



NORGES HØYESTERETT

Den 20. januar 2004 avsa Høyesterett dom i

NH-2004-0099-A, (sak nr. 2003/1153), sivil sak, anke,

A (advokat Olav Holthe – til prøve)

mot

X AS (advokat Johan Lutdal)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Flock:** Saken gjelder spørsmålet om kravet til skriftlighet i arbeidsmiljøloven § 47 nr. 1 ved avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstid, medfører at skriftlighet er en betingelse for at en slik avtale er gyldig.
- (2) A ble i september 1999 ansatt som kokk ved X AS i Hommelvik. Det ble ikke inngått noen skriftlig arbeidsavtale. Det er på det rene at han etter utløpet av hver måned ble avlønnet med nærmere avtalt timelønn, utregnet etter det antall timer han hadde arbeidet i den foregående måned. Arbeidsforholdet ble avsluttet ved utløpet av året 2001.
- (3) I september 2002 gikk A til søksmål mot sin tidligere arbeidsgiver for Midt-Trøndelag tingrett. I søksmålet krevde han blant annet etterbetalt lønn som følge av arbeidsgiverens påståtte urettmessige trekk i lønn for spisepauser, og videre vederlag for utført kvelds- og helgearbeide samt for overtidsarbeide. Kravene var knyttet til hele ansettelsesperioden. Tingretten avsa 30. desember 2002 dom med slik domsslutning:
 - ”1. X AS v/styrets leder frifinnes.
 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke.”
- (4) A anket dommen til Frostating lagmannsrett, som 27. juni 2003 avsa dom med slik domsslutning:
 - ”1. X AS dømmes til innen 2 – to – uker etter dommens forkynnelse å betale A 533 – femhundreogtrettitre – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente, 12 – tolv – prosent årlig, fra 1. juli 2002 til betaling skjer.

2. **A dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å erstatte X AS sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten med til sammen 43 020 – førtitretusenogtjue – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente, 12 – tolv – prosent årlig, fra forfall til betaling skjer.”**

- (5) Domsbeløpet gjaldt 9,5 timers overtidsgodtgjørelse i 2001 med tillegg av feriepenger og renter. Arbeidsgiveren ble således frifunnet for de øvrige krav.
- (6) A har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Høyesteretts kjæremålsutvalg avsa 2. oktober 2003 kjennelse hvor anken ble besluttet henvist for så vidt gjaldt spørsmålet om skriftlighetskravet i arbeidsmiljøloven § 47 nr. 1 er en gyldighetsbetingelse. For øvrig ble anken nektet fremmet.
- (7) Med de begrensninger som kjæremålsutvalgets avgjørelse innebærer, står saken i det alt vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for de tidligere instanser. Når det gjelder det nærmere saksforhold og anførslene for de tidligere retter, vises til dommene i tingretten og lagmannsretten.
- (8) Den ankende part, A, har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (9) Arbeidsmiljøloven § 47 nr. 1 fastsetter at arbeidsgiver og arbeidstaker kan avtale at det ved anvendelsen av lovens § 46 om høyeste lovlig daglige og ukentlige arbeidstid, kan legges til grunn en gjennomsnittsberegning. Dermed kan høyeste lovlig arbeidstid i en uke bli 48 timer. Ordlyden i § 47 nr. 1 er klar idet det bestemmes at en slik avtale må være skriftlig. Dette må forstås slik at en muntlig avtale om gjennomsnittsberegning ikke er gyldig.
- (10) Den plassering som § 47 nr. 1 har fått i arbeidsmiljøloven, støtter dette syn. Loven inneholder i stor grad regler som skal sikre arbeidstakerne trygge arbeidsforhold, og den kan ikke fravikes ved avtale med mindre dette er særskilt fastsatt, jf. § 5. Paragraf 47 nr. 1 ivaretar et vernehensyn og skal i tillegg sikre mulighet for kontroll.
- (11) Paragraf 47 nr. 2, som gjelder tilfeller hvor virksomheten er bundet av tariffavtale, oppstiller i bokstavene a til d nærmere vilkår for at det gyldig kan inngås skriftlig avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden. Disse vilkårene må gjelde tilsvarende for avtaler etter § 47 nr. 1. Vilrårene er ikke oppfylt, og også dette forhold fører til at partene i vår sak ikke har inngått noen gyldig avtale.
- (12) Kravet om at avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker skal være skriftlig, går igjen i mange av bestemmelsene i loven. Åpnes det for å gjøre unntak fra skriftlighetskravet i § 47 nr. 1, slik motparten hevder, vil dette kunne få vidtrekkende konsekvenser.
- (13) En ugyldig avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden fører til at A har krav på overtidsbetaling når han har arbeidet mer enn 9 timer i døgnet eller 38 timer pr. uke, jf. arbeidsmiljøloven § 46 nr. 3 og § 49. Overtidstimene skal godtgjøres med minst 40 % tillegg, jf. § 49 nr. 3. Påstandsbeløpet gir uttrykk for det tilgodehavende som er opparbeidet i 1999, 2000 og 2001, tillagt feriepenger og renter.
- (14) Selv om motparten skulle få medhold i at også en muntlig avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden i dette tilfellet er gyldig, følger det av § 47 nr. 1

