



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Om bruk av «særlig uavhengig stilling» etter arbeidsmiljøloven § 10-12 annet ledd

Særlig for advokater og advokatfullmektiger

Lisa Marie Hansen Nylund

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, våren 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Aktualitet	1
1.2.1	Praktiseringen av unntaket	1
1.2.2	Brudd på unntaket	3
1.3	Avgrensning.....	4
1.4	Fremstillingen videre.....	5
2	Noen metodiske utgangspunkter og rettskildemessige særtrekk.....	5
3	Reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven kapittel 10.....	9
3.1	Innledning.....	9
3.2	Historikk	10
3.3	Hensynene bak reglene	12
3.4	Gjeldende rett	14
3.4.1	Lovens hovedregler	14
3.4.2	Arbeidsmiljølovens ufravikelighetsprinsipp og adgangen til å avtale andre ordninger	15
4	Unntak fra arbeidstidsreglene for arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling»	17
4.1	Den rettslige betydningen av «særlig uavhengig stilling».....	17
4.2	Hensynene bak unntaket.....	17
4.3	Skillet mellom «ledende» og «særlig uavhengig stilling».....	19
4.4	En analyse av gjeldende rett	19
4.4.1	Vurderingstemaet for «særlig uavhengig stilling»	19
4.4.2	Ansettelsesavtalen, stillingens tittel, beskrivelse og arbeidsinstrukser	21
4.4.3	Uavhengighet, selvstendighet og beslutningsmyndighet	22
4.4.4	Nøkkelposisjon og faglig kompetanse	24
4.4.5	Arbeidstakers innflytelse på arbeidstiden	25

4.4.6	Lønnsnivå	29
4.4.7	Arbeidstakers syn og bransjepraksis	31
4.4.8	Sammenfatning.....	32
5	Rettsvirkninger ved brudd på ufravikelighetsprinsippet.....	34
6	Den særlige uavhengiges vern	35
7	Har advokatfullmektiger og advokater en «særlig uavhengig stilling»?	38
7.1	Innledning.....	38
7.2	Advokatfullmektiger.....	39
7.3	Advokater	40
8	Avsluttende bemerkninger	45
9	Kildeliste.....	49
9.1	Lovgivning.....	49
9.2	Forarbeid.....	49
9.3	Dommer	50
9.4	Praksis fra Direktoratet for arbeidstilsynet	50
9.5	Litteratur	51
9.6	Rapporter/undersøkelser	52
9.7	Nettsider.....	52
9.8	Annet	53
10	Vedlegg	54

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 kapittel 10 (heretter «aml.») har regler om arbeidstid. Arbeidstid er i loven definert som den tiden arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver, jf. aml. § 10-1 første ledd. Motsetningsvis er arbeidsfri den tiden arbeidstaker ikke står til disposisjon for arbeidsgiver, jf. § 10-1 annet ledd.¹ Lovens regler angir i detalj når på døgnet og hvor lenge, arbeidsgiver kan kreve at arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til rådighet.

Ettersom arbeidstidsreguleringen gjelder på tvers av ulike yrker med ulike behov for arbeidskraft, åpner loven for å gjøre unntak fra reglene om arbeidstid for visse type stillinger, hvor lovens normalordning ikke finnes passende.

Et av unntakene retter seg mot arbeidstakere i såkalt «særlig uavhengig stilling», jf. aml. § 10-12 annet ledd. For arbeidstakere som innehar en slik type stilling vil de fleste av reglene i kapittel 10 ikke komme til anvendelse og man må finne andre måter å verne arbeidstaker på.

Formålet med avhandlingen er å drøfte hvilke kriterier som må være oppfylt for at en arbeidstaker skal inneha en «særlig uavhengig stilling», i hvilken grad denne stillingsbetegnelsen benyttes, og hvilke type stillinger som typisk omfattes.

1.2 Aktualitet

1.2.1 Praktiseringen av unntaket

I 2014 var så mange som 14 % av norske arbeidstakere unntatt bestemmelsene om arbeidstid på grunnlag av ulike unntaksbestemmelser.² Tre prosent av disse var unntatt på grunnlag av deres «særlig uavhengig(e) stilling».³

Arbeidslivet er ikke lengre slik det en gang var, hvor arbeidstakerne ofte hadde faste arbeidstider de måtte følge, og ett fast arbeidssted. Dette gjelder spesielt innenfor

¹ Se også RT-2001-418.

² «Unntak fra arbeidstidsbestemmelsene med fokus på arbeidstakere i særlig uavhengig stilling», rapport fra undersøkelse utført av AFI, Arbeidsforskningsinstituttet 2014.

³ *Ibid.* s. iiiii.

kunnskapsintensive næringer. Arbeidstidsutvalget fremla i 2016 en rapport⁴ hvor de vurderte de ulike arbeidstidsreguleringene, og hvordan disse ble praktisert. Utvalget peker på en økning av sysselsettingen innenfor kunnskapsintensive tjenesteytende næringer over de siste tiårene. Mange arbeidstakere har som følge av dette fått betydelig større selvstendighet i utføringen av sine arbeidsoppgaver, og de står følgelig mer fritt i forhold til hvilken tid og på hvilket sted arbeidet skal utføres.⁵ Innenfor tjenesteytende næringer er det ofte stramme tidsfrister. Det er derfor nødvendig med fleksible arbeidstider for å nå de fastsatte mål. Utvalgets flertall fant på bakgrunn av denne utviklingen et behov for å unnta flere stillingsgrupper fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsregler og foreslo å lovfeste en adgang til å gjøre unntak for arbeidere i «delvis uavhengig stilling».⁶

På den annen side viser undersøkelser utført av Sentio og Rambøll at dagens unntaksbestemmelse oppleves som uklar og vanskelig å praktisere.⁷ Partene på både arbeidstaker- og arbeidsgiversiden finner det vanskelig å vurdere hvorvidt stillingen faller innenfor unntaket, og etterspør konkrete momenter og eksempler i lovteksten.⁸ Dette bekreftes av Juristforbundet som opplyser at de som fagforening jevnlig mottar spørsmål om unntaket «særlig uavhengig stilling».⁹ Dette trekker i retning av at mange flere enn hva loven tillater eller hadde tilsiktet, unntas de alminnelige arbeidstidsreglene. Undersøkelser fra 2005 støtter opp om denne teorien.¹⁰ I tilfeller hvor det er arbeidstaker som mangler informasjon om innholdet i unntaket, kan dette misbrukes av arbeidsgiver og medføre at arbeidstaker for eksempel blir fratatt muligheten for berettiget overtidsbetaling.

Arbeidstidsutvalget har i sin rapport uttrykt lignende bekymringer. For å stramme inn bruken av unntaket i praksis, foreslo utvalget at lovgiver i lovteksten presiserer hvilke kriterier som må være oppfylt for at unntaket skal kunne benyttes. Utvalget foreslo videre at stillingstypen

⁴ NOU 2016:1 Arbeidstidsutvalget: Regulering av arbeidstid – vern og fleksibilitet.

⁵ NOU 2016:1 s. 196.

⁶ NOU 2016:1 s. 201.

⁷ NOU 2016:1 s. 196-197.

⁸ NOU 2016:1 s. 197.

⁹ Juristkontakt (nr.2/2018) s. 50-51.

¹⁰ «Omfang og bruk av bestemmelsene om unntak fra reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven (2005)», utredning av SENTIO AS for arbeids- og inkluderingsdepartementet, September 2006.

presiseres i arbeidsavtalen, med begrunnelse for hvorfor arbeidstakeren anses å ha en «særlig uavhengig stilling».¹¹

Ettersom flere unntas fra de alminnelige reglene, og mange ikke vet hvorvidt de faller innenfor eller utenfor unntaket, er dette temaet svært aktuelt. Det gjenstår å se om unntakene som følge av utviklingen i arbeidslivet må utvides, eller loven som følge av uklarhetene må presiseres og endres.

1.2.2 Brudd på unntaket

Arbeidstilsynet er en statlig etat underlagt Arbeids- og sosialdepartementet som skal føre tilsyn med at virksomheter etterlever de krav som følger av arbeidsmiljøloven.¹²

Arbeidstilsynet foretar blant annet undersøkelser og kontroll av ulike virksomheter og bedrifter.

Oversikten under viser antall brudd på unntaket avdekket gjennom Arbeidstilsynets inspeksjon av bedrifters bruk av «særlig uavhengig stilling» etter aml. § 10-12 annet ledd. Innsyn i statistikken er gitt etter offentlighetsloven.¹³

Radetiketter	Antall gjennomførte tilsyn	Antall gjennomførte tilsyn med reaksjon
2014	187	36
2015	35	38
2016	17	16
2017	14	14
Totalsum	253	104

Statistikken viser at antall gjennomførte tilsyn har sunket drastisk de siste årene. Det som er mest påfallende er imidlertid antall tilsyn som resulterer i reaksjoner. Av 187 gjennomførte tilsyn ved ulike bedrifter i 2014, ble «kun» 36 tilfeller funnet å være i strid med loven. Dette utgjør et avvik på rundt 19 %. I 2015 derimot, hvor antall tilsyn var langt færre, ble imidlertid alle disse ansett å være brudd på aml. § 10-12 annet ledd. Årsaken til at antallet reaksjoner er høyere enn tilsynsantallet her, er at lovhjemmelen er koblet til flere pålegg/reaksjoner. I 2016

¹¹ NOU 2016:1 s. 198-199.

¹² <https://www.regjeringen.no/no/dep/asd/org/etatstyring/underliggende-etater/arbeidstilsynet/id85796/>, sist lest 06/03/2018.

¹³ E-postkorrespondanse med Kari Lysberg, rådgiver i Arbeidstilsynet, mottatt 18/01-18.

skapte 94 % av de utførte tilsynene grunnlag for reaksjon, mens 100 % av de 14 tilfellene undersøkt i 2017 ble funnet å ikke være i henhold til loven.

Resultatene av undersøkelsene viser at praktiseringen av unntaket ofte ikke følger lovgivers intensjoner. Enkelte arbeidsgivere definerer arbeidstakere som «særlig uavhengig(e)», uten at deres stillingsbeskrivelse eller reelle arbeidsforhold anses å oppfylle lovens vilkår for unntak. Brudd på unntaket kan medføre sanksjoner av ulike art. Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 5.

1.3 Avgrensning

Formålet med avhandlingen er å redegjøre for hva som ligger i unntaket «særlig uavhengig stilling» i aml. § 10-12 annet ledd. Jeg vil særlig drøfte i hvilken grad advokater og advokatfullmektiger omfattes av unntaket. Bakgrunnen for at jeg har valgt å vurdere akkurat disse stillingskategoriene er at det særlig for advokater er noe tvilsomt om de innehar en «særlig uavhengig stilling» eller ikke. Dette synes også å være slik reglene oppfattes i praksis, i det advokatene selv tar kontakt med egen fagforening for å få dette avklart.¹⁴

Det finnes flere unntak fra arbeidstidsreglene gjennom både lov, forskrift, tariffavtaler og arbeidsavtaler. Fremstillingen her bygger på individuell arbeidsrett. Det avgrenses følgelig mot den kollektive arbeidsretten og arbeidsforhold som er regulert av tariffavtaler.

Avhandlingen avgrenses til å omhandle det ovenfor nevnte lovbestemte unntaket i aml § 10-12 annet ledd. Øvrige unntak i aml. § 10-12 vil derfor ikke behandles. Det må likevel senere, ved tolkningen av innholdet i «særlig uavhengig stilling», knyttes noen kommentarer til avgrensningen mot begrepet «ledende stilling» i aml. § 10-12 første ledd. Unntakene «ledende stilling» og «særlig uavhengig stilling» blir i praksis ofte anført som prinsipalt og subsidiært rettsgrunnlag, da de langt på vei glir over i hverandre. I tidligere arbeidsmiljølov fra 1977 var unntakene samlet i en paragraf¹⁵, og rettspraksis har også vurdert unntakene i sammenheng etter at ny lov trådte i kraft.¹⁶

¹⁴ Juristkontakt (nr.2/2018) s. 50-51.

¹⁵ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. § 41 første ledd bokstav a.

¹⁶ Se f.eks. LB-2007-101453.

1.4 Fremstillingen videre

Før det redegjøres for reglene om arbeidstid, vil jeg i kapittel 2 belyse noen rettskildemessige særtrekk som gjør seg gjeldende for arbeidsretten som rettsområde. I kapittel 3 gis det en generell fremstilling av arbeidstidsreglene og hensynene bak disse. Innledningsvis vil historien bak reglene presenteres. Dette for å få en god forståelse for hvorfor reglene er slik de er i dag, samt for å belyse behovet for unntak for arbeidstakere i visse stillinger. Det redegjøres også for muligheten til å avtale andre ordninger enn de som følger direkte av loven. I kapittel 4 vil hensynene bak unntaket i aml. § 10-12 annet ledd presenteres. Det vil også bli redegjort for skillet mellom «ledende» og «særlig uavhengig stilling». Videre ser jeg nærmere på hva som ligger i unntaket «særlig uavhengig stilling», ved hjelp av en analyse av de ulike rettskildefaktorene. I kapittel 5 redegjøres det for konsekvensene av å være urettmessig unntatt. I kapittel 6 vurderes det i hvilken grad arbeidstakers vern ivaretas når arbeidstakeren er unntatt vernereglene i arbeidstidskapittelet og i kapittel 7 drøftes det hvorvidt advokater og advokatfullmektiger omfattes av unntaket i lys av hva som kommer frem i analysen i kapittel 4. I kapittel 8 gis det noen avsluttende bemerkninger.

2 Noen metodiske utgangspunkter og rettskildemessige særtrekk

Ved løsning av juridiske problemstillinger benyttes juridisk metode, hvor rettskildene og rettskildeprinsippene som kan utledes av den alminnelige rettskildelæren, er styrende.¹⁷ I arbeidsretten vil lovtekst, forarbeider og rettspraksis fra de alminnelige domstolene være de sentrale rettskilder ved tolkning av arbeidsavtalen. I tillegg til disse rettskildefaktorene vil forvaltningspraksis fra Arbeidsretten være av betydning. Arbeidsrettens praksis er særskilt for dette rettsområdet og det vil redegjøres nærmere for relevansen og vekten av denne rettskildefaktoren.

Det skal inngås skriftlig arbeidsavtale i ethvert arbeidsforhold, jf. aml. § 14-5 første ledd. Arbeidsavtalen slår fast arbeidstakers og arbeidsgivers rettigheter og plikter, og er med på å etablere og dokumentere arbeidsforholdet mellom partene. Dette dokumentet, sammenholdt med det reelle arbeidsforholdet, vil fungere som «rettsregler» mellom partene, og er derfor primærkilden i et arbeidsforhold. Innholdet i arbeidsavtalen vil således være en sentral kilde

¹⁷ Eckhoff (2001) s. 15 flg.

for å løse rettslige tvister i arbeidsforholdet, herunder tolke hvilken type stilling arbeidstaker innehar. Det stilles imidlertid ingen krav om at arbeidsavtalen presiserer hvorvidt arbeidstaker er unntatt reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 10, og avtaledokumentet vil derfor ofte måtte suppleres av andre kilder. Hva som fremkommer av arbeidsavtalen er likevel et viktig bevismiddel ved vurderingen av hvorvidt stillingen kan anses å være «særlig uavhengig».

Den primære rettskilden ved vurderingen av om arbeidstakeren er unntatt fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser er aml. § 10-12 annet ledd. Ordlyden gir i seg selv ingen veiledning for det nærmere innholdet i begrepet «særlig uavhengig stilling». Det er derfor nødvendig å supplere med øvrige rettskilder, herunder uttalelser i forarbeidene, rettspraksis, og tilsynspraksis, for å klarlegge innholdet i begrepet, og dermed også anvendelsesområdet for unntaket.

Det følger av forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov at ordlydsendringen fra tidligere lovs «særlig selvstendig» til någjeldende «særlig uavhengig», ikke var ment å innebære noen realitetsendring.¹⁸ Forarbeider og rettspraksis fra arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 vil derfor ha relevans ved tolkningen av innholdet i bestemmelsen.

Det foreligger ingen avgjørelser fra Høyesterett som konkretiserer hva som ligger i unntaket for «særlig uavhengig stilling». Det finnes imidlertid mye praksis fra lagmannsrettene og tingrettene vedrørende temaet. Slik underrettspraksis kan som utgangspunkt ikke tillegges like stor rettskildemessig vekt som dommer avsagt i Høyesterett. Dette gjelder spesielt for avgjørelser fra tingrettene. Bakgrunnen for dette er blant annet at det er noe tilfeldig hvilke avgjørelser fra tingretten som blir publisert, og således er tilgjengelig.¹⁹ Den økende elektroniske tilgjengeligheten ved at dommene publiseres på Lovdata øker imidlertid dommenes faktiske tilgjengelighet, som igjen kan bidra til å styrke dommenes rettskildemessig vekt.²⁰ Vekten vil imidlertid også bero på kvaliteten av argumentasjonen.²¹

Innenfor rettsområder hvor avgjørelser sjelden påankes, og/eller Høyesterett ikke slipper anker inn til behandling, vil denne typen praksis «*kunne bli bestemmende for*

¹⁸ Ot.prp. nr. 49 s. 322.

