli 2015. Spørsmålet i saken var om overenskomstens bestemmelse om likebehandling hadde samme innhold som pliktene etter loven, inkludert unntakene i forskriften, det vil si om tariffbestemmelsen skulle speile innholdet i de lovmessige pliktene. Arbeidsretten kom til at overenskomsten ikke omfattet unntakene som ble gjort i forskriften, og la vekt på ordlyd, opplysningene om forhandlingsforløpet og klarhetskravet:

«Ordlyden i bestemmelsen er begrenset til «lønns- og arbeidsvilkår». Henvisningen til «forslag Prop. L74» må forstås slik at partene mente å avgrense likebehandlingen til de vilkår som var listet opp i bokstav a-f i første ledd i forslaget til ny aml. § 14-12a i proposisjonen. ...

At ordlyden må forstås på denne måten, finner Arbeidsretten støtte for i forhandlingsforløpet. FF [Fellesforbundet] mente i utgangspunktet, jf. landsmøtevedtaket i 2011, at Norge måtte reservere seg mot Vikarbyrådirektivet. Når det etter hvert ble klart at direktivet ville bli implementert i norsk rett, fremmet forbundet ved tariffoppgjøret i 2012 krav om egne bestemmelser for innleide arbeidstakere. Det første kravet, som var av generell karakter ... gikk ut på å sikre ansatte i utleiebedriften «lønns- og arbeidsvilkår som om de var ansatt i innleiebedriften». Den 13. mars 2012 overleverte FF et notat til NI [Norsk Industri] med utkast til avtaletekst for innleide og vikarbyråer, bilag 2 om innleie av arbeidstakere og utsetting av arbeid Som punkt 1.3.2 ble det foreslått at «[i]nnleide til arbeid som hører innunder denne overenskomst skal, så lenge innleieforholdet varer, ha de lønns- og arbeidsvilkår de ville hatt etter lov og tariffavtale, herunder lokale særavtaler og sedvaner som er gjeldende i bedriften». Det ble videre foreslått at diverse fellesbilag ikke skulle

⁸⁶ ARD-2013-105 avsnitt 45.

gjelde for utleiebedrift som ikke er bundet av overenskomst med LO, og at bestemmelsen ikke skulle omfatte innmelding i bedriftens pensjonsordning. Dette tekstforslaget gikk igjen gjennom hele forhandlings- og meklingsprosessen, og det var gjenstand for drøftelser i den arbeidsgruppa som partene nedsatte til behandling av blant annet dette spørsmål. I møte i arbeidsgruppa 14. april 2012 kl.19.21 ble det enighet om at første avsnitt i bestemmelsen skulle lyde:

«Innleide til arbeid som hører inn under denne overenskomsten skal, så lenge innleieforholdet varer, ha de lønns- og arbeidsvilkår de ville hatt som ansatt i bedriften for å utføre samme arbeid. Fastsettelse skal gjøres i henhold til lov og tariffavtale herunder lokale særavtaler og andre vilkår som gjelder i bedriften.»

Etter forslag fra NI ble det senere samme kveld enighet om følgende formulering av første avsnitt:

«Ansatte i bemanningsforetak/vikarbyrå skal, så lenge innleieforholdet varer, ha samme lønns- og arbeidsvilkår som gjelder i innleiebedriften i samsvar med AML 14-12A (i samsvar med Prop.74 L).»

Det ble opplyst under hovedforhandlingen at det i møte med mekleren ble enighet om å endre parenteser fra «i samsvar med Prop.74L» til «forslag i Prop.74L». Partene er enige om at denne endring ikke er av betydning.

Det er i de skriftlige dokumenter som er fremlagt for Arbeidsretten om forhandlings- og meklingsforløpet ikke spor av at det var noe annet enn tariffesting av lønns- og arbeidsvilkår som var tema mellom partene.

Vitne Knut Øygard, som var en av FFs medlemmer i arbeidsgruppa, har forklart at det var Tore Sellæg fra NI som formulerte den tekst partene til slutt ble enige om. På direkte spørsmål presiserte Sellæg at forslaget til endret formulering av punkt 1.3.2 første avsnitt ikke innebar noen realitetsendring i forhold til det partene tidligere hadde blitt enige om i arbeidsgruppa. ...

Forhandlings- og meklingsforløpet støtter derfor LOs syn om at det var «lønns- og arbeidsvilkår» som partene ble enige om å tariffeste. Henvisningen til Prop.74 L (2011-2012) fremstår naturlig, ettersom det i forslaget til aml. § 14-12a første ledd, bokstavene a-f var angitt hvilke lønns- og arbeidsvilkår som var gjenstand for likebehandling mellom innleide og ansatte hos innleier. Tilføyselsen «forslag i Prop.74L» i parenteser kan, slik Arbeidsretten ser det, alene ikke tas til inntekt for at partene derved ble enige om å tariffeste noe annet og mer enn det som fulgte av proposisjonen vedrørende «lønns- og arbeidsvilkår».

Ut fra vitneførselen legger Arbeidsretten til grunn at spørsmålet om tariffesting av unntaksadgangen, som forslaget til aml. § 14-12a tredje ledd åpnet opp, ikke var noe tema som ble drøftet mellom partene. Fra NHO er det anført at når NI gikk med på å ta inn bestemmelser om likebehandling i bilag 8, så var det med den klare forutsetning om at aml. § 14-12a i sin helhet skulle tariffestest, slik forslaget i Prop.74 L (2011-2012) lød med eventuelle senere endringer. Det er i denne sammenheng vist til hva NHO hadde gitt uttrykk for overfor stortingskomiteen, og at det har formodningen mot seg at NI under meklingsprosessen skulle ha gått med på å tariffeste noe annet enn hva som fulgte av hele aml. § 14-12a.

Klargjøringsansvaret må ut fra forhandlings- og meklingsforløpet klart plasseres hos NI.»⁸⁷

Dersom tariffavtalen hvor ordlyden er taus, skal utfylles med lovens regler, må dette ha tilstrekkelig holdepunkter i avtalens systematikk, historikk eller praktisering.⁸⁸ I tilfeller hvor tariffavtalen gir rettigheter ut over eller i tillegg til loven, kan det være spørsmål om denne sammenhengens betyr at lovens vilkår må være oppfylt for å ha krav på de tilleggsrettigheter

⁸⁷ AR-2017-13 avsnitt 79-87. (På grunn av nummereringsfeil i avgjørelsen slik den er tilgjengelig i Lovdatas base, skal avsnittsnummereringen være 78-86.)

⁸⁸ ARD-1989-125 og ARD-1999-75.

som følger av tariffavtalen. I praksis har dette ofte vært drøftet for spørsmål om det er et vilkår for sykelønn fra arbeidsgiver at arbeidstaker har rett til sykepenger fra folketrygden (slik at arbeidsgiver vil få refusjonskrav og få dekket deler av lønnsutbetalingen til den sykemeldte arbeidstakeren).⁸⁹

6.3.6 Annen tariffregulering og rettskilder

Vi har tidligere sett at avtaler kan være utformet etter mønster av andre avtaler. Partene kan på ulike måter ha sett hen til andre tariffavtaler under forhandlingene, og utformet en bestemmelse som er lik eller har likhetstrekk med bestemmelser på andre tariffområder. I slike tilfeller vil Arbeidsretten legge vekt på kilder knyttet til den andre avtalen, med mindre det er holdepunkter for noe annet.⁹⁰ ARD-1995-74 gjaldt forståelsen av en bestemmelse i overenskomsten mellom LO/Norsk Transportarbeiderforbund og NHO/Havne- og Terminaloperatørens Landsforening /Linjegods AS. Under tariffrevisjonen i 1994 ble det som en del av et meglingsforslag, inntatt bestemmelse om at forskjøvet arbeidstid og skiftarbeid kunne starte før kl. 06.00 eller etter kl. 22.00 hvis partene på bedriften inngikk skriftlig avtale om det. Spørsmålet var om toskiftsarbeid kunne påbegynnes før kl. 06.00 uten stedlig avtale. Frem til 1994 var det ikke krav om stedlig avtale for slikt arbeid. Arbeidsretten kom til at den nye bestemmelsen endret dette. Det ble lagt vekt på ordlyden og arbeidet med utformingen av den, samt at det i en annen overenskomst mellom LO og NHO var enighet om en tilsvarende bestemmelse:

«Bestemmelsen ble, slik det er forklart, formulert av NTFs representant i den aller siste fase av meglingen 15. mai ifjor. Den skiller seg utvilsomt fra det forslaget til pkt. IV som da var blitt forkastet, og fra tidligere forslag om endringer i Linjegods-avtalen. På dette tidspunkt var imidlertid situasjonen at det var oppnådd enighet om revisjon av speditørtariffen, slik at streiken på dens område ville bli avsluttet. For Linjegods-avtalens del var situasjonen at konflikten ville fortsette dersom man ikke kom til enighet om det gjenstående pkt. IV. Den nye formulering av pkt. IV ble lagt frem skriftlig etter en meningsutveksling mellom bedriftens og de ansattes representanter. Etter en kort pause med sær møte ble den akseptert av arbeidsgiversiden. Det er uomtvistet at forholdet til toskiftsarbeid ikke ble spesielt berørt i diskusjonen mellom partene. Retten kan imidlertid ikke se at det er grunn til å anta at arbeidstagersidens representanter bygget på at toskiftsarbeid ikke skulle omfattes. Formuleringen av bestemmelsen korresponderer med den som nettopp var vedtatt for speditørtariffens del, som utvilsomt omfatter toskiftsarbeid, og som partene på begge sider var kjent med. I tillegg, og i motsetning til speditørtariffen, åpner den for forskjøvet arbeidstid før kl. 06.00. Om arbeidsgiversiden forutsatte at den eksisterende ordning for toskiftsarbeid ikke skulle endres, og at «skiftarbeid» således skulle forstås på en annen måte her enn i speditørtariffens bestemmelse, måtte den i denne situasjonen ha sørget for å gjøre dette klart. Om man fra arbeidsgivernes side overså rekkevidden av den bestemmelsen man aksepterte, er de her nærmest til å bære risikoen for dette.»⁹¹

Denne tolkningsnormen gjelder også for tariffbestemmelser som er hentet fra avtaler mellom andre parter. Tvisten i ARD-2012-7 gjaldt rett til lønn under sykdom etter hovedtariffavtalen for PBL. Spørsmålet var om det var et vilkår for rett til sykelønn etter tariffavtalen at arbeidstakeren hadde krav på sykepenger fra folketrygden. Ordlyden ga ikke et klart svar. Det var enighet mellom partene at avtalen var utformet med utgangspunkt i teksten til hovedtariffavtalen for KS. Arbeidsrettens flertall la vekt på at KS i sin personalhåndbok

⁸⁹ ARD-2012-126, ARD-2012-252 og ARD-2013-335.

⁹⁰ Jf. ARD-1985-150, ARD-1991-175 og ARD-2002-60.

⁹¹ ARD-1995-74 på s. 81-82.

hadde lagt til grunn at det ikke var et vilkår at vedkommende hadde krav på tilsvarende ytelser fra folketrygden, og PBL kunne under tarifforhandlingene med forholdsvis enkle grep ha fått klarhet i hvordan KS tolket avtalen. PBL måtte derfor ha risikoen for at avtalen ikke ble i samsvar med PBLs forståelse.

