

UiO : **Det juridiske fakultet**

Nedbemanning og masseoppsigelser

En praktisk veiledning

Kandidatnummer: 641 og 706

Leveringsfrist: 25. november 2014

Antall ord: 26 490



Innholdsfortegnelse

1	KAPITTEL 1 INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning av oppgaven og rettslig plassering.....	2
1.2.1	Kollektiv vs. individuell arbeidsrett.....	3
1.3	Illustrasjon av nedbemanningsprosessen	4
1.4	Historikk.....	6
1.5	Arbeidsgivers styringsrett	7
1.6	Saklighetskravet	8
1.6.1	Virksomhetens forhold.....	10
1.6.2	Interesseavveiningen.....	11
1.6.3	Annet passende arbeid	12
1.6.4	Bevisbyrde	13
1.7	Hvordan besvare oppgaven – veien videre	13
2	KAPITTEL 2 NEDBEMANNINGSPROSESSEN TRINN FOR TRINN.....	14
2.1	Innledning.....	14
2.2	Når står vi overfor en «masseoppsigelse»?	14
2.3	Det faktiske og rettslige grunnlaget for nedbemanning	16
2.4	Nedleggelse av virksomhet	17
2.4.1	Omstillingsloven	17
2.5	Rettskilder	20
2.5.1	Lov	20
2.5.2	Lovforarbeider	20
2.5.3	Tariffavtale.....	21
3	KAPITTEL 3 DEN FORBEREDENDE FASEN	22
3.1	Innledning.....	22
3.1.1	Arbeidsmiljøutvalg	24
3.2	Informasjons- og drøftelsesplikten.....	25
3.2.1	Grunnlag	25
3.2.2	Informasjons- og drøftelsesplikt ved fortrolige opplysninger	27
3.2.3	Drøftelsesplikt etter tariffavtale	29
3.2.3.1	Drøftelser så tidlig om mulig.....	30
3.2.3.2	Protokoll	30
3.2.3.3	Mislighold.....	30
3.2.4	Informasjons- og drøftelsesplikten etter arbeidsmiljølovens § 15-2.....	31

3.2.4.1	Tillitsvalgte.....	32
3.2.4.2	Når skal drøftelsene utføres?.....	33
3.2.4.3	Formålet med drøftelsene og retten til sakkyndig bistand.....	34
3.2.4.3.1	Sakkyndig bistand.....	36
3.2.4.4	Hvilken informasjon skal gis?.....	36
3.2.4.5	Meldeplikten.....	37
3.2.4.6	Beslutning som er truffet av andre enn arbeidsgiver.....	39
3.2.4.7	Krav om referat og protokoll?.....	39
3.2.4.8	Konsekvensene av et eventuelt brudd på drøftelses- og informasjonsplikten etter § 15-2.....	39
3.2.5	Avtalebegrepet.....	40
3.2.5.1	Begrepet tillitsvalgt.....	41
3.2.5.2	Kompetansen til tillitsvalgte.....	41
4	GJENNOMFØRINGSFASEN.....	43
4.1	Innledning.....	43
4.2	Kompetent organ.....	44
4.3	Omstillingsutvalg.....	45
4.3.1	Omstillingsavtaler.....	46
4.3.2	Tariffavtale?.....	47
4.4	Informasjonsmøte.....	48
4.5	Utvelgelsesprosessen.....	49
4.5.1	Utvelgelseskriterier som kan tillegges vekt i en nedbemanningsprosess.....	50
4.5.1.1	Ansiennitet.....	50
4.5.1.1.1	Ansiennitetsbegrepet i tariffavtaler.....	52
4.5.1.1.2	Rettspolitiske hensyn ved begrepet ansiennitet.....	52
4.5.1.2	Kvalifikasjoner.....	54
4.5.1.3	Personlig egnethet.....	55
4.5.1.4	Sosiale hensyn.....	56
4.5.1.5	Alderssammensetting.....	56
4.5.1.6	Hillesland-dommen.....	58
4.5.2	Utvelgelseskrets.....	59
4.6	Den individuelle informasjons- og drøftelsesplikten.....	62
4.6.1	Bistand av tillitsvalgt eller andre.....	64
4.6.2	Selve drøftelsesmøtet.....	64
4.6.3	Hva skjer ved et eventuelt brudd på drøftelsesplikten?.....	66
4.7	Kollektive drøftelser.....	67
4.8	Beslutningen om oppsigelse.....	67
4.9	Oppsigelsen form og innhold.....	68

5 DEN AVSLUTTENDE FASEN	69
5.1 « <i>Ettervirkninger</i> » av oppsigelse/nedbemanning	69
5.1.1 Retten til å stå i stilling	69
5.1.2 Feil eller mangler ved oppsigelsen – konsekvenser	70
5.1.2.1 Formkrav	70
5.1.2.2 Usaklig oppsigelse	71
5.1.3 Fortrinnsrett	72
5.2 Avsluttende kommentar	74
6 LITTERATURLISTE/KILDER.....	75
6.1 Bøker	75
6.2 Lov- og forarbeidsregister	76
6.2.1 Lov	76
6.2.2 Forarbeider	76
6.3 EU-direktiver	77
6.4 Domsregister	77
6.5 Nettdokumenter	78
6.6 Artikler	78
6.7 Annet	78

1 Kapittel 1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Problemstilling:

«Den praktiske gjennomføringen av nedbemanninger og tilhørende masseoppsigelser, med utgangspunkt i arbeidsmiljøloven § 15-2».

Temaet for denne oppgaven er den praktiske gjennomføringen av nedbemanningsprosesser og masseoppsigelser, med tilhørende rettslige problemstillinger. Nedbemanning er et dagsaktuelt tema som gjennomgående preger nyhetsbildet. Det er et juridisk område som får store konsekvenser for de som rammes, dette gjelder både arbeidsgivere og ikke minst arbeidstakere.

At en virksomhet innehar en god omstillingsevne er ansett som viktig i dagens samfunn. En virksomhets evne til å tilpasse seg endringer i samfunnet vil kunne være avgjørende for virksomhetens overlevelsessevne.

Når det kommer til begrepene omstilling og nedbemanning er ikke disse helt sammenfallende. Omstilling behøver nødvendigvis ikke å innebære oppsigelser av ansatte. Det kan være tale om omorganisering av arbeidsoppgaver og personell på ulike områder av virksomheten, endringer i arbeidstidsordnings osv.¹

Nedbemanning kan være en del av en omstillingsprosess. Dette vil si at tiltakene kan variere i art og omfang, og ved større omstillingsprosesser vil det ofte være tale om en kombinasjon av ulike tiltak. Uttrykket nedbemanning tar sikte på reduksjon av arbeidsstokken. Ofte vil det være tale om oppsigelser, men det behøver ikke være begrenset til dette. I tillegg til oppsigelse av arbeidsforholdet fra virksomhetens side, er også ulike ordninger som avtaler om opphør av arbeidsforholdet omfattet. Innunder temaet nedbemanning finner vi og en særegen form for nedbemanning, nemlig masseoppsigelser. Vi vil i denne oppgaven gjennomgå hva en masseoppsigelse innebærer, samt de rettslige problemstillingene rundt dette.²

Bakgrunnen for at en virksomhet må gå til det skritt å kutte ned på antallet ansatte i arbeidsstokken, enten dette resulterer i at vi står overfor en masseoppsigelse eller ikke, vil kunne være på grunnlag av at virksomheten er kommet i en vanskelig økonomisk situasjon. Den økonomiske situasjonen kan ha oppstått plutselig, på bakgrunn av endringer i konkurransesi-

¹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 20

² *ibid.* s. 20

tuasjonen og lignende, eller det kan være et problem som har utartet seg over en lengre tidsperiode. Uavhengig av hvordan virksomheten har kommet i den situasjon at det nå må kuttes ned på arbeidsstokken vil det være regler for den prosess som virksomheten nå står overfor. Det er denne situasjonen vi i vår oppgave vil gjennomgå, fra start til slutt.

1.2 Avgrensning av oppgaven og rettslig plassering

Vi har valgt et omfattende tema, og må derfor avgrense oppgaven. Vi har valgt å avgrense oppgaven mot offentlig sektor, slik at det i denne oppgaven vil være privat sektor og tilhørende lovgivning som vil bli redegjort for.

I denne oppgaven er det de rettslige problemstillingene som oppstår i en nedbemanningsprosess vi vil gjennomgå, herunder regler og avtaler som gjør seg gjeldende i en slik prosess. Vi ser på forhold som gjør seg gjeldende både for arbeidsgiver og arbeidstaker.

I kapittel 1 vil det gis en oversikt over den rettslige rammen for omstilling og nedbemanning, samt gjennomgang av relevant historikk. Det vil i dette kapittelet også redegjøres for de relevante lovregler og rettspraksis som gjør seg gjeldende ved en nedbemanningsprosess.

Etter dette vil vi i kap. 2 gjennomgå selve gjennomføringen av en nedbemanningsprosess. Her vil vi redegjøre for både den teoretiske siden av reglene om nedbemanning, og vi vil gjennomgå den praktiske delen av nedbemanningsprosessen. Vi har valgt å dele denne delen av oppgaven inn i en forberedende fasen, gjennomføringsfasen og til slutt den avsluttende fasen.

I den forbedrende fasen vil vi gjennomgå hva arbeidsgiver må gjøre før han eventuelt går til oppsigelse av arbeidstakere i en nedbemanningsprosess. Deretter vil oppgaven gå over i det vi har kalt gjennomføringsfasen. Her vil vi se på hvordan selve nedbemanningen skal gjennomføres, samt hvordan arbeidsgiveren må gå frem steg for steg i denne prosessen. Det vil da gjennomgås hva en arbeidsgiver kan og skal gjøre i en nedbemanningsprosess.

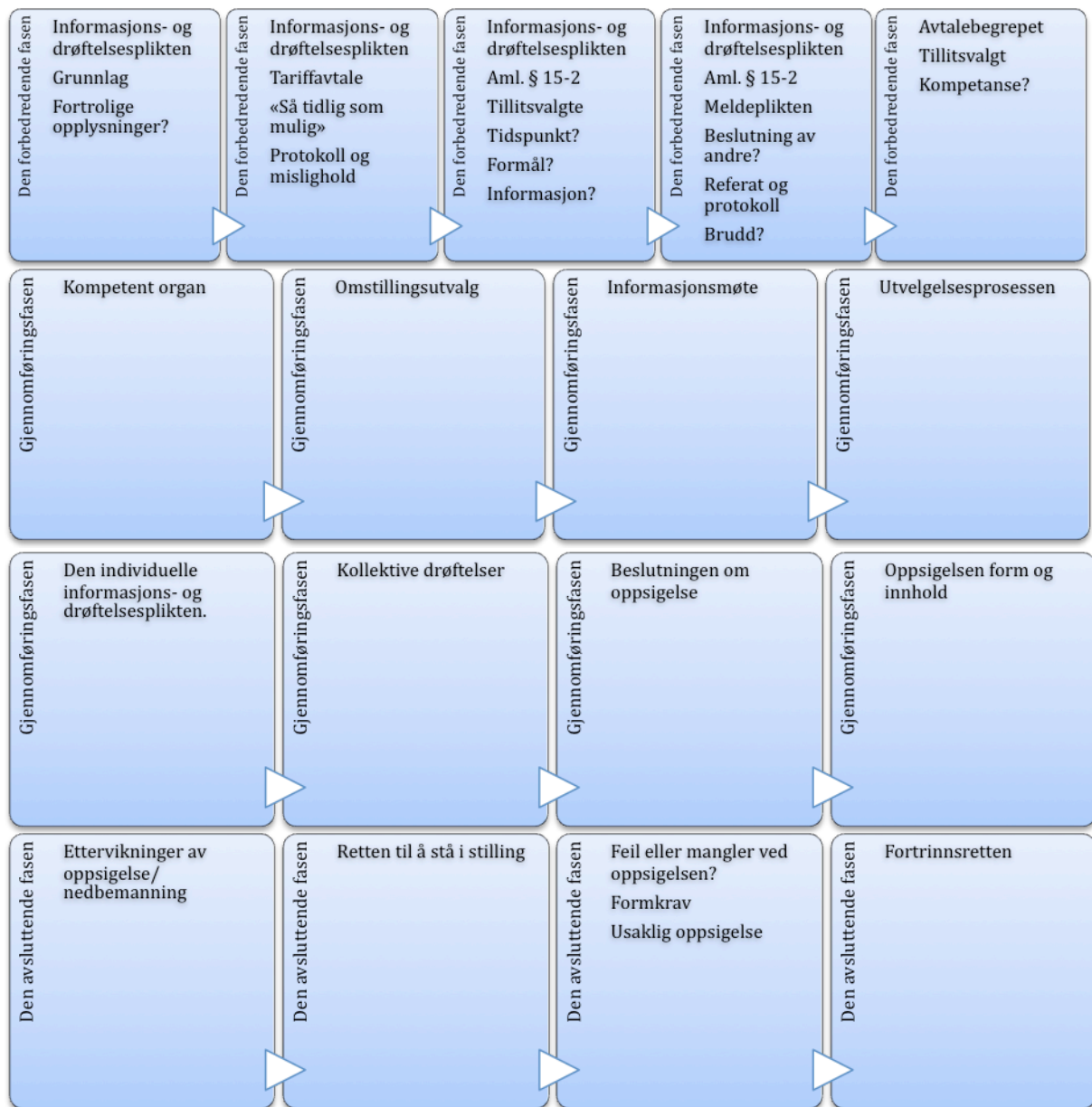
Til slutt vil vi i oppgaven ta for oss det vi har valgt å kalle den avsluttende fasen. I denne delen av oppgaven vil vi gjennomgå hva som skjer etter at oppsigelsene er gitt, hvilke virkninger en usaklig/ugyldig oppsigelse medfører, og til sist vil vi gjennomgå fortrinnsretten.

1.2.1 Kollektiv vs. individuell arbeidsrett

Arbeidsretten er delt inn i to hoveddeler. Dette er den kollektive og den individuelle delen. Innunder den kollektive delen finner man reglene om inngåelse og opphør av tariffavtaler, arbeidsstengning og arbeidsnedleggelse, og de forskjellige spørsmålene som ellers knytter seg til konflikter og konfliktløsning i tarifforhold. Til den individuelle delen hører reglene om inngåelse og opphør av arbeidsavtaler, og om rettigheter og plikter for den enkelte arbeidstaker. Distinksjonen mellom kollektiv og individuell arbeidsrett kan være problematisk, dette fordi det kan hevdes at en individuell arbeidsavtale ikke kan behandles tilfredsstillende uten at man tar hensyn til tariffavtalen, og at de tariffrettslige reglene er av sentral betydning også for den enkelte arbeidstaker. Men denne distinksjonen mellom kollektiv og individuell arbeidsrett er uansett et utgangspunkt.³ Vi vil i oppgaven komme innom spørsmål som systematisk tilhører kollektiv arbeidsrett, og det gjelder bl.a. problemstillingen tilknyttet tillitsvalgte og tariffavtaler.

³ Fanebust (2013) s. 19

1.3 Illustrasjon av nedbemanningsprosessen



Figuren viser hovedtemaene som vil bli gjennomgått i denne oppgaven, og ikke minst selve gangen i en nedbemanningsprosess. I det neste vil vi kort presentere hva som ligger i de enkelte boksene figuren består av, for å gi et lite innblikk i prosessen denne oppgaven omhandler. Figuren er kun ment som en illustrasjon av nedbemanningsprosessen, og de enkelte delene figuren består av vil bli grundig behandlet videre i oppgaven.

Det første hovedtemaet i figuren er den forberedende fasen, og innunder dette er hovedtemaet informasjons- og drøftelsesplikten.

I boks 1 ser man at vi her har grunnlaget for denne informasjons- og drøftelsesplikten, og problemstillingen rundt informasjon og drøftelse av fortrolige opplysninger.

Boks 2 har med informasjons- og drøftelsesplikten etter tariffavtale. Her kommer og et viktig moment inn, nemlig at tariffavtalt drøftelsesplikt skal skje «så tidlig som mulig». Videre har vi og kravet om at det skal føres protokoll etter informasjons- og drøftelsesmøter. Konsekvensene at et eventuelt mislighold av denne informasjonsplikten er og med i denne delen.

Videre i figurens boks 3 går vi over til informasjons- og drøftelsesplikten etter arbeidsmiljøloven § 15-2. Her er tillitsvalgtproblematikken tatt med, og igjen tidspunktet for når drøftelsene skal utføres, formålet med drøftelsene og ikke minst hvilken informasjon som skal gis i informasjons- og drøftelsesmøtene.

I figurens neste boks er vi fortsatt innunder arbeidsmiljøloven § 15-2. Her finner man meldeplikten ved masseoppsigelser og problemstillingen ved beslutninger som er fattet av andre enn arbeidsgiver. Her er også referat og protokoll etter drøftelsesmøtene tatt med. Problemstillingen rundt et eventuelt brudd på reglene om informasjon og drøftelse er og presentert her.

I boks 5, som er siste del av informasjons- og drøftelsesplikten, blir avtalebegrepet presentert. Innunder dette er det målet om å inngå en avtale som kan redusere de negative konsekvensene av en nedbemanning/masseoppsigelse det er fokusert på. Videre har vi igjen problematikken rundt tillitsvalgte i dette punktet, og hva som ligger i begrepet tillitsvalgte og kompetansen til de tillitsvalgte.

Videre i figuren går vi over til det neste hovedpunktet i oppgaven, da selve gjennomføringsfasen. Denne fasen er presentert i figurens bokser 6 til 13.

Boks 6 omhandler hvilket organ i en virksomhet som innehar kompetansen til å fatte beslutninger i en nedbemanningsprosess.

Videre er det opprettelsen av et omstillingsutvalg og hva dette innebærer som er presentert i figurens boks 7. I denne delen vil vi i oppgaven også ta for oss omstillingsavtaler og problematikken rundt dette.

I boks 8 er selve informasjonsmøtet temaet, dette er møtet som skal avholdes etter at den tidligere omtalte kollektive informasjons- og drøftelsesplikten er unnagjort.

Videre er vi nå over i figurens boks 9 her er et sentralt tema presentert. Dette gjelder selve utvelgelsesprosessen. Her er det da hvordan denne prosessen skal gjennomføres fra start til

slutt som vil bli presentert i oppgaven. Det er denne prosessen som leder frem til hvilke arbeidstakere som vil kunne bli å anse som overtallige.

Dette leder over til boks 10, som omhandler den individuelle informasjons- og drøftelsesplikten, hvor man har møter med de arbeidstakere som står i fare for å bli oppsagt, etter utvelgelsesprosessen.

Boks 11 er man igjen over i kollektiver drøftelser. Her er det da drøftelser med representantene til de arbeidstakere som står i fare for å bli oppsagt det vil bli redegjort for.

I figurens boks 12 finner man selve beslutningen om oppsigelse. Det er da den endelige beslutningen som nedbemanningsprosessen har ledet frem til. Denne ses i sammenheng med den neste boksen i figuren, som er hva selve oppsigelsen skal inneholde og hvordan denne skal utformes.

Det siste hovedtemaet i oppgaven er illustrert i figurens 4 siste bokser. Dette er den avsluttende fasen. Her finner man «*ettervirkninger*» av oppsigelsene/nedbemanningen boks 14, retten til å stå stilling ved eventuell tvist om opphøret av arbeidsforholdet i boks 15. Deretter gjennomgås feil eller mangler ved oppsigelsen, herunder formkrav og usaklig oppsigelse i boks 16. Til sist i figurens boks 17 er det fortrinnsretten som er fremhevet og vil bli gjennomgått under den avsluttende fasen.

1.4 Historikk

Den første formen for arbeidsvernlovgivning kom med fabrikktilsynsloven av 1892, under navnet Lov 27. Juni 1892, Tilsyn med Arbeide i Fabriker mv. Loven kom på bakgrunn av datidens elendige arbeidsforhold. Loven beskyttet barn under 12 år, og man fikk spesielle vernetiltak for kvinner.⁴

Det skulle gå nesten 50 år før det ble innført et oppsigelsesvern og et saklighetskrav i lovgivningen. Dette kom i 1936 med arbeidervernloven, som ga regler om vern mot usaklig oppsigelse og rett til ferie. Denne loven ble stående mer eller mindre urørt frem til en ny lov ble vedtatt i 1956, hvor det ble innført regler om det organiserte vernearbeidet og om oppsigelsesvern for sykmeldte arbeidstakere.⁵

⁴ Evju (2013) s. 111

⁵ Regjeringen (2011)

Etter en omfattende revisjon av arbeidervernlovgivningen ble arbeidsmiljøloven vedtatt i 1977. Denne loven omfattet som hovedregel alle arbeidstakere.

Den 1. januar 2006 trådte den någjeldende arbeidsmiljøloven i kraft. Loven har samme formål som tidligere, nemlig å sikre full trygghet mot skader og sykdom, trygge ansettelsesforhold, og lokal ivaretagelse og utvikling i arbeidsmiljøet. Som det fremkommer av arbeidsmiljøloven § 1-1, oppstilles det flere formål loven skal ivareta. Dette er blant annet å skape trygghet og likebehandling, tilrettelegging for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon, bidra til helsefremmende arbeidsplasser og et inkluderende arbeidsliv.⁶

1.5 Arbeidsgivers styringsrett

Alle omstillings- og nedbemanningsprosesser, herunder masseoppsigelser, har sitt grunnlag i at arbeidsgiver treffer en beslutning om dette. Grunnlaget for å treffe slike beslutninger har arbeidsgiver som utgangspunkt i det som i arbeidsrettslig terminologi kalles for «*styringsretten*». Dette er altså arbeidsgivers sentrale kompetansegrunnlag for å treffe beslutninger i arbeidsforhold, og det er derfor nødvendig å redegjøre helt kort for styringsretten i dette avsnittet.

Grunnlaget for arbeidsforholdet mellom en arbeidsgiver og arbeidstaker er arbeidsavtalen. I en slik avtale stiller arbeidstaker sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiveren mot et bestemt vederlag. Partenes rettigheter og plikter i arbeidsforholdet er i hovedsak fastlagt i en arbeidsavtale og i lovgivning, men også i tariffavtale hvis partene er bundet av en slik avtale. Det oppstår likevel mange praktiske spørsmål som ikke er regulert på noen måte. Utgangspunktet er at de forhold som ikke er regulert er det opp til arbeidsgiver å bestemme.⁷

Retten til å bestemme over forhold som ikke er regulert på annen måte i et arbeidsforhold er det som kalles styringsretten. Dette innebærer at det opp til arbeidsgiver å bestemme om det skal ansettes noen, og eventuelt hvem det er som skal ansettes. På samme måte som det er arbeidsgiver som har kompetansen til å bestemme hvem som skal ansettes i virksomheten, er det også arbeidsgiver som bestemmer hvorvidt noen arbeidstakere skal sies opp, hvem dette eventuelt er, og hvor mange som skal sies opp. Styringsretten innebærer også at en arbeidsgiver har kompetanse til å bestemme hvilket arbeid som skal utføres i virksomheten, hvordan det skal utføres, og hvem som eventuelt skal utføre dette arbeidet.⁸

⁶ Regjeringen (2006)

⁷ Aagaard (2012) s. 61

⁸ ibid. s. 61

Styringsretten innebærer at arbeidsgiver har en ensidig kompetanse til å treffe beslutninger som angår arbeidsforholdet, så lenge dette ikke strider mot arbeidsavtale, lov eller eventuell tariffavtale. Arbeidstaker har på sin side en forpliktelse til å underordne seg arbeidsgivers styringsrett. Skulle det oppstå uenigheter mellom arbeidsgiver og arbeidstaker må arbeidstakeren i utgangspunktet avfinne seg med det arbeidsgiver har vedtatt inntil saken er rettslig avklart. Arbeidstaker har med andre ord en lojalitetsplikt overfor det en arbeidsgiver bestemmer.⁹

På et overordnet plan handler oppgaven vår om begrensninger i arbeidsgivers styringsrett. Begrensningene kommer frem på ulike måter, og gjelder da personelle, prosessuelle og materielle begrensninger. Personelle begrensninger retter seg mot hvilket organ som har kompetanse til å fatte vedtak om oppsigelse. De prosessuelle begrensningene omhandler hvordan et kompetent organ må gå frem i forbindelse med en oppsigelse. I neste avsnitt vil vi komme inn på de materielle begrensningene som dreier seg om kravet til «saklig grunn».

1.6 Saklighetskravet

I det følgende vil vi presentere det generelle saklighetskravet i arbeidsretten. som i første rekke har sitt rettslige grunnlag i arbeidsmiljøloven § 15-7. I og med at denne oppgavens fokus er på gjennomføringen av nedbemanningsprosessen, vil det særlig være saklighetskravets konsekvenser for utvelgelsesprosessen som vil stå sentralt. Dette kommer vi konkret tilbake til i punkt 4.5 nedenfor.

Saklighetskravet kom som nevnt i punkt 1.4 inn som et lovfestet prinsipp i arbeidsretten gjennom arbeidervernloven av 1936. Dette er et lovfestet oppsigelsesvern, som sier at en oppsigelse må være saklig begrunnet. Formålet med dette oppsigelsesvernet er at en arbeidstaker skal være vernet mot den personlige ulykke som en oppsigelse vil kunne være.¹⁰ Oppsigelsesvernet finner vi i arbeidsmiljøloven § 15-7, som lyder:

§ 15-7. Vern mot usaklig oppsigelse

- 1) Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.*
- 2) Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker. Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning*

⁹ Aagaard (2012) s. 341.

¹⁰ Jakhelln (2007) s. 428.

eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker.

