



DOMSTOLENS DOM

16. desember 2015*

(Direktiv 2003/88/EF – Arbeidstid – Beskyttelse av arbeidstakernes helse og sikkerhet – Organisering av arbeidstiden – Hviletid – Øvre grense for arbeidstid per uke – Unntak fra korteste hviletid – Arbeidstakers samtykke – Skade)

i sak E-5/15

ANMODNING til EFTA-domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Eidsivating lagmannsrett i en sak mellom

Matja Kumba T. M’bye m.fl.

og

Stiftelsen Fossumkollektivet

om tolkningen av artikkel 6 og artikkel 22 nr. 1 bokstav a) og b) i europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekt ved organisering av arbeidstida (EUT 2003 L 299 s. 9), avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president, Per Christiansen og Páll Hreinsson (saksforberedende dommer), dommere,

justissekretær: Gunnar Selvik,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Matja Kumba T. M’bye m.fl. (“de ankende parter”), representert ved advokat Lornts N. Nagelhus,
- Stiftelsen Fossumkollektivet (“ankemotparten”), representert ved advokat Vegard Lien og advokat Helene Wegner,

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk.

- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Michel van Beek, medlem av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentant,

med henvisning til rettsmøterapporten,

etter å ha hørt muntlige innlegg fra de ankende parter, representert ved Lornis N. Nagelhus; ankemotparten, representert ved advokat Vegard Lien og advokat Merete Furesund; EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Maria Moustakali, Senior Officer, og Øyvind Bø, Officer, som partsrepresentanter; Kommisjonen, representert ved Manuel Kellerbauer, som partsrepresentant; Norges regjering, representert ved advokat Ida Thue, som partsrepresentant, i rettsmøte 29. september 2015,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

- 1 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekt ved organisering av arbeidstida (“direktivet”) er innarbeidet i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen” eller “EØS”) vedlegg XVIII, punkt 32h ved EØS-komiteens beslutning nr. 45/2004 av 23. april 2004 (EUT 2004 L 277, s. 12, og EØS-tillegg 2004 nr. 43, s. 11).
- 2 Fortalen til direktivet inneholder blant annet følgende betraktninger:

1) Rådsdirektiv 93/104/EF av 23. november 1993 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden, der det er fastsett minstekrav til tryggleik og helse i samband med organisering av arbeidstida med omsyn til periodar for døgnkvil, pausar, vekekvil, øvre grense for arbeidstid per veke, årleg ferie og aspekt ved nattarbeid, skiftarbeid og arbeidsrytme, er vorte endra monaleg. Av omsyn til klarleiken bør dei aktuelle føresegnene konsoliderast.

2) I artikkel 137 i traktaten er det fastsett at Fellesskapet skal støtte og utfylle verksemda til medlemsstatane med sikte på å betre arbeidsmiljøet for å verne helsa og tryggleiken til arbeidstakarane. Det bør unngåast at direktiv som vert vedtekne på grunnlag av denne artikkelen, pålegg administrative, økonomiske og rettslege byrder som er av ein slik art at dei motverkar skipinga og utviklinga av små og mellomstore føretak.

3) Føresegnene i rådsdirektiv 89/391/EØF av 12. juni 1989 om iverksetting av tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på

arbeidsplassen skal framleis nyttast fullt ut på dei områda som er omfatta av dette direktivet, utan at det rører ved strengare og/eller meir spesifikke føresegner i dette direktivet.

4) Betra tryggleik, hygiene og helse for arbeidstakarane på arbeidsplassen er eit mål som ikkje bør vere underordna reint økonomiske vurderingar.

5) Alle arbeidstakarar bør ha tilstrekkelege kvileperiodar. Omgrepet «kvile» må uttrykkjast i tidseiningar, dvs. dagar, timar og/eller delar av desse. Arbeidstakarar i Fellesskapet må ha rett til minsteperiodar for døgnkvil, vekekvil og årleg ferie, og til høvelege pausar. I denne samanhengen er det òg naudsynt å setje ei øvre grense for talet på arbeidstimar per veke.

[...]

11) Visse arbeidsvilkår kan ha skadeleg innverknad på tryggleiken og helsa til arbeidstakarane. Organiseringa av arbeidet i samsvar med ein viss rytme bør ta omsyn til det allmenne prinsippet om at arbeidet skal tilpassast mennesket.

[...]

15) Av omsyn til dei spørsmåla som kan melde seg i samband med organisering av arbeidstida i eit føretak, bør det opnast for ein viss fleksibilitet i bruken av visse føresegner i dette direktivet, samstundes som det vert sikra at prinsippa om vern av tryggleiken og helsa til arbeidstakarane vert etterlevde.

3 De relevante definisjoner er fastsatt i direktivet artikkel 2, herunder blant annet:

1. “arbeidstid” [tyder] alle periodar då arbeidstakaren er i arbeid og står til rådvelde for arbeidsgjevaren, og utfører verksemda si eller pliktene sine i samsvar med nasjonal lovgjeving og/eller praksis,

2. “kviletid” [tyder] alle periodar som ikkje er arbeidstid,

4 Direktivet artikkel 3 lyder:

Medlemsstatane skal gjere dei tiltaka som er naudsynte for å sikre at alle arbeidstakarar får ein minsteperioda for døgnkvil på minst elleve samanhengande timar for kvar periode på 24 timar.

5 Direktivet artikkel 5 lyder:

Medlemsstatane skal gjere dei tiltaka som er naudsynte for å sikre at alle arbeidstakarar for kvar sjudagarsperiode får ein minsteperiode for kvile på minst tjuefire samanhengande timar, i tillegg til dei elleve timane for døgnkvil som er nemnde i artikkel 3.

Dersom objektive eller tekniske grunnar eller omstende som har med organiseringa av arbeidet gjer det rettkome, kan det fastsetjast ein minsteperiode på 24 timars kvile.

6 Direktivet artikkel 6 lyder:

Medlemsstatane skal, i medhald av krava om vern av tryggleiken og helsa til arbeidstakarane, gjere dei tiltaka som er naudsynte for å

a) avgrense arbeidstida per veke ved hjelp av lover eller forskrifter, eller ved hjelp av tariffavtaler eller avtaler som er gjorde mellom partane i arbeidslivet,

b) at den gjennomsnittlege arbeidstida for kvar sjudagarsperiode ikkje overstig 48 timar, medrekna overtid.

7 Direktivet artikkel 17 lyder:

[...]

