

Saksbehandlingsreglene som gjelder ved masseoppsigelser

- og om arbeidsmiljøloven § 15-2 er i tråd med de krav som følger av direktivet om masseoppsigelser, 98/59/EF

Kandidatnummer: 97

Antall ord: 12901



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[12.12.16]

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	5
1.1 Tema og aktualitet	5
1.2 Avgrensninger	5
1.2.1 Utvelgelseskriterier og utvelgelseskrets	5
1.2.2 Tariff	6
1.3 Fremstillingen videre	6
2. Særlige metodiske spørsmål	7
2.1 Rettskildebildet	7
2.2 EØS-avtalen	8
2.3 Direktivet om masseoppsigelser	8
2.3.1 Gjennomføringen av direktiver i EUs medlemsstater	8
2.3.2 Hvorfor gi et direktiv om utførelsen av masseoppsigelser	9
2.3.3 Gjennomføringen av masseoppsigelsesdirektivet i norsk rett	9
2.4 EU-rettskilders betydning ved tolkning av norsk lov	10
2.5 Andre metodiske bemerkninger	11
3. Oppsigelsesbeslutningen – rettslig grunnlag og skranker	12
3.1 Styringsretten som hjemmel for å si opp arbeidstaker	12
3.2 Arbeidsmiljøloven § 15-2 som begrensning av styringsretten	13
3.2.1 Formålet med saksbehandlingsreglene	14
4. Virkeområde for reglene ved masseoppsigelser	15
4.1 Reglens saklige virkeområde – et objektivt og et subjektivt element	15
4.1.1 Hvor mange arbeidstakere må sies opp?	15
4.1.2 Begrunnelsen for oppsigelsene	16
4.1.2.1 Oppsigelser som ikke er begrunnet i arbeidstakers forhold	16
4.1.2.1.1 EU-retten	16
4.1.2.1.2 Norsk rett	17
4.1.2.2 Andre former for opphør av arbeidskontrakter	18
4.2 Reglens personelle virkeområde - rettssubjektene	19
4.2.1 Arbeidstakerbegrepet	19
4.2.1.1 EU-retten	19
4.2.1.2 Norsk rett	21
4.2.1.3 Arbeidstakere som faller utenfor reglens personelle virkeområde	21
4.2.2 Arbeidsgiverbegrepet	22
4.2.2.1 EU-retten	22
4.2.2.2 Norsk rett	23
5. Representanter for arbeidstakerne	24
5.1 EU-retten	24
5.2 Norsk rett	25

5.2.1 Fagorganiserte arbeidstakere og bedrifter	27
5.3 Ekspertbistand	29
6. Arbeidsgivers drøftingsplikt	29
6.1 Tidspunktet for drøftingene	29
6.1.1 EU-retten	29
6.1.2 Norsk rett	30
6.2 Omfanget av arbeidsgivers plikt til å innlede drøftinger	32
6.2.1 Når andre enn arbeidsgiver har beslutningsmyndighet	32
6.2.2 EU-retten	33
6.2.3 Norsk rett	34
6.3 Hvor mange må være planlagt oppsagt for at drøftingsplikten inntreer	36
6.4 Formålet med drøftingene	37
7. Arbeidsgivers informasjonsplikt	38
7.1 Omfanget av informasjonsplikten	38
7.2 Tidspunktet for meddelelsen av opplysningene	40
8. Arbeidsgivers meldeplikt	41
9. Konsekvensene av brudd på saksbehandlingsreglene	43
9.1 Rettsmidler	43
9.2 Rettsvirkningene	44
9.2.1 Suspensiv virkning	44
9.2.2 Saklighetskrav	45
9.2.3 Tariff	46
10. Avslutning	47
11. Ordlister med forkortelser	48
12. Kildeliste	48

1. Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Problemstillingen er hvilke saksbehandlingsregler som gjelder ved masseoppsigelser. Fremstillingen vil også vurdere om arbeidsmiljøloven¹ § 15-2 er i samsvar med de krav som følger av direktivet om masseoppsigelser (heretter også kalt direktivet)².

Saksbehandlingsreglene som gjelder ved masseoppsigelser er tett knyttet til arbeidstakers stillingsvern. Reglene skal være med å sikre at arbeidsgiver foretar en ryddig og velbegrunnet vurdering av arbeidstakernes stilling ved nedbemanning. På grunn av konjunktursvingninger, særlig som en følge av store omstruktureringer i oljesektoren, er masseoppsigelser et svært dagsaktuelt tema.

Temaet rundt arbeidstakers stillingsvern er også viktig fordi det å ha et arbeid og en inntektsmulighet er en særlig beskyttelsesverdig interesse, hvilket blant annet kommer til uttrykk i Grunnloven § 110 som sier at staten skal legge til rette for at alle arbeidsføre mennesker skal kunne leve av sitt arbeid.

En oppsigelse kan ramme enkeltindividet hardt, og vern av arbeidstaker er dermed et viktig grunnhensyn i arbeidsretten. Redegjørelsen vil derfor søke å klarlegge hvilke plikter arbeidsgiver har ved nedbemanning av et større antall arbeidstakere, som en del av økt beskyttelse og forutberegnelighet for arbeidstaker.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 Utvelgelseskriterier og utvelgelseskrets

Under en nedbemanningsprosess må arbeidsgiver vurdere hvilke arbeidstakere som skal sies opp. I den forbindelse stiller arbeidsmiljøloven § 15-7 krav om at oppsigelsen må være ”saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold”. En viktig del av

¹ Lov 17.juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

² Rådsdirektiv 98/59/EF av 20.juli 1998 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelse

om oppsigelsen anses saklighet eller ikke, er hvilke kriterier arbeidsgiver har lagt til grunn for utvelgelsen av de som sies opp, og hvilken krets utvelgelsen skal vurderes etter – hele eller deler av virksomheten.

Den videre redegjørelsen vil imidlertid ikke behandle de materielle sider ved oppsigelsesvurderingen, ei heller de saksbehandlingsregler som gjelder for den enkelte oppsigelsesbeslutning. Fokuset for denne avhandlingen vil være på de prosessuelle sidene ved kollektive nedbemanninger, hvor aml. § 15-7 kun kort vil nevnes under punkt 9.2.2 som omhandler konsekvensene av brudd på reglene i aml. § 15-2.

1.2.2 Tariff

Tariffavtaler er svært utbredt og mange arbeidstakere og bedrifter er fagorganiserte. Tariffavtaler er avtaler mellom fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold.³ Tariff er dermed et eget sett med rettskilder, slik som Hovedavtalen mellom LO og NHO, som knytter seg til spesifikke reguleringer for tariffområdet.

Denne redegjørelsen vil ha fokus på lovtolkning og ikke tariffavtaletolkning, og avgrenser derfor mot tariffavtaler. Temaet vil likevel kort behandles under punkt 5.2.1 og 9.2.3, der dette anses nødvendig for å gi et fullstendig bilde av gjeldende rett.

1.3 Fremstillingen videre

Ettersom rettsgrunnlagene for temaet blant annet er et direktiv og tilhørende avgjørelser fra EU-domstolen, reiser oppgaven særlige metodiske spørsmål. De viktigste rettskildemessige poengene vil derfor gjennomgås under punkt 2, som et bakgrunnstepp for avhandlingens hoveddel.

For å kunne foreta masseoppsigelser må arbeidsgiver først og fremst ha en adgang til å si opp arbeidstakere. Arbeidsgivers styringsrett er dermed den ytre rammen og utgangspunktet ved en nedbemanningsprosess. Saksbehandlingsreglene som skal behandles videre i hoveddelen

³ <https://www.altinn.no/no/Starte-og-drive-bedrift/Drive/Arbeidsforhold/Ansatte/Hva-er-en-tariffavtale/>, sist sjekket 12.12.16

tjener som en viss begrensning av denne styringsretten, og det anses derfor naturlig å kort behandle styringsretten innledningsvis i hoveddelens punkt 3.

Dernest vil virkeområdet for reglene ved masseoppsigelser presenteres i punkt 4. Her vil reglens saklige virkeområde klarlegges i punkt 4.1, mens det personelle virkeområdet vil gjennomgås i punkt 4.2. Gjennom hele avhandlingens hoveddel vil EU-retten og norsk rett presenteres om hverandre under hvert punkt. Formålet med denne fremstillingen er å fortløpende vise om det er samsvar mellom EU-retten og norsk rett.

I punkt 5 vil det dreie seg om hvem som er representanter for arbeidstakerne og hva som er deres rolle ved nedbemanninger.

Videre i punkt 6 vil omfanget av arbeidsgivers drøftingsplikt være tema. Herunder vil både tidspunktet for drøftingene, omfanget av drøftingsplikten og formålet med drøftingene være sentrale spørsmål.

Dernest vil punkt 7 ta for seg omfanget av arbeidsgivers plikt til å gi informasjon under nedbemanningsprosessen.

Til slutt i hoveddelens punkt 8 vil arbeidsgivers plikt til å melde fra om masseoppsigelser til kompetent myndighet redegjøres for.

Avslutningsvis presenteres konsekvensene av brudd på saksbehandlingsreglene i punkt 9, hvor både rettsmidler og rettsvirkning vil være i fokus.

2. Særlige metodiske spørsmål

2.1 Rettskildebildet

Avhandlingen baseres i utgangspunktet på alminnelig juridisk metode, hvor norsk lov, forarbeider og Høyesterettspraksis står som de viktigste rettskildene.

Bruken av EU-rettskilder er imidlertid særlig metodisk interessant for denne avhandlingen. Både direktivet om masseoppsigelser, samt tilhørende praksis fra EU-domstolen vil være

viktige kilder ved klarleggingen av de rettigheter og plikter som oppstår ved masseoppsigelser, og for tolkningen av aml. § 15-2.

Norsk rett opererer med det som kalles presumsjonsprinsippet, hvor det presumeres at norsk rett er i tråd med internasjonale forpliktelser. I blant annet Finanger 1-dommen aksepteres det at lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3 gir grunnlag for en plikt til EØS-konform fortolkning av norsk rett.⁴

Spørsmålene i det følgende er derfor hva som har vært bakgrunnen for direktivet om masseoppsigelser og hvordan direktivet har blitt implementert i norsk rett. Herunder reises også spørsmålet om hvilken påvirkning EU-rettskilder har ved tolkningen av norske bestemmelser som springer ut av EØS-samarbeidet.

2.2 EØS-avtalen

Gjennom EØS-avtalen som Norge underskrev i 1992 og som trådte i kraft i 1994, har Norge blitt en del av EUs indre marked, og dermed også *de fire friheter*. Disse fire frihetene er fri bevegelse for varer, personer, tjenester og kapital.⁵ EØS-avtalen⁶ åpner både for anerkjennelse av avtalefrihet, men også verdien av vern i relasjon til arbeid.⁷

Av EØS-avtalen artikkel 68 fremgår det at "[p]å arbeidsrettens område skal avtalepartene gjennomføre de tiltak som er nødvendige for å sikre at denne avtale virker tilfredsstillende". Det presiseres også i avtalens artikkel 66 om sosialpolitikk at avtalepartene er enige om at det er "nødvendig å arbeide for en bedring av arbeidstagneres leve- og arbeidsvilkår".

2.3 Direktivet om masseoppsigelser

2.3.1 Gjennomføringen av direktiver i EUs medlemsstater

⁴ Rt.2000.1811 på s.1827

⁵ Nils H. Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 3.utgave, 2014 s.39

⁶ Lov 27.november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v.

⁷ Marianne Jenum Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet*, 2016 s.74

På EU-nivå finner man flere typer lovgivning, hvor de vanligste er forordninger og direktiver. Den aktuelle lovgivningen for denne redegjørelsen er som nevnt et direktiv. Et direktiv medfører en plikt for medlemslandene i EU til å tilpasse sin nasjonale lovgivning til direktivets innhold.⁸ Det er opp til hvert medlemsland å utforme innholdet i nasjonal rett som skal sørge for at målene satt i direktivet blir nådd. Dette innebærer at ordlyden i de nasjonale bestemmelsene ikke trenger å være identiske med direktivet, men at den nasjonal reguleringen må oppnå det samme formål som fremgår av direktivet.

2.3.2 Hvorfor gi et direktiv om utførelsen av masseoppsigelser

En av de fire friheter er som tidligere nevnt fri bevegelighet av personer. Det er dermed naturlig at arbeidsrett er et av de områdene EU tar sikte på å samordne mellom medlemslandene. Formålet med å regulere arbeidsretten generelt er å sikre mest mulig like konkurransevilkår og samtidig gi arbeidstakerne beskyttelse.⁹

Direktivet om masseoppsigelser ble på sin side gitt for å nærmere regulere hvordan masseoppsigelser skal utføres i praksis og for å gi økt beskyttelse til arbeidstakere.¹⁰

Direktivet kom som en del av ”the 1974-6 Social Action Programme”.¹¹ Slike initiativ blir jevnlig igangsatt av Kommisjonen for å sette fokus på EUs sosialpolitiske mål og direktivet er først og fremst begrunnet i sosialpolitiske hensyn. EUs sosialpolitiske mål bygger på EUs sosiale modell utformet av Europaparlamentet, hvor rettigheter i arbeidslivet er et viktig moment.¹²

2.3.3 Gjennomføringen av masseoppsigelsesdirektivet i norsk rett

⁸ Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte, artikkel 288 tredje ledd.