Bevissituasjonen kan imidlertid tilsi at partene ikke har ment at bestemmelsen skal ha samme innhold som likelydende tariffavtale mellom andre parter, jf. ARD 1998 s. 131. I den saken var det spørsmål om arbeidsgiver etter tariffavtalen mellom Landbrukets Arbeidsgiverforening (LA) og Norsk Funksjonærforbund (NOFU) ensidig kunne foreta endringer av inndelingen av arbeidstiden. Arbeidsretten kom til at arbeidsgiver ikke ensidig kunne endre inndelingen. Det var ikke avgjørende at en likelydende bestemmelse i tariffavtalen mellom NHO og Handel og Kontor (HK) var forstått slik at arbeidsgiver hadde en slik endringsadgang. Arbeidsrettens begrunnelse viser også den nære sammenhengen med ulike typer tolkningsargumenter:

«Funksjonæravtalen NHO–NOFU og standardoverenskomsten NHO–HK har fra 1956, og i hvert fall frem til og med tariffperioden 1986–88, hatt praktisk talt likelydende bestemmelser om at inndelingen av arbeidstiden skal skje ved «særlig» eller «særskilt» avtale lokalt. ... De saksøkte har vist til at det i HKs brev av 24. september 1986 til N.A.F. ble gitt uttrykk for at det var enighet mellom de to organisasjonene om at bestemmelsene i standardoverenskomsten var slik å forstå at dersom enighet ikke oppnås under lokale forhandlinger, «kan bedriften fastsette arbeidstidsinndelingen». Arbeidsretten kan ikke se at dette forholdet kan få avgjørende betydning ved tolkningen av funksjonæroverenskomsten LA–NOFU.

Funksjonæravtalen og standardoverenskomsten er riktignok utviklet parallelt, men det er flere forskjeller mellom dem – herunder i bestemmelsene om arbeidstid. ... Bevisførselen gir ikke holdepunkter for at det eksisterer – eller har eksistert – noen forståelse mellom NHO og NOFU om at bestemmelsene om inndeling av arbeidstid uten videre skal forstås på samme måte i disse to overenskomstene. Ut fra forklaringene legger retten til grunn at det nevnte brevet fra HK hadde bakgrunn i at NHO (den gang N.A.F.) under tariffrevisjonen i 1986 reiste krav om en klargjøring av bestemmelsene på bakgrunn av en konkret tvist mellom de to organisasjonene. NHO hadde derfor en særlig oppfordring til å ta spørsmålet opp med NOFU dersom en klargjøring var ønskelig også i denne tariffrelasjonen. Det er imidlertid ikke opplyst at NHO under tariffrevisjonen i 1986 reiste tilsvarende krav overfor NOFU om en klargjøring. Forklaringene gir heller ikke holdepunkter for at den felles forståelsen mellom NHO og HK er kommet til uttrykk overfor NOFU i etterfølgende sammenhenger. Ut fra forklaringene legger retten videre til grunn at forståelsen av bestemmelsene som nå står i funksjonæravtalens § 5.2 ble drøftet mellom NHO og NOFU under forberedelsene til og gjennomføringen av tariffrevisjonen i 1994, uten at NHO klargjorde eller ga uttrykk for en oppfatning som avviker fra den som NOFU den gang ga tilkjenne overfor NHO og nå gjør gjeldende overfor LA.

Under forhandlingene i 1995 om opprettelsen av funksjonæroverenskomsten tok LA og NOFU utgangspunkt i funksjonæravtalen NHO–NOFU. Partene er enige om at bestemmelsene som nå står i funksjonæroverenskomsten LA–NOFU § 5.2, bygde på et forslag fra NOFU. Det er videre enighet om at det ikke ble ført nærmere realitetsforhandlinger om utformingen og forståelsen av dem. I følge forklaringene bygde partene på ulike forutsetninger om forståelsen av bestemmelsene. Det er imidlertid ikke påberopt at partene klargjorde sine forutsetninger for hverandre. Arbeidsretten bemerker i denne sammenheng at funksjonæroverenskomstens § 5.2 på flere punkter skiller seg fra funksjonæravtalens 5.2. ... Av funksjonæroverenskomstens § 5.2 annet ledd fremgår det imidlertid at bestemmelsen i første ledd også gjelder «eventuell innføring av hjemmevakt og skiftarbeid». Noen tilsvarende bestemmelse fantes ikke i funksjonæravtalen av 1994, som hadde en bestemmelse som nå står i § 5.6 om at arbeidsgiver skal «konferere» med de tillitsvalgte når bedriften planlegger å innføre eller endre hjemmevaktordning. Det forhold at LA og

NOFU valgte en løsning på dette punkt som innebærer at slike omlegginger skal skje ved «avtale», gjør det mest nærliggende å bygge på at begge partene må ha vært innforstått med at denne løsningen ville medføre en realitetsendring på dette punkt. Med den klare ordlyden bestemmelsen som nå står i funksjonæroverenskomstens § 5.2 første ledd den gang fikk, hadde LA etter rettens syn sterkest oppfordring til å klargjøre sin forståelse av denne bestemmelsen og forholdet til annet ledd.»

I ARD-2008-56 var det tvist mellom LO og NHO om forståelsen av butikkoverenskomsten punkt 6.1 som bestemte at påskeaften var fridag, med mindre «bedriftsmessige hensyn» gjorde det nødvendig å holde arbeidet i gang. Ved tolkningen ble det lagt vekt på Arbeidsrettens avgjørelse i ARD-1952-10 i tvist mellom Virke og LO, og til en forutgående kjennelse fra Rikslønnsnemnda hvor formuleringen «bedriftsmessige hensyn» kom inn i Virke-overenskomsten. Formuleringen ble tatt inn i forløperen til den gjeldende NHO-overenskomsten etter at Rikslønnsnemndas kjennelse var avsagt, men før Arbeidsrettens dom i 1952. Arbeidsretten bemerket at det på grunn av den «nære sammenhengen som her foreligger, både i tid og med hensyn til tema» mellom NHO- og Virke-overenskomstene, var det «utvilsomt» at både lønnsnemndas kjennelse fra 1946 og den påfølgende dommen fra 1952 om Virke-overenskomsten var «relevante og tungtveiende momenter» ved tolkningen av den tilsvarende bestemmelsen i butikkoverenskomsten.⁹²

ARD-1995-48 gjaldt en bestemmelse i tariffavtalen mellom Norges Handelsreisendes Landsforbund, Arbeidstakerseksjonen, (NHLA) og Landbrukets Arbeidsgiverforening (LA) og A/L Fellesmeieriet om om kostgodtgjørelse til salgsleder og salgskonsulenter ved Fellesmeieriet ved dagsturer i salgsdistriktet. Avtalen slo kort og godt fast at «statens regulativ gjelder». Bestemmelsen fikk denne ordlyden i 1992. I 1994 ble det gjort vesentlige endringer i statens reiseregulativ. Dersom endringen også skulle følges av tariffpartene, ville det bety at godtgjørelsen ville bli mer enn tredoblet. Spørsmålet i saken var om denne endringen måtte legges til grunn mellom tariffpartene. Ordlyden og praktiseringen av bestemmelsen talte isolert sett for at endringene i regulativet hadde tariffrettslig virkning.⁹³ Arbeidsretten kom ut fra bestemmelsens forhistorie og dens formål til at en slik tolkning ikke kunne legges til grunn

«Inntil 1. november 1986 hadde salgskonsulentene fått utbetalt en månedlig utgiftsgodtgjørelse. Fra dette tidspunkt innførte Fellesmeieriet som ny ordning at dekning av utgifter for dagsturer i salgssområdet «vil . . . følge statens regulativ 4 - 8 timer f.t. kr. 40,- pr. dag». Beløpet skulle «dekke matpenger, parkeringsavgift etc.», og det var en forutsetning at «medarbeideren er ute i salgssområdet hel dag». Opprinnelig var således den nye godtgjørelsesordningen basert på én av reiseregulativets 3 satser, nemlig den laveste. Fra 1987 ble ordningen inntatt i særavtale mellom partene og slik at det også kunne bli tale om en høyere sats, som i så fall krevde dokumentasjon. Arbeidsretten legger til grunn at det ikke var tilsiktet noen realitetsendring med den endring av ordlyden som ble gjort i 1992.

Forhistorien viser at partenes hensikt med å ta i bruk den laveste sats i statens reiseregulativ var å knytte utgiftsgodtgjørelsen vedrørende salgsmedarbeidernes dagsturer til en sats som begge parter anså rimelig og som måtte antas å bli jevnlig ajourført på forsvarlig måte i samsvar med kostnadsutviklingen, uten at partene

⁹² ARD-2008-56 avsnitt 60.

⁹³ ARD-1995-48, s. 51.

selv skulle måtte forhandle om slik ajourføring. Partene er enige om at såvel ordningen som godtgjørelsens størrelse har vært tilfredsstillende frem til 1994.

Den endring som fant sted i statens regulativ fra 1. juli 1994, og som gikk ut på at det ikke lenger skulle betales kostgodtgjørelse for reiser under 6 timers varighet, og at det for reiser mellom 6 og 12 timer skal betales kr. 225, har ført til en utilsiktet situasjon for partene i denne sak. Statens regulativ inneholder ikke lenger en kostgodtgjørelsessats av slik størrelse som partene tidligere har funnet egnet for sitt formål, og regulativet opererer med andre inndelinger når det gjelder reisenes varighet. Dersom særavtalen skulle forstås som anført av saksøkerne, vil konsekvensen måtte bli ikke bare at den daglige godtgjørelsen skulle heves fra kr. 62 til kr. 225, en oppjustering som det saklig sett ikke synes å være grunnlag for, men også at særavtalens punkt 2.2 annet punktum blir innholdsløst.»⁹⁴

6.3.7 Harmonisering med bidrag fra andre kilder. Utgangspunkter for den videre drøftelse

Fremstillingen foran viser at ordlyden kan gi varierende bidrag til løsningen av spørsmålet, fra entydige, uttømmelige kriterier til vilkår som er mer åpne, uklare eller skjønnsmessige. Tariffavtaletolkning bygger på en avveiningsmodell, hvor argumenter fra ordlyden må holdes opp mot – avveies mot – argumenter fra andre kilder. Hvilke momenter som finnes ut over avtalens ordlyd, avhenger av den enkelte tariffavtalen og også av de bevis partene kan – og vil – føre. Avveiningen mellom ordlyd og andre faktorer kan føre til et tolkningsresultat som ligger langt fra den språklige forståelsen. I ARD-2009-1 var spørsmålet om en fagforening i forbindelse med inngåelse av lokal avtale om arbeidstid kunne stille vilkår for godkjenning av avtalen at den ukentlige arbeidstiden ble satt til 33,6 timer. For å løse denne tvisten måtte Arbeidsretten ta stilling til forståelsen av arbeidstidsreglene i Verkstedsoverenskomsten kapittel 2 jf. arbeidstidsbestemmelser inntatt i Bilag 5. Kapittel 2 bestemte at arbeidstiden «skal ikke overstige» et bestemt antall timer. Ordlyden tilsa at det bare gjaldt en øvre begrensning. Vilkåret om 33,6 timer oversteg ikke grensene i tariffavtalen, men ga en kortere arbeidstid. Dette tilsa at vilkåret var tariffmessig. Arbeidsrettens flertall (5 dommere) kom under henvisning til ARD-1954-111 til at formuleringen «skal ikke overstige» måtte tolkes som om det sto at arbeidstiden «skal være», blant annet ut fra hensynet til de sentrale partenes mulighet for kontroll med arbeidstiden. Det var ikke tariffpartenes mening at det skulle være overlatt til bedriftene og arbeidstakerne å fastsette arbeidstiden. Vilkåret var derfor tariffstridig.

Selv om Arbeidsretten etter arbeidstvistloven § 48 første ledd skal sørge for at saken blir tilstrekkelig opplyst, er det partene som har kjennskap til hvilke dokumentbevis og parts- og vitneforklaringer som kan kaste lys over avtalens bakgrunn og sammenheng. Den som har kontroll over arkivet, vil ha et bedre grunnlag for tariffavtaletolkningen. I den forstand er det partene som har rådighet over tvistegenstanden. I tillegg kommer de alminnelige begrensninger for rettens tolkning som følger av de påstander som er nedlagt og de påstandsgrunnlag som er anført.

⁹⁴ ARD-1995-48, s. 52.

6.4 Kontekstelementer – historikk og forhandlingsforløp

6.4.1 Innledning

Tariffavtalen er rettslig sett tidsbegrensede avtaler, jf. arbeidstvistloven § 5. Avtalene mellom hovedorganisasjonene kan være resultatet av mange og lange forhandlinger. Avtalene kan også ha en omfattende historikk som kan være av stor betydning for tolkningen. Det tolkningsmessige utgangspunktet er at alle kilder til forståelsen av tariffavtalen videreføres i senere tariffperioder, med mindre det er holdepunkter for det motsatte.

