

Utvelgeskrets ved nedbemanning

Arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgeskretsen ved nedbemanning etter gjeldende rett

Kandidatnummer: 98

Antall ord: 13 121



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2016

INNHALDSFORTEGNELSE

1. Innledning	3
1.1. Tema og problemstilling	3
1.2. Temaets aktualitet	4
1.3. Metode og rettskildesituasjonen	4
1.4. Opplegget for den videre fremstillingen	7
2. Oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold	8
2.1. Arbeidsgivers styringsrett	8
2.2. Arbeidstakers stillingsvern	10
2.3. Kravet om saklig grunn, jf aml § 15-7 (1)	11
2.3.1. Virksomhetens behov for å nedbemanne	11
2.3.2. Krav til saksbehandling	12
2.3.3. Tilbud om annet passende arbeid, jf aml § 15-7 (2)	14
2.3.4. Interesseavveining	15
2.4. Tariffavtalers betydning for beslutning om nedbemanning	17
2.5. Forholdet mellom loven og tariffavtaler	18
2.6. Oppsummering	19
3. Utvelgelseskrets ved nedbemanning	21
3.1. Utgangspunkt: Hele virksomheten skal vurderes	21
3.2. Unntak: Avgrensning av utvelgelseskrets	22
3.3. Analyse av rettspraksis	23
3.3.1. Praktiske problemer	25
3.3.2. Drøftelser med tillitsvalgte om utvelgelseskrets	27
3.3.3. Innarbeidet praksis i virksomheten	29
3.3.4. Nødvendig kompetanse og sikring av videre drift	30
3.3.5. Virksomhetens økonomiske stilling	31
3.4 Oppsummering	33
4. Spørsmål knyttet til tariffestede vilkår for oppsigelse	34
4.1. Nokas-dommen	35
4.1.1. Praktiske problemer	37
4.1.2. Drøftelser med tillitsvalgte om utvelgelseskrets	39
4.1.3. Innarbeidet praksis i virksomheten	40
4.1.4. Nødvendig kompetanse for å hindre uro og sikre videre drift	40
4.1.5. Virksomhetens økonomiske stilling	42
4.2 Oppsummering	43
5. Gjeldende rett og oppsummering av rettstilstanden	44
6. Kildehenvisning	48
6.1. Lov	48
6.2. Tariffavtaler	48
6.3. Forarbeider	48
6.4. Rettspraksis	48
6.5. Juridisk teori	50
6.6. Nettsider	50

1. INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er vilkåret om saklig grunn for oppsigelse, jf arbeidsmiljøloven av 2005 nr. 62, (heretter aml), § 15-7. Av aml § 15-7 (1) fremgår det at arbeidstakere kun kan sies opp dersom oppsigelsen er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Avhandlingen avgrenses til virksomhetens forhold. Grunnlaget for oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold kan ofte være at virksomheten har kommet frem til at det er nødvendig å kutte i arbeidsstaben for å redusere kostnadene og øke effektiviteten i virksomheten.

I denne oppgaven forutsettes det at arbeidsforholdene faller inn under reglene i arbeidsmiljøloven¹. Det vil dermed avgrenses mot arbeidsforhold som omfattes av regler i skipsarbeidsloven², luftfartsloven³ og tjenestemannsloven⁴

Aml § 15-7 slår fast at oppsigelsen må være saklig begrunnet, samt at det må foreligge saklig grunn for hvilke arbeidstakere arbeidsgiver skal velge å si opp.

For at arbeidsgiver skal kunne avgjøre hvem som skal sies opp, må utvelgelseskretsen først fastsettes. Begrepet utvelgelseskrets tilsier i denne sammenheng hvilke arbeidstakere som skal vurderes opp mot hverandre ved nedbemanning. Følgende må arbeidsgiver innenfor utvelgelseskretsen som er valgt bestemme seg for hvem som får fortsette i stillingene sine og hvem som skal sies opp. En slik oppsigelse må være saklig begrunnet, jf aml § 15-7 (1). Imidlertid vil avhandlingen ikke ta stilling til utvelgelseskriteriene ved saklig oppsigelse.

Problemstillingen i avhandlingen blir så hvilken adgang arbeidsgiver har etter gjeldende rett til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning.

¹ Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

² Lov 21. juni 2013 nr. 102, om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven)

³ Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven)

⁴ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m (tjenestemannsloven)

1.2 Temaets aktualitet

Nedbemanning på bakgrunn av virksomhetens forhold er i Norge i dag aktuelt for mange bedrifter. Varslede oppsigelser og permitteringer fra norske arbeidsgivere var i 2015 mer enn dobbelt så mange som i 2014.⁵ Navs prognose innebærer at den registrerte arbeidsledigheten vil bli på 90.000 personer i snitt for 2016, noe som er 10.000 høyere enn snittet for 2015.⁶

Nyhetsbildet de siste par årene er blant annet preget av rettssaker om oppsigelser. Omfanget av rådgivning og tvistesaker viser at dette er aktuelle spørsmål. Atle Sønsteli Johansen, leder i LOs juridiske avdeling, uttaler til Klassekampen at LO har opplevd *”en 30–40 prosent økning i saksmengde i 2015. Størstedelen av økningen dreier seg om nedbemanning. (...) Fra tidligere vet vi også at brudd på ansiennitet er et hovedspørsmål i nedbemanningssaker og slik er det også nå”*.⁷

Virksomhetene i landet er hele tiden ute etter å fatte tiltak som vil redusere kostnadene og øke effektiviteten. For å få til det ønsker mange virksomheter dermed å kvitte seg med lønnstakere. Mange virksomheter ønsker for eksempel å kvitte seg med en hel avdeling og på denne måten begrense utvelgelseskretsen. Det er altså svært viktig å tydeliggjøre saklighetskravet ved nedbemanninger i en tid hvor flere store selskaper foretar omfattende nedbemanninger.⁸

1.3 Metode og rettskildesituasjonen

De viktigste rettskildene for avhandlingen er lovtekst, forarbeider, rettspraksis, juridisk teori, reelle hensyn og avtale mellom partene, både individuelle avtaler og tariffavtaler.