- 3) *En oppsigelse som skyldes at arbeidsgiver setter ut eller tar sikte på å sette ut virksomhetens drift på oppdrag ved bruk av selvstendige oppdragstakere, er ikke saklig med mindre det er nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift.*

Av arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd ser man at det er ulovlig for en arbeidsgiver å si opp en arbeidstaker dersom det ikke foreligger en *saklig grunn* til dette. Den saklige grunnen må enten ha sammenheng med *virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold*. Spørsmålet om det foreligger saklig grunn skal vurderes konkret i de enkelte tilfellene. Vi vil i vår oppgave ha fokus på oppsigelser som skal ha en *saklig grunn* knyttet til *virksomhetens forhold*.¹¹

Saklighetskravet karakteriseres som en rettslig standard. Innen denne standarden har det skjedd en stor utvikling siden den først kom inn som nevnt med arbeidervernloven i 1936. Innholdet i rimelighetskravet i saklighetsvurderingen vil endre seg i tråd med den generelle samfunnsutviklingen. Dette har kommet til uttrykk i Veslemøy Haslund-dommen, Rt. 1984 s. 1058, hvor Høyesterett uttaler følgende:¹²

«Jeg har allerede pekt på det som er sagt i Ot.prp. nr. 41 (1975-76) side 72 om betydningen av rimelighetsvurderinger. Samme sted pekes på målsettingsbestemmelsen i loven (§ 1-1), og på at saklighetskriteriet må følge den sosiale utviklingen i samfunnet ellers. Det sies videre at dette «derfor er et felt hvor domstolene må være varsomme med å legge særlig eldre rettspraksis som går i arbeidstakerens disfavør til grunn».

Et videre utviklingstrekk innenfor saklighetskravet er at rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte er kommet sterkere inn. Dette medfører at subjektive rimelighetsmomenter som at en oppsigelse vil ramme en arbeidstaker hardt, skal tas i betraktning. Dette kommer ikke like sterkt inn i vurderingen når oppsigelsen skyldes arbeidstakerens eget forhold, selv om det har vært en nokså markant utvikling også her.¹³ Momentet vil ha enda større vekt der hvor oppsigelsen kommer av en driftsinnskrenking eller et rasjonaliseringstiltak.¹⁴

¹¹ Aagaard (2006) s. 246.

¹² *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 969.

¹³ Se eksempel på denne utviklingen fra Frostating Lagmannsrett: LF-2013-177844. Her gikk lagmannsretten nokså langt i å legge vekt på slike hensyn.

¹⁴ Jakhelln (2007) s. 428

Det skal foretas en samlet vurdering av begge parters behov ved vurderingen av saklighetskravet for å komme frem til om det kan anses rimelig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Denne vurderingen av saklighetskravet skal foretas i forhold til den aktuelle arbeidstakerens situasjon. Dette kommer på bakgrunn av at det bygges på prinsippet om «*individuell saklighet*» i arbeidsmiljøloven § 15-7. Det vil si at dersom det er slik at grunnen til oppsigelsen generelt sett er saklig, da for eksempel på bakgrunn av driftsinnskrenkninger holder ikke dette. Saklighetsvurderingen i forhold til oppsigelsen skal skje i forhold til den enkelte arbeidstakeren oppsigelsen gjelder.¹⁵

I arbeidsretten er det og et saklighetskrav som eksisterer utenfor det lovfestede i arbeidsmiljøloven § 15-7. Dette er de «*generelle saklighetsnormene*». I forbindelse med den tidligere omtalte styringsretten, er det for eksempel slik at etter de generelle saklighetsnormene så må beslutninger i kraft av styringsretten være saklige.

I det følgende er det oppsigelse som har sitt grunnlag i forhold på virksomhetens side som vil være aktuelt for oss i en nedbemanningsprosess.

1.6.1 Virksomhetens forhold

Som allerede nevnt må en oppsigelse være saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Arbeidsgiver og virksomhetens forhold etter arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd kan sammenfattes som forhold på arbeidsgiversiden. Dette kommer av at selve begrepet arbeidsgivers forhold angår personlige forhold på bedriftsinnehaverens side. Her er det viktig å påpeke at dette gjelder når disse forholdene er av tilstrekkelig klar og direkte betydning for virksomhetens interesser. Arbeidsgivers forhold vil normalt sett kun være aktuelt i små personlige foretak. I det virkelige liv er det slik at alternativet arbeidsgivers forhold ofte glir over i virksomhetens forhold.¹⁶

Der hvor det gis en oppsigelse med bakgrunn i forhold på virksomhetens side, er det slik at forhold på arbeidstakerens side kan ha betydning. Da med tanke på utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp. Dette vil vi komme nærmere inn på senere i oppgaven, under punkt 4.5 «*Utvelgelsesprosessen*».

¹⁵ Jakhelln (2007) s. 429

¹⁶ arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 972

I Spigerverk-dommen, Rt. 1989 s. 508. Uttalte Høyesterett at:

«...det fremgår ikke at oppsigelser i forbindelse med driftsinnskrenkingen ved en bedrift aldri kan være saklig begrunnet hvis dette ikke gir en økonomisk gevinst for bedriften eller det konsern denne er en del av. Det ligger i sakens natur at en bedrift normalt ikke vil nedlegge eller flytte en virksomhet uten at dette anses å være økonomisk fordelaktig for bedriften i et kortere eller lengre perspektiv. Men dette kan ikke utelukke at en bedrift ut fra et bredere vurderingsgrunnlag vil kunne anse det for riktig å velge en annen løsning enn den som bedriftsøkonomisk er mest lønnsom. At en stor bedrift – i vårt tilfelle en statsbedrift – skulle være avskåret fra å ta hensyn til distriktsinteresser, når det tvinges til å velge mellom drift på ett av to steder, måtte det i tilfelle kreves helt klare holdepunkter i loven for.»

Som det fremkommer av sitatet har en oppsigelse som har sitt grunnlag i forhold på virksomhetens side, ofte sin begrunnelse i økonomiske forhold.

Det vil være slik at til mindre prekær den økonomiske situasjonen er for virksomheten, til mer skal det til for at virksomhetens interesser skal kunne konsumere den ansattes interesser, i en interesseavveining etter arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd. Der hvor en virksomhet går til oppsigelser er det viktig å påpeke at det ikke er noe krav om at dette må gjøres på bakgrunn av økonomiske forhold.

1.6.2 Interesseavveiningen

Angående oppsigelse med grunnlag i virksomhetens forhold, har Stein Evju uttalt i boken Arbeidsrettslige emner (Evju m.fl. 1979) på side s. 249:

«Dersom en virksomhet, ut fra en bedriftsøkonomisk vurdering, ikke lenger har behov for vedkommende (type) arbeidsplass(er), er dette i utgangspunktet alltid en generelt sett saklig grunn til oppsigelse. Dette gjelder uansett om tiltaket er nødvendig for at virksomheten skal «overleve» eller (bare) er ønskelig for å øke overskuddet.»

Sitatet må ses i sammenheng med arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd. Der kommer det frem at det må foretas en avveining mellom behovet til bedriften og de ulemper oppsigelsen vil påføre den enkelte arbeidstaker. Dette er en videreføring av den tilsvarende bestemmelsen om vern mot usaklig oppsigelse i arbeidsmiljøloven § 60. I forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven kommer det klart frem at *«ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveiningene må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp»* jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72. Av forhold som en arbeidsgiver må legge vekt på,

vil dette være arbeidstakers alder, ansettelsestid, sosiale forhold og vedkommendes utsikter på arbeidsmarkedet.¹⁷

Som tidligere nevnt innebærer dette at dess hardere en oppsigelse vil ramme en arbeidstaker jo strengere blir kravene en stiller til nødvendigheten av å gå til oppsigelse. Denne avveiningen mellom fordeler for bedriften og ulempene for de ansatte, er en vanskelig og krevende prosess. Det er viktig at bedriften tar hensyn til arbeidstakernes interesser på den ene siden, og på den annen side har bedriftsledelsen svært ofte flere hensyn å ta. Bedriften må tilpasse kostnadene til inntjeningsevnen. I praksis er det ofte slik at for å kunne oppnå dette, må en bedrift gå til oppsigelse.¹⁸

Etter selskapslovgivningen er bedriftsledelsen pålagt plikter. En virksomhet er pålagt å drive økonomisk forsvarlig. For ledelsen er det straffbart å drive på kreditorenes regning. Etter dette er det slik at en oppsigelse som kommer av at en bedrift går konkurs eller legges ned i en frivillig avviklingsprosess, vil være saklig. Sakligheten av disse oppsigelsen avhenger videre av at utvelgelsen av hvem som skal sies opp, er saklig og forsvarlig.¹⁹

Når ledelsen skal vurdere virksomhetens behov, er det viktig at ledelsen ikke bare ser på bedriftens nå-situasjon. En virksomhet må foreta grep i tide, dette fordi det er ønskelig å unngå å sette hele virksomheten og alle arbeidsplassene i fare. Virksomheten må derfor vurdere hvordan fremtiden ser ut.²⁰

1.6.3 Annet passende arbeid

Videre i denne avveiningen mellom virksomhetens behov, og de ulemper en oppsigelse vil kunne innebære for den enkelte arbeidstaker, er en arbeidsgiver forpliktet til å vurdere om arbeidstakeren kan tilbys annet passende arbeid. Rammene for denne avveiningen angis av virksomhets- og arbeidsgiverbegrepet. Dette vil si at et selskap normalt sett ikke er forpliktet til å vurdere omplasseringer til ledige stillinger i andre selskaper i et konsern hvor arbeidstakeren ikke er ansatt.²¹

I den virksomheten der arbeidstakeren er ansatt, har arbeidsgiveren en plikt til å vurdere om det finnes annet passende arbeid, for den overtallige arbeidstakeren. Dersom arbeidsgiveren ikke gjør dette, er oppsigelsen usaklig, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd.

¹⁷ Aagaard (2006) s. 255

¹⁸ *ibid.* s. 255

¹⁹ *ibid.* s. 255

²⁰ *ibid.* s. 255

²¹ *ibid.* s. 257

Etter forarbeidene kommer det frem at plikten når det gjelder annet passende arbeid, ikke går så langt at en arbeidsgiver må opprette en ny stilling det ikke er behov for. Det er virksomheten som har bevisbyrden for at det ikke eksisterer noe annet passende arbeid å tilby.²² (Se for øvrig punkt 1.6.4 om bevisbyrden).

Akkurat hva som ligger i begrepet «*annet passende arbeid*», er noe uklart. Her vil det være naturlig å ta utgangspunkt i den stillingen arbeidstakeren allerede innehar. Retten til annet passende arbeid gjelder også for stillinger som er mindre attraktive, med for eksempel lavere lønn, mindre ansvarsfulle arbeidsoppgaver eller redusert stillingsprosent. En arbeidsgiver kan altså ikke unnlate å tilby arbeidstakeren en stilling som anses som mindre attraktive enn den arbeidstakeren hadde fra før.²³

Til sist er det viktig å påpeke at en arbeidsgiver ikke vil være fri for ansvar dersom han tilbyr arbeidstakeren et dårligere arbeid enn det han hadde. Dersom det eksisterer flere stillingsalternativer skal det foretas en avveining der det også blir lagt vekt på arbeidstakerens interesser.²⁴

1.6.4 Bevisbyrde

I en oppsigelsessituasjon er det slik at det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden for at vilkårene for å gå til oppsigelse eller avskjed foreligger. Dette innebærer at det er arbeidsgiveren som har ansvaret overfor domstolene for å føre bevis for at de faktiske omstendigheter som danner grunnlaget for oppsigelsen eller avskjeden er korrekte. Videre må arbeidsgiveren også kunne godtgjøre at oppsigelsen eller avskjeden er et rimelig reaksjonsmiddel.²⁵

1.7 Hvordan besvare oppgaven – veien videre

Vi vil i det følgende foreta en praktisk gjennomgang av selve nedbemanningsprosessen fra start til slutt, å redegjøre for de sentrale rettslige problemstillingene som reiser seg i de forskjellige delene av nedbemanningsprosessen.

I det følgende starter vi med litt bakgrunnsinformasjon om nedbemanning og masseoppsigelser, og videre går vi gjennom prosessen trinn for trinn.

²² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 183.

²³ Aagaard (2006) s. 258

²⁴ ibid. s. 258

²⁵ ibid. s. 252

2 Kapittel 2 Nedbemanningsprosessen trinn for trinn

2.1 Innledning

I denne delen av oppgaven vil vi presentere nedbemanningsprosessen i tre trinn; den forberedende fasen, gjennomføringsfasen og den avsluttende fasen. I henhold til vår illustrasjonsfigur med en oversikt over nedbemanningsprosessen, presentert innledningsvis i punkt 1.3, vil vi i denne delen av oppgaven gjennomgå de enkelte trinnene i nedbemanningsprosessen grundig.

Først må vi imidlertid redegjøre for noen sentrale utgangspunkter, herunder gi en nærmere redegjørelse for hva masseoppsigelse rettslig sett er (pkt. 2.2), si noe mer om grunnlaget for nedbemanning/omstilling (pkt. 2.3), samt si noe om reglene ved en eventuell nedleggelse av virksomhet (pkt. 2.4), og presentere de relevante rettskildene i en nedbemanningsprosess (pkt. 2.5).

2.2 Når står vi overfor en «masseoppsigelse»?

Uttrykket nedbemanning tar som vi har vært inne på tidligere i punkt 1.1, sikte på en reduksjon av arbeidsstokken. Innunder nedbemanning ligger begrepet masseoppsigelser. Definisjonen og hjemmelen for masseoppsigelser finner man i arbeidsmiljøloven § 15-2 første ledd, hvor det heter:

«Med masseoppsigelser menes oppsigelser som foretas overfor minst 10 arbeidstakere innenfor et tidsrom på 30 dager, uten at oppsigelsene er begrunnet i de enkelte arbeidstakers forhold. Andre former for opphør av arbeidskontrakter som ikke er begrunnet i de enkelte arbeidstakers forhold, skal tas med i beregningen såfremt minst fem sies opp».

Dersom avslutningen av arbeidsforholdet skyldes arbeidstaker selv, skal ikke disse oppsigelsene regnes med etter arbeidsmiljøloven § 15-2. Dette tilsier at arbeidstakers egen oppsigelse, arbeidsgivers oppsigelse av arbeidstaker på grunn av arbeidstakers eget forhold og avskjed, ikke faller inn under denne bestemmelsen.²⁶

Selve begrepet «masseoppsigelse» er hentet fra EU-retten, og da nærmere bestemt fra det engelske begrepet «*redundancies*». Siden det er et EU-rettslig begrep, må det tolkes i lys av EU-domstolens praksis.²⁷

²⁶ arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 904

²⁷ ibid. s. 903

Definisjonen har sitt utgangspunkt i Council Directive 98/59/EC of 20. July 1998, section 1 article 1, som lyder:

(a) 'collective redundancies' means dismissals effected by an employer for one or more reasons not related to the individual workers concerned where, according to the choice of the Member States, the number of redundancies is:

(i) either, over a period of 30 days:

- at least 10 in establishments normally employing more than 20 and less than 100 workers,*
- at least 10 % of the number of workers in establishments normally employing at least 100 but less than 300 workers,*
- at least 30 in establishments normally employing 300 workers or more,*

*(ii) or, over a period of 90 days, at least 20, whatever the number of workers normally employed in the establishments in question;*²⁸

Her defineres masseoppsigelse i forhold til antall oppsigelser over gitte tidsperioder. Norge har altså valgt alternativ (i), 10 arbeidstakere over en periode på 30 dager. Dette har, som vi allerede har sett, konkret kommet til uttrykk i arbeidsmiljøloven § 15-2 (1), hvor det heter at «med masseoppsigelser menes oppsigelser som foretas ovenfor minst 10 arbeidstakere innenfor et tidsrom på 30 dager».²⁹

I juridisk teori er det blitt påpekt at valget av 30 dager er teknisk uheldig, da bestemmelsen etter sin ordlyd ikke omfatter måneder med 31 dager. Det vil være i strid med direktivet å gjøre en tidsmessig tilpasning av oppsigelser innenfor en måned med 31 dager for å unngå å falle inn under bestemmelsens ordlyd. Med støtte i formålsbestemmelsen kan det argumenteres med at 30-dagersperioden knytter seg til både oppsigelsestidspunktet og fratredelsestidspunktet. Dette innebærer at det er tilstrekkelig for å komme inn under bestemmelsen at vilkåret om 30 dager er oppfylt for ett av dem. Hvis fratredelsestidspunktet skulle legges til grunn vil en slik tilpasning vanskeligere la seg gjøre, siden en oppsigelsesfrist normalt begynner å løpe den første i påfølgende måned uavhengig av når den er gitt.³⁰

Vi er av den oppfatning at valget av en frist på 30 dager ikke er helt tilfredsstillende. Dette er først og fremst fordi problemstillingen som man ser av avsnittet ovenfor ikke ville vært aktuelt hvis man hadde valgt en periode på 31 dager. Siden det er valgt en periode på 30 dager burde det ha vært påpekt at det er tilstrekkelig for å komme inn under bestemmelsen at 30-

²⁸ Council directive 98/59/EC of 20 July 1998

²⁹ arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 903

³⁰ ibid. s. 904

dagersperioden både knytter seg til både oppsigelsestidspunktet og fratredelsestidspunktet. Da dette ikke er gjort, vil det kunne føre til spørsmål og eventuelle spekulative oppsigelsesordninger for å unngå ordlyden i direktivet.

2.3 Det faktiske og rettslige grunnlaget for nedbemanning

Som vi har vært inne på innledningsvis er det flere forhold som kan ligge til grunn for at en virksomhet må gå til det skritt å nedbemanne. Virksomheten kan være nødt til å rasjonalisere eller legge ned hele eller deler av en virksomhet enten fordi den økonomiske situasjonen er vanskelig, eller fordi utviklingen har ført til at virksomheten må tilpasse seg en ny markedssituasjon. En nedbemanning kan også ha sitt grunnlag i at en virksomhet tar i bruk mer effektivt produksjonsutstyr og dette vil kunne medføre at flere av de ansatte blir å anse som overflødige. Det oppstår også situasjoner der en virksomhet ønsker å endre organisasjonsstrukturen for å skape et mer oversiktlig og dermed en mer rasjonell organisasjon.³¹

De rettslige rammene for nedbemanningsprosessen og masseoppsigelser finnes først og fremst i arbeidsmiljølovens og tariffavtalenes regler. Regelsettene skal være med på å gi både arbeidsgiver og arbeidstaker en visshet om at prosessen blir gjennomført på en saklig og grundig måte. I denne sammenheng er det av stor betydning at det foregår et godt samarbeid mellom arbeidsgiveren og arbeidstakerne og deres representanter. I de tilfeller der det skjer et godt samarbeid mellom de involverte parter i nedbemanningsprosessen, øker også sannsynligheten for at den enkelte arbeidstaker sitter igjen med en følelse av å bli hørt i sin sak.³²

På samme måte som det er viktig at den enkelte arbeidstaker kommer til ordet, er det også viktig at arbeidsgiver gir den nødvendige informasjon om hvordan prosessen skal gjennomføres og hvilke rettigheter den enkelte har. Dette fører til at selve nedbemanningsprosessen krever stor åpenhet mellom de involverte parter, samt at prosessen blir startet i god tid før oppsigelsene blir gjennomført. På denne måten vil man kunne unngå at tidsskjemaet blir for trangt, og man vil kunne sikre en grundig og forsvarlig prosess. Større nedbemanningsprosesser vil kunne kreve en helt annen planlegging enn en mindre prosess. Uavhengig av omfanget av nedbemanningen er det viktig at prosessen er godt forberedt og at den gjennomføres etter de regler som følger av lov og tariffavtale.³³

I enkelte situasjoner velger arbeidsgiver å gjennomføre en nedbemanningsprosess gjennom såkalt fristilling. Fristilling innebærer at stillingene i den nye organisasjonen utlyses, og at arbeidstakerne må søke på de aktuelle stillingene. De arbeidstakere som ikke blir ansatt i de

³¹ Aagaard (2012) s. 312

³² *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 284

³³ *ibid.* s. 284-285

nye stillingene blir etter dette sagt opp. En slik fremgangsmåte kan skape tvil i forhold til grunnkravet om at en oppsigelse må ha saklig grunn, da på den bakgrunn at arbeidsgiver foretar en ansettelsesvurdering i stedet for å foreta en oppsigelsesvurdering.³⁴ Fristilling vil etter dette neppe være lovlig.

2.4 Nedleggelse av virksomhet

Begrepet nedbemanning er som nevnt innledningsvis et vidt begrep som omfatter alle slags situasjoner der en arbeidsgiver velger å redusere antall ansatte i virksomheten. En spesiell nedbemanningssituasjon er der en arbeidsgiver vurderer å legge ned hele bedriften, eller har planer om å si opp mer enn 90 % av de ansatte som arbeider ved virksomheten.³⁵ I slike situasjoner oppstår det noen særegne spørsmål. I det neste avsnittet har vi valgt å redegjøre for denne situasjonen generelt, siden en nedleggelse av en virksomhet og vil kunne innebære en nedbemanning, eventuelt masseoppsigelse. Vi har også sett på om det i en slik situasjon vil gjelde spesielle regler en arbeidsgiver må oppfylle.

2.4.1 Omstillingsloven

Lov om meldeplikt ved nedlegging av næringsverksemd eller nærmere bestemt omstillingsloven trådte i kraft 1. juli 2008. Den gir regler som skal sikre en god prosess ved nedleggelse av næringsvirksomhet.

Formålet med omstillingsloven kommer frem av lovens § 1:

«Lova skal leggje til rette for ein prosess der ein vurderer tiltak for vidare drift og andre tiltak som reduserer dei negative konsekvensane for dei tilsette og for lokalsamfunnet når det er på tale å leggje ned ei bedrift».

I Ot.prp.nr. 27 (2007-2008) s. 45 er bestemmelsen omtalt slik:

«Departementet viser til kapittel 5.1, som omtalar behovet for å innføre ei meldepliktsordning ved nedlegging av næringsverksemd. § 1 inneheld formålet med lova, som er å avgrense dei negative konsekvensane for dei tilsette og lokalsamfunnet, mellom anna å få synleggjort moglege alternativ til nedlegging. Formålet er å vurdere om det er grunnlag for vidare drift, eventuelt med nye eigarar, eller behov for andre omstillingstiltak.

³⁴ Omstilling og nedbemanning (2011) s. 285

³⁵ Aagaard (2012) s. 308

Lova skal styrkje rettane til dei tilsette ved nedlegging av bedrifter og vidare vere eit instrument for å redusere dei negative konsekvensane for kvart enkelt lokalsamfunn som ei bedrifts-nedlegging vedkjem»³⁶.

Som man ser av forarbeidene til omstillingsloven sammenholdt med lovens § 1, er formålet med loven i så stor grad som mulig å forhindre de negative konsekvensene en nedleggelse kan føre med seg, og da særlig for de ansatte og for de berørte lokalsamfunnene.

Virkeområdet til omstillingsloven fremgår av § 2 første ledd hvor det heter: «*Lova gjeld når det er planar om å leggje ned ei bedrift der det har arbeidd 30 tilsette eller fleire i dei siste 12 månadene, eller når det er planar om å seie opp meir enn ni tidelar av dei tilsette som arbeider i ei slik bedrift.*»

Av dette ser man at omstillingsloven gjelder for bedrifter som har hatt minst 30 ansatte de siste 12 månedene, og som vurderer å legge ned bedriften, eller si opp ni tideler av de ansatte. Når det kommer til selve antallet ansatte er det viktig å nevne at det her ikke skilles mellom hel- og deltidsansatte, og heller ikke mellom de med fast stilling og de med midlertidig stilling, jf. Ot.prp. nr. 27 (2007-2008) s. 45.

I enkelte tilfeller kan det være problematisk å fastsette det totale antallet ansatte en bedrift har hatt de siste 12 månedene. Dette er bakgrunnen for at det er det høyeste antallet ansatte bedriften har hatt det siste året som skal legges til grunn for vurderingen av om bedriften omfattes av meldeplikten eller ikke.³⁷

I tillegg til fastsettelsen av det totale antall ansatte en bedrift har hatt, må det også avgjøres hva som menes med «*nedleggelse*». Svaret på dette finner vi i Ot.prp. nr. 27 (2007-2008) s. 45: «*Med nedleggelse skal forstås en fullstendig avvikling av virksomheten i bedriften*». Det vil her være avgjørende for vurderingen om virksomheten i bedriften opphører og om de ansatte blir sagt opp.

Omstillingsloven § 3 regulerer meldeplikten. Det fremgår av bestemmelsen at en bedrift som faller inn under bestemmelsen i omstillingsloven § 2 skal «*sende melding til fylkeskommunen der bedrifta ligg, om planane om nedlegging*». Videre i paragrafen er det listet opp hvilken informasjon som skal gis i en slik melding. Ansvar for at melding blir sendt er lagt til bedriftens eier. Det er normalt ikke tvil om hvem som er eier. Når det kommer til ansvaret for å sende selve meldingen, er dette ansvaret lagt til det utøvende organet i bedriften. En eier vil

³⁶ Ot.prp. nr 27 (2007-2008) s. 45

³⁷ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 90

være den juridiske eller fysiske personen som eier bedriften. Dersom bedriften er eid av et selskap vil selskapet være eier, og ikke eieren i dette selskapet. Dette følger av Ot.prp. nr. 27 (2007-2008) s. 47.

Loven inneholder videre regler i § 4 om at en avgjørelse om en nedleggelse ikke kan fattes før etter 30 dager at fylkeskommunen har fått meldingen etter § 3. Etter at meldingen er mottatt av fylkeskommunen skal fylkeskommunen «så snart som mulig» innkalle representanter for eieren, ledelsen og de ansatte i bedriften, kommunen, Innovasjon Norge og Arbeids- og velferdsetaten til drøftelsesmøte. Dette følger av lovens § 5.

Videre er det i lovens § 6 fastsatt at eieren av bedriften ikke kan gjøre rettslige eller faktiske disposisjoner som vesentlig svekker verdien av bedriften. Reglene i denne bestemmelsen gjelder i perioden etter at melding er sendt til fylkeskommunen etter § 3, og frem til drøftelsene er avsluttet etter § 5, eller at perioden på 30 dager etter § 4 er over.

Det er kun foretak som er registreringspliktige i foretaksregisteret som har en slik meldeplikt. Dette innebærer at offentlige virksomheter ikke er omfattet av meldeplikten.³⁸

Etter vedtakelsen av omstillingsloven ble det gjort en endring i arbeidsmiljøloven § 15-2. Av arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd annet punktum kommer det frem at bestemmelsen, også kommer til anvendelse når arbeidsgiver vurderer å legge ned hele eller en selvstendig del av virksomheten.

Arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd annet punktum lyder:

«Vurderer arbeidsgiver å legge ned virksomheten eller en del av denne, og nedleggelsen innebærer en masseoppsigelse, skal også muligheten for videre drift drøftes, herunder mulighetene for de ansattes overtakelse av virksomheten».

En lovfestet drøftelsesplikt er med på å gi de involverte, og da særlig de ansatte, en mulighet til å drøfte et mulig kjøp av en bedrift som ellers ville blitt nedlagt, jf. Ot.prp. nr. 27 (2007-2008), s.11.

Formålet med bestemmelsen, som trådte i kraft med virkning fra 1. juli 2008, var å legge til rette for konstruktive prosesser internt i virksomheten og å åpne for de ansattes overtakelse.

³⁸ Omstilling og nedbemanning (2011) s. 90

Denne lovendringen er en fastsettelse av en tilsvarende bestemmelse i § 9-5 (3) i Hovedavtalen³⁹ mellom LO og NHO, og er med på å sikre en drøftelsesplikt for bedrifter som ikke er omfattet av eller benytter bestemmelsene i Hovedavtalen.⁴⁰

Det er i denne sammenheng viktig å påpeke at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse i de tilfeller der det er snakk om en oppsigelse av færre enn 10 ansatte i den enkelte virksomhet eller filial som vurderes nedlagt, jf. Ot.prp. nr. 27 (2007-2008). Med andre ord vil det være uten betydning om den enkelte virksomhet til sammen sier opp 10 ansatte eller fler, dersom dette ikke er tilfelle for den enkelte filial som vurderes nedlagt.

En filial anses ikke som en «*virksomhet*» i arbeidsmiljølovens forstand. Dette gjelder også for geografisk atskilte enheter som ikke er å regne som eget rettssubjekt. Det er derfor loven velger å bruke begrepet «*virksomhet eller en selvstendig del av denne*». Dette skal være med på å sikre at drøftelser blir gjennomført selv om ikke virksomheten i sin helhet vurderes nedlagt.⁴¹

2.5 Rettskilder

Flere rettskilder er relevante ved vurderingen av rettsspørsmålene som oppstår i forbindelse med en nedbemanningsprosess. Vi vil i det følgende presentere og gjennomgå de mest sentrale kildene.

2.5.1 Lov

Selve rettsgrunnlaget for å foreta nedbemanning i norsk rett finner vi som kjent i arbeidsmiljøloven (lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv). Vi vil gjennomgå reglene om informasjon og drøftelse i lovens kapittel 8. I arbeidsmiljølovens kapittel 15 har vi reglene om opphør av arbeidsforhold. Arbeidsmiljøloven § 15-2 er spesialbestemmelsen om masseoppsigelser som vi allerede har vært inne på, og som vi naturligvis vil komme grundig tilbake til senere. En annen sentral bestemmelse er arbeidsmiljøloven § 15-7, som altså inneholder det materielle kravet som må være oppfylt før en arbeidsgiver kan gå til oppsigelse, jf. pkt 1.6

2.5.2 Lovforarbeider

Lovforarbeider er en viktig rettskilde. Forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov finner vi i hovedsak i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). Det er først og fremst denne delen av forarbeidene det blir henvist til i denne oppgaven. Den någjeldende arbeidsmiljøloven bygger i hovedsak på arbeidsmiljøloven av 1977. Dette innebærer at arbeidsmiljøloven av 1977 med forarbeider fortsatt utgjør en viktig rettskilde for dagens arbeidsmiljølov.

³⁹ Hovedavtalen 2014-2017 LO-NHO

⁴⁰ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 911

⁴¹ *ibid.* s. 911

2.5.3 Tariffavtale

Innenfor arbeidsrettens område finner vi mange forskjellige typer av avtaler. En viktig avtaleform i denne sammenheng er tariffavtaler.

En tariffavtale er i arbeidstvisteloven § 1 e) definert som «*en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold*».

Partene i en tariffavtale er på den ene siden arbeidstaker, da i form av en fagforening, og arbeidsgiver på den andre siden. Overenskomstene inngås ofte mellom NHO og tilhørende landsforening på den ene side og LO og tilhørende forbund på den annen.

For at en tariffavtale skal være gyldig må den ikke stride mot de ufravikelige reglene i arbeidstvisteloven, eller annen lovgivning. Arbeidstvisteloven er på sin side mer av generell art. Dette innebærer at det er opp til partene i en tariffavtale å bestemme avtalens nærmere innhold. På denne måten fungerer loven og tariffavtalen som komplementære regler, da de i hovedsak skal utfylle hverandre.

Tariffavtalene utgjør et hierarkisk system. I privat sektor består hierarkiet som regel av en hovedavtale som gjelder innenfor hele det tariffrettslige området. Videre finner vi det som gjerne omtales som overenskomster. Overenskomstene knytter seg ofte til spørsmål som angår minstelønn, arbeidstid, overtidsbetaling og lignende. Disse avtalene gjelder bare forbundsvis. Nederst i hierarkiet har vi det som heter særavtaler. Dette er gjerne avtaler som regulerer spørsmål som gjenstår etter at de mer omfattende tariffavtalene er inngått, og de inngås lokalt på bedriften.

En viktig tariffavtale er Hovedavtalen. Det finnes hovedavtaler innenfor så å si alle tariffområder. Et eksempel på en hovedavtale er avtalen som er inngått mellom Norges største hovedsammenslutning av arbeidstakere (LO), og Norges største interesseorganisasjon for bedrifter (NHO). Det er ikke slik at enhver virksomhet i Norge er tilsluttet denne avtalen. Det er først og fremst tariffavtalens parter som er bundet av avtalen. Dette innebærer at tariffbundethet er avhengig av at tariffavtalen er gjort gjeldende for virksomheten. At virksomheten for eksempel er medlem av NHO vil ikke automatisk føre til at Hovedavtalen mellom LO og NHO skal gjelde i virksomheten.⁴²

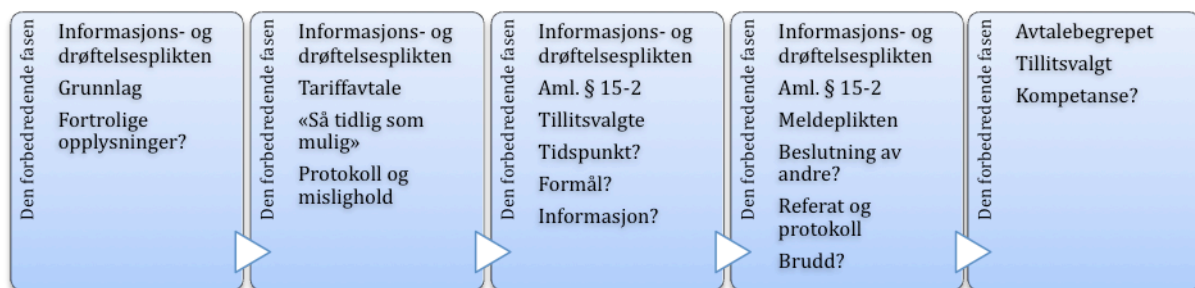
Tariffavtalene er bindende for avtalens parter, samt deres medlemmer. I denne sammenheng er det viktig å påpeke, som nevnt innledningsvis, at en oppsigelse eller omstillingsprosess har

⁴² *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 47

store konsekvenser for de som rammes. Det er av den grunn viktig at denne prosessen skjer på en grundig og saklig måte. Tariffavtalene skal i denne sammenheng være med på å sørge for at det skjer et tillitsfullt samarbeid mellom arbeidstaker og deres representanter.

For de virksomheter som ikke er bundet av Hovedavtalen mellom LO og NHO, kan avtalen likevel fungere som en mal på hvordan en prosess skal gjennomføres på best mulig måte. Her kan virksomheten velge å benytte saksbehandlingsreglene så langt de måtte passe. Reglene i Hovedavtalen inneholder ofte krav som domstolen uansett ville stilt til partene i en nedbemanningsprosess.⁴³

3 Kapittel 3 den forberedende fasen



Figuren viser her de enkelte trinnene vi vil gjennomgå i en forberedende fasen av en nedbemanningsprosess.

3.1 Innledning

En nedbemanningsprosess krever som sagt en god og grundig planlegging. Det stilles strenge krav i både arbeidsmiljøloven og tariffavtaler til saksbehandlingen til en virksomhet som står overfor en nedbemanningsprosess og eventuelle masseoppsigelser. Grunnen til at det stilles strenge krav i slike situasjoner er at en grundig forberedende prosess fra virksomhetens side vil være med på å gjøre selve gjennomføringen av nedbemanningsprosessen enklere, samtidig som det vil kunne være med på å redusere det totale antallet som må sies opp. Det er i denne sammenheng også viktig for prosessen at det blir lagt til rette for et godt samarbeid med de ansatte, da det er av stor betydning at de ansatte sitter igjen med en følelse av at de er blitt rettfærdig behandlet.⁴⁴

Før selve nedbemanningsprosessen igangsettes er det av stor betydning at den aktuelle virksomheten har fremskaffet nødvendig dokumentasjon og foretatt en vurdering av behovet for en omstillingsprosess. Prosessen starter ofte med at administrasjonen i virksomheten av eget

⁴³ Skarning (2009) s. 95-96

⁴⁴ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 287

tiltak eller på oppdrag fra styret utarbeider dokumentasjon med en oversikt over den økonomiske situasjonen til virksomheten slik den er i dag, samt økonomiske prognoser for den fremtidige driften av virksomheten. Samtidig som dette blir gjort vil det være viktig for virksomheten at det også blir utarbeidet forslag til hvilke tiltak som anses som nødvendige for å få bukt på eventuelle problemer.⁴⁵

En viktig del av den forberedende fasen er som sagt at virksomheten gjør en vurdering av mulige tiltak som kan iverksettes for å imøtekomme problemene virksomheten har møtt på. En måte å kutte ned på de økonomiske utgiftene er gjennom oppsigelse av ansatte, siden kostnader til lønn ofte er en virksomhets største utgift. Det er ikke bare oppsigelse av de ansatte som kan spare en virksomhet for utgifter. Hvis det viser seg at virksomheten kan gjennomføre andre tiltak for å få bukt på problemet er det ønskelig, og nødvendig, at disse tiltakene gjennomføres før eventuelle oppsigelser av ansatte.

Når det kommer til oppsigelse av ansatte, så er utgangspunktet er at en bedrift ikke har plikt til å opprettholde stillinger det ikke lenger er behov for.⁴⁶ Dette gjelder uten hensyn til bedriftens økonomiske situasjon. Utgangspunktet er at dette gjelder uavhengig av om det er nødvendig for at virksomheten skal kunne fortsette, eller bare er ønskelig ut ifra et bedriftsøkonomisk synspunkt. Her har arbeidsgiver i form av styringsretten kompetanse til å bestemme hvor mange ansatte virksomheten skal ha, og eventuelt om det er behov for å redusere antallet stillinger.

Dette er likevel ikke mer enn et utgangspunkt. Etter arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd (som omtalt i punkt 1.6) skal det foretas en avveining mellom bedriftens behov, og de negative sider en eventuell oppsigelse vil ha for den enkelte arbeidstaker.

Dersom styret kommer til at det skal gjennomføres en nedbemanning og eventuelt masseoppsigelser, siden andre kostnadsbesparende tiltak ikke vil være nok for å snu bedriftens økonomiske situasjon, er neste steg å utarbeide en fremdriftsplan, utvelgelseskriterier, frivillige tiltak og andre spørsmål knyttet til den forestående nedbemanningsprosessen i samarbeid med de ansattes tillitsvalgte. Vi vil i oppgavens punkt 3.2 gjennomgå reglene som knytter seg til informasjon og drøftelse i en nedbemanningsprosess. Fremdriftsplanen bør inneholde informasjon om virksomhetens status og nøkkeltall. Behovet for nedskjæringer, og behovet for reduserte kostnader og eventuelt endret fokus for tiden fremover, bør også komme frem av fremdriftsplanen. Videre er det ønskelig at den inneholder en foreløpig vurdering av hvilke

⁴⁵ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 287-288

⁴⁶ Aagaard (2006) s. 254

avdelinger og stillinger som det kan være aktuelt å redusere/fjerne, og begrunnelsen for dette.⁴⁷

I den forberedende fasen vil det også kunne være aktuelt at virksomheten tar stilling til om det skal inngås omstillingsavtale med de ansattes representanter om den forestående nedbemanningsprosessen. Det kan her være hensiktsmessig at virksomheten oppretter et omstillingsutvalg. Omstillingsavtale og omstillingsutvalg vil vi komme videre inn på i oppgavens punkt 4.3. I et slikt utvalg vil det være representanter fra ledelsen og de ansatte som skal bidra aktivt i selve prosessen. Dette er momenter det bør tas stilling til på et så tidlig stadium som mulig i en nedbemanningsprosess.⁴⁸

Som vi allerede har vært inne på i punkt 2.4.1 er det slik at i de situasjoner der en virksomhet har hatt minst 30 ansatte de siste 12 månedene, og vurderer å legge ned eller si opp ni tideler av de ansatte, vil det i tillegg foreligge en meldeplikt etter bestemmelsene om dette i omstillingsloven.

3.1.1 Arbeidsmiljøutvalg

I større virksomheter skal det opprettes et arbeidsmiljøutvalg som jobber for samarbeid mellom arbeidsgiver og ansatte om helse-, miljø- og sikkerhetsspørsmål. Kravet om et arbeidsmiljøutvalg kommer frem av arbeidsmiljøloven § 7-1. Her sies det at det i virksomheter som jevnlig sysselsetter minst 50 arbeidstakere, skal det etableres et arbeidsmiljøutvalg. I virksomheter som sysselsetter mellom 20 og 50 arbeidstakere, skal det opprettes et arbeidsmiljøutvalg dersom en av partene krever det.⁴⁹

I virksomheter som har flere atskilte arbeidsplasser vil det ofte kunne være hensiktsmessig å opprette egne lokale arbeidsmiljøutvalg ved den enkelte driftsenhet. Det er etter loven arbeidsmiljøutvalget som skal bestemme om slike underutvalg skal etableres.⁵⁰

Hvem som skal være med i at arbeidsmiljøutvalg reguleres i arbeidsmiljøloven § 7-1 første og fjerde ledd. Etter denne bestemmelsen skal det i et arbeidsmiljøutvalg være representanter fra både arbeidsgiver, arbeidstaker og bedriftshelsetjenesten. Det skal være like mange representanter fra arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden i utvalget. Arbeidsgiver skal være representert ved den øverste ledelsen. Det er ingen bestemmelser som sier hvor mange medlemmer utvalget skal ha. Dersom det oppstår uenighet om dette, vil arbeidsgiver i kraft av styringsret-

⁴⁷ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 288

⁴⁸ *ibid.* s. 289

⁴⁹ Aagaard (2012) s. 492

⁵⁰ *ibid.* s. 493

ten kunne avgjøre dette. De valgte medlemmene velgers for 2 år av gangen. Etter arbeidsmiljøloven § 7-1 tredje ledd skal det sendes melding til det lokale arbeidstilsynet når arbeidsmiljøutvalget er opprettet.⁵¹

Hva arbeidsmiljøutvalget skal gjøre er regulert i arbeidsmiljøloven § 7-2. Oppgavene er ikke å gjennomføre HMS-arbeidet, men å påse at arbeidsgiver gjennomfører dette. Etter arbeidsmiljøloven § 7-2 annet ledd bokstav d sies det at arbeidsmiljøutvalget skal behandle:

«d) andre planer som kan få vesentlig betydning for arbeidsmiljøet, så som planer om byggearbeider, innkjøp av maskiner, rasjonalisering, arbeidsprosesser og forebyggende vernetiltak»

Av dette ser man at saker om rasjonalisering er noe arbeidsmiljøutvalget skal behandle. Dette vil særlig ha betydning for informasjonsstrømmen. I Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 114 er viktigheten av at arbeidsmiljøutvalget blir underrettet og kommer med i planleggingsfasen ved rasjonaliseringer påpekt. Derfor holder det ikke å kun overholde informasjonsplikten ved masseoppsigelser etter reglene i arbeidsmiljøloven § 15-2 eller lovens kapittel 8. Det er fremhevet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven kapittel 8 at gjennomføringen av informasjon og drøftelser kan legges til arbeidsmiljøutvalget dersom dette er hensiktsmessig.⁵² Informasjons- og drøftelsesplikten vil gjennomgås i oppgavens neste punkt.

3.2 Informasjons- og drøftelsesplikten

3.2.1 Grunnlag

Det generelle grunnlaget for informasjons- og drøftelsesplikten finner vi i arbeidsmiljølovens kapittel 8. Kapittel 8 gir regler om drøftelse og informasjon med arbeidstakernes tillitsvalgte. Bestemmelsen i kapittel 8 gjelder kun for virksomheter som jevnlig sysselsetter minst 50 arbeidstakere jf. § 8-1 første ledd. Retten til informasjon og drøftelse er en kollektiv rettighet som gjelder de tillitsvalgte og ikke den enkelte arbeidstaker, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), hvor det heter at: *«Retten til informasjon og drøfting gjelder tillitsvalgte i virksomheten. Poenget er at arbeidsgiver skal informere og drøfte med representanter for arbeidstakerne»*.

Formålet med reglene i arbeidsmiljølovens kapittel 8 er for det første å sikre at arbeidstakerne får relevant informasjon som angår arbeidstakeren. For det annet skal reglene sikre at de ansatte gjennom de tillitsvalgte, gis muligheten til å øve innflytelse på beslutninger som be-

⁵¹ Aagaard (2012) s. 493

⁵² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 312

driftsledelsen skal treffe.⁵³ Dette kommer til uttrykk i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005): «*Arbeidsgiver må sørge for at de arbeidstakere som berøres av eventuelle beslutninger, tiltak og så videre er representert når informasjon og drøfting gjennomføres*».

Det er viktig å påpeke her at reglene ikke gir de tillitsvalgte en rett til å bestemme, men de tillitsvalgte gis på bakgrunn av disse reglene en mulighet til å uttale seg i bestemte situasjoner før ledelsen treffer en beslutning.

Reglene angir en generell ramme for minstekravene til informasjon og drøftelse. Arbeidsmiljøloven har imidlertid også flere andre bestemmelser om informasjon og drøftelse.⁵⁴ I denne sammenheng er det reglene i arbeidsmiljølovens § 15-2 vi vil gå nærmere inn på. Dette er de spesielle drøftelses – og informasjonsreglene som kommer til anvendelse ved masseoppsigelser.

Medbestemmelsesretten er en svært viktig del av norsk arbeidsliv. Grunnlovens § 110 annet ledd sier at «*Nærmere Bestemmelser om Ansattes Medbestemmelsesret paa sin Arbeidsplads, fastsættes ved Lov*». Denne bestemmelsen sier ikke noe om hvor langt de ansatte ved lov kan gis medbestemmelsesrett. Dette spørsmålet har særlig vært diskutert i forbindelse med ansattes styrerepresentasjon i virksomhetens besluttede organer.⁵⁵

Bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 15-2 gjelder uavhengig av, og kommer i tillegg til, bestemmelsen om informasjon og drøftelse i kapittel 8. Hvis en informasjons- eller drøftelsesplikt følger av en spesialbestemmelse, vil denne normalt gå foran de generelle forpliktelsene etter arbeidsmiljølovens kapittel 8.⁵⁶

Reglene i arbeidsmiljølovens kapittel 8 suppleres svært ofte av tariffbaserte regler om medbestemmelsesrettigheter, som ofte er mer vidtrekkende enn arbeidsmiljølovens regler. Av den grunn vil en arbeidsgiver i en omstillingsprosess normalt måtte forholde seg til flere sett med informasjons- og drøftelsesregler. Dersom det skal drøftes mellom samme parter, er det ikke noe i veien for at det gjennomføres felles drøftelsesmøter i medhold av lov og tariffavtale. Det rettslige grunnlaget for slike felles drøftelser bør fremkomme av innkalling, referat eller lignende.⁵⁷

⁵³ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 398

⁵⁴ *ibid.* s. 398

⁵⁵ *ibid.* s. 398

⁵⁶ *ibid.* s. 398 og 399.

⁵⁷ *Omstilling og nedbemanning* 2011 s. 59

Gjennom arbeidsmiljølovens kapittel 8 har EUs direktiv om informasjon og konsultasjon, direktiv 2002/14/EF blitt gjennomført. Dette direktivet gir en generell ramme for informasjon og konsultasjon mellom arbeidsgivere og arbeidstakernes representanter, og angir minimumskrav for arbeidsgivers informasjonsstrøm. I fortalen til direktivet fremheves hensynet til å styrke den sosiale dialog og å øke tilliten innen den enkelte virksomhet gjennom å øke engasjementet blant de ansatte i sysselsettingsspørsmål, for på den måten å involvere de ansatte i virksomhetens utvikling, og forbedre bedriftens konkurransevne. Dialogen mellom arbeidsgiver og de ansattes representanter bør ta i betraktning også de økonomiske sider ved ulike tiltak å bidra til å forgripe beslutninger som kan påvirke sysselsettingen uten forutgående involvering av de ansatte. Mens andre regelsett ofte tar sikte på hvordan endringsprosesser behandles i etterkant, er bestemmelsene om informasjon og drøftelse en motpol til dette. På denne bakgrunn skal de ansatte motta informasjon, og eventuelt ha anledning til å fremme sitt syn, i forkant av viktige endringsbeslutninger.⁵⁸

3.2.2 Informasjons- og drøftelsesplikt ved fortrolige opplysninger

Etter arbeidsmiljøloven § 8-3 kan en arbeidsgiver pålegge tillitsvalgte og eventuelle rådgivere taushetsplikt dersom det foreligger behov ved virksomheten som tilsier at fortrolige opplysninger ikke bør gis videre. Denne taushetsplikten er begrenset til «*fortrolige opplysninger*». En arbeidsgiver står således ikke fritt til å pålegge taushetsplikt om enhver informasjon. Dersom det er informasjon som allerede er allment kjent, er det ikke mulig å pålegge taushetsplikt. Informasjonen er ikke fortrolig. Fortrolige opplysninger vil ofte være opplysninger som kan skade virksomheten økonomisk, dersom informasjonen kommer ut, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 313.⁵⁹

Videre er taushetsplikten begrenset til «*bestemte opplysninger*» jf. arbeidsmiljøloven § 8-3 første ledd første punktum. Dette tilsier at opplysninger som skal være taushetsbelagte må angå konkrete forhold eller enkeltsaker. Det kan således ikke pålegges en generell taushetsplikt for all informasjon som gis etter arbeidsmiljølovens kapittel 8. Det vil derfor normalt være tilstrekkelig å pålegge taushetsplikt for spesielle opplysninger i en enkelt sak, uten at det er et behov for taushetsplikt om saken som sådan.⁶⁰

Taushetsplikten må være nødvendig ut fra «*virksomhetens behov*». Dette kriteriet begrenser også adgangen til å pålegge taushetsplikt i særskilte tilfeller.⁶¹

⁵⁸ *Omstilling og nedbemanning* 2011 s. 60

⁵⁹ *ibid.* s. 66

⁶⁰ *ibid.* s. 67

⁶¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 313

En arbeidsgiver kan «pålegge» taushetsplikt. Med dette forstås det at arbeidsgiver må kreve taushetsplikt. Arbeidsgiver må også gjøre de tillitsvalgte kjent med kravet. Dette kravet må fremsettes i det enkelte tilfellet. Tillitsvalgte må kunne gis anledning til å diskutere opplysningene med særskilte rådgivere og disse vil også omfattes av en tilsvarende taushetsplikt.⁶²

I helt spesielle tilfeller vil en arbeidsgiver kunne unnlate å gi informasjon eller gjennomføre drøftelser. Dette kommer frem av arbeidsmiljøloven § 8-3 annet ledd. Her er vilkårene strenge, og det kreves at informasjon og drøftelser på det aktuelle tidspunkt «åpenbart» vil være til «betydelig skade» for virksomheten. Denne adgangen til ikke å gi informasjon, er snevrere enn retten til å pålegge taushetsplikt. Av den grunn må det først vurderes om en taushetsplikt er nok til å ivareta virksomhetens behov.⁶³

I vurderingen av om det kan unnlates å gis informasjon, vil opplysningenes art og tilgjengelighet være av sentral betydning. Selv om en arbeidsgiver ikke kan unnlate å gi informasjon, på bakgrunn av at han vurderer dette som uheldig, vil en arbeidsgivers skjønn kunne spille en rolle ved avgjørelsen av om informasjonen er av en slik art at den skal kunne tilbakeholdes. Vurderingen arbeidsgiveren her foretar må bygge på et forsvarlig grunnlag, og den må heller ikke være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn. Dette kommer frem av de allmenne saklighetsnormer som stilles til utøvelse av styringsretten i blant annet Rt. 2001 s. 418.⁶⁴ Retten til å unnlate å gi informasjon begrenser seg til «særskilte tilfeller». Det vil si at det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Av dette forstås det at en arbeidsgiver ikke kan bestemme at det til enhver tid skal holdes tilbake en viss type opplysninger, eller alle opplysninger angående en sak, kunde eller lignende.⁶⁵

Etter Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 313 heter det at det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at skade vil inntre dersom opplysningene blir kjent. Beviskravet er følgelig strengt for at en skal kunne berettiget tilbakeholdelse av informasjon.

⁶² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 313

⁶³ *ibid.* s. 313

⁶⁴ Rt. 2001 s. 418 omhandlet spørsmålet om når arbeidstiden begynner og slutter for to grupper ansatte ved anlegget til Statoil på Kårstø, og i den forbindelse arbeidsgivers styringsrett. Arbeidsgiver har rett til å fastsette fremmøtested hvor arbeidstaker skal stå til disposisjon for å utføre arbeidsoppgavene. Førstvoterende uttaler på side 428 angående styringsretten: «*De endringer som er foretatt, må anses å ligge innenfor rammen av arbeidsforholdet. Etter min mening er endringene samlet sett ikke så omfattende at de går ut over det arbeidsgiver kan foreta i kraft av styringsretten som en restkompetanse*». Videre uttaler førstvoterende på samme side: «*Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn*».