¹⁹ Fanebust (1989) s. 50.

²⁰ Se til sammenligning Eckhoff (2001) s. 155-156.

²¹ Eckhoff (2001) s. 156-158.

rettstilstanden.»²² I både Frihagen²³ og Mehl²⁴ fremgår det at underrettsdommer fungerer som en viktig argumentkilde i ethvert saksforhold. Denne underrettspraksisen vil derfor tillegges vekt ved tolkningen av innholdet i begrepet.

I mangel på høyesterettspraksis om temaet, vil forvaltningspraksis fra Arbeidstilsynet også være en sentral rettskilde for å klargjøre innholdet i en «særlig uavhengig stilling». I tidligere arbeidsmiljølov av 1977 § 41, hadde Arbeidstilsynet i tvilstilfeller myndighet til å avgjøre hvorvidt en stilling var omfattet av unntaket, jf. § 41 tredje ledd. Ordningen ble ikke videreført i arbeidsmiljøloven av 2005. Arbeidstilsynet har likevel ansvar for å føre tilsyn med at bestemmelser i loven blir overholdt, jf. § 18-1 første ledd, og vil fremdeles kunne forespørres om rekkevidden av unntaket, ettersom de innehar en påleggskompetanse etter aml. § 18-6 første ledd.

Forvaltningspraksis er en rettskilde av lavere rang, jf. Eckhoffs liste over rettskildefaktorer.²⁵ Som rettskilde vil derfor ikke Arbeidstilsynets forvaltningspraksis kunne tillegges like stor vekt som de ovenfor nevnte rettskilder. Bakgrunnen for dette er blant annet at tilsynspraksisen ikke publiseres, men gis innsyn etter anmodning. De avgjørelsene og den statistikken som gjennomgås i fremstillingen har jeg fått tilgang til gjennom innsynsreglene i offentlighetsloven. Denne utilgjengeligheten medfører at praksisen ikke kan tillegges avgjørende vekt.

Verdien av rettskilden vil imidlertid øke ved mangel på andre kilder,²⁶ og vekten vil avhenge av argumentasjonens styrke sammenholdt med resultatets begrunnelse.²⁷ Videre er Arbeidstilsynet et spesialorgan med særlig kompetanse innenfor arbeidslivet, og med stort tilfang av denne typen saker. Det er derfor *«ikke uten interesse hvordan Arbeidstilsynet tolker og anvender unntaksbestemmelse(n)e.»*²⁸ Det bemerkes også at Arbeidstilsynets praksis kan

²² Eckhoff (2001) s. 162.

²³ Frihagen (1966) s. 190-192.

²⁴ Mehl (1982) s. 10-11.

²⁵ Eckhoff (2001) s. 23.

²⁶ Fanebust (1989) s. 52.

²⁷ Brucker (2009) s. 10-11.

²⁸ Skarning (2016) s. 19.

påvirke rettspraksis i form av å være en viktig argumentkilde.²⁹ Et eksempel her er Hålogaland lagmannsretts henvisning til Direktoratet for Arbeidstilsynets generelle tolkningsuttalelse (til NITO i 2007) i LH-2007-191174 og Haugaland tingretts tilsvarende henvisning i THAUG-2012-48587.

Flere EU-direktiver som omhandler arbeidsrett er gjort til en del av EØS-avtalen. EØS-loven³⁰ inkorporerer EØS-avtalen i norsk rett og art. 68 er grunnlaget for gjennomføringen av lovgivningen basert på art. 118 i TEEC³¹, jf. art. 153 i TEUF³². Vedlegg XVIII i avtalen inkorporerer sekundær lovgivning om arbeidsrett og den materielle arbeidsretten er generelt den samme i EØS som i EU.³³ Som medlem av EØS er Norge etter art. 68 pålagt å utforme regler i samsvar med disse forpliktelsene. Arbeidsmiljøloven er derfor i stor grad basert på implementering av ulike EU-direktiv. Når det gjelder arbeidstidsreglene vedtok Europaparlamentet og Rådet i EU direktiv 2003/08/EF i 2003. Direktivet erstattet tidligere rådsdirektiv 00/34/EF og Rådsdirektiv 93/104/EF som også omhandlet regler om organisering av arbeidstid.

Direktivet inneholder regler som begrenser tiden arbeidstaker kan stå til disposisjon for arbeidsgiver, med formål om å verne arbeidstaker mot overarbeid. Direktivets art. 17 åpner for å gjøre unntak fra reglene i tilfeller hvor *«arbejdstidens længde som følge af særlige træk ved det udførte arbejde ikke måles og/eller fastsættes på forhånd, eller når arbejdstagerne selv kan fastsætte den.»* Unntak kan imidlertid kun anvendes såfremt arbeidstakernes helse og sikkerhet ivaretas.

Som eksempel på slike tilfeller er det i bestemmelsens første ledd a, andre alternativ, vist til *«personale med ledelsesfunksjoner eller andet personale, der har beføjelse til at træffe selvstændige beslutninger.»* Arbeidsmiljøloven, herunder unntaket i aml. § 10-12 annet ledd,

²⁹ Fanebust (1989) s. 52.

³⁰ Lov 11. november 1992, Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) (EØS-loven).

³¹ Treaty establishing the European Economic Community, Roma 25. mars 1957.

³² Treaty on the Functioning of the European Union, Roma 25. mars 1957.

³³ Arnesen mfl. (2017) Agreement on the European Economic Area, part V, Chapter 1 Social policy, kommentar til artikkel 68, I. Legal context and starting points, 1. Legal context.

er ansett for å være i samsvar med arbeidstidsreglene i direktivet.³⁴ Det finnes ingen relevante avgjørelser fra EU-domstolen som bidrar til å avklare unntaket i artikkel 17 ytterligere.³⁵ Kommisjonen bak direktivet har imidlertid kommet med en tolkningsveiledning³⁶ som vil være av relevans for tolkningen av unntaksbestemmelsen.

Det som finnes av juridisk teori om temaet for avhandlingen er i hovedsak en generell fremstilling av arbeidsretten, og gjengir stort sett forarbeidene til 1977-loven.³⁷ Advokat Nicolai Skarning har imidlertid skrevet en bok om skillet mellom «ledende» og «særlig uavhengig stilling», med henvisning til domstols- og tilsynspraksis.³⁸ Skarning med flere har også skrevet en artikkel om temaet.³⁹ Det er i tillegg til dette skrevet et lite antall masteroppgaver innenfor emnet, hvorav en er publisert i Serieskrift for jus i 2009.⁴⁰

I denne avhandlingen vil det ved tolkningen av aml. § 10-12 annet ledd følgelig tas utgangspunkt i norsk lov, herunder arbeidsmiljøloven og praksis rundt denne, sammenholdt med kommisjonens tolkningsveiledning og relevant juridisk teori.

3 Reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven kapittel 10

3.1 Innledning

Arbeidsmiljølovens formål er å ivareta arbeidstakers helse, arbeidsmiljø og sikkerhet, jf. aml. § 1-1 første ledd bokstav a. Regulering av arbeidstid har vært, og er fremdeles, et omdiskutert tema. Hensynene bak reglene er kryssende og det oppstår som følge av dette politisk uenighet rundt emnet. For å forstå hensynene bak dagens arbeidstidsregulering er det hensiktsmessig å først kort presentere reglenes historiske bakteppe.

³⁴ NOU 2016:1 s. 29.

³⁵ NOU 2016:1 s. 195.

³⁶ 2017/C 165/01 Fortolkningsmeddelelse fra Kommissionen om Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden.

³⁷ F.eks. Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017).

³⁸ Nicolai Skarning, «Ledende eller særlig uavhengig stilling», 1. utgave 2016.

³⁹ Skarning, Sverre, Punsvik (2017).

⁴⁰ Ingrid Fladberg Brucker, Skriftserie for jus nr. 6, «Særlig uavhengig stilling», 1. utgave 2009.

3.2 Historikk

På starten av 1700-tallet regjerte den politiske idéen om liberalisme rundt om i verden. Ideologien fikk gjennomslag i vesten i løpet av 1800-tallet. Grunntanken var at staten i minst mulig grad skulle gripe regulerende inn i næringene.⁴¹ Kontraktsfriheten medførte at arbeid forutsatte tilbud og etterspørsel i markedet, og arbeidskraft ble ansett som en handelsvare på lik linje med andre formuesgoder.

Etter hvert som tiden gikk, ble ordningen kritisert. Kritikken bestod i hovedsak av at menneskelig arbeidskraft ikke kunne anses som en alminnelig vare, og forholdet arbeidsgiver – arbeidstaker ble ansett asymmetrisk.⁴² Arbeidstakers velferd stod i fare og staten besluttet som en følge av dette å gripe inn. Norge fikk den første arbeidervernloven i 1892⁴³, som i 1910 ble avløst av en ny lov med samme tittel⁴⁴. Regulering av arbeidstid ble ansett som et viktig tema, og begrunnet fremveksten av en organisert arbeiderbevegelse.⁴⁵ Loven tok sikte på å forebygge ulykker og helseskader i fabrikkarbeid, men fikk kritikk fra de voksende fagforeningene for å mangle regulering av arbeidstid.⁴⁶

Kritikken førte til en ny lovrevisjon, og Norge fikk for første gang lovregulert arbeidstid i arbeiderbeskyttelsesloven av 1915.⁴⁷ Arbeidstiden skulle etter loven ikke overstige ti timer i døgnet eller 56 timer i uken. Dette ble i 1919 endret til maksimalt åtte timer i døgnet og 48 timer i uken.⁴⁸

Arbeiderbeskyttelsesloven gjaldt imidlertid kun for arbeidstakere innenfor industrien, og arbeidstidsreglene hadde derfor et begrenset virkeområde. Det forelå på denne tiden enighet om at virkeområdet til arbeidervernloven burde utvides. Først i 1936 fikk vi den første

⁴¹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 23.

⁴² Evju (2014) s. 222-229.

⁴³ Lov 27. juni 1892 om Tilsyn med Arbeide i Fabriker mv. (fabrikktilsynsloven).

⁴⁴ Lov 10. september 1909 om Tilsyn med Arbeide i Fabriker mv.

⁴⁵ Byrkjeland (2006) punkt 1.1.

⁴⁶ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 26.

⁴⁷ Lov 18. september 1915 om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter.

⁴⁸ Revisjon av arbeidervernlova av 1915, innstilling levert 3. januar 1919.

alminnelige arbeidervernloven⁴⁹ som da omfattet de fleste norske arbeidstakere.⁵⁰ Ettersom lovgivningen nå regulerte alt fra fabrikkarbeidere til advokater, hvis arbeidsoppgaver er strukturert svært ulikt, så lovgiver behov for å gjøre unntak.

Det ble blant annet gjort unntak for «*arbeid av ledende eller kontrollerende art, og arbeid av særlig betrodd art.*» Unntakene ble videreført i de senere arbeidervernlovene.⁵¹ I 1958 ble arbeidstiden regulert ned til maksimalt 45 timer i uken, for så ytterligere senket til maksimalt 42,5 timer i 1968.⁵²

På 1970-tallet igangsatte Stortinget en omfattende revidering av arbeidervernlovgivningen som resulterte i arbeidsmiljøloven av 1977.⁵³ Den alminnelige arbeidstiden ble her satt til 40 timer i uken. Tariffoppjøret mellom LO og N.A.F. i 1986 innførte imidlertid en regel om 37,5 timers arbeidsuke. Ordningen er ikke lovfestet, men gjelder den dag i dag som alminnelig arbeidstid for størsteparten av arbeiderne i det norske arbeidsliv.⁵⁴

Revisjonen av arbeidsmiljøloven fra 1977 medførte at arbeidsgrupper som var unntatt fra loven av 1936 nå ble omfattet. Unntaket for «*arbeid av ledende art eller kontrollerende, og arbeid av særlig betrodd art*» ble endret til «*arbeid av ledende art og arbeid av andre som har en særlig selvstendig stilling innen virksomheten.*» Bakgrunnen for endringen var at man ville unnta de arbeidstakerne som ikke passet inn i lovens normalordning, fordi de i kraft av sitt ansvarsområde selv kunne vurdere og avgjøre behovet for eget overtidsarbeid.⁵⁵

Ny arbeidsmiljølov trådte i kraft i 2005, og unntaket for arbeidstakere i «*særlig selvstendig stilling*» ble endret til «*særlig uavhengig stilling*», uten at dette skulle innebære noen realitetsendring.⁵⁶ Arbeids- og sosialdepartementet uttalte imidlertid i brev til Arbeiderpartiets stortingsgruppe at ordlysendringen skulle tydeliggjøre at praksis på tiden endringen ble

⁴⁹ Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern.

⁵⁰ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 26.

⁵¹ Lov 19. juni 1936 om arbeidervern § 12 og lov 7. desember 1956 om arbeidervern § 18.

⁵² Endringer ved lov 28. november 1958 og lov 10. mai 1968.

⁵³ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

⁵⁴ Byrkjeland (2006) kap. 3.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 41 s. 37.

⁵⁶ NOU 2004:5 s. 265.

foretatt ikke var i samsvar med lovens intensjoner og derfor måtte innstrammes.⁵⁷ Dette kom som en følge av et alminnelig ønske om å stramme inn bruken av unntaket, ettersom mange mente begrepet hadde blitt tøyd for langt på grunn av tolkningstvill.⁵⁸

Ved lovendring av 1. juli 2015 gjennomgikk arbeidsmiljøloven flere endringer. Partene i arbeidsforhold fikk en utvidet adgang til å avtale lengre arbeidsdager, og rammene for overtid ble utvidet. Videre ble retten til fri hver tredje søndag endret til hver fjerde.⁵⁹

Arbeidstiden har gått fra å være totalt uregulert, til å bli svært strengt regulert, for deretter å bli myket opp igjen. Essensen i lovendringene har vært fortløpende utvidelser av unntak som en følge av behovet for spesialtilpasning, etter hvert som flere yrkesområder ble omfattet av arbeidstidsreguleringen. Statsintervensjonismen på 1800-tallet var begrunnet i behovet for å verne arbeidstaker. Unntakene vi har i dag er kommet som en følge av at arbeidstakerne i disse stillingene har evne og reell mulighet til å verne seg selv i kraft av sin stilling.

3.3 Hensynene bak reglene

Reglene om arbeidstid er basert på kryssende og til dels motstridende interesser. På den ene siden står hensynet til å ivareta arbeidstaker, og på den annen side bedriftens interesse i effektivt å skape verdier, herunder å få umiddelbar tilgang på arbeidskraft ved behov.

Det sentrale hensynet bak reglene er likevel å verne arbeidstaker mot helsemessige og sosiale belastninger.⁶⁰ Forskning viser at arbeidstakere som regelmessig jobber overtid har dårligere helse og er sykere.⁶¹ Begrensninger i arbeidstid og overtid skal derfor verne arbeidstakers helse. Reglene om arbeidstid skal også sikre arbeidstaker tilstrekkelig fritid ved siden av jobben, herunder tid til familien. Lovgivers målsetting er at alle i enhver livssituasjon skal ha mulighet til å være i arbeid, da dette ikke bare har økonomisk, men også stor sosial betydning.

⁵⁷ Brev fra Arbeids- og sosialdepartementet til Arbeiderpartiets stortingsgruppe 6. mai 2005, vedrørende 23 spørsmål til Ot.prp. nr. 49 (2004–2005).

⁵⁸ NOU 2004:5 s. 245.

⁵⁹ Prop. 48 L 2014-2015 og Innst. 207 L 2014-2015.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 41 s. 36.

⁶¹ Statens Arbeidsmiljøinstitutt (STAMI), har utarbeidet en sammenstilling av internasjonale forskningsresultater for Arbeidslivslovutvalget og viser videre til Dembe, A.E. m.fl. The impact of overtime and long work hours on occupational injuries and illnesses: new evidence from the United States, *Occup Environ Med* 2005; 62.

Uten reguleringer av arbeidstidens lengde har ofte ikke foreldre med flere barn kapasitet til fulltidsarbeid. Man skal kunne kombinere karriere og familieliv, og dette skal loven søke å ivareta. Stillinger som karakteriseres som «særlig uavhengig» er i mange tilfeller uaktuelle for foreldre til flere barn, ettersom dette medfører at man vil måtte arbeide ut over den alminnelige arbeidstid. Forskning har vist at andelen kvinner i slike stillinger er langt lavere enn antall menn.⁶² Arbeidstidsreglene er derfor også viktig i et likestillingsperspektiv, for å få flere kvinner inn i alle deler av arbeidslivet.

