

Utvelgelseskrets ved nedbemanning

- *En analyse av arbeidsgivers adgang til å vurdere utvelgelsen av overtallige etter en avgrenset krets*

Kandidatnummer: 39

Antall ord: 14 992



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2016

Innholdsfortegnelse

<u>1. INNLEDNING</u>	5
1.1 TEMA OG AKTUALITET	5
1.2 AVGRENSNING AV OPPGAVEN	7
1.3 BEGREPSAVKLARINGER	7
1.4 RETTSKILDE OG METODE	8
1.5 DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	9
<u>2. KRAV OG FREMGANGSMÅTE VED OPPSIGELSE SOM SKYLDES FORHOLD VED VIRKSOMHETEN</u>	9
2.1 GENERELT OM OPPSIGELSESVERNET OG SAKLIGHETSKRAVET I AML. § 15-7(1)	9
2.2 FORSVARLIG SAKSBEHANDLING	11
2.3 KAN DET AV KRAVET TIL AT OPPSIGELSE SKAL VÆRE «SAKLIG BEGRUNNET I VIRKSOMHETENS FORHOLD» ETTER AML. § 15-7(1) UTLEDES BEGRENSNINGER I ADGANGEN TIL Å AVGRENSE UTVELGELSESKRETSEN?	12
2.4 KORT OPPSUMMERING	13
<u>3. VIRKSOMHETSBEGREPET</u>	13
3.1 INNLEDNING	13
3.2 HVA ER EN "VIRKSOMHET"	14
3.3 DELT ARBEIDSGIVERANSVAR	15
3.4 FORHOLDET MELLOM DELT ARBEIDSGIVERANSVAR OG VIRKSOMHETSBEGREPET	17
<u>4. REELLE HENSYN FOR OG IMOT AVGRENSNINGER I UTVELGELSESKRETSEN</u>	18
<u>5. UTVELGELSESKRETS</u>	20
5.1 UTGANGSPUNKT	20
5.2 ANALYSE AV RETTSPRAKSIS	20
5.2.1 VIRKSOMHETENS ØKONOMI	22
5.2.2 ENHETENES SELVSTENDIGHET, STØRRELSE OG ULIKE GEOGRAFISKE TILHØRIGHET	26
5.2.3 BEHOLDE KOMPETANSE FOR Å HINDRE URO OG IVARETA FORTSATT DRIFT	29
5.2.4 DRØFTELSE OG ENIGHET MED TILLITSVALGTE OM UTVELGELSESKRETS	32
5.2.4.1 Regulering i tariffavtaler	33
5.2.4.2 Hensyn bak vektlegging av drøftelser med tillitsvalgte	34
5.2.5 VIRKSOMHETENS PRAKTISERING VED TIDLIGERE NEDBEMANNINGER	36
5.3 OPPSUMMERING AV RETTSPRAKSIS	38
5.3.1 HVA ER RETTSTILSTANDEN?	38
5.3.2 GRESVIG-DOMMEN IKKE EGNET TIL Å AVKLARE RETTSTILSTANDEN	41
5.3.3 ROM FOR INNSKRENKENDE TOLKNING AV «VIRKSOMHET»	42
<u>6. SÆRLIG OM TILFELLER HVOR ARBEIDSGIVER ER BUNDET AV TARIFFAVTALE</u>	44
6.1 HVA ER «SAKLIG GRUNN» TIL Å FRAVIKE ANSIENNITET	44

6.2	BETYDNINGEN AV AVGRENSNING I UTVELGELSESKRETSEN HVOR ARBEIDSGIVER ER BUNDET AV TARIFFAVTALE	45
7.	<u>KONSEKVENSER AV Å HA EN AVGRENSET KRETS SOM RAMME FOR UTVELGELSEN</u>	48
7.1	UTVELGELSESKRITERIENE ANVENDES OVERFOR EN MINDRE KRETS ANSATTE	48
7.2	SKAL RETTEN TIL ANNET PASSENDE ARBEID ETTER AML. § 15-7 (2) OGSÅ VURDERES I HENHOLD TIL BESTEMTE DELER AV VIRKSOMHETEN?	48
7.3	KREVES DET FRATREDELSESKJENNELSE NÅR AVDELINGEN NEDLEGGES?	50
8.	<u>RETTSPOLITISK VURDERING AV RETTSTILSTANDEN</u>	51
8.1	KOMPARATIVT BLIKK PÅ SVENSK RETT - DEN SVENSKE TURORDNINGEN	51
8.2	DE LEGE FERANDA- BØR NORSK RETT LOVFESTE EN TURORDNING TILSVARENDE SVENSK RETT?	52
9.	<u>LITTERATURLISTE</u>	55
9.1	LOVHENVISNINGER	55
9.2	TARIFFAVTALER	55
9.3	FORARBEIDER	55
9.4	RETTSPRAKSIS	56
9.4.1	HØYESTERETT	56
9.4.2	LAGMANNRETEN	57
9.4.3	TINGRETEN	58
9.4.4	ARBEIDSRETEN	58
9.5	JURIDISK LITTERATUR	58
9.6	DIREKTIV	60
9.7	NETTDOKUMENTER	60

1. Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Temaet for oppgaven er arbeidsgivers adgang til å innskrenke utvelgeskretsen av arbeidstakere, ved nedbemanning som skyldes ”virksomhetens forhold” etter arbeidsmiljøloven (aml.) §15-7(1).¹ Hvilken fremgangsmåte som skal følges ved nedbemanning er med jevne mellomrom en aktuell problemstilling for mange arbeidsgivere. I forbindelse med nedgangstider i oljesektoren som gir ringvirkninger i arbeidsmarkedet generelt, er problemstillingen særlig tidsaktuell. Oppgavens aktualitet skyldes også måten mange virksomheter organiseres på, hvor enheter som er selvstendige i arbeid og drift, likevel er en del av samme virksomhet.

Det fremgår av aml. §15-7(1) at arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er «saklig begrunnet i virksomhetens [...] forhold». Regelen oppstiller et stillingsvern for arbeidstakere, ved at arbeidsgiver må påvise en begrunnelse for å avslutte arbeidsforholdet.

Bestemmelsen gir imidlertid liten veiledning hva gjelder utvelgelsen av overtallige. Det er ikke gitt hvilke arbeidstakere som skal sies opp når arbeidsgiver nedbemanner på grunn av forhold ved virksomheten. For å ta stilling til hvem som er overtallige må arbeidsgiver ta utgangspunkt i en utvelgeskrets, og innenfor kretsen vurdere de ansatte etter utvelgeskriterier. Det er innfortolket i saklighetskravet i aml. §15-7 at utvelgeskretsen og utvelgeskriteriene må være saklige.^{2 3} Med utvelgeskrets menes hva som utgjør kretsen for utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp. Utvelgeskretsen er med andre ord rammen for vurderingen av hvem av de ansatte som skal konkurrere og sammenlignes mot hverandre i forbindelse med oppsigelse.

Det fremgår ikke eksplisitt av loven, men ut fra sammenhengen i regelverket har det blitt tolket som lovens materielle utgangspunkt at virksomheten utgjør utvelgeskretsen - dvs. at samtlige ansatte inngår i vurderingen av hvem som skal sies opp.⁴ Dette skyldes at utvelgeskrets kun aktualiseres ved oppsigelser begrunnet i ”virksomhetens” forhold. I

¹ Nærmere om «virksomhetens forhold» i punkt 2.3

² Skjønberg/ Hognestad (2014) s.310

³ Tron Dalheim, Norsk lovkommentar, Note 619 til aml. §15-7

⁴ Skjønberg/ Hognestad (2014) s.311

tillegg er fortrinnsretten, retten til annet passende arbeid og interesseavveiningen knyttet til virksomhetsbegrepet, jfr aml. §§ 14-2(1) og 15-7(2).⁵

Oppfatningen om at hele virksomheten er utvelgeskrets har etter rettspraksis festnet seg som et vilkår etter loven. I Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen) uttalte Høyesterett at når ”*lovens utgangspunkt er at virksomheten er utvelgeskrets må de hensyn som tilsier at utgangspunktet fravikes, være tungtveiende*”.⁶ På bakgrunn av teori og rettspraksis må det anses som et klart utgangspunkt at samtlige i virksomheten inngår i utvelgeskretsen. Spørsmålet for oppgaven blir dermed i hvilken grad «virksomhet» kan tolkes innskrenkende, slik at utvelgelsen av overtallige foretas etter en avgrenset krets, fremfor virksomheten som sådan.

Formålet bak arbeidsmiljøloven er å gi arbeidstakerne et minstevern for å beskytte de antatte svake partene i arbeidsforholdet.⁷ Det å tolke en utpreget vernebestemmelse som aml. §15-7 innskrenkende, fremstår umiddelbart som betenkelig og krever tungtveiende grunner.⁸

I mange tilfeller vil omsetningssvikt bare ramme bestemte deler av virksomheten, og spørsmålet om hvem som skal sies opp blir satt på spissen – kan arbeidsgiver bare velge mellom arbeidstakere som er tilknyttet enheten med omsetningssvikt, eller må arbeidsgiver følge lovens utgangspunkt og vurdere alle ansatte i virksomheten?⁹ Eksempelvis hvis salgsavdelingen rammes av omsetningssvikt, må ansatte i produksjonsavdelingen også inngå i utvelgeskretsen for oppsigelse?

Rettspraksis åpner for at arbeidsgiver kan avgrense utvelgeskretsen fra virksomheten som sådan, til bestemte deler av den.¹⁰ Fremstillingens formål er å analysere rettspraksis, for å finne ut i hvilke tilfeller arbeidsgiver kan påvise grunner som er tungtveiende nok til at lovens utgangspunkt fravikes. Analysen skal klarlegge på bakgrunn av hvilke underliggende hensyn domstolene anser avgrensninger i utvelgeskretsen som saklig.

⁵ Virksomhetsbegrepet behandles i punkt 3

⁶ Avsnitt 43

⁷ Storeng mfl (2014) s.44

⁸ Jfr Rt-2015-1332 avsnitt 43

⁹ Nedbemanning på grunn av ”virksomhetens forhold” kan også begrunnes i ønske om å øke fortjenesten, jfr punkt 2.3

¹⁰ Rt-1986-879, Rt-1992-776, Rt-2015-1332

1.2 Avgrensning av oppgaven

Fremstillingen vil ta for seg utvelgelseskreter etter arbeidsmiljøloven. Regler om stillingsvern etter luftfartsloven, sjømannsloven og tjenestemannsloven faller utenfor behandlingen.

Det vil foretas en sammenligning av norsk rett og turordningen etter svensk rett, men annen nordisk rett vil ikke bli behandlet. Begrunnelsen for avgrensningen er at henholdsvis islandsk, dansk og finsk rett i motsetning til svensk rett, ikke har lovfestet hvilken utvelgelseskreter- og kriterier de ansatte skal vurderes etter.

Sammenhengen mellom kriteriene de ansatte vurderes etter og utvelgelseskreteren vil belyses. Oppgaven avgrensner imidlertid mot en omfattende behandling av utvelgelseskriteriene.

1.3 Begrepsavklaringer

Alminnelig arbeidsrett og fagterminologi på område forutsettes kjent, og det avgrensnes mot en redegjørelse av allmenne arbeidsrettslige begreper. Arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers oppsigelsesvern skal imidlertid behandles nærmere, idet adgangen til å avgrense utvelgelseskreteren beror på en avveining av disse. Siden virksomheten utgjør utgangspunktet for utvelgelseskreteren, vil også dette begrepet redegjøres for. Oppsigelsesvernet og virksomhetsbegrepet behandles i henholdsvis punkt 2 og 3.

Styringsretten er en ulovfestet rettsnorm, som omhandler arbeidsgivers rett til å lede, fordele, omorganisere og kontrollere arbeidet, samt ansette og si opp arbeidstakere.^{11 12} Styringsretten begrenses av lov, tariffavtale og den individuelle arbeidsavtalen.¹³ I tillegg oppstiller Kårstødommen et alminnelig saklighetskrav ved utøvelse av styringsretten, som går ut på at det må foreligge et *«forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn»*.¹⁴

¹¹ Skjønberg/ Hognestad (2014) s.227

¹² Skjønberg/ Hognestad (2014) s.230

¹³ Skjønberg/ Hognestad (2014) s.231

¹⁴ Rt-2001-418 s.427

I oppgaven brukes utvelgelseskrets om de ansatte som vurderes sagt opp. Når det spørres om i hvilken grad arbeidsgiver kan avgrense utvelgelseskretsen, er spørsmålet hvorvidt utvelgelsen av overtallige kan foretas blant bare noen av de ansatte knyttet til bestemte deler av virksomheten, fremfor alle ansatte i virksomheten som sådan. Avgrensninger i utvelgelseskretsen kan skje i flere omganger. Eksempelvis først etter avdeling, deretter etter stillingskategorier.

Utvelgelseskriterier omhandler hvilke kriterier de ansatte skal vurderes etter, ved utvelgelsen av hvem som skal sies opp. Ansiennitet, kvalifikasjoner og sosiale hensyn blir ansett som saklige utvelgelseskriterier.¹⁵ Med ansiennitet menes arbeidstakers sammenhengende ansettelsestid i virksomheten, hvor den med kortest fartstid i bedriften er først ut.¹⁶ Kvalifikasjoner sikter til arbeidstakers utdanning, erfaring, personlige egenskaper og skikkethet.¹⁷ ¹⁸ Sosiale hensyn innebærer at arbeidstakers eventuelle forsørgelsesplikt, sykdomsskade, særlig tyngende gjeldsforhold og muligheten til videre arbeid kan vektlegges.¹⁹

1.4 Rettskilde og metode

Hvorvidt det er virksomheten eller bestemte deler av virksomheten som skal utgjøre utvelgelseskretsen, er verken lovregulert, kommentert i forarbeidene, eller spesielt godt behandlet i juridisk teori. Den viktigste rettskilden for problemstillingen vil dermed være rettspraksis, og redegjørelsen består i det vesentlige av en analyse av Høyesterettspraksis.

Fremstillingen vil også bygge på dommer fra lagmannsretten. Som underrettspraksis har lagmannsrettsdommer isolert sett begrenset rettskildemessig betydning, men vil brukes for å illustrere hvordan adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen og Høyesterettspraksis om temaet praktiseres.

¹⁵ Rt-1986-879 s.887

¹⁶ Fougner mfl (2011) s.305

¹⁷ Fougner mfl (2011) s.307

¹⁸ Jakhelln/ Aune (2005) s.850

¹⁹ Fougner mfl (2011) s.308

1.5 Den videre fremstillingen

Oppgaven vil innledningsvis sette problemstillingen i kontekst, ved å utdype hvilke krav som må følges ved nedbemanning som skyldes «virksomhetens forhold» etter aml. §15-7(1).

Formålet med gjennomgangen er å se om regelverket oppstiller begrensninger i adgangen til å tolke «virksomhet» innskrenkende ved fastsettelse av utvelgeskrets.

I punkt 3-5 behandles virksomhetsbegrepet som er lovens utgangspunkt, og adgangen til å gjøre unntak fra det.

Tariffavtaler behandles som et eget tema i punkt 6. Tariffavtaler spiller en sentral rolle i praksis, grunnet stor tariffavtaledekning i offentlig og privat sektor.

Konsekvenser av avgrensninger i utvelgeskretsen behandles kort i punkt 7.

Avslutningsvis vil det foretas en komparativ sammenligning mellom norsk og svensk rett, og en rettspolitisk vurdering av norsk rett.

2. Krav og fremgangsmåte ved oppsigelse som skyldes forhold ved virksomheten

2.1 Generelt om oppsigelsesvernet og saklighetskravet i aml. § 15-7(1)

Det følger av aml. §1-9 at loven ikke kan fravikes til «ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt». Bestemmelsen innebærer at arbeidsgiver ikke kan fastsette utvelgeskretser som strider mot loven, og da særlig oppsigelsesvernet i aml. §15-7.