2. Unntak som er fastsette i nr. 3, 4 og 5, kan gjerast ved lover og forskrifter eller ved tariffavtaler eller avtaler mellom partane i arbeidslivet, på det vilkåret at dei arbeidstakarane som det gjeld, får tildelt tilsvarende kompensierende kvileperiodar, eller at det i særlege tilfelle der det ikkje er mogleg å tildele slike kompensierende kvileperiodar av objektive grunnar, vert sytt for at dei arbeidstakarane som det gjeld, får høveleg vern.

3. I samsvar med nr. 2 i denne artikkelen kan det gjerast unntak frå artikkel 3, 4, 5, 8 og 16

[...]

b) for vakt- og overvåkingsverksemd som krev permanent nærvær for å verne eigedom og personar, særleg når det dreier seg om vakter, portnarar eller vaktelskap,

c) for verksemd som gjer det naudsynt å sikre vedvarande tenester eller produksjon, særleg når det dreier seg om

i) tenester knytte til mottak, behandling og/eller pleie ved sjukehus eller liknande institusjonar, medrekna verksemd som vert utøvd av lækjarar under utdanning, døgninstitusjonar og fengsel,

[...]

8 Direktivet artikkel 22 lyder:

1. Ein medlemsstat skal ha høve til å la vere å nytte artikkel 6 dersom dei allmenne prinsippa om vern av tryggleiken og helsa til arbeidstakarane vert stetta, og dersom han gjer dei tiltaka som er naudsynte for å sikre at

a) ingen arbeidsgjevar krev at ein arbeidstakar arbeider meir enn 48 timar i ein sjudagarsperiode, rekna ut som eit gjennomsnitt for den referanseperioden som er nemnd i artikkel 16 bokstav b), med mindre arbeidsgjevaren har gjeve samtykke til å utføre eit slikt arbeid,

b) ingen arbeidstakar lir skade av at han eller ho ikkje er villig til å gje samtykke til å utføre eit slikt arbeid,

[...]

3. Dersom medlemsstatane nyttar seg av dei høva som er fastsette i denne artikkelen, skal dei straks melde frå til Kommisjonen om dette.

Nasjonal rett

9 Direktivet er innarbeidet i norsk rett ved lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (“loven”).

10 I kapittel 10 om arbeidstid fastsetter § 10-4 at hovedregelen er at den alminnelige arbeidstid ikke må overstige ni timer i løpet av 24 timer og 40 timer i løpet av syv dager. De påfølgende ledd i § 10-4, så vel som § 10-5, fastsetter forskjellige unntak fra denne regel, men ingen av unntakene tillater en daglig arbeidstid som overskrider 13 timer eller en ukentlig arbeidstid som overskrider 48 timer. Videre fastsetter § 10-8 første og annet ledd at arbeidstakeren har rett på sammenhengende arbeidsfrie perioder på 11 timer per dag og 35 timer per uke. Paragraf 10-12 åttende ledd fastsetter at dersom arbeidet er av så særegen art at det vanskelig lar seg tilpasse bestemmelsene i kapitlet, kan det gis særlige regler. På bakgrunn av denne bestemmelse har Arbeids- og sosialdepartementet vedtatt midlertidig forskrift av 24. juni 2005 nr. 686 om arbeidstid i institusjoner som har medleverordninger (“medleverforskriften”). Loven § 15-7 fastsetter at arbeidstakere ikke kan sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Ved tvist om et arbeidsforhold lovlig er brakt til opphør, fastsetter § 15-11 at arbeidstakeren har rett til å fortsette i stillingen inntil tvisten er løst.

11 Medleverforskriften § 2 lyder slik:

1) Den samlede ukentlige arbeidstiden må ikke overstige 48 timer i løpet av en periode på 7 dager. Grensen på 48 timer kan gjennomsnittsberegnes over en periode på 6 uker.

2) Den enkelte arbeidstaker kan gi sitt skriftlige samtykke til en samlet ukentlig arbeidstid utover 48 timer, likevel ikke mer enn 60 timer i uken. Den avtalte ukentlige arbeidstiden kan gjennomsnittsberegnes over en periode på 6 uker. Arbeidstakere som har sin bolig på eller i tilknytning til institusjonen, kan gi sitt skriftlige samtykke til å være tilgjengelig utover 60 timer i uken.

3) Arbeidstaker som ikke har sin bolig på eller i tilknytning til institusjonen, kan trekke tilbake tidligere gitt samtykke til en arbeidstid utover 48 timer. Arbeidsgiver plikter da, innen en periode på 3 måneder, å tilby arbeidstaker en annen arbeidstidsordning innenfor rammene i første ledd.

[...]

- 12 Medleverforskriften § 3 fastsetter at arbeidstakere skal ha minst to sammenhengende hvileperioder i løpet av en periode på 24 timer. I denne periode skal arbeidstakeren være fritatt fra arbeid, bortsett fra tilfeldige eller kortvarige avbrytelser. Hvileperiodene skal være på henholdsvis to og åtte timer, og den lengste skal plasseres mellom kl. 22.00 og kl. 08.00. Arbeidstakerne skal gis mulighet for tilsvarende kompenserende hvile der det har vært vesentlige forstyrrelser i hvileperioden. Er nattehvilen blitt vesentlig forstyrret, skal det i tillegg til kompenserende hvile sørges for at arbeidstakeren den påfølgende natt kan sove uforstyrret.

II Faktum og saksgang

- 13 Ankemotparten, Stiftelsen Fossumkollektivet, ble opprettet i 1983. Stiftelsen tilbyr behandling for unge mennesker med rusproblemer. Ankemotparten er organisert som en ideell stiftelse. Ankemotparten har 60 behandlingsplasser, fordelt på seks avdelinger, og arbeidet bygger på kollektivtanken. Dette innebærer at behandlerne lever sammen med pasientene (medleverforhold).
- 14 Ankemotpartens avdeling Solvold, som er den avdeling saken for den nasjonale domstol gjelder, er et behandlingstilbud for jenter med rusproblemer kombinert med ulike former for psykiske lidelser. De ansatte ved avdelingen er ansvarlige for medisindeling til pasientene og for planlegging og organisering av store deler av behandlingen og aktivitetene som tilbys. Arbeidsdagen starter kl. 07.00, og det skal være ro etter kl. 23.00. I tillegg til perioden mellom kl. 23.00 og kl. 07.00 skal de ansatte ha to timer fri hver dag. Ettersom flere av pasientene har psykiske lidelser, sover de ansatte i leiligheter på stedet og er tilgjengelige om natten ved behov. De ansatte har dessuten krav på tre måneders lønnet permisjon hvert tredje år.