Videre skal reglene om arbeidstid ivareta sikkerhetshensyn gjennom å «*reducere risikoen for feil og ulykker, slik at arbeidstakeren ikke utsetter seg selv eller andre for fare.*»⁶³ Dette hensynet kan forstås på flere måter. For det første vil man begrense bruk av overtid for å unngå fysiske skader på arbeidstakeren og andre. En annen betraktning er at begrenset bruk av overtid reduserer risikoen for feil som får andre negative konsekvenser enn fysiske skader. For eksempel vil en advokat som jobber mye overtid etter hvert bli sliten og risikere å gjøre feil som kan få store negative konsekvenser for hans klient og saken som sådan. En utmattet forsvarer i en straffesak vil neppe ivareta sin klients interesser på en forsvarlig måte, og en dommer kan etter lange arbeidsdager bedømme bevis feil og således komme til et materielt uriktig resultat. Gjennom å følge arbeidstidsreglene oppstilt i loven reduseres faren for at slike feil oppstår. Klienter og kunder av arbeidstakere som er underlagt disse reglene beskyttes derfor til en viss grad fra slike feil.

Fordelingspolitiske hensyn trekkes også frem som en begrunnelse for å begrense bruken av overtid.⁶⁴ Det foreligger politisk enighet om å jobbe for å redusere arbeidsledigheten. Bedrifter som stadig har bruk for overtid bør derfor heller ansette nye som kan ta seg av det ekstra arbeidet, fremfor å belaste helsen til arbeidstakere som allerede er i fullt arbeid. Reglene om begrenset adgang til overtid er også i samfunnets interesse, ved redusert risiko for slitasje, og færre sykemeldinger. Velferdsordningene stiger i takt med sysselsettingen, som igjen øker landets bruttonasjonalprodukt (BNP).

⁶² SENTIO del II pkt. 4 s. 28.

⁶³ NOU 2016:1 s. 27.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 50 s. 105.

Overtid som normalordning er ikke ønskelig og arbeidsgiver «straffes» derfor ved bruk av dette med pålegg om å betale et overtidstillegg på minst 40 %.⁶⁵ Dette vil virke preventivt for bedriften i den forstand at arbeidsgiver gjerne ikke ønsker å bruke kostnader på dette, og positivt for arbeidstaker som får ekstra kompensasjon for ulempen.

3.4 Gjeldende rett

3.4.1 Lovens hovedregler

Reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven kapittel 10 setter grenser for hvor lang arbeidstiden kan være, og når på døgnet arbeidet kan utføres.⁶⁶ Reglene er svært detaljerte, og er i utgangspunktet ufravikelige til ugunst for arbeidstaker. Partene kan inngå avtale til gunst for arbeidstaker i form av kortere arbeidstid.⁶⁷ Det kan imidlertid ikke avtales lengre arbeidsdager utenom de tilfeller loven gir uttrykkelig adgang til dette.

Den alminnelige arbeidstiden er etter loven fastsatt å være maksimalt ni timer i døgnet, og høyst 40 timer i løpet av uken, jf. aml. § 10-4 første ledd. Dette er likevel kun en hovedregel. For noen yrker settes timesgrensen høyere eller lavere.⁶⁸ Loven søker også å begrense tidspunktet for arbeidstiden. Arbeid skal normalt ikke utføres på natten eller i helgene, med mindre arbeidets art gjør det nødvendig, jf. aml. §§ 10-11 annet ledd og 10-10 annet ledd. Loven regulerer også arbeidstakers rett på fritid, og hovedregelen er minst elleve timer sammenhengende arbeidsfri i løpet av et døgn, jf. aml. § 10-8 første ledd. I tillegg til den daglige arbeidsfri har arbeidstakeren krav på minst 35 timer sammenhengende fri i løpet av en uke på syv dager, jf. aml. § 10-8 annet ledd. Arbeidstaker har også krav på pause etter nærmere bestemte vilkår i aml. § 10-9.

Arbeid ut over normal arbeidstid regnes som overtid, og må ikke gjennomføres uten at det foreligger et «særlig og tidsavgrenset behov» for det, jf. aml. § 10-6 første og annet ledd. Ordlyden taler for at dette er en snever unntaksregel, jf. «særlig». Bakgrunnen for dette er å unngå at arbeidsgiver bruker overtid som en normalordning. For å hindre misbruk av overtid har arbeidstaker ved overtidsarbeid krav på tillegg i lønnen på minst 40 %, jf. aml. § 10-6

⁶⁵ Jf. aml. § 10-6 ellefte ledd.

⁶⁶ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 301.

⁶⁷ Jf. aml. § 1-9.

⁶⁸ Se aml. § 10-4 annet til sjetten ledd.

ellefte ledd. Loven setter også grenser for hvor mye overtid arbeidstaker kan utføre. Arbeidsdagen skal ikke overstige 13 timer på en periode på 24 timer, eller 48 timer på syv dager, jf. bestemmelsens åttende ledd.

Av fleksibilitetshensyn åpner loven opp for at det kan inngås avtale om gjennomsnittsberegning av den alminnelige arbeidstiden. Arbeidstaker kan i perioder jobbe lengre enn lovens normalordning uten å få overtidstillegg, forutsatt at vedkommende får fri på et annet tidspunkt, jf. aml. § 10-5 første ledd.

For å opprettholde arbeidstakers vern når det gjøres unntak fra reglene, foreligger det et ubetinget krav om at arbeidstidsordningen i virksomheten skal være organisert slik at arbeidstaker ikke utsettes for uheldige fysiske eller psykiske belastninger, jf. § 10-2 første ledd. Denne regelen kan man ikke avtale seg bort fra og gjelder følgelig for enhver arbeidstaker.

3.4.2 Arbeidsmiljølovens ufravikelighetsprinsipp og adgangen til å avtale andre ordninger

Arbeidsmiljøloven er delvis preseptorisk, da partene ikke kan avtale noe som er til ugunst for arbeidstakeren, med mindre dette er «særskilt fastsatt» i loven, jf. aml. § 1-9. Lovens adgang til å avtale at arbeidstaker skal inneha en «særlig uavhengig stilling» må anses å være en adgang som er «særskilt fastsatt». Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 5. I det følgende redegjøres det for andre mulige unntak fra arbeidstidsreglene i kapittel 10.

Siden loven angir minstestandarder, er det ingenting i veien for at partene avtaler andre lønnsforhold som er til arbeidstakers gunst, herunder ordninger som tilfredsstillende lovens overtidsordning, eller er bedre enn denne. Hvorvidt en avtale innebærer en bedre eller dårligere løsning for arbeidstaker må *«avgjøres ut fra en objektiv vurdering av hva som er i strid med lovens intensjoner.»*⁶⁹

En vanlig ordning er at partene i arbeidsforholdet avtaler at arbeidstakeren avspaserer i stedet for å få utbetalt overtidstillegg. Tidligere arbeidsmiljølov godtok ikke en slik ordning, da tillegget alltid skulle utbetales.⁷⁰ Dagens arbeidsmiljølov åpner imidlertid for at arbeidsgiver

⁶⁹ Arbeidsrett.no, note nr. 2 til aml. § 1-9 av Henning Jakhelln.

⁷⁰ Arbeidsrett.no, note nr. 2 til aml. § 1-9 av Henning Jakhelln.

og arbeidstaker skriftlig kan avtale at overtidstimer og tillegg helt eller delvis tas ut i fri på et avtalt tidspunkt, jf. aml. § 10-6 siste ledd. Forarbeidene anerkjenner at en slik adgang til avspasering av overtidstillegget kan virke mot lovens hensikt om vern mot overtidarbeid.⁷¹ Årsaken er at en slik adgang medfører at det blir attraktivt for arbeidsgiver fordi det blir rimeligere å benytte overtidarbeid. Avspaseringen vil likevel i perioder medføre mindre arbeidskraft. Det totale antall timer som arbeides blir følgelig mindre, og arbeidstakers krav på fritid vernes derfor gjennom at han i andre perioder har krav på fri.

Noen bransjer praktiserer høyere lønn som kompensasjon for at arbeidstakeren ikke har krav på overtidsbetaling.⁷² På denne måten blir arbeidstakeren unntatt fra lovens bestemmelser om overtid, uten noen klar lovhjemmel for dette. Her oppstår det også et spørsmål om denne løsningen er minst like bra som lovens ordning. Umiddelbart virker det ikke å være slik. Det må legges til grunn at noen arbeidstakere jobber ut over den overtid som er inkludert i grunnlønnen, og disse vil derfor komme bedre ut med lovens alminnelige ordning. Partenes lønnsavtale må derfor minst tilsvare 40 % tillegg til alminnelig lønn for å være i tråd med loven.⁷³

I et brev til NHO av 9. november 2006 skriver Arbeids- og sosialdepartementet at regelen om overtid ikke er til hinder for å avtale et fast tillegg i lønnen som skal kompensere for overtid. Vilkåret er imidlertid at den faktiske utførte overtiden blir kompensert med minst 40 %. Hvis man arbeider overtid ut over hva grunnlønnen dekker, må følgelig det overskytende kompenseres i tillegg. Det må derfor fremgå klart av arbeidsavtalen hva som er grunnlønnen og hva som er kompensasjon for eventuell overtid.⁷⁴ Arbeidstilsynet har sluttet seg til dette.⁷⁵ Uavhengig av avtalen partene har inngått, må lovens vilkår for overtid fremdeles være oppfylt, slik at det foreligger et «særlig og tidsavgrenset behov for det», jf. aml. § 10-6 første ledd.

⁷¹ Ot.prp. nr. 49 pkt. 13.6.4.

⁷² Brucker (2009) s. 38.

⁷³ Jf. aml. § 10-6 ellefte ledd.

⁷⁴ <https://www.arbeidsmiljo.no/overtidsgodtgjorelse-inkludert-i-lonn/>, sist lest 02/02/2018.

⁷⁵ <https://www.arbeidstilsynet.no/arbeidsforhold/arbeidstid/overtid/>, sist lest 02/02/2018.

4 Unntak fra arbeidstidsreglene for arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling»

4.1 Den rettslige betydningen av «særlig uavhengig stilling»

Arbeidstaker tilsatt i en «særlig uavhengig stilling» er unntatt fra alle bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 10, foruten § 10-2 første, annet og fjerde ledd. Denne bestemmelsen ivaretar henholdsvis vern mot uheldige belastninger på helse eller psyke, sikkerhet og eldre som av ulike årsaker behøver å få redusert sin arbeidstid. Arbeidstaker i «særlig uavhengig stilling» er derfor, selv om han er unntatt fra de alminnelige reglene i arbeidsmiljølovens kapittel 10, fremdeles vernet mot overtidsarbeid som kan gå ut over vedkommendes helse. I en «særlig uavhengig stilling» vil det likevel være en flytende overgang mellom arbeid og fritid. Hvor mye fritid arbeidstaker får vil således i stor grad avhenge av arbeidstaker selv.

Det mest sentrale unntaket gjelder bortfallet av overtidsbetaling som følger av aml. § 10-6. Arbeidstid henger tett sammen med lønn, og arbeid ut over den alminnelige arbeidstiden uten noen form for ekstra godtgjørelse kan fremstå som urimelig. Arbeidstakere i denne typen stilling har imidlertid ofte et høyere lønnsnivå som kompenserer for bortfallet av overtidsbetaling.⁷⁶

Rettspraksis vedrørende aml. § 10-12 annet ledd omhandler likevel stort sett arbeidstakers krav om overtidsbetaling med anførsel om at man ikke innehar en «særlig uavhengig stilling». Retten til overtidsbetaling vil være avhengig av at stillingen ikke er «særlig uavhengig» og derfor ikke kan unntas reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven kapittel 10. I punkt 4.4 nedenfor, redegjøres det for hvilke momenter som er relevante for å avgjøre om arbeidstaker har en slik stilling.

4.2 Hensynene bak unntaket

Forarbeidene til 1977-loven viser at for noen stillinger er det «*vanskelig å anvende faste regler om arbeidstid*», og stillingene unntas dermed arbeidstidskapittelets bestemmelser.⁷⁷

⁷⁶ Ot.prp. nr. 41 s. 38.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 41 s. 58.

Reglene om arbeidstid er ment å verne mot overarbeid. De kan imidlertid også oppleves som unødig hemmende for arbeidstakere og arbeidsgivere med behov for større fleksibilitet og frihet. Vernet som arbeidstidsreglene gir var i utgangspunktet utarbeidet for fabrikkarbeidere, som på daværende tidspunkt var et yrke som en stor andel av befolkningen arbeidet innenfor. På grunn av samfunnsutviklingen etter denne tid, passer ikke reglene like bra i dag.

Arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling» kan ha større behov for fleksibilitet enn andre, og de strengt regulerte arbeidstidsreglene passer derfor ikke alltid for disse stillingene. Også arbeidsgivere kan ha behov for fleksibel bruk av slik arbeidskraft. Av denne grunn er det nødvendig at loven åpner for å gjøre unntak.

Virksomheter vil ofte være avhengig av at noen arbeidstakere er unntatt arbeidstidsreglene for at de skal kunne nå sine mål under tidspress. Arbeidstaker med «ledende» eller «særlig uavhengig(e) stilling(er)» er ofte av særlig stor betydning for virksomheten. Dersom viktige arbeidsoppgaver må utføres eller avgjørelser må treffes på et tidspunkt hvor arbeidstaker i utgangspunktet har krav på fritid, vil dette kunne få betydelige negative konsekvenser for driften og styringen av virksomheten.⁷⁸

Unntakene er positive også for arbeidstaker, som da kan disponere egen arbeidstid slik det passer han best. Arbeidstakere i en «særlig uavhengig stilling» har ofte oppgaver basert på tidsfrister, uten at arbeidet nødvendigvis må utføres innenfor vanlig arbeidstid. Disse arbeidstakerne er ofte selvstendige og jobber på siden av bedriften. De har behov for fleksibilitet og bør ikke måtte være bundet av klokken på samme måte som andre arbeidere som er underlagt en strengere styringsrett⁷⁹ i forhold til tid og sted.

Arbeidstaker mister vernet han har etter de alminnelige arbeidstidsreglene, men står normalt i en sterkere posisjon enn andre arbeidstakere, og har derfor ikke samme behov for vern.⁸⁰ Gjennom å bestemme sin egen arbeidstid gis arbeidstakeren selv mulighet til å ivareta vernet. Hvor godt vernet ivaretas beror følgelig på arbeidstakers selvdisiplin, sammenholdt med

⁷⁸ Skarning (2016) s. 16.

⁷⁹ Med arbeidsgivers styringsrett menes arbeidsgivers adgang til å «lede, fordele og kontrollere arbeidet», jf. Rt-2000-1602 (Nøkk-dommen) s. 1609.

⁸⁰ Skarning (2016) s. 16.

arbeidsbyrden, og virksomhetens forventning til effektivitet. Hvorvidt dette vernet anses tilfredsstillende kommer jeg tilbake til i kapittel 6.

4.3 Skillet mellom «ledende» og «særlig uavhengig stilling»

Unntakene for arbeidstakere i «særlig uavhengig» og «ledende» stilling følger av samme paragraf, men er hjemlet i hvert sitt ledd i aml. § 10-12. Bestemmelsens ordlyd er svært lik og loven gir ikke noen nærmere veiledning på hva som skiller disse begrepene fra hverandre.

Kravet om at stillingen er «ledende» taler imidlertid i retning av at stillingen hovedsakelig er av ledende art. Dette støttes opp av forarbeidene som presiserer at unntaket tar sikte på stillinger som innehar klare lederfunksjoner.⁸¹ Hvis kun deler av stillingen anses ledende, vil det derfor være mer nærliggende å anerkjenne den som «særlig uavhengig». Som eksempel på arbeidstakere i «ledende stilling» nevner forarbeidene *«disponenter, avdelingssjefer, kontorsjefer, overingeniører og andre som har et større ansvar eller som i særlig grad kan treffe selvstendige avgjørelser.»*⁸² Arbeidstakere ansatt i lederstillinger har som regel, i motsetning til arbeidstakere ansatt i en «særlig uavhengig stilling», et ansvar overfor andre ansatte, ettersom de etter forarbeidene betegnes som «sjefer». Arbeidstakere ansatt i «ledende stilling» er derfor i større grad enn en «særlig uavhengig» arbeidstaker pliktig til å være til stede på arbeidsplassen og være tilgjengelig for kollegaene.

Grensen mellom begrepene er likevel til dels flytende. Resultatet vil bero på hvor fremtredende lederrollen er, herunder hvor i bedriftens organisasjonshierarki vedkommende arbeidstaker befinner seg. Hvorvidt stillingen er ledende eller «særlig uavhengig» vil imidlertid kun få betydning for det juridiske grunnlaget, ettersom virkningen er den samme: vedkommende arbeidstaker er unntatt fra arbeidstidsreglene.

