



UiT

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

## Unntak fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser

*Rekkevidden av unntakene for arbeidstakere i «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling i arbeidsmiljølovens § 10-12 (1) og (2).*

---

**Øyvind Nyquist Steen**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2014*





## Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	5
1.1 Presentasjon av tema.....	5
1.2 Problemstilling.....	5
1.3 Fremstillingen videre .....	6
1.4 Definisjoner og begrepsavklaringer .....	6
1.4.1 Arbeidstaker.....	6
1.4.2 Arbeidsgiver .....	8
1.4.3 Arbeidstid.....	8
1.5 Avgrensninger .....	9
1.5.1 Avgrensning mot yrkesutøvere som ikke omfattes av arbeidsmiljøloven .....	9
1.5.2 Avgrensning mot unntak fra arbeidstidsbestemmelsene som ikke følger av § 10-12 (1) og (2).....	9
1.5.2.1 Unntak ved forskrift eller dispensasjon fra Arbeidstilsynet.....	9
1.5.2.2 Unntak ved avtale .....	10
1.6 Rettskildebildet og metodespørsmål .....	10
2. Reglene om arbeidstid.....	11
2.1 Historisk bakgrunn.....	12
2.2 Dagens regelverk.....	13
2.2.1 De viktigste generelle reglene .....	13
2.2.2 Hensynene bak de generelle reglene .....	13
2.3 Håndhevelse av arbeidstidsbestemmelsene .....	14
3. Unntakene for arbeidstakere med «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling.....	15
3.1 Rettslig grunnlag .....	15
3.2 En kort historikk.....	16
3.3 Hensynene bak unntakene .....	17

3.4	Hvem har interesse av at arbeidstaker blir unntatt arbeidstidsbestemmelsene?	18
3.5	Arbeidsgivers andre muligheter – tjenesteytere .....	19
3.6	Utbredelse i praksis.....	20
4.	Vurderingskriteriene for å unnta arbeidstakere fra arbeidstidsreglene .....	22
4.1	Grensen mellom «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling».....	22
4.2	«Ledende stilling» .....	23
4.2.1	Forholdet til rettstilstanden etter arbeidsmiljøloven (1977).....	23
4.2.2	Definisjon – utgangspunktet i forarbeidene .....	24
4.2.3	Stillingsbetegnelse .....	25
4.2.4	Stillingsbeskrivelse og andre arbeidsinstrukser .....	25
4.2.5	Lønn.....	26
4.2.6	Personalansvar .....	27
4.2.7	Lederfunksjoner, beslutningsmyndighet og ansvar .....	28
4.2.8	Delegeringskompetanse .....	30
4.2.9	Arbeidstid.....	30
4.2.9.1	Kontroll av arbeidstid.....	30
4.2.9.2	Arbeidstidens innhold .....	32
4.2.9.3	Arbeidsledere som følger sine underordnede i arbeidstiden .....	32
4.2.10	Særlig om prosjektarbeid.....	33
4.2.11	Oppsummerende merknader .....	34
4.3	«Særlig uavhengig stilling».....	35
4.3.1	Forholdet til rettstilstanden etter arbeidsmiljøloven (1977).....	35
4.3.2	Definisjon – utgangspunktet i forarbeidene .....	36
4.3.3	«Særlig uavhengig stilling» som rettslig standard .....	37
4.3.4	Stillingstittel og stillingsbeskrivelse .....	37
4.3.5	Lønn.....	38
4.3.6	Personalansvar .....	39

4.3.7	Beslutningsmyndighet, ansvar og delegeringskompetanse .....	39
4.3.8	Kontroll over egen arbeidstid .....	40
4.3.9	Særskilt kompetanse.....	41
4.3.10	Oppsummerende merknader .....	41
4.4	Oppsummering .....	42
5.	EU-retten og andre internasjonale rettskilder .....	43
6.	Avtalefrihet, arbeidstidsordninger og konsekvenser for unntatte arbeidstakere .....	45
6.1	Avtalefrihet - Forholdet til ufravikelighetsprinsippet i § 1-9. ....	46
6.2	Forholdet til arbeidstidsbestemmelsene – individuelt avtalte ordninger .....	48
6.2.1	Kan arbeidstaker og arbeidsgiver avtale at enkelte av bestemmelsene i arbeidstidskapittelet skal få anvendelse? .....	49
6.2.1.1	Kan man foreta en helhetsvurdering av vilkårene? .....	49
6.2.1.2	Subjektivt gunstige ordninger .....	50
6.2.1.3	Avtaler til ugunst for arbeidstakeren .....	50
6.2.2	Grense mot fast overtidskompensasjon.....	51
6.2.3	Konklusjon .....	51
6.3	Forholdet til virksomhetens generelle arbeidstidsordninger .....	51
6.3.1	I hvilken grad kan unntatte arbeidstakere underlegges arbeidstidsordninger? .....	52
6.3.2	Konklusjon .....	54
6.4	Konsekvensen av å bli feilaktig unntatt.....	54
7.	Avslutning.....	56
7.1	Oppsummering og konklusjon.....	56
7.2	Noen avsluttende vurderinger.....	57
	Litteraturliste.....	61

## **1. Innledning**

### **1.1 Presentasjon av tema**

Temaet for fremstillingen er unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven<sup>1</sup> fra reglene i kapittel 10 om arbeidstid.<sup>2</sup> Det store flertall av yrkesutøvere i Norge er beskyttet av arbeidsmiljølovens regler om blant annet arbeidstid, stillingsvern og de generelle krav til forsvarlighet<sup>3</sup>. Reglene kan ikke fravikes til ugunst for arbeidstaker med mindre noe annet er særskilt fastsatt.<sup>4</sup> Loven har en rekke unntak for ulike yrkesutøvere, og fra forskjellige deler av loven. Unntakene det her skal sees nærmere på er arbeidstakere som unntas fra arbeidstidsbestemmelsene med hjemmel i § 10-12 (1) og (2).

### **1.2 Problemstilling**

Arbeidstidsreglene arbeidsmiljøloven frembyr er en forholdsvis rigid regulering av blant annet antall timer det kan arbeides over gitte perioder, faste hviletider og mengden overtidsarbeid som kan utføres. For visse typer arbeidstakere passer ikke lovens normalordning. Lovgiver har åpnet for at enkelte slike arbeidstakere kan unntas de aller fleste av bestemmelsene i arbeidstidskapittelet, dersom de faller innunder begrepene «ledende stilling» eller «særlig uavhengig stilling», jf. § 10-12 (1) og (2). I det følgende skal det ses nærmere på hvilke momenter som er relevante for avgjørelsen av om arbeidstakeren kan unntas arbeidstidsbestemmelsene på dette grunnlaget.

---

<sup>1</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (heretter arbeidsmiljøloven)

<sup>2</sup> All følgende bruk av paragrafer eller "loven" henviser til arbeidsmiljøloven dersom intet annet fremkommer.

<sup>3</sup> Jf. § 4-1

<sup>4</sup> Jf. § 1-9

### **1.3 Fremstillingen videre**

Etter at problemstillingen nå er etablert skal jeg innledningsvis avklare enkelte definisjoner og begreper i punkt 1.4, før jeg avgrenser og fokuserer problemstillingen ytterligere i punkt 1.5. I punkt 1.6 klarlegger jeg rettskildesituasjonen og hva som er relevante tolkningsmomenter for løsning av problemstillingen. Jeg vil deretter i punkt 2 gjennomgå hovedlinjene i dagens regelverk for arbeidstid, før jeg i punkt 3 redegjør mer konkret for bakgrunnen og bruken av unntaksbestemmelsene i § 10-12 (1) og (2). I punkt 4 dreies fokus mot selve analysen av kriteriene for bruken av disse unntakene. Dette er oppgavens kjerne, og vil følgelig bli viet størst plass. EU-retten er utvilsomt en sentral del av det norske rettskildebildet innen arbeidsretten. I punkt 5 skal EU-rettens eventuelle påvirkning på dette konkrete rettsområdet undersøkes. Punkt 6 vil dreie seg om konkrete virkninger og problemstillinger knyttet til bruken av unntakene. Fremstillingen avsluttes med at det i punkt 7 oppsummeres og konkluderes på sentrale spørsmål.

### **1.4 Definisjoner og begrepsavklaringer**

#### **1.4.1 Arbeidstaker**

Arbeidsmiljøloven tar utgangspunkt i at en arbeidstaker etter § 1-8 (1) er «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Fra dette utgangspunktet gir loven selv klare føringer på hvem som likevel ikke skal regnes som arbeidstakere. En ren språklig tolkning av definisjonen kunne naturlig inkludere eksempelvis vernepliktige eller innsatte i fengsler. Det er likevel klart etter § 1-6 (1) at dette ikke er arbeidstakere i arbeidsmiljølovens forstand.<sup>5</sup>

For at lovens regler om arbeidstakere og arbeidsgivere skal få anvendelse må det foreligge et arbeidsforhold mellom partene. Dette innebærer normalt at arbeidstakeren

---

<sup>5</sup> Betegnelsen uegentlige arbeidsforhold brukes i Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo 2006 s. 27-28. Dette har sammenheng med at blant annet HMS-reglene i kapittel 2-5 kan komme til anvendelse for disse.

stiller sin arbeidskraft og tid til arbeidsgiverens disposisjon for nærmere angitte arbeidsoppgaver, og at arbeidstakeren dermed som hovedregel er ansatt hos arbeidsgiveren.<sup>6</sup>

Forarbeidene<sup>7</sup> slår fast at personer som har tillitsverv, er valgt eller utnevnt, ikke er i et ansettelsesforhold eller i alle fall ikke skal forstås som arbeidstakere.

En viktig grense må også trekkes mellom arbeidstakere og selvstendige oppdragstakere, hvor sistnevnte faller utenfor lovens virkeområde. Grensen er praktisk viktig, blant annet på grunn av stillingsvern, rett til overtidsbetaling og feriepenger, men kan tidvis være vanskelig å trekke. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) gir, på bakgrunn av rettspraksis, i punkt 6.1.1 anvisning på en rekke momenter som er relevante i en helhetsvurdering av slike forhold. Høyesterett drøfter skillet i to relativt nylige dommer<sup>8</sup> hvor disse momentene vektlegges. Riktignok mente flertallet i Rt-2013-342 (beredskapshjem) at de tradisjonelle vurderingskriteriene ikke ga grunnlag for en sikker konklusjon i den aktuelle saken, men dette understreker først og fremst at det kan være en meget vanskelig grensedracting i de konkrete tilfellene.

Arbeidsmiljøloven gjelder for arbeidstakere både i privat, kommunal og statlig sektor. Ettersom statlig ansatte omfattes av tjenestemannsloven<sup>9</sup> i stedet for arbeidsmiljøloven på enkelte områder, hvorav stillingsvern er særlig sentralt, er det viktig å presisere at tjenestemannsloven ikke har egne regler om arbeidstid, slik at det er reglene i arbeidsmiljøloven som kommer til anvendelse. I den sentrale tariffavtalen for staten<sup>10</sup> benyttes betegnelsen «arbeidstakere i ledende stilling eller i særlig uavhengig stilling» som grunnlag for å unnta arbeidstakere fra blant annet avtalens arbeidstidsbestemmelser<sup>11</sup>. Den videre fremstillingen vil derfor være relevant også for denne store gruppen arbeidstakere.

---

<sup>6</sup> Jf. Henning Jakhell n s. 32 flg.

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 6.1.1

<sup>8</sup> Rt. 2013 s. 342 (beredskapshjem) og Rt. 2013 s. 354 (omsorgsavlaster)

<sup>9</sup> Lov 4.mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

<sup>10</sup> Hovedtariffavtalen i staten 1.mai 2012 – 30.april 2014

<sup>11</sup> Jf. Hovedtariffavtalens §§13.4, 15.7 og 16.3

#### 1.4.2 Arbeidsgiver

Etter § 1-8 (2) er en arbeidsgiver «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Av dette følger at det er svært nær sammenheng mellom grensedragningen rundt arbeidstakerbegrepet og arbeidsgiverbegrepet. En arbeidstaker kan vanskelig sees å eksistere uten en motsvarende arbeidsgiver og vice versa. Arbeidsmiljøloven benytter begrepet «virksomhet» flere steder og med litt varierende betydning. Arbeidstidsbestemmelsene knytter seg derimot gjennomgående til begrepet arbeidsgiver<sup>12</sup>, og en arbeidsgiver kan lede flere virksomheter<sup>13</sup>. En nærmere problematisering av arbeidsgiver- eller virksomhetsbegrepet har likevel liten relevans for denne fremstillingens konkrete tematikk og blir ikke videre behandlet. Problemstillingen knytter seg derimot til forhold hvor arbeidsgiverforholdet må anses avklart.

#### 1.4.3 Arbeidstid

Arbeidstid er i § 10-1 (1) definert som «den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver». Motsetningsvis er arbeidsfri definert som «den tid arbeidstaker ikke står til disposisjon for arbeidsgiver», jf. § 10-1 (2). Etter EU-domstolen avgjørelse i C-303/1998 (Simap) er disse begrepene å forstå som gjensidig utelukkende. Hva som skal forstås som arbeidstid har vært gjenstand for en rekke rettstvister både i Norge<sup>14</sup> og i EU<sup>15</sup>. Samfunnsutviklingen har også ført med seg mer glidende overganger med bruk av hjemmekontor og epost-korrespondanse på kveldstid. Spørsmålet om hva som skal forstås som arbeidstid er imidlertid ikke i denne fremstillingens kjerneområde. Spørsmålet vil i det følgende bare drøftes der det tangerer oppgavens hovedanliggende.

---

<sup>12</sup> Jf. Jakhelln nederst s. 47

<sup>13</sup> Jf. Rt. 1998 s. 1357 (Furuseth)

<sup>14</sup> Eksempelvis Rt. 1998 s. 1357 (Furuseth) og Rt. 2001 s. 418 (Kårstø)

<sup>15</sup> Eksempelvis C-151/2002 (Jäger)



## 1.5 Avgrensninger

Det finnes en rekke andre grunnlag utover § 10-12 (1) og (2) som kan føre til at en eller flere av arbeidstidsbestemmelsene ikke får anvendelse for visse yrkesutøvere. Disse faller utenfor fremstillingens ramme, men nevnes likevel kort for å gi et mer fullstendig bilde av rettssituasjonen rundt unntaksbestemmelsene.

### 1.5.1 Avgrensning mot yrkesutøvere som ikke omfattes av arbeidsmiljøloven

Etter arbeidsmiljølovens § 1-2 (1) gjelder loven «for virksomhet<sup>16</sup> som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt loven». Noen praktiske unntak fastsettes allerede i § 1-2 (2) a) hvor sjøfart, fangst og fiske uttrykkelig unntas. Loven åpner også for at visse grupper kan unntas ved forskrift<sup>17</sup>. Utover dette avgrenses det i tråd med punktene 1.4.1 og 1.4.2 mot yrkesutøvere som faller utenfor arbeidsmiljøloven.

### 1.5.2 Avgrensning mot unntak fra arbeidstidsbestemmelsene som ikke følger av § 10-12 (1) og (2)

#### 1.5.2.1 Unntak ved forskrift eller dispensasjon fra Arbeidstilsynet

Arbeid av så særegen art at det vanskelig kan tilpasses bestemmelsene i arbeidstidskapitlet kan ved forskrift gis særlig regler og unntak, jf. § 10-12 (9). Dette er gjort for blant annet politi<sup>18</sup> og vegtransport<sup>19</sup>. Også § 10-8 (5) hjemler unntak ved forskrift for arbeidsfri. Arbeidstilsynet har etter §§ 10-12 (6) og (7), jf. § 10-12 (8)

---

<sup>16</sup> Se pkt. 1.4.2

<sup>17</sup> Jf. § 1-2 (2) b), § 1-2 (3) og (4), § 1-3 (3)

<sup>18</sup> FOR-2009-06-26-873

<sup>19</sup> FOR-2005-06-10-543

mulighet til å gi dispensasjon fra enkelte av reglene i §§ 10-5, 10-8 og 10-10. Ingen av disse unntakene er imidlertid denne fremstillingens anliggende.

#### *1.5.2.2 Unntak ved avtale*

Flere av paragrafene i arbeidstidskapittelet kan fravikes ved avtale. Størst betydning har trolig § 10-12 (4) som gir fagforeninger med innstillingsrett mulighet til på gitte vilkår å inngå tariffavtaler som fraviker bestemmelsene i kapittelet. Tariffavtaler generelt er imidlertid utenfor fremstillingens ramme.

### **1.6 Rettskildebildet og metodespørsmål**

Problemstillingen i denne fremstillingen dreier seg om tolkningen av en lovbestemmelse. Arbeidsmiljøloven er dermed i dette tilfellet den primære rettskilde til løsning av spørsmålet. Lovens ordlyd gir imidlertid ikke nærmere anvisning på de aktuelle begrepene innhold. Dagens regelverk om unntak for «ledende» og «særlig uavhengig» stillinger, er i det alt vesentlige en videreføring av tidligere rett. Det har helt i fra lov om arbeidervern (1936)<sup>20</sup> vært unntak for denne type stillinger, riktignok med litt ulike formuleringer. Det medfører at det finnes en rekke forarbeider som behandler reglene. Dette vil klart være relevante rettskilder ved tolkning av begrepene.

Rettspraksis på området er derimot ikke spesielt omfattende. Det finnes et fåtall underrettsdommer, men ingen relevant høyesterettspraksis. En gjennomgang av disse dommene vil like fullt være svært relevant i det følgende. Et spørsmål det også skal ses på er om denne rettspraksisen har tilført nye momenter til løsning av problemstillingen, eller om den kun lener seg på forarbeidene.

