

Arbeids- og sosialdepartementet
Postboks 8019 Dep.
0030 Oslo
postmottak@asd.dep.no

Kvale Advokatfirma DA
Fridtjof Nansens plass 4
Postboks 1752 Vik
N-0122 Oslo

Tel +47 22 47 97 00
Fax +47 21 05 85 85
post@kvale.no
www.kvale.no

NO 947 996 053 MVA

Oslo, 23. mai 2016
Vår ref.: TLI/INTERNAL

Ansvarlig advokater:
Nicolay Skarning og Tonje Liavaag

HØRINGSUTTALELSE – ARBEIDSTIDSUTVALGET – NOU 2016:1 – LEDENDE ELLER SÆRLIG UAVHENGIG STILLING

1. INNLEDNING

Kvale er et forretningsjuridisk advokatfirma som siden oppstart i 1988 har bistått nasjonalt og internasjonalt næringsliv. Selskapet har hele tiden hatt stabil organisk vekst. Vi teller i dag over 80 ansatte, hvorav 26 partnere og 40 advokater. Vi bistår nasjonale og internasjonale klienter, enten det er store selskap eller mindre virksomheter og privatpersoner. I tillegg gir vi bistand til offentlige myndigheter og offentlig eide virksomheter.

Kvale har en stor og erfaren arbeidslivsgruppe med kompetanse innen alle deler av det arbeidsrettslige fagfeltet. Gruppen består av 10 advokater/advokatfullmektiger, hvorav 3 er partnere: Nicolay Skarning, Jan-Erik Sverre og Arne Seemann Berg.

Kvales arbeidslivsgruppe har arbeidet mye med problemstillingen unntak fra arbeidstidsreglene, spesielt for ledende og særlig uavhengig ansatte, og hatt flere slike saker i retten og i forhold til Arbeidstilsynet. Gruppens leder, advokat Nicolay Skarning, har akkurat utredet temaet og skrevet bok om dette på Universitetsforlaget, se **BILAG 1**.

I tillegg har han sammen med gruppens nestleder, advokat Jan-Erik Sverre skrevet artikkel om temaet for Tidsskrift for Forretningsjus, se **BILAG 2**.

Etter vår oppfatning har Arbeidstidsutvalget kommet med en rekke gode og konstruktive forslag. Vi skal imidlertid begrense oss til å uttale oss om ledende og særlig uavhengig stilling, som unntak fra arbeidstids- og overtidsreglene. Disse omfatter omtrent 10 % av arbeidsstyrken, og det er tale om nøkkelpersoner i virksomhetene.

2. LEDENDE ELLER SÆRLIG UAVHENGIG STILLING

Kvale Advokatfirma støtter Arbeidstidsutvalgets forslag om å videreføre unntaksbestemmelsene. Det er tale om viktige unntak for både næringslivet og ansatte i nøkkelposisjoner.

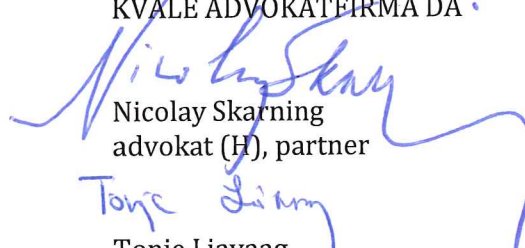
Arbeidstidsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 10 er noe skjematiske og passer ikke for alle. Vernehensynene slår heller ikke til i samme grad for alle. De som går inn i stillinger som ledende eller særlig uavhengige har ofte en sterkere posisjon i forhold til arbeidsgiver enn det andre har. Vår erfaring med disse gruppene er dessuten at mange ansatte ønsker å være unntatt fra arbeidstidsreglene fordi det gir dem større ansvar, fleksibilitet og høyere fast lønn. Ansattes eget ønske bør også tillegges vekt, sett hen til forhandlingsposisjonen til partene, og dette bør fremgå av forarbeidene.

Det har vært ganske stor etterspørsel etter både kurs og veiledning på rekkevidden av unntaksbestemmelsene, både fra arbeidsgivere og arbeidstakere. Det tyder på behov for en klargjøring av bestemmelsenes innhold, og derfor mer utførlige forarbeider. Vi mener Arbeidstidsutvalgets forslag om å kreve at unntak fra arbeidstidsreglene skal nedfelles i arbeidsavtalen er fornuftig. Det vil tydeliggjøre rettigheter og plikter.

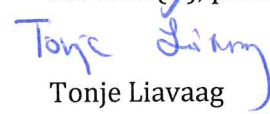
Videre støttes forslaget om å innføre unntak fra noen av arbeidstidsreglene også for en større gruppe arbeidstakere, det som Arbeidstidsutvalget har kalt "delvis uavhengige ansatte." Fleksible løsninger etterspørres både fra arbeidstakere og arbeidsgivere og dagens regelverk oppleves som litt rigid i noen sammenhenger. Utviklingen går mot at flere og flere arbeidstakere styrer mer av arbeidsdagen sin selv, både med hensyn til hvor, når og hvordan arbeidet skal utføres og hvor mye de skal arbeide. Terskelen for "særlig uavhengig ansatte," har i noen sammenhenger vært oppfattet som for høy til at arbeidsgiver og arbeidstaker har kunnet finne en for begge parter riktig innplassering. Derfor kan en mellomgruppe "delvis uavhengig ansatte" være hensiktsmessig, men hvor den ansattes ønske må tillegges tilstrekkelig vekt. Virkningene av en slik innføring bør også evalueres etter noe tid.

Vi støtter ikke uten videre at det utarbeides en veileder for bruk av unntaksbestemmelsene, annet enn en gjengivelse av forarbeidene. Alternativet er en noe mer presis beskrivelse i lovteksten, eller mest hensiktsmessig i forarbeidene. Unntakene bør ikke innskrenkes i forhold til i dag. Det som måtte foreligge av misbruk hører på vanlig måte inn under Arbeidstilsynets kontroll og kan dessuten følges opp i individuelle søksmål.

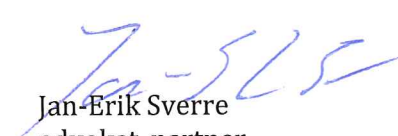
Med vennlig hilsen
KVALE ADVOKATEFIRMA DA



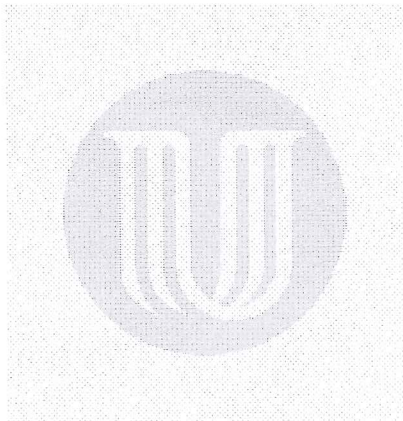
Nicolay Skarning
advokat (H), partner



Tonje Liavaag
fast advokat



Jan-Erik Sverre
advokat, partner



Ebok

Ledende og særlig uavhengig stilling

Nicolay Skarning

kr 699

📖 Bestill vurderingseksemplar

Omtrent ti prosent av arbeidsstyrken står i ledende eller særlig uavhengig stilling og er unntatt det vesentlige av arbeidstidsreglene. De kan arbeide mer fritt og uavhengig og har større ansvar, men har normalt ikke rett på overtidsbetaling. Forfatteren behandler spørsmål som:

- Når kan ansatte unntas fra arbeidstidsreglene?
- Hva er en «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling?
- Hva er fordelene og ulempene ved å være unntatt arbeidstidsreglene?
- Hvilken betydning har tittel og lønnsinnplassering?
- Hva er fallgruvene ved feilinnplassering?

I denne utgivelsen går forfatteren gjennom rettspraksis og Arbeidstilsynets praksis og trekker opp linjene for når ansatte kan unntas fra arbeidstidsreglene. Forfatteren går igjennom de enkelte momenter ved vurderingen og gir praktiske råd som kan brukes for å innplassere ansatte riktig.

Utgivelsen er beregnet både på arbeidsgivere og arbeidstakere, samt deres organisasjoner, og er ment å være et praktisk verktøy i personaladministrasjonen.

Utgivelsen vil være klar i elektronisk form våren 2016 og kan bestilles ved å sende epost til kommentarutgaver@universitetsforlaget.no. Kommentarutgaver.no er en abonnementstjeneste. Verket prises etter tjenestens prislister og står i forhold til antall ansatte i firmaet som bestiller. Det er også mulig å bestille et fysisk eksemplar ved å sende epost til bestilling@universitetsforlaget.no (pris kr 699).

Nicolay Skarning (f. 1964) leder arbeidslivsavdelingen til Kvale Advokatfirma DA i Oslo (www.kvale.no). Han er advokat med møterett for Høyesterett og har gitt ut en rekke bøker innen arbeidsrett. Tidligere har han vært advokat i NHO, hovedtillitsvalgt i Norges Juristforbund, dommerfullmektig i Larvik og Oslo, trainee i EU-kommisjonen og rådgiver i Utenriksdepartementets rettsavdeling.

Mer info om boka -

Innbinding	ebok	ISBN	9788215027487	Salgsdato	01.06.2016
Målform	bm	Utgivelsesår	2016		

Ledende eller særlig uavhengig stilling som grunnlag for å unntas fra arbeidstidsreglene

Av advokatene Nicolay Skarning og Jan-Erik Sverre¹

Artikkelen omhandler når arbeidstakere kan unntas fra arbeidstidsreglene fordi de anses som ledende eller særlig uavhengig etter gjeldende rett. Arbeidstidsutvalget fremla i januar 2016 sin innstilling på området, og foreslo bl.a. å beholde de to kategoriene samt ytterligere en unntakskategori.

1. INNLEDNING

1.1. GENERELT

Arbeidsmiljøloven kapittel 10 regulerer i detalj arbeidstidens lengde, plassering og ytre grenser for de aller fleste arbeidstakere, og er sentrale vernebestemmelser. Formålet med bestemmelsene er blant annet å sikre arbeidstakerne et arbeidsmiljø som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger.² En arbeidstaker kan arbeide maksimalt 9 timer i løpet av et døgn og 200 timer overtid i løpet av et år,³ og arbeidet skal registreres.⁴ Arbeidstakere som har en ledende eller særlig uavhengig stilling kan imidlertid unntas de fleste av disse bestemmelsene. For disse gruppene antas arbeidstidsreglene ikke å være hensiktsmessige.

Undersøkelser tyder på at ca. 10 % av arbeidstakerne er unntatt arbeidstidsreglene på dette grunnlaget.⁵ Typiske stillinger som kan unntas er administrerende direktør, økonomidirektør, advokat i forsikringsselskap eller forhandler i organisasjon.⁶ Men også andre typer stillinger kan omfattes. Blant jurister er for eksempel 18,3 % regnet for å ha ledende stilling og 11,1 % særlig uavhengig stilling.⁷

I denne framstillingen behandler vi ledende stilling og særlig uavhengig stilling hver for seg, siden arbeidsmiljøloven § 10-12 oppstiller dem som to forskjellige alternativer. Det er imidlertid mange likhetstrekk. Lovteksten er svært kort og det foreligger ikke noen dom fra Høyesterett på området. Det innebærer at formål, forarbeider og underrettsdommer vil stå mest sentralt. Vi skal også se litt på Arbeidstilsynets praksis.

¹ Nicolay Skarning er leder av Kvaless arbeidsrettsgruppe, tidligere dommerfullmektig og har møterett for Høyesterett. Jan-Erik Sverre er nestleder i gruppen og er tidligere dommerfullmektig.

² Arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav a).

