



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Utvelgelse og saksbehandling ved nedbemanning av virksomhet
— Når er en oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold saklig, og
hvilke utvelgelseskriterier er relevante ved en utvelgelsesprosess og
hvilken vekt skal disse ha mot hverandre?

Margrethe Winther Kjærvi

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2014

Antall ord : 17 935



Innholdsfortegnelse

1. Innledning	5
1. 1 Tema og problemstilling	5
1. 2 Temaets aktualitet.....	6
1. 3 Metode og relevante kilder for oppgaven	7
1. 4 Videre fremstilling av oppgaven	7
2. Saksbehandlingsregler for nedbemanning	9
2. 1 Saksbehandlingens grunnlag og fundament.....	9
2. 2 Oppsigelsesgrunnlaget i aml. § 15 – 7 (1).....	9
2. 3 Presisering av oppsigelsesgrunnlaget i aml. § 15 – 7 (2).....	10
2. 3. 1 Driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak	11
2. 3. 2 Tilbud om annet passende arbeid.....	11
2. 3. 3 Tilbudet om annet passende arbeid må være i ”virksomheten”	14
2. 3. 4 Interesseavveining.....	15
2. 4 Saklig oppsigelse.....	17
2. 4. 1 Bedriftsøkonomisk begrunnelse.....	17
2. 4. 2 Krav til tilstrekkelig grunnlag	17
2. 4. 2. 1 Videre drift.....	18
2. 4. 2. 2 Tidsperspektiv.....	19
2. 4. 2. 3 Økning av overskudd	20
2. 4. 2. 4 Andre forhold.....	21
2. 4. 3 Sammenfatning.....	21
2. 5 Reelle saksbehandlingsregler for nedbemanning	22
2. 5. 1 Krav til drøftelse	22
2. 5. 1. 1 Tidspunkt for drøftelse	23
2. 5. 1. 2 Forberedelser.....	23
2. 5. 1. 3 Innholdet i drøftelsene.....	23
2. 5. 1. 4 Andre formkrav.....	24
2. 5. 1. 5 Tillitsvalgtes rolle i drøftelser.....	25
2. 5. 1. 6 Forholdet til det kollektive drøftelseskrav.....	26
2. 5. 1. 7 Unntak fra drøftingsplikten	26
2. 5. 2 Krav til informasjon.....	27
2. 5. 3 Krav til forhandlingsmøte.....	28

2. 5. 3. 1 Ulovlig oppsigelse	29
2. 5. 3. 2 Innholdet i forhandlingskravet	29
2. 5. 4 Sammenfatning av saksbehandlingsreglernes formål	30
2. 6 Saksbehandlingsfeil	30
2. 6. 1 Hva er en saksbehandlingsfeil?	30
2. 6. 2 Virkning av saksbehandlingsfeil	30
2. 6. 3 Kan saksbehandlingsfeil rettes?	32
2. 6. 4 Rettslige følger av saksbehandlingsfeil	32
2. 6. 5 Avtale mellom partene	33
2. 6. 6 Andre følger av saksbehandlingsfeil	34
2. 6. 7 Nedleggelse av virksomhet med påfølgende oppstart	34
2. 6. 7. 1 Får reglene om fortrinnsrett anvendelse ved konkurs?	37
2. 6. 8 Sammenfatning	38
3. Utvelgelsesprosessen ved nedbemanning	38
3. 1 Innledende bemerkninger	38
3. 2 Utvelgelseskrets	40
3. 2. 1 Hele virksomheten skal vurderes	40
3. 2. 2 Avgrensning av utvelgelseskrets	41
3. 3 Kriterier for utvelgelse	43
3. 4 Relevante utvelgelseskriterier	44
3. 4. 1 Ansiennitetsprinsippet	44
3. 4. 1. 1 Betydningen av ansiennitetsprinsippet	44
3. 4. 1. 2 Beregning av ansiennitet	45
3. 4. 2 Kvalifikasjoner	46
3. 4. 3 Personlig egnethet	47
3. 4. 4 Hensynet til eldre arbeidstakere	48
3. 4. 4. 1 Rekkevidden av vernet	49
3. 4. 5 Alder – og kjønns sammensetning	50
3. 4. 6 Sosiale forhold	51
3. 5 Vekting av utvelgelseskriterier	53
3. 5. 1 Innledning og grunnlag for vektingsprosessen	53
3. 5. 2 Konkret vekting av utvelgelseskriterier	54
3. 5. 2. 1 Vekting av ulikeartede forhold mellom arbeidstakerne	54
3. 5. 2. 2 Vekting av likeartede forhold mellom arbeidstakerne	56
3. 5. 2. 4 Andre hensyn av betydning for utvelgelsen	60
3. 6 Gjeldende rett og oppsummering av rettstilstanden	61

4. Rettspolitisk drøftelse	61
4. 1 <i>Arbeidsgiver som rettsanvender og nedbemanningsinstituttets aktualitet.....</i>	<i>61</i>
5. Kildeliste.....	63

1. Innledning

1. 1 Tema og problemstilling

Det følger av arbeidsmiljølov av 2005, (heretter betegnet aml.), § 15 – 7 (1) at ”Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens (...) forhold”. Bakgrunnen for slike oppsigelser er at bedriften ofte har vurdert at det foreligger et permanent behov, for eksempel reduksjon av arbeidsstokken. Dersom dette behovet var midlertidig ville løsningen vært permitteringer.¹

Arbeidsmiljøloven er en lov som skal verne arbeidstakeren.² Den inneholder bl.a. regler for hvordan arbeidsforholdet skal etableres herunder innholdet i en arbeidsavtale, og det er heller ikke kurant for en arbeidsgiver å si opp en arbeidstaker.

Tema for avhandlingen er oppsigelser av arbeidstaker begrunnet i virksomhetens forhold, og da vilkårene for når en slik oppsigelse er saklig etter ordlyden i § 15 – 7 (1). En typisk og vanlig oppsigelsesgrunn er nedbemanning, altså reduksjon av arbeidsstokken.³ Slike oppsigelser skjer ofte som ledd av virksomhetens behov for kostnadsreduksjon for å sikre forsvarlig drift og konkurransedyktighet.⁴ Svingninger i markedet nødvendiggjør endringer i virksomheten og behovet for arbeidsstokkens størrelse.⁵

Avhandlingens problemstilling blir følgende å belyse når en oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold er saklig begrunnet, og da hvilke utvelgelseskriterier som er relevante ved en utvelgelsesprosess og hvilken vekt de skal ha i forhold til hverandre.

Slike oppsigelser er ofte et alvorlig inngrep som skaper ringvirkninger både av samfunnsmessig og individuell art, og lovgiver har funnet det nødvendig å stille relativt strenge krav til saksbehandling knyttet til slike prosesser. Noe av tanken bak reglene har vært å kreve gjennomføring av en grundig saksbehandling som begrenser

¹ Jan Fougner, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, Trond Erik Solheim, Tron Sundet, Johan Kr. Øydegard og Eli Aasheim, *Omstilling og nedbemanning*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 218.

² Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett, Den individuelle del*, 3. utgave, Bergen 2013 s. 43.

³ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 19 og s. 284.

⁴ *ibid.*

⁵ *op.cit.* s. 19.

skadevirkninger både overfor den enkelte arbeidstakeren, arbeidsmiljøet og virksomheten. ⁶ Disse saksbehandlingsreglene vil naturlig nok være sentral i det følgende.

1. 2 Temaets aktualitet

I følge konjunkturbarometeret ⁷ utarbeidet av Dagens Næringsliv første kvartal 2014, planlegger ti prosent av norske bedrifter å gjennomføre nedbemanning. ⁸ Økt konkurranse og pessimisme i markedet kan føre til en høyere tendens av nedbemanninger i tiden framover. Tallene utarbeidet av Dagens Næringsliv, støttes også av opplysninger gitt av NRK som viser at store norske bedrifter planlegger større kutt i arbeidsstokken fram mot utgangen av 2014. ⁹ Planlegging av nedbemanning skjer på grunn av økte krav til kostnadsbesparelser og konkurranse fra utlandet. ¹⁰ Nedbemanning er følgelig et dagsaktuelt tema.

Spørsmål om slike oppsigelser er saklig, blir tidvis vurderingstema for domstolen. ¹¹ I de tilfeller arbeidsgiver taper slike saker er det ofte fordi det ikke er gjort tilstrekkelig og grundig forarbeid forut for oppsigelsen. ¹² Dette kan blant annet skyldes en manglende planlegging og kommunikasjon mellom partene. ¹³

Økt fokus på riktig saksbehandling vil kunne føre til at etterfølgende konflikter unngås ved gjennomføring av nedbemanningen, noe som i seg selv er samfunnsøkonomisk gunstig.

⁶ Fougner m.fl. : Omstilling og nedbemanning, s. 19.

⁷ Definisjon "konjunkturbarometer": Barometer for utvikling av nasjonal eller internasjonal økonomi, <http://www.konjunktur.no/tags/view/Økonomi/Makroøkonomi> , sist besøkt 11.12.14.

⁸ <http://e24.no/naeringsliv/ti-prosent-av-norske-bedrifter-vil-nedbemanne/22876657> , sist besøkt 11.12.14

⁹ <http://www.nrk.no/nyheter/okonomi/1.11920646> , sist besøkt 11.12.14.

¹⁰ ibid.

¹¹ Jan Fougner og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave*, 2006 Oslo s. 781, se eksempelvis Rt. 1986 s. 879 og LB-2013-183150.

¹² Se eksempelvis RG-2011-113 og LB-2005-42380

¹³ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 284 – 285.

1. 3 Metode og relevante kilder for oppgaven

Innenfor avhandlingens tema vil lovgivning, rettspraksis og juridisk teori være de sentrale rettskilder, supplert med tariffavtaler og andre særavtaler.

Aml. av 2005 bygger på tidligere lov av 1977 og tilhørende praksis til denne. Dette innebærer at praksis og lovhjemmel før aml. av 2005 vil være relevant.

En metodisk utfordring er at vurdering og beslutning av nedbemanninger ofte ikke er offentlige. Tvister tilknyttet slike prosesser avgjøres gjerne gjennom forhandlinger mellom arbeidsgiver – og arbeidstakersiden. I den grad slike tvister blir kjent er det som regel gjennom media og da i beste fall artikler. Dersom slik informasjon finnes, er dette til en viss grad en relevant rettskilde. Vekten av disse er derimot beskjeden.

1. 4 Videre fremstilling av oppgaven

I avhandlingens punkt 2 vil det bli gitt en generell redegjørelse av gjeldende saksbehandlingsregler for oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold, jf. aml. § 15 – 7 (1) og (2).

Saksbehandlingsreglene framkommer først og fremst av arbeidsmiljøloven, men også tariffavtaler og særavtaler, herunder tilleggsavtaler til hovedtariffavtaler.¹⁴ Nevnte regler vil være sentral for utvelgesprosessen gjennomføring, herunder vekting av utvelgeskriteriene inntatt i avhandlingens punkt 3 om "Utvelgesprosessen ved nedbemanning" og følgende.

Det presiseres at det eksisterer flere krav til saksbehandlingen og disse reglene griper inn i hverandre. Når arbeidsgiver gjennomfører sitt drøftingsmøte jf. aml. § 15 – 1 med arbeidstaker, må den bedriftsøkonomiske begrunnelse være dokumenterbar, herunder også utvelgeskrets og utvelgeskriterier.

De saksbehandlingsreglene som framkommer direkte av lovt tekst, vil i det følgende bli betegnet som *reelle saksbehandlingsregler*. Bakgrunnen for denne benevnelsen er at

¹⁴ <http://www.spekter.no/Stottemeny/Ord-og-uttrykk/S/Saravtale/> , sist besøkt 11.12.14.

disse reglene fremstår som presiseringer til saklighetskravet av aml. § 15 – 7, herunder inntatt i avhandlingens punkt 2. 5.

Konsekvenser av feil ved saksbehandlingen vil bli nærmere belyst i avhandlingens punkt 2. 6.

Avhandlingens tema vil være hvilke utvelgelseskriterier som gjør seg gjeldende og hvordan disse vil måtte vektes mot hverandre i avhandlingens punkt 3. Grunnlaget for valgte utvelgelseskriterier i en nedbemanningsprosess vil utgjøre en sentral del av denne vurderingen.

Det vil i avhandlingen bli fokusert på en generell og praktisk tilnærming av en nedbemanningsprosess, og denne vil derfor skille seg noe fra generelle oppsett i juridisk litteratur.

I den avsluttende delen av avhandlingen vil det trekkes fram noen rettspolitiske utfordringer og problemstillinger som gjør seg gjeldende ved en nedbemanningsprosess i avhandlingens punkt 4.

Tema og problemstilling for oppgaven vil avgrenses mot masseoppsigelser, omstillingsprosesser og endringsoppsigelser.

Avhandlingen avgrenses videre mot tariffbudne virksomheter, og tar utgangspunkt i norske nedbemanningsprosesser.

Avgrensningen benyttes for å belyse de generelle krav til nedbemanning, herunder saksbehandling og gjennomføring av utvelgelse av arbeidstakere for å belyse de sentrale kriterier for nedbemanning i et generelt henseende. Et utgangspunkt i en generell term for nedbemanning benyttes her for å avgrense mot bestemmelser som faller utenfor slik reduksjon av arbeidsstyrken og fremstille de temaer som konkret gjør seg gjeldende for nedbemanning. En naturlig avgrensning er også mot permitteringer da dette er

midlertidig stans i arbeidet.¹⁵ Oppsigelser finner sted der behovet er mer eller mindre permanent.

2. Saksbehandlingsregler for nedbemanning

2. 1 Saksbehandlingens grunnlag og fundament

Oppsigelse av arbeidstaker begrunnet i virksomhetens forhold må være "saklig begrunnet" jf. aml. § 15 – 7 (1). Vilkåret henstiller også til saksbehandlingen ved oppsigelse.¹⁶

Saksbehandlingen er ved slike oppsigelser arbeidsgivers sikkerhet for å kunne vise til korrekt avgjørelse av oppsigelsen, herunder nedbemanning.¹⁷ Saksbehandlingsreglene er også ment til å verne arbeidstakeren og virksomheten selv. Disse hensyn utgjør selve begrunnelsen for regelen.

2. 2 Oppsigelsesgrunnlaget i aml. § 15 – 7 (1)

Ordlyden krever at arbeidstaker "ikke kan sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens (...) forhold".

Uttrykket "saklig begrunnet" må etter en naturlig språklig forståelse innebære at oppsigelsen må bygge på et objektivt og korrekt grunnlag som representativt for beslutningen av oppsigelse. Vilkåret forstås som at det må foreligge *tilstrekkelig* saklig grunn jf. eksempelvis Rt. 2009 s. 685 og LG – 2012 – 21139 og er også fastsatt i juridisk teori jf. Fougner og Holo hvor arbeidsgiver må vise til gode grunner for å kunne si opp arbeidstaker.¹⁸

¹⁵ Fougner m.fl. *Omstilling og nedbemanning*, s. 218.

¹⁶ *op.cit.* s. 244 - 245.

¹⁷ Nicolay Skarning, *Permitteringer og Nedbemanning i praksis*, 2009 Oslo s. 95.

¹⁸ Rt. 2009 s. 685 avsnitt (52) og LG-2012-21139 s. 5 (For lagmannsrettsdommer og tingrettsdommer, henvises til sidetall i nedlastningsversjon av avgjørelsen i PDF fra lovdata.no), og Fougner og Holo : *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave* s. 781.

Lovteksten krever en individuell vurdering basert på den enkelte arbeidstakerens situasjon av uttrykket "Arbeidstaker".¹⁹ Dette innebærer at det for nedbemanningsprosesser må foretas en individuell utvelgelse av arbeidstaker for oppsigelse.

Begrepet "virksomhet" må etter ordlyden normalt forstås som det rettssubjekt arbeidstakeren er ansatt i.²⁰ Aml. § 2 nr. 1 uttrykker at loven gjelder for "enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstaker". En naturlig språklig forståelse av ordlyden innebærer at virksomhetsbegrepet vil måtte sammenfalle med arbeidsgivers rolle som innehaver av virksomheten og sysselsetter av arbeidsstyrken. En slik forståelse støttes av lovens forarbeider som uttrykker at virksomhetsbegrepet som alminnelig regel vil sammenfalle med det rettssubjekt som er arbeidsgiver.²¹

I praksis er det normalt ikke problemer med å konstatere i hvilken virksomhet arbeidstakeren er ansatt i. Utfordringen innenfor avhandlingens tema er derimot når denne virksomheten foretar en nedbemanning, og om vilkåret tilbud om "annet passende arbeid" jf. punkt 2. 3. 2.

Etter en samlet vurdering fremstår regelen om saklig begrunnet oppsigelse som en overordnet betingelse for saksbehandlingen som er styrende for den videre saksbehandling ved nedbemanning.

2. 3 Presisering av oppsigelsesgrunnlaget i aml. § 15 – 7 (2)

Aml. § 15 – 7 (2) lyder slik:

"Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker. Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker".

¹⁹ Fougner og Holo : *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* s. 781.

²⁰ Atle Stønsteli Johansen og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven Kommentarer og praksis*, Oslo 2011 s. 738.

²¹ NOU 2004 : 5, *Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst*, s. 149.

Ordlyden utgjør en nærmere presisering av saklighetsnormen i første ledd.²²

2. 3. 1 Driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak

Med uttrykket "driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak" menes typisk en tilstand eller situasjon som krever omstilling.²³ Eksempelvis kan dette være at virksomheten befinner seg i en underskuddssituasjon eller har et ønske om å redusere utgiftene for å forbedre konkurransevnen.²⁴ Det følger av forarbeider at driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak bygger på bedriftsøkonomiske hensyn.²⁵ Uttrykkene griper således inn i hverandre på en slik måte at det kan være vanskelig å definere den innholdsmessige forskjellen.

Det følger av rettspraksis at uttrykket relaterer seg til den økonomiske situasjon virksomheten befinner seg i på oppsigelsestidspunktet.²⁶ Dette tidspunktet er da utgangspunkt for vurderingen.

En endring av virksomhetens økonomiske situasjon som krever innsparingstiltak og reduksjon av arbeidsstyrken vil for eksempel kunne relatere seg til at det ikke finnes tilstrekkelige arbeidsoppgaver, nedgang i oppdrag eller reduserte prognoser fremover.

²⁷

Lovteksten krever at en oppsigelse skal være saklig av den enkelte arbeidstaker.²⁸ Dette utgjør et stillingsvern overfor arbeidstakeren. Det er i forarbeider av Ot. prp. nr. 41 (1975 – 1976) lagt til grunn at stillingsvernet skal vurderes individuelt.²⁹ Arbeidsgiver må følgelig vurdere oppsigelsens saklighet opp mot den enkelte arbeidstaker.

2. 3. 2 Tilbud om annet passende arbeid

Det følger av første punktum at en oppsigelse "ikke er saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker".

²² Fougner og Holo : *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, s. 781.

²³ Arne Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 4. utgave, Bergen 2001 s. 108.

²⁴ *ibid.*

²⁵ Med støtte i NOU 1994 : 3, *Ungdom, lønn og arbeidsledighet* s. 99.

²⁶ LB-2013-183150 s. 7 - 8.

²⁷ Rt. 1997 s. 623 s. 630, TGJOV-2013-197060 s. 8 og LB-2013-183150 s. 8.

²⁸ Johansen og Stueland, s. 745.

²⁹ Ot.prp.nr. 41 (1975 – 1976), s. 72.

Uttrykket "passende arbeid" må etter en naturlig språklig forståelse innebære arbeid som den enkelte arbeidstaker er kompetent til å utføre. Juridisk teori jf. Johansen og Stueland har fastsatt at det arbeid som tilbys må være mest mulig likt den stilling arbeidstakeren opprinnelig hadde, både innholds – og lønnsmessig.³⁰ Stillingen som tilbys må følgelig være innenfor samme art som stillingen arbeidstaker innehar før oppsigelsen.