Etter arbeidsmiljøloven (1977)<sup>21</sup> og frem til ikrafttreddelsen<sup>22</sup> av dagens lov hadde Direktoratet for arbeidstilsynet tvisteløsningsmyndighet ved uenighet om arbeidstaker

---

<sup>20</sup> Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern § 12 første ledd nr. 1

<sup>21</sup> Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

<sup>22</sup> 01.01.2006

kunne unntas arbeidstidsreglene. I forarbeidene<sup>23</sup> til arbeidsmiljøloven (2005) presiseres det at «gruppen «særlig uavhengig» skal gis samme innhold som dagens regelverk og praksis». Direktoratets praksis må dermed være en relevant rettskilde også etter den nye loven.<sup>24</sup>

Som det skal ses på i punkt 5 finnes det også internasjonale rettskilder hvor EUs Arbeidstidsdirektiv<sup>25</sup> er særlig viktig. Direktivet er gjeldende for Norge gjennom EØS-avtalen, og enkelte mindre tilpasninger i lovverket ble i sin tid gjennomført. Norsk lovgivning presumeres å være i tråd med direktivet.

Løsningen på oppgavens problemstilling må etter dette finnes ved en analyse av de relevante forarbeidene til arbeidervernlovgivningen, og hvordan disse har blitt fulgt opp i praksis av domstolene og arbeidstilsynet. Også EU-rettens eventuelle påvirkning vil høre med i denne analysen.

## **2. Reglene om arbeidstid**

Bestemmelsene om arbeidstid er å finne i arbeidsmiljølovens kapittel 10. Reglene spenner over områder som maksimal arbeidsmengde, hviletid, overtid og generelle vernebestemmelser. For et stort antall arbeidstakere vil tariffavtale og individuell arbeidsavtale spille en viktig rolle for utformingen av arbeidstiden. Det er imidlertid lovens normalordning det tas utgangspunkt i, og som det kreves hjemmel for å dispensere fra. Dagens arbeidsmiljølov er den siste i rekken av lover til vern for arbeidstakere, med røtter helt tilbake til slutten av 1800-tallet. Grunnet delvis likelydende regler og formuleringer er tidligere lovgivnings forarbeider og praksis relevant også for denne fremstillingen. Det gis derfor en kort historisk forankring av dagens lov, før det ses nærmere på det nåværende regelverket.

---

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 180-181

<sup>24</sup> Arbeidstilsynet har i brev 23.01.2014 avslått å gi generelt innsyn i saker vedrørende unntak fra arbeidsmiljøloven § 10-12 (1) og (2). Jeg har derfor forholdt meg til de sakene jeg har fått tilgang på, andre offentlig tilgjengelige avgjørelser, og eventuelt saker gjengitt i annen litteratur. Etter mitt skjønn vil rettskildeværdien i noen grad svekkes av manglende tilgjengelighet.

<sup>25</sup> Rådsdirektiv 2003/88/EF

## 2.1 Historisk bakgrunn<sup>26</sup>

Frem mot slutten av 1800-tallet fantes det ikke noen overbyggende regulering på arbeidsrettens område. De lovreglene som da gjaldt rettet seg mot konkrete yrkesgrupper som lærere. Fokuset i lovgivningsarbeidet var betegnende nok i første rekke å bedre arbeidsvilkårene for barn. I 1892 kom fabrikktilsynsloven. Den hadde et begrenset virkeområde og et relativt lite nedslagsfelt, men ble forløperen til senere og mer omfattende sentral lovgivning. Etter en ny fabrikktilsynslov med få endringer i 1909, innførte industriarbeiderloven i 1915 for første gang regler om normalarbeidstid for voksne, satt til 10 timer dagen. Allerede i 1918 ble det gitt adgang til å senke den til 8,5 timer per dag og 48 timer per uke. Tariffavtaler spilte nå en viktig rolle for arbeidsvilkårene ved siden av lovgivningen. På tross av at arbeidet med en slik lov ble påbegynt alt i 1916, ble det ikke innført en alminnelig arbeidervernlov før i 1936. Her fikk man også lovfestet rett til ferie, og loven skulle gjelde for de fleste arbeidsforhold med unntak av offentlig forvaltning. I lov om arbeidervern (1956) ble også sistnevnte inkludert, og stillingsvernet ble ytterligere utbygget. Lovgivningen ble videre revidert uten de store endringer ved arbeidsmiljøloven (1977) og flere ganger senere, blant annet i forbindelse med Norges tilslutning til EØS-avtalen i 1992. I 2005 ble dagens lov vedtatt. Den brøt med de tidligere lovers inndeling, men videreførte i det store og hele de utviklingstrekk de tidligere revisjoner hadde ført med seg, blant annet vern mot diskriminering. Verdt å merke seg er at det nye stortingsflertallet etter valget i 2005 omgjorde<sup>27</sup> vedtatte endringer i blant annet unntaksbestemmelsene for «særlig uavhengig stilling».

På arbeidstidsområdet har det foregått en dynamisk utvikling mellom tariffavtaler og lovgivning. Normalarbeidstiden er senket ved flere anledninger, senest til 40 timer per uke i 1976. Det mange oppfatter som dagens alminnelige arbeidsuke på 37,5 timer er kun tariffbasert, eller som følge av individuell arbeidsavtale, og har foreløpig ikke blitt fulgt opp i lovgivningen.

---

<sup>26</sup> Avsnittet er basert på Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett: den individuelle del*, 3.utgave, Bergen 2013, side 30-33 og 199.

<sup>27</sup> Ved lov nr. 121/2005



## 2.2 Dagens regelverk

### 2.2.1 De viktigste generelle reglene

Arbeidstidsbestemmelsene kan betegnes som hovedregler gjennomhullet av unntak.<sup>28</sup> Virkeområdet for arbeidstidsbestemmelsene er dermed noe snevrere enn for loven for øvrig. Lovens utgangspunkt er at alminnelige arbeidstid ikke må overstige ni timer i løpet av 24 timer og 40 timer i løpet av sju dager, jf. § 10-4 (1)<sup>29</sup>. Det er anledning til å skriftlig avtale at arbeidstiden gjennomsnittsberegnes over en periode på 52 uker, jf. § 10-5(1). Arbeid utover lovens alminnelige arbeidstid skal regnes som overtid etter § 10-6 (2). Overtid skal etter § 10-6 (1) ikke gjennomføres uten at det foreligger et særlig og tidsavgrenset behov. Det innebærer at virksomheten i utgangspunktet ikke kan planlegge større arbeidsmengde enn det som kan gjennomføres innen avtalt arbeidstid. Loven setter også grenser for hvor mye overtid som kan gjennomføres i gitte tidsrom. Etter § 10-6 (11) skal det utbetales et tillegg på minst 40% utover ordinær lønn for overtidsarbeid, mens § 10-6 (12) åpner for at overtiden kan avspaseres på et avtalt tidspunkt. Videre er det minimumskrav til arbeidsfri i § 10-8 og arbeidstakers krav på pauser i § 10-9. I §§ 10-10 og 10-11 angis det hva som skal regnes som henholdsvis søndagsarbeid og nattarbeid, samtidig som det slås fast at slikt arbeid ikke er «tillatt med mindre arbeidets art gjør det nødvendig».

Unntaksbestemmelsene i § 10-12 (1) og (2) er hovedtemaet for denne oppgaven, men det er altså de nå forannevnte regler det er aktuelt å kunne bli unntatt fra.

### 2.2.2 Hensynene bak de generelle reglene

Arbeidstidsbestemmelsene skal ivareta ulike hensyn, og må balansere tidvis kryssende interesser. Det følger nærmest som en nødvendighet av dette at reglene har vært, og er gjenstand for betydelig politisk strid. På den ene siden står vernet av ikke bare den

---

<sup>28</sup> Jf. Henning Jakhelln mfl. (red.), *arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven* 3.utgave, Oslo 2011, innledning til kapittel 10 s. 476. Heretter refereres det til arbeidsrett.no og referansen gjelder da både den trykte boken og nettsiden om intet annet fremkommer.

<sup>29</sup> Jeg går ikke nærmere inn på ulike arbeidstidsordninger hvor loven stiller andre krav.

enkelte arbeidstakers helse, men også hensynet til den sosiale livssituasjonen. På den andre siden står bedriftsøkonomiske behov for utnyttelse av ressursene og fleksibilitet i bruken av arbeidskraft.

Arbeidstakers sosiale velvære trekkes frem allerede i forarbeidene<sup>30</sup> til arbeidsmiljøloven (1977) som beskyttelsesverdig, og samfunnsutviklingen siden den gang kan neppe sies å ha svekket dette hensynets stilling. Likeledes har utviklingen også medført et økt behov for fleksibilitet også på arbeidstakersiden. Dette har blant annet sammenheng med at det nå er vanlig at begge foreldre er yrkesaktive, med de utfordringer det medfører for forsørgeransvar og familieliv.

Fra et samfunnsøkonomisk ståsted er det åpenbart gunstig med en høy verdiskapning. Samtidig er det også i samfunnets interesse at arbeidstakere er i stand til å stå i jobben frem til pensjonsalder, og at ikke arbeidstakere havner utenfor arbeidslivet.<sup>31</sup> Ved å pålegge restriksjoner og kostnader på bruk av overtid kan man forhindre utbrenthet, men også potensielt medvirke til at flere kommer i arbeid.<sup>32</sup> Videre har bestemmelsene en viss konkurranseregulerende effekt<sup>33</sup>, ved at man har vært avskåret fra å bruke arbeidstid som et konkurransefortrinn. I et internasjonalt perspektiv ser vi at EUs arbeidstidsdirektiv<sup>34</sup>, spiller den samme rollen i EØS-området.

Det er på ingen måte innlysende hva som er den rette balansen mellom verneregler og fleksibilitet, men forarbeidene<sup>35</sup> til arbeidsmiljøloven (1977) er likevel klare på at «hensynet til arbeidstakerens vernemessige og sosiale behov må tillegges størst vekt».

### **2.3 Håndhevelse av arbeidstidsbestemmelsene**

Det er arbeidsgiver som skal sørge for at reglene i arbeidsmiljøloven blir overholdt, jf. § 2-1. Arbeidsgiver er således hovedsakelig pliktsubjektet også for

---

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) kap. V s. 36

<sup>31</sup> Jf. Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven, Kommentarer og praksis*, 1. utgave, Oslo 2011, s. 300

<sup>32</sup> Jf. Fanebust s. 201

<sup>33</sup> Jf. arbeidsrett.no innledning til kapittel 10 s. 482

<sup>34</sup> Rådsdirektiv 2003/88/EF

<sup>35</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 36. Formålet med dagens arbeidstidsbestemmelser er de samme som de tilsvarende bestemmelsene i 1977-loven, jf. Fougner mfl., s. 348

arbeidstidsbestemmelsene. Etter § 18-1 tilligger det Arbeidstilsynet å føre tilsyn med etterfølgelse av loven, og å gi pålegg og andre dertil egnede enkeltvedtak, jf. § 18-6.

Etter arbeidsmiljøloven (1977) hadde Arbeidstilsynet tvisteløsningskompetanse ved tvist om unntaksbestemmelsene i daværende § 41, jf. § 41 tredje ledd. Denne kompetansen er ikke videreført i arbeidsmiljøloven (2005). Det medfører at tvist om bruken av unntaksbestemmelsene må løses i domstolsapparatet. For tvister nevnt i § 17-2 med videre henvisninger, finnes det en tvisteløsningsnemnd, men den behandler ikke tvister knyttet til oppgavens problemstilling.

Bestemmelsene om arbeidstid er gjennomgående av offentligrettslig karakter. Brudd på arbeidsmiljøloven er underlagt offentlig påtale, jf. § 19-6, men det er kun arbeidsgiver som kan straffes for brudd på arbeidstidsbestemmelsene, jf. §§ 19-1, 19-2 (4).

### **3. Unntakene for arbeidstakere med «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling**

#### **3.1 Rettslig grunnlag**

Det rettslige grunnlaget for avgjørelsen av hvorvidt arbeidstidsbestemmelsene kommer til anvendelse for de aktuelle arbeidstakerne, er tolkningen av begrepene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» i § 10-12 (1) og (2). Som det fremkommer under behandlingen i punkt 4 er det en rekke momenter som vil spille inn i en konkret helhetsvurderingen av spørsmålet. Resultatet av tolkningen må derimot betegnes nærmest som en binær verdi. Det åpnes ikke for gradforskjeller i forståelsen av begrepene. Har man først kommet til at arbeidstaker har en «særlig uavhengig stilling», er det i og for seg uten betydning at det kanskje var små detaljer som gjorde at det var det som ble resultatet.

Anlegger man et noe abstrakt perspektiv, angir loven en tilstand arbeidstaker enten er i eller ikke. Dertil følger det at det ikke egentlig er noen aktiv handling fra arbeidsgivers side som er avgjørende for om arbeidstakeren er rettmessig unntatt. De foreliggende omstendighetene vil uansett danne grunnlaget for svaret, men spørsmålet blir ofte ikke

satt på spissen før ved en eventuell tvist. I praksis vil arbeidsavtalen i mange tilfeller gi anvisning på hva arbeidsgiver, riktig eller uriktig, har ment skal gjelde.

Arbeidsmiljøloven kan, som nevnt innledningsvis, ikke fravikes til ugunst for arbeidstaker med mindre det er «særskilt fastsatt», jf. § 1-9. Det er følgelig ingenting i veien for at det kan avtales gunstigere vilkår enn det som følger av loven<sup>36</sup>. Spørsmål om å gjøre enkeltbestemmelser gjeldende og hvordan forholdet til ufravikelighetsprinsippet stiller seg for arbeidstakere som er unntatt arbeidstidsbestemmelsene, kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 6. En arbeidsavtale som en inngått i strid med lovens ufravikelighetsprinsipp vil ikke være arbeidsrettslig bindende.<sup>37</sup>

### **3.2 En kort historikk**

Som tidligere nevnt drar dagens arbeidsmiljølov klare veksler på tidligere lovgivning. Dette er også tilfellet for unntaksbestemmelsene i § 10-12 (1) og (2). Den første allmenne arbeidervernlov 1936<sup>38</sup> unntok i § 12 første ledd nr. 1 «arbeid av ledende eller kontrollerende art eller i en annen særlig betrodd stilling». Spørsmål om grensedragningen ble tatt opp i forarbeidene<sup>39</sup>, og viser at den allerede den gang kunne være problematisk. Faktisk blir spørsmålet behandlet allerede i Innstilling til lov om arbeidervern (1922) hvor det står på side 150: «Grensen ... er ikke så skarp, at der ikke kan oppstå tvil.» I lov om arbeidervern (1956)<sup>40</sup> § 18 nr. 1 og nr. 2 er formuleringen endret til «arbeid av ledende eller kontrollerende art» og «arbeid av annen særlig betrodd art enn nevnt under nr. 1, første punktum». Formuleringen ble igjen endret til «arbeid av ledende art og arbeid av andre som har en særlig selvstendig stilling innen virksomheten» i arbeidsmiljøloven (1977). I følge forarbeidene<sup>41</sup> ønsket man her å finne en bedre formulering fordi den gjeldende formuleringen i § 18 nr. 2 var blitt for vid sammenlignet med det som var forutsetningene<sup>42</sup>. Derimot var § 18 nr. 1 ment videreført. Begge disse lovene hadde også en nær identisk formulering om at «unntaket

---

<sup>36</sup> Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 302

<sup>37</sup> Forutsatt blant annet i Rt. 1998 s. 1357 (Furuseth)

<sup>38</sup> Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 26

<sup>40</sup> Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 34 og s. 37.

<sup>42</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) henviser her til Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 26



gjelder ikke arbeidsledere og andre i liknende stillinger som i arbeidstiden følger dem de er satt til å lede». Denne presiseringen ble igjen fjernet i arbeidsmiljøloven (2005) samtidig som dagens formuleringer ble innført. Endringen av ordlyden fra «ledende art» til «ledende stilling» er ikke ment å innebære noen realitetsendring<sup>43</sup>. Heller ikke endringen fra «særlig selvstendig» til «særlig uavhengig» er ment å føre med seg vesentlige endringer<sup>44</sup>.

Det er nærliggende å si at formålet og intensjonene bak de litt ulike formuleringene har vært tilnærmet de samme fra de først ble innført. Unntaket for «ledende stilling» er nærmest uforandret, mens man ved unntaket for «særlig uavhengig stilling» har forsøkt litt forskjellige tilnærminger, uten at formålet egentlig er endret. Dette viser, som det også påpekes i punkt 4, at det trolig er grensedragningen rundt arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling» som har bydd, og byr på størst problemer i praksis.

### **3.3 Hensynene bak unntakene**

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven (1977)<sup>45</sup> og arbeidsmiljøloven (2005)<sup>46</sup> tar begge utgangspunkt i at flest mulig bør omfattes av arbeidstidsbestemmelsene og det vernet reglene er ment å gi. Samtidig erkjennes det at det for enkelte arbeidstakere er både upraktisk og uhensiktsmessig om arbeidstidsreglene skal komme til anvendelse. De hensyn som begrunner arbeidstidsbestemmelsene får i langt mindre grad virkning overfor arbeidstakere som selv kan kontrollere arbeidstiden og styre arbeidsoppgavene ved delegering og organisering.<sup>47</sup> Det er også klart, som departementet påpeker<sup>48</sup>, at det for en del arbeidstakere i slike stillinger stilles et betydelig høyere krav til fleksibilitet enn det lovens normalordning legger opp til.

De hensyn som tilsier at arbeidstakere i «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling skal unntas fra arbeidstidskapittelet setter likevel ikke alle vernehensyn til side. Dette kommer til uttrykk ved at det klart fremgår av § 10-12 (1) og (2) at § 10-2 (1), (2) og (4)

---

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-05) s. 180 og s. 322.

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-05) s. 322.

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 37

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-05) pkt. 13.12.2.

