

UiO : **Det juridiske fakultet**

Unntak fra reglene om arbeidstid for arbeidstakere i ledende stilling og særlig uavhengig stilling

Innholdet og rekkevidden av arbeidsmiljøloven § 10-12 første og andre ledd

Kandidatnummer: 601

Leveringsfrist: 25. april 2019

Antall ord: 17 893



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet	1
1.3	Oppgavens rettskildebruk	2
2	REGLENE OM ARBEIDSTID	4
2.1	Kort om arbeidstidsreglene	4
2.2	Behovet for arbeidstidsregler	5
2.2.1	Hensyn for og mot	5
2.2.2	Hensynet til arbeidstaker	6
2.2.3	Hensynet til virksomheten	7
2.2.4	Samfunnshensyn	8
2.3	Overordnet om behovet for unntak for arbeidstakere i ledende og særlig uavhengig stilling	8
3	BEGREPENE «LEDENDE STILLING» OG «SÆRLIG UAVHENGIG STILLING»	10
3.1	Rettslig utgangspunkt	10
3.1.1	Ledende stilling	10
3.1.2	Særlig uavhengig stilling	13
3.2	Begrepene i et historisk perspektiv	19
3.3	Arbeidstidsdirektivet	21
3.4	Rettsstillingen til arbeidstakere i ledende eller særlig uavhengig stilling	22
4	UNNTAKENE FOR LEDENDE OG SÆRLIG UAVHENGIG STILLING I PRAKSIS	25
4.1	Innledning	25
4.2	Praksis vedrørende ledende stilling	26
4.2.1	Klare lederfunksjoner	26
4.2.2	Kontroll over egen arbeidstid	32
4.3	Praksis vedrørende særlig uavhengig stilling	36
4.3.1	Tydelig og åpenbar selvstendighet eller uavhengighet	36
4.3.2	Kontroll over egen arbeidstid	41
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	45
	LITTERATURLISTE	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er unntakene fra arbeidsmiljølovens¹ regler om arbeidstid for arbeidstakere i ledende stilling og særlig uavhengig stilling. Hovedspørsmålene som reises er hva som ligger i begrepene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling», herunder rekkevidden av unntakene, hvilke arbeidstakere som er unntatt fra arbeidstidsreglene og hvorfor.

1.2 Aktualitet

Unntaksbestemmelsene for arbeidstakere i ledende og særlig uavhengig stilling er et tema som stadig er aktuelt. Arbeidstakerne det her er snakk om, er i kraft av stillingen alene unntatt alle bestemmelsene som regulerer arbeidstiden, med unntak av aml. § 10-2 første, andre og fjerde ledd. Arbeidstidsreglene utgjør en viktig grunnstein i arbeidervernet, og skal hindre at arbeidstaker har en arbeidstid som er helseskadelig eller påfører dem og deres nærmeste familie for stor belastning. At det eksisterer bestemmelser som unntar arbeidstakere i enkelte stillinger fra nesten alle vernebestemmelsene, er i seg selv interessant og gir grunn til å se nærmere på rekkevidden av unntaksreglene.

Undersøkelser viser at unntaksreglene oppleves som uklare og at det foreligger lav kunnskap både på arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden om kriteriene for å inneha en ledende eller særlig uavhengig stilling.² Arbeidstidsutvalget la i 2016 frem en innstilling hvor de fant at 10% av de som deltar i arbeidslivet er unntatt arbeidstidsreglene nettopp på dette grunnlaget.³ Usikkerhet om reglenes faktiske innhold og rekkevidde kan føre til feiltolkning og anvendelse utover det som opprinnelig var lovgivers intensjon. Det foreligger flere saker fra underrettene og Arbeidstilsynet hvor man har funnet at arbeidstakere har vært unntatt arbeidstidsreglene uten å inneha en ledende eller særlig uavhengig stilling i arbeidsmiljølovens forstand.

Unntakene for ledende og særlig uavhengig stilling har eksistert med tilnærmet lik lovtekst siden den første arbeidervernloven av 1936.⁴ Samfunnsutviklingen med endrede arbeidsformer og stillinger, samt den teknologiske utviklingen, har ført til at stadig flere arbeidstakere har en mer fri og selvstendig stilling med mulighet til å avgjøre behovet for sin egen arbeids-

¹ Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven, forkortet aml.)

² Sentio s. 44, Rambøll s. 4

³ NOU 2016: 1 pkt. 12.4 s. 196

⁴ Lov av 19. juni 1936 om arbeidervern § 12 nr. 1

innsats og til å bestemme sin egen arbeidstid. Dette kan ha ført til at skillet mellom arbeidstakere i ledende eller særlig uavhengig stilling og vanlige arbeidstakere har blitt mindre tydelig.

Forholdene som er omtalt gjør at unntakene for arbeidstakere i ledende og særlig uavhengig stilling er et tema som er høyst aktuelt.

1.3 Oppgavens rettskildebruk

Temaet for denne oppgaven er å gjøre rede for innholdet i unntaksbestemmelsene i aml. § 10-12 første og andre ledd, som unntar arbeidstakere i ledende og særlig uavhengig stilling fra arbeidstidsreglene. Redegjørelsen vil ta utgangspunkt i den alminnelige rettskildelæren med lovtekst, hensyn, forarbeider, rettspraksis og praksis fra Arbeidstilsynet. Lovteksten er kort, og hva som nærmere ligger i begrepene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» fremgår ikke klart av lovens ordlyd. Lovens forarbeider og rettspraksis gir noe veiledning om hvordan unntaksbestemmelsene skal tolkes, og vil derfor være relevante for denne fremstillingen. Dagens unntak for arbeidstakere i ledende og særlig uavhengig stilling er en videreføring av de tilsvarende bestemmelsene i arbeidsmiljøloven av 1977.⁵ Selv om ordlyden ble endret ved innføringen av dagens lov, var ikke dette ment som noen realitetsendring.⁶ Forarbeidene og rettspraksis tilknyttet unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven av 1977 vil derfor fremdeles være relevante ved fastleggelsen av gjeldende rett.

Det følger av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen at unntakene for ledende og særlig uavhengig stilling må være innenfor de rammer som oppstilles i Arbeidstidsdirektivet.⁷

Det foreligger ingen avgjørelser fra Høyesterett som sier noe om hva som ligger i begrepene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling». Det finnes derimot noen avgjørelser fra lagmannsrettene og tingrettene. Det er totalt 16 avgjørelser fra underrettene, og avgjørelsene vil bli behandlet for å belyse hvordan domstolene tolker og anvender de begrep som arbeidsmiljøloven og forarbeidene trekker frem som vesentlige for vurderingen av om det foreligger ledende eller særlig uavhengig stilling.

Det er uenighet i rettskildelitteraturen om den rettskildemessige betydningen av underrettspraksis. Hovedsynspunktet er at avgjørelser fra lagmannsretten og tingretten har langt fra så stor autoritet som avgjørelser fra Høyesterett. Det er likevel enighet om at underrettspraksis

⁵ Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. § 41 første ledd bokstav a

⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) merknader til § 10-12 s. 322

⁷ Dir 2003/88/EF

har relevans som rettskilde. Diskusjonen gjelder avgjørelsens rettskildemessige vekt: om de kan tillegges en viss vekt eller ingen overhodet.⁸ Enkelte underrettsavgjørelser kan ha betydning i kraft av deres argumentasjonsverdi. På rettsområder hvor avgjørelser sjeldent ankes videre, som for unntaksbestemmelsene for ledende og særlig uavhengig stilling, vil vekten av underrettspraksis bli større.⁹

Arbeidstilsynet har truffet flere vedtak hvor de har uttalt seg om og tatt stilling til om en arbeidstaker har en ledende eller særlig uavhengig stilling. Arbeidstilsynet er et statlig organ underlagt Arbeids- og sosialdepartementet, og består av Direktoratet for arbeidstilsynet og syv regioner med underliggende tilsynskontor. Arbeidstilsynet skal føre tilsyn med at bestemmelsene i arbeidsmiljøloven blir overholdt, og har kompetanse til å gi virksomheter pålegg ved brudd på arbeidstidsreglene.¹⁰ Ved pålegg tilknyttet arbeidstid, kan Arbeidstilsynet prejudisielt avgjøre hvorvidt en arbeidstaker innehar ledende eller særlig uavhengig stilling etter aml. § 10-12 første og andre ledd.

Forvaltningspraksis som rettskildefaktor er et omdiskutert tema i rettskildelitteraturen. Det gjennomgående synspunktet er at forvaltningspraksis har liten eller ingen rettskildemessig vekt i forhold til andre rettskilder.¹¹ Hvilken vekt forvaltningspraksis kan tillegges vil være avhengig av hvor fast, utbredt og varig praksisen er, samt om praksisen skriver seg fra et organ som anses for å ha særlig kyndighet på området det gjelder.¹²

Arbeidstilsynet er et spesialorgan med særlig kompetanse på arbeidsrettens område og vedtakene viser hvordan unntaksbestemmelsene tolkes og anvendes av forvaltningen. Underrettene viser også til Arbeidstilsynets praksis og legger til grunn at dette er en relevant rettskilde ved fastsettelsen av innholdet i unntaksbestemmelsene.¹³ Jeg har fått innsyn i ni vedtak av Arbeidstilsynet fra perioden 2005–2016. Min henvendelse om å få innsyn på generelt grunnlag i saker av betydning for dette temaet ble avvist, og jeg har måttet be om innsyn i enkeltsaker. Det kan dermed settes spørsmålstegn ved hvor representativt utvalget er. Vedtakene gir likevel en indikasjon på hvordan Arbeidstilsynet tolker unntaksbestemmelsene, og sammen med rettspraksis viser dette hva man i praksis har lagt i begrepene som loven og forarbeidene har trukket frem som vesentlige for vurderingen av ledende og særlig uavhengig stilling.

⁸ Boe (2012) s. 257–262

⁹ Eckhoff (2001) s. 162

¹⁰ Aml. § 18-1 jf. § 18-6

¹¹ Boe (2012) s. 263–275

¹² Eckhoff (2001) s. 233

¹³ LH-2007-191174, TOSLO-2014-135604, THAUG-2012-48587

2 Reglene om arbeidstid

2.1 Kort om arbeidstidsreglene

Arbeidstidsreglene er plassert i arbeidsmiljøloven kapittel 10 og har et snevrere virkeområde enn arbeidsmiljøloven for øvrig. Arbeidsmiljøloven § 10-12 første og andre ledd gjør unntak for arbeidstakere som har en ledende eller særlig uavhengig stilling. Arbeidstakere som innehar slike stillinger er dermed unntatt de fleste bestemmelsene som regulerer arbeidstiden og det vernet som reglene skal gi. For helheten og for å få en forståelse av unntaksreglenes rettsvirkning, er det hensiktsmessig å først se nærmere på hovedtrekkene ved arbeidstidsreglene.

Arbeidstid er definert i aml. § 10-1 første ledd som den tid arbeidstaker «står til disposisjon for arbeidsgiver». Motsatt er den tid arbeidstaker ikke står til disposisjon for arbeidsgiver definert som fritid, jf. aml. § 10-1 andre ledd. Begrepet «står til disposisjon for» skal ifølge Høyesterett forstås som at arbeidstaker må «være til disposisjon for å utføre arbeidsoppgaver for arbeidsgiver i henhold til arbeidsavtalen».¹⁴ Arbeidstid er derfor den tiden som arbeidstakeren faktisk bruker på å utføre arbeidet, men det omfatter også tid som ikke blir brukt på arbeidsoppgaver, så lenge arbeidstakeren er tilgjengelig for arbeidsgiver på arbeidsplassen eller andre steder.

Arbeidstidsreglene er ufravikelige dersom ikke annet er særskilt fastsatt.¹⁵ Arbeidsgiver og arbeidstaker kan altså ikke inngå en arbeidsavtale om en daglig og ukentlig arbeidstid som gir arbeidstaker dårligere vilkår enn det som følger av arbeidstidsreglene, og som dermed er til ugunst for arbeidstaker. Motsatt er det fullt mulig å avtale en arbeidstid som gir arbeidstaker bedre vilkår enn det som følger av bestemmelsene i arbeidstidskapittelet.

Foruten unntakene for ledende og særlig uavhengig stilling, inneholder aml. § 10-12 tredje til åttende ledd grunnlag for å gjøre unntak fra arbeidstidsreglene der hvor arbeidstakerens behov for vern er ivaretatt på andre måter. Å gå nærmere inn på disse unntakene faller likevel utenfor denne oppgaven.

Reguleringen av arbeidstiden er detaljert og reglene oppstiller en ytre grense for hvordan arbeidstiden kan organiseres. Hovedregelen om alminnelig arbeidstid fremgår av aml. § 10-4 første ledd. Den sier at den daglige og ukentlige arbeidstid ikke må overstige ni timer i løpet

¹⁴ HR-2000-868 (Kårstø-dommen) s. 425

¹⁵ Jf. aml. § 1-9

av 24 timer og 40 timer i løpet av sju dager. Den alminnelige arbeidstid er den arbeidstid som er avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og som skal fremgå av arbeidsavtalen.¹⁶

Arbeidstimer utover den avtalte arbeidstid regnes etter aml. § 10-6 første ledd som overtid.

Overtidsarbeid skal ikke gjennomføres som en fast ordning, men kun dersom det foreligger et særlig og tidsavgrenset behov for det.¹⁷ Arbeidsmiljøloven fastsetter også en maksimumsgrense for overtidarbeid som er satt til 200 timer i løpet av ett år.¹⁸ Arbeidstiden til den enkelte arbeidstaker skal registreres, og oversikten over det totale antallet arbeidstimer skal være tilgjengelig for Arbeidstilsynet ved en eventuell kontroll.¹⁹

Overtidsarbeid skal kompenseres. Arbeidsmiljøloven § 10-6 ellefte ledd fastsetter at det skal betales et tillegg på minst 40% til den lønn som arbeidstakeren har for tilsvarende arbeid i den alminnelige arbeidstiden. Dette er et område hvor problemstillingen vedrørende ledende og særlig uavhengig stilling ofte blir satt på spissen. Underrettsavgjørelsene som behandler denne problemstillingen gjelder som regel krav om overtidsgodtgjørelse fra arbeidstaker, hvor arbeidsgiver anfører at arbeidstakeren er unntatt arbeidstidsreglene og dermed også overtidsgodtgjørelse, på bakgrunn av at vedkommende innehar en ledende eller særlig uavhengig stilling.²⁰

I tillegg til å legge føringer for arbeidstidens lengde, inneholder arbeidstidsreglene også minimumskrav til arbeidstakers daglige og ukentlige arbeidsfri i aml. § 10-8, samt arbeidstakers krav på pauser i løpet av arbeidsdagen i aml. § 10-9. Når det gjelder arbeidstidens plassering, har arbeidsmiljøloven bestemmelser i §§ 10-10 og 10-11 som definerer hva som regnes som søn- og helgedagsarbeid og nattarbeid, og som slår fast at arbeid på disse tidspunktene ikke er tillatt med mindre arbeidets art gjør det nødvendig.

2.2 Behovet for arbeidstidsregler

2.2.1 Hensyn for og mot

I det følgende skal jeg kort gjøre rede for hvilke hensyn som ligger bak arbeidstidsreglene og de motstridende interesser som reglene skal ivareta. Dette har betydning for oppgaven, da de samme hensyn viser hvorfor det er et behov for unntak fra arbeidstidsreglene for enkelte ar-

¹⁶ Jf. aml. § 14-6 første ledd bokstav j

¹⁷ Jf. aml. § 10-6 første ledd

¹⁸ Jf. aml. § 10-6 fjerde ledd

¹⁹ Jf. aml. § 10-7

²⁰ Se for eksempel LE-2009-100120, LG-2014-163402 og LG-2015-81139-2

beidstakere. Samtidig har hensynene betydning for praktiseringen av unntakene for ledende og særlig uavhengig stilling, ved at hensynene er relevante i den konkrete vurderingen av om det foreligger slike stillinger.

Det er flere hensyn som ligger bak arbeidstidsreglene, og ulike kryssende interesser som skal ivaretas. Arbeidstidsreglene har et bredt virkeområde og skal gjelde for arbeidstakere i forskjellige livssituasjoner, samtidig som reglene skal passe for alle typer virksomheter som det norske arbeidsliv består av. På den ene siden er hensynet til arbeidstakeren og dennes behov for en forutsigbar arbeidstid som ikke går på bekostning av helsemessige og sosiale interesser. På den andre siden står hensynet til virksomheten og dens behov for fleksibilitet ved å kunne utnytte arbeidskraften på en økonomisk lønnsom måte ved behov. Et ytterligere moment er at samfunnet og arbeidsmarkedet forøvrig ikke er konstant, men i stadig utvikling, slik at arbeidstidsreglene må utgjøre en fleksibel ramme for denne utviklingen. Arbeidstidsreglene er altså et sammensatt tema, og reglenes innhold og utforming er en problemstilling som har vært og som stadig er gjenstand for stor politisk diskusjon.