Arbeidsretten vil ved tolkning av tariffbestemmelser se hen til hva som kan utledes av avtalehistorikken i vid forstand. Med avtalehistorikk i vid forstand siktes det til kilder som kaster lys over forhandlingene om opprettelse eller revisjon av den omtvistede bestemmelsen. Opplysninger om hvordan bestemmelsen har vært formulert i tidligere avtaler mellom partene og hvordan bestemmelsen har vært praktisert er også relevant for tolkningen, jf. merknader nedenfor om betydningen av slik praksis. Dersom det har skjedd endringer i ordlyden, må det undersøkes om dette er ment som realitetsendringer. ARD-1995-1 gjaldt spørsmål om hvilken timefortjeneste (lønn) som skulle gjelde i tilfeller hvor særavtale om dette var falt bort eller partene ikke kom til enighet om slik avtale. Utgangspunktet etter Hovedavtalen LO-NHO § 4-5 var at timefortjenesten da skal fastsettes på grunnlag av «tariffavtalen». Tvisten reiste to spørsmål. Det ene var om Fellesoverenskomsten for byggfag med bilag var tariffavtalen i hovedavtalens forstand, eller om det bare siktet til Fellesoverenskomsten. Bilag 16 er den såkalte Offshoreavtalen. NHO anførte at selv om offshoreavtalen inngikk i Fellesoverenskomsten, måtte det være slik at offshoreavtalen stod på egne ben og var en selvstendig regulering av arbeid offshore. Dette førte ikke frem. Arbeidsretten kom til at henvisningen til fellesoverenskomsten med bilag 16 var «tariffavtalen», slik at lønnsfastsettelsen skulle fastsettes ut fra Fellesoverenskomsten *med* dens bilag 16. Ut fra forutsetningene og forhandlingene var bestemmelsen en nedre grense, samtidig som den ikke forpliktet arbeidsgiver til å fastsette en høyere timefortjeneste:

«Ut fra det som er kommet frem gjennom forklaringene om tariffrevisjonen i 1990, kan retten heller ikke se at det gis holdepunkter for en slik forståelse. Offshoreavtalens § 2.1 fastslår at «[d]enne avtale gjelder for arbeidsoppdrag» offshore. Spørsmål om fastsettelse av timefortjenesten for slikt arbeid må da løses med utgangspunkt i offshoreavtalens § 11.1. Ettersom akkordarbeid ikke kan anvendes – slik partene er enige om – kan det ikke bygges direkte på fellesoverenskomstens § 4 som sådan. Fellesoverenskomstens regler er ikke desto mindre en del av den «tariffavtalen» som skal legges til grunn; offshoreavtalens bestemmelser kan ikke sees løsrevet fra dem. Fellesoverenskomstens § 2.1 forutsetter at timelønnssetninger ikke skal ligge lavere enn normallønnssetningene, og det kan være naturlig å anse § 4.3 fjerde ledd som uttrykk for en norm som må få anvendelse også i forhold til offshoreavtalens § 11.1. En nedre grense for hva timefortjenesten kan fastsettes til, må dessuten anses å følge av § 11.1. Retten viser til at NHO har anført at det ved tariffrevisjonen i 1990 fra arbeidsgiversiden ble gitt uttrykk for at man ikke ville legge seg lavere enn normallønnssetningene. Dette må legges til grunn som en bindende forutsetning for bestemmelsen.»⁹⁵

...

⁹⁵ ARD-1995-1 på s 8.

Det andre spørsmålet i saken var hvilken timefortjeneste tariffavtalen i så fall ga anvisning på. LO anførte at Offshoreavtalen punkt 11.1 viste til lønssystemet i Fellesoverenskomsten § 4, og at utgangspunktet måtte tas i fortjenesten etter disse regler for tilsvarende arbeid på land i vedkommende bedrift, og at dette var en følge av at ordlyden i punkt 11.1 hadde blitt endret i 1990. Uttrykket «bedriftens lønnsavtale» i § 11.1 første ledd måtte i følge LO naturlig forstås slik at det refererte til den avtale, eller de avtaler, om lønn som gjaldt i bedriften. Uttrykket «bedriftens lønnsavtale» måtte da forstås slik at den siktet til fellesoverenskomsten med de eventuelle konkrete tilleggsavtaler som er inngått i bedriften med hjemmel i overenskomsten, og ikke til den særavtale som måtte være inngått. Det ble vist til at entallsformen «lønnsavtale» tilsa at det måtte være avtalen som gjaldt for hele bedriften. Dette førte ikke frem, blant annet fordi det ut fra forutsetningene tilkjennegitt under forhandlingene om endringer av tariffavtalen var klarlagt at det ikke var ment som en realitetsendring:

«Men hverken når det gjelder utgangspunktet eller resultatet gir § 11.1 noen anvisning på at det skal bygges på lønnsnivået eller gjennomsnittsfortjenesten for arbeid i land. Ut over det retten har pekt på ovenfor, gir § 11.1 i det hele ingen mer presise anvisninger om grunnlaget for fastsettelsen av timefortjenesten. Retten bemerker at før revisjonen i 1990 hadde offshoreavtalens § 5.1.1 en annen utformning på dette punkt. Men bestemmelsen inneholdt da også, i første ledds siste punktum, en uttrykkelig begrensning i forhold til den samlede fortjenesten ved arbeid i land. Det er ingen holdepunkter for å anta at man med revisjonen i 1990 mente å forplikte partene lokalt til å bygge på et helt annet og høyere grunnlag som utgangspunkt for drøftelsene etter § 11.1 annet ledd. Retten vil imidlertid også bemerke at vitnet Holmen, som deltok som representant for arbeidsgiversiden under forhandlingene i 1990, forklarte at revisjonen ikke tok sikte på en realitetsforandring. Forsåvidt vil det være naturlig at partene lokalt ser hen til tidligere praksis med hensyn til grunnlaget for fastsettelsen av timefortjenesten, i de drøftelser som skal føres etter § 11.1 annet ledd. Heller ikke i dette ligger det imidlertid noen mer bestemt anvisning om utgangspunktet for drøftelsene eller om resultatet av dem.»⁹⁶

Dette viser betydningen av å gjøre seg kjent med tariffavtalens bakgrunn og tilblivelse. Tariffavtaler kan bli til på mange måter. Partene kan bli enige etter forhandlinger, med eller uten diskusjoner om avtalens innhold, enighet kan oppnås etter avsluttet arbeidskamp eller etter lang og intens innsats under meklingen. Partene kan under forhandlingene ha fremsatt ulike krav og tilbud som kan ha blitt endret eller frafalt etterhvert som forhandlinger og meklinger har nærmet seg slutten. Bestemmelsen kan også være utformet med utgangspunkt i en bestemmelse som gjelder på et annet tariffområde. Dette kan gi et omfattende og sammensatt materiale til klargjøring av innholdet i bestemmelsen.

6.4.2 Tilblivelse – historikk, forhandlingsforløp mv.

Tolkningen av tarifforholdet mellom partene går ikke bare ut på å klarlegge det som står i tariffavtalens tekst. Det er også et spørsmål om å klarlegge det som «indirekte» er regulert av tariffavtalen gjennom den potensielle rammen for forhandlingene. Hva som har blitt behandlet under forhandlingene og hva som var referanserammen for drøftelsene mellom partene har særlig betydning for klargjøringen av fredsplikts rekkevidde, jf. kapittel Arbeidsretten har i korte trekk lagt til grunn at det gjelder fredsplikt for det som er regulert i tariffavtalen og for krav som er eller burde ha blitt fremmet under tarifforhandlingene.

⁹⁶ ARD-1995-1 på s 8-9.

Opplysninger om forhandlingsforløpet kan bidra til å kaste lys over forståelsen av den det som har blitt tariffestet.⁹⁷ Dersom ordlyden har blitt endret under forhandlingenes gang, eller et krav har blitt avvist, vil det kunne gi holdepunkter for en bestemt forståelse; ofte vil det gi grunnlag for å avgrense mot bestemte tolkninger.⁹⁸ Dette kan også kaste lys over hvilke forutsetninger som har blitt tilkjennegitt under drøftelsene. Den omstendighet at det i en senere revisjon forgjeves er fremmet krav om å endre ordlyden slik at den uttrykker den tolkning som hevdes i en senere tvist, kan være et argument mot den forståelsen som da gjøres gjeldende. ARD-2010-283 gjaldt spørsmål om hvilket timetall som skulle legges til grunn etter Landsoverenskomsten for elektrofagene § 7 nr. 1 for jul- og nyttårsaftener som fridag med lønn. LO gjorde gjeldende at timetallet skulle være som om det hadde vært en vanlig arbeidsdag. NHO gjorde gjeldende at timetallet skulle vært det som ville vært lagt til grunn dersom skal arbeides på jul- og nyttårsaftener, det vil si et lavere timetall enn for en vanlig arbeidsdag. Ordlyden var taus om hvilket timetall som måtte legges til grunn, men ut fra forhistorie og forhandlingsforløp kom Arbeidsretten til at NHOs tolkning var den riktige. Arbeidsretten tok utgangspunkt i hva som var gjeldende regulering frem til tariffrevisjonen i 2006. Frem til 2006 var lønn for jul- og nyttårsaftener betinget av at det ble registrert arbeidstid på disse dagene. I tariffoppgjøret ble det fremmet krav om endring av dette, og Arbeidsretten redegjør for gangen i tariffforhandlingene:

«Forbundsleder Hans O. Felix har forklart at det under forarbeidet til tariffoppgjøret kom forslag fra medlemmene om å sikre fri med lønn for jul- og nyttårsaftener, blant annet fordi det i praksis ofte var slik at det ikke ble arbeidet disse dagene, og dermed heller ikke ble betalt lønn. Forslaget ville bidra til å utjevne forskjellen mellom arbeidstakere med time- og månedslønn. EL & IT fremmet på denne bakgrunn følgende krav i kravsdokument av 5. april 2006:

«§ 7 Ordinær arbeidstid

Pkt. 1 endres til: Den ordinære arbeidstid skal ikke overstige 37,5 timer[] pr. uke. Den daglige arbeidstiden legges mellom kl. 07.00 til kl. 17.00 de fem første virkedagene. Juleaftener og Nyttårsaftener er fridager med betaling etter § 12.

...

§ 12 Godtgjøring for helligdager

Bestemmelsen endres som følge av krav til § 7.»

Ordlyden i kravet fra EL & IT løste ikke spørsmålet om hvilket timetall som skulle legges til grunn. Kravet fra EL & IT ble umiddelbart avvist av TELFO (nå NT). Avvisningen var blant annet begrunnet med at det ikke var adgang til å endre LOK § 12 om helligdagsgodtgjørelse, som er en gjennomgående og likelydende bestemmelse i en rekke tariffavtaler. Spørsmålet om betaling for jul- og nyttårsaftener ble deretter behandlet i det såkalte engere utvalg. TELFO kom med følgende tilbud - benevnt «utspill» - 28. april 2006:

«§ 7 Ordinær arbeidstid

⁹⁷ Fra nyere praksis illustreres bruken av slike momenter i ARD-2007-72, ARD-2010-283, ARD-2013-27, ARD-2014-423, ARD-2015-1 (med parallell problemstilling i ARD-2015-21), ARD-2016-94, ARD-2016-382, ARD-2016-412, AR-2017-10, AR-2017-14 og AR-2019-19.

⁹⁸ ARD-2011-336 og ARD-2012-384.

Pkt. 1, tredje setning endres til:[] Julaften og Nyttårsaften er fridager med betaling etter § 3 E kommer ikke til anvendelse dersom dagene faller i en avspaseringsperiode.»

Parts- og vitneforklaringene gir et uklart bilde av hva som har blitt uttalt om bestemmelsen både ved EL & ITs muntlige presentasjon av kravet ved innledningen til tarifforhandlingene og senere i forhandlingsforløpet. Kravet om betaling for jul- og nyttårsaften var ett av en rekke krav som ble behandlet i denne tariffrevisjonen. Kravet ble som nevnt avvist ved innledningen av tarifforhandlingene, og det ble derfor ikke fulgt opp av undergruppene som behandlet særskilte spørsmål. Det foreligger derfor ingen kilder til tolkningen fra denne fasen i tarifforhandlingene.