<sup>47</sup> Jf. Ingrid Fladberg Brucker, *Særlig uavhengig stilling*, Oslo 2009, s. 15

<sup>48</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-05) pkt. 13.12.2.

kommer til anvendelse også for slike arbeidstakere. Av størst betydning er utvilsomt § 10-2 (1), som slår fast at også denne arbeidstakergruppen skal ha en arbeidstidsordning som sikrer at de «ikke utsettes for uheldige fysiske eller psykiske belastninger». Bestemmelsen må også ses i sammenheng med § 4-1 (1) som stiller krav til at virksomheten etter en rettslig standard skal ha et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, både enkeltvis og samlet.

Når det kommer til den nærmere tolkning av reglene i § 10-2 er det klart at de har mer betydning for arbeidstidsordninger generelt, og ikke for fremstillingens problemstilling spesielt. Jeg går derfor ikke nærmere inn på betydningen av disse reglene. Jeg nøyer meg med å fastslå at bestemmelsene ligger som en ufravikelig øvre grense for hva også arbeidstakere som er unntatt kapittelets øvrige regler kan overstige i arbeidsbelastning.

### **3.4 Hvem har interesse av at arbeidstaker blir unntatt arbeidstidsbestemmelsene?**

Spørsmålet vil naturlig nok måtte besvares ulikt for ulike arbeidssituasjoner. Det er klart at det for en virksomhet er gunstig å ha arbeidstakere som kan jobbe mye når det er behov, uten å nødvendigvis måtte betale overtidskompensasjon for det. Samtidig kan det gi også arbeidstakeren økt fleksibilitet. Mange arbeidstakere vil utvilsomt synes stillingsbetegnelsen er positiv fordi det skaper inntrykk av at en belønnes for sin kompetanse heller enn bare for sin arbeidstid<sup>49</sup>. Lønnsnivået for denne type arbeidstakere ligger også høyere enn gjennomsnittet, men dette er langt ifra tilfellet for alle<sup>50</sup>. Det kan synes som en del av disse arbeidstakerne jobber mye «gratis» overtid, og tidvis utsettes for et ikke ubetydelig arbeidspress. Dette vil kanskje særlig gjøre seg gjeldende for arbeidstakere som i mindre grad enn forutsatt faktisk kan styre egen arbeidstid.

Alt i alt kan det neppe sies å ha mange negative virkninger for en virksomhet å gjøre bruk av unntaksbestemmelsene, og det vil i mange tilfeller kunne være kostnadsbesparende. For en arbeidstaker vil det være en varierende balansegang mellom positive og negative sider. Et illustrerende poeng kan være at ingen av sakene

---

<sup>49</sup> Jf. Arbeidsforskningsinstituttets (AFI) rapport 2014:2 s. 75. Mer om denne i punkt 3.6

<sup>50</sup> Jf. AFI: r2014:2 s. 56

som har vært oppe for domstolene har dreiet seg om en arbeidstaker som mot arbeidsgivers vilje har ønsket å bli unntatt arbeidstidsbestemmelsene.

### **3.5 Arbeidsgivers andre muligheter – tjenesteytere**

En virksomhet har som regel flere ulike muligheter til å få dekket sine behov for arbeidskraft. Det mest nærliggende er som oftest å ansette noen for å utføre oppgaven, men den kan også, under gitte forutsetninger, velge å leie inn arbeidskraft fra et bemanningsbyrå eller andre tilbydere. En tredje mulighet er å benytte seg av eksterne tjenesteytere, noe man har sett at skjer i økende grad de senere årene. Dette gjelder særlig hvis den aktuelle tjenesten ikke er en del av virksomhetens kjerneområde. Bruken ble kanskje også ytterligere aktualisert ved implementeringen av EUs vikarbyrådirektiv<sup>51</sup> i 2013.

En ekstern tjenesteyter eller oppdragstaker skiller seg fra en ordinær arbeidstaker blant annet ved at den som regel bærer det fullstendige ansvaret for arbeidsresultatet. For en virksomhet kan forskjellen mellom en ansatt arbeidstaker og en selvstendig tjenesteyter i mange tilfeller være svært liten. Benyttelse av tjenesteytere, for eksempel en konsulent eller håndverker med enkeltmannsforetak, kan derfor være et reelt alternativ for mange virksomheter som da slipper unna arbeidsgiveransvaret.<sup>52</sup> Tjenesteytere og oppdragstakere er som nevnt i punkt 1.4.1. ikke underlagt arbeidstidsbestemmelsene og har ikke krav på overtidsbetaling. Dersom tjenesteyteren er et firma med egne ansatte, for eksempel et vaskefirma, må naturlig nok dette firmaet forholde seg til arbeidstidsbestemmelsene for sine ansatte. Dette er imidlertid ikke et anliggende for virksomheten som har inngått avtalen med tjenesteyteren.

---

<sup>51</sup> Rådsdirektiv 2008/104/EF. Ved at vikarer ble dyrere, kunne bruken av tjenesteytere bli mer gunstig komparativt sett.

<sup>52</sup> Grensedragningen mellom entrepris og innleie kan ofte være vanskelig. Høyesterett drøfter problemstillingen i f.eks. Rt. 2013 s. 998. Grensen vil nødvendigvis ha nær sammenheng med skillet mellom arbeidstaker og oppdragstaker, jf. pkt. 1.4.1.

### 3.6 Utbredelse i praksis

Det er gjort to nyere undersøkelser om bruken av unntaksbestemmelsene. Arbeids- og inkluderingsdepartementet sendte 20.12.2007 ut et høringsnotat vedrørende mulige lovendringer knyttet til begrepet «særlig uavhengig stilling». I den forbindelse ble det laget en utredning<sup>53</sup> om omfanget og bruken av unntaksbestemmelsene. I februar 2014 utga Arbeidsforskningsinstituttet (AFI) en rapport<sup>54</sup> hvor bruken igjen er kartlagt. Rapporten avstedkom en viss mediedekning med oppslag som «1 av 7 får ikke betalt for overtid»<sup>55</sup> i blant annet Dagens Næringsliv og Aftenposten. Bakgrunnen var blant annet at Arbeidsdepartementet hadde mottatt signaler om at praktiseringen av unntaksbestemmelsene ikke var i tråd med intensjonen i arbeidsmiljøloven<sup>56</sup>. Det fremgår av AFIs rapport<sup>57</sup> at metodikken som er brukt er tilnærmet lik Sentio-undersøkelsen, og at situasjonen ikke er vesentlig endret siden førstnevnte rapport utkom. Jeg velger derfor å hovedsakelig forholde meg til Arbeidsforskningsinstituttets rapport når jeg i det følgende gjengir hovedtrekkene.<sup>58</sup>

- I følge rapporten oppgir 14% av norske arbeidstakere at de i praksis er unntatt arbeidstidsbestemmelsene, mens 17% svarer «vet ikke». Formuleringen «i praksis» er valgt for å også fange opp arbeidstakere som er unntatt på andre grunnlag enn arbeidsmiljøloven åpner for.
- 4% er unntatt fordi de innehar en «ledende stilling», mens 3% er unntatt fordi de har en «særlig uavhengig stilling». De resterende 7% av gruppen som oppgir seg unntatt må antas å falle i gruppen som er unntatt på grunnlag av tariffavtale, eller ikke vet hvorfor de er unntatt.
- Både blant gruppene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» er menn stekt overrepresentert (76 og 75%).

---

<sup>53</sup> "Omfang og bruk av bestemmelsene om unntak fra reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven" utført av Sentio AS for Arbeids- og inkluderingsdepartementet september 2006.

<sup>54</sup> Arbeidsforskningsinstituttet, r2014:2. Fritt tilgjengelig på [www.afi.no](http://www.afi.no)

<sup>55</sup> <http://www.dn.no/forsiden/naringsliv/article2767206.ece>

<sup>56</sup> Arbeidsforskningsinstituttet, r2014:2 forord, side IV

<sup>57</sup> Arbeidsforskningsinstituttet, r2014:2 sammendrag, side VIII og metode side 4-6.

<sup>58</sup> Tallene er hentet fra rapportens sammendrag side VIII-IX.



- Over halvparten av arbeidstakerne i begge grupper har høyere utdanning. Blant de med mer enn 4 års universitetsutdanning var andelen som var unntatt på 24%, mot 11% for de med bare videregående skole.
- Andelen i privat sektor er markant høyere enn i offentlig sektor.
- 60% av personallederne med unntatte arbeidstakere oppgir at unntaket er nedfelt i arbeidsavtalen. 56% av personallederne oppgir at beslutninger om unntak avgjøres på individuelt plan, mens 30% oppgir at det skjer på stillingsnivå.
- Det fremheves at det er et gjennomgående trekk at informantene mangler kjennskap til begrunnelsen for at de er ansatt i «særlig uavhengig stilling», og at flere mangler kunnskap om hva betegnelsen betyr og er ment å innebære.
- Sentio-undersøkelsen som ble utført i 2005 anslo at det var 7,1% av norske arbeidstakere som var unntatt arbeidstidsbestemmelsene. Det ble imidlertid ikke redegjort for metoden. Arbeidsforskningsinstituttet trekker i tvil<sup>59</sup> om tallmaterialet er tilstrekkelig pålitelig til å beregne andelen så nøyaktig. AFI hevder på sin side at det reelle tallet i 2005 sannsynligvis lå i intervallet 7-14% og legger til grunn at dette tallet har vært stabilt i perioden 2005-2013.

Det fremkommer forholdsvis klart at utbredelsen er størst blant dem med høyere utdanning. Fagforeningen Tekna<sup>60</sup> gjennomfører hvert annet år en undersøkelse blant sine drøyt 60.000 medlemmer. Tallene for 2013 viser at 46% av medlemmene er unntatt arbeidstidsbestemmelsene, hvorav det store flertall på bakgrunn av «særlig uavhengig stilling». Blant de nyutdannede var tallet 15%, mens det blant de med ti og tjue års jobberfaring var henholdsvis 47% og 60% som var unntatt. Trenden de siste årene har vist en viss nedgang, særlig blant de nyutdannede som hadde gått ned fra 27% i 2008.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Se AFI r2014:2 side 19.

<sup>60</sup> Tekna er en fagforening for arbeidstakere med master/hovedfag innen naturvitenskap og teknologi

<sup>61</sup> Disse tallene er innhentet fra Tekna, men er ikke offentlig tilgjengelige. De er tatt med for å illustrere at utbredelsen i enkelte sektorer er betydelig høyere enn det som fremkommer fra Sentio og AFI.

#### **4. Vurderingskriteriene for å unnta arbeidstakere fra arbeidstidsreglene**

Hvilke arbeidstakere som er omfattet av unntakene for «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling» vil avhenge av en konkret helhetlig vurdering av den enkelte stillings innhold. At hvert enkelt unntak må vurderes konkret og ikke utfra for eksempel en stillingsgruppe, legges til grunn og forutsettes i enhver befatning rettsapparatet og tilsynsmyndighetene har med spørsmålet.<sup>62</sup> En sammenstilling av denne praksisen tilsier også at ikke noe enkeltkriterium alene kan begrunne unntaket, men derimot summen av en rekke slike kriterier. I det følgende skal jeg se på hvilke momenter som er relevante, og eventuelt hvilken vekt de er tillagt. Mange av momentene vil være aktuelle for begge unntaksgrunnlag, slik at alle ikke blir behandlet like utførlig under hvert punkt.

##### **4.1 Grensen mellom «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling»**

I praksis kan det ikke ses å ha noen betydning om en arbeidstaker blir unntatt på bakgrunn av å ha en «ledende stilling» eller på bakgrunn av å ha en «særlig uavhengig stilling». Resultatet og konsekvensene vil uansett gå ut på det samme. Det er heller ikke mulig å knytte ulike virkninger til bruken av de to begrepene. Formelt sett er det likevel to ulike juridiske grunnlag for unntakene, og grensen mellom «ledende stilling», jf. § 10-12 (1) og «særlig uavhengig stilling», jf. § 10-12 (2) må dermed trekkes. Det kan i den forbindelse være hensiktsmessig å tenke seg en form for hierarkisk oppbygning basert på graden av myndighet, selvstendighet og ansvar. Dette er neppe helt presist, men kan likevel fungere til illustrasjon. Øverst i dette hierarkiet er grensen mellom selvstendige tjenesteytere og arbeidstakere i «ledende stilling». Førstnevnte befinner seg altså utenfor hierarkiet i denne sammenheng, mens sistnevnte danner den øvre yttergrensen. Den neste nivået er grensen mellom arbeidstakere med «ledende stilling» og de med en «særlig uavhengig stilling». Sistnevnte vil samtidig danne nedre yttergrense mot den alminnelige arbeidstaker.

---

<sup>62</sup> Fremkommer også i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 181 og uttales konkret i f.eks. Arbeidstilsynets brev til Oslo Universitetssykehus HF av 23.02.2011

Som det vil fremkomme i punktene nedenfor er grensen mellom «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» relativt flytende. I tilfeller hvor en arbeidstaker ikke blir vurdert til å ha en «ledende stilling», kan det ofte bli snakk om en subsidiær drøftelse av om vedkommendes stilling likevel kan være «særlig uavhengig». Arbeidstilsynet kom i sin sak mot Nordmøre Energiverk<sup>63</sup> frem til at 17 av 18 vurderte stillinger var «ledende» eller «særlig uavhengige». Det er imidlertid ikke mulig å med sikkerhet utlede hvorvidt tilsynet mente at stillingene var «ledende» eller om de var «særlig uavhengige», noe som understreker den flytende overgangen.

#### 4.2 «Ledende stilling»

Mengden av praksis rundt unntaksbestemmelsene i § 10-12 (1) og (2) er som nevnt i punkt 1.6 ganske begrenset. Enda mer begrenset er den når det spesifikt gjelder «ledende stilling». I en dom<sup>64</sup> fra 2009, som trolig er den dommen som mest utførlig drøfter begrepet «ledende stilling», oppsummerer Eidsivating lagmannsrett rettssituasjonen når den uttaler at den ikke «finner ... at det foreligger avklarende rettspraksis for den nærmere rettslige vurdering av begrepet «ledende stilling».» Årsaken til at praksisen rundt «ledende stilling» er så begrenset kan blant annet være at gruppen som er ønsket omfattet av begrepet i seg selv er noe lettere å definere enn tilfellet er for «særlig uavhengig stilling». Forarbeidene gir også i noe større grad konkrete holdepunkter, slik at de mest tvilsomme tilfellene kanskje dermed har knyttet seg til «særlig uavhengig stilling».

##### 4.2.1 Forholdet til rettstilstanden etter arbeidsmiljøloven (1977)

Ordlyden i unntaket ble som tidligere nevnt endret fra «arbeid av ledende art» til «arbeidstaker i ledende stilling» ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven (2005). Det fremgår klart av Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 322 at dette ikke er ment å innebære en

---

<sup>63</sup> Arbeidstilsynet referanse: 97/03392

<sup>64</sup> LE-2009-100120. Lovdata-referanse brukes på de sentrale dommene for en enhetlig fremstilling grunnet varierende tilgjengelighet

realitetsendring i hvem som omfattes av unntaket. Arbeidsmiljøloven (1977) presiserte at «Unntaket gjelder ikke arbeidsledere og andre i liknende stillinger som i arbeidstiden følger dem de er satt til å lede.»<sup>65</sup> Denne anvisningen ble ikke videreført i 2005-loven. Sett i lys av departementets uttalelse om at unntaket skal ha samme utstrekning som tidligere, er trolig ikke denne utelatelsen heller ment å få realitetsendringer.<sup>66</sup> I enkelte av sakene som har vært oppe til domstolsbehandling har det aktuelle arbeidsforholdet bestått både før og etter ikrafttredelsesdatoen 01.01.2006. Eidsivating Lagmannsrett slår i LE-2009-100120 fast at begge lover da har aktualitet. Eventuelle forskjeller i rettstilstanden etter de ulike lovene blir ikke problematisert av domstolene. Dette trekker også klart i retning av en uendret rettstilstand.

#### 4.2.2 Definisjon – utgangspunktet i forarbeidene

Unntaket «tar ... sikte på arbeidstakere som innehar klare lederfunksjoner», jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 59. Dette eksemplifiseres gjennom «disponenter, avdelingssjefer, kontorsjefer, overingeniører og andre som har et større ansvar eller som i særlig grad kan treffe selvstendige avgjørelser, og som selv må vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats». Begrepet blir forsøkt klarlagt med utsagnet «Det avgjørende for om en arbeidstaker går inn under unntaket, må være den faktiske stilling og funksjon vedkommende har i virksomheten». Det må være på det rene, som det også blir lagt til grunn i juridisk teori<sup>67</sup>, at «virksomhetens øverste leder», jf. § 15-16, og «den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten», jf. § 1-8 (2) vil oppfylle kravet til arbeid av ledende art. Det er likeledes klart at unntaket er ment å omfatte en videre personkrets enn etter disse definisjonene.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Se nærmere i punkt 4.2.9.3.

<sup>66</sup> Jf. arbeidsrett.no §10-12 note 2 s. 572

<sup>67</sup> Se f.eks. Johansen og Stueland (red.) s. 386 og arbeidsrett.no §10-12 note 2 s. 572

<sup>68</sup> Se note 67, men også helt tilbake til Innstilling til lov om arbeidervern (1922) side 150.