³ Mer presist et tak på ni timer innenfor 24 timer, og 200 timer overtid innen 52 uker, jf. arbeidsmiljøloven 10-4 første ledd og § 10-6 fjerde ledd. Deretter finnes noen unntaksbestemmelser.

⁴ Arbeidsmiljøloven § 10-7. Registrert arbeidstid skal være tilgjengelig for Arbeidstilsynet og de tillitsvalgte.

⁵ Sentio AS gjorde en undersøkelse i 2005, som anga at i overkant av 7 % var omfattet av unntaket.

Arbeidsforskningsinstituttets (AFI) undersøkelse fra 2014 pekte på omtrent 14 %. Rambølls undersøkelse i 2014 peker på 9-16 %, avhengig av om arbeidsgivere eller arbeidstakere blir spurt. NOU 2016: 1 bygger på at tallet er ca. 10 %.

⁶ Eksempelen med advokaten er hentet fra forarbeidene, som eksempel på arbeidstaker med særlig uavhengig stilling. Forhandlere i organisasjonene er ofte også unntatt. Men slike stillinger må alltid vurderes ut fra det reelle innholdet i stillingen.

⁷ Juristforbundets lønnsundersøkelse 2014. Her er dommerne tatt ut av statistikken.

I vurderingen av om en stilling faller utenfor arbeidstidsreglene, vil det være avgjørende hvilket reelt innhold stillingen har. Hva som står i arbeidsavtalen vil kunne gi veiledning, men er ikke avgjørende.⁸

Arbeidsgiver har bevisbyrden for at det foreligger grunnlag for unntak fra arbeidstidsreglene, sml. arbeidsmiljøloven § 2-1. Her vil arbeidsavtalen og praktiseringen av den stå sentralt. Imidlertid er vi på et område med preseptorisk (bindende) lovgivning, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9, og en uavhengig vurdering må derfor gjøres.

Arbeidstidsreglene gjelder ikke i forhold virksomheten har til selvstendige oppdragstakere og entreprenører, som ikke er ansatte men som utfører oppdrag for virksomheten,⁹ se likevel arbeidsmiljøloven § 2-2.

Det foreligger ikke særlige regler i tjenestemannsloven på området, og fremstillingen er derfor også relevant for statlig sektor.¹⁰

Arbeidstidsutvalget la frem sin innstilling i januar 2016 (NOU 2016:1), hvor også artikkelens tema er behandlet. Her foreslås at reglene videreføres, men at særlig uavhengig stilling presiseres noe mer samt at det skal stilles krav til at unntak fra arbeidstidsreglene skal inntas i arbeidsavtalen, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6. I tillegg foreslår flertallet i utvalget at det skal innføres en ytterligere unntakskategori kalt "delvis uavhengig." Innstillingen berøres bare så vidt i denne artikkelen.

Dansk¹¹ og svensk¹² rett har nokså tilsvarende unntak som norsk rett, og har som Norge implementert EUs arbeidstidsdirektiv.¹³

⁸ LB-2007-101453.

⁹ Om grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker, se f.eks. Rt-1984-1044, Rt-2013-342 og Rt-2013-354.

¹⁰ Overtid reguleres i staten gjennom Hovedtariffavtalen for staten 2014-2016 § 13, hvor det fremgår: "Arbeidstakere i ledende stilling eller i særlig uavhengig stilling, har som hovedregel ikke rett til overtidsgodtgjøring. Slik godtgjøring kan likevel utbetales når arbeidstakerne: a) følger dem de er satt til å lede b) går inn i en oppsatt tjenesteliste (vaktplan) c) er pålagt overtidsarbeid av overordnet leder som kan kontrollere utføringen av arbeidet. I dette tilfellet kan det gis overtidsgodt gjøring for inntil 300 timer i kalenderåret."

¹¹ Dansk rett viser til EUs arbeidstidsdirektiv. I tillegg gir den danske arbeidsmiljøloven i § 54 unntak fra hvilebestemmelsene for: "Personer i overordnede stillinger samt repræsentanter og agenter, der arbejder uden for virksomhedens faste arbejdssted,..."

¹² I svensk rett reguleres arbeidstiden i Arbetstidslagen fra 1982. Her fremkommer unntak i § 2 nr. 2 for: "arbete som utförs av arbetstagare som med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor har företagsledande eller därmed jämförlig ställning eller av arbetstagare som med hänsyn till sina arbetsuppgifter har förtroendet att själva disponera sin arbetstid,..."

¹³ Direktiv 2003/08/EF

1.2. Historisk utvikling

Historisk har det vært gjort unntak fra arbeidstidsreglene siden man begynte å lovregulere arbeidstiden, fordi arbeidstidsreglene ikke passet på alle.

I lov om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter 1915, som var første lovreguleringen av normalarbeidstiden for voksne arbeidere, var det i § 2 unntak for bl.a. *"bestyrer, disponent eller andre overordnede personer..."*.¹⁴ Også 8-timerskonvensjonen 1919, som begrenset arbeidstiden til åtte timer pr. dag hadde tilsvarende unntak.¹⁵ Her sto i artikkel 2 bokstav a):

"Bestemmelsene i denne konvensjon gjelder ikke dem som innehar en tilsyns- eller ledende stilling, og heller ikke dem som er beskjeftiget i betrodd egenskap."

Arbeidervernlovene av 1936 og 1956 hadde lignende unntak.^{16 17}

I arbeidsmiljøloven 1977 § 41 bokstav a) og b) ble unntakene formulert slik:

"a) arbeid av ledende art og arbeid av andre som har en særlig selvstendig stilling innen virksomheten. Unntaket gjelder ikke arbeidsledere og andre i liknende stillinger som i arbeidstida følger dem de er satt til å lede,..."

I EFs rådsdirektiv om arbeidstid 93/104/EF (Arbeidstidsdirektivet) fra 1993, videreført i rådsdirektiv 2003/08/EF fra 2003, er det gjort slikt unntak i artikkel 17 nr. 1 bokstav a:

"1. Under overholdelse af de generelle principper for beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed kan medlemsstaterne fravige artikel 3, 4, 5, 6, 8 og 16, når arbejdstidens længde som følge af særlige træk ved det udførte arbejde ikke måles og/eller fastsættes på forhånd, eller når arbejdstagerne selv kan fastsætte den, bl.a. når der er tale om:

a) personale med ledelsesfunktioner eller andet personale, der har beføjelse til at træffe selvstændige beslutninger"

Direktivet er implementert i norsk rett gjennom EØS-avtalen.¹⁸ Dermed er direktivet også relevant som tolkningsmoment.

I 2004 foreslo Arbeidslivslovutvalget en innsnevring av unntaket for at flere skulle omfattes

¹⁴ Disse falt utenfor definisjonen av "arbeider." www.aktuell.no opplyser 4.7.15: "1915: Første lovregulering av normalarbeidstid for voksne arbeidere. 10 timer arbeidsdag og 54 timers uke... 1920: 8-timersdagen lovfestes etter å ha blitt tariffestet året før."

¹⁵ ILO konvensjon nr. 1. Ikke ratifisert av Norge.

¹⁶ Arbeidervernloven 1936 § 12, formulert slik i nr. 1 og 2: "1. arbeid av ledende eller kontrollerende art eller i annen særlig betrodd stilling. 2. arbeid av representanter, agenter og handelsreisende, for så vidt det blir utført utenfor bedriftens faste arbeidssted,..." Forarbeidene til bestemmelsen nevnte som eksempler disponenter, driftsingeniører, kontorsjefer eller avdelingssjefer (Ot. prp. nr. 31 (1935) s. 26).

¹⁷ Arbeidervernloven 1956 § 18 sa følgende: "1. arbeid av ledende eller kontrollerende art. Unntaket gjelder ikke arbeidsledere og andre i liknende stilling som i arbeidstiden følger dem som de er satt til å lede eller kontrollere. 2. arbeid av annen særlig betrodd art enn nevnt under nr. 1, første punktum. 3. arbeid av representanter, agenter og handelsreisende, for så vidt det blir utført utenfor bedriftens faste arbeidssted,..."

¹⁸ NOU 2016: 1 sier i pkt. 3.5.4: "Arbeidstidsdirektivet er gjennomført i norsk rett gjennom arbeidsmiljøloven kapittel 10 om arbeidstid."

av arbeidstidsreglene.¹⁹ Dette fikk imidlertid ikke tilslutning i den videre lovprosess, og Stortinget vedtok en tilnærmet likelydende bestemmelse som tidligere i arbeidsmiljøloven 2005 § 10-12 første og andre ledd. Endringen medførte at "ledende" og "særlig uavhengig" ble oppstilt i to forskjellige ledd. Dermed kom de to alternativene klarere frem enn i arbeidsmiljøloven 1977, mer slik de ble fremstilt i arbeidervernlovene 1936 og 1956. Det ble ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor man igjen oppstilte alternativene i to forskjellige ledd, men lovteksten fra 2005 gir en oppfordring til klarere å skille alternativene fra hverandre.

I 2005-loven ble "særlig selvstendig stilling" omformulert til "særlig uavhengig stilling." Det var ikke meningen å endre rettstilstanden.²⁰ Tidligere forarbeider og rettspraksis er dermed fortsatt relevant. Samtidig kom også den endring at omtalen av arbeidsledere som arbeidet sammen med sine ansatte ble tatt ut av lovteksten. Disse var omfattet av arbeidstidsreglene i motsetning til andre ledende ansatte, og var typisk for formenn, baser osv. Selv om unntaket er tatt ut av loven, må denne gruppen fortsatt falle innenfor arbeidstidsreglene. Det var heller ikke på dette punkt meningen å endre rettstilstanden.²¹

¹⁹ NOU 2004:5. Se bl.a. utvalgets drøftelse i utredningens pkt. 13.5.2. Utvalget ønsket å begrense de fleste lederes arbeidstid til maksimalt gjennomsnitt på 48 timer pr. uke og viste bl.a. til mål om mer jevn kjønnsbalanse på toppledernivå. Utvalget ønsket også at ledere og særlig uavhengige ansatte skulle føre sin arbeidstid.

²⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) kapittel 25: "Begrepet «særlig selvstendig» omformuleres til «særlig uavhengig», men det er ikke ment å ligge noe vesentlig annet i begrepet uavhengig enn det som opprinnelig var ment å ligge i selvstendig."

²¹ Arbeidsrett.no skriver den 23.4.15: "Tatt i betraktning departementets presisering av at unntaket skulle ha samme anvendelsesområde som etter tidligere rett, er det lite sannsynlig at denne unntakelsen skal få realitetsendringer. Trolig må det legges til grunn som det klare utgangspunkt at arbeidsledere og andre som er bundet til å følge sine underordnede arbeidstid, ikke har ledende stilling i lovens forstand."

1.3. Hensyn bak de to unntakene

Den sentrale begrunnelsen for unntakene for både ledende og særlige uavhengige stillinger er at arbeidstidsreglene ikke passer. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 ble det uttalt: "*... men en del arbeid hvor det vil være vanskelig å anvende faste regler om arbeidstid, er unntatt fra arbeidskapitlets bestemmelser.*"²² Disse gruppene er unntatt fra tidsregistrering, og noe av grunnen til dette er nok at arbeidstid og fritid flyter mer over i hverandre, og dermed er vanskeligere både å føre og kontrollere.

EUs arbeidstidsdirektiv, nevnt ovenfor, peker på at særlige trekk ved stillingen gjør at arbeidstiden ikke måles eller fastsettes på forhånd. Direktivet nevner som eksempel stillinger med ledelsesfunksjoner, alternativt andre med fullmakt til å treffe selvstendige beslutninger.