Under den avsluttende behandlingen av tariffkravene i engere utvalg var ikke endringen i § 7 noe som ble viet særlig oppmerksomhet. Det er riktignok slik at partene på hver side har gjort sine vurderinger av kravet og det timetall som skulle legges til grunn for betalingen, for eksempel ved kostnadsberegningen av kravet. Parts- og vitneforklaringene gir imidlertid ingen holdepunkter for å legge til grunn at dette er forutsetninger som har blitt kommunisert til motparten, og timetallet som sådan har ikke blitt diskutert, jf. også merknader om dette i protokollene fra tvisteforhandlingene mellom EL & IT og NT, og mellom LO og NHO.

Etter at forhandlingene ble avsluttet 28. april 2006, sendte EL & IT ut en orientering om resultatet, hvor det blant annet uttales:

«I tillegg til økningene i akkordtariffen er det avtalt et generelt tillegg på kr 1,50, fagarbeidertillegget øker med kr 1, og både jul og nyttårsaften er avtalt som fridager med lønn.

...

Juleaften og nyttårsaften er fri med betaling etter § 3E. Dette betyr i praksis over 1 krone timen.»

I en presentasjon av resultatet for medlemmene ble det opplyst at fri med betaling innebar en økning med «ca. kr 1,30». Forbundssekretær Jan Olav Aasarmoen har forklart at beregningen av det økonomiske resultatet som følge av betaling for jul- og nyttårsaften har vært basert på betaling for 7,5 timer. I og med at dette bare indirekte fremgår av den etterfølgende orienteringen til medlemmene, kan det ikke tillegges særlig vekt ved fortolkningen av den endring som fant sted ved tariffrevisjonen i 2006. Presentasjonen bekrefter bare det inntrykk forklaringene gir om at partene har bygget på egne forutsetninger om det timetallet som skulle legges til grunn, uten å klargjøre dette overfor motparten.

Arbeidsretten legger etter dette til grunn at spørsmålet om timetall som grunnlag for beregning av betalingen ikke ble tatt opp av partene i forhandlingene om endringer i § 7 nr. 1, § 12 og § 3. I og med at den daglige arbeidstiden for jul- og nyttårsaften fra 1937 ikke samsvarte med den alminnelige arbeidstid, måtte EL & IT på en klarere måte ha markert at det var 7,5 timer som skulle legges til grunn for beregningen.»⁹⁹

Tariffhistorikken viste at timetallet for jul- og nyttårsaften fra 1937 hadde vært lavere enn for vanlige arbeidsdager. Dette inngikk som del av forståelsesrammen for bestemmelsen. Begge parter hadde bygget på forutsetninger som motparten ikke kjente eller burde kjent til. I en slik situasjon var det arbeidstakersiden som klart måtte markere at det skulle gjelde et annet timetall for beregning av lønn for disse fridagene.

Særlige tolkningsspørsmål kan oppstå for allmenngjorte tariffavtaler. Som nevnt i kapittel hører tvister om allmenngjøringsvedtak under de alminnelige domstoler. Tvist om vedtakets innhold omfatter hvordan den allmenngjorte tariffavtalen skal forstås. En tvist om forståelsen av lønns- og arbeidsvilkår som er allmenngjorte er en tvist om tolkningen av et

⁹⁹ ARD-2010-283 avsnitt 27-33.

forvaltningsvedtak. På den andre siden kan tvister mellom tariffpartene om selve den tariffavtale som er allmenngjort på vanlig måte kunne bringes inn for Arbeidsretten. Det vil ved tolkningen av den allmenngjorte tariffavtalen være naturlig å se hen til tolkningen av den underliggende tariffavtalen, selv om det ikke gjelder lovfastsatt kobling til tariffavtalen slik det er gjort for ufravikelighetsvirkninger for tariffbundne arbeidsavtaler etter arbeidstvistloven § 6, og rettskraftregelen i arbeidstvistloven § 34 andre ledd.

Forhandlinger om tariffavtalen kan også skje på grunnlag av omfattende forarbeid fra partenes side, for eksempel gjennom nedsettelse av partssammensatte utvalg som utreder endringer i avtalestruktur eller tariffbestemmelser. De rapporter som utarbeides i den forbindelse kan kaste lys over tolkningen.¹⁰⁰

Opplysninger om forhandlingsforløp omfatter også det som har foregått under meklingen. I utgangspunktet gjelder det taushetsplikt om hva som har skjedd under meklingen, jf. arbeidstvistloven § 23 andre ledd. Et sentralt formål med denne taushetsplikten er å sikre at partene har tillit til hverandre og til mekleren, slik at partene står fritt til å utveksle synspunkter og diskutere ulike løsninger.¹⁰¹ Taushetsplikten gjelder likevel ikke ved forklaringer for Arbeidsretten, jf. § 23 tredje ledd. For å sette det på spissen vil det si at det kan være opplysninger fra meklingen som er av avgjørende betydning for tolkningen, men som i utgangspunktet er undergitt taushetsplikt. Utformingen av tariffbestemmelsen kan være uttrykk for et kompromiss, med tilhørende forutsetninger som det ikke har vært mulig å få på plass i utformingen av bestemmelsen, eller det kan være ment som et siste forsøk på å formulere noe som har vært diskutert underveis i meklingen.¹⁰² Dette kan skape problemer ved prejudisielle avgjørelser av tariffspørsmål i de alminnelige domstolene. Løsningen må da være at tariffpartene forfølger tolkningsspørsmålet etter arbeidstvistlovens regler. Samtidig kan kjennskap til hva som under meklingen har blitt sagt og gjort med den omtvistede bestemmelsen gi viktige bidrag til tolkningen. I ARD-2005-130 var det spørsmål om en bestemmelse om «frys» av pensjonsordninger i helseforetakene også innebar en plikt til å arbeide for at pensjonsleverandøren KLP ikke endret selskapsform. I forbindelse med tariffrevisjonen i 2004 av overenskomstene for helseforetakene mellom NAVO (nå Spekter) og blant andre LO Stat ble det vedtatt å nedsette et partssammensatt utvalg som skulle se på alle sider ved helseforetakenes pensjonsforhold. Dette arbeidet skulle gjennomføres «under forutsetning av arbeidsgivers frys av de ansattes pensjonsforhold, med mindre partene er enige om noe annet, fram til 30.04.05». NAVO erkjente at bestemmelsen innebar en forpliktelse for det enkelte helseforetak til ikke å endre pensjonsordningenes materielle innhold og til ikke å skifte pensjonsleverandør i tiden frem til 1. mai 2005, med mindre partene ble enige om noe annet. Arbeidsretten bemerket at formuleringen «de ansattes pensjonsforhold» pekte mot noe som direkte berørte de enkelte arbeidstakerne, for eksempel

¹⁰⁰ Se fra nyere praksis ARD-2002-17, ARD-2005-130, ARD-2007-72, ARD-2016-412, AR-2017-14 og AR-2018-3.

¹⁰¹ Jf. Dalseide, Mekling i interessetvister.

¹⁰² Sml. betydningen av forhold under meklingen i ARD-2004-250, ARD-2005-55, og AR-2017-13 jf. ARD-2015-1.

bestemmelser om opptjeningen og om pensjonsutbetalingenes størrelse.¹⁰³ Tillegg «arbeidsgivers frys» trakk i retning av en suspensjon av arbeidsgiverens styringsrett eller eierbeføyelser i forhold til spørsmål som har betydning for «de ansattes pensjonsforhold», slik pensjonsordningenes materielle innhold og skifte av pensjonsleverandør. Det dekket imidlertid ikke uten videre arbeidsgiverens utøvelse av sine eventuelle eierbeføyelser i spørsmål som gjelder pensjonsleverandørens organisasjonsform.¹⁰⁴ Arbeidsretten fant ingen holdepunkter i sammenhengen bestemmelsen inngikk i som talte for LOs tolkning.¹⁰⁵ Deretter redegjorde retten for forhandlings- og meklingsforløpet, og endringene som skjedde i teksten som ble vedtatt av partene. Det var utarbeidet en rapport fra en arbeidsgruppe hvor NAVOs representanter hadde avvist et krav om at KLP fortsatt skulle være organisert som et gjensidig selskap.¹⁰⁶ Den omtvistede bestemmelsen fikk sin utforming under meklingen 2.-5. juni 2004. Arbeidstakersiden gjentok kravet om å regulere spørsmål om endring av selskapsform, og kravet ble fortsatt avvist av NAVO. På den første meklingsdagen ble det nedsatt en arbeidsgruppe som skulle se på pensjonsspørsmål. Arbeidsgruppen utarbeidet et notat samme dag hvor det fremgikk at partene var uenige om regulering av organisasjonsform for KLP. I et kravdokument datert 4. juni 2004 var det inntatt en frysbestemmelse, men den var generelt utformet, og kunne i prinsippet dekke spørsmål om selskapsform.¹⁰⁷ Om kvelden den 4. juni 2004 tok NAVOs forhandlingsleder kontakt med mekleren og fremla et forslag til tekst, samtidig som det ble gjort klart overfor mekleren at NAVO ikke aksepterte organisasjonenes krav om en «frysbestemmelse» ikke ville bli akseptert. Dette skapte dramatik i meklingen:

«Forklaringene viser at intervensjonen fra Haukaas vakte oppstandelse på arbeidstakersiden, noe som igjen utløste hektisk møtevirksomhet etter kl. 21.00. Det foreligger som nevnt delvis motstridende opplysninger om hvorvidt det her kun var tale om særmøter mellom meklingsmannen og ledelsen for de enkelte delegasjoner, eller om det også kom til fellesmøter mellom disse aktørene. Arbeidsretten går ikke nærmere inn på dette. Ut fra forklaringen fra LOs forhandlingsleder, leder i LO Stat Morten Øye, legger retten til grunn at han, rett etter å ha hørt om det nevnte møtet mellom Haukaas og meklingsmannen, gikk til meklingsmannen sammen med nestleder i Fagforbundet Tove Stangnes, presenterte en utskrift med hovedorganisasjonenes forslag til «frysbestemmelse» og samtidig presiserte at den rettet seg mot blant annet pensjonsleverandørens organisasjonsform.

Videre viser forklaringene entydig at meklingsmannen etter dette ga partene beskjed om at han selv ville ta tak i saken og presentere en «pakke» vedrørende pensjonsspørsmål, slik at denne delen av tvisten om mulig kunne avklares og legges til side til fordel for andre gjenstående spørsmål under den resterende delen av meklingen, som hadde formelt fristutløp kl. 24.00 samme kveld.

Ut fra forklaringene legger Arbeidsretten til grunn at det i tiden frem til meklingsmannen fremsatte sin første skisse natten til 5. juni 2004, var flere særmøter mellom meklingsmannen og delegasjonsledelsen i henholdsvis NAVO og LO Stat om pensjonsspørsmålene, og dessuten ett eller flere fellesmøter om samme tema. Detaljene om forløpet av disse møtene er ikke avklart, men dette er ikke av vesentlig betydning for saken. Retten finner det tilstrekkelig å slå fast at det ikke gis holdepunkter for annet enn at partene overfor såvel meklingsmannen som motparten fastholdt sine syn på spørsmålene om «frysbestemmelsen» kunne tas inn i meklingsforslaget og om forståelsen av den. Retten legger ikke særlig vekt på opplysningene om hva som ellers ble sagt i særmøter mellom meklingsmannen og delegasjonslederne. Det vesentlige i denne sammenheng er at retten etter

¹⁰³ ARD-2005-130 avsnitt 66.

¹⁰⁴ ARD-2005-130 avsnitt 67.

¹⁰⁵ ARD-2005-130 avsnitt 68-69.

¹⁰⁶ ARD-2005-130 avsnitt 73-75.