- 15 Behandlingen pasientene ved avdeling Solvold får, skiller seg fra behandlingstilbudet ved de fleste av de andre avdelinger ettersom pasientene har kombinerte lidelser. Den eneste andre avdeling som har samme behandlingstilbud, er en avdeling for gutter i samme aldersgruppe.
- 16 De ansatte ved avdeling Solvold har for tiden en arbeidstidsordning som består av tre døgn arbeid etterfulgt av syv døgn fri, og deretter fire døgn arbeid etterfulgt av syv døgn fri (såkalt “3-7-4-7-turnus”), som innebærer at de ansatte i gjennomsnitt arbeider 56 timer i uken.
- 17 På grunn av økonomisk underskudd ved avdeling Solvold i 2009, 2011 og 2012 foreslo ankemotparten i 2012 en endring i arbeidstidsordningen til en såkalt “7-7-turnus” bestående av syv døgn arbeid etterfulgt av syv døgn fri. Ifølge ankemotparten ville denne endring gjøre det mulig å redusere kostnadene vesentlig. Antallet ansatte endres fra ni ansatte fordelt på tre arbeidslag til seks ansatte fordelt på to arbeidslag. Som del av de nye vilkår ble de ansatte tilbudt en økning i årslønnen på 50 000 kroner, og dessuten tre måneders lønnet permisjon hvert tredje år (som ville tre i kraft etter to år for avdeling Solvold).
- 18 I tillegg til økningen i årslønn og de tre måneder med lønnet permisjon hvert tredje år, ville Fossumkollektivet også måtte investere i boliger med stue, kjøkken, soverom og bad for hver ansatt. Bolig i eller i tilknytning til institusjonen er et krav som følger av medleverforskriften § 2.
- 19 De ankende parter aksepterte ikke endret arbeidstid. Ankemotparten ga dem derfor varsel om oppsigelse, kombinert med et tilbud om ny stilling på andre vilkår (“endringsoppsigelse”). Før varselet om endringsoppsigelse ble gitt, ble det gjennomført drøftelsesmøte mellom ankemotpartens ledelse, verneombudet og plasstillitsvalgte ved Solvold. De berørte ansatte ble informert om endringen i fellesmøte og i individuelle samtaler. De ansatte fortsetter å arbeide i “3-7-4-7-turnus” og på gjeldende vilkår i påvente av at tvisten vedrørende lovligheten av varselet blir avgjort.
- 20 Ved stevning av 6. juni 2013 anla de ankende parter søksmål mot ankemotparten for å få kjent endringsoppsigelsene ugyldige. Ved Hedmarken tingretts dom av 7. januar 2014 ble ankemotparten frifunnet. Saken ble anket til Eidsivating lagmannsrett, som besluttet å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om tolkningen av direktivet artikkel 6 og artikkel 22 nr. 1 bokstav a) og b).

21 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

1. *Innebærer gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid på 84 timer (“7-7-turnus”) i medleverforhold et brudd på Arbeidstidsdirektivet art. 6, jf. art. 22 nr. 1 bokstav a (direktiv 2003/88/EF)?*
2. *Er en nasjonal bestemmelse som går ut på at arbeidstakers samtykke til å arbeide utover 60 timer per uke i medleverforhold ikke kan trekkes tilbake forenlig med de rettigheter som gis arbeidstaker etter Arbeidstidsdirektivet art. 6 jf. art. 22?*
3. *Vil en oppsigelse som følge av manglende samtykke til en arbeidstidsordning utover 48 timer i løpet av en syvdagers periode være å anse som en reaksjon/“last” som omfattes av Arbeidstidsdirektivet art. 22 nr. 1 bokstav a jf. bokstav b?*

22 Det henvises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg for EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for domstolens begrunnelse.

III EFTA-domstolens svar

Det første spørsmål

23 I sitt første spørsmål spør den nasjonale domstol, med henvisning til direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav a), om en gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid på 84 timer (7-7-turnus) i medleverforhold er i strid med direktivet artikkel 6.

Innlegg for EFTA-domstolen

24 Etter de ankende parters oppfatning er en 7-7-turnus, der de ansatte er tilgjengelige for arbeidsgiveren i hvileperiodene uten et system som sikrer kompenserende hvileperioder, i strid med direktivet.

25 De ankende parter viser til en uttalelse i Kommisjonens arbeidsdokument om at “even in general terms, it may be questioned, for example, whether allowing opted-out workers to work up to 78 hours per week, on average, for a prolonged period could be compatible with the health and safety principles underlying the Directive” (“Commission Staff Working Paper” av 21. desember 2010, Detaljert rapport om medlemsstatenes gjennomføring av direktiv 2003/88/EF om visse aspekt ved organisering av arbeidstida (“arbeidstidsdirektivet”) SEC(2010) 1611 final, s. 87).

26 De ankende parter anfører at direktivet er et vernedirektiv som bygger på visse allmenne og generelle minimumsstandarder som ikke kan fravikes. Følgelig er det begrenset hvilke arbeidstidsordninger de ansatte kan samtykke til. De ankende parter anfører videre at Den europeiske komité for sosiale rettigheter gjorde en tilsvarende vurdering (det vises til 2005- og 2006-rapportene fra Den europeiske

komité for sosiale rettigheter med hensyn til om norsk lovgivning er forenlig med Den europeiske sosialpakt av 3. mai 1996).

