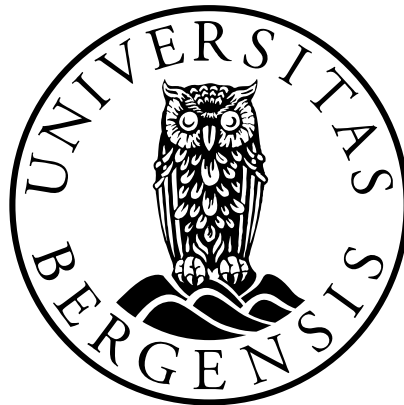


Arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning

Kandidatnummer:

7

Antall ord: 14584



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2016

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	5
1.1	Tema og problemstilling	5
1.2	Aktualitet	5
1.3	Metode og kilder	6
1.4	Videre fremstilling	6
2	OPPSIGELSESVERNET I NORSK ARBEIDSRETT	7
2.1	Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd	7
2.1.1	Vilkåret «saklig begrunnet»	7
2.1.2	Vilkåret «virksomhetens forhold»	8
2.2	Saklighetskravet og rimelighetshensyn	9
2.2.1	Saklighetskravet generelt - Aml. § 15-7 første ledd	9
2.2.2	Saklighetskrav ved driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringsbehov – nedbemanning – Aml. § 15-7 andre ledd	9
2.2.3	Kravet til rimelighet – en del av saklighetskravet	11
2.3	Domstolenes prøvingsrett av saklighetskravet	12
2.4	Saklighetskravet – oppsummering	13
3	UTVELGELSESKRETS	13
3.1	Innledning	13
3.2	Utgangspunktet er hele «virksomheten»	14
3.2.1	Kort om virksomhetsbegrepet	14
3.3	Avgrensning av utvelgelseskretsen	16
3.3.1	Først: Når er det ikke aktuelt å avgrense utvelgelseskretsen?	16

3.3.2	Hensyn bak avgrensingsadgangen	16
3.3.3	Høyesterettspraksis	17
3.3.4	Saklig begrunnet avgrensning av utvelgeskretsen	21
3.3.5	Saklig begrunnet avgrensning av utvelgeskretsen – oppsummering	32
4	UTVELGELSESFLETE	32
<hr/>		
4.1	Innledning	32
4.2	Nærmere om Rt. 1986 s. 879, Hillesland-dommen	33
4.3	Utvelgesflate	34
4.3.1	Kort om utvelgeskriterier og sammenligningsgrunnlag	34
4.3.2	Utvelgelse etter kompetansetyper? «Kompetanseflater»	34
4.3.3	Saklighetskravet og relevante vurderingsmomenter	36
4.3.4	Hensynet til arbeidstakerne som «skyves ut» av sin flate	38
5	LITTERATURLISTE	40
<hr/>		

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Etter Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (heretter arbeidsmiljøloven eller aml.) § 15-7 første ledd kan en arbeidstaker kun sies opp dersom oppsigelsen er «saklig begrunnet» i enten «virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold»¹. Denne avhandlingen tar sikte på oppsigelser begrunnet i «virksomhetens [...] forhold», som typisk er nedbemanninger nødvendig gjort av virksomhetens vanskelige økonomiske stilling som følge av svingninger i markedet, ordrebortfall, kundebortfall mv.

Saklighetskravet etter aml. § 15-7 er den avgjørende målestokk for en oppsigelses gyldighet gjennom alle deler av en nedbemanningsprosess, helt fra innledende undersøkelser og beslutninger og frem til den konkrete utvelgelsen blant arbeidstakerne. Fokuset i denne avhandlingen er kravet til saklighet i ett av de nødvendige steg i en nedbemanningsprosess, nemlig arbeidsgivers avgjørelse av hvilken krets utvelgelsen av arbeidstakere skal skje innenfor, også kalt «utvelgelseskrets»².

Utgangspunktet er at arbeidsgivers virksomhet i sin helhet skal utgjøre utvelgelseskretsen, slik at alle arbeidstakerne sammenlignes med hverandre i utvelgelsen. Dersom det er tale om en stor virksomhet med mange ansatte vil et slikt utgangspunkt kunne gjøre nedbemanningsprosessen svært ressurskrevende for arbeidsgiver, som ofte allerede er i en vanskelig økonomisk stilling. Rettspraksis åpner av denne grunn for at utvelgelseskretsen etter omstendighetene kan avgrenses til å omfatte mindre deler av virksomheten, eksempelvis en filial eller en avdeling. Det avgjørende for om en slik avgrensning er lovlig er om den er tilstrekkelig saklig begrunnet³. Avhandlingens problemstilling er på denne bakgrunn:

Arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning

1.2 Aktualitet

Det norske næringslivet har det siste året vært sterkt preget av nedgangstider og nedskjæringer. Lave oljepriser og mangel på oppdrag har gått særlig sterkt ut over oljebransjen, noe som har gitt ringvirkninger for andre næringer. Flere store norske selskaper har måttet gjennomføre omfattende nedbemanningsprosesser, og arbeidsledigheten i Norge er stadig økende. Ulike juridiske temaer innen oppsigelse og nedbemanning er derfor svært tidsaktuelle.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62

² Omtalt blant annet hos Johansen og Stueland, 2015, s. 849. Se også Fougner m.fl., 2011, s. 312 flg., og Storeng, Beck og Due Lund, 2006, s. 329 flg.

³ Se eksempelvis Rt. 2015 s. 1332.

I desember 2015 avsa Høyesterett en ny dom om avgrensning av utvelgelseskrets ved nedbemanning, jf. Rt. 2015 s. 1332. Førrige høyesterettsdom om temaet er fra 1992. Den nye dommen gjør det særlig aktuelt å avgrense oppgavens problemstilling til å gjelde utvelgelseskretsproblematikken i en nedbemanningsprosess.

1.3 Metode og kilder

I relasjon til oppgavens tema og problemstilling er lov med tilhørende forarbeider, rettspraksis og juridisk teori de mest sentrale kilder. Bransjepraksis og eventuelle retningslinjer fra arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjoner vil også være relevant.

Arbeidsmiljøloven av 2005 bygger i stor grad på arbeidsmiljøloven av 1977. Den eldre lovs forarbeider, og rettspraksis knyttet til denne, vil derfor også ha betydning i behandlingen av de problemstillinger avhandlingen reiser.

1.4 Videre fremstilling

Gjennom hele avhandlingen forutsettes det at arbeidsforholdene drøftelsene tar utgangspunkt i reguleres av arbeidsmiljøloven. Andre lover om arbeidsforhold, slik som skipsarbeidsloven⁴ og tjenestemannsloven⁵, vil ikke bli behandlet selv om flere av avhandlingens problemstillinger og drøftelser også vil være aktuelle for disse lovverkene. Til tross for at deler av oppgaven vil være relevante også for de deler av offentlig sektor som omfattes av arbeidsmiljølovens regler om opphør av arbeidsforhold, eksempelvis kommuner og fylkeskommuner, vil fokuset være på private virksomheter.

I avhandlingens punkt 2 vil det gis en redegjørelse for oppsigelsesvernet i norsk arbeidsrett hva gjelder oppsigelse begrunnet i «virksomhetens [...] forhold», jf. aml. § 15-7 første ledd. Det tas utgangspunkt i oppsigelse som skyldes virksomhetens behov for «driftsinnskrenkning og rasjonaliseringstiltak» jf. aml. § 15-7 andre ledd, som er den typiske begrunnelse for oppsigelser i en nedbemanningsprosess. Formålet med denne delen av oppgaven er å gi et hensiktsmessig bakteppe for hovedproblemstillingen, og saklighetskravet etter aml. § 15-7 står i fokus.

Formålet med avhandlingen er ikke å gi utfyllende retningslinjer for alle steg i arbeidsgivers nedbemanningsprosess. Prosedyrer og saksbehandlingsregler som gjør seg gjeldende gjennom hele prosessen vil ikke være i fokus. Fokuset vil som nevnt være på arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen. Denne problemstillingen vil bli nærmere behandlet i punkt 3. Her presenteres først utgangspunktet for utvelgelseskrets og deretter hensyn som begrunner adgangen til å avgrense kretsen.

⁴ Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip.

⁵ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn mv.

Som en innledning til drøftelsen av arbeidsgivers adgang til å avgrense kretsen vil de tre høyesterettsdommene som åpner for slik avgrensning gjennomgås grundig. I den nærmere vurderingen av hva som kan betegnes som en saklig avgrenset utvelgelseskrets skal vurderingsmomenter fra de tre høyesterettsdommene og underrettspraksis gjennomgås og drøftes.

I avhandlingens punkt 4 vil det avslutningsvis presenteres en annen form for avgrensning eller gruppering av arbeidstakere i en utvelgelsesprosess. Jeg har valgt å kalle slike grupper av arbeidstakere for utvelgelsesflater, som gjerne kan ses på som en form for krets innenfor utvelgelseskretsen. Det finnes flere spor av slike utvelgelsesflater i rettspraksis, og hensikten med denne delen av avhandlingen er å identifisere disse sporene og sette ord på hva det dreier seg om, samt vise hva som etter rettspraksis er relevant i slike «flatevurderinger».

2 OPPSIGELSESVERNET I NORSK ARBEIDSRETT

Kontraktsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er ikke et kontraktsforhold mellom likeverdige parter. Normalt vil arbeidsgiver være den sterke parten som arbeidstaker er avhengig av å selge sin arbeidskraft til for å tjene til livets opphold. Som følge av arbeidsforholdets spesielle karakter har arbeidsmiljøloven til hovedformål å verne arbeidstakeren og dennes rettigheter mot arbeidsgivers mulige misbruk av sin maktposisjon⁶. En side av dette vernet er oppsigelsesvernet i aml. kapittel 15 som setter grenser for arbeidsgivers styringsrett.

2.1 Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd

2.1.1 Vilkåret «saklig begrunnet»

I norsk arbeidsrett står oppsigelsesvernet sterkt. Arbeidsgiver kan ikke si opp arbeidstaker uten at det er tilstrekkelig «saklig begrunnet» i enten «virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold», jf. aml. § 15-7 første ledd. Tilsvarende ordlyd var også å finne i arbeidsmiljøloven av 1977 § 60 første ledd⁷. Saklighetskravet gjennomgås grundig i avhandlingens punkt 2.3.

Oppsigelse grunnet «arbeidstakers forhold» er normalt begrunnet i eksempelvis ordrenekt, illojalitet, ulovlig fravær eller lignende, som innebærer et større eller mindre mislighold av arbeidsavtalen. Det må dreie seg om forhold hos arbeidstaker som er egnet til å påføre virksomheten ulemper, tap eller skade.

⁶ Johansen og Stueland, 2015, s. 765.

⁷ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Med «arbeidsgivers forhold» siktes det til personlige forhold hos arbeidsgiver. Dette forutsetter normalt en forbindelse mellom arbeidsgiver som virksomhetsinnehaver og virksomheten, eksempelvis at virksomheten må legges ned som følge av akutt og alvorlig sykdom hos innehaver⁸.

En nedbemanningsprosess er som hovedregel begrunnet i virksomhetens behov for driftsinnskrenkninger eller omstilling. Av denne grunn vil det videre i fremstillingen fokuseres på oppsigelser begrunnet i «virksomhetens forhold», og da særlig oppsigelse grunnet «driftsinnskrenkning og rasjonaliseringstiltak», jf. aml. § 15-7 andre ledd.

2.1.2 Vilkåret «virksomhetens forhold»

Dersom oppsigelsen er begrunnet i «virksomhetens forhold» er det normalt tale om et bedriftsøkonomisk behov for nedskjæringer, enten akutt eller på sikt. I rettspraksis er det uttrykt at økonomiske begrunnelser for oppsigelse etter sin art er saklige, jf. Rt. 2012 s. 168 (Notodden Fotballklubb-dommen, avsn. 68). Det er likevel ikke påkrevd at bedriften er i en kritisk dårlig økonomisk situasjon. Også andre grunner, slik som bortfall av arbeidsoppgaver grunnet eksempelvis ordresvikt, eller alene et ønske om effektivisering av produksjonen, kan saklig begrunne iverksettelse av en nedbemanningsprosess også i de tilfeller hvor arbeidsgivers økonomi er god. Et eksempel på dette er RG. 1985 s. 128 (Brynhildsen-dommen). Rettens flertall uttrykte generelt at «det er både en rett og en plikt for ledelsen i en industribedrift å tilpasse kostnadene – også lønnskostnadene – til den ventende virksomhet til enhver tid». Videre ble det presisert at bedriftsledelsen måtte «innrømmes en vid adgang til selv å vurdere karakteren av den situasjon som har oppstått, som hvilke tiltak som er nødvendige» (s. 132). Avgjørende for retten var også at bedriften hadde gjennomført grundige undersøkelser og analyser av markedet og dets framtidsutsikter før beslutning om redusering av bemanningen ble fattet.

I tilfeller som Brynhildsen-dommen, hvor arbeidsgivers økonomi er god, kan det stilles spørsmål om det er adgang til å stille strengere krav til arbeidsgivers gjennomføring av nedbemanningsprosessen og utvelgelse av arbeidstakere. Rimelighetshensyn kan i noen grad tale for at det i slike tilfeller bør oppstilles en høyere terskel for saklighet enn i de tilfeller hvor gjennomføring av nedbemanning er avgjørende for bedriftens videre eksistens. Se mer om den økonomiske situasjonens innvirkning på arbeidsgivers valgmuligheter under punkt 3.3.4.1.

⁸ Se eksempelvis NAD-1981-300

2.2 Saklighetskravet og rimelighetshensyn

2.2.1 Saklighetskravet generelt - Aml. § 15-7 første ledd

Kravet til saklighet etter aml. § 15-7 første ledd innebærer for det første at en oppsigelse ikke kan baseres på utenforliggende hensyn eller et ukorrekt faktisk grunnlag. Saklighetskravet gjør seg gjeldende i alle steg i en oppsigelses- eller nedbemanningsprosess, og setter slik en viktig terskel og grense for arbeidsgivers styringsrett i disse prosessene.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 er det uttrykt at det fra 1936 har skjedd en endring i rettspraksis i retning av et strengere saklighetskrav enn tidligere⁹. I dag er det «etablert en høy terskel for at en oppsigelse skal anses som saklig begrunnet etter § 15-7», jf. Rt. 2011 s. 1674 (avsn. 35). Videre uttrykkes det i Rt. 2009 s. 685 at «[t]erskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner» (avsn. 52). Det skal altså en del til før arbeidsgiver med saklig grunn kan si opp arbeidstaker.

