

Overtallighet og nedbemanning



Foredrag for lokallagsledere og hovedtillitsvalgte
Utdanningsforbundet Trøndelag
25. april 2024

Raugland Advokatene
v/advokat Susanne Azevedo Stirø

RAUGLAND

ADVOKATENE

«Vi tilbyr advokattjenester av høy kvalitet, og legger stor vekt på personlig og hurtig oppfølging av våre kunder. Det er vår målsetting å løse oppdraget på et så lavt konfliktnivå som mulig.»

-Vidar Raugland-



ARBEIDSRETT



AVTALERETT



FAMILIERETT



UTDANNINGSRETT



EIENDOMSRETT



**FOREDRAG OG
KURS**



Målet med foredraget

- Hvordan identifiseres overtallige?
- Hvordan skal en nedbemanning foregå?
 - Tillitsvalgtes rettigheter til informasjon og drøfting
 - Utvelgelse av overtallige
 - Krets
 - Kriterier
 - Relevante rettsavgjørelser
 - Annet passende arbeid
 - Fortrinnsrett
 - Sluttavtale



Informasjon og drøfting

- Arbeidsmiljøloven, Hovedtariffavtalen og Hovedavtalen har bestemmelser om informasjon og drøfting.
- Informasjon og drøfting:
 - På individuelt og kollektivt nivå.
 - På ulike stadier i prosessen.
 - Så tidlig som mulig.
- Arbeidsmiljøloven kapittel 8:
 - § 8-1 Plikt til informasjon og drøfting.
 - § 8-2 Gjennomføring av plikten.
 - § 8-3 Fortrolige opplysninger.



Informasjon og drøfting – med hvem og når?

- Med tillitsvalgte så tidlig som mulig. jf. HA del B § 1-4-1, se også § 3-1.
- Med tillitsvalgte om hvordan medbestemmelse skal ivaretas gjennom omstillingsprosessen, jf. HA del B §§ 1-4-3- jf. 1-4-1.
- Med tillitsvalgte om virksomhetsoverdragelsen, jf. aml. § 16-5.
- Informasjon til berørte arbeidstakere om virksomhetsoverdragelsen, jf. aml. § 16-6.
- Ved overtallighet skal utvelgelseskrets og kriterier drøftes med de tillitsvalgte, jf. rettspraksis og Hovedtariffavtalen kap. 1 § 3 pkt. 3.3.
- Med de tillitsvalgte dersom arbeidsgiver vurderer å gå til masseoppsigelse, jf. aml. § 15-2.
- Med tillitsvalgte ved utlysning og kunngjøring av stillinger i ny fylkeskommune, jf. HA del B § 3-1 d).

Oppsigelse i forbindelse med omstilling



Rettslig utgangspunkt: Arbeidsmiljøloven § 15-7

1. Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er *saklig begrunnet i virksomhetens*, arbeidsgivers eller arbeidstakers *forhold*.
2. Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et *annet passende arbeid i virksomheten* å tilby arbeidstaker. Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en *avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker*

Kort om kravet til oppsigelsesgrunn

- Oppsigelses pga. virksomhetens forhold vil ofte ha en bedriftsøkonomisk begrunnelse.
 - Redde virksomheten fra konkurs.
 - Øke overskuddet.
 - Effektivisere og redusere driftskostnader.
 - Nedleggelse.
- Domstolene er svært tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers bedriftsøkonomiske begrunnelse.
 - Vil imidlertid prøve om arbeidsgivers vurderinger bygger på et forsvarlig grunnlag.
- Arbeidsgivers begrunnelse kan få betydning for interesseavveiningen.

Overtallighet

- Flere forhold kan medføre overtallighet.
- Kartlegging og bemanningsplaner.
- Hvordan skal overtalligheten løses?
 - Garantier mot oppsigelse.
 - Omplasseringer.
 - Begrense nyansettelser.
 - Oppsigelse.
 - Stimulere til tidlig avgang.



Nedbemanning

- Utvelgelseskrets
- Utvelgelseskriterier



Utvalgelseskrets

- Utgangspunktet er at *hele* virksomheten er utvalgelseskrets.
- Utvalgelseskretsen kan innsnevres dersom det foreligger *saklig grunn*.