I dag stilles det både materielle og prosessuelle krav til oppsigelsesadgangen, men opprinnelig hadde arbeidsgiver fri oppsigelsesrett.²⁰ I 1936 ble det lovfestet at arbeidstakere bare kan sies opp dersom det foreligger saklig grunn.²¹ Oppsigelsesvernet og kravet til «saklig grunn» i aml. §15-7(1) innebærer at arbeidsgiver må foreta en individuell vurdering av den enkelte ansatte, for å se om oppsigelsen er saklig eller bygger på utenforliggende hensyn.²²

²⁰ Rt-1935-467 s.471 ble det uttalt at arbeidsgiver kan “*si opp folk fra sitt arbeide etter eget skjønn [...] uten at behøve at angi eller påvise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet.*”

²¹ Ot.prp.nr.50 (1993-94) s.150

²² Fougner mfl (2003) s.192

I saklighetskravet er det også innfortolket at det må foreligge tilstrekkelig tungtveiende grunner for at arbeidsgiver kan gå til det drastiske tiltaket det er å si opp noen.²³ Det fremgår av rettspraksis at «terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner».²⁴ For å sikre arbeidstakerne et effektivt stillingsvern, har domstolene kompetanse til å overprøve alle sider av oppsigelsen.²⁵

Det følger av forarbeidene at saklighetskravet er en rettslig standard, og utviklingen har gått i retning av at rimelighetshensyn i favør arbeidstaker har blitt tillagt større vekt.²⁶ Utviklingen må ses i sammenheng med at formålet bak aml. §15-7 er å sikre arbeidstakere et sterkt stillingsvern. Høyesterett har lagt til grunn at hvorvidt oppsigelsen er ”saklig” beror på ”en konkret skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses som rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør”.²⁷ Siden oppsigelsen må fremstå som rimelig overfor den enkelte for å være ”saklig”, kan ikke arbeidsgiver utelukkende tenke på hva som er best for bedriften. Det må også tas hensyn til virkningene oppsigelsen får for arbeidstaker. Hvis nedbemanningen skyldes ”virksomhetens forhold”, vil rimelighetsvurderingen ved saklighetskravet i aml. §15-7(1) lett flyte over i interesseavveiningen som arbeidsgiver er pålagt å foreta etter aml. §15-7(2).²⁸

Avgrensninger i utvelgeskretsen kan være i strid med oppsigelsesvernet som gjennomgått. Jo mindre utvelgeskretsen er, desto mer illusorisk blir saklighetsvurderingen- det kan i prinsippet opereres med en så avgrenset utvelgeskrets at det ikke foretas noen reell individuell saklighetsvurdering. I tillegg øker sannsynligheten for oppsigelse desto mindre krets og færre ansatte man konkurrerer mot. På dette grunnlag kan det sies at for arbeidstakere som inngår i den innsnevrede utvelgeskretsen, blir oppsigelsesvernet svekket. Hvis det ikke foreligger en rimelig balanse mellom styringsretten og oppsigelsesvernet, kan sistnevnte legge

²³ Skjønberg/ Hognestad (2014) s.292

²⁴ Rt-2009-685 avsnitt 52

²⁵ Rt-1984-1058 s.1067. Domstolene overprøver 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.”

²⁶ Ot.prp. nr.41 (1975-76) s.72

²⁷ Rt-2009-685 avsnitt 52

²⁸ Interesseavveiningen behandles i punkt 2.3

begrensninger på arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen, jfr aml. §15-7, jfr §1-9.

2.2 Forsvarlig saksbehandling

Saklighetskravet i aml. §15-7(1) omfatter også et krav om forsvarlig saksbehandling.²⁹

Forsvarlig saksbehandling handler om å beskytte arbeidstakere mot vilkårlige beslutninger.

For å karakterisere saksbehandlingen som forsvarlig, er det derfor grunnleggende at arbeidsgiver følger en forsvarlig fremgangsmåte, og bygger på riktig faktisk grunnlag.³⁰ I den forbindelse er drøftingsreglene særlig relevant.

Drøftelsesplikten i aml. §15-1 innebærer at arbeidsgiver før oppsigelse besluttes, skal drøfte spørsmålet med arbeidstaker og arbeidstakers tillitsvalgte. Hvis arbeidsgiver skal si opp minst 10 arbeidstakere innen 30 dager, kommer i tillegg den mer omfattende drøftelsesplikten i aml. §15-2 til anvendelse. Sistnevnte bestemmelse gjennomfører EUs rådsdirektiv.³¹ Tillitsvalgte innkalles fordi disse, sammenlignet med den enkelte arbeidstaker, er mer jevnbyrdige og kapable til å forhandle og få gjennomslag overfor arbeidsgiver.

Formålet bak drøftingsreglene er at arbeidstakerne skal kunne ivareta egne interesser.³² For å ivareta egne interesser, må arbeidstakerne og tillitsvalgte få anledning til å utøve reell innflytelse på nedbemanningsprosessen.³³ Dette forutsetter at de får innsyn og mulighet til å imøtegå arbeidsgivers vurderinger.³⁴

I forbindelse med oppgavens problemstilling, tilsier kravet til forsvarlig saksbehandling og drøftelsesplikten at arbeidstakerne skal gjøres kjent med, og få fremme sine synspunkter angående fravikelse av virksomheten som utvelgelseskrets. Drøftelsespliktens betydning i relasjon til avgrensninger i utvelgelseskretsen behandles nærmere i punkt 5.2.4.

²⁹ Johansen/ Stueland (2011) s.637

³⁰ Skjønberg/ Hognestad (2014) s.316

³¹ 75/129/EØF, nå erstattet av 98/59/EF

³² Jakhelln/ Aune (2005) s.768

³³ Skjønberg/ Hognestad (2014) s.233

³⁴ Johansen/ Stueland (2011) s.710

2.3 Kan det av kravet til at oppsigelse skal være «saklig begrunnet i virksomhetens forhold» etter aml. § 15-7(1) utledes begrensninger i adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen?

Som vist innledningsvis gir saklighetskravet liten veiledning angående arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen. Spørsmålet blir om «virksomhetens forhold» begrenser adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen til bestemte deler av virksomheten, fremfor virksomheten som sådan.

Med saklig begrunnet i «virksomhetens forhold» tar ordlyden sikte på oppsigelser som skyldes bedriftsøkonomiske hensyn.³⁵ Bedriftsøkonomiske hensyn innebærer at selskapet kan finne seg i en prekær økonomisk situasjon som nødvendiggjør kostnadsreducerende tiltak. Det kan også begrunnes i bedriftsøkonomiske hensyn at virksomheten vil kutte kostnader for å gjøre inntjeningen større, eller tilpasse seg konkurranse for å sikre hensiktsmessig videre drift.³⁶

En oppsigelse på grunn av «virksomhetens forhold» er ikke saklig dersom arbeidsgiveren kan tilby «annet passende arbeid i virksomheten», jfr aml. §15-7(2). Det anses som «passende» arbeid selv om lønnen er dårligere sammenlignet med tidligere, stillingsprosenten er lavere eller arbeidsoppgavene mindre ansvarsfulle.³⁷ Grunnen til at negative endringer tilfredsstillt kravet, kan sies å bygge på en fra det mer til det mindre- betraktning. Hvis arbeidet ikke er «passende», er alternativet for arbeidstakeren oppsigelse.

Arbeidsmiljøloven §15-7(2) oppstiller også krav om at det skal foretas en «avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker», for å avgjøre om oppsigelsen har saklig grunnlag i «driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak». Interesseavveiningen ble innført fordi man ville bort fra tidligere rettspraksis som tilla bedriftens ønske om økonomisk gevinst for stor vekt på bekostning av arbeidstakerne, og gi sistnevnte bedre vern.³⁸ Formålet med innføringen var at «ikke enhver

³⁵ Skjønberg/ Hognestad (2014) s.307

³⁶ Storeng mfl (2014) s.512

³⁷ Fougner mfl (2003) s.203

³⁸ Ot.prp.nr.41 (1975-76) s.72

rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp».³⁹

Saklighetskravet kan imidlertid ikke stille så strenge krav til arbeidsgiver, at hensynet til arbeidstakerne går foran på bekostning av virksomhetens levedyktighet.^{40 41}

Interesseavveiningen vil dermed mer sannsynlig falle ut i arbeidstakers favør dersom nedbemanningen foretas for å øke overskuddet, enn hvis nedbemanningen begrunnes i et prekært behov for å iverksette kostnadsreduserende tiltak.⁴²

Oppsummert innebærer kravet til saklig grunn i «virksomhetens forhold» at begrunnelsen for oppsigelsen må relateres til virksomheten, men ikke at utvelgelsen av overtallige må foretas blant samtlige i virksomheten.

2.4 Kort oppsummering

Gjennomgangen av hvilke krav og fremgangsmåter arbeidsgiver er forpliktet til å følge ved nedskjæringer, viser at regelverket ikke oppstiller forbud mot avgrensninger i utvelgelseskretsen. Loven legger imidlertid heller ikke særlige føringer for i hvilken grad arbeidsgiver kan avgrense utvelgelseskretsen til bestemte deler av virksomheten.

Foreløpig konklusjon er at adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen begrenses dersom saksbehandlingen ikke er forsvarlig, eller går på bekostning av stillingsvernet.

3. Virksomhetsbegrepet

3.1 Innledning

I dette punktet skal virksomhetsbegrepet og delt arbeidsgiveransvar behandles. Delt arbeidsgiveransvar behandles fordi det medfører grenseoverskridende arbeidsgiveransvar, noe

³⁹ Ot.prp.nr.41 (1975-76) s.72

⁴⁰ Fougner mfl (2011) s.258

⁴¹ Rt-1986-879 s.886

⁴² Jakhelln/ Aune (2005) s.884

som også reiser spørsmål om grenseoverskridende virksomhetsansvar. Sistnevnte vil eventuelt medføre en utvidet utvelgelseskrets som utgangspunkt.

3.2 Hva er en ”virksomhet”

Hva som utgjør en ”virksomhet” er sentralt for arbeidsmiljølovens anvendelse etter §1-2(1), og i tilknytning til arbeidsmiljølovens enkelte vilkår. En avklaring av virksomhetsbegrepet er viktig for oppgavens tema, siden lovens utgangspunkt er at utvelgelseskretsen består av samtlige i virksomheten.

Det fremgår av forarbeidene at som «alminnelig regel vil avgrensningen av virksomhetsbegrepet falle sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver».⁴³ Grunnen til det er at ”*arbeidsgiver i rettslig forstand normalt [er] eieren av den virksomhet som drives.*”⁴⁴ Dette tilsier at den juridiske enheten som arbeidstaker inngår et arbeidsforhold med vil utgjøre virksomheten.⁴⁵

Ved innføringen av 2005-loven ble «bedrift» byttet ut med ”virksomhet”. Det var ikke tilsiktet noen realitetsendring, og forarbeidene til den gamle loven er fremdeles relevant ved tolkningen av «virksomhet».⁴⁶ I disse forarbeidene blir den nedre grense for hva som omfattes av virksomhetsbegrepet omtalt. Det stilles krav om at aktiviteten må «ha en viss grad av organisasjon og varighet, og ikke være helt ubetydelig».^{47 48} Uttalelsene innebærer at det må avgrenses mot forbigående og lett oppløselige sammenslutninger.

Nøyaktig hva som er tilstrekkelig til å overstige virksomhetsbegrepets nedre grense, kan illustreres ved to dommer fra henholdsvis Høyesterett og tingretten. I Rt-1981-899 konkluderte Høyesterett med at oppføring av et tilbygg på en eiendom, ikke var tilstrekkelig aktivitet til å utgjøre en «virksomhet». I TOSLO-2007-185125 ble derimot tre kameraters utføring av rehabiliteringsarbeid over 80 dager, ansett som å drive «virksomhet». Dommene illustrerer at lengden på oppdraget og hvor omfattende arbeidet er, har betydning for

⁴³ NOU 2004:5 s.148

⁴⁴ RG-2004-255

⁴⁵ Skjønberg/ Hognestad (2014) s.309

⁴⁶ Ot.prp.nr.3 (1975-1976) s.101

⁴⁷ Ot.prp.nr.31 (1935) s.7 flg.

⁴⁸ NOU 2004:5 s.149

vurderingen. Dersom aktiviteten overstiger virksomhetsbegrepets nedre grense, er utgangspunktet at virksomheten er et selvstendig rettssubjekt.⁴⁹

Hvis virksomhetsbegrepet skal «forstås snevrere enn arbeidsgivers samlede virksomhet må [...] dette ha et særskilt grunnlag».⁵⁰ Uttalelsen tilsier at virksomhetsbegrepet ikke er til hinder for at utvelgelseskretsen kan innskrenkes, men det er likevel ikke fritt fram. «Særskilt grunnlag» innebærer at det ikke utgjør saklig grunn for å avgrense utvelgelseskretsen, at virksomheten er organisert med separerte avdelinger eller enheter. Hvis omstrukturering og inndeling i underheter hadde vært tilstrekkelig, ville det vært lettvisst for arbeidsgiver å omgå lovens plikter knyttet til virksomhetsbegrepet.⁵¹

3.3 Delt arbeidsgiveransvar

Siden virksomheten er et selvstendig rettssubjekt, vil mor- og datterselskap i et konsernforhold normalt sett utgjøre hver sin virksomhet og arbeidsgiver.⁵² Utgangspunktet er at de selskapsrettslige strukturene må respekteres. Hvis dette gjaldt unntaksfritt ville det være rom for omgåelser av blant annet oppsigelsesvernet. Derfor har det i rettspraksis utviklet seg en adgang til å gjennomskjære formelle forhold. Dette blir betegnet som delt arbeidsgiveransvar.

Delt arbeidsgiveransvar er også anerkjent i forarbeidene. På bakgrunn av rettspraksis uttales det at det er anledning til å anvende et videre arbeidsgiverbegrep dersom det er «avtalt flere arbeidsgivere, flere selskaper [...] reelt [har] opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner» eller «arbeidsforholdet har kontraktsmessige uklarheter».^{53 54} Hvis flere arbeidsgivere har utøvd arbeidsgiverfunksjoner, er det rimelig at vedkommende også blir stilt til ansvar for de pliktene som medfølger arbeidsgiverbegrepet.

⁴⁹ NOU 2004:5 s.149

⁵⁰ NOU 2004:5 s.149

⁵¹ Eksempelvis tilby annet passende arbeid og fortrinnsrett, jfr aml. §§14-2(1) og 15-7(2)

⁵² NOU 2004:5 s.149

⁵³ Eksempelvis ARD-1980-79

⁵⁴ NOU 2004:5 s.151

I Wärtsilä-dommen forelå det delt arbeidsgiveransvar mellom mor- og datterselskapet.⁵⁵ Saken gjaldt en arbeidstaker som opprinnelig ble ansatt for å jobbe i morselskapet, men ved opprettelse av et datterselskap ble vedkommende ansatt der. I avtalen mellom morselskapet og arbeidstakeren fremgikk det at han skulle få tilbake stillingen i morselskapet ved opphør av ansettelsesforholdet i datterselskapet. I forbindelse med nedleggelsen av datterselskapet, mottok arbeidstakeren oppsigelse fra morselskapet. Den sterke sammenblanding mellom mor- og datterselskapet om hvem som utøvde styringsrett overfor arbeidstakeren og morselskapets opptreden som reell arbeidsgiver, medførte at Høyesterett la til grunn delt arbeidsgiveransvar. Konsekvensen var at både mor- og datterselskapet ble ansvarlig for å ivareta stillingsvernet.

PPD- dommen gjaldt oppsigelse fra et interkommunalt pedagogisk- psykologisk distriktssenter. Spørsmålet var om samarbeidskommunene hadde delt arbeidsgiveransvar, eller om senteret var et eget rettssubjekt.⁵⁶ Saksøkerne nedla påstand om at senteret var en del av kommunenes virksomhet, og fremmet krav om «annet passende arbeid» i kommunene.⁵⁷ Høyesterett la imidlertid avgjørende vekt på de reelle forholdene. Ettersom senteret hadde sentrale arbeidsgiverfunksjoner og styringsrett overfor de ansatte, konkluderte Høyesterett med at senteret var et eget rettssubjekt og arbeidsgiver.⁵⁸ Det var dermed bare i relasjon til senteret at retten til «annet passende arbeid» skulle vurderes.

Dommen er kritisert av Bernt, som føyer seg til dissenterende dommer som mente at det var ingen «avgjørende motforestilling mot at kommunene ved slike oppsigelser som vår sak gjelder, må vise en slik aktivitet som loven krever med sikte på å tilby annet passende arbeid for arbeidstakerne».⁵⁹ ⁶⁰ Underforstått gir dissenterende dommer uttrykk for at hensynet til stillingsvernet tilsa at retten til annet passende arbeid skulle vært vurdert i henhold til kommunene, og ikke bare senteret.

Begge dommene illustrerer at hvem som formelt sett fremstår som arbeidsgiver ikke er avgjørende. Høyesterett ser på realiteten, og foretar ansvarsgjennombrudd der det er grunn til det.

⁵⁵ Rt-1990-1126

⁵⁶ Rt-1997-623

⁵⁷ Aml. §15-7(2)

⁵⁸ Rt-1997-623 s.631

⁵⁹ Bernt mfl (2002) s.245-246

⁶⁰ Rt-1997-623 s.636

3.4 Forholdet mellom delt arbeidsgiveransvar og virksomhetsbegrepet

Arbeidsgiveransvar er en funksjon i den enkelte virksomhet. Det er derfor ingen automatikk i at delt arbeidsgiveransvar også skal få betydning for virksomhetsbegrepet, og det kan fremdeles være snakk om separate virksomheter.