⁶⁵ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 68

Dersom det oppstår tvist om taushetsplikt eller tilbakehold av fortrolige opplysninger kan dette bringes inn for Bedriftsdemokratiet av virksomhetens tillitsvalgte eller en femtedel av de ansatte. Dette kommer frem av arbeidsmiljøloven § 8-3 tredje ledd første punktum.⁶⁶

3.2.3 Drøftelsesplikt etter tariffavtale

I tariffavtalene vil man finne bestemmelser som pålegger en arbeidsgiver å informere og drøfte mulige omorganiseringer og nedbemanninger med de tillitsvalgte. Av dette ser man at en tariffbundet arbeidsgiver har en kollektiv informasjons- og drøftelsesplikt i tillegg til den plikt som måtte følge av arbeidsmiljøloven § 15-2 og kapittel 8. Hvilke drøftelses- og informasjonsregler som gjør seg gjeldende, må vurderes på grunnlag av de anvendelige tariffavtalene. Her vil vi ta utgangspunkt i Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017, hvor man finner reglene om informasjon og drøftelse i kapittel IX.⁶⁷

Hvilke tillitsvalgte en arbeidsgiver skal forholde seg til når det gjelder informasjons og drøftelsesplikten vil ofte være regulert i tariffavtalen. I Hovedavtalen er dette regulert i kapittel V, hvor man finner regler om valg av tillitsvalgte, herunder arbeidsutvalg. Arbeidsutvalget har ansvaret for de tillitsvalgtes arbeid. Etter Hovedavtalen LO-NHO⁶⁸ § 5-4, er det normalt tilstrekkelig for bedriften å forholde seg til arbeidsutvalget. Dersom man har en større virksomhet kan det i visse tilfeller være opprettet avdelingsutvalg, bedriftsutvalg, konsernutvalg eller lignende. Disse må også involveres i prosessen. Videre kan det etter Hovedavtalen § 5-4 nr. 2 velges tillitsvalgte med spesielle oppgaver.⁶⁹

Saksbehandlingsreglene som gjelder for informasjons og drøftelsesplikten etter tariffavtale, gjelder ikke bare ved nedbemanning og oppsigelse. De gjelder som hovedregel ethvert omstillingstiltak som kan få betydning for arbeidstakernes sysselsettings- og arbeidsforhold.⁷⁰

Innholdet i den tariffbaserte drøftelsesplikten er basert på det utgangspunkt at alle forhold som er av betydning for arbeidstakernes arbeidsforhold skal tas opp. Dette vil si at det i en oppsigelsesprosess vil det være nødvendig å informere de tillitsvalgte om de bedriftsøkonomiske forhold og prognoser som ledelsen har vurdert som grunnlag for behovet for nedbemanning. Videre må man også drøfte spørsmålet om bruk av alternative tiltak, omfanget av oppsigelsene, og kriteriene for utvelgelse av arbeidstakere for oppsigelse. Det er viktig å påpeke at spørsmålet om tidsplan for videre informasjon og drøftelser og en fremtidsplan for når de en-

⁶⁶ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 68.

⁶⁷ *ibid.* s. 70

⁶⁸ Hovedavtalen 2014-2017 LO-NHO

⁶⁹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 70

⁷⁰ *ibid.* s. 70

kelte delavgjørelser skal avgjøres i prosessen, bør drøftes så tidlig som mulig med de tillitsvalgte.⁷¹

3.2.3.1 *Drøftelser så tidlig om mulig*

Informasjon og drøftelser skal skje før bedriftsledelsen treffer endelig beslutning, slik at de tillitsvalgte får mulighet til å påvirke omstillingsprosessen. I henhold til Hovedavtalen LO-NHO, og en rekke andre tariffavtaler, er kravet at informasjon og drøftelser skal finne sted «*så tidlig som mulig*». En sak som viser at dette kravet er strengt, er saken i ARD 1996 s. 130 (Transocean-dommen). Her kom arbeidsretten til at drøftelser etter den daværende § 9-3 nr. 1 i Hovedavtalen skulle ha vært foretatt selv om anbudsinnbyderen hadde understreket kravet om fortrolighet overfor arbeidsgiver. Det vises her at kravet om fortrolighet ikke medførte at det var «*umulig*» for bedriften å gjennomføre drøftelser med de tillitsvalgte. Her ble informasjon gitt samme dag som kontrakten skulle undertegnes, dette var en god stund etter at forhandlingene var avsluttet og bedriften hadde fattet sin beslutning.⁷²

På den annen side må bedriftsledelsen kunne foreta forberedende undersøkelser og vurderinger uten at dette utløser en drøftelsesplikt etter Hovedavtalens regler eller lignende bestemmelser. Men plikten til å informere vil i utgangspunktet inntre så fort ledelsen har kommet så langt i prosessen at de har dannet seg en oppfatning av hva som bør gjøres, og når de samtidig har gjort seg opp en mening om hvilke omstillingstiltak blant flere alternativer en ønsker å gå for.⁷³

3.2.3.2 *Protokoll*

Det skal i henhold til Hovedavtalen⁷⁴ § 9-6 føres protokoll fra de møter som blir holdt etter reglene i Hovedavtalen. Ved å gjøre dette vil man i ettertid kunne dokumentere hvilke spørsmål som har blitt drøftet, hva partene har ment om de ulike temaene som har vært diskutert, og om det har vært uenighet skal fremgå av protokollen. Dette følger av Hovedavtalen LO-NHO § 9-6 nr. 1 tredje ledd. Er det slik at drøftelsen skjer etter reglene til både Hovedavtalen og arbeidsmiljøloven § 15-2, bør dette komme frem av protokollen.⁷⁵

3.2.3.3 *Mislighold*

Ved mislighold av informasjons- og drøftelsesplikten fra arbeidsgivers side, vil dette kunne medføre at bedriften vil kunne bli ansvarlig for å betale lønn til arbeidstakere som har blitt

⁷¹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 72

⁷² *ibid.* s. 72

⁷³ *ibid.* s. 73.

⁷⁴ Hovedavtalen 2014-2017 LO-NHO

⁷⁵ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 73

oppsagt utover oppsigelsestiden, eller så vil bedriften kunne bli ilagt en større bot. Dette vil avhenge av hvilke tariffavtaler som gjelder. Sanksjonsreglene i Hovedavtalen LO-NHO kommer vi tilbake til i neste avsnitt. Videre er det viktig å bemerke at mislighold av informasjons- og drøftelsesplikten vil føre til at viktige hensyn som ligger bak saksbehandlingsreglene i tariffavtalene vil kunne bli skadelidende. Som nevnt er saksbehandlingsreglene i tariffavtalene til for å sikre at fremgangsmåten i forbindelse med omstillinger og nedbemanninger skjer på en forsvarlig måte. Herunder er det viktig å påpeke at det ofte er slik at domstolene legger stor vekt på saksbehandlingen ved avgjørelsen av oppsigelsessaker og andre tvister om arbeidsforhold. Dersom arbeidsgiver har ivarett informasjons- drøftelsesplikten på en tilfredsstillende måte, vil dette kunne lette bevisbyrden for arbeidsgiveren i en eventuell tvist.⁷⁶

Sanksjonsreglene for den tariffavtalte drøftelsesplikten fremkommer av Hovedavtalen LO-NHO § 8-3 hvor det sies at brudd på informasjonsplikten etter §§ 9-3 til 9-8 vil kunne medføre lønnsplikt for oppsagte arbeidstakere utover den ordinære oppsigelsestiden. I Hovedavtalen LO-NHO § 9-14 nr. 2 er det fastsatt at ved grovt brudd på reglene om informasjon og drøftelser i Hovedavtalens §§ 9-3 til 9-6 kan det ilegges en bot etter bestemmelsene i denne paragraf. Boten kan etter § 9-14 være på inntil 300.000 kroner. Det er og fastsatt at dersom de tillitsvalgte mottar konfidensiell informasjon etter reglene i §§ 9-3 til 9-6, så skal grove brudd på de tillitsvalgtes lojalitetsplikt også behandles etter reglene i Hovedavtalens § 9-14.⁷⁷

3.2.4 Informasjons- og drøftelsesplikten etter arbeidsmiljølovens § 15-2

Denne bestemmelsen pålegger en arbeidsgiver som vurderer å gå til masseoppsigelser, en informasjons- og drøftelsesplikt overfor de ansatte. En arbeidsgiver er for øvrig også pålagt å varsle arbeidsmarkedsmyndighetene om forholdet.

Reglene som fremkommer av arbeidsmiljølovens § 15-2 er kun direkte anvendelige for masseoppsigelser. Som tidligere nevnt er en masseoppsigelse en oppsigelse av mer enn 10 ansatte over et tidsrom på 30 dager uten at oppsigelsen er direkte begrunnet i de enkelte arbeidstakernes forhold, jf. arbeidsmiljøloven § 15-2 første ledd.

Bestemmelsen innebærer en styrking av arbeidstakernes vern ved oppsigelser. Dette fordi den oppstiller en plikt til å drøfte planlagte masseoppsigelser med arbeidstakernes tillitsvalgte. Formålet med drøftelsene er å komme frem til en avtale slik at masseoppsigelser kan unngås eller at antall ansatte som vurderes oppsagt, kan bli redusert. Dersom dette ikke er mulig, skal de uheldige sidene ved oppsigelsen søkes redusert. Det er viktig å påpeke at denne bestem-

⁷⁶ *Omstilling og nedbemanning* (2011). s. 73

⁷⁷ Hovedavtalen LO-NHO 2010

melsen ikke er en regel om oppsigelsesvern, jf. Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 12.⁷⁸ Et eventuelt brudd på informasjons- og drøftelsesplikten vil ikke uten videre medføre at en oppsigelse vil bli ansett som ugyldig. Dette vil vi komme tilbake til under punkt 4.6.3.

Drøftelsesplikten etter arbeidsmiljøloven § 15-2 har en klar parallell i tariffavtalene, men da slik at det ikke er et krav om at et visst antall ansatte skal sies opp for at drøftelsesplikten skal inntre.⁷⁹

Bakgrunnen for drøftelsesplikten etter arbeidsmiljøloven § 15-2 kommer av EFs direktiv 75/129/EØF, og dette ble inntatt i arbeidsmiljøloven av 1977 ved endringslov nr. 115/1992. Denne bestemmelsen trådte i kraft samtidig som EØS-avtalen, den 1. januar 1994. Videre ble direktiv 75/129/EØF endret ved direktiv 92/56/EØF og direktiv 98/59/EØF. Direktiv 98/59/EØF er en konsolidering av de to førstnevnte direktivene. De videre henvisningene til direktivet er til direktiv 98/59/EØF. Det er slik at virkeområdet for den norske bestemmelsen til dels er mer omfattende enn direktivet, men det er viktig å påpeke at det ikke har vært tilskattet å oppstille strengere krav enn direktivet i den grad det er samsvar mellom direktiver og arbeidsmiljøloven § 15-2. EU-rettens rettskilder vil derfor være relevante tolkingsmomenter.⁸⁰

3.2.4.1 Tillitsvalgte

En arbeidsgiver som vurderer å gå til masseoppsigelse, skal etter arbeidsmiljøloven § 15-2 så tidlig som mulig innlede drøftelser med «*arbeidstakernes tillitsvalgte*». Etter forarbeidene menes det med tillitsvalgte: «*representanter for arbeidstakerne*», enten de er valgt i henhold til tariffavtale, lov eller på annen måte for å ivareta arbeidstakernes interesser på et område som det foreliggende, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 121. Videre viser departementet til at «*det avgjørende skal fortsatt være om de arbeidstakere som berøres av de konkrete spørsmål det er tale om, er representert*». Dette innebærer at begrepet også omfatter andre valgte representanter for arbeidstakere som ikke er fagforeningsmedlemmer.⁸¹

Dersom en virksomhet ikke har valgte representanter for de ansatte, er det et spørsmål om det gjelder en drøftelsesplikt og hvordan man i så fall kan oppfylle denne plikten etter arbeidsmiljøloven § 15-2. Det finnes ingen løsning på dette verken i direktivet eller i arbeidsmiljøloven. Et annet moment er at arbeidsstokken kan bestå av både organiserte og uorganiserte arbeidstakere. I en slik situasjon er det sannsynlig at de tillitsvalgte ikke nødvendigvis representerer alle de uorganiserte. Dersom det er en slik situasjon at det ikke finnes tillitsvalgte som representerer

⁷⁸ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 76

⁷⁹ *ibid.* s. 76

⁸⁰ *ibid.* s. 76

⁸¹ *ibid.* s. 77

de ansatte som kan berøres av masseoppsigelsen, oppstår det et spørsmål om en arbeidsgiver har en plikt til å sørge for at det velges representanter for disse. Ser man her til direktivet kommer det frem at det i henhold til direktivets artikkel 1 bokstav b er arbeidstakernes representanter de som «*har denne funksjon i henhold til lovgivning eller praksis i medlemsstatene*». ⁸²

I en sak mellom Kommisjonen og Storbritannia, sak C-383/92 synes EU-domstolen å ha lagt til grunn at medlemsstatene er forpliktet til å sørge for at det i henhold til interne regler faktisk finnes representanter for de ansatte som kan ivareta deres interesser ved masseoppsigelser. ⁸³

Problemstillingen angående arbeidsgivers plikt til å sørge for at det velges representanter, er og drøftet av Stein Evju i: *Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon*. I tilknytning til drøftelsesplikten ved virksomhetsoverdragelse i § 16-5 uttaler han på side 241: «*I et konkret tilfelle må det gis informasjon til og føres drøftelser med noen – 'tillitsvalgt' – som representerer de ansatte som berøres; det er ikke nok å holde seg til andre 'tillitsvalgte' for de ansatte*». Det samme må gjelde ved masseoppsigelser. ⁸⁴

Dersom en virksomhet ikke har tillitsvalgte er det viktig å påpeke at dette ikke fritar en arbeidsgiver fra plikten til å innlede drøftelser etter arbeidsmiljøloven § 15-2. Derfor bør en arbeidsgiver sørge for at de ansatte velger sine representanter der det ikke finnes tillitsvalgte eller andre representanter. Selv om det viser seg at en virksomhet ikke har tillitsvalgte, er det ofte slik at de ansatte har representanter, som for eksempel gjennom verneombud jf. arbeidsmiljøloven § 6-1. ⁸⁵

Vi vil redegjøre for tillitsvalgtbegrepet, og kompetansen til de tillitsvalgte mer inngående i oppgavens punkt 3.2.5.1 og 3.2.5.2.

3.2.4.2 Når skal drøftelsene utføres?

Etter arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd, skal drøftelser foretas «*så tidlig som mulig*». Dette er hentet fra Hovedavtalen LO-NHO, og skal ifølge forarbeidene forstås på samme måte, jf. Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 11. I praksis tolkes dette strengt, noe som innebærer at drøftelsene må innledes så tidlig som mulig på planleggingsstadiet, jf. Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 11.

⁸² *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 77

⁸³ *ibid.* s. 77

⁸⁴ *ibid.* s. 78

⁸⁵ *ibid.* s. 78

Et av formålene med drøftelsesplikten etter arbeidsmiljøloven § 15-2 er som tidligere nevnt å forsøke å unngå masseoppsigelser eller å redusere antall oppsigelser. Hvis det skal kunne foreligge en reell mulighet for de ansattes representanter til å påvirke den endelige beslutningen er det viktig at de informeres på et tidlig stadium i prosessen, og ikke minst før det er truffet en endelig beslutning om masseoppsigelser. Dette følger blant annet av den såkalte Junk-saken, sak C-188/03. Denne saken gjaldt masseoppsigelser i en virksomhet p.g.a. insolvensbehandling. Her uttalte EU-domstolen i avsnitt 37: «*Den af fællesskabslovgiver anvendte formulering viser således, at konsultations- og meddelelsesforpligtelsen opstår inden arbejdsgiverens beslutning om at opsiges ansættelseskontrakterne.*»⁸⁶

Etter dette er det klart at en arbeidsgivers plikt til å informere om og drøfte planer om masseoppsigelse med de tillitsvalgte, oppstår før den endelige beslutning om oppsigelser fattes av arbeidsgiver. I enkelte situasjoner er det slik at denne typen beslutninger fattes av andre enn arbeidsgiver. Dette vil vi kort behandle i punkt 3.2.4.6.⁸⁷

Dersom det viser seg at en arbeidsgiver vurderer å foreta et så stort antall oppsigelser at det faller inn under arbeidsmiljøloven § 15-2 første ledd, inntreer drøftelsesplikten «*så tidlig som mulig*». Dette gjelder uavhengig av om beslutningen som senere fattes medfører at vilkårene for masseoppsigelse ikke var oppfylt. Det vil si at dersom en arbeidsgiver vurderer å si opp 11 arbeidstakere, men hvor beslutningen skulle ende opp med at færre enn 10 blir sagt opp, gjelder det fortsatt en drøftelses- og informasjonsplikt for arbeidsgiveren. Det er i disse tilfellene at drøftelsesplikten kommer inn med full tyngde: Drøftelser skal innledes med arbeidstakernes tillitsvalgte så tidlig som mulig for å komme frem til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller å få redusert antall oppsagte.⁸⁸

Når det kommer til underrettelse av arbeidsmiljøutvalget er det i motsetning til arbeidsmiljøloven § 15-2 og tariffavtalte regler ikke oppstilt noe krav i arbeidsmiljøloven § 7-2 annet ledd bokstav d om at informasjonen skal gis «*så tidlig som mulig*». Men det er en forutsetning at informasjonen gis så tidlig at det vil ha en hensikt å behandle spørsmålet.⁸⁹

3.2.4.3 Formålet med drøftelsene og retten til sakkyndig bistand

Av arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd fremkommer det at en arbeidsgiver så tidlig som mulig skal innlede drøftelser med de tillitsvalgte med sikte på å komme frem til en «*avtale*» for å unngå masseoppsigelse eller for å redusere antallet oppsagte. Viser det seg at partene ikke

⁸⁶ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 80

⁸⁷ *ibid.* s. 80

⁸⁸ *ibid.* s. 81

⁸⁹ *ibid.* s. 81

kommer til enighet, kan arbeidsgiver i kraft av styringsretten treffe den endelige beslutningen. Det er viktig å merke seg at bestemmelsen bruker ordet «*drøftinger*», og ikke forhandlinger. Lovgiver har bevisst valgt denne formuleringen, og det fordi det er arbeidsgiver som har det avgjørende ordet dersom partene ikke kommer frem til en avtale, jf. Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 11.⁹⁰

Det er ofte slik at det er svært vanskelig å unngå oppsigelser. Av arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd sies det som tidligere nevnt at de uheldige sidene ved oppsigelsene skal søkes redusert. Dette vil si at ulike tiltak skal drøftes. Eksempler på tiltak det her er tenkt på er støtte til omplassering eller omskolering av oppsagte. Den økonomiske situasjonen til bedriften vil spille inn ved vurderingen av hvilke tiltak man vil kunne iverksette.

Videre er det et formål med drøftelsene å drøfte mulighetene for videre drift, dersom bedriften vurderer å legge ned virksomheten. Her kommer det frem av Hovedavtalen LO-NHO § 9-5 dersom bedriften vurderer å legge ned virksomheten, skal «*mulig videre drift, herunder om de ansatte vil overta virksomheten*» diskuteres med de tillitsvalgte. Plikten til å drøfte videre drift er også inntatt i arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd annet punktum. Denne plikten for virksomheten til å drøfte muligheten for videre drift gjør seg gjeldende dersom bedriften vurderer å legge ned *virksomheten* eller en *selvstendig del* av denne.⁹¹

Etter forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd annet punktum, sies det at det med *selvstendig del*, menes en *selvstendig* avgrenset del av virksomheten som naturlig kan drives videre uavhengig av den øvrige virksomheten. Dette kan typisk være en filial eller annen geografisk atskilt del av virksomheten.⁹²

I forarbeidene heter det at i de tilfellene der ikke alle de ansatte blir sagt opp, må det vurderes konkret om virksomheten eller en *selvstendig del* av denne kan sies å være nedlagt, eller om det dreier seg om en nedbemanning. I denne vurderingen er det et sentralt moment om den ordinære aktiviteten som har vært utøvd er avviklet, og om det er meningen at de ansatte kun skal være der i en overgangsperiode.⁹³

Et viktig moment med denne særskilte drøftelsesplikten som inntreffer dersom det er tale om nedleggelse av virksomheten eller en *selvstendig del* av denne, er etter forarbeidene at om-

⁹⁰ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 82

⁹¹ *ibid.* s. 82

⁹² Ot.prp.nr. 27 (2007-2008) s. 48

⁹³ *ibid.* s. 48

fanget og innholdet i denne drøftelsesplikten må vurderes i forhold til om det er realistisk å oppnå en avtale.⁹⁴

3.2.4.3.1 Sakkyndig bistand

Etter arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd femte punktum kan arbeidstakernes tillitsvalgte la seg bistå av sakkyndige. Retten til sakkyndig bistand finner man og i Hovedavtalen LO-NHO § 9-8.⁹⁵ Det vil særlig være i situasjoner av mer komplisert art at det vil kunne være nødvendig med sakkyndig bistand, som for eksempel ved vurderingen av de økonomiske beregningene som selskapet har utarbeidet. De sakkyndige som bistår vil og kunne pålegges den samme taushetsplikt som de tillitsvalgte vil kunne bli pålagt. At de sakkyndige blir ilagt en slik taushetsplikt, er noe de tillitsvalgte kan bli pålagt å sørge for.⁹⁶

Det er herunder viktig å påpeke at forarbeidene fastslår at dersom arbeidstakere ønsker å benytte seg av sakkyndig bistand under drøftelser før masseoppsigelser, vil arbeidstakerne selv måtte dekke utgiftene til dette.⁹⁷

3.2.4.4 Hvilken informasjon skal gis?

Arbeidsmiljøloven § 15-2 tredje ledd angir hvilken informasjon arbeidsgiveren plikter å gi de tillitsvalgte. Det generelle utgangspunktet i § 15-2 er at arbeidsgiver plikter å gi alle relevante opplysninger. Videre listes det opp i paragrafen en ikke uttømmende liste over hvilken informasjon den skriftlige meldingen blant annet skal inneholde. Etter arbeidsmiljøloven § 15-2 tredje ledd er dette:

- a) grunnene til eventuelle oppsigelser,
- b) antall arbeidstakere som vil kunne bli oppsagt,
- c) hvilke arbeidsgrupper de tilhører,
- d) antall arbeidstakere som normalt er ansatt,
- e) hvilke arbeidstakergrupper som normalt er sysselsatt,
- f) over hvilken periode oppsigelsene vil kunne skje,
- g) forslag til kriterier for utvelgelse av de som eventuelt skal sies opp,
- h) forslag til kriterier for beregning av eventuelle ekstraordinære sluttvederlag.

Idet arbeidsgiver plikter å gi alle relevante opplysninger vil en arbeidsgiver kunne være forpliktet til å gi opplysninger utover de som er listet opp ovenfor.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 27 (2007-2008) s. 48

⁹⁵ Hovedavtalen 2014-2017 LO-NHO.

⁹⁶ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 83

⁹⁷ Ot.prp. nr. 90 (1993-1994) s. 3

Hvilke opplysninger som er å anse som relevante i en masseoppsigelsessituasjon må en arbeidsgiver selv ta stilling til. Det vil variere fra situasjon til situasjon hva som er å anse som relevante opplysninger. Det er viktig å påpeke at det av den skriftlige meldingen må det komme frem en grundig beskrivelse av årsaken til at en vurderer å gå til masseoppsigelser.⁹⁸

3.2.4.5 Meldeplikten

En arbeidsgiver som vurderer å gå til masseoppsigelse har i tillegg til sine plikter overfor de ansatte også en meldeplikt. Denne meldeplikten finner vi i arbeidsmarkedsloven § 8 første ledd første punktum, jf. arbeidsmiljøloven § 15-2 femte ledd.

I arbeidsmarkedsloven § 8 første ledd første punktum heter det: «*Arbeidsgiver som vurderer å gå til masseoppsigelser, jf. arbeidsmiljøloven § 15-2 første ledd, skal tidligst mulig og senest samtidig med at arbeidsgiver innkaller til drøftinger, gi Arbeids- og velferdsetaten melding som fastsatt i arbeidsmiljøloven § 15-2 tredje ledd*».

Av arbeidsmiljøloven § 15-2 femte ledd fremgår det videre: «*Planlagte masseoppsigelser får tidligst virkning 30 dager etter at Arbeids- og velferdsetaten er underrettet. Arbeids- og velferdsetaten kan forlenge fristen i henhold til arbeidsmarkedsloven § 8 tredje ledd*».

Det er innledningsvis viktig å påpeke at det ikke er helt samsvar mellom de to bestemmelsene. Meldeplikten etter arbeidsmarkedsloven § 8 går lengre enn meldeplikten etter arbeidsmiljøloven § 15-2. Den går lengre ved at den også pålegger arbeidsgiver en meldeplikt dersom arbeidstakerne blir permittert uten lønn, og ved permitteringer eller masseoppsigelser som omfattes av tjenestemannsloven. Dette følger av arbeidsmarkedsloven § 8 første ledd.⁹⁹

Reglene om meldeplikt fantes tidligere i arbeidsmiljøloven § 56 A fra 1977. Den dagjeldende lov henviste til sysselsettingsloven § 14. Denne bestemmelsen ble avløst av den någjeldende arbeidsmarkedsloven § 8. Endringen ble gjort på grunn av at det var et ønske om å oppnå et bedre samsvar med loven fra 1977.¹⁰⁰

Reglene i arbeidsmiljøloven § 56 A i 1977-loven ble i hovedsak inntatt i arbeidsmarkedsloven § 8 tredje og fjerde ledd. Her heter det nå at planlagte oppsigelser tidligst får virkning 30 dager etter at det er gitt melding til de tillitsvalgte og NAV. Tidspunktet som her er av interesse er tidspunktet for fratreden. Dette fordi det med «*virkning*» siktes til tidspunktet for fratredel-

⁹⁸ arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 914

⁹⁹ Omstilling og nedbemanning (2011) s. 76

¹⁰⁰ arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 915

se. Denne tidsfristen gjelder uavhengig av om den enkelte arbeidstaker har en arbeidsavtale med en kortere oppsigelsesfrist enn 30 dager. Dette innebærer at også slike arbeidstakere tidligst skal fratregge 30 dager etter at en slik melding er gitt. Regelen er gitt slik at en arbeidstaker ikke skal være nødt til å fratregge i de situasjoner der det foreligger en drøftelsesplikt.¹⁰¹

En sak som her vil være av interesse er den tidligere omtalte (punkt 3.2.4.2) avgjørelsen fra EU-domstolen, Junk-saken (C-188/03). Her ble det sagt at drøftelsene måtte være avsluttet før det kunne gis oppsigelser. I avsnitt 44 og 45 uttalte domstolen følgende:

«44 – Den effektive virkning af en sådan forpligtelse ville blive bragt i fare, såfremt arbejdsgiveren havde ret til at opsiges ansættelseskontrakterne under proceduren, eller endog så snart denne er indledet. For arbejdstageres repræsentanter vill det være væsentlig vanskeligere at opnå, at en truffet beslutning trækkes tilbage, end at der gives afkald på en planlagt beslutning».

