

Jan Fougner,
Tron Løkken Sundet, Eli Aasheim,
Christel Søreide, Julie Piil Lorentzen og
Benjamin Stokke Johnsen

OMSTILLING OG NEDBEMANNING

4. UTGAVE



Universitetsforlaget

Omstilling og nedbemanning

Jan Fougner,
Tron Løkken Sundet,
Eli Aasheim, Christel Søreide,
Julie Piil Lorentzen og Benjamin Stokke Johnsen

Omstilling og nedbemanning

4. UTGAVE

UNIVERSITETSFORLAGET

© H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS ved Universitetsforlaget 2023

1. utgave 2003

2. utgave 2011

3. utgave 2016

ISBN 978-82-15-06311-9

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Mette Gundersen

Sats: ottaBOK

Trykk: Aksell AS

Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS

Boken er satt med: Times LT Std 11/13 pkt

Papir: 90 g Amber Graphic 1,25



Forord

Omstilling og nedbemanning berører ansatte og virksomheten på en dyptgripende måte. For arbeidstaker handler det ikke bare om lønn, men om identitet og livsinnhold. Omstillingsprosesser har ikke bare stor betydning for ansatte som blir overtallige, men også for de som forblir i virksomheten. For virksomheten handler det om å opprettholde eller forbedre konkurranseevnen og leveringsdyktighet; i et marked overlever ingen uten å tilpasse seg markedets krav.

Globalisering, delingsøkonomi og endringer i måten arbeidet utføres på som følge av den teknologiske utviklingen, har gjort omstilling og nye arbeidsmåter til et anliggende ikke bare for arbeidslivet, men for Norge som nasjon. I tillegg kommer de særlige utfordringer virksomheter står overfor i akutte situasjoner, slik som oljedturen i 2006, finanskrisen i 2008, og pandemien i 2020. Endring er blitt en tverrpolitisk målsetting. Omstilling og nedbemanning berører derfor noe av det som betyr mest for de involverte. Nettopp av den grunn må omstilling og nedbemanning gjøres på en skikkelig måte. Det innebærer særlig tre ting: Prosessen må være forretningsmessig velfundert, den må ivareta de menneskelige behov og den må gjennomføres innenfor de rammer lov og avtale setter.

Flere av forfatterne har siden slutten av 1980-tallet arbeidet med ulike omstillings- og nedbemanningsprosesser i de store private og offentlige virksomheter i Norge, basert på disse tre hovedprinsippene. Boka er et resultat av et ønske om en fremstilling av de rettslige problemstillingene slike prosesser reiser. Mange av temaene i den første utgaven i 2003 behandles også i den foreliggende utgaven, men nye problemstillinger har kommet til, og både lovgiver, domstoler og arbeidslivets parter har bidratt til rettsutvikling og rettsavklaring. Selv om spørsmålene kan være de samme, er det ikke gitt at løsningen er den samme. Disse erfaringene har ikke bare gitt forfatterne et personlig engasjement for endringsprosesser i arbeidslivet, men også ledet til et ønske om å dele kunnskap med andre som er aktører i eller berøres av slike prosesser. Det er forfatternes håp at bokas kombinasjon av redegjørelse for rettsreglene og erfaringer og praktiske råd, kan gi noe verdifullt å bygge på i andres omstillingsprosesser.

Da den første utgaven av boka kom i 2003, var det gjennom et samarbeid mellom en gruppe forfattere i avdelingen for Industri, Handel og Offentlig virksomhet i advokatfirmaet Wiersholm. Gruppen besto av Jan Fougner, Eli Aasheim, Espen Bergh, Marit B. Frogner, Johan Kr. Øydegard og Tron Løkken Sundet. Andre utgave var en oppdatering med i hovedsak samme forfattergruppe fra Wiersholm, men slik at Trond Erik Solheim avløste Espen Bergh og Camilla Breibøl Borge kom inn som

medforfatter. Forfattergruppen for tredje utgave var i det vesentlige den samme, men slik at Julie Piil Lorentzen kom inn som ny medforfatter, samtidig som Johan Kr. Øydegard trådte ut av gruppen.

Forfattergruppen for fjerde utgave har bestått av Jan Fougner, Tron Løkken Sundet, Eli Aasheim, Christel Søreide, Julie Piil Lorentzen og Benjamin Stokke Johnsen. Arbeidet med oppdateringen har vært fordelt mellom oss, men sluttproduktet er ment som et fellesarbeid. Vi har bygget videre på det grunnlaget som ble lagt i de foregående utgavene, men har gjennomgått tekst og struktur med et kritisk blikk. Vi vil takke Vetle Nordvik Baukhol, Marte Schelbred Johnsrud, Håkon Mørch og Marius Grennes for verdifulle bidrag i revisjonsarbeidet. En særskilt takk rettes også til Vera Rønning og Tobias Landgraff, som har hatt ansvaret for kildekontroll, korrektur og utarbeidelse av registre.

Fremstillingen er søkt ført à jour per august 2023.

Oslo, november 2023

Jan Fougner

Tron Løkken Sundet

Eli Aasheim

Christel Søreide

Julie Piil Lorentzen

Benjamin Stokke Johnsen

Innhold

Forord	5
DEL 1 OVERSIKT	21
1 Innledning	23
1.1 Arbeidslivets behov for endringer og tilpasninger	23
1.2 Omstilling og nedbemanning	24
1.3 Styrets ansvar for å sikre forsvarlig drift	26
1.3.1 Arbeidsgivers styringsfunksjon	26
1.3.2 Aksje- og allmennaksjeselskaper	26
1.3.3 Ansvarlige selskaper og kommandittselskaper	27
1.4 Beskyttelse av arbeidet som gode for arbeidstakeren	28
1.5 Nærmere om bokas tema	30
2 Rettslig ramme for omstillingsprosesser	32
2.1 Innledning	32
2.2 Virksomhetsledelse og styringsrett	33
2.3 Arbeidsrettslig lovgivning	33
2.3.1 Arbeidsrettslige regler i privat og offentlig sektor	33
2.3.2 Virkeområdet for regelverket – arbeidsavtalens parter ...	36
2.3.2.1 Innledning	36
2.3.2.2 Arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet	37
2.3.2.3 Virksomhetsbegrepet	43
2.3.3 Virkeområdet for regelverket – rettsvalgsspørsmål	45
2.3.4 Virkeområdet for regelverket – omgørelser og gjennomskjæring	47
2.4 Annen lovgivning	49
2.4.1 Generelt	49
2.4.2 Personopplysningsloven (GDPR)	49
2.5 Alminnelige merknader om avtalers betydning for omstilling og nedbemanning	56
2.5.1 Innledning	56
2.5.2 Partenes adgang til å inngå avtaler om omstilling og nedbemanning	56
2.5.3 Omstillingsavtaler – individuell eller kollektiv bundethet?	60

2.5.3.1	Problemstillingen	60
2.5.3.2	Tariffrettslig ettervirkning	60
2.5.3.3	Individuelle ettervirkninger	62
2.6	Tariffavtalers betydning for omstilling og nedbemanning	65
2.6.1	Tariffavtaler og tariffbundethet	65
2.6.2	Tariffavtalen som skranke for hva som kan besluttes	67
2.6.3	Tariffavtalens krav til saksbehandling	70
2.6.4	Fredsplikt	71
2.6.5	Resignasjonsplikt og tvistebehandling. Sanksjoner mot tariffbrudd	73
2.7	Tillitsvalgtes rettigheter og plikter	76
2.8	Informasjon og drøftelse etter lov og tariffavtale	81
2.8.1	Innledning	81
2.8.2	Arbeidsgivers plikt til informasjon og drøftelse etter arbeidsmiljøloven kapittel 8	82
2.8.2.1	Generell plikt til informasjon og drøftelser	82
2.8.2.2	Gjennomføring av plikten til informasjon og drøftelse	84
2.8.2.3	Fortrolige opplysninger	87
2.8.2.4	Særlig om konsernforhold	89
2.8.3	Arbeidsmiljøutvalget	91
2.8.4	Tariffavtalt drøftelsesplikt	92
2.8.5	Ansattes medvirkning i internasjonale virksomheter	97

DEL 2	OMSTILLING – TILPASNING AV VIRKSOMHETEN TIL ENDREDE BEHOV	99
-------	--	----

3	Omstillingsprosesser i praksis	101
3.1	Organisasjonsutvikling, vekst og omstilling av egne ansatte	101
3.2	HR-perspektivet: Kommunikasjon, forankring og ansattinvolvering/drøfting	101
3.3	HMS-perspektivet: Arbeidsmiljøhensyn og risikovurderinger	102
3.4	Ulike former for omstilling uten nedbemanning	104
3.4.1	Organisasjons- og kompetanseendringer – nytt organisasjonsdesign	104
3.4.2	Utskilling av virksomhet, tjenesteutsetting og virksomhetsoverdragelse	105
3.4.3	Midlertidige tiltak – permittering	105
3.5	Virksomhet over landegrenser	106
3.6	Konsernforhold og bemanningsløsninger	107
3.6.1	Utgangspunkter ved bruk av arbeidskraft på tvers av konsernstrukturen	107