4.4 En analyse av gjeldende rett

4.4.1 Vurderingstemaet for «særlig uavhengig stilling»

En arbeidstaker er etter arbeidsmiljøloven definert som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste», jf. aml. § 1-8 første ledd. En arbeidstaker er derfor en som gjennom et ansettelsesforhold er undergitt en annens ledelse, mer presist arbeidsgivers styringsrett. Et

⁸¹ Ot.prp. nr. 41 s. 59.

⁸² *Ibid.*

viktig skille trekkes mellom arbeidstakere og selvstendige oppdragstakere. Sistnevnte faller utenfor lovens virkeområdet. Rettspraksis har utpenslet momenter for grensedragningen, og disse er gjengitt i forarbeidene.⁸³

Såfremt arbeidstaker faller inn under loven, kan det som tidligere nevnt gjøres unntak fra arbeidstidskapittelet i arbeidsmiljøloven for tilfeller hvor lovens normalordning ikke finnes passende. Da arbeidstidsreguleringen gikk fra å være sektorbasert til generell, ble loven utvidet til å regulere et bredt spekter av ulike arbeidstakergrupper og sektorer hvor formelle arbeidstidsregler ikke uten videre ble ansett å passe. Tid regnes etter arbeidsmiljøloven i penger. Det er ikke like lett for alle typer yrker å beregne tid i penger. Dette gjelder spesielt liberale yrker, hvor man i noen tilfeller «alltid» er på jobb. En arkitekt kan for eksempel sies å være på jobb mens han går tur i skogen på sin fritid, basert på at han denne tiden hentet inspirasjon til et prosjekt. For fabrikkarbeid derimot, er det lettere å beregne tid i penger, og arbeidsmiljøloven passer fint for slike «samlebåndsykker».

Hvorvidt arbeidstakeren faller inn under unntaket for «særlig uavhengig stilling» etter aml. § 10-12 annet ledd beror på en konkret helhetsvurdering.⁸⁴ Ordlyden gir som nevnt ovenfor lite veiledning. At stillingen er «uavhengig» må imidlertid forstås som en stilling hvor arbeidstaker i stor grad styrer sin egen arbeidsdag, og følgelig ikke er strengt underlagt arbeidsgivers styringsrett. Foruten at stillingen må innebære en viss grad av selvstendighet, gir ikke ordlyden noen nærmere avklaring.

EU-kommisjonen har i sin tolkningsveiledning påpekt at direktivets artikkel 17 skal tolkes dit hen at bruken av unntaket skal begrenses til det som er «*strengt nødvendig for å ivareta interesser som disse unntakene har spesialisert seg på å beskytte.*»⁸⁵ Tolkningsuttalelsen tyder på at unntaket er snevert, og kun skal anvendes i de tilfeller hvor hensynene bak unntaket gjør seg gjeldende med full kraft. Norsk rettspraksis presiserer videre at arbeidstidsreglene er gitt for å verne arbeidstaker, og derfor «*ment å skulle omfatte flest mulig grupper.*»⁸⁶ Uttalelsen viser at det må foreligge gode grunner for å frata arbeidstaker det

⁸³ Ot.prp. nr. 49 s. 73.

⁸⁴ Or.prp.nr.49 s. 181.

⁸⁵ 2017/C 165/01 Fortolkningsmeddelelse fra Kommissionen om Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden, s. 44, min oversettelse.

⁸⁶ LG-2015-81139-2.

vernet som følger av arbeidstidskapittelet. Dette fremkommer også av Arbeidstilsynets praksis, som har lagt seg på en streng fortolkning av unntaksbestemmelsen.⁸⁷ Arbeidstilsynet uttaler i flere saker at unntaksbestemmelsen er snever og at det skal mye til før en kan definere stillingen som «særlig uavhengig».⁸⁸

Avgjørende etter forarbeidene fra 1977-loven⁸⁹ og dagens lov, synes å være at arbeidstaker har en stilling som innebærer en tydelig og åpenbar selvstendighet, hvor han selv kan kontrollere sin egen arbeidstid. Unntaket er ment å gjelde for arbeidstakere som ikke har klare lederfunksjoner, men likevel overordnede og ansvarsfulle stillinger. Arbeidstaker må således kunne bestemme selv hva som skal gjøres, hva som skal delegeres videre til andre, når arbeidet skal gjøres og hvordan arbeidet skal utføres.⁹⁰ I det følgende vil det redegjøres for de ulike momentene som kan ha relevans ved helhetsvurderingen.

4.4.2 Ansettelsesavtalen, stillingens tittel, beskrivelse og arbeidsinstrukser

Ved vurderingen av om stillingen kan anses «særlig uavhengig» vil stillingstittelen være uten betydning. Avgjørende for hvorvidt stillingen er «særlig uavhengig» vil være det reelle arbeidsforhold, altså arbeidet arbeidstakeren faktisk utfører.⁹¹ Hvilket arbeid som skal utføres følger ofte av arbeidsavtalen, og rettspraksis har gjennomgående tolket denne for å vurdere hvorvidt stillingen kan anses for å være «særlig uavhengig».

Et eksempel er Gulating lagmannsretts dom inntatt i RG-2013-1175. Saken omhandlet krav om overtidstillegg for arbeid ut over alminnelig arbeidstid. Saksøker var seniorrådgiver for innkjøp i et serviceselskap innen olje -og gassbransjen, og ble i hovedsak tilkalt i prosjekt. Ved vurderingen av hvorvidt stillingen var «særlig uavhengig» så retten på hva som fulgte av arbeidstakerens arbeidsavtale og stillingsinstruks. Arbeidsavtalen var svært detaljert, og bestod av prosjektstyrte arbeidsoppgaver. Arbeidsavtalen inneholdt også ulike «deadlines» som måtte oppfylles underveis i prosjektet. Disse tidsfristene styrte således hvilke oppgaver som til enhver tid måtte utføres, som følgelig begrenset arbeidstakers selvstendighet vedrørende når og hvordan han skulle arbeide. Som en følge av dette, sammenholdt med

⁸⁷ Skarning (2016) s. 58.

⁸⁸ Se blant annet sak 221654/2015.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 41 s. 181.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 49 s. 322.

⁹¹ LB-2007-101453.

andre momenter, ble stillingen ikke ansett å være «særlig uavhengig». Arbeidstaker hadde derfor rett på overtidsbetaling.

I Oslo tingretts dom inntatt i TOSLO-2005-169978 kom retten til at en hovmester ikke kunne anses å ha en «særlig uavhengig stilling». Retten viste til at stillingstittelen ikke var av betydning, og at det reelle innholdet i stillingen måtte være det avgjørende. Til forskjell fra dommen nevnt ovenfor, tok retten ikke utgangspunkt i arbeidsavtalen, men parts- og vitneforklaringer om arbeidstakers reelle arbeidsforhold. Ut fra forklaringene kom det frem at arbeidsoppgavene bestod av til dels alminnelig servitør- og bartenderarbeid. Hovmesteren hadde videre samme vaktordning som de alminnelige servitørene og mottok stillingsinstrukser fra bartenderen som således ble hans overordnede. Hans ledende og tilsynelatende uavhengige stillingstittel samsvarte derfor ikke med arbeidsoppgavene, ettersom disse reelt sett var av alminnelig art. Krav om overtidsbetaling ble derfor tatt til følge.

Dommene viser at stillingstittelen, herunder også stillingsbeskrivelsen, vil være irrelevant når de faktiske arbeidsoppgavene ikke harmonerer med hva stillingstittelen kan indikere.

4.4.3 Uavhengighet, selvstendighet og beslutningsmyndighet

Ordlyden «særlig» peker i retning av at selvstendigheten må være fremtredende eller særlig markant. Herunder må organiseringen av hvordan arbeidsoppgavene utføres tillegges den enkelte arbeidstaker. Ved at arbeidstaker selv prioriterer sine oppgaver etter eget ønske, vil arbeidsgiver ha mindre styringsrett overfor den ansatte, og følgelig mindre innflytelse på hvordan og når han utfører oppgavene. Uavhengigheten henger nært sammen med beslutningsmyndighet og en «særlig uavhengig stilling» innebærer derfor ofte et element av personalansvar, herunder myndighet til å delegere arbeidsoppgaver til andre.⁹²

Et eksempel fra rettspraksis som illustrerer betydningen av arbeidstakers selvstendighet er Gulating lagmannsretts dom inntatt i RG-2013-1175. Saksforholdet i dommen fremgår ovenfor under punkt 4.4.2. Som nevnt spilte flere momenter inn på rettens konklusjon om at stillingen ikke ble ansett å være «særlig uavhengig». Blant disse var arbeidstakers manglende beslutningsevne. Seniorrådgiveren hadde ikke fullmakt til å fatte beslutninger på vegne av selskapet, verken av rettslig eller økonomisk art. Rådgiverens stilling var derfor ikke

⁹² Arbeidsrett.no, note 5 til aml. § 10-12, skrevet av Stian Hasli Hansen.

selvstendig eller uavhengig på en «*tydeleg og openberr*» måte i forhold til hvordan arbeidsoppgavene skulle organiseres og gjennomføres.

I Gulating lagmannsretts dom inntatt i LG-2015-81139-2 kom retten til at stillingen var «særlig uavhengig». Saken omhandlet tvist om en konkurranseklausul i arbeidsavtalen til tre kjørelærere. Den rettslige relevante problemstillingen i denne sammenheng var om kjørelærerne var omfattet av arbeidstidsbestemmelsene. I sin vurdering la retten blant annet vekt på at arbeidstakerne hadde stor faglig selvstendighet. Kjørelærerne var ansvarlig for kontakten med elevene uten noen form for instruks fra arbeidsgiver, og de hadde derfor en «*tydelig og åpenbar selvstendighet*» ved utføringen av arbeidsoppgavene. Dette var et av flere momenter som medførte at retten kom til at stillingen var «særlig uavhengig».

Av tilsynspraksis vedrørende arbeidstakers beslutningsmyndighet og selvstendighet, gir sak 254130/2013 mot Gambro Norge NUF AS veiledning. Arbeidstilsynet tok stilling til hvorvidt to produktspecialister kunne anses å ha en «særlig uavhengig stilling». Konklusjonen var splittet, og kun en av arbeidstakerne ble ansett å falle inn under unntaket.

For arbeidstakeren som ble ansett å inneha en «særlig uavhengig stilling» viste tilsynet til at vedkommende selv bestemte hvilke oppgaver han skulle påta seg, og således selv prioriterte arbeidet og behovet for egen arbeidsinnsats. Spesialisten hadde et selvstendig ansvar i virksomheten gjennom å ha ansvar for eget budsjett, samt en uavhengig signeringsfullmakt for avtaler.

Arbeidstakeren som ikke ble unntatt arbeidstidsreglene hadde til forskjell fra den andre kun en viss selvstendighet i forhold til prioriteringen av arbeidsoppgavene. Vedkommende hadde ingen beslutningsmyndighet eller ansvar av særlig omfang. Stillingen var derfor ikke tilstrekkelig tydelig og åpenbar uavhengig til å omfattes av unntaket i aml. § 10-12 annet ledd.

Det som skilte stillingene fra hverandre og som Arbeidstilsynet valgte å legge avgjørende vekt på, var den enkelte arbeidstakers uavhengighet og selvstendige ansvar. Den ene spesialisten kunne signere avtaler og bestemme eget budsjett, mens den andre hadde rapporteringsplikt til daglig leder. På bakgrunn av denne avgjørelsen kan det konkluderes med at det ikke er tilstrekkelig at arbeidstaker selv kan prioritere sine egne arbeidsoppgaver. Det kreves i tillegg at stillingen innebærer en åpenbar selvstendighet.

Praksis illustrerer at graden av uavhengighet i arbeidsutførelse er et avgjørende moment for om arbeidstaker kan sies å ha en «særlig uavhengig stilling».

Ettersom grensen nedad mot alminnelige arbeidstakere trekkes ved uavhengighetsvurderingen, hvor stillinger av «særlig uavhengig» art ofte innehar stor beslutningsmyndighet og selvstendighet, kan det oppstå spørsmål om hvor selvstendig en arbeidstaker kan være før vedkommende ikke lenger er å anse som «særlig uavhengig», men leder ansatt i «ledende stilling» etter aml. § 10-12 første ledd. Av forarbeidene til 1977-loven kan det utledes at arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling» normalt ikke innehar lederfunksjoner, men likevel overordnede og ansvarsfulle stillinger.⁹³ Det må derfor legges til grunn at så lenge arbeidstaker til en viss grad begrenses av en overordnet som overprøver og kontrollerer ting han foretar seg, vil arbeidstakeren være underlagt en viss styringsrett, og derfor ikke være leder. Arbeidstaker i «særlig uavhengig stilling» vil derfor aldri kunne være helt uavhengig virksomhetens ledelse. For den nærmere grensen mellom «ledende» og «særlig uavhengig stilling» henvises det til punkt 4.3.

4.4.4 Nøkkelposisjon og faglig kompetanse

Arbeidstakere med særlige kvalifikasjoner eller kunnskap tar ofte selvstendige avgjørelser på vegne av virksomheten, og anses som «særlig uavhengig» fordi vedkommende innehar denne typen nøkkelposisjon.⁹⁴

Arbeidstakere som er tilsatt på grunn av sin særlige faglige kompetanse og som på grunn av denne kompetansen i stor grad selv styrer sin arbeidsdag og oppgaver, faller imidlertid ikke alltid inn under begrepet «særlig uavhengig stilling». For de tilfeller hvor arbeidstakeren innehar høy faglig kompetanse, er det ofte dette og ikke stillingen som sådan som gjør arbeidstakeren uavhengig. Det må derfor etter forarbeidene være forhold «*utover det å beherske et fag som tilsier at stillingen er «uavhengig», for eksempel at det dreier seg om særlig overordnede og ansvarsfulle stillinger.»*⁹⁵

Frostating lagmannsretts dom inntatt i RG-1996-1143 viser at faglig kompetanse kan være et relevant moment i vurderingen av hvorvidt stillingen er «særlig uavhengig». I korte trekk

⁹³ Ot.prp. nr. 41.

⁹⁴ Brucker (2009) s. 35.

⁹⁵ NOU 2004:5 s. 555.

gikk saksforholdet ut på at et foretak var siktet for ulovlig bruk av overtid. Foretaket på sin side anførte at de ansatte var tilsatt i «særlig uavhengig(e) stilling(er)», og at deres arbeidstid derfor ikke var regulert under de alminnelige arbeidstidsreglene, herunder begrensninger ved bruk av overtid. Kun en av de tre arbeidstakerne ble ansett å ha en «særlig uavhengig stilling». Retten begrunnet dette med at vedkommende hadde en nøkkelposisjon i bedriften som følge av hans «*faglige bakgrunn og dyktighet*», som igjen gjorde han til en «*hjørnestein*» innad og utad i bedriften.⁹⁶ Momenter som talte mot at stillingen var «særlig uavhengig» ble vurdert til å være av underordnet betydning, og arbeidstakers nøkkelposisjon ble ansett avgjørende for sakens utfall.

Dommen ble imidlertid avsagt før forarbeidene til den nye loven ble utarbeidet. Etter uttalelsene i forarbeidene⁹⁷, vil ikke den omstendighet at arbeidstaker innehar en nøkkelposisjon i virksomheten isolert sett medføre at stillingen er «særlig uavhengig». Det kreves mer. Dette taler for at dommen ikke har like stor rettskildemessig vekt i dag.

4.4.5 Arbeidstakers innflytelse på arbeidstiden

Dersom man etter en gjennomgang av de ovenfor nevnte momenter er usikker på hvorvidt stillingen skal unntas arbeidstidsreglene, viser forarbeidene at det i grensetilfeller skal legges avgjørende vekt på arbeidstakers adgang til selv å kontrollere sin arbeidstid.⁹⁸ Dette innebærer at arbeidstakeren selv bestemmer når han skal komme og gå fra jobb, og disponerer tiden slik han selv ønsker. Rettspraksis viser at dette er et tungtveiende moment i helhetsvurderingen. Jeg skal i det følgende redegjøre for noen av dommene.

Haugaland tingretts dom inntatt i THAUG-2012-48587 gjaldt krav om kompensasjon for overtid. Tingretten konkluderte med at en teknisk inspektør i et rederi ikke hadde en «særlig uavhengig stilling». Retten la til grunn at arbeidstakeren hadde en avtale med arbeidsgiver om 7,5 timers arbeidstid per ukedag, og «*en vesentlig del av arbeidet (..) ble (derfor) utført (..) innenfor normal kontorarbeidstid.*» Arbeidstakeren leverte videre inn liste over overtidsarbeid, som talte mot at stillingen var «særlig uavhengig». Innenfor den alminnelige arbeidstiden fra 08:00-15:30 kunne arbeidstakeren «*flekse*» 30 minutter ved arbeidsdagens

⁹⁶ Utdrag fra herredsrettens begrunnelse, som lagmannsretten sluttet seg til, jf. TSUMO-1995-717.