2.2.2 Hensynet til arbeidstaker

Det følger av forarbeidene til nåværende og tidligere arbeidsmiljølovgivning at hovedformålet bak arbeidstidsbestemmelsene er «å sikre at arbeidstakerne har en arbeidstid som ikke påfører dem og deres nærmeste familie unødige helsemessige og sosiale belastninger».²¹ Forskning viser at det er en sammenheng mellom arbeidstidsordninger med lange arbeidsøkter og psykiske og fysiske skader.²² Ved å fastsette rammer for den alminnelige arbeidstiden og bestemmelser som begrenser overtidsarbeid, skal dette bidra til å ivareta hensynet til arbeidstakerens helse.

Arbeidstidsreglene skal også ivareta hensynet til arbeidstakerens sosiale velvære.²³ Arbeidstidens lengde og plassering har stor innvirkning på arbeidstakerens mulighet til å dyrke personlige interesser og til å ha et sosial- og familieliv. Arbeidstakerens trivsel er i stor grad avhengig av en god balanse mellom arbeid og fritid, noe arbeidstidsreglene søker å ivareta. På den andre siden kan en arbeidsordning med uforutsigbare arbeidstider og lange dager gjøre det vanskelig å forene ønsket om en karriere og et familieliv. Arbeidstidsreglene representerer

²¹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.1 s. 151 og Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) kap. V pkt. 4 s. 36

²² Statens Arbeidsmiljøinstitutt (STAMI) har gjennomgått og utarbeidet en sammenstilling av internasjonal forskning på området arbeidstid, sikkerhet og helse. Arbeidstidsutvalget viser i NOU 2016:1 s. 127–128 til STAMI-rapport nr. 1 2014 «Arbeidstid og helse. Oppdatering av en systematisk litteraturstudie» av Jenny-Anne S. Lie mfl., se s. 8

²³ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) kap. V pkt. 4 s. 36

derfor et viktig moment når det kommer til likestilling mellom kjønnene, særlig med tanke på familielivet.²⁴ Det er fremdeles flere kvinner enn menn som prioriterer familien fremfor en karriere, og det er derfor mindre sannsynlig at kvinner vil ta en stilling som ikke faller under arbeidstidsreglene og som innebærer mange arbeidstimer. For andre kan en mer fleksibel arbeidstid gjøre det enklere å kombinere familieliv og karriere.

Fleksibilitet har blitt et viktig stikkord i forbindelse med arbeidstid. Flere arbeidstakere ønsker større fleksibilitet rundt når og hvordan de gjennomfører arbeidsoppgavene. Den teknologiske utviklingen de siste tiårene har gjort det enklere for arbeidstaker å være mer tilgjengelig for arbeidsgiver, og overgangen til mer kunnskapsintensive yrker har ført til at arbeidstaker i større grad kan utføre sine arbeidsoppgaver fra andre steder enn arbeidsplassen, for eksempel ved hjemmekontor.²⁵ Dette gir arbeidstakeren større frihet til å tilpasse arbeidet med sitt liv utenfor arbeidsplassen. På den andre siden har den teknologiske utviklingen med e-post og tilgang til arbeidsplattformer utenfra bidratt til at grensene mellom arbeidstid og fritid har blitt uklare.²⁶

Arbeidstidsreglene bidrar til å jevne ut maktbalansen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Det kan være vanskelig som arbeidstaker å stå imot press om arbeidstiden fra arbeidsgiver, da arbeidet er den primære inntektskilden. Overgangen til mer kunnskapsintensive yrker har ført til at arbeidstaker i mange tilfeller har en styrket forhandlingsposisjon, ved å besitte personlige ferdigheter og kunnskap som er vanskeligere for arbeidsgiver å erstatte.²⁷ Arbeidstakere i en slik posisjon kan i større grad ivareta sine egne interesser, slik at arbeidstidsreglene kan tenkes å være mindre viktige for dem.

2.2.3 Hensynet til virksomheten

Hovedargumentet mot en arbeidstidsordning med alminnelig arbeidstid, er hensynet til virksomheten og dens behov for fleksibilitet. Verdiskapning er et viktig premiss for at en virksomhet skal være levedyktig og igjen skape arbeidsplasser. Arbeidstidsreglene må derfor gi tilstrekkelig med fleksibilitet og muliggjøre økonomisk lønnsomhet for alle typer virksomheter i arbeidslivet, uansett størrelse eller drift. En viktig faktor for virksomheten er å kunne utnytte arbeidskraften effektivt ved «arbeidstopper» og ellers når behovet tilsier det.²⁸ Regle-

²⁴ NOU 2016: 1 pkt. 7.3.4 s. 133–134

²⁵ NOU 2016: 1 pkt. 5.10 s. 108

²⁶ NOU 2016: 1 pkt. 5.10.3 s. 110

²⁷ NOU 2016: 1 pkt. 12.3 s. 196

²⁸ NOU 2004: 5 pkt. 13.3.1 s. 234

ne om overtidarbeid skal søke å ivareta hensynet til virksomhetens behov for økt arbeidskapasitet.

På den andre siden er det også i virksomhetens interesse at arbeidstakerne deres er friske og uthvilte. Overarbeidede arbeidstakere kan føre til mindre effektivitet og i verste fall ulykker på arbeidsplassen. Noe regulering av arbeidstiden kan derfor sies å komme virksomheten til gode også.

2.2.4 Samfunnshensyn

En velfungerende arbeidstidsordning er ikke bare i arbeidstakers og virksomhetens interesse, men er viktig for samfunnet som sådan. Verdiskapning er en avgjørende faktor i dagens samfunn. En fleksibel arbeidstidsordning som bidrar til økonomisk lønnsomhet for virksomhetene er med på å øke den generelle sysselsettingen i arbeidslivet, som igjen er grunnlaget for velferdsordningen i Norge.²⁹ Velferdsordningen er altså avhengig av at folk er i arbeid. En arbeidstidsordning som innebærer for stor arbeidsbelastning og ellers går på bekostning av arbeidstakers helse, kan medføre en stor andel sykemeldte arbeidstakere, som igjen koster velferdsstaten Norge store beløp.

2.3 Overordnet om behovet for unntak for arbeidstakere i ledende og særlig uavhengig stilling

Det klare utgangspunktet er at flest mulig arbeidstakere bør omfattes av arbeidstidsreglene og det vernet som reglene oppstiller.³⁰ Arbeidstakere i ledende eller særlig uavhengig stilling har likevel en så overordnet posisjon i virksomheten og utgjør så ansvarsfulle stillinger at det vil være uhensiktsmessig og lite anvendelig med en streng regulering av arbeidstiden. Dette er arbeidstakere som kontrollerer sin egen arbeidstid og arbeidsinnsats og som har selvstendig beslutningsmyndighet angående hvordan arbeidsoppgavene skal organiseres og gjennomføres, med myndighet til å delegere arbeidsoppgaver til andre. De vernehensyn som ligger bak arbeidstidsreglene har derfor ikke like stor gjennomslagskraft, da det legges til grunn at arbeidstakere i ledende og særlig uavhengig stilling har en sterkere posisjon og derfor kan ivareta sine egne interesser.³¹

²⁹ NOU 2004: 5 pkt. 13.3.3 s. 236

³⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) kap. V pkt. 5 s. 37, Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.12.2 s. 180

³¹ Skarning (2016) s. 16

Arbeidet og ansvaret som følger med stillingene, krever en stor grad av fleksibilitet. I tillegg til arbeidets art, tilsier også hensynet til virksomheten at det er behov for enkelte arbeidstakere som kan gjøre det arbeidet som er nødvendig av hensyn til en lønnsom drift, uten å være bundet av arbeidstidsregler. Et hensyn som Skarning trekker frem, er spørsmålet om hvorvidt virksomheten er avhengig av at noen er unntatt arbeidstidsreglene for at virksomheten skal nå sine mål eller være lønnsom.³² Dette må sies å være et relevant hensyn, da dette ofte er arbeidstakere som i større eller mindre grad har ansvar for den daglige driften av virksomheten. Uforutsette hendelser kan dukke opp, og arbeidslivet står aldri stille. Arbeidstidsreglene kan derfor tenkes å komme i veien for utførelsen av arbeidstakernes plikter overfor virksomheten.

³² Skarning (2016) s. 16

3 Begrepene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling»

3.1 Rettslig utgangspunkt

3.1.1 Ledende stilling

Problemstillingen i det følgende blir å gjøre rede for hva som ligger i begrepet «ledende stilling» i arbeidsmiljølovens forstand, herunder hvem som kan sies å inneha stillingen.

Det følger av aml. § 10-12 første ledd at bestemmelsene i arbeidstidskapittelet ikke kommer til anvendelse for arbeidstaker i «ledende stilling». En naturlig forståelse av begrepet «ledende stilling» er at det tar sikte på overordnede stillinger som leder arbeidet i virksomheten. Begrepet «leder» assosieres gjerne med en ansatt med høyere kompetanse og myndighet enn de øvrige ansatte, hvis arbeidsoppgaver er å kontrollere, organisere og legge til rette for en best mulig utførelse av det arbeidet som vedkommende er satt til å lede. På den andre siden er ikke «leder» et ensartet begrep. En virksomhet har gjerne en hierarkisk struktur med flere ledere og mellomledere, slik at det ofte vil være flere ansatte som kan sies å inneha lederfunksjoner i større eller mindre grad.

Ordlyden i unntaksbestemmelsen er kort. Hva som nøyaktig ligger i begrepet «ledende stilling» og hvilke arbeidstakere som omfattes fremgår ikke klart av lovteksten. Forarbeidene gir noe veiledning. Unntaket for «ledende stilling» i aml. § 10-12 første ledd er en videreføring av unntaket for «arbeid av ledende art» i aml. (1977) § 41 første ledd bokstav a. Selv om ordlyden ble endret, var ikke dette ment som en realitetsendring av begrepets innhold etter gjeldende rett.³³ Forarbeider og praksis knyttet til aml. (1977) § 41 første ledd bokstav a er derfor relevant ved fastsettelsen av innholdet i dagens unntaksbestemmelse.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 inneholder den mest detaljerte fremstillingen av innholdet i unntaksbestemmelsen for «ledende stilling». I Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) på side 59 står det at unntaket tar sikte på «arbeidstakere som innehar klare lederfunksjoner». Som eksempler på stillinger som omfattes av unntaket trekker forarbeidene på samme side frem disponenter, avdelingssjefer, kontorsjefer og overingeniører, samt «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».

³³ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) merknader til § 10-12 s. 322

For å avgjøre om en stilling er ledende i arbeidsmiljølovens forstand må man foreta en konkret vurdering av stillingens innhold, hvor den faktiske stilling og funksjon som vedkommende har i virksomheten er avgjørende.³⁴ Arbeidstakerens stillingstittel og stillingsbeskrivelse vil kun være et veiledende moment i vurderingen. I alle tilfeller må stillingens reelle innhold være av ledende art for at arbeidstakeren kan sies å inneha en ledende stilling.

Vernehensynene som ligger bak arbeidstidsreglene tilsier i utgangspunktet at så mange arbeidstakere som mulig burde omfattes av arbeidstidsreglene og den beskyttelsen de gir. Selv om det i realiteten er et behov for å unnta enkelte arbeidstakere i stillinger som krever stor fleksibilitet fra en streng regulering av arbeidstiden, tilsier vernehensyn at unntaket for ledende stilling burde praktiseres strengt. Forståelsen av at unntaksbestemmelsene må praktiseres strengt ble direkte uttalt og lagt til grunn av Gulating lagmannsrett i saken LG-2014-163402, etter å ha gjennomgått forarbeidene og ut ifra de vernehensyn som ligger bak arbeidstidsreglene. De øvrige avgjørelsene vedrørende unntakene for ledende og særlig uavhengig stilling inneholder ingen direkte uttalelse om en streng praktisering av unntaket, men det legges til grunn at det må stilles særlige krav for å gjøre unntak fra arbeidstidsreglene.³⁵ Arbeidstilsynet har på sin side generelt lagt opp til en streng håndheving av unntaksbestemmelsen.³⁶

Etter forarbeidene tar altså unntaket for ledende stilling sikte på arbeidstakere med «klare lederfunksjoner».³⁷ Dette har blitt forstått som en arbeidstaker som har et større ansvar.³⁸ Ansvar til en leder viser seg gjerne ved at vedkommende har det overordnede ansvaret for den daglige driften av virksomheten. Dette innebærer ofte et økonomisk ansvar, ved å ha resultat- og budsjettansvar, samt å ha ansvaret for underordnede arbeidstakere gjennom personalansvar. En leder er ofte plassert høyt oppe i virksomhetens hierarki, men det er ikke nødvendig for at stillingen er ledende.

«Klare lederfunksjoner» peker mot at lederoppgaver må være stillingens hovedpreg. Stillingens art må altså i hovedsak bestå av arbeid av administrativ og ledende art i forbindelse med den daglige driften av virksomheten. Det at for eksempel en butikksjef også bidrar i butikken med ordinære butikkoppgaver, hindrer ikke butikksjefen i å ha en ledende stilling så lenge ledelse er stillingens hovedpreg. Motsatt vil en arbeidstaker som i all hovedsak utfører ordinært arbeid ikke ha en ledende stilling, selv om stillingen er tillagt noen lederfunksjoner.

³⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

³⁵ For eksempel LG-2015-81139-2

³⁶ Se blant annet Arbeidstilsynets brev til NITO, Jnr. 2007/4792

³⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

³⁸ Johansen (2011) s. 385

Forarbeidene oppstiller noen karakteristikk som kjennetegner en ledende stilling, ved at dette er personer med «et større ansvar eller som i særlig grad kan treffe selvstendige avgjørelser, og som selv må vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats».³⁹ For å være omfattet av unntaket bør arbeidstakeren ha en reell myndighet til å treffe selvstendige avgjørelser på vegne av virksomheten.⁴⁰ Arbeidstakeren bør ha et handlingsrom til å ta beslutninger uten at arbeidsgivers instruksjoner legger føringer for denne myndigheten. Myndighet til å kunne delegerer arbeidsoppgaver til underordnede arbeidstakere er også av betydning for om stillingen er ledende.⁴¹

Uttalelsene i forarbeidene må ses i sammenheng med hensynene som ligger bak reglene. Arbeidstakere som er ansatte i en lederposisjon har et stort ansvar for den daglige driften av virksomheten og for sine underordnede. Som leder kan det i perioder være nødvendig med en større arbeidsinnsats, slik at stillingens art krever fleksibilitet når det kommer til arbeidstiden. På den andre siden har en leder myndighet til å regulere sin egen arbeidstid og arbeidsinnsats gjennom selvstendig beslutningsmyndighet og delegasjonsmyndighet. En leder kan altså ivareta sine egne interesser, slik at det er mindre betenkelig at vedkommende unntas arbeidstidsreglene. For at en leder skal kunne sies å inneha en ledende stilling i arbeidsmiljølovens forstand, er det derfor viktig at arbeidstakeren faktisk har myndighet til å ta selvstendige beslutninger når det gjelder sin egen arbeidstid og arbeidsinnsats.

I grensetilfeller vil det etter forarbeidene være naturlig å legge avgjørende vekt på om vedkommende kontrollerer sin egen arbeidstid.⁴² Begrunnelsen er at det ikke vil være naturlig å unnta en arbeidstaker fra arbeidstidsbestemmelsene dersom vedkommende er underlagt fast kontroll med hensyn til arbeidstiden, selv om vedkommende måtte ha visse lederfunksjoner.⁴³ På den andre siden burde arbeidstakeren faktisk ha en reell mulighet til bestemme sin egen arbeidstid for at det ikke skal være betenkelig å unnta vedkommende fra vernebestemmelsene i arbeidstidskapittelet. En leder er likevel til en viss grad styrt av omgivelsene når det gjelder arbeidstiden. For å kunne utføre sine lederfunksjoner, er det nødvendig med en viss tilstedeværelse sammen med de underordnede vedkommende er satt til å lede. Det avgjørende for om en stilling er ledende bør derfor være hvorvidt lederen fritt styrer sin egen arbeidstid uten innblanding eller kontroll fra arbeidsgivers side.

³⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

⁴⁰ Johansen (2011) s. 385

⁴¹ Johansen (2011) s. 385

⁴² Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

⁴³ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

Et ytterligere moment som kan si noe om hvorvidt det foreligger en ledende stilling, er arbeidstakerens lønn. Arbeidstakere i ledende stilling har ofte et høyere lønnsnivå enn de øvrige ansatte, som forutsettes å dekke en viss arbeidsinnsats ut over vanlig arbeidstid, uten at overtidarbeidet registreres særskilt.⁴⁴ Dette er likevel kun et moment: det avgjørende er i alle tilfeller hvorvidt arbeidstakeren reelt har en ledende stilling.