3.6.2	Muligheter for fleksibel bruk av ansatte i konsern	107
3.6.3	Konsernforhold – rettslige utgangspunkter for omstillingsprosesser	109
3.7	Oppsigelser i konsernforhold	109
4	Ansettelses	111
4.1	Omstilling og behov for ny kompetanse	111
4.2	Styringsrettslig utgangspunkt: Fri ansettelsesrett	111
4.3	Hovedregel om faste heltidsstillinger	112
4.4	Rettslige skranker for ansettelsesretten	113
4.4.1	Diskrimineringsforbud	113
4.4.1.1	Diskrimineringsvern og diskrimineringsgrunnlag	113
4.4.1.2	Forbud mot innhenting av visse opplysninger om jobbsøkere	114
4.4.1.3	Forbud mot diskriminering forutsetter at det foreligger forskjellsbehandling	116
4.4.1.4	Forbud mot direkte og indirekte diskriminering	116
4.4.1.5	Lovlig forskjellsbehandling	117
4.4.1.6	Adgangen til positiv særbehandling ved ansettelses	119
4.4.1.7	Arbeidsgivers opplysningsplikt	120
4.4.1.8	Konsekvenser ved brudd på diskrimineringsforbud ved ansettelses	120
4.4.2	Fortrinnsrett til ny ansettelse	121
4.4.2.1	Når utløses arbeidsmiljølovens fortrinnsrettsregler?	121
4.4.2.2	Fortrinnsrett for overtallige etter arbeidsmiljøloven § 14-2	123
4.4.2.3	Fortrinnsrett for deltidsansatte etter § 14-3	130
4.4.2.4	Prioritetsregler mellom flere ansatte som har fortrinnsrett	133
4.4.2.5	Bortfall av fortrinnsrett	134
4.4.2.6	Konsekvenser ved brudd på reglene om fortrinnsrett	136
4.5	Krav til arbeidsavtalers form og innhold	138
4.6	Adgangen til bruk av prøvetid	139
4.7	Omgjøring og heving av arbeidsavtaler før tiltredelse	141
5	Fleksibel bruk av egne ansatte – særlig om arbeidsgivers styringsrett	143
5.1	Innledning	143
5.1.1	Arbeidsgivers behov for endringer	143

5.1.2	Avtale om endringsadgang	144
5.2	Arbeidsgivers styringsrett	145
5.2.1	Styringsrettens alminnelige innhold	145
5.2.2	Styringsretten som forutsetning for arbeidsavtale og tariffavtale	146
5.2.3	Styringsretten som forutsetning i lovgivningen	147
5.2.4	Styringsrettens grenser	147
5.2.5	Skillet mellom foretaksledelse og arbeidsledelse	149
5.3	Saklighetsnormen	151
5.3.1	Innledning	151
5.3.2	Innholdet i saklighetsnormen	151
5.3.3	Generelt krav til interesseavveining?	152
5.4	Styringsretten som grunnlag for endringer i arbeidets innhold ...	153
5.4.1	Innledning	153
5.4.2	Nærmere om endringsadgangen – generelt	154
5.4.2.1	Utgangspunkt: Tolkning av arbeidsavtalen ...	154
5.4.2.2	Alminnelige retningslinjer – grunnpreg-standarden?	157
5.4.2.3	Utvikling mot en mer omfattende endringsadgang?	158
5.4.2.4	Fremgangsmåte	162
5.4.3	Nærmere om endringsadgangen – kasuistikk	163
5.4.3.1	Innledning	163
5.4.3.2	Endring av arbeidsoppgaver	163
5.4.3.3	Overføring til likeartet arbeid	164
5.4.3.4	Arbeidstakers stillingsnivå	165
5.4.3.5	Midlertidige arbeidsoppgaver	166
5.4.3.6	Endring av arbeidstid	166
5.4.3.7	Endring av økonomiske ytelser	170
5.4.3.8	Endring av økonomiske ytelser – særlig om pensjon	173
5.4.3.9	Endring av arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden ..	176
5.4.3.10	Regulering av arbeidssted	177
5.4.4	Informasjon og drøfting som element i utøvelse av styringsrett	180
5.5	Regulering av arbeidsplikten	183
5.6	Domstolskontroll av styringsrettsbeslutninger	186
5.6.1	Innledning	186
5.6.2	Tvistelovens grunnvilkår om «rettskrav»	187
5.6.3	Domstolskontrollens innhold	188
5.6.4	Saklighets- og forsvarlighetskontroll	190
5.6.5	Nærmere om betydningen av vurderingstemaet	191
5.6.6	Særlig om oppsigelser	193
5.6.7	Oppsummering	195

6 Endringsoppsigelser	197
6.1 Innledning	197
6.2 Krav til saklig grunn	197
6.2.1 Interesseavveiningen	197
6.2.2 Endringsoppsigelser som skyldes virksomhetens forhold	199
6.2.3 Oppsummering	202
6.3 Nærmere om fremgangsmåten	202
6.4 Avtale om prøvetid ved endringsoppsigelse	203
7 Andre tilknytningsformer: Innleie, selvstendige oppdragstakere og entrepriser	206
7.1 Innledning	206
7.2 Arbeidsinnleie	207
7.2.1 Nærmere om innleie som bemanningsform	207
7.2.2 Innleie fra produksjonsbedrifter	208
7.2.3 Innleie fra bemanningsforetak	213
7.2.3.1 Vilkår for lovlig innleie	213
7.2.3.2 Avtaler om innleie med tillitsvalgte	215
7.2.3.3 Drøftingsplikt	217
7.2.3.4 Likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår	217
7.2.3.5 Opplysnings- og dokumentasjonsplikt	219
7.2.3.6 Solidaransvar mellom utleier og innleier	219
7.2.3.7 Krav til virksomhet som skal leie ut arbeidstakere (bemanningsforetak)	220
7.2.3.8 Treårsregelen	221
7.2.3.9 Krav om fast ansettelse grunnet ulovlig innleie	222
7.3 Bruk av selvstendige oppdragstakere	223
7.3.1 Skillet mellom arbeidstakere og oppdragstakere	223
7.3.2 Viktige hensyn ved organisering av virksomhet ved oppdragstakere	225
7.3.3 Normalt ikke adgang til oppsigelse av egne ansatte for å sette ut oppgaver til selvstendige oppdragstakere	225
7.4 Tjenesteutsetting – bruk av bemanningsentrepriser	227
7.4.1 Utbredt bemanningsmodell i norsk arbeidsliv	227
7.4.2 Entreprisebegrepet og grensen mot innleie	227
7.4.3 Ansvar for arbeidsvilkår i leverandørkjeden	230
7.4.4 Outsourcing – nedbemanning eller virksomhetsoverdragelse?	231
8 Virksomhetsoverdragelse	232
8.1 Innledning	232
8.2 Overordnet om regelverket	233

8.3	Formålet med reglene	233
8.4	Anvendelsesområde	235
8.4.1	De tre hovedvilkårene for overdragelse	235
8.4.2	«Overdragelse»	237
8.4.3	Overdragelse av «virksomhet eller del av virksomhet» ..	238
8.4.3.1	De to kravene til gjenstanden for overdragelse: Enhet og identitet	238
8.4.3.2	Kravet til en selvstendig enhet (enhetsvilkåret)	238
8.4.3.3	Kravet til at enheten bevarer sin identitet etter overdragelsen (identitetsvilkåret)	242
8.4.4	«Til en annen arbeidsgiver»	249
8.5	Konsekvensene av en virksomhetsoverdragelse	251
8.6	Hvilke arbeidstakere har rett til overføring?	252
8.6.1	Det må foreligge et arbeidsforhold	252
8.6.2	Arbeidsforholdet må foreligge på overdragelsestidspunktet	253
8.6.3	Arbeidsforholdet må ha tilstrekkelig tilknytning til den overførte virksomheten (tilknytningskravet)	254
8.6.4	Permanent arbeid for andre enn den formelle arbeidsgiver	257
8.7	Hvilke rettigheter og plikter overføres?	258
8.8	Individuelt avtalte rettigheter og plikter	259
8.9	Tariffavtalte rettigheter og plikter	262
8.9.1	Utgangspunkt: Overføring av tariffbundethet	262
8.9.2	Erverver kan reservere seg mot tariffbundetheten	263
8.9.2.1	Mottaker for erklæringen: Fagforening	263
8.9.2.2	Frist for å fremsette erklæringen	265
8.9.2.3	Formkrav	267
8.9.2.4	Rettsvirkninger av erklæringen	267
8.9.3	Overføring av tariffbundethet på annet grunnlag	267
8.9.3.1	Arbeidsrettens gjennomskjæringsregel	267
8.9.3.2	Overordnet om vurderingen	268
8.9.3.3	Nærmere om de relevante momentene	270
8.9.3.4	Betydningen av selskapsrettslige regler	274
8.9.4	Tariffavtalte rettigheter og plikter når tariffbundetheten ikke går over	276
8.9.4.1	Arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd, tredje og fjerde punktum	276
8.9.4.2	Individuelle arbeidsvilkår	277
8.9.4.3	Vilkårene skal etter loven opprettholdes i en tidsbegrenset periode	277
8.9.4.4	Inntil tariffavtalen «utløper»	278
8.9.4.5	Inntil det «inngås ny tariffavtale»	278

8.9.4.6	Betydningen av nasjonale regler om ettervirkning	280
8.10	Særlig om henvisningsbestemmelser	282
8.11	Pensjon	283
8.11.1	Arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd	283
8.11.2	Nærmere om anvendelsesområdet for pensjonsunntaket	285
8.12	Arbeidstakernes reservasjons- og valgrett	288
8.12.1	Reservasjonsretten	288
8.12.2	Valgrett	290
8.13	Fortrinnsrett etter virksomhetsoverdragelse	293
8.13.1	Fortrinnsrett for arbeidstakere som overføres til erhverver	293
8.13.2	Fortrinnsrett for arbeidstakere som ikke overføres til erverver	294
8.13.3	Fortrinnsrett etter virksomhetsoverdragelse når virksomheten er konkurs	295
8.14	Forbudet mot oppsigelse på grunn av virksomhetsoverdragelse – arbeidsmiljøloven § 16-4	296
8.15	Særlig om retten til å stå i stilling	298
8.16	Representasjon – vern av tillitsvalgte – arbeidsmiljøloven § 16-7	299
8.17	Informasjons- og drøftelsesplikt	302
8.17.1	Overordnet om krav til prosessen ved virksomhetsoverdragelser	302
8.17.2	Informasjon og drøftelser med de ansattes representanter	302
8.17.3	Nærmere om innholdet i drøftingsplikten	304
8.17.4	Informasjon til de ansatte	305
8.17.5	Sanksjoner ved brudd på informasjons- og drøftelsesplikt	306
9	Midlertidig omstilling: Permittering	307
9.1	Innledning – hva innebærer permittering?	307
9.2	Hjemmel for bruk av permittering	308
9.3	Vilkår for permittering – krav til saklig grunn	310
9.4	Fremgangsmåten ved permittering	315
9.4.1	Drøftelser med tillitsvalgte	315
9.4.2	Varsel til NAV	316
9.4.3	Utvelgelse av hvilke ansatte som skal permitteres	316
9.4.4	Permitteringsvarsel og varslingsfrister	321
9.4.5	Permitteringsbevis	324
9.5	Arbeidsgivers lønnsplikt under permittering	325
9.5.1	Innledning – nærmere om permitteringslønnsloven	325