Spørsmålet er om delt arbeidsgiveransvar medfører at arbeidsgivers plikter som er relatert til virksomhetsbegrepet, skal skje med flere virksomheter som ramme for vurderingene.⁶¹ Forarbeidsuttalelsen om at «virksomhetsbegrepet normalt [vil] falle sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver», kan tas til inntekt for at man har ansett det som hensiktsmessig at arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet er sammenfallende.⁶²

Bakgrunnen for gjennomskjæringen i form av delt arbeidsgiveransvar, er at arbeidstakerne skal vernes mot at arbeidsgiver strukturerer seg bort fra oppsigelsesvernet. Hensynet mot omgåelse av oppsigelsesvernet vil også gjøre seg gjeldende ved tolkning av virksomhetsbegrepet. Dette taler for at delt arbeidsgiveransvar også skal medføre et utvidet virksomhetsbegrep. Ved å praktisere et utvidet virksomhetsbegrep, vil eksempelvis fortrinnsretten og retten til «annet passende arbeid» i «virksomheten» bli mer omfattende, og gi flere muligheter for arbeidstakerne.⁶³

Arbeidstakere anfører ofte at avgrensningen av utvelgelseskretsen er usaklig, siden de i konkurranse med samtlige i virksomheten ville hatt lengre ansiennitet.⁶⁴ Denne problematikken oppstår ikke hvis et utvidet virksomhetsbegrep legges til grunn. Arbeidstakeren med kortest ansiennitet i virksomheten, kan ved en samlet vurdering av flere virksomheter enten være heldig å ha lenger ansiennitet enn en annen, og hvis ikke, er man i samme stilling som hvis den enkelte virksomhet utgjør utvelgelseskretsen. Jeg kan dermed ikke se at det får noen uheldige konsekvenser for arbeidstakerne å vurdere flere virksomheter samlet. Gode grunner tilsier derfor at gjennomskjæringen av arbeidsgiveransvaret også skal få konsekvenser for virksomhetsbegrepet.

⁶¹ Eksempelvis utvelgelseskretsen

⁶² NOU 2004:5 s.148

⁶³ Aml. §§14-2 og 15-7(2)

⁶⁴ Eksempelvis LB-2005-182490

Delt arbeidsgiveransvar og i forlengelsen av det utvidet virksomhetsbegrep, får betydning for problemstillingen ved virksomheten til både mor- og datterselskap eller andre typer virksomhetsorganiseringer, vil utgjøre utvelgelseskretsen. Utgangspunktet er således en videre krets, hvor flere ansatte konkurrerer mot hverandre.

4. Reelle hensyn for og imot avgrensninger i utvelgelseskretsen

Arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen beror på en avveining av styringsretten og oppsigelsesvernet. Utfordringen for domstolene – særlig siden lovgiver har avstått fra å regulere det- er å balansere arbeidsgivers behov for å innsnevre utvelgelseskretsen av praktiske grunner, mot stillingsvernet aml. §15-7 oppstiller.

Rettspraksis har av hensyn til det dynamiske arbeidsforholdet og arbeidsgivers behov for å tilpasse virksomheten etter samfunnsutviklingen, anerkjent styringsretten et vidt spillerom. Arbeidsgivers rett til å organisere egen virksomhet for å drive mest mulig lønnsomt eller hensiktsmessig, tilsier at arbeidsgiver ved nedleggelse av en avdeling skal ha adgang til å avgrense utvelgelseskretsen til den berørte avdelingen for å slippe store omrokkinger.

Avgrensninger i utvelgelseskretsen kan også begrunnes i hensynet til å unngå altfor omfattende arbeid, og behovet for å følge en raskere fremgangsmåte. Før arbeidsgiver kan si opp ansatte, må arbeidsgiver dokumentere et faktisk behov for nedbemanning og gjennomføre drøftelsesplikten etter aml. §15-1.⁶⁵ I tillegg stiller aml. §15-7(1) krav om at arbeidsgiver foretar en saklig utvelgelse av overtallige, og deretter vurderer om oppsigelsen er saklig og rimelig overfor den enkelte arbeidstaker. Ved å avgrense utvelgelseskretsen til bestemte deler av virksomheten blir det færre arbeidstakere å vurdere individuelt og mot hverandre. Dette kan bidra til en forenklet prosess.

Behovet for å følge en raskere fremgangsmåte må ses i sammenheng med at det kan være uhåndterbart og urimelig ressursbruk å vurdere samtlige i virksomheten under ett.

Utvelgelseskriteriene stiller krav om at arbeidsgiver ved utvelgelsen, vurderer arbeidstakerne etter ansiennitet, kvalifikasjoner og sosiale hensyn. De to sistnevnte krever at arbeidsgiver

⁶⁵ Fougner mfl (2003) s.201

innhenter relevant informasjon om den enkelte arbeidstaker. Vurderingen vanskeliggjøres i tilfeller hvor virksomheten er inndelt i forskjellige avdelinger med ulik kompetanse, har flere tusen ansatte, eller tilhører ulike geografiske steder. For arbeidsgiver er formålet med nedbemanning som skyldes bedriftsøkonomiske hensyn, å øke fortjenesten, og dermed bli kvitt utgifter tilknyttet overflødige arbeidstakere. Ingen arbeidsgiver er da interessert i å investere tid og penger i omfattende vurderinger av hvilke ansatte som skal sies opp. Dette er ressurser som forsvinner ut av virksomheten.

Selv om arbeidsgiver kan påvise reelle hensyn for å avgrense utvelgelseskretsen, kan avgrensninger være betenkelig av hensyn til oppsigelsesvernet. Arbeidsmiljøloven §15-7 utgjør derfor en kompetansebegrensning for styringsretten. Avgrensede utvelgelseskretser innebærer at noen arbeidstakere blir skjernet fra oppsigelsesvurderingen, mens sannsynligheten for oppsigelse øker for arbeidstakere som inngår i den berørte utvelgelseskretsen. Dette kan oppleves som urettferdig, særlig for oppsagte arbeidstakere som har lenger ansiennitet enn ansatte som ikke inngår i utvelgelseskretsen.

På den andre siden kan innsnevring av utvelgelseskretsen sies å ivareta oppsigelsesvernet på en bedre måte. Hvis det er flere tusen ansatte i virksomheten, er det god grunn til å tro at drøftelsesplikten i forkant av oppsigelsene i større grad blir overholdt og nedbemanningsprosessen samlet sett blir mer forsvarlig, dersom arbeidsgiver vurderer ansatte ut fra avgrensede kretser. Praktiseringen av utvelgelseskriteriene blir også mer etterprøvable hvis de har blitt anvendt på en mindre gruppe ansatte.

Påstanden om at oppsigelsesvernet blir bedre ivaretatt ved mindre utvelgelseskretser, er mest treffende for store virksomheter, og særlig med geografisk spredning. Påstanden svekkes ytterligere i tilfeller hvor avdelingsvis nedbemanning skal foretas ved en avdeling som skal legges ned, og samtlige sies opp. I et slikt tilfelle foretas det ingen individuell vurdering i det hele tatt.⁶⁶

⁶⁶ Nærmere om dette under punkt 5.3.1

5. Utvelgelseskrets

5.1 Utgangspunkt

Utgangspunktet er at virksomhetsbegrepet som ble gjennomgått i punkt 3, skal utgjøre kretsen for utvelgelsen av arbeidstakere som vurderes sagt opp. Med henvisning til Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-dommen) som gjaldt nedbemanning etter avgrensede utvelgelseskretser, uttales det i forarbeidene at «utgangspunktet om at virksomhetsbegrepets avgrensning følger arbeidsgiverbegrepet er modifisert i rettspraksis».⁶⁷ Forarbeidene utdyper ikke nærmere hva som menes med at virksomhetsbegrepet er modifisert. På bakgrunn av henvisningen til Rt-1992-776 er det grunn til å tro at også forarbeidene anerkjenner at det er en adgang til å begrense antallet ansatte som skal vurderes, til en nærmere avgrenset krets. Dette tilsier at lovgiver har akseptert at arbeidsgiver kan avgrense utvelgelseskretsen uten å overtre aml. §15-7(1).

5.2 Analyse av rettspraksis

I det følgende skal rettspraksis som omhandler arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen analyseres. Analysen vil bygge på domstolenes argumentasjonsmønster, og behandle gjennomgående momenter mer utførlig ved å redegjøre for underliggende hensyn. Momentene illustrerer i hvilke tilfeller arbeidsgiver har behov for å avgrense utvelgelseskretsen, og hvorfor avgrensningen anses som saklig også i de tilfeller det går på bekostning av rimeligheten overfor den enkelte arbeidstaker.

Basert på rettspraksis fremgår det av juridisk teori at arbeidsgiver kan avgrense utvelgelseskretsen, hvis det kan påvises saklig grunnlag for avgrensningen.⁶⁸ Adgangen til å gjøre unntak fra virksomheten som utvelgelseskrets er altså domstolsskapt, og det er også domstolene som har trukket opp linjene for hvilke hensyn som berettiger avgrensningen.⁶⁹ I likhet med hva som er saklig grunn for oppsigelse av arbeidstaker, er det heller ikke noe fasitsvar på hva som er saklig ved avgrensning av utvelgelseskretsen.

⁶⁷ NOU 2004:5 s.152

⁶⁸ Skjønberg/Hognestad (2014) s.311

⁶⁹ Eksempelvis Rt-1992-776 s.782 og Rt-2015-1332 avsnitt 38

Selv om utgangspunktet er at bedriften skal utgjøre utvelgeskretsen, ble det i Spennbetongdommen uttalt at *”vesentlig driftsmessige hensyn kan [...] tillate avdelingsvise oppsigelser[...] Hvor bedriften kan tåle det må derimot bedriftsansiennitet normalt følges.”*⁷⁰ Dommen gir uttrykk for at hvorvidt det er saklig å avgrense utvelgeskretsen, beror på hvilke praktiske og driftsmessige problemer som oppstår ved å foreta utvelgelsen av overtallige basert på samtlige ansatte i virksomheten.

Ved utgangen av 2015 ble det avsagt en ny dom fra Høyesterett om arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgeskretsen. Dommen omhandler Gresvig detaljhandel AS, som eier sportsbutikkene Intersport, G-Sport og GMAX. Gresvig detaljhandel AS kjøpte opp Agderbyen Sport AS. Ved oppkjøpet fulgte det med en egen avdeling hvor det bare var én ansatt. I motsetning til ordinær kundebutikk, solgte avdelingen varer til klubber og bedrifter. Avdelingen ble videreført under Gresvig detaljhandel AS, men negative resultater over tid førte til nedleggelse. Arbeidstakeren som jobbet ved avdelingen ble oppsagt, uten at Gresvig detaljhandel AS vurderte han mot øvrige ansatte i virksomheten. Spørsmålet for Høyesterett var om Gresvig Detaljhandel AS var berettiget til å begrense utvelgeskretsen til den enkelte avdelingen, særlig ettersom det bare var én arbeidstaker som jobbet der. Spørsmålsstillingen i slike tilfeller blir om *«hensynet til en effektiv gjennomføring [...] kan berettige at det fører til konkret urimelighet i forhold til én arbeidstaker”*.⁷¹

Høyesterett måtte i Rt-2015-1332 balansere hensynet til anvendelige løsninger, mot oppsigelsesvernet i aml. §15-7. Under henvisning til Rt-1986-879 og Rt-1992-776 uttalte førstvoterende at avgjørelsene *«må sees som eksempler der det trekkes frem relevante hensyn; det følger ikke av dommene at disse oppstiller minstekrav eller at de trekker opp rammer for hvilke hensyn som vil være de relevante ved vurderingen. Spørsmålet om det er saklig grunnlag for å begrense utvelgeskretsen må bedømmes konkret i det enkelte tilfellet, og ved denne vurderingen vil en lang rekke hensyn kunne trekkes inn i saklighetsvurderingen.»*⁷²

⁷⁰ RG-1990-1098 s.1105. Bedriften var gjennom tariffavtale forpliktet til å følge ansiennitet. Lagmannsretten la til grunn at det ikke var naturlig å vurdere ansienniteten ut fra de enkelte arbeidsstasjoner, ettersom hele arbeidsstokken var ufaglærte, og det forelå heller ingen akutt krisesituasjon ved nedbemanningen.

⁷¹ RG-2004-222. Saken gjaldt avdelingsvis nedbemanning, hvor avgrensningen var saklig.

⁷² Rt-2015-1332 avsnitt 42

Gresvig-dommen kan dermed ikke tas til inntekt for at momentene som gjennomgås i det følgende er faste kriterier som må være tilstede for at avgrensningen skal være saklig. Selv om dommene bare trekker opp relevante hensyn, er det gjennomgående disse momentene som blir trukket fram i Høyesterett og underrettspraksis. På dette grunnlag mener jeg at det bør avklares nærmere hva momentene innebærer, og hvilke hensyn de ivaretar i avveiningen om arbeidsgiver kan innskrenke utvelgelseskretsen.

5.2.1 Virksomhetens økonomi

Med virksomhetens økonomi siktes det til virksomhetens likviditet. Svak likviditet blir i rettspraksis tatt til inntekt for at virksomheten har behov for å avgrense utvelgelseskretsen. Dette skyldes for det første at domstolene er lite egnet til å foreta vurderinger av selskapets investeringstiltak. Domstolene er derfor tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers vurderinger i en vanskelig situasjon.

For det andre har vektleggingen av selskapets anstrengte økonomi sammenheng med at en omfattende nedbemanningsprosess, hvor ansatte vurderes både individuelt og mot hverandre, kan gå på bekostning av selskapets levedyktighet og samtlige arbeidsplasser.

I Rt-2015-1332 gikk selskapet med underskudd, og på oppsigelsestidspunktet ble den økonomiske situasjonen betegnet som svært vanskelig. Etersom det var snakk om jevnlig nedbemanningsprosesser for å tilpasse seg marked og konkurranse fra andre butikker, ville ”gjentatte prosesser som involverer et stort antall ansatte, [...] legge beslag på betydelige ledelsesressurser”, noe som ville være ”særlig betenkelig når selskapet er i en omstillingsprosess med sikte på å sikre grunnlag for fortsatt drift”.⁷³ De underliggende hensyn bak uttalelsen er at det fremstår som uheldig å investere tid og penger i hvordan overtallige skal kuttes, dersom grunnen til at ansatte kuttes er for å sikre virksomhetens videre drift og unngå å bli insolvent. Dette er ressursbruk virksomheten ikke får noe igjen for.

I tillegg er det mer formålstjenlig å bruke ledelsesressurser til å opprettholde driften, fremfor at personale som besitter høy kompetanse med jevne mellomrom skal foreta vurderinger av hvem som skal sies opp.

⁷³ Rt-2015-1332 avsnitt 50

Umiddelbart fremstår dette som ensidig fokus på arbeidsgiver og av hensyn til virksomheten. Likevel er det å sikre virksomhetens levedyktighet også i arbeidstakernes interesse. Dersom det ikke legges til rette for anvendelige løsninger hvor økonomien og behovet for raske tilpasninger tilsier det, kan det medføre at hele virksomheten må avvikles, og samtlige sies opp. Arbeidsgiver bør derfor anerkjennes et forholdsvis stort rom til å la praktiske løsninger trumfe gjennom når virksomheten har svak likviditet. Arbeidsmiljøloven kan nemlig ikke forstås slik at den *«pålegger bedrifter prosesser som er uforholdsmessig tyngende, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte»*.⁷⁴ Uttalelsen kan tas til inntekt for at lovens utgangspunkt og rettssikkerheten til arbeidstakere som blir oppsagt, må avveies mot tryggheten til gjenværende ansatte og deres arbeidsplasser. Det er god grunn til å fravike lovens utgangspunkt dersom det kan bidra til å redde noen arbeidsplasser, i en situasjon hvor ikke alle kan reddes.

I de andre Høyesterettsdommene som har behandlet arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen har virksomhetens økonomi vært mer anstrengt enn i Gresvig-dommen, og blitt betegnet som akutt.⁷⁵ I Rt-1992-776 måtte Sparebanken Nord nedlegge to filialer og si opp arbeidstakere. Utvelgelseskretsen for hvilke arbeidstakere som skulle konkurrere mot hverandre, var filialene som skulle nedlegges. Det ble anført at utvelgelseskretsen var usaklig, fordi de oppsagte skulle ha blitt sammenlignet med ansatte i bankkonsernet, eller i det minste ansatte ved avdelingene som filialene tilhørte. Førstvoterende uttalte at Sparebanken Nord *«ut fra den prekære situasjonen som gjaldt hele bankens fremtid, på best mulig måte søkte å sikre både bankes og de ansattes interesser»*⁷⁶, og fant blant annet på denne bakgrunn at avgrensningen til den enkelte filial var saklig. Underforstått gir førstvoterende uttrykk for at man må se på hvilke alternativer banken reelt hadde og om de, økonomien tatt i betraktning, ivaretok arbeidstakerne gjennom forsvarlig saksbehandling.