⁹⁷ NOU 2004:5 s. 555.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 41 s. 59.

begynnelse, og 30 minutter ved arbeidshagens slutt. Dersom inspektøren ønsket fri ut over dette, var han nødt til å avklare dette med teknisk sjef. Arbeidshakeren var følgelig pliktig til å arbeide på kontoret og måtte forholde seg til den fastsatte kontortiden. Retten la derfor til grunn at inspektøren ikke sto fritt til å disponere arbeidshiden sin slik han selv ønsket, da det i realiteten var arbeidshgiver som styrte arbeidshiden. Dette var et av flere momenter som talte mot at stillingen var «særlig uavhengig».

I Hålogaland lagmannsretts dom inntatt i LH-2007-191174 var spørsmålet hvorvidt arbeidshakers stilling var unntatt fra arbeidsmiljølovens arbeidshidsregler, slik at arbeidshgiver hadde adgang til å fastsette lønn som inkluderte godtgjørelse for overtidsarbeid. Arbeidshakeren var ansatt som prosjektleder med spesielt ansvar for flyplassbelysning og satt frem krav om overtidsbetaling. Retten kom til at stillingen ikke var «særlig uavhengig». Retten viste først til at arbeidshaker hadde liten beslutningsmyndighet. Avgjørende for konklusjonen var imidlertid at arbeidshiden fulgte lovens normalordning med liten reell mulighet for avspasering. Videre var arbeidshiden styrt av prosjektets fremdrift, og ikke av arbeidshakerens egne vurderinger om når det var ønskelig eller hensiktsmessig å arbeide.

Eidsivating lagmannsrett la også stor vekt på arbeidshakerens innflytelse på egen arbeidshid i den noe eldre dommen inntatt i LE-1991-00232. Saksøker var hovedverneombud i et flyselskap, og krevde overtidsbetaling i forbindelse med en utbygging på Fornebu. Arbeidshaker vant ikke frem med sitt krav, da retten vurderte hans stilling som «særlig uavhengig». Arbeidshakeren ble ansett å ha stor frihet til selv å ordne sin arbeidshid. Saksøker var unntatt den ordningen andre arbeidshakere i firmaet hadde med registrering av arbeidshid ved stempeling. Det ble derfor ikke ført noen form for kontroll av arbeidshiden, og han kunne justere arbeidshiden fra dag til dag slik han selv ønsket.

Resultatet ble det samme i Gulating lagmannsretts dom inntatt i LG-2015-81139-2. Sakens faktum er beskrevet ovenfor i punkt 4.4.3. Kjørelærerne hadde frihet til å bestemme når og hvor mye de skulle arbeide. Dagene kunne være ulike, alt etter når de ønsket å jobbe. De kunne arbeide lite en dag mot at de arbeidet lengre en annen dag og således planlegge selv ut fra behov. Som en følge av denne selvstendigheten knyttet til arbeidets tid og sted, hadde de også mulighet til ta fridager uten å forhøre seg med lederen om dette. Arbeidshakernes frihet til selv å styre sin arbeidshid, ble tillagt stor vekt i avgjørelsen av om stillingen var «særlig uavhengig».

I sak 2012/27766 kom Arbeidstilsynet til at en gartner som ikke kunne styre egen turnus, ikke hadde en «særlig uavhengig stilling». Arbeidet ble styrt av butikkens åpningstider og tidspunkt for varelevering, og han var således pålagt å jobbe til gitte tidspunkt. Arbeidstilsynets praksis er i tråd med den nevnte rettspraksis, og vil derfor kunne tillegges stor vekt.

I sakene nevnt ovenfor var det flere momenter som enten talte for eller mot at stilling var «særlig uavhengig». I den enkelte sak talte imidlertid samtlige momenter som ble trukket frem i samme retning. Arbeidstilsynet har i grensetilfeller gitt kontroll over egen arbeidstid avgjørende betydning, også i tilfeller hvor andre momenter peker i motsatt retning.⁹⁹

Arbeidstilsynets sak 19.8.92 illustrerer dette. Spørsmålet i saken var hvorvidt to husflidskonsulenter hadde en «særlig uavhengig stilling». På den ene side var stillingen deres av underordnet karakter, og konsulentene var bundet av detaljerte instruksjoner som styrte hvordan arbeidet skulle utføres. Dette talte mot at stillingen var «særlig uavhengig», da de manglet en form for åpenbar selvstendighet rundt utførelsen av arbeidsoppgavene. På den annen side bestemte konsulentene selv når arbeidet skulle utføres, og kunne således selv «vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats» og fastsette kontortiden. Stillingen befant seg følgelig i en gråsoner mellom stillinger i og utenfor arbeidstidskapittelet, og tilsynet konkluderte med at stillingen var «særlig uavhengig». Frihet til selv å bestemme over egen arbeidstid fikk da avgjørende vekt, og de andre momentene som talte mot at stillingen var «særlig uavhengig» ble tillagt mindre vekt. Jeg har ikke funnet eksempler på at de alminnelige domstolene har gitt tilsvarende føringer. I mangel på praksis fra domstolene, må likevel praksis fra arbeidstilsynet etter mitt syn kunne tillegges stor rettskildemessig vekt.

Mange arbeidstakere har som en følge av utviklingen av informasjons- og kommunikasjonsteknologien fått mulighet til å arbeide mer selvstendig med hensyn til arbeidstid og arbeidssted. På den annen side vil noen arbeidstakers frihet over egen arbeidstid begrenses fordi de blir styrt av deres arbeidsoppgaver gjennom oppmøtested og tidsfrister «fastsatt av offentlige myndigheter (..) eller milepæler i forhandlingsprosesser eller prosjekter, satt av eksterne oppdragsgivere overfor arbeidsgiver.»¹⁰⁰ Disse ytre momentene,

⁹⁹ Brucker (2009) s. 28.

¹⁰⁰ Skarning (2016) s. 37.

omtalt som de ytre rammebetingelser, vil likevel ikke kunne tillegges noen avgjørende vekt, ettersom det vesentlige for når man skal vurdere hvorvidt en stilling er «særlig uavhengig» vil være den «*rettslige relasjonen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.*»¹⁰¹

Denne rettslige relasjonen omtales som de indre rammebetingelser og dreier seg om «*de rammer som arbeidsgiver setter for de ulike stillingsinnehaverne.*»¹⁰² Ettersom ytre omstendigheter som eksterne frister får mindre betydning, vil det avgjørende være hvorvidt arbeidsgiver har gitt arbeidstaker tilstrekkelig selvstendighet. Denne selvstendigheten må bestå av en frihet til å bestemme hvordan og når arbeidet skal utføres, slik at virksomheten får utført arbeidet innenfor fristen av de ytre rammebetingelser som foreligger.¹⁰³ Dette er et spørsmål om hvor streng styringsrett vedkommende arbeidstaker er underlagt, og arbeidstakere i «særlig uavhengig(e) stilling(er)» vil som nevnt stå friere her.

Slike ytre omstendigheter, for eksempel «*krav fra kunder, leverandører eller lovgivning*»¹⁰⁴, vil likevel ikke være helt irrelevant i vurderingen av hvorvidt stillingen er «særlig uavhengig». Bakgrunnen for dette er at de langt på vei vil påvirke arbeidstakers arbeidstid, herunder hvor fleksibel den kan være. Arbeidstidsutvalget mener derfor at dersom de ytre rammebetingelsene «*i avgjørende grad begrenser arbeidstakerens mulighet til å bestemme sin arbeidstid*», kan stillingen likevel ikke anses som «særlig uavhengig» i lovens forstand.¹⁰⁵ Som en følge av dette viser utvalget til at en prosjektmedarbeider normalt ikke kan regnes for å ha en «særlig uavhengig stilling», da han i praksis er styrt av omgivelsene, herunder utviklingen i prosjektet. Et eksempel på dette er RG-2013-1175, som er redegjort for i punkt 4.4.2.

Oslo Tingretts dom inntatt i TOSLO-2014-135604 illustrerer forskjellen mellom ytre og indre rammebetingelser og deres betydning for vurderingen av hvorvidt stillingen er «særlig uavhengig». Saken omhandlet blant annet krav om betaling for overtidsarbeid, og spørsmålet var herunder hvorvidt stillingen til en finansrådgiver ansatt i et finansforetak var å regne som «særlig uavhengig». Retten konkluderte med at stillingen var «særlig uavhengig». Det ble i

¹⁰¹ Rettsdata.no, note 340 til aml. § 10-12 annet ledd, skrevet av Tron Dalheim.

¹⁰² Skarning (2016) s. 37.

¹⁰³ Skarning (2016) s. 37.

¹⁰⁴ Skarning (2016) s. 37.

¹⁰⁵ NOU 2016:1 s. 199.

vurderingen vist til at arbeidstakers inntekt ikke var timebasert, men resultatbasert. Arbeidsforholdet ble til dels styrt av ytre rammebetingelser som begrenset arbeidstakerens mulighet til å styre sin egen arbeidstid. Retten fant likevel ikke dette å være ensbetydende med at stillingen ikke var «særlig uavhengig». Retten understreker at det er arbeidsforholdets *«indre rammebetingelser, og hvor stramme disse er, som er avgjørende for om unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse.»*

Dommen viser at graden av styringsrett som arbeidstaker er underlagt vil være avgjørende for hvorvidt arbeidstaker selv bestemmer sin arbeidstid, og derfor anses som tilsatt i en «særlig uavhengig stilling». Andre ytre omstendigheter, slik som tidsfrister, var etter rettens mening ikke ensbetydende med at arbeidstaker ikke styrte sin egen arbeidstid og således ikke kunne anses «særlig uavhengig».

Arbeidstakers ytre rammebetingelser ble også ansett å ha mindre betydning i den tidligere nevnte dom om kjørelærerne inntatt i LG-2015-81139-2. De indre rammebetingelser var her svært begrensede og arbeidstaker hadde stor frihet til å fatte selvstendige beslutninger på vegne av kunden. Det var kjørelærerne selv som avgjorde når eleven skulle ta obligatoriske kurs som glatt- eller mørkekjøring, samt når eleven var klar for å meldes opp til førerprøven. Retten viste deretter til at arbeidsgiver hadde fastsatt visse kjøreruter som måtte følges og at arbeidstakeren var bundet av kjøreskolens undervisningsplan. Ettersom begrensningene i selvstendigheten ble vurdert til å ha sammenheng med offentligrettslige krav og godkjenninger som ville ha gjort seg gjeldende for *«alle kjørelærere uavhengig av om de er ansatt eller driver egen virksomhet»*, ble ikke disse momenter ansett å svekke arbeidstakers faglige selvstendighet.

4.4.6 Lønnsnivå

Partene står som regel fritt til å avtale hvilke lønnsvilkår som skal gjelde i arbeidsforholdet, med unntak av bindinger i tariffavtale.¹⁰⁶ En arbeidstaker som er ansatt i en «særlig uavhengig stilling» har som nevnt ikke krav på overtidsbetaling. Kompensasjon for overtid er likevel normalt innbakt i den alminnelige lønnen for arbeidstakere i slike stillinger.¹⁰⁷ Det kan imidlertid diskuteres i hvor stor grad denne kompensasjonen vil være tilstrekkelig til å dekke

¹⁰⁶ Skjønberg, Hognestad, Hotvedt (2017) s. 228.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 41 s. 59.

overtidsbetalingen i et alminnelig arbeidsforhold. Man kan aldri vite hvor mye «overtid» hver enkelt av disse «særlig uavhengig(e)» arbeidstakerne arbeider. Som følge av dette vil noen få mer enn hva de ellers ville ha fått, men de fleste vil kanskje få mindre. Arbeidstakere i «særlig uavhengig(e)» stillinger vil ofte jobbe mye for å oppnå gode resultater og for å få et godt renommé i firmaet. Grunnlønnen for disse ansatte må derfor være markant høyere enn normalt for at det skal lønne seg å være ansatt i en «særlig uavhengig stilling» fremfor en stilling hvor vedkommende får overtidspålegg.¹⁰⁸

Høy lønn synes ofte å «forutsette» arbeidsinnsats ut over normalt arbeidstid. Kravet til at arbeidstakere i «særlig uavhengig(e)» stillinger skal jobbe lengre enn alminnelig arbeidstid kan derfor til en viss grad hjemles her.¹⁰⁹ Siden arbeidstakere i «særlig uavhengig(e) stilling(er)» ofte har et lønnsnivå som skal søke å dekke arbeidsinnsats ut over vanlig arbeidstid, viser Arbeidstilsynets praksis at lønnens størrelse kan være et moment i vurderingen av hvorvidt stillingen er «særlig uavhengig». Lønnen vil da kunne indikere partenes felles forutsetning om hvilken type stilling arbeidstaker ble ansatt i ved inngåelsen av arbeidsavtalen. Lønnens størrelse kan også objektivt sett brukes som et moment for at arbeidstakeren faller inn under unntaket. Momentet kan likevel sjelden tillegges avgjørende vekt, da lønnsnivået også kan bero på mange andre faktorer.¹¹⁰

I dommen inntatt i TOSLO-2005-169978 ble arbeidstakerens lønn brukt som et moment i vurderingen av stillingstypen. Saksforholdet er tidligere redegjort for i punkt 4.4.2. Arbeidsavtalen inneholdt en bestemmelse om fast månedslønn, noe som talte i retning av at overtiden var bakt inn i grunnlønnen. Mangel på avtale om timelønn var imidlertid etter rettens mening ikke i seg selv tilstrekkelig til å avskjære arbeidstakers krav på overtidspålegg.

Et annet eksempel er Hålogaland lagmannsretts dom inntatt i LH-2007-191174. Faktum i saken er redegjort for i punkt 4.4.5. Dommen er avsagt under dissens, men både flertallet og mindretallet mente at lønnen kunne få betydning for vurderingen av hvilken type stilling saksøker hadde. Rettens flertall uttalte at man ved vurderingen måtte sammenligne saksøkerens lønn med lønnen til arbeidstakere i tilsvarende stillinger innenfor bransjen.

¹⁰⁸ <https://www.magma.no/er-du-sarlig-uavhengig>, sist lest 09/03/2018.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 49 s. 181.

¹¹⁰ Brucker (2009) s. 34.

Mindretallet var enig i at lønnen kunne få betydning i vurderingen, men mente til forskjell at lønnen måtte «vurderes opp mot de øvrige ansatte i (den aktuelle) virksomheten, ikke arbeidslivet som helhet.»

4.4.7 Arbeidstakers syn og bransjepraksis

Av de vurderingsmomenter for hvem som faller utenfor arbeidstidsreglene, viser Skarning til to momenter av noe mer underordnet betydning.¹¹¹ Disse momentene er arbeidstakerens eget syn og bransjepraksisen på området.

Hva som var og er arbeidstakerens syn kan tillegges en viss vekt i helhetsvurderingen. Vekten av arbeidstakerens egen oppfatning vil variere ut fra hvor sterk eller svak posisjon vedkommende arbeidstaker har i virksomheten.¹¹²

Ressurssterke arbeidstakere kan i forbindelse med inngåelsen av arbeidsavtalen ha et ønske om å forhandle frem rammebetingelser for arbeidet som har store likhetstrekk med arbeidstakere ansatt i «særlig uavhengig(e) stilling(er)». Dersom arbeidstaker selv ønsker å inneha en slik stilling, kan det neppe påstås at han vil lide et like stort tap ved å frasi seg det alminnelige vernet som følger av arbeidsmiljølovens kapittel 10, sammenlignet med en arbeidstaker som ufrivillig blir tilsatt i en «særlig uavhengig stilling». Vernet i loven er til for å beskytte den svake parten i et arbeidsforhold. Når arbeidstaker selv er den som ønsker større frihet og mindre beskyttelse vil ikke de samme hensyn gjøre seg gjeldende med like stor tyngde. Det er imidlertid en forutsetning at de objektive kriterier for «særlig uavhengig stilling» foreligger. Dette innebærer at dette momentet får begrenset vekt ved helhetsvurderingen.

Dersom arbeidstakers subjektive syn for hvorfor stillingen ikke er «særlig uavhengig» støttes av andre bevis, vil den samlede vekten av disse kunne få større betydning ved helhetsvurderingen. Hvis arbeidstaker for eksempel anfører at han ikke har hatt en slik beslutningsmyndighet som ligger til en «særlig uavhengig stilling», og dette støttes opp av øvrige forhold, vil hans subjektive syn kunne medføre at stillingen ikke kan anses «særlig uavhengig».