Uttrykket "tilby" må naturlig forstås som en aktiv plikt arbeidsgiver har til å orientere om og gi tilbud om annen stilling til arbeidstakeren. Dette fordrer at det finnes en passende, ledig stilling som arbeidsgiver kan tilby arbeidstakeren. Det følger av forarbeider at "passende arbeid" også vil måtte innebære et udekket arbeidsbehov i virksomheten.³¹ Stillingen må følgelig være ledig og ubesatt. I dette kan ikke ligge et krav om at arbeidsgiver må opprette en ny stilling for vedkommende som det ikke er behov for. En slik forståelse støttes av rettspraksis jf. eksempelvis LB – 2006 – 135476 – 2 og forarbeider jf. Ot. prp. nr. 41 (1975 – 1976).³² Tilbudsplikten kan følgelig anses som en omplasseringsplikt for arbeidsgiver.³³

Dersom tilsvarende stilling ikke er ledig, plikter arbeidsgiver å tilby ledig stilling som er på et lavere stillingsnivå, et lavere lønnsnivå eller som redusert stilling.³⁴ Dette peker i retning av at arbeidsgiver har relativt vide rammer for vurderingen av arbeidet som tilbys. Formålet med slik vurdering er at arbeidstakeren får mulighet til annen stilling framfor å stå uten arbeid.³⁵ Likevel er det fastsatt i forarbeider at arbeidsgiveren ikke vil være fri for ansvar dersom arbeidet som tilbys er dårligere i forhold til lønn eller stillingsinnhold.³⁶ Dette moment setter grenser for hvilket arbeid som kan tilbys og må bli gjenstand for en helhetsvurdering.³⁷ Arbeidsgiver vil likevel måtte tilby dårligere

³⁰ Johansen og Stueland, s. 734.

³¹ Ot.prp.nr. 41 (1975 – 1976), s. 72.

³² Ot.prp.nr. 41 (1975 – 1976), s. 72 og LB-2006-135476 – 2 s. 4.

³³ <http://www.virke.no/virkehjelperdeg/juridiskbistand/juridiskefagartikler/Sider/Omplassering-som-alternativ-til-oppsigelse-ved-nedbemanning.aspx>, sist besøkt 11.12.14.

³⁴ Ot.prp.nr. 41 (1975 – 1976), s. 72 støttet opp av Johansen og Stueland, s. 734.

³⁵ Ot.prp.nr. 41 (1975 – 1976), s. 72 og

<http://www.virke.no/virkehjelperdeg/juridiskbistand/juridiskefagartikler/Sider/Omplassering-som-alternativ-til-oppsigelse-ved-nedbemanning.aspx>, sist besøkt 11.12.14.

³⁶ Ot.prp.nr. 41 (1975 – 1976) s. 72.

³⁷ *ibid.*

stilling dersom det ikke finnes annet alternativ hvor det vil være opp til arbeidstakeren å bestemme om vedkommende vil akseptere tilbudet.³⁸

Dom inntatt i LB – 2007 – 3738 gjaldt spørsmål om tilbudsplikten var oppfylt av arbeidsgiver.³⁹ Retten fastslo at oppsigelsen var usaklig ved at arbeidsgiveren ikke hadde godtgjort at det var gjort tilstrekkelig nok for å tilby annet passende arbeid.⁴⁰ I gjeldende sak var arbeidstakeren ansatt som distribusjonsleder, men på grunn av nedbemanning ble stillingen fjernet.⁴¹ Vedkommende fikk således tilbud om stilling som kokk i virksomheten.⁴² Lagmannsretten fastslo at det var en vesensforskjell mellom stillingen som distribusjonsleder og stilling som kokk vedrørende innhold og ansvar.⁴³ Dommen fastslår følgelig at arbeidsgiveren må tilby en stilling som er tilnærmet den opprinnelige stilling i forhold til innhold og ansvar som følger med stillingen.

Lagmannsretten fastslo videre innholdet i tilbudsplikten. Retten uttalte at plikten også vil måtte innebære et krav til å tilpasse organiseringen i virksomheten.⁴⁴ Det ble sluttet at arbeidsgiveren burde gjennomført åpne drøftelser med arbeidstakeren for avklaring om det finnes annet passende arbeid.⁴⁵ Retten viste til at slike drøftelser må ta sikte på å avklare muligheter som finnes i forhold til eksisterende og allerede tilgjengelige arbeidsoppgaver som grunnlag for å lage ny stilling.⁴⁶ Tilbudsplikten vil følgelig kunne oppfylles ved at arbeidsgiver samarbeider med arbeidstaker om å finne passende stilling. Dersom det finnes et udekket behov eller annen stilling med tilnærmet innhold – og ansvarsgrad plikter arbeidsgiver å tilby denne. Et tilbud om dårligere stilling hvor det ellers finnes andre alternativer vil være en omgåelse av plikten. Dommen fastslår videre at arbeidsgiver ikke kan tilby en hvilken som helst stilling, men må foreta en reell vurdering om tilbudt stilling ligger innenfor rammen av nåværende stilling. Betydningen av tilbudsplikten peker i retning av at det foreligger et oppsigelsesvern overfor arbeidstakeren.

³⁸ Ot.prp.nr. 41 (1975 – 1976) s. 72.

³⁹ LB-2007-3738 s. 2

⁴⁰ *ibid.*

⁴¹ *op.cit.* s. 5

⁴² *ibid.*

⁴³ *ibid.*

⁴⁴ *op.cit.* s. 6

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ *ibid.*

Det følger av rettspraksis jf. TGJOV – 2013 – 197060 og teori jf. Fougner at arbeidsgiver må tåle en viss opplæringstid ved vurderingen om en stilling er passende.⁴⁷ Lengden på opplæringstiden vil måtte variere ut fra stillingens art og arbeidstakerens kvalifikasjoner.⁴⁸ På samme måte må det kunne stilles krav overfor arbeidstakeren om at vedkommende må være skikket til det framsatte arbeid.⁴⁹ Herunder kan ikke opplæringstiden være for lang eller kostbar.⁵⁰

2. 3. 3 Tilbudet om annet passende arbeid må være i "virksomheten"

Ordlyden krever at passende arbeid som arbeidsgiver tilbyr er innad i virksomheten jf. "i virksomheten". Spørsmålet om hva som menes med "virksomheten" er redegjort ovenfor jf. punkt 2. 2.

Vil tilbudsplikten således være oppfylt dersom arbeidet er tillagt ved et annet geografisk sted? Ordlyden av § 15 – 7 (2) stiller ikke annet krav enn at tilbudt arbeid må være innenfor virksomheten. Det finnes lite praksis for gjeldende problemstilling, men kan tenkes aktuell ved større virksomheter med flere avdelinger eller enheter spredt over flere geografiske områder.

Det eksisterer imidlertid praksis på spørsmål om arbeidsgiver kan kreve flytting ved tilsetting av arbeidskraft. Et eksempel er dom inntatt i LF – 1999 – 646 som gjaldt krav om erstatning etter oppsigelse i arbeidsforhold.⁵¹ Spørsmålet var om arbeidsgiver rettgyltig kunne stille vilkår om at arbeidstakeren måtte bosette seg i en annen kommune, (nabokommune), slik at arbeidsforholdet kunne avsluttes fra arbeidsgivers side da arbeidstaker ikke etterkom kravet.⁵² Retten fastslo at dersom arbeidsgiver skal kunne forlange bosted, må dette være begrunnet i virksomhetens art eller særlige behov.⁵³ Retten fant at arbeidsgiveren ikke hadde påvist slikt behov.⁵⁴ Det ble vist til at

⁴⁷ TGJOV-2013-197060 s. 10 og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 256.

⁴⁸ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 256.

⁴⁹ Fanebust : *Oppsigelser i arbeidsforhold* s. 151.

⁵⁰ TGJOV-2013-197060, s. 10 og Johansen og Stueland : *Arbeidsmiljøloven Kommentarer og praksis* s. 734.

⁵¹ LF-1999-646 s. 2.

⁵² op.cit. s. 6.

⁵³ *ibid.*

⁵⁴ *ibid.*

et krav om flytting vanskelig kunne oppfylles med bakgrunn i arbeidstakerens familiære situasjon.⁵⁵ Oppsigelsen ble funnet usaklig av flertallet ved at vilkåret om flytting ikke kunne påberopes som grunnlag for oppsigelse.⁵⁶

Dommen fastslår at arbeidsgiver kan kreve flytting dersom slikt krav er påvist nødvendig for virksomheten. Av dommen må slikt behov begrunnes i bestemte årsaker. Selv om saken gjelder vilkår om flytting ved inngåelse av arbeidsforhold, vil avgjørelsen kunne ha overføringsverdi ved tilbudsplikten ved oppsigelse. Arbeidsgiveren må følgelig vurdere andre muligheter for stilling i nåværende del av virksomheten før tilbud om ledig stilling ved et annet geografisk sted innenfor virksomheten kan tilbys. Slikt tilbud må således utgjøre et siste alternativ til løsning. Etter en samlet vurdering må det antas at arbeidsgiveren unntaksvis kan tilby stilling som er anlagt ved et annet geografisk sted.

Hvordan vil tilbudsplikten således stille seg innenfor konsernforhold, herunder om arbeidsgiver må vurdere eventuelle ledige stillinger i hele konsernet hvor for eksempel arbeidstakeren opprinnelig er ansatt i morselskapet? Det følger av juridisk teori jf. Fanebust at selvstendige virksomheter innenfor samme konsern ikke er regnet som "samme virksomhet" i relasjon til kravet i aml. § 15 – 3 (2) om oppsigelsesfrister.⁵⁷ Forfatteren viser til at en slik forståelse imidlertid ikke er gitt for saklighetskravet for oppsigelse.⁵⁸ I rettspraksis jf. Rt. 1993 s. 345 vises til en lignende forståelse, hvor retten fastslo at morselskapet og datterselskapet måtte anses som "samme virksomhet".⁵⁹ Følgelig vil arbeidsgiver også i konsernforhold måtte vurdere omplassering i tilhørende datterselskap. Det må antas ut fra rimelighetsbetraktninger at dette også vil gjelde for datterselskaper overfor morselskap.

2. 3. 4 Interesseavveining

Bestemmelsens annet punktum krever videre at arbeidsgiver foretar en interessevurdering mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen medfører for den enkelte arbeidstaker.

⁵⁵ LF-1999-646, s. 7.

⁵⁶ *op.cit.* s. 8

⁵⁷ Fanebust : Oppsigelser i arbeidsforhold s. 155.

⁵⁸ *ibid.*

⁵⁹ Rt. 1993 s. 345 s. 346.

Det følger av rettspraksis at virksomhetens behov betegner seg til et dokumentert behov for driftsinnskrenkning eller innsparingstiltak.⁶⁰ Ulemper for arbeidstaker relaterer seg til de konsekvenser oppsigelsen medfører.⁶¹ Herunder følger av teori jf. Storeng at vurderingsmomenter som gjør seg gjeldende overfor arbeidstakeren typisk vil være mulighet til å skaffe seg annet arbeide samt høy alder og sosiale aspekter slik som forsørgelsesbyrde, helsetilstand og privatøkonomi.⁶² Arbeidstakers ulempe ved oppsigelse kan således adskilles etter forhold som begrenser muligheter for å finne seg annet arbeid og sosiale forhold.⁶³ Partenes ulike interesser må deretter vurderes mot hverandre for å kunne slutte hvilke hensyn som må gå foran. Dette fordrer en skjønnsmessig vurdering.⁶⁴ Det følger av forarbeider at ikke enhver rasjonaliseringsgevinst gir grunnlag for oppsigelse.⁶⁵ Dette hever kravet i forhold til virksomhetens behov for oppsigelse.

Gjennom rettspraksis er rimelighetshensyn rettet mot den oppsagte blitt stadig viktigere.⁶⁶ Dette utgjør en vurdering som må følge den sosiale og dynamiske utvikling i samfunnet ellers.⁶⁷ Rimelighetshensyn overfor arbeidstakeren vil følgende få betydning ved vurderingen. Herunder må arbeidsgiver vurdere om oppsigelsen rammer arbeidstakeren særlig hardt fremfor virksomhetens behov.⁶⁸ For å lempe på de negative virkningene av en oppsigelse må arbeidsgiver søke å finne andre mulige løsninger, herunder deltid, omplassering, redusert stilling, arbeid etter behov, permittering osv.⁶⁹ Likevel vil vurdering av andre mulige løsninger modifieres av virksomhetens behov for nedbemanning. Av rettspraksis følger at dersom nedbemanning er tiltrent vil virksomhetens interesser måtte gå foran.⁷⁰

⁶⁰ Se eksempelvis LB-2013-183150 s. 7 - 8.

⁶¹ Se eksempelvis LA-2014-22766 s. 7.

⁶² Nils H. Storeng, Tom H. Beck, Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 498 - 499.

⁶³ *ibid.*

⁶⁴ Johansen og Stueland s. 740.

⁶⁵ Ot.prp.nr. 41 (1975 - 1976) s. 72.

⁶⁶ Rt. 1972 s. 1330, s. 1333 og Rt. 2011 s. 609 (63).

⁶⁷ Ot.prp.nr. 41 (1975 - 1976) s. 72, og NOU 2004: 5, *Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst*, s. 26 og s. 29.

⁶⁸ Rt. 1986 s. 879 s. 866 og LB-2005-42380 s. 6 og s. 8.

⁶⁹ Se eksempelvis LF-1996-291 s. 6.

⁷⁰ Rt. 1986 s. 879 s. 887 - 888, LB-2013-183150 s. 8 og s. 11 og LB-2005-42380 s. 6.

Formålet bestemmelsen søker å verne er at det må foreligge tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse. Herunder må gevinsten virksomheten vil oppnå ved kutt i driftskostnader, avveies mot de konsekvenser oppsigelsen medfører for arbeidstakeren.

Sammenfattende kan fastslås at arbeidsgiver har en uttrykkelig plikt til å vurdere om det finnes mindre tyngende løsninger, herunder tilbud om annen passende stilling samt en konkret avveining om den enkelte arbeidstakers oppsigelse er saklig sett mot virksomhetens hensyn og behov.

2. 4 Saklig oppsigelse

Ved at oppsigelse i virksomhetens forhold krever saklig grunn jf. § 15 – 7 vil det være hensiktsmessig å se nærmere på hvilke forhold som kan begrunne slik oppsigelse.

2. 4. 1 Bedriftsøkonomisk begrunnelse

Et krav om en bedriftsøkonomisk begrunnelse for saklighetskravet etter aml. § 15 – 7 (1) følger av rettspraksis. Av dom inntatt i LG – 2012 – 21139 følger at arbeidsgiver må sannsynliggjøre et bedriftsøkonomisk behov som tilsier at oppsigelsen er nødvendig.⁷¹

Innholdet i den bedriftsøkonomiske grunnlaget for oppsigelse i virksomhetens forhold vil innebære en utredning av den økonomiske situasjon, konkurransesituasjonen og fremtidige prognoser for virksomheten.⁷² Dersom nedbemanning besluttes, må virksomheten kunne dokumentere slikt behov.⁷³ Domstolen vil imidlertid være varsom med å overprøve virksomhetens skjønn.⁷⁴ Så lenge virksomheten mener slikt grunnlag foreligger, er det ofte tilstrekkelig.

2. 4. 2 Krav til tilstrekkelig grunnlag

Oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold etter aml. § 15 – 7 (1), relaterer seg i utgangspunktet til virksomhetens behov for omstilling og dens økonomiske forhold.⁷⁵

⁷¹ LG-2012-21139 s. 5.

⁷² Fougner m.fl. : Omstilling og nedbemanning s. 287.

⁷³ *ibid.*

⁷⁴ LB-2004-45766 s. 7 - 8.

⁷⁵ Storeng m.fl. s. 494.

Dom inntatt i LB – 2009 – 12878 illustrerer innholdet i kravet til saklig begrunnelse for oppsigelse i virksomhetens forhold.⁷⁶ Retten fastslo at arbeidsgiver må sannsynliggjøre at begrunnelsen for oppsigelsen er reell for å anses saklig.⁷⁷ Det følger videre av dom inntatt i LH – 2012 – 21139 at det må foreligge tilstrekkelig tungtveiende grunnlag for å begrunne oppsigelse.⁷⁸

Av rettspraksis kan følgelig utledes at det ikke er nok at arbeidsgiver begrunner oppsigelse, herunder nedbemanning, ut fra et generelt utgangspunkt i virksomhetens forhold. Grunnlaget for oppsigelsen må være nærmere forankret, herunder konkrete forhold som gjør seg gjeldende for oppsigelse.

2. 4. 2. 1 Videre drift

For det første kan oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold relatere seg til å *sikre videre drift*.⁷⁹ Dette vil typisk være tilfeller hvor virksomheten har behov for en mer eller mindre tiltrengt reduksjon av arbeidsstyrken for kostnadskutt. Det følger av rettspraksis at bedriftens behov for innskrenkninger ved sikring av drift i en tiltrengende situasjon, vil kunne tillegges større vekt ved interesseavveiningen etter aml. § 15 – 7 (2).⁸⁰ En slik forståelse støttes av dom inntatt i Rt. 1989 s. 879 hvor retten fastslo at i tilfeller innskrenkninger er helt nødvendig for å sikre driften vil driftens behov veie tyngre enn arbeidstakernes ulempe ved oppsigelsen.⁸¹ Sikring av drift fremstår som et nødvendig tiltak og må følgelig anses som et saklig grunnlag for oppsigelse.

I tillegg til at sikring av drift fremstår som saklig begrunnelse for oppsigelse, vil arbeidsgiver videre kunne inneha plikt til gjennomføring av omstillingsprosesser.⁸² Dette gjelder særlig aksjeselskapene hvor arbeidsgiver er tillagt et tilsynsansvar av virksomhetens drift gjennom aksjeloven og allmennaksjeloven § 6 – 13. Styret vil også ha en uttrykkelig handleplikt jf. asl. og asal. §§ 3 – 5 ved tap av egenkapital.⁸³ Følgelig vil

⁷⁶ LB-2009-12878 s. 2.

⁷⁷ *op.cit.* s. 2 og s. 8.

⁷⁸ LG-2012-21139 s. 5.

⁷⁹ Storeng m.fl. s. 494.

⁸⁰ Se eksempelvis NAD-1984-789 s. 4.

⁸¹ Rt. 1986 s. 879 s. 886.

⁸² Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 20.

⁸³ *op.cit.* s. 21.

det påligge styret i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper å foreta nødvendige tiltak for å sikre driften.⁸⁴ Videre vil styret kunne ilegges erstatningsansvar jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 17 – 1 samt straffeansvar jf. §§ 19 – 1 i mer ekstreme tilfeller.⁸⁵

Reelle hensyn gjør seg gjeldende for at sikring av driften utgjør et saklig grunnlag for oppsigelse. Dersom driften ikke er balansert på et tilfredsstillende nivå, vil dette kunne føre til større nedbemanning og/ eller nedleggelse av virksomheten. Virksomhetens behov for lønnsomhet utgjør selve grunnlaget for virksomhetens drift og eksistens jf. sml. asl. § 3 – 4 og § 3 - 5.

2. 4. 2. 2 Tidsperspektiv

Videre vil en oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold kunne være saklig hvor virksomheten over et mer *langsiktig perspektiv* har behov for å redusere arbeidsstokken.