Hvis økonomien er prekær og virksomheten er på randen av konkurs fremstår det som mer opplagt enn i Gresvig-dommen, at arbeidsgiver har behov for raske tilpasninger. Da vil det også være mer legitimt at dette gjenspeiles i hvordan nedskjæringene foretas- deriblant avgrensninger i utvelgelseskretsen.

⁷⁴ Rt-2015-1332 avsnitt 43

⁷⁵ Rt-1992-776 og Rt-1986-879

⁷⁶ Rt-1992-776 s.781

Anstrengt økonomi medfører tidspress for å gjennomføre nedskjæringene.

Nedbemanningsprosessen innebærer beslaglegging av ansatte som må foreta vurderingene fremfor å utføre ordinært arbeid, og desto lenger tid oppsigelsene tar, desto større kostnader påløper i forbindelse med overflødige ansatte.

Tidspresset ble vektlagt i Rt-1992-776, antageligvis ut fra en tankegang at drastiske tiltak var nødvendig for å redde både selskapet og arbeidsplassene.⁷⁷ I slike situasjoner kan det anses som saklig at praktiske hensyn i favør arbeidsgiver, går foran en ressurskrevende og nøyaktig vurdering av alle ansatte i virksomheten.

Det er først og fremst i store virksomheter at forholdene er uoversiktlige, og det vil være tid- og ressurskrevende å vurdere samtlige i virksomheten for å finne ut hvem som er overtallige. Dette taler for at hensynet til virksomhetens økonomi er relevant å ta i betraktning for store virksomheter med mange ansatte.

Rt-1986-879 viser imidlertid at anstrengt økonomi også kan være utslagsgivende for små bedrifter. Hillesland-dommen gjaldt en bedrift med 25 ansatte. Bedriften gikk med underskudd, og arbeidsgiver foretok avdelingsvis nedbemanning fra de minst lønnsomme avdelingene. Førstvoterende la særlig vekt på at *«selv om de ankende parter etter en opplæringsperiode kunne fylle stillinger i andre avdelinger, forelå det, i den vanskelige situasjon bedriften var i, sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingenes forskjellige oppgaver.»*⁷⁸ På dette grunnlag konkluderte domstolen med at avdelingsvis nedbemanning var saklig. En samlet vurdering av 25 ansatte er verken krevende eller kostbart. Likevel medfører utskiftninger både opplæringskostnader, og kostnader i forbindelse med produksjonsnedgang som følge av mindre effektivitet i opplæringsfasen. Det underliggende synspunkt er at dersom bedriftens økonomi er svak, er det urimelig å pålegge bedriften å tåle det produktivitetstap og meromkostninger som vil oppstå.

I SAS- dommen kunne ikke de *«ansatte kreve at kretsen bestemmes slik at selskapet må gjennomføre en komplisert og tidkrevende vurdering av mange ansatte»*, på grunn av

⁷⁷ Rt-1992-776 s.781

⁷⁸ Rt-1986-879 s.888

virksomhetens økonomi.⁷⁹ SAS var reelt sett konkurs, men mot at de kuttet kostnader kunne de med midler fra aksjeeierne opprettholde driften. Det ble lagt til grunn at *«selv om selskapets prekære situasjon ikke kan begrunne at saklighetskravet settes til side, må den tillegges vekt når kretsen skal bestemmes»*. Med dette menes at arbeidstakernes oppsigelsesvern kan ikke bortfortolkes, selv om praktiske hensyn tilsier det. Arbeidsgiver må imidlertid ha anledning til å gjøre oppsigelsesvurderingene mer tilpasset og forholdsmessig, i lys av situasjonen og økonomien. Tilsvarende ble lagt til grunn i Braathens-dommen.⁸⁰ Etter flertallets syn måtte ”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.” Ved å begrense vurderingene som må foretas til en mindre krets ansatte, blir prosessen arbeidsbesparende og kostnadsreducerende. Lagmannsrettens vektlegging av selskapets økonomi og tidspresset det medfører, er i samsvar med Høyesterettspraksis.

Virksomhetens svake økonomi illustrerer behovet arbeidsgiver har for å fravike utgangspunktet med virksomheten som utvelgelseskrets. Imidlertid er svak økonomi bare et moment i helhetsvurderingen. Det er heller ikke et nødvendig moment, til tross for at tidligere rettspraksis kunne bli tolket slik. I TSARP-2014-103140 ble avgrensninger i utvelgelseskretsen ansett som usaklig, idet nedbemanningen var et målrettet tiltak for forsvarlig drift, og ikke som følge av prekær økonomi.

Den nevnte dom viser at Rt-1986-879 og Rt-1992-776 kunne tolkes som at det måtte oppstilles et krav om at virksomheten nærmest var insolvent, for at avgrensninger i utvelgelseskretsen skulle være saklig. I tillegg til at det er en dom fra tingretten som har begrenset rettskildevekt grunnet dens rangering i domstolshierarkiet, ble dommen avsagt før Gresvig-dommen. Det er først ved Gresvig-dommen det uttrykkelig ble påpekt at rettspraksis bare gir anvisning på relevante hensyn, og at økonomien ikke må være så anstrengt som øvrig Høyesterettspraksis gir uttrykk for.

På den andre siden kan konklusjonen ses på bakgrunn av at saken gjaldt avgrensninger innenfor en allerede innsnevret og håndterbar krets. Når økonomien heller ikke var prekær,

⁷⁹ LE-2011-31713-2

⁸⁰ RG-2004-222

forelå det ingen tungtveiende hensyn som talte for ytterligere avgrensning i utvelgelseskretsen.

5.2.2 Enhetenes selvstendighet, størrelse og ulike geografiske tilhørighet⁸¹

En virksomhet kan bestå av enheter som er geografisk adskilt, og ha hundre- eller tusenvis ansatte. Selv om enhetene driver lik aktivitet, kan store avstander og et stort antall ansatte gjøre at arbeidstakerne føler tilhørighet til bestemte deler av virksomheten, og ikke virksomheten som sådan. Den enkelte enhet har som oftest en overordnet person med det daglige ansvaret og styringsretten overfor tilhørende arbeidstakere. Dette gjør at enhetene i utgangspunktet er nokså selvstendig og uavhengig av virksomheten.

Selvstendigheten forsterkes dersom den enkelte enhet har ansettelsesmyndighet. I Sparebanken Nord-dommen ble filialenes ansettelsesmyndighet benyttet som et argument for at avdelingsvis nedbemanning var saklig.⁸² Når arbeidstakers arbeidsforhold i utgangspunktet er tilknyttet enheten, er det naturlig å bruke enheten som utvelgelseskrets.⁸³ Det kan nemlig oppleves som urettferdig for arbeidstakere som ikke tilhører den aktuelle enheten, at også disse skal risikere oppsigelse fordi den ene enheten ikke oppnår ønskede resultater. Argumentet er mest tungtveiende hvis virksomhetens enheter ellers i arbeidsforholdet har opptrådt selvstendig og uavhengig av hverandre.

Arbeidstakerne kan også anse det som rimelig å bli vurdert i forhold til ansatte ved den samme og adskilte enheten. Det er disse kollegaene man har oversikt over, og kan sammenligne seg med.

I Gresvig-dommen hadde selskapet over 2000 ansatte fordelt på 100 butikker med geografisk spredning over hele landet. Førstvoterende påpekte at det i mange tilfeller «*ikke [vil] være klart hvilke butikker som skulle inngå i en eventuell større utvelgelseskrets*».⁸⁴ Uttalelsen tilsier at Høyesterett anså det som uaktuelt å ha hele virksomheten som utvelgelseskrets, og at det forelå saklig grunnlag for å begrense vurderingene til en nærmere bestemt krets. Når det i

⁸¹ Geografisk spredning og størrelsen på virksomheten kan heller ikke betegnes som et nødvendig kriterium for at avgrensningen skal være saklig, jfr Rt-1986-879 med 25 ansatte på samme sted.

⁸² Rt-1992-776 s.782

⁸³ Fougner (2011) s.315

⁸⁴ Rt-2015-1332 avsnitt 47

tillegg var uklart hva som eventuelt skulle utgjøre en større utvelgelseskrets, var det saklig å falle ned på den avdeling som er «den ansattes primære tilknytningspunkt til selskapet».⁸⁵

Underforstått gir Høyesterett uttrykk for at avdelingens selvstendighet gjorde den til en logisk utvelgelseskrets. Arbeidstakeren tilhørte en avdeling som i motsetning til øvrig virksomhet, ikke drev ordinær kundebutikk. Det var dermed mindre naturlig å sammenligne vedkommende mot øvrige butikkansatte. Hvis samtlige i virksomheten hadde inngått i oppsigelsesvurderingen, kunne arbeidstakeren nokså tilfeldig oppnådd et gunstig fortrinn av å være en del av en større virksomhet formelt sett.

Bankfilialene i Sparebanken Nord-dommen dekket også store geografiske områder. I tillegg hadde banken nylig fusjonert med en rekke lokalbanker- banker som tidligere hadde vært uavhengige og eksterne selskaper. En utvelgelseskrets bestående av samtlige i virksomheten ville medført en tilfeldig fordel for de ansatte som kom fra en pressende situasjon, og som i forkant av fusjoneringen stod i fare for nedleggelse og oppsigelse.⁸⁶ Den tilfeldige fordelingen lokalbankene kunne oppnå på bekostning av de fusjonerende, utgjorde sammen med lokalbankenes tidligere selvstendighet et sterkt argument for at filialene skulle være utvelgelseskrets.

Virksomhetens geografiske spredning ble sett i sammenheng med bankens fusjonering, noe som kan tolkes dit hen at geografisk spredning i seg selv ikke er et tungtveiende moment. Slik kan derimot ikke dommen leses. Geografisk spredning vanskeliggjør nedbemanningsprosessen, fordi det blir krevende å få oversikt. Det er mer fornuftig å vurdere hver enhet med tilknyttede ansatte for seg, med en leder som kjenner de ansatte. For lederen av den enkelte enhet er det mer håndterbart å skaffe seg oversikt over de ansatte, deres ansiennitet, kvalifikasjoner og sosiale forhold.

Selv om geografisk spredning er et tungtveiende moment, illustrerer LH-2015-189365 (KappAhl-dommen) at det ikke er tilstrekkelig. Saken gjaldt avdelingsvis nedbemanning, og ble avsagt etter Gresvig-dommen. Til tross for at virksomheten hadde 1050 ansatte fordelt på avdelinger som var geografisk adskilt, forelå det ikke saklig grunnlag for å avgrense utvelgelseskretsen grunnet uforsvarlig saksbehandling og virksomhetens stabile økonomi.

⁸⁵ Rt-2015-1332 avsnitt 48

⁸⁶ NOU 1996:6 punkt 3.8.2

Dersom arbeidsgiver på tross av store avstander mellom avdelingene vurderer samtlige i virksomheten, kan det føre til at man sier opp en arbeidstaker på en avdeling hvor det er behov for arbeidskraft. Dette kan få konsekvenser for arbeidstakere ved andre avdelinger, som kan bli pålagt å bytte arbeidsplass innenfor virksomheten for å fylle arbeidsgivers behov. En avgrensning basert på geografisk spredning kan dermed også sies å være i arbeidstakers interesse. Synspunktet underbygges av dommer fra lagmannsretten. I Braathens-dommen var det ikke bestridt at den enkelte flyplass var utvelgelseskrets, men det var uenighet om stillingskategorier kunne utgjøre kretsen for utvelgelsen.⁸⁷ Tilsvarende i Bravida- og Relacom- dommene hvor det var enighet om avdelingsvis nedbemanning, men uenighet om arbeidsgiver kunne avgrense utvelgelseskretsen ytterligere innenfor avdelingene.⁸⁸ Dommene illustrerer at også arbeidstakerne anser det som hensiktsmessig med en avgrensning i utvelgelseskretsen, hvor det er store avstander mellom enhetene.

For arbeidsgiver er adgangen til å pålegge arbeidstakere overflytting til andre enheter, avhengig av om omplasseringen er innenfor styringsretten. I kraft av styringsretten kan arbeidstakere pålegges endringer i oppgaver og arbeidssted, så lenge disse er «rimelig i lys av samfunnsutviklingen».⁸⁹ Rettspraksis viser at arbeidstakere må finne seg i omfattende omlegginger, dersom arbeidsgiver kan påvise et velbegrunnet behov.⁹⁰ I relasjon til virksomheter med geografisk spredning må hva som er «rimelig i lys av samfunnsutviklingen» vurderes ut fra om reisetiden blir forlenget, i så fall med hvor mye, samt endringen i arbeidsoppgaver.⁹¹

I Sparebanken Nord-dommen ble det uttalt at en av de oppsagte «ikke uten eget samtykke kunne omflyttes til avdelingskontoret».⁹² Siden overføringen krevde arbeidstakers samtykke var dette en endring utenfor styringsretten. Hvis endringene ligger utenfor arbeidsgivers styringsrett, kan de bare gjennomføres ved endringsoppsigelse. Utvelgelseskrets basert på filialenes tilhørende avdelingskontor ville dermed vært tungvint, og talte for at avgrensningen var saklig.

⁸⁷ RG-2004-222

⁸⁸ LH-2003-13169 og TSARP-2014-103140

⁸⁹ Rt-2000-1602 s.1609

⁹⁰ Rt-2000-1602 s.1610. Omplasseringen var innenfor arbeidsgivers styringsrett, til tross for opplæring i andre oppgaver og økt arbeidsmengde

⁹¹ I Rt-2011-841 var økt reisevei på 50 minutter innenfor styringsretten, jfr avsnitt 54 og 55

⁹² Rt-1992-776 s.781

Siden ikke alle endringer er legitimt å gjennomføre i kraft av styringsretten, kan arbeidsgiver ha et saklig behov for å avgrense utvelgelseskretsen. Ved å avgrense utvelgelseskretsen etter enhetenes beliggenhet, kan arbeidsgiver nedbemanne der det ikke er samme behov for arbeidskraft. Da unngår arbeidsgiver også problematikken med overføring av ansatte mellom enhetene.

5.2.3 Beholde kompetanse for å hindre uro og ivareta fortsatt drift

Avgrensning av utvelgelseskretsen bygger på en tanke om at desto færre som er involvert, desto mindre uro vil det bli i virksomheten totalt sett.⁹³ En vurdering av samtlige i store selskaper er en prosess som kan strekke seg over tid. Dette kan forårsake mer uro og uforutsigbarhet enn nødvendig, sammenlignet med om færre ansatte involveres med kortere behandlingstid.

I Gresvig-dommen ble det lagt vekt på at hvis det jevnlig foretas nedbemanninger, kan det være saklig å avgrense utvelgelseskretsen til de berørte enhetene for å unngå uro og mangel på stabilitet.⁹⁴ Hensynet til å hindre uro har størst gjennomslagskraft for selskaper hvor nedbemanning er et tilbakevendende problem. Hvis arbeidstakerne med jevne mellomrom frykter å bli oppsagt kan det medføre et stressende arbeidsmiljø, og påvirke arbeidsprestasjonene.⁹⁵

Som uttalt innledningsvis, blir avgrensninger i utvelgelseskretsen satt på spissen når bare deler av selskapet rammes av omsetningssvikt. Dette var tilfellet i OBOS-dommen, hvor EXACT- kjeden og OBOS-megleren var to forskjellige avdelinger innen samme selskap.⁹⁶ EXACT- kjeden skulle nedlegges, og spørsmålet var om ansatte fra OBOS- megleren kunne skjermes fra utvelgelsen. Ut fra driftsmessige hensyn kunne det være saklig å «*beskytte den delen av virksomheten som gikk med overskudd, ved å holde OBOS-megleren utenfor omstillingen*». Det ville vært urettferdig om OBOS-megleren som leverte gode resultater, skulle inngå i utvelgelseskretsen og bli med på nedturen til EXACT-kjeden. De driftsmessige

⁹³ Fougner mfl (2011) s.313

⁹⁴ Rt-2015-1332 avsnitt 42

⁹⁵ Uro-momentet ble også vektlagt i Rt-1992-776 s.781 og eksempelvis LB-2005-182490

⁹⁶ LB-2010-32150

hensyn lagmannsretten sikter til var antageligvis at det ville skape uro, og være skadelig for virksomhetens drift og arbeidsmiljø å vurdere avdelingene samlet. Synspunktet underbygges ved at avdelingene hadde sterke indre kulturforskjeller, og ellers i arbeidsforholdet fungerte uavhengig av hverandre.