⁹ NOU:2010: 01, punkt 8.4.1

¹⁰ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPageId=215>, sist sjekket 07.12

¹¹ Catherine Barnard, *EU EMPLOYMENT LAW*, 4.utgave, 2012 s.629

¹² https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/publikasjoner/rapporter_og_planer/2007/r2007_arbeidsrad_halvar.pdf, s. 28, punkt 5.2, tredje avsnitt. Sist sjekket 12.12.16

De fleste direktiver i Norge gjennomføres gjennom forskrifter, men større rammedirektiver kan nødvendiggjøre nye lover eller endringer i eksisterende lover. Direktivet om masseoppsigelser kan betegnes som et slikt rammedirektiv, og medførte at vi i norsk rett tok inn en egen bestemmelse om masseoppsigelser i arbeidsmiljøloven.¹³

Før direktivet hadde vi i norsk rett ingen regler som påla arbeidsgiver å drøfte planlagte masseoppsigelser med arbeidstakernes representanter. Det var likevel regler om dette i Hovedavtalen mellom LO og NHO, slik at det i Norge lenge har vært en tradisjon for at arbeidstakere skal informeres og inkluderes når masseoppsigelser skal foretas.¹⁴

Arbeidsmiljøloven § 15-2 bygger på Rådskdirektiv av 17. februar 1975 om tilnærming av medlemslandenes lovgivning om masseoppsigelser, 75/129/EØF. I norsk rett ble direktivet først gjennomført ved aml. § 56 A, og aml. § 15-2 er en videreføring av den tidligere bestemmelsen. Det ble ikke foretatt store endringer, men begrepet ”drøfting” ble tatt inn i bestemmelsens overskrift, og enkelte formuleringen ble tydeliggjort, ”uten at det inneb[ar] noen realitetsendring”.¹⁵ I 1992 ble direktivet fra 1975 endret ved direktiv 92/56/EØF, men begge disse direktivene er nå opphevet av direktiv 98/59/EF.

2.4 EU-rettskilders betydning ved tolkning av norsk lov

Det følger av EØS-loven § 2 at reglene implementert fra EU-retten er gitt forrang foran annen norsk lovgivning. I forarbeidene til endringer i arbeidsmiljøloven som følge av EØS-avtalen fremgår det at ”bestemmelsene i direktivet skal fortolkes i overensstemmelse med de rettsavgjørelser som EF-domstolen har truffet før avtalen ble undertegnet, altså før 2. mai 1992. Men også senere avgjørelser vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet”. Uttalelsen knytter seg til EFs rådskdirektiv om virksomhetsoverdragelse¹⁶, men vil også være relevant ved tolkningen av direktivet om masseoppsigelser.

¹³ <http://www.europalov.no/laer-mer/ordliste>. Sist sjekket 07.12.16

¹⁴ <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Europautvalget/1998-1999/25-mai-1999/Sak-nr-2/>. Sist sjekket 12.12.16

¹⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005), s. 335

¹⁶ 77/187/EØF

Det fremgår videre i forarbeidene at kapittelet i arbeidsmiljøloven om virksomhetsoverdragelse er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, og at rettsavgjørelser fra EU-domstolen dermed vil få direkte betydning for hva som er norsk rett på området.¹⁷ Det samme må være utgangspunktet for tolkningen av aml. § 15-2, ettersom også den bestemmelsen er utformet med sikte på å implementere et direktiv.

Høyesterett uttalte seg også om betydningen av praksis fra EU-domstolen i blant annet Rt.1997.1965. Førstvoterende uttalte om den rettskildemessige betydningen av avgjørelsene at "[...] det følger av EØS-avtalen artikkel 6 at direktivet skal tolkes "i samsvar med" EF-domstolens avgjørelser fra før avtalen ble undertegnet. Om senere avgjørelser fra EF-domstolen heter det i artikkel 3 nr. 2 i avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et Overvåkingsorgan og en Domstol, at disse organene skal "ta tilbørlig hensyn til de prinsipper" som er fastlagt gjennom slike avgjørelser. Sondringene mellom tidligere og senere avgjørelser fra EF-domstolen får neppe betydning for vår sak".¹⁸

Dommen viser at avgjørelser fra EU-domstolen fra både før og etter at EØS-avtalen ble undertegnet vil ha relevans ved tolkningen av norsk lov. I denne redegjørelsen vil fokuset likevel være på avgjørelser fattet av EU-domstolen i årene etter at EØS-avtalen ble undertegnet, ettersom disse best belyser dagens rettstilstand.

EU-domstolen er med sine avgjørelser med på å utfylle deler av direktivet. I den forbindelse kan det fremheves at formålsbetraktninger og kontekst er to svært viktige tolkningselementer i EU-retten. Årsaken er at det naturlig nok vil være forskjeller i de ulike medlemslandenes rettssystemer, som gjør at domstolen må foreta en mer helhetlig vurdering hvor man først og fremst ser på om reglene i nasjonal rett oppnår det formål som EU har ment å oppnå gjennom direktivene.

Det bemerkes forøvrig at det ikke finnes relevante avgjørelser fra EFTA-domstolen og at praksis derfra derfor ikke vil bli benyttet i redegjørelsen.

2.5 Andre metodiske bemerkninger

Det finnes svært lite avgjørelser fra Høyesterett som omhandler utførelsen av masseoppsigelser, og generelt lite norsk rettspraksis på området. Avhandlingen bruker derfor i

¹⁷ Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s.15

¹⁸ Se dommens s.1971

større grad underrettspraksis for å klargjøre de rettigheter og plikter som følger av saksbehandlingsreglene. Selv om underrettspraksis ikke har prejudikatverdi slik dommer fra Høyesterett har, vil de fortsatt ha en viss rettskildemessig vekt og argumentasjonsverdi.

De avgjørelsene som vil bli benyttet fra EU-domstolen er prejudisielle spørsmål fra domstoler i medlemsstatene og traktatbruddsaker forelagt domstolen av Kommisjonen i EU.

3. Oppsigelsesbeslutningen – rettslig grunnlag og skranker

3.1 Styringsretten som hjemmel for å si opp arbeidstaker

Arbeidsgivers styringsrett er ulovfestet og basert på sedvane og praksis. I Nøkk-dommen fremgår det blant annet at arbeidsgiver ”har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet”.¹⁹ Arbeidsgiver kan altså i kraft av styringsretten bestemme hvordan arbeidet skal gjøres, når det skal gjøres og hvem som skal gjøre hva.

At arbeidsgiver har rett til å styre bedriften er naturlig, ettersom arbeidsgiver har risikoen for arbeidsresultatet. Styringsretten var tidligere hovedsakelig begrunnet i at arbeidsgiver hadde eiendomsretten til bedriften. I dag har vi derimot et mer nyansert syn, hvor det anerkjennes at hele arbeidsstokkens innsats vil ha en verdi og dermed ha betydning for bedriftens vekst og utvikling. Det vil på en annen side kunne hemme opprettelsen og utviklingen av ny næringsvirksomhet dersom arbeidstakere skal ha for mye å si i en bedrift, og medføre at færre arbeidsgivere ønsker å starte virksomheter, noe som igjen ville være samfunnsøkonomisk uheldig.²⁰

Historisk sett har imidlertid styringsretten blitt mer begrenset gjennom årene. I Rt.1935.467 uttalte blant annet Høyesterett at en arbeidsgiver utvilsomt kunne si opp arbeidstakere ”efter eget skjøn og godtykke med lovlig frist uten å angi eller påvise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet – uten å være underkastet domstolens kritikk”. Denne uttalelsen må nok i dag kunne modifiseres betraktelig. Den sosiale utviklingen hvor arbeidstakers

¹⁹ Rt.2000.1602 på s.1609

²⁰ Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka*, 2.utgave, 2014 s.251-253

stillingsvern har blitt mer sentral, har nødvendiggjort at det fastsettes visse ytre rammer for adgangen til oppsigelse.²¹

Det er likevel naturlig at arbeidsgiver kan ha behov for å kutte ned på arbeidstakere, både på grunn av nedgangstider, men også som en begrunnelse for å øke kapital og vekst. Det er dermed handlefrihet for arbeidsgiver som begrunner adgangen til å si opp en arbeidstaker, eller flere arbeidstakere samtidig. Både lovbestemmelser, tariffavtaler og arbeidskontrakter setter imidlertid skranker for styringsretten. Man kan med andre ord si at styringsretten er den kompetansen arbeidsgiver har igjen til å styre bedriften etter at det som følger av lov, tariff og arbeidsavtaler er fulgt.

Ved utøvelse av styringsretten stilles det også visse krav til saksbehandlingen; ”det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn”.²²

3.2 Arbeidsmiljøloven § 15-2 som begrensning av styringsretten

Det følger av aml. § 1-9 at loven er ufravikelig til ugunst for arbeidstaker, og arbeidsgiver plikter dermed å følge de regler som gjelder i arbeidsmiljøloven. Dette er særlig begrunnet i at arbeidstaker er ansett som den svake part i avtaleforholdet, og er den som har behov for sterkest vern.

En oppsigelse innebærer at kontrakten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker sies opp, slik at arbeidsforholdet mellom partene opphører. Det finnes en egen drøftingsbestemmelse for individuelle oppsigelser i aml. § 15-1, hvor det fremgår at før arbeidsgiver fatter beslutning om oppsigelse, skal spørsmålet ”så langt det er praktisk mulig” drøftes med arbeidstaker. Saksbehandlingsreglene ved oppsigelse av én arbeidstaker er ikke like omfattende og absolutt som i aml. § 15-2.

Arbeidsmiljøloven § 15-2 stiller krav til arbeidsgivers saksbehandling i en kollektiv oppsigelsesprosess, for å unngå eller redusere konsekvensene av nedbemanning.

²¹ Arne Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 4.utgave, 2001 s.55

²² Rt.2001.418 (Kårstø-dommen)

Bestemmelsen inneholder en definisjon av begrepet masseoppsigelser, herunder hvor mange som må sies opp og hvilke opphørsgrunner som skal regnes med. Den angir også en drøftingsplikt, informasjonsplikt og meldeplikt for arbeidsgiver. Bestemmelsen begrenser i utgangspunktet ikke arbeidsgivers rett til å si opp ansatte, men den legger føringer for selve utførelsen av nedbemanninger og er på den måten en viss begrensning av styringsretten.

Årsaken til de omfattende reglene ved masseoppsigelser kan være at vernet av hver enkelt arbeidstaker havner i bakgrunnen og dermed lettere svekkes når mange sies opp samtidig. Dessuten vil masseoppsigelser påvirke både bedriften, flere arbeidstakere og samfunnet mer enn én enkelt oppsigelse. Da kan det være enda større behov for regler som bidrar til en ryddig og trygg prosess. Ved masseoppsigelser blir også NAV involvert, hvilket understreker at prosessen er mer omfattende og detaljert ved masseoppsigelser enn ved enkeltoppsigelser.

3.2.1 Formålet med saksbehandlingsreglene

Direktivet er som nevnt først og fremst begrunnet i sosialpolitiske hensyn og ble gitt for å øke beskyttelsen av arbeidstakerne.²³

I direktivets fortale punkt 2 fremgår det videre at hensikten med direktivet er å ”øge beskyttelsen av arbeidstagerne i tilfælde af kollektive afskedigelser, under hensyn til nødvendigheden til en afbalanceret økonomisk social udvikling i Fællesskabet”. Et annet viktig hensyn som trekkes frem i fortalen er å ”afbøde følgerne af kollektive afskedigelser for arbejdstagerne”, jf. punkt 3.

Videre angir direktivet minimumsstandarder for å sikre at det blir utført ”forhandlinger med fagforeningerne og gives meddelelse til den kompetente offentlige myndighed”.²⁴

I norsk rett fremgår av aml. § 1-1 at arbeidsmiljølovens formål blant annet er å ”sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet”. Samtidig er formålet også å ”gi grunnlag for at arbeidsgiver og arbeidstakerne i virksomhetene selv kan ivareta og utvikle sitt arbeidsmiljø..”. Både beskyttelse av arbeidstaker, men også handlefrihet for arbeidsgiver er viktige hensyn bak arbeidsmiljøloven.

²³ Se punkt 2.3.2

²⁴ C-284/83, premiss 10

Kapittel 15 i arbeidsmiljøloven regulerer ”opphør av arbeidsforhold”. Overordnet tar reglene tar sikte på å gi arbeidstaker rettsvern og forutberegnelighet.

Ved kollektive oppsigelser pålegger arbeidsmiljøloven § 15-2 arbeidsgiver en drøftings- og informasjonsplikt. Formålet med reglene er å styrke arbeidstakernes stilling, hvor man først og fremst søker å komme frem til en ordning slik at oppsigelser kan unngås eller antallet reduseres.²⁵ Bestemmelsen har også som formål å sikre at NAV blir informert før oppsigelsene iverksettes.