#### 4.2.3 Stillingsbetegnelse

Arbeidstakerens tittel er en lett håndgripelig betegnelse på vedkommendes stilling. Den må dog i denne sammenheng kun ses som et uttrykk for arbeidsgiverens, eventuelt også arbeidstakerens, syn på forholdet. Som det fremgår i punktet over er det klart at det er det faktiske innhold i en stilling som er avgjørende, og at tittelen er av underordnet betydning. At tittelen er av underordnet betydning innebærer likevel ikke at den er helt uten betydning. Eidsivating Lagmannsrett viser i LE-2009-100120 til uttalelsene på side 59 i Ot.prp. nr. 41 (1975-1976), før den senere konstaterer at ««butikksjef» peker i retning av at stillingen er av ledende karakter.» Her brukes tittelen som et moment i vurderingen, men blir langt ifra tillagt noen avgjørende vekt. Denne vurderingen må gå begge veier i betydningen at en ansatt uten lederbetegnelse i stillingstittelen likevel kan ha «ledende stilling», på samme måte som en ansatt med en slik stillingsbetegnelse likevel rent faktisk ikke innehar en slik stilling.<sup>69</sup>

#### 4.2.4 Stillingsbeskrivelse og andre arbeidsinstrukser

En stillingsbeskrivelse kan forholdsvis detaljert angi hva arbeidstakerens ansvarsområder og arbeidsoppgaver skal være. Den kan også referere videre til en personalhåndbok eller andre instrukser. Retten foretar i LE-2009-100120 tre vurderinger knyttet til stillingsbeskrivelsen, og uttaler at det er «naturlig å ta utgangspunkt i de dokumenter som nærmere regulerer stillingens innhold, selv om det vil være det reelle innhold i stillingen som må være avgjørende.» For det første drøftes hvorvidt disse dokumentene i seg selv gir angivelse på en «ledende stilling». Deretter drøftes om summen av disse styringsdokumentene utgjør en så stor grad av regulering at «restkompetansen» for butikksjefen er så liten at det tilsier at stillingen ikke er «ledende». Til slutt drøftes det hvorvidt stillingens reelle innhold og funksjon har avveket fra stillingsbeskrivelsen og instruksene.

En kan stille spørsmålsteget ved nødvendigheten av å foreta de to første vurderingene når det først er den tredje som knytter seg til det faktiske innholdet i stillingen. Rettens

---

<sup>69</sup> Jf. LB-2007-101453 side 3

fremgangsmåte kan snarere heller tas til inntekt for at stillingsbeskrivelsen ikke er uten betydning, selv om det reelle innholdet er det avgjørende. Dette kan åpne for at hva arbeidsgiveren har ment skal gjelde, muligens kan tillegges en viss vekt i saker hvor den faktiske utførelsen av en stilling har blitt annerledes enn hva arbeidsgiver har forutsatt. Spørsmålet kan dermed reises om hva konsekvensen skal være dersom det er et avvik fra stillingsbeskrivelsen som gjør at stillingen faller utenfor grunnlaget for unntaket. Hvilken betydning vil det i så fall ha om avviket skyldes at stillingen er dårlig kartlagt fra arbeidsgivers side, eller om en bevisst handling fra arbeidstakeren ligger bak? Det er ingen holdepunkter i verken forarbeider eller praksis for løsning av disse spørsmålene. Det kan dermed ikke ses noe grunnlag for å fastslå rettstilstanden. Skulle en løsning likevel antydes ville det kanskje være mest naturlig å tillegge forarbeidenes uttalelser om at det er stillingens reelle innhold som er avgjørende<sup>70</sup> mest vekt, på tross av at domstolen i denne konkrete saken delvis ser bort i fra dette.

#### 4.2.5 Lønn

I forarbeidene<sup>71</sup> til arbeidsmiljøloven (2005) uttaler departementet at «de arbeidstakere som i dag er unntatt arbeidstidsreguleringen, ofte har et lønnsnivå som forutsetter en viss arbeidsinnsats utover vanlig arbeidstid uten at overtidsarbeids reguleres særskilt». Dette bekreftes til en viss grad av Arbeidsforskningsinstituttets rapport<sup>72</sup>, men gjelder altså langt fra alle. Arbeidstilsynet uttaler i brev til NITO<sup>73</sup> av 30.03.2007 at «På samme måte som stillingens tittel har lønnens størrelse ikke vært av avgjørende betydning i vurderingen av om en stilling er av ledende art. Men ... dette [har] vært ett av flere momenter som har blitt vurdert.» I saken mot Ernst & Young<sup>74</sup> har ikke tilsynet funnet noen signifikant forskjell mellom lønnsnivået til de vurderte arbeidstakerne og de øvrige ansatte, slik at «Heller ikke lønnsnivået taler for at de har ledende stilling.» I LE-2009-100120 uttaler derimot retten at «As samlede lønnsbetingelser er også et argument for at han hadde en ledende stilling», og at lønnen hans lå «på et høyere nivå enn de øvrige

---

<sup>70</sup> Jf. punkt 4.2.2

<sup>71</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 181

<sup>72</sup> AFI r2014:2

<sup>73</sup> Norges Ingeniør- og Teknologorganisasjon

<sup>74</sup> Arbeidstilsynets referanse: 2008/34523, heretter bare benevnt som Ernst & Young

ansatte». I begge disse tilfellene trekker lønnsnivået i samme retning som konklusjonen for øvrig. Et eksempel på det motsatte er Arbeidstilsynets sak mot Nordmøre Energiverk<sup>75</sup> hvor totalt 18 ansatte blir vurdert. I vurderingen av «5 stillinger i lederteamet» blir ikke lønnsnivået tillagt vekt. På tross av at timelønnen grunnet stor arbeidsmengde kan bli «forholdsvis lav», legges det heller «avgjørende vekt på arbeidstakernes formelle kompetanse til å fordele arbeidet».

Samlet sett er det klart at lønnsnivået ikke er noe unntaksgrunnlag alene, men at det som regel vil være et moment i den totale vurderingen.

#### 4.2.6 Personalansvar

Arbeidstilsynet har «lagt til grunn at «arbeid av ledende art» som oftest vil innebære personalansvar og myndighet til å pålegge andre å utføre bestemte arbeidsoppgaver»<sup>76</sup>. Personalansvar er en samlebetegnelse for en rekke karakteristiske trekk ved arbeid av ledende art. Det kan blant annet innebære ansvar for ansettelse og oppsigelser, fastsettelse av lønnsbetingelser, opplæring - og oppfølgingsansvar, samt fastleggelse av timelister, ferielister og avspaseringer. Som påpekt av Arbeidstilsynet innebærer det også normalt å kunne fordele arbeidsoppgaver til de man er satt til å lede.

«Personalansvar» som vurderingskriterium bør dermed i denne sammenhengen forstås som summen av slike underliggende momenter. Det er ikke grunnlag for å hevde at noen av disse momentene alene er forutsetninger for å ha en «ledende stilling». Ser en hen til termen «klare lederfunksjoner»<sup>77</sup> kan det likevel synes vanskelig forenelig å ha en «ledende stilling» uten å ha et innslag av personalansvar. Praksis underbygger et slikt utgangspunkt. I LB-2007-101453 var A ansatt som utviklingsleder. Retten uttaler: «Han skulle ha personalansvar i avdelingen, herunder bistå ved rekruttering og gi råd om kompetanseutvikling.» Nedenfor uttales det etter å ha vurdert As stilling konkret: «A hadde ikke personalansvar.» Dette er tillagt vesentlig vekt når retten konkluderer med at A ikke har en «ledende stilling». I LE-2009-100120 er derimot situasjonen motsatt. Retten finner at butikksjefen hadde stor grad av personalansvar, og bruker dette som

---

<sup>75</sup> Arbeidstilsynets referanse: 97/03392

<sup>76</sup> Jf. Brev av 30.mars 2007 til NITO

<sup>77</sup> Jf. punkt 4.2.2

argument når den konkluderer med at As stilling var «ledende». At personalansvar i seg selv ikke er tilstrekkelig ser man i Direktoratet for Arbeidstilsynets sak mot Ernst & Young. Direktoratet konkluderer med at fire managere/senior managere ikke har «ledende stilling» fordi de «ikke har klare lederfunksjoner, men at de innehar faglige lederoppgaver og noe personalansvar».

Ingen av de ovennevnte sakene setter spørsmålet om krav til antall underordnede på spissen. Butikksjefen i LE-2009-100120 hadde 7-9 ansatte, og dette ble da nødvendigvis ansett tilstrekkelig. Programmereren som var ansatt som utviklingsleder i LB-2007-101453 utgjorde sammen med bare to andre avdelingen han skulle lede. Retten bruker ikke dette som et argument for at stillingen ikke var «ledende». På bakgrunn av foreliggende praksis er det dermed så langt ikke noe som tyder på at det stilles noe minstekrav til antallet underordnede en arbeidstaker må ha for å ha en «ledende stilling».

#### 4.2.7 Lederfunksjoner, beslutningsmyndighet og ansvar

En naturlig språklig forståelse av «ledende stilling» eller «arbeid av ledende art» tilsier at vedkommende ansatt er tillagt i det minste en viss beslutningskompetanse. Samtidig må det være klart at det ikke kan kreves at arbeidstakeren har *alt* ansvar og myndighet i virksomheten vedkommende leder, for at stillingen skal være «ledende» i arbeidsmiljølovens forstand.<sup>78</sup> Det er klart at «lederfunksjoner» og «beslutningsmyndighet» kan innebefatte elementer både fra det ovenstående «personalansvar» og det nedenstående «arbeidstid». Dette punktet tar sikte på momenter som ikke omfattes av disse. Momentene i denne sammenheng vil blant annet være budsjettansvar, investeringsbeslutninger, fullmakt til å inngå avtaler på vegne av virksomheten, og i det hele tatt muligheten til å foreta selvstendige valg uten å bli overprøvd. Det ligger i dagen at enhver i ytterste konsekvens kan bli overprøvd om man er ansatt i en hierarkisk oppbygd virksomhet, men det er like fullt alminnelig praksis at myndigheten for ulike ansvarsområder er delegert videre fra den øverste ledelsen.

---

<sup>78</sup> Jf. LE-2009-100120

At arbeidstakeren har lederfunksjoner må innebære at arbeidet vedkommende utfører må være forskjellig fra arbeidet de underordnede arbeidstakerne utfører. Dette trekkes indirekte frem i både LB-2007-101453: «Han og de to andre på avdelingen utførte utviklingsarbeidet på lik linje.» og LH-2007-191174: «Men det aller meste av tiden på flyplassene anvendte Knutsen til fysisk arbeid på lik linje med montørene». Dette medfører likevel ikke at alt arbeidet må skille seg fra de underordnedes, men at i alle fall deler av det må være av administrativ art. Dette kommer jeg også nærmere tilbake til i punkt 4.2.9 nedenfor.

Som tidligere nevnt er det dommen LE-2009-100120 som mest inngående drøfter begrepet «ledende stilling». Dommen gir en del anvisninger på hva retten mener er vesentlig for vurderingen. Enkelte av anvisningene er av nokså generell karakter, noe som øker rettskildeverdien utover den konkrete saken. Retten peker på at stillingsinstruksen gir butikksjefen «totalansvaret for butikkens drift» og at hovedoppgavene er å «lede, kontrollere og ha ansvaret for butikkens daglige drift». Retten la ikke vekt på at A var underlagt et forholdsvis detaljert regelsett, men fremhevet at han innenfor disse rammene sto fritt til å organisere driften. Retten vektla videre at butikken var en selvstendig enhet, geografisk som økonomisk, og at A var den eneste med direkte instruksjonsmyndighet overfor de øvrige ansatte i butikken. Selv om A ikke var den som fastsatte budsjettet, mente rettens flertall at det var tilstrekkelig at han kunne komme med «forslag og innspill til flere av postene i budsjettprosessen, og han kunne komme med forslag om investeringer». Det sentrale var at A hadde ansvar for å holde budsjettet og hadde resultatansvar, siden A ikke drev butikken for egen regning og risiko. Mot rettens uttalelse på dette punkt kan det innvendes at det vel er et fåtall, om i det hele tatt noen, arbeidstakere som driver for egen regning og risiko. Videre hadde A ansvaret for innkjøp, og kunne bestemme butikkens vareutvalg innenfor de gitte rammer. Dette sammen med As personalansvar mente retten tilfredsstilte vilkåret om å kunne treffe selvstendige avgjørelser, jf. punkt 4.2.2. Rettens mindretall mente at dette vilkåret ikke var oppfylt, og også flertallet ga uttrykk for at dette nok var et grensetilfelle. Det avgjørende ble dermed As kontroll over egen arbeidstid.

#### 4.2.8 Delegeringskompetanse

Muligheten til å vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats trekkes frem i definisjonen i punkt 4.2.2. Det er da avgjørende hvorvidt arbeidstakeren har en reell mulighet til å delegerer oppgaver videre. Dette tillegges klart vekt både i LB-2007-101453 hvor retten fant at programmereren ikke hadde noen reell delegeringsmulighet, og i LE-2009-100120 hvor butikksjefen derimot i stor grad hadde mulighet til å delegerer. Butikksjefen hadde blant annet valgt å selv ta de fleste av erstatningsvaktene ved sykdom, fremfor å sette inn vikar. I saken vedrørende de fire managerne/senior managerne i Ernst & Young hadde disse både delegeringsadgang og instruksjonsmyndighet. De brukte mellom 25-30% av tiden til administrativt arbeid, men personalansvar ble utøvet i samarbeid med HR-avdelingen. Når Direktoratet for Arbeidstilsynet kom til at disse ikke hadde en «ledende stilling», og for den saks skyld heller ikke en «særlig uavhengig stilling», skyldtes det trolig manglende reell påvirkning på arbeidstiden og prosjektene.

#### 4.2.9 Arbeidstid

##### 4.2.9.1 *Kontroll av arbeidstid*

I så vel praksis som forarbeider blir kontroll på arbeidstiden trukket frem som et sentralt moment. Dette kan ha to betydninger. Det peker for det første på tilfeller hvor arbeidstakeren selv avgjør når og hvor mye vedkommende skal jobbe. For det andre peker det også på hvorvidt det blir ført kontroll med når arbeidstakeren kommer og går. I Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 59 fremkommer det at «I grensetilfellene vil det være naturlig å legge avgjørende vekt på om vedkommende selv kontrollerer sin arbeidstid.» Dette knytter seg til det førstnevnte, og må bety at å kontrollere egen arbeidstid er et ekstra viktig moment, og ikke at det først blir et moment i grensetilfeller. Til det sistnevnte knytter forarbeidene følgende kommentar: «En arbeidstaker som er underlagt fast kontroll med hensyn til arbeidstida, vil det således neppe være naturlig å unnta fra arbeidstidsbestemmelsene, selv om han har visse lederfunksjoner.» Etter dette



utsagnet ville eksempelvis et stemplingsur gjøre drøftelser rundt andre vurderingsmomenter nærmest betydningsløse. Dette er likevel i overkant kategorisk, og mildere former for kontroll kan neppe helt utelukkes.<sup>79</sup>

Når det gjelder å kunne bestemme egen arbeidstid uttales det på side 135 i NOU 1992: 20 at det i lys av nye arbeidsmetoder og teknologiske hjelpemidler ikke er «naturlig å legge samme vekt på dette momentet i forarbeidene lenger». Dette utsagnet kan i høyden knytte seg til plasseringen av arbeidstiden, og ikke til mengden. Utsagnet kan sies å ha blitt fulgt opp i Ot.prp. nr.49 (2004-2005)<sup>80</sup> hvor det uttales at det ikke i seg selv er tilstrekkelig å kunne kontrollere egen arbeidstid for å bli unntatt. Dette kan samlet sett ses som en viss innskjerpelse av tilstanden etter arbeidsmiljøloven (1977), og i alle fall en svekkelse av dette konkrete momentet. Like fullt ble det som nevnt lagt avgjørende vekt på at butikksjefen i LE-2009-100120 ikke hadde noen avtalt arbeidstid og kunne kontrollere denne selv. I LB-2007-101453 og LH-2007-191174 mente retten at de aktuelle arbeidstakerne ikke kunne kontrollere egen arbeidstid, henholdsvis fordi programmererens tid i hovedsak var styrt av fremdriften i prosjektet, og fordi ingeniøren hadde en nærmest fast arbeidstidsordning. Det kan likevel, i disse tilfellene, ikke ses å ha vært det utslagsgivende for at retten kom til at de ikke hadde «*ledende stilling*». I LH-2007-191174 drøftet retten sågar arbeidstidsordningen bare i tilknytning til «særlig uavhengig stilling», etter først å ha slått fast at ingeniøren ikke hadde «*ledende stilling*». Det redegjøres imidlertid ikke for dette valget, slik at den rettskildemessige betydningen dermed blir begrenset.

Arbeidstidsordninger og kontroll over egen arbeidstid må være et høyst relevant vurderingsmoment etter både § 10-12 (1) og (2). Uttalelsene på side 59 i Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) knytter seg til både «*ledende*» og «særlig uavhengig» (selvstendig) stilling, og det kan heller ikke ses noe annet grunnlag for å anta at vurderingen etter dette kriteriet skal være strengere eller mildere for den ene eller andre stillingstypen.

---

<sup>79</sup> Se nærmere om dette i punkt 6.3

<sup>80</sup> Side 181

#### 4.2.9.2 *Arbeidstidens innhold*

Som påpekt i punkt 4.2.7 må arbeidstaker i «ledende stilling» ha arbeidsoppgaver av administrativ eller ledende art. Det kan ikke ses at det finnes noe krav til at *alt* arbeidet vedkommende utfører må være av slik karakter. I følge juridisk teori er det uproblematisk om en avdelingsleder også deltar i det vanlige arbeidet, så lenge *hovedoppgaven* er av administrativ eller ledende art.<sup>81</sup> Dette synspunktet synes å avvike noe fra praksis på området. Ingeniøren i LH-2007-191174 brukte 30% av tiden på rutinepreget administrativt arbeid. Det ser heller ut til å være mangelen på selvstendighet, fullmakter og kontroll over arbeidstiden som er utslagsgivende for resultatet i saken, fremfor en relativt lav andel administrativt arbeid. I LE-2009-100120 hevdet butikksjefen at han brukte ca. 80% av tiden til ordinære oppgaver. Retten var riktignok av den oppfatning at dette talte mot at han hadde «ledende stilling», men vektla andre faktorer tyngre. Retten grunnga dette med at han ellers hadde «klare lederoppgaver», og, kanskje viktigere, at han hadde en «fri stilling til å organisere arbeidet» og selv hadde valgt å organisere det på den måten.