⁸⁶

I dom inntatt i RG -1991 - 1283 ble det fastslått at en oppsigelse begrunnet i rasjonaliseringshensyn i utgangspunktet er saklig uavhengig av om bedriften er i en underskudds – eller overskuddssituasjon.⁸⁷ I gjeldende sak var rederiet i en tilfredsstillende driftssituasjon. Oppsigelsene skjedde som ledd i å holde et lavt kostnadsnivå på grunn av konkurransesituasjonen rederiet hele tiden hadde vært i.⁸⁸

Dommen fastslår at virksomheten kan gjennomføre reduksjon av arbeidsstokken for å planlegge og forbedre konkurransevnen i et lengre perspektiv. Slik sett må langsiktige perspektiv som saklig begrunnelse for oppsigelse være forankret i et videre grunnlag som legitimerer slike oppsigelser. Langsiktige perspektiv som begrunnelse for nedbemanning fremstår ikke som et tiltrengt behov for å redusere virksomhetens driftskostnader. Dette taler i seg selv for at slik begrunnelse ikke er saklig ved at behovet ikke er tiltrengt eller påviselig ut fra framtidige prognoser. Likevel er grunnlaget for virksomhetens drift økonomisk profitt, (se redegjørelse jf. punkt 2. 4. 2. 1). Det tilligger

⁸⁴ NOU 1996 : 3, *Ny aksjelovgivning*, s. 43 - 44 og Ot.prp.nr. 36 (1993 – 1994) s. 68.

⁸⁵ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 21 - 22.

⁸⁶ Storeng m.fl. s. 494.

⁸⁷ RG-1991-1283 s. 1292.

⁸⁸ *ibid.*

gjennom bedriftens autonomi å bestemme hva som er best for driften, herunder besparelser og kutt i kostnader.⁸⁹ Høye lønnskostnader vil kunne redusere konkurransedyktigheten og nedbemanning er et tiltak som således kan være nødvendig.

Spørsmålet blir således om *kortsiktige perspektiv* kan gi grunnlag til saklig oppsigelse i virksomhetens forhold? Et slikt grunnlag vil utgjøre et behov virksomheten har til å nedbemanne ved mindre eller tidsmessig kortere økonomiske nedganger. Det kan for eksempel være at virksomheten opplever en plutselig endring i konkurransevilkår, men hvor slike endringer i utgangspunktet framstår som kortvarige. Interesseavveiningen av aml. § 15 – 7 (2) vil særlig gjøre seg gjeldende under slike forhold. Dersom det i et kortsiktig perspektiv oppstår endringer av større karakter og som påvirker driften i større grad, vil hensynet til virksomhetens behov antas å måtte gå foran. Reduksjon av arbeidsstokken vil da kunne være nødvendig for videre drift. Det vil likevel måtte stilles krav til at arbeidsgiver vurderer andre mulige løsninger ved midlertidige behov slik som tilbud om annen stilling eller foreta permitteringer.⁹⁰ Arbeidsgiver vil måtte vurdere om de kortsiktige perspektiver endrer seg og følgelig avvente situasjonen for virksomhetens drift. Det kan følgelig utledes at kortsiktige perspektiv i utgangspunktet ikke gir grunnlag for saklig oppsigelse i virksomhetens forhold.

2. 4. 2. 3 Økning av overskudd

Et annet forhold som kan begrunne en saklig oppsigelse i virksomhetens forhold er et ønske eller behov om å *øke overskuddet*.

I utgangspunktet vil en begrunnelse om å redusere virksomhetens driftskostnader, herunder med et ønske om å øke overskuddet, måtte anses som et saklig oppsigelsesgrunnlag.⁹¹ En slik forståelse støttes av rettspraksis, jf. NAD – 1984 – 789.⁹² I juridisk teori jf. Fanebust er det fastsatt at bakgrunnen for reduksjon av arbeidsstokken kan være et ønske om å redusere utgifter eller forbedre virksomhetens konkurransevne uten hensyn til hvor presserende behovet er.⁹³

⁸⁹ Fanebust : *Oppsigelser i arbeidsforhold* s. 109.

⁹⁰ *op.cit.* s. 138.

⁹¹ Storeng m.fl. s. 495 og Fanebust : *Oppsigelse i arbeidsforhold* s. 108.

⁹² NAD-1984-789 s. 4.

⁹³ Fanebust : *Oppsigelse i arbeidsforhold* s. 108.

Reduksjon av driftskostnader er et tiltak som vil kunne øke virksomhetens overskudd. Herunder er antatt at arbeidsgiver må klargjøre hvilken type drift som skal utføres framover og hvor mange ansatte som trengs for å oppnå slik målsetning.⁹⁴

En begrunnelse for oppsigelse om å øke overskuddet vil imidlertid kunne framstå som noe tvilsom på flere måter. Først og fremst står ikke en slik motivering like sterkt som tilfeller hvor innsparing er tiltrengt og framstår ikke som et reelt behov.⁹⁵ En slik begrunnelse vil videre virke inn på interesseavveiningen etter aml. § 15 – 7 (2) annet punktum.⁹⁶ Det følger av rettspraksis at hensynet til arbeidstakeren i interesseavveiningen kommer sterkere inn hvor det er tale om nedbemanning for å øke et på forhånd solid overskudd i en virksomhet.⁹⁷ Slik sett vil en begrunnelse for oppsigelse av arbeidstaker i virksomhetens forhold være saklig dersom virksomhetens behov har større gjennomslagskraft enn oppsigelsenes konsekvenser for arbeidstakeren.⁹⁸

2. 4. 2. 4 Andre forhold

De grunnlag for saklig oppsigelse som er vist til ovenfor gjelder således begrunnelser i økonomiske forhold. Vil andre forhold kunne danne grunnlag for saklig oppsigelse? Det følger av teori jf. Fanebust at saklig oppsigelse i virksomhetens forhold ikke nødvendigvis må begrunnes i økonomiske forhold.⁹⁹ Det er her fastsatt at også andre forhold vil kunne gi grunnlag for saklig oppsigelse slik som for eksempel hensyn til distriktsinteresser.¹⁰⁰ Distriktsinteresser vil herunder typisk være gjeldende for større statlige virksomheter som ivaretar hensyn til aktivitet og arbeid i distriktene.¹⁰¹

2. 4. 3 Sammenfatning

Hensynet til opprettholdelse og balanse i virksomhetens økonomiske drift fremstår som det sentrale grunnlaget for nedbemanning. Hensynet til arbeidstakeren vil imidlertid

⁹⁴ http://www.tekna.no/portal/page/portal/tekna/SHOW_POPUP?p_d_i=-128&p_d_c=&p_d_v=11453, sist besøkt 11.12.14

⁹⁵ Storeng m.fl. s. 495.

⁹⁶ *ibid.*

⁹⁷ NAD-1984-789 s. 4.

⁹⁸ Rt. 1986 s. 879 s. 886.

⁹⁹ Fanebust : *Oppsigelse i arbeidsforhold* s. 109.

¹⁰⁰ Fanebust : *Oppsigelse i arbeidsforhold* s. 109 og støttes av eksempelvis Rt. 1989 s. 508 s. 514.

¹⁰¹ Rt. 1989 s. 508 s. 514.

kunne modifisere behovet for oppsigelser og følgelig kunne virke inn på saklighetsgrunnlaget for oppsigelsen.

Selv om grunnlaget etter sin art er saklig, vil kravet til tilstrekkelig grunn for den enkelte arbeidstaker kunne føre til usaklig oppsigelse.¹⁰²

2. 5 Reelle saksbehandlingsregler for nedbemanning

Reelle saksbehandlingsregler forstås her som saksbehandlingsregler som presiserer innholdet av saklighetskravet av § 15 – 7 (1) og (2) og utgjør dermed tilleggskrav til den saksbehandling som gjennomføring av nedbemanning krever, se punkt 1. 4.

2. 5. 1 Krav til drøftelse

Det fremkommer av aml. § 15 – 1 at:

”Før arbeidsgiver fatter beslutning om oppsigelse, skal spørsmålet så langt det er praktisk mulig drøftes med arbeidstaker og med arbeidstakers tillitsvalgte, med mindre arbeidstaker selv ikke ønsker det. Både grunnlaget for oppsigelsen og eventuell utvelgelse mellom flere ansatte av hvem som skal sies opp, skal drøftes”.

Ordlyden krever at før oppsigelse besluttet skal spørsmålet så langt det er praktisk mulig, drøftes med arbeidstakeren og tillitsvalgte.

Det følger av rettspraksis jf. Rt. 2011 s. 609 at bestemmelsen gir uttrykk for et individuelt krav til drøftelse.¹⁰³ En naturlig forståelse av drøftelsesbegrepet er at spørsmålet om oppsigelse skal diskuteres gjennom samtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Begrepet inneholder krav til reelle drøftelser, herunder diskusjon om oppsigelsesspørsmålet, nødvendigheten og behov for oppsigelse, alternative tiltak og følger av oppsigelsen.¹⁰⁴

Drøftelse vil følgelig kunne oppklare eventuelle uklarheter som bidrar til å danne grunnlag for beslutning om oppsigelse skal gjennomføres.

¹⁰² Fanebust : *Oppsigelse i arbeidsforhold* s. 109.

¹⁰³ Rt. 2011 s. 609 (110).

¹⁰⁴ lovkommentar.no, http://dyp.kommentarutgaver.no/dyp/content/arbeidsmiljolooven?id=para_15-1, sist besøkt 11.12.14.

2. 5. 1. 1 Tidspunkt for drøftelse

Bestemmelsen stiller ikke krav til når drøftelse med arbeidstakeren skal gjennomføres. For at drøftelsen skal være mest mulig hensiktsmessig, må det antas at arbeidsgiver bør ha forberedt seg i forkant. Det følger av teori jf. Fougner at drøftelsene bør gjennomføres på et så tidlig tidspunkt som mulig.¹⁰⁵

2. 5. 1. 2 Forberedelser

At arbeidstaker må få anledning til forberedelse følger av rettspraksis, jf. LB – 2010 – 32150 hvor retten fastslo at arbeidstakerne måtte få rimelig tid til forberedelse for å kunne ha reell innflytelse på arbeidsgivers beslutninger.¹⁰⁶ Det følger av teori jf. Fougner at det må tilligge et minimumskrav i bestemmelsen at arbeidstakeren på forhånd har fått informasjon om tema for møtet og har forberedt seg til drøftelsen.¹⁰⁷

2. 5. 1. 3 Innholdet i drøftelsene

Ordlyden av bestemmelsens annet punktum krever at grunnlaget for oppsigelsen og eventuell utvelgelse blant arbeidstakerne om hvem som skal sies opp skal drøftes. En naturlig forståelse av ordlyden er at drøftelsen må være reell, herunder at arbeidsgiver ikke kan meddele oppsigelsen under møtet.

Drøftelsesbegrepet vil videre innebære at arbeidsgiveren har det endelige ord i slikt møte, men må være åpen for diskusjoner og alternative løsninger til oppsigelse.¹⁰⁸ Videre følger av rettspraksis at dersom drøftelsene ikke fører fram, vil arbeidsgiveren gjennom styringsretten¹⁰⁹ likevel kunne foreta beslutning om oppsigelse.¹¹⁰ Drøftelseskravet fremstår følgelig som en samtale mellom partene hvor en forsøker å komme til en gjensidig løsning, men må modifieres mot arbeidsgivers bestemmelsesrett.

Arbeidstakerens rett til uttalelse og medvirkning følger av rettspraksis jf. eksempelvis Rt. 1972 s. 1330 hvor retten fastslo at arbeidsgiver burde gitt arbeidstakeren anledning

¹⁰⁵ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 285.

¹⁰⁶ LB-2010-32150 s. 18.

¹⁰⁷ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 323.

¹⁰⁸ LH-2004-5542 s. 10 og lovkommentar.no,

http://dyp.kommentarutgaver.no/dyp/content/arbeidsmiljolooven?id=para_15-1, sist besøkt 11.12.14.

¹⁰⁹ "Styringsrett" se Fanebust : *Innføring i arbeidsrett Den individuelle del* s. 110.

¹¹⁰ RG-1998-14151(224 – 98) s. 1438.

til å uttale seg før beslutning om oppsigelse ble gitt.¹¹¹ Retten viste til at arbeidstakers synspunkt ville kunne medført til en annen løsning som både tok rimelig hensyn til arbeidstakeren og uten å medføre vesentlige ulemper for virksomheten.¹¹² Dommen fastslår at synspunkter fra begge partenes side vil kunne bidra til samordning omkring beslutning om eventuelt oppsigelse.

Videre må arbeidsgiver vurdere arbeidstakers synspunkter og innta disse som en del av beslutningsgrunnlaget. At arbeidstaker skal ha mulighet til å påvirke beslutningene, fordrer at arbeidsgiver innleder drøftelsene før beslutningstidspunktet jf. punkt 2.5.1.1. Kravet til reell drøftelse må ses i sammenheng med kravet i aml. § 15 – 7 (2) hvor arbeidsgiver har plikt til å vurdere omplassering og foreta interesseavveining mellom virksomhetens behov og arbeidstakers ulemper ved oppsigelsen.¹¹³ Samtalen vil følgelig kunne bidra til å oppklare den enkelte arbeidstakers ulemper og finne andre løsninger slik som omplassering før eventuell beslutning om oppsigelse.

2. 5. 1. 4 Andre formkrav

Det kan stilles spørsmål om drøftelsen må gjennomføres gjennom et møte. Ordlyden av aml. § 15 - 1 inneholder ikke krav om at drøftelse må foregå i "møte".

Det er forutsatt i praksis og teori at begrepet "drøftelse" i aml. § 15 – 1 legger opp til en reell kommunikasjon mellom partene.¹¹⁴

I dom inntatt i Rt. 2000 s. 1800 ble det fastslått at møte mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ikke uttrykkelig må benevnes som et "drøftelsesmøte".¹¹⁵ I saken var det blitt avholdt flere uformelle samtaler mellom partene hvor arbeidstaker hadde blitt innkalt til møte for å avgi en skriftlig forklaring.¹¹⁶ Selv om arbeidsgiver erkjente at det ikke var blitt avholdt formelt drøftelsesmøte, fastslo retten at oppsigelsen måtte anses som saklig gjennom disse uformelle samtalene. I tillegg ble det avholdt et formelt drøftelsesmøte kort tid etter den første avgitte oppsigelsen.¹¹⁷

¹¹¹ Rt. 1972 s. 1330 s. 1334.

¹¹² *ibid.*

¹¹³ Fougner og Holo : *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* s. 738.

¹¹⁴ TGJOV-2013-197060 s. 11 og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 323.

¹¹⁵ Rt. 2000 s. 1800.

¹¹⁶ *op.cit.* s. 1807.

¹¹⁷ Rt. 2000 s. 1800 s. 1807 med støtte i Fougner og Holo : *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* s. 740.

Av dommen må det følgelig utledes at krav til drøftelsesmøte vil kunne anses oppfylt selv om møtet ikke uttrykkelig er benevnt som "drøftelsesmøte". Det avgjørende er om partene møtes til samtale for å diskutere spørsmål om oppsigelse uten at beslutningen enda er tatt av arbeidsgiver. Formålet med samtale mellom partene før beslutning av oppsigelse er å sikre at synspunkter fra begge parter fremkommer og blir inntatt i vurderingen. Videre fremmer et samtalemøte til effektivitet i saksbehandlingen ved at eventuelle uklarheter raskere kan avklares gjennom dialog mellom partene.

2. 5. 1. 5 Tillitsvalgtes rolle i drøftelser

Ordlyden krever videre at spørsmål om oppsigelse skal drøftes med arbeidstakerens tillitsvalgte. Dette må forstås som en adgang arbeidstaker har til å la seg bistå under drøftelsesmøte.¹¹⁸ En slik forståelse støttes av rettspraksis jf. LB – 2010 – 32150 hvor retten fastslo at det avgjørende er om arbeidstakeren er representert.¹¹⁹ Begrunnelse for denne rett hentyder seg til den belastning et slikt drøftelsesmøte vil kunne innebære.¹²⁰ Det følger av juridisk teori at uttrykket "tillitsvalgte" må forstås som en betegnelse på en rådgiver som arbeidstakeren mer eller mindre fritt kan velge.¹²¹ Det stilles følgelig ikke krav til at den "tillitsvalgte" formelt må være tillitsvalgt i virksomheten.¹²² I teori jf. Storeng er det videre fastsatt at arbeidstakeren ikke har krav på å la seg bistå, men må anses som en adgang arbeidstakeren kan benytte seg av.¹²³

Hva om virksomheten således ikke har tillitsvalgte? Arbeidsmiljøloven innehar ikke direkte bestemmelser om krav om tillitsvalgte i virksomheten. Det følger av teori jf. Storeng, herunder etter aml. § 9 – 2 (1) at dersom virksomheten ikke har tillitsvalgte, må arbeidstakerne gis anledning til å velge en representant.¹²⁴ Rimelighetshensyn tilsier at en slik adgang også må tillegges ved drøftelseskravet. Herunder følger av rettspraksis jf. eksempelvis LB – 2010 – 32150 at arbeidsgiver må søke å overholde plikten.¹²⁵

¹¹⁸ Storeng m.fl. s. 564.

¹¹⁹ LB-2010-32150 s. 18 med støtte i Ot.prp.nr. 49 (2004 – 2005) s. 121.

¹²⁰ Fougner og Holo : *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* s. 741.

¹²¹ *ibid.*

¹²² *ibid.*

¹²³ Storeng m.fl. s. 564.

¹²⁴ *op.cit.* s. 377.

¹²⁵ LB-2010-32150 s. 18 - 19.

Formålet bak bestemmelsen tilsier at arbeidstaker har en uformell rett til å la seg bistå av en person arbeidstaker kan betro seg til, men må antas at vedkommende må inneha en viss kunnskap i forhold til virksomheten og arbeidsstyrken.

2. 5. 1. 6 Forholdet til det kollektive drøftelseskrav

Krav om kollektive drøftelser ved nedbemanning utgår ikke direkte av loven. Det følger imidlertid et krav til drøftelse med arbeidstakernes tillitsvalgte ved masseoppsigelser jf. aml. § 15 – 2.

Ordlyden av bestemmelsens annet ledd første punktum lyder slik:

”Arbeidsgiver som vurderer å gå til masseoppsigelse, skal så tidlig som mulig innlede drøftinger med arbeidstakernes tillitsvalgte med sikte på å komme fram til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte”.

Selv om bestemmelsen gjelder for masseoppsigelser, vil de momenter som framkommer i bestemmelsen kunne ha overføringsverdi til saksbehandlingen ved mindre nedbemanninger jf. Ot. prp. nr. 50 (1993 – 1994) og juridisk teori jf. Fougner.¹²⁶ Sentralt er at kollektive drøftelser med tillitsvalgte anbefales.¹²⁷ Om tillitsvalgtes rolle vises til punkt 2. 5. 1. 5 da reglene vil være sammenfallende.

2. 5. 1. 7 Unntak fra drøftingsplikten

Ordlyden krever videre at drøftelse må avholdes ”så langt det er praktisk mulig”. Uttrykket må forstås som at møtet som hovedregel skal søkes avholdt eller gjennomført. Etter forarbeider er vilkåret forstått strengt.¹²⁸ Kravet til drøftelse pålegger arbeidsgiver en aktiv plikt til å få i stand slik drøftelse.

En begrensning av drøftelseskravet følger særlig de situasjoner hvor arbeidstaker ikke medvirker til drøfting eller motsetter seg slik diskusjon.¹²⁹ Videre vil det ligge en naturlig begrensning ved større reduksjoner av arbeidsstyrken hvor individuelle

¹²⁶ Ot.prp.nr. 50 (1993 – 1994) s. 182 og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 321.

¹²⁷ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 326.

¹²⁸ Ot.prp.nr. 41 (1975 – 1976) s. 70.

¹²⁹ Ot.prp.nr. 50 (1993 – 1994) s. 182.

drøftelsesmøter vanskelig vil kunne gjennomføres ut fra praktiske hensyn og effektivitetshensyn. Drøftelsesplikten må i slike tilfeller besørges på annen måte.¹³⁰ Eksempelvis kan dette skje gjennom fellesmøter eller at arbeidsgiver foretar drøftelse med arbeidstakernes tillitsvalgte.¹³¹ Drøftelsesplikten skal bidra til å sikre en grundig og veloverveid beslutning.¹³² En unnlattelse av drøftelse hvor ”det er praktisk mulig”, vil utgjøre et moment i vurderingen om det foreligger saklig oppsigelse.¹³³

2. 5. 1. 8 Sammenfatning

Reelle hensyn tilsier at kravet til drøftelsesmøte siktes oppfylt. Hensynet til redelig opptreden fra arbeidsgiver, åpenhet og kommunikasjon mellom partene er sentrale hensyn for det individuelle drøftelseskravet. Etter en samlet vurdering fremstår hensynet til riktig vurdering av oppsigelsesspørsmålet samt arbeidstakerens mulighet til reell innflytelse som de sentrale hensyn ved saksbehandlingsregelen.