I forarbeidene til endringen av arbeidsmiljøloven som følge av EØS-avtalen, uttales det at bakgrunnen for aml. § 15-2 er at en arbeidstaker ikke skal være nødt til å fratrukke sin stilling så lenge det foreligger en drøftingsplikt for arbeidsgiver.²⁶ Det må likevel bemerkes at bestemmelsen ikke er ment å hindre at arbeidsgivere kan si opp ansatte. Dersom man ikke kommer frem til en avtale, kan arbeidsgiver fortsatt i utgangspunktet iverksette de tiltak som de anser nødvendige.²⁷

4. Virkeområde for reglene ved masseoppsigelser

4.1 Reglenes saklige virkeområde - et objektivt og et subjektivt element

Det saklige virkeområde for reglene om masseoppsigelser består av et objektivt og et subjektivt element.²⁸ Det første spørsmålet, som vil reises i punkt 4.1.1, knytter seg til det objektive elementet – hvor mange som må sies opp for at vi kan snakke om masseoppsigelser. Det andre spørsmålet som reises er hva som er årsaken til oppsigelsene, og derunder om det er en årsak som faller innunder direktivets anvendelsesområdet. Dette er den subjektive delen av definisjonen, som vil problematiseres under punkt 4.1.2.

²⁵ Nils H.Storeng, Tom H.Beck og Arve Due Lund, s. 571

²⁶ Ot.prp.nr.71 (1991-92) s.12

²⁷ Nils H.Storeng, Tom H.Beck og Arve Due Lund, s. 571

²⁸ Catherine Barnard, s. 631

4.1.1 Hvor mange arbeidstakere må sies opp?

Det objektive elementet reiser spørsmålet om hvor mange arbeidstakere som må sies opp for at prosessen defineres som masseoppsigelser. Svaret kan leses direkte ut av både direktivet og arbeidsmiljøloven § 15-2.

Det fremgår av direktivets artikkel 1 at medlemsstatene gis valget mellom to ulike minimumsløsninger for hva som skal anses som masseoppsigelser. I artikkel 1 bokstav a punkt 1 første strekpunkt, er en av løsningene som kan velges at antall oppsigelser er innenfor et tidsrom på 30 dager, hvor minst 10 i bedrifter med mellom 20 og 100 ansatte blir oppsagt.

I aml. § 15-2 (1) har man i norsk rett valgt å gå for den overnevnte løsning, hvor ”masseoppsigelser” er definert som at minst 10 personer blir oppsagt innenfor et tidsrom på 30 dager. Det er i den forbindelse ikke noe krav til størrelse på bedriften, regelen synes å gjelde uavhengig av bedriftens størrelse. Det må dermed anses uomtvistet at norsk rett har definert masseoppsigelser i tråd med direktivet.

4.1.2 Begrunnelsen for oppsigelsene

4.1.2.1 Oppsigelser som ikke er begrunnet i arbeidstakers forhold

4.1.2.1.1 EU-retten

Problemstillingen i det følgende knytter seg til den subjektive definisjonen av masseoppsigelser – hvilke typer opphør av arbeidsforhold som skal regnes med i antallet oppsigelser.

Av direktivets artikkel 1 bokstav a fremgår det at de oppsigelser som skal regnes med i antallet er de som ”foretages af en arbejdsgiver af en eller flere grunde, som ikke kan tilregnes arbejdstageren selv”. Videre i artikkel 1 tredje ledd utdypes beregningen etter bokstav a, hvor det stadfestes at ”oppsigelser af arbeidskontrakter, som foretages af en arbejdsgiver af en eller flere grunde, som ikke kan tilregnes arbejdstageren selv, forudsat at antallet af afskedigelser udgør mindst fem”, også skal regnes med i antallet.

I sak C-55/02 fra 2004 nedla Kommisjonen i EU påstand om at Portugal brøt sine forpliktelser i henhold til direktivet om masseoppsigelser. Etter direktivet skal i utgangspunktet alle oppsigelser som ikke skyldes arbeidstakeren selv, regnes med når man vurderer om det er tale om masseoppsigelser.

Portugal hadde i sin lovgivning likevel begrenset oppsigelser som skulle regnes med i antallet til kun å gjelde oppsigelser av strukturelle, teknologiske eller konjunkturelle årsaker. Vernet av arbeidstakere var dermed svakere i portugisisk rett enn etter direktivet. Domstolen uttalte i denne forbindelse at begrepet oppsigelse måtte fortolkes i overensstemmelse med direktivets formål, og videre at direktivet har til formål å øke beskyttelsen av arbeidstakere ved masseoppsigelser.²⁹

Endelig konkluderer domstolen med at begrepet ”avskedigelse” skal tolkes slik at det omfatter et hvert opphør av en arbeidskontrakt som ikke skjer etter arbeidstakers ønske og dermed uten arbeidstakers samtykke. Det er altså ikke en betingelse at årsaken til oppsigelsen er i overensstemmelse med arbeidsgivers vilje.³⁰ Et godt eksempel på en slik årsak er arbeidsforhold som opphører på grunn av konkurs.

4.1.2.1.2 Norsk rett

Av aml. § 15-2 (1) fremgår det på sin side at alle oppsigelser som ikke er begrunnet ”i de enkelte arbeidstakers forhold” skal regnes med i antall oppsigelser, også ”andre former for opphør av arbeidskontrakter” skal regnes med ”såfremt minst fem sies opp”.

På dette punkt ser man at den norske lovteksten nærmest er kopiert fra direktivet. Det viktigste poenget fra direktivet har vært å få frem at alle oppsigelser som ikke skyldes arbeidstakeren selv, skal regnes med. Ut i fra ordlyden kan det dermed leses at avskjedigelser synes å være unntatt fra reglens anvendelsesområde, ettersom avskjed forutsetter grovt pliktbrudd eller vesentlig mislighold fra arbeidstaker.³¹

²⁹ Premiss 44 og 52

³⁰ Premiss 50.

³¹ Arbeidsmiljøloven § 15-14 (1)

Det må her bemerkes at ”afskedigelse” som brukes i den danske versjonen av direktivet og i sak C-55/02, ikke er ment å være det samme som det vi i norsk rett definerer som avskjedigelser, men at det siktes til det vi i Norge betegner som oppsigelser.

4.1.2.2 Andre former for opphør av arbeidskontrakter

Ordlyden ”andre former for opphør av arbeidskontrakter” i aml. § 15-2 reiser to problemstillingen. Det første spørsmålet er hva som faller innenfor ordlyden ”opphør” av arbeidskontrakter. Dette er viktig å avklare nettopp fordi reglene om drøfting og informasjon først slår inn når ”minst 10 arbeidstakere” planlegges oppsagt.

Kjernen i opphørsvilkåret må være det som er nevnt over i punkt 4.1.2, de ordinære oppsigelser som ikke skyldes arbeidstakeren selv. Spørsmålet er imidlertid om også endringsoppsigelser faller innenfor.

Endringsoppsigelser må foretas når arbeidsgiver endrer arbeidsforholdet med arbeidstaker i så stor grad at vi i realiteten snakker om et nytt arbeidsforhold. Ved endringsoppsigelser har arbeidsgiver gått utenfor det som tillates i kraft av styringsretten og dette kan medføre store konsekvenser for arbeidstaker.

Ut i fra konsekvenshensyn vil det dermed være naturlig at også endringsoppsigelser omfattes av ordlyden, for å sikre forutberegnelighet og en mulighet for arbeidstakerne til å påvirke prosessen. At arbeidsgiver kun har hatt som intensjon å endre arbeidskontrakten og ikke gi en oppsigelse er uten betydning, jf. C-55/02 om at oppsigelsen ikke trenger å være i tråd med arbeidsgivers vilje. Endringsoppsigelser må dermed falle innenfor ordlyden ”opphør” av arbeidskontrakter.

Permitteringer og arbeidskamp vil derimot falle utenfor ordlyden. Årsaken er at arbeidskontrakten mellom partene fortsetter å løpe i begge disse situasjoner og det har dermed ikke skjedd et opphør av arbeidsforholdet.

Det andre spørsmålet er hva som faller innenfor ordlyden ”andre former” for opphør av arbeidskontrakter.

Ordlyden må tolkes i lys av formålet med bestemmelsen, som er å ha samtaler med de tillitsvalgte for å unngå eller redusere antall masseoppsigelser.³² I forarbeidene til endringer i arbeidsmiljøloven som følge av EØS-avtalen fremgår det at arbeidstakernes egne oppsigelser også skal regnes med når disse er foranlediget av andre særskilte gunstige fratredelsesavtaler. Av praktiske eksempler nevner forarbeidene blant annet avtaler om førtidspensjonering og tilfeller hvor arbeidstaker selv sier opp mot særskilt vederlag.³³ En nærmere definisjon er likevel ikke angitt, og det må nok antas at ordlyden er vagt utformet fordi hvert enkelt tilfelle må vurderes isolert ut i fra den konkrete situasjonen.

Videre i forarbeidene stadfestes det at formålet med at også andre tilfeller enn kun oppsigelse fra arbeidsgiver skal regnes med, er ”å forhindre at en arbeidsgiver skal kunne omgå reglene om masseoppsigelser ved å ”kjøpe” seg ut av arbeidskontrakter ved at arbeidstakere selv sier opp mot særskilt vederlag”.³⁴

Det kan dermed ikke gis et entydig svar på hvilke forhold som omfattes av ordlyden ”andre former” for opphør av arbeidskontrakten. Dette må vurderes isolert i hvert enkelt tilfelle, hvor det avgjørende er om arbeidstaker fratrer på bakgrunn av gunstige avtaler tilbudt av arbeidsgiver. Merk likevel at slike former for opphør av arbeidskontrakter kun skal regnes med dersom ”minst fem sies opp” på ordinær måte.

4.2. Reglens personelle virkeområde - rettssubjektene

4.2.1 Arbeidstakerbegrepet

4.2.1.1 EU-retten

Spørsmålet i det følgende er hvem som får rettigheter og plikter gjennom direktivet og aml. § 15-2, med andre ord hva som er saksbehandlingsreglens personelle virkeområde.

Arbeidstaker er den parten som får rettigheter gjennom direktivet, og begrepet finner man gjennomgående i direktivet, samt i EUF-traktaten art. 48. Begrepet er imidlertid ikke nærmere definert i verken direktivet eller traktaten.

³² Jan Tormod Dege, *Den individuelle arbeidsrett – Del 1*, 2.utgave, 2009 s.573

³³ Ot.prp.nr.78 (1993-94) s.17

³⁴ *ibid*, s.17

I rammedirektivet om arbeidsmiljø³⁵ fremgår det av artikkel 3 at en arbeidstaker er ”enhver person, som en arbeidsgiver har i sin tjeneste [...]”. Ordlyden ”enhver person” er svært vid og gir lite. Det essensielle i ordlyden må likevel være at denne personen må være i arbeidsgiver ”sin tjeneste” og dermed er en som har plikter og får rettigheter i kraft av sin stilling.

Når det gjelder arbeidstakerbegrepet i relasjon til direktivet om masseoppsigelser er Balkaya-saken sentral.³⁶ Saken dreide seg om lovligheten av en oppsigelse i tysk rett. Spørsmålet som ble forelagt EU-domstolen var i hovedsak om den oppsagte skulle regnes for å være arbeidstaker når han var medlem av et kapitalselskaps komité, men utførte oppgaver, og fikk tilsyn og vederlag av et annet organ i selskapet, og hvor han ikke hadde eierandeler i kapitalselskapet.

Domstolen uttaler først at ”arbeidstaker” ikke skal defineres etter nasjonal rett, men at begrepet skal gis en selvstendig og ensartet fortolkning i EU.³⁷ Dersom begrepet kunne defineres og endres i nasjonal rett, ville dette medføre at direktivet får et annet anvendelsesområdet enn tiltenkt og dermed ikke får full effekt.

Videre uttaler domstolen at det følger av fast praksis at begrepet ”arbeidstaker” må defineres ut i fra objektive kriterier, og at et vesentlig kjennetegn ved et arbeidsforhold er at en arbeidstaker er ”en person [som] i en vis periode presterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger”.³⁸

På bakgrunn av formålet kan ikke begrepet ”arbeidstaker” defineres for snevert i nasjonal rett, fordi vernet av arbeidstakerne da vil bli svakere. Det avgjørende i saken var derfor at vedkommende hadde prestert ytelser mot vederlag, og derfor var en arbeidstaker, jf. premiss 36. Etter praksis fra EU kan det dermed sies om arbeidstakerbegrepet at det må tolkes vidt, slik at ikke tilfeldige arbeidstakere faller utenfor og ikke vernes.

4.2.1.2 Norsk rett

³⁵ 89/391/EØF

³⁶ C-229/14

³⁷ Premiss 33

³⁸ Premiss 34

I norsk rett fremgår det av aml. § 1-8 at med ”arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Ordlyden er vidt formulert og i forarbeidene uttales det at begrepet henviser til en skjønnsmessig helhetsvurdering hvor det reelle underliggende forhold er avgjørende.³⁹

Begrepet skal etter rettspraksis tolkes vidt og Høyesterett har blant annet fremhevet at lovgivers intensjon har vært at de som har behov for vern i arbeidsmiljøloven, faktisk blir vernet.⁴⁰ Partene i en arbeidsavtale skal altså ikke kunne avtale seg bort fra lovens område dersom man reelt sett står overfor et avtaleforhold som i utgangspunktet omfattes av arbeidsmiljøloven. Det spiller da ingen rolle hva avtalepartene har kalt vedkommende i avtalen.⁴¹

Arbeidstakerbegrepet er i norsk rett tolket vidt, noe som synes å være i tråd med tolkningen til EU-domstolen og også med formålet om økt beskyttelse av den svakere part. I relasjon til direktivet om masseoppsigelser vil i hvert fall ikke norsk retts tolkning av arbeidstakerbegrepet så langt være i konflikt med direktivets formål, ettersom norske domstoler anlegger en såpass vid tolkning av begrepet. Arbeidstakerbegrepet vil derfor per i dag ikke være særlig problematisk ved tolkningen av aml. § 15-2.⁴²

4.2.1.3 Arbeidstakere som faller utenfor reglens personelle virkeområde

Det fremgår av direktivets artikkel 1 nr. 2, at direktivet ikke gjelder for offentlig ansatte, besetning på skip eller for tidsbegrensede kontrakter som uansett ville utløpe når masseoppsigelser skal foretas.