at avtalen ikke kan inngås for mer enn ett år. I så fall vil arbeidsgiveren fortsatt være ansvarlig for å etterbetale overtidsgodtgjørelse for den resterende del av ansettelsestiden.

(15) A har nedlagt slik påstand:

”Prinsipalt:

1. **A tilkjennes etterbetaling for overtid i perioden 1999 – 2001, inklusive renter og ferietillegg, fastsatt etter rettens skjønn og begrenset oppad til kr 34 254 – kroner trettifiretusentohundredeogfemtifire.**
2. **A tilkjennes sakens omkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett, fastsatt etter rettens skjønn og begrenset oppad til kr 99 808 – kroner nittinitusenåttehundredeogåtte.**
3. **Det tilkommer renter etter lov om forsinket betaling av alle tilkjente beløp fra forfall og til betaling skjer.**

Subsidiært:

1. **A gis medhold i at han har krav på betaling for utført overtid i perioden 1999–2001, inklusive rentetillegg og ferietillegg.**
2. **Frostatting lagmannsretts dom av 27. juni 2003 i sak nr. 03/000231/FRO-ASI oppheves på dette punkt.**
3. **Saken hjemvises til ny behandling ved Sør-Trøndelag tingrett hva angår beregningen av det beløp som skal etterbetales.**
4. **A tilkjennes sakens omkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett, fastsatt etter rettens skjønn og begrenset oppad til kr 99 808 – kroner nittinitusenåttehundredeogåtte, med tillegg av renter etter lov om forsinket betaling fra forfall og til betaling skjer.”**

(16) Ankemotparten, X AS, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

- (17) As arbeidstidsordning innebar en veksling mellom en uke med mange arbeidstimer og deretter en uke med klart færre timer. Avtalen ble inngått for å gi ham nødvendig fritid annenhver uke. A fikk dermed mulighet for å gjennomføre samværsordning med barn. Partene var enig om at dette – ut fra en gjennomsnittsberegning av arbeidstiden – ikke skulle føre til at han kunne kreve overtidsgodtgjørelse.
- (18) Arbeidsplassen var gjennomsliktig med få arbeidstakere. Hensynene til bevis, kontroll og forutberegnelighet i § 47 nr. 1 var i dette tilfellet godt ivaretatt ved en muntlig avtale. Situasjonen kan lett være annerledes på arbeidsplasser med flere arbeidstakere. Men der er det ved forskrift av 31. oktober 1991 nr. 1014 bestemt at det ved flere enn 10 arbeidstakere skal være et arbeidsreglement. Dette vil nødvendigvis være skriftlig.
- (19) Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 47 nr. 1 om skriftlig avtale må tolkes i lys av de øvrige regler i arbeidsmiljøloven om partenes adgang til å gjøre avtaler om arbeidsforholdet. Lovforarbeidene viser at lovgiveren i det hele tatt ikke har vært inne på spørsmålet om manglende skriftlighet skulle føre til at avtalen ble ugyldig. Manglende skriftlighet ville i vår sak gitt A rett til å kreve at avtalen om gjennomsnittsberegning ble satt opp skriftlig, og til dette kunne han også fått hjelp fra arbeidstilsynet. Men dette innebærer ikke at avtalen var ugyldig mellom partene, så lenge den ikke var inngått