Hvilke momenter som skal tillegges vekt i saklighetsvurderingen vil naturlig nok variere fra situasjon til situasjon. Utgangspunktet for vurderingen er hvilke konsekvenser en oppsigelse vil medføre for den aktuelle arbeidstaker, og da særlig muligheten til å sikre seg økonomisk gjennom annet lønnet arbeid. De vanligste vurderingsmomentene for arbeidstakersiden er ansiennitet, kompetanse og sosiale forhold slik som forsørgerbyrde, helsesituasjon, mv., i tillegg til personlig egnethet slik som samarbeidsevne og lojalitet¹⁰. På virksomhetssiden er det relevant å vektlegge for eksempel driftsmessige behov og/eller hensynet til øvrige arbeidstakere i virksomheten.

2.2.2 Saklighetskrav ved driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringsbehov – nedbemanning – Aml. § 15-7 andre ledd

Aml. § 15-7 andre ledd oppstiller særlige krav til saklighet i de tilfeller hvor oppsigelsen skyldes «driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak», tiltak som typisk begrunner en nedbemanningsprosess.

For det første vil det i en nedbemanningsprosess være flere og større steg frem mot endelige oppsigelser enn hva tilfellet er ved enkeltoppsigelser begrunnet eksempelvis i arbeidstakerens forhold, jf. aml. § 15-7 første ledd. Saklighetskravet gjør seg gjeldende i alle disse stegene. For det andre oppstiller aml. § 15-7 andre ledd et krav om at arbeidsgiver har vurdert om det eksisterer «annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker». Dersom slikt finnes men ikke er tilbudt, vil en

⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

¹⁰ Omtalt blant annet i Johansen og Stueland, 2015, s. 785. Se også Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth, 2011, s. 977.

oppsigelse vanskelig kunne anses som gyldig, se punkt 2.2.2.2 under. Saklighetskravet i forbindelse med nedbemanning etter aml. § 15-7 skal gjennomgås i det videre.

2.2.2.1 Saklighetskravet gjør seg gjeldende i alle ledd

En nedbemanningsprosess kan grovt inndeles i fire hoveddeler. Dersom saklighetskravet ikke er tilstrekkelig innfridd i en av delene (eller i øvrige mindre steg i prosessen), kan dette få avgjørende betydning for oppsigelsen(e)s gyldighet.

For det første kommer saklighetskravet til anvendelse ved arbeidsgivers fastsettelse av hvilken krets innad i virksomheten utvelgelsen av arbeidstakerne skal skje innenfor, som nevnt også kalt utvelgelseskretsen. Deretter gjør saklighetskravet seg gjeldende ved definering av hvilke kriterier utvelgelsen innenfor kretsen skal skje etter, såkalte utvelgelseskriterier. Eksempler på slike kriterier er ansiennitet, kompetanse, sosiale forhold og personlig egnethet. Utvelgelseskriteriene må være så objektive og så klart definerte som mulig for å kunne anses som saklige¹¹. For det tredje kommer saklighetskravet til anvendelse i vektingen av de saklige utvelgelseskriteriene i den nærmere utvelgelsen blant arbeidstakerne innenfor valgte utvelgelseskreter. Om det eksempelvis er ansiennitet eller kompetanse som skal tillegges avgjørende vekt i utvelgelsen, må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle og være saklig begrunnet. Til slutt krever saklighetskravet at oppsigelsene bygger på et korrekt faktum som arbeidsgiver kan dokumentere.

Sett i lys av oppgavens problemstilling er det saklighetskravet i relasjon til avgrensning av utvelgelseskretsen for nedbemanningen som er det videre fokus i fremstillingen. Dette behandles nærmere under punkt 3.

2.2.2.2 Kort om «annet passende arbeid» i virksomheten

Ved oppsigelse som skyldes driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringsbehov er det som nevnt en del av saklighetskravet at arbeidsgiver, allerede før en oppsigelse er besluttet, må gjøre en individuell og konkret vurdering av om det finnes «annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker», jf. aml. § 15-7 andre ledd. Dersom dette finnes vil ikke oppsigelsen være saklig begrunnet. Dette er en logisk konsekvens da det i slike situasjoner finnes et udekket arbeidsbehov i virksomheten som arbeidstakeren kan dekke. «[V]irksomheten» vil normalt utgjøre det rettssubjekt arbeidstaker er ansatt i, men rammene for dette begrepet kan også by på problemer, se mer om dette i punkt 3.2.1.

Det pålegges ikke arbeidsgiver å opprette en ny stilling for å kunne tilby «annet passende arbeid», men muligheten for omplassering til annen ledig stilling eller for å dekke et udekket arbeidsbehov skal

¹¹ Johansen og Stueland, 2015, s. 831-832. Se også Fougner m.fl., 2011, s. 305-307.

vrderes konkret¹². Ved en slik omplassering vil arbeidsgiver trolig måtte godta tilsvarende opplæringstid som for en nyansatt¹³. I utgangspunktet er alle typer stillinger i virksomheten relevant og skal derfor tilbys arbeidstaker.

Mulighetene for at annet passende arbeid foreligger avhenger av bedriftens størrelse og organisasjon. Arbeidstakers oppsigelsesvern vil derfor reelt sett kunne være sterkere jo større arbeidsgivers virksomhet er, til tross for at det formelle oppsigelsesvernet er det samme. Det er eksempelvis enklere å finne annet passende arbeid for en sykepleier ansatt i Bergen kommune enn en maskinarbeider ansatt i et mindre verkstedsfirma.

2.2.3 Kravet til rimelighet – en del av saklighetskravet

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 er det i forbindelse med saklighetskravet i dagjeldende aml. § 60 uttrykt at «rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte [har] kommet sterkere inn i bildet»¹⁴. Kravet til rimelighet er således en del av saklighetskravet.

I en nedbemanningsprosess gjør kravet til rimelighet seg for det første gjeldende i den konkrete utvelgelsen mellom arbeidstakerne gjennom utvelgelseskriteriet sosiale forhold. I utvelgelsen må arbeidsgiver se hen til arbeidstakernes alder, helse, forsørgerbyrde mv. i avveiningen av hvem som får bli og hvem som må gå. En slik horisontal rimelighetsvurdering mellom arbeidstakerne kan bli avgjørende for utvelgelsen dersom de sosiale forholdene som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet er tilstrekkelig tungtveiende.

Kravet til rimelighet kommer også eksplisitt til uttrykk i interesseavveiningen oppstilt i aml. § 15-7 andre ledd, andre punktum. Etter bestemmelsen er arbeidsgiver pålagt å foreta en «avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker».

Rimelighetsvurderingen blir her vertikal i forholdet mellom arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker. I vurderingen av hvilke ulemper oppsigelsen vil påføre arbeidstakeren siktes det til omstendigheter som faller inn under kriteriet sosiale forhold, som nevnt i avsnittet over. Det skal gjøres en individuell vurdering av hvor hardt en oppsigelse vil ramme den ansatte. På arbeidsgiversiden er det avgjørende hvor stort det bedriftsmessige behovet for nedbemanningen er. Til tross for at hensynet til arbeidstakeren veier svært tungt, må det trolig vike i de tilfeller hvor innskrenkningene er helt nødvendige for å sikre den videre driften av virksomheten, jf. Rt. 1986 s. 879 (Hillesland-dommen). Høyesterett uttrykte her at «bedriftens behov for å gjennomføre nødvendige innskrenkningstiltak for å trygge den videre drift, [måtte] ha gjennomslagskraft også om oppsigelsene ville ramme hardt» (s. 886).

¹² Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72.

¹³ Johansen og Stueland, 2015, s. 819.

¹⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72.

Dersom det er tilbudt annet passende arbeid som arbeidstaker har takket nei til, vil det være «klart mindre rom for en slik interesseavveining» som følger av aml. § 15-7 andre ledd andre punktum, jf. Rt. 2009 s.749 (avsn. 40). Hvor stor vekt et avslag på «annet passende arbeid» vil få må trolig avhenge av karakteren av den stillingen som er tilbudt. Dersom stillingen er av en helt annen karakter, eller har et lavere kvalitativt nivå enn arbeidstakers opprinnelige stilling, bør ikke avslaget tillegges stor vekt i interessevurderingen. Dersom den nye stillingens karakter imidlertid ligger tett opptil den tidligere stillingen, bør arbeidstakers avslag av denne medføre et dårligere vern i interesseavveiningen og et dårligere vern ellers i saklighetsvurderingen.

2.3 Domstolenes prøvingsrett av saklighetskravet

Domstolene vil ha full og uinnskrenket prøvingsrett for alle sider av saklighetskravet i oppsigelsessaker etter arbeidsmiljøloven¹⁵. Dette ble fastsatt Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheatret-dommen) som gjaldt en oppsigelse av en skuespiller på Nationaltheatret i Oslo. I forbindelse med saklighetsvurderingen uttrykte førstvoterende at «domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren» (s. 1067). Dommen gir uttrykk for at domstolen kan prøve alle sider av saklighetskravet. Det er klart at domstolen skal prøve oppsigelsen ut fra den situasjon som forelå på oppsigelsestidspunktet, jf. Eidsivating lagmannsretts dom av 7. mai 2001 (LE-2000-650)¹⁶.

Utgangspunktet fra Nationaltheatret-dommen modifiseres likevel noe av Høyesteretts senere dom Rt. 1989 s. 508 (Christiania Spigerverk-dommen). Høyesterett gir her uttrykk for at domstolens prøvingsrett av arbeidsgivers bedriftsmessige beslutning om nedleggelse eller andre rasjonaliseringstiltak er begrenset til prøving av arbeidsgivers fremgangsmåte i beslutningsprosessen, slik at arbeidsgivers avgjørelse og grunnlaget for denne ikke overprøves.

Arbeidsgivers beslutning om nedleggelse e.l. er sterkt preget av fremtidige markedsprognoser og bedriftsøkonomiske hensyn mv. Vurderingen vil etter sin art være grunnleggende forskjellig fra en rettslig vurdering, som i større grad knytter seg til rettslige standarder som eksempelvis saklig grunn eller god forretningsskikk.¹⁷ Domstolene kan av denne grunn mangle de nødvendige forutsetninger for å kunne gjennomføre en tilfredsstillende prøving av arbeidsgivers beslutning om nedleggelse/rasjonalisering, noe som kan begrunne eller forklare at det gjelder en snevrere prøvingsadgang for slike avgjørelser. Dette ble blant annet uttalt i Telavie-dommen (LB-2004-45766).

¹⁵ Johansen og Stueland, 2015, s. 776-777.

¹⁶ Se også Fanebust, 2001, s. 57-58.

¹⁷ Jakhelln, 2006, s. 443-445.

På spørsmål om hvilken vekt en domstol skal tillegge arbeidsgivers egen vurdering av bedriftens behov for oppsigelse og arbeidstakerens kvalifikasjoner, svarer førstvoterende at dette er «mer et spørsmål om domstolens praktiske muligheter for å prøve skjønnet enn et spørsmål om begrensning i selve prøvingsretten».

På bakgrunn av de nevnte dommer kan utgangspunktet være at domstolens prøvingsrett hva angår vurderingen av arbeidsgivers vurdering av behovet for nedbemanning ikke formelt er avgrenset, men likevel begrenset på bakgrunn av domstolens egne forutsetninger eller mangel på sådanne.

2.4 Saklighetskravet – oppsummering

Kravet til saklighet går som nevnt igjen i alle ledd av saksgangen ved oppsigelser, både ved enkeltoppsigelser og ved masseoppsigelser eller nedbemanning. Saklighetskravet er den avgjørende målestokken for om oppsigelsen kan anses som gyldig eller ikke. I den videre fremstillingen skal det fokuseres på saklighetskravet knyttet til arbeidsgivers fastsettelse av nedbemannings utvelgelseskreter.

3 UTVELGELSESKRETS

3.1 Innledning

Nedbemanningsprosesser vil ha varierende omfang alt etter bedriftens størrelse og behov. I noen tilfeller skal arbeidsstokken reduseres med et fåtall arbeidstakere, mens det i andre tilfeller er tale om nedbemanning av store deler av virksomheten enten som et enkelttilfelle eller som en løpende og langvarig prosess. I større og/eller langvarige nedbemanningsprosesser kan det være svært praktisk og ressursbesparende å begrense utvelgelsen av arbeidstakere til eksempelvis den delen av virksomheten som har dårlige resultater eller mangel på arbeidsoppgaver, eller til den delen hvor bedriften er i best stand til å takle nedskjæringer. En slik krets for utvelgelse av arbeidstakere omtales i rettspraksis og juridisk teori som *utvelgelseskreter*¹⁸. Utvelgelseskretsen kan utgjøre en konkret avdeling, et distriktskontor, en filial mv. Arbeidstakerne som ikke omfattes av valgte utvelgelseskreter berøres ikke av nedbemanningsprosessen, uavhengig av hvordan de i forhold til arbeidstakerne innenfor utvelgelseskretsen skårer på kompetanse, ansiennitet eller andre kriterier for utvelgelse. Slik er grensene for utvelgelseskretsen absolutt.

¹⁸ Eksempelvis Johansen og Stueland, 2015, s. 849. Se også Fougner m.fl., 2011, s. 312, og Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth, 2011, s. 978.