«45- Ansættelseskontrakten kan derfor først opsiges, når konsultationsproceduren er afsluttet, dvs. Når arbejdsgiveren har overholdt forpligtelserne i direktivets artikel 2»

Evju uttaler i sin artikkel «Evju: Informasjon og drøfting som beslutningsvilkår» på side 270 at en konsekvens av dommen må være at oppsigelser ikke kan gis før det er gitt melding til NAV, og at: *«de drøftelsene som skal innledes når melding til de "tillitsvalgte" gis, eller etter dette, må være avsluttet – etter at arbeidsgiverne fullt ut har oppfylt sine forpliktelser i forbindelse med drøftelsene – før eventuelle oppsigelser kan meddeles».*¹⁰²

Etter Evju sin artikkel er det slik å forstå at en oppsigelse ikke skal gis før en arbeidsgiver har oppfylt sine forpliktelser, da med tanke på drøftelsesplikten.

Det er ikke slik at det i alle situasjoner skal gjelde en frist på 30 dager. I noen tilfeller skal fristen kunne forlenges dersom det anses som nødvendig for at de tillitsvalgte skal kunne løse problemene som knytter seg til oppsigelsene. En slik regel følger av Direktiv 98/59EF. I slike tilfeller er det bare kompetent myndighet som kan endre fristen. Av arbeidsmiljøloven § 15-2 første ledd første punktum ser vi at denne myndigheten er lagt til NAV.

Departementet påpeker i Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 12 at fristen bare skal kunne forlenges i de tilfeller der det er sannsynlig at problemene som oppstår ved de planlagte oppsigelsene ikke kan løses innenfor den vanlige fristen på 30 dager. En eventuell forlengelse av fristen på

¹⁰¹ arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 915-916

¹⁰² Omstilling og nedbemanning (2011) s. 86

30 dager fra NAV sin side er å regne som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. Dette innebærer at vedtaket kan påklages etter forvaltningsloven § 28.¹⁰³

3.2.4.6 Beslutning som er truffet av andre enn arbeidsgiver

Det vil kunne forekomme at en beslutning om nedbemanning herunder eventuelle masseoppsigelser blir truffet av andre enn arbeidsgiveren. Særlig vil dette kunne forekomme i konsernforhold. Her vil for eksempel styret i morselskapet kunne fatte en beslutning om nedbemanning, og de vil kunne pålegge ledelsen i datterselskapet å gjennomføre denne nedbemanningen.¹⁰⁴

I arbeidsmiljøloven § 15-2 siste punktum sies det at: «Arbeidsgiver har plikt til å innlede drøftinger selv om de planlagte oppsigelsene skyldes andre enn arbeidsgiver og som har beslutningsmyndighet overfor denne, f.eks. en konsernledelse». Her ser man at en arbeidsgiver ikke fritas fra de pliktene som følger av loven, ved at det er et annet organ som fatter beslutningen om nedbemanningen.

3.2.4.7 Krav om referat og protokoll?

Etter arbeidsmiljøloven er det ikke noe krav om at det føres referat eller protokoll etter møtene som holdes i forbindelse med informasjons- og drøftelsesplikten. Dette skiller seg fra det som følger av reglene om drøftelse etter tariffavtaler, som sagt over i punkt 3.2.3.

Selv om det ikke er et krav om at det føres protokoll eller referat er dette å anbefale. Det bør noteres ned hvilke standpunkter partene har kommet til.

3.2.4.8 Konsekvensene av et eventuelt brudd på drøftelses- og informasjonsplikten etter § 15-2

Konsekvensene ved et brudd på denne plikten kommer for det første frem av arbeidsmiljøloven § 19-1. Her sies det at en arbeidsgiver eller den som leder virksomheten vil kunne straffes med bøter eller fengsel, eller begge deler. Denne straffebestemmelsen gjelder ikke for reglene vi finner i arbeidsmiljøloven kapittel 15, om oppsigelsesvern. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 19-1 fjerde ledd. Arbeidsmiljøloven § 15-2 er en bestemmelse om saksbehandling og ikke om oppsigelsesvern, og av den grunn vil det kunne bli tale om straff, ved brudd på denne bestemmelsen. Videre er det en regel om straff i arbeidsmarkedsloven § 29, ved brudd på plikten til å melde i fra til NAV.¹⁰⁵

¹⁰³ arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 915-916

¹⁰⁴ Omstilling og nedbemanning (2011) s. 84

¹⁰⁵ ibid. s. 87

Etter arbeidsmiljøloven § 15-2 femte ledd kan oppsigelsesfristen forlenges. Denne forlengelse vil for en arbeidsgiver kunne oppleves som en straff. Dette blant annet fordi lønnsplikten for arbeidsgiveren også forlenges, i samsvar med forlengelse av oppsigelsesfristen. Med utgangspunkt i denne regelen er det sånn at det i praksis sjelden blir tale om straffansvar etter arbeidsmiljøloven § 15-2.¹⁰⁶

Dersom det foreligger et brudd på drøftelsesplikten vil dette kunne ha en innvirkning på selve saklighetsvurderingen. Men det er som nevnt innledningsvis under punkt 3.2.4, viktig å ha det klart at et brudd på denne plikten ikke automatisk vil medføre at oppsigelsene kjennes ugyldige.¹⁰⁷ Tidligere har vi vært inne på at målet med drøftelsene er å unngå masseoppsigelser og eventuelt redusere antall oppsigelser. Derfor vil manglende drøftelser kunne medføre at arbeidsgiveren ikke har fått vurdert alternativene til oppsigelse i tilstrekkelig grad. Skulle det da vise seg at det finnes andre muligheter til å få redusert kostnadene enn ved oppsigelser, vil dette kunne medføre at oppsigelsene blir å anse som usaklige på bakgrunn av dette.¹⁰⁸

3.2.5 Avtalebegrepet

Et av hovedmålene med informasjons- og drøftelsesreglene er som nevnt tidligere, at arbeidsgiverne og arbeidstakernes tillitsvalgte skal kunne komme frem til en avtale for å unngå masseoppsigelse, eller for å redusere antall oppsagte med så mange som mulig.¹⁰⁹

Innledningsvis kan det være hensiktsmessig å påpeke at det ikke finnes noen fasit på hva de tillitsvalgte skal komme til enighet om, siden dette vil være situasjonsbetinget og derfor kunne variere i de enkelte tilfeller.

I enkelte situasjoner kan avtaler mellom de tillitsvalgte innebære at de ansatte får andre og nye forpliktelser enn hva de hadde før avtaleinngåelsen. I slike tilfeller oppstår det en rekke problemstillinger.

I det neste avsnittet har vi valgt å fokusere på problemstillingen angående hva det er som ligger i selve begrepet «tillitsvalgte» jf. arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd. Vi har og sett på om de tillitsvalgte som er tillitsvalgte på bakgrunn av tariffrettslige regler, kan binde de uorganiserte arbeidstakerne i bedriften. Til slutt vil vi se på om de tillitsvalgte har fullmakt til å inngå slike avtaler.

¹⁰⁶ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 87

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 11.

¹⁰⁸ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 87-88

¹⁰⁹ *ibid.* s. 90

Det første spørsmålet har vi valgt å gjennomgå fordi det i en omstillings- og nedbemanningsprosess er viktig for en arbeidsgiver å vite hvem det er han skal forholde seg til. Spørsmål to er valgt siden dette er en problemstilling som ofte kan oppstå i praksis.

3.2.5.1 Begrepet tillitsvalgt

I arbeidsrettslig sammenheng har termen «*tillitsvalgte*» vært en betegnelse på personer som er representanter for de organiserte arbeidstakerne på en arbeidsplass eller i en virksomhet. De tillitsvalgte er valgt av de organiserte arbeidstakerne i en virksomhet til å være deres representanter. Valgene blir gjort etter tariffavtalens bestemmelser om dette.¹¹⁰

Begrepet «*tillitsvalgte*» etter arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd skal ikke forstås helt i samsvar med den terminologien som ellers blir brukt i resten av loven. Termen «*tillitsvalgte*» skal forstås på bakgrunn av det som i de bakenforliggende direktiver har betegnelsen «*arbeidstakernes representanter*».¹¹¹ Dette kan være så vel tillitsvalgte etter tariffrettslige regler, men også tillitsvalgte som er valgt som representanter med et avgrenset mandat eller for en spesiell situasjon.

3.2.5.2 Kompetansen til tillitsvalgte

Det neste skritt i prosessen blir å se på hvilken rett/kompetanse de «*tillitsvalgte*» som er valgt etter tariffrettslige regler eventuelt har. Enkelte hovedavtaler har bestemmelser som vedrører spørsmålet om tillitsvalgte. I Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017, § 5-2 nr. 2 annet ledd står det at de tillitsvalgte «*har rett til å forplikte arbeidstakerne i spørsmål som angår hele arbeidsstokken eller grupper av arbeidstakere, når tariffavtale ikke er til hinder for dette*». Det er viktig å påpeke at en slik bestemmelse bare gjelder i forhold til de organiserte arbeidstakerne som er representert av de tillitsvalgte i kraft av en tariffavtale.¹¹²

Et praktisk viktig spørsmål i denne sammenheng er spørsmålet om en «*tillitsvalgt*» i kraft av tariffavtale også har en kompetanse til å inngå avtaler som er bindende for de uorganiserte arbeidstakerne i bedriften. En tillitsvalgt skal være representativ for de arbeidstakere som representeres. Det er slik at det i situasjoner hvor en fagorganisasjon har mer enn halvparten av de ansatte som medlemmer, vil fagorganisasjonen måtte antas å kunne utpeke tillitsvalgte for virksomheten. Denne tillitsvalgte vil da representere alle de ansatte ved virksomheten.¹¹³

Det forekommer og at arbeidstakerne i en virksomhet ikke er organiserte, eller at det bare er et mindretall som er det, uten at det er valgt noen tillitsvalgte i virksomheten. I slike situasjoner

¹¹⁰ Evju (2010) s. 418

¹¹¹ *ibid.* s. 418

¹¹² *ibid.* s. 431

¹¹³ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 16

må arbeidsgiver ta de nødvendige skritt slik at de ansatte kan få valgt en tillitsvalgt i anledning av en forestående omstillings- eller nedbemanningsprosess. Dette gjelder ikke hvis bedriften har under 50 ansatte og ikke faller innenfor reglene om masseoppsigelse. Det oppstår også her spørsmål i forhold til avstemming og hvor mange av arbeidstakerne som må være til stede under valget, men dette går vi ikke nærmere inn på her.¹¹⁴

For å kunne avgjøre om de tillitsvalgte anses å ha kompetanse til å inngå slike «avtaler» etter arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd, må vi se hen til Hovedavtalen mellom LO og NHO (2006-2009).¹¹⁵

I NHOs kommentarutgave til Hovedavtalen (2006) heter det i kommentaren til denne bestemmelsen bl.a. at: «*De tillitsvalgte anses for å ha fullmakt fra alle de arbeidstakerne de representerer i saker av felles interesse i forhold til arbeidsgiveren*».

I LOs kommentarutgave til Hovedavtalen (2002-2005) sies det bl.a. at: «*I punkt 2 er det fastslått at de tillitsvalgte har rett til å forplikte dem de representerer*».

Ser vi heretter samlet på kommentarene fra både NHO og LO, samt bestemmelsene som blir kommentert, så må det antas at de tillitsvalgte kan inngå avtaler som forplikter de ansatte.

Et annet spørsmål som melder seg, er spørsmålet om hvor langt retten til å forplikte de ansatte går. Det er vanskelig å gi et klart svar her, men det kan nevnes noen områder som det vanskelig kan tenkes at de tillitsvalgte kan inngå avtaler om. Eksempler på avtaler de tillitsvalgte etter all sannsynlighet ikke kan inngå er blant annet avtaler om at en bestemt gruppe av arbeidstakere skal akseptere oppsigelser, eller avtale om reduksjon i lønn og arbeidstid. Det må og poengteres at de tillitsvalgte ikke kan inngå inngripende avtaler som gjelder den enkelte arbeidstaker, uten å drøfte dette med den det måtte gjelde.¹¹⁶

Neste punkt vil være å se på hvilke bestemmelser en slik avtale kan inneholde. Bestemmelser i slike avtaler vil gjerne knytte seg opp mot selve nedbemanningsprosessen og hvorledes denne prosessen skal gjennomføres. Videre vil den da gjerne inneholde bestemmelser om hvilke kriterier som skal legges til grunn i utvelgelsesprosessen og grunnlaget for eventuelle slutt-pakker til de dette måtte angå.¹¹⁷

På denne bakgrunn kan vi se at slike avtaler som de tillitsvalgte inngår, kan oppfylle kravene i arbeidstvisteloven § 1 e, som definerer en tariffavtale som «*en avtale mellom en fagforening*

¹¹⁴ arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 24

¹¹⁵ ibid. s. 910

¹¹⁶ ibid. s. 910

¹¹⁷ ibid. s. 910

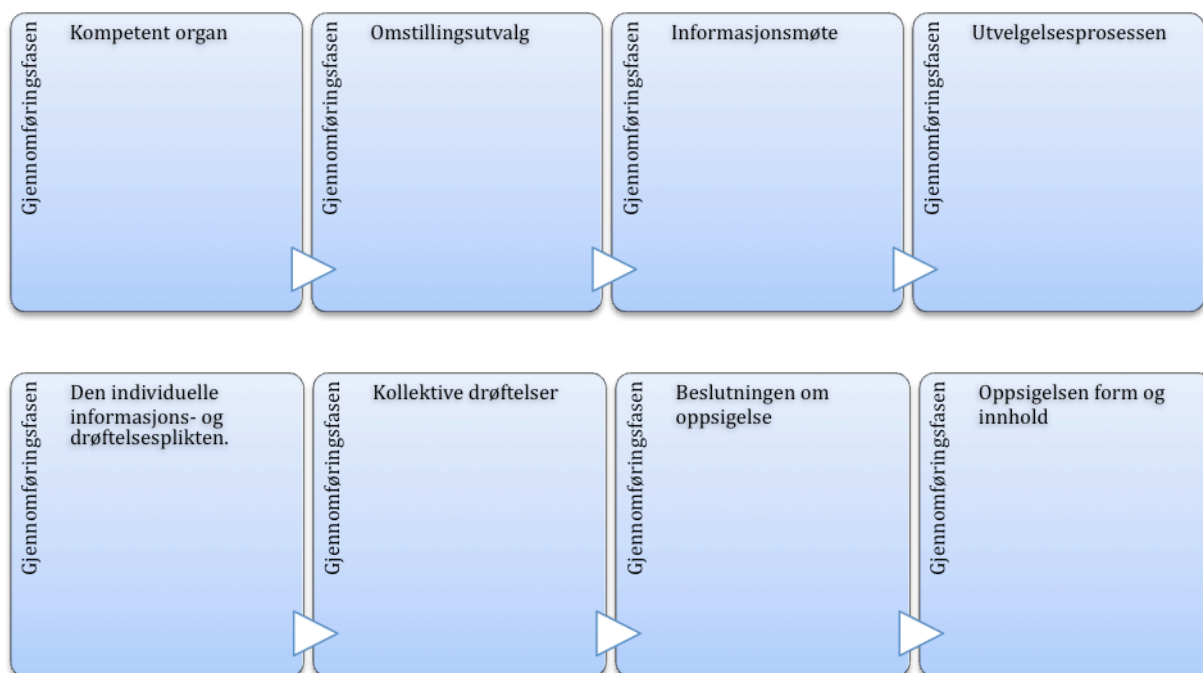
og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold». Dette innebærer at slike avtaler som er inngått etter arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd, vil kunne bli å anse som tariffavtaler, så lenge de ikke etablerer rettigheter og plikter kun for bestemte personer.¹¹⁸

Det at slike avtaler som de tillitsvalgte inngår i en nedbemanningsprosess kan bli å anse som tariffavtale, gjør at de vanlige spørsmålene som knytter seg til tariffavtaler, også kan bli aktuelle her. Spørsmål som her vil kunne oppstå, er spørsmål om avtalens varighet og ettervirkninger.¹¹⁹

Problemstillingen om avtaler inngått av de tillitsvalgte er å anse som tariffavtaler er blitt behandlet i juridisk teori. Vi vil komme videre inn på denne diskusjonen i oppgavens punkt 4.3.2.

4 Gjennomføringsfasen

4.1 Innledning



Figuren viser trinnene og hovedmomentene vi vil gjennomgå under selve gjennomføringsfasen av nedbemanningsprosessen.

Denne delen har vi valgt å kalle «gjennomføringsfasen». Det er her hovedfokuset i oppgaven ligger. Her vil vi i hovedsak behandle utvelgelsesprosessen i sin helhet, der vi gjennomgår de

¹¹⁸ arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 910.

¹¹⁹ ibid. s. 909-910

forskjellige utvelgelseskriterier som kan vektlegges i en nedbemanningsprosess. Vi vil gjennomgå en sentral dom innenfor utvelgelseskriterier, Rt. 1986 s. 879 (Hillesland-dommen). Selve utvelgelseskretsen vil og bli gjennomgått. Til sist vil vi si noe om selve oppsigelsens form og innhold.

4.2 Kompetent organ

Som tidligere nevnt (punkt 1.5) har arbeidsgiver i form av styringsretten kompetanse til ensidig å treffe beslutning om forhold som angår arbeidsforholdet. Inn under denne kompetansen ligger arbeidsgivers rett til å si opp ansatte som virksomheten av ulike grunner ikke lenger har behov for. I den sammenheng er det viktig at en slik beslutning blir truffet av kompetent organ innenfor virksomheten. I dette avsnittet vil vi redegjøre for hvilket selskapsorgan som har kompetanse til å fatte beslutning om at det skal igangsettes en omstillings- eller nedbemanningsprosess.

Spørsmålet om det skal gjennomføres omstillings- eller nedbemanningsprosesser, hører til virksomhetens styringsfunksjoner, jf. Rt. 1989 s. 508 (Spigerverk-dommen). Førstvoterende uttalte her på side 513 at det «*i prinsippet hører... til bedriftseiernes styringsfunksjoner å treffe avgjørelse om nedleggelse eller fortsatt drift*».

I aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper hører forvaltningen av selskapet under styret, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-12 første ledd. Det er styret som er kjernen i selskapets ledelse og det er obligatorisk for alle aksje- og allmennaksjeselskap å ha et styre, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-1.¹²⁰ Styrets myndighet og oppgaver fremgår av aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-12 flg. Aksje- og allmennaksjeloven gjør et skille mellom styrets forvaltnings- og tilsynsansvar, noe som fremgår av henholdsvis aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-12 og § 6-13. Forvaltningsansvaret er styrets direkte ansvar for dets egen forvaltning av selskapet. Tilsynsansvaret er på sin side et ansvar som gjelder andres handlinger og uttalelser i forbindelse med forvaltningen.¹²¹ Av det som er sagt her, er det da slik at det er styret som er kompetent til å treffe beslutningen om en eventuell nedbemanning.

Styret har etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-12 første ledd annet punktum en plikt til å sørge for en «forsvarlig organisering av virksomheten». Dette innebærer blant annet at styret må sørge for at den daglige ledelsen får tilstrekkelig med midler til å utføre sine oppgaver, og å ansette tilstrekkelig kvalifisert personell.¹²²

¹²⁰ Woxholt (2012) s. 182

¹²¹ *ibid.* s. 200

¹²² *ibid.* s. 201

En særskilt regel om styrets ansvar finner man i aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-5. Her er det en uttrykkelig handleplikt for styret ved tap av egenkapital. Denne handleplikten gjelder både dersom egenkapitalen er lavere enn det kravet til forsvarlig egenkapital som følger av aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-4, og dersom egenkapitalen til selskapet blir mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Dersom dette skjer skal styret straks behandle saken og de må innkalle til generalforsamling innen rimelig tid, og gi en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling. Dersom det er et børsnotert selskap, må styret oversende innkallingen til generalforsamlingen til børsen, jf. allmennaksjeloven § 5-6 fjerde ledd. Det er og et krav om at styret skal foreslå tiltak som vil gi selskapet forsvarlig egenkapital.¹²³

Loven sier ikke noe om hvilke tiltak som kan være aktuelle. Dette vi variere fra situasjon til situasjon, og vil bero på en konkret vurdering. I forarbeidene sies det at omlegging eller annen rasjonalisering av virksomheten er eksempler på slike tiltak som styret kan vurdere, jf. NOU 1996:3 s. 44. En annen mulighet enn slike tiltak som kan sikre en forsvarlig egenkapital, er for styret er å foreslå selskapet oppløst, jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-5 annet ledd.¹²⁴

4.3 Omstillingsutvalg

I omstillings- og nedbemanningsprosesser er det relativt vanlig at virksomheten etablerer et såkalt omstillingsutvalg. Formålet med denne etableringen er å få drøftet og avgjort kriterier, men samtidig å kvalitetssikre at kriteriene blir brukt på en konsekvent og korrekt måte. Spesielt i større bedrifter der det hele tiden må treffes avgjørelser på løpende bånd som kan ha store konsekvenser for den det gjelder, er det av stor betydning at de beslutninger som treffes er korrekte og objektivt sett er rettferdige. Det er samtidig viktig å påpeke at opprettelsen av et omstillingsutvalg kommer i tillegg til, og ikke skal erstatte de andre fora som lov og tariffavtale forutsetter at skal trekkes inn.¹²⁵

Opprettelsen av et omstillingsutvalg er ikke lovpålagt. Det er heller ikke vanlig å ha bestemmelser om dette i tariffavtaler. Dette innebærer at en opprettelse av et omstillingsutvalg ikke er pålagt, men det kan være anbefalt for større bedrifter å opprette et slikt utvalg.¹²⁶

For at omstillingsutvalget skal oppfylle sin oppgave i en omstillings- eller nedbemanningsprosess er det viktig at utvalget konstitueres så tidlig som mulig. Dette vil være med på å gi utvalget mulighet til å ha en aktiv rolle i nedbemanningsprosessen. Utvalget opprettes ofte etter at beslutning om nedbemanning er truffet av det kompetente selskapsorgan. Utvalget vil ved

¹²³ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 21

¹²⁴ *ibid.* s. 21

¹²⁵ *ibid.* s. 293

¹²⁶ *ibid.* s. 293

en tidlig opprettelse kunne være med på å bidra til drøftelse av fremdriftsplan, utvelgelses- krets, utvelgelseskriterier og mulige frivillige tiltak som sluttpakker.¹²⁷

Forslagene og innspillene til omstillingsutvalget er ikke rettslig bindende for arbeidsgiver. Arbeidsgiver har også her i kraft av styringsretten kompetanse til å treffe den endelige avgjø- relse av hvilke arbeidstakere som anses som overtallige og skal sies opp. Det er likevel viktig at arbeidsgiveren vurderer omstillingsutvalgets anbefalinger og innspill under hele prosessen, siden dette er med på å gi utvalget legitimitet.¹²⁸

4.3.1 Omstillingsavtaler

I arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd heter det at arbeidsgiver skal innlede drøftelser med arbeidstaker «*med tanke på å komme fram til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte*». Det hender også at arbeidsgiver inngår en «*avtale*» med arbeids- takerne uten at arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd kommer til anvendelse. Et eksempel på en slik avtale som ikke omfattes av arbeidsmiljøloven § 15-2 er «*omstillingsavtaler*».¹²⁹

En omstillingsavtale er en avtale de tillitsvalgte eller andre representanter for de ansatte kan inngå med arbeidsgiver. Slike omstillingsavtaler regulerer arbeidstakerens rettigheter under den aktuelle omstillingen eller nedbemanningen. En omstillingsavtale kan ha positive virk- ninger, siden arbeidstakersiden ofte vil øve større innflytelse i prosessen enn de ellers ville hatt. På den annen side kan slike avtaler føre til at de tillitsvalgte blir lagt under et sterkt press, siden virkningene for medlemmene ofte kan være drastiske.¹³⁰

Opprettelse av omstillingsavtale er ikke lovpålagt, og det er ikke så ofte at det blir opprettet slike avtaler i en omstillings- eller nedbemanningsprosess. Motstående hensyn på arbeidsta- ker- og arbeidsgiversiden kan være med på å gjøre det vanskelig å få en slik avtale i stand. På arbeidstakersiden vil det ofte være et ønske om å kunne delta i selve prosessen uten å samtidig være bundet av en avtale. Arbeidsgiver på sin side vil normalt kunne oppleve en større grad av frihet dersom prosessen blir beskrevet i et dokument som arbeidsgiver har full råderett over, i hvert fall formelt.¹³¹

¹²⁷ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 293

¹²⁸ *ibid.* s. 293

¹²⁹ *ibid.* s. 295

¹³⁰ *ibid.* s. 295

¹³¹ *ibid.* s. 295

4.3.2 Tariffavtale?

Ved «avtaler» som faller inn under bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-2, oppstår det et spørsmål om disse avtalene blir å regne som tariffavtaler. Dette spørsmålet melder seg også i forhold til omstillingsavtaler, selv om de ikke omfattes av den nevnte bestemmelsen. For å avgjøre om en omstillingsavtale og avtaler som faller inn under arbeidsmiljøloven § 15-2, blir å regne som tariffavtaler må vi derfor se på definisjonen av hva en tariffavtale er.¹³²

Som tidligere nevnt i punkt 2.5.3 er en tariffavtale definert i arbeidstvisteloven § 1 e) som:

«en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold».