¹⁰⁷ ARD-2005-130 avsnitt 81.

forklaringene må bygge på at meklingsmannen hverken i fellesmøter eller overfor begge parter hver for seg uttrykte noe bestemt syn på spørsmålet om hvilken rekkevidde formuleringen «arbeidsgivers frys av de ansattes pensjonsforhold» hadde i meklingsmannens skisse.

Ellers viser forklaringene entydig at ingen av partene tok opp forståelsen av «frysbestemmelsen» overfor meklingsmannen eller motparten etter at den første skissen var fremlagt natten til 5. juni 2004.»¹⁰⁸

Ut fra dette hendelsesforløpet fant Arbeidsretten at meklerens forslag måtte tolkes ut fra ordlyden sammenholdt med det skriftlige materialet partene hadde fremlagt overfor mekleren og de partsforutsetninger og standpunkter partene hadde formidlet muntlig til mekleren. Arbeidsretten bemerket at det ut fra forklaringene ikke var tvil om at «meklingsmannen var fullstendig innforstått med partenes divergerende syn på hovedorganisasjonenes krav om at en «frysbestemmelse» skulle tas inn i en protokolltilførsel om et partssammensatt samarbeidsutvalg.»¹⁰⁹ Den situasjonen som hadde oppstått under meklingsmannen, ble et moment i forståelsen av bestemmelsen:

«LO Stat og Fagforbundet har under hovedforhandlingen medgitt at kravet om en ny bestemmelse i overenskomstens kapittel 9 i realiteten ble lagt til side under den avsluttende meklingsfasen ved at dette kravet ble «konsumert» av kravet om en «frysbestemmelse» som også skulle rette seg mot endringer i pensjonsleverandørenes organisasjonsforhold. Den forståelsen av «frysbestemmelsen» de gjør gjeldende, ville således i utgangspunktet innebære en tilnærmet full innfrielse av hovedorganisasjonenes gjenstående krav. «Frysbestemmelsens» virketid var riktignok begrenset til perioden frem til 1. mai 2005, men dette hadde igjen sitt motstykke i bestemmelsen om forhandlings- og streikeadgang på pensjonsspørsmål under mellomoppgjøret i 2005.

I den tilspissede situasjonen som hadde oppstått mot slutten av meklingsmannen da meklingsmannen grep initiativet og varslet en «pakke» om pensjonsspørsmål, og sett i lys av NAVOs ultimative avvisning av formuleringer om pensjonsleverandørenes organisasjonsform gjennom hele forhandlings- og meklingsprosessen, kunne imidlertid ikke LO og de øvrige hovedorganisasjonene med rimelighet forvente en tilnærmet full innfrielse av sine krav. Til dette kommer at ordlyden i «frysbestemmelsen» i meklingsmannens skisse som nevnt var endret på en måte som indikerte en innsnevring av rekkevidden sett i forhold til formuleringene i hovedorganisasjonenes tidligere krav. Objektivt sett fremsto meklingsmannens skisse som et kompromissforslag som innebar delvis og midlertidig innfrielse av hovedorganisasjonenes krav mot at de ble innrømmet en adgang til omkamp under mellomoppgjøret i 2005.

De berørte representantene for hovedorganisasjonene har under hovedforhandlingen forklart at de ikke kunne se at de endringene som meklingsmannen hadde gjort i «frysbestemmelsen» innebar noen realitetsendring, og at de derfor ikke fant grunn til å ta opp betydningen av dem overfor meklingsmannen eller motparten etter at den første skissen var lagt frem. Under henvisning til merknadene foran om den naturlige forståelsen av ordlyden i hovedorganisasjonenes fremsatte krav og meklingsmannens skisse på dette punkt, kan ikke Arbeidsretten tiltre arbeidstakersidens begrunnelse for ikke å ta dette spørsmålet opp. Med den uklarhet som på grunn av disse endringene var oppstått om «frysbestemmelsens» rekkevidde, sto LO og de øvrige hovedorganisasjonene nærmest til å sørge for en bindende avklaring av om deres forutsetning om avtaleforståelsen hadde vunnet frem. Konsekvensen av at dette ikke ble gjort, må være at saksøkernes syn på avtaleforståelsen, slik det fremkommer i påstandens pkt. 1, ikke kan føre frem.»¹¹⁰

¹⁰⁸ ARD-2005-130 avsnitt 86-89.

¹⁰⁹ ARD-2005-130 avsnitt 90.

¹¹⁰ ARD-2005-130 avsnitt 103-105.

Partene kan også ha utarbeidet kommentarer til tariffbestemmelsene. Slike kommentarer kan komme til uttrykk på forskjellige måter: Noen ganger utarbeider partene i fellesskap merknader til enkeltbestemmelser i avtalen. Slike merknader vil da uttrykke partenes felles forståelse og vil være et obligatorisk moment ved tolkningen. I andre tilfeller kan en tariffpart ha utarbeidet orienteringer om tariffavtalen, for eksempel et brev til alle medlemmene med opplysninger om resultatet av tariffrevisjonen hvor man sier noe om betydningen av endringene i tariffavtalen. Hvilke slutninger som kan trekkes fra slike orienteringer er sterkt varierende. Orienteringene kan ikke være uttømmende, og det må vises varsomhet med å trekke motsetningsslutninger fra det som står skrevet til det som ikke er omtalt. Orienteringene vil gjerne være av betydning dersom et krav har vært viet stor oppmerksomhet i tariffoppgjøret. Dersom utfallet blir en kompromissløsning, kan orienteringen kaste lys over hva tariffparten mener å ha fått gjennomslag for, og hva som ikke førte frem.

Veiledninger til medlemmene uttrykker bare den ene partens forståelse, og er selvsagt ikke bindende for motparten eller Arbeidsretten. Slike meddelelser kan imidlertid gi grunnlag for en fast praktisering av avtalen, og vil da kunne tjene som bevis for at bestemmelsen har vært praktisert i samsvar med den ene partens forståelse uten at motparten har protestert på dette. Dersom det anbefales en bestemt praktisering av bestemmelsen, må det formodes at dette følges opp av medlemmene. Men dette blir ikke mer enn presumsjoner som må anvendes med forsiktighet. I tillegg kommer det grunnleggende at en tariffpart ikke ensidig og med virkning for motparten kan definere innholdet i de tariffrettslige rettigheter og plikter. Det gjelder for tariffavtaler som andre avtaler at en part bærer risikoen for egne forutsetninger når disse ikke kommuniseres til motparten under forhandlingene.¹¹¹

6.5 Praxis – tvistebehandling og avgjørelser fra Arbeidsretten og andre tvisteløsningsorganer

6.5.1 Innledning

Til tariffavtalene kan det være relevant praksis. Dette vil for det første være rettspraksis i form av avgjørelser fra Arbeidsretten. Dersom tolkningsspørsmålet er avgjort av Arbeidsretten og tariffpartene ikke senere har fraveket den, vil avgjørelsen løse tolkningsspørsmålet så langt den rekker.¹¹² Den tidligere dommen kan løse spørsmålet eller den kan angi et vurderingstema som må anvendes på et nytt typetilfelle. Det kan også være spørsmål om å få avklart hvordan den tidligere avgjørelsen skal forstås eller om den må fravikes.¹¹³

6.5.2 Tvisteforhandlinger – har tolkningsspørsmålet blitt reist tidligere?

Opplysninger om tidligere tvister mellom partene om det samme tolkningsspørsmålet, er også relevant selv om tvisten ikke ble brakt inn for Arbeidsretten. Dersom tolkningsspørsmålet har

¹¹¹ Jf. ARD-1995-82 og kapittel 6.6 nedenfor om ukklarhetsregelen

¹¹² Se ARD-2015-165 avsnitt 43.

¹¹³ ARD-2011-350 og ARD-2011-361 jf. ARD-2009-83 og ARD-2002-437. I ARD-2011-350 ble det påstått avvisning under henvisning til at søksmålet i realiteten gjaldt samme krav som var rettskraftig avgjort ved Arbeidsrettens dom i ARD-2002-437. Dette førte ikke frem fordi tvistetema i 2011 var formulert som tvist om forståelsen av dommen fra 2002, og det var fremmet et nytt etterbetalingskrav. Se også ARD-2009-1 hvor det var spørsmål om det var grunnlag for å fravike ARD-1954-111.

vært gjenstand for organisasjonsmessig tvistebehandling, men ikke er brakt inn for retten, kan dette være et argument for en bestemt tolkning dersom den omtvistede praktiseringen av bestemmelsen har blitt videreført. Men det bør utvises varsomhet med å vektlegge at tolkningsspørsmålet har vært gjenstand for tvistebehandling i organisasjonene uten å bli brakt inn for Arbeidsretten. Som påpekt i AR-2017-4, kan det være «flere grunner til at en tvistesak ikke følges opp».¹¹⁴ Det kan bare unntaksvis være grunnlag for å bruke unnløstelse av å bringe en tvist inn for Arbeidsretten som et moment til ugunst for den som tok opp tolkningsspørsmålet; tvistebehandling hvor begge parter fastholder standpunkter gir i seg selv ikke noe grunnlag for å fastlegge innholdet i tariffavtalen.¹¹⁵ Kort sagt: At partene fastholder hvert sitt standpunkt avklarer eller endrer ingenting. Noe annet ville kunne lede til en søksmålsplikt for den part som tar opp spørsmålet, og virke som et hinder for muligheten for å finne frem til minnelige løsninger. Det vil også kunne føre til at tolkningstvister ikke bringes inn til organisasjonsmessig behandling. AR-2017-33 kan synes å bygge på en mer strengere norm. Saken gjaldt spørsmål om det skulle ytes tilleggs godtgjørelse ved arbeid på bevegelige hellig- og høytidsdager som falt på en søndag. Arbeidsrettens flertall kom til at det ikke skulle ytes godtgjørelse, og det ble lagt vekt på at tvistesaker om slikt tillegg ikke hadde blitt brakt inn for Arbeidsretten:

«De tvistesaker som har oppstått, er av arbeidstakerorganisasjonene ikke brakt inn for Arbeidsretten. Dette kan ikke tolkes annerledes enn at arbeidstakersiden har slått seg til ro med NHOs/NHO Luftfarts forståelse av det som er tvistes spørsmålet i vår sak.»¹¹⁶

Arbeidsrettens mindretall kommenterer ikke praksis, men vektlegger at spørsmålet om rett til kompensasjon bare hadde oppstått fire ganger i perioden 2010-2017.¹¹⁷ Det er ikke helt klart hva som var avgjørende for at unnløstelsen i dette tilfellet kunne tolkes slik at LO hadde «slått seg til ro» med motpartens avtaleforståelse.

6.5.3 Praksis fra Arbeidsretten og andre domstoler

Merknadene foran om betydningen av Arbeidsrettens praksis tok sikte på dommer i tvister om avtaler mellom partene. Arbeidsrettens praksis vil også være tungtveiende kilder til tolkningen selv om dommen ikke gjelder samme tariffavtale. Dersom tariffavtalens ordlyd eller partstilknyttede kilder ikke tilsier noe annet, bør utgangspunktet være at man legger til grunn Arbeidsrettens tolkning av sammenlignbare tariffavtaler. Under enhver omstendighet må den relevante dommen analyseres for å avklare om den løser det spørsmålet man står overfor. De alminnelige rettskildemessige prinsippene om tolkning av dommer må anvendes ved tolkning av Arbeidsrettens dommer: Domsslutning må sammenholdes med rettens begrunnelse, det må ses hen til partenes anførsler, herunder eventuelle punkter hvor partene er enige¹¹⁸, og det saksforholdet retten bygger avgjørelsen på. I ARD-2013-116 var det blant annet spørsmål om det etter Hovedavtalen LO-NHO var et vilkår for å gjennomføre

¹¹⁴ AR-2017-4 avsnitt 54.

¹¹⁵ Jf. ARD-1986-98 og ARD-1991-9 om tilstanden hvor partene inntar ulike standpunkter i slutfasen av tarifforhandlinger uten at tariffavtalens ordlyd endres.

¹¹⁶ AR-2017-33 avsnitt 56.

¹¹⁷ AR-2017-33 avsnitt 64.