Vernehensynene bak arbeidsmiljøloven slår ikke til i like stor grad overfor ledende og særlig uavhengige ansatte. De står normalt i en sterkere posisjon enn andre arbeidstakere, slik at det ikke foreligger det samme vernebehovet som for andre. Hvorvidt de virkelig står i en sterkere posisjon vil dermed være et moment av betydning både ved avtaleinngåelsen og på et senere tidspunkt, når en eventuell tvist er oppstått.

Et hensyn vi ikke har sett omtalt noe sted, men som burde kunne være relevant, er spørsmålet om virksomhetene er avhengig av at noen er unntatt arbeidstidsreglene for at virksomheten skal nå sine mål eller være lønnsomme. Ledere og særlig uavhengige ansatte er grupper av spesiell viktighet i virksomheten. Om disse ble begrenset av skjematiske arbeidstidsregler, kunne man se for seg at det ville gå ut over både ledelsen og koordineringen av arbeidsoppgavene. Dersom for eksempel toppleder eller økonomidirektør er påtvungen hviletid, kan det gå ut over viktige avklaringer og koordineringer for resten av virksomheten.

Ledende ansatte er arbeidstakere som selv utøver arbeidsgivers styringsrett og i mindre grad enn andre er underlagt den. De vil også ofte ha adgang til å delegere arbeidsoppgaver, noe som gir dem større frihet. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005 ble det presisert: "*...en del arbeidstakere i et øvre ledersjikt har en type arbeid som krever stor fleksibilitet og hvor det er uhensiktsmessig at arbeidstidsregler (og tidsregistrering) skal komme til anvendelse.*"²³ Henvisningen til fleksibilitet viser at ledende ansatte ikke skal måtte begrenses av de skjematiske arbeidstidsreglene, og således både kunne velge selv eller pålegges å arbeide "når som helst". Dette er hensyn som også er relevant for de særlig uavhengig ansatte.

Særlig uavhengig ansatte er gjerne mer uavhengig av fast arbeidstid enn både andre ansatte og de ledende ansatte. De har ofte mer oppgave- enn klokkestyrte oppgaver. Dessuten kan de ha særlige fullmakter eller stå ledelsen nær, som gjør at også de kan delegere noe av sitt arbeid, eller i større grad påvirke de frister som de arbeider under. Den fleksibiliteten som tilkommer ledende ansatte, skal også særlig uavhengig ansatte kunne nyte godt av.

1.4. Noen rettskildespørsmål

²² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 58.

²³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 180.

Både for virksomhetene og for arbeidstakerne er det behov for mest mulig forutberegnelighet av hvorvidt stillingene kan unntas arbeidstidsbestemmelsene eller ikke. En slik forutberegnelighet kan neppe sies å foreligge i dag. Samtidig er det så vidt mange forskjellige situasjoner hvor unntak kan være aktuelt, at det ikke er hensiktsmessig å regulere dette i detalj. Spørsmålet er også hvor langt lovgiver vil ønske å detaljregulere arbeidsavtaler med bruk av bindende lovgivning i forhold til arbeidsgiver/arbeidstaker, som kanskje bør gis et visst handlingsrom for selv å vurdere hva som er best for dem. Er lovgiver for streng og detaljert, kan for eksempel mange som ønsker en særlig uavhengig stilling, fratas denne muligheten med negative følger for dem hva gjelder både stillingens frie innhold, samt lønn (fast overtidsgodtgjørelse mm).

Lovteksten er knapp og det foreligger ingen høyesterettsdom på området. Dermed er man henvist til forarbeidene for veiledning, men heller ikke disse sier mye. For særlig uavhengige stillinger har forarbeidene fra 2005 snarere skapt mer usikkerhet. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 ga noen eksempler på stillinger som kunne falle utenfor arbeidstidsreglene. Det er imidlertid ikke gitt at de stillingstitlene som ble brukt den gangen har helt det samme innholdet i dag.

Det foreligger en del dommer fra underrettene, som sammen med forarbeidene gir en viss veiledning. Vi har også innhentet noe av Arbeidstilsynets praksis rundt temaet. Ved henvendelse til Arbeidstilsynet har vi fått innsyn i noen vedtak, som skal nevnes senere som illustrasjon.

Arbeidstilsynet er et spesialorgan som arbeider tett på arbeidslivet. Ut fra tilsynets særlige kompetanse er det derfor av interesse hvordan det tolker og anvender unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 10-12 første og andre ledd. Samtidig er ikke Arbeidstilsynets praksis på området allment tilgjengelig, og har uansett begrenset vekt fordi det er tale om administrativ praksis.²⁴ Denne praksis må forholde seg til lovtekst, forarbeider og rettspraksis. En viss relevans kan den likevel ha, og Hålogaland lagmannsrett henviste for eksempel til Direktoratet for arbeidstilsynets generelle tolkningsuttalelse til NITO i 2007²⁵ i LH-2007-191174, og tilsvarende ble gjort av Haugaland tingrett i THAUG-2012-48587. Arbeidstilsynets rettsoppfatning kan også utfordres. I NAD-1986-440, omtalt senere, ble Arbeidstilsynets tolkning utfordret og satt til side.

²⁴ Arbeidstidsutvalget (NOU 2016: 1) refererer ikke til Arbeidstilsynets praksis når utvalget drøfter unntakene i arbeidsmiljøloven § 10-12 første og andre ledd.

²⁵ Omtalt nærmere under Arbeidstilsynets praksis.

2. LEDENDE STILLING

2.1. Arbeidsmiljøloven § 10-12 (1)

Arbeidsmiljøloven § 10-12 første ledd sier:

"(1) Bestemmelsene i dette kapittel kommer ikke til anvendelse for arbeidstaker i ledende stilling, med unntak av § 10-2 første, andre og fjerde ledd."

Henvisningen til § 10-2 første, andre og fjerde ledd innebærer at også denne gruppen skal ha vern mot arbeidstid som gir uheldige psykiske eller fysiske belastninger.

"Ledende stilling" er et begrep som naturlig peker mot dem som anses som ledere for virksomheten, for eksempel daglig leder (CEO), salgssjef, regnskapssjef, personalsjef og avdelings- og kontorledere. Begrepet må kunne sees i sammenheng med arbeidsmiljøloven § 1-8:

*"Med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det som i denne lov er bestemt om arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten."*²⁶

Fullmakten til å lede virksomheten går fra styret til administrerende direktør, til personer i ledergruppen, og til avdelingene og kontorene under. De ledende ansatte er personer som på virksomhetens vegne utøver arbeidsgivers styringsrett, det vil si utøver retten til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet.²⁷

De ledere som arbeider sammen med sine ansatte i det daglige, og langt på vei følger deres arbeidstidsordning, som for eksempel baser og formenn, er ikke unntatt fra arbeidstidsreglene. Dette gikk tidligere frem av lovteksten i 1977-loven § 41 a) slik: *"Unntaket gjelder ikke arbeidsledere og andre i liknende stillinger som i arbeidstida følger dem de er satt til å lede."* Setningen ble tatt ut i 2005, uten at det var meningen å endre rettstilstanden. En annen endring i 2005-loven var en språklig endring fra *"arbeid av ledende art"* til *"ledende stilling"* uten at rettstilstanden heller ikke på dette punkt ble endret.²⁸

2.2. Forarbeidene

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 ble følgende skrevet om ledende stilling:²⁹

"[...]Unntaket under a) tar for det første sikte på arbeidstakere som innehar klare lederfunksjoner. Som eksempel kan nevnes disponenter, avdelingssjefer, kontorsjefer, overingeniører og andre som har et større ansvar eller som i særlig grad kan treffe selvstendige avgjørelser, og som selv må vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats. Det avgjørende for om en arbeidstaker går inn under unntaket, må være den faktiske stilling og funksjon

²⁶ Se Rt. 1972 s. 1311 der Høyesterett la til grunn at både administrerende direktør og teknisk direktør i en større bedrift var å anse som «den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten».

²⁷ Se for eksempel definisjonen på arbeidsgivers styringsrett i Theatercafé-dommen, Rt. 2008 s. 856.

²⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) kapittel 25: "Arbeid av ledende art erstattes med arbeidstaker i ledende stilling uten at det er ment å innebærer en realitetsendring i hva dette omfatter i forhold til gjeldende rett."

²⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 58 og 59.

vedkommende har i virksomheten. Hvilken tittel arbeidstakeren har, er av underordnet betydning."

Opplistingen fra forarbeidene til 1977-loven er det senere blitt vist til i både rettspraksis og i Arbeidstilsynets praksis. Den viser at ganske store ledergrupper faller utenfor arbeidstidsreglene, om ikke annet avtales. Det stilles i forarbeidene krav om klare lederfunksjoner. Det trekkes i retning av at hovedinnholdet i stillingen må dreie seg om ledelse. Er bare en mindre del av stillingen ledelse, er det mer naturlig å vurdere stillingen i forhold til unntaket for særlig uavhengig stilling. Forarbeidene viser til at vedkommende "*selv må vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats,*" og at det er tale om personer med et større ansvar, som i særlig grad kan treffe selvstendige avgjørelser. Dette trekkes i retning av krav til en viss uavhengighet også i en lederstilling, slik Arbeidstilsynet bygger på i sin praksis.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005 ble det uttalt:³⁰

"Arbeidslivslovutvalget mente at selv med forslaget om adgangen til å avtale arbeid utover alminnelig arbeidstid var det urealistisk med en arbeidstidsregulering for alle, og foreslo derfor et generelt unntak for det aller øverste ledersjiktet. Departementet er enig i dette, men mener at disse hensyn gjør seg gjeldende for en større gruppe arbeidstakere, og at det er upraktisk og lite hensiktsmessig å gjøre arbeidstidsbestemmelsene gjeldende for arbeidstakere med særlig ledende stilling. Departementet foreslår derfor at dagens unntaksadgang for denne arbeidstakergruppe videreføres, og at man benytter begrepet «ledende stilling» i tråd med utvalgets forslag."

Her videreføres rettstilstanden fra tidligere. Dermed finnes mest veiledning i forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977, selv om det i etterkant kan ha gått litt inflasjon i noen av de stillingstitlene som der er brukt. Det er likevel innholdet i stillingen som blir det avgjørende. Forarbeidene stiller krav til en viss uavhengighet for ledende ansatte. På grunn av deres koordinerende rolle, styrings- og kontrollansvar, er de nok generelt sett mindre uavhengig enn kategorien "særlig uavhengig stilling."

Et spørsmål som reiser seg er om det kan stilles krav til at lederens stilling skal være "særlig uavhengig", særlig fordi lovteksten i arbeidsmiljøloven 1977 kunne trekke i den retningen. Etter arbeidsmiljøloven 2005 er ledende og særlig uavhengige stillinger klart atskilt. Det taler etter vår oppfatning for at uavhengighetsvurderingen er noe mindre sentral for ledere enn for særlig uavhengige, fordi det nettopp er uavhengigheten som er det sentrale for sistnevnte gruppe. Samtidig vil det å utføre lederoppgaver medføre at lederen må ha visse fullmakter og et visst handlingsrom. En viss grad av uavhengighet må derfor også en leder ha. Det er imidlertid som nevnt ikke uten videre riktig å stille samme krav til uavhengighet til en leder som til en ansatt i en særlig uavhengig stilling. I sistnevnte tilfelle er uavhengigheten det helt dominerende, mens en leder i større grad må være tilgjengelig for sine ansatte, og mer tilstede for å fordele og kontrollere arbeidet. Ledelse gir myndighet og innflytelse, men legger også begrensninger på vedkommendes uavhengighet overfor arbeidsplassen og arbeidstiden. Ledere står i linjen, med linjeansvar og ansvar for at arbeidsoppgavene under hans område blir utført. Det forutsetter normalt tilstedeværelse. Lederen er sånn sett mindre uavhengig, men har samtidig adgang til å delegere sine arbeidsoppgaver, og dermed få noe frihet på den måten.