#### 4.2.9.3 *Arbeidsledere som følger sine underordnede i arbeidstiden*

Arbeidsmiljøloven (2005) videreførte som nevnt ikke presiseringen i arbeidsmiljøloven (1977) om at arbeidsledere som fulgte sine underordnede i arbeidstiden ikke skulle være unntatt arbeidstidsbestemmelsene. Rettstilstanden var likevel ment videreført uendret, jf. punkt 4.2.1. Spørsmål kan stilles om det ikke åpnes for en noe friere tolkning gitt at retten trolig lettere kan tolke bort en uttalelse om at rettstilstanden er ment videreført, enn en eksplisitt lovtekst.

På side 59 i Ot.prp. nr. 41 (1975-76) er det en klarleggende uttalelse som lagmannsretten i LE-2009-100120 siterer. Det fremkommer her at bestemmelsen «tar sikte på å presisere at arbeidsleder som har sin arbeidstid innrettet etter sine underordnede, ikke skal være unntatt arbeidstidskapittelet. Om vedkommende selv deltar i det arbeidet han er satt til å lede, er i så måte av underordnet betydning.» Retten

---

<sup>81</sup> Jf. arbeidsrett.no §10-12 note 2 s. 572

gjør seg så skyldig i en sitatfeil når den fortsetter: «Det avgjørende må være om han [må] oppholde[r] seg på samme arbeidsplass.» Det er vesensforskjellig om arbeidslederen oppholder seg på samme arbeidsplass eller om han *må* oppholde seg der. En arbeidsleder hvis arbeidstid styres av sine underordnede kan vanskelig sies å kontrollere egen arbeidstid, mens en som velger å følge sine underordnede, eller for den saks skyld avgjør arbeidstiden til de underordnede, godt kan sies å gjøre det.

En ansatt kan eksempelvis gis et oppdrag uten spesielle føringer hvor vedkommende fritt kan styre bruken av både egen og underordnede tid. Dersom arbeidet arbeidstakeren utfører også har klart preg av administrativ eller kontrollerende art, taler gode grunner for at arbeidslederen kan være unntatt arbeidstidskapittelet, selv om vedkommende rent faktisk følger sine underordnede i arbeidstiden. Dette må også være forenelig med de nevnte uttalelsene i forarbeidene. Ytterligere et moment som taler i denne retningen er det at det i statens hovedtariffavtale er en klar forutsetning om at arbeidstakere kan være i «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling selv om de følger sine underordnede i arbeidstiden.<sup>82</sup> Det er dog åpenbart at graden av pålagte føringer vil spille en avgjørende rolle.

#### 4.2.10 Særlig om prosjektarbeid

Ny teknologi og nye arbeidsmetoder har ført til økt tilgjengelighet dagen igjennom, og en mer flytende overgang mellom arbeid og fritid. Utviklingen i de senere år har dermed gått i retning av at flere i større grad kan styre sin egen arbeidstid, og til en viss grad også behovet for egen arbeidsinnsats. Dette gjelder ikke minst for arbeidstakere som jobber prosjektorganisert. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven uttales det spesifikt at prosjektarbeidere som utgangspunkt ikke er unntatt arbeidstidsbestemmelsene: Innst. O. nr.18 (2005-2006) pkt. 6.5.2: «Det å jobbe i prosjekt er ikke tilstrekkelig.» Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 181: «Prosjektmedarbeidere er i utgangspunktet ikke omfattet.» Det rådende synet later til å være at selv om disse arbeidstakerne på noen områder kan ha stor grad av selvbestemmelse, så vil de i realiteten som oftest styres av sine omgivelser, og i særdeleshet prosjektets fremdrift.<sup>83</sup> De bransjer hvor bruken av prosjektarbeid er

---

<sup>82</sup> Se Hovedtariffavtalen i staten 1.mai 2012-30.april 2014 §§ 13.4.a), 15.7 og 16.3.

<sup>83</sup> NOU 1992: 20 side 152

mest utbredt, for eksempel ingeniør- eller revisorbransjen, preges gjerne av stramme tidsfrister og ytre krav. Prosjektarbeid er derfor ikke i seg selv grunnlag for å bli unntatt arbeidstidsbestemmelsene.

I dagens arbeidsliv er arbeidstakere med stillingsbetegnelsene «prosjektleder» eller lignende forholdsvis utbredt. Disse er som utgangspunkt overordnet prosjektmedarbeidere, og har ofte et visst personalansvar og beslutningskompetanse innad i prosjektet. Prosjektarbeid som organisasjonsform kjennetegnes ofte av en noe flatere ledelsesstruktur enn en tradisjonelt hierarkisk oppbygd ordning. Dette kan medføre at prosjektledere i realiteten ikke har noen mulighet til å delegere arbeidsoppgaver til andre.<sup>84</sup> I LB-2007-101453 konkluderte retten med at A, som utviklingsleder, jobbet på lik linje med de andre i gruppen og ikke hadde noen reell mulighet til å påvirke milepælene som ble satt for måloppnåelse. I LH-2007-191174 tok retten utgangspunkt i hvilken reell beslutningsmyndighet A hadde som prosjektleder. Rettens flertall mente at As arbeid ble styrt av prosjektets fremdrift, og at han hadde liten innflytelse på dette. I Direktoratet for Arbeidstilsynets sak mot Ernst & Young var også de aktuelle arbeidstakerne prosjektledere. Heller ingen av disse ble funnet å ha verken «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling. Direktoratet mente at det var det betydelige innslaget av føringer og frister som reelt sett avgjorde hvordan arbeidsoppgavene skulle utføres. Prosjektlederne manglet derfor den selvstendigheten som må ligge til grunn både for at stillingene kunne være «ledende» og «særlig uavhengige».

Basert på ovennevnte uttalelser i forarbeid og praksis kan det samlet sett synes som prosjektorganisering etter sin natur, i mindre grad enn andre organiseringsformer, åpner for bruk av unntaksbestemmelsene. I alle tilfeller må det også her foretas en konkret helhetsvurdering av stillingenes faktiske innhold.

#### 4.2.11 Oppsummerende merknader

Etter gjennomgangen over er det klare utgangspunkt at det er en stillings faktiske innhold som skal legges til grunn for om en stilling er «ledende». Fra dette

---

<sup>84</sup> Jf. Brucker s. 31.

utgangspunktet åpnes det likevel for å legge en viss vekt på stillingsbeskrivelse og tittel. Lønn ser ut til å ha betydning, men anvendes i høyden som et støttemoment. Derimot kreves det at i alle fall deler av arbeidets innhold må være av ledende karakter. Her vil blant annet graden av personalansvar og beslutningsmyndighet virke inn. Det synes også klart at arbeidstakeren i relativt stor grad må kunne styre egen arbeidstid, men det nøyaktige nivået er det ikke grunnlag for å si noe sikkert om.<sup>85</sup>

### **4.3 «Særlig uavhengig stilling»**

Vurderingene knyttet til «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» vil i forholdsvis stor grad overlappe. Jeg vil her fokusere mest på momenter som er særegne for «særlig uavhengig stilling», men likevel slik at relevante momenter i alle fall nevnes. Det er også slik at selv om momentet betegnes likt, så kan innholdet og vekten av det likevel være forskjellig fra hva tilfellet er for «ledende stilling». Blant de viktigste dommene tar både LH-2007-191174 og LB-2007-101453 stilling til begge unntaksgrunnlagene, enten subsidiært eller samlet, og det samme er tilfellet i saken mot Ernst & Young. I LG-2012-144598 er det kun «særlig uavhengig stilling» som vurderes.

#### **4.3.1 Forholdet til rettstilstanden etter arbeidsmiljøloven (1977)**

Ordlyden ble, som tidligere påpekt, endret fra «særlig selvstendig» til «særlig uavhengig» i arbeidsmiljøloven (2005). Ved vedtakelsen av loven 17. juni 2005 var arbeidstakere med «særlig uavhengig stilling» som utgangspunkt omfattet av arbeidstidsbestemmelsene, men med mulighet for å avtale unntak på individuelt plan. Denne løsning gikk man bort fra<sup>86</sup> før ikrafttredelse, men den nye formuleringen ble beholdt. Dermed ble rettstilstanden etter loven fra 1977 i praksis søkt videreført. Etter Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 13.12.2 er utgangspunktet at det ikke er «ment å ligge noe vesentlig annet i begrepet uavhengig enn i det som opprinnelig var ment å ligge i selvstendig», og at den omfattede gruppen skal være den samme. I Innst. O. nr. 100

---

<sup>85</sup> Se nærmere punkt 6.3

<sup>86</sup> Ved lov nr. 121/2005

(2004-2005) vises det til brev fra departementet fra 5.mai 2005 hvor det opplyses at «forslag til ny §10-12 (2) ikke innebærer en innstramming i forhold til gjeldende lov, men er ment å gjøre det tydelig at dagens praksis ikke er i samsvar med intensjonene i loven og derfor må strammes inn.» Et ønske om å stramme inn bruken av unntaket har for øvrig fremkommet flere ganger tidligere i forarbeidene når arbeidervernlovene skal revideres, jf. punkt 3.2. Det grunngis ikke videre i forarbeidene hvorfor eller hvordan den endrede ordlyden skal kunne føre med seg den ønskede virkningen. Bruken av «vesentlig» kan også sies å åpne for mindre, ikke vesentlige endringer. Et ønske om uendret rettstilstand er uansett ikke det samme som at rettstilstanden faktisk er den samme. Det er dog etter en normal språklig forståelse vanskelig å knytte noen konkrete forskjeller i juridisk forstand til de ulike ordvalgene. Uten å spekulere for mye i lovgivers intensjoner, kan det synes som om man valgte et nytt, nærmest likelydende ord, bare som et signal om at man ønsket en ny og strengere praktisering av unntaket.

Både domstolene<sup>87</sup>, Arbeidstilsynet<sup>88</sup> og juridisk teori<sup>89</sup> tar det tilsynelatende for gitt at rettstilstanden faktisk er uendret, og bidrar i så måte med noe som må kunne betegnes som selvpoppfyllende uttalelser. Spørsmålet problematiseres i alle tilfeller ikke nærmere, og det kan dermed heller ikke ses noe grunnlag for å hevde at rettstilstanden reelt sett er endret.

#### 4.3.2 Definisjon – utgangspunktet i forarbeidene

Departementet uttaler om § 10-12 (2) på side 181 i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005): «Bestemmelsen er ment å omfatte arbeidstakere som ikke innehar lederfunksjoner, men som likevel har overordnede og ansvarsfulle stillinger.» En slik stilling må, ifølge departementet, innebære «en tydelig og åpenbar «selvstendighet» eller «uavhengighet» i hvordan og til hvilken tid arbeidsoppgaver organiseres og gjennomføres.»

---

<sup>87</sup> F.eks. LB-2007-101453

<sup>88</sup> F.eks. Saken mot Ernst & Young

<sup>89</sup> F.eks. Fougner mfl. s. 440



#### 4.3.3 «Særlig uavhengig stilling» som rettslig standard

På tross av noe ulike formuleringer kan det synes som om gruppen som ønskes omfattet av unntaket har vært den samme helt siden arbeidervernloven (1936), jf. punkt 3.2. Arbeidslivet har åpenbart endret seg drastisk siden den gang, og kjennetegnet på en rettslig standard er som kjent at den endrer innhold i takt med utviklingen i samfunnet. Der man i Ot.prp. nr. 31 (1935) bruker «privatsekretær» som eksempel, bruker man i Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) en «ansatt advokat i et forsikringsselskap». Begge disse eksemplene fremstår i dag i varierende grad som utdaterte. Ettersom det ble vanligere med fleksitid og lignende ordninger, stiltes det strengere krav til kontroll av egen arbeidstid for at stillingen kunne kategoriseres som «særlig uavhengig», jf. NOU 1992: 20 side 152. Når det i dag, særlig i kunnskapsintensive bedrifter, er forholdsvis utbredt med hjemmekontor, innebærer ikke det at 80% av virksomhetens ansatte har en «særlig uavhengig stilling», men at innholdet i vurderingsmomentene er endret. «Særlig uavhengig stilling» er, i vesentlig større grad enn «ledende stilling», avhengig av en dynamisk forståelse som relativt raskt kan ta opp i seg nye arbeidsmetoder, for slik å kunne fortsette å virke etter hensikten i et arbeidsliv i stadig utvikling.

#### 4.3.4 Stillingstittel og stillingsbeskrivelse

I likhet med vurderingen rundt «ledende stilling», er det klart at det er stillingens faktiske innhold som er det avgjørende også for «særlig uavhengig stilling».<sup>90</sup> Mens «driftsleder» eller «personalsjef» er vanlige stillingsbetegnelser, er «særlig uavhengig rådgiver» eller lignende derimot ikke spesielt utbredt. Det er derfor ikke vanlig at stillingstittelen peker i retning av unntakskriteriet slik som tilfellet ofte er for «ledende stilling». I den grad stillingstittel tillegges vekt overhodet, må dette elementet være så godt som fraværende for «særlig uavhengig stilling». Gitt den ofte flytende overgangen mellom de to betegnelse i praksis, er det likevel klart at en arbeidstaker med «leder» i stillingsbetegnelsen kan ha en «særlig uavhengig stilling» og ikke en «ledende». Dette

---

<sup>90</sup> Jf. blant annet LB-2007-101453 side 3 og LG-2012-144598 side 8

må i tilfelle snarere skyldes en feilaktig betegnelse av stillingen fremfor at tittelen skal gis vekt ved avgjørelsen.

Når det gjelder øvrige momenter i denne kategorien kan det ikke ses noe som i særegenhet knytter seg til «særlig uavhengig stilling». Behandlingen under punktene 4.2.3 og 4.2.4 er dermed dekkende.

#### 4.3.5 Lønn

Uttalelsene i forarbeidene og fra Arbeidstilsynet som er gjengitt i punkt 4.2.5 knytter seg til begge unntaksgrunnlag. LH-2007-191174 og LB-2007-101453 behandler som nevnt begge grunnlag enten subsidiært eller samlet. I førstnevnte brukes avlønningen som et argument for at A ikke har «særlig uavhengig stilling», mens sistnevnte ikke spesifikt nevner lønn som et moment. Heller ikke i LG-2012-144598 er lønn tillagt vekt i noen retning, mens det i saken mot Ernst & Young som nevnt ble lagt en viss vekt på at lønnen til de aktuelle arbeidstakerne ikke skilte seg nevneverdig fra de øvrige ansattes. Oslo tingrett tangerer spørsmålet i TOSLO-2005-169978, men går ikke lenger enn til å fastslå at det at det er avtalt fastlønn ikke i seg selv kan avskjære krav på overtidsbetaling.

På bakgrunn av forarbeider og praksis er det lite som tyder på at lønn som vurderingsmoment har annet innhold eller vekt ved vurderinger av «særlig uavhengig stilling» enn det har ved «ledende stilling». Det finnes ingen eksempler på at lønn er brukt som argument *for* å unnta arbeidstakeren, men i sakene hvor lønnsnivå tas opp, ordlegger retten seg på en måte som må sies å antyde en slik mulighet.

Brucker<sup>91</sup> mener at lønn først kommer inn som et moment i grensetilfeller. Etter mitt skjønn er det vanskelig å se grunnlaget for et slikt standpunkt. Rettskildene tyder derimot på at lønnsnivået vil være et relevant, men ikke avgjørende moment i de fleste tilfeller.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> Jf. Brucker s. 34

<sup>92</sup> Jf. punkt 4.2.5

#### 4.3.6 Personalansvar

Unntaket for «særlige uavhengig stilling» dreier seg nettopp om «arbeidstakere som ikke innehar lederfunksjoner».<sup>93</sup> Personalansvar vil derfor i utgangspunktet ikke være et relevant vurderingskriteriet for denne type stilling. På grunn av den ofte flytende overgangen til «ledende stilling» kan det likevel få betydning i praksis, og for slike tilfeller vises det til punkt 4.2.6.

#### 4.3.7 Beslutningsmyndighet, ansvar og delegeringskompetanse

Det fremgår direkte av ordlyden i § 10-12 (2) at det kun er «*særlig* uavhengige» stillinger som kan unntas arbeidstidsbestemmelsene. De aller fleste stillinger har et element av uavhengighet i seg, men bruken av «*særlig*» gir anvisning på en streng bedømmelse av hvorvidt stillingen er tilstrekkelig uavhengig. Departementet sluttet seg i forarbeidene<sup>94</sup> til høringsuttalelsen fra NHO: «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.» For å kunne oppnå dette er det en forutsetning at stillingen er tilført kompetanse til å ta selvstendige beslutninger.

Dette momentet trekkes klart frem i rettspraksis, og i LH-2007-191174 eksemplifiseres det ved følgende uttalelser: «Knutsen hadde i sin kontakt med Avinor liten selvstendig beslutningsmyndighet» og «Knutsen hadde liten selvstendighet også ellers ute på anleggene.» I motsatt retning trakk det at arbeidstakeren hadde en viss fullmakt til å fremme tilleggskrav utenfor anbudet på vegne av virksomheten, men generelt var han underlagt fortløpende kontroll med at «milepælene ble overholdt». I LB-2007-101453 fant som nevnt retten at den aktuelle programmereren overhodet ikke hadde innflytelse på utformingen av gjøremålene, og heller ikke hadde noen mulighet til å delegere. Også i saken mot Ernst & Young ble det påpekt at arbeidstakerne i realiteten måtte ta de oppdragene de ble tildelt. Den nyeste avgjørelsen på området er LG-2012-144598.