Mange virksomheter er avhengig av ulik kompetanse for å få driften til å gå rundt. Med hele virksomheten som utvelgeskrets kan det være vanskelig å beholde nødvendige ferdigheter når arbeidsgiver i tillegg til kvalifikasjoner, også må vektlegge ansiennitet og sosiale hensyn ved utvelgelsen av arbeidstakere.

Behovet for å beholde riktig kompetanse og bli kvitt unødvendig personell er særlig aktuelt ved omorganiseringer av selskapet. Hvilke funksjoner og stillinger som skal beholdes på organisasjonskartet etter nedbemanningen, danner grunnlaget for hvem og hvor mange som er overtallige i de ulike stillingene. Dette taler for at arbeidsgiver kan ha et saklig behov for å avgrense utvelgeskretsen etter stillingskategorier.

I Hillesland-dommen ble det lagt til grunn at selv om de oppsagte arbeidstakerne etter en opplæringsperiode kunne fylle andre stillinger, forelå det i en prekær økonomisk situasjon *«sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidstokk som var fortrolig med avdelingenes forskjellige oppgaver»*.⁹⁷ Som vist i punkt 5.2.1 er denne uttalelsen begrunnet i økonomiske hensyn. Det er ønskelig å unngå kostnader utskiftningen medfører, når stillingene allerede er besatt av kompetent personell.

Det må imidlertid tas i betraktning hva slags virksomhet som drives. Momentet har størst gjennomslagskraft hvor bedriften er avhengig av ansatte med helt ulik kompetanse for å opprettholde driften.

I SAS-dommen ble lagt til grunn at *«[s]lik SAS er bygd opp med mange spesialiserte funksjoner, sier det seg selv at virksomheten som sådan ikke kunne være én utvelgeskrets. Det måtte opereres med mindre enheter bestemt etter funksjon slik at selskapet kontinuerlig var operativt.»*⁹⁸ Dommen er i samsvar med Hillesland-dommen, i den forstand at avgrensningen i utvelgeskretsen hovedsakelig begrunnes med økonomiske hensyn. I en

⁹⁷ Rt-1986-879 s.888

⁹⁸ LE-2011-31713-2

virksomhet som SAS er det helt avgjørende for å opprettholde driften at det opereres med mindre utvelgelseskreter. Det er formålstjenlig å ha en egen utvelgelseskrets for piloter, og en annen for bakkepersonell. Da unngår virksomheten å sitte igjen med unødvendig bakkepersonell, som ikke kan fylle stillingen som pilot.

Det finnes andre eksempler hvor kompetansekravene ikke er like sprikende som pilot og bakkepersonell, men hvor overføring mellom stillingskategorier likevel krever en viss grad av opplæring. I Braathens- dommen ble A oppsagt fordi hun hadde lavest ansiennitet i billettavdelingen.⁹⁹ Hadde trafikk- og billettavdelingen blitt vurdert sammen, ville A hatt lenger ansiennitet og beholdt jobben. Lagmannsretten la til grunn at A kunne bli omplassert til trafikkavdelingen uten særlig opplæring, men grunnet prekær økonomi ble avdelingsvis ansiennitetsvurdering ansett som saklig.

Det var først og fremst behovet for å effektivisere nedbemanningsprosessen grunnet selskapets økonomi, som ble utslagsgivende for lagmannsrettens standpunkt. Dommen viser at selv der det ikke kreves stor grad av opplæring, så innebærer opplæring ressursbruk i en situasjon hvor formålet er å kutte kostnader. Til tross for at det bare er midlertidige kostnader, gir det uttrykk for feil prioritering av selskapets midler i en økonomisk vanskelig situasjon. Dette er midler som kan utnyttes mer effektivt hvis arbeidstakere med riktig kompetansekrav beholdes.

Spørsmålet er imidlertid hvor stor vekt kompetansemomentet skal tillegges i vurderingen av om avgrensninger i utvelgelseskretsen er saklig, ettersom arbeidstakers kvalifikasjoner kan vektlegges etter utvelgelseskriteriene. Kvalifikasjoner innebærer ikke 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 det er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov.*»¹⁰⁰ Dommen illustrerer at det er stor fleksibilitet for hva som kan vektlegges i kvalifikasjonsvurderingen.

I motsetning til tilfeller hvor arbeidsgiver er bundet av tariffavtale- hvor det må påvises saklig grunn for å fravike ansiennitet- er det ingenting som tilsier at ansiennitet veier tyngre enn

⁹⁹ RG-2004-222

¹⁰⁰ Rt-1986-879 s.886-887

kvalifikasjoner ved utvelgelsen av ansatte.¹⁰¹ Hvis momentet i tillegg skal vektlegges i vurderingen av om utvelgelseskretsen er saklig, får kompetanse/ kvalifikasjoner dobbel betydning i utvelgelsesprosessen.

Fleksibiliteten i vektleggingen av kvalifikasjoner etter utvelgelseskriteriene, gjør at arbeidsgiver har et mindre behov for å bruke avgrensninger i utvelgelseskretsen som virkemiddel for å beholde ønskelig kompetanse. Imidlertid kan ikke arbeidsgiver utelukkende legge vekt på kvalifikasjoner ved utvelgelsen. Ansiennitet er ansett som det mest rettferdige utvelgelseskriteriet. Det beror på en objektiv vurdering, i tillegg til at det oppfattes som rimelig at arbeidstakere som har arbeidet lengst i virksomheten, beholder jobben. Ansiennitet kan derfor vanskelig bortfortolkes helt i utvelgelsesprosessen. Det er dermed forsvarlig at kompetanse tillegges en viss vekt i vurderingen av om det er saklig å avgrense utvelgelseskretsen.

5.2.4 Drøftelser og enighet med tillitsvalgte om utvelgelseskrets

I oppgavens punkt 2.2 ble det vist til at arbeidsgiver har en drøftelsesplikt i forkant av oppsigelser. Rettspraksis illustrerer at ved vurderingen om begrensninger i utvelgelseskretsen er saklig, har det betydning om arbeidsgiver på forhånd har klarlagt utvelgelseskretsen med arbeidstakerne og tillitsvalgte.¹⁰² I OBOS-dommen ble manglende og uforsvarlig saksbehandling i forkant av oppsigelsene, tillagt avgjørende vekt mot at innsnevringen av utvelgelseskretsen var saklig.¹⁰³ Lagmannsretten la nemlig til grunn at drøftelsene etter aml. §15-2 ikke hadde gitt de tillitsvalgte reell mulighet til å utøve innflytelse på prosessen.

Drøftinger og enighet med tillitsvalgte om utvelgelseskretser kan også forhandles frem på organnivå, og på et tidligere tidspunkt enn drøftelsesplikten i aml. §§15-1 og 15-2 inntreffer. Arbeidstakere organiserer seg i fagforeninger for å utøve et kollektivt press mot arbeidsgiver og utjevne maktubalansen i arbeidsforholdet.¹⁰⁴ Det er mer sannsynlig at arbeidstakerne samlet, legger press på arbeidsgiver og utøver reell innflytelse på nedbemanningsprosessen,

¹⁰¹ HA LO-NHO § 8-2

¹⁰² Eksempelvis LB-2010-32150 og LE-2011-31713-2

¹⁰³ LB-2010-32150

¹⁰⁴ Skjønberg/ Hognestad (2014) s.22

herunder valg av utvelgelseskrets. Enigheten kan avtales i tariffavtalen, som fungerer som et reguleringsinstrument ved siden av arbeidsmiljøloven.

I dette punktet skal det klarlegges nærmere hva regulering i tariffavtaler innebærer, samt hvilke hensyn som ivaretas gjennom drøftinger og enighet med tillitsvalgte.

5.2.4.1 Regulering i tariffavtaler

Tariffavtalen legger begrensninger på arbeidsgivers styringsrett og handlefrihet ved nedbemanning.¹⁰⁵

Tariffavtalen er et resultat av forhandlinger mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening, som regulerer «arbeids- og lønnsvilkår eller andre forhold».¹⁰⁶ Begrepet er ment å favne vidt, og omfatter «alt det som en fagforening og en arbeidsgiverforening i det hele tatt kan tvistes om».^{107 108} Partene har således adgang til å tariffavtale ulike utvelgelseskretser.

Som vist i punkt 2.1 kan det ikke fastsettes utvelgelseskretser som strider mot saklighetskravet i aml. §15-7.¹⁰⁹ Det er likevel ingenting i veien for at arbeidsgiver og tillitsvalgte blir enige saklige utvelgelseskretser. Dette kan anses som en ”særskilt fast[settelse]” etter aml. §1-9. Partenes enighet om å begrense utvelgelseskretsen spiller inn ved tolkningen og anvendelsen av lovens vage vilkår, og kan begrunne at det gjøres unntak fra virksomheten som utvelgelseskrets.

Rasmussen Offshore-dommen illustrerer at enighet mellom partene kan få avgjørende vekt. Førstvoterende påpekte i forbindelse med inngåelse av lokale avtaler, at det fremstår som «klart at slike avtaler i utgangspunktet må legges til grunn av domstolene», og at «domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger

¹⁰⁵ Begrensninger i arbeidsgivers styringsrett i punkt 1.3

¹⁰⁶ Arbeidstvistloven §1 bokstav e)

¹⁰⁷ Jon Gisle, Norsk lovkommentar, Note 12 til arbtvl. §1 bokstav e)

¹⁰⁸ Uttalelse fra Solnørda i tillegg til dok 57 (1912), jfr Indst. O. XXI (1912) s.7, jfr. Ot.prp.nr.11 (1913), jfr Ot.prp.nr.23 (1913)

¹⁰⁹ Jfr aml. §1-9

*mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet».*¹¹⁰ Dette har sammenheng med hensynene som redegjøres nedenfor.

5.2.4.2 Hensyn bak vektlegging av drøftelser med tillitsvalgte

Virksomhetens svake økonomi, geografiske spredning, behovet for å beholde kompetanse og hindre uro, er momenter som belyser arbeidsgivers praktiske behov for å begrense utvelgelsen av overtallige til en mer håndterbar krets. Imidlertid må arbeidstakerne sikres mot vilkårlighet ved fastleggelse av utvelgelseskretser. Hensynet til å hindre vilkårlighet og ivareta forutberegneligheten til arbeidstakerne, blir ivaretatt ved drøftinger i forkant. Hvis utvelgelseskretsene er avklart på forhånd, kan arbeidstakerne forutsi hvilken utvelgelseskrets de inngår i, og hvem de i så fall vil konkurrere mot.

I Gresvig-dommen forelå det ingen enighet om utvelgelseskrets.¹¹¹ Sparebanken Nord-dommen illustrerer imidlertid at domstolene anser det som et tegn på gjennomtenkt og forsvarlig saksbehandling, hvis arbeidsgiver i samråd med tillitsvalgte har klarlagt at kretsen for utvelgelsen av arbeidstakere skal knyttes til bestemte deler av virksomheten.

I dommen ble det tillagt betydelig vekt at bankens ledelse sammen med tillitsvalgte hadde gjennomgått kriteriene og fremgangsmåte ved oppsigelse. Førstvoterende uttalte at *”vesentlig for meg er at banken bla. gjennom utvalget- og hermed i nær kontakt med de ansatte [...] på best mulig måte søkte å sikre både bankens og de ansattes interesser, og at de ansatte i hvert fall ikke hadde avgjørende innvendinger mot de fremgangsmåter som ble valgt”*, og videre at banken ved saksforberedelse *”hvor [...] også de tillitsvalgte var trukket inn, besluttet at man ved filialnedleggelse skulle si opp de ansatte ved den nedlagte filial”*.¹¹²

Formålet med å ha tillitsvalgte er at de skal ivareta og beskytte arbeidstakernes interesser. Vektleggingen av momentet kan dermed forklares med at når tillitsvalgte har utøvd innflytelse på fastsettelsen av avgrensede utvelgelseskretser, vil det ikke være like betenkelig å gjøre unntak fra virksomheten som utvelgelseskrets.

¹¹⁰ Rt-2001-71 s.82

¹¹¹ Gresvig detaljhandel AS hadde imidlertid avholdt drøftelsesmøte i henhold til aml. §15-1. Dette ble vektlagt i lagmannsretten, jfr Rt-2015-1332 lagmannsrettens dom LA-2014-109831.

¹¹² Rt-1992-776 s.781

Sparebanken Nord-dommens vektlegging av drøftelser og enighet med tillitsvalgte ble fulgt opp i SAS-dommen.¹¹³ I SAS var det grunnleggende enighet mellom partene at mindre enheter skulle brukes som utvelgeskrets. Førstvoterende uttalte at «*når ikke virksomheten som sådan er kretsen for utvelgelse, kreves at utvelgeskretsen er bestemt[.] på grunnlag av en forsvarlig saksbehandling.*» SAS hadde imidlertid sagt opp arbeidstakere fra en nyopprettet avdeling. Partene hadde ikke oppnådd enighet om at denne avdelingen skulle utgjøre en egen utvelgeskrets, og oppsigelsene ble kjent ugyldige grunnet uforsvarlig saksbehandling. Konklusjonen må ses i sammenheng med at partenes enighet skal fungere som en prosessuell sikkerhetsventil. Når avgrensede utvelgeskretser allerede var klarlagt, ville det stride mot forutberegneligheten om den nyopprettede avdelingen uten drøftelser skulle utgjøre en egen utvelgeskrets.

Rettspraksis som er gjennomgått kan tas til inntekt for drøftelsesplikten er mer enn en formalitet. Unnlatt drøfting medfører likevel ikke nødvendigvis at oppsigelsen eller utvelgeskretsen er usaklig, men det er et moment i saklighetsvurderingen.^{114 115}

Det bør utvises forsiktighet med å tillegge samtale med tillitsvalgte for stor vekt. De tillitsvalgte har som formål å ivareta hva som er best for arbeidstakerne samlet sett. Arbeidstakere ved enheter som er særlig utsatt for omsetningssvikt og nedleggelse kan være imot avdelingsvis nedbemanning, uten at tillitsvalgte har tatt hensyn til det fordi løsningen fremstår som fornuftig alle arbeidstakerne tatt i betraktning. Poenget er at enighet med tillitsvalgte om å avgrense utvelgeskretsen ikke kan anses som aksept på vegne av alle ansatte, og kan heller ikke vektlegges tilsvarende.

På bakgrunn av overnevnte mener jeg at lagmannsretten går for langt i LH-2015-189365, når førstvoterende stiller spørsmål om tillitsvalgte hadde «*akseptert uttrykkelig eller stilltiende [.] på en så klar måte at det i seg selv legitimerer fravikelse av utgangspunktet for utvelgeskrets*». Fravikelse fra lovens utgangspunkt krever tungtveiende grunner.¹¹⁶ Det tilsier at arbeidsgiver utover aksept fra tillitsvalgte, må påvise et faktisk behov for å avgrense utvelgeskretsen. Uttalelsen gir mer mening hvis den tolkes i lys av sakens faktum. Det er

¹¹³ LE-2011-31713-2

¹¹⁴ Jakhelln/ Aune (2005) s.769

¹¹⁵ Både i vurderingen om oppsigelsen er saklig, og om avgrensningen i utvelgeskretsen er saklig

¹¹⁶ Rt-2015-1332 avsnitt 43

klart at virksomheten ville ha praktiske problemer med å foreta en samlet vurdering av 1050 ansatte, som var fordelt på ulike geografiske områder.

I Hillesland-dommen var ikke bedriften tariffbundet, og det var ingen tillitsvalgte å drøfte beslutningen med. Arbeidsgiveren hadde derimot tatt kontakt med inspektøren ved arbeidstilsynet for å få informasjon om hvilke prosedyrer som skulle følges.¹¹⁷ Basert på dette, ble det lagt til grunn at arbeidsgiver hadde ment å opptre lojalt og følge en forsvarlig fremgangsmåte. Dommen kan tas til inntekt for at det avgjørende samlet sett er hvorvidt arbeidsgiver har handlet samvittighetsfullt og ivaretatt berørte parter, uten å ha ensidig fokus på hva som er det beste for virksomheten.¹¹⁸

5.2.5 Virksomhetens praktisering ved tidligere nedbemanninger

Hvis virksomheten har historikk med å vurdere overtallige ut fra avgrensede kretser, danner det seg med tiden en konsekvent praktisering for å gjøre unntak fra virksomheten som utvelgeskrets. Virksomhetens konsekvente praktisering er et moment som har blitt tatt til inntekt for at det også ved foreliggende nedbemanning, er saklig å avgrense utvelgeskretsen til bestemte deler av virksomheten.

Det er egentlig betenkelig at bedriftens konsekvente praksis med å foreta utvelgelsen etter avgrensede utvelgeskretser, skal påvirke saklighetsvurderingen og domstolenes tolkning av aml. §15-7(1). Eksempelvis hvis man overfører problemstillingen til kjøpsretten – skal butikkens konsekvente praksis med å avvise alle reklamasjoner, påvirke tolkningen av forbrukerkjøpslovens regler av hva som er en mangel?