2.3. Dommer som konkluderte med at det forelå ledende stilling

³⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 180.

Vi har tre dommer fra lagmannsrettene, som godtok unntak fra arbeidstidsreglene fordi stillingen ble ansett å være ledende.

RG 2009 s. 1628 – Butikksjefen i Kiwi

I 2009 kom Eidsivating lagmannsrett ³¹ til at butikksjef i Kiwi hadde ledende stilling og dermed ikke krav på overtidsbetaling. Butikksjefen hadde totalansvaret for butikkens drift, det økonomiske resultatet samt personalet, men var underlagt en relativt utfyllende instruks for hvordan arbeidet skulle utføres. Lagmannsretten uttalte:

"Lagmannsretten finner likevel ikke at instruksen endrer butikksjefstillingens formelle karakter av å være en ledende stilling. Uansett detaljgraden i styringsinstrukser vil det nemlig i praksis alltid være behov for en leder som har det øverste ansvaret og som kan ta avgjørelser."

Direktoratet for Arbeidstilsynet har fattet en rekke vedtak om butikkleidere, hvor resultatet ble det motsatte av denne saken. Når det gjaldt ett av vedtakene (Lindex-saken fra 2005),³² uttalte lagmannsretten:

"A har sterkt fremhevet at Arbeidstilsynet i en klagesak kom til at butikksjefer i Lindex ikke hadde en ledende stilling, og at As stilling er tilnærmet lik den Arbeidstilsynet vurderte. Flertallet er ikke enig i det. Blant annet er det faktiske forskjeller i stillingene ved at butikksjefene i Lindex måtte registrere sin arbeidstid og rapportere om eventuell avspasering. Det måtte ikke A og Arbeidstilsynet har nettopp fremhevet at de i grensetilfellene la avgjørende vekt på om vedkommende selv kunne kontrollere sin egen arbeidstid [...] Flertallet viser for øvrig til at det av forarbeidene slik de er referert ovenfor, fremgår at det skal legges særlig vekt på om vedkommende kan treffe selvstendige avgjørelser, og selv må vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats. [...] A var for øvrig ikke underlagt noen fast kontroll med hvor og hvordan han arbeidet, i motsetning til de øvrige ansatte som A selv fulgte med, veiledet og kontrollerte."

Det er tale om øverste leder i butikken, hvor hovedoppgaven er ledelse. Lagmannsretten legger vekt på hvem som er den formelt øverste leder og viser til behovet for å ha en person med et slikt ansvar. Butikksjefen utøvde arbeidsgivers styringsrett på stedet, foresto ansettelser og oppsigelser, hadde en viss frihet til å avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats og var ikke underlagt fast kontroll med arbeidstiden. Dette veide tyngre enn at han var underlagt et detaljert regelverk fra arbeidsgivers side. Det kan se ut til at den formelle posisjon som øverste leder på stedet veier tyngre for lagmannsretten enn for Arbeidstilsynet.

LH-2014-103370- Barnevernleder i kommune

I sak fra 2014 kom Hålogaland lagmannsrett til at barnevernleder i kommune hadde en ledende stilling og ikke rett til overtidsbetaling, til tross for at barnevernlederen selv arbeidet mye med saksbehandling. Han deltok endog i fleksitidordningen, men uten at dette var del av arbeidsgivers kontroll med arbeidstiden. Han hadde høyere lønn enn de andre og 8 kompensasjonsdager. Lagmannsretten uttalte

"At A har valgt å utføre mye saksbehandlingsoppgaver selv og har ansvaret for en egen portefølje av saker, er mer et uttrykk for As egen måte å ivareta lederfunksjonen, enn et uttrykk for at hans stilling som sådan mer har et hovedpreg av saksbehandling enn ledelse. I tider med vakanser i stillinger, vil det også være naturlig at en leder må utføre flere oppgaver enn ellers. Også det forhold at han bruker lite av sin tid til budsjett- og økonomioppgaver må ses som et

³¹Dissens 4-1. Arbeidsgiver hadde i forkant også vunnet frem i tingretten.

³²Sak 2005/4404.

uttrykk for hans egen prioritering av sin arbeidstid. Etter flertallets mening styrer A selv sin arbeidstid, men er naturlig nok også styrt av akutte hendelser.[...]At han også tidvis må være til stede på kontoret på V sammen med sine underordnede, svekker ikke det forhold at stillingen hans må karakteriseres som ledende. Også for utøvingen av sine lederfunksjoner, og da særlig personalansvaret og beslutningsansvaret, er det viktig med tilstedeværelse også på hovedkontoret på V samtidig med de øvrige ansatte..."

Lagmannsretten vektlegger at arbeidstaker har lederfunksjoner, selv om han drev mye saksbehandling, og at han prioriterer egen arbeidstid. Den selvstendige beslutningsmyndighet står her sentralt. Lagmannsretten bringer også i denne saken inn momenter av en uavhengighetsvurdering i disponeringen av arbeidstid. Arbeidstiden ble ført, etter arbeidstakers eget valg, men uten at det forelå kontrollhensyn bak. Et moment i forhold til Arbeidstilsynets praksis er at barnevernlederen tidvis måtte være på kontoret sammen med sine underordnede. Hos Arbeidstilsynet er dette et moment som trekker i retning av at man underlegges arbeidstidsreglene, mens lagmannsretten ikke lar dette få avgjørende vekt.

*LG-2014-163402- Enhetsleder i kommune*³³

Gulating lagmannsrett kom i saken til at enhetsleder i en kommune var ledende stilling som ikke ga rett til overtidsbetaling. Arbeidstaker var i hele perioden leder av plan- og næringsavdelingen i kommunen, med høyere avlønning enn de andre. Det avgjørende ble at han ikke var underlagt kontroll med hensyn til arbeidstiden og at han selv måtte vurdere behovet for egen arbeidsinnsats. Lagmannsretten uttalte på overordnet nivå om momentene:

"At lønnen etter omstendighetene vil være ett av flere momenter av betydning, er en annen sak. Videre legges det til grunn at en arbeidstaker som er underlagt fast kontroll med hensyn til arbeidstiden eller har sin arbeidstid innrettet etter sin underordnede, ikke skal være unntatt fra arbeidstidskapittelet. Dette selv om vedkommende har visse lederfunksjoner. Om vedkommende selv deltar i det arbeidet han er satt til å lede, er av underordnet betydning. Det avgjørende i denne sammenheng vil være om vedkommende må oppholde seg på samme arbeidsplass som sine underordnede. Det påpekes også at det ikke er avgjørende hvordan arbeidstaker selv vurderer forholdet til unntaksbestemmelsene. Det er derfor ikke avgjørende om arbeidstaker mener at stillingen faller inn under unntaksreglene, og det er ikke avgjørende om andre arbeidstakere i tilsvarende stillinger er av samme oppfatning. Dette følger av at det her er tale om å fastlegge innholdet i preseptoriske lovbestemmelser.[...] Det ble bekreftet gjennom As egen forklaring at det var han selv som hadde tatt stilling til det løpende behovet for egen innsats."

Lagmannsretten slo fast at unntaksbestemmelsene skal praktiseres strengt, slik også Arbeidstilsynet har lagt til grunn. Det må foreligge klare lederfunksjoner, et større ansvar og den ansatte må selv kunne vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats, for at unntaksbestemmelsen kan komme inn. Dersom vedkommende er forpliktet til å oppholde seg på arbeidsplassen med sine ansatte, trekker dette klart i retning av at det ikke er grunnlag for unntak fra arbeidstidsbestemmelsene. Tittel og lønn har mindre vekt, og det samme gjelder hvordan arbeidstaker selv vurderer forholdet. Det er tale om preseptorisk lovgivning og den ansattes egen oppfatning har derfor mindre vekt.

2.4. Dommer som ikke godtok at det forelå ledende stilling

³³ Avsagt 27.3.15.

Vi går gjennom to dommer fra lagmannsrettene, der retten ikke aksepterte at det forelå en ledende stilling.

LB-2007-101453 – Utviklingsleder i programmeringsforetak

I en sak fra 2008 gjaldt det en utviklingsleder i et programmeringsselskap, som var en form for prosjektleder. Lagmannsretten kom til at han verken hadde særlig ledende eller uavhengig stilling, og uttalte:

"A hadde arbeid av produserende, ikke av ledende art. A hadde ikke personalansvar. Han hadde ikke innflytelse eller ansvar for fastsettelse av lønn, ferier, avspasering, delegering av arbeidsoppgaver eller kompetanseutvikling. Han hadde heller ikke budsjettansvar. Etter lagmannsrettens syn hadde A ikke arbeid av ledende art eller en særlig selvstendig/uavhengig stilling i X AS. Han har derfor krav på overtidsbetaling."

Arbeidstaker utførte programmeringsarbeid, som de andre. I så måte var han som en arbeidsleder som arbeidet sammen med sine ansatte. Det ble arbeidet mye i perioder og milepælene styrte arbeidet. Disse var krav satt av arbeidsgiver, og arbeidstiden var således styrt av arbeidsgiver. I tillegg hadde ikke arbeidstaker myndighet av betydning. Stillingen falt dermed nokså klart utenfor unntaket for både ledende og særlig uavhengig stilling. Saken er også et eksempel på arbeidstakere som arbeider i prosjekt. Dette er stillinger som forarbeidene manet til årvåkenhet overfor da arbeidsmiljøloven 2005 ble vedtatt.³⁴

RG-2008-1204 – Prosjektleder for flyplassbelysning

I en annen sak fra 2008 kom Hålogaland lagmannsrett til at en prosjektleder i selskap som drev med flyplassbelysning, ikke var unntatt fra arbeidstidsreglene. Han var opprinnelig montør med fagbrev, men hadde fast lønn i motsetning til montørene, som var timelønnet. Lønnen hans lå over daglig leders lønn, uten at dette fikk avgjørende betydning. Lagmannsretten uttalte:

"Det sentrale i møtene var fra Avinors side at tidsplanene, de såkalte milepælene, ble holdt. I tillegg ble det fokusert på kvaliteten på arbeidet. Men det aller meste av tiden på flyplassene anvendte A til fysisk arbeid på lik linje med montørene, blant annet grøftegraving og kabelstrekking. [...] Selv om A kunne gi instruksjoner til de andre montørene ute på anleggene, og ble omtalt som prosjektleder, finner lagmannsrettens flertall det klart at hans stilling ikke var av «ledende art» etter arbeidsmiljøloven § 41 første ledd bokstav a. Flertallet finner at A heller ikke har hatt en «særlig selvstendig stilling». A hadde i sin kontakt med Avinor liten selvstendig beslutningsmyndighet idet tekniske spesifikasjoner og fremdrift stort sett var fastsatt i anbudsdokumentene. [...] For lagmannsrettens flertall fremstår det som om at A på anleggene stort sett fungerte som arbeidsformann for montørene og underentreprenørene. [...] Det fremstår som om As arbeidstid har vært styrt først og fremst av prosjektets fremdrift, og ikke av hans egne vurderinger eller ønsker om når det var ønskelig eller hensiktsmessig å arbeide. A synes nettopp å ha vært i den gruppen prosjektarbeidere som er nevnt i forarbeidene til lov 6. januar 1995 nr. 2, og som ikke skulle være unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene. Også hensynet til å sikre formålet med arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel X, taler for at personer med høyt arbeidspress som blir styrt av fremdriften på prosjekter ikke er unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene. Slike arbeidstakere styrer i realiteten ikke sin arbeidstid selv, og kan komme under et press, som i saken her, til å arbeide betydelige mengder overtid som følge av arbeidsgiverens forpliktelser overfor oppdragsgiveren til å oppfylle tidsfristene i prosjektet. Lagmannsrettens flertall finner at heller ikke A avlønning kan tilsi at hans stilling kan betegnes som «særlig selvstendig»."