Gresvig-dommen (RT-2015-1332)

- Saklig å begrense utvelgelseskretsen for oppsigelse til den enkelte avdeling, selv om denne avdelingen hadde kun én ansatt.
- Hensynene som tilsier at hovedregelen skal fravikes må være *tungtveiende*.
- På den annen side kan arbeidsmiljøloven ikke forstås slik at den pålegger bedrifter prosesser som blir uforholdsmessig tyngende, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte.
- Momenter ved vurderingen var blant annet:
 - Praktiske problemer med å bruke hele selskapet som utvelgelseskrets
 - Store geografiske avstander
 - Behov for løpende markedstilpasning og nedbemanning
 - Innarbeidet praksis i virksomheten
 - De ansattes tilknytning til den enkelte butikk
 - Svært vanskelig økonomisk situasjon





Nokas-dommen (ARD-2016-151)

- Arbeidsretten: **Utgangspunktet for ansiennitetsberegningen skal være «hele bedriften».** Avvik fra dette utgangspunktet krever saklig grunn.
- Arbeidsretten slutter seg til Høyesteretts vurdering av hvilke momenter som er relevante for saklighetsvurderingen.
- Tariffavtale kan ikke forstås på en måte som gir de ansatte dårligere stillingsvern enn praksis etter aml. § 15-7 tilsier, jf. aml. § 1-9.
- Ved å være tariffbundet har Nokas påtatt seg en særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene, med mindre det foreligger saklig grunn til å fravike dem.



NRK Østlandssendingen (AR-2018-18)

- En krets som utelukker arbeidstakere i andre deler av virksomheten fra ansiennitetslisten , vil være et unntak fra plikten til å bygge på ansiennitet ved utvelgelsen.
- Kravet om at begrensning av utvelgelseskretsen må ha saklig grunn tilsier at hvilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i utvelgelseskretsen, kan få betydning også når kretsen skal fastsettes. Dette er en annen vurdering enn den konkrete vurderingen av om det er momenter knyttet til den enkelte arbeidstakeren som gir saklig grunn til å fravike ansienniteten som utvelgelseskriterium og avveiningen mellom dem.
 - Dommen modifierer det klare skillet som Høyesterett i posten II-dommen trakk opp mellom utvelgelseskriterier og vurderingen av om en begrenset utvelgelseskrets er saklig.

Telenor-dommen (HR-2019-1986-A)

- Arbeidsrettens vurdering (i NRK-saken) synes å bygge på det syn at utvelgelseskretsen hadde en tilstrekkelig størrelse og sammensetning til at det kunne tas utgangspunkt i ansiennitet ved den konkrete utvelgelsen innenfor kretsen. Den sentrale slutning fra NRK-dommen er derfor, etter mitt syn, at hvilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i utvelgelseskretsen, må trekkes inn i saklighetsvurderingen når det er nødvendig for å sikre at ansiennitet blir et utvelgelseskriterium. Når uttalelsen i avsnitt 49 leses i sammenheng, er min forståelse videre at formuleringen «hvilke arbeidstakere» ikke betyr at det skal tas hensyn til den individuelle arbeidstakers ansiennitet og kompetanse, men at eksempelvis sammensetningen av kretsen med hensyn til stillingskategorier kan være nødvendig å ta i betraktning.
- Oppsummert kan en utvelgelseskrets være usaklig begrunnet dersom ansiennitetsprinsippet «helt mistet sin betydning», jf. Nokas-dommen avsnitt 86, eller blir «vesentlig svekket», jf. NRK-dommen avsnitt 62.

Hva kan vi lære av dommene?

- Utgangspunktet om at hele virksomheten utgjør utvelgelseskretsen, kan fravikes ved saklig grunn. Konkret vurdering ut ifra blant annet følgende momenter:
 - Praktiske problemer med å bruke hele selskapet som utvelgelseskrets
 - Store geografiske avstander
 - Behov for løpende markedstilpasning og nedbemanning
 - Innarbeidet praksis i virksomheten
 - De ansattes tilknytning
 - Virksomhetens økonomiske situasjon
- En begrenset utvelgelseskrets kan være usaklig dersom ansiennitetsprinsippet helt mister sin betydning eller blir vesentlig svekket.
 - Hvilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i utvelgelseskretsen, må trekkes inn i saklighetsvurderingen når det er nødvendig for å sikre at ansiennitet blir et utvelgelseskriterium.
 - Dette betyr ikke at det skal tas hensyn til den individuelle arbeidstakers ansiennitet og kompetanse, men at eksempelvis sammensetningen av kretsen med hensyn til stillingskategorier kan være nødvendig å ta i betraktning – tilstrekkelig representativitet.