Når det gjelder hvem som kan sies å ha en «ledende stilling» og begrepets øvre grense, er det naturlig at det aller øverste ledersjiktet omfattes av unntaket.⁴⁵ Det er nærliggende å se begrepet i sammenheng med aml. § 1-8 andre ledd om «den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten».⁴⁶ Dette er personer som på vegne av virksomheten har fullmakter til å utøve arbeidsgivers styringsrett, som retten til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet.⁴⁷ Det har vært fremmet forslag om å begrense unntaket til å kun gjelde for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten, men departementet mente at hensynene bak unntaket gjorde seg gjeldende for en større gruppe arbeidstakere enn kun det øverste ledersjiktet.⁴⁸

Ledere som arbeider sammen med de ansatte anses ikke for å ha en ledende stilling. I arbeidsmiljøloven (1977) § 41 første ledd bokstav a var det presisert i andre punktum at unntaket ikke kom til anvendelse for «arbeidsledere og andre i liknende stillinger som i arbeidstida følger dem de er satt til å lede». Denne setningen er strøket fra dagens unntaksbestemmelse, men det følger av forarbeidene at endringene ikke var ment å innebære en realitetsendring av innholdet i «ledende stilling».⁴⁹ Eksempler på arbeidsledere som ikke er unntatt arbeidstidsreglene er baser, formenn og teamledere. Dette er ledere som fungerer som en koordinator for arbeidet på arbeidsstedet, og de må derfor oppholde seg sammen med de øvrige ansatte for å kunne gjennomføre sine lederoppgaver. Det er ikke avgjørende om arbeidslederen selv deltar i det arbeidet han er satt til å lede, men om vedkommende må oppholde seg på samme arbeidsplass.⁵⁰

3.1.2 Særlig uavhengig stilling

Spørsmålet videre er hva som ligger i begrepet «særlig uavhengig stilling» i arbeidsmiljølovens forstand, herunder hvem som kan sies å inneha denne stillingen.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) kap. V pkt. 5 s. 38

⁴⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.12.2 s. 180

⁴⁶ Skarning (2016) s. 22

⁴⁷ Definisjon av arbeidsgivers styringsrett i HR-2008-1041-A (Theatercafé-dommen)

⁴⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.12.2 s. 179–180

⁴⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) merknader til § 10-12 s. 322

⁵⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

Arbeidsmiljøloven § 10-12 andre ledd gjør unntak for arbeidstaker i «særlig uavhengig stilling». En «særlig uavhengig stilling» er ikke like intuitivt som begrepet «ledende stilling». Ordlyden peker mot at stillingen må inneholde en ikke ubetydelig grad av uavhengighet med tanke på hvordan arbeidet skal utføres. Ut over dette, er begrepets nærmere innhold og hvilke arbeidstakere som er ment å omfattes vanskeligere å fastsette ut ifra en ren språklig forståelse.

Forarbeidene gir noe veiledning om hva som ligger i begrepet. I Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) blir unntaket for særlig uavhengig stilling beskrevet på følgende måte på side 181:

«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».

Unntaket for særlig uavhengig stilling er etter dette et alternativ til unntaket for ledende stilling, for arbeidstakere som ikke har lederansvar, men som likevel har en viktig posisjon i virksomheten. Arbeidstakeren må ha et ansvarsområde og en beslutningsmyndighet som innebærer at vedkommende selv kan bestemme hva og hvordan arbeidsoppgaver skal løses, og hvilke arbeidsoppgaver som skal delegeres til andre.⁵¹

Det nøyaktige innholdet i unntaket for særlig uavhengig stilling er likevel vanskelig å få tak på, og konsekvensene av å være omfattet av unntaket er store for arbeidstakerne det gjelder. Unntaksbestemmelsen har som en følge av dette vært gjenstand for politisk diskusjon. Endringsprosessen fra arbeidsmiljøloven av 1977 til dagens arbeidsmiljølov av 2005 kan ha medført en innstramming av unntaksbestemmelsen, slik at det er nødvendig å først se nærmere på denne prosessen.

Arbeidsmiljøloven av 1977 hadde i § 41 første ledd bokstav a unntak for «arbeid av andre som har en særlig selvstendig stilling i virksomheten». Forarbeidene fastslo kort at unntaket

⁵¹ Johansen (2011) s. 387

var ment for «arbeidstakere som ikke innehar lederfunksjoner, men som likevel har overordnede og ansvarsfulle stillinger», og nevnte en fast ansatt advokat i et forsikringsselskap som et eksempel på en stilling som var særlig uavhengig.⁵²

I forbindelse med arbeidet med en ny arbeidsmiljølov, la Arbeidslivslovutvalget i 2004 frem et forslag som for det første gikk ut på at ordlyden skulle endres fra «selvstendig» til «uavhengig». Endringen skulle ikke medføre at begrepet fikk et annet innhold enn det som opprinnelig var forutsetningen, men endringen skulle signalisere en innstramming i forhold til hvordan unntaksbestemmelsen hadde blitt praktisert, da Arbeidslivslovutvalget la til grunn at unntaket hadde vært gjenstand for tolkningstvil og anvendelse utover lovens forutsetning.⁵³ For det andre gikk forslaget ut på at arbeidstakere i særlig uavhengig stilling nå som hovedregel skulle være underlagt arbeidstidsreglene med mulighet for å inngå avtale med arbeidsgiver om unntak fra enkeltbestemmelser.⁵⁴ Begrunnelsen til utvalget var for det første hensynet til at flest mulig arbeidstakere burde omfattes av det vernet som arbeidstidsreglene oppstiller, og for det andre hensynet til forenkling og tydeliggjøring av lovteksten.⁵⁵

Begge endringene ble fulgt opp av regjeringen Bondevik II med Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), for senere å bli reversert høsten 2005 av regjeringen Stoltenberg II med endringsproposisjonen Ot.prp. nr. 24 (2005–2006). Begrepsendringen fra «selvstendig» til «uavhengig» ble likevel beholdt, og endringsproposisjonen viser til beskrivelsen av unntaket som ble gitt i proposisjonen basert på forslaget til Arbeidslivslovutvalget fra 2004, som også er gjengitt ovenfor.⁵⁶

Det er etter dette uklart om dagens unntaksbestemmelse medfører en innstramming i forhold til arbeidsmiljøloven av 1977, i tråd med Arbeidslivslovutvalgets skepsis til praktiseringen av unntaket. I Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) blir det likevel presisert på side 12 at «begrepet ‘særlig selvstendig’ er i den nye loven av 17. juni 2005 endret til ‘særlig uavhengig’ uten at dette innebærer noen materiell endring. Det understrekes at innholdet i begrepet ‘særlig uavhengig stilling’ ikke endres ved departementets forslag».

Det virker altså som at det ikke ble lagt opp til en endring av rettstilstanden. Det samme standpunktet er lagt til grunn av Gulating lagmannsrett i LG-2012-144598, samt at Skarning i sin fremstilling også legger til grunn at rettstilstanden ikke ble endret i 2005.⁵⁷ Problemstil-

⁵² Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

⁵³ NOU 2004: 5 pkt. 13.5.2 s. 245 og pkt. 13.5.6 s. 265

⁵⁴ NOU 2004: 5 pkt. 13.5.6 s. 265

⁵⁵ NOU 2004: 5 pkt. 13.5.2 s. 245

⁵⁶ Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) merknader til § 10-12 andre ledd s. 12 jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.12.2 s. 181

⁵⁷ Skarning (2016) s. 35

lingen er ikke reist ellers i juridisk teori. Det konstateres derimot kort at unntaket er en videreføring av unntaket i arbeidsmiljøloven av 1977.⁵⁸

I likhet med unntaket for ledende stilling, tilsier de vernehensyn som ligger bak arbeidstidsreglene at unntaksbestemmelsen praktiseres strengt. Som omtalt ovenfor, la Gulating lagmannsrett i LG-2014-163402 denne forståelsen av unntaksbestemmelsene til grunn, og Arbeidstilsynet har i sin praksis tatt utgangspunkt i at bestemmelsene skal håndheves strengt.⁵⁹

Vurderingen av hvorvidt en arbeidstaker innehar en særlig uavhengig stilling beror på en konkret helhetsvurdering av stillingens innhold, hvor et av de viktigste momentene er om stillingen har en tydelig og åpenbar uavhengighet til å bestemme hvordan og til hvilken tid arbeidsoppgavene gjennomføres.⁶⁰

Det avgjørende etter forarbeidene er altså hvorvidt arbeidstakeren har en «tydelig og åpenbar» selvstendighet eller uavhengighet. Dette er et ganske strengt krav. Spørsmålet er hva eller hvem arbeidstakeren må være uavhengig av. Som arbeidstaker vil man for det første nødvendigvis måtte svare til og stå til disposisjon for arbeidsgiveren. For det andre vil det i de aller fleste stillinger være andre momenter som legger føringer for det arbeidet en skal utføre. Det kan være frister som man må forholde seg til, andre personer som en må samarbeide med og deres arbeidstid, eller andre bedrifter og oppdragsgivere eller offentlige institusjoner.

Fougner mfl. skiller mellom ytre og indre rammebetingelser når han gjør rede for unntaket for særlig uavhengig stilling.⁶¹ Med ytre rammebetingelser menes eksterne forhold som legger føringer for arbeidstakerens arbeid og som på denne måten begrenser mulighetene for arbeidstakeren til å bestemme sin egen arbeidstid. Dette gjelder eksempelvis eksternt fastsatte tidsfrister som er bindende for virksomheten som sådan. Fristene kan være fastsatt av offentlige myndigheter, som for eksempel frister for innlevering av regnskaper og tilhørende rapporter under årsoppgjøret, eller de kan være fastsatt av eksterne oppdragsgivere i form av milepæler for fremdriften i prosjekter.⁶² Siden fristene er bindende for absolutt alle, inkludert arbeidstakerne som er omfattet av unntakene i aml. § 10-12 første og andre ledd, er synspunktet som Fougner mfl. argumenterer for at disse ytre rammebetingelsene ikke har rettslig betydning ved anvendelsen av unntaksbestemmelsen for særlig uavhengig stilling.⁶³ Det er det rettslige for-

⁵⁸ Se for eksempel Fougner mfl. (2018) s. 488–489

⁵⁹ Se pkt. 3.1.1 s. 11

⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.12.2 s. 181

⁶¹ Fougner (2018) s. 489

⁶² Fougner (2018) s. 489

⁶³ Fougner (2018) s. 489

holdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som er avgjørende. Dette er de indre rammebetingelsene, og består av det handlingsrommet arbeidsgiveren har gitt arbeidstakeren når det gjelder utførelsen av arbeidsoppgavene som er tillagt stillingen.⁶⁴

Skillet mellom ytre og indre rammebetingelser ble anvendt i saken TOSLO-2014-135604 hvor Oslo tingrett kom til at en finansrådgiver hadde en særlig uavhengig stilling, og selv om det ikke ble direkte uttalt ble skillet også tillagt vekt i LG-2015-81139-2.⁶⁵ Ellers virker det ikke som at skillet har fått stort gjennomslag i rettspraksis. Skarning tar til orde for en viss skepsis til et absolutt skille, da han mener at ytre rammebetingelser som krav fra kunder, leverandører eller lovgivning faktisk kan ha stor påvirkning på arbeidstakerens arbeidstid og mulighet til å ta fri og at man derfor ikke kan se helt bort ifra dem i vurderingen.⁶⁶ Arbeidstidsutvalget er enig og mener at stillingen ikke er særlig uavhengig dersom ytre rammebetingelser i avgjørende grad begrenser arbeidstakerens mulighet til å bestemme sin egen arbeidstid.⁶⁷

At arbeidstakeren besitter faglig kompetanse som er avgjørende for virksomheten og som derfor gir arbeidstakeren stor frihet til å styre sin egen arbeidsdag og oppgaver, er ikke det samme som at stillingen er særlig uavhengig i arbeidsmiljølovens forstand. For disse arbeidstakerne vil det være den faglige kompetansen, og ikke stillingens art ved å være overordnet og ansvarsfull, som gjør arbeidstakeren uavhengig.⁶⁸ Det må altså noe mer til enn spesiell fagkunnskap.

Arbeidstakeren som blir beskrevet av NHO, som det henvises til i forarbeidene, har en veldig fri stilling.⁶⁹ Arbeidstakeren skal selv bestemme hva vedkommende skal gjøre, hva som skal delegeres til andre, når arbeidet skal gjøres og hvordan arbeidet skal utføres. Hvis man skal ta denne beskrivelsen på ordet, kan det settes spørsmålstegn ved om det overhode finnes arbeidstakere som har en stilling med så stor frihet som beskrevet her. Skarning trekker frem dette synspunktet og mener at beskrivelsen passer bedre på vitenskapelig personale, kunstnere eller andre som faktisk ikke har arbeidsgivere, og kanskje heller ikke oppdragsgivere, å forholde seg til.⁷⁰ En arbeidstaker er i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold med arbeidsgiver, der arbeidstaker skal utføre gitte arbeidsoppgaver. Skarning sitt synspunkt virker da å være at det som følge av dette kontraktsforholdet nødvendigvis er og må være visse rammer en arbeidstaker må forholde seg til i utførelsen av sine arbeidsoppgaver.

⁶⁴ Fougner (2018) s. 490

⁶⁵ Sakene blir behandlet under pkt. 4.3.1 s. 37 og pkt. 4.3.2 s. 42

⁶⁶ Skarning (2016) s. 37

⁶⁷ NOU 2016: 1 pkt. 12.5.3 s. 199

⁶⁸ NOU 2004: 5 s. 555

⁶⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.12.2 s. 181

⁷⁰ Skarning s. 33

Et moment som kan tale for at det foreligger særlig uavhengig stilling er arbeidstakerens lønn. Lønnsnivået til disse arbeidstakerne forutsettes ofte å dekke en viss arbeidsinnsats ut over alminnelig arbeidstid, uten at overtidsarbeidet registres.⁷¹ Det er likevel kun et moment. Det avgjørende er hvorvidt stillingen faktisk er særlig uavhengig.

Det er ifølge forarbeidene ikke nok til å anse arbeidstakeren for særlig uavhengig at vedkommende kan kontrollere sin egen arbeidstid eller har en fleksibel arbeidstidsordning.⁷² De senere årene har det blitt stadig flere som i større eller mindre grad kan styre sin egen arbeidstid, og fleksibel arbeidstid er noe som er ønskelig både fra arbeidsgivers og arbeidstakers side. Den teknologiske utviklingen har også ført til at arbeidstaker er lettere tilgjengelig for arbeidsgiver, og arbeidstakeren har mulighet til å gjennomføre arbeidet andre steder enn den ordinære arbeidsplassen. Som følge av disse utviklingstrekkene burde momentet om hvorvidt arbeidstakeren selv kan bestemme sin egen arbeidstid ha mindre vekt i vurderingen av om det foreligger en særlig uavhengig stilling. I grensetilfeller er det likevel gode grunner for å legge avgjørende vekt på om arbeidstakeren kontrollerer sin egen arbeidstid som det fremgår av forarbeidene, da det ikke er naturlig å unnta en arbeidstaker fra arbeidstidsreglene som er underlagt fast kontroll med hensyn til arbeidstiden.⁷³

Prosjektarbeid kommer i en særstilling. Arbeid i prosjekt innebærer som regel stor frihet med tanke på hvordan og når oppgavene løses, så lenge prosjektet blir fullført innenfor gitte frister. Prosjektarbeid og forholdet til unntaksbestemmelsen i aml. (1977) § 41 første ledd bokstav a ble diskutert i Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) hvor det på side 112–113 ble lagt til grunn at prosjektarbeidere i utgangspunktet ikke omfattes av unntaket, men at dette eventuelt må vurderes ut ifra de konkrete arbeidsoppgavene til den enkelte prosjektarbeideren. Samfunnsutviklingen hadde også endret måten arbeid ble organisert på, nettopp ved en utstrakt bruk av samarbeid i prosjekt, og man så derfor som nødvendig å presisere unntaket for særlig uavhengig stilling på dette punktet. Dette standpunktet er videreført i dagens unntaksbestemmelse, og begrunnelsen er at selv om prosjektarbeidere har stor frihet til å organisere sitt eget arbeid, styres de i praksis av omgivelsene sine, og da særlig utviklingen i prosjektet.⁷⁴

⁷¹ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) kap. V pkt. 5 s. 38

⁷² Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.12.2 s. 181

⁷³ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

⁷⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.12.2 s. 181

3.2 Begrepene i et historisk perspektiv

Arbeidsmiljøloven av 2005 har linjer helt tilbake til de første arbeidervernlovene, og så lenge arbeidstiden har vært underlagt lovregulering, har det også eksistert unntak fra arbeidstidsreglene for arbeidstakere i ledende og særlig uavhengig stilling, eller ved lignende formuleringer. Problemstillingen i det følgende er hvilket innhold reglene har hatt gjennom årene, herunder om utviklingen kan bidra til å kaste lys over dagens innhold.