- 27 De ankende parter gjør gjeldende at en arbeidstidsordning som ikke sikrer nødvendige hvileperioder, i prinsippet er uforenlig med direktivet. De baserer seg i så henseende på dommen avsagt av Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) i sak C-428/09 *Union syndicale Solidaires Isère*, Sml. 2010 s. I-9961. De ankende parter anfører at en “7-7-turnus”, som ikke sikrer kompensierende hviletid, er uforenlig med direktivet. Maksimalt antall arbeidstimer i løpet av en syvdagersperiode må begrenses ut fra helse- og sikkerhetsmessige hensyn. Når denne grense vurderes for medleverstaben, må det legges vekt på at arbeidet de utfører er krevende, og at de ofte blir forstyrret i sine hvileperioder.
- 28 Ankemotparten mener at en “7-7-turnus” i en medleverordning er i samsvar med direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav a) når det tas hensyn til gjeldende nasjonal forskrift og de omfattende garantier som er vedtatt for å beskytte arbeidstakernes helse og sikkerhet. I så henseende fastholder ankemotparten at medleverforskriften inneholder tilstrekkelige garantier for å beskytte arbeidstakernes helse og sikkerhet. De generelle regler i arbeidsmiljøloven § 3-1 første ledd og § 4-1 første ledd kommer dessuten til anvendelse for å sikre arbeidstakernes helse og sikkerhet, og Arbeidstilsynet har konkludert med at arbeidsmiljøet oppfyller de strenge krav loven stiller.
- 29 Kommisjonen anfører at selv om adgangen etter direktivet artikkel 22 til individuelt å fravike arbeidstidsbegrensningene ikke fastsetter noen øvre grense for gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid, gir unntaket ikke rom for å unnlate å anvende direktivets øvrige bestemmelser, særlig ikke med hensyn til korteste hviletid. Korteste daglige og ukentlige hviletid etter direktivet er gjennomsnittlig 90 timer hviletid av de 168 timer som hver uke består av. Slik Kommisjonen ser det, kan arbeidstiden derfor ikke overstige gjennomsnittlig 78 timer per uke.
- 30 Det at medleverforskriften § 2 åpner for at arbeidstakerne kan samtykke til en arbeidstidsordning utover 60 timer i uken, er ikke i seg selv uforenlig med direktivet. Men siden rettighetene som er sikret i direktivet artiklene 3 og 5 må anvendes korrekt, kan gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid ikke overstige 78 timer.
- 31 Kommisjonen anfører også at direktivet artikkel 17 ikke tillater unntak fra artikkel 6. Med hensyn til artiklene 3 og 5 hevder Kommisjonen imidlertid at artikkel 17 nr. 2 krever tilsvarende kompensierende hvileperioder, og at slike hvileperioder ifølge EU-domstolens faste rettspraksis må plasseres umiddelbart etter arbeidsperioden de er ment å kompensere for. I dette henseende viser den til sak C-151/02 *Jaeger*, Sml. 2003 s. I-8389. Artikkel 17 nr. 2 tillater unntak fra dette krav i tilfelle der det av objektive grunner ikke er mulig å tildele slike tilsvarende kompensierende hvileperioder. Slike unntak må imidlertid være begrunnet i særlige omstendigheter.
- 32 Kommisjonen er samlet sett av den oppfatning at en arbeidsordning som medfører en gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid på 84 timer, er uforenlig med direktivet.

- 33 ESAs skriftlige innlegg ble mottatt etter fristen, og ble følgelig avvist. I den muntlige høring ga ESA sin tilslutning til Kommisjonens argumenter og forslag til svar.
- 34 Norges regjering la i den muntlige høring frem sine synspunkter på medlevermodellen, og forklarte at en ordning med 7-7-turnus ikke er vanlig i medleverforhold i Norge. Regjeringen gjorde videre gjeldende at unntakene fastsatt i direktivet artikkel 17 generelt bør få anvendelse på institusjoner som har medleverordninger.

Rettens bemerkninger

- 35 EFTA-domstolen nevner innledningsvis at partene i den muntlige høring syntes å være uenige om beregningen av antall timer som betraktes som arbeidstid etter direktivet. Det er derfor hensiktsmessig å se på hva som ligger i begrepet arbeidstid etter direktivet.
- 36 Formålet med direktivet er å fastsette minstekrav til sikkerhet og helse i forbindelse med organiseringen av arbeidstiden. Direktivet harmoniserer nasjonale regler, særlig om arbeidstidens varighet. Det har til formål å sikre minsteperioder for daglig og ukentlig hvile, pauser og en øvre grense for arbeidstid per uke.
- 37 Som det fremgår av betraktning 15 i fortalen anerkjenner direktivet behovet for fleksibilitet i anvendelsen av visse bestemmelser, samtidig som det sikrer at prinsippene om beskyttelse av arbeidstakernes sikkerhet og helse etterleves. Direktivet kan med andre ord tilpasses de behov bestemte arbeidsgivere har som følge av særlige omstendigheter ved arbeidet som utføres. Direktivet fastsetter således blant annet unntak som gjelder for virksomhet med et særlig behov for kontinuitet.
- 38 Begrepet “arbeidstid” er definert i direktivet artikkel 2 nr. 1 som “alle perioder da arbeidstakeren er i arbeid og står til rådvelde for arbeidsgjevaren, og utfører verksemda si eller pliktene sine i samsvar med nasjonal lovgjeving og/eller praksis”. Selv om definisjonen i artikkel 2 nr. 1 viser til nasjonal lovgivning eller praksis, betyr ikke det at EØS-statene ensidig kan fastsette begrepets rekkevidde (se, for sammenligning, *Jaeger*, som omtalt over, avsnitt 59).
- 39 Hvileperioder er tid som ikke er arbeidstid, siden de to begrepene gjensidig utelukker hverandre. Direktivet artikkel 3 krever at EØS-statene sikrer at alle arbeidstakere får en daglig hvileperiode på minst 11 sammenhengende timer for hver periode på 24 timer. Artikkel 5 krever at alle arbeidstakere for hver syvdagersperiode får en hvileperiode på minst 24 timer i sammenheng, i tillegg til de 11 timer med daglig hvile som er nevnt i artikkel 3. I alt fastsetter direktivet artiklene 3 og 5 en samlet hvileperiode på minst 90 timer per uke. Da en uke består av 168 timer, er artiklene 3 og 5 følgelig til hinder for en ukentlig arbeidstid som overstiger de resterende 78 timer, slik som Kommisjonen har påpekt.