Utvelgelseskriterier



Utvelgelseskriterier

- Mål: sikre at begrunnelsen for en oppsigelse er god og rettferdig
- Alle utvelgelseskriterier skal være saklige
 - Aml. er taus, men Høyesterett har innfortolket et saklighetskrav, jf. Hillesland-dommen (Rt-1986-879)
 - Ikke bare et krav om at kriteriene er saklige, men også *saklig anvendelse* av dem og en *tilfredsstillende saksbehandling*
 - Domstolen vil etterprøve dette v/rettssak
- Vanlige kriterier:
 - **Ansiennitet**
 - **Kompetanse** (formell og realkompetanse)
 - Faglig dyktighet
 - Sosiale hensyn
- Krets og kriterier på plass: alminnelig oppsigelsesprosess



Særlig om *ansiennitet*

- Aml. oppstiller ikke et ansiennitetsprinsipp, men følger av flere tariffavtaler.
- Ansiennitetsprinsippet følger av **Hovedtariffavtalen KS § 3-3:**

«Ved innskrenking/rasjonalisering skal, under ellers like vilkår, de med kortest tjeneste innenfor vedkommende arbeidsområde i kommunen/virksomheten sies opp først, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 (2) og Hovedavtalen del B § 1-4-1 og del C § 3-1.»

- UDFs forståelse: ansiennitet skal legges til grunn for utvelgelse
 - Fravikes kun der det er **saklig grunn** til det
 - Under ellers like vilkår må den med kortest ansiennitet sies opp først
- Utgangspunktet er **bedriftsansiennitet**
 - Den tid vedkommende har vært sammenhengende ansatt i bedriften/kommunen
- «Under ellers like vilkår»
- KS-avtalen skal tolkes likt som Hovedavtalen LO-NHO: «morsavtalen»

Særlig om *kompetanse*

- Må man være «best kvalifisert» eller er det nok å være «kvalifisert»?
 - **Tilstrekkelig å være «kvalifisert».**
 - Arbeidsgiverne ønsker ofte å beholde den som er «best kvalifisert» og påberoper saklig grunn for å fravike ansiennitet
 - **Arbeidsgiver kan ikke omgå reglene** ved å endre kravene i en stilling, eller kreve høyere kompetanse enn det som er tilstrekkelig for å fylle stillingen.
- **Hvem regnes som «kvalifisert»?**
 - **De med tilsettingskompetanse.**
 - Utgangspunkt: Kompetansekrav i forskrift til oppl. kap. 14.
 - Omfatter også ansatte på dispensasjon frem til 1. august 2025.
- Annerledes ved nyansettelse: «best kvalifisert» skal velges.

Kort om *sosiale hensyn*

- Sosiale hensyn skal **alltid** vurderes
 - F.eks. forsørgerbyrde, høy alder, høy gjeldsbyrde
 - Vektingen av hensynet avhenger av bedriftens situasjon
 - Sjeldent at dette kriteriet alene får betydning
- Sosiale forhold regnes som en del av interesseavveiningen i aml. § 15-7

HR-2019-424-A (Skanska)

- «Slaget om ansiennitetsprinsippet»
- En viktig avgjørelse om **ansiennitetsprinsippet**
 - Saken gjaldt gyldigheten av oppsigelser av seks arbeidstakere som ledd i en nedbemanning
 - Spørsmålet var særlig hvilken vekt arbeidsgiveren, ved utvelgelsen, må legge på arbeidstakernes **ansiennitet**
 - Ansiennitetsprinsippet etter Hovedavtalen LO-NHO § 8-2 («morsavtalen»)
 - Skanska fravek ansiennitetsrekkefølgen ved utvelgelse av de som skulle sies opp – la særlig vekt på kompetanse og faglig dyktighet
- **Begge parter ble fornøyde med resultatet (!)**
 - Arbeidstakerne og LO: Oppsigelsene ble kjent usaklige
 - Skanska og NHO: Ansiennitetsprinsippet kan fravikes
- Høyesterett om saklighetsvurderingen etter aml. og HA LO-NHO:
 - Må alltid vurderes konkret og etter en totalbedømmelse
 - Sosiale og andre hensyn som knytter seg til den enkelte arbeidstakeren må alltid trekkes inn før beslutning om oppsigelse finner sted



HR-2019-424-A (Skanska)