9.5.2	Arbeidsgivers lønnsplikt – permitteringslønn	325
9.6	Rett til dagpenger under permittering	328
9.7	Arbeid under permittering – arbeid i egen bedrift og for annen arbeidsgiver	329
9.8	Permittering og sykepenger	331
9.9	Oppsigelse under permittering	332
9.10	Permittering av ansatte etter oppsigelse	333
9.11	Opptjening av feriepenger og privat tjenestepensjon under permittering	335
9.12	Praktisk fremgangsmåte for permittering	336
 DEL 3 NEDBEMANNING		 339
10	Overordnet om nedbemanninger	341
10.1	Utgangspunkter	341
10.2	Oversikt over fremgangsmåten ved nedbemanning	342
10.3	Kort om bruk av sluttavtaler og frivillig avgang i nedbemanningsprosesser	347
11	Kravet om at oppsigelser skal ha saklig grunn	349
11.1	Innledning	349
11.2	Saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7	349
11.2.1	Rettslige utgangspunkter	349
11.2.2	Generell saklighet	350
11.2.3	Saklig utvelgelse (utvelgelseskrets og -kriterier)	353
11.2.4	Tilbud om «annet passende arbeid»	354
11.2.5	Interesseavveining	354
11.2.6	Særskilt oppsigelsesvern ved nedbemanning	355
11.2.7	Krav til dokumentasjon	355
11.3	Domstolskontroll – særlig om oppsigelse	356
11.3.1	Innledning	356
11.3.2	Domstolskontroll av oppsigelser – rettsutviklingen	357
11.3.3	Gjeldende rett: Domstolene kan prøve oppsigelsesbeslutninger fullt ut	358
11.3.4	Prøvingsintensiteten vil kunne variere	359
11.3.5	Det faktiske grunnlaget for domstolsprøvingen	360
11.4	Oppsigelser kombinert med nyansettelser	361
12	Nedbemanningsens første fase: Planlegging og kollektive drøftelser	363
12.1	Planlegging og gjennomføring	363
12.1.1	Krav til saksbehandling og dokumentasjon	363

12.1.2	Informasjon og drøftelser med de tillitsvalgte	364
12.1.3	Behandling i kompetent selskapsorgan	365
12.1.4	Særlig om «fristilling»	366
12.2	Særlige tiltak	367
12.2.1	Avtale om frivillig fratreden	367
12.2.2	Bør prosessen håndteres av noen andre?	368
12.2.3	Intern og eksternt kommunikasjon	368
12.2.4	Informasjonsplikt på regulerte og uregulerte markeder	368
12.2.5	Omstillingsavtale og omstillingsutvalg	369
12.3	Informasjons- og drøftelsesplikter	369
12.3.1	Viktigheten av informasjon og drøftelser	369
12.3.2	Kollektiv informasjons- og drøftelsesplikt	370
12.3.3	Særlig om informasjons- og drøftelsesplikt ved masseoppsigelser	372
12.3.3.1	Regelens bakgrunn og formål	372
12.3.3.2	Begrepet «masseoppsigelse». Beregningsmetode	374
12.3.3.3	Drøftelser med «tillitsvalgte»	376
12.3.3.4	Tidspunktet for drøftelsene	378
12.3.3.5	Formålet med drøftelsene. Rett til sakkyndig bistand	381
12.3.3.6	Nærmere om den informasjonen som skal gis	382
12.3.3.7	Særlig om beslutning truffet av andre enn arbeidsgiver	383
12.3.3.8	Referat og protokoll	384
12.3.3.9	Masseoppsigelsers virkning – særlig om utsatt fratredelse	385
12.3.3.10	Brudd på drøftelses- og informasjonsplikten etter § 15-12	386
12.4	Omstillingsutvalg og omstillingsavtale	387
12.4.1	Omstillingsutvalg	387
12.4.2	Omstillingsavtale	388
12.4.3	Er omstillingsavtale tariffavtale?	389
12.5	Felles informasjon til alle (berørte) ansatte	390
13	Utvelgelse av overtallige	392
13.1	Utvelgelsesprosessen i praksis	392
13.2	Rettslige utgangspunkter for utvelgelsen	393
13.3	Krets og kriterier: Det tariffestede versus det lovfestede stillingsvernet	394
13.4	Bruk av utvelgelseskretser	396
13.4.1	Hovedregel: Hele virksomheten som utvelgelseskrets	396
13.4.2	Unntak: Bruk av begrensede utvalgskretser	397

13.4.3	Bruk av utvalgskretser i tariffbundne virksomheter omfattet av ansiennitetsregler	403
13.4.4	Den nye konsernregelen: Bruk av kretser for den utvidede tilbudsplikten i konsern	407
13.5	Utvelgelseskriterier	408
13.5.1	Utvelgelseskriteriene må være saklige	408
13.5.2	Ansiennitet som utvelgelseskriterium i virksomheter bundet av et betinget ansiennitetsprinsipp	410
13.5.2.1	Ansiennitet som utgangspunkt og pliktig kriterium	410
13.5.2.2	Beregning av ansiennitet	413
13.6	Dokumentasjon av utvelgelsesvurderinger	413
13.6.1	Rettslige utgangspunkter	413
13.6.2	Hvordan sikre etterprøvbarhet i praksis? Særlig om kompetansekartlegging	415
14	Plikten til å tilby annet passende arbeid	416
14.1	Innledning	416
14.2	Når inntretr tilbudsplikten?	416
14.3	Kravet til «passende» arbeid	417
14.3.1	Arbeidets karakter	417
14.3.2	Arbeidstakers egnethet	418
14.3.3	En viss grad av opplæring må godtas	419
14.3.4	Den samlede vurderingen og interesseavveiningen	420
14.4	«Arbeid»	421
14.5	I «virksomheten»	422
14.6	Tilbud på bekostning av andre arbeidstakere?	423
14.7	Konsekvenser av brudd på tilbudsplikten	424
14.8	Tilbudsplikt i konsernforhold	424
14.8.1	Innledning	424
14.8.2	Begrepet «konsern»	425
14.8.3	Begrensning av foretakskretsen i konsern	425
14.8.4	Praktisk gjennomføring og konsekvenser av (påståtte) brudd	426
15	Interesseavveiningen	427
15.1	Innledning	427
15.2	Individuelle hensyn	427
15.3	Virksomhetens behov	429
15.4	Betydningen av tilbud om «annet passende arbeid»	430
16	Individuelle drøftelsesmøter og beslutning om oppsigelse	431
16.1	Arbeidsgivers individuelle informasjons- og drøftelsesplikt overfor arbeidstakerne	431

16.1.1	Generelt om arbeidsmiljøloven § 15-1	431
16.1.2	Tidspunktet for drøftelsene	433
16.1.3	Bistand under møtet	434
16.1.4	Gjennomføring av drøftelsesmøtene	434
16.1.5	Brudd på drøftelsesplikten	437
16.2	Endelig beslutning om valg av overtallige arbeidstakere	438
16.2.1	Beslutning om oppsigelse	438
16.2.2	Oppsigelsens form og innhold	439
16.2.2.1	Krav til skriftlighet og betryggende levering	439
16.2.2.2	Oppsigelse på e-post	440
16.2.2.3	Oppsigelsesfristens utgangspunkt	441
16.2.2.4	Nærmere om oppsigelsens innhold	441
16.2.2.5	Brudd på formkravene	443
16.2.3	Begrunnelse for oppsigelsen	443
16.2.4	Oppsigelsesfrister. Utsatt virkning av masseoppsigelser	445
16.2.4.1	Generelt om oppsigelsesfrister	445
16.2.4.2	Krav til samlet ansettelsestid	446
17	Særskilte/særlige oppsigelsesvern	448
17.1	Innledning	448
17.2	Opphør av arbeidsforhold grunnet alder	448
17.2.1	Hovedregel om opphør ved fylte 72 år	448
17.2.2	Forholdet til diskrimineringslovgivningen	448
17.2.3	Lavere bedriftsinterne aldersgrenser	449
17.2.3.1	Den generelle hjemmelen i § 15-13 a tredje ledd	449
17.2.3.2	Lavere aldersgrenser av hensyn til helse eller sikkerhet	451
17.2.4	Forholdet til oppsigelsesvernet i § 15-7	453
17.2.5	Varslingsregler og fremgangsmåte	453
17.3	Prøvetidsansattes stilling	454
17.3.1	Innledning – rettslig bakgrunn	454
17.3.2	Nærmere om oppsigelse av prøvetidsansatte	455
17.3.3	Form- og prosessregler	459
17.4	Opphør av midlertidige arbeidsforhold	460
17.5	Oppsigelsesvern ved sykdom	461
17.5.1	Innledning – behovet for et særskilt oppsigelsesvern	461
17.5.2	Rekkevidden av oppsigelsesvernet ved sykdom	461
17.5.3	Prosessuelle regler – særlig om bevisbyrde	465
17.6	Oppsigelsesvern ved svangerskap, etter fødsel og adopsjon	467
17.6.1	Innledning – behovet for et særskilt oppsigelsesvern	467
17.6.2	Oppsigelsesvern under svangerskap	467
17.6.3	Oppsigelsesvern i permisjonstiden	469
17.7	Oppsigelsesvern ved militærtjeneste mv.	470