I norsk rett er det, med hjemmel i aml. § 1-2 tredje ledd og ved forskrift av 16. desember 2005 nr.1567 § 1, bestemt at arbeidstakere som omfattes av tjenestemannsloven eller som er embetsmenn, ikke er omfattet av § 15-2. Ansatte i kommune eller fylkeskommune er imidlertid omfattet av bestemmelsen, ettersom de ikke er beskyttet av tjenestemannsloven og

³⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.74

⁴⁰ Rt.2013.354

⁴¹ Jan Fougner mfl., *Universitetsforlagets kommentarutgave på nett – kommentarer til arbeidsmiljøloven § 1-8*, 2.utgave, 2013 punkt 1.1.5 fjerde avsnitt

⁴² Jan Fougner mfl., *ibid*, punkt 1.1.2

derfor er beskyttet fullt ut gjennom arbeidsmiljøloven. En kan dermed si at aml. § 15-2 har et videre anvendelsesområdet enn direktivet, ettersom store grupper offentlige ansatte gis rettigheter gjennom den norske reguleringen.

Videre fremgår det av aml. § 1-2 (2) bokstav a, at ”sjøfart” ikke er omfattet av arbeidsmiljøloven. Arbeidere til sjøs er i norsk rett vernet av skipsarbeidsloven.

4.2.2 Arbeidsgiverbegrepet

4.2.2.1 EU-retten

Arbeidsgiver er den part som pålegges plikter gjennom direktivet. Arbeidsgiverbegrepet er ikke gitt en felles rettslig definisjon i EU. EU-domstolen behandlet imidlertid en traktatbruddsak mot Italia, hvor problemstillingen rundt definisjonen av arbeidsgiverbegrepet i medlemslandenes nasjonale rett ble drøftet.⁴³

I italiensk rett var begrepet arbeidsgiver etter fast rettspraksis definert som enhver person som ledd i sitt erverv utelukkende eller hovedsakelig utøver en organisert økonomisk aktivitet, eller en aktivitet som innebærer omsetning av varer eller tjenester. Virksomheten skulle drives med gevinst for øyet.

Kommisjonen nedla påstand om at Italia ikke hadde gjennomført direktivet om masseoppsigelser korrekt, ettersom personkretsen var for snevert definert. Som eksempler på virksomheter som ville falle utenfor det italienske arbeidsgiverbegrepet oppga Kommisjonen blant annet faglige organisasjoner, stiftelser, politiske partier og organisasjoner som ikke hører innunder staten.⁴⁴

Kommisjonen uttalte dernest at selv om direktivet ikke inneholder en definisjon av begrepet arbeidsgiver, kommer direktivet likevel til anvendelse på enhver arbeidsgiver, uansett om denne driver virksomhet med gevinst for øyet eller ikke.

⁴³ C-32/02

⁴⁴ Premiss 20

Videre mente Kommissjonen at en restriktiv tolkning av begrepet ville innebære at arbeidstakere behandles forskjellig, og at en slik type forskjellsbehandling ikke kunne begrunnes i karakteren av deres virksomhet, deres juridiske stilling eller deres sosiale situasjon. Avslutningsvis uttalte Kommissjonen at direktivet må få anvendelse på alle masseoppsigelser som igangsettes av enhver arbeidsgiver eller av enhver juridisk eller fysisk person som har inngått et ansettelsesforhold, også selv om økonomisk gevinst ikke er deres formål.⁴⁵

Domstolen konkluderte med at Italia hadde brutt sine forpliktelser, ettersom de ikke hadde gitt de nødvendige lovbestemmelser vedrørende arbeidsgivere som ikke driver med gevinst for øyet.

Igjen ser man at det sentrale moment i vurderingen er om bestemmelsene i nasjonal rett er i tråd med direktivets formål, altså at arbeidstakere gis et sterkt nok vern, og i dette tilfellet at ikke tilfeldige arbeidstakere skal falle utenfor direktivets anvendelsesområde.

4.2.2.2 Norsk rett

I norsk rett fremgår det av aml. § 1-8 (2) at med ”arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Allerede ut i fra legaldefinisjonen ser man at norsk rett gir en videre definisjon av arbeidsgiverbegrepet enn det som ble gjort i overnevnte sak for EU-domstolen. Definisjonen i norsk rett synes å være i tråd med dommens uttalelse om at direktivet skal gjelde for ”enhver arbeidsgiver”.

Det kan likevel sies at arbeidsgiverbegrepet er relativt, og at de hensyn som gjør seg gjeldende for de ulike rettigheter knyttet til å være arbeidsgiver vil være forskjellige, og kan gjøre seg gjeldende med ulik styrke. Om dette uttales det i utredningen om arbeidstakers stilling i konsernforhold, at utvalget antar at ”[...] kjernen i arbeidsgiverbegrepet vil ofte være klar, men det er noe relativt hvor langt arbeidsgiverbegrepet kan strekkes i de enkelte relasjoner. Det kan derfor ikke uten videre legges til grunn at arbeidsgiverbegrepet er en konstant og gitt størrelse i enhver relasjon”.⁴⁶

⁴⁵ Premiss 22 og 23

⁴⁶ NOU 1996: 6, punkt 3.4.1 tredje avsnitt

Arbeidsgiverbegrepet i relasjon til vernet ved masseoppsigelser later likevel til å være lite satt på spissen eller problematisert i praksis, slik at det må antas at vernet i norsk rett tilfredsstiller internasjonale krav.⁴⁷

5. Representanter for arbeidstakerne

5.1 EU-retten

Det fremgår av direktivets artikkel 2 at arbeidsgiver plikter å drøfte eventuelle masseoppsigelser med ”arbejdstagernes repræsentanter”. I artikkel 1 bokstav b er disse definert som ”de repræsentanter for arbejdstagerne, som har denne funktion i henhold til lovgivning eller praksis i medlemsstaterne”.

Spørsmålet i det følgende er dermed hvem som regnes for å være arbeidstakernes representanter og herunder rekkevidden av arbeidstakers rett til representasjon.

Direktivet overlater til medlemslandene å angi en mer presis definisjon av begrepet ”arbejdstagernes repræsentanter”. Dette betyr imidlertid ikke at medlemslandene står fritt til å bestemme om eller hvordan representasjon fra arbeidstakersiden skal ivaretas.⁴⁸ Spørsmålet ble tatt opp i EF-domstolen i 1994:

I sak 383/92 la Kommisjonen ned påstand om at Storbritannia ikke hadde oppfylt sine forpliktelser etter direktivet når det gjaldt representasjon, ettersom de i nasjonal rett ikke hadde mekanismer for å gi arbeidstakere tillitsvalgte til å representere dem når arbeidsgiver ikke ville anerkjenne tillitsvalgte. I Storbritannia var det i utgangspunktet slik at tillitsvalgte tradisjonelt baserte seg på arbeidsgivers frivillige anerkjennelse av fagforeningene.

Kommisjonen uttalte blant annet at medlemsstatene er forpliktet til å foreta de nødvendige grep for at det utpekes tillitsvalgte for arbeidstakerne. Storbritannia medga selv i denne forbindelse at arbeidstakere som ble berørt av masseoppsigelser i britisk rett, på nåværende tidspunkt ikke var beskyttet av artikkel 2 og 3 i direktivet. Domstolen konkluderte dermed

⁴⁷ Marianne Jenum Hotvedt, s.81

⁴⁸ Stein Evju, ”Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, 2005 s.175-251 (s.220)

med at Storbritannia ikke hadde implementert masseoppsigelsesdirektivet korrekt når de ikke hadde mekanismer for å utpeke representanter for arbeidstakere på arbeidsplasser som ikke hadde aktive fagforeninger.⁴⁹

Dommen må kunne tas til inntekt for at EU mener det påhviler hver enkelt medlemsstat å sørge for at arbeidstakerne i bedrifter har representanter til stede ved drøftinger. Det kan ikke være opp til hvert enkelt arbeidssted eller arbeidsgiver hvem som kan være tillitsvalgt og om det skal være tillitsvalgt.

Det som likevel er mer usikkert er om disse representantene må være utpekt på forhånd, eller om det er tilstrekkelig at de utpekes når det først blir tale om masseoppsigelser. Evju argumenterer i denne forbindelse for at formålshensyn taler for det første alternativet; representantene skal være i stand til å effektivt kunne ivareta arbeidstakernes interesser, og dette vil best kunne gjøres dersom det er en mer varig forankring og kontinuitet.⁵⁰

5.2 Norsk rett

Etter aml. § 15-2 (2) plikter arbeidsgiver å innlede drøftinger med ”arbeidstakernes tillitsvalgte”.

Det fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at ”arbeidstakernes tillitsvalgte” ikke skal forstås snevert som bare representanter for arbeidstakere som er engasjert i fagforbund.⁵¹ Det kan også være tale om representanter for en fast eller ad-hoc sammenslutning av to eller flere personer som ikke er tilknyttet noen organisasjon. Det avgjørende skal være om de arbeidstakerne som berøres av en potensiell masseoppsigelse, er representert. Her er også hensynet til kontradiksjon av betydning – beslutningene som fattes skal ha det best mulige beslutningsgrunnlag, sett fra alle sider, og det er dermed viktig at arbeidstakerne har noen tilstede som taler deres sak.

⁴⁹ Premiss 25

⁵⁰ Stein Evju, *ibid* s. 221

⁵¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.121

Spørsmålet om tillitsvalgte til å representere arbeidstakerne var oppe i Exact-OBOS-dommen.⁵² Alle de ti oppsagte eiendomsmeglerne i saken kom fra Exact-kjeden, hvor kun én av de oppsagte var fagorganisert i Handel og Kontor, mot ni fagorganiserte fra OBOS-kjeden. De oppsagte anførte i den forbindelse at arbeidsgiver i en slik situasjon også skulle innlede drøftinger med representanter for de uorganiserte.

Domstolen uttalte først at utgangspunktet må være at det er tilstrekkelig for arbeidsgiver å innlede drøftinger med de etablerte tillitsvalgte i bedriften, med en gjensidig forståelse om at de i denne sammenheng også representerer ansatte som ikke er organiserte.

Dernest uttalte domstolen imidlertid at hensynet til en forsvarlig saksbehandling likevel kan tilsi at arbeidsgiver i dette konkrete tilfellet burde ha reist spørsmålet om nødvendigheten av å innhente de uorganiserte arbeidstakernes syn for å få et tilstrekkelig faktagrunnlag for sine vurderinger. I foreliggende sak kunne en slik plikt særlig begrunnes i det skjeve styrkeforholdet mellom de ansatte i Exact og de ansatte i OBOS.

På den andre siden igjen pekte lagmannsretten på at situasjonen var prekær for arbeidsgiver, noe som tilsa en effektiv saksbehandling. En prosess for å utpeke representanter for de uorganiserte, ville dermed kunne medføre forsinkelser og en mer uoversiktlig situasjon.

Dommen illustrerer både problematikken rundt arbeidstakere som ikke er fagorganiserte, samt at de rettigheter man kanskje burde hatt, av og til i praksis kan gå på bekostning av prekære situasjoner og behovet for effektivitet. På et overordnet nivå kan en si at arbeidsgivers praktiske behov og styringsrett i noen tilfeller kan overstyre arbeidstakers stillingsvern.

Dommen illustrerer også at manglende representasjon under nedbemanningsprosessen inngår som en del av hvorvidt drøftingene er gjennomført slik de skal, og i den forbindelse om oppsigelsene har vært saklig.

Representantens oppgave knytter seg heller ikke kun til drøftinger med arbeidsgiver, det må også kunne forventes at representanten holder seg løpende orientert, og at vedkommende også

⁵² LB-2010-32150

informerer arbeidstakerne slik at de blir en del av nedbemanningsprosessen.⁵³ Dette kommer til uttrykk i blant annet aml. §§ 8-1 og 8-2 som er generelle bestemmelser om informasjon og drøfting. Bestemmelsene stadfester at de tillitsvalgte skal holdes løpende orientert om forhold som er av betydning for arbeidstakernes arbeidsforhold. Reglene bygger på EUs direktiv om informasjon til og konsultasjon med arbeidstakerne.⁵⁴

Etter det overnevnte kan det sluttet fra både direktivet og aml. § 15-2 at det avgjørende ikke er hvem som er representanter for arbeidstakerne eller hvordan disse utpekes, men at arbeidstakerne faktisk har noen til å representere dem i nedbemanningsprosessen. Dette er en rett arbeidstaker har krav på, og som arbeidsgiver ikke kan motsette seg.

5.2.1 Fagorganiserte arbeidstakere og bedrifter

For arbeidstakere eller bedrifter som er organiserte har Hovedavtalen mellom LO og NHO (2014-2017) nærmere regulering når det gjelder hvem som kan bli tillitsvalgt og hvilke oppgaver de tillitsvalgte har. Hovedavtalen inneholder punkter når det gjelder blant annet de tillitsvalgtes målsetting, opptreden, valg av de tillitsvalgte, deres mulighet til å inngå avtaler på vegne av arbeidstakerne og de tillitsvalgtes rettigheter.