I juridisk teori har det vært uenighet om en omstillingsavtale er å regne som en tariffavtale. Fougner mfl. hevder i «Kollektiv arbeidsrett» (2004) s. 117, at slike: «omstillingsavtaler (og likeledes avtaler etter aml. § 55 L nr. 2) må antas å være tariffavtaler i arbeidstvistelovens forstand». Dette blir begrunnet med at «en avtale som nevnt i arbeidsmiljøloven § 56 A og andre omstillingsavtaler regulært vil måtte regnes som en tariffavtale».¹³³

Evju hevder i sin artikkel: «Tariffavtalebegrepet - prosessuelt og materielt»¹³⁴ med henvisning til Fougner mfl. at «drøftelsen er utilstrekkelig og begrunnelsen uholdbar». Han grunngir sitt synspunkt med at forarbeidene, så som selve ordlyden i den dagjeldende § 56 A i arbeidsmiljøloven av 1977 ikke gir noen holdepunkter for at slike avtaler skulle bli å betrakte som tariffavtaler. Han trekker også frem tariffavtalenes ettervirkninger som et moment mot å anse omstillingsavtaler som tariffavtaler. Evju uttaler også i samme artikkel at det på den annen side ikke er noe i forarbeidene som skulle tilsi at omstillingsavtaler er utelukket fra å være tariffavtaler.

Evju kommer til den konklusjon at: «omstillingsavtaler inngått etter drøftelser på basis av arbeidsmiljølovens § 56 A ikke er å anse som tariffavtaler». Denne konklusjonen kommer han til etter at han har diskutert det han i artikkelen kaller «generalitetskravet». Generalitetskravet går ut på at en avtale kan bli å betrakte som en tariffavtale, bare så lenge den ikke gjelder individuelt bestemte arbeidstakere.

De beste grunner taler for å følge Evju sitt syn på at en omstillingsavtale og avtaler som faller inn under arbeidsmiljøloven § 15-2 ikke blir å betrakte som tariffavtaler. Først og fremst er det et viktig moment at lovgiver ikke ser ut til å ha berørt problemstillingen i forhold til slike

¹³² Omstilling og nedbemanning (2011) s. 296

¹³³ ibid. s. 297

¹³⁴ Evju (2005) s. 121-123

avtaler som en omstillingsavtale faktisk er. Partene i en nedbemanningsprosess kan vanskelig sies å kunne se konsekvensene av at en omstillingsavtale blir å måtte betrakte som en tariffavtale. En tariffavtale vil føre med seg spørsmål om ettervirkninger, mv. som partene vanskelig kan sies å se konsekvensene av.

Dersom det på den annen side skulle være slik at en avtale etter arbeidsmiljøloven § 15-2 og omstillingsavtaler skulle bli å regne som tariffavtaler, vil det som vi har vært inne på bli et spørsmål om ettervirkninger. Dette vil da være tariffrettslige og individuelle ettervirkninger av de nevnte avtaler. Vi vil ikke gå nærmere inn på denne problemstillingen i vår oppgave, da dette blir et for stort og omfattende tema og ta opp i denne sammenheng.

4.4 Informasjonsmøte

Når en arbeidsgiver har oppfylt den kollektive informasjons- og drøftelsesplikten som vi har omtalt i punkt 3.2 over, vil det etter dette være normalt å avholde et felles informasjonsmøte for alle de ansatte. Dette gjør man før selve utvelgelsesprosessen settes i gang. Utvelgelsesprosessen blir behandlet i oppgavens punkt 4.5.

Informasjonsmøtet kan avholdes ved kun et fellesmøte eller ved flere parallelle møter. Et allmøte bør holdes uavhengig av om det eksisterer noen lov- eller tariffbestemt plikt til å drøfte mulige nedbemanninger med de tillitsvalgte eller de ansattes representanter.¹³⁵

Dersom det skal avholdes et felles informasjonsmøte, er det ønskelig at de tillitsvalgte og andre ansattes representanter informeres om at allmøte vil bli holdt. De bør gis en liten orientering om møte, og om hva som skal være temaet for møtet. Dette gjelder også ovenfor et omstillingsutvalg dersom det er opprettet et slikt utvalg. Etter Hovedavtalen LO-NHO¹³⁶ er det en bestemmelse i § 9-9 som sier at de tillitsvalgte skal på forhånd og så tidlig som mulig informeres om forhold som bedriften ønsker å informere de ansatte om.¹³⁷ Dersom det er slik at en arbeidsgiver ikke er forpliktet til å forhåndsvarsle de ansattes representanter, vil det uansett kunne være fordelaktig at eventuelle representanter for de ansatte gis slik informasjon på forhånd. Denne informasjonsflyten vil ofte være avtalt i forkant.

På bakgrunn av reglene om et forsvarlig arbeidsmiljø er det viktig at de ansatte mottar så korrekt og fullstendig informasjon som mulig. Et annet moment er at det og er viktig at oppsigel-

¹³⁵ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 302

¹³⁶ Hovedavtalen 2014-2017 LO-NHO

¹³⁷ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 303

ser ikke kommer overraskende på de berørte ansatte. Av den grunn bør det avholdes allmøte før det avholdes individuelle drøftelsesmøter.¹³⁸

Momenter det vil være hensiktsmessig å ta opp i et slik allmøte er bl.a. bakgrunnen for nedbemanningen, gjennomføringen av prosessen, derunder tidsplan, omfang av nedbemanningen, hvilke grupper av ansatte som vil kunne bli berørt, utvelgelseskriterier, og eventuelle tilbud om sluttvederlag.¹³⁹

For de ansatte er et slikt fellesmøte viktig, ved at de enklere kan forberede seg til det individuelle drøftelsesmøtet. Fra allmøtet bør det lages et referat. Alle arbeidstakere burde få en kopi av dette referatet, noe som også gjelder sykemeldte arbeidstakere og ansatte i fødselspermisjon eller lignende.¹⁴⁰

4.5 Utvelgelsesprosessen

Det neste skrittet i en nedbemanningsprosess vil nå være en utvelgelse av de arbeidstakere man vurderer å si opp. I en slik utvelgelsesprosess forutsettes det at utvelgelseskriterier (som vi kommer inn på i det følgende) er fastsatt og at kretsen for utvelgelse av arbeidstakere er definert.¹⁴¹

Utvelgelsen gjennomføres ved at ledelsen gjennom utvelgelseskriterier identifiserer ansatte i de aktuelle utvelgelseskretser som ikke innplasseres eller omplasseres, og som derfor står i fare for å bli overtallige. Det er ofte slik i større bedrifter at den første utvelgelsen foretas av linjeledere i samarbeid med en representant fra personalavdelingen eller lignende. Ofte er det slik at arbeidstakere innplasseres i egen enhet eller avdeling i definerte stillinger i det nye organisasjonskartet ut fra de fastsatte utvelgelseskriteriene. Man bør utarbeide stillingsbeskrivelse eller annen dokumentasjon som beskriver hovedansvarsområder og arbeidsoppgaver i den enkelte stillingen. De arbeidstakere som ikke blir innplassert på denne måten, vurderes omplassert til andre deler av organisasjonen. Retten til annet passende arbeid må vurderes fortløpende under hele prosessen jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 (2).¹⁴²

I de tilfellene hvor omplassering eller innplassering viser seg ikke å være mulig, vil man kunne vurdere frivillige tiltak slik som sluttpakke, permisjon med eller uten lønn, førtidspensjon, mulighet for eksternt arbeid eller lignende. Gjennom tariffavtale eller omstillingsavtale kan en

¹³⁸ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 303

¹³⁹ *ibid.* s. 303

¹⁴⁰ *ibid.* s. 304

¹⁴¹ *ibid.* s. 304

¹⁴² *ibid.* s. 304

arbeidsgiver være forpliktet til å tilby frivillige tiltak. De arbeidstakerne som verken innplasseres eller omplasseres, og som det i tillegg ikke finnes frivillige tiltak for, blir vurdert som overtallige.¹⁴³

Selve utvelgelsesprosessen bør skje i samarbeid med de tillitsvalgte eller andre valgte representanter for de ansatte. Det vil kunne være hensiktsmessig å bruke et evalueringsskjema ved utvelgelsen av de individuelle arbeidstakerne som står i fare for å bli oppsagt.¹⁴⁴ Som et alternativ til evalueringsskjemaer kan man benytte seg av kompetansekartleggingsmøter.

4.5.1 Utvelgelseskriterier som kan tillegges vekt i en nedbemanningsprosess

Kriteriene for utvelgelse av arbeidstakere som skal sies opp må være saklige jf. saklighetskravet i punkt 1.6. Det finnes ingen særlige bestemmelser i arbeidsmiljøloven når det gjelder utvelgelseskriterier, utover saklighetskravet som man finner i arbeidsmiljøloven § 15-7. Kriteriene for utvelgelse følger av lovforarbeidene og rettspraksis, og er dessuten ofte regulert i tariffavtaler.¹⁴⁵

4.5.1.1 Ansiennitet

Ansiennitet er en vanlig og ofte brukt begrunnelse ved utvelgelse av arbeidstakere. Hensynet bak å bruke ansiennitet som et utvelgelseskriterium er at arbeidstakere med lang ansiennitetstid i virksomheten skal ha større krav på beskyttelse enn arbeidstakere med kortere ansiennitetstid i samme virksomhet. Dette utvelgelseskriteriet er regnet for å være et rettferdig prinsipp som gir lite rom for vanskelige skjønnsvurderinger.¹⁴⁶ Den enkelte arbeidstakers ansiennitet blir normalt beregnet ut i fra den sammenhengende tjenestetid vedkommende har i virksomheten. Innledningsvis kan det være hensiktsmessig å påpeke at det vil kreves relativt betydelige forskjeller i ansiennitet for at dette skal få noen rettslig betydning ved utvelgelsen, der det ikke er andre holdepunkter i særlige rettsgrunnlag.¹⁴⁷ Ansiennitetsbegrepet må ikke forveksles med lønnsansiennitet, der også arbeidsforhold hos andre bedrifter vil være med i beregningen.

Ved bruk av ansiennitet som utvelgelseskriterium oppstår det flere spørsmål. Et første spørsmål er i hvilke situasjoner ansiennitet skal legges til grunn. Videre oppstår det spørsmål om fra hvilket tidspunkt ansienniteten til den enkelte arbeidstaker skal beregnes. Det oppstår også spørsmål om når ansiennitet skal regnes som avsluttet. Dette spørsmålet oppstår først og

¹⁴³ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 305

¹⁴⁴ *ibid.* s. 305

¹⁴⁵ *ibid.* s. 305

¹⁴⁶ Aagaard (2006) s. 259

¹⁴⁷ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 975

fremst når et arbeidsforhold har opphørt i en begrenset periode og arbeidstaker igjen starter i stillingen ved samme bedrift.

Som et utgangspunkt må det legges til grunn at ansiennitet skal beregnes av sammenhengende tjenestetid i virksomheten. Utgangspunktet er som regel at ansiennitet skal regnes fra tiltredelsestidspunktet. I enkelte situasjoner kan det stilles spørsmål om det ikke vil være mer naturlig å legge en bransjebasert ansiennitet til grunn. Som et eksempel her kan vi ta for oss en person som har vært ansatt i advokatbransjen i 25 år, men hos sin nåværende arbeidsgiver har hun eller han bare vært ansatt i to år. I et slikt tilfelle vil det ikke uten videre være rettfærdig at hun eller han velges ut til å bli oppsagt fremfor en arbeidstaker som har vesentlig kortere erfaring fra bransjen, men som har vært ansatt hos vedkommende bedrift i fire år. Som tidligere nevnt er nok utgangspunktet at den som er ansatt sist i bedrift har kortest ansiennitet, og derfor være den som eventuelt blir valgt til å bli sagt opp. Det skal her påpekes at ansiennitet kan fravikes der det er saklig grunn for det, og lang erfaring anses som viktig for bedriften.¹⁴⁸

Enkelte former for fravær skal i denne sammenheng ikke anses å avbryte ansienniteten. Dette er fravær som har sitt grunnlag i sykefravær, svangerskapspermisjoner, andre lovbestemte permisjonsordninger og plassoppsigelse i forbindelse med lovlig arbeidskamp. Ulovlig arbeidskamp vil kunne medføre at ansienniteten avbrytes. Det vil først og fremst avhenge av om arbeidsgiver har brakt arbeidsforholdet til opphør som følge av den ulovlige arbeidskampen. Ved virksomhetsoverdragelse skal ansiennitet regnes fra da vedkommende arbeidstaker startet hos den tidligere arbeidsgiver, sammen med ansettelsestid hos ny arbeidsgiver. Sagt med andre ord, så vil ikke en virksomhetsoverdragelse avbryte ansiennitetstiden.¹⁴⁹ Det skal i denne sammenheng påpekes at det kan tenkes situasjoner der ansettelse hos tidligere arbeidsgiver ikke skal regnes med i ansiennitetsberegningen. Man kan stå overfor et slikt tilfelle der en stor og økonomisk godt drevet bedrift kjøper opp en annen bedrift som i realiteten er konkurs, og oppkjøperbedriften noen år senere må gå til innskrenkning, som først og fremst berører det område som ble tilført ved oppkjøpet. I en slik situasjon vil det etter all sannsynlighet ikke være usaklig å la dette gå ut over de som fulgte med den oppkjøpte bedriften, og da uavhengig av deres ansiennitet i forhold til de øvrige ansattes ansiennitet.

Når det kommer til selve beregning av ansettelsestid uttaler arbeidsmiljøloven § 15-3 sjette ledd at: *«med beregning av ansettelsestid etter denne paragraf skal medregnes den tid arbeidstakeren har vært ansatt i annen virksomhet innenfor konsern som arbeidsgiver tilhører eller innenfor annen gruppe av virksomheter som er knyttet sammen gjennom eierinteresser*

¹⁴⁸ Aagaard (2006) s. 263

¹⁴⁹ arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 976

eller felles ledelse på en slik måte at det er naturlig å se ansettelsesforholdene i sammenheng».

Når det gjelder hva som skal anses som «samme virksomhet» har dette vært diskutert i juridisk teori, som man ser av sitatet fra Henning Jakhelln mfl. *arbeidsrett.no Kommentarer til arbeidsmiljøloven 3. utg. 2011 s. 927-928:*

*«Sjette ledd fastsetter hva som skal anses som «samme virksomhet» ved vurderingen av samlet ansettelsestid. I konsernforhold eller ved virksomhetsoverdragelser skal den tid som arbeidstakeren har vært tilsatt i annen virksomhet innenfor konsern som arbeidsgiveren tilhører, eller innenfor annen gruppe av virksomheter som er knyttet sammen gjennom eierinteresser eller felles ledelse på en slik måte at det vil være naturlig å se tilsettingen i sammenheng, anses som sammenhengende ansettelsestid. I juridisk teori er dette forstått slik at selvstendige virksomheter innen samme konsern ikke nødvendigvis regnes som samme virksomhet i relasjon til denne bestemmelse, se Evju i Stein Evju og Henning Jakhelln mfl. *Arbeidsrettslige emner, Universitetsforlaget, 1979, s. 324»**

4.5.1.1.1 Ansiennitetsbegrepet i tariffavtaler

Svært mange tariffavtaler inneholder bestemmelser om ansiennitet, herunder at ansiennitet skal ha betydning ved utvelgelse av arbeidstakere som vurderes som overtallige i en nedbemanningsprosess. Tariffavtaler inneholder ofte et betinget ansiennitetsprinsipp. Et eksempel på dette finner man i Hovedavtalen¹⁵⁰ LO-NHO § 8-2. Her fremkommer det at ansiennitet kan fravikes dersom det foreligger en saklig grunn. Her er det viktig å påpeke at dette medfører at arbeidsgiver må foreta en helhetsvurdering, og da blir ansiennitet et av flere momenter som da skal tillegges vekt ved vurderingen av hvilke arbeidstakere som skal anses som overtallige. Denne regelen om at ansiennitet kan fravikes dersom det foreligger saklig grunn til det, finner man vanligvis i tariffavtaler. Det må her påpekes at det finnes tariffavtaler med et strengere ansiennitetsprinsipp.¹⁵¹

4.5.1.1.2 Rettspolitiske hensyn ved begrepet ansiennitet

I de situasjoner der en bedrift må innskrenke antall ansatte, kan det oppstå rettspolitiske spørsmål vedrørende utvelgelseskriteriene, og da spesielt ved ansiennitetsprinsippet. Interessemotsetninger oppstår ikke bare i forholdet virksomhet og fagforening, men også mellom de enkelte ansatte som sådan. Virksomheten ønsker normalt å kunne beholde de beste og dyktigste ansatte, uten å ta hensyn til den enkeltes ansiennitet. På den andre siden finner vi fagfo-

¹⁵⁰ Hovedavtalen 2014-2017 LO-NHO

¹⁵¹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 305

reningene som ofte ønsker at de med lengst fartstid i virksomheten skal tilgodeses, og derfor at den enkeltes ansiennitet blir lagt til grunn ved utvelgelsen av ansatte.¹⁵²

Grunnlaget for at en virksomhet ofte ønsker å beholde de beste og dyktigste ansatte, er at dette kan være med på å øke virksomhetens levedyktighet og konkurransevne for fremtiden. Ved å velge de best kompetente ansatte vil dette være med på å premiere innsats og de arbeidsvillige i arbeidsstokken.¹⁵³

Ser man på hensynene bak ansiennitetsprinsippet, som fagforeningene ofte ønsker at legges til grunn, vil man se at det her legges mer vekt på menneskelige hensyn enn på virksomheten sett under ett. Ikke sjeldent finner man personer som har arbeidet i virksomheten i hele sitt yrkesaktive liv. Slike personer vil ofte være sterkt tilknyttet virksomheten, samtidig som det kan oppstå vanskeligheter med å finne seg en ny arbeidsgiver.¹⁵⁴

Som nevnt er det ikke bare interessemotsetninger mellom virksomheten og fagforeningene, men også mellom de enkelte ansatte. Personer som har vært i virksomheten i mange år ønsker som regel at deres tid på arbeidsplassen vektlegges i større grad enn den enkeltes kompetanse og utdanning.¹⁵⁵

Det kan ofte være vanskelig å bringe de enkelte ansattes dyktighet på det rene. Dette er fordi en slik vurdering ofte vil ha sitt grunnlag i en vurdering som er foretatt av arbeidsgiver, og da ofte inneha elementer av subjektivitet, som igjen kan gi store utslag i det enkelte tilfelle. Slike avgjørelser kan derfor ofte virke urettferdige for de som blir valgt.¹⁵⁶

Dette fører til at valget av hvilke ansatte som skal sies opp ofte vil virke mer rettferdig, samtidig som det vil skape mindre usikkerhet hos de ansatte i de tilfeller der ansiennitet legges til grunn. Der dyktighet og lignende ofte vil være av subjektiv art, vil den enkeltes ansiennitet være et objektivt moment, og lettere å få på det rene. I situasjoner der det er større forskjell på de ansatte, kan det lettere sies å være forsvarlig å legge dyktighet til grunn som utvelgelseskriterium. Som en følge av dette bør det ikke være slik at man ubetinget legger ansiennitetsprinsippet til grunn for utvelgelsen. Hensynet til ansiennitet burde legges til grunn i de tilfeller der det er noenlunde like forhold mellom de ansatte. Der det viser seg at det er store forskjeller i

¹⁵² Jakhelln (1967) s. 122

¹⁵³ *ibid.* s. 122

¹⁵⁴ *ibid.* s. 122

¹⁵⁵ *ibid.* s. 122

¹⁵⁶ *ibid.* s. 122

den enkelte ansattes kompetanse eller dyktighet bør dette kunne legges til grunn, så lenge vurderingen ikke har store innslag av subjektive vurderinger som lett kan virke urettferdig.¹⁵⁷

4.5.1.2 Kvalifikasjoner

Begrepet «kvalifikasjoner» kan bety så mangt. Under dette begrepet faller for eksempel relevant yrkeserfaring, utdanning, personlig egnethet og anvendelighet i stillingen.

En arbeidsgiver kan vektlegge den formelle kompetansen til hver enkelt arbeidstaker når det skal vurderes hvilke av de ansatte som skal få fortsette i virksomheten. Det kan her være viktig å få satt sammen en arbeidsstokk som utfyller hverandre, særlig når det kommer til forskjellige kompetanseområder. Denne vurderingen er helt opp til den enkelte virksomhet, så lenge vurderingene fremstår som saklige og vel overveide.¹⁵⁸

Kompetanse og faglig dyktighet vil ofte være viktigere i virksomheter som har mer spesialiserte oppgaver. Det vil da være større anledning til å vektlegge dette som kriterium enn der en virksomhet ikke er like avhengig av arbeidstakere med spesialisert kompetanse. I de tilfellene der en arbeidsgiver er helt avhengig av å ha enkelte arbeidstakere til å utføre bestemte oppgaver som er helt avgjørende i den daglige drift av virksomheten, vil det ofte være av helt sentral betydning at disse får fortsette i den videre driften. Kvalifikasjonsprinsippet vil ofte veie tyngre for ledere enn for andre ansatte. For de øverste lederne vil dette være spesielt viktig.

På den annen side har ikke en arbeidsgiver anledning til å gå til oppsigelse av de ansatte bare fordi det finnes andre som har bedre kompetanse eller kan utføre arbeidet billigere.

Det finnes flere metoder man kan bruke for å påse at utvelgelsen av arbeidstakere som står i fare for å bli sagt opp skal foregå på en saklig måte. Noen virksomheter benytter i enkelte situasjoner evalueringsskjemaer der den nærmeste overordnede skal fylle ut informasjon om de ansattes kvalifikasjoner og sosiale forhold.

Evalueringsskjemaene inneholder typisk rubrikker for ansiennitet, alder, kvalifikasjoner som formell kompetanse osv.¹⁵⁹ Skjemaene må være tilpasset den enkelte virksomhet, slik at den avdekker informasjon som den enkelte arbeidsgiver har behov for å vite. I de tilfeller der skjemaene blir brukt på en objektiv og rettferdig måte, reduseres risikoen for at det blir tatt avgjørelser der utenforliggende hensyn blir vektlagt.

¹⁵⁷ Jakhelln (1967) s. 123

¹⁵⁸ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 306

¹⁵⁹ *ibid.* s. 308

Når en arbeidsgiver benytter evalueringsskjemaer det er viktig at dette foregår i samarbeid med de ansatte og deres tillitsvalgte. Det er her ønskelig at det blir klarlagt hvilke kvalifikasjoner som vil bli vektlagt i utvelgelsesprosessen. Arbeidsgiver er pålagt å begrunne hvorfor den enkelte arbeidstaker ikke er ansett kvalifisert for stillingen.¹⁶⁰

4.5.1.3 Personlig egnethet

Et annet kriterium en virksomhet kan vektlegge i en utvelgelsesprosess er «*personlig egnethet*».

Det er viktig for en virksomheten at kompetansebehovet blir tilfredsstilt, slik at virksomheten kan fortsette å levere tilfredsstillende tjenester og lignende, samtidig som den videre driften kan foregå på en forsvarlig måte. Her vil personlig egnethet gjerne ha stor betydning. Dette fører igjen til at en virksomhet vil kunne legge vekt på andre kriterier enn selve kompetansegrunnlaget til den enkelte arbeidstaker. Det kan for eksempel ses hen til fravær, punktlighet og samarbeidsevne hos den enkelte. Slike forhold kan vektlegges og vil kunne anses som saklige, selv om det enkelte forhold i seg selv ikke gir tilstrekkelig grunn til oppsigelse.¹⁶¹

I de situasjoner der slike forhold som nevnt ovenfor skal kunne bli å anse som saklige, er der disse forholdene er tatt opp med den enkelte arbeidstaker tidligere. Har forholdene ikke blitt tatt opp tidligere, vil de vanskelig kunne bli å anse som saklige i en utvelgelsesprosess.

Når det kommer til utvelgelse av personer på lederplan, vil forhold som personlig egnethet ofte være avgjørende for virksomheten.

Under kategorien personlig egnethet kan det være et relevant moment å vektlegge den enkelte arbeidstakers samarbeidsevne. Manglende samarbeidsevne vil kunne skape stor misnøye blant arbeidstakerne i en virksomhet, noe som igjen vil kunne ha en negativ innvirkning på arbeidsmiljøet. Rettslig sett kan en virksomhet si opp en arbeidstaker på bakgrunn av manglende samarbeidsevner. Virksomheten har til enhver tid en plikt til å opprettholde et positivt arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven kapittel 4. Det å skape en arbeidsplass med et godt arbeidsmiljø er også et av arbeidsmiljølovens formål, jf. § 1-1 bokstav a, d og e.

¹⁶⁰ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 308

¹⁶¹ *ibid.* s. 307

4.5.1.4 Sosiale hensyn

Et begrep som ofte går igjen som et utvelgelseskriterium er «*sosiale hensyn*». Dette er et vidt begrep der mange faktorer kan spille inn.

Når en virksomhet skal velge ut arbeidstakere i forhold til en planlagt nedbemanning, er det ikke bare den enkeltes kvalifikasjoner, alder og egnethet som spiller inn. Virksomheten må skaffe seg et totalbilde av den enkelte arbeidstaker i bedriften.

I denne sammenheng kan behov og andre hensyn som ikke har med selve arbeidssituasjonen som sådan spille inn. Det man da kan ha i tankene er hensyn i forhold til forsørgelsesbyrde, sykdom eller annen yrkesskade, mobilitet og særlig tyngende gjeldsforhold, men også utsiktene for den enkelte til å skaffe seg annet arbeid og alternative jobbmuligheter ved en eventuell omstilling innad i virksomheten.¹⁶²

Alle slike hensyn vil kunne være relevante i en utvelgelsesprosess. Det er viktig at bedriften her tar godt begrunnede beslutninger, og ikke tar utenforliggende hensyn, siden dette fort vil kunne føre til at hensynet blir å regne som usaklig.

4.5.1.5 Alderssammensetting

En arbeidsgiver kan ha behov for å sikre en forsvarlig alderssammensetting i virksomheten. En sammensetning av arbeidstakere på arbeidsplassen kan ha en positiv innvirkning på arbeidsmiljøet. Arbeidstakere med ulik alder kan ha forskjellig syn på saker, og dette kan dermed være med på at flere hensyn og vinklinger blir tatt i en arbeidsprosess.