17.8	Særlig om oppsigelse av øverste leder i virksomheten	471
17.8.1	Innledning	471
17.8.2	Forhåndsavtaler om fraskrivelse av stillingsvern	473
17.8.2.1	Bakgrunnen for regelen	473
17.8.2.2	Inngått avtale. Fremgangsmåte i en opphørssituasjon	473
17.8.2.3	Vilkårene for å inngå avtale etter § 15-16	474
18	Sluttavtaler	477
18.1	Utarbeidelse av sluttavtaler	477
18.1.1	Generelt om sluttavtaler – herunder avtalelovens bestemmelser	477
18.1.2	Inngåelse av sluttavtaler	478
18.2	Nærmere om innholdet i sluttavtaler	480
18.2.1	Arbeidsgivers hovedansvar å sikre klarhet	480
18.2.2	Tidspunkt for opphør av arbeidsforholdet	480
18.2.3	Fritak for arbeidsplikt og -rett («garden leave»)	480
18.2.4	Tilbakelevering av virksomhetens eiendeler mv.	481
18.2.5	Økonomiske elementer – lønn, bonus, pensjon, mv.	481
18.2.6	Sluttvederlag	482
18.2.7	Utgiftsdekning, bistand til jobbsøking, «outplacement» osv.	482
18.2.8	Immaterielle rettigheter	483
18.2.9	Taushetsplikt	484
18.2.10	Konfidensialitet	484
18.2.11	Konkurrans-, kunde- og rekrutteringsklausuler	484
18.2.11.1	Konkurransesklausuler	484
18.2.11.2	Arbeidsmiljøloven kapittel 14 A	485
18.2.11.3	Konkurransesklausuler utenfor arbeidsforhold	486
18.2.11.4	Kunde-klausuler	487
18.2.11.5	Rekrutteringsklausul	487
18.2.11.6	Unntaket for virksomhetens øverste leder	488
18.2.12	Fullt og endelig oppgjør	489
18.2.13	Forlenget ventetid for utbetaling av dagpenger	489
18.2.14	Forholdet til fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-2	489
18.3	Arbeidstakers rett til attest	490
18.4	Pensjon, trygd og andre ytelser	491
18.4.1	Innledning	491
18.4.2	Obligatorisk tjenestepensjon	491
18.4.3	Privat AFP og sluttavtaler	492
18.4.3.1	Vilkår for AFP	492
18.4.3.2	«AFP-feller» ved inngåelse av sluttavtaler	493
18.4.4	Trygd	494

18.4.4.1	Oversikt over trygdeytelser	494
18.4.4.2	Dagpenger under arbeidsløshet	494
18.4.4.3	Sykepenger	496
18.4.4.4	Arbeidsavklaringspenger og tilleggsstønader . .	497
18.4.4.5	Uføretrygd	499
18.4.4.6	Svangerskaps- og foreldrepenger	500
18.5	Særlig om ferie og feriepenger i forbindelse med oppsigelse	502
18.5.1	Hovedregler om fastsettelse og avvikling av ferie	502
18.5.2	Ferieavvikling i oppsigelsestid	504
18.5.2.1	Saksbehandlingsreglene mv.	504
18.5.2.2	Oppsigelse fra arbeidsgiver	505
18.5.2.3	Oppsigelse fra arbeidstaker	507
18.5.2.4	Krav på ferie i oppsigelsestiden	507
18.5.3	Utbetaling av opptjente feriepenger	508
18.5.4	Feriepenger av sluttvederlag	508
18.6	Skatterettslige spørsmål	509
18.6.1	Innledning	509
18.6.2	Sluttvederlag	509
18.6.3	Erstatning for «tort og svie»	510
18.6.4	Naturalytelser	511
18.6.5	Sakskostnader	512
18.6.6	Dekning av utgifter til utdanning i forbindelse med opphør av arbeidsforhold	512
18.6.7	Tidfesting	513
18.6.8	Beskatning av feriepenger	513
18.6.9	Øvrige plikter for arbeidsgiver	514
18.7	Mislighold av sluttavtaler	514
18.7.1	Avtalte misligholdsbeføyelser	514
18.7.2	Bakgrunnsrettslige misligholdsbeføyelser	515
18.8	Avtalerettslig revisjon og ugyldighet av sluttavtaler	516
18.8.1	Høy terskel for ugyldighet	516
18.8.2	Søksmålsfrist	516
19	Tvist – særlig om oppsigelsesprosessen	518
19.1	Innledning	518
19.2	Forhandlinger ved tvist om oppsigelse	519
19.2.1	Innledning	519
19.2.2	Kravet om «forhandlinger»	521
19.2.3	Frist for å kreve og for å gjennomføre forhandlinger	522
19.2.4	Arbeidsgivers rett til å kreve forhandlinger	523
19.2.5	Retten til å bruke rådgiver	523
19.2.6	Forhandlingenes varighet	524
19.2.7	Kravet om protokoll	524
19.3	Søksmål	525

19.3.1	Innledning. Prosessporene	525
19.3.2	Norske domstolars kompetanse i tvister knyttet til grenseoverskridende virksomheter	526
19.3.3	Hovedregelen om prosessmåten	528
19.3.4	Søksmålsfrister	530
19.3.5	Hva det kan gås til sak om. Rett saksøkt	535
19.3.6	Pretensjonens betydning	537
19.3.7	Kumulasjonsregelen	537
19.3.8	Twistelovens betydning	538
19.3.9	Hovedforhandlingen	542
19.3.10	Voldgiftsavtaler	544
19.4	Retten til å stå i stillingen	546
19.4.1	Innledning	546
19.4.2	Retten til å stå i stillingen under forhandlingene	547
19.4.3	Retten til å stå i stillingen under domstolsbehandlingen ..	548
19.4.4	Særlig om nedleggelse av virksomhet	549
19.4.5	Partenes rettigheter og plikter. Særlig om fratakelse av arbeidsoppgaver før utløpet av oppsigelsesfristen	550
19.4.6	Arbeidsgivers rett til å kreve fratredelse	553
19.4.7	Frist for fratredelse	558
19.4.8	Virkningen av fratredelse	559
19.4.9	Urettmessig utestengning	560
19.5	Virkningen av uretmessig oppsigelse	562
19.5.1	Innledning	562
19.5.2	Særregelen ved formuriktige oppsigelser	563
19.5.3	Nærmere om ugyldighet	565
19.5.4	Arbeidsopphør tross ugyldighet	567
19.5.5	Erstatningsregelen	568
Om forfatterne		571
Litteratur		573
Lovregister		579
Lovforarbeider, uttalelser mv.		593
Dommer og kjennelser mv.		596
Stikkordregister		608

DEL 1

Oversikt

1 Innledning

1.1 Arbeidslivets behov for endringer og tilpasninger

Samfunnet er i kontinuerlig endring og utvikling. Som følge av dette må arbeidslivet tilpasse seg de stadig skiftende behovene. Virksomheter og produksjon tilpasses rettslig rammeverk, samtidig som det rettslige rammeverket må tilpasses nye driftsmåter og nye måter å organisere virksomheter og produksjonen på. Lovgiver, domstoler og arbeidslivets parter stilles stadig overfor nye problemstillinger hvor etablerte reguleringer skal anvendes på nye problemstillinger. Disse endringene kan følge av virksomhetens eget behov og ønske om utvikling og endring, men ikke minst behov for omstilling som følge av eksterne faktorer.

Under koronapandemien fikk virksomheter verden over erfare viktigheten av å kunne tilpasse seg raskt når kriser oppstår. Pandemien førte til en økonomisk tilbakegang i mange land,¹ og nedstengningen av samfunnet førte til mange permitteringer og økt arbeidsledighet, særlig i kultur-, turisme-, hotell- og restaurantvirksomheter. Samtidig førte pandemien til betydelige endringer i måten arbeid utføres på, særlig fordi bruken av digital teknologi økte betydelig. Hjemmekontor og arbeid fra utlandet ble vanligere i bransjer der det var mulig.² Pandemien førte også til et økt behov for teknologiske ferdigheter, og endret måten ledere måtte administrere og kommunisere med de ansatte på.

Russlands angrep på Ukraina vinteren 2022 har fått store konsekvenser for det internasjonale arbeidsmarkedet, særlig innenfor industrier som er avhengige av import og eksport. Virkningene av denne krigen er fortsatt tydelige i 2023. Landegrensener har blitt stengt og handelsavtaler har blitt suspendert, noe som har ført til en økning i kostnader og vanskeligheter med å transportere varer og tjenester. Dette har videre ført til økt økonomisk usikkerhet og tap av arbeidsplasser i flere sektorer. Andre utenrikspolitiske hendelser, slik som Storbritannias uttreden fra EU, påvirker handelsrelasjoner med tilsvarende behov for tilpasninger og organiseringer.

Gjennom den teknologiske utviklingen har manuelle jobber gradvis blitt overtatt av maskiner.³ I de senere årene har digitalisering og informasjonsteknologi gjort det mulig for datamaskiner og roboter å utføre stadig mer avansert arbeid uten menneskelig involvering. Dette har medført at en rekke manuelle jobber har falt

1 NOU 2021: 9 s. 53 med videre henvisninger.

2 NOU 2021: 9 s. 53.

3 NOU 2021: 9 s. 55.

bort. Som eksempel kan nevnes banktjenester, som i dag i stor grad er digitalisert.⁴ Enkelte studier har anslått at nesten halvparten av jobbene i det amerikanske arbeidsmarkedet vil forsvinne i løpet av 10 til 20 år.⁵

Den teknologiske utviklingen fører samtidig til at nye jobber og forretningsmodeller kommer til. Gjennom såkalt plattform-arbeid kan arbeid bestilles og utføres gjennom digitale plattformer, slik som transporttjenesten Uber og matleveringstjenesten Foodora. Våren 2023 diskuteres det særlig hvilken betydning kunstig intelligens (KI) vil få for arbeidslivet og samfunnet. Selv om KI-teknologi utvilsomt vil kunne bidra til å effektivisere en rekke arbeidsoppgaver,⁶ f.eks. innen diagnostisering av sykdommer, matematiske beregninger, mv., frykter flere at teknologien også kan erstatte *intellektuelt* arbeid. Dette vil kunne ramme bransjer som lever av tankearbeid, slik som journalistikk, markedsføring, kunst- og kulturvirksomheter, juridisk rådgivning, undervisning, arkitektur, mv.