2. 5. 2 Krav til informasjon

Krav til informasjon overfor arbeidstakerne er ikke lovfestet på et generelt grunnlag, men det framgår et informasjonskrav etter aml. § 8 – 1. Bestemmelsen er imidlertid kun gjeldende for større virksomheter, men vil kunne ha overføringsverdi for mindre bedrifter.¹³⁴

Ordlyden krever av første ledd at virksomhet som sysselsetter over 50 arbeidstakere skal informere og drøfte om spørsmål av betydning for arbeidstakerne med deres tillitsvalgte.

Informasjonskravet må naturlig forstås som meddelelse av relevant informasjon og opplysninger, herunder til arbeidstakersiden. Det følger av rettspraksis og juridisk teori at informasjonskravet generelt må forstås som en plikt til å opplyse, orientere og kunngjøre anliggender av betydning for arbeidstakerne som for eksempel en mulig beslutning om nedbemanning.¹³⁵ Bestemmelsen fastslår at informasjonen skal gis av

¹³⁰ Ot.prp.nr. 50 (1993 – 1994) s. 182

¹³¹ *ibid.*

¹³² Ot.prp.nr. 50 (1993 – 1994) s. 182 og støttes av Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 321.

¹³³ Ot.prp.nr. 50 (1993 – 1994) s. 183.

¹³⁴ Skarning : *Permitteringer og nedbemanning i praksis* s. 99.

¹³⁵ LB-2010-32150 s. 18 og Johansen og Stueland s. 248.

arbeidsgiver og fremstår følgelig som en plikt som arbeidsgiver må søke å oppfylle. Det følger av teori at slik informasjon inneholder opplysning om den aktuelle og forventede utvikling av virksomhetens økonomiske situasjon og aktiviteter.¹³⁶

Kravet til informasjon må videre ses i sammenheng med kravet til drøftelse gjennom uttrykket ”informere og drøfte spørsmål av betydning for arbeidstakernes arbeidsforhold” etter bestemmelsen. Kravet er etter forarbeider jf. Ot. prp. nr. 49 (2004 – 2005) fastsatt å være en kollektiv rettighet.¹³⁷

Formålet etter bestemmelsen vil være at arbeidsgiver opptrer redelig om spørsmål av betydning overfor arbeidstakerne, herunder eksempelvis nedbemanning. Videre vil formålet med bestemmelsen være å unngå usikkerhet og fremme til at partene står i et likt kunnskapsnivå med bakgrunn i informasjonen.¹³⁸ Ved at bestemmelsen legger opp til informasjon og drøftelse med arbeidstakernes tillitsvalgte kan partene slik kunne avklare eventuelle uklare forhold og slik sett komme fram til en omforent løsning. Informasjon om grunnlaget for nedbemanningen vil verne om hensynet til forsvarlig saksbehandling. Arbeidsgiver vil være tjent med å gjennomføre en nedbemanningsprosess som bygger på riktige grunnlag og forståelse overfor arbeidstakersiden.

2. 5. 3 Krav til forhandlingsmøte

Ordlyden av aml. § 17 – 3 (1) lyder slik:

”Arbeidstaker som vil gjøre gjeldende at en oppsigelse eller avskjed er ulovlig (...), kan kreve forhandlinger med arbeidsgiver. Det samme gjelder hvis arbeidstaker vil kreve erstatning på grunn av forhold som nevnt i første punktum”.

Det fremkommer videre av bestemmelsens fjerde ledd:

” Dersom arbeidstaker reiser søksmål eller underretter arbeidsgiver om at søksmål vil bli reist uten at forhandlinger har vært holdt, kan arbeidsgiver kreve forhandlinger med arbeidstaker”.

¹³⁶ Fougner og Holo: *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* s. 365.

¹³⁷ Ot.prp.nr. 49 (2004 – 2005) s. 124.

¹³⁸ Skarning : *Permitteringer og nedbemanning i praksis* s. 101.

2. 5. 3. 1 Ulovlig oppsigelse

Uttrykket "ulovlig oppsigelse" må etter en naturlig språklig forståelse innebære en oppsigelse som bygger på en usaklig begrunnelse og/ eller hvor det foreligger en eller flere saksbehandlingsfeil. Bestemmelsen vil følgende kunne gjøres gjeldende etter at faktisk beslutning om oppsigelse er tatt hvorpå arbeidstaker kan angripe denne.

2. 5. 3. 2 Innholdet i forhandlingskravet

Uttrykket "forhandlinger" i bestemmelsens annet ledd må etter en naturlig språklig forståelse innebære dialog mellom partene for å oppklare partenes standpunkt og videre leder til avklaring. En slik forståelse støttes av juridisk teori jf. Fougner og Holo hvor det er fastsatt at uttrykket vil måtte innebære møte hvor partene blir enig om en løsning.¹³⁹

I juridisk teori er det vist til at det må foreligge faktiske forhandlinger mellom partene som innebærer drøftelser om beslutningen om oppsigelse.¹⁴⁰ Gjennomføringen av forhandlingen må følgelig skje gjennom at partene møtes til dialog og samtale. Ved at bestemmelsen uttrykker at forhandlinger kan kreves, legger dette føringer til at arbeidstaker og arbeidsgiver faktisk må begjære slikt møte.

Gjennom forhandlingsmøte vil partene kunne komme til en løsning basert på den informasjon og drøftinger som framkommer. I dom inntatt i LH – 2002 – 519 fastslo retten at det forelå flere feil i saksbehandlingen av oppsigelse ved nedbemanning.¹⁴¹ Det ble imidlertid avholdt forhandlingsmøte etter oppsigelsen, hvor det framkom nye opplysninger om arbeidstakerens livssituasjon og oppsigelsen ble deretter vurdert på nytt.¹⁴² Oppsigelsen av arbeidstakeren ble således stående som saklig hvor lagmannsretten kom fram til at arbeidsgiveren hadde vurdert annet passende arbeid for arbeidstakeren.¹⁴³ Avgjørelsen fastslår betydningen av forhandlingsmøte som arbeidstakers mulighet til å fremme opplysninger som arbeidsgiver ellers vanskelig ville fått kunnskap om. Slike opplysninger vil kunne få betydning for beslutningen om oppsigelsen.

¹³⁹ Fougner og Holo : *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* s. 739.

¹⁴⁰ *op.cit.* s. 1031.

¹⁴¹ LH-2002-519 s. 2.

¹⁴² *op.cit.* s. 6.

¹⁴³ *ibid.*

Etter en samlet vurdering fremstår hensynet til å komme fram til en enighet mellom partene som sentralt. Slik sett fremstår bestemmelsen som en adgang til en utenrettslig samtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker etter beslutning om oppsigelse. Krav om forhandlingsmøte fremstår på denne måte som en reell saksbehandlingsregel i de tilfeller det oppstår uenighet om beslutningen av oppsigelse mellom partene.

2. 5. 4 Sammenfatning av saksbehandlingsreglenes formål

Saksbehandlingsreglene sikrer for det første hensynet overfor arbeidsgiver om beslutning av nedbemanning på et korrekt og fyllestgjørende grunnlag. Videre sikrer forsvarlig saksgjennomføring hensyn overfor arbeidstaker, herunder korrekt grunnlag for oppsigelsens samt økt forståelse av de beslutninger som fattes av arbeidsgiver. Dette fremmer igjen positive grunnlag for å unngå arbeidsrettslige konflikter mellom partene.

2. 6 Saksbehandlingsfeil

2. 6. 1 Hva er en saksbehandlingsfeil?

En saksbehandlingsfeil vil foreligge dersom en eller flere av de ovennevnte saksbehandlingskriterier ikke er fulgt tilstrekkelig.¹⁴⁴ Saksbehandlingsfeil vil kunne føre til at beslutningen om oppsigelse ikke bygger på et korrekt og forsvarlig grunnlag.

¹⁴⁵

2. 6. 2 Virkning av saksbehandlingsfeil

Virkningene av en saksbehandlingsfeil må vurderes i det enkelte tilfelle, herunder om saksbehandlingsfeilen er av en slik karakter at den har påvirket beslutningen om oppsigelse.¹⁴⁶

Flere rettsavgjørelser peker på at det foreligger faktiske feil i saksbehandlingen fra arbeidsgivers side.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 283.

¹⁴⁵ *ibid.*

¹⁴⁶ *ibid.*

¹⁴⁷ Se eksempelvis LB-2010-32150 s. 23 og LB-2013-183150 s. 10 - 11.

Domstolen har i spørsmål om saksbehandlingsfeilens betydning vurdert om feilen(e) har virket inn på sakligheten av oppsigelsen. Et slikt eksempel er dom inntatt i TOSLO – 2004 – 16215.¹⁴⁸ Arbeidstakeren ble oppsagt uten at det var avholdt drøftelsesmøte i forkant av beslutningen om oppsigelsen. Rettens flertall sluttet, (under tvil), at manglende drøftelsesmøte med arbeidstakeren ikke hadde hatt betydning for oppsigelsens saklighet.¹⁴⁹ Dette ble begrunnet med at arbeidstakeren var i en slik posisjon i selskapet og hadde tett dialog med arbeidsgiveren, at han måtte ha kjent til selskapets økonomiske utvikling. Dommen fastslår at virkning av manglende drøftelsesmøte må vurderes i det enkelte tilfelle og vil ikke nødvendigvis få innvirkning på oppsigelsesbeslutningen.

At brudd på drøftelsesplikten ikke automatisk fører til ugyldig oppsigelse følger av forarbeider jf. Ot. prp. nr. 50 (1993 – 1994).¹⁵⁰ En slik forståelse støttes av rettspraksis jf. Rt. 2003 s. 1071.¹⁵¹ Feil i saksbehandlingen ved oppsigelse får således betydning der hvor grunnlaget for oppsigelsen svekkes og saksbehandlingen generelt fremstår som uforsvarlig.

Et annet eksempel på feilens virkning er dom inntatt i LH – 2002 – 519 hvor det ikke hadde vært gjennomført forhandlinger med arbeidstaker.¹⁵² Oppsigelsen ble likevel vurdert som saklig da det ble foretatt forhandling mellom partene etter oppsigelsen, og den ble vurdert på nytt.¹⁵³ Tilbud av passende arbeid og omplassering var heller ikke uttrykkelig vurdert, men lagmannsretten vurderte forholdet til at bedriften drøftet disse muligheter i forhandlingsmøtet.¹⁵⁴ Dommen fastslår at saksbehandlingsfeilen ikke ble vurdert til å ha virket inn på selve avgjørelsen om oppsigelse. Dette ble begrunnet med at saksbehandlingsfeilene ble ansett som rettet ved at forhandlingsmøtet senere ble avholdt og oppsigelsen vurdert på nytt.

¹⁴⁸ TOSLO-2004-16215 s. 2.

¹⁴⁹ *op.cit.* s. 7.

¹⁵⁰ Ot.prp.nr. 50 (1993 – 1994) s. 183.

¹⁵¹ Rt. 2003 s. 1071 (49).

¹⁵² LH-2002-519 s. 6.

¹⁵³ *ibid.*

¹⁵⁴ *ibid.*

I de rettsavgjørelser som er vist til ovenfor, har domstolen fastslått feil i saksbehandlingen, men hvor feilen ikke har virket inn på oppsigelsens gyldighet. På et generelt grunnlag må det utledes at ikke alle saksbehandlingsfeil vil få betydning for saklighetsvurderingen. Dette gjelder særlig ved at flere av saksbehandlingsreglene som oppstilles er ordensforskrifter, slik som for eksempel drøftelsesplikten, hvor det er lagt til grunn i forarbeider at mangelen må vurderes i hvert enkelt tilfelle.¹⁵⁵

2. 6. 3 Kan saksbehandlingsfeil rettes?

Det synes klart at dersom det er gjort flere saksbehandlingsfeil og saksprosessen anses som utilstrekkelig, vil oppsigelsen være usaklig. Det avgjørende vil være om saksbehandlingsfeilen er av en slik karakter og betydning at oppsigelsen må anses som usaklig. Rettspraksis kan imidlertid hentyde til en tendens til at feil i saksgangen kan rettes med etterfølgende drøftelser og/ eller forhandlinger hvor oppsigelsen vurderes på nytt.¹⁵⁶ Ved at oppsigelsen kan vurderes på nytt gjennom slike samtaler, fører det slik sett til at lovens krav til saklighet oppfylles. Rettspraksis vist ovenfor kan hentyde til at det sentrale ved saksbehandlingen ikke er når kriteriene er oppfylt, men at saksbehandlingsreglene er oppfylt innen endelig beslutning av oppsigelse.

2. 6. 4 Rettslige følger av saksbehandlingsfeil

Ved at en mangelfull saksbehandling vil kunne få betydning for saklighetsvurderingen kan det stilles spørsmål om hvilke rettslige følger som kan inntre som følge av saksbehandlingsfeil.

Feil i saksbehandlingen vil for det første kunne føre til at oppsigelsen, herunder nedbemanning, må anses som usaklig etter aml. § 15 – 7 (1). Dette fremgår også direkte av aml. § 15 – 12 (1) første setning etter uttrykket ”Dersom oppsigelsen er i strid med §§ 15 – 6 til 15 – 10, skal retten, etter påstand fra arbeidstaker, kjenne oppsigelsen ugyldig”. Dette innebærer at oppsigelsene ikke kan følges gjennomføres. Etter aml. § 15 – 5 og § 17 – 3 kan arbeidstaker gå til søksmål for å få kjent en oppsigelse usaklig.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Ot.prp.nr. 50 (1993 – 1994) s. 183.

¹⁵⁶ Se eksempelvis LH-2004-5542 s. 11 og støttes av Ot.prp.nr. 50 (1993 – 1994) s. 183.

¹⁵⁷ Se eksempelvis Rt. 1966 s. 393 og TGJOV-2013-197060.

Videre kan arbeidstaker kreve erstatning etter aml. § 15 – 12 (2).¹⁵⁸ Dersom oppsigelsen kjennes ugyldig kan arbeidstakeren kreve erstatning for økonomiske tap, for forholdet mellom partene og andre øvrige omstendigheter jf. annet ledd. Bestemmelsen legger føringer på at krav om erstatning også vil gjelde ikke – økonomiske tap, såkalt oppreisningserstatning.¹⁵⁹ Bestemmelsen fastsetter videre at spørsmålet om oppsigelsens saklighet må vurderes av retten og ses i sammenheng med første ledd. Arbeidstakeren kan således kreve erstatning for tapt lønnsinntekt, fremtidig inntektstap for eksempel på grunn av vanskeligheter med å finne seg nytt arbeid og ikke - økonomiske tap.¹⁶⁰

Ved at det ikke følger et skyldkrav overfor arbeidsgiver etter bestemmelsen, vil dette kunne medføre at dersom oppsigelsen blir kjent ugyldig, skal det mindre til før en saksbehandlingsfeil vil kunne føre til erstatningsutbetaling.¹⁶¹ Et slikt eksempel er dom inntatt i Rt. 1972 s. 1330 hvor en arbeidstaker ble oppsagt som følge at personalet måtte reduseres på grunn av en brann i bedriftens lokaler.¹⁶² De omfattende skadene som følge av brannen gjorde at en betydelig del av arbeidstakerne overflødig.¹⁶³ Arbeidstakeren ble oppsagt uten at det var søkt å finne annen løsning gjennom forhandlinger mellom partene før beslutning av oppsigelse.¹⁶⁴ Flertallet uttalte at slikt møte ville med sannsynlighet ført til en annen løsning.¹⁶⁵ Saksøker ble som følge av saksbehandlingsfeilen tilkjent erstatning etter arbeidervernloven § 43 nr. 1.¹⁶⁶ Dommen fastslår at selv om oppsigelse ikke kjennes ugyldig, kan dette likevel medføre erstatningsutbetaling til arbeidstaker.

2. 6. 5 Avtale mellom partene

En annen mulig konsekvens av at oppsigelsen er ugyldig er at tvisten løses i minnelighet mellom partene gjennom sluttvederlag.¹⁶⁷ Sluttvederlag er en økonomisk godtgjørelse

¹⁵⁸ Se eksempelvis Rt. 1966 s. 393 s. 393 (etter daværende arbeidervernlov § 43) og LB-2009-12878, s. 2 (etter aml. § 15 – 12 (2)).

¹⁵⁹ Storeng m.fl. s. 591 og s. 585.

¹⁶⁰ *op.cit.* 585 - 586.

¹⁶¹ *op.cit.* s. 585.

¹⁶² Rt. 1972 s. 1330 s. 1330.

¹⁶³ *op.cit.* s. 1332.

¹⁶⁴ *op.cit.* s. 1334

¹⁶⁵ *ibid.*

¹⁶⁶ *ibid.*

¹⁶⁷ Storeng m.fl. s. 587.

som utbetales arbeidstakeren for å fratrukke stillingen.¹⁶⁸ Ordningen med sluttvederlag eller såkalt "sluttpakke", er ikke regulert av lov, men fremstår først og fremst som en adgang for å avslutte et arbeidsforhold internt for den enkelte bedrift.¹⁶⁹ Sluttvederlag vil følgelig være anlagt i avtalerettslige grunnlag. Likevel trekker aml. § 1 – 9 visse grenser for hva som kan avtales ved at bestemmelsen fastslår at loven ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstakeren. Det er imidlertid fastsatt i teori jf. Storeng at bestemmelsen ikke vil være til hinder for inngåelse av sluttavtaler.¹⁷⁰ Det følger av forarbeider at sluttvederlag kan brukes som ordning ved at arbeidsgivere kan føle seg presset og kjøper seg ut av mulige konflikter for å unngå kostbare prosesser.¹⁷¹ Sluttvederlag kan følgelig anses som en mulig konsekvens hvor saksbehandlingen er mangelfull og arbeidstakeren gjør krav på slikt vederlag.

2. 6. 6 Andre følger av saksbehandlingsfeil

Sammenfallende med de rettslige konsekvenser ved saksbehandlingsfeil, er for det første en svekkelse av formålet for nedbemanning, nemlig kostnadsbesparelse. Arbeidsgiver vil måtte fortsette arbeidsforholdet med vedkommende dersom oppsigelsen blir kjent ugyldig og medfører en fortsatt lønnsutbetaling. Videre vil arbeidsgiver også måtte utbetale etterfølgende kostnader dersom arbeidstakeren tilkjennes erstatning samt saksomkostninger ved en rettstvist mellom partene. Formålet med nedbemanningen vil ytterligere reduseres hvor slike omkostninger er gjeldende overfor flere arbeidstakere. Dette vil være kritisk for de tilfeller nedbemanning er tiltrengt for å sikre driften.

For det andre bidrar slike prosesser til at nedbemanningsprosessen trekkes ut ved at arbeidsgiver står tilbake med å foreta ny vurdering og gjennomføring av nedbemanningen.

2. 6. 7 Nedleggelse av virksomhet med påfølgende oppstart

Dersom det foreligger saksbehandlingsfeil kan det stilles spørsmål om arbeidsgiver kan legge ned, (avvikle), hele virksomheten for å unnsnippe formalitetene og følgene av eventuelle feil i saksbehandlingen. Saken vil kunne være aktuell for mindre

¹⁶⁸ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 357.

¹⁶⁹ Se eksempelvis LB-2002-2932 og Storeng m.fl. s. 587 - 588

¹⁷⁰ Storeng m.fl. s. 587.

¹⁷¹ NOU 2004 : 5, *Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst* s. 326.

virksomheter med få ansatte og hvor nedbemanning er mer eller mindre tiltrengende. Problemstillingen er ikke behandlet inngående i verken rettspraksis eller teori.