3.2 Utgangspunktet er hele «virksomheten»

Hva som kan eller skal utgjøre utvelgelseskrets er ikke uttrykkelig regulert i hverken arbeidsmiljøloven eller dens forarbeider. Likevel fremgår det av aml. § 15-7 andre ledd at arbeidsgiver skal se hen til hele «virksomheten» i vurderingen av om det finnes annet passende arbeid, og i interesseavveiningen etter aml. § 15-7 andre ledd skal også «virksomhetens» behov veies opp mot arbeidstakers ulemper. Oppsagt arbeidstakers fortrinnsrett til ny ansettelse gjelder også «samme virksomhet» som arbeidstaker tidligere arbeidet i, jf. aml. § 14-2 første ledd. Bruken av «virksomhet» i disse tilfellene er i rettspraksis og juridisk teori tolket dithen at utgangspunktet er at også «virksomheten» i sin helhet skal utgjøre utvelgelseskretsen, jf. senest Høyesterett i Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen), som uttrykte at «[d]et alminnelige utgangspunkt ved nedbemanning er at arbeidsgiver må foreta en samlet vurdering av hele virksomheten» (avsn. 18). Dersom en bestemt avdeling skal legges ned skal derfor arbeidstakerne i denne i utgangspunktet vurderes opp mot alle øvrige arbeidstakere i virksomheten, og sammenlignes etter de utvelgelseskriterier som er valgt. Jo større utvelgelseskretsen er jo flere arbeidstakere vurderes hver enkelt opp mot, og desto mer rettfærdig og riktig blir utvelgelsen og de etterfølgende oppsigelsene. Utgangspunktet om at virksomheten i sin helhet utgjør utvelgelseskretsen er derfor i tråd med det sterke oppsigelsesvern som har utviklet seg i tiden etter vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 1977.

3.2.1 Kort om virksomhetsbegrepet

Virksomhetsbegrepet er ikke definert i arbeidsmiljøloven slik som eksempelvis arbeidstakerbegrepet er, jf. aml. § 1-8 første ledd. Likevel vil det ofte være slik at «det rettssubjekt som er arbeidsgiver [vil] være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet», og i de fleste tilfeller vil «en virksomhet være det som etter alminnelig språkbruk er en bedrift»¹⁹.

Etter forarbeidene er altså virksomhetsbegrepet og arbeidsgiverbegrepet ofte sammenfallende, altså ett og samme rettssubjekt. Hvilket rettssubjekt som er arbeidsgiver skal etter aml. § 14-6 første ledd bokstav a) fremgå av arbeidsavtalen, da denne skal inneholde opplysninger om «partenes identitet». Ofte vil derfor rettssubjektet i arbeidsavtalen være bestemmende for hva som utgjør «virksomheten». Dette kan for eksempel være et aksjeselskap, et ansvarlig selskap, en kommune, en bank, osv. Virksomheten vil i utgangspunktet være en samlet enhet selv om den drives fra forskjellige avdelinger, som gjerne også er lokalisert forskjellige steder.

Til tross for at hvert aksjeselskap skal anses som et eget rettssubjekt kan særlige problemstillinger knyttet til fastsettelse av arbeidsgivers virksomhet oppstå i større og mer sammensatte konsernforhold. I arbeidsmiljølovens forarbeider og i rettspraksis er det åpnet for at flere rettssubjekter kan ha et såkalt

¹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74.

«delt arbeidsgiveransvar» dersom arbeidsgiverfunksjonene har vært delt mellom dem på en slik måte at det er naturlig at også arbeidsgiveransvaret deles på denne måten²⁰. Dette må avgjøres basert på en konkret vurdering av blant annet hvor ansvaret for lønn- og pensjonsutbetaling ligger, hvem som har instruksjonsmyndighet over arbeidstakeren og hvem som har ansvaret for at arbeidsmiljølovens regler overholdes, jf. Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging-dommen, øverst s. 238). I Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsliä-dommen) ble virksomhetsbegrepet i relasjon til vurderingen av om det finnes «annet passende arbeid» å tilby arbeidstaker utvidet basert på at det var grunnlag for delt arbeidsgiveransvar mellom mor- og datterselskap, jf. aml. § 15-7 andre ledd. Arbeidstakeren ansatt i datterselskapet skulle derfor vært tilbudt annet passende arbeid også i morselskapet (s. 1133). Et spørsmål er om prinsippene om delt arbeidsgiveransvar også kan begrunne en utvidelse av virksomhetsbegrepet i relasjon til utvelgelseskretsens grenser.

Det finnes ikke rettspraksis som eksplisitt utvider virkeområdet for utvelgelseskreten på tilsvarende måte som Høyesterett i Wärtsliä-dommen gjør for vurderingen av «annet passende arbeid». Til tross for at virksomhetsbegrepet knyttet til vurderingen av «annet passende arbeid» i aml. § 15-7 andre ledd også utgjør utgangspunktet for utvelgelseskreten, kan ikke dommen uten videre tas til inntekt for at resultatet ville blitt det samme dersom spørsmålet for retten var om det var anledning til å operere med et utvidet virksomhetsbegrep ved valg av utvelgelseskrete.

Det kan likevel være gode grunner for å utvide utvelgelseskreten parallelt med arbeidsgiveransvaret. En slik utvidelse vil gi arbeidstakerne et større vern da de ville blitt sammenlignet med flere i utvelgelsesvurderingen. Dette er et viktig argument for at det bør være anledning til å utvide utvelgelseskreten til å gjelde mer enn ett rettssubjekt innen samme konsern. Spesielt vil dette gjelde i de tilfeller hvor det er tale om like stillingskategorier og oppgaver i det rettssubjekt som det vurderes å utvide utvelgelseskreten til. Av disse grunner vil det trolig være adgang til å la utvelgelseskreten omfatte mer enn ett rettssubjekt innad i samme konsern dersom arbeidsgiver ønsker dette, likevel med det forbehold at arbeidsgiver formelt ikke kan tvinge arbeidstakere til å arbeide i et annet rettssubjekt enn det arbeidsavtalen angir etter aml. § 14-6 første ledd, bokstav a).

Et annet spørsmål er om arbeidsgiver er forpliktet til å utvide utvelgelseskreten parallelt med en eventuell utvidelse av arbeidsgiveransvaret etter prinsippene fastsatt i Wärtsliä-dommen. Det finnes ingen klare rettskilder som gir uttrykk for en slik plikt. Den kan likevel tenkes å foreligge dersom situasjonen er som i Wärtsliä-dommen, med den konsekvens at oppsigelse(n) kjennes ugyldig(e) dersom utvelgelseskreten ikke er utvidet.

²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 76.

En nærmere behandling av de problemstillinger som kan oppstå i avgjørelsen av hva som utgjør «virksomheten», og når man kan eller er forpliktet til å operere med et utvidet virksomhetsbegrep, er ikke avgjørende for oppgavens problemstilling og vil derfor ikke behandles ytterligere. Det sentrale i den videre fremstillingen vil være på hvilke vilkår og i hvilken grad arbeidsgiver kan avgrense utvelgeskretsen til å omfatte mindre enn hele virksomheten, uavhengig av hva som utgjør denne.

3.3 Avgrensning av utvelgeskretsen

3.3.1 Først: Når er det ikke aktuelt å avgrense utvelgeskretsen?

Spørsmålet om avgrensning av krets er etter rettspraksis bare relevant for arbeidsgivers utvelgelse av overtallige arbeidstakere. En avgrensning av utvelgeskrets er ikke relevant i forbindelse med vurderingen av om det finnes «annet passende arbeid» i virksomheten som kan tilbys arbeidstaker som vurderes oppsagt, jf. aml. § 15-7 andre ledd, første punktum. Hverken i rettspraksis eller juridisk teori har det i denne forbindelse vært operert med en annen krets enn virksomheten i sin helhet, eller eventuelt et utvidet virksomhetsbegrep, se punkt 3.2.1 over. For det første er det, i motsetning til hva som er tilfellet for utvelgeskrets ved utvelgelse av overtallige, eksplisitt lovregulert at det er «virksomheten» som er utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger «annet passende arbeid». For det andre er det liten grunn til å avgrense utvelgeskretsen i denne vurderingen, da de hensyn som kan begrunne en avgrenset utvelgeskrets ikke gjør seg tilsvarende gjeldende. Vurderingen av «annet passende arbeid» skal gjøres for den enkelte arbeidstaker, og det foreligger allerede en rimelig avgrensning for omfanget av arbeidsgivers vurderingsgrunnlag ved at arbeidstakeren må være kvalifisert til det arbeid som tilbys²¹. Det vil derfor sjelden være uforholdsmessig tyngende for arbeidsgiver å se hen til hele virksomheten i denne vurderingen.

Avgrensningen av kretsen er heller ikke relevant i den vertikale rimelighetsvurderingen som gjøres mellom arbeidstaker og virksomheten etter aml. § 15-7 andre ledd andre punktum. Dette er en avveining av den overtallige arbeidstakerens ulemper mot «virksomhetens» behov, og da hvilke behov virksomheten i sin helhet har for å nedbemanne arbeidsstokken. Det er derimot utvelgeskretsens grenser som avgjør blant hvilke arbeidstakere den horisontale rimelighetsvurderingen skal gjøres.

3.3.2 Hensyn bak avgrensningsadgangen

For arbeidsgiver vil det kunne være svært byrdefullt å operere med hele virksomheten som utvelgeskrets i en nedbemanningsprosess. Dette gjelder særlig for større virksomheter hvor det gjerne er flere hundre arbeidstakere som arbeider i «virksomheten». Det kan i slike tilfeller være avgjørende for arbeidsgivers økonomiske situasjon og kompetanseforholdene i virksomheten at så store deler av virksomheten som mulig blir uberørt av nedskjæringene.

²¹ Johansen og Stueland, 2015, s. 819.

For arbeidstakerne det gjelder vil en avgrensning av kretsen som hovedregel bety et mindre sterkt oppsigelsesvern. Utgangspunktet om at virksomheten som helhet skal utgjøre utvelgeskretsen styrker arbeidstakers vern på den måten at jo flere den enkelte arbeidstaker sammenlignes med i utvelgelsen jo mindre er sannsynligheten for oppsigelse, og jo mer rettferdig og korrekt blir utvelgelsen. Når utvelgeskretsen avgrenses er det sannsynlig at arbeidstakere med lengre ansiennitet eller bedre kompetanse enn arbeidstakere utenfor kretsen likevel må gå fordi de tilfeldigvis tilhørte den avdeling eller den filial som var bestemt som utvelgeskrets. For den arbeidstaker det gjelder er det klart at dette fort kan oppleves som både urimelig og usaklig.

Rettspraksis har imidlertid anerkjent arbeidsgivers behov for i noen situasjoner å avgrense kretsen til å omfatte mindre enn hele virksomheten. Senest i Gresvig-dommen uttrykker Høyesterett at «arbeidsmiljøloven ikke [kan] forstås slik at den pålegger bedrifter prosesser som blir uforholdsmessig tyngende, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte» (avsn. 43). Arbeidsgiver står likevel ikke fritt til å avgrense utvelgeskretsen slik han ønsker i ethvert tilfelle. Etter foreliggende rettspraksis er det avgjørende kravet at avgrensningen av utvelgeskretsen er *saklig begrunnet* av arbeidsgiver. Hva som vil kunne utgjøre saklig begrunnelse for å avgrense utvelgeskretsen skal i det videre illustreres gjennom rettspraksis om behandler spørsmålet.

3.3.3 Høyesterettspraksis

I arbeidet med denne delen av avhandlingen har jeg tatt utgangspunkt i de tre sentrale høyesterettsdommene angående utvelgeskrets, og de mest sentrale lagmannsrettsdommene på samme område. Da det som følge av oppgavens rammer ikke vil være anledning til å gjennomgå valgte rettspraksis i detalj, vil jeg først presentere og gjennomgå de tre dommene fra høyesterett og deretter drøfte sentrale vurderingsmomenter som er fulgt opp i underrettspraksis.

3.3.3.1 *Rt. 1986 s. 879 Hillesland*

Den første dommen som i rettspraksis er omtalt i forbindelse med avgrensning av utvelgeskretsen er Rt. 1986 s. 897 (Hillesland-dommen). Industribedriften Kåre Hillesland AS måtte høsten 1983 si opp seks av totalt 25 arbeidstakere som følge av bedriftens dårlige økonomiske stilling. Fire av de oppsagte gikk til sak mot arbeidsgiver med påstand om at oppsigelsene var usaklige, blant annet fordi bedriften hadde fraveket ansiennitetsprinsippet i sin utvelgesvurdering til fordel for kvalifikasjonsmessige og sosiale hensyn. Bedriften mente på sin side at en fravikelse av ansiennitetsprinsippet var nødvendig da det som følge av arbeidets art og sikkerhetsårsaker, og særlig bedriftens vanskelige økonomiske stilling, ikke var forsvarlig å omplassere og omskolere de oppsagte til andre avdelinger i bedriften.

Høyesterett peker innledningsvis på at bedriften var i en slik vanskelig økonomisk situasjon at oppsigelsene var saklig begrunnet i «virksomhetens forhold», jf. aml. § 15-7 første ledd.

Førstvoterende uttrykker deretter at ordlyden i den dagjeldende aml. § 60 nr. 2 ikke gir direkte

veiledning ved utvelgelsen av flere arbeidstakere, men at det selvfølgelig måtte gjelde et saklighetskrav også her. Den videre vurderingen for retten gjaldt om det var adgang for arbeidsgiver til å fravike ansiennitetsprinsippet til fordel for andre hensyn. Høyesterett uttrykker i denne sammenheng at:

«Det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov. Jeg mener også at man ikke her kan stille krav om at det bare er «nøkkelpersoner» - i den forstand at de er helt nødvendige for fortsatt drift – som kan beholdes etter en slik vurdering. Bedriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov». (s. 886)

Høyesterett uttrykker her at bedriftens behov er et legitimt hensyn å vektlegge i en utvelgelsesprosess, og påpeker at dette kan rettferdiggjøre avvik fra ansiennitetsprinsippet. Høyesterett er imidlertid ikke klar på om hensynet til bedriftens behov også kan begrunne en avgrensning av den krets vurderingen av ansiennitet og de øvrige utvelgelseskriteriene skal skje innenfor. Likevel kan en slik mening trekkes ut av førstvoterendes uttalelse øverst på s. 888, hvor det uttales:

«Jeg understreker særlig at selv om de ankende parter etter en opplæringsperiode kunne fylle stillinger i andre avdelinger, forelå det, i den vanskelige situasjonen bedriften var i, sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingens forskjellige oppgaver. Jeg finner således bedriftsledelsens avgjørelse om ikke å flytte arbeidstakere – de ankende parter eller andre – over fra produksjonsavdelingen til andre avdelinger saklig begrunnet».