- 40 Selv om de to begrep per definisjon gjensidig utelukker hverandre, kan skillet mellom dem likevel være marginalt. Det vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak, der flere faktorer tas i betraktning, hvorav enkelte allerede er behandlet i rettspraksis.
- 41 Det må for eksempel skilles mellom situasjoner der arbeidstakerne er pålagt å oppholde seg på arbeidsplassen, og situasjoner der dette ikke er tilfelle. Følgelig skal perioder der en lege har bakvakt hjemme, men kan kontaktes til enhver tid, generelt betraktes som hvileperioder. Arbeidstakere som har hjemmevakt, står vanligvis fritt til å organisere sin tid med færre begrensninger og til å beskjeftige seg med det de vil, selv om de anses å stå til disposisjon for arbeidsgiveren (se, for sammenligning, *Jaeger*, som omtalt over, avsnitt 51). Når arbeidstakere kan forlate arbeidsstedet i hvileperiodene og fritt og uavbrutt beskjeftige seg med det de ønsker, kan hvileperiodene anses å være effektive (se, per analogi, *Union syndicale Solidaires Isère*, som omtalt over, avsnitt 50 og 51).
- 42 I den foreliggende sak er det opp til den nasjonale domstol å vurdere arbeidstidens omfang. Denne vurdering må være basert på de faktiske forhold i saken, og særlig på arten av de ankende parters arbeid og hvileperiodene, og den må ta hensyn til faktorene avklart over.
- 43 Er situasjonen slik at arbeidstakerne kan sove hele natten i en egen bolig, med mulighet for at familiemedlemmer kan bo der sammen med dem, vil en slik situasjon være forskjellig fra en situasjon der en arbeidstaker har vakt på arbeidsgiverens sted, med en klar forventning om å måtte reagere umiddelbart i et nødstilfelle. Dette ville være mer likt situasjonen til en arbeidstaker, for eksempel en lege, som har bakvakt hjemme og kan kontaktes til enhver tid. Den private sfæren som tilbys, forbedrer følgelig kvaliteten på arbeidstakerens hvile. Dette er særlig tilfelle dersom arbeidstakerne normalt ikke har noen plikt til å arbeide om natten og bare kan bli bedt om dette i uforutsette situasjoner. Endelig følger det av nasjonal lovgivning at arbeidstakeren blir kompensert for hendelser som inntreffer om natten, i form av ekstra hviletid påfølgende dag, som fastsatt i medleverforskriften § 3.
- 44 Ut fra disse innledende merknader ser det ut til at arbeidstakerne med en slik arbeidsordning med 7-7-turnus generelt vil arbeide fra kl. 07.00 til kl. 23.00. De vil ha rett på to timers pause i løpet av dagen og en pause på åtte timer om natten. Tid som er forbundet med faktisk utførelse av primæromsorg om natten, vil imidlertid måtte betraktes som arbeidstid.
- 45 Uten hensyn til hvordan den nasjonale domstol vurderer de faktiske forhold, må den ta hensyn til minstekravene fastsatt i direktivet. Direktivet artikkel 6 fastsetter en øvre grense for arbeidstid per uke, som omfatter en lengste gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid på 48 timer. Etter direktivet artikkel 22 nr. 1 kan EØS-statene imidlertid velge ikke å anvende artikkel 6, samtidig som de generelle prinsipper om beskyttelse av arbeidstakernes sikkerhet og helse etterlevs. Dersom en EØS-stat har benyttet muligheten direktivet artikkel 22 nr. 1 gir, er det derfor et krav at nasjonal lovgivning må ta tilbørlig hensyn til arbeidstakernes fysiske og psykiske

velferd. Videre må arbeidsgiveren på forhånd ha innhentet arbeidstakerens samtykke til å utføre slikt arbeid. Slikt samtykke må være gitt uttrykkelig og frivillig av hver arbeidstaker enkeltvis, og ikke gjennom en tariffavtale (se, for sammenligning, forente saker C-397/01 til C-403/01 *Pfeiffer m.fl.*, Sml. 2004 s. I-8835, avsnitt 86). Under forutsetning av at disse krav er oppfylt, må partene ha mulighet til å utøve sin avtalefrihet.

- 46 Direktivet artikkel 22 inneholder ingen bestemt grense for lengden på arbeidstid en arbeidstaker kan samtykke til. Artikkel 22 nr. 1 tillater imidlertid ikke noe unntak fra direktivet artiklene 3 og 5 om hvileperioder. I denne sak kan et mulig unntak fra direktivet artiklene 3 og 5 finnes i direktivet artikkel 17 nr. 2 og 3.
- 47 Direktivet artikkel 17 nr. 3 bokstav c) i) får anvendelse dersom virksomheten innebærer et behov for kontinuitet i tjenesten eller produksjonen, særlig tjenester knyttet til mottak, behandling og/eller pleie ved sykehus og lignende institusjoner, herunder døgninstitusjoner. Fossumkollektivet kan følgelig falle inn under virkeområdet for denne bestemmelse.
- 48 Unntaket som tillates etter artikkel 17 nr. 3 bokstav c) i), er imidlertid underlagt ytterligere krav. Etter direktivet artikkel 17 nr. 2 skal de berørte arbeidstakere tildeles tilsvarende kompenserende hvileperioder eller, i særlige tilfelle der det av objektive grunner ikke er mulig å tildele slike tilsvarende kompenserende hvileperioder, passende vern. Det er den nasjonale domstol som må vurdere de faktiske forhold, og særlig arten av den berørte institusjon og det arbeid de ankende parter utfører der.
- 49 I denne forbindelse må artikkel 17 tolkes i lys av direktivets formål og målene for unntakene som er gitt der. Arbeidstakernes rettigheter må følgelig veies opp mot de særlige behov sykehus og lignende institusjoner har, spesielt i betraktning av nødvendigheten av å gi pasientene forsvarlig, og særlig medisinsk begrunnet, pleie.
- 50 Dersom den nasjonale domstol finner at Fossumkollektivet faller inn under virkeområdet til artikkel 17 nr. 3 bokstav c) i), blir spørsmålet om en arbeidsordning som den medleverforskriften åpner for, oppfyller kravene fastsatt i artikkel 17 nr. 2. En periode kan regnes som kompenserende hvile bare dersom arbeidstakeren ikke er underlagt noen forpliktelse overfor arbeidsgiveren i den aktuelle periode som kan hindre ham fra fritt og uten avbrudd å beskjeftige seg med det han ønsker, for å nøytralisere effekten arbeidet har på hans helse eller sikkerhet.
- 51 Generelt må slike hvileperioder derfor komme umiddelbart etter arbeidstiden de er ment å kompensere for, for å hindre at arbeidstakeren opplever en tilstand av utmattelse eller overbelastning som følge av en opphopning av sammenhengende arbeidsperioder (se, for sammenligning, *Jaeger*, som omtalt over, avsnitt 94). Artikkel 17 nr. 2 fastsetter imidlertid at et unntak fra forpliktelsen om å tildele tilsvarende kompenserende hvileperioder kan tillates i særlige tilfelle der det av objektive grunner ikke er mulig å gi slike hvileperioder.