³⁴ Se gjennomgangen av forarbeidene fra 2005 ovenfor.

Også denne saken gjelder en leder som i stor grad arbeider sammen med de ansatte, og er underlagt arbeidsgivers styring av arbeidstiden, selv om det arbeides i prosjekt. Det var dokumentert at det ble arbeidet mye, og arbeidstaker hadde i praksis ikke fått anledning til å ta fri. Det talte for at vernebestemmelsene skulle komme til anvendelse. Lønnselementet fikk liten betydning. Også denne saken, som den ovenstående, er eksempel på et forhold som forarbeidene i 2005 advarte mot. En eventuell forskjell på indre (arbeidsgivers) og ytre (kundene mv) krav ser ikke ut til å ha fått betydning i dommen. Det blir den samlede arbeidsbelastning som står sentralt.

2.5. Arbeidstilsynet

Vi ser på noen avgjørelser fra Arbeidstilsynet og Direktoratet for arbeidstilsynet, som illustrasjon. Disse gjengis i kronologisk rekkefølge.

Sak 97/03391 – Nordmøre Energiverk

I 1998 gjaldt det totalt 18 stillinger i Nordmøre Energiverk AS,³⁵ herunder lederteamet, avdelingsledere, soneledere og en markeds konsulent. Arbeidstilsynet kom til at de fem i ledergruppen hadde ledende stillinger og bl.a. kunne *"delegere arbeid og dermed avlaste seg selv"*. Videre falt avdelingslederne og sonelederne utenfor arbeidstidsreglene da det var samsvar mellom tittel og de lederoppgaver som disse hadde. De hadde bl.a. personal- og budsjettansvar og hadde i hovedsak oppgaver av administrativ og ledende art.

Sak 98/01001-002 445 – Kontorleder i Tromsø kommune

I annen sak fra 1998³⁶ gjaldt det en kontorleder i Tromsø kommune. Direktoratet for arbeidstilsynet var i tvil, men fant at arbeidstaker var omfattet av arbeidstidsreglene. Han hadde administrativt ansvar for 45-50 ansatte, men kunne ikke treffe personalpolitiske avgjørelser av stor betydning. Det var detaljerte instruksjoner i kommunen. Et sentralt moment i saken var at kontorlederen fulgte arbeidstiden som de andre ansatte.

Sak 2005/4404 – Butikksjef i Lindex

I 2005³⁷ gjaldt det butikksjef i kleskjeden Lindex. Direktoratet kom til at hun ikke hadde ledende stilling og uttalte:

"Organisasjonsmessig er butikksjefen underlagt en regionssjef, som igjen er underlagt administrerende direktør. Et tungtveiende moment i vurderingen er hvorvidt butikksjefen kan vurdere behovet for sin egen arbeidsinnsats. [...] Arbeidstakerens arbeidsoppgaver vil også være et sentralt moment i vurderingen om hvorvidt arbeidet er av ledende art. Nordskog hadde resultatansvar, personalansvar og HMS-ansvar. Imidlertid var butikksjefens arbeidsoppgaver relativt detaljert utformet i Lindex konseptets "Rollebeskrivelse". Disse forholdene taler for at Nordskog ikke hadde reell og full beslutningsmyndighet med hensyn til arbeidsoppgavene. Butikksjefens lønns- og arbeidsvilkår er en tolkningsfaktor ved vurderingen. Etter det opplyste kan det legges til grunn at Nordskog hadde en lønn som lå vesentlig over en vanlig butikkansatt,

³⁵ Sak 97/03391. Datert 23.6.97.

³⁶ Sak 98/01001-002 445. Datert 6.7.1998.

³⁷ Sak 2005/4404.

med en årslønn på 374.700. Partene opplyser at Nordskog hadde en ukentlig alminnelig arbeidstid på 37 ½ time. I følge arbeidsgiver kunne hun selv bestemme når hun skal være tilstede i butikken, for eksempel ved at hun kunne arbeide 45 timer den ene uken og 30 timer den neste. Videre fremgår det at hun måtte være tilstede i butikken minst en lørdag per måned og en kveld hver uke. Når timebudsjettet var stramt måtte hun fylle behovet med egen arbeidskraft. Butikksjefen må registrere sin egen arbeidstid, samt rapportere om eventuell avspasering og ferie.”

Butikksjefen beslutningsmyndighet på viktige områder, men beslutningsmyndigheten var styrt i en nokså detaljert instruks. Hun hadde vesentlig høyere lønn enn de andre ansatte, men dette fikk ikke avgjørende betydning da hun i stor grad måtte arbeide sammen med dem hun var satt til å lede. Den fleksibilitet hun hadde var nokså lik fleksitidsavtaler ellers. Som det fremgår ovenfor er avgjørelsen kommentert av Eidsivating lagmannsrett i 2009 i Kiwi-saken,³⁸ der lagmannsretten kom til motsatt resultat. Grunnen til dette var bl.a. registreringen av arbeidstid og rapportering av eventuell avspasering, som ikke forelå i lagmannsrettens sak.³⁹

I 2007 avga Direktoratet for arbeidstilsynet en generell tolkningsuttalelse til NITO,⁴⁰ hvor dette ble sagt om ledende stilling:

”... som oftest vil innebære personalansvar og myndighet til å pålegge andre å utføre bestemte arbeidsoppgaver. Arbeidstakerne vil dermed ha stor grad av innflytelse på og mulighet til selv å bestemme sin arbeidstid. [...] i grensetilfeller lagt avgjørende vekt på om vedkommende selv kan kontrollere sin arbeidstid. Ved avgjørelsen om en arbeidstaker går inn under unntaket eller ikke har direktoratet lagt vekt på den faktiske stillingen og funksjonen vedkommende har i virksomheten, dvs. om arbeidet i seg selv er av ledende art. Stillingsbetegnelse og tittel har således vært av underordnet betydning så lenge vedkommende i realiteten ikke innehar lederfunksjoner. På samme måte som stillingens tittel har lønnens størrelse ikke vært av avgjørende betydning i vurderingen av om en stilling er av ledende art. Men fordi arbeidstakere i slike stillinger ofte har et lønnsnivå som forutsettes å dekke en viss arbeidsinnsats ut over vanlig arbeidstid, har dette vært ett av flere momenter som har blitt vurdert.[.]

Sak 2008/34523 – Managere i Ernst & Young⁴¹

Saken gjaldt såkalte managere (ledere) innen revisorvirksomhet, som arbeidet som prosjektledere. Direktoratet kom til at disse ikke kunne unntas fra arbeidstidsreglene. De kunne instruere og delegere arbeid innen prosjektet og hadde budsjettansvar, men deltok samtidig selv i revisjonsarbeidet sammen med de andre under nokså stramme lovbestemte tidsfrister og høyt arbeidspress. Formålet med arbeidstidsreglene tilsa dermed at de var underlagt disse reglene, og Direktoratet mente også ytre betingelser måtte med i vurderingen.

Sak 2009/13986 – Butikksjef i leketøysforretning

I en sak fra 2010 (Top-Toy)⁴² gjaldt det spørsmålene om butikksjef i leketøysforretning falt utenfor arbeidstidsreglene. Direktoratet kom til at stillingen var omfattet av

³⁸ RG 2009 s. 1628

³⁹ RG 2009 s. 1628.

⁴⁰ Sak 2007/4792. Henvist til i dom fra Hålogaland lagmannsrett inntatt i LH-2007-191174. RG 2008 s. 1204.

⁴¹ Sak 2008/34523. Datert 22.6.09.

⁴² Sak 2009/13986. Datert 19.3.10.

arbeidstidsreglene fordi butikksjefen var styrt av konseptet, åpningstidene og kunne i liten grad bestemme over egen arbeidstid. Hun inngikk også i turnuslisten.

Sak 2012/2624 – Ledere i restaurant

I sak fra 2012 (Glade Kongsberg Pizza)⁴³ gjaldt det unntak fra arbeidstidsreglene for tre personer, ansatt som kjøkkenansvarlig, nestleder og hovmester. Direktoratet fant at ingen av disse ansatte skulle unntas fra arbeidstidsreglene. De arbeidet på lik linje med de andre ansatte og kunne ikke vurdere behovet for egen arbeidsinnsats.

Sak 228362/2014 – Butikkleder Glitter

I en sak fra 2015⁴⁴ (Glitter) gjaldt det en butikkleder, som Direktoratet fant ikke kunne unntas fra arbeidstidsreglene. Butikkleder var styrt av detaljerte instruksjoner fra overordnede, butikkens åpningstider og at butikkleder gikk inn i butikkens arbeidsturnus.

Sak 2013/23444 – Butikksjef - Glassmagasinet

I sak fra 2015⁴⁵ (Christiania Glassmagasin) gjaldt det butikksjef med arbeidsavtale som uttrykkelig unntok vedkommende fra arbeidstidsreglene. Direktoratet fant ikke grunn til å unnta vedkommende. Vedkommende gikk inn i samme turnus som de andre ansatte og styrte etter instruksjoner gitt av overordnede. Avspasering måtte avtales og stillingen var verken ledende eller særlig uavhengig.

Sak 2013/28108 - Butikksjef – Wow klær

I en tredje sak fra 2015⁴⁶ gjaldt det butikksjef i klesbutikken Wow. Direktoratet kom til at hun var underlagt arbeidstidsbestemmelsene fordi vedkommende var bundet av overordnede detaljerte styringsinstruksjoner. Hun inngikk dessuten i arbeidsturnusen som de andre ansatte.

2.6. Arbeidstidsutvalget (NOU 2016:1)

Arbeidstidsutvalget har gått gjennom unntaket for ledende stillinger, og kommet til at unntaket bør beholdes, likevel slik at det skal stilles krav til at unntaket tas inn i arbeidsavtalen, samt at det utarbeides en veileder. I utvalgets gjennomgang av rettspraksis la det til grunn følgende momenter: ⁴⁷plassering i organisasjonshierarkiet, myndighet til å treffe beslutninger på vegne av virksomheten i visse saker, budsjettansvar/resultatansvar og personalansvar, arbeidsledelse av underordnede, for eksempel fordeling av oppgaver, instruksjon og veiledning, at man ikke er underlagt fast kontroll av arbeidstiden.

2.7. Praktiske momenter – ledende stilling

Den praktiske tilnærmingen vil være å se på avtaleinngåelsen, og om partene allerede her avtalte eller forutsatte at stillingen skulle være ledig. Er innplasseringen som ledig også i samsvar med arbeidstakerens ønske? Dernest er spørsmålet om innplassering i virksomhetens hierarki, hvor en høyere innplassering støtter opp under at stillingen er

⁴³ Sak 2012/2624. Datert 20.3.12.

⁴⁴ Sak 228362/2014. Datert 11.3.15.

⁴⁵ Sak 2013/23444, datert 11.3.15.

⁴⁶ Sak 2013/28108, datert 24.6.15.