Denne uttalelsen er i Gresvig-dommen tolket slik at en avgrensning av utvelgelseskretsen til den aktuelle *beskjeftigelse* innad i bedriften, var akseptabelt (avsn. 39). I juridisk teori trekkes ikke dommen frem som et eksempel på en avgrensning av utvelgelseskrets, men som et eksempel på at det i utvelgelsen var rettslig holdbart å legge avgjørende vekt på annet enn ansiennitet²². Det kan synes som om det er uenighet om nøyaktig hva Hillesland-dommen regulerer, spesielt når det konkret gjelder avgrensning av utvelgelseskrets. Mer om dette i punkt 4.

3.3.3.2 Rt. 1992 s. 776 Sparebanken Nord-Norge

Den første høyesterettsdommen som i juridisk teori trekkes frem som et klart eksempel på avgrensning av utvelgelseskrets, er Rt. 1992 s. 776 (Sparebank-dommen). Sparebanken Nord-Norge var etter bankkrisen på 80-tallet kommet i en vanskelig situasjon som nødvendiggjorde nedbemanning av

²² Storeng, Beck og Due Lund, 2006, s. 328. Se også Johansen og Stueland, 2015, s. 836.

arbeidsstokken og nedleggelse av 18 av bankens 48 filialer i Troms og Finnmark. Oppsigelse ble gitt til dem som var ansatt ved de filialer som ble besluttet nedlagt. Utvelgeskretsen var dermed avgrenset til den enkelte filial, noe de oppsagte arbeidstakerne anførte som usaklig. Banken mente på sin side at en større utvelgeskrets ville være uforholdsmessig tyngende og sette flere arbeidsplasser i fare.

Høyesterett trekker innledningsvis frem Hillesland-dommen og uttrykker at det må «stilles saklighetskrav ved avgjørelsen av hvem som skal oppsies» (s. 782). Utgangspunktet for Høyesteretts vurdering ble da om valgte avgrensning av utvelgeskretsen, og gjennomføringen av avgrensningen, bygget på saklighet. Retten fant at dette var tilfellet. Begrunnelsen var for det første at banken var i en «prekær økonomisk situasjon» som «gjaldt hele bankens fremtid» (s. 781). Slik var den økonomiske situasjonen tilsvarende som i Hillesland-dommen. Høyesterett påpekte videre at banken, til tross for det sterke tidspress som forelå, hadde sørget for å ivareta de ansattes interesser ved å inkludere et omstillingsutvalg bestående av tillitsvalgte og representanter fra bankens ledelse i arbeidet med nedbemanningen. Valgte ordning var også gjennomført konsekvent av banken, noe som sikret likhet for de arbeidstakerne som ble rammet. Videre var det også av stor betydning at banken dekket et «betydelig» geografisk område og at filialnett, slik det var på daværende tidspunkt, var et resultat av nylig gjennomførte fusjoner av flere lokalbanker hvor ansettelsesmyndigheten var beholdt innad i hver filial. Det var da også «et naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratruke når filialen ble nedlagt» (s. 782). Den ordning arbeidsgiver hadde valgt og gjennomført måtte av denne grunn anses som saklig.

Vurderingsmomentene Høyesterett vektlegger er svært konkret knyttet til Sparebanken Nord-Norges tilfelle. Retten legger stor vekt på det forhold at banken nylig hadde fusjonert med flere lokale sparebanker, og i tillegg påpekes det at de drastiske endringene var nødvendig dersom banken «skulle ha muligheten for å overleve» (s. 781). Som følge av dommens særegenhet er det vanskelig å si at den gir uttrykk for en klar adgang til å avgrense utvelgeskretsen. Uansett oppstiller den en svært høy terskel for å fravike utgangspunktet.

Sparebank-dommen er likevel tatt til inntekt for at utvelgeskretsen kan avgrenses så lenge dette er tilstrekkelig saklig begrunnet av arbeidsgiver. Momenter som i ettertid er trukket frem i underrettspraksis, er vanskelig økonomisk situasjon og behov for effektivitet, betydelig geografisk spredning av virksomheten, avtaler/ordninger med tillitsvalgte, og at arbeidsgiver har fulgt en konsekvent og ensartet praksis, mv., jf. blant annet RG-2004-222 (Braathens-dommen) og LH-2003-13169 (Bravida-dommen). Også flere andre lagmannsrettsdommer bruker momentene fra Sparebank-dommen uten å eksplisitt vise til den, se her eksempelvis RG-1992-870 (Skogeierlag-dommen), LA-1998-154 (Selektiv-dommen), RG-2005-784 (Posten Norge I-dommen), LB-2005-182490 (Posten Norge II-dommen) og LB-2010-32150 (Exact Eiendomsmegling-dommen). Den tvil som har eksistert

angående adgangen til å avgrense utvelgeskretsen ble ytterligere redusert etter Høyesteretts siste dom om spørsmålet, Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen).

3.3.3.3 Rt. 2015 s. 1332 Gresvig-dommen

Gresvig Detaljhandel AS eier ca. 100 sportsbutikker på landsbasis gjennom sportskjedene G-Sport, G-MAX og Intersport. Innad i selskapet eksisterte det også en selvstendig avdeling som drev med direktesalg av sportsutstyr til klubber og bedrifter, kalt Intersport Profil. Denne avdelingen var selvstendig og ikke tilknyttet noen butikker i distriktet. A var leder av avdelingen og eneste ansatt.

Gresvig Detaljhandel gjennomførte i årene 2009-2013 en betydelig omstillingsprosess for å tilpasse seg den vanskelige konkurransen i markedet, og 33 butikker ble nedlagt. Hver enkelt butikk eller avdeling var konsekvent bestemt som utvelgeskrets. Som følge av avdelingens gjentatte dårlige årsresultater ble Intersport Profil besluttet nedlagt, med det resultat at A ble oppsagt fra sin stilling. A reiste sak mot arbeidsgiver med påstand om at oppsigelsen var ugyldig fordi avgrensningen av kretsen ikke var tilstrekkelig saklig begrunnet.

Høyesterett uttrykker innledningsvis at «det følger av rettspraksis at [utgangspunktet om hele virksomheten som utvelgeskrets] på saklig grunnlag kan fravikes, jf. særlig Rt-1986-879 (Hillesland) og Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge)», (avsn. 38). Det avgjørende for saken var om det var «saklig begrunnet å basere oppsigelsen på at utvelgeskrets var avdelingen» (avsn. 37). Deretter viser førstvoterende til uttalelser fra både Hillesland-dommen og Sparebank-dommen, og presiserer at dommene kun oppstiller eksempler på momenter som kan vektlegges i den konkrete vurderingen, hvor «en lang rekke hensyn vil kunne trekkes inn» (avsn. 42). På denne måten viderefører Gresvig-dommen den praksis eller «lære» som er fulgt siden Sparebank-dommen, men presenterer samtidig nye vurderingsmomenter av betydning for saklighetsvurderingen.

Høyesterett la for det første vekt på at praksisen om at den enkelte butikk eller avdeling skulle utgjøre utvelgeskrets var fulgt konsekvent. Videre ble det, som også påpekt i Sparebank-dommen, lagt vekt på at selskapets ca. 100 butikker hadde en «betydelig geografisk spredning» uten noen divisjonsinndeling, noe som gjorde det vanskelig å fastsette en større utvelgeskrets enn den enkelte butikk/avdeling (avsn. 47). Fordi det i dette tilfellet ikke var tale om én enkelt nedbemanningsprosess, men heller en løpende tilpasning til markedet, ville også gjentatte prosesser som involverte et stort antall ansatte legge beslag på betydelige ressurser. Dette var lite hensiktsmessig da formålet med prosessen var å sikre grunnlaget for fortsatt forsvarlig drift. Det ble også pekt på at selskapet var i en så vanskelig økonomisk stilling at det måtte tilføres midler fra eierne for å kunne drive videre. At avdelingen var så adskilt fra øvrige deler av selskapet gjorde det også naturlig å vurdere denne separat. Avslutningsvis uttrykker Høyesterett at det prinsipielt ikke er grunnlag for å utelukke at en avdeling

med kun én ansatt kan utgjøre en saklig avgrenset utvelgelseskrets. Oppsigelsen ble på denne bakgrunn ansett som saklig og dermed gyldig.

Til tross for at momentene som er vektlagt i rettspraksis i følge Gresvig-dommen ikke skal oppfattes som minstekrav, er de likevel egnet til å gi en god indikasjon på hvilke (type) momenter det vil være saklig å basere en avgrensning av utvelgelseskretsen på. Måten momentene er vurdert og avveid gir også en indikasjon på deres relevans og vekt i det enkelte tilfellet. I den videre fremstillingen skal derfor sentrale vurderingsmomenter fra Høyesterett og underrettspraksis presenteres og drøftes i et forsøk på å klarlegge når de er relevante og hvilken vekt de potensielt kan få i vurderingen av om utvelgelseskretsen er saklig avgrenset.

3.3.4 Saklig begrunnet avgrensning av utvelgelseskretsen

Når det i det videre tales om «saklighetsvurderingen» er det den konkrete vurderingen av om utvelgelseskretsen er saklig avgrenset det siktes til, og ikke andre nødvendige saklighetsvurderinger i en nedbemanningsprosess, slik som eksempelvis saklig valg av utvelgelseskriterier.

3.3.4.1 «Prekær» økonomisk situasjon

Et moment som går igjen i saklighetsvurderingen i samtlige av dommene angående utvelgelseskrets er at arbeidsgiver har et økonomisk behov for å gjennomføre nedskjæringer av arbeidsstokken. Hvor stort dette behovet er og hva som begrunner det varierer fra sak til sak. I noen tilfeller er nedbemanning av arbeidsstokken absolutt nødvendig for bedriftens videre overlevelse, noe som var tilfellet i eksempelvis Sparebank-dommen og Braathens-dommen. I andre tilfeller gjennomføres nedbemanningen mer som et målrettet tiltak for forsvarlig drift i en forventet fremtidig markedssituasjon, slik tilfellet var i RG-1990-1098 (Spennbetong-dommen). En tendens i rettspraksis er at arbeidsgivers spillerom ved valg av utvelgelseskrets i alle fall til en viss grad avhenger av hvor vanskelig den økonomiske situasjonen er.

Det er rimelig at hensynet til bedriftens overlevelse og sikring av de øvrige arbeidsplassene veier tyngre enn hensynet til et fåtall arbeidstakere. Dette er i og for seg logisk. Hvis kravene til arbeidsgivers fremgangsmåte er så strenge at dette på sikt fører til konkurs for selskapet, vil arbeidsplassene uansett gå tapt. Det vil også være urimelig for samfunnsøkonomien og næringslivet at arbeidstakernes vern skal være så strengt at dette går på bekostning av virksomhetens eksistens.

3.3.4.1.1 Vanskelig økonomisk situasjon = større spillerom for arbeidsgiver?

I Sparebank-dommen presiserer Høyesterett helt innledningsvis at banken var i en «prekær økonomisk situasjon» som krevde drastiske endringer dersom banken skulle ha «muligheten for å overleve» (s. 781). Videre uttaler førstvoterende:

«Vesentlig for meg er at banken bla a gjennom [omstillingsutvalget] – og hermed i kontakt med de ansatte – ut fra den prekære situasjon som gjaldt hele bankens fremtid, på best mulig måte søkte å sikre både bankens og de ansattes interesser ...». (s. 781) (min understreking)

Uttalelsen gir inntrykk av at bankens gjennomføring av nedbemanningsprosessen og dens grad av saklighet blir vurdert i lys av den vanskelige økonomiske situasjonen som forelå. Tilsvarende uttalelser er å finne i Braathens-dommen, hvor flertallet innledningsvis i saklighetsvurderingen uttrykker at «selskapet hadde en alvorlig frykt for å bli rammet av konkurs». Nedbemanningsprosessen berørte her 1380 arbeidstakere i virksomheten, og behovet for effektivitet var derfor stort. Hvordan virksomhetens vanskelige situasjon påvirker rettens vurdering fremgår av førstvoterendes uttalelse om saksbehandlingen:

«Etter flertallets syn må den prosess som foregikk i Braathens, i samarbeid med de ansattes organisasjoner, karakteriseres som grundig og tilfredsstillende i lys av det omfang saken hadde og det tidspress som forelå». (min understreking)

Og videre:

«Flertallet har forstått det slik at en grunn til at dette opplegget ble valgt, var at man ikke hadde mulighet til å forestå opplæring av ansatte som eventuelt skulle bytte avdeling. Det ville bli for tidkrevende i den vanskelige situasjonen man var i». (min understreking)

Uttalelsene viser at retten i Braathens-dommen også vurderer arbeidsgivers fremgangsmåte og valg i lys av den vanskelige situasjonen bedriften var i. I begge de nevnte dommer ble arbeidsgivers avgrensning av utvelgelseskretsen ansett som saklig begrunnet.

Også i de tilfeller hvor økonomien kun er svekket, eller dårlige utsikter for fremtidig økonomisk situasjon gjør nedbemanning nødvendig, trekkes situasjonens alvor, eller heller mangel på sådan, inn i saklighetsvurderingen. Et godt eksempel på dette er Spennbetong-dommen.

Nordenfjeldske Spennbetong AS måtte i 1988 si opp 21 av 88 arbeidstakere som følge av svikt i ordretilgangen. Bedriften var delt inn i åtte arbeidsstasjoner, og utvelgelseskriteriene ansiennitet, kvalifikasjoner og sykefravær ble vurdert adskilt innen hver stasjon. I vurderingen av om den avdelingsvise avgrensningen av utvelgelseskretsen var saklig begrunnet legger retten vekt på at:

«Bedriften var heller ikke i en akutt krisesituasjon ved innskrenkningene. Dette var et målrettet tiltak for forsvarlig drift i en forventet fremtidig markedssituasjon».