---

<sup>93</sup> Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 181

<sup>94</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 181

Arbeidsgiveren påanket dommen fra lagmannsretten, men anken ble nektet fremmet av Høyesteretts ankeutvalg<sup>95</sup>. I lagmannsrettens dom legges det vekt på at arbeidstakeren «måtte ta dei oppdrag han vart tildelt», og han «kunne ikke gje oppgåver til andre.» Arbeidstakeren hadde kompetanse til å stanse farefullt arbeid, men ikke til å stille nye krav i slike situasjoner. Retten uttaler så: «Dersom Kvamme hadde hatt kompetanse i desse situasjonene utover det å stanse arbeid, ville dette peikt i retning av eit «særlig uavhengig arbeid». Slik kompetanse hadde han ikkje.» Retten trekker også frem at «Kvamme ikkje på noko tidspunkt har hatt fullmakt til rettsleg eller økonomisk å disponera på vegner av Aibel.» Disse momentene blir utvilsomt tillagt betydelig vekt i avgjørelsen. Når det så konkluderes med at stillingen ikke er «særlig uavhengig» peker retten direkte tilbake til forarbeidene og uttaler at: «Kvammes stilling har ikkje vore sjølvstendig eller uavhengig på ein tydeleg og openberr i (sic) måte i forhold til (sic) korleis og til kva tid arbeidsoppgåvene skulle organiserast og gjennomførast».

#### 4.3.8 Kontroll over egen arbeidstid

Det konkluderes i punkt 4.2.9.1 med at kontroll over egen arbeidstid er et svært relevant vurderingsmoment også for «særlig uavhengig stilling». Det er imidlertid ulike krav når det gjelder innholdet i arbeidstiden. Der det ved «ledende stilling» stilles krav om et visst administrativt innhold, og hvis så om dette elementet er tilstrekkelig fremtredende, er det vanskelig å knytte noen spesifikke krav til arbeidstidens innhold i en «særlig uavhengig stilling». Det vil derfor være muligheten til å styre egen arbeidstid som i denne sammenheng er det sentrale. Direktoratet for arbeidstilsynet uttaler i brev til NITO 30. mars 2007 at de har lagt seg på en streng fortolkning av kravet til uavhengighet. Arbeidstakerne må etter deres syn «stå relativt fritt til selv å bestemme når de skal arbeide». Direktoratet legger også til grunn at måten arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling» organiserer arbeidstiden sin på vil ha klare likhetstrekk med selvstendige oppdragstakere.<sup>96</sup> Av rettspraksis som er ikke behandlet under punkt 4.2.9.1 nevnes LE-1991-232 hvor det ble lagt avgjørende vekt på at verneombudet «hadde stor frihet til selv å ordne sin arbeidstid». Retten kom i LG-2012-144598 til

---

<sup>95</sup> HR-2013-2443-U

<sup>96</sup> Se punkt 1.4.1

motsatt konklusjon og fant at oppgavene til arbeidstakeren var prosjektstyrt. Nokså kategorisk slås det så fast at oppgavene av den grunn også var tidsstyrt. Arbeidstakeren hadde dermed liten innvirkning på egen arbeidstid, noe som talte klart mot at han hadde en «særlig uavhengig stilling».

#### 4.3.9 Særskilt kompetanse

Som påpekt i punkt 3.4 kan det skapes et inntrykk av at det er kompetansen og ikke arbeidskraften som blir verdsatt når arbeidstakere gis visse stillingsbetegnelser. En ansatt med særskilt kompetanse kan gjerne få karakter av «nøkkelperson» i en virksomhet, både internt og overfor kunder og oppdragsgivere. Dette kan, i en kort begrunnelse, se ut til å ha blitt tillagt avgjørende vekt i LF-1996-122. I praksis kan arbeidstakere med kompetanse på spesielle faglige områder ofte ha en viss uavhengighet, fordi arbeidsgiver mangler den faglige kompetanse til å overprøve dem. En arbeidsgiver vil sjelden overprøve for eksempel en leges faglige vurderinger, men i en avgjørelse om en kommunelege uttaler Arbeidstilsynet: «Dette poenget kan ikke i seg selv være tilstrekkelig.»<sup>97</sup> I LG-2012-144598 var det uomtvistet at arbeidstakeren hadde «særlege kvalifikasjonar», men retten fant at disse kvalifikasjonene ikke var avgjørende for de oppgavene han rent faktisk utførte. Retten åpner dermed for at særlige kvalifikasjoner kan tillegges vekt dersom kvalifikasjonene er betingende for stillingsutførelse. At faglige kvalifikasjoner ikke i seg selv kan begrunne et unntak presiseres i NOU 2004: 5 punkt 23.10 merknader til § 10-14 a).

#### 4.3.10 Oppsummerende merknader

Det er klart at det er stillingens reelle innhold som er avgjørende for om den er «særlig uavhengig». Det synes å være en forutsetning at stillingen tilføres en viss beslutningskompetanse, da det sjelden følger naturlig av stillingsbetegnelsen. Lønn vil være et relevant, men ikke spesielt tungtveiende moment. Det kan ses en viss åpning for

---

<sup>97</sup> Arbeidstilsynet journalnummer: 98/3382

å unnta såkalte nøkkelpersoner, selv om det er klart at faglig dyktighet ikke i seg selv kan være tilstrekkelig. Sentralt står likevel muligheten til å kunne kontrollere egen arbeidsdag, men det konkrete innholdet i dette vil kunne endre seg i takt med at nye arbeidsmetoder utvikler seg<sup>98</sup>.

#### 4.4 Oppsummering

Analysen av de relevante avgjørelsene på området har gitt en viss innsikt i hvilke kriterier som ligger til grunn for bruk av unntaksbestemmelsene i § 10-12 (1) og (2). Det er likevel sider som forblir noe uavklarte, som jeg også kommer tilbake til i punktene 6 og 7. Det må også være klart at domstolene kan tilføre nye momenter i fremtidige behandlinger av spørsmålet.

Innledningsvis ble det stilt spørsmål om rettspraksis har tilført noen nye momenter til løsning av problemstillingen. Spørsmålet må i det store og hele besvares nektende. Retten gjør i sine domsgrunner utstrakt bruk av sitater fra forarbeider og uttalelser fra Direktoratet for arbeidstilsynet, og støtter seg i stor grad på disse. Poenget blir understreket av den totale mangelen på henvisninger til annen rettspraksis, noe som ville ha vært naturlig dersom denne hadde spilt en rolle i utviklingen av rettstilstanden. Rettspraksis kan likevel sies å ha hatt en viss rolle i klarlegging av de ulike momentenes vekt og innhold. Som det påpekes innledningsvis i punkt 4 kan ikke et enkeltmoment alene begrunne et unntak i positiv forstand. Derimot viser gjennomgangen at mye taler for at enkeltmomenter i negativ forstand kan utelukke bruk av unntaksbestemmelsene.

Det ligger i rettsområdets natur at faktum nødvendigvis ofte vil være svært spesifikt. Det vanskeliggjør det ytterligere å trekke generelle slutninger ut i fra de konkrete sakene. Mest interessant i så måte er kanskje rettens vilje<sup>99</sup> i LE-2009-100120 til å nedtone et ellers viktig moment, og delvis fravike det klare utgangspunktet om at det er stillingens reelle innhold som er avgjørende, fordi det i dette tilfelle var arbeidstakeren selv som hadde *valgt* den konkrete løsningen.

---

<sup>98</sup> Jf. punkt 4.3.3

<sup>99</sup> Jf. punkt 4.2.9.2



Det er generelt ikke grunnlag for å si noe sikkert om større eller mindre vekt for momenter som gjør seg gjeldende for begge unntaksgrunnlagene.

Verd å merke seg er det at samtlige saker som har vært behandlet i rettsapparatet omhandler avsluttede arbeidsforhold, hvor stridsspørsmålet kun er økonomiske krav.<sup>100</sup>

Et moment på siden av denne problemstillingen, men som likevel ikke kan ses bort i fra, er at arbeidsmiljøloven til syvende og sist er en vernelov for arbeidstakere. Dette må kunne tillegges vekt i grensetilfeller, og alle arbeidsforhold må uansett være vernemessige forsvarlige, jf. §§ 1-1 og 10-2 (1).

## 5. EU-retten og andre internasjonale rettskilder

Også på arbeidsrettens område har Norge forpliktet seg internasjonalt gjennom ulike avtaler. Norge har ratifisert ILO-konvensjon nr. 14 (1921) om ukentlig hviletid i industrien, ILO-konvensjon nr. 30 (1930) om regulering av arbeidstiden i handels- og kontorvirksomhet og ILO-konvensjon nr. 47 (1935) om 40-timersuke. Den reviderte europeiske sosialpakten av 3.mai 1996 nr. 2 ble ratifisert av Norge i mai 2001. Det er påpekt fra Ekspertkomiteen (European Committee of Social Rights) at adgangen til opptil 16 timer lange arbeidsdager ikke er forenelig med paktens artikkel 2 punkt 1. Utover dette er det EUs arbeidstidsdirektiv<sup>101</sup> som har desidert størst betydning for Norge. Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å gjennomføre et stort antall direktiver i norsk rett. Arbeidstidsdirektivet er en sammenslåing av to tidligere direktiv<sup>102</sup>, og er egentlig et underdirektiv til rådsdirektiv 89/391/EF om iverksetting av foranstaltninger til forbedring av arbeidstakerens sikkerhet og sunnhet under arbeidet. Direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning 23. april 2004. Ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven (2005) ble det lagt vekt på at lovgivning skulle være i tråd med direktivet<sup>103</sup>. Ettersom rettstilstanden rundt unntaksbestemmelsene hovedsakelig var ment videreført, kan det ikke her pekes på noen konkrete endringer

---

<sup>100</sup> Se også punktene 6.3 og 6.4

<sup>101</sup> Rådsdirektiv 2003/88/EF

<sup>102</sup> Rådsdirektiv 00/34/EF og Rådsdirektiv 93/104/EF

<sup>103</sup> Se blant annet gjennomgående i NOU 2004: 5

som følge av direktivet. Det er på det rene at kapittel 10 om arbeidstid må tolkes i samsvar med arbeidstidsdirektivet, og at avgjørelser fra EU-domstolen er relevante for tolkningen av bestemmelsene på dette området.<sup>104</sup> For denne fremstillingens anliggende er den relevante bestemmelsen direktivets artikkel 17.1, og arbeidsmiljølovens § 10-12 (1) og (2) er utformet i overenstemmelse med denne. Etter den norske oversettelsen åpnes det for unntak i de tilfeller «tidslengda på arbeidstida, på grunn av særlege trekk ved den verksemda som vert utførd, ikkje vert målt og/eller fastsett på førehand eller kan fastsetjast av arbeidstakarane sjølve». Samtidig går det frem at de alminnelige prinsippene til vern av tryggheten og helsen til arbeidstakerne må overholdes, og dette er i norsk rett søkt ivarett ved at bestemmelsene i § 10-2 (1), (2) og (4) ikke kan fravikes på linje med resten av kapittelet. I artikkel 17.1 bokstav a, b og c listes det opp tilfeller som unntak vil være særlig aktuelle for. Bokstav a finner gjenklang i § 10-12 (1) (2) med formuleringen: «overordna med leiarfunksjonar eller andre personar med uavhengig avgjerdsamt». I motsetning til i den norske arbeidsmiljøloven er dette trolig ment som eksempler<sup>105</sup>, og ikke forutsetninger for å kunne bli unntatt. Jeg går derfor ikke inn på noen nærmere sammenligning av formuleringene.

Det er flere sentrale avgjørelser fra EU-domstolen om blant annet hviletid, passiv arbeidstid og maksimal arbeidstid på 48 timer per uke på årsbasis. På det konkrete området for denne fremstillingen kan det derimot ikke ses å foreligge noen dommer som kan ha hatt innvirkning på den norske rettstilstanden. Det er kun et fåtall avgjørelser knyttet til artikkel 17.1, og kun en som kan tenkes å få betydning overhodet. I C-258/10 (Grigore) slås det fast at det er opptil de nasjonale domstoler å undersøke om vilkårene for å fravike, i dette tilfellet artikkel 6, i medhold av artikkel 17.1 er oppfylt. Tolkning av direktivet har ikke blitt problematisert, eller sågar nevnt overhodet, i de norske domstolenes behandling av de aktuelle sakene. Dette kan sies å underbygge forutsetningen om at norsk lov er i tråd med direktivet, og at tolkningen dermed ikke skaper problemer i praksis.

Verdt å nevne er også direktivets artikkel 22, som med en såkalt «opt-out»-klausul gir medlemslandene mulighet til på visse vilkår å ikke innføre artikkel 6 om maksimal arbeidstid. I Norge er denne benyttet i § 10-12 (9). Artikkelen åpner også for at

---

<sup>104</sup> Jf. Johansen og Stueland (red.) s. 310

<sup>105</sup> Jf. Jakhelln s. 289 note 396

arbeidstaker kan gi samtykke til arbeidsmengde utover maksimaltiden på 48 timer per uke, noe som er interessant med tanke på at det forelå en lignende mulighet etter arbeidsmiljøloven slik den opprinnelig ble vedtatt 17. juni 2005.<sup>106</sup> Det er gjort flere forsøk på å revidere arbeidstidsdirektivet. EU-kommisjonen tok i 2010 et nytt initiativ, men så langt har det imidlertid ikke lyktes å komme til noen avgjørende enighet.

Oppsummert er det nok i denne sammenhengen mest korrekt å betegne de internasjonale rettskildene kun som et rammeverk for utformingen av de nasjonale bestemmelsene på området. I konkrete saker må de sies å ha svært begrenset betydning for rettssituasjonen rundt arbeidstakere i «ledende» og «særlig uavhengig» stilling.

## **6. Avtalefrihet, arbeidstidsordninger og konsekvenser for unntatte arbeidstakere**

Som påpekt i punkt 3.4 kan følgene av å bli unntatt arbeidstidsbestemmelsene være både positive og negative for arbeidstakeren. Det øker viktigheten av at lovens bestemmelser virker etter hensikten<sup>107</sup>. I Arbeids- og sosialdepartementets høringsnotat av 20.12.2007 pekes det på at bruken av unntaket for «særlig uavhengig stilling» er klart høyere enn det som er forenelig med lovgivers intensjon<sup>108</sup>. Blant de innkomne høringsuttalelsene påpekes det blant annet fra Akademikerne<sup>109</sup> en praksis hvor mange arbeidstakere blir unntatt i strid med loven. Det hevdes i uttalelsen at arbeidstakere ofte unntas arbeidstidsbestemmelsene etter gitte kriterier, som en viss utdanning, en viss stillingstype eller et visst lønnsnivå, fremfor at vedkommendes arbeidssituasjon vurderes konkret.

Det er på denne bakgrunn av interesse å se på virkningene det har for de aktuelle arbeidstakerne å bli unntatt arbeidstidsbestemmelsene. Først stilles spørsmålet i punkt 6.1 om disse arbeidstakernes partsautonomi er begrenset. I punkt 6.2 ses det så på forholdet til enkeltbestemmelser i arbeidstidskapitlet ved individuelt avtalte arbeidstidsordninger. I punkt 6.3 problematiseres forholdet til generelle

---

<sup>106</sup> Se også punkt 7.2

<sup>107</sup> Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 181

<sup>108</sup> Jf. notatets pkt. 4, femte avsnitt.

<sup>109</sup> [http://www.regjeringen.no/upload/AID/publikasjoner/horing/2007/hoeringer\\_aml\\_saerlig%20uavhengige/Akademikerne.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/AID/publikasjoner/horing/2007/hoeringer_aml_saerlig%20uavhengige/Akademikerne.pdf) side 2

arbeidstidsordninger som gjelder for alle uten at de er inntatt i arbeidsavtalen, men fremgår for eksempel av personalreglementet. Punktene 6.2 og 6.3 dreier seg i så måte egentlig om det samme spørsmålet, men med ulik tilnærming fordi arbeidstidsordningene gjøres gjeldene for den ansatte på to prinsipielt forskjellige måter. Avslutningsvis ses det i punkt 6.4 på hvilke konsekvenser det kan ha å bli feilaktig unntatt arbeidstidsbestemmelsene. Partsautonomi brukes i denne sammenhengen om arbeidstakers avtalefrihet, og omfatter spørsmål om det er adgang til å inngå en bestemt avtale og eventuelt med hvilket innhold.

### **6.1 Avtalefrihet - Forholdet til ufravikelighetsprinsippet i § 1-9.**

Utgangspunktet i norsk rettsorden er at det er full avtalefrihet mellom partene. Dertil tilkommer det på de fleste områder et sett med lover og regler som partene må forholde seg til. I tillegg har lovgiver i visse sammenhenger vedtatt lover til beskyttelse for den svake part, i tilfeller hvor det er et åpenbart misforhold mellom partenes stilling. Både forbrukerkjøpsloven<sup>110</sup> og arbeidsmiljøloven er eksempler på dette. Slike lover kjennetegnes gjerne av at dens regler ikke kan fravikes til ugunst for den svake part. Arbeidsmiljøloven bygger på en forutsetning om at arbeidstakeren er den svake part og reglene kan derfor i utgangspunktet ikke fravikes til ugunst for denne, jf. § 1-9. Avtalefriheten er dermed i realiteten underlagt strenge begrensninger på hva som kan avtales. Spørsmålet er hvordan dette stiller seg for arbeidstakere i «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling.

Verken de relevante forarbeider, rettspraksis eller juridisk teori berører dette spørsmålet direkte, men lovteksten kan i seg selv gi anvisning på en løsning.

I følge § 1-9 kan altså ikke lovens regler fravikes til ugunst for arbeidstaker «med mindre det er særskilt fastsatt». Dette er muligens noe upresist formulert. Det er likevel ikke tvilsomt at «særskilt fastsatt» viser til andre bestemmelser i loven.

Ufravikelighetsprinsippet ville gi liten mening dersom det generelt kunne fravikes ved avtale eller retningslinjer fra ledelsen i for eksempel en personalhåndbok.

