



Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
PB 1829 Vika
0123 OSLO

Att. Magne Mjaaland

VEDTAK I KLAGESAK - KLAGE OVER ARBEIDSTILSYNET NORD-NORGES VEDTAK OM PÅLEGG ETTER AML. § 14-6 - NILLE AS, AVDELING STORGATA TROMSØ

Det vises til klage av 24. mars 2015 over Arbeidstilsynet Nord-Norges vedtak om pålegg av 20. februar 2015. Pålegget gjelder krav til innhold i arbeidsavtale, jf. arbeidsmiljøloven (aml.) § 14-6.

Direktoratet viser til regionens redegjørelse i oversendelsesbrev av 11. mai 2015 og finner klagen rettidig fremsatt, jf. forvaltningsloven (fv.) § 29.

Direktoratet finner saken tilstrekkelig opplyst og tar den til behandling, jf. fv. § 33 siste ledd.

Saksforholdet

Saksforholdet forutsettes kjent for partene. Det vil derfor kun bli redegjort for hovedtrekkene i det følgende.

Arbeidstilsynet Nord-Norge gjennomførte tilsyn hos Nille avdeling Storgata (heretter Nille) i Tromsø den 6. januar 2015. Hensikten med tilsynet var å kontrollere utvalgte organisatoriske arbeidsbetingelser og virksomhetens arbeidsmiljøarbeid, herunder arbeidsavtaler og registrering av arbeidstid.

I etterfølgende tilsynsrapport av 19. januar 2015 ble det varslet pålegg om å utarbeide utkast til arbeidsavtale i tråd med aml. § 14-6. Arbeidstilsynet vurderte at arbeidsavtalen for butikksjefen manglet beskrivelse av lønn, overtidstillegg, lengde og plassering av daglig arbeidstid samt lengde av pauser. Videre fant Arbeidstilsynet Nord-Norge at butikksjefens stilling ikke falt inn under noen av unntakene i aml. § 10-12 første og annet ledd.

Nille kom med tilbakemeldinger til varselet den 2. februar 2015. Nille var uenig i Arbeidstilsynets vurdering av butikksjefens stilling og mente at arbeidssituasjonen til kjedens butikksjefer måtte medføre at de hadde en ledende stilling.

Arbeidstilsynet Nord-Norge fattet vedtak om pålegg i tråd med varselet den 20. februar 2015, med følgende ordlyd:

«Pålegg - Arbeidsavtale - innhold

Arbeidsgiver skal utarbeide utkast til arbeidsavtaler som er i tråd med arbeidsmiljøloven § 14-6.

Vilkår:

For å kunne vurdere om pålegget er oppfylt, må vi innen fristen ha mottatt:

- *Kopi av utkast til arbeidsavtale for butikksjef som er i samsvar med arbeidsmiljøloven §*



14-6

Hjemmel: arbeidsmiljøloven §§ 14-5 første ledd og 14-6

Frist for gjennomføring: 16.03.2015».

Vedtaket ble påklaget av advokatfirmaet Steenstrup Stordrange den 24. mars 2015, som representerer Nille i saken.

Klagen ble behandlet av Arbeidstilsynet Nord-Norge den 11. mai 2015, hvor tidligere vedtak ble opprettholdt. Saken ble deretter oversendt direktoratet for endelig behandling.

Klagers anførsler

Klager mener Arbeidstilsynet ikke kan stille krav om at det skal innarbeides i arbeidsavtalen opplysninger om overtidstillegg, jf. aml. § 14-6 bokstav i, jf. aml. § 10-6 ellevte ledd. Klager mener at dersom dette er lovgivers ønske, så hadde det vært stilt uttrykkelig krav om dette i aml. § 14-6.

I og med at butikksjefens arbeidsavtale har et innhold som er i samsvar med aml. § 14-6, har ikke Arbeidstilsynet rettslig grunnlag for å gi pålegg om at det skal tas inn en bestemmelse om overtidstillegg i avtalen.

Klager anfører videre at Arbeidstilsynet ikke har kompetanse til å gi pålegg av den art som ble gitt i vedtak av 20. februar 2015. Klager viser til lovendringen i 2005 som tilsier at Arbeidstilsynet ikke kan treffe avgjørelser om hvorvidt arbeidstakere kan sies å falle utenfor eller innenfor arbeidstidskapitelet. Det var et bevisst valg fra lovgivers side i 2005 å frata Arbeidstilsynet avgjørelsesmyndighet i slike saker og etter lovendringen vil dette være privatrettslige bestemmelser.