Situasjonen for Nordenfjeldske Spennbetong var altså ikke så akutt at effektivitetshensyn måtte veie tyngre enn hensynet til arbeidstakernes stillingsvern. Det var heller tale om en løpende tilpasning til de markedsendringer arbeidsgiver så komme. Av blant annet denne grunn ville ikke en utvidelse av

kretsen til hele virksomheten medføre «vesentlige driftsmessige farer eller ulemper» for bedriften. Den tilsiktede rasjonaliseringseffekt kunne altså oppnås uten å fravike utgangspunktet, og oppsigelsene var ugyldige.

Tilsvarende hensyn som i Spennbetong-dommen ble også vektlagt i Bravida-dommen. Styrt konkurranseutsetting fra Bravidas viktigste kunde hadde ført til redusert omsetning som nødvendiggjorde nedskjæringer. Retten anerkjente at en større utvelgelseskrets enn den valgte ville medføre «merarbeid og økt tidsforbruk» for selskapet, og uttrykte at det «som et utgangspunkt bør [...] vises noe varsomhet fra rettens side i forhold til å overprøve beslutningene truffet i en slik situasjon». Det var likevel ikke tale om «ulempe[r] ... av vesentlig art» eller «vesentlige driftsmessige farer». Oppsigelsen ble av denne grunn kjent ugyldig.

Også i en helt ny dom fra Hålogaland lagmannsrett av 15. april 2016 (LH-2015-189365, Kappahl-dommen) var manglende vanskelig økonomisk situasjon en del av begrunnelsen for at utvelgelseskretsen ble ansett å være avgrenset på usaklig grunnlag. I en så stor virksomhet som Kappahl AS måtte det etter rettens mening påberegnes «kontinuerlig markedstilpasning som jevnlig vil måtte medføre tiltak av større eller mindre betydning for avdelingene som sådan, eller for de ansatte». Nedleggelsen av den aktuelle avdelingen kunne derfor ikke anses som en «ekstraordinær situasjon» som alene kunne begrunne den valgte avgrensning. Kappahl var heller ikke i «økonomiske vanskeligheter som kunne begrunne en ekstraordinær eller avvikende løsning». Nedleggelsen av butikken ble gjort på bakgrunn av butikkens svake omsetning fra 2012, og ikke som en nødvendighet for selskapets videre forsvarlige drift eller mulighet til overlevelse. Dommen er per 31. mai 2016 ikke rettskraftig, og dens rettskildemessige vekt er derfor ikke avklart.

Sammenlignet med Sparebank-dommen og Braathens-dommen var den økonomiske situasjonen i Spennbetong-dommen, Bravida-dommen og Kappahl-dommen langt fra like prekær da det ikke var tale om de respektive selskaperens liv eller død, men heller en nødvendig tilpasning til et fremtidig marked. På bakgrunn av de gjennomgåtte dommene kan det legges til grunn at utfallet av domstolenes saklighetsvurdering til en viss grad avhenger av hvor prekær eller ekstraordinær den økonomiske situasjonen er for arbeidsgiver. Man kan si at saklighetskravet oppstiller en relativ terskel eller representerer en glideskala, hvor terskelen for saklighet blir høyere jo bedre den økonomiske situasjonen er. Vurderingen må slik jeg ser det bli om arbeidsgiver innenfor de økonomiske og tidsmessige rammene som situasjonen tillater har foretatt en så forsvarlig avgrensning av utvelgelseskretsen som mulig.

3.3.4.2 Utfordrende geografiske forhold

Dersom virksomheten er spredt over et stort geografisk område vil det å operere med hele virksomheten som utvelgelseskrets kunne være svært ressurskrevende og lite naturlig, og i noen

tilfeller vil det heller ikke være praktisk gjennomførbart. Dette fordi ulike regionskontorer/avdelinger ofte har en egen desentral ledelse, og kanskje ingen eller lite kontakt med andre regionskontorer.

Vurderingsmomentet utfordrende geografiske forhold ble først trukket frem i Sparebank-dommen, hvor Høyesterett uttalte at banken dekket et «betydelig[...] geografisk[...] område» (s. 782). Det var tale om nedleggelse av 18 av totalt 48 filialer spredt rundt i Troms og Finnmark. Dette gjorde det ikke urimelig å vurdere hver avdeling for seg.

I Gresvig-dommen trekker førstvoterende innledningsvis inn at Gresvig Detaljhandels 100 butikker hadde en «betydelig geografisk spredning» fordelt over hele landet. Etter rettens mening var dette et «naturlig utgangspunkt» for vurderingen av om Gresvigs praksis «var innenfor den ramme som i rettspraksis er trukket opp for bruk av begrensede utvalgskretser» (avsn. 46 og 47).

Et annet eksempel hvor utfordrende geografiske forhold ble påstått som saklig grunn for avgrensning av utvelgelseskretsen er Skogeierlag-dommen. Det skulle nedbemannes i Agder Skogeierlag og hvert distrikt innad i fylket var satt som utvelgelseskrets. Lagmannsretten uttrykte at det dreide seg om «store geografiske områder», men kom likevel til at «arbeidstakerens stillingsvern [var] så betydningsfullt» at hver distriktsavdeling ikke kunne utgjøre utvelgelseskretsen. Det er grunn til å tro at retten i stor grad også vektla arbeidsgivers manglende drøftelse av avgrensningsspørsmålet med de tillitsvalgte/ansatte, og manglende vurdering av alternative løsninger, slik som overføring til annet arbeid i et annet distriktskontor.

I rettspraksis har vurderingsmomentet «utfordrende geografiske forhold» blitt tillagt størst vekt i de tilfeller hvor den geografiske spredningen går på tvers av fylkesgrenser. Vurderingsmomentet er ikke tillagt særlig vekt i de tilfeller hvor det er tale om avgrensning av utvelgelseskretsen til en enkelt avdeling blant flere avdelinger under samme tak med samme adresse, se eksempelvis Posten Norge I-dommen eller Spennbetong-dommen, hvor det «ikke [var] naturlig å se de enkelte arbeidsstasjoner i produksjonen separat» fordi dette var funksjoner som «utfyller hverandre i en produksjonsenhet» (Spennbetong-dommen s. 1106). Dette setter en viss terskel for når det er relevant å påberope seg utfordrende geografiske forhold som begrunnelse for avgrensning av utvelgelseskrets.

Hvilken vekt en eventuell geografisk spredning av virksomheten tillegges avhenger trolig også av virksomhetens økonomiske situasjon. Jo større geografisk område selskapet dekker jo mer ressurskrevende blir det å la virksomheten i sin helhet utgjøre utvelgelseskretsen. Dersom den økonomiske situasjonen er presset er det derfor grunn til å tro at stor geografisk spredning av virksomheten tillegges stor vekt i saklighetsvurderingen. Dette var eksempelvis tilfellet i både Sparebank- og Gresvig-dommen. Dersom den økonomiske situasjonen derimot er normal, vil den geografiske spredningen av selskapet trolig tillegges mindre vekt, men hvor liten vekt momentet tillegges vil nok også avhenge av hvor stor den geografiske spredningen er. Strekker selskapets

struktur seg over store deler av landet vil en utvelgelseskrets som omfatter hele virksomheten etter omstendighetene kunne være uforholdsmessig tyngende, uavhengig av om den økonomiske situasjonen er god.

3.3.4.3 Virksomhetens struktur og særegne forhold

I nær sammenheng med virksomhetens geografiske forhold henger vurderingsmomentet «virksomhetens struktur». Av den gjennomgatte rettspraksis er det tydelig at det i saklighetsvurderingen også har betydning om det i organisasjonsstrukturen allerede eksisterer en avgrensning eller inndeling mindre enn hele virksomheten, men større enn allerede valgte krets, som kan utgjøre en mer naturlig og saklig avgrensning av utvelgelseskretsen.

En slik naturlig avgrensning fantes ikke i Gresvig-dommen. Retten uttrykte at det fantes «ingen opplysninger om at det er opprettet divisjoner som har ansvar for bestemte distrikter, og det vil, i hvert fall i mange tilfeller, ikke være klart hvilke butikker som skulle inngå i en eventuell større utvelgelseskrets» (avsn. 47). Intersport Profil var også et helt særskilt virksomhetsområde i selskapet, og derfor lite sammenlignbart med andre avdelinger eller butikker. Når en slik større naturlig inndeling ikke allerede eksisterer, er det altså ikke gitt at en større utvelgelseskrets enn den valgte vil være påkrevet. Dersom det imidlertid finnes en slik naturlig inndeling som er større enn arbeidsgivers valgte utvelgelseskrets, er dette et argument for at avgrensningen av kretsen er usaklig. Å utvide utvelgelseskretsen til den naturlige strukturen i selskapet vil i et slikt tilfelle øke arbeidstakernes vern uten at det nødvendigvis blir ekstra byrdefullt for arbeidsgiver, fordi det trolig allerede foreligger et samarbeid eller annen tilknytning mellom disse selskapsstrukturene som gjør det naturlig og enkelt å vurdere arbeidstakere her samlet. Avveiningen bør gå i arbeidstakernes favør i et slikt tilfelle.

I saklighetsvurderingen vil det også være aktuelt å ta i betraktning om det er helt særegne eller historiske omstendigheter ved selskapsstrukturen som gjør en annen utvelgelseskrets enn den valgte vanskelig eller urimelig for enten arbeidsgiver eller arbeidstaker. Et eksempel på slike særegne omstendigheter er de nylig gjennomførte fusjonene i Sparebank-dommen. Flere lokale sparebanker hadde kort tid før nedbemanningen i banken fusjonert med Sparebanken Nord-Norge, noe som ikke gjorde det urimelig å sette hver bankfilial som utvelgelseskrets, jf. dommen s. 782.

I Posten I-dommen la retten vekt på at Postens oppdeling av avdelingene hadde en «kortvarig historie». Å sette hver avdeling som utvelgelseskrets var derfor urimelig, særlig fordi avdelingene hadde beholdt arbeidsoppgavene sine og fremdeles tilhørte samme forretningsområde. Av denne grunn var det ikke byrdefullt å anse avdelingene som samme utvelgelseskrets. Rettens begrunnelse gjør det vanskeligere for arbeidsgiver å misbruke reglene om utvelgelseskrets ved eksempelvis å dele virksomheten opp i avdelinger som kort tid senere legges ned, med den følge at arbeidstakerne tilknyttet avdelingen sies opp.

En tredje dom hvor selskapets struktur og særegenhet er trukket frem, er den allerede nevnte Skogeierlag-dommen. Skogeierlaget mente at en avgrensning av utvelgelseskretsen til hvert distrikt var saklig som følge av blant annet selskapets særegenhet, da det var av avgjørende betydning for arbeidet at skogsarbeiderne kjente både distriktet de arbeidet i og de andre skogsarbeiderne de arbeidet med. Lagmannsretten anerkjente at skogeierlaget hadde «organisert seg på en særegen måte med mange distriktsavdelinger uten særlig sterk tilknytning hverken til den sentrale del av virksomheten eller distriktsavdelingene imellom». Likevel så rettens flertall arbeidstakernes stillingsvern som så betydningsfullt at organisasjonsformen alene ikke kunne begrunne avgrensningen. Oppsigelsene ble derfor kjent usaklige. Det er grunn til å tro at retten i stor grad også vektla arbeidsgivers manglende vurdering av alternative løsninger og at den påståtte praksisen var dårlig dokumentert.

I Exact-dommen var utvelgelseskretsen avgrenset til eiendomsmeglerkjeden Exact, som var en del av OBOS-konsernet. OBOS-meglerne var også en del av konsernet, men holdt utenfor utvelgelseskretsen. Arbeidsgivers begrunnelse for ikke å utvide utvelgelseskretsen til også å omfatte OBOS-meglerne var de sterke indre kulturforskjellene mellom kjedene, basert på historikk og markedsprofil. Disse særegne forhold ved virksomheten var imidlertid ikke tilstrekkelig dokumentert av arbeidsgiver, noe som skapte tvil om arbeidsgiver hadde hatt «et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag for sin beslutning». Dette, i tillegg til uforsvarlig saksbehandling ellers i prosessen, medførte at oppsigelsene ikke kunne anses som saklig begrunnet.

3.3.4.4 Desentral ledelse/arbeidsgiverbeføyelser

I Sparebank-dommen uttrykte Høyesterett i forlengelsen av omtalen av de nylige fusjonene, at det også var «et naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratruke» når ansettelsesmyndigheten i selskapet var tillagt avdelingsbankene. Uttalelsen tyder på at det er av betydning for saklighetsvurderingen hvor arbeidsgiverbeføyelser ligger i virksomheten, og om det eksisterer en desentral ledelse. Dette vurderingsmomentet henger naturlig nok tett sammen med vurderingsmomentet om virksomhetens struktur.

Hvor arbeidsgiverbeføyelsene lå ble også vektlagt i Skogeierlag-dommen. Lagmannsretten uttrykte i sin vurdering av sakligheten av avgrensningen av utvelgelseskretsen at «[a]lle skogsarbeiderne i skogeigarlagets distriktskontorer er tilsatt i Agder Skogeigarlag, og mottar sin lønn derfra. Skogeigarlagets sentrale ledelse har instruksjonsmyndighet overfor de enkelte skogsarbeiderne i distriktsavdelingene, og det er sentralledelsen som har tilsetnings- og oppsigelsesmyndighet» (s. 878). Det kunne ikke tillegges «særlig betydning at skogsarbeidernes ansettelsesbrev nevner hvilket distrikt de er ansatt i» (s. 879). Blant annet på denne bakgrunn kom retten som nevnt til at avgrensningen av utvelgelseskretsen til hvert distrikt innad i Agder Skogeigarlag var usaklig.

3.3.4.5 Løpende nedbemanning, «hverdagsnedbemanning», vs. enkeltvis nedbemanning

Varigheten av arbeidsgivers nedbemanningsprosess kan variere. I noen tilfeller er det tale om en langvarig omstrukturering av virksomheten som medfører kontinuerlige nedbemanningsprosesser som involverer et stort antall ansatte. I andre tilfeller kan det være tale om en enkelt nedbemanningsprosess grunnet virksomhetens tap av et viktig kundeforhold eller lignende, og dermed tapte inntekter.