¹¹¹ Skarning (2016) s. 60.

¹¹² *Ibid.*

Bransjepraksis på området er også et moment av mindre betydning ved helhetsvurderingen. Hvor stor vekt bransjepraksis skal tillegges avhenger av hvor godt kjent praksisen er og omfanget av den. Bransjepraksis vil kunne «*si noe om hvordan partene har innrettet seg*» i arbeidsforholdet.¹¹³

Rettspraksis viser at bransjepraksis vil få begrenset vekt på et område med preseptorisk lovgivning. Dersom både arbeidsgiverne og fagforeningene er enige om en praksis innenfor bransjen, «*for eksempel ganske vid adgang til unntak fra arbeidstidsreglene i kombinasjon med generøse bonusordninger, behøver det ikke være uten interesse.*»¹¹⁴

Dette illustreres i Oslo tingretts dom inntatt i TOSLO-2014-135604. Faktum i saken er redegjort for tidligere under punkt 4.4.5. Retten understreker i sin vurdering av hvorvidt stillingen var «særlig uavhengig» at bransjepraksis ikke kan ha «*stor gjennomslagskraft på et område med preseptorisk lovgivning.*» Dette viser at bransjepraksis aldri kan tillegges avgjørende vekt, da loven ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstakerne.

Retten la likevel til grunn at særtrekk ved bransjen kan få en viss betydning for rettens vurdering. Retten la i dommen vekt på at arbeidstaker ble målt på resultater og ikke tid, og henviste til praksis i bransjen. Retten viste deretter til at ordningen var akseptert av de ansatte, og at de ikke hadde kommet med krav om endringer av praksis. Før retten konkluderte med at stillingen var «særlig uavhengig» ble det poengtert at bransjepraksis er et moment av betydning, men ble «*ikke tillagt avgjørende vekt i rettens vurdering.*» Etter min oppfatning tyder dette på at domstolene er tilbakeholden med å vektlegge bransjepraksis. Bakgrunnen for dette er at lovens ordning er til for å beskytte arbeidstaker som ofte ikke kan motsi seg denne praksisen. I tilfeller hvor arbeidstaker og arbeidsgiver er enige, og arbeidstaker således godtar bransjepraksisen, mener jeg imidlertid at bransjepraksis vil kunne få større vekt.

4.4.8 Sammenfatning

Rettspraksis og tilsynspraksis viser begge til at det må foretas en konkret helhetsvurdering av om arbeidstakeren har en «særlig uavhengig stilling», og gjennomgår de samme momenter og kriterier. Disse tillegges imidlertid noe ulik vekt. Arbeidstilsynet har etter avgjørelsene å bedømme lagt seg på en streng fortolkning av hva som ligger i begrepet «særlig uavhengig».

¹¹³ Skarning (2016) s. 60.

¹¹⁴ Skarning (2016) s. 20.

Avgjørende synes å være i hvilken grad arbeidstaker kan påvirke egne arbeidsoppgaver og i hvilken utstrekning han kan styre sin egen arbeidstid.¹¹⁵ Videre fremstår det som at Arbeidstilsynet ikke skiller mellom indre og ytre rammebetingelser for arbeidstiden.¹¹⁶ Rettspraksis legger noe mer vekt på arbeidstakers beslutningsevne og uavhengighet. Kun i grensetilfeller gis arbeidstakers frihet over egen arbeidstid avgjørende vekt.

Den ovenfor nevnte sak fra Arbeidstilsynet om husflidskonsulentene i punkt 4.4.5, illustrerer tydelig hvor stor betydning arbeidstakers adgang til selv å regulerer sin egen arbeidstid kan få i grensetilfeller. Forarbeidene presiserer viktigheten av frihet over egen arbeidstid, og viser til at en arbeidstaker som er underlagt fast kontroll av arbeidstiden, neppe vil kunne unntas arbeidstidsbestemmelsene, selv om arbeidstakeren innehar «*visse lederfunksjoner*».¹¹⁷ Det må imidlertid understrekes at resultatet for hvorvidt stillingen er unntatt arbeidstidsreglene vil bero på en helhetsvurdering. Rettspraksis som omhandler arbeidstakers beslutningsmyndighet illustrerer viktigheten av dette momentet. Det vil etter den foreliggende rettspraksis neppe kunne konkluderes med at stillingen er «særlig uavhengig» utelukkende på grunn av fri regulering av arbeidstid, dersom arbeidstaker på ingen annen måte innehar noen form for selvstendighet.¹¹⁸ Begrunnelsen for Arbeidstilsynets avgjørelse er svært knapp, og det kan derfor være tvilsomt hvorvidt resultatet ville vært det samme i et tilfellet hvor det forelå en overvekt av hensyn som talte mot at stillingen var «særlig uavhengig».

Oppsummert vil flere momenter spille inn ved helhetsvurderingen og ved kryssende hensyn vil resultatet langt på vei måtte bero på rettens skjønn. De relevante momenter for vurderingen vil som illustrert være arbeidstakers beslutningsmyndighet, sammenholdt med vedkommendes frihet til å bestemme over egen arbeidstid, vedkommende arbeidstakers lønn og uavhengighet, samt bransjepraksis på området og arbeidstakerens eget syn.

¹¹⁵ Se også Brucker (2009) s. 28 som også viser til at tilsynet har lagt avgjørende vekt på kontroll av arbeidstakers arbeidstid.

¹¹⁶ Se også Skarning (2016) s. 58.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 41 s. 59.

¹¹⁸ Se også Innst. O. nr. 18, hvor komiteens flertall bemerker at det «ikke (er) tilstrekkelig å kunne kontrollere sin egen arbeidstid og/eller ha fleksibel arbeidstid. Unntakene gjelder arbeidstakere som selv prioriterer sine oppgaver, som selv bestemmer hva de skal gjøre, hva som skal delegeres til andre, når arbeidet skal utføres og hvordan arbeidet skal utføres.»

Det kan som nevnt under punkt 4.4.5 oppstå vanskelig vurderinger i de tilfeller hvor arbeidstaker formelt sett disponerer over sin egen arbeidstid, mens denne friheten reelt sett begrenses av arbeidsoppgavene som til enhver tid må fullføres. I slike tilfeller vil det avgjørende være hva som følger av det reelle arbeidsforholdet.

5 Rettsvirkninger ved brudd på ufravikelighetsprinsippet

I det følgende redegjøres det for hvilke konsekvenser det får, i tilfeller hvor arbeidsgiver anfører at arbeidstaker innehar en «særlig uavhengig stilling», uten at kriteriene for dette er oppfylt. Slike tilfeller representerer brudd på det tidligere nevnte ufravikelighetsprinsippet.

Arbeidsgiver har bevisbyrden for at det foreligger grunnlag for å gjøre unntak fra arbeidstidsreglene. Bakgrunnen for dette er at arbeidsgiver er forpliktet til å sørge for at lovens bestemmelser overholdes, jf. aml. § 2-1. Dersom arbeidstaker feilaktig er unntatt arbeidstidsreglene uten at lovens krav foreligger, har arbeidsgiver misligholdt sin plikt etter loven. Brudd på denne plikten kan medføre straffeansvar i form av bøter og/eller fengsel, jf. aml. § 19-1.

Dersom arbeidstakeren feilaktig har blitt unntatt, vil reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven komme til anvendelse, og han kan derfor kreve overtidsbetaling for arbeid utført ut over alminnelig arbeidstid i medhold av aml. § 10-6 ellefte ledd.¹¹⁹ Lønnen er ikke regulert i loven, men i arbeidsavtalen mellom partene, og vil derfor være et privatrettslig forhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Arbeidstaker kan følgelig bli nødt til å gå til sivilt søksmål mot arbeidsgiver med krav om kompensasjon for overtidsarbeid. Omfanget av overtidsarbeidet blir opp til arbeidstaker å sannsynliggjøre. Virksomheten kan risikere å måtte etterbetale kompensasjon for så langt som tre år tilbake i tid. Bakgrunnen for dette er at kravet er et pengekrav, og ikke et erstatningskrav¹²⁰, og foreldes derfor etter de alminnelige reglene i foreldelsesloven.¹²¹

Overtidsarbeid er imidlertid begrenset til de tilfeller hvor det foreligger et «særlig og tidsavgrenset behov for det», jf. aml. § 10-6 første ledd. Arbeidstakere i «særlig uavhengig

¹¹⁹ <https://www.tekna.no/lonn-og-arbeidsvilkar/rettigheter/ledende-og-sarlig-uavhengig-stilling/>, sist lest 20/02/18.

¹²⁰ LH-2007-191174.

¹²¹ Lov 18.mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer, § 2.

stilling» arbeider ved behov og uten pålegg fra arbeidsgiver om overtid. Det kan derfor stilles spørsmål om overtidsbetaling ikke kan kreves hvor overtidsarbeidet er frivillig fra arbeidstakers side. Dette spørsmålet synes til dels avklart av Høyesterett i RT-1998-1357. Saken omhandlet en arbeidstaker med flere stillinger i Oslo kommune, som fremsatte krav om overtidsbetaling for frivillig overtidsarbeid på eget initiativ. Høyesterett uttalte at det i utgangspunktet ligger til arbeidsgivers styringsrett å bestemme hvorvidt det skal eller ikke skal arbeides overtid. Arbeidstaker kan derfor ikke på «*eget initiativ (..) arbeide overtid, uten å innhente arbeidsgivers aksept.*»¹²² Høyesterett mente likevel at krav på overtidsbetaling kunne utløses uten avtale med arbeidsgiver dersom det forelå en sedvane på dette, eller et akutt behov uten tid til først å klarere med arbeidsgiver.

Dommen retter seg ikke direkte mot arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling». Høyesterett kommer imidlertid med uttalelser av generell karakter som får betydning også for saker hvor overtiden er frivillig, i den forstand at arbeidstaker er tilsatt i en «særlig uavhengig stilling». Arbeidstaker i «særlig uavhengig stilling» arbeider som nevnt når han finner behov for det, uten på forhånd å avklare arbeidstiden med arbeidsgiveren. Noen ganger vil arbeidet strekke seg ut over den alminnelige arbeidstiden som følger av arbeidsmiljøloven kapittel 10. Ved å ansette noen i en «særlig uavhengig stilling» vil arbeidsgiver etter min mening måtte sies å indirekte akseptere overtidsarbeid, slik at dette implisitt følger av avtalen mellom partene, og således har utviklet seg til en sedvane. Arbeidstaker som feilaktig har vært ansatt i en «særlig uavhengig stilling» og jobbet overtid, bør derfor i kraft av dette som hovedregel ha krav på overtidsbetaling.

6 Den særlige uavhengiges vern

Arbeidstakere som unntas arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid vil ikke være beskyttet av lovens alminnelige verneregler. Dette er en følge av at arbeidstidsreglene ikke passer overens med den arbeidsfriheten arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling» innrømmes. Det er likevel viktig å sørge for at arbeidstakeren, med sin underordnede posisjon i forhold til arbeidsgiveren, fortsatt vernes tilstrekkelig.

Arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling» er som tidligere nevnt ikke unntatt forsvarlighetskravet i aml. § 10-2 første ledd, jf. aml. § 10-12 annet ledd. Det fremgår av

¹²² Rt-1998-1357 s. 1365.

forarbeidene til aml. § 10-2 at bestemmelsen gir anvisning på et resultat.¹²³ Dette tilsier at arbeidstidsordningen totalt sett må fremstå som forsvarlig, slik at arbeidstakeren ikke utsettes for uheldige fysiske eller psykiske belastninger.

For at arbeidstidsordningen skal oppfylle lovens krav må de ulike risikoforhold kartlegges og vurderes.¹²⁴ Arbeidstidens lengde og plassering må følgelig være forutsigbar, slik at den kan vurderes på forhånd. Arbeidstiden kan derfor over et visst tidsrom overstige det normale, forutsatt at arbeidstakeren i andre perioder får mindre å gjøre. Som eksempel kan det vises til en advokat som jobber intensivt over lengre tid med en rettssak. Han må da få en periode med hvile etter at rettssaken er over. Den etterfølgende hvileperioden vil gjøre opp for den hektiske perioden hvor arbeidstiden overstiger lovens normalordning. Arbeidstidsordningen vil således totalt sett fremstå som forsvarlig.

Arbeidstakere i «særlig uavhengig(e) stilling(er)» har ofte høy arbeidsbelastning. Uten overtidsbetaling risikerer man en svært lav timelønn dersom ikke grunnlønnen reflekterer arbeidsbelastningen. Arbeidstaker er derfor henvist til å fremforhandle en grunnlønn som kan kompensere for belastningen ut over normal arbeidstid.¹²⁵ Arbeidstakere som innehar «særlig uavhengig(e) stilling(er)» er ofte ressurssterke. De har derfor vanligvis gode muligheter til å forhandle høy lønn, og inntekten er følgelig godt vernet.

Arbeidsgiver har videre, uavhengig av om arbeidstakeren er unntatt lovens kapittel 10, en plikt til å sørge for at regler om helse, miljø og sikkerhet tilfredsstillende krav loven stiller, jf. aml. §§ 2-1, jf. 3-1 og 4-1. Selv om vernet mot overtidsarbeid for en «særlig uavhengig» arbeidstaker langt på vei styres av arbeidstakerens selvdisciplin, vil arbeidsgiveren fremdeles ha et overordnet ansvar for å sørge for at arbeidstakeren ivaretar sitt eget verne- og velferdsbehov. Hvis arbeidsgiver ser at arbeidstakeren arbeider ut over det som anses forsvarlig, har han plikt til å gripe inn, jf. § 10-2. Arbeidstaker er på denne måten vernet mot helseskadelig overarbeid.

¹²³ Ot.prp. nr. 49 s. 315.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ <https://www.tekna.no/lonn-og-arbeidsvilkar/rettigheter/ledende-og-sarlig-uavhengig-stilling/>, sist lest 20/02/2018.

Selv om arbeidsgiver har en plikt til å beskytte arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling» mot uforsvarlig mye arbeid, er det tvilsomt hvorvidt enhver arbeidsgiver oppfyller denne plikten. Dette fordi det ligger i stillingens karakter at arbeidsgiveren ikke skal kontrollere arbeidstiden til «særlig uavhengig(e)» arbeidstakere.

Det må videre stilles spørsmål ved om noen typer lønssystem truer arbeidstakerens vern. På den ene siden må arbeidstaker i «særlig uavhengig stilling» stå fritt til å disponere egen arbeidstid, ettersom det er dette som er kjernen i en slik stilling. På den andre siden må han beskyttes mot seg selv. Lønnen er her et viktig moment. Selv om det er vist til at mange i «særlig uavhengig(e) stilling(er)» har høy grunnlønn, vil også mange av disse ha mulighet for å opparbeide seg bonus basert på god innsats og godt resultat, som ofte henger sammen med mer arbeid og lengre dager. En bonusordning kan være negativt for arbeidstakers vern av egen arbeidstid. Lønnsvilkårene må ikke være utformet på en måte som går ut over helsen. Prestasjonsbasert lønn kan medføre at enkelte motiveres til å arbeide uforsvarlig mye. Et lønssystem basert på stor grad av prestasjon kan invitere til å arbeide så hardt at det går ut over det forsvarlige.

For å ivareta arbeidstakerens vern i perioder med stor pågang og høyt arbeidspress, må man derfor finne alternative måter å regulere arbeidstiden på. Jeg mener en god dialog mellom arbeidstaker og arbeidsgiver kan sørge for at vernebehovene ivaretas. Gjennom arbeidstakerens mulighet til å varsle arbeidsgiver i perioder med uforholdsmessig mye arbeid, kan arbeidsgiver avløse arbeidstakeren ved å fordele noe av arbeidet på andre arbeidstakere, eller utsette arbeidsoppgaver.

En annen måte arbeidsgiver kan få kontroll på arbeidstakerens arbeidstid er gjennom registrering av arbeidstid ut over lovens normalordning. Arbeidsgiver vil da få en indikasjon på gjennomsnittlig arbeidstid, og vil kunne vurdere hvorvidt denne er uforsvarlig lang. Dersom dette er tilfellet, kan arbeidsgiver iverksette tiltak, som for eksempel å fordele arbeidet på en annen måte mellom arbeidstakerne, at firmaet tar på seg færre oppdrag eller ansetter flere.

7 Har advokatfullmektiger og advokater en «særlig uavhengig stilling»?

7.1 Innledning

Advokatrollen går ut på å gi juridiske råd, forhandle på vegne av klienten, og i noen tilfeller føre klientens sak for retten. Store og omfattende saker kan kreve mye arbeid over kort tid. Tidsfrister og andre milepæler medfører videre at arbeidsmengden kan bli skjevt fordelt i løpet av året. Det vil til tider være mye å gjøre, mens andre perioder kan være roligere. Jobben som advokat krever derfor at arbeidstakeren er fleksibel i forhold til arbeidstid, som en følge av at han ofte må være tilgjengelig for klienten. De alminnelige arbeidstidsreglene vil derfor ikke alltid passe.