De første arbeidervernlovene var et resultat av industrialiseringen som skjedde på slutten av 1800-tallet og behovet for å verne kroppsarbeiderne og forholdene i industrien. Lov om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter av 18. september 1915 var den første lovreguleringen av normalarbeidstiden for voksne arbeidere. Lovens § 2 definerte hvem som skulle forstås som «arbeider», hvor blant annet «bestyrer, disponent eller andre overordnede personer», samt «kontorpersonale eller formænd som væsentlig fører tilsyn eller har fast maanedseller aarsløn» var unntatt fra denne definisjonen.⁷⁵

Ved lov av 19. juni 1936 om arbeidervern ble det for første gang i Norge vedtatt en allmenn arbeidervernlov som omfattet alle arbeidsforhold.⁷⁶ Lovens § 12 nr. 1 gjorde unntak fra arbeidstidsreglene for arbeid som var av «ledende eller kontrollerende art eller i annen særlig betrodd stilling». Etter forarbeidene gjaldt unntaket for såkalte «høiere funksjonærer».⁷⁷ Funksjonær er et gammelt uttrykk som ble brukt som betegnelse på arbeidstakere som utførte kontorarbeid, i motsetning til arbeidstakere som utførte fysisk arbeid.⁷⁸ I likhet med beskrivelsene i forarbeidene til dagens unntaksbestemmelse for ledende stilling, var unntaket ment for arbeid som forutsatte et særlig ansvar og arbeidstakere som i større omfang kunne treffe selvstendige avgjørelser.⁷⁹ Som eksempel nevnes i forarbeidene disponenter, driftsingeniører, kontorsjefer og avdelingsjefer.⁸⁰ Unntaket for arbeid «i annen særlig betrodd stilling» var ment for funksjonærer som innehadde en tillitspost i umiddelbar tilknytning til en overordnet person, som for eksempel en privatsekretær hos driftslederen.⁸¹

Lov om arbeidervern av 7. desember 1956 videreførte unntakene § 18 med samme ordlyd. Nytt i arbeidervernloven av 1956 var at det ble tilført en presisering om at unntaket for arbeid av ledende eller kontrollerende art ikke gjelder «arbeidsledere og andre i liknende stilling som

⁷⁵ Jebe (1918) s. 16

⁷⁶ Fougner (2018) s. 1–3

⁷⁷ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 26

⁷⁸ Store norske leksikon, «Funksjonær». Hentet 18.03.2019. <https://snl.no/funksjonær>

⁷⁹ Rømcke (1950) s. 42

⁸⁰ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 26

⁸¹ Rømcke (1950) s. 42

i arbeidstiden følger dem de er satt til å lede eller kontrollere». Endringen av lovteksten var ikke ment som en realitetsendring, men for å markere skillet mellom de arbeidslederne som har en så selvstendig stilling at de faller utenfor arbeidstidsreglene på den ene siden, og på den andre siden arbeidslederne som ved sin ledelse, fordeling og overvåking av arbeidet har som en av sine hovedoppgaver å følge arbeidsprosessen til arbeidstakerne mens de er i arbeid.⁸² De sistnevnte arbeidslederne skulle være underlagt arbeidstidsreglene.

En omfattende revisjon av arbeidervernlovgivningen resulterte i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø. Virkeområdet for arbeidstidskapittelet ble fremdeles avgrenset negativt. I § 41 første ledd bokstav a ble unntaket fra arbeidstidsreglene formulert på følgende måte: «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 arbeidet med ny lov var departementet opptatt av å finne en bedre formulering av unntaket for lederarbeid, da de var av den oppfatning at unntakene hadde vært for vidt formulert i forhold til det som var forutsetningen, nemlig at unntaket skulle være reservert for mer overordnede stillinger.⁸³ For å klargjøre unntaket ble det foreslått at unntaket skulle være for «arbeid av ledende art, når arbeidstakeren selv kontrollerer sin arbeidstid».⁸⁴ Resultatet ble likevel at ordet «kontroll» ble tatt ut av lovteksten. Begrunnelsen var at dette kunne misforstås, ved at det kunne tolkes som at det var tilstrekkelig at arbeidslederen ikke var pålagt en arbeidstid eller var unntatt stemplingsordninger. Hovedargumentet for å unnta arbeidsledere var derimot at disse har overordnede stillinger og selv må vurdere behovet for arbeid.⁸⁵

Lovrevisjonene opp igjennom årene har altså fokusert på å presisere lovteksten og gjøre denne tydeligere i samsvar med det opprinnelige innholdet unntaksbestemmelsene var ment å ha, fremfor å endre rettstilstanden. Unntaksbestemmelsene har derfor isolert sett hatt det samme innholdet hele veien. Det som har endret seg, og som kan sies å ha en påvirkning på innholdet i bestemmelsene, er samfunnet og premissene for arbeidslivet.

Fra arbeidervernloven av 1936 har utviklingen gått fra overvekt av produserende arbeid i fabrikker og forretninger til stadig mer kunnskapsbasert arbeid. Arbeidstidsutvalget peker i NOU 2016: 1 på side 196 på noen sentrale utviklingstrekk i nyere tid. For det første har en større andel av dagens arbeidstakere høyere utdanning, som innebærer at arbeidstakerne i dag har andre yrker og utfører andre typer arbeidsoppgaver enn før. Et mer kunnskapsbasert arbeidsliv

⁸² Ot.prp. nr. 8 (1956) s. 61

⁸³ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) kap. 5 pkt. 5 s. 37

⁸⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) kap. 5 pkt. 5 s. 37

⁸⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) kap. 5 pkt. 5 s. 38

har også gitt arbeidstakerne større selvstendighet i hvordan arbeidet utføres, og de er mindre bundet til tid og sted. Det andre viktige utviklingstrekket er den teknologiske utviklingen som har funnet sted. På den ene siden har teknologien ført til at arbeidstakeren er tilgjengelig for arbeidsgiveren til enhver tid, noe som kan ha ført til at skillet mellom arbeidstid og fritid har blitt mindre tydelig og som gjør regulering av arbeidstiden viktigere. På den andre siden har teknologien åpnet opp muligheten for å gjennomføre arbeidsoppgavene andre steder enn på arbeidsplassen. Dette bidrar til større fleksibilitet med tanke på arbeidstiden, som er noe som både arbeidsgiver og arbeidstaker etterspør i større grad enn før. Alle disse utviklingstrekkene gir grunn til å tro at innholdet i begrepene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» er noe annet i dag enn tidligere.

Arbeidstidsutvalgets innstilling fra 2016 konkluderer med at dagens unntak for ledende og særlig uavhengig stilling burde videreføres, men at unntaket i praksis benyttes i større grad enn det loven åpner for. Dette gjelder spesielt særlig uavhengig stilling hvor utvalget mener det må fastsettes klarere vilkår i lovteksten for å forebygge feilbruk, noe de påpeker er spesielt viktig i en tid hvor internasjonal konkurranse, teknologisk utvikling og endrede arbeidsoppgaver kan tenkes å styrke arbeidsgivers ønske om å kunne benytte unntak fra lovens begrensninger. De foreslår to tiltak: krav om at det skal nedfelles i arbeidsavtalen om en er unntatt arbeidstidsreglene, og utarbeidelse av en kortfattet veiledning som gir mer utfyllende forklaring av kriteriene.⁸⁶

Arbeidstidsutvalget foreslår i tillegg å innføre et nytt unntak for delvis uavhengig stilling, basert på en individuell avtale hvor unntaket fra lovens hovedregler skal være mindre omfattende enn det som er tilfelle for særlig uavhengig stilling. Forslaget er basert på at utvalget finner at flere arbeidstakere i dag som følge av kunnskap og arbeidsoppgaver, har stor selvstendighet til å bestemme over sin egen arbeidstid selv om de ikke har mulighet eller myndighet til å delegerer til andre. Dagens unntaksregler skaper en enten-eller-løsning som utvalget mener ikke passer godt for det moderne arbeidslivet. Det nye unntaket skal derfor være en mellomløsning som skal sikre arbeidstakerne fleksibilitet og vern.⁸⁷

3.3 Arbeidstidsdirektivet

Norge er etter EØS-avtalen forpliktet til å overholde Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekt ved organisering av arbeidstiden (Arbeidstidsdirektivet). Arbeidstidsdirektivet er implementert i norsk rett gjennom arbeidsmiljølo-

⁸⁶ NOU 2016: 1 pkt. 12.5 s. 197–199

⁸⁷ NOU 2016: 1 pkt. 12.5.4 s. 199–202

ven.⁸⁸ Direktivet inneholder minimumskrav, slik at medlemsstatene står fritt til å gi regler som er gunstigere for arbeidstaker enn det direktivet oppstiller. Arbeidstidsdirektivet gjelder i utgangspunktet for alle arbeidstakere, men artikkel 17 gir adgang til å gjøre unntak fra de fleste arbeidstidsreglene unntatt direktivets alminnelige prinsipp om vern av arbeidstakerens helse og sikkerhet.

Unntaket for ledende og særlig uavhengig stilling må derfor være innenfor de rammer som oppstilles i Arbeidstidsdirektivet artikkel 17. Dette betyr at unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven ikke kan unnta en større gruppe arbeidstakere fra arbeidstidsreglene enn det artikkel 17 åpner for. Da Arbeidstidsdirektivet er et minimumsdirektiv, kan arbeidsmiljøloven ha unntak som er snevrere og unntar færre arbeidstakere enn etter artikkel 17.

Etter artikkel 17 nr. 1 kan det gjøres unntak når arbeidstidens varighet på grunn av særlige trekk ved den aktivitet som utføres, ikke måles og/eller fastsettes på forhånd eller kan fastsettes av arbeidstakeren selv. Videre i artikkel 17 nr. 1 gis det eksempler på hvilke arbeidstakere som kan unntas. Dette er etter bokstav a blant annet personer med lederfunksjoner eller andre som har myndighet til å treffe selvstendige beslutninger. Det finnes ingen praksis fra EU-domstolen som sier noe om hva som er det nærmere innholdet i denne bestemmelsen.

Etter norsk rett er det et moment i vurderingen av om arbeidstakeren har en ledende eller særlig uavhengig stilling hvorvidt de har kontroll over egen arbeidstid. I tillegg til å ha kontroll over egen arbeidstid, kreves det klare lederfunksjoner eller en tydelig og åpenbar uavhengighet. Etter dette virker det derfor som at unntaket for ledende og særlig uavhengig stilling er snevrere enn artikkel 17 nr. 1, og derfor i tråd med Norges forpliktelser etter Arbeidstidsdirektivet.

3.4 Rettsstillingen til arbeidstakere i ledende eller særlig uavhengig stilling

Konsekvensene av å inneha en ledende eller særlig uavhengig stilling er store. Arbeidstakere som er ansatt i disse stillingene er unntatt de fleste reglene som regulerer arbeidstiden og det vernet som bestemmelsene skal gi.

Arbeidstakere som er ansatt i en ledende eller særlig uavhengig stilling står i utgangspunktet fritt til å organisere sin egen arbeidstid uten å måtte holde seg innenfor de detaljerte rammene som arbeidstidsreglene oppstiller. De kan i prinsippet plassere arbeidstiden når de vil på døg-

⁸⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.1.1 s. 152

net, arbeide så mye de ønsker eller som er nødvendig i løpet av dagen og uka, og de er ikke pålagt hviletid eller pauser fra arbeidet. Selv om de står fritt til å arbeide mange timer, har de ikke krav på overtidsbetaling for timene de arbeider utover alminnelig arbeidstid. Arbeidstakernes frie stilling og fleksibilitet går altså på bekostning av kravet om overtidsbetaling. Dersom arbeidstakeren skal ha krav på overtidsbetaling og omfattes av arbeidstidsreglene, må altså arbeidsgiver gå inn og kontrollere arbeidstiden i større grad.

Virkningene av å ha en ledende eller særlig uavhengig stilling er knyttet til det reelle innholdet i stillingen, og trer derfor i kraft idet en arbeidstaker faktisk innehar stillingen. At arbeidstaker skal være unntatt på dette grunnlaget er ikke nødvendigvis noe man eksplisitt blir enige om eller avtaler. Det kan i utgangspunktet virke som at det ikke er krav om at dette skal fremgå av arbeidsavtalen etter aml. § 14-6, som inneholder minimumskrav til innholdet i den skriftlige arbeidsavtalen, selv om det kan spørres om dette er opplysninger av «vesentlig betydning» i arbeidsforholdet, jf. aml. § 14-6 første ledd. Denne problemstillingen faller utenfor denne besvarelsen. Undersøkelser utført av Rambøll viser at relativt mange arbeidstakere som behandles som unntatt fra arbeidstidsreglene ikke har dette nedfelt i sine arbeidsavtaler, men at dette beror på en felles forståelse mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.⁸⁹ Denne forståelsen viste seg i flere tilfeller ikke egentlig å være felles, men heller arbeidsgivers forståelse av at arbeidsoppgavens karakter ikke lot seg forene med en normal arbeidstid, samt krav fra kunder eller andre oppdragsgivere.⁹⁰ At dette ikke er avtalt eller nedskrevet i arbeidsavtalen kan skape usikkerhet og føre til at arbeidsgiver og arbeidstaker har forskjellige oppfatninger i en situasjon hvor konsekvensene er veldig store. Arbeidstidsutvalget har på bakgrunn av dette og av hensyn til klarhet, lagt frem et forslag om at det lovfestes et krav om at det skal fremgå av den skriftlige arbeidsavtalen dersom partene mener at arbeidstaker er unntatt fra arbeidstidsreglene.⁹¹

Selv om arbeidstakeren har en ledende eller særlig uavhengig stilling og dermed er unntatt arbeidstidsreglene, stilles det likevel noen krav til arbeidstiden i aml. § 10-2 første, andre og fjerde ledd.⁹² Det er arbeidsgiver som har ansvaret for at bestemmelsene overholdes.⁹³ Etter aml. § 10-2 første ledd skal arbeidstidsordningen ikke utsette arbeidstakeren for uheldige fysiske eller psykiske belastninger, og det må være mulig å ivareta sikkerhetshensyn. Bestemmelsen oppstiller et forsvarlighetskrav.⁹⁴ Arbeidstakere i ledende og særlig uavhengig stilling

⁸⁹ Rambøll pkt. 5.1.1 s. 34–36

⁹⁰ Rambøll pkt. 5.1.1 s. 36

⁹¹ NOU 2016: 1 pkt. 12.5.5 s. 204

⁹² Jf. aml. § 10-12 første og andre ledd

⁹³ Jf. aml. § 2-1

⁹⁴ Fougner (2018) s. 407

er derfor ikke helt frie når det gjelder arbeidstidens lengde, plassering og hviletid, i det arbeidsgiver har en plikt til å sørge for at arbeidstiden er forsvarlig. Aml. § 10-2 andre ledd gir rett til fritak for nattarbeid dersom dette begrunnes i helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner og der dette kan gjennomføres uten at det er til vesentlig ulempe for virksomheten. Til slutt har arbeidstakere som har fylt 62 år eller som av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for det, rett til redusert arbeidstid etter aml. § 10-2 fjerde ledd, dersom dette kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten.

Arbeidstidsreglene er preseptoriske og man kan i utgangspunktet ikke avtale unntak som er til ugunst for arbeidstaker med mindre dette er særskilt fastsatt, jf. aml. § 1-9. Unntakene for arbeidstakere i ledende og særlig uavhengig stilling er et særskilt unntak fra ufravikelighetsprinsippet. Dersom arbeidstakeren faktisk ikke har en ledende eller særlig uavhengig stilling i arbeidsmiljølovens forstand, kommer derfor arbeidstidsreglene til anvendelse selv om arbeidsgiver måtte være av en annen oppfatning. En annen virkning av aml. § 1-9 er at arbeidsgiver og arbeidstaker står fritt til å avtale at en eller flere av arbeidstidsbestemmelsene skal komme til anvendelse selv om arbeidstakeren har en ledende eller særlig uavhengig stilling. Så lenge avtalen er til gunst for arbeidstakeren, er det rettslig ikke noe i veien for dette.

4 Unntakene for ledende og særlig uavhengig stilling i praksis

4.1 Innledning

Frem til nå har jeg gjennomgått de rettslige utgangspunktene for unntakene for å finne innholdet i begrepene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling». I det følgende blir problemstillingen hvordan unntakene praktiseres, herunder hva domstolene og Arbeidstilsynet legger i begrepene som arbeidsmiljøloven og forarbeidene har trukket frem som vesentlige for vurderingen av unntakene.