¹¹⁸ Sml ARD-1995-1 på s. 8.

sympatiaksjon at det var arbeidsstans i hovedkonflikten. Dersom dette var et vilkår, ville sympatiaksjon være utelukket til støtte for tariffkrav overfor virksomheter hvor man ikke hadde medlemmer. Arbeidsretten hadde i en dom fra 1995 om Hovedavtalen YS-NHO kommet til at sympatiaksjon tidligst kunne iverksettes fra det tidspunkt arbeidsstansen kunne begynne i hovedkonflikten. Dette tilsa at det var et vilkår for sympatiaksjon at det kunne inntre arbeidsstans i hovedkonflikten, og at denne tolkningen måtte legges til grunn for den likelydende bestemmelsen i Hovedavtalen LO-NHO. Arbeidsrettens flertall kom til at dommen ikke løste spørsmålet, og at historikken som lå til grunn for bestemmelsene i Hovedavtalen LO-NHO talte for at det ikke gjaldt et slikt vilkår:

«I Arbeidsrettens dom inntatt i ARD 1995 side 129 hadde Oljearbeidernes Fellessammenslutning (OFS) varslet betinget sympatistreik mot Scana Offshore Technology (Scana). Aksjonen var varslet som en støtte til et krav fra OFS om tariffavtale med bedriften. Det var ikke iverksatt eller varslet arbeidsnedleggelse i interessetvisten ved Scana. Hovedavtalen mellom NHO og OFS pkt. 4, sympatiaksjoner, første ledd er likelydende med gjeldende Hovedavtale LO-NHO § 3-6 første ledd. Retten uttalte på sidene 138 og 139 blant annet:

«Bestemmelsene i første ledd kan ikke anses å være til hinder for at en sympatiaksjon varsles før det er iverksatt arbeidskamp i hovedkonflikten. Men det følger etter rettens mening klart av bestemmelsene slik de er utformet, at en sympatiaksjon tidligst kan iverksettes samtidig med en iverksettelse av arbeidsstans i hovedkonflikten. Retten viser dessuten til at Arbeidsrettens dom i ARD 1976 127 kan sees som uttrykk for at dette også er den alminnelige tariffavtalemessige norm. Der bemerket Arbeidsretten avslutningsvis i premissene at «det er alminnelig anerkjent at selve iverksettelsen av en varslet faglig sympatistreik ikke skal finne sted før hovedkonflikten har utløst seg i åpen arbeidskamp».

Flertallet bemerker at saken knyttet seg til tidspunktet for iverksettelse av en betinget sympatiaksjon i Hovedavtalen mellom NHO og OFS. Arbeidsrettens dom inntatt i ARD 1976 side 127, som det er vist til avslutningsvis i 1995-dommen, gjaldt en tvist mellom Skibsfartens Arbeidsgiverforening, Norsk Arbeidsgiverforening og Redernes Arbeidsgiverforening på den ene siden og Norges Skipsførerforbund, Norsk Styrmandsforening og Det norske maskinistforbund på den andre. Hovedspørsmålet i saken var om - og i tilfelle på hvilke vilkår - arbeidstakerorganisasjonene hadde tariffrettslig adgang til gjennom kollektiv oppsigelse å varsle og iverksette sympatistreik. Det gjaldt ingen hovedavtale med regler om kollektive oppsigelser ved streik eller sympatistreik. Flertallet bemerker at saken knyttet seg til tidspunktet for iverksettelse av en betinget sympatiaksjon i Hovedavtalen mellom NHO og OFS. Arbeidsrettens dom inntatt i ARD 1976 side 127, som det er vist til avslutningsvis i 1995-dommen, gjaldt en tvist mellom Skibsfartens Arbeidsgiverforening, Norsk Arbeidsgiverforening og Redernes Arbeidsgiverforening på den ene siden og Norges Skipsførerforbund, Norsk Styrmandsforening og Det norske maskinistforbund på den andre. Hovedspørsmålet i saken var om - og i tilfelle på hvilke vilkår - arbeidstakerorganisasjonene hadde tariffrettslig adgang til gjennom kollektiv oppsigelse å varsle og iverksette sympatistreik. Det gjaldt ingen hovedavtale med regler om kollektive oppsigelser ved streik eller sympatistreik. Et spørsmål i saken var om sympatistreik først kunne varsles etter at arbeidskamp i hovedkonflikten var en kjensgjerning - slik at det som uttales særlig synes å knytte seg til tidspunktet for varsel og iverksettelse av sympatiaksjoner.

Flertallet har kommet til at Hovedavtalen LO-NHO § 3-6 må forstås slik at sympatistreik kan iverksettes til støtte for en boikottaksjon. ... Flertallet legger avgjørende vekt på bakgrunnen for bestemmelsen og tariffhistorien. Flertallet kan ikke se at bestemmelsen over tid har fått et annet og snevrere innhold enn det den hadde da Hovedavtalen ble inngått i 1935, og det som etter flertallets syn fremstår å ha vært partens forutsetning den

gang. Arbeidsrettens dom i ARD 1995 side 129 - og ARD 1976 side 127 som det også er vist til i 1995-dommen - kan på denne bakgrunn ikke lede til en annen forståelse av Hovedavtalen LO-NHO på dette punkt.»¹¹⁹

Det er bare Arbeidsretten som med bindende virkning kan avgjøre forståelsen av tariffavtalen for tariffpartene og medlemmene, og for andre organer som skal anvende tariffavtalen. Dette er en konsekvens av rettskraftregelen i arbeidstvistloven § 34 andre ledd. Et annet poeng er prejudikatsvirkningen av Arbeidsrettens avgjørelser om tariffavtaletolkning. Dette illustreres godt av HR-2019-1986-A. I Høyesteretts rettsanvendelse anvendes både avgjørelser om den hovedavtalen som gjaldt direkte for partene i saken (Hovedavtalen LO-NHO) og avgjørelser om en tilsvarende bestemmelse i en annen hovedavtale (Hovedavtalen Spekter-Norsk Journalistlag).

6.5.4 Voldgiftsavgjørelser

I tilfeller hvor tariffavtalen opprettes eller fornyes gjennom voldgiftsavgjørelse, må voldgiftsavgjørelsen tolkes med sikte på å finne bidrag til forståelsen av bestemmelsen. Dette kan være avgjørelser truffet av Rikslønnsnemnda, av Statens lønnsutvalg eller særskilte nemnder etter tjenestetvistloven eller voldgiftsavgjørelser avsagt med hjemmel i tariffavtaler.¹²⁰ Vurderingen av hva som kan utledes av kjennelsen, må ta utgangspunkt i slutningen i kjennelsen, supplert med nemndas merknader og partenes påstandsgrunnlag og påstander.¹²¹ I andre tilfeller kan det være at voldgiftsavgjørelsen ikke gir noe bidrag til tolkningen i tillegg til bestemmelsens ordlyd.¹²² Voldgiftsavgjørelser kan måtte avsies på kort tid, slik at rettens begrunnelser ikke alltid er like omfattende eller grundige som i rettstvister. Man er da henvist til å trekke slutninger fra partenes anførsler mv. for å avklare hva voldgiftsretten har bygget på ved fastsettelse av tariffavtale.¹²³ Det er som alminnelig regel ikke adgang til å belyse innholdet i slike avgjørelser ved å føre voldgiftsrettens medlemmer som vitner. I ARD-2011-15 la retten til grunn at det ikke var adgang til å føre leder av Rikslønnsnemnda som vitne dersom formålet med vitneførselen var å kaste lys over hvordan kjennelsen skulle forstås. Retten la avgjørende vekt på de hensyn som lå bak tvisteloven § 22-4 om forbud mot at dommere avga forklaringer om innholdet i den avgjørelse som er avsagt. Arbeidsretten uttalte:

«Arbeidsretten bemerker at det til nå ikke synes å ha vært et tungtveiende praktisk behov for forklaringer fra nemndas medlemmer om grunnlaget for avgjørelsen som et tillegg til de kilder til tolkningen som følger av selve kjennelsen og opplysninger om det som ble påberopt for nemnda mv., jf. blant annet ARD 1972 side 89 ..., og ARD 1981 side 381 og ARD 1984 side 37, og som kan begrunne et unntak fra det bevisforbud som er lovfestet i tvisteloven § 22-4.

...

Arbeidsretten vil imidlertid bemerke at det ikke er forbud mot å føre bevis om hvordan saken ble behandlet, hvilke bevis som ble fremlagt osv., jf. eksempelvis ARD 1981 side 381. Det er heller ikke noe til hinder for at

¹¹⁹ ARD-2013-116 avsnitt 116-118.

¹²⁰ ARD-1981-381, ARD-2010-137 og ARD-2011-36.

¹²¹ Se til dette ARD-2010-137 med gjennomgang både av historikk forut for Rikslønnsnemndas kjennelse og gjennomgang av selve kjennelsen. Se også ARD-2008-56.

¹²² ARD-2013-372.

¹²³ Jf. ARD-1993-84.

tariffpartene både forut for forhandlingene i nemnda og etter at forhandlingene er sluttført og kjennelsen foreligger, har en felles forståelse som kan få betydning for tolkningen.»¹²⁴

6.6 Praktisering av tariffavtalen

Tariffbestemmelser skal anvendes i praksis, enten det er regler om forholdet mellom tariffpartene eller det gjelder de lønns- og arbeidsvilkår som skal gjelde for medlemmene. Spørsmålet er hvilken betydning praktiseringen av tariffbestemmelsene kan ha som argument i tolkningen.¹²⁵ Et utgangspunkt her er at det bare er tariffpartene som råder over innholdet i tariffavtalen, og det tariffavtalen bestemmer kan ikke fravikes av de tariffbundne medlemmer. Dette hierarkiet gir en retningslinje om at det bare er praksis som kan knyttes til tariffpartene eller som tariffpartene har godkjent som kan ha betydning i tolkningsprosessen. Dette er likevel en forenkling av temaet. Det er flere momenter som kommer inn når man skal ta stilling til hvilken betydning tariffpraksis kan ha i tolkningsprosessen.

Hvilket gjennomslag praksis vil ha ved tolkningen, vil ofte bero på om de overordnede tariffparter var eller burde vært kjent med den. Dette må vurderes ut fra karakteren av praksis og tariffforholdet. Den grunnleggende dommen i ARD-1995-143 (Tunge) viser den konkrete vurderingen som må foretas. Etter Fellesoverenskomsten for byggfag skal hovedlønnssystemet være akkord. Bedriften Tunge AS hadde valgt å benytte et fastlønnssystem. Arbeidsgiversiden anførte at tariffavtalens regel om at lønnssystemet skulle være akkord var endret gjennom praksis i de tariffbundne bedriftene. Overenskomstens bestemmelser skulle med andre ord bare gjelde dersom det ikke var avtalt avvikende lokale ordninger. Dette førte ikke frem. Arbeidsretten la i vurderingen vekt på at overenskomstens bestemmelse var klar og at tariffpartene bevisst hadde videreført denne ordningen i tariffrevisjonene:

«Det er nok utvilsomt slik at fellesoverenskomstens akkordlønnregler ikke har vært etterlevet fullt ut av lokale parter i tariffbundne bedrifter. De forklaringer som er gitt under hovedforhandlingen, har også vist at de direkte tariffparter ikke alltid har opptrådt særlig aktivt overfor egne medlemmer når de er kommet under vær med overenskomststridige forhold. Det gjelder partene på begge sider, på landsforenings- og forbundsnivå. Retten finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette, eller på omfanget av avvikende praksis lokalt. Fellesoverenskomstens egne regler åpner ingen adgang til lokalt å avtale eller anvende andre arbeids- og lønnsformer uten organisasjonenes godkjennelse. Så langt det har betydning for saken her, har tariffpartene - både på under- og overordnet nivå - seg imellom konsekvent fastholdt dette. Det gjelder både ved spørsmål om revisjon av overenskomstens regler og i de sammenhenger der forståelsen og anvendelsen av reglene er tatt opp mellom dem, generelt eller i konkrete tvistesaker. Tariffpartenes praksis har for såvidt - slik NHO og BHLF for sin del også har medgitt - vært entydig og konsekvent. Seg imellom har tariffpartene ikke, hverken uttrykkelig eller stilltiende, akseptert at bestemmelsene i overenskomstens § 4 kan fravikes lokalt. Da kan avvikende praksis i tariffbundne bedrifter her heller ikke ha tariffrettslig gjennomslagskraft.»¹²⁶

At det først og fremst er tariffpartenes praksis som kan få betydning, illustreres av ARD-2012-196 hvor en arbeidstidsordning som hadde vært praktisert i om lag 20 år ble kjent tariffstridig og ugyldig fordi den stred mot overordnet tariffavtale; det var ikke bevist at denne

¹²⁴ ARD-2011-15 avsnitt 25 og 28.