Juristene i store advokatfirmaer er organisert i et hierarki. Partnerne er på toppen av hierarkiet som aksjeeiere i firmaet, deretter følger henholdsvis senioradvokater, advokater og advokatfullmektiger. Bransjen er sammensatt og det er derfor også mange ulike typer advokater innad i et og samme firma, herunder de som jobber med formuerett, skatterett, strafferett osv. Selv om alle advokatene defineres som arbeidstakere, vil vurderingen for hvorvidt de er «særlig uavhengig(e)» kunne være ulike, avhengig av den enkeltes rolle. Foruten advokatene innenfor det private næringsliv, finnes også offentlige advokater, som kommuneadvokater, statsadvokater, og politiadvokater.

I 2014 var 11,1 % av jurister i Norge regnet for å ha en «særlig uavhengig stilling».¹²⁶ Det fremgår ikke hvilke yrker juristene er ansatt i. Det er imidlertid en kjensgjerning at jurister ansatt i de store advokatfirmaene som en følge av stramme tidsfrister og stor arbeidsmengde, er ansatt i «særlig(e) uavhengig(e) stilling(er)».

Jeg skal i det følgende drøfte hvorvidt advokatfullmektiger og advokater ansatt i de større forretningsadvokatfirmaene oppfyller de kriterier som ligger til en «særlig uavhengig stilling».

¹²⁶ Juristforbundets lønnsundersøkelse fra 2014.

7.2 Advokatfullmektiger

Arbeidstaker i en «særlig uavhengig stilling» skal ha et overordnet og selvstendig ansvar over egen arbeidsmengde og arbeidssituasjon. Mange advokatfullmektiger er nyutdannede og har behov for opplæring og veiledning. De vil følgelig sjeldent få noe selvstendig ansvar.

Stillingen som advokatfullmektig er en form for læringsperiode, og det stilles nærmere krav til hvordan advokatbevilling kan oppnås. Advokatfullmektiger jobber derfor på prinsipalens eller ansvarlig advokats advokatbevilling. Dette er også bakgrunnen for at advokatfullmektiger ikke kan treffe egne avgjørelser i sakene, men må ha dette klarert av ansvarlig advokat på saken, som fører tilsyn og kontrollerer arbeidet. Advokatfullmektiger kan derfor etter min mening ikke anses å være tilstrekkelig uavhengig og selvstendig i utførelsen av sine arbeidsoppgaver til å være «særlig uavhengig».

Arbeidstilsynet har gitt uttrykk for samme forståelse. Tilsynet har i praksis tolket aml. § 10-12 annet ledd strengt, og lagt til grunn at advokatfullmektiger «*normalt ikke anses å ha særlig uavhengige stillinger*», da de typisk «*ikke vil være tilstrekkelig selvstendige ved utførelsen av arbeidsoppgavene.*»¹²⁷ Arbeidstilsynet mener advokatfullmektiger vanligvis står i underordnede ansettelsesforhold, og derfor ikke kan anses å ha en «særlig uavhengig stilling». ¹²⁸ Etter min oppfatning synes dette nærliggende. Det må anses som vanlig praksis i de store advokatfirmaene at det er partnere og øvrige advokater som delegerer oppgavene og bestemmer hvilke oppdrag advokatfullmektigene skal ta. De kan derfor ikke påvirke hvilke arbeidsoppgaver de påtar seg. Den begrensede oppdragstilgangen er et moment som taler i retning av at advokatfullmektigene har stilling som minner om den «vanlige» fabrikkarbeideren, som de alminnelige reglene om arbeidstid er ment å omfatte.

Arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling» har ofte en sterk posisjon i firmaet, og kan derfor ivareta sitt eget vern overfor arbeidsgiver. Ettersom advokatfullmektiger ofte er nyutdannede vil styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i slike tilfeller være stort.

Advokatfullmektiger står da i en svak posisjon, og har behov for det vern arbeidstidsreglene gir. Nyutdannede jurister vil ofte ha valget mellom å takke ja eller nei til jobben, og sjeldent ha anledning til å forhandle frem en avtale om overtidsbetaling. Dersom advokatfullmektiger skulle vært «særlig uavhengig», ville de da ha blitt fristet til å takke ja til en stilling som fratar

¹²⁷ Skjønberg, Hognestad, Hotvedt (2017) s. 328.

¹²⁸ Skarning (2016) s. 24.

dem det arbeidstidsvernet som de trenger. Hensynet bak vernereglene gjør seg derfor gjeldende i stor grad, og taler mot at advokatfullmektiger bør anses «særlig uavhengig».

Advokatforeningen mener også at stillingen som advokatfullmektig ikke er «særlig uavhengig», og begrunner dette blant annet i vernet reglene om arbeidstid gir.¹²⁹ På den annen side vil arbeidstidsreglene, og herunder kravene til hviletid, passe dårlig i de tilfeller hvor fullmektigen arbeider med rettsprosesser, og da særlig i forbindelse med hovedforhandlinger.¹³⁰ Pauser vil kunne virke forstyrrende og hindre at arbeidet blir fullført til rett tid. Dette momentet taler i motsatt retning. Samtidig er dette noe som vil oppstå i mange yrker, hvor arbeidsmengden i perioder er større enn normalt. Av denne grunn kan ikke dette momentet få avgjørende betydning i retning av at stillingen må anses «særlig uavhengig».

På bakgrunn av de enkle undersøkelser jeg har foretatt¹³¹ virker det som at advokatfullmektigene lønnes etter lovens alminnelige regler, og at de således får godtgjørelse for overtidsarbeid. Lønnsordningen trekker derfor i retning av at stillingen ikke er «særlig uavhengig». Det samme gjelder arbeidstakers manglende innflytelse på egen arbeidstid. Fullmektiger er underlagt prinsipalens kontroll, og vil være bundet av hans ønske om når arbeidet må utføres. Det er ovenfor vist til at kontroll av egen arbeidstid i grensetilfeller vil kunne gis avgjørende vekt.

På bakgrunn av mangel på frihet over egen arbeidstid, sammenholdt med en fraværende selvstendighet til utførelsen av arbeidsoppgaver, er konklusjonen at advokatfullmektiger ikke kan anses å inneha en «særlig uavhengig stilling».

7.3 Advokater

Arbeidsmiljøloven gjelder kun virksomheter som sysselsetter «arbeidstaker», jf. aml. § 1-2 første ledd. Med «arbeidstaker» menes som tidligere nevnt en som «utfører arbeid i en annens tjeneste», jf. aml. § 1-8 første ledd. Noen advokater er selvstendig næringsdrivende og påtar

¹²⁹ Advokatforeningens veiledning om advokatfullmektigenes arbeidstid («Veiledning for prinsipal og advokatfullmektig») av 28.8.2014.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ E-postkorrespondanse av 5. februar 2018 med HR-rådgivere i Advokatfirmaet Wiersholm, Advokatfirmaet Wikborg Rein, Advokatfirmaet Haavind, Advokatfirmaet BAHN og Advokatfirmaet Grette.

seg oppdrag på selvstendig grunnlag. Disse er ikke ansatt hos noen og vil derfor falle utenfor arbeidstidsreglene. Advokater i advokatforetak er derimot ansatt i en annens tjeneste og har plikt til å underlegge seg arbeidsgivers styringsrett.

Arbeidstidsutvalget mener at senioradvokater typisk vil inneha en «særlig uavhengig stilling».¹³² Utvalget presiserer ikke nærmere bakgrunnen for denne konklusjonen. Med senioradvokater menes advokater med en del års erfaring, og av denne grunn større selvstendighet og beslutningsmyndighet. Spørsmålet blir imidlertid om det motsetningsvis kan slutes at en advokat uten slik erfaring, ikke vil være «særlig uavhengig».

Advokater ansatt i store firma har ikke mulighet til selv å velge hvilke saker de skal jobbe med, da de får tildelt oppgaver av partnere og andre overordnede i firmaet. Advokater tilsatt i de større advokatfirmaene kan heller ikke påta seg oppdrag på egenhånd uten godkjennelse fra firmaet. Det er tidligere vist til at ytre rammebetingelser som for eksempel frister, ikke er ensbetydende med at arbeidstaker ikke har frihet til å styre sin egen arbeidstid. I advokatbransjen oppstår disse fristene ofte gjennom krav fra klienter, eller frister satt av domstolen. Etter min mening vil disse begrense advokatenes fleksibilitet betraktelig, og må derfor kunne tillegges vekt i retning av at stillingen ikke er «særlig uavhengig». Videre har advokater i store firmaer ofte en fast kjernetid de må forholde seg til, og er etter arbeidskontrakten pliktig å være tilgjengelig i dette tidsrom. Arbeidsgivers regulering av arbeidstiden er et utslag av arbeidsgivers styringsrett og gjelder arbeidsavtalens indre rammebetingelser. Også dette taler derfor mot at stillingen er «særlig uavhengig».

På den annen side må advokater i større firma sies å være til dels uavhengig når de arbeider med sine tildelte saker. Advokaten vil ha fullmakt til å inngå avtaler med klienter i sakene han jobber med uten å forhøre seg med en overordnet senioradvokat eller partner. Han har også adgang til å delegere oppgaver videre ned til advokatfullmektiger og kontoransatte. Det bemerkes imidlertid at produktet av arbeidet ofte må klareres av ansvarlig advokat på saken, som oftest en partner, før dette sendes ut. Advokatens frihet rundt hvordan han ønsker å utføre arbeidet begrenses derfor til en viss grad.

På samme måte som for advokatfullmektiger, vil imidlertid tvungen pause i henhold til de alminnelige arbeidstidsreglene passe dårlig i forbindelse med rettsprosesser eller andre

¹³² NOU 2016:1 s. 199.

oppdrag med knappe frister. Hensynene bak adgangen til å gjøre unntak fra arbeidsmiljølovens kapittel 10 gjør seg derfor gjeldende i tilfeller hvor advokatene jobber med større prosjekter som krever at arbeidstiden over en viss periode strekker seg ut over den alminnelige. Lønnen kan også tale i retning av at stillingen er «særlig uavhengig». Noen advokater i disse firmaer har en høy grunnlønn som inkluderer kompensasjon for overtid.

Lønnen har imidlertid liten betydning ved helhetsvurderingen såfremt arbeidstaker mangler en klar og selvstendig beslutningsmyndighet i relasjon til hvilket arbeid han ønsker å påta seg. Arbeidstilsynets sak 254130/2013 om de to produktspecialistene gir her veiledning. Faktum er beskrevet tidligere under punkt 4.4.3. Den av produktspecialistene som ble ansett å oppfylle kravene til «særlig uavhengig stilling» hadde selv mulighet til å bestemme hva han skulle gjøre, gjennom frihet til å velge hvorvidt han ville påta seg oppdrag eller ikke. Den andre spesialisten som ikke ble ansett å inneha en «særlig uavhengig stilling», hadde til forskjell kun en viss grad av selvbestemmelse vedrørende arbeidsoppgavene. Det må legges til grunn at advokater i store firma har mulighet til å takke nei til oppdrag fra sine overordnede dersom deres arbeidskapasitet er sprengt. Deres frihet rundt valg av arbeidsoppgaver må likevel anses begrenset, da de ikke selv kan velge hvilke saker de vil ta og derfor kun til en viss grad kan påvirke sin egen arbeidsmengde.

Som eksempel på «særlig uavhengig(e) stilling(er)» viser imidlertid forarbeidene¹³³ til den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977 til at advokater ansatt i forsikringsselskap typisk innehar den daværende tittelen «særlig selvstendig stilling».¹³⁴ Det er tidligere vist til at ordlysendringen fra «særlig selvstendig» til «særlig uavhengig» ikke var ment å endre rettstilstanden. Det må likevel stilles spørsmål ved om eksempelet i forarbeidene fra 1977 kan være noe utdatert som følge av utviklingen i arbeidslivet. Advokater ansatt i forsikringsselskap på 1970-tallet var ofte tilsatt i rådgivningsstillinger. I dag er det vanlig at større forsikringsselskap har egne juridiske avdelinger. Organiseringen av arbeidets innhold i forsikringsselskap har følgelig endret seg med årene. Advokater i forsikringsselskap skiller seg dessuten fra advokater i store advokatfirma ved at de er ansvarlig for egne saker og

¹³³ Ot.prp. nr. 41 s. 59.

¹³⁴ Jf. lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. § 41 første ledd bokstav a.

vanligvis ikke arbeider i større prosjekter sammen. De innrømmes derfor større selvstendighet og uavhengighet i organiseringen og utføringen av sitt arbeid.

Hvorvidt en stilling er «særlig uavhengig» beror likevel på en konkret helhetsvurdering. EU-kommisjonen har i sin tolkningsuttalelse fra 2017 uttalt at unntaksbestemmelsen ikke kan tolkes dit hen at den gjelder en «*hel kategori av arbeidstakere.*»¹³⁵ Det kan derfor vanskelig konstateres at enhver advokat ansatt i et forsikringselskap oppfyller de kriterier som ligger i en «særlig uavhengig stilling». Det vises i denne sammenheng til at forsikringsfirmaet HELP foretar en konkret vurdering av stillingen til sine forsikringsadvokater. Advokattittelen i seg selv, har svært begrenset vekt i vurderingen.¹³⁶ Videre er eksempelet om forsikringsadvokater ikke gjengitt i nyere forarbeider, bortsett fra i NOU 1992:20. Senere revisjoner av arbeidsmiljøloven gjentar ikke eksempelet, og det har derfor ikke vært nevnt siden 1992.

Eksempelet i forarbeidene må følgelig anses å være utdatert. Dette kan uansett ikke rokke ved at advokater i større advokatfirmaer muligens ikke er like uavhengig i sitt arbeide. Det alminnelige advokatyrrket har med tiden endret seg fra små firma hvor hver advokat var uavhengig med stor beslutningsevne, til å bli en form for «advokatfabrikk» hvor sakene kommer på samlebånd ovenfra og hvor alle er undergitt en ledelse.

Også hensynet bak arbeidsmiljølovens strenge regler om overtid taler mot at advokater bør være «særlig uavhengig(e)». Det er tidligere vist til at lange arbeidsdager kan gå ut over arbeidets kvalitet. For advokater er dette særlig nærliggende. Arbeidet krever presisjon og konsentrasjon. Utmattelse kan medføre at advokaten gjør feil, noe som kan få store konsekvenser for både klienten og firmaet som sådan. Etter min oppfatning virker det som om advokater i en «særlig uavhengig stilling» ikke er førstevalget for advokatfirmaer som ønsker et godt rykte og høy inntjening. På den annen side vil advokatfirmaet kanskje godta en større risiko for feil mot at advokatene jobber mye overtid og skaper store verdier for firmaet.

Etter en rask undersøkelse blant de største advokatfirmaene i Oslo, viser samtlige til at deres fast ansatte advokater anses å være i en «særlig uavhengig stilling».¹³⁷ Denne

¹³⁵ 2017/C 165/01, s. 44, min oversettelse.

¹³⁶ E-postkorrespondanse av 07/02-18 med juridisk direktør i forsikringsfirmaet HELP, Tore Strandbakken.

¹³⁷ E-postkorrespondanse av 5. februar 2018 med HR-rådgivere i Advokatfirmaet Wiersholm, Advokatfirmaet Wikborg Rein, Advokatfirmaet Haavind, Advokatfirmaet BAHN og Advokatfirmaet Grette.

bransjepraksisen vil imidlertid bli tillagt liten vekt så lenge arbeidsforholdets reelle innhold ikke gjenspeiler kriteriene som må foreligge for å inneha en slik «særlig uavhengig stilling».

Konklusjonen er derfor at alminnelige advokater i store firma som utgangspunkt ikke kan anses «særlig uavhengig». Dette på bakgrunn av at de er underordnet partnere og øvrige overordnede advokater, har en kjernetid hvor det forventes at de er tilgjengelig på arbeidsplassen, og at de ikke kan velge sine egne saker, følgelig ikke styre sin egen arbeidsmengde.

Det må imidlertid foretas en konkret vurdering av hver enkelt advokat. Etter min oppfatning kan advokater i store firma etter hvert få en «særlig uavhengig stilling». Bakgrunnen for dette er at når advokaten opparbeider seg erfaring i firmaet, får vedkommende egen portefølje og blir saksansvarlig overfor klienter. Vedkommende advokat blir dermed på «toppen» av den aktuelle saken, og han har ikke andre som skal kontrollere hans produkt eller andre milepæler i løpet av saksgangen.