Foruten teknologisk utvikling, påvirkes arbeidslivet også av bl.a. økt internasjonal handel og kommunikasjon på tvers av landegrenser. Dette har medvirket til økende spesialisering, særlig innen produksjon, og økende bruk av underleverandører i produksjonskjeder på tvers av landegrenser.⁷

Videre vil de globale klima- og miljøutfordringene kunne få stadig større betydning for arbeidslivet i årene som kommer.⁸ Norge har forpliktet seg til en rekke internasjonale avtaler, der særlig FNs klimakonvensjon og Parisavtalen kan nevnes, som begge har som mål å redusere de globale klimagassutslippene og å begrense den globale oppvarmingen.⁹ For å nå disse klimamålene kreves det tiltak som trolig vil redusere etterspørselen etter norsk olje og gass. Dette kan få betydelige konsekvenser for sysselsettingen i denne sektoren, ettersom arbeidskraft og realkapital fra disse næringene gradvis må flyttes over til annen produksjon.¹⁰ Samtidig vil den grønne omleggingen kunne skape en rekke nye arbeidsplasser, f.eks. innen fornybar energi, karbonfangst og -lagring, mv.

Dette er bare noen eksempler på de faktorene som har påvirket, og som vil fortsette å påvirke arbeidslivet. Samfunnsendringene vil ofte gjøre det både nødvendig og ønskelig for arbeidsgiver å foreta endringer i arbeidets innhold og virksomhetens organisasjon.

1.2 Omstilling og nedbemanning

Endringer i arbeidet og organiseringen av virksomheten er ofte både nødvendig og ønskelig. Når markedet etterspør nye produkter, må produsentene tilpasse seg beho-

4 NOU 2021: 9 s. 56.

5 NOU 2021: 9 s. 56 med videre henvisninger.

6 NOU 2021: 9 s. 54.

7 NOU 2021: 9 s. 57.

8 NOU 2021: 9 s. 58.

9 NOU 2021: 9 s. 58.

10 NOU 2021: 9 s. 58.

vene og levere konkurransedyktige produkter. Nye metoder og ny kunnskap vil også kunne bidra til endringer i produkter og produksjonsmåter som får konsekvenser for de ansatte. Dersom virksomheten mangler den nødvendige omstillingsevnen, vil bedriften ikke kunne overleve. Konsekvensen er tap av arbeidsplasser. Det er derfor i alles interesse å ha en omstillingsdyktig virksomhet.

Denne boka handler om hvordan behovene for omstilling skal håndteres overfor arbeidstakerne. Endringer vil utvilsomt kunne få betydelige konsekvenser, både for innholdet i arbeidstakernes oppgaver og for selve arbeidsplassen. Noen ganger kan nedbemanninger også havne i medienes søkelys. I slike tilfeller bør ledelsen sørge for at den eksterne kommunikasjonen håndteres på en god måte. Søksmål i kjølvannet av oppsigelses- eller omstillingsprosesser er normalt belastende, ikke bare for den ansatte, men også for arbeidsgiver og andre ansatte.

Begrepene *omstilling* og *nedbemanning* refererer til ulike situasjoner. *Omstilling* sikter i denne sammenhengen til situasjoner som ikke nødvendigvis innebærer oppsigelser; det kan være tale om omorganisering av virksomheten, omfordeling av arbeidsoppgaver og personell på ulike områder av virksomheten, endringer i arbeidstidsordning osv. *Nedbemanning* sikter til en reduksjon av arbeidsstokken. En slik reduksjon vil ofte innebære oppsigelser fra virksomhetens side, men vil også kunne omfatte andre ordninger, som f.eks. avtaler om opphør av arbeidsforholdet (sluttavtaler). En nedbemanning vil ofte være del av en større omstillingsprosess, og tiltakene kan dermed variere i art og omfang. Ved større omstillingsprosesser vil det ofte være tale om en kombinasjon av ulike tiltak. Denne boka behandler både omstillings- og nedbemanningsprosesser.

Det rettslige rammeverket for omstilling og nedbemanning er sammensatt. Et av formålene med denne fremstillingen er å søke å gi en oversikt over hvilke regler som gjelder i de ulike prosessene. Hvorvidt slike prosesser er vellykkede, er ikke bare et spørsmål om juss. Vel så viktig er det at arbeidsgiver legger til rette for en prosess som partene kan ha tillit til. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor nedbemanning er et aktuelt virkemiddel. Det er ikke tvil om at nedbemanningsprosesser berører virksomheten på en inngripende måte. En oppsigelse rammer den enkelte arbeidstakeren hardt. Vissheten om at en arbeidstaker kan bli rammet av oppsigelse, eller usikkerhet om fortsatt arbeid, påvirker på en fundamental måte virksomhetens evne til å utføre sine oppgaver. For å begrense skadevirkningene av en nedbemanningsprosess må man iakttas noen grunnleggende spilleregler:

- Oppsigelse må ikke benyttes med mindre det er helt nødvendig. Nedbemanningsprosesser som ikke oppleves som nødvendige, kan ødelegge moralen i virksomheten.
- Bakgrunnen for og omfanget av oppsigelsene må kommuniseres tidlig, åpent og tydelig.
- Kriteriene for valg av overtallige må være forståelige, etterprøvbare og konsekvent praktisert.
- Det må samarbeides med de tillitsvalgte gjennom hele prosessen.

- Hver enkelt ansatt må få individuell informasjon og så raskt som mulig få beskjed om vedkommende vil kunne bli berørt eller ikke. Hver enkelt ansatt må behandles med respekt, verdighet og med det alvor saken krever.
- Omstillingsperioden må gjøres så kort som mulig slik at perioden med uro begrenses.

1.3 Styrets ansvar for å sikre forsvarlig drift

1.3.1 Arbeidsgivers styringsfunksjon

Beslutningen om å foreta omstilling og nedbemanning hører til arbeidsgivers styringsfunksjoner, jf. Rt. 1989 s. 508 (Christiania Spigerverk) der Høyesterett uttalte at det «[i] prinsippet hører [...] til bedriftseiernes styringsfunksjoner å treffe avgjørelse om nedlegging eller fortsatt drift».¹¹ Vurderingen må bygge på et alminnelig forretningsmessig skjønn. Dette blir nærmere behandlet i punkt 6.7.5. Det kan også foreligge en plikt til å gjennomføre endringer i virksomheten, og dette avsnittet gir en kort oversikt over noen regler som kan tenkes å gi en plikt til å gjennomføre omstillingsprosesser.

1.3.2 Aksje- og allmennaksjeselskaper

I aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper hører forvaltningen av selskapet under styret, jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 6-12 første ledd. Det stilles blant annet krav om at styret «skal sørge for forsvarlig organisering av virksomheten», «holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling» og «påse at [selskapets] virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende kontroll», jf. første og tredje ledd. Styret skal også «føre tilsyn med den daglige ledelse og selskapets virksomhet for øvrig», jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 6-13 første ledd. Dersom selskapet har bedriftsforsamling, vil det imidlertid være bedriftsforsamlingen som etter forslag fra styret treffer avgjørelse i saker om «rasjonalisering eller omlegging av driften som vil medføre større endring eller omdisponering av arbeidsstyrken», jf. aksjeloven §§ 6-35 tredje ledd og 6-12 femte ledd, jf. allmennaksjeloven § 6-37 fjerde ledd nr. 2.

Ved tap av egenkapital har styret en uttrykkelig handleplikt, jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-5. Dette gjelder både dersom egenkapitalen er lavere enn det kravet til forsvarlig egenkapital som følger av aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-4, og dersom selskapets egenkapital blir mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Styret skal da «straks behandle saken» og innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling, jf. § 3-5 første ledd. Styret i børsnoterte selskaper må også oversende innkallingen av generalforsamlingen til børsen, jf. allmennaksjeloven § 5-6 fjerde ledd, samt over-

11 Rt. 1989 s. 508 (Christiania Spigerverk) på s. 513.

holde øvrige krav til offentlighet etter verdipapirhandelloven kapittel 5. Styret skal i tillegg foreslå tiltak som vil gi selskapet forsvarlig egenkapital. Loven inneholder ingen angivelse av hvilke tiltak som kan være aktuelle. Dette vil bero på en konkret vurdering, men formålet med tiltakene er å sikre at virksomheten igjen får en forsvarlig egenkapital. Forarbeidene nevner omlegging eller annen rasjonalisering av virksomheten som eksempler på ulike alternative tiltak som styret kan vurdere.¹² Omstillingstiltak kan med andre ord være ett av flere hensiktsmessige virkemidler i en slik situasjon. Alternativet til gjennomføring av tiltak som sikrer en forsvarlig egenkapital, vil være plikt for styret til å foreslå selskapet oppløst, jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-5 annet ledd.

Medlemmer av styre og bedriftsforsamling kan bli erstatningsansvarlige dersom vervet utføres på en uaktsom måte, jf. aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 17-1 flg. Aktsomhetskravet gjelder både grunnlaget for og innholdet i de beslutninger som treffes. Det vil som utgangspunkt kunne foreligge erstatningsansvar ved overtredelse av regler i aksjeloven, i selskapets vedtekter eller i andre generalforsamlingsbeslutninger. Men det kan også være grunnlag for erstatningsansvar selv om det ikke foreligger brudd på slike bestemmelser. Spørsmålet vil være om vedkommende styremedlem har oppfylt de krav og forventninger som i alminnelighet kan stilles til styremedlemmer ved forvaltningen av selskapet. Aktsomhetsvurderingen må baseres på forholdene på tidspunktet for den skadevoldende handlingen, f.eks. da vedtaket ble truffet, og ikke slik de fremstår i ettertid når spørsmålet om erstatningsansvar skal vurderes. Den uforsvarlige handlingen kan også være at styret i det hele tatt ikke har truffet beslutning om nedbemanning eller omlegging av virksomheten, eller ikke har gjort dette i tide. I en situasjon der det på tidspunktet for vedtaket er uklart hva som er den mest hensiktsmessige løsningen, vil nok styret innrømmes en viss margin for feilvurderinger, selv om det senere viser seg at det valgte tiltaket ikke var effektivt, eller tiltaket kunne ha vært mindre omfattende. I slike tilfeller vil det derimot ha stor betydning at virksomheten hadde et forsvarlig grunnlag for beslutningen.