Unntakene for ledende og særlig uavhengig stilling er et tema hvor det foreligger få rettslige avklaringer. Det foreligger ingen avgjørelser fra Høyesterett som behandler temaet. Lagmannsretten og tingretten har tatt stilling til unntaksbestemmelsene i totalt 16 saker, hvor tre omhandler ledende stilling, ti omhandler særlig uavhengig stilling, og tre hvor begge unntakene blir behandlet dels samlet. Tendensen virker å være at retten vurderer unntaket for ledende stilling i de saker hvor arbeidstakeren har en stillingstittel med oppgaver og funksjoner som typisk er forbundet med ledelse, mens unntaket for særlig uavhengig stilling virker å være en samlepost som kan omfatte en større uensartet gruppe arbeidstakere og stillinger. I avgjørelsene hvor begge unntakene ble vurdert fokuserte retten på at arbeidstakerens arbeidsinnsats var styrt av ytre omstendigheter som fremdriften i prosjekter, kundeetterspørsel eller lignende, noe som kan tenkes å begrunne hvorfor retten ikke fant det nødvendig å skille unntakene fra hverandre i vurderingen. Jeg har fått innsyn i ni vedtak av Arbeidstilsynet fra perioden 2005–2016, hvor sju omhandler ledende stilling og to omhandler særlig uavhengig stilling. Tendensen virker å være at Arbeidstilsynet har en mer arbeidstakervennlig tilnærming i sin tolking av unntaksbestemmelsene.

Hvorvidt en arbeidstaker innehar en ledende eller særlig uavhengig stilling må vurderes konkret i hvert tilfelle, og det er den reelle funksjon vedkommende har i virksomheten som er avgjørende. For ledende stilling består vurderingen i praksis av om vedkommende har klare lederfunksjoner, mens for særlig uavhengig stilling er det om vedkommende har en tydelig og åpenbar selvstendighet eller uavhengighet som er avgjørende. Arbeidstakerens kontroll over egen arbeidstid er et moment som blir vektlagt under begge unntakene, da det er av betydning om arbeidstakeren selv kan ivareta sine egne interesser vedrørende arbeidstid.

For begge unntakene er lønnens størrelse et moment som kan tale for at det foreligger en overordnet stilling og at lønnen er ment å dekke en viss arbeidsinnsats utover alminnelig arbeidstid, noe som kan tale for at stillingene er unntatt arbeidstidsreglene. Arbeidstakerens lønn er likevel kun ett moment i vurderingen, og praksis viser at lønnsnivået generelt blir til-

lagt liten eller ingen vekt. Jeg har derfor valgt å fokusere på de andre momentene som er avgjørende, fremfor arbeidstakerens lønn.

4.2 Praksis vedrørende ledende stilling

4.2.1 Klare lederfunksjoner

Etter forarbeidene er unntaket for ledende stilling ment for personer med klare lederfunksjoner og som har et større ansvar eller som i særlig grad kan treffe selvstendige avgjørelser, og som selv vurderer og avgjør behovet for egen arbeidsinnsats.⁹⁵ I praksis er tendensen at man i vurderingen legger vekt på momenter som arbeidstakerens plassering i organisasjonshierarkiet, om det foreligger personalansvar og budsjett- og resultatansvar, om vedkommende kan treffe selvstendige beslutninger på vegne av virksomheten, i hvilken grad arbeidsgiver legger føringer for denne selvstendige beslutningsmyndigheten og at ledelse er stillingens hovedinnhold.

Stillingen som butikksjef i en butikkjede er et interessant tema, hvor det virker som at unntaket for ledende stilling blir satt på spissen. Butikksjefen er her en mellomleder, men med betydelig ansvar i butikken. Selv om butikksjefen er den personen som faktisk er leder og som har det reelle ansvaret i butikken, blir vedkommende styrt gjennom instruksjoner og føringer gitt av ledere på et høyere nivå i virksomheten. Instruksjoner og føringer har påvirkning både på hvordan butikksjefen utfører arbeidet sitt og på butikksjefens mulighet til å bestemme over sin egen arbeidsinnsats og arbeidstid. Det foreligger en avgjørelse av lagmannsretten på dette området og det vil bli vist til seks vedtak fra Arbeidstilsynet. Tendensen virker å være at Arbeidstilsynet har en mer arbeidstakervennlig tilnærming til butikksjefenes stilling i forbindelse med unntaket.

I LE-2009-100120 kom Eidsivating lagmannsrett til at butikksjefen i en Kiwi-butikk hadde en ledende stilling. I vurderingen tok retten utgangspunkt i dokumentasjon som beskrev stillingens innhold, selv om den understreket at det ville være det reelle innholdet i stillingen som er avgjørende, i tråd med uttalelsene i forarbeidene. Retten fant at ansettelsesavtalen og stillingsinstruksjonen klart ga uttrykk for at stillingen var ledende. I stillingsinstruksjonen ble stillingens hovedoppgaver beskrevet på følgende måte:

⁹⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

«Butikksjefen har totalansvaret for butikkens drift, for det økonomiske resultat og for personalet. Hovedoppgavene er å lede, kontrollere og ha ansvaret for butikkens daglige drift i.h.t. vedtatte budsjetter og KIWIs driftskonsept iflg håndbøker ... ».

I tillegg var det et eget punkt om arbeidslederfunksjoner hvor det fremgikk at butikksjefen hadde personalansvar, herunder ansvar for ansettelse og oppsigelser og for opplæring og videreutvikling av personalet.

I den konkrete vurderingen fant retten det bevist at det var butikksjefen som var den faktiske lederen i butikken og at han hadde reelle lederfunksjoner. Det ble lagt vekt på at det var butikksjefen som hadde myndighet til å avgjøre hvordan arbeidet i butikken skulle organiseres ved å instruere og følge opp de øvrige ansatte og utarbeide arbeidslister. Han hadde resultatansvaret for driften av butikken, samt at han hadde det overordnede ansvaret for utvalg og innkjøp av varer.

Selv om butikksjefen faktisk hadde klare lederfunksjoner i butikken, var selvstendigheten og beslutningsmyndigheten begrenset, ved at han var bundet av detaljerte instruksjoner om hvordan butikken skulle drives og hvordan butikksjefen skulle utføre deler av sitt arbeid. Dette er et moment som taler for at stillingen ikke er ledende. Interne instruksjoner reiser spørsmål om den reelle selvstendigheten en leder har ved utøvelsen av sine lederfunksjoner, og om betydningen av arbeidsgivers styring av arbeidstakerens ledelse. Dersom lederen i realiteten styres av interne retningslinjer og instruksjoner når han skal ta beslutninger, taler dette for at lederen ikke har den selvstendigheten som forarbeidene skisserer.⁹⁶ Lagmannsretten mente likevel at dette ikke endret butikksjefens formelle karakter av å være en ledende stilling. Flertallet fant «ikke noe krav for at en stilling skal være ‘ledende’ i relasjon til arbeidsmiljøloven, at det tilligger stillingen alt ansvar og all myndighet i den virksomheten man leder». Dersom dette hadde vært et krav ville det i praksis kun vært den øverste ledelse som var unntatt som ledende stilling, da ledere som befinner seg lavere i virksomhetens organisasjon som regel vil være bundet til en viss grad av den øverste ledelses visjon for hvordan virksomheten skal drives og av hvordan ledelsen mener at virksomheten skal oppnå de mål som er satt. Som det ble gjengitt tidligere, mente dessuten departementet at de hensyn som ligger bak unntaksbestemmelsen gjorde seg gjeldende for en større gruppe arbeidstakere enn kun det øverste ledersjiktet.⁹⁷ Dette kan tale for at lagmannsrettens forståelse av grensene for ledende stilling er i samsvar med lovgivers intensjon. Lagmannsretten la i sin avgjørelse også vekt på at det uavhengig av detaljerte instruksjoner i praksis alltid vil være behov for en leder på stedet som har det øverste ansvaret og som kan ta avgjørelser i forbindelse med den daglige driften. Det var butikksjefen som

⁹⁶ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

⁹⁷ Se pkt. 3.1.1 s. 13, Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.12.2 s. 180

hadde ansvaret i butikken, og det var ingen andre i Kiwisystemet som hadde direkte instruksjonsmyndighet overfor de øvrige ansatte i butikken.

Et annet moment som talte mot at butikksjefen hadde en ledende stilling var at han store deler av arbeidstiden utførte vanlig butikkarbeid på linje med de andre ansatte i butikken. Butikksjefen selv anslo at omlag 80 prosent av tiden ble brukt på vanlig butikkarbeid, mens andre som forklarte seg for lagmannsretten mente en lavere prosent. Uansett fant flertallet «at det ikke kan legges særskilt vekt på en slik tidsmessig fordelig av As samlede arbeidsoppgaver både fordi han ellers hadde klare lederoppgaver og fordi han hadde en fri stilling til å organisere arbeidet». Flertallet fant derfor at det at butikksjefen faktisk hadde klare lederfunksjoner hadde større vekt i vurderingen enn det faktum at butikksjefen også utførte ordinært butikkarbeid. Mindretallet la på den andre siden avgjørende vekt på at butikksjefen store deler av sin arbeidsdag utførte vanlige butikkoppgaver på lik linje med de øvrige butikkmedarbeiderne, i tillegg til at de interne instruksene faktisk la en betydelig begrensning når det gjaldt hvilke selvstendige beslutninger butikksjefen kunne treffe. Mindretallet mente derfor at stillingen ikke var ledende.

Det faktum at butikksjefer også bruker mye av sin arbeidstid på å utføre ordinære butikkoppgaver burde ses i sammenheng med hvorfor dette er tilfelle. Gjør vedkommende dette av eget ønske og prioritering eller er det nødvendig at vedkommende bidrar som en del av den ordinære bemanningen? Dersom det sistnevnte er tilfelle, kan dette tale for at butikksjefen i stor grad faktisk er styrt med tanke på arbeidsmengde og arbeidstid.⁹⁸

Arbeidstilsynet har truffet vedtak i flere saker hvor det underliggende spørsmålet har vært om en butikksjef innehar en ledende stilling i arbeidsmiljølovens forstand. I fire av de seks vedtakene jeg har fått innsyn i, har Arbeidstilsynet konkludert med at butikksjefen ikke hadde ledende stilling. Et moment Arbeidstilsynet har tillagt stor vekt er at interne rammer og instruks faktisk legger betydelige begrensninger på butikksjefens mulighet til å ta selvstendige beslutninger, i tillegg til at butikksjefen faktisk ikke kan bestemme sin egen arbeidstid.⁹⁹ Dette var tilfelle for butikksjefen i Lindex avdeling Porsgrunn i et vedtak fra 2005, Nille avdeling Tromsø i et vedtak fra 2015, Nille avdeling Måløy i et vedtak fra 2016 og Glitter avdeling Tromsø i et vedtak fra 2015.¹⁰⁰ Det ble blant annet trukket frem som eksempel at vareutvalget i stor grad ble bestemt sentralt, samt at budsjettmål fastsatt sentralt sammen med retningslinjer for resultatoppnåelsen faktisk begrenset handlingsrommet for å treffe beslutninger om den

⁹⁸ Se pkt. 4.2.2 s. 33–35

⁹⁹ Se pkt. 4.2.2 s. 33–35

¹⁰⁰ Jnr. 2005/4404 (Lindex), Jnr. 2014/105747 (Nille Tromsø), Jnr. 2015/36686 (Nille Måløy), Jnr. 2013/39971 (Glitter)

daglige driften av butikken. For Arbeidstilsynet var dette momentet av større betydning enn at butikksjefene ellers hadde lederfunksjoner i form av personalansvar og resultatansvar. Det virker derfor som at Arbeidstilsynet har lagt seg på en strengere praktisering av unntaksbestemmelsen enn det lagmannsretten gjorde i Kiwi-dommen.

Vedtakene hvor konklusjonen var at butikksjefene hadde ledende stilling virker å være basert på en mindre streng vurdering under henvisning til Kiwi-dommen. Konklusjonen i sakene ble likevel truffet under tvil, under atskillig tvil i den ene saken, og det kan tyde på at man har følt seg bundet av lagmannsrettens vurdering i Kiwi-dommen. Det ene vedtaket er fra 2016 og ble truffet av Arbeids- og sosialdepartementet vedrørende butikksjefen i en Carlings-butikk, det andre vedtaket ble truffet av Arbeidstilsynet i 2017 og gjaldt butikksjefen i en Nille-butikk avdeling Hamar.¹⁰¹ Sakene inneholder mange av de samme momentene og spørsmålene som lagmannsrettens avgjørelse i Kiwi-dommen, men det må presiseres at det også var noen faktiske forskjeller. Det forelå lederfunksjoner i form av personalansvar, ansvar for den daglige driften av butikken og ansvar for overholdelse av budsjett og resultatansvar. Samtidig var lederfunksjonene begrenset av interne rammer og instruksjoner fra sentralt hold, og det fremgikk at butikksjefene i stor grad også utførte alminnelig butikkarbeid. I motsetning til vedtakene hvor Arbeidstilsynet kom til at det ikke forelå ledende stilling, har man i disse vedtakene lagt mindre vekt på interne instruksjoner og større vekt på at butikksjefen faktisk er den personen på stedet som kan utøve lederfunksjoner selv om det måtte ligge begrensninger i beslutningsmyndigheten.

Muligheten til å kunne delegere oppgaver til andre arbeidstakere er et viktig moment ved unntaket for ledende stilling. En av grunnene til at det ikke er betenkelig å unnta ledere fra arbeidstidsreglene er fordi stillingen innebærer stor grad av selvstendighet til å bestemme over egen arbeidsinnsats, og delegasjonsmyndigheten er vesentlig for å kunne regulere arbeidsmengden. En leder har et stort ansvar for arbeidet og resultatet, og uten mulighet til å delegere kan arbeidsmengden til lederen bli for stor. Arbeidstilsynet virker å ha lagt stor vekt på at butikksjefene som følge av budsjetter og mulighet for resultatoppnåelse faktisk har en begrenset adgang til å delegere arbeid, da dette vil føre til økte lønnsutgifter.¹⁰² Det kan likevel settes spørsmålsteget ved om Arbeidstilsynet trekker dette momentet litt langt. Dersom det faktisk foreligger delegasjonsmyndighet, vil det være opp til butikksjefen å avgjøre i hvilken grad vedkommende vil benytte seg av denne eller ikke, selv om det måtte gå på bekostning av en eventuell bonusutbetaling.

¹⁰¹ Jnr. 16/1627 (Carlings), Jnr. 2015/47572 (Nille Hamar)

¹⁰² Jnr. 2015/36686 (Nille Måløy)

I saken LG-2014-163402, hvor Gulating lagmannsrett kom til at en enhetsleder i en kommune hadde ledende stilling, var en av problemstillingene at enhetslederen selv utførte en del saksbehandlingsoppgaver i tillegg til arbeidet som var av ledende art. At en arbeidstaker utfører vanlig arbeid taler som sagt mot at det foreligger en ledende stilling. Dette momentet ble likevel ikke tillagt avgjørende vekt i lagmannsrettens vurdering, da saksbehandlingen det gjaldt var innen det fagområdet hvor vedkommende hadde sin spisskompetanse. Retten la derfor til grunn at saksbehandlingen som vedkommende utførte ikke ble gjort for å avlaste de øvrige medarbeiderne på avdelingen. Som et slags ytterligere moment legger retten til grunn at rådmannen, kommunalsjefene og økonomisjefen også behandlet enkeltsaker, uten at det noen gang har vært tvil om at disse var omfattet av unntaket for ledende stilling. Å sammenligne stillinger slik retten gjør her bør ikke tillegges stor vekt, da det uansett må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av stillingens art, hvor det er graden av selvstendighet til å ta avgjørelser og vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats som må være det avgjørende.

Lagmannsretten kom etter en samlet vurdering til at stillingen som enhetsleder i hovedsak bestod av ledelse, og var dermed unntatt arbeidstidsreglene som ledende stilling. Det at enhetslederen også utførte en del saksbehandling ble derfor av underordnet betydning sammenlignet med myndigheten til å foreta selvstendige beslutninger som var tillagt stillingen. Stillingens klare lederfunksjoner som retten la vekt på var at enhetslederen hadde personalansvar for flere medarbeidere med ansvar for å fordele og foreta nødvendige prioriteringer av arbeidsoppgaver, samt delta i ansettelsesprosesser. Vedkommende hadde også budsjettansvar, både gjennom å fastsette budsjettet og sørge for at budsjettet ble overholdt. Enhetslederen hadde også fått delegert myndighet til å treffe selvstendige avgjørelser på en rekke fagområder på vegne av kommunen.

En annen sak hvor det var spørsmål om saksbehandlingsarbeid i tillegg til lederoppgaver, er LH-2014-103370. Hålogaland lagmannsrett kom i denne saken til at en barnevernsleder i en kommune hadde ledende stilling. I vurderingen la retten til grunn at enhetslederen reelt sett hadde formelt ansvar, ved at han var delegert kommunens oppgaver og ansvar etter barnevernloven, hadde ansvar for å fremme budsjettforslag og økonomiansvar for barnevernstjenesten, samt at han hadde det fulle personalansvaret ved kontoret, unntatt retten til å foreta ansettelser og oppsigelser. Han hadde også faglig ansvar gjennom å treffe vedtak for kommunen, hvorpå hans myndighet ikke kunne overprøves av administrative eller politiske organer. Alle disse momentene talte for at barnevernslederens stilling bestod av klare lederfunksjoner.