¹²⁵ Se til det følgende den grundige analysen i Engan, Praksis.

¹²⁶ ARD-1995-143 på s. 162.

ordningen var kjent for de sentrale partene da tariffavtalen ble inngått eller at de senere burde ha kjent til denne.¹²⁷ Med andre ord: Hvorvidt underordnet organisasjonsledd kjente eller burde kjent til praksis blir da ikke avgjørende. Denne trinnhøydenormen gjelder klart for praksis som strider mot tariffavtalens ordlyd. Dokumentasjon for medlemmenes praktisering av avtalen kan imidlertid være et argument i tilfeller hvor ordlyden er tvetydig. Medlemmenes praksis blir da et argument for innrettelse etter ordlyden.¹²⁸

Tariffpartenes «godkjennelse» av medlemmenes praksis kan skje uttrykkelig eller gjennom passivitet.¹²⁹ Dersom den overordnede parten kjenner eller burde kjent til at medlemmene praktiserer avtalen i strid med tariffpartens oppfatning, vil unnlatsen av å gripe inn mot den avvikende praksis kunne få bindende virkning. ARD-2004-98 gjaldt spørsmål om et prosenttillegg for kvelds- og nattarbeid for arbeidstakere som arbeider i «ordinær tjeneste» mellom kl. 17.00 og kl. 06.00 også gjaldt for timelønnede arbeidstakere og ansatte i fast nattjeneste som arbeidet ekstra vakter i samme tidsrom. Tariffavtalens någjeldende ordlyd talte mot at ekstravakter var omfattet. I ordlyden som gjaldt fra 1978 til 1994 fremgikk det at ekstravakter var omfattet. I 1984 ble bestemmelsen om ekstravakter tatt ut, men praksis ble ikke endret: Kommunen som tariffpart fortsatte å betale tillegget for ekstravakter. Det ble ikke i noen tarifforhandlinger markert et brudd med tidligere regulering. Kommunen kunne da ikke legge om praksis etter 2000:

«Det fremgår av bevisførselen at selv om denne bestemmelsen ble tatt ut av overenskomsten i 1984, var det også i de neste 16 årene en fast og entydig praksis i Oslo kommune at denne typen vakter utløste krav på 40 % tillegg. Etter det Arbeidsretten forstår, var temaet aldri oppe under tarifforhandlinger, og kommunen tok ikke noe initiativ til å endre praksis før etter tarifforhandlingene i 2000. Arbeidsretten legger etter dette til grunn at tariffpartene har ansett regelen om 40 % tillegg som tariffestet også etter 1984. Retten bemerker i tilknytning til dette at Oslo kommune ikke kan høres med at den ikke kjente til praksis. Under enhver omstendighet burde kommunen som tariffpart ha vært kjent med den.»¹³⁰

En annen hovedgruppe er tilfeller hvor tariffavtalen selv åpner for at lokal praksis kan ha bindende virkning. Dersom det kan dokumenteres at tariffbestemmelsen er ment som uttrykk for en bestemt løsning som frem til da var fulgt i praksis, eller den har en bestemt faktisk bakgrunn, må dette tillegges vekt ved tolkningen.¹³¹ Dersom en ordlyd videreføres uendret, og det til bestemmelsen er klar praksis, blir spørsmålet om det kan legges til grunn at forbindelseslinjen mellom tariffbestemmelsen og praksis er brutt.¹³² AR-2016-29 gjaldt spørsmålet om innslagspunktet for rett til overtidsbetaling for lærere i full stilling som har redusert undervisningstid og som blir pålagt ekstra undervisning innenfor arbeidsplanfestet tid. Det springende punktet var forståelsen av uttrykket «årsramme». Et særtrekk ved saken var at denne bestemmelsen var fremforhandlet i den tiden staten hadde forhandlingsansvaret for lærerne. Dette forhandlingsansvaret ble senere overført til KS. Partene var enige om at

¹²⁷ Om spørsmålet om tariffpartens kjennskap til avvikende praksis innenfor arbeidstidsbilaget, se ARD-2014-410 og ARD-2015-40. Se også ARD-1954-124.

¹²⁸ Sml Engan, Praksis s. 135-136 og særlig ARD-2003-240.

¹²⁹ Jf. Engan, Praksis s. 138 flg.

¹³⁰ ARD-2004-98 s. 103-104.

¹³¹ ARD-2000-114 og ARD-2005-382.

¹³² ARD-2004-98.

praksis i den tiden staten hadde forhandlingsansvaret, var i samsvar med saksøkers syn, det vil si rett til overtidsbetaling dersom en lærer i full stilling, men som hadde redusert undervisningsplikt, ble pålagt vikartimer eller inngikk avtale om ekstra undervisning.¹³³ Det var ingenting i forhandlingsforløpet eller praktiseringen av bestemmelsen som kunne begrunne en annen tolkning:

«Innføringen av skoletid og økt tilstedeværelsesplikt ble ikke kompensert økonomisk, og årstimetallet var uendret. Dersom KS hadde ment at innføringen av skoletid/fellestid skulle medføre negative endringer i overtidsgodtgjørelsen, til tross for at partene var enige om at det skulle kompenseres som tidligere, måtte dette vært klargjort overfor Utdanningsforbundet. Arbeidsretten viser også til vitneforklaringene fra blant annet Ole Petter Blindheim, tidligere forhandlingssjef i Utdanningsforbundet, og Rasmus Gjestland fra Utdanningsforbundet. Begge ga uttrykk for at det var særlig viktig for organisasjonen å sikre at overtidsbestemmelsen de hadde hatt i staten, ble videreført, noe bevisførselen i saken viste at KS må ha vært kjent med. I en slik situasjon hadde derfor KS en særlig oppfordring til å klargjøre sitt standpunkt dersom de mente at innslagspunktet for overtid var endret. Uklarhet i bestemmelsen må derfor tolkes i disfavør av den som burde - og hadde oppfordring til å - uttrykke seg klarere. Det vises i den forbindelse også til Arbeidsrettens dom i ARD-2005-382.

Praksis synes også å støtte Utdanningsforbundets syn. Vitnene som forklarte seg om praksis, ga uttrykk for at denne har vært uendret siden forhandlingsansvaret ble overført fra staten til KS, selv om tidligere spesialrådgiver i KS, Per Remme, ga uttrykk for at han var sterkt tvilende til at ingen kommuner/fylkeskommuner hadde endret praksis etter 2004. Med unntak for Østfold fylkeskommune, som tvisten er knyttet til, har KS ikke fremlagt bevis for at praksis har vært en annen og i tråd med deres syn. I Østfold fylkeskommune ble praksis gradvis endret fra 2011. Etter rettens syn er heller ikke de uttalelser om forståelsen av bestemmelsen som er inntatt i KS' personalhåndbøker og rundskriv, så klare at det ikke åpner for den forståelse som saksøker har gjort gjeldende, og som var en videreføring av det som gjaldt tidligere. I e-post fra Kjersti S. Myklebust 9. januar 2014, jf. avsnitt 38, uttales at lærere med redusert undervisning, for eksempel på grunn av funksjoner e.l., skal likestilles med lærere i deltidsstilling. Dette var etter at tvisten hadde oppstått. Retten kan ikke se at dette synet har blitt presentert på en slik klar og entydig måte tidligere.»¹³⁴

6.6 Tolkningsregler og tolkningsformodninger

Arbeidsretten drøfter ofte om en bestemt forståelse av tariffavtalen har kommet klart til uttrykk i ordlyden eller under forhandlingene, eller om en bestemt forståelse eller forutsetning er tilkjennegitt overfor motparten.¹³⁵ Denne tolkningsregelen omtales oftest som klarhetskravet.¹³⁶ Denne tolkningsregelen anvendes i tilfeller hvor avtalens ordlyd ikke er dekkende for den tolkning parten hevder, enten fordi ordlyden taler mot forståelsen eller fordi ordlyden er tvetydig. Avtalen tolkes mot den part som kunne eller burde ha uttrykt seg klarere da avtaleteksten ble utformet, eller burde ha tatt opp og avklart et spørsmål under forhandlingene. Den dekker til dels tilfeller hvor en part hadde en særlig forståelse av avtalen som motparten måtte kjenne til uten å ta til motmæle, og til tilfeller hvor de øvrige tolkningsdataene taler for en bestemt tolkning. Det er dels en vurdering av hvem som er

¹³³ AR-2016-29 avsnitt 91.

¹³⁴ AR-2016-29 avsnitt 101-102.

¹³⁵ ARD-2008-225

¹³⁶ Se den utførlige analysen av klarhetskravet i Sandnes, Ordlydens betydning s. 92 flg. med henvisninger til rettspraksis og teori. Den tariffrettslige tolkningsregelen dekker noe annet og mer enn den avtalerettslige uklarhetsregelen, sml. Giertsen, Avtaler s. 131 flg.

årsaken til at uklarheten har oppstått, og dels hvem som ut fra omstendighetene var nærmest til å presisere – klargjøre – den forståelse som nå hevdes, dersom bestemmelsen er uklar eller tvetydig, eller hevder en tolkning som gir et ekstraordinært resultat. Regelen gir veiledning for valget når ordlyden er tvetydig, men brudd på avklaringsplikten åpner i prinsippet også for en tolkning som strider mot det som kan utledes av ordlyden.¹³⁷

Spørsmålet i ARD-2007-26 var om det var et vilkår for rett til etterlønn ved tap av helsesertifikat at flygeren ikke hadde rett til uførepensjon. Tariffavtalen for Helikopter Service ga flygere som hadde fylt 50 år og mottok erstatning fra Loss of licence-forsikringen krav på etterlønn. Ordlyden sa ingenting om at etterlønn var utelukket for dem som mottok uførepensjon. I tariffavtale som gjaldt for flyselskapet Braathens stod det at retten til etterlønn ikke gjaldt for flygere som ble uføre. Arbeidsrettens flertall kom til at bestemmelsen ikke kunne tolkes slik at etterlønn var forbeholdt flygere som ikke fikk uførepensjon. I vurderingen ble det lagt vekt på at begge parter var kjent med Braathens-avtalen, men at de ikke ønsket å kopiere den. Det at begge parter var kjent med den, var likevel et moment som tilsa at arbeidsgiversiden burde ha klargjort at flygere som mottok uførepensjon ikke hadde rett til etterlønn:

«Braathens-avtalen har ... begrenset betydning som bevis i saken, men retten legger likevel en viss vekt på at partene i Braathens fant det nødvendig å ta inn i avtalen en bestemmelse om at ordningen ikke skulle gjelde for dem som kvalifiserer for uførepensjon. Dette var altså ikke så selvsagt at man lot det være usagt. På denne bakgrunn kan saksøker etter rettens mening ikke høres med at det i HS var en selvfølge at de uføretrygdene ikke skulle omfattes av bestemmelsen. Tvert imot burde arbeidsgiversiden, som visste at motparten hadde satt seg inn i Braathens-avtalen, forstå at når NF og HSF ikke inntok noen reservasjon om at de som kvalifiserte for uførepensjon ikke skulle omfattes, var det nettopp fordi man ikke ønsket noen slik begrensning. Når NHO og HS var av en annen oppfatning, burde de allerede på dette punkt i forhandlingene ha gitt uttrykk for det.»¹³⁸

Arbeidsretten gikk deretter inn på hva partene diskuterte under forhandlingene. Det var fremlagt interne notater som arbeidsgiver- og arbeidstakersiden hadde utarbeidet under forhandlingene. Disse viste at arbeidsgiversiden la til grunn at ordningen bare skulle gjelde for flygere som ikke fikk uførepensjon, men dette ble ikke uttrykkelig tilkjennegitt overfor motparten. En blott og bar henvisning til at 0,7 flygere i gjennomsnitt ville omfattes av ordningen var ikke noe som burde gitt fagforeningen grunnlag for å utlede hvilken forståelse arbeidsgiver bygget på:

«Ut fra [arbeidsgiverrepresentantens] interne notat av 5. juli 1994 er det klart at arbeidsgiversiden ønsket at etterlønnordningen bare skulle gjelde for dem som ikke ble uføre. Dette notatet ble imidlertid ikke formidlet til forhandlingsmotparten. Forklaringene viser at arbeidsgiversidens syn på dette heller ikke ble formidlet på annen måte. [Helikopter Service] formidlet riktignok tallet 0,7 som et antatt gjennomsnittstall for hvor mange tilfeller som årlig ville falle inn under ordningen. Etter det retten kan se, ga imidlertid ikke dette tallet HSF [flygerforeningen] foranledning til å trekke noen slutninger om hva den annen part mente om omfanget av etterlønnordningen.