Ut i fra Hovedavtalens § 5-3 kan det sluttet at valgte tillitsmenn klart må være innenfor begrepet "arbeidstakernes representanter". De ytre rammene for hvem som anses for tillitsvalgt er derimot uklare. Det avgjørende må som nevnt, både etter norsk rett og EU-retten, være at de arbeidstakerne som blir rammet av eventuelle oppsigelser, er representert, jf. forarbeidene og sak 383/92.

Problemer kan likevel oppstå hvor det ikke finnes noen som er bundet av en tariffavtale i et selskap, eller hvor man f. eks har flere representanter gjennom tariff, men også tillitsvalgte og ad-hoc representanter osv., hvem skal da ta seg av drøftingene? Representasjon kan også bli problematisk hvor noen av de ansatte er fagorganiserte, mens andre ikke er det. I sistnevnte tilfelle kan det være utfordrende å identifisere hvem av arbeidstakerne de tillitsvalgte faktisk

⁵³ <http://sbd.no/2014/10/30/oppsigelser-hvilken-rolle-har-de-tillitsvalgte/>. Sist sjekket 05.12.16.

⁵⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/14/EF av 11.mars 2002 om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere i Det europeiske fellesskap

er representanter for. Dette er viktig å klarlegge blant annet fordi representantene i utgangspunktet ikke kan ”inngå en avtale” på vegne av noen de ikke representerer.⁵⁵

I SAS-dommen var Høyesterett inne på problematikken rundt at det finnes flere ansattgrupper i virksomheten, hvor ikke alle var medlem av de fagorganisasjonene som deltok i drøftelsene.⁵⁶ Dommen dreide seg om gyldigheten av oppsigelse av ti flygere fra SAS og knyttet seg hovedsakelig til utvelgelseskretsen og forholdsmessigheten ved oppsigelsene.

Førstvoterende uttalte først at ”[j]eg finner støtte i fortalen til rammedirektivet punkt 25 og EU- domstolens praksis for å tillegge det en viss vekt at den valgte løsningen ble fremforhandlet gjennom en kollektiv avtale med organisasjoner som representerte mer enn 95 % av pilotene i SAS, jf. Rosenblatt-dommen avsnitt 49”.⁵⁷ Deretter stadfestes det at drøftingene mellom SAS og de to tariffpartene NSF og SNF var grundige, og klart oppfylte lovens krav.⁵⁸

Det som likevel kommer frem i fortsettelsen er at SPU ikke deltok i drøftelsene fordi de ikke var tariffpart, selv om seks av de oppsagte pilotene var medlemmer av SPU. Førstvoterende sa så videre om dette: ”SPU ble riktignok innkalt til møte med SAS i begynnelsen av september, men mye kan tale for at foreningen burde vært innkalt før inngåelsen av ”avstegsavtalen” i august. Det er likevel ikke grunn til å tro at dette ville fått betydning for utvelgelsen. SAS var vel kjent med hva de tillitsvalgte i SPU mente, og med at det var ulike oppfatninger blant de aktuelle grupper piloter”.⁵⁹

Om tariffpartene kan holde andre parter utenfor drøftingene blir et spørsmål som faller utenfor denne oppgavens kjerneområdet og temaet vil derfor ikke gås nærmere inn på her. Det som likevel kan anses problematisk er dersom tariffpartene faktisk har en adgang til å gjøre dette, hvilket kan resultere i at representanter for flere av de oppsagte ikke deltar på viktige drøftingsmøter.

⁵⁵ Stein Evju, ”Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon”, s.229

⁵⁶ Rt.2011.609

⁵⁷ Avsnitt 92

⁵⁸ Avsnitt 108

⁵⁹ Avsnitt 109

Et annet spørsmål som kan reises er om det kan anses problematisk at Høyesterett uten videre godtar at det er tilstrekkelig at SAS var ”vel kjent med hva de tillitsvalgte i SPU mente”. Det kan hevdes at det er en forskjell på at SPU har gitt sitt standpunkt i forkant, og at de faktisk får delta i prosessen. Utelatelse fra drøftingene kan medføre en mangel på kontradiksjon og reell påvirkningskraft. Her kan det også spørres om utgangspunktet i Exact-OBOS-dommen om at representantene som deltar også taler for de som ikke er organiserte, vil gjøre seg gjeldende også for de som er organiserte, men som likevel ikke har sine representanter til stede under drøftingene.⁶⁰

5.3 Ekspertbistand

I 1992 ble det foretatt endringer i direktivet om masseoppsigelser. Det ble blant annet tatt inn en bestemmelse om at medlemsstatene kan bestemme at arbeidstakernes representanter kan få benytte seg av sakkyndige, jf. artikkel 2 nr.2 annet ledd. Det fremgår likevel av forarbeidene at Kommisjonen under behandlingen av direktivet uttalte at ”adgangen til ekspertbistand ikke innebærer at utgiftene til slik bistand skal belastes arbeidsgiver”.⁶¹ Hovedregelen vil nok derfor være at arbeidstakersiden må bære kostnaden for eventuell ekspertbistand.

6. Arbeidsgivers drøftingsplikt

6.1 Tidspunktet for drøftingene

6.1.1 EU-retten

Problemstillingen er når i nedbemanningsprosessen arbeidsgiver plikter å igangsette drøftinger med arbeidstakernes representanter.

Av direktivet fremgår det kun at arbeidsgiver må iverksette drøftinger ”i god tid”, jf. artikkel 2 punkt 1. Ut over dette angir direktivet ingen bestemt frist for når drøftinger skal innledes.⁶²

I Junk-dommen⁶³ var spørsmålet for domstolen om oppsigelsen av en tysk sykepleier skulle anses som ugyldig i tysk rett, basert på at informasjons- og drøftingsplikten ikke var blitt

⁶⁰ LB-2010-32150

⁶¹ Ot.prp.nr.78 (1993-1994) s.18

⁶² Jan Fougner mfl., *Universitetsforlagets kommentarutgave på nett – kommentarer til aml. § 15-2*, 2.utgave, 2013 punkt 2.1 første avsnitt

fulgt. Den tyske domstolen ba blant annet om svar på om direktivet krevde at informasjons- og drøftingsplikten skulle være gjennomført og avsluttet før oppsigelse kunne gis, og domstolen vurderte i den forbindelse omfanget av drøftingsplikten.

EU-domstolen uttalte først at den effektive virkningen av drøftingsplikten ville blitt satt på spill dersom arbeidsgiver har rett til å si opp ansatte under drøftingene, eller kort tid etter at disse er innledet.⁶⁴ Det fremheves videre at det ville være mye vanskeligere for de tillitsvalgte å få en endelig truffet beslutning trukket tilbake under drøftingene og at arbeidskontrakten hvert fall ikke kan sies opp før drøftingsplikten er oppfylt.⁶⁵

Det kan blant annet leses ut av Junk-dommen at drøftingene skal kunne ha en reell virkning. Drøftingene må derfor igangsettes på et slikt tidspunkt under planleggingen at arbeidstakernes tillitsvalgte kan ha en medbestemmelsesrett. Det kan dermed ikke stadfestes noe konkret tidspunkt for når drøftingene må igangsettes, men desto tidligere i prosessen drøftelsene settes i gang, jo mer effekt vil de også kunne ha.

6.1.2 Norsk rett

Det fremgår av aml. § 15-2 (2) at arbeidsgiver som vurderer å gå til masseoppsigelse, skal ”så tidlig som mulig” innlede drøftinger med arbeidstakernes tillitsvalgte.

I forarbeidene til endringene i arbeidsmiljøloven som følge av EØS-avtalen fremgår det i relasjon til aml. § 15-2 at drøftinger skal ”innledes så tidlig som mulig på planleggingsstadiet”.⁶⁶ Det avgjørende også etter norsk rett er dermed at drøftingene skal kunne ha en reell virkning.

I den tidligere nevnte⁶⁷ Exact-OBOS-dommen⁶⁸ dreide saken seg om ti eiendomsめglere som hadde blitt oppsagt fra Exact-OBOS kjeden. Lagmannsretten kom frem til at oppsigelsene var ugyldige, med særlig vekt på at det ikke var gjennomført kollektive drøftinger i tråd med aml.

⁶³ C-188/03

⁶⁴ Premiss 44

⁶⁵ Premiss 55

⁶⁶ Ot.prp.nr.71 (1991-92) s.11

⁶⁷ Se punkt 5.2

⁶⁸ LB-2010-32150

§ 15-2. Det hadde kun gått seks dager fra de tillitsvalgte ble informert i Personalråd til beslutning om nedlegging ble fattet.

Domstolen uttalte blant annet at det på den ene siden var snakk om to kjeder med et hardt konkurranseklima som var hardt rammet av finanskrisen, og at det derfor måtte gis et visst handlingsrom for å kunne treffe beslutninger raskt. På den andre siden uttalte domstolen at det kom frem av møtene med de tillitsvalgte at utvelgelseskretsen og fravikelse av ansiennitetsprinsippet i ingen eller liten grad var et tema, og at det virket som at beslutningen om hvem som skulle sies opp allerede var tatt når drøftingene ble innledet.

Videre sa lagmannsretten at ved ”omstillingsprosesser befinner arbeidsgiver seg på et område som er særlig lovregulert med detaljerte krav til innholdet i drøftingsprosessen, nettopp for å gi de tillitsvalgte en reell mulighet til å komme med korrigerende innspill og innsigelser, og med det formål å oppnå en avtale. Når arbeidsgiver – i nærværende sak – har overtrådt flere av de sentrale og detaljert utformede drøftingspliktene, og flertallet finner at dette blant annet kan ha medført at muligheten for å oppnå en avtale om franchise eller andre alternative løsninger ble redusert, må oppsigelsene anses ugyldige”. Avslutningsvis viste domstolen til Junk-dommen og presiserer at de feil som er begått i dommen vil sette den effektive virkningen av drøftings- og informasjonsplikten i fare.

Dommen illustrerer svært godt hvor viktig det er at drøftingene ikke gjennomgås kun som en rutine, men at de faktisk skal kunne ha en virkning. For en arbeidstaker kan det være helt avgjørende at han eller hun får anledning til å komme med innspill og relevant informasjon til den utvelgelsesprosessen arbeidsgiver skal foreta. Et viktig element for å sikre reelle drøftelser er som sagt i dommen å ”gi de tillitsvalgte en reell mulighet til å komme med korrigerende innspill og innsigelser”. Eksempelvis er enighet mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte angående avgrensninger i utvelgelseskretsen et av de sentrale momentene som tilsier at arbeidsgiver har hatt saklig grunn for å avgrense utvelgelseskretsen.⁶⁹

Samtidig illustrerer dommen også hvor store konsekvenser det kan få for arbeidsgiver dersom drøftingsplikten ikke etterleves. Dommen går i større grad inn på innholdet av drøftingene og ikke tidspunktet for når drøftingene må innledes. Det må nok likevel også kunne sies at

⁶⁹ Rt.1992.776 s.781

tidspunktet har spilt en vesentlig rolle i domstolens vurdering av oppsigelsenes gyldighet, da seks dagers varsel klart vil kunne gå på bekostning av både innholdet i drøftingene og muligheten for påvirkning fra arbeidstakersiden.

Ordlyden ”så tidlig som mulig” indikerer i alle tilfeller at domstolen må vurdere om det faktisk har latt seg gjøre å starte drøftingene på et tidligere tidspunkt, og om start-tidspunktet kan ha gått på bekostning av drøftingenes innhold.

Ut i fra ordlyden i § 15-2 og forståelsen som legges til grunn i forarbeidene og den nevnte rettspraksis, må det kunne sies at norsk rett er sammenfallende med direktivet.

Problematikken rundt om drøftingene er innledet tidsnok vil likevel først kunne komme på spissen i hvert enkelt tilfelle, hvor vurderingsmomentet da vil være om drøftingene har vært reelle.

Det kan tilføyes at verken direktivet eller aml. § 15-2 krever at det føres referat eller protokoll fra drøftingsmøtene. Det kan likevel være en fordel for begge parter at det som diskuteres skrives ned. En kan dermed si at det ikke er et *krav* til skriftlighet, men at partene *bør* føre referat av hensyn til bevis. Det kan for øvrig bemerkes at for de som er fagorganiserte følger det en plikt til å føre protokoll av Hovedavtalens § 2-3.⁷⁰

6.2 Omfanget av arbeidsgivers plikt til å innlede drøftinger

6.2.1 Når andre enn arbeidsgiver har

beslutningsmyndighet

Som en konsekvens av overnasjonale foretakssammensetninger ble det etter hvert nødvendig med et tilskudd om beslutningsmyndighet i direktivet om masseoppsigelser, som var en av årsakene til at direktiv 75/129/EØF ble endret ved direktiv 92/56/EØF i 1992.⁷¹

Dagens virksomhetsstrukturer med for eksempel store konserner, hvor det blir fattet beslutninger på tvers av strukturene, fordret at saksbehandlingsreglene fikk et videre

⁷⁰ Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven – kommentarer og praksis*, 2011 s.643

⁷¹ Catherine Barnard, s. 639

anvendelsesområde for å sikre en effektiv regulering. Strukturen har betydning ved at et selskap kan ha bestemmende innflytelse over arbeidsgiverforetaket og arbeidsforholdene der.