Vektleggingen kan imidlertid forsvares med at en forutsetning for at det dannes konsekvent praksis med mindre utvelgeskretser, er at arbeidstakerne og tillitsvalgte tidligere har avstått fra å angripe beslutningen og prøve sakligheten av at lovens utgangspunkt fravikes. Avgrensninger i utvelgeskretsen vil med tiden da bli bedriftens utgangspunkt og normalordning.

¹¹⁷ Rt-1986-879 s.887

¹¹⁸ Samtale med tillitsvalgte ble også tillagt vekt i LG-2014-205435, LH-2003-13169 og RG-2004-222, som ledd i vurderingen av om saksbehandlingen og avgrensningen var saklig.

I Gresvig-dommen ble det anført at formålet med å ha en utvelgeskrets forsvant, siden A som eneste arbeidstaker på avdelingen ikke ble vurdert mot øvrige ansatte. Høyesterett la imidlertid vekt på at A ved tidligere nedbemanninger hadde blitt skjermet fra vurderinger av hvem som skulle sies opp, ettersom han tilhørte en egen avdeling. Gresvig detaljhandel AS hadde nemlig *”ved nedbemanninger [...] forholdt seg til at den enkelte butikk som berøres er utvelgeskrets”* og dette var en *”praksis som [hadde] vært fulgt konsekvent siden 2009”*.¹¹⁹ Hensynet til å unngå forskjellsbehandling tilsa derfor at det var saklig å bruke avdelingen som utvelgeskrets.

Til tross for at hensynet til å unngå forskjellsbehandling og konsekvent praktisering er relevant, blir spørsmålet om det er tungtveiende nok til å gå på bekostning av oppsigelsesvernet som aml. §15-7(1) oppstiller. Siden A i Grevig- dommen var den eneste ansatte ved avdelingen var det klart hvem som skulle sies opp, og den individuelle saklighets- og rimelighetsvurderingen etter aml. §15-7(1) ville ikke fylle noen funksjon. I et sakstilfelle som Gresvig-dommen er det derfor grunn til å stille seg kritisk til å anvende konsekvent praktisering som et argument mot å vurdere saken man har foran seg mer isolert, og se på virkningene det får for arbeidstakeren.¹²⁰

De underliggende hensyn konsekvent praktisering skal ivareta, er i likhet med drøftinger med tillitsvalgte forutberegnelighet. Dersom den konsekvente praksisen skal fravikes uten at det er varslet på forhånd, kan det fremstå som brå og vilkårlig praktisering av hva som utgjør utvelgeskretsen. Vilkaerlig praktisering av når arbeidsgiver kan og ikke kan bruke avgrensede utvelgeskretser, vil stride mot forutberegneligheten og oppsigelsesvernet til øvrige arbeidstakere, som etter normalordningen ikke skal inngå i utvelgeskretsen. Dette underbygger konklusjonen i Gresvig-dommen, og forsvarer at konsekvent praktisering også ellers tillegges stor vekt i vurderingen av om avgrensninger i utvelgeskretsen er saklig.¹²¹

LH-2015-189365 illustrerer hvor avgjørende ivaretagelse av forutberegnelighetshensynet er. Ved første øyekast synes dommen å tillegge Sparebanken Nord-dommen større vekt enn Gresvig-dommen, hva gjelder viktigheten av drøftelser og enighet med tillitsvalgte.

¹¹⁹ Avsnitt 44

¹²⁰ Kritikken av dommen behandles mer inngående under punkt 5.3.1

¹²¹ Konsekvent praktisering ble også fremhevet i Rt-1992-776 s.782

Utvalgelseskretsen ble nemlig ansett som usaklig, hovedsakelig på grunn av sviktende saksbehandling og mangel på reelle drøftelser med ansatte og tillitsvalgte.

Samtidig kan lagmannsrettsdommen sies å være i samsvar med Gresvig-dommens vektlegging av forutberegnelighetshensyn. I LH-2015-189365 var flertallet usikre på hvor konsekvent praktiseringen av avdelingsvise nedbemanninger hadde vært. Når det heller ikke forelå drøftinger eller enighet om utvalgelseskretser, fremstod avdelingsvis nedbemanning som vilkårlig.

5.3 Oppsummering av rettspraksis

5.3.1 Hva er rettstilstanden?

Saklighetsvurderingen ved utvalgelseskrets beror på en balansering av to hensyn som står sterkt i arbeidsretten- styringsretten og oppsigelsesvernet. Domstolene må avveie og finne en rimelig balanse mellom arbeidsgivers rett og behov for å følge en enklere fremgangsmåte, og ivaretagelse av arbeidstakers stillingsvern.

Høyesterett skal ha en rettsavklarende og rettsskapende funksjon.¹²² Likevel avstår Høyesterett i Rt-2015-1332 fra å oppklare tidligere rettspraksis, utover å si at adgangen beror på en konkret vurdering. Det er klart at adgangen til å avgrense utvalgelseskretsen beror på en konkret vurdering, idet adgangen avhenger av arbeidsgivers praktiske problemer med å ta utgangspunkt i virksomheten og samtlige ansatte i det enkelte tilfelle.

Analysen av rettspraksis illustrerer at uklarhetene rundt adgangen til å avgrense utvalgelseskretsen egentlig ikke omhandler hvilke momenter som skal avveies. Det som er uklart er hvordan momentene skal avveies mot hverandre, for å avgjøre om utvalgelseskretsen er saklig. Momentene vil ha ulik vekt etter omstendighetene i det enkelte tilfelle. Eksempelvis er domstolene mer tilbøyelige til å godta avgrensninger i utvalgelseskretsen, jo svakere virksomhetens økonomi er. Høyesterett kunne likevel gitt føringer for hvilke hensyn som må være ivare tatt, for at det skal være en rimelig balanse mellom styringsretten og stillingsvernet.

¹²² NOU 2001:32 A s.128

Hvis formålet faktisk er å finne en rimelig balanse, kan konklusjonen i Gresvig-dommen anses som motstridende. Av hensyn til oppsigelsesvernet til den enkelte arbeidstaker er det nemlig grunn til å stille seg kritisk til resultatet i dommen. Både arbeidsmiljølovens regler og rettspraksis viser at arbeidsgivers fremgangsmåte og saksbehandling er viktig i vurderingen av om oppsigelsen er saklig. Dette tilsier at domstolene normalt sett ville betegnet en oppsigelse som usaklig, dersom det ikke ble foretatt noen individuell saklighetsvurdering etter aml. §15-7(1). Ettersom avdelingen som ble brukt som utvelgelseskrets i Gresvig-dommen bare bestod av A, var det unødvendig å vurdere om oppsigelsen fremstod som saklig og rimelig overfor vedkommende. Alene på dette grunnlag er det betenkelig at Høyesterett ikke anså utvelgelseskretsen som usaklig, og det levner tvil om hvor betydningsfullt oppsigelsesvernet er i avveiningen.

Det kan imidlertid hevdes at det er forståelig at uheldige utslag overfor den enkelte arbeidstaker, ikke skal trumfe forutberegneligheten og stillingsvernet til øvrige arbeidstakere.

Samtidig åpner Gresvig-dommen for at arbeidsgiver ved bruk av utvelgelseskretser i realiteten kan organisere seg bort fra individuelle vurderinger og saklighetskravet i aml. §15-7. Dette gjør at arbeidsgiver kan utnytte avgrensninger i utvelgelseskretsen til å kvitte seg med arbeidstakere, som det ellers ikke foreligger saklig grunnlag for å si opp. Derfor ble det i teorien før Gresvig-dommen ble avsagt, uttalt at utvelgelseskretsen ikke kan være så snever at det ikke blir noen realitet i utvelgelsen.¹²³ Reell utvelgelse forutsetter at det er noen å velge mellom, noe det ikke var i Gresvig-dommen. Det Høyesterett egentlig signaliserer i dommen er dermed at styringsretten trumfer oppsigelsesvernet, selv i de tilfeller arbeidstaker blir frarøvet ethvert stillingsvern.

Det er ikke bare ved utvelgelseskretser bestående av én arbeidstaker, at den individuelle saklighetsvurderingen forsvinner. Rettspraksis som er gjennomgått viser at avgrensninger i utvelgelseskretsen enten innebærer at overtallige sies opp, eller samtlige i den avgrensede utvelgelseskretsen. Hvis bare overtallige sies opp, må det først vurderes om avgrensningen av utvelgelseskretsen er saklig, og deretter om oppsigelsen er saklig begrunnet overfor den enkelte. Domstolene vil i disse situasjoner ha grunnlag for å overprøve både sakligheten av utvelgelseskretsen og den individuelle saklighetsvurderingen.

¹²³ Storeng mfl (2014) s.532

Hvis derimot samtlige i den berørte utvelgelseskretsen skal motta oppsigelse er det unødvendig for arbeidsgiver å foreta individuelle saklighetsvurderinger, når det likevel er klart at alle skal sies opp. I slike tilfeller foregår det både fra arbeidsgivers og domstolenes side i realiteten bare en overprøving av hvorvidt det å bruke den bestemte delen av virksomheten som utvelgelseskrets, er saklig.¹²⁴

Oppsigelsesvernet til den enkelte blir betydelig svekket dersom utvelgelseskretsen er avgrenset til en avdeling hvor alle mottar oppsigelse. Dette burde det tas i betraktning i vurderingen av om det er saklig å avgrense utvelgelseskretsen. Som vist overfor beror sakligheten av utvelgelseskretsen på mer objektive kriterier, hvor det er vanskelig å innplassere individuelle saklighetsvurderinger. Jeg mener imidlertid at aml. §15-7 bør tillegges større vekt og gjøre mer motstand hvis samtlige ved enheten skal sies opp. I tillegg kan det i seg selv være tegn på at utvelgelseskretsen er for snever, når det ikke er rom for individuelle saklighetsvurderinger.

Høyesterett gir i Gresvig- dommen uttrykk for at arbeidsgiver har en vid adgang til å avgrense utvelgelseskretsen, så lenge det kan påvises driftsmessige hensyn som taler for avgrensningen. Likevel er det vanskelig å oppsummere rettstilstanden på bakgrunn av dommen. Dette illustrerer også LH-2015-189365 som kom til motsatt resultat, til tross for at arbeidsgiver ville ha vanskeligheter med å vurdere samtlige i virksomheten. Hvis Gresvig- dommen skal tolkes som at styringsretten trumfer oppsigelsesvernet, kan avgjørelsen kritiseres for illojal oppfølging av signalene som sendes ut i Gresvig- dommen.

KappAhl hadde imidlertid ikke økonomiske problemer tilsvarende Gresvig detaljhandel AS. Forutberegnelighetshensynet var heller ikke ivaretatt. Hvorvidt det er i tråd med Gresvig- dommen å konkludere med at avgrensningen er saklig i slike tilfeller, gir ikke Høyesterett svar på.

Forklaringen på at Høyesterett i Gresvig- dommen tillegger arbeidsgivers behov og styringsretten så vidt spillerom, kan ses i sammenheng med at domstolene ser de praktiske problemene som oppstår i virkeligheten ved en trangsynt praktisering av loven. Domstolene

¹²⁴ I Rt-2015-1332 avsnitt 54 ble dette brukt som argument for at A ikke ble stilt dårligere enn ansatte som blir oppsagt etter avdelingsvis nedbemanning, hvor hele avdelingen avvikles og samtlige sies opp.

må ta i betraktning at arbeidsgiver skal ha en håndterbar krets å vurdere etter. Spørsmålet er i hvilken grad forutberegnelighetshensyn må være ivaretatt og hvor store ulemper arbeidsgiver må påvise, før Høyesterett aksepterer avgrensninger i utvelgelseskretsen.

5.3.2 Gresvig-dommen ikke egnet til å avklare rettstilstanden

Gresvig- dommen sier ikke så mye nytt sammenlignet med tidligere rettspraksis. Den største nyvinningen er at arbeidsgivers styringsrett får et større spillerom enn det var grunn til å tro i forkant av avgjørelsen. Det kan imidlertid sies at saksforholdet i dommen ikke var egnet til å avklare de prinsipielle spørsmålene rundt adgangen til å innsnevre utvelgelseskretsen.

Problemet ble ikke satt på spissen i Gresvig- dommen. Virksomhetens svake økonomi og geografiske spredning medførte et klart behov for å begrense utvelgelseskretsen, og forutberegneligheten til arbeidstaker var ivaretatt. Spørsmålet er om konklusjonen i Gresvig- dommen ville blitt den samme hvis selskapets økonomi ikke hadde vært svak, eller det ikke hadde vært konsekvent praktisering av avgrensede utvelgelseskretser? Altså er spørsmålet om effektivitetshensyn fortsatt vil trumfe utgangspunktet om at samtlige i virksomheten skal vurderes mot hverandre, hvis et av de vesentlige momentene som er gjennomgått i 5.2.1-5.2.5 tenkes borte? Dette fremstår som det mest uklare i avveiningen om det finnes saklig grunnlag for å innsnevre utvelgelseskretsen, og i et slikt perspektiv gir dommen liten veiledning.

Ved å si at Rt-1992-776 og Rt-1986-879 bare trekker opp relevante hensyn, åpner det for en tolkning om at avgrensninger i utvelgelseskretsen kan være saklig, selv om ikke alle «vilkårene» foreligger. Likevel er det noen momenter som skiller seg ut som mer tungtveiende enn andre. Hvis bedriften verken er geografisk spredt eller har anstrengt økonomi er det vanskelig å forestille seg at arbeidsgiver vil ha saklig grunnlag for å begrense utvelgelseskretsen. I slike tilfeller har arbeidsgiver verken det samme tidspresset eller vanskelighetene med å foreta en samlet vurdering av alle ansatte i virksomheten. Det vil derfor være urimelig å svekke oppsigelsesvernet til arbeidstakerne som inngår i den avgrensede utvelgelseskretsen.

Motsatt er det vanskelig å forestille seg at oppsigelsesvernet er tilstrekkelig ivaretatt hvis det ikke foreligger konsekvent praktisering eller drøftelser med tillitsvalgte i forkant.¹²⁵ Gresvigdommen illustrerer imidlertid at ikke begge momentene må foreligge. Selv om avgrensningen ikke er drøftet med tillitsvalgte, kan konsekvent praktisering veie opp og ivareta forutberegnelighetshensynet.¹²⁶

Tilsvarende kan arbeidsgiver ha praktiske problemer med å vurdere samtlige i virksomheten, selv om virksomheten ikke både har anstrengt økonomi og er geografisk adskilt. Eksempelvis viser Hilleslanddommen at prekær økonomi kan gi grunnlag for avdelingsvis nedbemanning, til tross for at avdelingene er innenfor samme geografiske område. Praktiske utfordringer kan også oppstå hvis situasjonen er omvendt.

Ønsket om å beholde kompetanse og hindre uro kan etter min mening ikke tilkjennes selvstendig vekt, til at praktiske løsninger skal trumfe oppsigelsesvernet aml. §15-7 er ment å gi. Kompetanse kan langt på vei ivaretas ved å vektlegge kvalifikasjoner etter utvelgelseskriteriene, og uro blant arbeidstakerne kan ikke overskygge oppsigelsesvernet til den enkelte arbeidstaker.

Overnevnte betraktninger gjør det enklere å forstå hvorfor Høyesterett har lagt til grunn at begrensninger i utvelgelseskretsen beror på konkret vurdering. Det avgjørende er ikke hvorvidt virksomheten har økonomiske problemer eller geografisk spredning, men om det vil medføre praktiske vanskeligheter å gjennomføre en samlet vurdering av alle ansatte. Spørsmålet blir i så fall om ulempene er tungtveiende nok til å berettiggje urimelighet overfor arbeidstakere som mottar oppsigelse, etter å ha blitt vurdert mot en avgrenset utvelgelseskrets. I denne vurderingen spiller det inn i hvilken grad arbeidstakerne har blitt hensyntatt, i beslutningen om å begrense utvelgelseskretsen til bestemte deler av virksomheten.

5.3.3 Rom for innskrenkende tolkning av «virksomhet»

Det kan i dag anses som sikker rett at når arbeidstakere sies opp på grunn av forhold ved virksomheten, er utgangspunktet at virksomheten utgjør kretsen for utvelgelsen av hvilke

¹²⁵ Underbygges av LH-2015-189365

¹²⁶ Avsnitt 44

arbeidstakere som er overtallige.¹²⁷ Likevel viser gjennomgangen at det er en forholdsvis stor adgang til å tolke ”virksomhet” i aml. §15-7 innskrenkende, og operere med avgrensede utvelgelseskretser dersom det foreligger saklig grunn. Saklig grunn for arbeidsgiver vil være forhold som tilsier at det er uhåndterbart og for ressurskrevende å vurdere samtlige i virksomheten.