Barnevernslederens arbeidsdag bestod i stor grad av å utføre saksbehandlingsoppgaver, noe som kan tale mot at stillingen er ledende. I sin partsforklaring anslo vedkommende selv at en- to timer daglig gikk med til administrativt arbeid, og resten av tiden gikk med til behandling

av saker, enten ved barnevernstjenestens hovedkontor eller ved arbeid utenfor kontoret. I den samlede vurderingen uttalte flertallet følgende om dette:

«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 uttrykk for hans egen prioritering av sin arbeidstid».

Det ble altså lagt avgjørende vekt på at barnevernslederen faktisk hadde reelle lederfunksjoner og beslutningsmyndighet på vegne av barnevernet, og at saksbehandlingsoppgavene var en måte for ham å utøve sine lederfunksjoner på. En leder har også det øverste ansvaret for at arbeidsoppgavene blir gjennomført, og det er som flertallet legger til grunn naturlig at en leder må bidra mer i perioder med mangelfull bemanning. På den andre siden vil det faktum at bemanningen er mangelfull eller lav faktisk ha en påvirkning på hvorvidt vedkommende reelt kan styre sin egen arbeidstid og arbeidsmengde. Dette er et moment som Arbeidstilsynet har vektlagt i sine avgjørelser.¹⁰³

Barnevernslederen måtte tidvis tilbringe deler av sin arbeidstid på hovedkontoret sammen med de øvrige ansatte. Da han som nevnt også utførte mye vanlig saksbehandling, er dette to momenter som kan tale for at barnevernslederen er en leder som i arbeidstida følger de han er satt til å lede. Flertallet nevnte ikke dette i sin vurdering, men la til grunn at det ved utøvelsen av lederfunksjonene er viktig med tilstedeværelse. Dette er et viktig poeng, da hovedoppgavene til en leder er sterkt knyttet til den daglige driften av virksomheten og at det derfor er nødvendig å være til stede sammen med de man er satt til å lede.

Mindretallet derimot mente at stillingen som enhetsleder hadde et hovedpreg av saksbehandling og ikke ledelse, og mente derfor at saken representerte et grensetilfelle hvor man måtte legge stor vekt på hvorvidt arbeidstakeren kunne kontrollere sin egen arbeidstid. I tilfeller hvor lederen må arbeide mer som følge av mangel på øvrige ansatte kan dette gå ut over kontrollen over egen arbeidstid, som er et viktig moment for at det ikke skal være betenkelig å unnta arbeidstakeren fra det vernet som arbeidstidreglene gir.¹⁰⁴

¹⁰³ Se pkt. 4.2.2 s. 33–35

¹⁰⁴ Se pkt. 4.2.2 s. 33–35

I TDRAM-2015-106508 kom Drammen tingrett til at en tidligere salgssjef i et firma som leverer medisinsk teknisk utstyr til sykehus og private klinikker, hverken hadde en ledende stilling eller en særlig uavhengig stilling. I stillingsbeskrivelsen het det at vedkommende var «produksjef for Nevdrologi/IT med personal ansvar», og arbeidsoppgavene bestod i å følge opp kunder og installasjoner innenfor sitt fagfelt. Retten fant at A til en viss grad hadde et overordnet fagansvar i avdelingen han tilhørte, og at han hadde delegert fullmakt og ansvar for bestillinger og varelageret til avdelingen i tillegg til at han hadde omfattende kontakt ut mot kundene. I saken var det uenighet mellom partene om vedkommende reelt hadde personalansvar. Til dette uttalte retten følgende:

«Retten mener under enhver omstendighet at et begrenset personalansvar for opp til tre personer i samme avdeling ikke nødvendigvis innebærer at en stilling må anses ledende. For A sitt arbeid fremstår eget salg og kundeoppfølging som det sentrale i hans arbeidshverdag. I den grad hans stilling må anses å inneholde elementer av ledelse, er det uansett ikke stillingens hovedpreg».

I denne saken kom altså retten til at vedkommende ikke hadde klare lederfunksjoner, da det for retten fremstod som at han hadde begrenset overordnet myndighet i virksomheten foruten på de områder som direkte gjaldt hans egne kunder og arbeidsoppgaver. Dette viser at det ikke er nok med faglig ansvar. Det må foreligge ansvar som man forbinder med ledelse, typisk personalansvar og budsjett- og resultatansvar. Retten fant i denne saken at personalansvaret og budsjettansvaret var uklart og begrenset, slik at dette ikke kunne tillegges noe vekt. Det ble også trukket frem som et moment at sluttattesten ikke nevnte noe om ansvar for budsjetter eller personalansvar, noe retten mente ville vært av vesentlig betydning i en attest dersom arbeidsgiver mente dette ansvaret tilhørte stillingen.

4.2.2 Kontroll over egen arbeidstid

I vurderingen av om det foreligger ledende stilling blir kontroll over egen arbeidstid trukket frem som et moment. Momentet har nær tilknytning til om arbeidstakeren kan regulere sin egen arbeidsmengde, da dette igjen spiller inn på arbeidstiden. Lagmannsretten og tingretten virker å legge mest vekt på om arbeidsgiver fører kontroll med arbeidstiden, mens Arbeidstilsynet virker å gå nærmere inn på om arbeidstakeren reelt har mulighet til å bestemme arbeidstiden selv, og tillegger dette stor vekt dersom det ikke er tilfellet.

I LE-2009-100120 kom Eidsivating lagmannsrett til at en butikksjef i en Kiwi-butikk hadde ledende stilling. I vurderingen la flertallet vekt på at butikksjefen ikke var underlagt kontroll med hensyn til arbeidstiden og at han selv kunne bestemme når han skulle arbeide. Selv om

butikksjefen ikke var en del av stemplingsordningen med de øvrige ansatte, så var han en del av den ordinære turnusen. Flertallet mente likevel dette var naturlig da vedkommende også i ikke ubetydelig grad utførte vanlige butikkoppgaver i arbeidstiden. Begge forholdene som nevnes her kan peke mot at butikksjefen egentlig var en arbeidsleder som i arbeidstida følger dem han er satt til å lede, og som ikke omfattes av unntaket. Det avgjørende er likevel ikke om lederen deltar i arbeidet på linje med de øvrige arbeidstakerne, men om lederen må oppholde seg på arbeidsplassen med de han skal lede.¹⁰⁵ I Kiwi-dommen la flertallet til grunn at dette ikke var tilfelle, selv om butikksjefen faktisk tilbrakte all sin arbeidstid i butikken. Retten vektla at det ikke var noen som førte direkte kontroll med hvorvidt butikksjefen fulgte turnusen eller om han var på plass i butikken i arbeidstiden, og det forelå heller ingen forventning eller pålegg fra arbeidsgiver om at butikksjefen måtte oppholde seg i butikken. På den andre siden mente den det var naturlig at butikksjefen tilbrakte arbeidstiden i butikken, da hans arbeidsoppgaver nettopp var tilknyttet den daglige driften av butikken.

Når det gjelder butikksjefer, er det flere forhold som fører til at det kan settes spørsmålsteget ved om vedkommende reelt kan kontrollere sin egen arbeidstid. I vedtakene hvor Arbeidstilsynet har konkludert med at butikksjefer i ulike virksomheter ikke har ledende stilling, har et moment vært at de har gått nærmere inn på og lagt vekt på om butikksjefene faktisk kan treffe selvstendige beslutninger om egen arbeidstid og arbeidsinnsats, eller om det er andre ytre eller indre forhold som begrenser denne selvstendigheten. Et moment som begrenser butikksjefens mulighet til å bestemme over sin egen arbeidstid er butikkens åpningstid. Dette er gjerne en faktor som butikksjefen ikke kan regulere selv, særlig dersom butikken er en del av en butikkkjede eller er lokalisert på et kjøpesenter. Arbeidstilsynet trakk frem dette som et moment i sin vurdering når de kom til at en butikksjef i en Glitter-butikk ikke hadde ledende stilling.¹⁰⁶ På den andre siden er det fra samfunnet sin side en forventning om når butikker skal være åpne, og det må sies å eksistere en viss fast praksis når det gjelder butikkens åpningstid, slik at alle butikker og butikksjefer i praksis vil være styrt av disse forholdene.

Et annet moment som Arbeidstilsynet har ment taler for at butikksjefene faktisk ikke kan styre sin egen arbeidstid, er at man har sett at butikksjefene selv inngår og er en vesentlig del av butikkens ordinære bemanning. Butikkene som har vært underlagt tilsyn har da vært relativt små enheter, hvor de etter å ha sett på bemanningsplanen finner at butikksjefene tilbringer mange timer alene i butikken, slik at de fleste ordinære oppgavene i butikken nødvendigvis utføres av butikksjefene selv. Dette var tilfellet i Arbeidstilsynets vedtak vedrørende en butikksjef i Glitter avdeling Tromsø, Nille avdeling Måløy og Nille avdeling Tromsø.¹⁰⁷ Et yt-

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) merknader til § 41 s. 59

¹⁰⁶ Jnr. 2013/39971 (Glitter)

¹⁰⁷ Jnr. 2013/39971 (Glitter), Jnr. 2015/36686 (Nille Måløy) og Jnr. 2014/105747 (Nille Tromsø)

terligere moment som Arbeidstilsynet legger vekt på ved friheten til å bestemme over sin egen arbeidstid, er at det i disse relativt små enhetene i praksis er butikkens omsetning som er styrende for butikksjefens arbeidsinnsats. I saken hvor de kom til at en butikksjef i Nille avdeling Tromsø ikke hadde ledende stilling ble følgende sagt om dette:

«Hva gjelder butikksjefens frihet til å bestemme over egen arbeidstid, er også dette i stor grad styrt av butikkens omsetning. For å kunne gå med overskudd må det i hovedsak være en ansatt i butikken, men med noe overlapp ved ettermiddagsskiftet eller andre travle tider innenfor åpningstiden. Dette kan imidlertid variere noe, men likevel slik at bemanningen er styrt av budsjettet og ikke av butikksjefens egne vurderinger. HR-direktøren har bekreftet at det er krav at personalprosenten skal stå i forhold til en fastsatt inntjeningsprosent. Det ligger også i Nillekonseptet at butikkene skal være av mindre størrelse med en mindre arbeidsstokk, og således med mindre mulighet for butikksjefen til å styre arbeidstiden selv».¹⁰⁸

Det var altså lav bemanning, som igjen ble styrt av butikkens omsetning og budsjett, som styrte butikksjefenes arbeidsinnsats og arbeidstid. Det var nødvendig at butikksjefene utførte store deler av det ordinære arbeidet i butikken selv, samtidig som at de måtte utføre administrativt arbeid. Dette kan føre til et stort arbeidspress i en situasjon hvor man i realiteten ikke kan regulere arbeidsmengden sin selv. Arbeidstilsynet var derfor av den oppfatning at stillingene ikke var ledende og at arbeidstidsreglene og det vernet som de skal gi burde komme til anvendelse.

Hvorvidt butikksjefen reelt kan kontrollere sin egen arbeidstid virker å være et moment som Arbeidstilsynet har tillagt større vekt enn det lagmannsretten gjorde i Kiwi-dommen. Men det er på den andre siden faktiske forskjeller som skiller sakene, da butikksjefene Arbeidstilsynet kom til at ikke hadde en ledende stilling i tillegg måtte registrere arbeidstiden og/eller stemple seg inn og ut, samt at en forventet arbeidstid fremgikk av arbeidsavtalen. Det er derfor vanskelig å si om lagmannsretten ville ha lagt seg på den samme strenge linjen som Arbeidstilsynet. Arbeids- og sosialdepartementet og Arbeidstilsynet kom som nevnt tidligere under tvil til at en butikksjef i en Carlings-butikk og en Nille-butikk på Hamar hadde ledende stilling.¹⁰⁹ Det ble da i konklusjonen i sistnevnte vedtak spesielt vist til avgjørelsen både fra departementet i Carlings-saken og til lagmannsrettens avgjørelse i Kiwi-dommen, noe som tyder på at Arbeidstilsynet kan ha følt seg bundet av vektleggingen av momentene i disse avgjørelsene og derfor vurdert saken litt mindre strengt enn tidligere praksis viser. Selv om både departementet og Arbeidstilsynet var tvilsomme til om butikksjefene reelt kunne kontrollere egen ar-

¹⁰⁸ Jnr. 2014/105747 (Nille Tromsø) s. 4–5

¹⁰⁹ Jnr. 16/1627 (Carlings), Jnr. 2015/47572 (Nille Hamar)

beidstid, ble det lagt vekt på dokumentasjon og forklaringer som viste at butikksjefene etter tilsynet faktisk hadde fått større mulighet til å tilpasse arbeidstiden selv ved å jobbe mer i travle perioder mot å kunne ta fri i roligere perioder, alt basert på egne vurderinger av behovet.

I saken LH-2014-103370 kom Hålogaland lagmannsrett til at en barnevernleder i en kommune hadde ledende stilling, til tross for at barnevernlederen var en del av stemplingsordningen og dermed fleksitidordningen sammen med de øvrige medarbeiderne. At arbeidstiden blir registrert ved at arbeidstaker stempler seg inn på starten av dagen for deretter å stemple seg ut på slutten av arbeidsdagen, harmonerer dårlig med at en stilling er ledende i arbeidsmiljølovens forstand. Flertallet fant likevel at barnevernlederen ikke hadde en plikt til å være en del av stemplingsordningen, men at han valgte å være underlagt det godet som lå i fleksitidordningen av fri vilje. Registreringen av arbeidstiden representerte derfor ikke en reell kontroll av arbeidstiden fra hans administrativt overordnede.

Mindretallet la på den andre siden avgjørende vekt på at saksbehandling var hovedinnholdet i stillingen, og at det derfor var et grensetilfelle hvor det måtte få stor betydning at barnevernlederen faktisk ikke hadde kontroll over sin egen arbeidstid. Mindretallet la til grunn at arbeidstiden ble styrt av ytre rammebetingelser, gjennom frister og krav oppstilt i barnevernloven, og indre rammebetingelser, ved at enheten var underbemannet slik at barnevernlederen ble pålagt betydelig saksbehandling slik at arbeidstiden i stor grad ble styrt av de øvrige ansatte og omgivelsene. Å unnta en barnevernleder med så få ansatte, mente mindretallet ville være en svekkelse av det vernet som er oppstilt i arbeidstidsreglene.

Prosjektarbeid medfører i utgangspunktet ikke at man er unntatt fra arbeidstidsreglene, da man styres av fremdriften i prosjektet fremfor selvstendige beslutninger angående arbeidsinnsats og arbeidstid.¹¹⁰ Dette kan tenkes å stille seg annerledes dersom arbeidstakeren er prosjektleder og dermed har større beslutningsmyndighet og selvstendighet i prosjektet, fremfor det en prosjektmedarbeider har. Dette var spørsmålet i LB-2007-101453 vedrørende en utviklingsleder i et programmeringsforetak og i LH-2007-191174 vedrørende en montør/prosjektleder med ansvar for flyplassbelysning. Når det gjaldt utviklingslederen, avfeide lagmannsretten relativt kort at det forelå ledende stilling i saken, da arbeidstakeren ikke hadde lederfunksjoner hverken i form av personalansvar eller budsjettansvar, samt at han ikke hadde noen overordnet stilling i utformingen av fristene som styrte hans arbeid. I saken om montør/prosjektlederen fant lagmannsretten det klart at stillingen ikke var ledende, da han for det meste utførte arbeid på lik linje med de andre montørene og ikke hadde noen selvstendig

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) merknader til § 10-12 s. 322

beslutningsmyndighet når det gjaldt anbudene som fastsatte rammene for prosjektet. Dersom arbeidstakeren faktisk har lederfunksjoner og er prosjektleder med påvirkningsmyndighet på rammene for prosjektet, kan det derfor tenkes at vedkommende kan unntas som ledende stilling. Men dette må bero på den konkrete situasjonen og i hvilken grad arbeidstakeren kan regulere sin egen arbeidsinnsats og dermed arbeidstid.

Arbeidstilsynet behandlet problemstillingen i en sak hvor de vurderte om fire manager/ledere innen revisjon i virksomheten Ernst & Young AS var unntatt etter aml. § 10-12 første eller andre ledd.¹¹¹ Arbeidet var prosjektbasert, hvor de fire fungerte som prosjektledere for de oppdragene de fikk tildelt av avdelingslederen. Arbeidstilsynet la til grunn at managerne hadde stor beslutningsmyndighet innad i prosjektet ved at de fastsatte milepæler og tidsfrister, de kunne instruere og delegere arbeidsoppgaver, samt at de hadde budsjettansvar. Det avgjørende for Arbeidstilsynet ble likevel at de fant at ytre rammer som lovpålagte frister og kundens behov faktisk var bestemmende for arbeidstiden og at stillingene derfor ikke var ledende eller særlig uavhengige. De la også vekt på at de var underlagt et høyt arbeidspress og at hensynet til å sikre formålet til arbeidstidsbestemmelsene tilsa at de ikke burde unntas.