I juridisk teori jf. Storeng er antatt at det tilligger virksomheten i kraft av sin eiendomsrett å beslutte nedleggelse.¹⁷² En slik forståelse støttes av rettspraksis jf. Rt. 1989 s. 508 hvor retten fastslo at beslutning av nedleggelse tilligger bedriftseiernes styringsfunksjoner.¹⁷³ Det stilles i utgangspunktet ikke noen krav til at nedleggelse krever nødvendig eller saklig grunnlag. Dette taler for at nedleggelse av virksomheten kan være mer "attraktivt" å gjennomføre framfor en krevende saksbehandlingsprosess ved oppsigelser i form av nedbemanning.

Det kan videre stilles spørsmål om det foreligger noen saksbehandlingskrav for en nedleggelsesprosess. I juridisk teori jf. Fougner er det antatt at det ved nedleggelse av hele virksomheten i utgangspunktet ikke vil oppstå spørsmål om utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier.¹⁷⁴ Aml. § 15 – 2 vil imidlertid gjelde for større virksomheter med over 50 ansatte hvor det stilles krav til saksbehandlingen gjennom informasjons – og drøftelsesplikten. Bestemmelsen vil i utgangspunktet ikke gjelde for mindre virksomheter, men som det er redegjort for jf. punkt 2. 5. 1. 6, vil bestemmelsen kunne ha overføringsverdi til disse situasjoner. Følgelig må det antas at det vil gjelde færre saksbehandlingsregler for virksomheter som velger å nedlegge driften, men det vil være hensiktsmessig at arbeidsgiver overholder den kollektive drøftelsesplikten overfor arbeidstakerne.

Spørsmålet blir deretter om arbeidsgiver kan nedlegge virksomheten for så å starte opp samme virksomhet igjen, uten å bli hindret av fortrinnsretten jf. aml. § 14 – 2. Ordlyden krever at arbeidstaker som er oppsagt som følge av oppsigelse i virksomhetens forhold, har fortrinnsrett til ny ansettelse i samme virksomhet jf. første ledd. En begrensning av fortrinnsretten følger av de tilfeller hvor arbeidstakeren ikke er kvalifisert for stillingen jf. første ledd samt at fortrinnsretten fordrer at arbeidstakeren har vært ansatt i virksomheten i minst 12 måneder jf. tredje ledd. Fortrinnsrett innebærer en førsterett til

¹⁷² Storeng m.fl. s. 495.

¹⁷³ Rt. 1989 s. 508 s. 513.

¹⁷⁴ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 305.

stilling foran andre arbeidstakere når stilling blir ledig og som kan overtas.¹⁷⁵ Fortrinnsretten vil være gjeldende fra oppsigelsestidspunktet og i ett år fra utløpet av oppsigelsesfristen jf. bestemmelsens fjerde ledd. Formålet med bestemmelsen er å forhindre at virksomheter benytter seg av kortvarige driftsinnskrenkninger for utskifting av arbeidstakere.¹⁷⁶

Om fortrinnsretten gjør seg gjeldende fordrer av lovteksten at rett til nyansettelse skjer innenfor "samme virksomhet". Det vil følgelig måtte vurderes om dersom en virksomhet nedlegger driften og starter opp igjen er "samme virksomhet". Av forarbeider følger at virksomhetsbegrepet må ses i sammenheng med arbeidsgiverbegrepet, hvor virksomheten ofte vil være sammenfallende med arbeidsgiver som rettssubjekt og som arbeidsforholdet er knyttet til.¹⁷⁷ Forarbeider peker således i retning av at det avgjørende vil være om det er tale om samme arbeidsgiver. Dersom en virksomhet nedlegger for så å starte opp igjen med ny virksomhet med samme ledelse, kan dette tale for at virksomheten er den samme før nedleggelsen. Således må antas at fortrinnsretten vil være gjeldende. Ved at bestemmelsen søker å verne om omgåelse av stillingsvernet gjennom fortrinnsretten er dette også en rimelig forståelse.¹⁷⁸

Det må likevel kunne stille seg noe annerledes der en virksomhet avvikles, og deretter starter opp igjen med nytt organisasjonsnummer, men nå har utvidet sitt formål, og søker arbeidstakere med andre kvalifikasjoner enn tidligere. Av rettspraksis som gjelder for krav om kvalifikasjoner ved nedbemanning, følger det at virksomheten kan vektlegge krav om kvalifikasjon som virksomheten har behov for.¹⁷⁹ Momentet vil kunne ha overføringsverdi til saker om nedleggelse ved at virksomheten har behov for en gitt kompetanse. Herunder må det antas at virksomheten ikke er "samme virksomhet" jf. aml. § 14 - 2 (1) ved at driften består av ny produksjon eller endret tjenestetilbud.

Selv om det i utgangspunktet er tale om samme arbeidsgiver, må virksomhetens art før og etter nedleggelse gi føringer på at fortrinnsretten da ikke vil gjelde. Det avgjørende vil være om virksomhetens formål er så utvidet eller endret at den ikke vil falle inn

¹⁷⁵ Storeng m.fl. s. 524 og s. 118.

¹⁷⁶ Ot.prp.nr. 49 (2004 - 2005) s. 222.

¹⁷⁷ *ibid.*

¹⁷⁸ Ot.prp.nr. 41 (1975 - 1976) s. 27 og Ot.prp.nr. 49 (2004 - 2005) s. 222.

¹⁷⁹ Se eksempelvis RG-2011-113 s. 6.

under kravet om "samme virksomhet". Videre vil arbeidstakeren som krever gjeninntakelse jf. fortrinnsretten i slike saker, måtte være skikket til stillingen gjennom kvalifikasjonskravet etter første ledd. Det følger av forarbeider at vurderingen om arbeidstakeren er kvalifisert for stillingen beror på en sammensatt vurdering, herunder faglige og personlige forutsetninger og kvalifikasjoner samt at det ikke kreves at kvalifikasjonene er høyere nivåmessig enn det som må anses gjennomsnittlig for stillingen.¹⁸⁰ Dette vil bero på en konkret vurdering og det må følgelig kunne stilles krav om at kvalifikasjonene som kreves ved opprettelsen av ny virksomheten er av en slik karakter at de ikke er sammenlignbare eller er såpass endret at fortrinnsretten ikke kan gjøres gjeldende.

Sist, men ikke minst, blir spørsmålet om avvikling av mindre selskaper er en ulovlig omgåelse av aml. § 15 – 7, og da om det finnes en ulovfestet gjennomskjæringsregel lik den en har på for eksempel skatterettens områder mot illojale tilpasninger mot skatteloven utelukkende for å spare skatt.¹⁸¹ De eksisterende kilder kan neppe oppstille en slik omgåelsesregel, men det er ikke utenkelig at domstolen kan trekke opp denne i de tilfeller der omgåelse av reglene er helt fremme i dagen. Det er likevel fastsatt av dom inntatt i TOVRO – 2009 – 85847 at det ikke finnes rettslig grunnlag for en såkalt omgåelseslære ved virksomhetsoverdragelser.¹⁸² Det må antas at dette også er gjeldende for avviklingstilfeller.

2. 6. 7. 1 Får reglene om fortrinnsrett anvendelse ved konkurs?

Dersom arbeidsgiver har gjort feil i saksbehandlingen blir spørsmålet om arbeidsgiver kan melde oppbud. Aml. § 14 – 2 (7) gir føringer på fortrinnsrettens gyldighet om virksomhet som går konkurs.

Ordlyden krever at fortrinnsretten vil være gjeldende ved at virksomheten går konkurs, men fordrer at virksomheten fortsetter eller gjenopptas jf. fjerde ledd. Bestemmelsen sikter således til de tilfeller hvor driften opphører i et kortere tidsrom og deretter gjenopprettes.¹⁸³

¹⁸⁰ Ot.prp.nr. 49 (2004 – 2005) s. 329.

¹⁸¹ Gjennomskjæringsregel; se definisjon i Rt. 2007 s. 209 (39).

¹⁸² TOVRO-2009-85847 s. 7.

¹⁸³ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 429.

Herunder kan ikke konkurs og nedleggelse anses som lik opphørsgrunn, ved at beslutning om nedleggelse er tillagt virksomhetens egen beslutningsrett. Konkurs vil herunder måtte innebære en omfordeling av virksomhetens verdier til kreditorer hvor den økonomiske drift ikke vil være regningsvarende og virksomheten må tvangsopphøre etter reglene i konkursloven av 8. Juni 1984 nr. 58.¹⁸⁴ Likevel vil oppsigelse i virksomhetens forhold kreve en saklig begrunnelse jf. § 15 – 7 (1) og det må antas at nedleggelse krever et visst grunnlag basert på at fortsatt drift ikke er regningsvarende. En slik forståelse støttes av teori jf. Johansen og Stueland hvor det er antatt at det ved nedleggelser også vil gjelde et saklighetskrav.¹⁸⁵ Gjennom teori er det videre lagt til grunn at arbeidsgiver må sannsynliggjøre og dokumentere behovet for oppsigelse i virksomhetens forhold.¹⁸⁶ Slik sett legger grunnlaget for nedleggelse opp til samme grunnlag for konkurs ved at saklighetskravet vil måtte kreve en viss tiltrengt økonomisk situasjon. Slik sett vil nedleggelsessituasjonene også komme innenfor bestemmelsens syvende ledd. Det kan følgelig utledes at arbeidsgiver ikke kan nedlegge virksomheten for å omgå fortrinnsretten etter § 14 – 2 (2) og (7) samt de øvrige formalia som stilles etter aml. § 15 – 7 (1) og (2).

2. 6. 8 Sammenfatning

Etter en samlet vurdering fremstår virkninger av saksbehandlingsfeil først og fremst av økonomisk art. Hensynet til forsvarlig saksbehandling er her fremtredende for å unngå både de rettslige og økonomiske konsekvenser ved mangelfull saksbehandling. En riktig utførelse av nedbemanningsprosessen fremmer til mindre konflikter i arbeidslivet. Dette er både arbeidstakeren og arbeidsgiver tjent med.

3. Utvelgelsesprosessen ved nedbemanning

3. 1 Innledende bemerkninger

Som nevnt innledningsvis vil en oppsigelse på grunn av nedbemanning og restrukturering forutsette at oppsigelsen er saklig begrunnet i *virksomhetens forhold*.

¹⁸⁴ Pål Børresen, *Konkurs, Enkeltforfølgning, gjeldsforhandlinger og konkurs*, 7. utgave, Kristiansand 2013 s. 16 og s. 20.

¹⁸⁵ Johansen og Stueland s. 745.

¹⁸⁶ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 253.

Saklighetskravet innebærer også at *utvelgelsen* av hvilke ansatte som sies opp må være saklig.¹⁸⁷ Skjematisk kan oppsigelsesprosessen beskrives slik at virksomheten først må identifisere overtalligheten, herunder hvilke stillinger som er overtallige. Når dette er gjort blir det spørsmål om utvelgelse, dvs. hvilke ansatte som skal sies opp. Det følger av praksis omkring oppsigelsesbestemmelsene at dette ikke behøver å være stillingsinnehaveren.¹⁸⁸ Dersom stillingsinnehaveren f. eks. har betydelig lengre ansiennitet enn andre ansatte, kan det foreligge en plikt for virksomheten å tilby stillingsinnehaveren en av de andre ansattes stilling, og dermed gå til oppsigelse av den andre ansatte.¹⁸⁹ Dette er i prinsippet noe annet enn plikten til å tilby annet passende arbeid. Utvelgelsen krever en vurdering av utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier, herunder vekting av disse. Det vises her til Rt. 1992 s. 776 og LG – 2012 - 21139.¹⁹⁰

I forhold til *utvelgelseskrets* er utgangspunktet at virksomheten må ses under ett, dvs. at utvelgelsen av hvilke ansatte som skal sies opp må omfatte hele virksomheten. Dette omhandles nærmere under punkt 3. 2.

Utvelgelsesprosessen utgjør således den faktiske del av nedbemanningsprosessen hvor overtallige arbeidstakere sies opp.

Saklig valg av hvem som skal sies opp må avgjøres på bakgrunn av utvelgelse av ansatte innen en saklig utvelgelseskrets samt saklige kriterier arbeidsgiver har oppstilt på forhånd.¹⁹¹ Således må både grunnlaget for oppsigelsen samt utvelgelsen av overtallige arbeidstakere være saklig.¹⁹²

¹⁸⁷ Se eksempelvis LG-2012-21139 s. 5 og LB-2013-183150 s. 9.

¹⁸⁸ Se eksempelvis TGJOV-2013-197060 s. 9.

¹⁸⁹ *ibid.*

¹⁹⁰ Rt. 1992 s. 776 s. 782 og LG-2012-21139 s. 5.

¹⁹¹ Storeng m.fl. s. 493.

¹⁹² *op.cit.* s. 499.

3. 2 Utvelgelseskrets

Gjennom utvelgelsen av overtallige arbeidstakere må arbeidsgiver foreta en konkret vurdering basert på ulike faktorer. Disse faktorer må være oppstilt før faktisk utvelgelse av overtallige arbeidstakere gjøres.

3. 2. 1 Hele virksomheten skal vurderes

Utgangspunktet er at utvelgelsen omfatter hele virksomheten, men arbeidsgiver kan velge å innskrenke kretsen av hvem utvelgelsen skal gjelde.¹⁹³ Uttrykket utvelgelseskrets er ikke nevnt i lovteksten, men rettspraksis har presisert at dette er en del av saklighetsvurderingen i aml. § 15 – 7 (1).¹⁹⁴ Utvelgelseskrets vil imidlertid måtte knytte seg til virksomhetsbegrepet i bestemmelsens annet ledd.¹⁹⁵ Det vises til punkt 2. 2 vedrørende virksomhetsbegrepet. Herunder må arbeidstakerens rett til annet passende arbeid og interesseavveiningen knyttes til ”virksomheten”.¹⁹⁶ Utvelgelseskrets følger således av rettspraksis og teori som en unntaksvis adgang for innskrenking av krets.¹⁹⁷ En slik innskrenking krever et saklig grunnlag jf. eksempelvis Rt. 1992 s. 776 og LH – 2003 – 13169.¹⁹⁸

Hvilke forhold kan således gi saklig grunnlag for bruk av utvelgelseskrets? Rettspraksis viser at flere momenter vil ha betydning for saklighetsvurderingen ved bruk av avgrensning av utvelgelseskretsen.

I dommene inntatt i Rt. 1992 s. 776 og LH – 2003 - 13169 er det fastslått at vesentlig driftshensiktsmessige hensyn kan begrunne slik avgrensning.¹⁹⁹ Virksomhetens prekære økonomiske situasjon og tidspress er tillatt lagt til grunn for sakligheten for innskrenking av utvelgelseskretsen jf. Rt 1992 s. 776.²⁰⁰ Følgelig vil forhold som knytter seg til virksomhetens økonomiske situasjon samt tidsmessige hensyn kunne danne saklig grunnlag for innskrenking av utvelgelseskretsen. Praksis vist ovenfor

¹⁹³ Se eksempelvis LG-2012-21139 s. 5 og Storeng m.fl. s. 512.

¹⁹⁴ LG-2012-21139 s. 5 og TGJOV-2013-197060 s. 8.

¹⁹⁵ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 313.

¹⁹⁶ *ibid.*

¹⁹⁷ Se eksempelvis Rt. 1992 s. 776 s. 781 og Storeng m.fl. s. 512.

¹⁹⁸ Rt. 1992 s. 776 s. 781 og LH-2003-13169 s. 6.

¹⁹⁹ *ibid.*

²⁰⁰ Rt. 1992 s. 776 s. 781.

viser imidlertid at det må foreligge tungtveiende økonomiske grunnlag for slik avgrensning.

Videre vil virksomhetens størrelse ha betydning for saklighetsvurderingen ved utvelgelseskrets. Størrelsen får særlig betydning for omplasseringsplikten jf. aml. § 15 – 7 (2). Momentet vil også måtte ses i sammenheng med hvilke praktiske problemer som kan oppstå dersom hele virksomheten er utvelgelseskrets.²⁰¹ Dom jf. Rt. 1992 s. 776 kan gi visse føringer på momentet. Retten la blant annet vekt på at banken hadde lokale avdelinger eller filialer spredt over et større geografisk område, noe som gjorde det hensiktsmessig å foreta nedbemanningen i avgrensede kretser.²⁰² Arbeidsoppgaver og øvrige forhold i stillingsutøvelsen vil videre ha betydning for om enhetene kan vurderes enkeltvis jf. eksempelvis RG – 2004 – 222.²⁰³

3. 2. 2 Avgrensning av utvelgelseskrets

I dom inntatt i TGJOV – 2013 – 19706 ble spørsmålet om arbeidsgiver kunne gjøre en avdelingsvis innskrenkning vurdert.²⁰⁴ Retten fastslo at det ikke fremstod som naturlig å foreta en avdelingsvis utvelgelse sett i sammenheng med at avdelingsstrukturen varierte hyppig og ville medføre en vilkårlig utvelgelse overfor de ansatte ved at arbeidstakerne som ble flyttet over til nye avdelinger i virksomheten stod sist til å beholdes.²⁰⁵ I dom inntatt i RG. 1990 s. 1098 fastslo retten at det ikke var naturlig å se arbeidsstasjoner i produksjonen separat ved at samtlige av funksjonene utfylte hverandre.²⁰⁶ Dersom avdelingsvis avgrensning skal anvendes, må slik avgrensning ta utgangspunkt i at en klart kan skille enhetene fra hverandre og at de ikke er avhengige av hverandre.

Spørsmålet om avgrensning av filialer ble berørt i Rt. 1992 s. 776. Det ble imidlertid ikke foretatt en vurdering ut fra virksomhetsbegrepet i aml. § 15 – 7 (2), men senere praksis jf. eksempelvis dom inntatt i Rt. 1997 s. 623 hentyder at dommen kan gi føringer om tillatt avgrensning til filialer.²⁰⁷ I gjeldende sak ble filialene vurdert isolert med en

²⁰¹ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 317.

²⁰² Rt. 1992 s. 776 s. 782.

²⁰³ RG-2004-222 s. 8.

²⁰⁴ TGJOV-2013-197060 s. 9.

²⁰⁵ *op.cit.* s. 10.

²⁰⁶ RG-1990-1098 s. 1106.

²⁰⁷ Rt. 1997 s. 623 s. 630 - 631 og støttes av Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 316.

konsekvens at arbeidstakere med lengre tilsettelsestid og bedre kvalifikasjon kunne sies opp framfor øvrige arbeidstakere.²⁰⁸ Høyesterett fastslo at filialer kunne anvendes som utvelgelseskrets med bakgrunn i hensyn til den prekære økonomiske situasjon, nylig gjennomførelse av fusjoner i flere lokale banker samt det betydelige geografiske område banken dekket.²⁰⁹

Dom inntatt i Rt. 1997 s. 623 gir en videre avklaring i forhold til avgrensning av kretser. Saken gjaldt spørsmål om usaklig oppsigelse ved at arbeidstakerne ved et senter i kommunen som var blitt oppsagt, ikke hadde fått tilbud om passende arbeid.²¹⁰ Flertallet mente at kommunen ikke var arbeidsgiver, men måtte vurderes ut at fra senteret måtte anses som et selvstendig rettssubjekt.²¹¹ Mindretallet mente at senteret måtte inngå som del av kommunen og følgelig måtte anses som arbeidsgiver.²¹² Dette førte til at omplasseringsmulighetene ville bli betydelig redusert dersom enheten skulle anses som et selvstendig rettssubjekt.²¹³ Høyesterett bemerker at spørsmålet om en enhet skal anses som selvstendig rettssubjekt eller ikke, har betydning for oppsigelsesspørsmålet og må ses i sammenheng med omplasseringsplikten. Poenget vil være at i større bedrifter vil omplasseringsplikten komme tydeligere fram, men vil være redusert i mindre virksomheter.