Vidtgående unntak fra virksomheten som utvelgelseskrets, kan også ses i sammenheng med at det av og til bare er formaliteter som gjør at selvstendige enheter ikke utgjør en egen virksomhet.

Formålet bak aml. §15-7 er å sikre arbeidstakere et effektivt oppsigelsesvern. Derfor oppstiller bestemmelsen et saklighetskrav, hvor det også er innfortolket en høy terskel. Saklighetskravet vil ikke være oppfylt hvis arbeidsgiver kan tilby arbeidstakeren annet passende arbeid, eller interesseavveiningen faller ut i virksomhetens disfavør. På bakgrunn av oppsigelsesvernet arbeidsmiljøloven oppstiller, kan det sies at Høyesterettspraksis ved å la arbeidsgivers praktiske hensyn gå foran, ikke ivaretar lovgiverviljen.

Det foreligger en spenning mellom bedriftsøkonomiske hensyn og oppsigelsesvernet, som egentlig kan betegnes som en spenning mellom virkelighet og lovgivning. På arbeidsrettens område stiller ikke lovgivningen så sterkt som for eksempel strafferetten og legalitetsprinsippet. Arbeidsmiljøloven er imidlertid ment å være en vernelov for arbeidstakere, noe som tilsier at domstolene burde være tilbakeholdne med å tilsidesette stillingsvernet arbeidstakerne har krav på.

Selv om domstolene har en plikt til å ivareta lovgiverviljen, må de komme frem til praktikable løsninger. Forutsatt at domstolene overprøver at virksomheten har et reelt behov for å innskrenke utvelgelseskretsen og ikke bruker avgrensninger for å omgå oppsigelsesvernet, samt kontrollerer at saksbehandlingen er forsvarlig, er det mulig å forene avgjørelsene i rettspraksis med stillingsvernet.

Det må også tas i betraktning at arbeidstakere som ikke tilhører den berørte utvelgelseskretsen, blir skjermet fra oppsigelsesvurderingen og nedbemanningsprosessen. Det

¹²⁷ Eksempelvis fastslått i Rt-2015-1332 avsnitt 38

kan dermed ikke på generelt grunnlag sies at innskrenkende tolkning av ”virksomhet” i aml. §15-7 strider mot arbeidsmiljølovens målsetting som vernelov for arbeidstakere.

6. Særlig om tilfeller hvor arbeidsgiver er bundet av tariffavtale

6.1 Hva er «saklig grunn» til å fravike ansiennitet

Fremstillingens punkt 5.2.4 viste at tariffavtalen kan få betydning for arbeidsgivers handlefrihet ved nedbemanning og fastsettelse av utvelgelseskrets. Ved å inngå tariffavtale binder arbeidsgiver seg også til å gi ansiennitet en særstilling som utvelgelseskriterium. Det følger av Hovedavtalen LO-NHO §8-2 at ansiennitet bare kan fravikes dersom det foreligger «saklig grunn». HA LO-NHO er første del av alle tariffavtaler mellom LO og NHO.¹²⁸ Utgangspunktet for parter som er bundet til tariffavtale, er således at ansatte skal konkurrere mot hverandre basert på ansiennitet.

Ansiennitetens særlige betydning innebærer at tariffavtalen kan sette begrensninger utover det lovmessige, i forbindelse med arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen. I tillegg medfører det mindre fleksibilitet for arbeidsgiver til å vektlegge kvalifikasjoner, noe som kan fremkalle et større behov for å vurdere arbeidstakere etter ulike utvelgelseskretser.

Behovet avhenger imidlertid av hva som er saklig grunn, og hvor høy terskelen er, for å fravike en rendyrket ansiennitetsvurdering. Spørsmålet blir hva som ligger i kravet til «saklig grunn» etter HA LO-NHO §8-2, og andre tariffavtaler med tilsvarende begrensning.

ARD-2006-286 gjaldt en lokal protokoll som ble kjent ugyldig, fordi protokollen medførte at tariffavtalens ansiennitetsprinsipp ble tilsidesatt. Det ble uttalt at hva som er saklig grunnlag for å fravike ansiennitet beror på en ”konkret vurdering og avveining av ulike forhold og hensyn.»¹²⁹ Flertallet la til grunn at ”bakgrunnen for bestemmelsen [...] må antas å være at ansiennitetsprinsippet gir anvisning på et utvelgelseskriterium som generelt oppfattes som objektivt og rettferdig”, og at det ”ikke uten videre er adgang til å sette ansiennitetsprinsippet helt til side bare fordi de lokale partene på generelt grunnlag finner at et annet utvelgelsesprinsipp fremstår som mer hensiktsmessig eller mer rettferdig”.¹³⁰

¹²⁸ HA LO- NHO §1-2

¹²⁹ Avsnitt 72

¹³⁰ Avsnitt 74

I utgangspunktet skal det mye til før domstolene tilsidesetter enighet mellom partene. Arbeidsrettens dom gir imidlertid uttrykk for at bekvemmelighetshensyn ikke kan begrunne fravikelse av ansiennitet, grunnet ansiennitetens solide forankring både i og utenfor tariffavtaler. Kvalifikasjoner og sosiale hensyn legger opp til skjønnsmessige vurderinger, mens ansiennitet bare beror på ansettelsestid. Ansiennitet er enklere for arbeidsgiver å praktisere, og oppsigelsen er lettere å akseptere hvis forbigåelsen skyldes ansettelsestid, enn mangel på kvalifikasjoner. Dommen kan tas til inntekt for at det er en høy terskel for å fravike ansiennitet.

6.2 Betydningen av avgrensning i utvelgeskretsen hvor arbeidsgiver er bundet av tariffavtale

Den nære sammenhengen mellom utvelgeskrets og – kriterier illustreres ekstra godt på tariffavtalens område. Fastsettelse av mindre utvelgeskretser kan betegnes som ulike måter å omgå utvelgeskriteriet ansiennitet på. Arbeidstakers ansiennitet blir ikke like beskyttet innenfor avgrensede utvelgeskretser, sammenlignet med hvis virksomheten er utvelgeskrets. Derfor blir vurderingen av om det er saklig å avgrense utvelgeskretsen på tariffavtalens område, også et spørsmål om det er «saklig grunn» til å fravike ansiennitet.¹³¹

Det at overnevnte vurderinger langt på vei blir sammenfallende kan være problematisk. Som et rettferdig utvelgeskriterium kan ansiennitet sies å være tariffestet av hensyn til arbeidstakerne. Da virker det urimelig at praktiske problemer som angår arbeidsgiver skal utgjøre saklig grunnlag for å fravike ansiennitet. På den andre siden medfører sammenblandingen at ansienniteten blir hensyntatt. Sammen med oppsigelsesvernet, kan ansiennitet i saklighetsvurderingen utgjøre en ytterligere begrensning i arbeidsgivers adgang til å innskrenke utvelgeskretsen.

I Bravida-dommen var spørsmålet for lagmannsretten hvorvidt det å bruke ansatte innenfor samme stillingskategori som utvelgeskrets, var saklig eller en tilsidesettelse av tariffestet

¹³¹ HA LO- NHO §8-2

ansiennitet.¹³² Spørsmålsstillingen er et eksempel på sammenblanding av utvelgeskrets og -kriterier på tariffavtalens område.

I dommen innebar arbeidsgivers avgrensning av ansiennitetsområde ”*både avdelingsvis og i forhold til stillingskategorier [...] en så sterk svekkelse av tariffavtalens ansiennitetsbestemmelse at den i praksis nærmest var bortfalt*” for arbeidstakeren som gikk til søksmål, og ingen tungtveiende hensyn kunne forsvare en slik svekkelse. Uttalelsen må ses på bakgrunn av at arbeidstakeren som ble oppsagt hadde lenger ansiennitet enn åtte arbeidstakere innenfor samme geografiske område. Dersom var det uhåndterbart å vurdere samtlige ansatte i virksomheten, kunne ansiennitet vært sikret reell betydning hvis arbeidsgiver hadde avgrenset utvelgeskretsen etter geografiske områder, framfor til stillingskategorier.

Konklusjonen må også ses i sammenheng med at det var ingen holdepunkter som tilsa at det ville være mer ressurskrevende eller skape større uro å bruke det geografiske området som utvelgeskrets.¹³³ Tariffavtalen åpnet også for å legge vekt på personlig egnethet, kompetanse og alderssammensetning. Hvis arbeidsgiver i tillegg skulle bruke stillingskategorier som utvelgeskrets, ville ansienniteten bli uthult.

Ivaretagelse av ansiennitetens særstilling var også avgjørende for mindretallets synspunkt i Posten-dommen.¹³⁴ Mindretallet mente at hele hovedkontoret burde være utvelgeskrets, ettersom ansienniteten ville bli «*helt illusorisk*» dersom hver enhet skulle utgjøre utvelgeskretsen. Mindretallet sikter antageligvis til at når en arbeidstaker blir vurdert opp mot en så snever gruppe av ansatte, spiller det ingen rolle at vedkommende har opparbeidet seg lang ansiennitet i virksomheten som sådan. Det avgjørende vil være om arbeidstakerne man sammenlignes med innenfor utvelgeskretsen, har lang eller kort ansiennitet.

Flertallet uttalte imidlertid at innsnevringen av hovedkontoret som utvelgeskrets hadde «*gode grunner for seg i en bedrift av Postens størrelse og struktur.*» Henvisningen til Postens størrelse og struktur har sammenheng med de praktiske utfordringene som oppstår ved å vurdere samtlige i en stor virksomhet, i tillegg til at arbeidstakerne besitter ulik kompetanse

¹³² LH-2003-13169

¹³³ Arbeidstaker krevde kun å bli innplassert i annen stilling innenfor det geografiske området, så spørsmålet om det var saklig å avgrense til avdelinger ble ikke satt på spissen

¹³⁴ LB-2005-182490

som kreves for å holde driften kontinuerlig operativ. Dette tilsier at det også på tariffavtalens område må være rom for å avgrense utvelgelseskretsen, til tross for at ansienniteten svekkes.

I RG-2004-222 mente mindretallet at det var tariffstridig at det ikke ble foretatt en individuell vurdering av den enkelte arbeidstaker, og at samtlige ikke ble vurdert opp mot hverandre. Flertallet konkluderte derimot med at avdelingsvis ansiennitetsvurdering var saklig, og la betydelig vekt at saksforholdet var så parallelt med Sparebanken Nord-dommen.

Flertallet kan kritiseres for ikke å påpeke forskjellene fra Sparebanken Nord-dommen og dens konkrete begrunnelse, hvor den nylige fusjoneringen var et av de tungtveiende argumentene som tilsa at det var saklig å vurdere hver filial for seg. Det er likevel lite å utsette på resultatet i Braathens-dommen basert på momentene som oppstilles i Høyesterettspraksis, og avveiningen av disse. Virksomheten hadde 4000 ansatte, og i en prekær situasjon må det anses som rettferdig bruk av ressursene at arbeidsgiver i samarbeid med de ansattes organisasjoner, forenkler nedbemanningsprosessen ved å dele inn i mindre utvelgelseskretser.

Gjennomgangen av underrettspraksis viser at vurderingen skiller seg litt fra den lovmessige adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen.¹³⁵ Den høye terskelen for å fravike ansiennitet gjør at arbeidsgiver må påvise enda mer tungtveiende grunner, for at det skal være saklig å fravike utgangspunktet med virksomheten som utvelgelseskrets på tariffavtalens område. Siden flere av lagmannsrettsdommene er avsagt med dissens, illustrerer det at det er mindre tilbøyelighet til å akseptere avgrensninger i utvelgelseskretsen når arbeidsgiver er bundet av tariffavtale. Dette har sammenheng med ansiennitetsprinsippet, og derfor har det også betydning hvor store avgrensningene i utvelgelseskretsen er. Domstolene er varsomme med å anerkjenne utvelgelseskretser som er så snevre at ansienniteten blir intetsigende. Eksempelvis er det mer legitimt å avgrense etter geografiske områder, enn stillingskategorier.

¹³⁵ Jfr redegjørelsen i punkt 5

7. Konsekvenser av å ha en avgrenset krets som ramme for utvelgelsen

7.1 Utvelgelseskriteriene anvendes overfor en mindre krets ansatte

Formålet med å fastsette en utvelgelseskrets, er å finne ut innenfor hvilke ramme arbeidstakerne skal vurderes etter utvelgelseskriteriene. Avgrensning av utvelgelseskretsen innebærer at utvelgelseskriteriene ansiennitet, kvalifikasjoner og sosiale hensyn taper vekt, ved at de anvendes overfor en mindre krets bestående av færre ansatte. Det kan også risikeres at utvelgelseskriteriene blir helt uten praktisk betydning, hvis arbeidsgiver tillates avgrensninger i utvelgelseskretsen tilsvarende Gresvig-dommen.

Avgrensninger i utvelgelseskretsen kan bli utslagsgivende for om arbeidstaker beholder jobben eller ikke.¹³⁶ Likevel er det ikke sikkert at arbeidstakeren hadde beholdt jobben selv om vedkommende hadde blitt vurdert i forhold til samtlige i virksomheten, ettersom adgangen til å vektlegge kvalifikasjoner og sosiale hensyn gir arbeidsgiver et visst skjønn i utvelgelsen. De berørte arbeidstakerne vil imidlertid ha mer hold i påstandene dersom arbeidsgiver er bundet til tariffavtale, hvor ansiennitet er det ledende utvelgelseskriteriet.

7.2 Skal retten til annet passende arbeid etter aml. § 15-7 (2) også vurderes i henhold til bestemte deler av virksomheten?

Det fremgår av aml. §15-7(2) at oppsigelsen ikke er saklig dersom det finnes «annet passende arbeid i virksomheten». Virksomhetsbegrepet må tolkes på bakgrunn av formålet til den enkelte bestemmelse.¹³⁷ Formålet med retten til annet passende arbeid er å sikre arbeidstakerne et effektivt oppsigelsesvern, noe som ivaretas best desto større mulighet det er for å finne alternativt arbeid. Dette tilsier at vurderingen bør ta utgangspunkt i virksomheten som sådan, og ikke ledig arbeid innenfor bestemte deler av virksomheten.

¹³⁶ Eksempelvis Rt-1992-776 hvor oppsagte arbeidstakere hadde lenger ansiennitet enn øvrige arbeidstakere som ble skjermet fra utvelgelsen.

¹³⁷ Ot.prp.nr.64 (2001-2002) s.4

I Sparebanken Nord-dommen ble derimot retten til «annet passende arbeid i *virksomheten*» vurdert i relasjon til de ulike *avdelingene* som filialene tilhørte. Det vil si at også tilbudsplikten ble vurdert etter en avgrenset krets, og ikke virksomhetsbegrepet som eksplisitt fremgår av loven. Bare hvis stillingene ikke ble besatt, ble de utlyst som ledige under andre avdelingskontor.¹³⁸

Lagmannsretten la til grunn tilsvarende synspunkt i SAS-dommen. Det ble uttalt at dersom den nye avdelingen betraktes som «*en egen krets, vil de som ble overført til [avdelingen] miste muligheten til å bli vurdert mot de gjenværende stillinger*».¹³⁹

Dege virker å være av samme oppfatning som Høyesterett i Sparebanken Nord-dommen, når han skriver at avgrensningen ikke vil være saklig, dersom en snever utvelgelseskrets anvendes «for å sannsynliggjøre at det ikke er ledige stillinger».¹⁴⁰ Uttalelsen kan tas til inntekt for at Dege mener at avgrensninger i utvelgelseskretsen også får betydning for retten til «annet passende arbeid» i «*virksomheten*». I så fall kan arbeidsgiver bruke adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen, til å omgå tilbudsplikten.

Andre steder i teorien blir det å benytte ulike forståelser av virksomhetsbegrepet i aml. §15-7 første og andre ledd ansett som mindre problematisk. Arbeidsgivers behov for arbeidsbesparende tiltak som begrunner avgrensninger i utvelgelseskretsen, gjør seg ikke tilsvarende gjeldende ved tilbudsplikten. Det er mer oversiktlig å finne ut hvilke stillinger i virksomheten som er ledig, enn å vurdere samtlige i virksomheten mot hverandre.¹⁴¹

Selv om «*virksomhet*» tolkes innskrenkende i relasjon til utvelgelseskrets, er det etter min mening ingen grunn til at det skal få konsekvenser for andre rettigheter knyttet til virksomhetsbegrepet. Hvis begrensninger i utvelgelseskretsen medfører en innsnevring av virksomhetsbegrepet generelt - og da særlig etter aml. §§15-7(2) og 14-2(1) som gir rett til annet passende arbeid og fortrinnsrett i «*virksomheten*» - ville oppsigelsesvernet bli ytterligere svekket. Sjansene for å finne annet arbeid reduseres betydelig hvis tilbudsplikten vurderes etter bestemte deler av virksomheten, og færre stillinger.