4.3 Praksis vedrørende særlig uavhengig stilling

4.3.1 Tydelig og åpenbar selvstendighet eller uavhengighet

Unntaket for særlig uavhengig stilling er ifølge forarbeidene ment for arbeidstakere som ikke har lederfunksjoner og som kan unntas som ledende stilling, men som likevel har overordnede og ansvarsfulle stillinger med en tydelig og åpenbar selvstendighet eller uavhengighet i hvordan og til hvilken tid arbeidsoppgaver organiseres og gjennomføres.¹¹² I praksis virker tendensen å være at retten legger vekt på momenter som at arbeidstakeren har en ikke ubetydelig selvstendig beslutningsmyndighet angående arbeidsinnsatsen, uten å være styrt av eller måtte rapportere til arbeidsgiver eller overordnede, at man har en mulighet til å påvirke frister eller andre ytre rammer for arbeidet og at man i mindre utstrekning utfører arbeid på linje med andre som klart ikke har en særlig uavhengig stilling.

I to eldre saker kom byretten og lagmannsretten til at stillingen som verneombud og hovedverneombud var unntatt arbeidstidsreglene.¹¹³ Avgjørelsene er korte i omtalen av unntaksbestemmelsen, men det avgjørende virker å være at dette er arbeidstakere som har påtatt seg et

¹¹¹ Jnr. 2008/34523 (Ernst & Young)

¹¹² Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) merknad til § 10-12 s. 322

¹¹³ NAD-1986-440, LE-1991-232

verv som innebærer at de ikke står til disposisjon for arbeidsgiver og dermed ikke er underlagt arbeidsgivers styringsrett. I tillegg styrer de i stor grad arbeidstiden sin selv. Begge momentene er viktige i vurderingen av særlig uavhengig stilling, og taler for at arbeidstakerne er unntatt arbeidstidsreglene.

I en straffesak, LF-1996-122, ble et mekanisk verksted ilagt bøtStraff på grunn av for mye bruk av overtid for to arbeidstakere, mens de ble frifunnet for den tredje på bakgrunn av at vedkommende hadde særlig uavhengig stilling. Lagmannsretten viser til herredsrettsdommen hvor det ble lagt vekt på at vedkommende kontrollerte egen arbeidstid, samt at han var i en særlig betrodd stilling med faglig ansvar for å kalkulere anbud, utarbeide regnskapsoverslag og det som ellers var nødvendig for å gjennomføre arbeidet på verkstedet.¹¹⁴

Gulating lagmannsrett kom i saken LG-2015-81139-2 til at to kjørelærere hadde særlig uavhengige stillinger. I helhetsvurderingen la lagmannsretten vekt på at kjørelærerne hadde stor faglig selvstendighet i hvordan de utførte sine arbeidsoppgaver. De hadde selv ansvar for å avtale kjøretimer med elevene og foretok alene selvstendige vurderinger av når elevene var klare for obligatoriske kurs og selve oppkjøringen. Lagmannsretten sa følgende om dette:

«De fikk ingen instruksjoner fra kjøreskolens ledelse på dette området. En annen sak er at ankemotparten hadde lagt opp kjøreruter som måtte følges, og at de dessuten var bundet av, og måtte følge, skolens undervisningsplan. Dette har imidlertid sammenheng med offentligrettslige krav og godkjenninger, og vil gjelde alle kjørelærere uavhengig av om de er ansatt eller driver egen virksomhet. Etter lagmannsrettens syn taler denne faglige selvstendigheten også for at de ankende parter hadde særlig uavhengige stillinger, som omfattes av arbeidsmiljøloven § 10-12 annet ledd».

Selv om lagmannsretten ikke bruker terminologien, skiller den her mellom ytre og indre rammebetingelser i samsvar med Fougner mfl.¹¹⁵ De offentligrettslige kravene som stilles til alle kjøreskoler betyr ikke at stillingen ikke kan anses som særlig uavhengig. Det er det faktum at kjøreskolens ledelse utover dette ikke legger føringer for og kontrollerer hvordan kjørelærerne utøver sitt arbeid som er et moment som taler for at stillingen er særlig uavhengig.

For retten var altså det faglige ansvaret tilstrekkelig for å unnta kjørelærerne som særlig uavhengige. Utover at kjørelærerne hadde selvstendig beslutningsmyndighet til å avgjøre hvordan arbeidsoppgavene skulle gjennomføres og organiseres, kan det ikke sies at de hadde en overordnet og ansvarsfull stilling innad i kjøreskolen. Etter denne avgjørelsen kan det derfor virke

¹¹⁴ Se TSUMO-1995-717

¹¹⁵ Fougner (2018) s. 489–490

som at kjørelærere generelt har en særlig uavhengig stilling og at de ikke er underlagt arbeidstidsreglene. I lys av de vernehensyn som begrunner arbeidstidsreglene og hensynet til at en størst mulig gruppe arbeidstakere bør omfattes av reglene, kan det settes spørsmålsteget ved om det var lovgivers intensjon å unnta en så stor stillingskategori i sin helhet.

I saken TSAFO-2017-155167 kom Sandefjord tingrett til at en stasjonssjef i et bilutleiefirma hadde særlig uavhengig stilling. Det var i saken uenighet mellom partene om hvorvidt han var ansatt som stasjonssjef eller ikke, men tingrettens flertall var likevel av den oppfatning at han i realiteten var stasjonssjef. Stillingstittelen tilsier at det er naturlig å vurdere stillingen under unntaket for ledende stilling, men vedkommende var i all hovedsak den eneste som arbeidet på bilutleiekontoret og hadde derfor ikke den klassiske lederfunksjonen som innebærer personalansvar. Tingretten kommenterer ikke dette eksplisitt, men den legger likevel vurderingen automatisk til unntaket for særlig uavhengig stilling. Arbeidsoppgavene til stasjonssjefen var å drifte bilutleiekontoret gjennom å håndtere kunder og ellers sørge for den praktiske driften vedrørende bilutleie fra dette kontoret.

I den konkrete vurderingen av om han hadde særlig uavhengig stilling, var det avgjørende momentet for flertallet hvorvidt stasjonssjefen hadde plikt til å følge instruksjoner om eget arbeid og rapportere til arbeidsgiver. Det er som nevnt lagt til grunn at det er det rettslige forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som i utgangspunktet er avgjørende for unntaket, og hvorvidt arbeidstakerens selvstendighet eller uavhengighet begrenses av arbeidsgivers styringsrett. Flertallet fant at stasjonssjefen hadde en ikke ubetydelig selvstendig beslutningsmyndighet når det gjaldt de daglige og løpende avgjørelsene som måtte tas i forbindelse med driften av bilutleiekontoret. Stasjonssjefen tok også avgjørelser ut ifra hva han mente var best for bilutleiekontoret med tanke på hvordan de kunne få flest fornøyde og returnerende kunder, uten innblanding fra arbeidsgiver.

Mindretallet la på sin side avgjørende vekt på at stasjonssjefen ikke hadde et overordnet ansvar for driften av bilutleiekontoret og derfor ikke en særlig uavhengig stilling. Det fremgår av forarbeidene at unntaket er ment for overordnede og ansvarsfulle stillinger, noe som kan tolkes som at stillingen det gjelder må ha en høyere posisjon i virksomheten på en eller annen måte. I avgjørelsene om stasjonssjefen og kjørelærerne virker det likevel som at retten har lagt større vekt på arbeidstakerens uavhengighet i forbindelse med om vedkommende faktisk kan ta selvstendige beslutninger om hvordan arbeidsoppgavene skal løses og organiseres.

Arbeidstilsynet har på sin side lagt større vekt på at arbeidstakeren må ha et selvstendig ansvar i virksomheten. Dette var tilfelle i en sak som gjaldt to produktspesialister i Gambro Norge NUF som hadde mange av de samme arbeidsoppgavene og hvor de begge stod fritt til å organisere sin egen arbeidsdag, men hvor den ene i tillegg hadde ansvar for eget budsjett og

signeringsfullmakt på vegne av virksomheten. Arbeidstilsynet kom til at den sistnevnte hadde særlig uavhengig stilling og kunne unntas arbeidstidsreglene, mens den andre arbeidstakeren ikke var særlig uavhengig.¹¹⁶

Oslo tingrett kom i TOSLO-2014-135604 til at en finansrådgiver hadde særlig uavhengig stilling. Arbeidsoppgavene bestod av å fremsette ideer for potensielle kunder for deretter å selge inn sine finansielle rådgivningstjenester. Arbeidet var derfor prosjektbasert og arbeidet ble først og fremst målt på resultater og ikke på tid. Strukturen i virksomheten var flat, og hvilken rolle den enkelte hadde i de ulike prosjektene var basert på kunderelasjonen og hvem som hadde hovedansvaret for kunden.

Finansrådgiveren arbeidet mest innenfor seismikksektoren hvor han satt med omfattende kunnskap. Tingretten mente at dette talte for at vedkommende hadde en selvstendig stilling, i motsetning til om han hadde arbeidet innenfor en sektor han ikke hadde særlig kunnskap om. Det er på den andre siden vanlig at man arbeider innenfor det fagområdet man har best kjennskap til, og i alle fall vil man med tiden opparbeide seg god kunnskap på det aktuelle området. At man har en såkalt nøkkelposisjon i virksomheten basert på spesiell faglig kunnskap som tilsier at man kan arbeide selvstendig, kan derfor ikke være tilstrekkelig for å unnta stillingen fra arbeidstidsreglene som særlig uavhengig. Det må noe mer til som gjør stillingen særlig uavhengig. Tingretten bruker likevel dette kun som et av flere momenter.

Det avgjørende for tingretten, var et dokument som viste at finansrådgiveren var tiltenkt stor selvstendighet i forbindelse med inntjening og kundeansvar innenfor sektorene seismikk og shipping. Han skulle ha ansvaret for lønnsomheten og skulle selv bidra med ti millioner kroner inn i selskapet, samtidig som han skulle ha det fulle ansvaret for kundene og oppfølging av disse. I tillegg til at vedkommende da hadde betydelig selvstendighet med tanke på når og hvordan prosjektene skulle gjennomføres uten innblanding fra arbeidsgiver, hadde han også et overordnet ansvar for avdelingen han tilhørte. Det virker likevel som at tingretten la størst vekt på at finansrådgiveren ikke var styrt med tanke på arbeidsmengde og arbeidstid, og ikke at han hadde et overordnet ansvar.

Haugaland tingrett kom i THAUG-2012-48587 til at en teknisk inspektør i et rederi ikke hadde særlig uavhengig stilling. Tingretten la stor vekt på at selv om den tekniske inspektøren hadde en ansvarsfull stilling, hadde han ikke tilstrekkelig beslutningsmyndighet og fullmakter til å ta avgjørelser på vegne av rederiet. Beslutningsmyndigheten lå hos andre som hierarkisk var plassert over den tekniske inspektøren i rederiet, og arbeidsoppgavene til vedkommende

¹¹⁶ Jnr. 2013/11075 (Gambro)

bestod i stor grad av å overvåke den daglige rutinen på skipene han hadde ansvaret for og koordinere arbeid som måtte utføres med tanke på vedlikehold og lignende. Under periodene hvor skipene lå i dokk var den tekniske inspektørens rolle mer selvstendig, men selv da måtte han daglig rapportere til teknisk sjef om fremdrift og om budsjettet ble overholdt. Sammen med det faktum at inspektøren ikke kunne kontrollere sin egen arbeidstid, som vil bli omtalt i neste punkt, konkluderte derfor tingretten med at stillingen ikke hadde den tydelige selvstendigheten og uavhengigheten som må til for å være en særlig uavhengig stilling i arbeidsmiljølovens forstand.

Tingretten trekker frem en uttalelse fra Arbeidstilsynet i et brev til NITO hvor de legger til grunn at unntaket for særlig uavhengig stilling skal gjelde for «overordnede og ansvarsfulle stillinger, knyttet til den øverste ledelsen».¹¹⁷ Sett hen til den tekniske inspektørens plassering i virksomhetens hierarki, hvor han var underordnet den tekniske sjefen som igjen var underlagt flåtesjefen som ledet rederiets avdeling, mener tingretten at selv om stillingen til den tekniske inspektøren er ansvarsfull, kan det ikke sies at stillingen er overordnet og knyttet til den øverste ledelsen. Det er usikkert om unntaksbestemmelsen skal forstås som å kun omfatte overordnede stillinger som er knyttet til den øverste ledelsen. I avgjørelsene som er nevnt ovenfor hvor det ble konkludert med at to kjørelærere og en stasjonssjef i et bilutleiefirma hadde særlig uavhengig stilling, kan det ikke sies at de var overordnede i virksomheten, og de var ikke tilknyttet den øverste ledelse på noen måte.¹¹⁸ Unntaket for arbeid «i annen særlig betrodd stilling» som fulgte av arbeidsmiljøloven av 1936 § 12 nr. 1 ble tolket på denne måten, ved at det i juridisk teori het at unntaket var ment for funksjonærer som hadde en tillitspost i umiddelbar tilknytning til en overordnet person som for eksempel sekretæren til driftslederen.¹¹⁹ I forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov blir ikke tilknytning til den øverste ledelsen nevnt i forbindelse med unntaket for særlig uavhengig stilling, men det står at unntaket er ment for overordnede og ansvarsfulle stillinger.¹²⁰ Stillinger som er plassert høyt i virksomhetens organisasjon og som er nært knyttet til den øverste ledelsen vil gjerne ha et større ansvar. Samfunnsutviklingen med nye stillinger, andre arbeidsmetoder og nye måter å organisere virksomheten på har kanskje ført til at unntaket for særlig uavhengig stilling har fått et videre anvendelsesområde enn det hadde tidligere. Praksis virker i hvert fall å være sprikende når det gjelder om arbeidstakeren må ha en overordnet og ansvarsfull stilling i virksomheten, eller om det er tilstrekkelig at arbeidstakeren har selvstendig beslutningsmyndighet vedrørende daglige arbeidsoppgaver og arbeidsmengde.

¹¹⁷ Jnr. 2007/4792 (NITO)

¹¹⁸ LG-2015-81139-2, TSAFO-2017-155167

¹¹⁹ Rømcke (1950) s. 42

¹²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 13.12.2 s. 181

Til slutt er det to avgjørelser hvor man tydelig befant seg utenfor unntaket for særlig uavhengig stilling. I den første saken TOSLO-2005-169978 kom Oslo tingrett til at en hovmester ikke hadde særlig uavhengig stilling. Selv om hovmesteren skulle fungere som en motivator og veileder for personalet samt ha et ansvar for samarbeidet med kjøkkenet, var ordinær bartender-/servitørarbeid de sentrale arbeidsoppgavene tillagt stillingen. I tillegg inngikk hovmesteren i vaktordningen på lik linje med de andre servitørene. Hovmesteren hadde derfor ikke tydelig selvstendighet når det gjaldt utføringen av sine arbeidsoppgaver, og han kunne heller ikke selv ta selvstendige beslutninger om sin arbeidsmengde og arbeidstid.

I en annen sak, TOSLO-2014-198510, fant Oslo tingrett det klart at en koordinator i et filmselskap ikke innehadde en særlig uavhengig stilling. Tingretten slo dette fast relativt kort på bakgrunn av hennes arbeidsoppgaver, som stort sett bestod av å videreformidle og utføre de oppgavene som daglig leder eller producer fastsatte. Det var altså ingen uavhengighet i utførelsen av arbeidsoppgavene tillagt stillingen som kunne tilsi at det her var en særlig uavhengig stilling. I tillegg var det i arbeidsavtalen fastsatt en arbeidstid på 37 ½ timer fra mandag til fredag kl. 09.00 til kl. 17.00, noe som klart taler mot at det foreligger en særlig uavhengig stilling.

4.3.2 Kontroll over egen arbeidstid

At arbeidstakeren selv kan kontrollere sin egen arbeidstid og arbeidsinnsats er et moment som taler for at stillingen er særlig uavhengig. I praksis virker tendensen å være at det legges stor vekt på om arbeidsgiver kontrollerer arbeidstiden, eller om arbeidstakeren står fritt til å styre dette selv. Når det gjelder ytre rammer som påvirker arbeidstakerens mulighet til å kontrollere arbeidstiden, virker det å være uenighet om hvilken betydning dette har. Men i sakene som gjelder prosjektarbeid virker dette å ha ført til at stillingen ikke er særlig uavhengig.