skriftlig. I vår sak kommer i tillegg den omstendighet at arbeidsforholdet var avsluttet lenge før A tok opp spørsmålet om den muntlige avtalen var gyldig.

- (20) Subsidiært gjøres det gjeldende at det krav som A har fremsatt, er vesentlig for høyt. Eventuell overtidsgodtgjørelse for 2001 utgjør ca. kr 5 500 med tillegg av feriepengar og renter. For de to foregående år mangler dokumentasjon, og dette må gå ut over A.
- (21) X AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. Frostating lagmannsretts dom av 27.06.2003 stadfestes.
2. A tilpliktes å erstatte X AS sakens omkostninger for Norges Høyesterett med tillegg av 9,25 prosent morarente fra forfall til betaling skjer.”
- (22) Jeg er kommet til at anken ikke kan føre frem.
- (23) Den bestemmelsen i arbeidsmiljøloven som står sentralt i denne saken – lovens § 47 – befinner seg både innholdsmessig og etter sin plassering i skjæringspunktet mellom bestemmelsene i § 46 om arbeidstidens lengde og bestemmelsene om overtid i § 49. I § 46 settes et tak på 40 timers arbeidsuke, og med en begrensning på henholdsvis 38 og 36 timer for den type arbeid som er angitt i § 46 nr. 3 og 4. Arbeid som varer ut over den alminnelige arbeidstid slik den er fastsatt i §§ 46 og 47, regnes som overtidsarbeid, se § 49 nr. 1 første ledd.
- (24) Partene er enige om at A arbeidet ”på to skift som regelmessig drives på søn- og helgedager”, jf. § 46 nr. 3 bokstav b, og at den alminnelige arbeidstid for ham etter denne bestemmelsen ikke måtte overstige 9 timer i døgnet og 38 timer i uken. A hadde en ordning med samvær med barn som innebar at han hver annen uke hadde behov for fritid. Etter avtale med arbeidsgiveren ble dette ordnet slik at arbeidstiden i de aktuelle uker ble redusert, og med en tilsvarende økning i de ukene hvor han ikke hadde samvær. I disse ukene oversteg dermed arbeidstiden 38 timer. Uten en gjennomsnittsberegning etter § 47 nr. 1, ville en slik ordning være i strid med lovens § 49 om overtid, hvor det i nr. 1 fjerde ledd bestemmes at overtidsarbeid ikke må gjennomføres som en fast ordning.
- (25) Lagmannsretten fant bevist at den arbeidstidsordning som partene avtalte – med veksling mellom lange og korte arbeidsuker – lå innenfor den ordning som kunne avtales etter § 47 nr. 1. Retten la til grunn at A hele tiden ønsket en slik ordning av arbeidstiden, og fant det ikke bevist at han ”ga tilbakemelding om at han var misfornøyd med ordningen eller at han skulle ha overtidsbetaling for de ukene han arbeidet mer enn 38 timer”. Lagmannsretten uttalte at kravet om overtidsbetaling første gang ble fremsatt først etter at arbeidsforholdet opphørte, altså i 2002. Retten la etter dette til grunn at partene hadde inngått en muntlig avtale om As arbeidstid som innebar en slik gjennomsnittsberegning som det gis adgang til i § 47 nr. 1. Med den ramme saken har i Høyesterett, legger også jeg dette til grunn.
- (26) Arbeidsmiljølovens bestemmelser er i utgangspunktet ufravikelige. Men de kan fravikes ved avtale når dette er særskilt fastsatt, jf. lovens § 5. Lovens kapittel X om arbeidstiden inneholder ufravikelige regler, men åpner i atskillig utstrekning for avtaler om avvikende ordninger, dels med arbeidstakernes tillitsvalgte og dels direkte med den enkelte arbeidstaker. I de tilfeller hvor det gis adgang til å inngå slike avtaler, er det gjennomgående satt grenser for hva de kan gå ut på. Lovens § 47 nr. 1 er et eksempel på