Når Arbeidstilsynet etter 2005 ikke lengre har håndhevingskompetanse i forhold til aml. § 10-12 første ledd, men kun en veiledende rolle, er det svært betenkelig at tilsynet truer med tvangsmulkt eller stans dersom en virksomhet ikke følger et pålegg.

Hva gjelder unntaket i aml. § 10-12 første ledd vises det til forarbeider og dom fra Eidsivating Lagmannsrett av 22. desember 2009. Klager mener det hverken foreligger rettslig eller faktisk grunnlag for å gi det pålegget som Arbeidstilsynet har gjort i denne saken.

Direktoratets vurdering

Direktoratet for arbeidstilsynet kan prøve alle sider av saken, herunder treffe nytt vedtak eller oppheve det og sende det tilbake til underinstansen for ny behandling, jf. fvl. § 34.

Arbeidstilsynets påleggskompetanse

Arbeidsmiljøloven § 14-6 oppstiller minimumskrav til innholdet i en arbeidsavtale. Bestemmelsen skal sikre arbeidstakerne forutberegnelighet, samt sikre at arbeidsgiver har mulighet til å påse at arbeidstidsbestemmelsene overholdes. Videre skal arbeidsavtalen gjøre det mulig for tilsynsmyndighet, verneombud og tillitsvalgte å føre kontroll med etterlevelsen av regelverket.

For at Arbeidstilsynet skal kunne føre kontroll av om arbeidstidsbestemmelsene i kapittel 10 og bestemmelsen om overtidsbetaling i § 10-6 ellevte ledd overholdes, må arbeidsavtalen



inneholde opplysninger eller nærmere angivelser om overtidsgodtgjøring og lengde og plassering av arbeidstiden. Arbeidsavtalen må også ta opp i seg andre avtaler om arbeidstiden, for eksempel at unntaksbestemmelser i aml. § 10-12 første og annet ledd kommer til anvendelse.

For å kunne vurdere om opplysningene i arbeidsavtalen er tilstrekkelig, må Arbeidstilsynet prejudisielt ta stilling til om en arbeidstaker faller inn under arbeidstidskapittelet eller ikke. Denne adgangen sikrer også en effektiv håndheving av arbeidsmiljøloven, og forhindrer omgåelse av loven ved at den ansatte defineres å inneha en ledende stilling ved inngåelse av arbeidskontrakten, med den konsekvens at arbeidsgiver unngår forpliktelsen med å påse at de arbeidsrettslige vernebestemmelser følges.

Ut over denne adgangen har Arbeidstilsynet, som påpekt av klager, kun en veiledende rolle om unntaksbestemmelsene i § 10-12 første og annet ledd. Klagers anførsel fører således ikke frem på dette punktet.

Særlig ledende eller uavhengig stilling

Utgangspunktet er at alle arbeidstakere er omfattet av arbeidsmiljølovens kapittel 10 om arbeidstid. Formålet med arbeidstidsbestemmelsene er å sikre at arbeidstakerne har en arbeidstid som ikke påfører dem og deres nærmeste unødige helsemessige og sosiale belastninger. Etter § 10-12 første og annet ledd kan det imidlertid gjøres unntak fra deler av kapitelet for arbeidstakere i «*ledende stilling*» og «*særlig uavhengig stilling*».

Paragraf 10-12 første og annet ledd imøtekommer ett praktisk behov for å unnta arbeidstakere, som i stor utstrekning selv kan regulere arbeidstiden, fra arbeidstidsbestemmelsene. Unntakene er først og fremst aktuelle for arbeidstakere med så stor innflytelse over egen arbeidssituasjon at de i mindre grad enn andre arbeidstakere har behov for det vernet som reglene i arbeidstidskapittelet i arbeidsmiljøloven gir, se blant annet Ot.prp. nr.49 (2004-2005) og Ot.prp. nr. 41 (1975-76).