- 52 Det underliggende prinsipp ved medleverforhold er at det anses som gunstig for pasientene å ha de samme behandlere til stede over lengre perioder, for på den måten å skape et miljø som er ment å ligne så mye som mulig på et vanlig familieliv. Muligheten for at det i et medleverforhold kan finnes objektive grunner som gjør det umulig å tildele slike hvileperioder, kan ikke utelukkes (se, for sammenligning, *Union syndicale Solidaires Isère*, som omtalt over, avsnitt 57). Dette kan særlig være tilfelle i medleverforhold som gjelder pasienter i sykehus og lignende institusjoner.
- 53 I lys av det ovenstående må svaret på det første spørsmål bli at en gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid på 84 timer i medleverforhold er forenlig med direktivet artikkel 6 i tilfelle som omfattes av artikkel 22 nr. 1 bokstav a), forutsatt at arbeidstakeren uttrykkelig, frivillig og individuelt har samtykket til å utføre slikt arbeid, og forutsatt at de generelle prinsipper om beskyttelse av arbeidstakerens sikkerhet og helse etterlevs. Dette innebærer at dersom en EØS-stat benytter muligheten direktivet artikkel 22 nr. 1 gir, må nasjonal lovgivning ta tilbørlig hensyn til arbeidstakernes fysiske og psykiske velferd. En slik arbeidstidsordning er imidlertid forenlig med direktivet artikkel 3 og 5 bare dersom vilkårene for anvendelse av unntaket i artikkel 17 nr. 2, sammenholdt med artikkel 17 nr. 3 bokstav c) i), er oppfylt.

Det andre spørsmål

- 54 Med sitt andre spørsmål spør den nasjonale domstol om en nasjonal bestemmelse som innebærer at en arbeidstakers samtykke til å arbeide utover 60 timer per uke i medleverforhold ikke kan trekkes tilbake, er forenlig med direktivet artiklene 6 og 22.

Innlegg for EFTA-domstolen

- 55 De ankende parter anfører at etter EU-domstolens rettspraksis må en arbeidstakers samtykke til å arbeide mer enn 48 timer per uke, etter direktivet artikkel 22 nr. 1, være uttrykkelig, frivillig og informert. I denne sammenheng baserer de ankende parter seg på *Pfeiffer m.fl.*, som omtalt over, og sak C-243/09 *Günter Fuß I*, Sml. 2010 s. I-9849. De hevder videre at det ville være i strid med direktivet, dersom en arbeidsgiver møter en arbeidstaker som påberoper seg sine rettigheter etter direktivet artikkel 6 bokstav b), med negative reaksjoner.
- 56 De ankende parter anser at vernehensynet i direktivet ville bli uthulet dersom en arbeidstaker kan frasi seg den beskyttelse som direktivet artikkel 6 bokstav b) gir på ubestemt tid og uten mulighet til å trekke samtykket tilbake. Et samtykke som ikke kan trekkes tilbake, kan ikke anses å ha blitt gitt fritt, slik EØS-retten krever.
- 57 De ankende parter fastholder at direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav a) og b), når det gjelder rettighetene fastsatt i artikkel 6, forutsetter at arbeidstakerens samtykke må kunne trekkes tilbake, og at slik tilbakekalling ikke kan møtes med negative reaksjoner mot arbeidstakeren.

- 58 Ifølge ankemotparten gjennomfører medleverforskriften samtykkekravet i direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav a) fullt ut. Etter medleverforskriften § 2 annet ledd kan samlet ukentlig arbeidstid ikke overstige 48 timer, med mindre arbeidstakeren har gitt sitt skriftlige samtykke. Arbeidstakere som har sin bolig på eller i tilknytning til institusjonen, kan dessuten gi sitt skriftlige samtykke til å være tilgjengelig utover 60 timer i uken. Videre, for å sikre arbeidsgiveren et minimum av forutsigbarhet, kan slikt samtykke ikke trekkes tilbake dersom bolig er stilt til rådighet, gitt de investeringer bolig representerer for arbeidsgiveren. Endelig gjør ankemotparten gjeldende at ordlyden i direktivet ikke forutsetter at samtykke når som helst kan trekkes tilbake.
- 59 Kommisjonen gjør gjeldende at en bokstavelig fortolkning av medleverforskriften § 2, som fastsetter at “[a]rbeidstaker som ikke har sin bolig på eller i tilknytning til institusjonen, kan trekke tilbake tidligere gitt samtykke til en arbeidstid utover 48 timer”, innebærer at en arbeidstaker som har sin bolig på eller i tilknytning til institusjonen, ikke kan trekke tilbake tidligere gitt samtykke. Kommisjonen mener dette ville være uforenlig med direktivet.
- 60 Videre anfører Kommisjonen at adgangen etter direktivet til individuelt å fravike arbeidstidsbegrensningene må tolkes restriktivt, i lys av direktivets helse- og sikkerhetsmessige mål. Det ville være i strid med disse mål om direktivet artikkel 22 ble tolket slik at arbeidsgiverne kan kreve at arbeidstakerne endelig og ugjenkallelig avstår fra sin rett til å omfattes av arbeidsvilkår som er i samsvar med grensen fastsatt i direktivet artikkel 6. I denne sammenheng anfører Kommisjonen at et arbeidsforhold er et langvarig forhold, og at arbeidstakerens situasjon, for eksempel med hensyn til helse eller familie, kan endre seg i løpet av arbeidsforholdets varighet. Slik Kommisjonen ser det, bør en arbeidstaker ha mulighet til å påberope seg retten etter direktivet artikkel 6 så snart han ikke lenger ønsker å opprettholde sitt samtykke til avvik fra arbeidstidsbegrensningene. Den eneste begrensning som ville kunne tenkes på retten til å kunne trekke tilbake et samtykke, ville være en rimelig varslingsfrist slik at arbeidsgiveren fikk tid nok til å omorganisere arbeidsrytmen.
- 61 I den muntlige høring ga ESA sin tilslutning til Kommisjonens argumenter og forslag til svar.