dette. Her gis partene adgang til å fravike bestemmelsene om den alminnelige arbeidstid i § 46 ved innføring av en gjennomsnittsberegning. Samtidig settes det en grense ved 48 timers arbeidstid innenfor den enkelte uke. En noe tilsvarende ordning finner man for eksempel i bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 50 for bruken av overtidarbeid.

- (27) Dette er bestemmelser av offentligrettslig karakter, sprunget ut av det behov for vern av arbeidstakerne som kommer til uttrykk i lovens § 1. Praktiseringen av bestemmelsene overvåkes og håndheves av arbeidstilsynet.
- (28) Bestemmelsen i § 5 om at loven er ufravikelig, oppstiller ikke noe krav om at de avtaler hvor loven kan fravikes, skal være skriftlige. Men i enkeltbestemmelsene, hvor det gis adgang til avvik fra lovens ordning, er det i en rekke tilfeller fastsatt at avtalen skal inngås skriftlig. Fra kapittel X kan nevnes som eksempler på avtaler som kan inngås direkte med arbeidstakeren, § 45 nr. 3 om søn- og helgedagsarbeid og avtale om overtidarbeid inntil 400 timer i løpet av et kalenderår i § 50 nr. 2. Den sistnevnte bestemmelsen kom inn i loven ved lov nr. 13/2003.
- (29) Spørsmålet i vår sak er hvilken virkning manglende skriftlighet har i det privatrettslige forholdet partene imellom, når det er på det rene at det er inngått en muntlig avtale om gjennomsnittsberegning av den alminnelige arbeidstid, med et innhold som ligger innenfor de begrensninger som loven oppstiller.
- (30) I tillegg til de eksempler fra kapittel X som jeg allerede har nevnt, inneholder også sentrale bestemmelser i andre deler av arbeidsmiljøloven et krav om skriftlighet. Således bestemmer § 55 B at det i alle arbeidsforhold skal inngås skriftlig arbeidsavtale. Her vil manglende skriftlighet ikke gjøre avtalen ugyldig, men dette vil blant annet kunne føre til at avtalen ved tvil om innholdet blir tolket i arbeidsgiverens disfavør. Paragraf 57 nr. 1 bestemmer at oppsigelse skal skje skriftlig. Ved oppsigelse fra arbeidstakeren vil likevel også en muntlig oppsigelse kunne bli godtatt som gyldig. Det følger av § 57 nr. 2 tredje ledd at dette også kan bli resultatet ved en muntlig oppsigelse fra arbeidsgiveren.
- (31) Paragraf 47 nr. 1 har stått uendret siden loven ble vedtatt i 1977, likevel slik at tredje punktum ble tilføyet ved lov nr. 58/1985, i forbindelse med at arbeidsmiljøloven ble gjennomført for virksomheter i jordbruket. Jeg kan ikke se at spørsmålet om *virkningene* av at dette kravet ikke er oppfylt, i nevneverdig grad er berørt i lovforarbeidene.
- (32) I forbindelse med at tredje punktum i § 47 nr. 1 ble tilføyet i 1985, uttalte Direktoratet for Arbeidstilsynet, jf. Ot.prp. nr. 49(1983–84) side 39:

”Når det gjelder arbeidstid finner direktoratet det riktig å påpeke at den tradisjonelle muntlighet i avtaler mellom partene i jordbruket ikke harmonerer med de bestemmelser i arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser som krever at avtaler inngås skriftlig. Som påpekt i rapporten, har dette særlig relevans i forbindelse med bestemmelsene om gjennomsnittsberegning. Arbeidsmiljøloven krever at det settes opp en arbeidsplan når arbeidet foregår til forskjellige tider av døgnet, jf. § 48 samt § 47 nr. 1 annet ledd og nr. 2 nest siste ledd. Det er knapt tenkelig at en muntlig arbeidsplan kan ha noen særlig verdi, spesielt når det dreier seg om noe større bedrifter med flere ansatte og ulike arbeidsplaner. Mangelen på skriftlighet vil også gjøre Arbeidstilsynets kontroll med lønningslistene, jf. § 52, temmelig illusorisk, idet det kun er avtalen om gjennomsnittsberegning som viser overgangen fra alminnelig arbeidstid til overtid når arbeidstiden er gjennomsnittsberegnet. I tilfelle konflikt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om arbeidstid vil Arbeidstilsynet når skriftlige avtaler mangler og påstand

står mot påstand ikke være i stand til å yte bistand på vanlig måte. Erfaringsmessig vil en slik situasjon som regel slå ut til skade for arbeidstaker.”

- (33) Departementet sa seg i det vesentlige enig i de synspunkter som ble uttalt i NOU 1972: 3, Arbeidstid i jordbruket, hvor det blant annet heter:

”Komitéen har ikke funnet tilstrekkelig grunn til å lovfeste at systemet for gjennomsnittsberegningen skal være avtalt skriftlig mellom partene I tariffbundne arbeidsvilkår er fastsatt nærmere regler om arbeidstidsordningen og systemet for gjennomsnittsberegningen. Skriftlige avtaler om arbeidsordningen, med fastlegging av alle detaljer i systemet for gjennomsnittsberegning av arbeidstiden er ellers ikke i alminnelig bruk i jordbruket. Komitéen ser forholdet slik at muntlige avtaler innenfor den ramme som loven trekker opp skulle gi muligheter for en akseptabel løsning som partene ser seg tjent med i den foreliggende situasjon. I praksis vil også kunne forekomme at begge parter ser sine interesser best tilgodesett med å bytte fridager istedenfor å følge det oppsatte program. Å gjøre gyldigheten av en slik ordning betinget av at det opprettes skriftlig avtale om den vil neppe bli fulgt i praksis i sin alminnelighet.”

- (34) Departementet bemerket videre:

”Særlig i mindre virksomheter med en eller to arbeidstakere, og der forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker kan ha et personlig preg, synes arbeidsmiljølovens prosedyreregler for gjennomsnittsberegning av arbeidstiden å bli for omstendelige og restriktive. Når det gjelder større virksomheter, som det også finnes en del av, kan forholdene stille seg noe annerledes. Både i disse tilfeller og i de mindre virksomheter vil imidlertid, slik departementet ser det, begge parter interesse bli tilgodesett ved at hver av dem kan kreve skriftlig avtale om gjennomsnittsberegningen. Departementet antar for sitt vedkommende at en slik regel gir partene det nødvendige grunnlag for å ivareta sine interesser.”