En naturlig avgrensning av utvelgelseskretsen kan videre være geografiske avstander. Dom inntatt i RG – 2004 – 222 kan tas til en viss støtte for at dette er relevant. I henviste sak uttaler mindretallet at det ikke er naturlig å se hele selskapet under ett fordi det var for stor geografisk spredning.²¹⁴ Flertallet fastsatte med henvisning til Rt. 1992 s. 776 at den geografiske avstand ikke hadde betydning ved at virksomheten var i en prekær økonomisk situasjon.²¹⁵

Spørsmålet blir videre om det er mulig å avgrense utvelgelseskretsen ytterligere og deretter om det da eksisterer et skjerpene krav til saklighetsvurderingen. I dom inntatt

²⁰⁸ Rt. 1992 s. 776 s. 781.

²⁰⁹ *op.cit.* s. 781 - 782.

²¹⁰ Rt. 1997 s. 623 s. 623 og s. 630.

²¹¹ *op.cit.* s. 630.

²¹² *op.cit.* s. 635.

²¹³ *ibid.*

²¹⁴ RG-2004-222 s. 8.

²¹⁵ *ibid.*

i TGJOV – 2013 – 197060 fastslo retten at siden innskrenkning av kretsen ikke var anvendt før ved tidligere reduksjonsprosesser av arbeidsstyrken, måtte forholdet tillegges skjerpene vekt ved saklighetsvurderingen.²¹⁶ Dommen fastslår at det må foreligge tungtveiende hensyn for å begrunne utvelgelse *i deler* av virksomheten framfor hele. Av den praksis det er gjort rede for ovenfor, henspiller dette særlig til at sammenligning av arbeidstakerne da vil skje innenfor hver enkelt krets i virksomheten som vil få betydning for omplasseringsplikten. Det vil være en redusert mulighet til å få tilbudt annet passende arbeid i andre seksjoner av virksomheten dersom det foretas en utvelgelse blant avgrensede kretser innad i virksomheten.

Rettspraksis viser at avgrensning av krets utover saklighetskravet må være forbeholdt i de tilfeller det er mulig å adskille de ulike kretser fra hverandre. Dette kan være avdeling, filialer eller funksjoner innad i virksomheten. Herunder må vurderes om funksjonene har betydning som helhet og hvor innskrenkning i krets vil føre til en vilkårlig utvelgelse. Formålet med en utvelgelse av bestemte deler av virksomheten er først og fremst at det vil kunne være avgjørende og hensiktsmessig for å opprettholde den økonomiske drift, konkurransedyktighet og kompetansebehov.²¹⁷ Videre vil formålet med valg av utvelgelseskrets relatere seg til praktiske hensyn hvor en generell reduksjon av arbeidstokken vil være vanskelig å gjennomføre. Disse formål må videre ses i sammenheng med hensynet til å begrense den uro en nedbemanningsprosess gjerne vil føre med seg.²¹⁸ Avgrensning kan føre til urimelige resultater overfor den enkelte arbeidstaker.

3. 3 Kriterier for utvelgelse

I tillegg til valg av utvelgelseskrets ved utvelgelse av overtallige arbeidstakere, vil valg av utvelgelseskriterier også gjøre seg gjeldende for vurderingsprosessen.

Valg av utvelgelseskriterier for nedbemanning framgår heller ikke eksplisitt av loven, men er en ufravikelig del av saklighetsvurderingen jf. rettspraksis, se eksempelvis Rt. 1986 s. 879 og Rt. 2011 s. 609 og er også fastsatt i teori jf. Fougner.²¹⁹

²¹⁶ TGJOV-2013-197060 s. 9.

²¹⁷ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 312 - 313.

²¹⁸ *op.cit.* s. 313.

²¹⁹ Rt. 2011 s. 609 (60) og Rt. 1986 s. 879 s. 886 og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 305.

Utvelgelseskriterier som benyttes må følgelig være saklige som innebærer at kriteriene generelt må være forsvarlige og hindre usaklig forskjellsbehandling.²²⁰

Utvelgelseskriterier utgjør bestemte betingelser som styrer valget av hvem som skal sies opp jf. Rt. 2011 s. 609 og det er fastsatt i teori jf. Fougner at utvelgelseskriterier benyttes for å identifiseres de arbeidstakere som må anses som overtallige.²²¹

3. 4 Relevante utvelgelseskriterier

3. 4. 1 Ansiennitetsprinsippet

Ansiennitet som utvelgelseskriterium er fastsatt tillatt brukt ved nedbemanning, jf. eksempelvis Rt. 1986 s. 879 og juridisk teori jf. Storeng.²²² For oversiktens del vil ansiennitetsprinsippet være utgangspunkt for tariffbundne bedrifter.²²³

Begrepet ansiennitet må naturlig forstås som en form for varighet og bundethet, herunder omfang av arbeidsforhold. Det følger av rettspraksis og teori at ansiennitet forstås som lengde på arbeidsforhold herunder tjenestetid og tilknytning i form av arbeidsforhold.²²⁴ I utgangspunktet innebærer ansiennitetsprinsippet at den sist ansatte er den første til å måtte gå.²²⁵

3. 4. 1. 1 Betydningen av ansiennitetsprinsippet

I dom inntatt i Rt. 1986 s. 879 fastslo retten at en ansiennitet på åtte år utgjorde en kortvarig ansettelsestid.²²⁶ Det er følgelig ikke enhver ansiennitet som får relevans. Ansienniteten må være forholdsvis lang og det må antas å være lengre enn omtrentlig 10 år. En slik forståelse støttes av juridisk teori jf. Fougner.²²⁷

I tillegg til at antall år arbeidstaker har vært tilsatt hos arbeidsgiver er relevant, vil dette også gjelde forskjeller i ansienniteten mellom arbeidstakerne. Dette følger av

²²⁰ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 306.

²²¹ Rt. 2011 s. 609 avsnitt (62) og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 304.

²²² Rt. 1986 s. 879 s. 886 - 887 og Storeng m.fl. s. 500.

²²³ Johansen og Stueland s. 749.

²²⁴ Rt. 1986 s. 879 s. 886 og http://www.idunn.no/file/pdf/66670225/Om_ansiennitet.pdf, sist besøkt 11.12.14

²²⁵ Storeng m.fl. s. 500.

²²⁶ Rt. 1986 s. 879 s. 886 og støttes av Storeng m.fl. s. 501.

²²⁷ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 310.

rettspraksis jf. eksempelvis Rt. 1986 s. 879.²²⁸ Høyesterett uttalte herunder at arbeidstakerne ikke hadde vært tilsatt særlig lenge, og at det heller ikke forelå betydelige forskjeller i tilsettelsestiden mellom arbeidstakerne.²²⁹

Ovennevnte betyr at det må foretas en vekting av enten særlig lang ansiennitet eller at det foreligger større ansiennitetsforskjeller.²³⁰ Hva gjelder anvendelse av ansiennitetsforskjell ved vurderingen av hvem som skal sies opp, innebærer begrepet at det må foreligge en forskjell i ansettelsestid mellom virksomhetens arbeidstakere som tillegges betydning ved utvelgelsen.²³¹ Et slikt eksempel følger av RG – 2001 – 1098 hvor den ene arbeidstakeren hadde 31 års ansettelsestid i virksomheten, mens den andre hadde 17 års ansettelsestid.²³² Det ble ansett å være en betydelig ansiennitetsforskjell mellom de to arbeidstakerne. I juridisk teori er det generelt antatt at det må foreligge en ansiennitetsforskjell på 10 – 15 år for å kunne få betydning.²³³ Det er tillegg antatt at arbeidsgiver skal vise varsomhet med å tillegge ansiennitetsforskjeller for stor vekt i de tilfeller arbeidsforholdene ikke har hatt særlig lang varighet.²³⁴

Med de rettsregler som følger av rettspraksis i sammenheng med teori, kan det i utgangspunktet antas at forskjell i ansiennitet først får betydning ved 10 – 15 års ansettelsestid.²³⁵ Det vil imidlertid måtte vurderes konkret i det enkelte tilfelle med en sammenligning av arbeidstakernes ansiennitet, uansett lengde på arbeidsforholdet. Det er i rettspraksis imidlertid lagt føringer om at arbeidsgiver må være berettiget til å vektlegge andre hensyn enn ansiennitet.²³⁶

3. 4. 1. 2 Beregning av ansiennitet

I utgangspunktet fastsettes ansiennitet etter sammenhengende tjenestetid for de tilfeller partene ikke er bundet av særavtaler.²³⁷ Utgangspunktet vil være at ansienniteten

²²⁸ Rt. 1986 s. 879 s. 886.

²²⁹ *ibid.*

²³⁰ Storeng m.fl., s. 500 - 501.

²³¹ RG-2001-1098 s. 5.

²³² *ibid.*

²³³ Storeng m.fl. s. 500.

²³⁴ *op.cit.* s. 500 og s. 501.

²³⁵ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 310.

²³⁶ Se eksempelvis Rt. 1986 s. 879 s. 886.

²³⁷ Storeng m.fl. s. 502.

beregnes ut fra tilsettelsestid innenfor samme virksomhet, det vil si det rettssubjekt arbeidstakeren har vært ansatt i.²³⁸ Rettspraksis fastslår at den tidsmessige beregning starter fra det år arbeidstakeren ble ansatt i virksomheten og inngikk arbeidsforhold.²³⁹

Dersom ansienniteten er forholdsvis lik mellom arbeidstakerne, fastsettes denne fra dato arbeidsforholdet ble inngått, se eksempelvis RG – 1990 – 1098.²⁴⁰ Dette innebærer at lovlige opphold i arbeidsforholdet slik som permisjon, sykefravær, fødselsperioder og utdannelsesforløp som er avtalt med arbeidsgiver ikke vil kunne medtas i beregningen.

²⁴¹ Reelle hensyn gjør seg her gjeldende ved at lovlige permisjoner fra arbeidsforholdet da ville kunne anvendes til å ”straffe” arbeidstakeren på en urimelig måte.²⁴²

3. 4. 2 Kvalifikasjoner

Kvalifikasjon eller kompetanse som utvelgelseskriterium må forstås som et bredt omfavnet begrep som vil omfatte ulike typer kompetanse av formell og subjektiv verdi.

Kvalifikasjon som saklig utvelgelseskriterium er fastsatt gjennom rettspraksis, se eksempelvis RG – 2003 - 584 og følger av teori jf. Fougner.²⁴³

Anvendelse av kvalifikasjon som utvelgelseskriterium vil måtte grunnlegges i en vurdering av hvilke arbeidstakere virksomheten har behov for etter gjennomført nedbemanningsprosess.²⁴⁴ Kvalifikasjonsprinsippet gjør seg særlig gjeldende ved at kvalifikasjoner innad i virksomheten er nødvendig for å sikre økonomisk drift og sikre virksomhetens tilbud av tjenester. Eksempelvis kan dette være formell kompetanse, herunder utdanning, fagbrev og yrkeserfaring, men også annen form for mer subjektiv kompetanse som evne til å oppnå resultater.²⁴⁵

²³⁸ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 309.

²³⁹ Se eksempelvis Rt. 1986 s. 879 s. 886 og TOSLO–2009–41725 s. 7.

²⁴⁰ RG–1990–1098 s. 1104.

²⁴¹ Storeng m.fl. s. 502.

²⁴² *ibid.*

²⁴³ RG–2003–584 s. 24 og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 306.

²⁴⁴

<http://www.virke.no/virkehjelperdeg/juridiskbistand/Documents/Utvelgelseskriteriervednedbemanning.pdf>, sist besøkt 11.12.14

²⁴⁵ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 307 og TOSLO–2008–195723 s. 6.

Kvalifikasjoner som utvelgelseskriterium gjør seg særlig gjeldende for virksomheter med spesialiserte tjenester og krevende arbeidsoppgaver.²⁴⁶ På denne måten vil kvalifikasjonsprinsippet kunne stille seg mindre aktuell ved virksomheter uten slikt behov. Kvalifikasjonsprinsippet vil imidlertid kunne ha større vekt ved utvelgelse på lederplan hvor kompetanse inngår som en sentral del av stillingen.²⁴⁷

Arbeidsgiver har adgang til å legge vekt på virksomhetens behov, herunder hvilken kompetanse de ønsker å sitte igjen med etter fullført nedbemanning. I dom inntatt i LB – 2005 – 42380 spesifiserte arbeidsgiver mer eller mindre særegne krav til innholdet av kompetansekravet. I gjeldende sak ble kompetansekriteriet spesifisert ut fra evne til å ”arbeide strukturert med planlegging, veiledning, opplæring og oppfølging og skriftlig framstillingsevne”.²⁴⁸ Lagmannsretten hadde ingen bemerkninger i forhold til de spesifikasjoner som i gjeldende sak gjaldt for kompetansekriteriet.

3. 4. 3 Personlig egnethet

Personlig egnethet som utvelgelseskriterium vil måtte innebære subjektive forhold ved arbeidstakeren som for eksempel gjør at vedkommende passer inn i sammensetningen i arbeidsstyrken.²⁴⁹

I dom av LB – 2005 – 42380 ble personlig egnethet tillagt som et av de momenter som fikk betydning for utvelgelsen.²⁵⁰ Retten foretok en konkret vurdering om hvilke arbeidstakere det var saklig grunn til å si opp, herunder blant annet personlig egnethet. I saken foretok ikke retten en konkret vurdering basert på personlig egnethet, hvor kriteriet sammenfalt mer eller mindre generelt i vurderingen.²⁵¹ Av dommen utledes at personlig egnethet vil kunne være et saklig utvelgelseskriterium, men vil måtte ses i sammenheng med øvrige momenter av betydning for utvelgelsen. Det må antas at personlig egnethet gjør seg aktuelt ved større virksomheter eller avdelinger, og hvor samarbeid i grupper er relevant i arbeidet.

²⁴⁶ <http://www.arbeidsrettsadvokater.no/kompetanse/opsigelse/>, nettside sist besøkt 11.12.14

²⁴⁷ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 307

²⁴⁸ LB-2005-42380 s. 7.

²⁴⁹ Storeng m.fl. s. 515 – 516.

²⁵⁰ LB-2005-42380 s. 7.

²⁵¹ *op.cit.* s. 7 - 8.

En annen dom av betydning er dom inntatt i TOSLO – 2008 – 195723 hvor retten fant at det ikke var usaklig å vektlegge det som i avgjørelsen blir benevnt som evne til å følge opp en betydelig stor kundegruppe samt rekruttering av nye kunder. Arbeidsgiver hadde tillagt denne evnen under et skjønnsmessig og vagt kompetansekriterium.²⁵² Retten kom fram til at oppsigelsen av gjeldende arbeidstaker var saklig, ved at flere av de øvrige arbeidstakerne hadde samme evne og i tillegg hadde større kundegrupper.²⁵³ Selv om slik evne inngikk i et større kompetansekriterium må det antas at en slik evne vil inngå i samme betydning av kriterium om personlig egnethet da dette relaterer seg til subjektive forhold og er egenskaper den enkelte arbeidstaker innehar.

3. 4. 4 Hensynet til eldre arbeidstakere

At arbeidsgiver bør ta hensyn til eldre arbeidstakere ved utvelgelse av overtallige arbeidstakere følger av rettspraksis jf. eksempelvis TOSLO – 2003 – 591 og teori jf. Fougner.²⁵⁴ At det bør tas hensyn til eldre arbeidstakere gjør seg særlig gjeldende i interesseavveiningen mellom virksomhetens behov og arbeidstakerens ulempe som følge av oppsigelse, jf. aml. § 15 – 7 (2).²⁵⁵

Rimelighetshensyn gjør seg gjeldende overfor vern av eldre arbeidstakere ved at det vil kunne være vanskeligere for en eldre arbeidstaker å få annet arbeid framfor yngre arbeidstakere.²⁵⁶ Hensyntagende overfor eldre arbeidstakere må følgelig anses som et saklig utvelgelseskriterium.

For at kriteriet skal få anvendelse må arbeidstakeren kunne anses som en "eldre arbeidstaker". Hva ligger således i uttrykket "eldre arbeidstaker"? Det er i juridisk teori antatt at eldre arbeidstakere må forstås som arbeidstakere som er eldre enn 55 år.²⁵⁷ En slik forståelse støttes videre av rettspraksis jf. Rt. 1986 s. 879 og LB – 2008 -80778 hvor vedkommende var henholdsvis 64 og 56 år.²⁵⁸

²⁵² TOSLO-2008-195723 s. 6.

²⁵³ *op.cit.* s. 7.

²⁵⁴ TOSLO-2003-591 s. 5 og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 308.

²⁵⁵ TOSLO- 2003-591 s. 5

²⁵⁶ Rt. 1986 s. 879 s. 888.

²⁵⁷ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 308

²⁵⁸ Rt. 1986 s. 879 s. 888 og LB-2008-80778 s. 2 - 3.

3. 4. 4. 1 *Rekkevidden av vernet*

Det er i rettspraksis jf. TOSLO – 2003 – 591 fastsatt at det ved nedbemanninger som skjer uten at det foreligger en prekær økonomisk situasjon, må stilles strengere krav til vern av eldre arbeidstakere.²⁵⁹ Av dommen kan det følgelig sluttet at det skal relativt mye til for å si opp en eldre arbeidstaker særlig i de tilfelle nedbemanningen ikke er tiltrengt for å sikre driften. Et sterkere vern for eldre arbeidstakere gjør seg også gjeldende i de tilfeller den eldre arbeidstaker har lang ansiennitet.²⁶⁰ En slik forståelse støttes av rettspraksis jf. eksempelvis Rt. 1962 s. 888 og Rt. 1972 s. 1330 og juridisk teori jf. Fougner.²⁶¹

I domsavsigelsene nevnt ovenfor ble arbeidstakerens tjenestetid samt høye alder bestemt å kunne ha betydning for vurderingen av oppsigelse.²⁶² Det følger imidlertid av juridisk teori en modifisering av vernet overfor eldre arbeidstakere ved at denne gruppe arbeidstakere må være forberedt på omstilling til nytt arbeid innad i virksomheten, jf. tilbudsplikten om passende arbeid jf. aml. § 15 – 7 (2).²⁶³ Utvikling kan føre til at det stilles nye krav til stillingen, og kan tenkes å være mer utfordrende for eldre arbeidstakere spesielt hva gjelder omstilling til mer krevende og spesialiserte stillinger.²⁶⁴ Slik omstilling vil som nevnt ovenfor jf. punkt 2. 3. 3. kunne forandre kompetanseheving og opplæring uten at denne prosessen er for lang eller kostbar. Dette moment kan antas å kunne påvirke vurderingen om utvelgelse av eldre arbeidstakere. Det må følgelig kunne stilles krav til at den eldre arbeidstakeren er i stand til å gjennomføre en opplæring uten urimelig høye kostnader for arbeidsgiveren, sett at stillingen som er tilbudt er passende.

Utvelgelseskriteriet fremstår følgelig som et saklig grunnlag som vil få betydning for utvelgelsen i de tilfeller det er eldre arbeidstakere i virksomheten med en forankring i rimelighetshensyn.

²⁵⁹ TOSLO–2003–591 s. 5

²⁶⁰ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 308

²⁶¹ Rt. 1962 s. 888 s. 893 og Rt. 1972 s. 1330 s. 1333 og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 311.

²⁶² Rt. 1962 s. 888 s. 888 og Rt. 1972 s. 1330 s. 1333 og støttes av Storeng m.fl. s. 498.

²⁶³ Nicolay Skarning, *Nedbemanning og sluttpakker, En praktisk håndbok*, Oslo 2005, s. 87.

²⁶⁴ Fougner og Holo : *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave* s. 790.