⁴⁷ NOU 2016: 1 pkt. 12.2.1.

ledende. Det samme kan sies om lønnsinnplassering og om det eventuelt er innbakt en kompensasjon for at stillingen ikke gir overtidsbetaling. Stillingen må ha klare lederoppgaver, og disse må utgjøre en vesentlig del av stillingen. Ledelse innebærer å lede andre, delegere oppgaver, koordinere og kontrollere arbeidet til underordnede. Spørsmålet er dernest hva partene har avtalt om arbeidstid og hvordan dette praktiseres. Her må den ansatte ha større frihet enn andre ansatte, og må ikke pålegges "stempling inn og ut" og kontroll av arbeidstiden. En viss kontroll har arbeidsgiver anledning til, men en kontroll av daglig arbeidstid vil lede arbeidsforholdet inn under arbeidstidsreglene. I butikksjef-sakene ser vi at graden av butikksjefens mulighet til selv å vurdere behovet for arbeidsinnsats kan bli avgjørende. I Kiwi-saken⁴⁸ fant lagmannsretten at butikksjefen var ledende, og et sentralt moment var at han ikke måtte registrere arbeidstid og rapportere avspasering. At arbeidstaker må oppholde seg på arbeidsplassen når han arbeider, forhindrer ikke at stillingen er ledende, når ikke arbeidstiden kontrolleres. I motsetning til for særlig uavhengig ansatte, kan arbeidsgiver i større grad stille krav om at en ledende ansatte må være mye til stede. Det ligger i ledelsesansvaret at man må være til stede for å lede, i mange sammenhenger.

De lege ferenda mener vi at behovet for å ha en øverste leder på stedet, som er unntatt arbeidstidsreglene for å være til stede for de andre, kunne får større vekt i praksis.

3. SÆRLIG UAVHENGIG STILLING

3.1. Lovtekst

Arbeidsmiljøloven § 10-12 andre ledd angir:

"Bestemmelsene i dette kapitlet kommer ikke til anvendelse for arbeidstakere i særlig uavhengig stilling, med unntak av § 10-2 første, andre og fjerde ledd."

Henvisningen til § 10-2 første, andre og fjerde ledd innebærer at også denne gruppen, som for de ledende ansatte, skal ha vern mot arbeidstid som gir uheldige psykiske eller fysiske belastninger.

"Særlig uavhengig stilling" må etter sin ordlyd forstås som at arbeidstakeren har et mindre avhengighetsforhold til arbeidstiden og den fysiske arbeidsplassen enn de andre arbeidstakerne i virksomheten. Med begrepet "særlig uavhengig" er det ikke nok at vedkommende er noe mer uavhengig enn andre. Uavhengigheten må være markant, for eksempel ved at vedkommende har stor innflytelse over sin egen arbeidstid, herunder når han kan ta fri, eller er knyttet til sin egen fysiske tilstedeværelse på arbeidsplassen. Men det er fortsatt tale om en ansettelse og ikke et fritt yrke eller en selvstendig oppdragstaker. Vedkommende er således ansatt, arbeidsgiver har ansvar for ham og han er underlagt arbeidsgiverens styringsrett og kontroll, samtidig som han har et friere spillerom enn andre arbeidstakere i virksomheten.

Arbeidsgiver kan pålegge også særlig uavhengige ansatte å ta ferie, i motsetning til oppdragstakere, jf. ferieloven § 5. Etter drøftelser fastsetter arbeidsgiver når ferie skal tas, jf. ferieloven § 6, og her har arbeidsgiver i utgangspunktet samme styringsrett som overfor andre ansatte.

⁴⁸ RG 2009 s. 1628.

3.2. Forarbeider

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 § 41 bokstav b) ble uttalt:⁴⁹

*"Unntaket omfatter videre arbeidstakere som ikke innehar lederfunksjoner, men som likevel har overordnede og ansvarsfulle stillinger. Som eksempel på slike arbeidstakere kan nevnes en ansatt advokat i et forsikringsselskap. I grensetilfellene vil det være naturlig å legge avgjørende vekt på **om vedkommende selv kontrollerer sin arbeidstid**. En arbeidstaker som er underlagt fast kontroll med hensyn til arbeidstida, vil det således neppe være naturlig å unnta fra arbeidstidsbestemmelsene, selv om han har visse lederfunksjoner."* (vår utheving)

I 2005 sa departementet følgende om særlig uavhengig stilling, som ble fulgt opp av et forslag om innstramning:⁵⁰

"Bestemmelsen er ment å omfatte arbeidstakere som ikke innehar lederfunksjoner, men som likevel har overordnede og ansvarsfulle stillinger. Departementet vil peke på at det for å falle inn under begrepet særlig uavhengig stilling ikke er tilstrekkelig å kunne kontrollere egen arbeidstid og/eller ha fleksibel arbeidstid. En særlig uavhengig stilling må innebære en tydelig og åpenbar «selvstendighet» eller «uavhengighet» i hvordan og til hvilken tid arbeidsoppgaver organiseres og gjennomføres.

Som NHO skriver i sin høringsuttalelse: «dette dreier seg om arbeidstakere som selv prioriterer sine oppgaver. De bestemmer selv hva de skal gjøre, hva som skal delegeres til andre, når arbeidet skal gjøres og hvordan arbeidet skal utføres.» Dette er synspunkter departementet deler når det gjelder forståelsen av bestemmelsen.

Departementet vil videre peke på at det å arbeide i prosjekt ikke i seg selv medfører at en er omfattet av begrepet særlig uavhengig. Denne gruppen arbeidstakere som i utgangspunktet har stor frihet, blir i praksis styrt av omgivelsene sine, herunder spesielt utviklingen i prosjektet."

Uttalelsene i forarbeidene til 2005-loven innsnevrer bestemmelsen noe, under henvisningen til NHOs høringsuttalelse. NHOs uttalelse gir imidlertid lite veiledning. De færreste, om noen, har en slik fri stilling i et arbeidsforhold,⁵¹ som uttalelsen peker hen mot.⁵²

Det er spørsmål om hvor stor vekt de innsnevrende uttalelsene skal ha. Regjeringen (Bondevik II) hadde lagt opp til en innstramning av bestemmelsen.⁵³ Dette ble det likevel ikke noe av ved regjeringsskiftet høsten 2005 (regjeringen Stoltenberg II). Den nye regjeringen reverserte noen av endringene i arbeidsmiljøloven som hadde vært vedtatt, herunder innstramningen når det gjaldt "særlig uavhengig stilling." Dette ble beskrevet slik i ny proposisjon:⁵⁴

⁴⁹ Ot. prp. nr. 41 (1975-1976), s. 59.

⁵⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 181.

⁵¹ Noen kunstnere og kunstmalere kan formodentlig omfattes av NHOs uttalelse, men da neppe som ansatte noe sted.

⁵² Om grensen mellom arbeidstaker og oppdragstaker, se f.eks Rt-1984-1044, Rt-2013-342 og Rt-2013-354.

⁵³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 180, uttalt: "Når det gjelder arbeidstakere med en særlig selvstendig stilling mener departementet at arbeidstidsreglene bør gjøres gjeldende. Departementet mener likevel at det er hensiktsmessig at det skal være mulig å gjøre unntak for denne gruppen, og foreslår derfor at det åpnes for at den enkelte arbeidstaker kan avtale unntak fra bestemmelsene i kapitlet." Lovteksten på dette punkt ble foreslått slik: "Arbeidstaker i særlig uavhengig stilling kan skriftlig avtale med arbeidsgiver at bestemmelsene i dette kapitlet skal fravikes, med unntak av § 10-2 første, andre og fjerde ledd."

⁵⁴ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) pkt. 6.5.

"Forutsetningen for å bringe arbeidstakere med særlig uavhengig stilling inn under reglene er således ikke den samme som da vedtaket ble gjort. For å unngå utilsiktede virkninger, finner departementet det riktig ikke å gjennomføre en slik endring nå. Departementet vil derfor foreslå at bestemmelsene i gjeldende lov videreføres, og at arbeidstakere med særlig uavhengig stilling fortsatt skal være unntatt fra arbeidstidsreglene..."

Videre ble kommentert til selve endringsbestemmelsen:

*"Bestemmelsen viderefører i hovedsak gjeldende lov § 41 første ledd bokstav a for så vidt gjelder arbeidstakere som "har en særlig selvstendig stilling"."*⁵⁵

Da lovforslaget kom til Stortinget, uttalte imidlertid flertallet i komiteen:

*"Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, bemerker videre at for å komme inn under unntaksbestemmelsene er det ikke tilstrekkelig å kunne kontrollere sin egen arbeidstid og/eller ha fleksibel arbeidstid. Unntakene gjelder arbeidstakere som selv prioriterer sine oppgaver, som selv bestemmer hva de skal gjøre, hva som skal delegeres til andre, når arbeidet skal utføres og hvordan arbeidet skal utføres. Det å arbeide i prosjekt er ikke tilstrekkelig."*⁵⁶

Vi oppfatter uttalelsen som en viss innsnevring av unntaket for "særlig uavhengig stilling" i forhold til tidligere praksis. Men lovproposisjonen, som vedtaket bygget på, hadde ikke lagt opp til en endring av rettstilstanden, og selve lovteksten ble ikke endret. Det er heller ikke klart at komiteens flertall hadde til hensikt å endre rettstilstanden, selv om uttalelsen må sees på bakgrunn av en skepsis mot noe av den praksis som hadde utviklet seg. Uten at dette spørsmål kom på spissen, uttalte Gulating lagmannsrett i 2013, i en sak som gjaldt særlig uavhengig stilling:⁵⁷

"Ingen av partane har gjort gjeldande at det i denne saka reiser seg spørsmålet om lova av 2005 innebar noko endring av rettstilstanden, og lagmannsretten legg i det følgjande til grunn at rettstilstanden er uendra i forhold til dei spørsmål som er aktuelle for lagmannsretten å ta stilling til."

Vi legger til grunn at rettstilstanden ikke ble endret i 2005, fordi regjeringen Stoltenberg II ikke hadde lagt opp til en endring av rettstilstanden og lovteksten ikke ble endret. Lovgiver ga imidlertid et signal om årvåkenhet overfor praksis på området, særlig når det gjaldt unntakene for arbeidstidsreglene i prosjektarbeid. I og med at lovteksten som nevnt ikke ble endret, er vi av den oppfatning at uttalelsene fra komiteens flertall må få noe begrenset betydning.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 12.

⁵⁶ Innst. O. nr. 18 (2005-2006) s. 10.

⁵⁷ RG 2013 s. 1175 (LG-2012-144598).

3.2.1. Dommer som la til grunn at det forelå særlig uavhengig stilling

Vi skal se på fire dommer der retten aksepterte at stillingen måtte anses som særlig uavhengig, og dermed falt utenfor arbeidstidsreglene.

NAD-1986-440 – Verneombudets arbeidstid

I en sak fra 1986 gjaldt det verneombudets arbeidstid. Byretten kom til at stillingen falt utenfor arbeidstidsreglene, satte til side Arbeidstilsynets vedtak, og uttalte:

"Det er på denne bakgrunn ikke helt treffende å si at verneombudet står til arbeidsgivers disposisjon. Saken er at verneombudet står til disposisjon for arbeidstakeren, til ivaretagelse av arbeidstakernes interesser vedrørende arbeidsmiljøet, - også om dette kommer i konflikt med arbeidsgiverens interesser."

LE-1991-232 – Hovedvernombud i SAS

I 1991 gjaldt det et hovedvernombud i flyselskapet SAS, som krevde overtid i forbindelse med utbygging på Fornebu. Han vant ikke frem. Lagmannsretten uttalte:

"...de som var tatt ut av ordinært arbeid for å arbeide heltid som verneombud eller tillitsvalgte, hadde stor frihet til selv å ordne sin arbeidstid. De var unntatt for stempling og det ble heller ikke på annen måte ført kontroll med deres arbeidstid.."