- (35) Det fremgår av det jeg har sitert at kravet til skriftlighet i § 47 nr. 1 både er begrunnet i kontrollhensyn og i det behov partene har for den klarhet som skriftlighet normalt vil gi. Disse hensyn alene kan imidlertid ikke begrunne det syn at en avtale som bare er inngått muntlig, ikke kan gis gyldighet partene imellom. Ved den nærmere vurdering av dette spørsmålet finner jeg det rimelig å legge vekt på hvilke sider ved gyldighetsspørsmålet det er tale om.
- (36) Dersom spørsmålet kommer opp mens arbeidsforholdet består, må lovens krav føre til at ingen av partene med henblikk på fremtiden kan være bundet av en muntlig avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden. Begge parter må således kunne kreve at en eventuell fortsatt avtale om slik beregning blir regulert ved en skriftlig avtale.
- (37) Slik jeg ser det, kan den rettslige situasjon bli noe annerledes når man ser bakover i tid: Partene har i et kortere eller lengre tidsrom etterlevet en uomtvistet muntlig avtale som innholdsmessig ligger innenfor de rammer § 47 nr. 1 setter. Skal den manglende skriftlighet innebære at arbeidstakeren kan kreve etterbetalt tillegg for overtid for de timer som han har arbeidet ut over den alminnelige arbeidstid etter § 46? Det kan vanskelig gis noe absolutt svar på dette spørsmålet.
- (38) Når jeg i likhet med lagmannsretten er kommet til at A ikke kan gjøre krav på slik etterbetaling, legger jeg vekt på de særlige forhold som i dette tilfellet gjør seg gjeldende. Jeg legger som nevnt til grunn at ordningen med ujevn arbeidsbelastning fra den ene uke til den annen kom i stand for å dekke hans behov for periodevis ekstra fritid, og at dette var den direkte bakgrunn for avtalen om gjennomsnittsberegning av den alminnelige

arbeidstid. Avtalen dekket således ikke noe behov hos arbeidsgiveren. Ordningen ble praktisert i en periode på henimot to og et halvt år, helt frem til A sluttet, og jeg legger som nevnt også til grunn at det i løpet av denne tiden ikke ble fremsatt noe krav om overtidbetaling. Først etter at arbeidsforholdet var avsluttet, ble så kravet presentert for arbeidsgiveren.

- (39) Jeg antar at den manglende skriftlighet i dette tilfellet skyldtes at verken arbeidsgiveren eller arbeidstakeren var oppmerksom på kravet i § 47 nr. 1. Kravet om skriftlighet i denne bestemmelsen har et helt annet siktemål enn å ivareta arbeidstakerens økonomiske interesser i en situasjon som her. Slik forholdene ligger an i denne saken, vil virkningene av manglende skriftlighet bli strukket urimelig langt dersom dette skulle føre til at man skal se bort fra den muntlige avtalen om gjennomsnittsberegning av den alminnelige arbeidstiden. Jeg er derfor kommet til at denne avtalen må legges til grunn ved bedømmelsen av kravet på overtidsgodtgjørelse. Når det sees bort fra godtgjørelsen for de få timer som A har arbeidet ut over begrensningene i § 47 nr. 1 – og som utgjør det beløp som fremgår av punkt 1 i lagmannsrettens domsslutning – gis han ikke medhold i sitt krav på overtidsgodtgjørelse.
- (40) A har for Høyesterett fremsatt anførsler knyttet til den ett-årsbegrensning ved gjennomsnittsvurderingen som man finner i § 47 nr. 1, og til rekkevidden av vilkårene i § 47 nr. 2 bokstavene a til d. Disse anførselene er klart uholdbare, og jeg finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dem.
- (41) Etter dette blir lagmannsrettens dom å stadfeste.
- (42) Anken har vært forgjeves. Saken har reist spørsmål om forståelsen av arbeidsmiljølovens krav til skriftlighet som tidligere ikke har vært behandlet av Høyesterett. Jeg er på denne bakgrunn kommet til at saksomkostninger ikke bør tilkjennes for Høyesterett. For tingrett og lagmannsrett gjaldt saken også andre krav, hvor A heller ikke ble gitt medhold. Jeg ser ingen grunn til å endre lagmannsrettens saksomkostningsavgjørelse.
- (43) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Saksomkostninger for Høyesterett tilkjennes ikke.

- | | | |
|------|--------------------------|--|
| (44) | Dommer Mitsem: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (45) | Dommer Bruzelius: | Likeså. |
| (46) | Dommer Gussgard: | Likeså. |
| (47) | Dommer Gjølstad: | Likeså. |

(48) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Saksomkostninger for Høyesterett tilkjennes ikke.