---

<sup>110</sup> Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp

Flere av reglene i arbeidsmiljøloven fastsetter selv med henblikk på § 1-9 hvordan de kan fravikes, for eksempel ved tariffavtale. Fra dette er reglene i § 10-12 (1) og (2) vesensforskjellige. De gir ikke anvisning på noen fravikelse, men slår kort og godt fast at reglene i arbeidstidskapittelet «ikke kommer til anvendelse» dersom kriteriene er oppfylt. En naturlig språklig forståelse av å ikke komme til anvendelse tilsier at reglene da mister sin virkning og bortfaller. De endrer i så måte ikke karakter til deklarasjon utgangspunkt for sammenligning, men må snarere tenkes bort.

Dette medfører etter mitt skjønn at en vurdering av om lovens regler om arbeidstid er fraveket til ugunst for arbeidstaker etter § 1-9 er irrelevant for disse arbeidstakerne. Det kan synes som det er en viss konsensus i juridisk teori<sup>111</sup> om at § 1-9 må gis relevans for dette spørsmålet. Det er imidlertid ikke gjort noe forsøk på å begrunne eller underbygge synspunktet. Av de følgende grunner kan dette synspunktet derfor heller ikke ses å medføre riktighet.

For det første gir det ingen logisk mening å i det hele tatt fravike regler som har bortfalt. En vurdering av hvorvidt noe er fraveket til gunst eller ugunst for noen fordrer at det er noe å fravike i utgangspunktet.

For det andre finnes det heller ikke noe grunnlag å sammenligne de avtalte arbeidstidsbetingelsene med. Når ingen av lovens regler om arbeidstid kommer til anvendelse for arbeidstakere i «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling, kan en heller ikke vurdere om vilkårene som er avtalt er mer eller mindre gunstig enn hva loven foreskriver dem. Dersom lovgiver hadde ønsket å legge opp til en slik vurdering måtte det ha blitt lagt inn et konkret vurderingskriterium i lovteksten av typen:

«Bestemmelsene i dette kapittelet kommer ikke til anvendelse for arbeidstaker i ledende eller særlig uavhengig stilling såfremt vedkommende behørig kompenseres for eventuell økt arbeidsbelastning.» Det sier seg selv at dette ville komplisert en allerede uoversiktlig rettssituasjonen ytterligere.

For det tredje er en sentral del av begrunnelsen for å unnta denne type arbeidstakere at de i kraft av sin stilling ofte kan ha behov for å jobbe mer enn det lovens normalordning foreskriver. Det er derfor ikke hensiktsmessig at arbeidstidsbestemmelsene skal gjelde for dem. Riktignok er det ingen automatikk i at arbeidstakere med «ledende» eller

---

<sup>111</sup> Se f.eks. Johansen og Stueland (red.) s. 385, og arbeidsrett.no §10-12 nederst note 2 s. 573

«særlig uavhengig» stilling nødvendigvis har lengre arbeidsdager eller høyere totalbelastning enn andre, men noe av poenget er også at de kan ha behov for å jobbe intensivt over en periode. Når loven utvilsomt åpner for utvidet arbeidstid uten overtidskompensasjon, og ikke gir anvisning på noen grenser i dette henseende, gir det liten mening å skulle sammenligne avtalte arbeidstidsvilkår med lovens normalordning. For det fjerde bygger departementets uttalelser<sup>112</sup> opp under en slik forståelse. Etter departementets syn er det ønskelig at flest mulig blir underlagt arbeidstidsbestemmelsene slik at de blir omfattet av vernet reglene er ment å gi, men at reglene for visse arbeidstakere er så lite hensiktsmessige at de likevel ikke kan komme til anvendelse. Dette må innebære en erkjennelse av at disse arbeidstakerne nettopp ikke er omfattet av vernet arbeidstidsbestemmelsene er ment å gi.

Loven kan altså, med unntak av vernebestemmelsene i § 10-2, etter mitt syn ikke ses å legge noen direkte materielle begrensninger for hvilke arbeidstidsbetingelser som kan avtales mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling. Situasjonen gir likevel grunnlag for et visst rettslig paradoks. Som jeg kommer tilbake til i punktene 6.2 og 6.3 kan bruken av den i arbeidslivssammenheng særegne avtalefriheten disse partene har, samtidig slå bena under grunnlaget for at denne avtalefriheten eksisterer i utgangspunktet.

## **6.2 Forholdet til arbeidstidsbestemmelsene – individuelt avtalte ordninger**

Det er som nevnt i punkt 3.1 i utgangspunktet ingenting i veien for at en arbeidsgiver og en arbeidstaker avtaler gunstigere vilkår enn det lovens normalordning gir anvisning på. Dette må i alle tilfelle gjelde også for unntatte arbeidstakere, og det innebærer da naturlig nok også reglene i arbeidstidskapittelet. Det kan stilles spørsmål om det ligger begrensninger på mulighetene til å avtale at noen av arbeidstidsbestemmelsene likevel skal gjelde for disse arbeidstakerne. Legger en konklusjonen i punkt 6.1 til grunn er det klart at enkelte av spørsmålene i dette punktet vil få et visst subsidiært preg.

---

<sup>112</sup> Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 180

### 6.2.1 Kan arbeidstaker og arbeidsgiver avtale at enkelte av bestemmelsene i arbeidstidskapittelet skal få anvendelse?

En arbeidsgiver kan eksempelvis ha ønske om å kompensere arbeidstakeren for overtidarbeid, men uten at han skal være underlagt begrensningene som er satt på bruk av overtid. Det kan dermed være ønskelig å fravike noen, men ikke alle reglene i arbeidstidskapittelet. I juridisk teori<sup>113</sup> legges det til grunn at det ikke er noe i veien for å avtale i arbeidsavtalen at enkelte av bestemmelsene skal gjelde, men som nevnt over legges det også til grunn at vilkårene må vurderes opp mot ufravikelighetsprinsippet i § 1-9. Arbeidsmiljøloven er en vernelov for arbeidstakere, og det må derfor være en generell presumpsjon om at dens regler er til gunst for arbeidstakeren. Fra en slik synsvinkel kan ikke fravikelse av et mindre antall av reglene enn det loven åpner for være i strid med dette formålet. Det er imidlertid ikke alltid innlysende hva som er til gunst for arbeidstaker eller ikke. Det oppstår dermed et par underspørsmål som må besvares i tillegg til punktets hovedspørsmål.

#### 6.2.1.1 Kan man foreta en helhetsvurdering av vilkårene?

Det kan spørres om det er anledning til å fravike et enkelt påbud dersom andre minstekrav overoppfylles slik at totaliteten kan sies å være til gunst for den ansatte. For ordinære arbeidstakere må spørsmålet besvares klart nektende. Loven kan ikke ses å gi anvisning på en slik helhetsvurdering. Det er dog grunn til å tro at dette vil stille seg annerledes for arbeidstakere som ikke er underlagt noen av minstekravene i utgangspunktet. Ved inngåelse av tariffavtale er det gitt relativt stort rom for en slik helhetsløsning. Dette er arbeidstakere som i motsetning til de med «ledende» og «særlig uavhengig» stilling normalt ville vært underlagt minstekravene. Utfra en fra det mer til det mindre tankegang kan det, om ikke annet, neppe finnes noe grunnlag i loven til hinder for en helhetsvurdering.

---

<sup>113</sup> Se f.eks. Johansen og Stueland (red.) s. 385 og arbeidsrett.no §10-12 nederst note 2 s. 573



### 6.2.1.2 *Subjektivt gunstige ordninger*

Det kan også tenkes tilfeller hvor en ordning subjektivt virker gunstigere for de ansatte, men objektivt sett ikke tilfredsstillende lovens minstekrav. I slike tilfeller må en legge vekt på hva som er i strid med lovens intensjon.<sup>114</sup> I Ot. prp. nr. 3 (1975-1976) ble det på side 102-103 uttalt at spørsmålet ved tvil skulle forelegges Arbeidstilsynet. Etter gjeldende ordning må det antas at en tvist om spørsmålet ville måtte legges frem for domstolene gitt Arbeidstilsynets manglende tvisteløsningskompetanse. Dette kan synes noe ulogisk siden Arbeidstilsynet er gitt myndighet til å godkjenne arbeidstidsordninger utover lovens normalordning utenfor tariffavtale<sup>115</sup>. En sak<sup>116</sup> fra Ladegården sykehjem i Bergen kan tjene som eksempel på tilfeller hvor arbeidsmiljølovens regler kan oppleves til ugunst for arbeidstakerne. Her hadde de ansatte og lokalt tillitsvalgte inngått en avtale med ledelsen om en turnusordning de mente var til gunst for både ansatte, ledelse og pasienter, men som fravek normalordningen. Dette dreide seg i utgangspunktet om en endring i tariffavtalen, men ordningen ble stanset etter at Fagforbundet sentralt nedla veto. Etter dette meldte to ansatte seg ut slik at flertallet av de ansatte ikke lenger var organisert. Dermed havnet spørsmålet likevel hos Arbeidstilsynet, som ikke delte Fagforbundets oppfatning, og godkjente den.

### 6.2.1.3 *Avtaler til ugunst for arbeidstakeren*

Etter konklusjonen i punkt 6.1 er utgangspunktet at partenes avtalefrihet kun er begrenset av de aktuelle reglene i § 10-2. De må derfor i utgangspunktet også stå fritt til å avtale vilkår som er mindre gunstige for arbeidstakeren enn lovens ordning, selv om de i praksis altså må være varsomme med å ikke undergrave grunnlaget for avtalefriheten. Legger man til grunn at det ikke er materielle begrensninger på hvilke vilkår som kan avtales, må dette også nødvendigvis inkludere lovbestemmelser. En henvisning til loven i avtalen må her likestilles med en gjengivelse av lovteksten.

---

<sup>114</sup> Jf. arbeidsrett.no §1-9 note 2 s. 68

<sup>115</sup> jf. § 10-12 (6), (7) og (8)

<sup>116</sup> <http://www.dn.no/forsiden/politikkSamfunn/article2768754.ece>

### 6.2.2 Grense mot fast overtidkompensasjon

Det må skilles mellom avtaler av typen beskrevet over, og generelle avtaler om et fast lønnstillegg som kompensasjon for overtid. Departementet har i brev til NHO av 9. november 2006 uttalt at loven ikke er til hinder for slike avtaler så lenge den faktiske overtiden kompenseres med minst 40% overtidstillegg, jf. § 10-6 (11). Dette fordrer naturlig nok at overtiden registreres, men også, som departementet presiserer, at vilkårene for overtidsarbeid faktisk er tilstede, jf. § 10-6. Det er klart at dette er en type avtale som er vesensforskjellig fra en avtale som gir enkelte av arbeidstidsreglene anvendelse for en i utgangspunktet unntatt arbeidstaker.

### 6.2.3 Konklusjon

Samlet sett må det være hevet over enhver tvil at det er anledning til å avtale vilkår som er gunstigere enn lovens normalordning for unntatte arbeidstakere. Det er også bred enighet om at enkelte arbeidstidsbestemmelser kan gjøres gjeldende om det totalt sett er til gunst for arbeidstakeren. Etter mitt skjønn er det heller ingen materielle hindringer i veien for å gi lovbestemmelser anvendelse også om de er til arbeidstakers ugunst.

## **6.3 Forholdet til virksomhetens generelle arbeidstidsordninger**

For de tilfeller hvor det ikke er individuelt avtalt arbeidstidsordning som beskrevet i punkt 6.2 blir det spørsmål om unntatte arbeidstakers forhold til virksomhetens generelle retningslinjer for arbeidstid.

Det er vanlig at virksomheter har ulike former for arbeidstidsordninger for sine ansatte. Dette kan være turnusordninger, et system med fleksitid<sup>117</sup> eller bruk av hjemmekontor. I hvilken grad arbeidstakeren kan kontrollere egen arbeidstid er et svært sentralt

---

<sup>117</sup> Etter § 10-2 (3) har arbeidstaker rett til fleksibel arbeidstid dersom det kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten.

moment<sup>118</sup> i vurderingen av om arbeidstakeren har en «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling. Det vil dermed være naturlig å legge til grunn at en slik arbeidstaker ikke kan være underlagt en turnusordning, ettersom arbeidstiden da er helt fastlagt. I fleksible arbeidstidsordninger er det utbredt praksis å operere med en kjernetid, altså at det er en viss tidsperiode på dagen hvor arbeidstakeren må være tilstede. Det er også vanlig at arbeidstakeren er underlagt begrensninger i hvor mye fleksitid, eller såkalt plusstid, som kan opparbeides, og i hvilket omfang denne kan tas ut i form av arbeidsfri<sup>119</sup> senere.

### 6.3.1 I hvilken grad kan unntatte arbeidstakere underlegges arbeidstidsordninger?

Lovens ordlyd i § 10-12 (1) og (2) gir ikke i seg selv noen anvisning på forståelsen av spørsmålet. Heller ikke noen av arbeidervernlovenes forarbeider tar opp denne problemstillingen konkret. Den relevante underrettspraksis, som ble gjennomgått i punktene 4.2 og 4.3, dreier seg kun om retrospektive økonomiske krav, hvor arbeidstakeren ikke lenger var ansatt i virksomheten. Spørsmålet har derfor så langt ikke kommet på spissen. Området er likevel neppe rettstomt. Løsningen må ligge i en form for antitetisk tolkning av kriteriene for å bli unntatt arbeidstidsbestemmelsene i utgangspunktet.

I både forarbeider og rettspraksis blir som nevnt kontroll over egen arbeidstid trukket frem som et helt sentralt moment ved vurderingen av om arbeidstakeren har en «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling. I Ot.prp. nr. 41 (1975-76) side 59 sies det: «I grensetilfeller vil det være naturlig å legge avgjørende vekt på om vedkommende selv kontrollerer sin arbeidstid. En arbeidstaker som er underlagt fast kontroll med hensyn til arbeidstida, vil det således neppe være naturlig å unnta fra arbeidstidsbestemmelsene, selv om han har visse lederfunksjoner.»

På side 181 i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) uttales det: «Departementet vil peke på at det for å falle inn under begrepet særlig uavhengig stilling ikke er tilstrekkelig å kunne kontrollere sin egen arbeidstid og/eller ha fleksibel arbeidstid. En særlig uavhengig

---

<sup>118</sup> Jf. punktene 4.2.8 og 4.3.8

<sup>119</sup> Jf. § 10-6 (12)

stilling må innebære en tydelig og åpenbar «selvstendighet» eller «uavhengighet» i hvordan og til hvilken tid arbeidsoppgaver organiseres og gjennomføres.»

Det fremstår her nærmest som en forutsetning for å kunne bli unntatt arbeidstidsbestemmelsene at man kan kontrollere egen arbeidstid. Tillegget «og/eller ha fleksibel arbeidstid» taler derimot imot en helt kategorisk slutning. Det må likevel være klart at «fleksibel arbeidstid» ikke her dreier seg om en ordinær fleksitid-ordning med kjernetid som er svært utbredt i dagens arbeidsliv. I LG-2012-144598 vises det til at Stortinget sluttet seg til forståelsen i følgende høringsuttalelse fra NHO da arbeidsmiljøloven (2005) ble vedtatt:

«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.»

Totalt sett peker dette i retning av en glideskala hvor jo mer rigide arbeidstidskrav arbeidsgiveren pålegger arbeidstakeren, jo mer sannsynlig er det at det faktisk ikke er grunnlag for å unnta arbeidstakeren fra arbeidstidsbestemmelsene på bakgrunn av at vedkommende har «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling. En arbeidstidsordning som innebærer flere timer kjernetid hver dag synes etter en sammenstilling av de ovennevnte uttalelsene utelukket. Et bestemmelse om at arbeidstakeren forutsettes å delta på ukentlige avdelingsmøter eller lignende vil derimot befinne seg mot den andre enden av skalaen. Noe konkret brytningspunkt er vanskelig å fastslå. Direktoratet for arbeidstilsynet har i brev til NITO av 30.mars 2007 uttalt at man på bakgrunn av forarbeidene har lagt seg på en streng fortolkning av både «ledende» og «særlig uavhengig» (selvstendig) stilling. Rettspraksis må sies å ha fulgt opp denne praksisen.<sup>120</sup>

Det er derfor grunn til å tro at man ikke ville akseptere særlig stor inngripen i en unntatt arbeidstakers mulighet til å kontrollere egen arbeidstid.

Det samme må gjelde arbeidsgivers mulighet til å pålegge begrensninger i opparbeiding av plusstid, og avspaseringen av denne. Loven hjemler heller ikke en slik begrensning verken positivt eller negativt, men en eventuell begrensning vil virke direkte inn på vurderingen av grunnlaget for å unnta arbeidstakeren fra arbeidstidsbestemmelsene.

---

<sup>120</sup> Jf. gjennomgangen under punktene 4.2 og 4.3

Forklaringen på hvorfor spørsmålet ikke har kommet opp for domstolene, og for så vidt på hvorfor det generelt er så lite tilfang av rettspraksis på området, ligger trolig nettopp i ansettelsesforholdet. Spørsmål om bruken av unntaksbestemmelsene vil som regel først materialisere seg ved en tvist. Så lenge arbeidsforholdet består vil nok arbeidstakeren ofte kvie seg for en konfliktsituasjon. Man ønsker ikke å risikere et dårlig forhold til arbeidsgiveren, og kanskje skape problemer for egen karriere videre i virksomheten.

### 6.3.2 Konklusjon

Konklusjonen må bli at loven ikke direkte regulerer arbeidsgivers mulighet til å underlegge arbeidstakere som er unntatt arbeidstidsbestemmelsene ulike arbeidstidsordninger. Derimot gir loven en indirekte beskyttelse mot inngrep i det som er svært sentralt i grunnlaget for at arbeidstakerne kan unntas arbeidstidsbestemmelsene i utgangspunktet. Dersom en sak ble forelagt retten ville det med utgangspunkt i domstolenes og arbeidstilsynets vurderinger av «ledende» og «særlig uavhengig» stilling til nå neppe aksepteres særlig styring av arbeidstiden fra ledelsens side før resultatet ble at stillingen ikke var «ledende» eller «særlig uavhengig».