At det var tale om en løpende nedbemanningsprosess ble for første gang fremhevet i rettspraksis i Gresvig-dommen. Omstruktureringen og nedbemanningen i Gresvig Detaljhandel AS hadde pågått fra 2009 til 2013, og var begrunnet i selskapets anstrengte likviditetssituasjon. Høyesterett påpekte at det ikke var «tale om én nedbemanningsprosess, men snarere om en løpende tilpasning til markedsutviklingen og konkurransesituasjonen» (avsn. 49). Dette fikk betydning da slike «[g]jentatte prosesser som involverer et stort antall ansatte, [...] også [vil] legge beslag på betydelige ledelsesressurser, og det vil være særlig betenkelig når selskapet er i en omstillingsprosess med sikte på å sikre grunnlag for fortsatt drift» (avsn. 50).

Som Høyesterett indikerer, er det klart at en løpende nedbemanningsprosess over lengre tid vil være langt mer ressurskrevende for virksomheten enn én enkelt nedbemanningsprosess. Kontinuerlig nedbemanning over lengre tid medfører økt tidsbruk, større utgifter, lengre perioder med uro i bedriften, mv. Det kan derfor være rimelig at bedrifter i slike situasjoner får anledning til å begrense ressursbruken der dette er mulig, eksempelvis ved å avgrense utvelgeskretsen. Høyesterett tydeliggjør at dette vurderingsmomentet henger tett sammen med virksomhetens økonomiske stilling.

3.3.4.6 Betydningen av langvarig praksis

I rettspraksis er det i stor grad vektlagt hvorvidt arbeidsgiver har fulgt en ensartet og langvarig praksis ved avgrensningen av utvelgeskretsen, og/eller har gjennomført den valgte avgrensningen konsekvent gjennom hele prosessen dersom denne har vært langvarig. Dette ble for første gang pekt på i Sparebank-dommen og er deretter vektlagt i Skogeierlag-dommen (ikke tilstrekkelig dokumentert praksis), Braathens-dommen (praksis fulgt konsekvent gjennom hele prosessen), Posten I-dommen (ikke tilstrekkelig grunnlag for fast praksis), Posten II-dommen (fulgt fast praksis), og til slutt i Gresvig-dommen som uttrykker at det er «klart at en innarbeidet praksis i bedriften etter omstendighetene vil måtte tillegges betydelig vekt» (avsn. 46).

At en fast praksis i virksomheten skal tillegges «betydelig vekt» vil i de fleste tilfeller være rimelig. En innarbeidet og kjent praksis er egnet til å skape forutberegnelighet og likhet for arbeidstakerne i bedriften, noe som tilsier at det å følge praksisen er saklig. Motsatt kan forutberegnelighets- og likhetshensyn også tale for at en avgrensning av utvelgeskretsen som fraviker fast praksis er usaklig.

I Gresvig-dommen påpeker Høyesterett at den langvarige praksisen for å benytte hver avdeling som utvelgeskrets hadde den konsekvens at arbeidstakeren hadde unngått å bli trukket inn i tidligere oppsigelsesprosesser i andre avdelinger. Det var derfor «et hensyn i seg selv å unngå forskjellsbehandling» innad i virksomheten (avsn. 56). I dette tilfellet var det som allerede nevnt tale om en løpende nedbemanningsprosess. På bakgrunn av dommen er det grunn til å anta at likhetsprinsippet vil få enda større betydning i slike tilfeller, enn i tilfeller hvor det er tale om flere enkelttilfeller av nedbemanninger i bedriften.

3.3.4.7 Saksbehandlingen for øvrig

Det sjette vurderingsmomentet fra rettspraksis som skal drøftes er arbeidsgivers saksbehandling ved avgrensningen av utvelgeskretsen, samt øvrig saksbehandling i nedbemanningsprosessen. Arbeidsgivers saksbehandling har i større eller mindre grad vært vurdert i samtlige dommer om utvelgeskrets.

I den nye Kappahl-dommen uttrykte lagmannsretten at «[s]aksbehandlingen inngår som et moment i den samlede vurderingen av om det var rimelig og tungtveiende å anvende avdelingsvis utvelgelse ved oppsigelse av de ankende parter, og ikke som et selvstendig grunnlag for ugyldighet». Tilsvarende syn kommer også til uttrykk i Exact-dommen. Her ble den uforsvarlige saksbehandlingen gjennom hele nedbemanningsprosessen avgjørende for vurderingen av om avgrensningen av utvelgeskretsen var saklig begrunnet, til tross for at argumentene for avgrensningen i seg selv var saklige. Minstekrav som drøftelsesmøter med den enkelte ansatt og tillitsmannsapparatet var ikke gjort, eller gjort på en lite tilfredsstillende måte. Dommene indikerer at saksbehandlingen i nedbemanningsprosessen for øvrig har betydning i vurderingen av om utvelgeskretsen er avgrenset på saklig grunnlag.

Arbeidsgivers grunnlag for og gjennomføring av avgrensningsvurderingen er også vektlagt som et moment i saklighetsvurderingen, jf. blant annet Skogeierlag-dommen og Exact-dommen. I Skogeierlag-dommen fant ikke retten det bevist at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad hadde overveiet hvordan utvelgeskretsen skulle avgrenses, og hvilke konsekvenser mulige alternativer ville få. Avgjørelsen om å benytte hvert distrikt innad i skogeierlaget som utvelgeskrets fremstod dermed ikke som velbegrunnet. Retten så dette som «en alvorlig mangel i den vurdering av alternative løsninger som en arbeidsgiver plikter å foreta». I Exact-dommen uttrykte lagmannsretten at det manglet «dokumentasjon knyttet til arbeidsgivers vurdering av de forhold som skal ha vært til hinder for å la utvelgeskretsen sammenfalle med hele virksomheten». Retten kunne derfor ikke se at arbeidsgiver hadde gjennomført viktige konsekvensbetraktninger, noe som gjorde det vanskelig å etterprøve om oppsigelsene var saklig begrunnet. Dommene viser at det i saklighetsvurderingen er av betydning at arbeidsgiver i avgrensningen av utvelgeskretsen gjennomfører konsekvensvurderinger

av ulike alternativer, og dokumenterer dette slik at notoritets hensyn og hensynet til de ansattes interesser ivaretas.

3.3.4.8 Avtale/enighet/samarbeid med tillitsvalgte

Når det gjelder arbeidsgivers avtale eller enighet med de ansatte og/eller deres tillitsvalgte kan praksis deles opp i fire kategorier eller «grader» av enighet.

For det første kan det inngås omstillingsavtaler mellom arbeidsgiver og fagforeninger som inneholder regler om kretsavgrensning. En slik avtale vil være bindende for partene, og en avgrensning av utvelgelseskretsen i strid med det avtalte vil etter omstendighetene kunne representere et avtalebrudd og medføre at avgrensningen er usaklig. Et eksempel på en slik omstillingsavtale finnes i Rt. 2000 s. 71, hvor tillitsmannsapparatet og arbeidsgiver etter rettens mening hadde inngått en avtale om beregning av ansiennitet i selskapet.

Partene kan for det andre ha kommet til enighet om hvordan utvelgelseskretsen skal avgrenses uten at dette er formalisert i en avtale. Et eksempel på dette er Posten II-dommen. Det fremgikk av protokoller fra drøftelsesmøter gjennomført i forkant av oppsigelsene at de tillitsvalgte og representanter for Posten Norge AS var enige om å gjennomføre nedbemanningen, og herunder avgrensning av utvelgelseskretsen, etter policy for nedbemanning i Posten Norge AS. Lagmannsretten la vekt på at nedbemanningen var gjennomført i tråd med det avtalte.

For det tredje er det vektlagt i rettspraksis at partene gjennom samarbeid og fri informasjonsflyt har forsøkt å komme til enighet, eller at arbeidsgiver i hvert fall har forsøkt å ivareta de ansattes interesser gjennom slikt samarbeid. Slikt samarbeid ble for første gang vektlagt i Sparebank-dommen. Her var det «vesentlig» for Høyesterett at banken gjennom sitt opprettede omstillingsutvalg bestående av representanter for arbeidstaker og arbeidsgiver, i så stor grad som mulig hadde forsøkt å ivareta de ansattes interesser gjennom hele nedbemanningsprosessen. Retten fant det ikke nødvendig å ta stilling til om utvalget faktisk hadde gitt sin tilslutning til avgrensningen av utvelgelseskretsen. Allerede det at utvalget var opprettet og deltok i avgjørelsene underveis i prosessen var et tungt argument for at utvelgelseskretsen var saklig avgrenset til hver filial (s. 781).

Tilsvarende syn ble også trukket frem i Braathens-dommen. Retten la til grunn at avgrensningen av utvelgelseskretsen var gjort i samråd med de tillitsvalgte på bakgrunn av at de tillitsvalgte og andre representanter for organisasjonene ble hørt og orientert gjennom hele nedbemanningsprosessen. Lagmannsretten viste til at prosessen hadde skjedd i «nært samarbeid med organisasjonene, som ikke hadde vesentlige innvendinger til opplegget». Som i Sparebank-dommen ble det altså heller ikke her konstatert fullstendig enighet mellom partene, men likevel ble inkluderingen av tillitsvalgte tillagt betydelig vekt til fordel for arbeidsgiver.

Den siste kategorien av samarbeid/involvering av arbeidstakere og tillitsvalgte er de tilfeller hvor få eller ingen deler av nedbemanningsprosessen, herunder avgrensning av utvelgelseskrets, er informert eller drøftet. Det første eksempelet på dette i rettspraksis er Skogeierlag-dommen, hvor retten «legger til grunn at skogeigarlaget ikke har drøftet [spørsmålet om avgrensning av utvelgelseskretsen til hvert distrikt] hverken med de ansatte eller deres organisasjoner». Dette innebar en «alvorlig mangel i den saklighetsvurdering som skal finne sted ...».

Manglende drøfting og involvering av de ansatte var også tilfellet i Kappahl-dommen. Først to måneder før butikkens leiekontrakt utløp ble arbeidstakerne og deres tillitsvalgte informert om nedleggelsen av butikken og påfølgende oppsigelser. Dette var særlig kritikkverdig da styret hadde fattet sin avgjørelse over et halvt år tidligere. Til tross for at det ble avholdt drøftelsesmøter etter at nedleggelsen ble kjent, var det klart for både butikksjefen, de øvrige ansatte og selskapets HR-sjef at møtene ikke ville ha innvirkning på den beslutning som var tatt. På denne måten ble de ansatte fratatt muligheten til å ha «reell innflytelse på hvordan oppsigelsene skulle gjennomføres», herunder også hvordan utvelgelseskretsen skulle avgrenses. Saksbehandlingen var derfor ikke gjennomført tilfredsstillende, og oppsigelsene var usaklige.

Eksemplene fra rettspraksis viser at enighet og/eller samarbeid med ansatte/tillitsvalgte tillegges større vekt jo klarere og mer dokumentert enigheten er, noe som også er naturlig. I den ene enden av skalaen finner man formelle avtaler mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte. I Rt. 2000 s. 71 uttalte Høyesterett at «domstolen bør vise tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsvalgsapparatet». Slike avtaler veier altså tungt såfremt de er tilstrekkelig dokumentert, fulgt av arbeidsgiver og kan anses som gyldige. På den andre siden av skalaen er de tilfeller hvor ingen deler av nedbemanningsprosessen er drøftet eller informert til arbeidstakerne og/eller de tillitsvalgte. Dette kan representere et så alvorlig avvik fra forsvarlig saksbehandling at det kan få avgjørende vekt for vurderingen av om avgrensningen av utvelgelseskretsen er saklig begrunnet. I midten av skalaen finner man de situasjoner hvor arbeidstakerne og de tillitsvalgte er holdt orientert om eller har deltatt i beslutninger gjennom hele nedbemanningsprosessen. I lys av de ovenfor nevnte dommer er det tydelig at det avgjørende for vekten av slikt samarbeid er om arbeidstakerne og deres tillitsvalgte gjennom informasjons- og drøftelsesmøter med arbeidsgiver er gitt en reell mulighet til å kunne påvirke de avgjørelser som skal fattes, uavhengig av om enighet er oppnådd.

3.3.4.9 Uro i bedriften og trygghet for gjenværende ansatte

En nedbemanningsprosess er i stor grad egnet til å skape uro og usikkerhet blant arbeidstakerne i en virksomhet. Arbeidstakere som er usikker på sin stilling skaper gjerne uro og/eller søker seg til andre arbeidsgivere for å unngå den påkjenning en nedbemanningsprosess innebærer. Den uro og usikkerhet

som skapes kan i slike tilfeller gjøre nedbemanningsprosessen unødvendig ressurskrevende for arbeidsgiver. Virksomheten risikerer også å miste sentral kompetanse som uansett ville blitt bevart, fordi ressurssterke arbeidstakere velger frivillig avgang fremfor å avvente arbeidsgivers beslutning, da de er trygge på å få annet arbeid. Det er derfor et hensyn i seg selv å skape trygghet blant dem som arbeidsgiver uansett trenger i den videre drift av virksomheten.

En måte å dempe omfanget av slik usikkerhet og uro blant arbeidstakerne er å avgrense utvelgeskretsen til en mindre del innad i virksomheten. Jo mindre utvelgeskretsen er jo mindre antall arbeidstakere involveres i utvelgesvurderingen, og desto mindre usikkerhet og uro oppstår blant arbeidstakerne. Hensynet til ro i de resterende delene av virksomheten er derfor ofte påberopt av arbeidsgiver som et argument for at utvelgeskretsen er saklig avgrenset.