¹³⁷ Jf. kritiske merknader i Sandnes, Ordlydens betydning s. 92-93.

¹³⁸ ARD-2007-26 avsnitt 46-47.

Retten viser også til [fagforeningens] notater fra forhandlingene i begynnelsen av juli 1994, hvor partenes syn på etterlønsordningen fremstår som identiske, og hvor det ikke er noe som tyder på at spørsmålet om hvem som skulle omfattes av ordningen, ble diskutert. På dette tidspunkt i forhandlingene må arbeidstakersiden ha hatt all grunn til å gå ut fra at det var enighet om en etterlønsordning i overensstemmelse med deres syn. Denne oppfatningen må ha blitt bekreftet av HS' tilbud av 9. juli 1994, hvor det heller ikke er noe i ordlyden som tyder på at arbeidsgiversiden reservert seg mot å la de uførepensjonerte omfattes av ordningen. Etter at dette tilbudet var fremsatt, skjedde det etter hva retten kan se ikke noe av betydning i forbindelse med den omtvistede bestemmelsen, som ble vedtatt med en ordlyd svært lik tilbudet av 9. juli.»¹³⁹

Situasjonen var kort sagt at «arbeidsgiversiden ikke klargjorde sine forutsetninger godt nok», mens arbeidstakersiden ikke hadde noen foranledning til å gjøre mer for å klargjøre sine forutsetninger.¹⁴⁰ Arbeidsrettens mindretall mente at det var selvsagt at ordningen med etterlønn var rettet mot flygere som ikke hadde krav på uførepensjon, og at ordningen uten et slikt vilkår ville gi en overkompensasjon til flygere som både mottok uførepensjon og etterlønn. Et slikt resultat måtte ligge utenfor det partene hadde sett for seg ved utarbeidelse av ordningen.

Dette klargjøringskravet er praktisk ved tolkningen av kopibestemmelser eller referansebestemmelser; dersom bestemmelser som er hentet fra andre tariffområder eller fra lovverket skal ha et annet innhold enn det som følger av de eksterne bestemmelsene, må dette presiseres særskilt. Det kan for øvrig også oppstå tvil om hvilken part som burde ha sørget for klargjøring av spørsmålet eller som kan sies å ha klargjort sine forutsetninger.¹⁴¹ Kan det for eksempel oppstilles en formodning om at tariffavtalen ved tvil skal tolkes til gunst for arbeidstakersiden? Noen generell formodning kan nok ikke oppstilles, men hvis reguleringen gjelder tilfeller hvor verne- og beskyttelseshensyn gjør seg gjeldende, må utgangspunktet være at bestemmelsen tolkes til fordel for arbeidstakerparten.

Som nevnt i kapittel... foran, er det ikke alltid tariffavtalen gir svar på hva som skal gjelde. Grensen mellom hva som kan utledes av tariffavtalen gjennom utfylling og hva partene må finne løsningen på, er ikke klar. AR-2016-14 gjaldt beregning av bonus etter avtale om bonusordning for lokal tannhelsetjeneste. Spørsmålet var om resepsjonister skulle få beregnet bonus på samme måte som tannhelsesekretærer. Avtalen var taus om beregning av bonus for resepsjonister, slik at den måtte utfylles. Flertallet fant holdepunkter i praksis for at beregningen av bonus for resepsjonister måtte bygge på et snitt av bonusen for tannhelsesekretærer, og at det i det konkrete tilfellet måtte ses hen til at bonusen for tannhelsesekretærer ved den konkrete klinikken var høyere enn ved andre klinikker.¹⁴² Mindretallet mente prinsipielt at det ikke var tilstrekkelige holdepunkter for å utfylle bestemmelsen om beregning av bonus, og subsidiært at utfylling måtte skje ved sammenligning av bonusutbetalinger for resepsjonister.¹⁴³

¹³⁹ ARD-2007-26 avsnitt 45.

¹⁴⁰ ARD-2007-26 avsnitt 48.

¹⁴¹ ARD-2000-285, ARD-2004-106 og ARD-2004-118.

¹⁴² AR-2016-14 avsnitt 72-73.

¹⁴³ AR-2016-14 avsnitt 79.

En annen alminnelig utfyllingsregel er utviklet i tilknytning til fredsplikts rekkevidde. Fredsplikten gjelder ikke bare de uttrykkelige bestemmelser i tariffavtalen, men også alt det som indirekte reguleres av tariffavtalen. Tariffavtalen må tolkes slik at den kan oppstille fredsplikt også om forhold som ikke uttrykkelig er omtalt i tariffavtalens tekst – avtalen «forutsettes å ta sikte på å tilveiebringe en ordening i sin helhet av de arbeidsforhold, som tariffoverenskomsten omhandler». ¹⁴⁴ Det kreves særlige holdepunkter for å fravike dette utgangspunktet om fredsplikts rekkevidde. Et krav som forgjeves ble fremmet under tarifforhandlingene, er dermed undergitt fredsplikt – tariffavtalen er til hinder for at det varsles arbeidskamp hvis kravet fremmes på nytt i tariffperioden. Det er med andre ord de reguleringer som kunne vært fremmet for det tariffregulerte arbeid som anses indirekte regulert av tariffavtalen. ¹⁴⁵ Dersom et forhold ligger klart utenfor det partene kan sies å ha regulert, vil det være et tariffomt rom, hvor tariffavtalen verken direkte eller indirekte regulerer spørsmålet. ¹⁴⁶

Arbeidsretten vil i avveiningen i tvilstilfeller også se hen til reelle hensyn og anvende tolkningsformodninger, det vil si retningslinjer for valg av tolkningsalternativ.

Argumenter basert på reelle hensyn kan variere Arbeidsretten har i tolkningssaker for det første vist til behovet for klare regler. ¹⁴⁷, jf. ARD-2012-22. Dette hensynet kan trekkes inn i avveiningen mellom ulike tolkningsalternativer, og tale for å velge det alternativ som er enkelt å praktisere og ikke åpner for skjønn. Av større betydning er argumenter basert på de hensyn og formål som ligger bak en bestemmelse. ¹⁴⁸ Arbeidsretten vil på den annen side ikke foreta en friere vurdering av hva som er et hensiktsmessig eller rimelig tolkningsresultat, for eksempel om en bestemt tolkning av en bestemmelse vil gi arbeidstakerne for høy lønn. ¹⁴⁹ Spørsmål om en tolkning fører til 'overkompensasjon' kan i særlige tilfeller tale for en bestemt tolkning. Dette kan være aktuelt dersom tolkningen fører til en forskyvning av kompensasjonen mellom ulike ansattegrupper. ¹⁵⁰ Dersom et tolkningsalternativ vil føre til at en bestemmelse blir overflødig eller mister praktisk betydning, vil det tale mot at tariffavtalen skal forstås på denne måten. ¹⁵¹

Dersom slutningen fra ordlyden gir anvisning på flere tolkningsalternativer eller ordlyden er taus, kan reelle hensyn trekkes inn i vurderingen av hvilket alternativ som skal legges til grunn. Dersom det i tillegg ikke er andre kilder til tolkningen, kan slike hensyn få avgjørende betydning. I ARD-2015-54 var det spørsmål om overenskomstens regler om tillitsvalgtes innsynsrett i bedriftens innleieavtaler, entrepriseavtaler mv. måtte forstås slik at den

¹⁴⁴ ARD-1921-160. Jf. også Henriksen, Tariffavtale og fredsplikt s. 96 flg.

¹⁴⁵ ARD-2014-25.

¹⁴⁶ ARD-2001-382 og ARD-2001-406.

¹⁴⁷ ARD-2013-327.

¹⁴⁸ ARD-2006-437.

¹⁴⁹ ARD-1978-26 og ARD-2014-423

¹⁵⁰ ARD-1998-26.

¹⁵¹ ARD-1996-143.

tillitsvalgte kunne kreve å få kopi av avtalene. Avtalens ordlyd ga ikke svar på spørsmålet. Arbeidsretten la i vurderingen vekt på formålsbetraktninger:

«Formålet med bestemmelsene tilsier imidlertid at tillitsvalgte må ha tilgang til kopi av avtalene. Dette gjelder ikke minst dersom de tillitsvalgte har behov for å gjennomgå avtaleteksten i samråd med rådgiver. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av overenskomsten at kopi kan kreves, må «nødvendig informasjon» i overenskomsten §§ 16 og 17 forstås slik at informasjonen må formidles på en slik måte, og i et slikt format, at de tillitsvalgte i praksis kan utføre de oppgaver de har etter overenskomsten. Det fremstår ikke som hensiktsmessig at de tillitsvalgte skal bli henvist til å skrive av relevante deler av teksten i avtalene, eller at rådgivere skal måtte reise til bedriften for å gjennomgå avtalen. Den rett til kontroll og reelle drøftelser som følger av overenskomsten, vil derfor vanskelig kunne oppfylles dersom arbeidsgiver etter eget skjønn kan begrense de tillitsvalgtes tilgang til relevant informasjon og mulighet til å foreta hensiktsmessige og nødvendige forberedelser.»¹⁵²

I AR-2016-29 om innslagspunktet for rett til overtidsbetaling for lærere i full stilling som har redusert undervisningstid og som blir pålagt ekstra undervisning innenfor arbeidsplanfestet tid, bemerket Arbeidsretten at formålet med bestemmelsen bekreftet slutningen som kunne utledes av ordlyd, historikk mv. Arbeidsretten bemerket:

«Retten legger til grunn at bakgrunnen for og formålet med bestemmelsene har vært å kompensere for arbeid ut over full tid. Timer som inngår i den arbeidsplanfestede tiden, men som ikke er undervisningstid, er arbeidstid som er satt av til oppgaver som nevnt i avtalens punkt 2, slik som arbeid med elever, kollegialt samarbeid, for- og etterarbeid mv., jf. avsnitt 7. Partene er enige om at lærere i full stilling, som ikke har redusert sin undervisningstid, har rett til overtidskompensasjon. Når «årsrammen» er redusert på grunn av andre oppgaver, må det være ut fra en arbeidsbyrdevurdering, noe bevisførselen også viste. Arbeidsbyrden fremstår derfor som lik for lærere i full stilling som har « redusert årsramme», og for de som ikke har det.»¹⁵³

Det forekommer at Arbeidsretten trekker veksler på alminnelige regler i avveiningen, for eksempel hva som er en vanlig regulering av et spørsmål eller at hensynet til organisasjonsfrihet. Dersom den tolkning som gjøres gjeldende ut fra en sammenligning med slike alminnelige reguleringer fremstår som ekstraordinær, vil det tale mot en slik tolkning. Dette blir en variant av klarhetsregelen.¹⁵⁴

¹⁵² ARD-2015-154 avsnitt 50.

¹⁵³ AR-2016-29 avsnitt 111.

¹⁵⁴ Jf. Sandnes, Ordlydens betydning s. 95-99