I praksis vil imidlertid ofte utfallet bestemmes av den enkelte arbeidstakers faktiske mulighet til å forhandle om arbeidsbetingelsene. Hvor reell denne muligheten i realiteten er, beror hovedsakelig på maktforholdet mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren. Presumsjonen i arbeidsmiljøloven, så vel som en alminnelig antagelse, vil tilsi at makten i de fleste tilfeller ligger hos arbeidsgiveren, selv om enkelte arbeidstakere kan være svært attraktive og dermed i større grad vil kunne påvirke vilkårene som skal gjelde for arbeidsforholdet.

### **6.4 Konsekvensen av å bli feilaktig unntatt**

Det er som tidligere nevnt arbeidsgiver som skal sørge for at lovens bestemmelser blir overholdt, jf. § 2-1. Det må medføre at det også er arbeidsgiver som bærer risikoen for å feilaktig unnta arbeidstakere fra arbeidstidsbestemmelsene. Bruk av ulovlig overtid er

straffbart og underlagt offentlig påtale, jf. §§ 19-1 og 19-6. Derimot er manglende utbetaling av lønn ikke straffbart, jf. § 19-1 (4). Det innebærer at en arbeidstaker som mener seg feilaktig unntatt, og av den grunn har krav på overtidsbetaling, må anlegge sivil rettssak for å få utbetalt lønnskravet. Det er trolig mest korrekt å betegne dette som en fordring arbeidstaker har på arbeidsgiver, og dermed som et pengekrav. Kravet vil da også foreldes etter de alminnelige reglene i foreldelsesloven<sup>121</sup>.

Kommer retten til at arbeidstaker er feilaktig unntatt, har vedkommende krav på overtidsbetaling i tråd med arbeidsmiljøloven § 10-6, jf. § 10-4. Verdt å merke seg i denne sammenheng er at normalarbeidstiden etter loven er 40 timer per uke, slik at det utenfor tariff kun er arbeidstid utover dette som er overtid. Det har også i praksis<sup>122</sup> blitt gjort fratrekk for eventuell høyere lønn, bonus o.l. som arbeidstaker har fått i kraft av stillingen.

I utgangspunktet kan ikke en arbeidstaker på eget initiativ arbeide overtid uten arbeidsgivers aksept, jf. Rt. 1998 s. 1357 (Furuseth). Det oppstilles imidlertid ikke noe krav om et eksplisitt samtykke. I praksis har det heller ikke blitt stilt strenge krav til at arbeidsgiver må anses å stilltiende ha gitt aksept til overtiden.<sup>123</sup> Selv om arbeidsgiver har vært i den tro at arbeidstakeren er unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene, fritar ikke det arbeidsgiver fra plikten til å godtgjøre arbeidet som er utført, når det viser seg at arbeidstakeren likevel ikke hadde «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling.<sup>124</sup> Noe som derimot kan være problematisk for arbeidstaker er å kunne dokumentere overtiden i ettertid, særlig om det har pågått over en lang periode. I praksis er det dog eksempler på at retten skjønnsmessig<sup>125</sup> utmåler overtiden hvor denne er sannsynliggjort.

Dommene som omhandler spørsmål om unntaksbestemmelsene, dreier seg som nevnt alle om avsluttede arbeidsforhold. Spørsmålet om virkningen av å være feilaktig unntatt for et bestående arbeidsforhold er dermed ikke drøftet i rettspraksis. Trekker en veksler på praksis fra Direktoratet for Arbeidstilsynet<sup>126</sup>, for eksempel vedtaket i klagesaken mot Ernst & Young, fremstår det likevel rimelig klart at arbeidsgiver ville bli pålagt å

---

<sup>121</sup> Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer

<sup>122</sup> Se LH-2007-191174

<sup>123</sup> Se f.eks. LH-2007-191174 side 12-13.

<sup>124</sup> Jf. LG-2012-144598 side 11

<sup>125</sup> Se f.eks. LH-2007-191174 side 14

<sup>126</sup> Direktoratet hadde ikke kompetanse til å avgjøre eventuelle etterfølgende lønnskrav dersom arbeidstaker var feilaktig unntatt.

bringe den ulovlige ordningen til opphør. Arbeidsgiver ville deretter måtte behandle den ansatte etter de arbeidstidsordninger som gjelder for de øvrige ansatte, herunder kompensasjon for eventuell overtid. Også i tilfeller hvor arbeidstakeren fortsatt er ansatt i virksomheten kan det bli aktuelt med etterbetaling av manglende overtidskompensasjon, eventuelt begrenset etter foreldelseslovens bestemmelser.

## **7. Avslutning**

### **7.1 Oppsummering og konklusjon**

Fremstillingen har tatt sikte på å undersøke hvilke kriterier som er relevante for avgjørelsen om en arbeidstaker har en «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling, og dermed kan unntas arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser. En del plass er viet kontekst hvor arbeidstidsbestemmelse generelt og unntaksbestemmelsene spesielt er gjennomgått også i et historisk perspektiv. Den nyeste undersøkelsen på området viser at bruken av unntakene i praksis er relativt stabil, men departementet mener altså at dette nivået er høyere enn lovgivers intensjon.

Gjennomgangen av praksisen rundt begrepene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» har vist at det er en rekke ulike momenter som vil spille inn i en helhetsvurdering av om arbeidstakeren kan unntas arbeidstidsbestemmelsene på grunnlag av § 10-12 (1) og (2). Det kan ikke være tvilsomt at det er en helhetsvurdering av arbeidstakerens faktiske arbeidssituasjon som må ligge til grunn for avgjørelsen. Dette forutsettes som tidligere nevnt i enhver befatning med spørsmålet og uttales også i forarbeidene. Det er også klart at ingen enkeltkriterier alene kan danne grunnlag for unntak. Dette kan ses både som et uttrykk for at ingen enkeltkriterier i seg selv er tungtveiende nok, men også som en naturlig konsekvens av at det nettopp er resultatet av en helhetlig vurdering som er det avgjørende.

Det er likevel slik at enkelte av momentene har mer karakter av forutsetninger. En ikke ubetydelig kontroll over egen arbeidstid synes påkrevet for begge unntaksgrunnlagene, selv om det nøyaktige nivået er vanskelig å fastslå og dessuten vil variere. Et visst



innslag av arbeid av administrativ eller ledende karakter synes også å være en forutsetning for at en stilling skal kunne betegnes som «ledende». Utover dette er det altså en rekke andre momenter som kan trekke vurderingen i den ene eller andre retningen. De fleste av disse momentene, som lønn, stillingsbeskrivelse og beslutningsmyndighet vil knytte seg til begge unntaksgrunnlagene, mens enkelte, som personalansvar, er mer grunnlagsspesifikke.

Gjennomgangen av rettspraksis har vist at domstolene, i det begrensede antall saker som har vært til behandling, lener seg forholdvis tungt på forarbeidene og også i noen grad på uttalelser fra Direktoratet for arbeidstilsynet. Derimot kan ikke EU-retten ses å ha hatt noen påviselig direkte innvirkning på rettssituasjonen, foruten selve rammeverket.

Fremstillingen har også tatt for seg spørsmål rundt unntatte arbeidstakeres forhold til arbeidstidsordninger. Det konkluderes her med at loven gir arbeidstakere med «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling en indirekte beskyttelse mot å bli underlagt sterke føringer for arbeidstiden. Forholdet mellom ufravikelighetsprinsippet i § 1-9 og arbeidstakere som er unntatt arbeidstidsbestemmelse har så langt ikke blitt behandlet i rettspraksis, og er heller ikke viet særlig plass i juridisk teori. På dette området må rettssituasjonen således sies å være uavklart.

## **7.2 Noen avsluttende vurderinger**

Det er neppe noen kontroversiell påstand å hevde at både «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» er uklare og til dels flytende begreper. Det er også klart at det finnes enkelte uavklarte spørsmål på området. Når lovgiver ikke har gjort noe videre forsøk på å klargjøre begrepenes innhold, skyldes det neppe uvilje i seg selv, men trolig heller at arbeidslivet er så mangefasettert at det tidvis vanskelig lar seg avgrense presist. Dette må i alle fall være tilfellet i en kort lovtekst, men også i forarbeidene har det vist seg vanskelig gjennomførbart.

Samfunnsutviklingen har ført med seg endringer i måten arbeidslivet organiseres på, og uttalelser i forarbeidene kan tyde på at kontroll over egen arbeidstid er et mindre sentralt kriterium enn tidligere. Etter mitt skjønn er det imidlertid ikke korrekt å legge

til grunn at kontroll over egen arbeidstid i mindre grad enn tidligere er en forutsetning for å kunne bli unntatt arbeidstidsbestemmelsene. Det riktige må heller være at i dagens samfunn må dette momentet utfylles med andre momenter i tillegg, i større grad enn hva tilfellet var tidligere.

I punkt 6.1 konkluderes det med at ufravikelighetsprinsippet i § 1-9 ikke kommer til anvendelse for unntatte arbeidstakere hva angår reglene i arbeidstidskapittelet. Dette innebærer tilsynelatende et brudd med hva som later til å være gjeldende oppfatning hos enkelte juridiske forfattere. Spørsmålet kan som nevnt imidlertid ikke sies å ha blitt behandlet spesielt inngående. Arbeidsmiljøloven er en vernelov for arbeidstakere. Det må dermed sies å være i tråd med lovens formål å forhindre situasjoner hvor arbeidsgiveren får urettmessige fordeler på bekostning av arbeidstakeren. Dette vil utvilsomt gjelde en situasjon hvor arbeidsgiver kan bestemme arbeidstiden, og samtidig slippe å betale overtid og forholde seg til grensene for overtidsmengde. Likevel kan ikke loven ses å åpne for bruk av ufravikelighetsprinsippet til unntak for arbeidstakere i «ledende» eller «særlig uavhengig» stilling i en slik situasjon. Derimot gir loven i slike tilfeller, ved å knytte seg til selve grunnlaget for unntaksmuligheten, likevel en løsning for arbeidstakeren i tråd med dette formålet.

Det har gjentatte ganger fremkommet ønske om å stramme inn bruken av unntaksbestemmelsene ved revidering av arbeidervernlovene. Likevel har unntakene blitt opprettholdt med bare små språkmessige og kosmetiske endringer. Dette knytter seg i særlig grad til «særlig uavhengig stilling», som også innebærer den vanskeligste grensedragningen i praksis. I NOU 2004: 5<sup>127</sup> uttales det at tolkningsproblemene knyttet til unntaket ikke vil forsvinne med det nye lovforslaget. Her erkjennes altså problemet, uten at det gjøres noe forsøk på å løse det. En kan stille spørsmål ved hensiktsmessigheten med å opprettholde et så vanskelig definerbart, og etter intensjonen smalt unntakskriterium. Det er unektelig noe underlig at lovgiver gjentatte ganger påpeker at praktiseringen av en bestemmelse er i strid med intensjonene, samtidig som man ikke gjør noe egentlig forsøk på å bidra til løsning av problemet. I så måte hadde det vært av stor interesse å vite om lovgiver mener at den forholdsvist strenge praksisen domstolene har lagt opp til er i tråd med intensjonen i loven. Hvis så

---

<sup>127</sup> NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget punkt 13.5.6

skulle være tilfelle og kriteriene således fører til riktige resultat i rettsapparatet, ville det kanskje være naturlig å rette fokus mot andre sider av lovgivningen.

Det er et interessant poeng at arbeidsmiljøloven slik den ble vedtatt 17. juni 2005 hadde en bestemmelse rimelig likelydende med et av forslagene Arbeids- og inkluderingsdepartementet sendte ut på høring i 2007. I begge tilfeller skulle arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling» i utgangspunktet være omfattet av arbeidstidsbestemmelsene, men med mulighet for å skriftlig avtale unntak. Der man etter loven nå *er* unntatt dersom kriteriene er oppfylt, ville man etter forslagene kunne avtale unntak. Vurderingen rundt om kriteriet «særlig uavhengig stilling» er oppfylt ville med andre ord være den samme som etter gjeldende lov, og således ikke medføre noen klargjøring av rettsituasjonen. Det kan åpenbart hevdes at arbeidstakeren ville bli stilt sterkere ved at vedkommende må samtykke til avtalen om unntak. Imidlertid vil de samme mekanismene som kan gjøre det problematisk for arbeidstakeren å motsette seg unntak på feilaktig grunnlag i dag, også gjøre seg gjeldende ved en mulighet til unntaksavtaler. En slik avtale kunne for eksempel standardisert inkluderes i arbeidsavtalen uten at arbeidstakeren ble gitt noen reell mulighet til å forhandle om vilkår. Forslagene fra det utsendte høringsnotatet har i alle tilfeller ikke så langt blitt fulgt opp med ny lovgivning. Regjeringen har riktignok varslet en større gjennomgang av arbeidsmiljøloven, hvor unntaksbestemmelsene naturlig vil inngå, men det er på det nåværende tidspunkt ikke kjent hva dette vil kunne innebære.

Basert på undersøkelsene som er foretatt og uttalelser fra både lovgiver og parter i arbeidslivet tyder mye på at unntaksbestemmelsene benyttes i langt større utstrekning enn det reelt sett er grunnlag for. Dette er særlig utbredt innenfor enkelte bransjer med høyt utdanningsnivå. En av årsakene til dette må utvilsomt være uklarheten som omslutter bestemmelsenes kriterier for unntak. En ting er om domstolene anvender kriteriene i tråd med lovgivers intensjon, noe annet er den faktiske kunnskapen om hvilke arbeidstakere det er grunnlag for å unnta ute i de ulike virksomhetene.

Noe som trolig kunne bidra til å avhjelpe situasjonen ville være opprettelsen av et lavterskeltilbud for å avgjøre om det er grunnlag for unntak fra arbeidstidsbestemmelsene eller ikke. Terskelen for å gå til rettsak mot sin nåværende arbeidsgiver vil åpenbart være rimelig høy for de fleste arbeidstakere. Med et slikt

bakteppe synes det klart at å frata Arbeidstilsynet tvisteløsningskompetanse<sup>128</sup> i slike saker i så måte var et steg i gal retning. Samtidig må det være klart at også det å initiere en formell arbeidstilsynssak mot arbeidsgiveren vil innebære en ikke ubetydelig terskel for en arbeidstaker, slik at det ideelt sett burde være en mindre formell førsteinstans i denne type saker. En slik ordning ville med det bidra til å skyve arbeidsmiljølovens karakter av vernelov mer i forgrunnen også for de aktuelle arbeidstakerne.

---

<sup>128</sup> Arbeidstilsynet kan ta stilling til spørsmålet prejudisielt, men tar altså ikke stilling i konkrete tvister

## **Litteraturliste**

### **Lover:**

- Lov 21. juni 2005 nr. 61 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
- Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (opphevet)
- Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern (opphevd)
- Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern (opphevet)
- Lov 21. desember 2005 nr. 121 om endringer i arbeidsmiljøloven
- Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer
- Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp
- Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

### **Forarbeider:**

- Innst. O. nr.18 (2005-2006)
- Innst. O. nr. 100 (2004-2005)
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)
- NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget
- NOU 1992: 20 Arbeidsmiljølovutvalget
- Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)
- Ot.prp. nr. 31 (1935)
- Innstilling til lov om arbeidervern (1922)

### **Høringer, høringsuttalelser og brev:**

- Arbeids og sosialdepartementets høringsnotat av 20.12.2007 med tilhørende høringsuttalelser fra NHO og Akademikerne
- Brev fra arbeids- og inkluderingsdepartementet til NHO 9.november 2006

**Traktater og direktiver:**

ILO-konvensjon nr. 47 (1935)

ILO-konvensjon nr. 30 (1930)

ILO-konvensjon nr. 14 (1921)

Den reviderte europeiske sosialpakten av 3.mai 1996 nr. 2

Rådsdirektiv 2008/104/EF

Rådsdirektiv 2003/88/EF

Rådsdirektiv 00/34/EF

Rådsdirektiv 93/104/EF

Rådsdirektiv 89/391/EF

**Rettspraksis:**

C-258/10 (Grigore)

C-151/2002 (Jäger)

C-303/1998 (Simap)

Rt. 2013 s. 342 (beredskapshjem)

Rt. 2013 s. 354 (omsorgsavlaster)

Rt. 1998 s. 1357 (Furuseth)

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø)

LG-2012-144598

LE-2009-100120

LH-2007-191174

LB-2007-101453

LF-1996-122

LE-1991-232

TOSLO-2005-169978

### **Praksis og brev fra Direktoratet for arbeidstilsynet:**

Arbeidstilsynets referanse: 2008/34523

Arbeidstilsynets referanse: 98/3382

Arbeidstilsynets referanse: 97/03392

Arbeidstilsynets brev til Oslo Universitetssykehus HF av 23.02.2011

Arbeidstilsynets brev til NITO av 30.03.2007

### **Artikler og undersøkelser:**

«Omfang og bruk av bestemmelsene om unntak fra reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven» utført av Sentio AS AFI

AFI-rapport 2/2014: Unntak fra arbeidstidsbestemmelsene med fokus på arbeidstakere i særlig uavhengig stilling

<http://www.dn.no/forsiden/naringsliv/article2767206.ece>

<http://www.dn.no/forsiden/politikkSamfunn/article2768754.ece>

### **Juridisk teori:**

Johansen, Atle Sønsteli og Stueland, Einar (red.), *Arbeidsmiljøloven, Kommentarer og praksis*, 1. utgave (Oslo 2011)

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2006)

Jakhelln, Henning mfl. (red.), *arbeidsrett.no –kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3.utgave (Oslo 2011)

Fougner, Jan mfl., *Arbeidsmiljøloven, Kommentarutgave*, 2.utgave (Oslo 2013)

Brucker, Ingrid Fladberg, *Særlig uavhengig stilling*, (Oslo 2009)

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett: den individuelle del*, 3.utgave (Bergen 2013)