I Posten II-dommen mente flertallet at arbeidsgivers avgrensning av utvelgeskretsen til enkelte enheter innad på hovedkontoret «hadde gode grunner for seg i en bedrift av Postens størrelse og struktur. Dersom man skulle avgrenset utvalgs-kretsen til hele hovedkontoret ville det skapt mer uro og uforutsigbarhet for de øvrige ansatte, og medført vanskelige og uoversiktlige prosesser for de ansvarlige lederne, fagforeningene og de berørte arbeidstakerne». Som det fremgår er bedriftens størrelse, og da særlig antall ansatte, av betydning i vurderingen av hvilke konsekvenser økt uro vil få for virksomheten. Dette er naturlig, da uro blant et stort antall ansatte er mer ressurskrevende enn uro blant et fåtall ansatte.

Dersom bedriften er i en økonomisk vanskelig situasjon er det å sikre ro og trygghet for de gjenværende ansatte et ekstra tungtveiende moment. I slike situasjoner er arbeidsgiver svært sårbar for økt ressursbruk, og det er i de gjenværende ansatte og bedriftens interesse at så lite ressurser som mulig benyttes i nedbemanningsprosessen, slik at ikke flere arbeidsplasser må gå tapt. Dette hensynet kommer til uttrykk i Braathens-dommen hvor lagmannsretten uttrykte at det var «nødvendig å iverksette en nedbemanningsprosess meget raskt for å forhindre at utviklingen førte til at selskapet gikk konkurs og alle arbeidsplassene gikk tapt». Å tvinge arbeidsgiver gjennom en prosess som er så ressurskrevende at selskapet etterhvert går konkurs og alle arbeidsplassene går tapt, undergraver tryggheten til de ansatte. En vid utvelgeskrets gir gjerne en riktigere utvelgelse og et mer rettferdig resultat, og dermed også økt trygghet for de ansatte. Dette spiller imidlertid liten rolle dersom prosessen av denne grunn blir så tyngende for arbeidsgiver at alle arbeidsplassene tilslutt går tapt fordi selskapets økonomiske stilling fører til konkurs. I slike tilfeller må tryggheten for gjenværende arbeidsplasser gå foran tryggheten og rettferdigheten for de arbeidstakerne som omfattes av en avgrenset utvelgeskrets.

3.3.5 Saklig begrunnet avgrensning av utvelgeskretsen – oppsummering

En avgrensning av utvelgeskretsen til å omfatte mindre enn hele virksomheten vil begrense antall arbeidstakere i utvelgelsen, og på denne måten redusere arbeidstakernes stillingsvern. Dette begrunner det domstolskapede kravet til saklig grunn for avgrensning, og den forholdsvis høye terskelen som er oppstilt gjennom rettspraksis.

Det er vanskelig å slå fast akkurat hvor høy terskel saklighetskravet oppstiller. De nevnte eksemplene fra rettspraksis er svært konkrete og særegne, og situasjonen varierer naturlig nok stort fra virksomhet til virksomhet. Til tross for at de ovenfor gjennomgåtte vurderingsmomentene ikke skal anses som minstekrav for saklighet, er noen av dem likevel oftere vurdert og tillagt mer vekt i saklighetsvurderingen enn andre. Dette gjelder særlig vurderingsmomentene virksomhetens økonomiske situasjon, saksbehandlingen ved avgrensningen og ellers i nedbemanningsprosessen, og samarbeid med arbeidstakere og tillitsvalgte.

Dersom den økonomiske situasjonen er dårlig, saksbehandlingen gjennom hele prosessen er forsvarlig og samarbeidet med de ansatte og deres tillitsvalgte er tilfredsstillende, kan det vanskelig tenkes at avgrensningen av utvelgeskretsen vil kjennes usaklig og oppsigelsene dermed ugyldige. Er den økonomiske situasjonen god, slik at nedbemanningsprosessen er motivert av andre forhold, er saklighetskravet trolig noe strengere da hensynet til arbeidstakernes stillingsvern står like sterkt, og kanskje sterkere, enn hensynet til virksomhetens behov. Avgrensningen kan i slike tilfeller likevel anses som saklig dersom det i nedbemanningsprosessen er sørget for et nært samarbeid mellom arbeidsgiver og arbeidstakere og deres tillitsvalgte, og i tillegg opprettet avtaler om avgrensning av utvelgeskrets. Uansett vil det være slik at den endelige avgjørelsen av om utvelgeskretsen er saklig avgrenset eller ikke vil bero på en konkret helhetsvurdering av virksomhetens situasjon, hvor de hensyn og vurderingsmomenter som gjør seg gjeldende vurderes avhengig av og opp mot hverandre.

4 UTVELGELSESFLATE

4.1 Innledning

I rettspraksis finnes det spor av en annen form for avgrensning eller gruppering av arbeidstakere som kan minne om en klassisk utvelgeskrets. Formålet med denne delen av avhandlingen er å identifisere disse sporene og illustrere denne avgrensningens praktiske betydning. Hvilke krav som stilles til avgrensningens gyldighet og relevante momenter for denne vurderingen vil også gjennomgå.

4.2 Nærmere om Rt. 1986 s. 879, Hillesland-dommen

Som nevnt i punkt 3.3.3.1 er det ikke tydelig om Hillesland-dommen egentlig regulerer muligheten for avgrensning av utvelgelseskrets ved nedbemanning. I juridisk teori omtales dommen i relasjon til utvelgelseskriterier som et eksempel på at ansiennitet kan fravikes til fordel for virksomhetens behov for å bevare kompetanse i en utfordrende situasjon. Tilsvarende syn på Hillesland-dommen fremgår også av underrettspraksis, jf. eksempelvis Exact-dommen, hvor det uttrykkes at Hillesland-dommen er et eksempel på at «tariffestet ansiennitetsprinsipp kan fravikes dersom dette er tilstrekkelig saklig begrunnet i bedriftens behov». I Gresvig-dommen trekkes imidlertid Hillesland-dommen frem som en del av det rettslige grunnlaget for at utvelgelseskretsen kan avgrenses til å omfatte mindre enn hele virksomheten. Høyesterett presiserer også at Hillesland-dommen gir uttrykk for «at en begrensning av utvelgelseskrets til den aktuelle beskjeftigelse var akseptabelt» (avsn. 39). Tilsynelatende er det altså uenighet om hva Hillesland-dommen faktisk regulerer.

I Hillesland-dommen skulle arbeidsstokken reduseres med totalt fire stillinger blant bedriftens fire avdelinger. Det skulle kuttes én stilling i skjæreavdelingen, én stilling i lageravdelingen og to stillinger ved produksjonsavdelingen. Arbeidsgiver mente at det på bakgrunn av «kvalifikasjonskrav og risikomomenter» ikke var forsvarlig å overføre de oppsagte til andre avdelinger eller foreta andre omplasseringer. Arbeidsgiver hadde foretatt utvelgelsen basert på hvilken kompetanse det var nødvendig å beholde for å sikre en fortsatt forsvarlig drift av virksomheten. Høyesterett mente dette var sterke hensyn som talte for å fravike ansiennitetsprinsippet. Høyesterett avslutter drøftelsen sin øverst s. 888 med følgende uttalelse:

«Jeg understreker særlig at selv om de ankende parter etter en opplæringsperiode kan fylle stillinger i andre avdelinger, forelå det, i den vanskelige situasjonen bedriften var i, sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingenes forskjellige oppgaver. Jeg finner således bedriftsledelsens avgjørelse om ikke å flytte arbeidstakere – de ankende parter eller andre – over fra produksjonsavdelingen til andre avdelinger saklig begrunnet».

Høyesterett foretar ikke en konkret vurdering av om en utvelgelse blant arbeidstakerne avgrenset til hver avdeling i seg selv er saklig begrunnet eller ikke. Det sies ingenting om hva som konkret var utvelgelseskrets og om denne var saklig avgrenset, eller om hva som eventuelt kunne utgjort en større utvelgelseskrets hos Hillesland. Det Høyesterett vurderer er om det er rom for å flytte de oppsagte arbeidstakerne til andre avdelinger eller kompetanseområder i bedriften basert på ansiennitet og/eller sosiale hensyn, eller om kompetansekravet måtte få avgjørende vekt og hindre en slik omrokking. På denne måten skiller Høyesteretts vurdering seg fra en klassisk utvelgelseskrets-vurdering, da den

klassiske utvelgelseskreter innebærer en absolutt avgrensning av arbeidstakere uten muligheter for sammenligning utenfor utvelgelseskreterens grenser.

4.3 Utvelgelsesflate

4.3.1 Kort om utvelgelseskriterier og sammenligningsgrunnlag

Utvelgelsesvurderingen skal foretas blant arbeidstakerne som omfattes av utvelgelseskreter. For å kunne sammenligne arbeidstakerne på en rettferdig og riktig måte er det nødvendig at arbeidsgiver skaffer seg et tilstrekkelig sammenligningsgrunnlag. Dette gjøres ved å innhente informasjon om arbeidstakerne etter arbeidsgivers valgte utvelgelseskriterier. Utvelgelseskriteriene er de kriteriene utvelgelsen av de ansatte innenfor utvelgelseskreter skal skje etter. De mest anvendte kriteriene er ansiennitet, kompetanse og sosiale forhold (alder, forsørgerbyrde, mv.). Disse er ansett som saklige kriterier. For en mer utførlig fremstilling av utvelgelseskriterier og saklighetskravet for slike, vises det til Johansen og Stueland, *Arbeidsmiljøloven – Kommentarer og praksis* (Oslo, 2015), s. 831-848.

Både ansiennitet og sosiale forhold er forholdsvis enkle kriterier å tallfeste og sammenligne arbeidstakerne etter. Antall år er en objektiv målestokk som er lik for alle, og sosiale forhold av ulik art gjør seg enten gjeldende eller ikke. Det er heller vektingen av ulike sosiale forhold som ofte byr på problemer. Ulikheter innen kompetanse kan det derimot være svært vanskelig å sammenligne på en rettferdig og rimelig måte. Hvordan skal arbeidsgiver eksempelvis sammenligne økonomen og renholderen dersom disse tilhører samme utvelgelseskreter? Dette er to vidt forskjellige kompetansetyper som i utgangspunktet har lite eller ingen sammenligningsgrunnlag. Et spørsmål er om kompetansen i et slikt tilfelle må bli avgjørende eller om eksempelvis renholderens lange ansiennitet må veie så tungt at renholderen «skyver ut» økonomen og overtar vedkommendes stilling. Det er grunn til å tro at slike problemstillinger oppstår hyppig, all den tid utgangspunktet er at utvelgelseskreter skal utgjøre hele virksomheten med all den kompetanse arbeidstakerne i den innehar.

4.3.2 Utvelgelse etter kompetansetyper? «Kompetanseflater»

Spørsmålet er om arbeidsgiver kan løse problemstillinger som oppstår ved sammenligning av ulik kompetanse innad i utvelgelseskreter ved å dele de ulike kompetansetyperne inn i sammenligningsgrupper eller -flater som sammenligningen skjer innenfor. På denne måten vil arbeidstakere med samme kompetanse plasseres i samme flate og sammenlignes med hverandre. Man kan se slike «flater» av kompetansetyper som en slags «light-versjon» av utvelgelseskreter, eller som en kreter innenfor kreter. Kompetansekriteriet vil her være utgangspunktet for utvelgelsen, og vil også i varierende grad måtte tilpasses den enkelte flates kompetansetype. I utvelgelsen vil kompetansekriteriets vekt bli relativ alt etter hvilken vekt ansiennitet og sosiale forhold må tillegges i hvert enkelt tilfelle. «Flategrensene» er da ikke absolutt, men kan krysses dersom kompetansen av

ulike grunner ikke kan bli avgjørende, eksempelvis fordi ansienniteten er så høy. Slik sett kan vurderingen av når slike flategrenser kan krysses også ses på som en vurdering av hvilken vekt de ulike utvelgelseskriteriene må få i utvelgelsen. For å skille en slik mulig «kompetanseflate» innad i utvelgelseskretsen fra den klassiske utvelgelseskrets omtales slike kompetanseflater heretter som utvelgelsesflater.

I rettspraksis finnes det flere spor av utvelgelse basert på utvelgelsesflater. Et første eksempel er inndelingen av kompetanseområdene i Hillesland-dommen. Vurderingen for Høyesterett var om det var saklig at de oppsagte arbeidstakerne ikke ble opplært og overført til andre avdelinger på bakgrunn av at de ikke hadde den nødvendige kompetanse. Man kan se dette som en vurdering av om det var saklig at kompetansekravet ble avgjørende, slik at flategrensene ikke skulle krysses. Høyesterett la for det første vekt på at ansiennitetsforskjellene blant arbeidstakerne var små. For det andre talte effektivitetshensyn og den vanskelige økonomiske situasjonen bedriften var i sterkt mot å «skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingens forskjellige oppgaver» (s. 888). Det var derfor saklig ikke å la de oppsagte arbeidstakerne krysse flategrensene.

Et annet eksempel fra rettspraksis er Spennbetong-dommen. Arbeidet ved bedriften var her organisert i åtte arbeidsstasjoner. Utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som skulle sies opp ble vurdert i hver enkelt stasjon. Arbeidsgiver begrunnet inndelingen etter kompetanse med de strenge nøyaktighetskrav som ble stilt til produksjonen, i tillegg til manglende muligheter for opplæring grunnet bedriftens vanskelige økonomiske stilling. Etter lagmannsrettens mening måtte utgangspunktet for vurderingen av om en slik inndeling av arbeidstakerne var saklig være om «det ville medføre vesentlige driftsmessige farer eller ulemper å overføre de ansatte fra en avdeling til en annen» (nederst s. 1105). Om den konkrete vurderingen uttrykker lagmannsretten at:

«Ved ansettelse som produksjonsarbeider i bedriften var det nesten ikke spørsmål om kvalifikasjoner. Det kreves ingen formelle kvalifikasjoner for ansettelse i produksjonen, og det antas å dreie seg om kort opplæringstid før man kan fungere på ny plass. De produksjonsansatte hadde sin faste plass i bedriften, men det fremkom klart under forklaringene at de langt fleste også hadde fungert midlertidig på andre plasser. Kabalen ville nok relativt enkelt gått opp med noen rokeringer i produksjonen. Dersom bedriften ser på de kvalifikasjoner den har i arbeidsstokken og foretar sine disposisjoner over de ansatte deretter, er man overbevist om at den tilsiktede rasjonaliseringseffekt også nås uten å gjøre ytterligere unntak fra ansiennitetsprinsippet.» (s. 1108)

Som det fremgår av sitatet fantes det ikke så klare forskjeller i kompetansetypene i betongbedriften at dette kunne begrunne den inndeling av utvelgelsen som var gjort. Alle de ansatte var ufaglærte og kjent med arbeidsoppgavene på andre arbeidsstasjoner enn sin egen. Det ville derfor ikke være særlig

byrdefullt for bedriften å gjennomføre opplæring dersom arbeidstakere ble flyttet fra en utvelgelsesflate til en annen.