Unntaksbestemmelsen for ledende stilling i aml. (1977) presiserte at unntaket for arbeid av ledende eller særlig selvstendig art ikke gjaldt «*arbeidsledere eller andre liknende stillinger som i arbeidstida følger dem de er satt til å lede*». Selv om denne reservasjonen ikke er gjentatt i aml. (2005), fremgår det av forarbeidene at dette ikke skal innebære noen realitetsendring. Det må derfor legges til grunn som det klare utgangspunkt at arbeidsledere og andre som er bundet til å følge sine underordnedes arbeidstid, ikke har ledende stilling i lovens forstand.

Unntaket for «*arbeidstakere i ledende stilling*» tar sikte på å omfatte arbeidstakere som innehar overordnende og ledende stillinger, dvs. arbeidstakere med klare lederfunksjoner. En slik stilling vil som oftest innebære personalansvar og myndighet til å pålegge andre å utføre bestemte arbeidsoppgaver. I Ot.prp. 42 (1975-76) nevnes som eksempel på slike stillinger disponenter, avdelingssjefer, overingeniører og andre som har et større ansvar eller som i særlig grad kan treffe avgjørelser på vegne av virksomheten, og som selv må vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats.

Unntaket for «*arbeidstakere i særlig uavhengig stilling*» tar sikte på å omfatte arbeidstakere som ikke innehar lederfunksjoner, men som likevel har overordnet og ansvarsfulle stillinger. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 181 uttales følgende; «*Departementet vil videre peke på at det for å falle inn under begrepet særlig uavhengig stilling ikke er tilstrekkelig å kunne kontrollere sin egen arbeidstid og/eller ha fleksibel arbeidstid. En særlig uavhengig stilling må innebære*



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

I grensetilfeller vil det være naturlig å legge avgjørende vekt på om vedkommende kontrollerer sin arbeidstid. En arbeidstaker som er underlagt fast kontroll med hensyn til arbeidstida, vil det således neppe være naturlig å unnta fra arbeidstidsbestemmelsene, selv om han har visse lederfunksjoner, jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 59.

Direktoratet legger etter dette til grunn at unntaksbestemmelsene er snevre og at det skal mye til før en kan definere stillingen som «*særlig ledende*» eller «*særlig uavhengig*».

I følge arbeidsavtalen for butikksjefen i Nille, er arbeidstiden minimum 40 timer effektivt arbeid pr. uke, og skal være i henhold til godkjent vaktplan. Arbeidstaker må likevel forvente å arbeide i det omfang som er nødvendig for å ivareta oppgaver og ansvarsområder som underlagt stillingen. Videre må det påregnes arbeid av midlertidig karakter ved andre Nille butikker. Lønnen inkluderer kompensasjon for ekstra innsats som en butikksjef naturlig må yte for å forsvare drift og resultat.

Butikksjefen er ansvarlig for butikkens operative drift innenfor de rammebetingelser som gjelder for Nille AS til enhver tid, og i henhold til stillingsinstruks. Butikksjefens oppgaver er ut over dette sparsomt opplyst i saken. Direktoratet har vært i telefonkontakt med HR-direktøren sentralt i Nille den 16. juni 2015, hvor det ble gitt nærmere opplysninger om butikksjefens stilling.

Det er blant annet opplyst at butikksjefen har ansvar for ledelse og drift av butikken, herunder personalansvar. Butikksjefen har blant annet ansvar for ansettelse og oppsigelser, utarbeidelse av månedsplaner og HMS-arbeid. Det er butikksjefen som har instruksjonsmyndighet ovenfor de ansatte og ansatte forholder seg kun til butikksjefen. Dette innebærer at butikksjefen har en ansvarsfull stilling som er overordnet de andre medarbeiderne i butikken, noe som taler for at stillingen er å anse som av ledende karakter.

Det er imidlertid av betydning for vurderingen av unntakene i hvor stor grad butikksjefen har mulighet til å ta selvstendige avgjørelser innenfor sitt ansvarsområde. At butikksjefen er styrt av interne retnings- og styringslinjer, som begrenser butikksjefens handlingsrom, trekker i retning av at unntaksbestemmelsene ikke kommer til anvendelse. Dette er imidlertid ikke avgjørende for vurderingen av om unntakene kommer til anvendelse.