¹³⁸ Rt-1992-776 s.781-782

¹³⁹ LE-2011-31713-2

¹⁴⁰ Dege (2009) s.702

¹⁴¹ Fougner mfl (2011) s.313

På den andre siden kan løsningen som skisseres i Sparebanken Nord-dommen medføre fordeler for både arbeidstaker og arbeidsgiver. Omplussing til annet arbeid innenfor den avgrensede kretsen vil medføre tilsvarende reisetid til jobb for arbeidstaker, og dermed vil omplussingen antageligvis også være innenfor arbeidsgivers styringsrett.

Arbeidstaker bør imidlertid selv få vurdere ulempene ved å bli tilbudt annet arbeid i virksomheten som helhet. For at tilbudsplikten skal oppnå sitt formål, og bidra til å avhjelpe betenkelighetene med at saklighetsvurderingen i enkelte tilfeller blir illusorisk, bør retten til annet passende arbeid ta utgangspunkt i ledige stillinger i virksomheten som sådan.

7.3 Kreves det fratredelseskjennelse når avdelingen nedlegges?

Arbeidstakers rett til å stå i stillingen ved tvist om arbeidsforholdets opphør etter aml. §15-11, er ment å være en forlengelse av oppsigelsesvernet i aml. §15-7. Spørsmålet er om denne rettigheten automatisk opphører for arbeidstakere som inngår i utvelgelseskretsen til en avdeling som nedlegges.

Rettigheten er ikke absolutt, men krever at arbeidsgiver må be retten om fratredelseskjennelse dersom det er «urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling».¹⁴² I Sparebanken Nord- dommen hindret imidlertid arbeidsgiver arbeidstakeren å stå i stillingen mens tvisten pågikk, uten fratredelseskjennelse fra retten. Høyesterett godkjente praktiseringen.¹⁴³

Resultatet må ses i sammenheng med de konkrete omstendighetene i saken. Filialen arbeidstakeren jobbet ved var nedlagt, og vedkommende takket nei til arbeid ved avdelingskontoret. Det forelå dermed ingen stilling å fortsette i dersom oppsigelsen ble kjent ugyldig.¹⁴⁴ Høyesteretts standpunkt kan forklares ved at formålet med retten til å stå i stillingen bla. er å sikre kontinuitet. Å sikre kontinuitet mister sin betydning når det ikke er noen stilling å komme tilbake til, selv om oppsigelsen blir kjent usaklig etter aml. §15-7.

¹⁴² Aml. §15-11(2)

¹⁴³ Rt-1992-776 s.783

¹⁴⁴ Tilbudsplikten er oppfylt ved tilbud om ett alternativt arbeid som er passende, jfr Rt-2008-749 avsnitt 36

Ved lovendring i 2009 ble det lovfestet at fratredelseskjennelse fra retten kreves ved hel eller delvis nedleggelse av virksomheten.¹⁴⁵ Hvis hele virksomheten nedlegges, kan det i urimelighetsvurderingen argumenteres for at formålet med å sikre kontinuitet ikke gjør seg gjeldende. Rt-1992-776 kan etter innføringen derimot ikke tas til inntekt for at arbeidsgiver kan hindre arbeidstakere å stå i stillingen, uten at retten har avsagt fratredelseskjennelse.

Ved delvis nedleggelse bør ikke arbeidsgiver vinne frem med å argumentere med kontinuitet. Hensynet til kontinuitet kan nemlig fremdeles gjøres gjeldende – selv om avdelingen vedkommende jobber ved nedlegges, kan det finnes annet passende arbeid i virksomheten.¹⁴⁶

8. Rettspolitisk vurdering av rettstilstanden

8.1 Komparativt blikk på svensk rett - den svenske turordningen

Den svenske turordningen representerer motstykket til norsk rett. Turordningen er betegnelsen på hvordan nedbemanningsprosessen foregår etter svensk rett, med lovregulering av både utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier.

Det fremgår av lag om anställningsskydd 22 § at turordningsreglene kommer til anvendelse ved oppsigelse som skyldes virksomhetens forhold.¹⁴⁷ Turordningen innebærer at arbeidstakerne skal vurderes etter ansiennitet, hvor de med lengst ansiennitet har fortrinnsrett til jobb.

Dersom arbeidsgiver har flere ”driftsenheter”, skal det fastsettes en turordning for hver enhet.¹⁴⁸ Driftsenhet skal forstås som arbeidstakers nærmeste arbeidsplass, og er typisk plassert på forskjellige geografiske områder.^{149 150}

Arbeidsgiver vil helst ha adgang til å avgrense utvelgelseskretsen, samt vektlegge annet enn bare ansiennitet. Arbeidstakerne har derimot best sjanser og størst forutberegnelighet hvis samtlige i virksomheten vurderes etter ansiennitet. Turordningen hvor hovedregelen er å

¹⁴⁵ Aml. §15-11(2) tredje punktum

¹⁴⁶ Dette forutsetter at tilbudsplikten ikke blir innskrenket, jfr punkt 7.2

¹⁴⁷ Berger/ Tang, lagen.nu, kommentar til 22 §

¹⁴⁸ LAS 22 § tredje ledd

¹⁴⁹ Berger/ Tang, lagen.nu, kommentar til 22 §

¹⁵⁰ Adlercreutz/ Mulder (2013) s.223

vurdere de ansatte ut fra avgrensede utvelgelseskretser etter ansiennitet, kan derfor betegnes som et godt kompromiss mellom arbeidsgiver og arbeidstakere.

8.2 De lege feranda- bør norsk rett lovfeste en turordning tilsvarende svensk rett?

Arbeidsrett er et rettsområde hvor det er behov for forutberegnelighet og rettssikkerhet hva gjelder arbeidsforholdets opphør, så arbeidstakerne slipper å uroe seg mer enn nødvendig for inntekt og fremtiden. Dagens rettstilstand med konkrete vurderinger innebærer at det er vanskelig for både arbeidstaker og arbeidsgiver å forutse i hvilke tilfeller avgrensningen av utvelgelseskretsen er saklig begrunnet. Tatt i betraktning av at domstolene tillegger konsekvent praktisering og drøftinger med tillitsvalgte stor vekt, vil imidlertid antageligvis overrumpling på bekostning av arbeidstaker bli underkjent.

Til tross for at rettspraksis kan avverge de mest uheldige utslag av utvelgelseskretser, vil en svensk ordning med lovfestede prioriteringsregler tilknyttet hver enhet, virke mindre vilkårlig og være mer forutberegnelig for begge parter. Særlig for arbeidstakere vil en turordning medføre mindre usikkerhet. Prioriteringsregler basert på ansiennitet gjør det mulig å forutsi plasseringen i rekken ved nedskjæringer. Det er dermed grunnlag for å si at rettssikkerheten i større grad vil bli ivaretatt med en lovfestet turordning.

Når utvelgelsen foretas etter ansiennitet, vil det etter svensk rett gjerne være unge og nyutdannede i hver driftsenhet som blir oppsagt. Dette kan være arbeidstakere som besitter ny og oppdatert kunnskap, som eldre arbeidstakere kan trenge opplæring i. Sett i sammenheng med at lønningene stiger med ansienniteten, er det mer kostbart å beholde arbeidstakere med lang ansiennitet. Det er ikke et tungtveiende moment, men den norske friheten ved utvelgelsen kan således være kostnadsreducerende.

For domstolene vil det derimot være mer håndterbart å føre reell kontroll med oppsigelsene når det er lite rom for skjønn. Domstolene i Norge har riktignok kompetanse til å overprøve oppsigelsen, men dersom arbeidsgivers fremgangsmåte er forsvarlig, vil domstolene være tilbakeholdne med overprøvingen.¹⁵¹

¹⁵¹ Eksempelvis Rt-2001-71

Fra arbeidsgivers side er det både fordeler og ulemper med at turordningen i liten grad legger opp til skjønnsmessige vurderinger ved nedbemanning. Med ansiennitet som eneste utvelgelseskriterium, blir vurderingen av overtallige mer praktisk gjennomførbar og mindre tidskrevende. På den andre siden har ikke arbeidsgiver samme mulighet til å beholde arbeidstakere med nødvendige kvalifikasjoner. Det vil imidlertid heller ikke være det samme behovet for å vektlegge kvalifikasjoner. Ansienniteten vurderes etter ulike enheter, hvor enhetene kan være inndelt etter stillingskategori.

Selv om det er mindre behov for å vektlegge kvalifikasjoner når utvelgelseskretsene er inndelt etter driftsenheter, innebærer dagens ordning i norsk rett økt fleksibilitet. Hvis arbeidsgiver ikke er bundet av tariffavtale, har ikke ansiennitet noen særstilling blant utvelgelseskriteriene. Arbeidsgiver kan beholde arbeidstakere som er best egnet eller mest effektive. Flexibiliteten og adgangen til å vektlegge virksomhetens behov i det konkrete tilfelle, er fordelaktig for arbeidsgiver.

I realiteten vil imidlertid de fleste arbeidsgivere være bundet til å følge tariffavtale. Grunnet ansiennitetens særstilling har tariffavtalereguleringen vedrørende fremgangsmåte ved nedbemanning, store likhetstrekk med den svenske turordningen. Dette tilsier at en tilsvarende turordning kunne vært innført i HA LO-NHO, for å unngå kompliserte vurderinger av om ansienniteten sikres reell betydning eller ikke.

I likhet med problemstillingen – i hvilken grad arbeidsgiver kan avgrense utvelgelseskretsen – beror også hensiktsmessigheten av en lovfestet turordning, på en avveining av hva som veier tyngst av arbeidsgivers behov og arbeidstakers oppsigelsesvern. En turordning vil innebære mindre fleksibilitet for arbeidsgiver, men desto større forutsigbarhet for arbeidstakerne.

Som gjennomgangen viser er det vanskelig å gi et generelt svar på hvilken adgang arbeidsgiver har til å avgrense utvelgelseskretsen. Adgangen og avveiningen av momentene avhenger i stor grad av arbeidsgivers praktiske utfordringer med å vurdere samtlige i virksomheten, i det konkrete tilfellet. På dette grunnlag er det forståelig at Høyesterett ikke vil angi faste retningslinjer. Etter min mening er det likevel å gå for langt når Høyesterett anser avgrensningen i Gresvig-dommen som saklig, til tross for at den individuelle saklighetsvurderingen var illusorisk. Dette strider mot lovgivers intensjoner bak aml. §15-7.

Gresvig-dommen er kritikkverdig av hensyn til oppsigelsesvernet, og var heller ikke egnet til å avklare prinsipielle spørsmål. Videre illustrerer LH-2015-189365 og LG-2015-145730 at sakligheten av utvelgelseskretser fremdeles er et tvistetema, og at avveiningen av momentene er uklar.¹⁵² Basert på at begge avgjørelsene avsagt etter Gresvig-dommen konkluderer motsatt, kan de tas til inntekt for at Gresvig-dommens rekkevidde er usikker, og at det utvises skepsis med å gi styringsretten tilsvarende gjennomslag. Siste ord angående arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen er dermed neppe sagt.

¹⁵² 19.05.2016 avsa lagmannsretten en ny dom som også går i motsatt retning av Gresvig-dommen, jfr LG-2015-145730. Lagmannsretten mener at Rt-2015-1332 gir uttrykk for at utvelgelseskretsen bare «*unntaksvis kan være så liten at den bare omfatter en ansatt*». Høyesterett har ikke tatt forbehold om at avgrensninger tilsvarende dommen bare kan skje unntaksvis. Dette tilsier at lagmannsretten prøver å begrense dommens rekkevidde, uten å ha grunnlag for det. Imidlertid hadde Gresvig-dommen begrenset overføringsverdi til saken. Posten var bundet av tariffavtale, og avgrensningene som ble foretatt fremstod som vilkårlig av hensyn til ansiennitet og forutberegnelighet.

9. Litteraturliste

9.1 Lovhenvisninger

LOV-2005-06-17-62, Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven, forkortet aml.)

LOV-2012-01-27-9, Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven, forkortet arbtvl.)

Lag om anställningsskydd, 1982:80 (svenske arbeidsmiljøloven, forkortet LAS)

9.2 Tariffavtaler

HA LO-NHO

Hovedavtalen LO- NHO 2014-2017

9.3 Forarbeider

Indst. O. XXI (1912)

Ot.prp.nr.3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. Kommunal- og moderniseringsdepartementet

Ot.prp.nr.11 (1913) Om utfærdigelse av en lov om arbeidstvister

Ot.prp.nr.23 (1913) Om utfærdigelse av en lov om arbeidstvister

Ot.prp.nr.31 (1935) Om å utferdige en lov om tilsyn med arbeid

Ot.prp.nr.41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø. Kommunal- og moderniseringsdepartementet

Ot.prp.nr.50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4.februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. Kommunal- og arbeidsdepartementet.

Ot.prp.nr.64 (2001-2002) Om lov om endringer i lov 4.februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. Arbeids- og sosialdepartementet

NOU 1996:6 Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v. Konsernutvalget, Kommunal- og arbeidsdepartementet

NOU 2001:32 A Rett på sak. Justis- og politidepartementet.

NOU 2004:5 Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst. Arbeidslivsutvalget. Arbeids- og administrasjonsdepartementet.

9.4 Rettspraksis

9.4.1 Høyesterett

Rt-1935-467

Rt-1981-899

Rt-1984-1058

Rt-1986-879 (Hillesland-dommen)

Rt-1990-1126 (Wärtsilä-dommen)

Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-dommen)

Rt-1997-623 (PPD-dommen)

Rt-2000-1602 (Nøkk-dommen)

Rt-2001-71 (Rasmussen Offshore- dommen)

Rt-2001-418 (Kårstø-dommen)

Rt-2008-749

Rt-2009-685

Rt-2011-841

Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

9.4.2 Lagmannsretten

RG-1990-1098 (Spennbetong-dommen)

RG-2004-222 (Braathens- dommen)

RG-2004-255

LH-2003-13169 (Bravida-dommen)

LB-2005-182490 (Posten- dommen)

LB-2010-32150 (OBOS- dommen)

LE-2011-31713-2 (SAS-dommen)

LG-2014-205435

LA-2014-109831

LH-2015-189365 (Kappahl-dommen)

LG-2015-145730

9.4.3 Tingretten

TOSLO-2007-185125

TSARP-2014-103140 (Relacom-dommen)

9.4.4 Arbeidsretten

ARD-1980 -79

ARD-2006-286

9.5 Juridisk litteratur

Adlercreutz/ Mulder (2013)

Adlercreutz, Axel og Mulder, Bernard Johann. *Svensk arbetsrätt*, 14.utgave, 2013

Bernt mfl (2002)

Bernt, Jan Fridthjof, Overå, Oddvar og Hove, Harald. *Kommunalrett*, 4.utgave, Oslo 2002.

- Dege (2009) Dege, Jan Tormod. *Den individuelle arbeidsrett*, del I, Oslo 2009
- Fougner mfl (2003) Fougner, Jan, Aasheim, Eli, Øydegard, Johan Kr., Frogner, Marit B., Bergh, Espen og Sundet, Tron Løkken. *Omstilling og nedbemanning*, 1.utgave, Oslo 2003
- Fougner mfl (2011) Fougner, Jan, Breibøl, Camilla Schøyen, Frogner, Marit B., Solheim, Trond Erik, Sundet, Tron Løkken, Øydegard, Johan Kr. og Aasheim, Eli. *Omstilling og nedbemanning*, 2.utgave, Oslo 2011
- Jakhelln/ Aune (2005) Jakhelln, Henning og Aune, Helga. *Arbeidsrett.no, Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 1.utgave, Oslo 2005
- Johansen/ Stueland (2011) Johansen, Atle Sønsteli og Stueland, Einar. *Arbeidsmiljøloven, kommentarer og praksis*, 1.utgave, Oslo 2011
- Skjønberg/ Hognestad (2014) Skjønberg, Alexander Næss og Hognestad, Eirik. *Individuell arbeidsrett*, 1.utgave, Oslo 2014
- Storeng mfl (2014) Storeng, Nils H., Beck, Tom H. og Lund, Arve Due. *Arbeidslivets spilleregler*, 3.utgave, Oslo 2014

9.6 Direktiv

75/129/EØF

Rådsdirektiv av 17.02.1975 (opphevet)

98/59/EF

Rådsdirektiv av 20.07.1998. Om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelse

9.7 Nettdokumenter

Berger/ Tang, lagen.nu

Berger, Daniel og Tang, Tizian. Kommentarer til svenske lag om anstillningsskydd, <https://lagen.nu/1982:80> (sjekket 2.mai 2016)

Tron Dalheim, Norsk lovkommentar

Jon Gisle, Norsk lovkommentar

Kommentarer til arbeidsmiljøloven, www.rettsdata.no (sjekket 2.mai 2016)