I ekstreme tilfeller kan det være straffbart å la være å gripe inn i økonomisk kritiske situasjoner, jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 19-1 som setter straff for overtredelse av aksjelovens regler, og aksjeloven og allmennaksjeloven § 19-2 som setter straff for grov uforstand i tjenesten. I tillegg har straffeloven bestemmelser til vern av kreditorene, og gir en straffesanksjonert plikt til å begjære gjeldsforhandling eller konkurs dersom virksomheten er insolvent, jf. straffeloven § 407.

1.3.3 Ansvarlige selskaper og kommandittselskaper

For ansvarlige selskaper og kommandittselskaper er det valgfritt om selskapet skal ha et styre som selskapsorgan. Dersom slike selskaper har et styre, hører imidlertid forvaltningen av selskapet under dette, jf. selskapsloven § 2-13 første ledd, og styret skal blant annet påse at formuesforvaltningen er ordnet på betryggende måte, jf.

¹² NOU 1996: 3 s. 44.

bestemmelsens femte ledd. For kommandittselskaper gjelder særbestemmelsen i § 3-10. De personer som har ansvar for forvaltningen av selskapet, dvs. medlemmer av styret der styre er utnevnt, vil kunne bli erstatningsansvarlige for skade som vedkommende «forsettlig eller uaktsomt volder selskapet, den enkelte deltager eller andre» under utførelsen av vervet, jf. selskapsloven § 2-43. Rettsstillingen for ansvarlige selskaper er altså sammenlignbar med den som gjelder for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Det må imidlertid her som ellers være et visst slingringsmonn for uheldige eller mindre vellykkede beslutninger, dvs. det Aarbakke mfl. omtaler som en «margin for forretningsmessig feilskjønn».¹³

Selskapsrettslige og strafferettslige regler kan gi en plikt til å gjennomføre omstillingstiltak for å sikre en forsvarlig drift av virksomheten. Virksomhetens ledelse vil derfor ha en rett og plikt til å vurdere virksomhetens omfang og kostnader, og tilpasse dette til den ventede utviklingen. Dette kan ha som følge at styret enten må gjennomføre nedbemanning, eller bli erstatningsansvarlig for ikke å ha sikret fortsatt forsvarlig drift. Samtidig kan prognoser om forventet utvikling i markedet gi grunnlag for en omorganisering av virksomheten, selv om en fortsettelse av driften i samme former ikke vil utløse noe erstatningsansvar. Endringer kan være nødvendige for å gjøre virksomheten mer lønnsom, og omstilling og nedbemanning kan være nødvendig for å oppnå en innsparing i virksomheten.

At det foreligger en selskapsrettslig plikt til å gjennomføre omstilling og nedbemanning, er på den annen side ikke ubetinget avgjørende i relasjon til arbeidsrettslige regler. Gjennomføringen av tiltakene må være i samsvar med de regler som følger av det relevante arbeidsrettslige lov- og avtaleverket. Bakgrunnen for omstillingsprosessen og styrets vurderingsgrunnlag, vurderinger og beslutninger vil f.eks. spille en rolle ved vurderingen av om oppsigelsene har saklig grunn i virksomhetens forhold, jf. punkt 9.4 nedenfor. Dersom det foreligger feil eller mangler på dette punktet, kan det ha som konsekvens at oppsigelsene er ugyldige, selv om styret ville ha blitt erstatningsansvarlig dersom oppsigelsene ikke hadde funnet sted. Domstolene vil imidlertid være varsomme med å overprøve selskapets vurdering av hvilke tiltak som er nødvendige.¹⁴ Det tilligger som utgangspunkt arbeidsgiver å bestemme hvordan virksomheten skal organiseres og struktureres, hvilket arbeid som skal utføres og hvilke kvalifikasjoner arbeidstakerne skal ha, og for så vidt gjelder kvalifikasjonskrav, Rt. 2014 s. 402 (Forsvarets skolesenter).

1.4 Beskyttelse av arbeidet som gode for arbeidstakeren

Endringsprosesser på arbeidsplassen har konsekvenser for et viktig gode for den enkelte, nemlig retten til arbeid. Grunnloven § 110 bestemmer at statens myndigheter skal «legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan

13 Aarbakke (2010) s. 156.

14 Fanebust (2017) s. 313.

tjene til livets opphold ved arbeid eller næring». Forarbeidene gjør det klart at bestemmelsen «ikke [er] ment som en juridisk rett for en arbeidsløs person til å kreve seg tilvist arbeid av det offentlige eller adgang til å gjøre en slik rett gjeldende for domstolene».¹⁵ Bestemmelsen anses snarere som «en retningsgivende politisk programerklæring».¹⁶ Bestemmelsen gir dermed uttrykk for at *det å ha et arbeid* har en viktig økonomisk og sosial verdi. Høyesterett har uttalt at «retten til arbeid [er] av den største betydning for den enkelte», jf. Rt. 1980 s. 52.¹⁷ I Rt. 2012 s. 219 påpekte Høyesterett at «deltakelse i arbeidslivet [...] dekker flere behov enn selve inntekten, blant annet sosiale behov, behov for å bruke sine ferdigheter og behov for å gjøre nytte for seg».¹⁸

Videre bestemmer Grunnloven § 110 annet ledd at det ved lov skal gis nærmere regler om «ansattes medbestemmelsesrett på sin arbeidsplass». Dette gir uttrykk for at arbeidet er et gode som arbeidstakeren skal ha innflytelse over. Kravene til informasjon og drøftelse med tillitsvalgte og andre ansattrepresentanter kan sies å springe ut fra dette grunnleggende kravet til medbestemmelsesrett. Se nærmere om informasjons- og drøftingsreglene i kapittel 12.

Grunnloven § 110 må ses i sammenheng med § 92 om statens plikt til å «respektere og sikre» menneskerettighetene i Grunnloven og i traktater om menneskerettigheter som Norge er bundet av. I menneskerettighetene er det en omfattende regulering av retten til arbeid, og for enkelte av konvensjonene er det bestemt i Grunnloven §§ 2 og 3 at konvensjonene gjelder som norsk lov som ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Av de inkorporerte konvensjonene må særlig merkes FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 6. Etter denne bestemmelsen har staten plikt til å anerkjenne «retten til arbeid, som omfatter mulighet for enhver til å tjene sitt levebrød ved arbeid som han selv fritt har valgt eller godtatt». Bestemmelsen må ses på bakgrunn av Verdenserklæringen om menneskerettighetene artikkel 23, som i fire punkter angir grunnprinsipper for retten til arbeid:

1. Enhver har rett til arbeid, til fritt valg av yrke, til rettferdige og gode arbeidsforhold og til beskyttelse mot arbeidsløshet.
2. Enhver har uten diskriminering rett til lik betaling for likt arbeid.
3. Enhver som arbeider har rett til en rettferdig og god betaling som sikrer hans familie og ham selv en menneskeverdig tilværelse, og som om nødvendig blir utfylt ved annen sosial beskyttelse.
4. Enhver har rett til å danne og gå inn i fagforeninger for å beskytte sine interesser.

Kollektive reguleringer av arbeidsforholdet har vært det virkemiddelet som først og fremst har vært benyttet for myndighetsdeling mellom arbeidsgiverne og ar-

15 Dokument 16 (2011–2012) side 227.

16 Dokument 16 (2011–2012) side 227.

17 Rt. 1980 s. 52 på s. 58–59.

18 Rt. 2012 s. 219 avsnitt 70.

beidstakerne. Gjennom landsomfattende, bransjeinndelte og lokale tariffavtaler har partene i arbeidslivet regulert betingelsene for arbeid på en slik måte at arbeidsgivers styringsrett har blitt vesentlig redusert.

Lovgivningen har parallelt med denne utviklingen stadig utbygget arbeidstakers stillingsvern. I internasjonal sammenheng er det riktig å si at stillingsvernet er særlig sterkt i Norge. Et grunnvilkår for å frata arbeidstakeren stillingen er at det foreligger saklig grunn i lovens forstand. Ved denne saklighetsvurderingen skal det ikke bare undersøkes om de hensynene arbeidsgiver påberoper seg, er saklige, men det skal også foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper en oppsigelse vil påføre arbeidstakeren. I arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstavene b og c sies det uttrykkelig at lovens formål ikke bare er å sikre et arbeidsmiljø som gir arbeidstakerne full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger, men at loven også skal sikre «trygge ansettelsesforhold» og «legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet» for den enkelte arbeidstakeren, herunder knyttet til dennes forutsetninger og livssituasjon. Lovgivningen og Høyesteretts praksis illustrerer en hundreårig tradisjon i Norge: Den enkeltes beskyttelse for sitt arbeid skal være sterk, og arbeidsgiveren råder ikke alene over arbeidsplassen. Disse prinsippene har også klar støtte i traktater som Norge er bundet av og som staten skal respektere og sikre i henhold til Grunnloven § 92. Bestemmelsene i Den europeiske sosialpakten vil være viktige for utviklingen av norsk rett, jf. Rt. 2008 s. 1601. Særlig kan sosialpaktens artikkel 5 nevnes, som beskytter organisasjonsfriheten.¹⁹

1.5 Nærmere om bokas tema

Formålet med denne boka er å redegjøre for rettslige problemstillinger av betydning for både arbeidsgivere og arbeidstakere ved omstillings- og nedbemanningsprosesser. Fremstillingen er ikke bare en redegjørelse for gjeldende lov- og avtaleverk, men inneholder også forslag til hvordan partene rent praktisk bør forholde seg til de spørsmål som oppstår.

Gjennomføring av nedbemanning må tilpasses den enkelte virksomheten, og fremstillingen bygger på en generell vurdering av hvordan nedbemanningsprosesser kan gjennomføres på en hensiktsmessig måte. Fremstillingen er ikke begrenset til arbeidsrettslige regler i snever forstand, men behandler også tilgrensende rettsområder. Fremstillingen er i det vesentlige vinklet mot det som er relevant for omstillings- og nedbemanningstilfellene. De regler som gjelder oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold vil av den grunn ikke bli behandlet.