- Høyesterett om tolkning av HA LO-NHO:
 - **Ansiennitetsprinsippet er gitt en særstilling** som det ikke er gitt i aml. § 15-7.
 - Ansiennitetsprinsippet er «utgangspunktet», noe som innebærer at vurderingen må begynne der. Vekten må vurderes konkret.
- Ansiennitet vil måtte vektes mot andre kriterier
- **Arbeidstakerens individuelle forhold** skal alltid hensyntas, jf. aml. § 15-7 (2)
 - Derfor: gir «misvisende assosiasjoner» å kalle ansiennitetsprinsippet en hovedregel.
 - **Etter omstendighetene kan det være saklig å fravike ansiennitetsrekkefølgen uten vesentlige forskjeller i kompetanse og dyktighet.**
- Skanska hadde brukt *skjønnsmessige underkriterier ifm. kompetansevurderingen*
 - HR uttalte at det kreves bedre dokumentasjon jo mer skjønnsmessige og subjektive kriteriene var.
- **Konklusjon:** oppsigelsene ble kjent usaklige begrunnet i arbeidsgivers mangelfulle saksbehandling
 - Høyesterett: Vurdering var for «smal og ufullstendig å bygge oppsigelsene på».
 - Kun reell vurdering av et lite mindretall innenfor utvelgeskretsen.

Hva kan vi lære av Skanska-dommen?

- Om **ansiennitetsprinsippet** i tariffbundne virksomheter:
 - Ansiennitetsprinsippet har en **særstilling** etter tariffavtalen (sml. aml.)
 - Ansiennitet skal være **utgangspunktet** for utvelgelse
 - Kan fravikes ved **saklig grunn**
 - **Ingen generell terskel** for å fravike ansiennitet
- Om **saksbehandling** ved nedbemanning:
 - Vurderingen ble for smal og ufullstendig å bygge oppsigelsene på når Skanska kun vurderte et lite mindretall i utvelgelseskretsen
 - Ved skjønnsmessige og subjektive kriterier, stilles det strenge krav til dokumentasjon
 - Selve fundamentet for domstolskontroll sviktet ved Skanskas saksbehandling
 - **Betydningen av lokal enighet mellom arbeidsgiver og tillitsvalgt**



Annet passende arbeid



Annet passende arbeid, jfr. aml. § 15-7 (2)

- Arbeidsgivers omplasseringsplikt
- Plikten inntreter *etter* foreløpig utvelgelse
- Konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle
- **HR-2017-561-A (Posten II):**
 - Arbeidet som tilbys må både innholdsmessig og lønnsmessig være mest mulig likt det opprinnelige arbeidet
 - Ikke krav om ledig stilling – tilstrekkelig med *udekket behov* for arbeid
 - AG plikter ikke å opprette stilling det ikke er behov for, og AG har heller ingen alminnelig plikt til å avvente nye alternative jobbmuligheter
 - Ikke krav om «skreddersydd» stilling – noe opplæring må bedriften påregne
- Vurderingstemaet: kan arbeidstakeren utføre arbeidet på en rimelig god måte – ikke krav om «best kvalifisert»

Annet passende arbeid

- **Hva betyr annet arbeid «i virksomheten»?**
 - **Posten II:** «Spørsmålet er altså knyttet til hva som måtte finnes av slikt arbeid i virksomheten, ikke i utvalgs-kretsen».
 - **Linjebygg-dommen** (HR-2018-880-A):
 - Selv om det i en nedbemanningsprosess aksepteres en snevrere utvalgs-krets enn hele virksomheten når det gjelder hvem som skal sies opp, vil det som hovedregel ikke være grunnlag for å begrense plikten til å tilby annet passende arbeid på tilsvarende måte.
 - Utgangspunkt: Vurderingen av om arbeidsgiveren har annet passende arbeid å tilby må omfatte hele virksomheten.
 - Høyesterett gikk *ikke* inn på om, og i tilfelle når, det kan være saklig å innsnevre virksomhetsbegrepet i forbindelse med arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid
- **Ny prøvetid?**
 - Hovedregel: nei, ikke adgang til
 - Unntak: ja, hvis det er vesensforskjell mellom gammel og ny stilling

Interesseavveining, jfr. aml. § 15-7 (2)

- Det skal alltid foretas en interesseavveining mellom arbeidsgivers og arbeidstakers behov, selv om det i utgangspunktet foreligger saklig grunn for oppsigelse.
- Jo større belastning oppsigelsen er for arbeidstaker, jo sterkere må virksomhetens behov være.
- Hvis innskrenkning er helt nødvendig for videre drift, så vil det veie tyngre enn arbeidstakers ulemper selv om de er betydelige
- Arbeidstakers ulemper
 - Muligheten for å finne nytt arbeid?
 - Alder og ansiennitet, sosiale forhold
- HR-2017-561-A = eksempel på interesseavveining i arbeidstakers favør!