Rettenns bemerkninger

- 62 Direktivet artikkel 22 nr. 1 fastsetter at en EØS-stat kan benytte muligheten til ikke å anvende direktivet artikkel 6. I en slik situasjon må de generelle prinsipper om beskyttelse av arbeidstakernes sikkerheten og helse etterleves. Begrepe sikkerhet og helse bør tolkes vidt slik at de omfatter alle faktorer, både fysiske og ikke-fysiske, som kan påvirke arbeidstakerens helse og sikkerhet i arbeidsmiljøet (jf. *Jaeger*, som omtalt over, avsnitt 93, og den rettspraksis som det vises til der). Videre må arbeidsgiveren i en slik situasjon på forhånd innhente arbeidstakerens samtykke til å utføre slikt arbeid.
- 63 Direktivet inneholder ingen bestemmelse om tilbaketrekking av samtykke. Det er opp til nasjonal lovgivning å bestemme om tilbaketrekking av samtykke er forbudt eller tillatt og, i sistnevnte tilfelle, på hvilke vilkår tilbaketrekkingen skal skje. Dersom den nasjonale lovgivning ikke åpner for noen mulighet til å trekke et samtykke tilbake, selv ikke under særlige og uforutsette omstendigheter, kan dette imidlertid vise seg å være uforenlig med direktivet, siden muligheten for at en arbeidstaker kan gi samtykke som nevnt i artikkel 22 nr. 1 bokstav a), uttrykkelig er betinget av at EØS-staten etterlever de generelle prinsipper om beskyttelse av arbeidstakernes sikkerhet og helse. Dersom en EØS-stat benytter muligheten direktivet artikkel 22 nr. 1 gir, må nasjonal lovgivning følgelig ta tilbørlig hensyn til arbeidstakernes fysiske og psykiske velferd. Dette innebærer at det må finnes en rimelig balanse mellom arbeidstakernes og arbeidsgivernes interesser også i tilfelle der arbeidstakeren uttrykkelig, frivillig og individuelt har gitt samtykke.
- 64 Svaret på det andre spørsmål må derfor bli at en nasjonal bestemmelse som innebærer at en arbeidstakers samtykke til å arbeide utover 60 timer per uke i medleverforhold ikke kan trekkes tilbake, er forenlig med direktivet artiklene 6 og 22, forutsatt at de generelle prinsipper om beskyttelse av arbeidstakernes sikkerhet og helse etterleves.

Det tredje spørsmål

- 65 Med sitt tredje spørsmål spør den nasjonale domstol om oppsigelse som følge av manglende samtykke til en arbeidstidsordning utover 48 timer i løpet av en syvdagers periode er å anse som en reaksjon eller “skade” etter direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b).

Innlegg for EFTA-domstolen

- 66 De ankende parter anser at EU-domstolens rettspraksis slår fast at en arbeidstaker ikke må utsettes for skade fra arbeidsgiver som følge av at han ikke samtykker til å fravike arbeidstidsbegrensningene. De ankende parter gjør gjeldende at en oppsigelse som i den foreliggende sak er vesentlig mer skadelig for en arbeidstaker når retten fastsatt i direktivet artikkel 6 påberopes, enn en reaksjon i form av en tvangsforflytning, som tilfellet var i *Günter Fuß I*, som omtalt over.

- 67 De ankende parter anfører videre at en endringsoppsigelse er et ensidig påbud fra arbeidsgiver om endrede arbeidsvilkår som inneholder klare elementer av tvang. Følgelig er det i strid med direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b) når konsekvensen av ikke å samtykke til en ny arbeidstidsordning er at arbeidsforholdet blir sagt opp.
- 68 Ankemotparten fastholder at endringsoppsigelsene i den foreliggende sak ikke var begrunnet i at arbeidstakerne nektet å akseptere den nye arbeidsordning, men i den kritiske økonomiske situasjon ved ankemotpartens avdeling Solvold. Derfor ble ikke de ankende parter utsatt for “skade” etter direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b). Videre gjør ankemotparten gjeldende at det er den nasjonale domstol som skal vurdere om en oppsigelse kan begrunnes i økonomiske omstendigheter.
- 69 Ankemotparten anfører videre at uavhengig av de ankende parters samtykke til lengre arbeidstid, ville arbeidsavtalene ved avdeling Solvold blitt endret som følge av dens økonomiske situasjon. Som et forsøk på å redde arbeidsplassene ved avdelingen ble arbeidstakerne tilbudt en ny stilling på nye vilkår, som de sto fritt til å godta eller avslå.
- 70 Når det gjelder de ankende parters henvisning til *Günter Fuß I*, anfører ankemotparten at spørsmålet i saken der ikke var om søkeren ved å bli overført til en annen stilling hadde lidd skade.
- 71 Endelig fastholder ankemotparten at de ankende parters innstilling i den foreliggende sak er til skade for samarbeidet mellom de to parter i bransjen, som generelt søker å komme til en minnelig ordening før arbeidsgiveren tyr til ensidige endringer. Dersom oppsigelser, etter at drøftelser ikke har ført frem, automatisk skulle anses å være til skade for arbeidstakeren, og følgelig være uforenlig med direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b), ville arbeidsgiverne bli nødt til å gå direkte til oppsigelser uten drøftelser. I mange saker vil dessuten arbeidsgivers eneste tilgjengelige tiltak være å begjære seg konkurs.
- 72 Kommisjonen anser at direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b) klart fastsetter at en fravikelse av arbeidstidsbegrensningene forutsetter at det garanteres at arbeidstakeren ikke utsettes for skade fra arbeidsgiveren som følge av at han ikke samtykker til å utføre arbeidet. Det er derfor ikke forenlig med direktivet å si opp en arbeidstaker etter slik nektelse. Det er irrelevant om arbeidstakeren tidligere har arbeidet under et individuelt avvik fra arbeidstidsbegrensningene siden arbeidstakeren etter direktivet artikkel 22 har rett til når som helst å trekke sitt samtykke tilbake.
- 73 Kommisjonen mener at denne konklusjon har støtte i rettspraksis fra EU-domstolen, som har funnet at en reaksjon i form av tvangsforflytning av en arbeidstaker som nektet å arbeide mer enn 48 timer i uken, var uforenlig med direktivet. Den baserer seg i dette tilfelle på *Günter Fuß I*, som omtalt over, avsnitt 66 og 67. Kommisjonen mener at det samme må gjelde når reaksjonen til og med er mer skadelig, som oppsigelsene i den foreliggende sak.

- 74 I den muntlige høring ga ESA sin tilslutning til Kommisjonens argumenter og forslag til svar.