Kapitlene 2 og 3 gir en oversikt over den rettslige rammen for omstilling og nedbemanning og noen rettslige spørsmål knyttet til virksomheter med tilknytning

19 Se Rt. 2008 s. 1601 avsnitt 38: «Organisasjonsfriheten har en positiv og en negativ side. Den positive organisasjonsfrihet gir rett til å danne og slutte seg til foreninger, mens den negative organisasjonsfrihet gir rett til å være uorganisert, og, dersom man ønsker å organisere seg, å velge hvilken forening man vil tilhøre.»

til flere land. Kapittel 3 redegjør for hvordan omstillingsprosesser gjennomføres i praksis, herunder viktigheten av kommunikasjon, involvering av de ansatte mv. fra et HR-perspektiv. Kapittelet drøfter også omstillingstiltak som ikke nødvendigvis innebærer nedbemanning eller oppsigelse av ansatte. I omstillingsprosesser vil det ofte være nødvendig å foreta *ansettelser*, og dette er temaet for kapittel 4. Ved oppsigelse på grunn av arbeidsmangel har arbeidstakeren fortrinnsrett til ny ansettelse dersom virksomheten på et senere tidspunkt skal gjennomføre nyansettelser. Dette blir også behandlet i kapittel 4 (punkt 4.4.2).

Kapitlene 5 til 9 behandler arbeidsgivers styringsrett, avtaleregulering av arbeidsplikten, fleksibel bruk av annen arbeidskraft enn egne ansatte, herunder fleksibel bruk av ansatte i konsernforhold, andre tilknytningsformer (slik som arbeidsinnleie, bruk av selvstendige oppdragstakere, bruk av bemanningsentrepriser, mv.), virksomhetsoverdragelser og permittering.

I kapittel 10 redegjøres det for fremgangsmåten og vilkårene for nedbemanning. Det grunnleggende kravet om at oppsigelser må ha saklig grunn, er temaet i kapittel 11. Videre behandles de enkelte leddene i nedbemanningsprosessen grundig i kapitlene 12 til 16. For enkelte typer fravær (f.eks. pga. alder, sykdom, svangerskap, mv.), oppstiller arbeidsmiljøloven særskilte oppsigelsesvern. Disse blir behandlet i kapittel 17.

Som ledd i nedbemanningsprosesser er det ikke uvanlig å inngå såkalte *sluttavtaler*. Utformingen av slike avtaler behandles i kapittel 18. I dette kapittelet behandles også skatterettslige spørsmål, samt spørsmål knyttet til pensjon, trygd og andre ytelser, samt feriepenger.

Dersom tvister skulle oppstå ved gjennomføring av omstilling og nedbemanning, er det viktig å kjenne til reglene som gjelder for tvisteløsning i arbeidsforhold. I kapittel 19 gis det en fremstilling av disse reglene, med fokus på oppsigelsesprosessen.

2 Rettslig ramme for omstillingsprosesser

2.1 Innledning

Omstilling og nedbemanning er prosesser som reguleres av en rekke forskjellige regelsett. Bokas hovedtema er som nevnt den arbeidsrettslige reguleringen, og punkt 2.3 gir en kort oversikt over denne og over noen overordnede temaer. Også annet regelverk har betydning for gjennomføringen av en omstillings- eller nedbemanningsprosess, og i punkt 2.4 gis en kort oversikt over dette.

Norske virksomheter vil ofte ha internasjonal tilknytning ved at den norske virksomheten er en del av et internasjonalt konsern med avdelinger i flere land. I slike tilfeller kan omstilling og nedbemanning i Norge være en del av en større omstillings- og nedbemanningsprosess i konsernet. I andre tilfeller kan den reelle beslutningen om omstilling eller nedbemanning være truffet av organer i konsernet som ikke befinner seg i Norge. Et spørsmål som kan oppstå er forholdet mellom norske regler og andre lands regulering av omstillingsprosesser. Arbeidsmiljøloven får anvendelse på alle virksomheter som sysselsetter arbeidstakere på norsk territorium. Virksomhet som sysselsetter arbeidstakere på annet lands territorium, omfattes i utgangspunktet ikke av den norske arbeidsmiljøloven.²⁰ Arbeidsmiljøloven løser ikke rettsvalgsspørsmål, det vil si om det er norsk rett eller et annet lands rett som er anvendelig, jf. punkt 2.3.3 nedenfor. Norsk arbeidsrettslig lovgivning har heller ikke generelle bestemmelser om domsmyndighet for norske domstoler i arbeidsrettslige tvister, jf. punkt 19.3.2. Konsern med avdelinger i flere land reiser også spørsmål om hvordan arbeidstakerne kan sikres reell innflytelse i beslutningsprosessen, jf. punkt 2.8.5 nedenfor.

Omstilling og nedbemanning er et utslag av virksomhetseierens rett til å lede og organisere virksomheten, med de konsekvenser dette får for driften og for arbeidstokken. I punkt 2.2 gis det en oversikt over dette utgangspunktet og sammenhengen mellom virksomhetsledelse og arbeidsgivers styringsrett. Retten til å organisere og lede virksomhet og arbeidet må på den andre siden ses i sammenheng med grunnprinsippene om samarbeid og medvirkning i norsk arbeidsrett. Tillitsvalgtapparatet og reglene om informasjon og drøftelse er gjennomgående regler. En oversikt over de relevante reglene gis i punkt 2.7 og 2.8.

20 Fougner mfl. (2018) s. 35 flg. og Jakhelln mfl. (2017) s. 36.

2.2 Virksomhetsledelse og styringsrett

Et overordnet utgangspunkt er at det hører til virksomheten å treffe beslutninger om organisering og drift innenfor de rammer som trekkes opp av lov og avtale. Slike beslutninger kan få konsekvenser for de ansatte, for virksomhetens kunder mv. I norsk rett er dette et utslag av eiendomsretten. I EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 16 er «freedom to conduct a business» anerkjent som et prinsipp, og EU-domstolen har sett hen til dette prinsippet ved tolkning av direktivet om virksomhetsoverdragelse, jf. punkt 8.3.

I juridisk teori skiller det mellom virksomhetsledelse og styringsrett. Skillet bidrar for det første til å systematisere de rettsreglene som kan gjelde for beslutningen. For det andre er det en påminnelse om at beslutningens innhold kan få betydning for spørsmålet om domstolene kan prøve om beslutningen er rettmessig. Rettspraksis viser noen ganger til at det vil kreves klarere holdepunkter for å oppstille materielle skranker for foretaksledelse, og det kan være et moment som tilsier at domstolene er tilbakeholdende i prøvingen av om en beslutning er rettmessig, det vil si strider mot lovfestede eller ulovfestede regler.²¹

Fordi slike beslutninger kan få konsekvenser for ansettelsesforholdet, må det avklares hvilke arbeidsrettslige krav til saksbehandling eller skranker for beslutningens innhold som gjelder. Denne brytningen mellom virksomhetsledelse og styringsrett på den ene siden og arbeidsrettslig vern for de ansatte, er et hovedtema for denne boka.

2.3 Arbeidsrettslig lovgivning

2.3.1 Arbeidsrettslige regler i privat og offentlig sektor

Omstilling og nedbemanning berører forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. De arbeidsrettslige regler blir derfor den sentrale rammen for endringsprosessene. Arbeidsmiljøloven gir en alminnelig rettslig regulering av arbeidsforhold. Av særlig betydning for omstilling og nedbemanning er reglene i kapittel 15 om opphør av arbeidsforhold. Disse reglene oppstiller skranker for arbeidsgivers adgang til å avslutte eller endre arbeidsavtaler. Nedbemanning av en viss størrelse kan også utløse plikter etter lovens § 15-2. Etter annet ledd skal arbeidsgiver så tidlig som mulig innlede drøftelser med sikte på å komme frem til avtale for å unngå masseoppsigelser eller redusere antall oppsagte. Lovens kapittel 8 om informasjon og drøftelse vil også være av betydning ved omstilling og nedbemanning. Arbeidsmiljølovens regler er med forbeholdene foran ikke særskilt tilpasset situasjonen ved omstilling og større nedbemanning. De er derfor søkt videreutviklet og presisert av Høyesterett i en rekke avgjørelser.

Arbeidsmiljøloven fra 2005 er dels en videreføring av bestemmelser i arbeidsmiljøloven av 1977, som også til dels var en videreføring av tidligere lovgivning.

21 Sundet (2021a) s. 186–189 med videre henvisninger til praksis.

Forarbeider til de tidligere bestemmelsene er derfor fortsatt relevante i den grad det ikke er gjort endringer i reglene i 2005-loven. Når det i fremstillingen vises til forarbeider til tidligere lovgivning, skyldes det at bestemmelsen i dagens lov er en videreføring og det ikke er selvstendige bidrag til tolkningen i forarbeidene til 2005-loven. Det samme gjelder den tolkningen av bestemmelsene som er lagt til grunn i rettspraksis. Ved anvendelsen av eldre rettskilder må man være oppmerksom på at det kan være bestemmelser som må tolkes i lys av samfunnsutviklingen. For kravet om saklig grunn til oppsigelse, er det i forarbeidene til 1977-loven understreket at dette er en rettslig standard, det vil si at eldre rettspraksis om avveiningen etter denne regelen ikke uten videre kan legges til grunn.²² Dette ble fulgt opp av Høyesterett i Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheatret).²³ Saken gjaldt oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold:

«Ved gjennomgåelsen foran har jeg ikke gått inn på teori og rettspraksis som knytter seg til arbeidervernloven § 43. Dette har sammenheng med at arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1 må tolkes ut fra de motiver som ligger til grunn for den nye loven. Jeg har allerede pekt på det som er sagt i Ot. prp. nr. 41 (1975–76) side 72 om betydningen av rimelighetsvurderinger. Samme sted pekes på målsetningsbestemmelsen i lovens § 1 nr. 1, og på at saklighetskriteriet må følge den sosiale utvikling i samfunnet ellers. Det sies videre at dette ‘derfor (er) et felt hvor domstolene må være varsomme med å legge særlig eldre rettspraksis som går i arbeidstakerens disfavør til grunn’.»