Videre får han større beslutningskompetanse og blir følgelig mer selvstendig i arbeidet. Med beslutningsmyndighet kommer adgang til å delegerer oppgaver til andre underordnede advokater, og stillingen blir mer overordnet. Når advokaten får mer selvstendighet og blir mindre bundet av arbeidsgivers styringsrett, vil han være sjef over eget arbeid og selv vurdere og bestemme over sakens fremgang. Bredere erfaring resulterer i mindre oppfølging som igjen medfører at advokaten blir herre over egen arbeidstid. Som saksansvarlig på egen sak kan man arbeide mye en dag mot å ta det roligere påfølgende arbeidsdag. Disse prinsippene vil etter min mening spesielt gjelde for senioradvokater, noe som er i tråd med Arbeidstidsutvalgets syn.¹³⁸

Det kan også stilles spørsmål ved om advokater i mindre advokatfirma er «særlig uavhengig». Jeg mener advokater ansatt i mindre firma ofte vil fylle kriteriene for «særlig uavhengig stilling», uavhengig av om de er nyansatt eller erfaren. Disse firmaene har ikke samme hierarkiske oppbygging som de store firmaene, og alle advokatene arbeider mer selvstendig. Ved at omfanget av kontroll fra overordnede reduseres, får hver advokat større frihet og beslutningsmyndighet.

¹³⁸ NOU 2016:1 s. 199.

Mindre firma er videre avhengig av at hver enkelt advokat skaffer seg en egen portefølje, og advokatene har derfor større muligheter til å påta seg saker på eget initiativ. Dette henger sammen med at mindre advokatfirma har et adskillig lavere lønnsgrunnlag, da de ikke har like stabil pengeflyt som de store advokatfirmaene. Lønnen for advokater i mindre firma er ofte resultatavhengig i den forstand at lønnen beror på firmaets inntjening, herunder den enkelte advokats inntjening. Hver advokat er derfor avhengig av å jobbe for å skaffe klienter og således oppnå bonus gjennom å ta flere saker. I motsetning til det som tidligere er diskutert vil derfor lav lønn her kunne peke i retning av at stillingen er «særlig uavhengig».

8 Avsluttende bemerkninger

Jeg har i avhandlingen søkt å klarlegge innholdet i begrepet «særlig uavhengig stilling». Gjennomgangen viser at ingen momenter er tungtveiende nok til alene å medføre at en stilling faller inn under denne kategorien, og slik gi grunnlag for unntak fra arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Hvorvidt stillingen er «særlig uavhengig» vil bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering.

Ut fra tilsynspraksisen beskrevet under punkt 1.2.2 blir unntaket i aml. § 10-12 annet ledd i praksis anvendt utenfor dets rammer, og det konstateres brudd jevnlig. Dette er en følge av at området preges av en rettsusikkerhet ettersom retts- og tilsynspraksis viser at grensedragningen er uklar.

Ordlysendringen i 1977-loven kom som nevnt blant annet som et utslag av at aml. § 10-12 annet ledd ble praktisert feil, og endringen skulle legge opp til en mer restriktiv bruk av unntaket. Arbeidstidsutvalgets forslag om innstramming og bedre klarhet kan bidra til å forebygge misbruk. Utvalget foreslår at det i loven presiseres nærmere hva som ligger i en «særlig uavhengig stilling» og hvilke vilkår som må være oppfylt for å anvende unntaksbestemmelsen.¹³⁹

Selv om det er det reelle arbeidsforhold som er avgjørende for om stillingen er «særlig uavhengig», fremstår det etter mitt syn som enkelt for arbeidsgiver å misbruke unntaket ved å beskrive stillingen som «særlig uavhengig» i arbeidsavtalen. Det kan ikke forventes at enhver arbeidstaker har forutsetninger for å forstå hva en slik stilling innebærer. Mange arbeidstakere

¹³⁹ NOU 2016: 1 s. 198-199.

er ikke klar over de kriterier som følger av forarbeidene og vil da slå seg til ro med at deres stilling også innholdsmessig oppfyller vilkårene for «særlig uavhengig stilling».

Ved å innta vilkår i loven mener jeg risikoen for en slik omgåelse av arbeidstidsbestemmelsene kan reduseres. På den måten øker man forutberegneligheten og arbeidstaker kan selv kontrollere hvorvidt stillingen hans fyller vilkårene for unntak. Risikoen for omgåelse reduseres ytterligere dersom Arbeidstidsutvalgets forslag om at arbeidskontrakten skal presisere hvorfor arbeidstaker anses å inneha en «særlig uavhengig stilling», lovfestes.

På den annen side kan det innvendes at det er vanskelig, og heller ikke ønskelig, å lage en uttømmende lovtekst med klare retningslinjer i et samfunn som er i stadig utvikling. Dagens ordlyd vil kunne tilpasses den dynamiske samfunnsutviklingen, slik at flere arbeidstakere med tiden kan anses å oppfylle vilkårene for å være «særlig uavhengig». En endret lovgivningsteknikk hvor vurderingskriteriene er uttømmende angitt i loven, i stedet for i forarbeidene og etterfølgende praksis, kan derfor være problematisk. Årsaken til dette er at rettsanvendere, for eksempel domstolen, må forholde seg strengt til den uttømmende ordlyden. Dersom samfunnsutviklingen skaper et behov for nye og/eller endrede vurderingskriterier, forutsetter dette at Stortinget vedtar en ordlydsendring.

Etter min oppfatning bør lovgiver innføre en mellomløsning mellom uttømmende vilkår i loven og dagens ordning uten vilkår. En vanlig lovgivningsteknikk i Norge er å angi momenter i loven som det særlig skal legges vekt på. Unntaket for «særlig uavhengig stilling» har eksistert helt siden 1930-tallet¹⁴⁰, og det har etter omfattende praksis, som vist tidligere i avhandlingen, utkrystallisert seg en rekke momenter som skal inngå i helhetsvurderingen for hvorvidt stillingen er «særlig uavhengig». Disse gir uttrykk for gjeldende rett, og bør tas inn i loven.

Eksempelvis kan lovteksten utformes på følgende måte:

«Ved vurderingen av hvorvidt stillingen er særlig uavhengig skal det særlig legges vekt på arbeidstakers adgang til å regulere egen arbeidstid, arbeidstakers

¹⁴⁰ Jf. lov om arbeidervern fra 1936, her dog med en annen ordlyd: arbeid av «særlig betrodd art».

beslutningsmyndighet og graden av uavhengighet fra arbeidsgivers ledelse og kontroll.»

En slik lovbestemmelse vil bidra til å avklare hvilke stillinger som er «særlig uavhengig», og derfor regulere arbeidslivet på en bedre måte. Videre vil en slik lovbestemmelse være svært prosessbesparende og øke forutberegneligheten for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Selv om arbeidsmiljøloven er en vernelov for arbeidstakere, vil det ikke være slik at enhver arbeidsgiver har forutsetninger til å sette seg inn i forarbeidene for å vurdere hvorvidt stillingen skal være «særlig uavhengig». Det er derfor viktig også for arbeidsgiveren at loven gir visse retningslinjer for vurderingen.

Arbeidstilsynets uanmeldte tilsyn kan også bidra til å bringe større oppmerksomhet rundt temaet. Sanksjoner kan som nevnt komme i form av bøter, og dette vil være en merkbar reaksjon overfor arbeidsgiver. På denne måten motiveres arbeidsgiver til nøye å vurdere hvorvidt en stilling virkelig kan kategoriseres som «særlig uavhengig».

Det ble innledningsvis vist til Arbeidstidsutvalgets forslag om å vedta et unntak fra arbeidstidsreglene for arbeidstakere i såkalte «delvis uavhengige stilling(er)». Denne formen for stillingsgruppe skulle gjelde for arbeidstakere med behov for større fleksibilitet enn den arbeidstidsreglene gir, dog med mindre uavhengighet enn de i «særlig uavhengig(e) stilling(er)». Flertallet i Arbeidstidsutvalget så et behov for unntak ettersom gjeldende regulering innebærer en enten-eller-løsning, som ikke er egnet for det stadig mer heterogene arbeidsliv.¹⁴¹

Unntaket fremstår etter min mening som nyttig, da mange arbeidstakere ikke fyller kriteriene for å være «særlig uavhengig», men samtidig får deres frihet til arbeid unødig begrenset som følge av arbeidstidsreglenes rammer. Det må likevel stilles spørsmål ved om det er gunstig å unnta flere arbeidstakere fra det viktige vernet reglene gir. Videre er reglene i dag svært kompliserte og utydelige, og ytterligere unntak kan bidra til å skape større forvirring og vanskelige og kompliserte grensedragninger.

¹⁴¹ NOU 2016:1 s. 21.

Partene i arbeidslivet har stilt seg skeptiske til forslaget, og har uttrykt bekymringer for at arbeidstakernes interesser vil bli forringet dersom det åpnes opp for flere unntak.¹⁴² Forslaget er derfor trukket tilbake, og regjeringen har nedsatt en arbeidsgruppe hvor hovedorganisasjonene i arbeidslivet er representert. Denne gruppen skal nå jobbe videre med problemstillingen og komme med nytt forslag til unntak. De skal også drøfte hvordan dagens regler kan gjøres mer tydelig og tilgjengelig, gjennom å vurdere hvorvidt ordlyden bør endres.¹⁴³ Frem til endelig forslag foreligger, vil partene i arbeidsavtalen derfor måtte gå veien om å sette seg inn i forarbeider og rettspraksis for å få avklart hvilke kriterier som må foreligge for å betegne stillingen som «særlig uavhengig».

¹⁴² Juristkontakt (nr.2/2018) s. 51.

¹⁴³ *Ibid.*

9 Kildeliste

9.1 Lovgivning

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

Lov 11. november 1992, om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) (EØS-loven)

Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Lov 10. mai 1968 om arbeidervern

Lov 28. november 1958 om arbeidervern

Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern

Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern

Lov 18. september 1915 om arbeidsbeskyttelse i industrielle virksomheter

Lov 10. september 1909 om Tilsyn med Arbeide i Fabriker mv.

Lov 27. juni 1892 om Tilsyn med Arbeide i Fabriker mv. (fabrikktilsynsloven)

9.2 Forarbeid

NOU 2016:1	Arbeidstidsutvalget: Regulering av arbeidstid – vern og fleksibilitet
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
NOU 1992:20	Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle. Utredning fra Arbeidsmiljølovutvalg
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

Prop. 48 L (2014-2015)

Endringer i arbeidsmiljøloven og
allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser,
straff mv.)

Innst. 207 L (2014-2015)

Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om
endringer i arbeidsmiljøloven og
allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser,
straff mv.)

9.3 Dommer

Høyesterett:

RT-2001-418 (Kårstø-dommen)

RT-2000-1602 (Nøkk-dommen)

RT-1998-1357

Lagmannsretten:

LB-2007-101453

RG-2013-1175

LG-2015-81139-2

LE-1991-00232

RG-1996-1143

LH-2007-191174

Tingretten:

TOSLO-2014-135604

TOSLO-2005-169978

TSUMO-1995-717

THAUG-2012-48587

9.4 Praksis fra Direktoratet for arbeidstilsynet

Arbeidstilsynets vedtak, klage fra Norsk Faglærerlag (Sak 19.8.92) (Gjengitt på s. 44 i Nicolai Skarning, «Ledende eller særlig uavhengig stilling», 1. utgave 2016)

Arbeidstilsynets vedtak av 14. januar 2014 til KPMG Law Advokatfirma AS, i klagesak mot Gambro Norge Nuf (Sak 254130/2013) (gjengitt på s. 53-54 i Nicolai Skarning, «Ledende eller særlig uavhengig stilling», 1. utgave 2016)

Arbeidstilsynets vedtak av 22. mai 2013 til advokatfirmaet Steenstrup Strordrange DA, i klagesak mot Plantasjen (Sak 2012/27766) (se vedlegg 1)

Arbeidstilsynets vedtak av 30. juni 2015, Klage over vedtak om pålegg fra NILLE AS (Sak 221654/2015) (se vedlegg 2)

9.5 Litteratur

- Arnesen mfl. (2017) Finn Arnesen, Halvar Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christoph Vedder, Agreement on the European Economic Area, kommentarutgave, 1. utgave 2017
- Brucker (2009) Ingrid Fladberg Brucker, Skriftserie for jus nr. 6, «Særlig uavhengig stilling», 1. utgave 2009
- Byrkjeland (2006) Martin Byrkjeland, «Kortare arbeidstid – Eit oversyn over diskusjonen om arbeidstidsforkortingar i Noreg 1880-2006», Rokkan notat 7 2006, punkt 1.1
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff, «Rettskildelære», 5. utgave, Oslo 2001
- Evju (2014) Stein Evju, 2014 «Labour is not a commodity: reappraising the origins of the maxim», European Labour Law Journal, s. 222-229
- Fanebust (1989) Arne Fanebust, «Oppsigelse i arbeidsforhold», 2. utgave, Oslo 1989
- Frihagen (1966) Arvid Frihagen «Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten», 1. utgave, Oslo, 1966

Mehl (1982)	Tor Mehl «Permitteringer - en analyse og vurdering av rettspraksis fra de alminnelige domstoler» 1. utgave, Oslo 1982
Skarning (2016)	Nicolai Skarning, «Ledende eller særlig uavhengig stilling», 1. utgave 2016
Skarning, Sverre, Punsvik (2017)	Nicolai Skarning, Jan-Erik Sverre, Fredrik Punsvik, «Unntak fra arbeidstidsreglene for ledende eller særlig uavhengig stilling», Publisert i Universitetsforlaget Praktisk økonomi & finans, Årgang 33, 2/2017
Skjønberg, Hognestad, Hotvedt (2017)	Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad, Marianne Jenum Hotvedt, Individuell arbeidsrett, 2. utgave 2017

9.6 Rapporter/undersøkelser

«Omfang og bruk av bestemmelsene om unntak fra reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven (2005)», utredning av SENTIO AS for Arbeids- og inkluderingsdepartementet, september 2006

«Unntak fra arbeidstidsbestemmelsene med fokus på arbeidstakere i særlig uavhengig stilling», utført av AFI, Arbeidsforskningsinstituttet 2014

Dembe, A.E. m.fl. The impact of overtime and long work hours on occupational injuries and illnesses: new evidence from the United States, *Occup Environ Med* 2005; 62

Juristforbundets lønnsundersøkelse fra 2014

Advokatforeningens veiledning om advokatfullmektigenes arbeidstid («Veiledning for prinsipal og advokatfullmektig») av 28/8/2014

9.7 Nettsider

<https://www.tekna.no/lonn-og-arbeidsvilkar/rettigheter/ledende-og-sarlig-uavhengig-stilling/>, sist lest 20/02/2018

<https://www.arbeidsmiljo.no/overtidsgodtgjorelse-inkludert-i-lonn/>, sist lest 02/02/2018

<https://www.arbeidstilsynet.no/arbeidsforhold/arbeidstid/overtid/>, sist lest 02/02/2018

<https://www.regjeringen.no/no/dep/asd/org/etatstyring/underliggende-etater/arbeidstilsynet/id85796/>, sist lest 06/03/2018

<https://www.magma.no/er-du-sarlig-uavhengig>, sist lest 09/03/2018

Arbeidsrett.no, note nr. 2 til aml. § 1-9 av Henning Jakhelln – krever innlogging

Arbeidsrett.no, note nr. 5 til aml. § 10-12, av Stian Hasli Hansen – krever innlogging

Rettsdata.no, note 340 til aml. § 10-12 annet ledd, skrevet av Tron Dalheim

9.8 Annet

Juristkontakt nr 2/2018

2017/C 165/01 Fortolkningsmeddelelse fra Kommissionen om Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden

Treaty establishing the European Economic Community, Roma 25. mars 1957

Treaty on the Functioning of the European Union, Roma 25. mars 1957

E-postkorrespondanse av 07/02/18 med juridisk direktør i forsikringsfirmaet HELP, Tore Strandbakken

E-postkorrespondanse med Kari Lysberg, rådgiver i Arbeidstilsynet, mottatt 18/01/18

E-postkorrespondanse av 5. februar 2018 med HR-rådgivere i Advokatfirmaet Wiersholm, Advokatfirmaet Wikborg Rein, Advokatfirmaet Haavind, Advokatfirmaet BAHN og Advokatfirmaet Grette

Brev fra Arbeids- og sosialdepartementet til Arbeiderpartiets stortingsgruppe 6. mai 2005, vedrørende 23 spørsmål til Ot.prp. nr. 49 (2004–2005)

10 Vedlegg

Arbeidstilsynets vedtak av 22. mai 2013 til advokatfirmaet Steenstrup Strordrange DA, i klagesak mot Plantasjen (Sak 2012/27766) (se vedlegg 1)

Arbeidstilsynets vedtak av 30. juni 2015, Klage over vedtak om pålegg fra NILLE AS (Sak 221654/2015) (se vedlegg 2)