Fortrinnsrett, jfr. aml. § 14-2

- Bidrar til effektivt stillingsvern
- Forhindrer kortvarige driftsinnskrenkninger/omorganiseringer for å bytte ut ansatte
- Rettslig utgangspunkt i aml. § 14-2 (1):

«Arbeidstaker som er **sagt opp på grunn av virksomhetens forhold** har fortrinnsrett til **ny ansettelse** i samme virksomhet, med mindre det gjelder en stilling arbeidstakeren ikke er **kvalifisert** for.»
- «Virksomhetens forhold» avgrenses mot oppsigelse pga. arbeidstakers forhold eller etter eget ønske
- «Ny ansettelse»: intern omplassering eller udekket arbeidsbehov utløser *ikke* retten
- «Kvalifisert»:
 - Faglige og personlige kvalifikasjoner – ikke «best kvalifisert»
 - Fortrinnsretten må vurderes ut fra arbeidsgivers reelle behov
- Adgang til å fraskrive seg fortrinnsretten i sluttavtale

Detaljer rundt fortrinnsrett – aml. § 14-2

- Gjelder for arbeidstakere som har vært **ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder i de to siste år**
 - Ikke krav om sammenhengende ansettelse
 - Flere midlertidige ansettelsesforhold kan oppfylle kravet
- Gjelder fra oppsigelsestidspunktet og i ett år fra oppsigelsesfristens *utløp*
- Fortrinnsretten **faller bort** dersom arbeidstaker ikke har akseptert et tilbud om ansettelse i en **passende stilling** senest 14 dager etter at tilbudet ble mottatt
 - «Passende stilling»: må vurderes konkret
- **Flere fortrinnsberettigede til en stilling:** arbeidsgiver plikter å følge de **samme regler for utvelgelse** som de som gjelder ved **oppsigelser på grunn av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak**
 - Samme utvelgelseskriterier ved inntak som for utvelgelse ved nedbemanning (oppsigelse)
 - Ikke nødvendigvis samme rekkefølge – kompetansebehovet kan være endret
 - Individuelle vurderinger på tidspunktet for nyansettelser, ikke oppsigelsestidspunktet

Sluttavtale som alternativ til oppsigelse

- Sluttavtale kan inngås både før og etter en oppsigelse
- Avtalens innhold:
 - Arbeidsforholdet opphører og den ansatte fratrer
 - Den ansatte fraskriver seg søksmålsadgang og fortrinnsrett
 - Sluttvederlag
 - Pensjon
 - Feriepenger
 - Skatteplikt
 - Utdannelsesstønad
 - Øvrige betingelser
 - Attest, innlevering av utstyr mv.



Til diskusjon i grupper

- **Spørsmål 1:** Hva er det viktigste man som tillitsvalgt bør huske på ved kommunens igangsettelse av en nedbemanningsprosess?
- **Spørsmål 2:** Hvordan bør utvelgelsen av arbeidstakerne skje? Hva er hovedreglene om utvalgskrets og utvelgelseskriterier?



Spørsmål 1: Hva er det viktigste man som tillitsvalgt bør huske på ved kommunens igangsettelse av en nedbemanningsprosess?

- Reglene om informasjon og drøfting, jf. aml. og tariffavtale.
 - Dette skal skje «så tidlig som mulig».
 - Svikt her vil dette kunne få betydning for sakligheten til den konkrete utvelgelsen.
 - Utvelgelseskrets og kriterier skal drøftes med de tillitsvalgte.
- Det er veldig viktig at hele prosessen dokumenteres.
 - **Om hva og på hvilket tidspunkt** det er gitt informasjon og gjennomført drøftinger.
 - Ved uenighet: særlig viktig å få frem uenighet i referat.
 - Referat bør signeres.



Spørsmål 2: Hvordan bør utvelgelsen av arbeidstakerne skje? Hva er hovedreglene om utvalgskrets og utvelgelseskriterier?

- Utvelgelsen må skje i tråd med reglene i arbeidsmiljøloven og tariffavtalen som arbeidsgiver evt. er bundet av.
- Kartlegging og utarbeidelse av bemanningsplan.
- **Hovedregel utvalgskrets:** hele virksomheten må ses under ett. Kan begrenses ved saklig grunn.
 - Må drøftes med de tillitsvalgte.
- **Hovedregel utvelgelseskriterier:** må være saklige, anvendes saklig og saksbehandlingen må være tilfredsstillende.
 - Må drøftes med de tillitsvalgte.
 - Ansiennitetsprinsippets særstilling etter tariffavtale – skal være utgangspunktet for vurderingen og kan kun fravikes ved saklig grunn.

Takk for oppmerksomheten!



Susanne Azevedo Størø
Tlf. 92 66 33 15
stiro@raugland.no