Høyesteretts tilnærming i Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) om tolkning av arbeidstidsbestemmelsene bygger på samme metode: Henvisning til oppfatning i eldre juridisk teori ble ikke tillagt vekt fordi den ikke kunne overføres «til vår tids forhold».²⁴ Samfunnsutviklingen kan derfor føre til at tidligere rettsoppfatninger må fravikes. Dette vises også i Høyesteretts praksis om grensene for styringsretten, jf. punkt 5.2.4.

I privat sektor er det i utgangspunktet tilstrekkelig å kjenne reglene i arbeidsmiljøloven og den sentrale rettspraksis fra norske og internasjonale domstoler (EFTA- og EU-domstolen). For omstilling og nedbemanning i staten gjelder statsansatteloven, men en rekke av arbeidsmiljølovens bestemmelser får anvendelse.²⁵ Statsansatteloven har regler om fremgangsmåten ved ansettelse og særskilte regler for tjenestens opphør, ordensstraff, suspensjon og avskjed. Denne boka omhandler som utgangspunkt omstilling og nedbemanning i privat sektor, og statsansattelovens regler vil ikke bli behandlet. Med mindre annet er sagt, bygger fremstillingen på virkeområdet for arbeidsmiljøloven. De arbeidsrettslige hovedprinsipper som gjengis, kan imidlertid ofte legges til grunn også innenfor statens område. Arbeidsmiljøloven gjelder også for kommunal virksomhet, slik at de samme regler og prinsipper som får anvendelse for private arbeidsgivere, vil gjelde for kommunale arbeidsgivere.

22 Se særlig Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 72 flg.

23 Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheatret) på s. 1068.

24 i Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) på s. 424.

25 Jf. Borgerud/Næss (2019) s. 17–19.

Men i tillegg vil kommunal virksomhet være underlagt lovfestede og ulovfestede forvaltningsrettslige regler om saksbehandling, de ulovfestede prinsippene om saklighet mv. Disse reglene vil ikke bli gjenstand for særskilt behandling i denne boka. Annen arbeidsrettslig lovgivning, slik som ferieloven og arbeidstvistloven, er som utgangspunkt av mer begrenset betydning for endringsprosesser, men vil bli trukket inn i fremstillingen der det er aktuelt. Det samme gjelder arbeidsmarkedsloven, som først og fremst regulerer tiltak for å fremme sysselsetting, men som også har regler om arbeidsutleie som må iakttas ved endringer i virksomheten. De vesentligste regler om arbeidsinnleie – som er de som er aktuelle i denne sammenhengen – er inntatt i arbeidsmiljøloven.

Den arbeidsrettslige lovreguleringen er enkel og oversiktlig i Norge: I utgangspunktet vil det være tilstrekkelig å følge de bestemmelser som er gitt i arbeidsmiljøloven. I mange andre land er lovgivningen mer spredt og uoversiktlig. Ulempen ved den norske generelle lovgivningen er imidlertid mangelen på detaljerte regler for omstilling og nedbemanning. Det betyr at høyesterettsdommer er nødvendig for utvikling og utfylling av de generelle bestemmelsene. Arbeidsretts sakene utgjør en vesentlig del av Høyesteretts arbeidsområde innenfor de sivile saker, og det avses hvert år flere høyesterettsdommer og en rekke kjennelser innen arbeidsrettsområdet. For å kunne gjøre seg opp en sikker mening om rettstilstanden er det derfor ikke tilstrekkelig å lese arbeidsmiljøloven. Høyesterettspraksis må også undersøkes. I tillegg til avgjørelser fra Høyesterett foreligger det et stort antall avgjørelser fra tingretter og lagmannsretter. Ulike databaser og nettsteder gjør at avgjørelsene fra underinstansene nå er lett tilgjengelige. Denne tilgjengeligheten påvirker likevel ikke avgjørelsens rettskildemessige vekt. Utgangspunktet er at avgjørelser fra underinstansene normalt har begrenset rettskildemessig vekt. Høyesterettsavgjørelser er den sentrale kilden og gir veiledning i en rekke sentrale og praktiske spørsmål. Med mindre annet er sagt, vil underrettspraksis i denne boka bare brukes som illustrasjonsmateriale. Det er imidlertid verdt å merke seg at det nok er mulig å spore forskjeller i Høyesteretts og underrettens holdning i disse sakene. Det kan spørres om underrettene er mer arbeidstakervennlige i sine vurderinger enn Høyesterett, for eksempel fordi underrettene mer direkte blir konfrontert med de berørte arbeidstakerne. I Høyesterett møter verken vitner eller parter, og det kan gi domstolen en distanse som er nødvendig for å treffe prinsippavgjørelser på dette følsomme området. Noen vitenskapelige undersøkelser er ikke gjort av dette, og noen tendens kan imidlertid ikke dokumenteres.

I tillegg til rettspraksis fra de alminnelige domstoler, kan også praksis fra Arbeidsretten være relevant. Dette gjelder særlig for avklaring av rekkevidden av tariffestede regler. Arbeidsretten er en særdomstol som løser tvister innenfor den kollektive arbeidsretten, dvs. om tariffavtalers eksistens eller forståelse, om brudd på fredsplikt og om erstatning i den sammenhengen og såkalte aksessoriske krav, jf. arbeidstvistloven § 34 første ledd med videre henvisninger. Andre tvister enn dem som positivt er lagt til Arbeidsretten, hører under de alminnelige domstoler. Dette omfatter blant annet tvister om individuelle arbeidsforhold, selv om kravet er knyttet

til en tariffavtalebestemmelse. Arbeidsrettens avgjørelser er som hovedregel endelige og kan fullbyrdes etter reglene for høyesterettsdommer, jf. arbeidstvistloven § 59 første ledd jf. tredje ledd. Arbeidsrettens dommer har på denne bakgrunn en spesiell stilling. Utgangspunktet må være at Arbeidsrettens dommer innenfor sitt område har tilnærmet samme vekt som høyesterettsavgjørelser.²⁶ Høyesterett legger etter omstendighetene stor vekt på Arbeidsrettens avgjørelser.²⁷ Når man skal ta stilling til forståelsen av tariffbestemmelser som er anvendelige i en omstillingsprosess, må man undersøke om det er avgjørelser fra Arbeidsretten som kaster lys over bestemmelsen eller en tilsvarende bestemmelse på et annet tariffområde. I tilfeller hvor lovens regler er basert på bestemmelser i tariffavtaler, kan Arbeidsrettens avgjørelser gi bidrag til lovtolkningen. Arbeidsmiljølovens regler om drøftelse og informasjon er utformet med tariffbestemmelser som inspirasjonskilde ved utformingen av bestemmelsene. Det betyr at Arbeidsrettens praksis om slike spørsmål vil være relevant. I andre tilfeller vil Arbeidsrettens vurderinger av tariffbestemmelser som er identiske med lovbestemmelser ikke ha annen rettskildeverdi enn argumentasjonen tilsier.

Det finnes ulovfestede prinsipper som er av betydning for vurderingen av arbeidsgivers disposisjoner. Av særlig interesse er arbeidsgivers styringsrett og skrankene for utøvelse av denne myndigheten. Innholdet i og rekkevidden av dette rettsgrunnlaget har betydning for arbeidsgivers adgang til ensidig å gi pålegg om omstillinger i virksomheten der dette medfører endring av arbeidstakerens arbeidsoppgaver. Styringsretten og det rettskildemessige grunnlag for denne drøftes mer detaljert i kapittel 5 nedenfor.

2.3.2 Virkeområdet for regelverket – arbeidsavtalens parter

2.3.2.1 Innledning

De lovreglene som er omtalt i punkt 2.3.1 foran er som utgangspunkt avgrenset til arbeidsforhold. Det følger av arbeidsmiljøloven § 1-2 første ledd at loven bare gjelder for «virksomhet» som sysselsetter arbeidstaker. Det betyr at lovens anvendelse er gjort avhengig av at det foreligger et avtaleforhold der den ene parten i avtalen kan sies å være «arbeidstaker», at den andre parten i avtalen er «arbeidsgiver» og endelig at resultatet av deres felles aktivitet kan anses å være en virksomhet i lovens forstand. Sagt på en annen måte: For at loven skal komme til anvendelse, må virksomheten som hovedregel sysselsette arbeidstakere.

Det sier seg selv at det er viktig å avklare om det arbeidsrettslige regelverk er anvendelig. Dersom den aktivitet som bedrives ikke kan sies å være omfattet av det arbeidsrettslige regelverket, er partenes mellomværende i utgangspunktet bare regulert av avtalerettslige prinsipper og den alminnelige lovgivning for øvrig.²⁸

26 Jf. Fougner mfl. (2004) s. 37–38, Sundet (2014) s. 28, Skjønberg mfl. (2022) s. 112 og Skoghøy (2023) s. 46, jf. s. 266.

27 Jf. Rt. 1995 s. 1, Rt. 2002 s. 1012 og særlig HR-2019-1986-A (Telenor).

28 Sml. Rt. 2007 s. 193.

Emnet for boka er arbeidsrettslige og praktiske sider ved omstilling og nedbemanning. Sentrale temaer er blant annet forholdet mellom lov- og avtaleregulering, krav til informasjon og drøftelse, oppsigelsesregler, gjennomføring av nedbemanninger og inngåelse av sluttavtaler.

Første utgave kom i 2003 og var den første systematiske arbeidsrettslige fremstillingen av omstillingsprosesser. Fjerde utgave er utvidet og gjennomgående revidert. Boka er også oppdatert med viktige lovendringer og rettsavgjørelser som har kommet siden forrige utgave (2016).

Fremstillingen retter seg først og fremst mot juridiske rådgivere, advokater og dommere, men også personalledere og tillitsvalgte mv. vil ha nytte av boka.

Forfatterne har bred erfaring fra arbeid med individuell og kollektiv arbeidsrett. Denne utgaven er skrevet av Jan Fougner, Eli Aasheim, Christel Søreide, Julie Piil Lorentzen og Benjamin Stokke Johnsen fra advokatfirmaet Wiersholm, og Tron Løkken Sundet, dommer og leder i Arbeidsretten.

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-06311-9



9 788215 063119