Dette må likevel ikke skje i strid med diskrimineringsreglene vi finner i arbeidsmiljøloven. De første reglene om aldersdiskriminering i norsk arbeidsrett kom inn i arbeidsmiljøloven av 1977. Dette ble gjort den 1. mai 2004 gjennom EU-direktivet 2000/78/EF. Direktiv 2000/78/EF er et rammedirektiv som legger ned et generelt forbud mot diskriminering i arbeidslivet. Inn under dette generelle forbudet finner vi et forbud mot diskriminering på bakgrunn av alder. Formålet med direktivet er først og fremst å sikre en lik adgang til sysselsetting i arbeidslivet uavhengig av alder.¹⁶³

På den annen side åpner direktivet for forskjellsbehandling på bakgrunn av alder, men da bare i visse tilfeller. En slik unntaksadgang finner vi i fortalen punkt 25 i direktivet, men da med den begrunnelse av at det må skje på bakgrunn av bestemte situasjoner, og bare når dette

¹⁶² *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 308

¹⁶³ Regjeringen (2009)

fremstår som forsvarlig. Direktivet har tre bestemmelser som kan gi grunnlag for forskjellsbehandling på grunnlag av alder.¹⁶⁴

Det første unntaket finner vi i artikkel 4 nr.1. Etter denne bestemmelsen kan statene bestemme at det kan skje en ulik behandling av arbeidstakere, så lenge dette er begrunnet i genuine yrkesmessige kvalifikasjonskrav. Denne unntaksbestemmelsen skal gjelde for samtlige diskrimineringsgrunner, herunder alder.¹⁶⁵

Av artikkel 6 nr. 1. kommer det frem at statene kan bestemme ulik behandling på grunnlag av alder hvis det er rimelig begrunnet rent objektivt og har et legitimt formål innenfor den nasjonale rett. Denne bestemmelsen gjelder kun for alder, og omfatter både direkte og indirekte diskriminering.

Den siste unntaksbestemmelsen finner vi i direktivets artikkel 2 nr. 2. Dette unntaket gjelder for indirekte diskriminering på grunnlag av alder. På samme måte som artikkel 4 nr. 1. åpnes her adgangen for forskjellsbehandling så lenge det er foreligger objektive grunner for å oppnå et legitimt formål. Midlene som her brukes må både være hensiktsmessige og nødvendige.¹⁶⁶

I norsk rett er bestemmelsene gjennomført i arbeidsmiljøloven kapittel 13.

En arbeidstaker som har oppnådd høy alder i arbeidslivet vil ofte ha større problemer med å finne seg annet arbeid enn det yngre arbeidstakere har. Personer med lang fartstid i en virksomhet vil også kunne ha større problemer med å omstille seg til annet arbeid, og vil derfor kunne ha det vanskeligere med tanke på å kunne konkurrere om nytt arbeid på arbeidsmarkedet.¹⁶⁷ Dette er også begrunnelsen som ble gitt i Rt. 1986 s 879 (Hillesland-dommen) som vil bli gjennomgått i neste punkt.

¹⁶⁴ Regjeringen (2009)

¹⁶⁵ Regjeringen (2009)

¹⁶⁶ Regjeringen (2009)

¹⁶⁷ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 977

4.5.1.6 Hillesland-dommen

En dom som gir et godt bilde på temaet utvelgelseskriterier er dom inntatt i Rt. 1986 s. 879 (Hillesland-dommen).¹⁶⁸ Saken gjaldt oppsigelse av fire kvinnelige arbeidstakere i industribedriften Kåre Hillesland AS, heretter bedriften.

Kåre Hillesland AS var en produsent av isolerglass, og de utførte installasjon av glass. Bedriften var ikke bundet av tariffavtale med ansiennitetsprinsipp, men det fremkommer av Høyesteretts merknader at ansiennitet også vil ha betydning for uorganiserte bedrifter.

Hillesland kom frem til (i samråd med de ansatte), at de hadde behov for å gå til oppsigelse. Det ble bestemt at de totalt måtte redusere antallet arbeidstakere med fire stillinger, av totalt 25 ansatte. Da henholdsvis en stilling i skjæreavdelingen og lageravdelingen, og to stillinger ved produksjonsavdelingen. I denne utvelgelsesprosessen ble ansiennitetsprinsippet fraveket i utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som ble vurdert som overtallige. Uenigheten i saken gjaldt hvilke hensyn bedriften kunne ta ved valg av arbeidstakere som bedriften ville beholde.¹⁶⁹

Fire oppsagte arbeidstakere reiste sak mot bedriften ved stevning 19. januar 1984 til Stavanger byrett, som lokal arbeidsrett med påstand om at oppsigelsene skulle kjennes ugyldige og krav om erstatning (Rt. 1986 s. 879).

Førstvoterende uttaler på s. 886 at: «Jeg peker innledningsvis på at det er enighet mellom partene om at bedriften i november 1983 var i en slik situasjon at det var nødvendig å redusere antall arbeidstakere med fire hele stillinger». Videre uttaler førstvoterende på s. 886 at «Som utgangspunkt er derfor oppsigelsene saklig begrunnet «i virksomhetens ... forhold» i relasjon til arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1». På samme side i dommen uttaler førstvoterende deretter at «Slik situasjonen ved bedriften var høsten 1983, måtte bedriftens behov for å gjennomføre nødvendige innskrenkingstiltak for å trygge den videre drift, ha gjennomslagskraft også om oppsigelsen ville ramme hardt». Her sier Høyesterett seg enig i at det forelå et konkret behov for oppsigelser, og at disse oppsigelsen på bakgrunn av dette er saklig begrunnet i virksomhetens forhold.

Men som påpekt forelå stridens kjerne i denne saken om hvilke hensyn bedriften kunne ta ved utvelgelsen av hvilke arbeidstakere bedriften ville beholde.

¹⁶⁸ Rt. 1986 s. 879

¹⁶⁹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 306

Høyesterett påpeker at arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2 ikke gir direkte veiledning ved avgjørelsen av hvilke av flere arbeidstakere som skal sies opp. Men det påpekes i dommen at et saklighetskrav også selvsagt må gjelde her.

Videre fremkommer det av dommen at selv etter Hovedtalen LO-NHO kan ansiennitetsprinsippet fravikes, da etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner, sett i forhold til bedriftens behov. Her er det viktig å påpeke som førstvoterende uttaler på s. 886 *«Det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett i forhold til bedriftens behov. Jeg mener også at man ikke her kan stille krav om at det bare er «nøkkelpersoner» - i den forstand at de er helt nødvendige for fortsatt drift – som kan beholdes etter en slik vurdering. Bedriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov»*. Denne uttalelsen viser hvordan en bedrift kan vektlegge ulike hensyn med tanke på utvelgelsen av hvilke ansatte den ønsker å beholde i en oppsigelsessituasjon.

I den konkrete vurderingen vektla Høyesterett at det var sterke hensyn mot det å skulle skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingens forskjellige oppgaver. Videre vektla Høyesterett at en person på 64 år ville ha større vansker med å skaffe seg ny jobb enn en yngre person, og at arbeidstakeren på 64 år innehadde kvalifikasjoner som kunne benyttes i andre avdelinger i bedriften. Det ble og lagt vekt på sterke sosiale hensyn hos en annen ansatt, som var aleneforsørger for et barn på 10 år.¹⁷⁰

Konklusjonen i saken ble at Kåre Hillesland AS ble frifunnet, og oppsigelsene ble opprettholdt som gyldige.

4.5.2 Utvelgelseskrets

En nedbemanningsprosess vil ofte være av varierende omfang. I enkelte tilfeller er det slik at arbeidsstokken skal reduseres med et fåtall arbeidstakere, mens det i andre tilfeller er det slik at det er aktuelt med en nedbemanning av store deler av organisasjonen. Det forekommer ofte at ledelsen beslutter å avvikle eller innskrenke bestemte, avdelinger, virksomhetsområder eller lignende. Alternativt kan ledelsen beslutte mer generelle kutt i lønnskostnader uten at dette spesielt skal ramme deler av virksomheten, slik at nedbemanning fordeles noen lunde jevnt på de ulike delene av virksomheten. Dette kalles *«ostehøvel-prinsippet»*. Den varianten som er mest drastisk er at hele virksomheten legges ned, slik at alle arbeidsforhold må opphøre.¹⁷¹

¹⁷⁰ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 306

¹⁷¹ *ibid.* s. 312

I de tilfellene hvor det er sånn at ikke alle arbeidstakerne skal sies opp, er det slik at arbeidsgiveren må definere kretsen for utvelgelse av arbeidstakere. Denne utvelgelseskretsen kan være hele virksomheten eller bestemte deler av denne. Eksempler på virksomhetsdeler er geografiske avgrensede områder, avdelinger, divisjoner, filialer, virksomhetsområder osv.¹⁷²

Det er flere hensyn som gjør seg gjeldende for en arbeidsgiver som skal foreta en utvelgelse innen begrensede deler av virksomheten. Det kan være avgjørende for den økonomiske situasjonen, konkurransedyktigheten og bedriftens kompetansebehov at deler av virksomheten i så stor grad som mulig blir uberørt av omstillingsprosessen. Det kan også by på praktiske problemer, særlig i større organisasjoner, å la utvelgelseskretsen sammenfalle med hele virksomheten som sådan. Et annet moment er at det kan være viktig å begrense den uro en nedbemanningsprosess fører med seg. På bakgrunn av dette ønsker mange arbeidsgivere å begrense utvelgelseskretsen til deler av virksomheten.¹⁷³

En sentral dom vedrørende avgrensning av utvelgelseskrets ved en nedbemanningsprosess er Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-dommen). Saken gjaldt en nedbemanningsprosess som ble foretatt hos Sparebanken Nord. Banken var kommet i en prekær økonomisk situasjon, og var derfor nødt til å si opp flere av sine ansatte for å kunne fortsette den videre drift. Det ble vedtatt at 18 av de 48 filialene i banken skulle legges ned. Ved utvelgelsen av hvem som skulle sies opp, ble den enkelte filial lagt til grunn som utvelgelseskrets. Dette førte til de ansatte ved de filialene som ble nedlagt, ble sagt opp. Tre av de oppsagte gikk til sak mot Sparebanken Nord med påstand om at oppsigelsene var usaklige etter den dagjeldende arbeidsmiljølov § 60 (någjeldende arbeidsmiljølov § 15-7). Bakgrunnen for dette var at de tre ansatte mente at det ikke var saklig å si dem opp fremfor andre ansatte med lavere ansiennitet i andre deler av bankens virksomhet.

Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at Sparebanken Nord hadde saklig grunnlag for å gå til oppsigelse av ansatte, jf. arbeidsmiljøloven § 60. Vedrørende spørsmålet om Sparebanken Nord hadde anledning til å legge en filialvis utvelgelseskrets til grunn uttalte retten blant annet at: *«I og med at ansettelsesforholdene for arbeidstakere ved filialene var knyttet til disse, var det også et naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratres når filialen ble nedlagt. Den ordning som ble fulgt, kan i utgangspunktet ikke sies å være i strid med arbeidsmiljøloven § 60»*. Høyesterett kom til den slutning at den ordning Sparebanken

¹⁷² *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 312

¹⁷³ *ibid* s. 313

Nord hadde fulgt ved oppsigelsene, etter omstendighetene ikke var i strid med arbeidsmiljøloven § 60.

I dommen tok ikke Høyesterett eksplisitt stilling til virksomhetsbegrepets betydning for utvelgelseskretsen, men uttalte at de aksepterte at filialene ble lagt til grunn som utvelgelseskrets. Det ble her lagt vekt på at Sparebank Nord dekket et betydelig geografisk område, og at banken var i en økonomisk vanskelig situasjon. Samtidig ble det vektlagt at ansettelsesforholdene i all hovedsak var tilknyttet den enkelte filial, og nedbemanningsprosessen var gjort i samarbeid med de tillitsvalgte og konsekvent fulgt.

Et annet praktisk eksempel fra rettspraksis vedrørende utvelgelseskrets finner man i en helt fersk dom fra Gjøvik Tingrett.

Gjøvik Tingrett avsa den 29. september 2014 en dom i en sak vedrørende masseoppsigelse (Saksnummer: 13-197060TVI-GJOV)¹⁷⁴. Saken gjaldt en bedrift (Hapro AS) som på grunn av økonomiske problemer måtte gå til oppsigelse av 105 ansatte. Bedriften hadde ved utvelgelsen av overtallige ansatte lagt til grunn en avdelingsvis ansiennitetsvurdering.

Vurderingen som bedriften her la til grunn skilte seg fra hva bedriften hadde lagt til grunn ved tidligere vurderinger angående ansiennitet. I 2012 gikk bedriften til oppsigelse av 144 ansatte, og her ble det lagt til grunn en bedriftsbasert ansiennitetsvurdering, hvor hele bedriften ble vurdert under ett. Dette i motsetning til den avdelingsvise ansiennitetsvurderingen i den foreliggende sak.

Fire av de oppsagte protesterte og gikk til sak mot bedriften for å få oppsigelsene kjent ugyldige. De mente at bedriften hadde fraveket ansiennitetsprinsippet ved valget av hvilke ansatte som skulle sies opp.

Det var ikke tvilsomt at bedriften hadde saklig grunn til å gå til masseoppsigelse av 105 ansatte. Spørsmålet i saken var om utvelgelsen av de fire saksøkerne var saklig begrunnet, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7. Bedriften var også bundet av Hovedavtalen mellom LO-NHO. Etter hovedavtalens § 8-2 første ledd fastslås det et ansiennitetsprinsipp ved nedbemanninger. Bestemmelsen har følgende ordlyd: «*Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn*». Det at bedriften var bundet av et tariffrettslig ansiennitetsprinsipp hadde i følge retten den betydning at: «*bedriften skal legge noe større vekt på ansiennitet ved utvelgelsen enn det som isolert sett følger av lovens saklighetskrav*».

¹⁷⁴ Saksnr: 13-197060TVI-GJOV, Avsagt; 29.09.2014 Gjøvik Tingrett.

Videre uttalte retten at den legger til grunn at «*utgangspunktet er at utvelgelsen av de ansatte ved nedbemanning etter § 15-7 skal foretas med hele virksomheten, det vil si rettssubjektet, som utvelgelseskrets. En innskrenkning av utvelgelseskretsen må være saklig begrunnet*». Det samme måtte også følge av Hovedavtalens § 9-12 (någjeldende § 8-2). Vedrørende ansiennitetsvurderingen uttalte retten: «*Ut fra rettspraksis må det kunne legges til grunn at det må foreligge vesentlige driftsmessige hensyn for at en generell innskrenkning i ansiennitetsområdet skal anses saklig begrunnet*».

Retten gikk videre over til vurderingen av om bedriften hadde saklig grunn til å innskrenke utvelgelseskretsen. «*Det forhold at beslutningen var i strid med tidligere praksis ved bedriften, og ble fattet under protest fra de tillitsvalgte, kan ikke i seg selv være avgjørende for om beslutningen var saklig begrunnet. Etter rettens syn må imidlertid disse forhold ha betydning for saklighetsvurderingen, slik at det i noen grad stilles skjerpede krav til den begrunnelsen arbeidsgiver har gitt for å innskrenke utvelgelseskretsen*».

I den foreliggende saken kom retten til at den ikke kunne finne holdepunkter ut fra bevisførelsen for at arbeidsgiveren hadde gitt en reell begrunnelse for standpunktet overfor de ansattes representanter før oppsigelsene ble foretatt. Dette ville etter rettens syn trekke i retning av at arbeidsgivers beslutning om å innskrenke utvelgelsesområdet ikke kunne anses å være saklig begrunnet.

Retten kom til den slutning at oppsigelsen av de fire saksøkere ikke ble ansett som saklig begrunnet, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7, og derfor skulle kjennes ugyldige, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12.

Resultatet i saken viser at det stilles et skjerpet saklighetskrav for en bedrift som er bundet av et tariffestet ansiennitetsprinsipp. Ikke bare stilles det et saklighetskrav i forhold til den enkelte oppsigelse, men det stilles også et saklighetskrav for en bedrift som ønsker å innskrenke utvelgelseskretsen. Det er viktig å påpeke at dette er en tingrettsdom, og at den i seg selv har helt begrenset rettskildeværdi, men den illustrerer noen sentrale poenger.

4.6 Den individuelle informasjons- og drøftelsesplikten

Etter at man har gjennomgått utvelgelsesprosessen, vil man sitte igjen med de arbeidstakerne som står i fare for å kunne bli å anse som overtallige. På dette stadiet i nedbemanningsprosessen vil man innkalle til individuelle informasjons- og drøftelsesmøter. Her er det viktig å være klar over at beslutningen om oppsigelse ikke skal treffes før slike møter er avholdt.

Etter arbeidsmiljøloven § 15-1 er det et krav om en forutgående drøftelse med den enkelte arbeidstaker før det blir truffet en endelig avgjørelse om oppsigelse.

Tariffavtaler har i lang tid hatt regler om pliktig drøftelse før det blir truffet beslutning om oppsigelse. Dette finner man i Hovedavtalen LO-NHO § 10-2. Man finner tilsvarende regler i tjenestemannsloven § 18. På bakgrunn av dette bestemte departementet at det ville være riktig å lovfeste en tilsvarende drøftelsesregel i arbeidsmiljøloven. For at arbeidsgiver skulle kunne foreta de nødvendige vurderinger av saklighetskravet i arbeidsmiljøloven, mente departementet at det var viktig med drøftelser, dette følger av Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182.¹⁷⁵

Arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd sier at en arbeidsgiver har plikt til å vurdere andre mindre drastiske løsninger, derunder annet passende arbeid. En arbeidsgiver vil ikke alltid ha full oversikt over en arbeidstakers kvalifikasjoner og bakgrunn. Derfor vil det være viktig for arbeidsgiveren å få satt seg ordentlig inn i arbeidstakerens situasjon. Dette vil arbeidsgiveren kunne gjøre gjennom slike individuelle møter. Arbeidsgiveren vil da kunne foreta en bedre vurdering av om arbeidstakeren er skikket til annet arbeid. Videre er det en plikt for arbeidsgiver til å foreta en interesseavveining mellom arbeidsgivers behov og ulempene for den enkelte arbeidstaker ved en oppsigelse på grunn av rasjonalisering. Det ville være svært vanskelig å foreta en slik avveining uten at man har et individuelt møte med den enkelte arbeidstaker.¹⁷⁶

Den drøftelsesplikten som her er omtalt i arbeidsmiljøloven § 15-1, utfyller den drøftelsesplikten man finner i arbeidsmiljøloven § 15-2, om masseoppsigelser. Kravet om individuelle drøftelser som man finner i arbeidsmiljøloven § 15-1 kommer inn etter at spørsmålet om behovet for, og omfanget av oppsigelsene har blitt drøftet med tillitsvalgte etter de omtalte reglene i arbeidsmiljøloven §§ 15-2 og 8-2.¹⁷⁷ At drøftelser med tillitsvalgte ikke kan likestilles med drøftelser med den enkelte arbeidstaker, kommer frem av forarbeidene til de tidligere bestemmelsene.¹⁷⁸

Dersom det er slik at en masseoppsigelse er av en slik størrelse at det ikke vil være mulig med individuelle drøftelser, skal drøftelsesplikten ivaretas på en annen måte. Dette kommer og frem av forarbeidene.¹⁷⁹

¹⁷⁵ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 321

¹⁷⁶ *ibid.* s. 321

¹⁷⁷ *ibid.* s. 322

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182

¹⁷⁹ *ibid.* s. 182

4.6.1 Bistand av tillitsvalgt eller andre.

En arbeidstaker har etter arbeidsmiljøloven § 15-1 rett til bistand fra en tillitsvalgt. Dersom det ikke finnes tillitsvalgte, sier ikke forarbeidene noe om denne situasjonen. Det samme gjelder dersom arbeidstakeren ønsker bistand fra en annen enn en tillitsvalgt. Av ordlyden kan ikke en arbeidstaker kreve bistand fra andre enn en tillitsvalgt. I juridisk teori er det hevdet at dette ikke kan være avgjørende, jf. *Fougner/Holo* s. 741.¹⁸⁰ Viser det seg at arbeidstakeren ønsker bistand fra andre enn tillitsvalgt, bør han derfor høres med dette. Dersom en arbeidstaker nektes dette vil det kunne få innvirkning på den etterfølgende vurderingen av oppsigelsens saklighet. Et annet moment er at bedriften bør på forhånd kunne få tilbakemelding om hvem som skal bistå arbeidstakeren, slik at bedriften også har mulighet til å stille med rådgivere.¹⁸¹

4.6.2 Selve drøftelsesmøtet

Det finnes ingen krav til innkalling til drøftelsesmøtet eller regler om gjennomføringen av drøftelsesmøtet i arbeidsmiljøloven. Men som et minimumskrav må kan kunne kreve at arbeidstakeren har fått informasjon om tema for møtet på forhånd.

For arbeidsgiveren vil det være å foretrekke at arbeidstakeren stiller mest mulig forberedt. I praksis vil det være slik at arbeidstakeren får minst en arbeidsdag til å forberede seg på. Dersom arbeidstakeren ønsker bistand som nevnt i punkt 4.6.1, bør arbeidstakeren få utsettelse slik at dette kan gjøres. Denne utsettelsen bør ikke være lengre enn at drøftelsesmøtet blir gjennomført innen rimelig tid. Det vil for begge parter være å foretrekke at en arbeidstaker får en skriftlig innkalling til drøftelsesmøtet. Innkallingen bør inneholde opplysning om at arbeidstakeren har rett til å la seg bistå av en tillitsvalgt eller annen rådgiver, dersom arbeidstakeren skulle ønske dette.¹⁸²

I selve møtet skal arbeidsgiveren informere om bakgrunnen for nedbemanningen. Denne informasjonen er i praksis allerede gitt i allmøter, så den behøver ikke være veldig inngående på dette stadiet. Det som er mer relevant i det individuelle møtet er vurderingen av den enkelte arbeidstakeren. Her er det viktig at det blir klarlagt om arbeidsgiveren har basert sin vurdering av arbeidstakeren på korrekt informasjon. Det bør videre klarlegges om det foreligger ytterligere informasjon som arbeidsgiveren ikke kjenner til. Derfor bør arbeidstakeren oppfordres til å komme med slik informasjon som arbeidsgiveren ikke kjenner til.¹⁸³

¹⁸⁰ Fougner 2006 s. 741

¹⁸¹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 323

¹⁸² *ibid.* s. 323

¹⁸³ *ibid.* s. 323

I arbeidsmiljøloven sies det at selve spørsmålet om oppsigelse skal «drøftes» med arbeidstaker. Det man ser av dette, er at det her i motsetning til ved «forhandlinger», skal det treffes en endelig beslutning om oppsigelse. Siden ordlyden sier «drøftes», ligger det videre i dette at det ikke kun er slik at arbeidstakeren skal gis beskjed om oppsigelsen, men at oppsigelsen skal «drøftes» mellom partene. Det man her tenker på da er at man skal diskutere nødvendigheten av oppsigelsen, alternative tiltak og virkningen av den. I arbeidsmiljøloven sies det ikke uttrykkelig at drøftelsen skal foregå i et møte, men underforstått er det klart at et personlig møte er den beste løsningen. På bakgrunn av den alvorlige karakter og virkning en oppsigelse har, vil et telefon- eller videomøte normalt sett ikke oppfylle arbeidsmiljølovens krav.¹⁸⁴

Dersom det er snakk om utvelgelse mellom flere ansatte om hvem som skal sies opp, ble det ved endringslov 39/2009 påpekt at det i arbeidsmiljøloven § 15-1 første ledd annet punktum at «*både grunnlaget for oppsigelsen og eventuell utvelgelse mellom flere ansatte av hvem som skal sies opp, skal drøftes*». Hvis ikke en arbeidsgiver redegjør for hvilke vurderinger og fakta som er lagt til grunn for oppsigelsen, vil det være vanskelig for arbeidstakeren å kunne legge frem alle de relevante opplysningene som vil være å anse som relevante. Dette kommer frem av forarbeidene.¹⁸⁵ Av dette ser man at det i et drøftelsesmøte, så skal kriteriene som er lagt til grunn for nedbemanningsprosessen, hvordan disse kriteriene er benyttet overfor arbeidstakeren og resultatet av utvelgelsesprosessen være et tema. Det er viktig å påpeke at kriteriene ikke skal kunne kobles til andre arbeidstakere, slik at personlige opplysninger kommer frem.¹⁸⁶

Videre i drøftelsesmøtet er det slik at arbeidstakeren selv burde komme med sin mening om hvilket annet passende arbeid vedkommende selv mener han eller hun kan passe til. Dette er særlig aktuelt ved omplassering, hvor arbeidsgiveren er avhengig av å få opplysninger om hvilke ønsker og meninger arbeidstakeren har i forhold til plassering i den nye organisasjonen. Her er det viktig å understreke at en arbeidstaker kan ha et ønske om å tre inn i en stilling selv om denne stillingen vil innebære dårligere betingelser. Man ser at det er svært viktig med en god dialog mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, i et drøftelsesmøte for å kunne få frem begge siders ønsker og meninger, og å kunne komme frem til et mest mulig tilfredsstillende resultat for begge parter. Etter arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd vil en arbeidsgiver ha en plikt til å tilby arbeidstakeren den aktuelle stillingen.

I et drøftelsesmøte bør et eventuelt tilbud om sluttvederlag også tas opp. Det samme gjelder dersom bedriften ønsker å gjennomføre nedbemanningen helt eller delvis gjennom frivillige

¹⁸⁴ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 323-324

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 77

¹⁸⁶ *ibid.* s. 324

avtaler. Andre momenter som bør tas opp er muligheten for arbeidstakeren til å fratrukket før utløpet av oppsigelsestiden.¹⁸⁷

Fra drøftelsesmøtet bør det føres et referat, arbeidstaker bør motta kopi av dette referatet etter møtet. I denne sammenheng bør arbeidstaker også gis anledning til å komme med eventuelle innsigelser og tilføyelser til dette referatet. Ved å føre referat sikrer man at man har dokumentert at drøftelsesmøtet er gjennomført, og hva innholdet av drøftelsesmøtet var.¹⁸⁸

4.6.3 Hva skjer ved et eventuelt brudd på drøftelsesplikten?

I Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 54 er det sagt at: *«Kravet om drøftelser før oppsigelsen gis vil være en ordensforskrift. Unnlatelse av å drøfte vil ikke medføre at oppsigelsen er ugyldig. Betydningen må vurderes i hvert enkelt tilfelle. En slik mangel ved saksbehandlingen vil være ett av flere momenter ved vurderingen om en oppsigelse er saklig begrunnet»*. Vi ser her at oppsigelsen ikke blir automatisk ugyldig dersom man ikke gjennomfører drøftelsesmøtet, men betydningen av denne unnlatelsen må vurderes i hvert enkelt tilfelle.