Det er av HR-direktøren opplyst at butikken i hovedsak er konseptstyrt og at ca. 90 % av butikkens sortiment er bestemt av Nille sentralt. Dette gir butikksjefen begrenset mulighet til å velge ut varer og bestemme hvordan butikken skal innredes og se ut. Videre har den enkelte butikksjef rammer for hvordan butikken skal drives. Det er utarbeidet månedsplaner og satt budsjettmål for virksomheten, i tillegg til at butikksjefen har rapporteringsplikt om driften til distriktssjef. Det er etter direktoratets oppfatning ikke klart at butikksjefen har en åpenbar og tydelig frihet om hvordan arbeidsoppgavene skal organiseres og gjennomføres.

Hva gjelder butikksjefens frihet til å bestemme over egen arbeidstid, er også dette i stor grad styrt av butikkens omsetning. For å kunne gå med overskudd må det i hovedsak være en ansatt i butikken, men med noe overlapp ved ettermiddagsskiftet eller andre travle tider innenfor åpningstiden. Dette kan imidlertid variere noe, men likevel slik at bemanningen er styrt av budsjettet og ikke av butikksjefens egne vurderinger. HR-direktøren har bekreftet at det er krav



om at personalprosenten skal stå i forhold til en fastsatt inntjeningsprosent. Det ligger også i Nillekonseptet at butikkene skal være av mindre størrelse med en mindre arbeidsstokk, og således med mindre mulighet for butikksjefen til å styre arbeidstiden selv.

I følge HR-direktøren er det også en forventning sentralt om at butikksjefen skal arbeide ti lørdager i løpet av ett år. Butikksjefen må også avvikle ferie i overensstemmelse med distriktssjefen. Dette legger tydelige begrensninger på butikksjefens adgang til å selv bestemme over sin egen arbeidstid.

Direktoratet finner å legge mindre vekt på at butikksjefen kan arbeide noe før og etter butikkens åpningstid. Denne muligheten er begrenset av budsjett og annen målstyring, og av at butikksjefen skal inngå i den ordinære vaktlisten. Innsendte vaktplan viser at butikksjefen arbeider hovedparten av arbeidstiden alene, og at hun stort sett arbeider 40 timer pr. uke med ordinære butikkoppgaver. Dette innebærer at butikksjefen må planlegge arbeidstiden over noe tid, noe som trekker i retning av at vedkommende ikke har en særlig ledende eller uavhengig stilling.

Direktoratet har etter en konkret vurdering av det ovennevnte kommet til at butikksjefen i Nilles avdeling i Storgata ikke kan sies å falle inn under unntakene for særlig uavhengig eller ledende stilling. Direktoratet mener butikksjefens mulighet til å selv bestemme hvordan og når hun ønsker å arbeide er så begrenset at det ikke er grunnlag for å unnta henne fra arbeidsmiljølovens bestemmelser. Dette til forskjell fra saksforholdet i Lagmannsrettens dom av 22. desember 2009, hvor butikksjefen blant annet hadde større frihet med hensyn til egen organisering av arbeidet, at han kun til dels inngikk i ordinær vaktplan og hadde større frihet til å bestille varer. Klagers anførsler fører således ikke frem.

Konklusjon

Butikksjefen ved Nilles avdeling i Storgata har ikke en «*ledende stilling*» eller en «*særlig uavhengig stilling*» i henhold til aml. § 10-12 første og annet ledd. Arbeidsgiver må utarbeide utkast til arbeidsavtaler som er i tråd med aml. § 14-6, hvor butikksjefen ikke unntas fra arbeidstidsbestemmelsene.

Vedtak

Klagen tas ikke til følge. Direktoratet stadfester Arbeidstilsynet Nord-Norges vedtak av 20. februar 2015, jf. aml. § 10-12 første og annet ledd.

Klageinstansens vedtak er endelig og kan ikke påklages, jf. fvl. § 28.

Med hilsen
Direktoratet for arbeidstilsynet

Gry Singsaas
Avdelingsdirektør, Lov og regelverk
(sign.)

Tonje Faanes
Seniorrådgiver, Lov og regelverk
(sign.)



Dette brevet er godkjent elektronisk i Arbeidstilsynet og har derfor ingen signatur.

Kopi til:
NILLE AS
Virksomhetens verneombud v/NILLE AS
NILLE AS AVD STORGATA

Postboks 530	1411	KOLBOTN
Postboks 530	1411	KOLBOTN
Storgata 33	9008	TROMSØ

Arbeidstilsynet Nord-Norge