Rettens bemerkninger

- 75 Dersom en EØS-stat har benyttet muligheten til ikke å anvende direktivet artikkel 6, må arbeidstakerens samtykke til å arbeide utover 48 timer i en syvdagersperiode innhentes på forhånd. Det følger av direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b) at ingen arbeidstaker skal utsettes for skade fra arbeidsgiveren som følge av at han ikke samtykker til å utføre slikt arbeid.
- 76 En arbeidstaker bør generelt betraktes som den svakere part i et arbeidsforhold. Det er derfor nødvendig å hindre arbeidsgiveren i å pålegge ulovlige restriksjoner på arbeidstakerens rettigheter (se, for sammenligning, *Pfeiffer m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 82, og sak C-429/09 *Günter Fuß II*, Sml. 2010 s. I-12167, avsnitt 80). På grunn av denne svake posisjon kan en arbeidstaker bli avskrekket fra uttrykkelig å påberope seg sine rettigheter overfor arbeidsgiver dersom han derved utsettes for tiltak fra arbeidsgivers side som kan påvirke arbeidsforholdet på en måte som er til skade for arbeidstakeren (se, for sammenligning, *Günter Fuß II*, som omtalt over, avsnitt 81).
- 77 Oppsigelse som følge av manglende samtykke til en arbeidstidsordning utover 48 timer i løpet av en syvdagers periode utgjør typisk en “skade” etter direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b).
- 78 Imidlertid vil det samme sannsynligvis ikke være tilfelle dersom arbeidsavtaler etter nasjonal lovgivning kan sies opp av grunner som er helt uavhengige av en arbeidstakers manglende samtykke til å utføre slikt ekstra arbeid etter direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b), eller som alternativt tillater at arbeidsgiveren – som et mindre inngripende tiltak – midlertidig sier opp ansettelsesavtalen dersom arbeidstakeren nekter å gi samtykke til en lovlig endring i arbeidsordningen. I den foreliggende sak skal ankemotparten ha gjort bruk av en type betinget oppsigelse (kjent som “endringsoppsigelse”) som er hjemlet i nasjonal lovgivning. Etter denne fremgangsmåte kan en arbeidsgiver si opp ansettelsesavtalen og tilby arbeidstakeren en ny stilling med nye vilkår. Det synes som om denne ensidige rettslige fremgangsmåte må overholde vilkårene for oppsigelse, og særlig vilkåret om at det må foreligge saklige grunner for oppsigelsen. Før varselet om oppsigelse gis, må arbeidsgiveren gjennomføre drøftelsesmøte med arbeidstakeren, verneombud og plasstillitsvalgte. Arbeidstakeren kan reise søksmål for å bestride lovligheten av oppsigelsen. Arbeidstakeren har rett til å arbeide på eksisterende vilkår til spørsmålet om oppsigelsens lovlighet er endelig avgjort.
- 79 I den foreliggende sak skal arbeidstakerne ha nektet å akseptere de nye vilkår de ble tilbudt. Ifølge ankemotparten var tilbudet en konsekvens av at virksomheten hadde gått med underskudd de senere årene. Ankemotparten kan ha fulgt fremgangsmåten for drøftinger og forhandlinger etter nasjonal lovgivning uten å klare å overtale arbeidstakerne til å godta de nye vilkår og den nye turnus. I en slik situasjon kan en arbeidsgiver innføre de endringer som anses nødvendige ved å gi

varsel om endringsoppsigelse. Det er opp til den anmodende domstol å avgjøre, i samsvar med nasjonal lovgivning, om vilkårene for å benytte en slik fremgangsmåte for å innføre nye vilkår er oppfylt.

- 80 Dersom de nye vilkår etter nasjonal lovgivning kan begrunnes i den økonomiske situasjon ved avdeling Solvold, er vilkårene basert på alvorlige forhold ved driften og derfor uavhengige av arbeidstakernes manglende samtykke til å utføre slikt ekstra arbeid. I så tilfelle kan de nye vilkår ikke anses som en skade etter direktivet. Tilbudet om nye vilkår vil da snarere være en rettslig avspeiling av arbeidsgiverens vanskelige økonomiske situasjon. Dersom den nasjonale domstol på den annen side skulle legge til grunn at vilkårene etter nasjonal lovgivning ikke er oppfylt, vil endringsoppsigelsen utgjøre en skade etter direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b).
- 81 Svaret på det tredje spørsmål må derfor bli at et varsel om endringsoppsigelse som gis etter at en arbeidstaker har nektet å samtykke til en arbeidstidsordning utover 48 timer i løpet av en syvdagers periode, ikke er å anse som en skade etter direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b), dersom oppsigelsen av arbeidsforholdet er begrunnet i forhold som er helt uavhengige av arbeidstakerens manglende samtykke til å utføre slikt ekstra arbeid.

IV Saksomkostninger

- 82 Omkostninger som er påløpt for Norges regjering, ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til sistnevnte å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Eidsivating lagmannsrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. En gjennomsnittlig ukentlig arbeidstid på 84 timer i medleverforhold er forenlig med direktiv 2003/88/EF artikkel 6 i tilfelle som omfattes av artikkel 22 nr. 1 bokstav a), forutsatt at arbeidstakeren uttrykkelig, frivillig og individuelt har samtykket til å utføre slikt arbeid, og forutsatt at de generelle prinsipper om beskyttelse av arbeidstakerens sikkerhet og helse etterlevs. Dette innebærer at dersom en EØS-stat benytter muligheten direktivet artikkel 22 nr. 1 gir, må nasjonal lovgivning ta tilbørlig hensyn til arbeidstakernes fysiske og psykiske velferd. En slik arbeidstidsordning er imidlertid forenlig med direktivet artiklene 3 og 5 bare dersom vilkårene for anvendelse av unntaket i artikkel 17 nr. 2, sammenholdt med artikkel 17 nr. 3 bokstav c) i), er oppfylt.**

- 2. En nasjonal bestemmelse som innebærer at en arbeidstakers samtykke til å arbeide utover 60 timer per uke i medleverforhold ikke kan trekkes tilbake, er forenlig med direktivet artiklene 6 og 22, forutsatt at de generelle prinsipper om beskyttelse av arbeidstakernes sikkerhet og helse etterlevs.**
- 3. Et varsel om endringsoppsigelse som gis etter at en arbeidstaker har nektet å samtykke til en arbeidstidsordning utover 48 timer i løpet av en syvdagers periode, er ikke å anse som en skade etter direktivet artikkel 22 nr. 1 bokstav b), dersom oppsigelsen av arbeidsforholdet er begrunnet i forhold som er helt uavhengige av arbeidstakerens manglende samtykke til å utføre slikt ekstra arbeid.**

Carl Baudenbacher

Per Christiansen

Páll Hreinsson

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 16. desember 2015.

Gunnar Selvik
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President