Videre uttaler forarbeidene at forbeholdet etter arbeidsmiljøloven § 15-1 som sier at drøftelsesmøter skal holdes: *«så langt det er praktisk mulig»* skal tolkes strengt. Etter forarbeidene sies det at det er først om fremst der hvor det ikke er praktisk mulig å gjennomføre drøftelsesmøte på grunn av forhold på arbeidstakerens side, at en unnlatelse av å gjennomføre drøftelsesmøte vil kunne aksepteres. Av forarbeidene fremkommer det videre at dersom det ikke gjennomføres drøftelsesmøte der det er praktisk mulig, vil dette være et moment i en vurdering av om det foreligger en saklig oppsigelse.¹⁸⁹

Fra Høyesterett finner man et eksempel på en sak som omhandler nettopp dette temaet. I Rt. 2003 s. 1071, som gjaldt en oppsigelse av en daglig leder i avtalt prøvetid. Her kom Høyesterett til at oppsigelsen ikke var saklig. Daglig leder hadde ikke blitt gitt anledning til å tilpasse seg og vise at han kunne fylle stillingen. Et moment under Høyesteretts vurdering var også at det ikke var holdt individuelt drøftelsesmøte. I avsnitt 49 uttaler førstvoterende følgende: *«Ved vurderingen av oppsigelsen må det også ha vekt at det ikke kan legges til grunn at det før oppsigelsen er holdt møte for drøfting av oppsigelsen i samsvar med arbeidsmiljøloven § 57 nr. 1 (nåværende § 15-1) ... Dette er en viktig saksbehandlingsregel som blant annet skal gi mulighet for å finne en løsning før tingene låser seg»*.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 325

¹⁸⁸ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 325

¹⁸⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182.

¹⁹⁰ Rt. 2003 s. 1071 avsnitt 49.

Ser man forarbeidene og Høyesteretts vurdering i sammenheng vil man vanskelig kunne si at regelen om drøftelsesplikten kun er en ren ordensforskrift. Det viser seg at dersom det er slik at et drøftelsesmøte ville kunne vært avholdt, vil domstolene lettere legge til grunn at oppsigelsen er usaklig, dersom dette ikke blir gjort. Dersom man ikke har et grunnlag for interesseavveiningen mellom virksomhetens behov og den enkeltes behov vil da et helt sentralt element i saklighetsvurderingen mangle. En konsekvens som her lett vil kunne komme er ugyldighet. I Høyesterettsdom Rt. 2000 s. 1800 ble en oppsigelse opprettholdt selv om drøftelsesmøte ikke var avholdt. Dommen viser at det i en konkret vurdering må legges vekt på hvordan arbeidsgiveren har opptrådt ellers i prosessen. I denne saken hadde det vært foretatt en rekke uformelle samtaler forut for oppsigelsen, og det kom ikke frem noe i drøftelsesmøtet som ble avholdt etter at oppsigelsen var gitt, som ville ført til at arbeidsgiver ville kommet til en annen beslutning. Et viktig moment er at dersom det foreligger manglende drøftelser vil dette kunne få betydning for erstatningsutmålingen og sakskostnadsspørsmålet.¹⁹¹

4.7 Kollektive drøftelser

Når man har gjennomført de individuelle drøftelsene vil det neste trinnet i nedbemanningsprosessen være å på nytt gjennomføre kollektive drøftelser. Da med de ansattes representanter eller nedbemanningsutvalget om valg av berørte arbeidstakere. Her skal arbeidsgiveren da drøfte hvem som skal sies opp med de nevnte parter. Her er det følgelig en fordel om partene kommer til enighet om hvem som skal sies opp. Også her har arbeidsgiveren i kraft av styringsretten siste ord i saken.

Selv om det foreligger enighet mellom arbeidsgiveren og de øvrige partene i et slik kollektiv drøftelsesmøte, forhindrer ikke dette at domstolene i en eventuell etterfølgende prøving av sakligheten, kommer til at det ikke forelå saklig grunn til oppsigelse.¹⁹²

4.8 Beslutningen om oppsigelse

Etter at arbeidsgiver har gjennomført drøftelser og eventuelt behandlet resultatet av vurderingene med tanke på utvelgelsesprosessen med de tillitsvalgte eller nedbemanningsutvalget, treffes det endelig beslutning om hvem som skal sies opp. Beslutningen treffes av arbeidsgiver på bakgrunn av styringsretten. Hvem som skal regnes som arbeidsgiver i slike tilfeller fremkommer av arbeidsmiljøloven § 1-8 annet ledd. I enkelte situasjoner kan det følge av annen lovgivning at kompetansen til å treffe oppsigelsesbeslutningen er tillagt et bestemt sel-

¹⁹¹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 326

¹⁹² *ibid.* s. 326-327

skapsorgan. Et eksempel finner man i aksjeloven § 6-2, der det er bestemt at ved oppsigelse av daglig leder, er det styret som treffer en slik beslutning.¹⁹³

Ikke bare finner vi slike regler om hvem som har den omtalte beslutningskompetanse i lov, men dette kan også fremkomme av det enkelte selskapets egne vedtekter, eller av tariffavtaler virksomheten er bundet av.¹⁹⁴

4.9 Oppsigelsen form og innhold

I denne oppgaven vil det som vi har vært inne på tidligere hele veien være tale om oppsigelse med grunnlag i virksomhetens eget forhold. Derfor er det da her snakk om formkravene til en oppsigelse som kommer på initiativ fra arbeidsgiveren. Oppsigelse fra arbeidstakers side vil ikke bli behandlet her.

Etter arbeidsmiljøloven § 15-4 første ledd skal en oppsigelse skal være skriftlig. Videre er det i samme paragraf fastsatt i annet ledd at en oppsigelse fra arbeidsgiver skal leveres til arbeidstaker personlig eller sendes i rekommandert brev til arbeidstakers oppgitte adresse. Oppsigelsen skal også jf. arbeidsmiljøloven § 15-4 inneholde opplysning om arbeidstakerens rett til å kreve forhandling og reise søksmål, samt opplysning om retten til å fortsette i stillingen. Etter arbeidsmiljøloven § 15-4 tredje ledd, skal en oppsigelse som formelt eller innholdsmessig er mangelfull, som hovedregel kjennes ugyldig, men dette gjelder med visse forbehold.¹⁹⁵

¹⁹³ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 327

¹⁹⁴ *ibid.* s. 327

¹⁹⁵ Fanebust (2013) s. 225

5 Den avsluttende fasen



Figuren illustrerer her de enkelte delene vi vil gjennomgå under den avsluttende fasen av nedbemanningsprosessen. Vi vil først si noe om ettervirkningene av oppsigelse/nedbemanning, deretter tar vi for oss retten til å stå i stilling, videre vil vi ta for oss feil eller mangler ved oppsigelser herunder formkrav og usaklig oppsigelse. Til sist gjennomgår vi fortrinnsretten.

5.1 «Ettervirkninger» av oppsigelse/nedbemanning

5.1.1 Retten til å stå i stilling

Retten til å stå i stilling mens en tvist om opphøret av et arbeidsforhold pågår, er en sentral del av stillingsvernet, og den kom først inn i arbeidsmiljøloven av 1977.

Retten for en arbeidstaker til å fortsette i stillingen mens en tvist om lovligheten av et arbeidsforhold er under behandling, er regulert i arbeidsmiljøloven § 15-11. Fristene for å fremsette slike krav er regulert i arbeidsmiljøloven § 17-4 femte ledd. Utgangspunktet for denne regelen om retten til å stå i stilling, er at et arbeidsforhold består inntil endelig dom har falt, og den henger ellers sammen med bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-12 første ledd om at en oppsigelse som ikke har saklig grunn, som hovedregel skal kjennes ugyldig.¹⁹⁶

Det er viktig å påpeke at retten til å stå i stilling mens saken verserer, kun gjelder etter at oppsigelsestiden er utløpt. Arbeidsforholdet består fullt ut før oppsigelsestiden har utløpt, og en arbeidsgiver har ikke rett til å stenge arbeidstakeren ute. For øvrig finnes det heller ingen bestemmelse i arbeidsmiljøloven som gir en arbeidsgiver mulighet til å be retten om en kjennelse for fratreden før oppsigelsesfristen er ute. Dersom en arbeidsgiver skulle forsøke å stenge en arbeidstaker ute før oppsigelsesfristen er utløpt, vil de alminnelige reglene om midlertidig forføyning i tvangsfullbyrdelsesloven komme til anvendelse, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 336 annen spalte og 337 første spalte.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Fanebust (2013) s. 297

¹⁹⁷ Aagaard (2006) s. 341

Det er to hovedgrunner som ligger bak denne regelen, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235 (kap. 19.1). Den første er at regelen sikrer kontinuitet i arbeidsforholdet, og den gjør det enklere for en arbeidstaker å fastholde stillingen dersom oppsigelsen senere blir kjent ugyldig. Dersom man ikke hadde en slik regel om å fastholde stillingen, og arbeidsgiver hadde fratrukket stillingen, ville en gjeninntreden kunne blitt praktisk vanskelig, ved at for eksempel det i mellomtiden ble ansatt en annen.

Den andre hovedgrunnen er at denne retten bidrar til å verne om arbeidstakers inntekt i den perioden saken behandles. Likevel er det ikke bare slik at det er retten til lønn som er en bakforliggende årsak til denne regelen, her kommer også retten til å fortsatt kunne utføre arbeid i oppsigelsestiden og inntil tvisten er avgjort inn.¹⁹⁸

Utgangspunktet er som man ser av det ovenstående er at en arbeidstaker har rett til å stå i stilling både mens forhandlinger pågår og under eventuelt søksmål. Men i visse tilfeller gjelder ikke retten til å stå i stilling, dette er blant annet.¹⁹⁹

- ved tvist om avskjed
- ved tvist om oppsigelser gitt i prøvetiden
- ved tvist om midlertidig ansettelse/innleie
- for deltakere i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med NAV som sies opp fordi vedkommende skaffes ordinært arbeid, overføres til annet tiltak eller tiltaket avsluttes.

5.1.2 Feil eller mangler ved oppsigelsen – konsekvenser

5.1.2.1 Formkrav

Det er viktig å påpeke at rettsvirkningene av et brudd på formkravene ved en oppsigelse er strenge. Hvis det viser seg at en oppsigelse ikke inneholder de opplysningene som kreves av lov eller ikke er skriftlig, gjelder det ingen søksmålsfrist. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 17-4 tredje ledd.²⁰⁰

Dersom en arbeidstaker reiser søksmål 4 måneder etter at en formuriktig oppsigelse er gitt, skal den i utgangspunktet kjennes ugyldig. Her er det et viktig unntak, og dette er at en oppsigelse ikke skal kjennes ugyldig dersom «*særlige omstendigheter gjør dette åpenbart urimelig*» jf. arbeidsmiljøloven § 15-5 første ledd. Hovedregelen er at arbeidsforholdet fortsetter, og

¹⁹⁸ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 1037

¹⁹⁹ Aagaard (2006) s. 342

²⁰⁰ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 329

derfor er det svært viktig at en arbeidsgiver overholder reglene om formkrav som følger av lov.

Hovedformålet med formkravene er at en arbeidstaker skal få kunnskap om sine rettigheter, og derfor bør det vurderes om små formfeil har hatt betydning for arbeidstakers rettsstilling. Som et eksempel er det slik at en arbeidstaker som er blitt oppsagt og som umiddelbart søker juridisk bistand, sjelden vil lide noe rettstap ved mindre formfeil.²⁰¹

En arbeidsgiver vil dessuten kunne rette formfeil ved at det blir gitt en ny formriktig oppsigelse. Her vil da fristen for å kreve forhandlinger og å reise søksmål bli beregnet med utgangspunkt i den nye oppsigelsen. I de tilfeller det viser seg at det forelå mindre formfeil ved den første oppsigelsen, og disse rettes umiddelbart etter at den ble gitt, kan antakeligvis fristene regnes med utgangspunkt i den første oppsigelsen.²⁰²

5.1.2.2 Usaklig oppsigelse

Den overordnede hovedregelen er at en usaklig oppsigelse skal kjønnnes ugyldig. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 15-12 første ledd første punktum. Ugyldighetsbestemmelsen er til for å styrke arbeidstakers stillingsvern. Dette er fordi en oppsigelse som er usaklig er en rettsstridig handling fra arbeidsgivers side.²⁰³

Virkingen av at en oppsigelse blir kjent ugyldig innebærer at arbeidsforholdet fortsatt består, og arbeidstaker skal fortsette i stillingen. I enkelte tilfeller fører ugyldighet til at arbeidsgiver plikter å gjeninnta arbeidsgiveren i sin stilling. Situasjonene det her er tale om er der hvor arbeidstakeren ikke har stått i stillingen under sakens behandling på grunn av fratredelseskjennelse jf. arbeidsmiljøloven § 15-11 annet ledd. Videre vil dette også gjøre seg gjeldende der arbeidstaker ikke har hatt rett til å stå i stillingen etter oppsigelsestiden. Dersom det viser seg at det ikke er mulig å gjeninnta arbeidstakeren i sin stilling, for eksempel fordi stillingen er bortfalt, men det finnes en annen passende stilling som arbeidsgiveren er skikket og berettiget til, skal en dom for ugyldighet likevel avsies. Dette avhenger av at det er lagt ned en slik påstand, og arbeidstaker skal da gjeninntas i den passende stillingen.²⁰⁴

I andre situasjoner kan det stilles spørsmål om arbeidstaker har fraskrevet seg retten til å kreve oppsigelsen kjent ugyldig. Situasjonene det her dreier seg om er der hvor partene på søksmålstidspunktet og eventuelt før dette tidspunktet eller på et senere tidspunkt, var enige om at

²⁰¹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 329

²⁰² *ibid.* s. 330

²⁰³ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 1056

²⁰⁴ *ibid.* s. 1056

arbeidstakeren ikke skulle stå i stillingen under sakens behandling. Utgangspunktet må her være at arbeidstakeren ikke har fraskrevet seg en slik rett.²⁰⁵

For at en oppsigelse skal kunne bli kjent ugyldig ved dom, må arbeidstakeren ha nedlagt en slik påstand. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 15-12 første ledd. Arbeidstakeren må også ha overholdt søksmålsfristen på 8 uker etter arbeidsmiljøloven § 17-4 første ledd.

Vurderingen av sakligheten av en oppsigelse skal som hovedregel gjøres på bakgrunn av de omstendigheter som forelå på det tidspunktet da oppsigelsen ble gitt. Dette vil da si at ugyldighetsvurderingen som hovedregel knytter seg til dette tidspunktet.²⁰⁶

Etter arbeidsmiljøloven § 15-12 annet vil en arbeidstaker kunne kreve erstatning på bakgrunn av en usaklig oppsigelse.

5.1.3 Fortrinnsrett

Hovedregelen om fortrinnsrett kommer frem av arbeidsmiljøloven §§ 14-2, 14-3 og 16-3 tredje ledd. Man finner og regler om fortrinnsretten i Hovedavtalen LO-NHO § 10-4, den finnes dessuten og i andre hovedavtaler.

Det er slik at i visse situasjoner så har enkelte arbeidstakere en fortrinnsrett til ansettelse. Fortrinnsretten begrenser arbeidsgiverens rett til å velge fritt hvem som skal ansettes.²⁰⁷

Fortrinnsretten er ikke kun forbeholdt arbeidstakere som har blitt oppsagt på grunn av arbeidsmangel, den gjelder også for deltidsansatte som ønsker utvidet arbeidstid. Retten gjelder også for arbeidstakere som gjør gjeldende reservasjonsrett i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. Men for vår del er det fortrinnsretten for de arbeidstakere som er blitt oppsagt som er aktuell.²⁰⁸

I og for seg skaper ikke en annonsering av at en stilling er ledig noen rettigheter, fortrinnsretten er først aktuell ved en eventuell ansettelse. En gjenansettelse på bakgrunn av fortrinnsretten innebærer en reell nyansettelse. Det at det blir tale om en gjenansettelse vil ha betydning for beregningen av oppsigelsestidens lengde dersom den ikke er regulert ved avtale. Videre vil det også ha betydning for retten til sykepenger, permisjoner med mer. I hovedavtalen er det fastsatt at «*Tidligere opparbeidet ansiennitet beholdes*». Det er viktig å påpeke at dette

²⁰⁵ *arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 1057

²⁰⁶ *ibid.* s. 1057

²⁰⁷ Aagaard (2012) s. 26

²⁰⁸ *ibid.* s. 26

kun er knyttet til de tilfellene hvor fortrinnsretten er basert på Hovedavtalens regler, og det er ikke helt klart hvor langt denne bestemmelse rekker.²⁰⁹

En søker kan ha fortrinnsrett dersom hun eller han tidligere har vært ansatt i samme virksomhet, men har måttet slutte etter en oppsigelse fra bedriften. Oppsigelsen må være kommet «... på grunn av virksomhetens forhold» jf. arbeidsmiljøloven § 14-2 første ledd. Dette vil si at arbeidstakere som har blitt sagt opp på grunn av eget forhold, eller sier opp selv, ikke har en slik fortrinnsrett. Arbeidsmiljøloven § 14-2 gjør seg også gjeldende overfor midlertidig ansatte som ikke får fortsette på grunn av arbeidsmangel, på lik linje med fast ansatte.²¹⁰

For å kunne gjøre fortrinnsretten gjeldende må en arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 14-2 tredje ledd ha «*vært ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder i de to siste år*». Videre følger det av § 14-2 fjerde ledd at fortrinnsretten gjelder fra oppsigelsestidspunktet. Et viktig moment her, er at en arbeidstaker kan være i en slik situasjon at hun eller han ikke oppfyller 12 måneders kravet på oppsigelsestidspunktet, men oppnår dette før oppsigelsestiden går ut. Etter Ot.prp. nr 50 (1993-1994) s. 203, har departementet lagt til grunn at oppsigelsestiden skal regnes med. Det er da slik at dette ikke kan forstås på noen annen måte enn at fortrinnsretten inntreffer først fra det tidspunktet kravet om tolv måneders ansettelse er oppfylt.²¹¹

Etter arbeidsmiljøloven § 14-2 fjerde ledd er det slik at fortrinnsretten gjelder «*fra oppsigelsestidspunktet og i ett år fra oppsigelsesfristens utløp*». Det er da sånn at fortrinnsretten også gjelder før fratredelsestidspunktet. Dette vil si at en arbeidstaker med lengre oppsigelsestid vil få lengre fortrinnsrett enn andre.²¹²

En arbeidstaker må etter arbeidsmiljøloven § 14-2 første ledd være kvalifisert for stillingen for å kunne gjøre fortrinnsretten gjeldende. Etter Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 79, er det sagt at arbeidstakeren «*må ha de ferdigheter som normalt forutsettes for det aktuelle arbeid*».

Dersom det er slik at det er flere arbeidstakere som har samme fortrinnsrett etter samme regel, sier arbeidsmiljøloven § 14-2 sjette ledd at arbeidsgiveren plikter «*å følge de samme regler for utvelgelse som de som gjelder ved oppsigelser på grunn av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak*». Her må da en arbeidsgiver foreta en totalvurdering av alle relevante forhold for alle med fortrinnsrett før ansettelsen foretas.²¹³

²⁰⁹ Aagaard (2012) s. 26

²¹⁰ *ibid.* s. 26-27

²¹¹ *ibid.* s. 28

²¹² *ibid.* s. 29

²¹³ *ibid.* s. 32

Hvis det viser seg at en fortrinnsberettiget arbeidstaker blir tilbudt ny stilling, men ikke aksepterer denne innen 14 dager, så faller fortrinnsretten bort jf. arbeidsmiljøloven § 14-2 femte ledd. Fortrinnsretten faller også bort for andre stillinger som eventuelt blir ledige senere.²¹⁴

En arbeidsgiver som ikke overholder bestemmelsene om fortrinnsrett vil kunne risikere et erstatningskrav, og den arbeidstaker som har blitt «forbigått» vil kunne få dom for ansettelse i stillingen jf. arbeidsmiljøloven § 14-4.

5.2 Avsluttende kommentar

Av denne oppgaven ser man at en nedbemanningsprosess er en omstendelig prosess. Det reises mange problemstillinger i forbindelse med en slik prosess, vi har presentert en rekke av disse problemstillingene. Noen mer inngående enn andre. Vi har måttet avgrense behandlingen av enkelte problemstillinger, først og fremst på grunn av en øvre begrensning på antall ord oppgaven kan bestå av.

Som vi ser består en slik prosess av mange ulike elementer og det kan være vanskelig for en arbeidsgiver og orientere seg i denne prosessen og det er viktig å holde tungen rett i munnen ved gjennomføringen av en nedbemanningsprosess og en eventuelle masseoppsigelse. Dette blant annet for å sikre at prosessen gjennomføres på en forsvarlig måte.

Da dette er en gruppeoppgave har vi gjennomgående stort sett samarbeidet om de fleste punkter. Vi mener at dette skaper en bedre flyt og sammenheng i oppgaven, enn om vi helt konkret hadde delt oppgavens enkelte punkter mellom oss, og skrevet disse hver for oss.

²¹⁴ Aagaard (2012) s. 34

6 Litteraturliste/kilder

6.1 Bøker

Arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven. Henning Jakhelln ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2011.

Evju, Stein. *Arbeidsrett utvalgte artikler 2001-2010.* Oslo, 2010.

Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett Den individuelle del.* 3. utg. Oslo, 2013.

Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold.* 4. utg. Oslo, 2001.

Fougner, Jan og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave.* Oslo, 2006.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten.* 4. utg. Oslo, 2006.

Omstilling og nedbemanning. Jan Fougner ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2011.

Skarning, Nicolay *Permitteringer og nedbemanning i praksis,* Oslo, 2009.

Woxholt, Geir. *Selskapsrett.* 4. utg. Oslo, 2012.

Aagaard, Erik C, Nina Melsom og Kurt Weltzien. *Bedriftens personalhåndbok.* 8. utg. Oslo, 2012.

Aagaard, Erik C og Nina Melsom. *Bedriftens personalhåndbok.* 7. utg. Oslo, 2006.

6.2 Lov- og forarbeidsregister

6.2.1 Lov

- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44.
- 1997 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45.
- 2004 Lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) av 10. desember 2004 nr. 76.
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62.
- 2008 Lov om meldeplikt ved nedlegging av næringsverksemd (omstillingslova) av 6. juni 2008 nr. 38.
- 2012 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 27. januar.2012 nr. 9.

6.2.2 Forarbeider

- 1975-1976 Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
- 1975-1976 Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.
- 1991-1992 Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale.
- 1993-1994 Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov av 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- 2004-2005 Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

2007-2008 Ot.prp. nr. 27 (2007-2008) Om A) Lov om meldeplikt ved nedlegging av næringsverksemd (omstillingslova) B) Lov om endringar i minerallovgivinga

6.3 EU-direktiver

Direktiv 98/59/EØF Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States realting to collective redundancies.

Direktiv 2002/14/EF Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation.

Direktiv 2000/78/EF Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

6.4 Domsregister

Høyesterett:

Rt. 1984 s. 1058 (Veslemøy Haslund-dommen)	dom av 01. oktober 1984 (lovdata.no)
Rt. 1986 s. 879 (Hillesland-dommen)	dom av 15. september 1986 (lovdata.no)
Rt. 1989 s. 508 (Spigerverk-dommen)	dom av 05. mai 1989 (lovdata.no)
Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-dommen)	dom av 04. juni 1992 (lovdata.no)
Rt. 2000 s. 1800	dom av 10. november 2000 (lovdata.no)
Rt. 2001 s. 418	dom av 21. mars 2001 (lovdata.no)
Rt. 2003 s. 1071	dom av 01. september 2003 (lovdata.no)

Underrettsdomstoler:

ARD 1996 s. 130 (Transocean-dommen)	dom av 26. august 1996 (lovdata.no)
Gjøvik Tingrett, saksnr: 13-197060TUI-GJOV	dom av 29. september 2014.

Internasjonale dommer:

Sak C-383/92 Kommissjonen mot Storbritannia og Nord-Irland. dom av 8. juni 1994.

Sak C-188/03 Irmtraud Junk mot Wolfgang Kühnel. dom av 27. januar 2005.

6.5 Nettdokumenter

Regjeringen. *Arbeidsmiljølovens historie (2011)* 09.09.2011.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/tema/arbeidsmiljo/arbeidsmiljolooven/ny-arbeidsmiljoloov.html?id=448286> [sitert 14.09.2014]

Regjeringen. *Ny arbeidsmiljølov (2006)*.

<http://www.regjeringen.no/upload/kilde/bro/2006/0005/ddd/pdfv/293762-arbeidsmiljoendinger2006.pdf> [sitert 14.09.2014]

Regjeringen. *Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)(2008-2009)*

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/dok/regpubl/otprp/2008-2009/otprp-nr-54-2008-2009-/8/2/1.html?id=552666> [sitert 24.09.2014]

6.6 Artikler

Evju, Stein: «Saklighet og «lovanvendelse» i Arbeidsretten». I: Jens Fejø m.fl. (eds.), *Festskrift. Liber Amicarum et Amicorum in Honour of Ruth Nielsen*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013, s. 111-125

Evju, Stein, *Tariffavtalebegrepet – prosessuelt og materielt*, ARD 2005 lnr. 17 og 18 – *Tariffavtalebegrepets rekkevidde og rettsvirkninger, «Omplasseringsavtaler» og arbeidsmiljøloven § 56 A, m.m.* s. 121-123.

Jakhelln, Henning, *Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold*, Lov og Rett 1967, side 122.

6.7 Annet

Hovedavtalen 2002-2005 LO-NHO med tilleggsavtaler og kommentarer.

Hovedavtalen 2006-2009 LO-NHO med tilleggsavtaler og kommentarer.

Hovedavtalen 2010-2013 LO-NHO med tilleggsavtaler og kommentarer.

Hovedavtalen 2014-2017 LO-NHO med tilleggsavtaler og kommentarer.