Spørsmålet i det følgende er derfor hva det har å si for arbeidsgivers drøftingsplikt at andre enn arbeidsgiver har beslutningsmyndighet i virksomheten.

6.2.2 EU-retten

I direktivets punkt 4 stadfestes det at plikten til å innlede drøftinger ”finder anvendelse, uanset om beslutningen om kollektive afskedigelser træffes af arbejdsgiveren eller af en virksomhed med bestemmende indflydelse, som arbejdsgiveren er en del af”.

Ordlyden ”bestemmende indflydelse” forstås som noen som har en del av den samme kompetansen som arbeidsgiver, og som også kan ha påvirkningskraft på arbeidsgivers beslutninger. Av direktivet kan vi lese at ”plikten” til å innlede drøftinger gjelder selv om beslutningen blir fattet av andre enn arbeidsgiver. Det sies likevel ikke noe om hvilke beslutninger som foranlediger at drøftinger skal iverksettes av arbeidsgiver, utenom at det må dreie seg om ”kollektive afskedigelser”.

Spørsmålet i det følgende er dermed hvilke type beslutninger som må fattes for at arbeidsgiver må reagere og igangsette drøftinger, og om tidspunktet for å innlede drøftinger forskyves basert på at andre enn arbeidsgiver utøver sin beslutningsmyndighet.

I Fujitsu-saken⁷² for EU-domstolen, dreide det seg blant annet om hvordan reglene om drøfting og informasjon gjorde seg gjeldende i et konsernforhold med et mor- og datterselskap. Den finske domstolen som forela saken, ville blant annet ha svar på betydningen av ordlyden ”påtenker at foretage kollektive afskedigelser” og i den forbindelse når konsultasjonsplikten faktisk oppstår i en situasjon hvor andre enn arbeidsgiver har beslutningsmyndighet.

EU-domstolen uttalte først at de forpliktelser som følger av direktivets artikkel 2 også utløses ”hvor udsigten til kollektive afskedigelser ikke er en direkte følge af arbejdsgiverens valg”. Dernest ble det stadfestet at arbeidsgiver vil være ansvarlig for at kravene etter direktivet

⁷² C-44/08

etterleves, selv om beslutningene ikke kommer direkte fra arbeidsgiver, men også av en virksomhet med innflytelse og som arbeidsgiveren er en del av. Som begrunnelse for sitt standpunkt utdyper domstolen at det i en økonomisk kontekst hvor det blir flere og flere konsern, vil den overnevnte begrunnelse sikre at direktivet oppnår sitt formål om økt beskyttelse av arbeidstaker ved masseoppsigelser, selv om en arbeidsgiver skulle være underlagt en annen virksomhets innflytelse.⁷³

Domstolen konkluderer med at artikkel 2 i direktivet skal forstås slik at arbeidsgivers plikt til å innlede drøftinger oppstår når det i et konsern er truffet beslutninger av strategisk karakter eller vedrørende driftsmessige endringer, som medfører at arbeidsgiveren må tenke på eller planlegge kollektive oppsigelser.

Dette punktet har dermed nær sammenheng med punkt 6.1 om tidspunktet for drøftingene, da det som fremgår av Fujitsu-dommen ”gir et styrket stillingsvern i form av lengre oppsigelsesfrist og tidligere plikt til informasjon og drøftelse”. At arbeidsgivers drøftingsplikt gjelder like fullt selv om andre har beslutningsmyndighet, er begrunnet i arbeidstakers behov for vern når arbeidsforholdet er knyttet til virksomheter som er integrert med andre.⁷⁴ Dette vil igjen ha en påvirkning på vurderingen av om drøftingene har vært innledet i ”god tid”.

6.2.3 Norsk rett

Av aml. § 15-2 (2) siste setning fremgår det at arbeidsgiver har en ”plikt til å innlede drøftinger selv om de planlagte oppsigelsene skyldes andre enn arbeidsgiver og som har beslutningsmyndighet overfor denne, f. eks en konsernledelse”. Ordlyden er omtrent likelydende med direktivet.

Ordlyden tilsier at plikten til å innlede drøftinger gjelder uavhengig av hvem som har besluttet at masseoppsigelser kan bli aktuelt. At ”konsernledelse” er eksplisitt angitt betyr ikke at andre selskapsstrukturer er utelukket, men det må nok antas at konsernstrukturen er den mest aktuelle og derfor den som er fremhevet i bestemmelsen.

⁷³ Premiss 42, 43 og 44

⁷⁴ Marianne Jenum Hotvedt, s. 446

En sak angående konsernstruktur og masseoppsigelser var oppe i norsk rett i RG.1998.1415. Saken dreide seg om en arbeidsgiver som var et heleid datterselskap av et amerikansk selskap, som sa opp 45 produksjonsmedarbeidere og 2 lagerarbeidere som følge av beslutning om å legge ned selskapets produksjonsavdeling i Stavern.

Domstolen drøftet arbeidsgiverbegrepet og hvem som kan holdes ansvarlig inngående i dommen.⁷⁵ Domstolen tok utgangspunkt i at situasjonen i et konsernforhold er spesiell, og at det derfor må et særskilt grunnlag til for identifisering mellom mor- og datterselskap. Et slikt unntak vil for eksempel være hvor bindingene i et konsern kan bli så store at det vil være naturlig at beslutningene fattet i morselskapet vil få samme virkning som om de hadde vært fattet av kompetent organ i datterselskapet.

I den konkrete saken la domstolen særlig vekt på at morselskapet ”ved de nevnte beslutninger – og også på annen måte – utførte reelle arbeidsgiverfunksjoner i relasjon til de oppsagte og andre ansatte i datterselskapet. At det norske styret følte seg presset opp i et hjørne, og måtte foreta oppsigelsene, kan ikke ha særlig betydning i selskapets favør”. Retten konkluderte etter dette med at mor- og datterselskapet begge burde identifiseres som arbeidsgivere i relasjon til de foretatte oppsigelser.

Domstolen så det dermed som avgjørende at morselskapet hadde ”utført reelle arbeidsgiverfunksjoner”, og morselskapet ble derfor også ansett som arbeidsgiver i den konkrete situasjonen. Dommen skiller seg noe fra Fujitsu-saken; i RG.1998.1415 var det tale om identifikasjon mellom strukturene slik at begge selskap fikk de plikter som følger av å være arbeidsgiver. I Fujitsu-saken var det derimot avgjørende at et annet selskap hadde fattet beslutninger som fordret at arbeidsgiver selv skulle igangsette drøftinger, morselskapet ble ikke direkte ansett som arbeidsgiver og det var derfor ikke tale om identifikasjon.

Det avgjørende i begge saker må likevel være at det blir truffet beslutninger av strategisk karakter, eller driftsmessige endringer, jf. Fujitsu-saken, som igjen utløser arbeidstakers krav på vern. Dersom andre enn arbeidsgiver kunne ta slike beslutninger, men kun arbeidsgiver holdes ansvarlig for å etterleve drøftingsplikten når de selv fattet beslutninger, ville dette i realiteten kunne medføre en omgåelse av reglene.

⁷⁵ Se dommens s.1441-1445

Etter det ovennevnte kan det sluttet fra både EU-retten og norsk rett at det sentrale for når drøftinger skal innledes bør være *at* det fattes beslutninger om driften som kan ramme arbeidstakerne, ikke *hvem* beslutningene fattes av. En slik forståelse er i tråd med formålet bak drøftingsplikten; økt beskyttelse av arbeidstakerne. Arbeidsgiver må derfor uansett innlede drøftinger når det fattes beslutninger av strategisk karakter eller vedrørende driftsmessige endringer som kan medføre at arbeidsgiver må vurdere nedbemanninger.

6.3 Hvor mange må være planlagt oppsagt for at drøftingsplikten inntreffer

Spørsmålet er om drøftingsplikten gjelder når flere enn ti personer muligens kan bli oppsagt, men færre enn ti personer faktisk sies opp.

Spørsmålet ble tatt opp i LF-2003-21015. Saken dreide seg om Vestnes kommune som vurderte å si opp tretten arbeidstakere, men som endte opp med å kun si opp åtte stykker. Spørsmålet for domstolen var blant annet om reglene om masseoppsigelse skulle vært fulgt, selv om under ti arbeidstakere ble oppsagt. Dommen baserer seg på den gamle arbeidsmiljøloven § 56 A om masseoppsigelser, men vil fortsatt ha relevans for tolkningen av aml. § 15-2 ettersom bestemmelsenes ordlyd er omtrent identiske.

Lagmannsretten uttaler at under ankeforhandlingene ”bekreftet I at man hadde vurdert oppsigelser av i alt 13 medarbeidere ved årsskiftet 2002/2003. Dette utløste arbeidsgivers plikt til å følge § 56 A. At man endte opp med 8 som helt eller delvis ble sagt opp, er ikke avgjørende i denne forbindelse”. Det ble også særlig fremhevet at arbeidsgiver hadde ”holdt ”kortene” inntil brystet”, og ikke hadde dokumentert nedbemanningsprosessen og de vurderinger som ble foretatt på en tilfredsstillende måte.⁷⁶ Oppsigelsene ble ansett som usaklige.

Dommen gjør det dermed klart at § 15-2 kommer til anvendelse selv om ti stykker ikke sies opp til slutt i prosessen, det er nok at ti eller flere muligens kan bli oppsagt. En slik forståelse er naturlig ut i fra bestemmelsens logikk; reglene om drøfting og informasjon slår inn allerede

⁷⁶ Se dommens avsnitt 7 under ”Lagmannsretten bemerker”

på planleggingsstadiet, og det er dermed i starten av prosessen man må se om det er nok aktuelle oppsigelser til at det betegnes som masseoppsigelser. En kan uansett som oftest ikke forutse om ti eller flere vil bli oppsagt til slutt.

Dommen viser samtidig at saksbehandlingsreglene kommer inn som en sikkerhetsventil for å sikre at arbeidsgiver dokumenterer en riktig og saklig prosess, slik at arbeidsgiver ikke skal ”holde kortene til brystet”. Dette skal igjen være med på å sikre forutberegnelighet og åpenhet slik at en oppsigelse aldri kommer overraskende på arbeidstaker.

I dommen konkluderte lagmannsretten med at oppsigelsene var usaklige nettopp fordi arbeidsgiver ikke hadde kunnet sannsynliggjøre den avveining som var foretatt ved oppsigelsene. Man kan dermed si at § 15-2 også er en trygghet for arbeidsgiver, ved at de tvinges til å utføre og dokumentere nedbemanningsprosessen på en forsvarlig måte.

Det er dermed klart at saksbehandlingsreglene kommer til anvendelse dersom minimum ti personer muligens kan bli oppsagt, det er ikke avgjørende hvor mange som faktisk sies opp til slutt i prosessen.

6.4 Formålet med drøftingene

Det fremgår av direktivets artikkel 2 nr. 1 at drøftingene med arbeidstakernes representanter skal skje med ”henblik på at nå frem til en aftale”. Videre i punkt 2 utdypes dette ytterligere ved at drøftingene ”skal i det mindste dreje sig om mulighederne for at undgå eller begrænse de kollektive afskedigelser samt for at afbøde følgerne av disse..”.

Av aml. § 15-2 (2) fremgår det at drøftingene skal innledes så tidlig som mulig ”med sikte på å komme frem til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte”.

Som vi ser er aml. § 15-2 omtrent likelydende med det som fremgår av direktivet på dette punkt. Ordlyden ”med henblik på” og ”med sikte på” må forstås som at man skal forsøke å nå en enighet, men at det ikke er noe absolutt plikt for partene å komme frem til en avtale.

Ordlyden oppfordrer likevel til at partene skal bruke avtalefriheten for å unngå store negative konsekvenser ved masseoppsigelser. Eksempler på avtaler som kan redusere de negative

konsekvensen er avtale om franchise eller at arbeidstakerne godtar lavere lønn eller mindre stillingsprosent slik at færre må sies opp.

Det kan i denne forbindelse bemerkes at i norsk rett vurderte departementet både uttrykket ”drøftinger” og ”forhandlinger” ved utformingen av bestemmelsen. Om dette uttalte departementet at ”[e]ttersom arbeidsgivers standpunkt er avgjørende dersom en ikke kommer frem til en avtale anser departementet ordet ”drøftinger” for mer dekkende enn ”forhandlinger” for disse situasjonene”.⁷⁷

Det er dermed ikke pålagt for partene å komme frem til en avtale, men det bør kunne vises til at drøftingene har hatt som formål å nå frem til en avtale om å redusere de negative konsekvensene av nedbemanningen. Arbeidsgiver vil likevel, i kraft av styringsretten, ha det siste ord i de beslutninger som fattes.

7. Arbeidsgivers informasjonsplikt

7.1 Omfanget av informasjonsplikten

Spørsmålet er hvilken informasjon arbeidsgiver plikter å gi arbeidstakernes representanter under nedbemanningsprosessen.

I direktivets artikkel 2 nr.3 er det opplistet en rekke opplysninger som arbeidsgiver må gi de tillitsvalgte, blant annet hva som er årsaken til oppsigelsene, hvilke kriterier som ligger til grunn for utvelgelsen, hvor mange som skal sies opp og innenfor hvilket tidsrom dette skal gjøres. I tillegg stadfester artikkel 2 nr.3 bokstav a at ”alle relevante opplysninger” skal videreformidles.