Et tredje eksempel fra rettspraksis er Bravida-dommen. Arbeidsgiver hadde avgrenset utvelgelsen av arbeidstakerne først etter geografi og deretter etter stillingsbetegnelse/kompetanse. Den oppsagte arbeidstaker var en av to «planleggere» innenfor sitt område, og ble sagt opp på bakgrunn av den andre planleggerens syv år lengre ansiennitet. Lagmannsrettens hovedproblemstilling var om «den ytterligere avgrensningen av ansiennitetsprøvingen innen de enkelte avdelinger var usaklig ved at de ansatte kun ble vurdert mot andre ansatte i samme stillingskategori». Lagmannsretten antok generelt at «det ikke foreligger noen absolutt skranke mot å anvende et slikt kriterium», og utelukker dermed ikke at utvelgelsen kan avgrenses i mindre utvelgelsesflater innen utvelgelseskretsen. Oppsigelsen ble likevel ansett som usaklig. Hovedgrunnen var at den oppsagte arbeidstakeren også burde ha tilhørt og blitt vurdert i stillingskategorien telemontør, som tilhørte samme geografiske området som planleggerne, all den tid arbeidstakeren i 25 av sine 27 år i bedriften hadde arbeidet som telemontør. Lagmannsretten uttrykker at:

«Avgrensningen som ble gjennomført medførte at Geir-Arne Brattli ble avskåret fra å bli vurdert mot en for ham vesentlig og relevant stillingsgruppe, nemlig telemontørene i Sortland driftsområde. Åtte av disse hadde kortere ansiennitet enn Brattli. Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at Geir-Arne Brattli uten opplæring fullt ut kunne ha fungert i en stilling som telemontør. Hans stilling som planlegger innebar at han måtte være en del ute på befaringer, og han var utstyrt med montørbil. Selv om det er uklart hvor stor andel av hans arbeidstid som gikk med til rene montøroppdrag, er det på det rene at han også utførte slike oppdrag.»

Bravida-dommen viser at likheter i kompetanse kan begrunne kryssing av flategrensene fra en flate til en annen. Dommen indikerer også at det kan være saklig å avgrense utvelgelsesflatene etter stillingskategorier innenfor et allerede geografisk avgrenset område av virksomheten. Dette minner i stor grad om det som er presentert over som utvelgelsesflater innen utvelgelseskretsen(e).

4.3.3 Saklighetskravet og relevante vurderingsmomenter

Etter presentasjonen av de tre dommene som er nevnt som eksempler på at utvelgelsesflater anvendes i praksis, er det tydelig at saklighetskravet også her setter avgjørende skranke for arbeidsgivers handlefrihet og utgjør den avgjørende målestokken for oppsigelsenes gyldighet. Konkret gjelder vurderingen om det vil være usaklig ikke å la arbeidstakeren krysse flategrensene, eller sagt på en annen måte, om det i det konkrete tilfellet er saklig å la kompetansekriteriet få avgjørende vekt i utvelgelsen. Som uttrykt i Spennbetong-dommen kan et utgangspunkt for en slik saklighetsvurdering være om det ville medføre vesentlige driftsmessige farer eller ulemper å overføre den ansatte fra en utvelgelsesflate til en annen. Dersom dette kan besvares bekræftende, vil det trolig være saklig ikke å

la arbeidstakeren krysse flategrensene. Hvilke momenter det vil kunne være relevant å vektlegge i en slik vurdering skal belyses i det videre.

Det må presiseres at det i denne saklighetsvurderingen uansett skal legges vekt på de utvelgelseskriterier arbeidsgiver har valgt og konkret definert for sin utvelgelse. Disse setter i utgangspunktet rammene for arbeidsgivers vurdering og ivaretar hensynet til forutberegnelighet for arbeidstakerne ved at de skal være informert til dem. De vanligste utvelgelseskriteriene i tillegg til kompetanse er som nevnt ansiennitet og sosiale forhold. I Hillesland-dommen skulle utvelgelsen eksempelvis baseres på «ansiennitet, alder, sosial status og hvilke folk vi trenger for å beholde en fortsatt god kvalitet» (s. 887), mens det avgjørende i Spennbetong-dommen var ansiennitet, kvalifikasjoner og sykefravær. De tre ovenfor nevnte dommene illustrerer i tillegg flere vurderingsmomenter som trolig vil være relevante uavhengig av arbeidsgivers utvelgelseskriterier.

For det første er det tillagt betydning hvor stor kompetanseulikheten mellom de aktuelle arbeidstakerne er. Jo større kompetanseulikhet som foreligger jo vanskeligere vil en sammenligning av arbeidstakerne bli, og jo større grunn er det til å holde kompetansetypene adskilt og vurdere dem hver for seg. Hvis kompetanseulikheten derimot er liten, slik tilfellet var i Spennbetong-dommen, vil det være mindre grunn til å differensiere og større grunn til å la arbeidstakeren krysse flategrensen.

Et annet vurderingsmoment fra de nevnte dommer er hvor lang tid som behøves for opplæring av de arbeidstakerne som eventuelt skal flyttes til en annen utvelgelsesflate. I vurderingen av om annet arbeid i virksomheten er «annet passende arbeid» for arbeidstaker, jf. aml. § 15-7 andre ledd, er det i juridisk teori uttalt at det i alle fall «ikke [kan] gis kortere opplæringstid enn det som normalt kan påregnes ved nyansettelser»²³. Det samme må trolig gjelde i vurderingen av om flategrensene skal krysses, og tale for at arbeidsgiver må akseptere en opplæringstid på rundt tre måneder. Hvor lang opplæringstid arbeidsgiver som et utgangspunkt må regne med, vil likevel naturlig nok variere etter blant annet graden av kompetanseulikhet mellom flatene, hvilken kompetanse den aktuelle arbeidstakeren allerede besitter, og eventuelle krav til spesialkompetanse. I Spennbetong-dommen hadde eksempelvis flere av arbeidstakerne tidligere gjort arbeid i andre avdelinger, og det stiltes ikke spesielle kompetansekrav til noe av arbeidet i virksomheten. Opplæringstiden ville derfor ikke være særlig lang for arbeidsgiver, noe som tilsa at flategrensene skulle krysses. Som påpekt i Hillesland-dommen må det også ses hen til arbeidsgivers økonomiske stilling. Opplæring av arbeidstakere er ressurskrevende og gjerne også sinkende for produksjonen. Dersom virksomheten allerede på nedbemanningstidspunktet har problemer med å holde driften i gang vil også kort opplæring av en eller flere arbeidstakere kunne få fatale konsekvenser.

²³ Johansen og Stueland, 2015, s. 819.

Et tredje moment er ansiennitetsforskjellene mellom arbeidstakerne. I Hillesland-dommen påpekte Høyesterett at ingen av arbeidstakerne saken gjaldt, hverken dem som hadde blitt oppsagt eller dem med kortere ansiennitet, hadde «vært ansatt særlig lenge ved bedriften». På det meste var det fire år som skilte arbeidstakerne i bedriften. Det var derfor «ikke [...] noen betydelige forskjeller i ansettelsestid mellom dem». Dette kan gi en viss pekepinn på hvilke ansiennitetsforskjell det må være tale om for at den skal kunne tillegges betydning. Som et utgangspunkt må det likevel være slik at det skal særlig mye til før ansiennitet kan bli avgjørende og «skyve ut» kompetanse, dersom arbeidsgivers behov for å beholde kompetansen er stort.

Et fjerde moment som er vektlagt i rettspraksis er sosiale forhold. Dette momentet er svært relevant også i de tilfeller hvor det ikke er eksplisitt uttalt som utvelgelseskrITERIUM. I Hillesland-dommen ble sosiale hensyn tillagt avgjørende vekt til fordel for kompetanse for to arbeidstakere grunnet høy alder og omsorgsforpliktelser. Den første av de to arbeidstakerne var 64 år og bedriften la avgjørende vekt på at han som følge av sin høye alder ville ha vanskeligheter med å få annet arbeid. Det ble også påpekt at han var en «erfaren glasskjærer, som også kunne benyttes i håndverksavdelingen» (s. 888). Både alder og kompetanse begrunnet således kryssing av flategrensene. Den andre arbeidstakeren var aleneforsørger for et barn på 10 år og bodde i en leilighet eid av Hillesland og derfor tilknyttet arbeidsforholdet. Konsekvensene av å miste jobben var følgelig store nok til at sosiale forhold veide tyngre enn arbeidstakerens kompetanse.

4.3.4 Hensynet til arbeidstakerne som «skyves ut» av sin flate

For en arbeidstaker som blir «skjøvet ut» av sin utvelgelsesflate og deretter oppsagt kan det virke urimelig at stillingen består og besettes av en annen mindre kompetent arbeidstaker.

I norsk arbeidsrett eksisterer det en absolutt skranke mot å si opp en arbeidstaker som er tilstrekkelig kvalifisert for sin stilling på bakgrunn av at virksomheten kan få ansatt en bedre kvalifisert arbeidstaker i stillingen, også kalt remplassering²⁴. For at slike oppsigelser skal kunne anses som saklige må arbeidstakerens forhold i seg selv gi saklig grunn for oppsigelse²⁵. Det eksisterer også et forbud mot nedbemanningsprosesser basert på såkalt «fristilling». Fristilling innebærer at samtlige arbeidstakere fristilles fra sine stillinger i virksomheten. Stillingene lyses deretter ut, og arbeidstakerne må på nytt søke på aktuelle stillinger. De som ikke mottar tilbud om stilling anses som overflødige. I juridisk teori er det uttalt at fristilling som hovedregel må anses som en (endrings)oppsigelse i strid med arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler²⁶.

²⁴ Fougner m.fl., 2011, s. 260.

²⁵ Johansen og Stueland, 2015, s. 856.

²⁶ Skjønberg og Hognestad, 2015, s. 312.

Fra prinsippene om remplassering og fristilling kan det trekkes en parallell til oppsigelser som skyldes at arbeidstakere på grunn av ansiennitet, sosiale forhold e.l., krysser flategrensene og overtar andre arbeidstakers stillinger. Spørsmålet er om den som blir oppsagt i et slikt tilfelle kan hevde at oppsigelsen er usaklig basert på de ovennevnte prinsipper.

I utgangspunktet må nok den omstendighet at man mister jobben til fordel for ansatte med bedre kompetanse, lenger ansiennitet og/eller tungtveiende sosiale forhold anses som saklig. Oppsigelsen vil da, i motsetning til hva som er tilfelle ved remplassering eller fristilling, være et resultat av en reell utvelgelsesprosess og helhetsvurdering basert på saklige kriterier. Så lenge stegene i en slik prosess innfrir kravet til saklighet er det vanskelig å kjenne oppsigelsen ugyldig basert på prinsippene om remplassering og fristilling, da disse i realiteten er et forsøk på omgåelse av stillingsvernsreglene. Dersom begrunnelsen for oppsigelsen derimot i realiteten er ulikt kompetansenivå, må det også kreves at det er tale om kompetanse som er relevant for den stilling som skal overtas. Det er for eksempel lite sannsynlig at det vil være saklig å legge avgjørende vekt på formalkompetanse uten hensyn til kompetansekravene i stillingen. En kantinearbeider uten formell utdanning bør kunne hevde at oppsigelsen er usaklig dersom vedkommendes jobb skal overtas av en sykepleier, og begrunnelsen er at sykepleieren har formell sykepleierutdanning.

5 LITTERATURLISTE

Lover

- Lov 17.juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Lov 2.april 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven, opphevet)
- Lov 21.juni 2013 nr.102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven)
- Lov 4.mars 1983 nr.3 om statens tjenestemenn mv. (tjenestemannsloven)

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Dommer

Høyesterettsavgjørelser

- Rt. 1984 s. 1058 (Nationalteatret-dommen)
- Rt. 1986 s. 879 (Hillesland-dommen)
- Rt. 1989 s. 508 (Christiania Spigerverk-dommen)
- Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging-dommen)
- Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsliä-dommen)
- Rt. 1992 s. 776 (Sparebank-dommen)
- Rt. 2000 s. 71
- Rt. 2009 s. 685
- Rt. 2009 s. 749
- Rt. 2011 s. 1674
- Rt. 2012 s. 168 (Notodden Fotballklubb-dommen)
- Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen)

Lagmannsrettsavgjørelser

- NAD-1981-300
- RG-1985-128 (Brynhildsen-dommen)
- RG-1990-1098 (Spennbetong-dommen)
- RG-1992-870 (Skogeierlag-dommen)
- LA-1998-154 (Selektiv-dommen)

- LH-2003-13169 (Bravida-dommen)
- RG-2004-222 (Braathens-dommen)
- LB-2004-45766 (Telavie-dommen)
- RG-2005-784 (Posten Norge I-dommen)
- LB-2005-182490 (Posten Norge II-dommen)
- LB-2010-32150 (Exact-dommen)
- LH-2015-189365 (Kappahl-dommen)

Litteratur

- Atle Stønsteli Johansen og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven kommentarer og praksis*, 2.utgave, Gyldendal, Oslo 2015.
- Alexander Næss Skjønberg og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett*, Gyldendal, Oslo 2015.
- Jan Fougner, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, Tron Erik Solheim, Tron Sundet, Johan Kr. Øydegard og Eli Aasheim, *Omstilling og nedbemanning*, 2.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2011.
- Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A Lenth, *Arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3.utgave, Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2011.
- Nils H. Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 1.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2006.
- Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4.utgave, Damm, Oslo 2006.
- Arne Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 4.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2001.