3. 4. 5 Alder – og kjønns sammensetning

Alder – og kjønns sammensetning er et annet kriterium som kan få betydning ved utvelgelse for visse grupper av arbeidsstyrken. Alder – og kjønns sammensetning vil innebære en sikring av en forsvarlig andel av arbeidsstyrken vedrørende varierende sammensetning for arbeidstakernes alder og en mer likestilt andel av kvinner og menn i virksomheten. ²⁶⁵ Betydningen av slikt kriterium er ikke behandlet inngående i rettspraksis. Det følger imidlertid av teori at en sikring av alder – og kjønns sammensetning på sikt er et saklig utvelgelseskriterium jf. Fougner. ²⁶⁶ En søker således å oppnå en balansert andel i arbeidsstyrken vedrørende alder – og kjønnsandel som ledd av å forsøke å påvirke arbeidsmiljøet og resultat i virksomheten positivt. ²⁶⁷

Selv om kriteriet er ansett saklig kan det stilles spørsmål om arbeidsgiver er pliktig til å oppnå slik sammensetning ved gjennomføring av nedbemanning? Problemstillingen er ikke behandlet inngående i verken rettspraksis eller teori. Det er imidlertid i Sivilombudsmannens årsmelding gitt uttalelser om alderssammensetning som saklig moment ved vurdering av tilsetting av arbeidstakere. ²⁶⁸ I gjeldende sak uttalte Sivilombudsmannen at alderssammensetning som utvelgelseskriterium ved tilsetting i politienhet kan være saklig. ²⁶⁹ Det ble uttalt at forutsetningen for at alder skal kunne tas i betraktning ville måtte kreve at søkerne er tilnærmet likt kvalifisert, men hvor valget av en eldre søker vil kunne lede til en uheldig alderssammensetning i enheten. ²⁷⁰ Selv om gjeldende sak gjaldt spørsmål om betydning av alderssammensetning ved tilsetting, vil den kunne ha overføringsverdi for nedbemanningstilfeller og om arbeidsgiver er bundet til krav om alderssammensetning. Av saken kan utledes at det foreligger et visst krav til alderssammensetning, men vil måtte vurderes opp mot arbeidstakernes kvalifikasjoner. Følgelig må antas at det ikke er pålagt arbeidsgiver å sikre et forsvarlig nivå for alderssammensetning.

²⁶⁵ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 308.

²⁶⁶ *ibid.*

²⁶⁷

[http://www.aaf.no/kunder/aaf/cms.nsf/\\$all/F805EED64AE71085C125744800437CE7?open&qm=wcm_2,4,4,0](http://www.aaf.no/kunder/aaf/cms.nsf/$all/F805EED64AE71085C125744800437CE7?open&qm=wcm_2,4,4,0) sist besøkt 11.12.14

²⁶⁸ SOMB-2001-25(2001 S 138) s. 138.

²⁶⁹ *ibid.*

²⁷⁰ *ibid.*

Hva gjelder sammensetning av arbeidsstyrke basert på andel av kvinner og menn, er dette heller ikke behandlet inngående i verken teori eller praksis. Det framkommer imidlertid av forarbeider jf. NOU 2011 : 10 at det ved bemanning i mottak for asylsøkere for personalet søkes tilstrebet en balansert alders – og kjønnsammensetning samt flerkulturell kompetanse for økt mestring av samarbeid for mottakenes brukere.²⁷¹ Uttalelsen må forstås som krav som tillegges personalet ved tilsetting og ellers i arbeidsforholdet. Det må antas at for visse typer virksomheter vil det være behov for spesielle sammensetninger av arbeidsstyrken for å oppnå bestemte mål. En slik sammensetning vil slik sett også gjøre seg gjeldende ved utvelgelse av arbeidstakere ved nedbemanning. Sammensetning av arbeidsstyrke basert på kjønn ved nedbemanning må følgelig anses som et formål arbeidsgiver kan søke å oppnå i de virksomheter der slik sammensetning vil være formålmessig eller ønskelig for å oppnå bestemte formål eller resultater for virksomheten.

Alders – og kjønnsammensetning kan følgelig være relevant ved utvelgelsen, men en skal være varsom med kriteriets anvendelse og betydning. Herunder må virksomheten kunne vise til konkrete formål og behov for slik sammensetning av arbeidsstyrken. Rettspraksis viser at alders – og kjønnsammensetning først og fremst har betydning ved tilsetting av arbeidskraft, men må antas å ha overføringsverdi ved utvelgelsesprosessen ved nedbemanning som et saklig kriterium for utvelgelse. Anvendelsen av slik kriterium må imidlertid antas å få større betydning ved enkelte typer virksomheter og vil måtte modifiseres mot andre utvelgelseskriterium ved at slik sammensetning som kriterium først og fremst må anses som et formål.

3. 4. 6 Sosiale forhold

Sosiale forhold som utvelgelseskriterium må naturlig forstås som subjektive forhold som vil kunne få betydning for den enkelte arbeidstaker i en utvelgelsesprosess. Sosiale forhold eller tungtveiende sosiale hensyn er ansett som et saklig utvelgelseskriterium jf.

²⁷¹ NOU 2011 : 10, *I velferdsstatens venterom* s. 143.

eksempelvis LB – 2005 – 42380 og TGJOV – 2013 – 197060 og er også fastsatt i teori jf. Fougner.²⁷²

Betydningen av utvelgelseskriteriet vil gjøre seg gjeldende i interesseavveiningen jf. aml. § 15 – 7 (2) hvor arbeidsgiver må vurdere om oppsigelsen rammer arbeidstakeren hardere enn normalt. En slik forståelse støttes av rettspraksis jf. Rt. 1986 s. 879 og LH – 2004 – 5542.²⁷³

Uttrykket sosiale forhold favner vidt og det kan følgelig stilles spørsmål om hvilke momenter som vil inngå i kriteriet. I rettspraksis er det fastslått at forsørgelsesbyrde og eldre arbeidstakeres muligheter for å finne nytt arbeide vil inngå i kriteriet, se eksempelvis Rt. 1986 s. 879.²⁷⁴ Det følger av juridisk teori at sykdom, yrkesskade, mobilitet, graviditet og tyngende gjeldsforhold inngår i kriteriet.²⁷⁵ Språkvansker og spesialtilpassede arbeidsbetingelser vil også kunne tillegges vekt.²⁷⁶ Disse ovennevnte momenter vil følgelig kunne få betydning ved utvelgelsen.

Reelle hensyn taler for at sosiale forhold bør tillegges vekt ved utvelgelsen av overtallige arbeidstakere, herunder at arbeidstakere med dårligere forutsetninger enn den øvrige del av arbeidsstokken tas hensyn til. Slike hensyn må tillegges vekt når arbeidstakerens situasjon krever det og må anses av betydning. I dom inntatt i LB – 2005 – 42380 fastslo retten at sosiale forhold for gjeldende arbeidstaker måtte tillegges vekt ved at arbeidstakeren var 59 år og forsørget tre mindreårige barn.²⁷⁷ Retten fastslo følgelig at situasjonen arbeidstakeren var i, måtte få betydning for spørsmålet om oppsigelse. Det vil virke urimelig dersom slike hensyn ikke tillegges vekt ved at arbeidstakerens situasjon forverres ved en oppsigelse.

Betydningen og gjennomslagskraften av sosiale forhold må imidlertid modifieres mot virksomhetens behov jf. aml. § 15 – 7 (2). Det følger av dom inntatt i LB – 2013 – 18150

²⁷² LB-2005-42380 s. 8, TGJOV-2013-197060 s. 11 og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 307 - 308.

²⁷³ Rt. 1986 s. 879 s. 887 og LH-2004-5542 s. 9 - 10.

²⁷⁴ Rt. 1986 s. 879 s. 888.

²⁷⁵ Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 308.

²⁷⁶ *ibid.*

²⁷⁷ LB-2005-42380 s. 8

at sosiale hensyn som gjør seg gjeldende må vektes opp mot blant annet virksomhetens behov for nedbemanning.²⁷⁸ Dette vil innebære at sosiale hensyn kan måtte vike for andre tungtveiende hensyn, særlig hva gjelder situasjoner hvor behovet for nedbemanning er tiltrengt.

3. 5 Vekting av utvelgelseskriterier

3. 5. 1 Innledning og grunnlag for vektingsprosessen

Det må som nevnt ved nedbemanningsprosesser vurderes hvilke utvelgelseskriterier som skal gis avgjørende betydning, herunder vektingen, og denne vurderingen må være individuell. Deretter er det også sentralt at arbeidsgiver må ha tatt stilling til dette på et så tidlig tidspunkt som mulig, og i hvert fall på tidspunktet før drøftelsesmøtet, all den tid dette må være tema på nevnte møte.²⁷⁹

Vekting av utvelgelseskriterier innebærer således en vurderingsprosess hvor en gjennom fastsatte kriterier vurderer hvem som må sies opp.²⁸⁰ Det følger av rettspraksis og teori at utvelgelsen skjer ved at kriteriene anvendes for å identifisere overtallige arbeidstakere som ikke omplasseres.²⁸¹

Rettspraksis gir flere eksempler på konkret vekting av utvelgelseskriterier.²⁸² Domstolens prøvelsesrett går likevel ikke lenger enn å vekte allerede fastsatte utvelgelseskriterier av arbeidsgiver for å vurdere om det foreligger saklig oppsigelse jf. dom inntatt i LH – 2004 - 5542.²⁸³ Herunder fastslo retten at arbeidsgiver i utgangspunktet står rettslig fritt til å velge grunnlag for utvelgelsen og at domstolene kan etterprøve prinsippene som følges.²⁸⁴ Det er følgelig fast angitte kriterier som styrer vurderingen for utvelgelse.

Innledningsvis må bemerkes at de kriterier som gjør seg utslagsgivende vil variere fra den enkelte sak gjennom interesseavveiningen jf. aml. § 15 – 7 (2). Med dette menes at

²⁷⁸ LB-2013-18150 s. 9.

²⁷⁹ Fougner m.fl: *Omstilling og nedbemanning* s. 285.

²⁸⁰ *op.cit.* s. 306.

²⁸¹ RG-2011-113 s. 5 og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 304.

²⁸² Se eksempelvis Rt. 1986 s. 879 og RG-2003-584(77-2003)

²⁸³ LH-2004-5542 s. 9.

²⁸⁴ *ibid.*

utvelgelseskriteriene vil få varierende utslag i den enkelte sak, og således påvirke vurderingen og utledning av gjeldende rett.

3. 5. 2 Konkret vekting av utvelgelseskriterier

I det følgende vil de ulike utvelgelseskriterier vektes mot hverandre i den hensikt å forsøke å utlede gjeldende rett for gjennomføring av nedbemanning.

3. 5. 2. 1 Vekting av ulikeartede forhold mellom arbeidstakerne

For det første gjelder tilfeller som utgir seg mer eller mindre klar vedrørende hvilke kriterier som får betydning i vektingen. Slike tilfeller benevnes her som *ulikeartede forhold* som innebærer at forskjellige tilfeller eller situasjoner for den enkelte arbeidstaker fremstår som mer tungtveiende mot en annen arbeidstakers tilfelle.

Et eksempel er dom inntatt i Rt. 1986 s. 879 hvor retten fastslo at det var saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet ved at andre momenter måtte gå foran.²⁸⁵ Herunder ble fremtredende sosiale hensyn som gjorde seg gjeldende for to av virksomhetens arbeidstakere mot de øvrige arbeidstakerne vektlagt.²⁸⁶ Det ble lagt vekt på at den ene arbeidstakeren var 64 år og ville ha vanskelig for å skaffe seg annet arbeid, mens det for den andre arbeidstakeren måtte vektlegges at hun var eneforsørger for et mindreårig barn.²⁸⁷ I tillegg ble det fremhevet at ansiennitetsprinsippet ikke gjorde seg utslagsgivende ved at ingen av arbeidstakerne hadde særlig lang tilsettelsestid i virksomheten.²⁸⁸ Dommen fastslår følgelig at dersom det er arbeidstakere med forhold som skiller seg ut mot de øvrige arbeidstakerne og dette er hensyn som det er rimelig å vektlegge, vil disse arbeidstakerne inneha et sterkere vern mot oppsigelse.

Et annet eksempel på tilfeller hvor vektingen av kriteriene gir seg som mer eller mindre selvsagt, er dom inntatt i LF – 2002 – 115. Retten la vekt på at arbeidstakeren var yrkeshemmet og hadde lang ansiennitet på 21 år i virksomheten.²⁸⁹ Lagmannsretten bemerket videre at det var andre i virksomheten med lavere ansiennitet og oppsigelsen ble følgelig fastslått som usaklig.²⁹⁰ Videre ble det lagt vekt på at arbeidstakerens helse

²⁸⁵ Rt. 1986 s. 879 s. 887.

²⁸⁶ *op.cit.* s. 887 og 888.

²⁸⁷ *op.cit.* s. 888.

²⁸⁸ *op.cit.* s. 886.

²⁸⁹ LF-2002-115 s. 6.

²⁹⁰ *op.cit.*, s. 7.

krevde tilrettelegging av arbeidet samt at arbeidet utgjorde en vesentlig verdi for ham.²⁹¹ Retten fastslo følgelig at det skulle betydelig mye til for å si opp arbeidstakeren på bakgrunn av tungtveiende sosiale hensyn og etter reglene om vern av yrkeshemmede arbeidstakere jf. dagens aml. § 13 – 1 (6).²⁹² Det skal således mye til for å si opp en arbeidstaker der tungtveiende sosiale hensyn gjør seg fremtredende. En oppsigelse av arbeidstaker som ikke har samme forutsetninger for å finne seg annet arbeide, vil ramme særlig hardt jf. interesseavveiningen av aml. § 15 – 7 (2).

En kombinasjon av ansiennitet og kvalifikasjoner er ansett å veie tyngre i en utvelgelsesprosess.²⁹³ Dersom det på et generelt grunnlag ikke finnes arbeidstakere med ansiennitet av betydning ved at ansettelsestiden er kort eller forskjellen i ansiennitet er liten, vil kriteriet ha liten betydning.²⁹⁴ En slik forståelse støttes av rettspraksis jf. Rt. 1986 s. 879.²⁹⁵ Det er videre fastslått av dom inntatt i RG – 1990 – 1098 at dersom ansiennitetsforskjellen er mindre, desto lettere vil en annen forskjell gjøre seg utslagsgivende.²⁹⁶

Kan arbeidsgiver således bare legge vekt på kvalifikasjoner ved utvelgelsen? Et eksempel på denne problemstillingen er dom inntatt i LB – 2005 – 42380 hvor arbeidsgiver fastsatte at kompetanse var overordnet hensynet til ansiennitet.²⁹⁷ Fravikelse av ansiennitetsprinsippet ble fastslått saklig ved at virksomheten hadde et generelt behov for personell med nødvendig kompetanse bl.a. ved et utvidet ansvarsområde for de gjenværende stillingene.²⁹⁸ Dette innebar at retten fastslo at det mellom to arbeidstakere med forholdsvis liten forskjell i alder og ansiennitet var saklig å beholde den arbeidstakeren som ble ansett å ha bedre kvalifikasjoner.²⁹⁹ Av dommen kan utledes at ansiennitetsprinsippet kan fravikes hvor det foreligger saklig grunnlag. Hva gjelder utvelgelsen av de to arbeidstakerne, kan det utledes at dersom forholdene

²⁹¹ LF-2002-115 s. 6 - 7.

²⁹² *op.cit.* s. 7, henvist til aml. av 1977 § 13 nr. 2.

²⁹³ Se eksempelvis LB-2005-86961 s. 7 og Fougner m.fl. : *Omstilling og nedbemanning* s. 311.

²⁹⁴ Storeng m.fl. s. 511.

²⁹⁵ Rt. 1986 s. 879 s. 886.

²⁹⁶ RG-1990-1098 s. 1105.

²⁹⁷ LB-2005-42380 s. 8.

²⁹⁸ *op.cit.* s. 7 - 8.

²⁹⁹ *op.cit.* s. 9.

ellers framstår som like, må det søkes å finne momenter som må tillegges høyere vekt, her med utgangspunkt i kompetansekravet.

Spørsmålet om virksomheten kan fravike ansiennitet til fordel for en ren kompetansevurdering ble også vurdert i dom inntatt i RG – 2011 – 113.³⁰⁰ Retten fastsatte at det var saklig grunn til ikke ensidig å legge vekt på ansiennitet. Det ble vektlagt at virksomheten opererte i et krevende marked og at det var viktig å beholde relevant kompetanse vurdert ut fra virksomhetens behov og at det ellers forelå små forskjeller i ansiennitet.³⁰¹ Retten konkluderte imidlertid med usaklig oppsigelse ved at saksbehandlingen var for snever overfor arbeidstakeren ved at en ren kompetansevurdering førte til en utpreget subjektiv vurdering av overtallige, og at arbeidsgiveren hadde unnlatt å involvere arbeidstakerne gjennom drøftelser.³⁰²

Praksis kan tyde på at kompetansekriteriets vekt vil variere i den enkelte sak. Det må likevel antas at kvalifikasjoner i utgangspunktet kan settes som eneste kriterium, men må grunnlegges i tungtveiende hensyn hvor virksomheten er avhengig av spesiell kompetanse, og at slik kompetanse er gjennomgående for hele virksomheten.

3. 5. 2. 2 Vekting av likeartede forhold mellom arbeidstakerne

Ovenfor er det gitt eksempler på utvelgelsessituasjoner som i utgangspunktet ikke krever en særlig inngående vurdering. Hvordan må arbeidsgiver således foreta vekting dersom forholdene for arbeidstakerne utgir seg som mer eller mindre like? Dette vil innebære tilfeller hvor det er vanskelig å skille arbeidstakernes forhold fra hverandre. Dette omtales her som *likeartede forhold* som i utgangspunktet vil kreve en mer inngående vurdering for saklig oppsigelse av arbeidstaker.

Et eksempel på et slikt likeartet forhold er dom inntatt i LH – 2004 – 5542 som gjaldt spørsmål om ugyldig oppsigelse ved driftsinnskrenkning.³⁰³ Til den konkrete vektingen vurderte retten arbeidstakeren mot en annen arbeidstaker ved at disse to var de

³⁰⁰ RG-2011-113 s. 2.

³⁰¹ *op.cit.* s. 6.

³⁰² *op.cit.* s. 7 - 8.

³⁰³ LH-2004-5542 s. 2.

arbeidstakerne med lavest tilsettelsestid.³⁰⁴ Retten sluttet at de øvrige arbeidstakerne med lang erfaring i virksomheten innestod med kompetanse som var attraktivt for bedriften.³⁰⁵ Ved at ansiennitetsprinsippet ikke fikk betydning for nevnte arbeidstakere, skjedde vurdering av utvelgelse på bakgrunn av kompetanse.³⁰⁶ Retten gjorde så en konkret vurdering av den faktiske kompetanse overfor de to arbeidstakerne. Den ene arbeidstakeren hadde hatt ulike stillinger innenfor bransjen, men hadde ingen formell utdannelse. Den andre arbeidstakeren hadde hovedfag i statistikk og innehadde en spisskompetanse bedriften anså relevant.³⁰⁷ På bakgrunn av en konkret vurdering ble arbeidstakeren med hovedfag anset bedre kvalifisert enn arbeidstakeren uten formell utdannelse.³⁰⁸ Av dommen kan utledes at dersom utvelgelseskriterier som normalt har større gjennomslagskraft ikke gjør seg gjeldende i konkrete tilfeller, må det foretas en mer inngående vurdering om andre kriterier får betydning. I denne saken utgjorde kompetanse et kriterium som ville kunne skille de to arbeidstakerne fra hverandre for beslutning om hvem som måtte sies opp.

Kombinasjonen av ansiennitet og kvalifikasjoner medfører som nevnt et sterkere vern for arbeidstakeren jf. eksempelvis LH – 2004 - 5542.³⁰⁹ Hva om virksomheten kun består av personell med forholdsvis lik tilsetningsperiode og tilnærmet lik kompetanse? Et eksempel på dette følger av dom inntatt i RG – 2011 – 113 som gjaldt spørsmål om adgang til fravikelse av ansiennitetsprinsippet.³¹⁰ Virksomheten bestod av flere arbeidstakere med tilnærmet lik ansiennitet og kompetanse. Retten fastslo at det ved slike tilfeller må stilles særlig krav til en forsvarlig og betryggende vurdering dersom ansiennitetsprinsippet skal fravikes.³¹¹ Lagmannsretten fastslo at det ikke var saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet ved at det likevel forelå ansiennitetsforskjeller tilnærmet to år.³¹² Dommen gir således føringer på at dersom det foreligger et forholdsvis likt grunnlag for ansiennitet og kvalifikasjoner blant hele arbeidsstyrken,

³⁰⁴ LH-2004-5542 s. 10.