I norsk rett fremgår av aml. § 15-2 (3) at arbeidsgiver plikter å gi de tillitsvalgte ”alle relevante opplysninger” og skriftlig melding om en rekke punkter angitt i bokstav a til h. Også her er den norske bestemmelsen omtrent likelydende med det som er angitt i direktivet.

Reglene om informasjon er knyttet tett opp mot reglene om drøfting. I den tidligere nevnte LB-2010-32150 mottok ikke de tillitsvalgte ”det som i [saken] må anses å være den mest

⁷⁷ Ot.prp.nr.71 (1991-92) s.11

sentrale informasjon for å muliggjøre reelle drøftelser knyttet til spørsmålet om avdelingsvis oppsigelse, nemlig ”forslag til kriterer for utvelgelse av de som eventuelt skal sies opp”, jf. § 15-2 (3) bokstav g”, oppsigelsene ble blant annet med denne begrunnelse ansett ugyldige.⁷⁸ Dersom arbeidstakernes representanter ikke besitter nok informasjon til å kunne ha en mening om og en påvirkning på resultatet vil saksbehandlingsreglene i realiteten uthules.

Informasjonen som gis om antall ansatte som kan bli oppsagt og kriterier for utvelgelsen av de som eventuelt skal sies opp er særlig viktig for drøftingene.⁷⁹ De tillitsvalgte vil ikke vil ha samme mulighet til å påvirke resultatet uten denne informasjonen. For at partene skal kunne ha reelle drøftinger og innflytelse på utfallet, er det en forutsetning at begge parter har tilgang til den samme informasjonen.⁸⁰

Punktene som er eksplisitt angitt i § 15-2 bokstav a til h, er gitt for å sikre at mest mulig relevante opplysninger blir gitt til de tillitsvalgte. Opplysningene som skal angis er i tråd med det som følger av direktivet. Dette innebærer likevel ikke at bestemmelsen uttømmende angir hvilke informasjon som skal gis, andre opplysninger kan være nødvendige i hvert enkelt tilfelle, jf. vilkåret om at ”alle relevante opplysninger” skal meddeles.⁸¹

Et annet viktig element i drøftingene er at de også skal ”omfatte mulige sosiale tiltak med sikte på blant annet støtte til omplassering og omskolering av de ansatte”.⁸² Informasjonen som skal gis av arbeidsgiver er dermed også særlig viktig for NAV, ettersom de skal ”finne løsninger på de problemer som de planlagte masseoppsigelsene reiser”, jf. arbeidsmarkedsloven § 8.

I 1996 behandlet Arbeidsretten en sak hvor en bedrift hadde fått pålegg av anbudsinnbyder om fortrolig håndtering av anbudsdokumenter.⁸³ Arbeidsretten behandler kun saker om kollektiv arbeidsrett og derunder tariffavtaler, og dommen omhandlet den generelle drøftelsesplikten ved omlegging av driften. Dommen illustrerer likevel til en viss grad hvor viktig det er at de tillitsvalgte får tilgang til all relevant informasjon. Arbeidsretten

⁷⁸ Se punkt 6.1.2

⁷⁹ Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, s.645

⁸⁰ Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, s.253

⁸¹ Jan Fougner mfl., *kommentarer til § 15-2*, punkt 3 annet avsnitt

⁸² Rt.2004.297

⁸³ ARD 1996-130

konkluderte i dommen med at en bedrift ikke kan tilbakeholde opplysninger som omhandler forhold omfattet av drøftelsesreglene, det kunne ikke være slik at tredjemenn kunne oppheve bedriftens drøftingsplikt etter Hovedavtalen.⁸⁴

Arbeidsgiver plikter dermed å gi all relevant informasjon til arbeidstakernes representanter, slik at alle parter som er involvert i nedbemanningen besitter den samme informasjonen, og slik at drøftingene blir mest mulig reell og har best mulig beslutningsgrunnlag.

7.2 Tidspunktet for meddelelsen av opplysningene

Spørsmålet som reises her er på hvilket tidspunkt arbeidsgiver plikter å gi representantene den relevante informasjon.

Tidspunktet for når de relevante opplysninger skal fremlegges av arbeidsgiver fremgår verken av direktivet eller aml. § 15-2.

I Fujitsu-saken⁸⁵ var imidlertid et av spørsmålene finsk rett stilte til domstolen om arbeidsgivers plikt til å innlede drøftinger med de tillitsvalgte var avhengig av om arbeidsgiveren på forhånd var i stand til å gi arbeidstakernes representanter all den informasjon som fremgår av direktivets artikkel 2 punkt 3 første avsnitt bokstav b.

Domstolen uttalte i denne forbindelse at "[d]et følger af bestemmelsen, at opplysningerne ikke nødvendigvis skal være meddelt på det tidspunkt, hvor konsultationerne indledes, men at de kan gives under konsultationerne". Videre ble det konstatert at bestemmelsens logikk tilsier at arbeidsgiver skal gi representantene all relevant informasjon under hele drøftingsforløpet. Her fremheves også behovet for fleksibilitet i prosessen: Opplysningene som gis fra arbeidsgiver kan bli tilgjengelige på ulike tidspunkt under drøftingene, hvor arbeidsgiver først underveis har mulighet for og dermed plikt til å legge dem frem.⁸⁶

Hovedformålet med arbeidsgivers informasjonsplikt er at arbeidstakernes representanter skal være tilstrekkelig opplyst til at det blir fullstendige og effektive drøftinger. For at dette skal

⁸⁴ Hovedavtalen mellom LO og NHO 2014-2017 - med tilleggsavtaler og kommentarer, s. 201

⁸⁵ C-44/08

⁸⁶ Premiss 52 og 53

oppnås, må enhver ny og relevant opplysning til og med helt i slutt av drøftingene inkluderes. Dette er viktig fordi arbeidsgiver og representantene skal ha det samme informasjonsgrunnlaget for drøftingene.

Domstolen konkluderte dermed med at påbegynnelse av drøftingene ikke er avhengig av at arbeidsgiver kan gi arbeidstakernes representanter alle relevante opplysninger som er nevnt i direktivet, det er tilstrekkelig at disse gis fortløpende.⁸⁷

Tidspunktet for meddelelsen kan likevel bli problematisk dersom arbeidstakernes representanter mottar viktig informasjon på et sent stadium i drøftingene. Dette kan medføre at representantene ikke får forberedt seg eller innhentet den informasjon de trenger for å utøve innflytelse som i tilstrekkelig grad ivaretar arbeidstakerne. Selv om arbeidsgiver ikke hadde hatt anledning til å gi opplysningene på et tidligere tidspunkt, må det kunne hevdes at representantene i slike tilfeller bør gis ekstra tid til å forberede seg med de nye opplysninger som foreligger. Her ser vi at det også kan oppstå et spenningsfelt mellom hensynet til en fullstendig og rettferdig saksbehandling, og hensynet til effektivitet.

Det må likevel konkluderes med at det ikke kan angis noe bestemt tidspunkt for når i prosessen representantene skal ha de relevante opplysninger. Det viktigste er at arbeidsgiver spiller med åpne kort og meddeler den relevante informasjon fortløpende når slik informasjon foreligger.

8. Arbeidsgivers meldeplikt

I artikkel 2 nr.3 siste avsnitt i direktivet fremgår det at melding om planlagte masseoppsigelser skal sendes ”til den kompetente offentlige myndighet”, og av artikkel 3 nr.2 at arbeidstakernes representanter skal ha en kopi og selv kan sende inn kommentarer til myndighetene.

I norsk rett fremgår av aml. § 15-2 (3) at arbeidsgiver plikter å gi melding ”til Arbeids- og velferdsetaten” samtidig som det sendes melding til de tillitsvalgte om eventuelle

⁸⁷ Premiss 54 og 55

masseoppsigelser, jf. arbeidsmarkedsloven § 8. Det er etter ordlyden klart at meldeplikten i norsk rett i utgangspunktet er i tråd med minimumskravet i direktivet.

Det kan også bemerkes vi i norsk rett pålegger meldeplikt for arbeidsgiver også i andre situasjoner enn ved masseoppsigelser. Arbeidsgiver må også melde fra til kompetent myndighet når arbeidstakers ukentlige arbeidstid blir innskrenket med mer enn 50 prosent i en periode på over 4 uker.⁸⁸

Spørsmålet i det følgende er hvilke konsekvenser det vil ha om arbeidsgiver ikke melder fra til den kompetente myndighet.

Spørsmålet kan i utgangspunktet besvares relativt kort. Av aml. § 15-2 (5) fremgår det at planlagte masseoppsigelser ”tidligst” får ”virkning 30 dager etter at Arbeids- og velferdsetaten er underrettet”. Med dette menes åpenbart at myndighetene *skal* underrettes, og dersom dette ikke skjer, fortsetter arbeidsforholdet å løpe inntil melding er gitt. Det samme fremgår av direktivets artikkel 4 nr.1.

NAV har i denne forbindelse rett til å forlenge fristen med inntil 30 dager ”dersom det er nødvendig for å få til en slik avtale som nevnt i § 15-2 tredje ledd”, det vil si en avtale som reduserer de negative effektene av oppsigelsene.

Hvilke konsekvenser det har at arbeidsgiver unnlater å melde fra ble også tatt opp i Junkdommen⁸⁹, som har vært behandlet tidligere i oppgaven.⁹⁰ Et av spørsmålene for domstolen var om det i henhold til direktivet krevdes at både drøftingsreglene og meldeplikten skulle være avsluttet før oppsigelse kunne gis.

EU-domstolen besvarte spørsmålet med at arbeidsgiver først har rett til å foreta masseoppsigelser etter at drøftelsesplikten i direktivets artikkel 2 er avsluttet, og etter at planen om masseoppsigelser har blitt meldt til myndighetene, jf. direktivets artikkel 3 og 4. Dette begrunnet domstolen i at reglene som verner arbeidstaker ikke ville få full effekt, dersom arbeidsgiver kunne si opp arbeidstaker rett etter at drøftinger er innledet, så lenge det

⁸⁸ Arbeidsmarkedsloven § 8 første ledd

⁸⁹ C-188/03

⁹⁰ Se punkt 6.1.1

kun er meldt fra til kompetent myndighet, jf. dommens premiss 44. Dommen viser dermed at drøftingsplikten og meldeplikten er to uavhengige saksbehandlingsvilkår som begge må være oppfylt før oppsigelsene får virkning.

I norsk rett er det ikke alle arbeidstakere som i utgangspunktet har krav på 30 dagers oppsigelsesfrist. Etter aml. § 15-3 (7) har de som er ansatt på en bestemt prøvetid kun ”oppsigelsesfrist på 14 dager”. I slike tilfeller vil direktivet med sin 30-dagersfrist medføre at disse arbeidstakerne faktisk får lenger oppsigelsestid enn de egentlig skulle hatt. Dette er et godt eksempel på at direktivet kan ha selvstendig materiell betydning i visse tilfeller.

Det foreligger dermed en plikt for arbeidsgiver til å melde fra til myndighetene om planlagte masseoppsigelser, og dersom meldeplikten ikke etterleves vil oppsigelsene ikke være gyldige før minimum 30 dager etter at det er meldt fra.

9. Konsekvensene av brudd på saksbehandlingsreglene

9.1 Rettsmidler

Det første spørsmålet er hvilken adgang arbeidstakerne har til å rette søksmål mot arbeidsgiver som følge av brudd på saksbehandlingsreglene.

Av direktivets artikkel 6 fremgår det at medlemsstatene plikter å sikre at ”arbejdstagernes repræsentanter og/eller arbejdstagerne har adgang til administrative og/eller retslige procedurer, der gør det muligt at sikre overholdelsen af de forpligtelser, der er fastsat i dette direktiv”.

Spørsmålet om arbeidstakernes søksmålsadgang var oppe for EU-domstolen i Mono-car styling-saken.⁹¹ Etter belgisk rett var det slik at enten arbeidstakernes representanter eller arbeidstakerne selv, måtte komme med innvendinger til de oppsigelser som ble gitt innen 30 dager fra de fikk meddelt oppsigelsen. Dersom de ikke kom med innvendinger innen

⁹¹ C-12/08

tidsfristen, mistet de søksmålsadgangen. Den belgiske domstolen spurte dermed EU-domstolen om denne praksisen var i strid med direktivets artikkel 6.

Domstolen anså ikke arbeidstakernes beskyttelse som begrenset eller direktivets effektive virkning som påvirket, selv om søksmål krevde at arbeidstakerne hadde kommet med innvendinger på forhånd.⁹² Det viktigste etter direktivet var at arbeidstakerne hadde en søksmålsadgang i utgangspunktet, men prosedyrer som begrenser denne adgangen ble altså ikke ansett for å være et traktatbrudd.⁹³

I norsk rett vil problemstillingen i dommen ikke komme på spissen, ettersom arbeidstakerne i norsk rett i utgangspunktet har full selvstendig søksmålsadgang. Dette kommer blant annet til uttrykk i aml. § 15-12 som stadfester at retten fatter beslutning ”etter påstand fra arbeidstaker” og aml. § 17-1 som sier at for søksmål om rettigheter og plikter etter arbeidsmiljøloven gjelder de alminnelige reglene i domstolloven og tvisteloven.

Søksmålsadgangen i norsk rett er altså ikke avhengig av at det er gitt innsigelser til arbeidsgiver på forhånd, men det ligger visse begrensninger i tidspunktet for søksmålet. Aml. § 17-4 (1) gjør det klart at arbeidstaker i utgangspunktet har en søksmålsfrist på ”åtte uker”, mens for saker som kun gjelder krav om erstatning er fristen ”seks måneder”.