I saken hvor to kjørelærere hadde særlig uavhengig stilling, LG-2015-81139-2, var det satt en ramme for arbeidstiden på 42 undervisningstimer à 45 minutter per uke. Utover dette stod kjørelærerne fritt til å bestemme når og hvor mye de ville arbeide. De inngikk selv avtaler med elevene om kjøretimer, og de stod fritt til å regulere arbeidsmengden og kunne ta en dag fri uten å avklare dette med arbeidsgiver. Kjørelærerne leverte dagsedler som dannet grunnlag for fakturering av elevene og lønnsgrunnlaget til kjørelærerne, men arbeidsgiver førte ingen direkte kontroll med hvor mye eller lite kjørelærerne arbeidet. Lagmannsretten la til grunn at dette tydelig viste at kjørelærerne hadde stor frihet til selv å bestemme sin egen arbeidstid, som er et moment som taler for at stillingen var særlig uavhengig.

I TSAFO-2017-155167 la flertallet vekt på hensynene bak unntaksregelen og mente at stasjonssjefen utførte en type arbeid som krevde stor grad av fleksibilitet, og den mente at han i stor grad har måttet vurdere behovet for egen arbeidsinnsats. Stasjonssjefen var likevel i all hovedsak den eneste som arbeidet og bemannet bilutleiekontoret, og det er derfor grunn til å sette spørsmålsteget ved om han faktisk hadde en reell mulighet til å vurdere og bestemme over sin egen arbeidstid og arbeidsinnsats. Faktum var at stasjonssjefen arbeidet svært mye, noe som kan tale for at han kan ha følt på et press om å yte best mulig og om å strekke til på alle områder når det gjaldt de daglige arbeidsoppgavene. Det at han ikke hadde noen andre å delegerer arbeidsoppgaver til, medfører jo i praksis at alt ansvar falt på ham alene, noe som igjen kan oppfattes som et arbeidspress. Arbeidsmengden og de vernehensyn som ligger bak arbeidstidsreglene kan derfor tale for at stasjonssjefen kanskje burde vært omfattet av arbeidstidsreglene. Flertallet mente likevel at det ikke var en forventning fra arbeidsgiver om at stasjonssjefen måtte være fysisk til stede på kontoret når kundene skulle levere eller hente bilene og derfor kunne ta selvstendige avgjørelser om arbeidstiden og arbeidsinnsatsen. Flertallet la til grunn at stasjonssjefen valgte å arbeide mye ut ifra sin egen ansvarsfølelse.

Selv om resultatet var at stasjonssjefen hadde særlig uavhengig stilling og at han derfor var unntatt arbeidstidsreglene, bemerket flertallet likevel at vedkommende hadde arbeidet langt flere timer enn hva som er forsvarlig. Arbeidstakere med særlig uavhengig stilling er ikke unntatt forsvarlighetskravet etter aml. § 10-2 første ledd selv om de er unntatt de fleste andre bestemmelsene i arbeidstidskapittelet. Flertallet mente derfor at bilutleiefirmaet som arbeidsgiver ikke hadde overholdt sine plikter etter arbeidsmiljøloven. Fremfor å vektlegge at stasjonssjefen var underlagt et stort arbeidspress uten mulighet til å delegerer og dele ansvaret med noen, og derfor kanskje ikke hadde en tilstrekkelig fri stilling til å selv bestemme hva som skal gjøres og når dette skal gjøres, kan det fremstå som at tingretten skyver problemstillingen over til et annet tema. På den andre siden er forsvarlighetskravet i aml. § 10-2 første ledd viktig dersom stillingen var fri og stasjonssjefen faktisk valgte å arbeide mye av eget ønske.

I TOSLO-2014-135604 kom tingretten til at en finansrådgiver hadde særlig uavhengig stilling. Arbeidet til finansrådgiveren var prosjektbasert og derfor i stor grad styrt av fremdriften i prosjektet og andre utenforliggende forhold som vil være bestemmende for arbeidstiden. Tingretten referer her til skillet mellom ytre og indre rammebetingelser i samsvar med Fougner mfl. og understreker at det er de indre rammebetingelsene og det handlingsrommet arbeidstakeren er gitt av arbeidsgiver som er avgjørende med tanke på unntaket for særlig uav-

hengig stilling.¹²¹ Tingretten fant at finansrådgiveren var gitt stor grad av selvstendighet til selv å prioritere arbeidsoppgaver og å regulere arbeidsmengden og arbeidstiden.

I denne saken kommenterer tingretten også bransjepraksis som et moment for å være unntatt arbeidstidsreglene. Den fremhever at inntektene i bransjen er suksessbasert fremfor å være basert på antall timer som arbeides, slik at bransjen ikke er strukturert på en måte som legger opp til registrering av arbeidstid. Videre mener den at arbeidsmiljøet preges av et ønske om å være en del av flest mulige prosjekter og at det prosjektbaserte arbeidet medfører stor fleksibilitet i hvordan den daglige arbeidstiden organiseres. Dette er et avvik i forhold til vurderingene og momentene som er vektlagt av retten i de øvrige avgjørelsene vedrørende særlig uavhengig stilling. Når forarbeidene klart sier at unntaket for særlig uavhengig stilling må avgjøres etter en konkret vurdering av stillingen, fremstår det som litt merkelig at tingretten her trekker inn generell bransjepraksis i vurderingen.

Prosjektbasert arbeid kan innebære stor frihet angående når og hvordan man løser arbeidsoppgavene, men dette beror på i hvilken grad man har myndighet til å påvirke rammene som settes for prosjektet. I denne saken hadde finansrådgiveren stor selvstendig beslutningsmyndighet til å henvende seg til kunder og selge inn prosjekter. Han kunne derfor i stor grad selv avgjøre og regulere sin egen arbeidsmengde og dermed arbeidstid. I to avgjørelser, LH-2007-191174 og LG-2012-144598, kom lagmannsretten til at en ingeniør/prosjektleder med ansvar for flyplassbelysning og en seniorrådgiver for innkjøp i et oljeserviceselskap ikke hadde særlig uavhengig stilling, da arbeidet var prosjektbasert slik at arbeidstiden og arbeidsmengden først og fremst var styrt av fremdriften i prosjektet. I begge dommene ble det lagt vekt på at spesifikasjonene og tidsfristene i prosjektet ble fastsatt av virksomhetens ledelse eller eksterne oppdragsgivere, slik at arbeidstakerne det gjaldt ikke hadde noen beslutningsmyndighet eller mulighet til å påvirke rammene for prosjektet. I LG-2012-144598 ble det også lagt vekt på at i tillegg til at arbeidstakeren ikke kunne styre oppdragene og oppdragsmengden, hadde han heller ingen mulighet til å delegerer oppgavene til øvrige arbeidstakere. Arbeidstiden og arbeidsinnsatsen ble derfor styrt av fremdriften i prosjektet som de ble tildelt, fremfor arbeidstakernes egne vurderinger av når det var hensiktsmessig og ønskelig å arbeide.

Når arbeidet styres av fremdriften i prosjektet, oppstår det gjerne et arbeidspress og et tidspress for å nå de fastsatte fristene i prosjektet. Arbeidstakere som i realiteten styres av prosjektet har derfor ikke kontroll over sin egen arbeidstid i tillegg til at det kan oppstå et press om å jobbe utover alminnelig arbeidstid, og arbeidstakerne burde derfor beskyttes av det vernet som ligger bak arbeidstidsreglene. Dette ble også uttalt og lagt til grunn av lagmannsretten

¹²¹ Fougner (2018) s. 489–490

i saken hvor den kom til at en ingeniør med ansvar for flyplassbelysning ikke hadde særlig uavhengig stilling.¹²²

For arbeidstakere som arbeider prosjektbasert uten mulighet til å kunne påvirke rammene for prosjektet slik at arbeidsinnsatsen og arbeidstiden styres av prosjektets fremdrift, virker dette å være et avgjørende moment som taler for at det ikke foreligger en særlig uavhengig stilling. Arbeidstilsynet har praktisert unntaket på tilsvarende måte, da de i en sak angående montører ved Byggservice Nord AS kom til at disse ikke kunne ha en særlig uavhengig stilling som følge av at arbeidstiden var styrt av fremdriften i prosjektene de arbeidet på.¹²³

I THAUG-2012-48587, hvor tingretten fant at en teknisk inspektør i et rederi ikke hadde særlig uavhengig stilling, var et av momentene at han ikke kontrollerte sin egen arbeidstid. Vedkommende utførte en vesentlig del av arbeidet fra rederikontoret og da innenfor normal kontorarbeidstid, som varte fra kl. 08.00 til kl. 15.30. Han hadde til en viss grad en fleksibel arbeidstid, ved at han kunne «flekse» 30 minutter ved arbeidsdagens start og 30 minutter ved arbeidsdagens slutt, men fri utover dette måtte klareres med teknisk sjef. Alt dette harmonerer dårlig med en stilling som er særlig uavhengig. I de periodene hvor skipene lå i dokk var inspektøren til stede på verkstedet for å føre tilsyn. Tingretten mente at vedkommende heller ikke kunne bestemme sin egen arbeidstid i disse periodene, da arbeidstiden ble styrt av forholdene på verkstedet, som skiftordningene som gjaldt der, og av hvilket arbeid som skulle utføres og fremdriften. Det legges altså vekt på at arbeidstiden ble styrt av så vel indre rammebetingelser, ved at inspektøren måtte forholde seg til arbeidsgiver når det gjaldt arbeidstiden, som ytre rammebetingelser, ved at han måtte forholde seg til verkstedene.

¹²² LH-2007-191174

¹²³ Jnr. 2015/34971 (Byggservice)

5 Avsluttende bemerkninger

Formålet med denne oppgaven var å finne frem til innholdet i begrepene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» for å kartlegge rekkevidden av unntaksbestemmelsene og for å få en forståelse av hvilke arbeidstakere som omfattes av unntakene.

Innholdet i unntaket for ledende stilling virker å være tydeligere enn unntaket for særlig uavhengig stilling. En ledende stilling er etter forarbeidene ment for arbeidstakere med klare lederfunksjoner, og man ser at det også er ansvarsmyndighet i forhold til det man forbinder med typiske lederoppgaver, som personalansvar og budsjett- og resultatansvar, som blir tillagt størst vekt i praksis. Med den moderne organiseringen av virksomheter med konserner og store butikkjeder, har det oppstått en gruppe ledere som faktisk har klare lederfunksjoner, men hvor den selvstendige beslutningsmyndigheten er betydelig begrenset av at ledere på et høyere nivå i virksomheten gir instruksjoner og retningslinjer for hvordan lederen skal utføre sitt arbeid. Selv om disse lederne har myndighet til å treffe selvstendige beslutninger om egen arbeidsinnsats og arbeidstid, medfører ofte budsjetter og en virksomhetsmodell med få ansatte til at lederen likevel faktisk har lite rom for selvstendige beslutninger på dette området.

Innholdet i unntaket for særlig uavhengig stilling er vanskeligere å få et tydelig bilde av. Unntaket virker å være en samlepost for en uensartet gruppe arbeidstakere som har en uavhengighet og en selvstendig beslutningsmyndighet i hvordan og når de organiserer og løser arbeidsoppgavene. Etter forarbeidene er unntaket ment for overordnede og ansvarsfulle stillinger, men i praksis er det en tendens til at hovedfokuset er på hvorvidt arbeidstakerens ansvar og arbeidsoppgaver blir kontrollert av andre, fremfor hvorvidt arbeidstakeren har en overordnet og ansvarsfull stilling i virksomheten.

Dette er fremdeles et rettsområde hvor det foreligger uklarhet. Som Arbeidstidsutvalget fremhever, er det grunn til å tro at unntaksbestemmelsene har vært gjenstand for feiltolking og anvendelse utover det som var lovgivers intensjon, og mye tyder på at flere virksomheter daglig bryter regelen. Dette kan være med viten og vilje, da det er fristende å ha arbeidstakere som kan arbeide uavbrutt av arbeidstidsreglene, eller det kan være på grunn av kunnskapsmangel.

Hvorvidt Arbeidstilsynets forslag om å innføre et nytt unntak for delvis uavhengige stillinger vil dempe de problemene som foreligger, stiller jeg meg skeptisk til. Unntakene har store konsekvenser for arbeidstakerne det gjelder og det finnes gode grunner til å rydde opp i forståelsen og bruken av dagens unntaksbestemmelser før man innfører et ytterligere unntak. Jeg mener det er hensiktsmessig å opprettholde fleksibiliteten som ligger i begrepene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» i dagens lovtekst. Men av hensyn til klarhet og tydelig-

gjøring, er jeg enig i Arbeidstidsutvalgets forslag om å utarbeide en lett tilgjengelig veiledning for hvilke momenter lovgiver mener skal være avgjørende for å inneha en ledende eller særlig uavhengig stilling. Arbeidstidsutvalgets forslag om å lovfeste et krav om at det skal fremgå av arbeidsavtalen om arbeidstakeren er unntatt arbeidstidsreglene på et av disse grunnlagene kan også bidra til en større bevisstgjøring ved anvendelsen av unntakene.

Litteraturliste

Juridisk litteratur

- Boe, Erik Magnus. *Rettskildelære under debatt*, Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen. *Arbeidsmiljøloven: Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.: Lovkommentar*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo: N.W Damm & Søn, 2006.
- Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.). *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utgave, Oslo: Cappelen Damm akademisk, 2011.
- Jebe, F. *Lov om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter, utgit med anmerkninger og henvisninger av F. Jebe*, Kristiania: Norli, 1918.
- Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland (red.). *Arbeidsmiljøloven, kommentarer og praksis*, 1. utgave, Oslo: Gyldendal akademisk, 2011.
- Rømcke, Ferdinand. *Arbeidervernlover: lov om arbeidervern av 19. juni 1936 med senere endringer: med kommentarer*, revidert utgave, 12. opplag, Oslo: Norli, 1950.
- Skarning, Nicolay. *Ledende eller særlig uavhengig stilling*, Oslo: Universitetsforlaget, 2016.

Lover

- 1915 Lov 18. september 1915 om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter (opphevet)
- 1936 Lov 19. juni 1936 om arbeidervern (opphevet)
- 1956 Lov 7. desember 1956 om arbeidervern (opphevet)
- 1977 Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (opphevet)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 31 (1935) *Om å utferdige en lov om tilsyn med arbeid.*
- Ot.prp. nr. 8 (1956) *Om lov om arbeidervern.*
- Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.*
- Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*
- Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).*
- Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) *Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).*
- NOU 2004: 5 *Arbeidslivsutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.*
- NOU 2016: 1 *Arbeidstidsutvalget, Regulering av arbeidstid – vern og fleksibilitet.*

Dommer

Høyesterett

HR-2000-868 (Kårstø-dommen)

HR-2008-1041-A (Theatercafé-dommen)

Lagmannsretten

LE-1991-232

LF-1996-122

LH-2007-191174

LB-2007-101453

LE-2009-100120 (Kiwi-dommen)

LG-2012-144598

LG-2014-163402

LH-2014-103370

LG-2015-81139-2

Tingretten

NAD-1986-440

TSUMO-1995-717

TOSLO-2005-169978

THAUG-2012-48587

TOSLO-2014-135604

TOSLO-2014-198510

TDRAM-2015-106508

TSAFO-2017-155167

Praksis og brev fra Arbeidstilsynet og Arbeids- og sosialdepartementet

Jnr. 2005/4404 Lindex AS, avd. Porsgrunn.

Jnr. 2007/4792 Brev til Norges Ingeniør- og Teknologorganisasjon (NITO) om fortolkning av arbeidsmiljølovens § 10-12 første og annet ledd.

Jnr. 2008/34523 Ernst & Young AS.

Jnr. 2013/11075 Gambro Norge NUF.

Jnr. 2013/39971 Glitter AS, avd. Tromsø.

Jnr. 2014/ 105747 Nille AS, avd. Tromsø.

Jnr. 2015/36686 Nille AS, avd. Måløy.

Jnr. 2015/47572 Nille AS, avd. Hamar.

Jnr. 2015/34971 Byggservice Nord AS.

Jnr. 16/1627 Carlings AS, avd. Narvik.

Undersøkelser og artikler

Sentio AS, *Omfang og bruk av bestemmelsene om unntak fra reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven (2005)*, undersøkelse utført av Sentio AS på oppdrag for Arbeids- og sosialdepartementet, september 2006.

Rambøll Norge AS, *Vurdering av arbeidstid for arbeidstakere i særlig uavhengige stillinger og ledende stillinger*, undersøkelse utført av Rambøll Management Consulting på oppdrag for Arbeids- og sosialdepartementet, mai 2014.

Statens arbeidsmiljøinstitutt, *Arbeidstid og helse. Oppdatering av en systematisk litteraturstudie*, Jenny-Anne S. Lie mfl., STAMI-rapport nr. 1 2014.

Direktiver og traktater

Dir 2003/08 EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekt ved organisering av arbeidstiden (Arbeidstidsdirektivet).