³⁰⁵ *ibid.*

³⁰⁶ *ibid.*

³⁰⁷ *ibid.*

³⁰⁸ *ibid.*

³⁰⁹ *ibid.*

³¹⁰ RG-2011-113 s. 2

³¹¹ *op.cit.* s. 6.

³¹² *op.cit.* s. 6 - 7.

fordrer dette en mer inngående vurdering for å finne forhold som kan bidra til å skille arbeidstakerne fra hverandre.

Hvilke andre kriterier eller hensyn kan tillegges vekt dersom arbeidstakernes forhold ellers fremstår som likeartede? Et eksempel på dette følger av LH – 2004 – 5542 hvor det ble vektlagt andre subjektive forhold enn det som tradisjonelt utgår fra rettspraksis og teori.³¹³ Lagmannsretten vektla for det første at arbeidstakeren som var blitt oppsagt hadde en ektefelle som var lærerutdannet med fast stilling samt at ekteparet hadde liten gjeldsbelastning og heller ikke var spesielt stedbundet.³¹⁴ Oppsigelsen ble følgelig fastsatt saklig begrunnet ved at arbeidstakeren ikke ble ansett for å rammes hardere enn normalt.³¹⁵ Dommen fastslår en adgang til å vektlegge andre subjektive forhold ved den enkelte arbeidstaker. Subjektive forhold som gjør seg gjeldende i den enkelte sak vil således kunne vektlegges dersom disse synes saklige, og må antas vil kunne gjøre seg gjeldende i de tilfeller det ikke foreligger andre momenter som kan bidra til å skille arbeidstakerne fra hverandre. Endelig fastslår dommen at subjektive og sosiale forhold favner et vidt begrep. Herunder må bemerkes at betydningen av at en arbeidstakers ektefelle har fast stilling, i dag må anvendes med atskillig varsomhet.³¹⁶

I tilfellene vist ovenfor fremstår sosiale forhold som et hensyn som gjerne får betydning for vektingen. For at sosiale hensyn skal kunne inntas i vurderingen, fordrer dette som nevnt at arbeidsgiver kjenner til arbeidstakerens situasjon og sosiale forhold. Hva om således ikke er tilfelle ved arbeidstakeren ikke har fortalt eller ikke har ønsket å opplyse om disse forhold, som kan tenkes er sensitive opplysninger? Dette er en problemstilling som kan tenkes aktuell og få betydning i de tilfeller tungtveiende sosiale hensyn fremstår som sentrale for vurderingen. I dom inntatt i LB – 2005 – 42380 fastslo lagmannsretten at det ikke var sannsynlig at arbeidsgiveren hadde vektlagt eventuelle mangelfulle opplysninger om arbeidstakernes kompetanse da de ble bedt om å ajourføre og bekrefte hver enkelt arbeidstakers kompetanse.³¹⁷ Dommen vil kunne ha overføringsverdi ved at avgjørelsen fastslår en undersøkelsesplikt arbeidsgiveren innehar. Det kan følgelig utledes at arbeidsgiver så langt det er mulig må undersøke

³¹³ LH-2004-5542 s. 10.

³¹⁴ *ibid.*

³¹⁵ *op.cit.* s. 10 - 11.

³¹⁶ Fanebust : *Oppsigelse i arbeidsforhold* s. 184.

³¹⁷ LB-2005-42380 s. 7.

riktigheten av opplysningene for den enkelte arbeidstaker, slik at ikke feilaktige eller mangelfulle opplysninger legges til grunn og får betydning for utvelgelsen.³¹⁸ Dette fordrer igjen at personlige opplysninger behandles korrekt etter lov om personopplysningsloven § 2 nr. 2 og aml. kap. 9.³¹⁹ Dette legger videre føringer til at arbeidsgiver må undersøke om det finnes andre mulige momenter som vil kunne få betydning for utvelgelsen av den enkelte arbeidstaker. Det følger av teori jf. Storeng at innhenting og behandling av personopplysninger om arbeidstaker vil kunne få betydning som beslutningsgrunnlag i en oppsigelsessituasjon.³²⁰ Likevel vil det være i arbeidstakerens interesse at arbeidsgiver kjenner til personlige forhold slik at beslutning om for eksempel oppsigelse ikke treffes på et feil grunnlag.³²¹ Således må antas at arbeidstakeren også har et ansvar i å bidra til relevante opplysninger for vurderingen.

3. 5. 2. 3 Vektingsprosessen som sammenlignende vurdering

Gjennom rettspraksis fremstår vektingsprosessen som en sammenligningsvurdering av konkrete arbeidstakeres forhold mot hverandre.³²² Vektingsprosessen gir uttrykk for en sammenligning av arbeidstakeres forhold for å avgjøre hvem som faktisk må sies opp. Hvorfor sammenligner domstolene noen arbeidstakere mot hverandre og andre ikke? Det er gjennom rettspraksis fastslått at det må undersøkes og vurderes om hvilke særpreg som gjør seg gjeldende for den enkelte arbeidstaker, se eksempelvis LB – 2005 – 42380.³²³ Gjennomføringen av sammenligningsprosessen peker i retning av at retten utpeker konkrete enkelttilfeller og sammenligner disse mot hverandre, se eksempelvis LB – 2005 – 42380 og LH – 2004 - 5542.³²⁴ Det må på et generelt grunnlag antas at det er naturlig å ta utgangspunkt i tilfeller som framstår som sammenlignbare eller mer eller mindre like. Dette sikrer en forsvarlig og saklig vurdering av den enkelte oppsigelse ved at sammenligning av like grunnlag sikrer en rettferdig og korrekt vurdering.

³¹⁸ LB-2005-42380 s. 7.

³¹⁹ Storeng m.fl. s. 342 – 343.

³²⁰ Storeng m.fl. s. 342.

³²¹ *ibid.*

³²² Se eksempelvis LB-2005-42380 og LB-2013-183150.

³²³ LB-2005-42380 s. 8.

³²⁴ LB-2005-42380 s. 8 og LH-2004-5542 s. 10.

3. 5. 2. 4 Andre hensyn av betydning for utvelgelsen

Ovenfor er gitt eksempler på utvelgelseskriterienes betydning ved vektingsprosessen. Finnes det således andre momenter som arbeidsgiver bør vektlegge ved utvelgelsen? Et moment som kan tenkes aktuelt er diskrimineringsvernet overfor arbeidstaker og vil kunne gjøre seg aktuell mot kriteriene for hensyntagende overfor eldre arbeidstakere samt alders – og kjønns sammensetningen jf. punkt 3. 4. 4. og 3. 4. 5.

Forbud mot diskriminering innebærer at forskjellsbehandling av direkte eller indirekte art ikke er tillatt jf. det generelle forbud mot forskjellsbehandling i aml. § 13 – 1.³²⁵

Vernet mot diskriminering vil følgelig kunne gjøre seg gjeldende som et moment arbeidsgiver må ta hensyn til ved utvelgelsen for å hindre forskjellsbehandling. En slik forståelse støttes av juridisk teori hvor det er fastsatt at forbudet mot diskriminering særlig vil gjøre seg gjeldende overfor eldre arbeidstakere.³²⁶ For at forskjellsbehandling skal være lovlig, fordrer dette et saklig formål samt ikke uforholdsmessige virkninger overfor den som sies opp jf. aml. § 13 – 3 (2).³²⁷

Spørsmål om usaklig forskjellsbehandling, herunder ulovlig aldersdiskriminering, ved utvelgelse ved nedbemanning ble vurdert i Rt. 2011 s. 609.³²⁸ I gjeldende sak hadde arbeidsgiver lagt avgjørende vekt på at arbeidstakerne som ble oppsagt var berettiget til å motta alderspensjon.³²⁹ Høyesterett fastslo at utvelgelsen av de oppsagte arbeidstakerne generelt bygde på saklige hensyn, men spørsmålet ble videre om utvelgelsen var basert på ulovlig aldersdiskriminering.³³⁰ Retten kom til at oppsigelsene var gyldig, både hensett til aml. § 15 – 7 og § 13 – 3 (2). I vurderingen ble det blant annet lagt vekt på at det var tale om en gunstig pensjonsordning med betydelige pensjonsytelser, at arbeidstakerne var nådd pensjonsalder og ellers var berettiget til pensjon beregnet ut i fra tjenestetid.³³¹ Av dommen kan det følgelig utledes at det ved vurderingen om aldersdiskriminering foreligger, vil hensynet til lengde til oppnådd

³²⁵Ot.prp.nr. 49 (2004 – 2005) s. 325.

³²⁶Storeng m.fl. s. 509.

³²⁷Rt. 2011 s. 609 (67).

³²⁸*op.cit.* (1) og (59).

³²⁹*op.cit.* (63).

³³⁰*op.cit.* (65).

³³¹*op.cit.* (95), (97) og (105).

pensjonsalder få betydning. Dommen fastslår herunder at det skal forholdsvis mye til før det faktisk foreligger usaklig forskjellsbehandling av eldre arbeidstakere.

3. 6 Gjeldende rett og oppsummering av rettstilstanden

Etter en samlet vurdering framstår vektingsprosessen som arbeidsgiver må følge for saklig oppsigelse ved nedbemanning, som en relativt omfattende prosess med flere ulike krav. Herunder fremstår vektingen som en relativt krevende beslutningsprosess hvor det stilles krav til at arbeidsgiver har foretatt en inngående vurdering overfor arbeidsstyrken som helhet og for den enkelte arbeidstaker. På den andre siden innehar arbeidsgiver et slingringsmonn ved at oppsigelse også vil innebære en skjønnsmessig vurdering ut fra den enkelte virksomhets behov jf. punkt 2. 3. 4. I tillegg kan arbeidsgiver selv fastsette gjeldende utvelgelseskriterier og de momenter som gjør seg gjeldende for arbeidstakerne.

Hva gjelder vektingen av utvelgelseskriteriene synes det rimelig klart jf. framstillingen foran at vektingen av kriteriene vil basere seg på en generell rimelighetsvurdering om hvilke grunnlag som skal tillegges vekt. Herunder utgjør sosiale forhold et kriterium som gjerne tillegges vekt av betydning framfor andre kriterier slik som ansiennitet og kvalifikasjoner. Rettspraksis kan videre hentyde til en tendens hvor rimelighetsvurderingen overfor arbeidstaker gjør seg fremtredende, vil dette stille høyere krav til virksomhetens faktiske behov for nedbemanning.

4. Rettspolitisk drøftelse

4. 1 Arbeidsgiver som rettsanvender og nedbemanningsinstituttets aktualitet

Arbeidsgiver innehar på grunnlag av framstillingen ovenfor, et omfattende ansvar i å følge krav oppstilt av lovgiver, herunder saksbehandling ved oppsigelse i virksomhetens forhold. Generelt er arbeidsgiver faglig kompetent på sitt fagfelt, men ikke nødvendigvis kyndig på de rettslige krav som stilles overfor virksomhetens drift. Arbeidsgiver vil i utgangspunktet selv kunne fatte beslutning om når nedbemanning er nødvendig, men slik rettspraksis viser jf. framstillingen foran, er det gjerne i saksbehandlingsprosessen at arbeidsgiver gjør feil som vil kunne få relativt omfattende konsekvenser. Det kan

således stilles spørsmål om lovgiver har satt for høye krav til arbeidsgiver som først og fremst en næringsaktør. Det er likevel slik at kravene som er oppstilt i første rekke setter et vern overfor arbeidstakeren, og som det jf. fremstillingen foran er rimelig å følge. I tillegg sikrer også saksbehandlingsreglene hensyn overfor virksomheten og med god planlegging og dokumentasjon av prosessene, vil arbeidsgiveren kunne gjennomføre en korrekt nedbemanningsprosess.

I denne sammenheng vil de nye forslagene på arbeidsmiljøloven, herunder økt adgang til midlertidig ansettelse, kunne lempe på arbeidsgivers saksbehandlingskrav for oppsigelse, ved de spillerom slikt ansettelsesinstitutt tillater.³³² I tillegg vil en kanskje se at antall gjennomførte nedbemanninger reduseres gjennom de endrede forslagene til loven.

Endelig kan det tenkes at nedbemanning har og vil være aktuelt jf. fremstillingen foran, både i forhold til endringene i markedet, men også ved at arbeidsgiverperioden økte i 1998 fra 14 til 16 dager, og kan ha medført at arbeidsgiver har måtte velge bort midlertidige suspensjoner slik som permitteringsinstituttet gir rom for.³³³ Fra 1. Januar 2014 økte arbeidsgiverperioden ytterligere til 20 dager.³³⁴ Dette medfører økte kostnader for arbeidsgiver ved at lønnsutbetalinger ved permitteringer utvides ytterligere.³³⁵ Arbeidsgiver vil således være tvunget til å velge nedbemanning framfor andre mindre tyngende løsninger.

³³² Prop. 39L (2014 – 2015) *Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesten (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)*, s. 95.

³³³ NOU 2000 : 27, Sykepensjon og uførepensjonering, Pkt. 10.1.5.1 *Utvidet arbeidsgiveransvar*.

³³⁴ Prop. 23L (2013 – 2014) *Endringer i lønnsgarantiloven, permitteringsloven, forskotteringsloven og folketrygdloven*, s. 12 og s. 20.

³³⁵ *ibid.*

5. Kildeliste

Lover

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

Lov 2. april 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (Opphevet)

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)

Forarbeider

Ot. prp. nr. 41 (1975 – 1976)

Ot. prp. nr. 36 (1993 – 1994)

Ot. prp. nr. 49 (2004 – 2005)

Ot. prp. nr. 50 (1993 – 1994)

NOU 2004 : 5, *Arbeidslivslovsutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.*

NOU 1994 : 3, *Ungdom, lønn og arbeidsledighet*

NOU 1996 : 3, *Ny aksjelovgivning*

NOU 2011 : 10, *I velferdsstatens venterom*

Prop. 23 L (2013 – 2014), *Endringer i lønnsgarantiloven, permitteringsloven, forskotteringsloven og folketrygden.*

Prop. 39 L (2014 – 2015), *Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesten (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold).*

Dommer

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1966 s. 393

Rt. 1962 s. 888

Rt. 1972 s 1330

Rt. 1986 s. 879
Rt. 1989 s. 508
Rt. 1992 s. 776
Rt. 1993 s. 345
Rt. 1997 s. 623
Rt. 2000 s. 1800
Rt. 2003 s. 1071
Rt. 2007 s. 209
Rt. 2009 s. 685
Rt. 2011 . 609

Lagmannsrettsavgjørelser

NAD - 1984 - 789
RG - 1990 - 1098
RG - 1990 - 1098
RG - 1991 - 1283
LF - 1996 - 291
RG - 1998 - 14151 (224 - 98)
LF - 1999 - 646
RG - 2001 - 1098
LH - 2002 - 519
LF - 2002 - 115
LB - 2002 - 2932
LH - 2003 - 13169
RG - 2003 - 584
RG - 2003 - 584 (77 - 2003)
LB - 2004 - 45766
LH - 2004 - 5542
RG - 2004 - 222
LB - 2005 - 86961
LB - 2005 - 42380
LB - 2006 - 135476 - 2
LB - 2007 - 3738

LB – 2008 – 80778

LB – 2009 – 12878

LB – 2009 – 12878

LB – 2010 – 32150

RG – 2011 – 113

LG – 2012 – 21139

LB – 2013 – 183150

LB – 2013 – 18150

LA – 2014 – 22766

Tingrettsavgjørelser

TOSLO – 2003 – 591

TOSLO – 2004 - 16215

TOSLO – 2008 – 195723

TOSLO – 2009 - 41725

TOVRO – 2009 - 85847

TGJOV – 2013 – 197060

Litteratur

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

Fanebust Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 4. utgave, (Bergen 2001).

Fougner Jan og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, (Oslo 2006).

Fougner Jan, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, Trond Erik Solheim, Tron Sundet, Johan Kr. Øydegard og Eli Aasheim, *Omstilling og nedbemanning*, 2. utgave, (Oslo 2011).

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

Skarning Nicolay, *Nedbemanning og sluttpakker, En praktisk håndbok*, (Oslo 2005).

Skarning Nicolay, (Advokat (H), *Permitteringer og nedbemanning i praksis, En håndbok med råd, regler, fremgangsmåter og eksempler*, (Oslo 2009).

Storeng Nils, Tom H. Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 2. utgave (Oslo 2011).

Annet

SOMB – 2001 – 25 (2001 S 138), *Årsmelding, Tilsetting av politibetjenter – alders betydning i forhold til kvalifikasjonsprinsippet. (Tjenestemenn, tilsetting)*.

Internett

Nettavis, e24.no, prognoser vedrørende nedbemanning;

<http://e24.no/naeringsliv/ti-prosent-av-norske-bedrifter-vil-nedbemanne/22876657> ,

sist besøkt 11.12.14

NRK nettutgave, økonomi, *Norges største bedrifter vil nedbemanne*;

<http://www.nrk.no/nyheter/okonomi/1.11920646> , sist besøkt 11.12.14.

Arbeidsgiverforeningen Spekter, begrepet særavtaler;

<http://www.spekter.no/Stottemeny/Ord-og-uttrykk/S/Saravtale/> , sist besøkt

11.12.14.

Hovedorganisasjonen Virke, *Omplassering som alternativ til oppsigelse ved nedbemanning*;

<http://www.virke.no/virkehjelperdeg/juridiskbistand/juridiskefagartikler/Sider/Omplassering-som-alternativ-til-oppsigelse-ved-nedbemanning.aspx> , sist besøkt 11.12.14.

Tekna, fagforening, *Omorganisering og nedbemanning*;

http://www.tekna.no/portal/page/portal/tekna/SHOW_POPUP?p_d i=-

[128&p_d c=&p_d v=11453](http://www.tekna.no/portal/page/portal/tekna/SHOW_POPUP?p_d i=-128&p_d c=&p_d v=11453), sist besøkt 11.12.14

Universitetsforlagets blå kommentarutgaver på nett, kommentarutgave.no, "§ 15 – 1 Drøfting før beslutning av oppsigelse";
http://dyp.kommentarutgaver.no/dyp/content/arbeidsmiljolovent?id=para_15-1, sist besøkt 11.14.14.

Artikkel Arbeidsrett Vol II Nr 1 2014 (112 – 121) av Svein Evju, *Om ansiennitet* s. 112 og s. 113;
http://www.idunn.no/file/pdf/66670225/Om_ansiennitet.pdf, sist besøkt 11.12.14

Hovedorganisasjon, Virke, *Huskeliste ved oppsigelse*;
http://www.virke.no/virkehjelperdeg/juridiskbistand/Documents/Utvelgelseskriterier_vednedbemanning.pdf, sist besøkt 11.12.14

Codex Advokat, *Kompetanse og faglig dyktighet som utvelgelseskriterium*;
<http://www.arbeidsrettsadvokater.no/kompetanse/oppsigelse/>, nettside sist besøkt 11.12.14

Arbeiderbevegelsens arbeidsgiverforening, *Rekruttering*;
[http://www.aaf.no/kunder/aaf/cms.nsf/\\$all/F805EED64AE71085C125744800437CE7?open&qm=wcm_2,4,4,0](http://www.aaf.no/kunder/aaf/cms.nsf/$all/F805EED64AE71085C125744800437CE7?open&qm=wcm_2,4,4,0) sist besøkt 11.12.14

Forklaring av begrepet *konjunkturbarometer*;
<http://www.konjunktur.no/tags/view/Økonomi/Makroøkonomi>, sist besøkt 11.12.14.