De to sakene om verneombud dreier seg om en form for tillitsvalgte, som ikke står til disposisjon for arbeidsgiver, og som i stor grad kan prioritere arbeidstiden selv. Graden av uavhengighet fra arbeidsgivers styring og kontroll av arbeidstiden er tungtveiende momenter i vurderingen av om stillingen er særlig uavhengig.

RG 1996 s. 1143 – Overtid i mekanisk verksted

I en straffesak fra 1996 gjaldt det spørsmål om foretaksstraff mot mekanisk verksted etter for mye bruk av overtid. Virksomheten fikk bøtestraff pga. for mye arbeid av to arbeidstakere, men ble frifunnet for en tredje. Denne tredje ansatte ble ansett for å ha særlig selvstendig stilling. Lagmannsretten viste til herredsrettsdommen, som pekte på at arbeidstaker var nr. 3 i bedriftens hierarki etter disponenten og nestlederen, og at han var den som *"tar seg av motorarbeidet og annet arbeid som har med maskiner å gjøre. A er delegert myndighet til selv å avgjøre bruk av overtid, A er den fagpersonen innen foretaket som kan kalkulere anbud og utarbeide regnskapsoverslag og det som er nødvendig for å gjennomføre et arbeid."*⁵⁸

Saken er et eksempel på en ansatt som anses å være særlig betrodd, med egne fullmakter og en viss styring av egen arbeidstid. Han var plassert på nivå 3 i virksomhetens hierarki, som var "høyt nok" i denne sammenheng.

TOSLO-2014-135604 – Ung finansrådgiver som krevde overtidsbetaling

I en sak fra 2015⁵⁹ gjaldt det en ung finansrådgiver (31 år) i et finansforetak. Tingretten fant at han hadde særlig selvstendig stilling, og uttalte:

"Retten understreker at det at arbeidsforholdet styres av ytre rammebetingelser som i noen grad begrenser arbeidstakerens mulighet til å styre arbeidstiden selv, ikke er ensbetydende med

⁵⁸ Utrykt dom fra Sunnmøre herredsrett, sak nr. 95-717 M.

⁵⁹ Oslo tingrett 9.3.15. Sak 14-135604TVI-OTIR/07. Saken er rettskraftig. Vi representerte arbeidsgiver.

at stillingen ikke er særlig uavhengig i bestemmelsens forstand. Det er de indre rammebetingelsene, og hvor stramme disse er, som er avgjørende for om unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse. Etter en samlet vurdering mener retten at As stilling var av en karakter hvor han selv prioriterte arbeidsoppgavene med en slik grad av selvstendighet at det er naturlig å slutte at arbeidstidsbestemmelsene ikke kommer til anvendelse."

Retten legger vekt på at arbeidstaker måles på resultater, ikke tid, og det er vist til praksis i bransjen. Belønningssystemet er bygget på det samme. Praksis i bransjen har likevel mindre betydning på et område med preceptorisk lovgivning. Det ble arbeidet mye, men det var stor frihet til å gjøre private gjøremål i arbeidstiden og til å ta ferie.

Retten skiller mellom ytre og indre rammebetingelser, hvor de indre rammebetingelser, de som settes av arbeidsgiver, er av særlig betydning i vurderingen. Her uttaler retten seg i samsvar med det som er lagt til grunn i juridisk teori, se Fougner mfl.⁶⁰

Skillet mellom ytre og indre rammebetingelser synes ikke å være vektlagt i Arbeidstilsynets praksis, jf. nedenfor, og kan heller ikke så langt sies å ha fått et bredt gjennomslag i rettspraksis. Men skillet bygger på den logikk at det er forholdet til arbeidsgivers styringsrett av arbeidstiden, som er av særlig betydning for om arbeidstidsreglene skal komme inn. Da vil ytre omstendigheter ha noe mindre vekt, men man kan neppe se helt bort fra ytre omstendigheter, idet disse i praksis kan ha stor påvirkning på arbeidstakers arbeidstid og muligheten til å være fleksibel og ta fri.

3.2.2. Dommer som ikke aksepterte unntak fra arbeidstidsreglene

Vi skal gå igjennom fire dommer der retten ikke aksepterte at det forelå en særlig uavhengig stilling.

TOSLO-2005-169978 – Hovmester i samme vaktordning som de andre

I 2006 konkluderte Oslo tingrett med at en hovmester ikke kunne sies å ha en særlig selvstendig stilling uten krav på overtidsbetaling. Det reelle innholdet i stillingen var det avgjørende, og det besto av bl.a. servitør- og bartenderarbeid. Hovmesteren gikk også inn i den vaktordning som gjaldt for servitørene.

Saken er et eksempel på at en leder som arbeider i vaktordningen med de ansatte anses som en arbeidsleder, og klart omfattes av arbeidstidsreglene.

THAUG-2012-48587 – Teknisk inspektør i rederi

I 2012 kom Haugaland tingrett til at teknisk inspektør i rederi ikke hadde særlig uavhengig stilling. Han hadde avtale om 37,5 timers arbeidstid pr. uke og leverte inn liste over arbeidet overtid. Retten tilkjente ham overtidsbetaling, og uttalte:

"Selv om det ble vist romslighet fra teknisk sjef når inspektørene ba om fri til ulike gjøremål, legger retten til grunn at inspektørene ikke sto fritt til å disponere arbeidstiden sin som de ville. Dette er et moment som i følge forarbeidene trekker i retning av at stillingen ikke er særlig uavhengig."

⁶⁰ Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2013, kommentar til § 10-12 (2).

Her var inspektøren bundet opp til arbeidet på kontoret og til arbeidstiden der, og hadde lite herredømme over dette selv. At det var lagt opp til litt fleksitid viste i realiteten bare at arbeidsgiver styrte arbeidstiden. Tilfellet falt på denne bakgrunn rimelig klart innenfor arbeidstidsreglene.

LG-2012-144598 – Seniorrådgiver i oljeserviceselskap

I 2013 kom Gulating lagmannsrett til at seniorrådgiver for innkjøp i et oljeserviceselskap ikke hadde særlig uavhengig stilling. Vedkommende hadde ført timeregnskap og krevde overtidsbetaling. Han hadde dessuten en veldig detaljert stillingsbeskrivelse. Lagmannsretten uttalte:

"Eit moment er at A i sitt arbeid måtte ta dei oppdrag han vart tildelt. Han kunne riktignok gje beskjed om at han hadde for mykje på seg, og/eller at han trong hjelp, men har styrte ikkje oppdraga eller oppdragsmengda. A kunne ikkje gje oppgåver til andre. Han kunne heller ikkje be om bistand utan at dette var klarert med leiinga i prosjektet. Oppgåvene til A var prosjektstyrt. Av denne grunn var dei òg tidsstyrt. Fastsette milepælar i prosjektet var bestemmande for kva oppgåver som måtte løysast til ei kvar tid. Sjølv om A nok hadde moglegheit til å sjonglera med visse tidspunkt, var oppgåvene hans heile tida av ein slik karakter at dei følgde fastsette fristar. As stilling var såleis ikkje prega av løpande oppgåver som stod ved lag heile tida, slik ei meir leiande stillinga gjerne vil vera kjenneteikna av."

Hverdagen til arbeidstaker var i stor grad styrt av arbeidsgivers behov, organisert innen prosjektet. Arbeidstaker hadde ikke adgang til å binde arbeidsgiver rettslig eller økonomisk. Han måtte ta de oppdrag han ble tildelt, han styrte ikke oppdragsmengden og hadde heller ikke delegasjonsmyndighet. Arbeidstaker var styrt av fremdriftsplaner, spesifikasjoner og prosedyrer og hadde således ikke en særlig uavhengig stilling. Heller ikke i denne saken ble det skilt mellom indre og ytre omstendigheter.

TOSLO-2014-198510 – Koordinator i filmselskap

I 2015 kom Oslo tingrett til at koordinator i filmselskap ikke hadde særlig uavhengig stilling. Hun hadde dermed rett på overtidsbetaling. Hennes arbeidsavtale anga 37,5 timers uke, med arbeidstid fra 9-17. Tingretten uttalte:

"Retten finner at det ikke er noe i arbeidsavtalen som tilsier at saksøkers stilling var særlig uavhengig. Heller ikke beskrivelsen av arbeidet tilsier noen slik uavhengighet. Hun var yngste person i produksjonsselskapet, og langt fra i noen overordnet stilling hvor hun kunne kontrollere egen arbeidstid. Hun videreformidlet og utførte de oppgaver som daglig leder eller produsent fastsatte som å bestille billetter, sette opp detaljerte planer ut fra produsenters hovedplan, i noen grad sørge for rekvisitter og transport, kjøpe lunsj, tømme søppel og lage lønningslister. Retten finner det klart at dette ikke er noen særlig uavhengig stilling."

Her var det ikke avtalt særlig uavhengig stilling, men tvert om en ukentlig og daglig arbeidstid. Det var tale om yngste ansatte, som ikke var høyt plassert. Sammen med praktiseringen av arbeidsforholdet var det klart at denne stillingen ikke falt utenfor arbeidstidsreglene.

3.3. Arbeidstilsynet

Avgjørelsene fra Arbeidstilsynet og Direktoratet for arbeidstilsynet gjengis kronologisk til illustrasjon.

I 2007 avga Direktoratet for arbeidstilsynet en generell tolkningsuttalelse til NITO,⁶¹ som tidligere nevnt, og hvor dette ble sagt om særlig uavhengig stilling:

"Når det gjelder graden av selvstendighet har Arbeidstilsynet vektlagt at arbeidstakerne selv må kunne vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats og stå relativt fritt til selv å bestemme når de skal arbeide. Vi har således lagt til grunn at denne type ansettelsesforhold vil ha klare likhetstrekk med selvstendige oppdragstakere. Det vil for eksempel omfatte arbeidstakere som selv i stor grad kan påvirke sine arbeidsoppgaver og arbeidstakere som har et selvstendig ansvar i virksomheten og som i den forbindelse kan treffe selvstendige avgjørelser."

Det er henvist til uttalelsen av lagmannsretten i LH-2007-191174.

Direktoratet gir en nyttig sammenfatning, som bygger på forarbeidene. Parallellen til selvstendige oppdragstakere bør likevel ikke trekkes for langt, i og med at selvstendige oppdragstakere ikke er underlagt arbeidsgivers styringsrett, i motsetning til de særlig uavhengig ansatte.⁶²

2009 – Arbeidstilsynets vurdering av advokatbransjen

I 2009⁶³ så Arbeidstilsynet på advokatbransjen og advokatfullmektigenes arbeidstid. Advokatene er ofte enten selvstendige næringsdrivende, som faller utenfor arbeidsmiljøloven, eller særlig uavhengige, dersom de er ansatt i advokatforetak. Etter gjennomgangen legger Advokatforeningen til grunn at advokatfullmektiger som hovedregel ikke har en særlig uavhengig stilling. Et problem er at arbeidstidsreglene, med sine krav til maksimal arbeidstid og hviletid, ikke passer godt når advokatfullmektigen arbeider med rettsprosesser og hovedforhandlinger. Da vil arbeidstidsreglene kunne være vanskelige å følge.

Sak 2012/27766 – Innegartner ved hagesenter

I 2013(Plantasjen)⁶⁴ fant Direktoratet for Arbeidstilsynet at en såkalt innegartner ikke kunne unntas fra arbeidstidsreglene. Vedkommende var bundet av et sentralisert opplegg for turnus og bemanning i helgene, og hadde ikke egen styring over arbeidstiden.