9.2 Rettsvirkningene

9.2.1 Suspensiv virkning

Det andre spørsmålet er hva som er rettsvirkningen av at arbeidsgiver ikke etterlever saksbehandlingsreglene.

Den sentrale dommen fra EU angående brudd på saksbehandlingsreglene er Junk-dommen som har blitt gjennomgått tidligere i redegjørelsen.⁹⁴ I dommen uttales det at arbeidsgiveren ”har ret til at foretage kollektive afskedigelser, *efter* at konsultationsproceduren i artikkel 2 i direktiv 98/59 er avsluttet [..]” (egen kursivering). Først da kan ansettelsesforholdet ”opsiges”.

⁹² Premiss 44

⁹³ Premiss 45

⁹⁴ Se punkt 6.1.1 og 8

Uttalelsen kan tas til inntekt for at det er et vilkår for å gi en gyldig oppsigelse at arbeidsgiver har gjennomført drøftinger og gitt all relevant informasjon. Som vi har sett tidligere må også meldeplikten være oppfylt før gyldig oppsigelse foreligger. Evju argumenterer for at Junk-dommen må kunne forstås slik at ”dersom oppsigelse er meddelt før kravene til drøfting er oppfylt, må det inntre en suspensiv effekt slik at den fristutløsende virkningen av oppsigelsesmeddelelsen utsettes”.⁹⁵

Junk-dommen viser dermed at saksbehandlingsreglene i visse tilfeller kan ha en egen materiellrettslig betydning.⁹⁶ Med dette menes at oppsigelsene fra arbeidsgiver ikke vil få reell virkning før reglene er fulgt, hvilket betyr at arbeidsforholdet fortsetter å løpe inntil reglene etterleves. Dette innebærer at de berørte arbeidstakerne fortsatt kan ha krav på lønn etter at oppsigelse er meddelt og oppsigelsestiden i utgangspunktet er utløpt, hvor det foreligger en unnlattelse av drøfting og informasjon fra arbeidsgiver.

Ved etterprøving av om oppsigelsene har vært saklig, sier likevel ikke Junk-dommen noe om at manglende etterlevelse av reglene automatisk vil medføre usaklighet og dermed at oppsigelsene er ugyldige. Dommen sier heller ikke noe om hvilke sanksjoner som skal gis av medlemsstatene, ut over at det inntreer en suspensiv virkning inntil saksbehandlingsreglene er oppfylt. I dette ligger nok at arbeidstakerne som et minimum må kunne kreve erstatning for tapt arbeidsinntekt for den perioden hvor oppsigelsen i realiteten var ugyldig.

Det blir likevel opp til de nasjonale domstoler å bestemme hvilke konsekvens det vil få for arbeidsgiver at reglene om drøfting og informasjon ikke er fulgt. Spørsmålet videre er derfor hva som er konsekvensen av brudd på aml. § 15-2.

9.2.2 Saklighetskrav

Det fremgår av aml. § 15-7 at arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er ”saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidstakers eller arbeidsgivers forhold”.

⁹⁵ Stein Evju, ”Informasjon og drøftelser som beslutningsvilkår”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, bind 1, 2005, s.263-273 (s.271)

⁹⁶ Stein Evju, *ibid*, s. 263

Hensikten med bestemmelsen er å påse at oppsigelser fra arbeidsgiver bygger på et riktig og fullstendig grunnlag, og at begrunnelsene som ligger til grunn for oppsigelsene bygger på relevante argumenter og om vurderingen har tilstrekkelig bredde.⁹⁷

Ettersom aml. § 15-2 angir saksbehandlingsregler, utløser ikke brudd bestemmelsen i utgangspunktet noe automatisk rettsvirkning. Om saksbehandlingsreglene har blitt etterlevd inngår imidlertid som en vurdering av om oppsigelsen skal anses ”saklig begrunnet” etter § 15-7. En slik vurdering ble blant annet foretatt i den tidligere nevnte SAS-dommen⁹⁸, hvor Høyesterett drøfter om oppsigelsene av ti piloter har vært usaklig, og om § 15-2 har blitt etterlevd som en del av denne helhetsvurderingen.⁹⁹

Dersom saksbehandlingsreglene ikke har blitt fulgt, kan det for eksempel bety at arbeidsgiver har handlet i affekt eller ikke har foretatt en tilstrekkelig grundig og balansert vurdering av sine beslutninger. Arbeidsgivers manglende etterlevelse av saksbehandlingsreglene vil derfor i mange tilfeller kunne tilsi at oppsigelsene bør kjennes ugyldig.

Rettsvirkningen av at en oppsigelse anses usaklig etter aml. § 15-7 er at retten, etter påstand fra arbeidstaker, kan ”kjenne oppsigelsen ugyldig”. Arbeidstaker kan også ”kreve erstatning”. Dette følger av aml. § 15-12, som kommer til anvendelse dersom oppsigelsen er i strid med aml. §§ 15-6 til 15-10.

Det må likevel anses uavklart hvilken reell virkning brudd på drøftingsbestemmelsen vil ha.¹⁰⁰ Junk-dommen viser at manglende gjennomføring av saksbehandlingsreglene kan medføre at oppsigelsene ikke anses gyldig før reglene er oppfylte. I norsk rett virker det likevel som at denne rettsvirkningen ikke vil springe direkte ut av aml. § 15-2, men heller vil spille inn ved etterprøvingen av om prosessen har vært saklig, hvor flere andre momenter også kan være relevante. Dette innebærer igjen at saksbehandlingsreglene i § 15-2 ikke nødvendigvis blir avgjørende for om en oppsigelse anses saklig eller ei. Slikt sett er det i norsk rett ikke noe automatikk i den suspensive virkningen konstatert i Junk-dommen.

⁹⁷ Tron Dalheim, *Norsk lovkommentar på nett – kommentarer til aml. § 15-7*, 2014, note 618

⁹⁸ Rt.2011.609

⁹⁹ Se avhandlingens punkt 4.5.1.1

¹⁰⁰ Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, s. 643

9.2.3 Tariff

Brudd på de generelle reglene om informasjon og drøfting i Hovedavtalen kan medføre bot etter Hovedavtalens § 9-14 og også krav på ekstra lønn etter avtalens § 8-3. Disse reglene knytter seg ikke direkte til masseoppsigelser, men retter seg mer mot arbeidsgivers generelle plikt til å informere og inkludere arbeidstakerne. Reglene viser at plikten til informasjon og drøfting er en viktig del av samarbeidet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og er et viktig verktøy for å sikre åpenhet på arbeidsplassen.

Ved tariffbrudd kan det bli spørsmål om å rette søksmål for Arbeidsretten, som kan fastslå tariffbrudd, at bruddet skal opphøre og at tariffmessige forhold skal gjenopprettes.

Tariffbrudd kan også medføre krav på erstatning og etterbetaling.¹⁰¹

10. Avslutning

Som vi har sett gjennom redegjørelsen er vilkårene i henholdsvis direktivet og aml. § 15-2 stort sett sammenfallende. I noen tilfeller går norsk rett også noe lenger enn direktivet, for eksempel ved at reglene om masseoppsigelser i norsk rett også gjelder for flere offentlige ansatte og at det ikke spiller noen rolle hvor mange som jobber i en bedrift for at reglene skal komme til anvendelse. Basert på gjennomgangen av henholdsvis EU-retten og norsk rett må det kunne konstateres at norsk rett oppfyller de minimumskrav som er angitt i direktivet.

Det er derimot ikke sagt at det har vært et bevisst valg fra norsk hold å gi et sterkt vern enn det som følger av direktivet. At vernet på noen punkter er sterkere i norsk rett enn i direktivet kan nok være en naturlig konsekvens av at man må holde seg innenfor et minimum, og at vernet dermed strekkes litt lenger for å være sikker på at man oppfyller de forpliktelsene som følger av direktivet.

Samtidig kan det tilføyes at det finnes lite norsk rettspraksis knyttet til masseoppsigelser. Selv om aml. § 15-2 åpenbart oppfyller kravene i direktivet, er det først ved domstolens vurdering i enkeltsaker at problematiske spørsmål eventuelt kan oppstå. Særlig interessant i den forbindelse er spenningsfeltet mellom arbeidsgivers behov for effektivitet i prekære situasjoner, og arbeidstakers stillingsvern.

¹⁰¹ Hovedavtalen LO-NHO med tilleggsavtaler og kommentarer, s. 206

11. LISTE OVER FORKORTELSER

EF – De europeiske fellesskapene (nå EU).

EU – Den europeiske union.

EØF - Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

EFTA – Det europeiske frihandelsforbund.

12. KILDELISTE

Norske lover

Lov 13.august 1915 om domstolene.

Lov 4.mars 1983 om statens tjenestemenn m.m.

Lov 27.november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Lov 10.desember 2004 om arbeidsmarkedstjenester.

Lov 17.juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Lov 17.juni 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister

Lov 21.juni 2013 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip.

Norske lovforarbeider

Ot.prp.nr.71 (1991-1992) om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale.

Ot.prp.nr.78 (1993-1994) om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen en tilleggsavtale til EØS-avtalen.

NOU:1996: 6 om arbeidstakers stilling i konsernforhold m.v.

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

NOU:2010: 01 om medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet.

Norske Høyesterettsdommer

Rt.1935.467

Rt.1992.776

Rt.1997.1965

Rt.2000.1602

Rt.2001.418

Rt.2004.297

Rt.2011.609

Rt.2013.354

Norsk underrettspraksis

RG.1998.1415

LF-2003-21015

LH-2003-13169

LB-2010-32150

Praksis fra Arbeidsretten

ARD 1996-130

EU-traktater

Traktaten om Den Europeiske Unions funksjonsmåte

EU-direktiver

Rådskonklusjon 75/129/EØF av 17.februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelser (opphevet).

Rådskonklusjon 77/187/EØF av 14.februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

Rådskonklusjon 89/391/EØF av 12.juni 1989 om iverksetting av tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på arbeidsplassen.

Rådskonrektiv 92/56/EØF av 24.juni 1992 om endring av direktiv 75/129 EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelser (opphevet).

Rådskonrektiv 98/59/EF av 20.juli 1998 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelser.

Europaparlaments- og rådskonrektiv 2002/14/EF av 11.mars 2002 om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere i Det europeiske fellesskap.

Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak C-284/83, *Dansk Metalarbejderforbund og Specialarbejderforbundet i Danmark mot H. Nielsen & Søn, Maskinfabrik A/S under konkurs*, Sml.1985 s.I-00553.

Sak C-383/92, *Kommisjonen mot Storbritannia*, Sml.1994 s.I-02479.

Sak C-32/02, *Kommisjonen mot Italia*, Sml.2003 s.I-12063.

Sak C-55/02, *Kommisjonen mot Portugal*, Sml.2004 s.I-09387.

Sak C-188/03, *Irmtraud Junk mot Wolfgang Kühnel*, Sml.2005 s.I-00885.

Sak C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry mfl. mot Fujitsu Siemens Computers Oy*, Sml.2009 s.I-08163.

Sak C-12/08, *Mono Car Styling SA under konkurs mot Dervis Odemis mfl.*, Sml.2009 s.I-06653.

Sak C-229/14, *Ender Balkaya mot Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*, (enda ikke i Sml.).

Juridisk litteratur

Barnard, Catherine. *EU EMPLOYMENT LAW*, 4.utgave, Oxford 2012.

Benson, Thomas, *Arbeidsrettsboka*, 2.utgave, 2014.

Dalheim, Tron. *Norsk lovkommentar på nett – kommentarer til arbeidsmiljøloven § 15-7*, 2014.

Dege, Jan Tormod. *Den individuelle arbeidsrett – Del 1*, 2.utgave, 2009.

Evju, Stein, ”Informasjon og drøftelser som beslutningsvilkår”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, bind 1, 2005 s.263-273.

Evju, Stein. ”Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon – Tillike om ”tillitsvalgte” og noen sider ved den nye arbeidsmiljøloven”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, 2005 s.175-251.

Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 4.utgave, 2001.

Fougner, Jan mfl., *Universitetsforlagets kommentarutgave på nett – kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 2.utgave, 2013.

H. Storeng, Nils, Tom H. Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 3.utgave, 2014.

Jenum Hotvedt, Marianne. *Arbeidsgiverbegrepet*, 2016.

Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland. *Arbeidsmiljøloven – Kommentarer og praksis*, 1.utgave, 2011.

Internettsider

<https://www.altinn.no/no/Starte-og-drive-bedrift/Drive/Arbeidsforhold/Ansatte/Hva-er-en-tariffavtale/>, sist sjekket 12.12.16.

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Europautvalget/1998-1999/25-mai-1999/Sak-nr-2/>, sist sjekket 12.12.16.

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPageId=215>, sist sjekket 07.12.16.

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/publikasjoner/rapporter_og_planer/2007/r2007_arbeidsrad_halvar.pdf, s. 28, punkt 5.2, tredje avsnitt. Sist sjekket 12.12.16.

<http://www.europalov.no/laer-mer/ordliste>. Sist sjekket 07.12.16.

<http://sbd1.no/2014/10/30/oppsigelser-hvilken-rolle-har-de-tillitsvalgte/>, sist sjekket 05.12.16.

Annet

Hovedavtalen LO-NHO (2014-2017), med tilleggsavtaler og kommentarer.