⁶¹ Sak 2007/4792. Henvist til i dom fra Hålogaland lagmannsrett inntatt i LH-2007-191174. RG 2008 s. 1204.

⁶² Grensen mellom oppdragstaker og arbeidstaker er nærmere gjennomgått i Rt-2013-342 (Beredskapshjem) og Rt-2013-354 (Avlaster), se også grenseoppgangen entrepriser/innleie i Rt-2013-998 (Statoil – Quality People) og Rt-2013-1730 (Statoil – YIT).

⁶³ Advokatforeningen.no skriver 20.9.15: "Arbeidstilsynet avholdt i 2009 tilsyn i flere advokatfirmaer. Noe de hadde fokus på, var hvorvidt firmaenes ledelse hadde foretatt konkrete vurderinger av advokatfullmektigenes reelle stilling før de konkluderte med at disse var unntatt fra arbeidstidskapitlet i medhold av bestemmelsen. "Advokatforeningens veiledning om advokatfullmektigenes arbeidstid ("Veiledning for prinsipal og advokatfullmektig") av 28.8.14 sier: "En advokatfullmektig vil som regel ikke oppfylle kriteriene for særlig uavhengig stilling."

⁶⁴ Sak 2012/27766. Datert 22.5.13.

Sak nr. 2013/14903 – Ledere på lavere nivå i restaurant (II)- særlig uavhengige?

I annen sak fra 2013⁶⁵ gjaldt det tre med visse lederfunksjoner i gourmetrestauranten Maaemo, som ble vurdert i forhold til om de var særlig uavhengige. Arbeidstilsynet avviste at disse falt utenfor arbeidstidsreglene fordi de måtte være tilstede i restauranten og var underlagt kravene fra omgivelsene (åpningstid, antall gjester, andre ansatte, virksomheten).

Sak 254130/2013 – Produktspesialister (selgere) der Direktoratet kom til to forskjellige konklusjoner

I 2014 (Gambro)⁶⁶ fattet Direktoratet for arbeidstilsynet et vedtak i forhold til to produktspesialister (selgere), der konklusjonen ble forskjellig for de to: Den ene kunne unntas arbeidstidsreglene, men ikke den andre. Forskjellen på disse to var særlig at den ene hadde en større signeringsfullmakt på vegne av firmaet.

3.4. Arbeidstidsutvalget (NOU 2016:1)

Arbeidstidsutvalget⁶⁷ la til grunn at unntaket for særlig uavhengig stilling burde beholdes, men stille krav til at unntaket nedfelles i arbeidsavtalen og at det utarbeides en veileder med presiseringer. Utvalgets gjennomgang av rettspraksis pekte på følgende momenter: Når det gjaldt særlig uavhengig stilling, oppsummerte utvalget disse momentene fra rettspraksis: begrenset plikt til å følge instruksjoner om eget arbeid (hva, når og hvordan) og rapportere til arbeidsgiver/overordnede, muligheter til å påvirke frister og andre ytre forutsetninger for arbeidet, en ikke ubetydelig selvstendig beslutningsmyndighet, begrenset innslag av underordnet arbeid på linje med ansatte som klart ikke er særlig uavhengige, ikke underlagt kontroll med arbeidstiden.

Utvalget foreslår at det også opprettes et unntak for delvis uavhengige ansatte, som ikke kommenteres nærmere her. Forslaget viser imidlertid at Arbeidstidsutvalgets observasjon er at det er behov for noe større, men delvis unntak fra arbeidstidsreglene enn etter dagens lovbestemmelse.⁶⁸ Det kan tyde på at samfunnsutviklingen taler for ikke å tolke unntaket for særlig uavhengig ansatte for snevert, sml. Rt 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen).⁶⁹

3.5. Praktiske momenter – særlig uavhengig stilling

Den praktiske tilnærmingen vil være å se på avtaleinnngåelsen, og om partene allerede her avtalte eller forutsatte at stillingen skulle være særlig uavhengig. Er innplasseringen som

⁶⁵ Sak nr. 2013/14903. Datert 23.9.13.

⁶⁶ Sak 254130/2013. Datert 14.1.14.

⁶⁷ NOU 2016: 1 pkt. 12.2.2.

⁶⁸ I NOU 2016:1 på s. 200 sies: "Flertallet presiserer at de ser for seg en gruppe som omfatter noe flere arbeidstakere enn de som har ledende eller særlig uavhengig stilling etter loven strengt tolket, og noen flere enn de som i dag unntas i praksis. Som begrunnelse viser flertallet til at det i dagens arbeidsliv kan synes som om det er flere arbeidstakere enn før som har arbeidsoppgaver og stillinger med stor grad av fleksibilitet og større kontroll over egen arbeidstid. Dette innebærer at de har vesentlig innflytelse på når og hvor arbeidet utføres."

⁶⁹ Her la Høyesterett vekt på samfunnsutviklingen ved tolkningen av arbeidsforholdet, og uttalte: "Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen."

særlig uavhengig også i samsvar med arbeidstakerens ønske? Derneft er spørsmålet om innplassering i virksomhetens hierarki, hvor en høyere innplassering og vide fullmakter støtter opp under at stillingen er særlig uavhengig. Det samme kan sies om lønnsinnplassering og om det eventuelt er innbakt en kompensasjon for at stillingen ikke gir overtidsbetaling. Spørsmålet er derneft hva partene har avtalt om arbeidstid og hvordan dette praktiseres. Her må den ansatte ha større frihet enn andre ansatte, og må ikke pålegges "stempling inn og ut" og kontroll av arbeidstiden. En viss kontroll har arbeidsgiver anledning til, men en kontroll av daglig arbeidstid vil lede arbeidsforholdet inn under arbeidstidsreglene. At arbeidstaker må oppholde seg på arbeidsplassen når han arbeider, forhindrer ikke at stillingen er særlig uavhengig, når ikke arbeidstiden kontrolleres. Men dersom det er en stilling som er mer uavhengig av fysisk å være til stede enn andre, for eksempel selgere og forhandlere, trekker det mer i retning av særlig uavhengig, fordi da passer ikke arbeidstidsreglene så godt.

De lege ferenda mener vi at domstolene og Arbeidstilsynet kunne legge mer vekt på arbeidstakers holdning ved avtaleinngåelsen, og om han der har ønsket en særlig uavhengig stilling. Arbeidsmiljøloven § 1-9 åpner for dette, og der arbeidstaker står sterkt, bør myndigheter og domstoler respektere arbeidstakers ønske og være mer tilbakeholdne i å gripe inn i en frivilling avtale mellom to parter. Dessuten mener vi at spørsmålet om arbeidstidsreglene passer, i større grad kan omtales og vurderes i den avgjørelse som fattes.

4. OPPSUMMERING

Ut fra lovtekst, forarbeider og rettspraksis kan vi konkludere med at stillingens organisasjonsmessige plassering, og at den har klare lederfunksjoner, vil være en forutsetning for at den kan anses som ledende. At stillingen også skal ha en viss grad av uavhengighet, vil også ha betydning. Det kan se ut til at dette momentet tillegges noe større vekt i Arbeidstilsynets praksis enn hos domstolene. Det som utelukker at det er tale om en ledende stilling er at lederoppgavene ikke er hovedelementet i stillingen, eller at vedkommende må arbeide sammen med dem han er satt til å lede, som formenn, baser, enkelte butikksjefer, prosjektledere.

Organisasjonsmessig plassering har også betydning for de særlige uavhengige stillingene. De kan imidlertid være plassert noe lavere i organisasjonen, i og med at de vil ha ledere over seg. For disse stillingene vil uavhengigheten være helt sentral, og dermed noe mer sentral enn for de ledende stillingene. De særlig uavhengige ansatte må stå friere enn andre hva gjelder arbeidssted og arbeidstid, og særlig det siste. Men at de skal kunne sammenliknes med selvstendige oppdragstakere, mener vi er å trekke det litt for langt. Selvstendige oppdragstakere er ikke ansatte, og dermed ikke underlagt arbeidsgiverens styringsrett, i motsetning til de særlig uavhengige ansatte. Et ytterligere moment er hva slags fullmakter de har, eller om de kan sies å inneha en nøkkelstilling. Sentral stilling, betydningsfulle fullmakter, eller en viss mulighet til delegasjon av arbeidsoppgaver, trekker i retning av særlig uavhengig stilling.

For både ledende og særlig uavhengige ansatte vil lønnsinnplassering kunne være av betydning, uten at dette er avgjørende. Videre vil deres egen oppfatning og bransjepraksis kunne være av betydning. Dette er relevante momenter, men har lavere vekt fordi området er regulert av preseptorisk lovgivning.

Formålet bak unntakene, at arbeidstidsreglene ikke gir nødvendig fleksibilitet, og dermed ikke passer eller er uhensiktsmessige, er det i liten grad vist til i domstolenes eller Arbeidstilsynets praksis. Etter vår oppfatning kan dette gjerne komme sterkere frem i den

vurderingen som skal gjøres, fordi det har stått som en helt sentral forutsetning for å gi unntak fra arbeidstidsreglene.

En annen del av vurderingen av hva de ansatte selv ønsker, og at det tas hensyn til at en del arbeidstakere ønsker en særlig uavhengig stilling. For arbeidstakere som står sterkt i forhandlingene med en arbeidsgiver, er det mindre grunn til ikke å gi denne gruppen adgang til å være unntatt fra arbeidstidsreglene, når de selv finner dette som den beste ordning. De er også gjerne økonomisk kompensert for dette, sml. arbeidsmiljøloven § 1-9. I et samfunn hvor arbeidstakerne har mer utdannelse enn tidligere, er dette momentet viktigere enn tidligere. Når teknologien også har medført at mange kan arbeide mer hjemmefra, når det passer for dem selv, tilsier den samfunnsmessige utvikling at ikke unntakene fra arbeidstidsreglene tolkes for snevert.⁷⁰

⁷⁰ I NOU 2016:1 på s. 205 sies: "Flertallet viser til at det i dagens arbeidsliv kan synes som om det er flere arbeidstakere enn før som har vesentlig innflytelse på når, hvor og hvordan arbeidet utføres, atskillig selvstendighet i utførelsen av arbeidet og betydelig kontroll over egen arbeidstid."

Nicolay Skarning

Fra: Erik Monsen <Erik.Monsen@uib.no>
Sendt: 16. februar 2016 09:54
Til: Nicolay Skarning; Erik Monsen
Kopi: Jan-Erik Sverre; Tone Sundet
Emne: SV: Ledende og særlig uavhengig stilling- modifisert etter dine innspill - redusert fra 18.000 til 10.800 ord
Vedlegg: image003.png; image004.png; image005.png; image006.jpg; image007.jpg; image002.jpg; image002.jpg; image003.png; image004.png; image005.png; image006.jpg; image007.jpg

Hei Nicolay

Jeg synes fremstillingen har blitt strammere og fått mer fremdrift. Jeg tenker at vi nå setter stopp for bearbeiding og igangsetter publiseringsprosessen - tematikken er såpass praktisk interessant at vi bør få artikkelen publisert.

Dere vil etterhvert motta korrekturlest versjon.

Mange takk for innsatsen!

Vh Erik

Vennlig hilsen / Best regards

Erik Monsen

Professor i rettsvitenskap / Law Professor Det juridiske fakultet, UiB / Law Faculty, University of Bergen P.b. 7806, 5020 Bergen

T: +47 5558 9649 | F: +47 5558 9571 |

www.uib.no/jur<<https://kalender.uib.no/owa/redir.aspx?C=80b8b1db139f4a148c3a4b155484acc2&URL=http%3a%2f%2fwww.uib.no%2fjur>>