⁵ <http://www.dn.no/nyheter/politikkSamfunn/2016/01/25/1656/Arbeidsledighet/tredobling-av-varslede-oppsigelser>, sist besøkt 22.08.2016

⁶ <https://www.nrk.no/rogaland/fortsatt-okning-i-varslede-oppsigelser-1.12769206>, sist besøkt 22.08.16.

⁷ <http://www.klassekampen.no/article/20150720/ARTICLE/150729997>, sist besøkt 06.12.2016

⁸ Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 15-7 (1)

Utgangspunktet når en rettslig tvist skal løses er lovteksten. Arbeidsmiljøloven fra 2005 er dermed den viktigste rettskilden når tvist om nedbemanning kommer for retten. Andre lover er også av betydning for arbeidsretten, men disse er ikke relevante for avhandlingen.

Arbeidsmiljøloven får anvendelse for ”*virksomhet som sysselsetter arbeidstaker*”, jf aml § 1-2 (1), jf aml § 2-1. Den sentrale bestemmelsen for avhandlingen er aml § 15-7. Saklighetskravet i bestemmelsen er en rettslig standard, forstått som å gi anvisning på et ganske åpent vilkår for å kunne si noen opp. Den er et grunnlag for at domstolene kan overprøve arbeidsgivers beslutning; om oppsigelsen bygger på et korrekt faktisk grunnlag, om begrunnelsen bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, samt at avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren.⁹ Samtidig ligger det i vilkårets natur at det åpner for skjønn. Dermed oppstår det spørsmål om grenser for domstolskontrollen.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven er relevante for avhandlingen ved at de presiserer lovens nærmere innhold. Aml § 15-7 (1) er en videreføring av bestemmelsen i den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977 § 60. Forarbeider til 1977-loven er derfor relevante for tolkningen av regelen. Det er få bidrag til tolkningen i forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov fordi gjeldende rett her har blitt videreførte. Det begynner å bli en del år siden, og det er dermed anvendelsen og utviklingen av regelen i rettspraksis som må stå i fokus ved analysen av gjeldende rett.

Rettspraksis er en viktig rettskilde i arbeidsretten.¹⁰ Siden aml § 15-7 (1) er en rettslig standard, får rettspraksis en stor betydning for tolkningen av kravet om ”*saklig grunn*” sitt nærmere innhold. Adgangen arbeidsgiver har til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning er utviklet gjennom rettspraksis. Rettspraksis før 2005 er, som forarbeidene, også av betydning for tolkningen av regelen, da aml § 15-7 (1) er en videreføring av bestemmelsen i den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977 § 60. I takt med utviklingen i samfunnet endrer vilkårets nærmere innhold seg over tid.¹¹ Således må en være forsiktig med å gi eldre saker for stor betydning.¹²

Avhandlingen vil i stor grad bero på domsanalyse, hvor Gresvig-dommen fra 2015 og Nokas-

⁹ Rt-1984-1058

¹⁰ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, (2010), s. 118

¹¹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

¹² Ibid

dommen fra 2016 vil stå i fokus.¹³ For å komme frem til hva som er gjeldende rett i Norge i dag, vil avhandlingen analysere underrettspraksis, samt å vurdere om denne praksisen er i samsvar med Gresvig-dommen og Nokas-dommen. Det er Høyesterettspraksis som er den sentrale kilden for avhandlingen, samtidig som det finnes mye praksis fra underinstanser. Praksis fra underinstanser må ligge innenfor rammen av Høyesterettspraksis, dersom det skal ha interesse.

En metodisk utfordring knyttet til det å sammenligne slike avgjørelser er at retten har stor frihet til å vektlegge individuelle faktorer, da saklighetskravet i aml § 15-7 fungerer som en rettslig standard. Retten må i de ulike sakene foreta konkrete vurderinger, som kan gjøre det vanskelig å sammenligne utfallet i de enkelte sakene.

Historisk sett, og i dag, er utgangspunktet at arbeidsgiver har rett til å beslutte hvordan virksomheten skal organisere, lede, fordele og kontrollere arbeidet.¹⁴ Dette må imidlertid skje innenfor rammen av lov og avtale. Arbeidsmiljøloven kapittel 15 verner arbeidstakere, som den svake part, ved at lovteksten begrenser arbeidsgivers frihet når det kommer til oppsigelse av ansatte. Arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers stillingsvern vil bli behandlet senere i avhandlingen.¹⁵

I tillegg til arbeidstakers stillingsvern, kan en tariffavtale gi et utvidet vern mot oppsigelse. Tariffavtaler er kollektive avtaler som gjør at arbeidstakerne har en sterkere forhandlingsposisjon dersom de står sammen i en fagforening. Formålet med tariffavtaler er at arbeidstakerne skal få bedre lønns- og arbeidsvilkår, og dermed også et bedre stillingsvern. Dette fremgår også av aml § 1-9 hvor det står at *”loven kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt”*. Arbeidsmiljøloven regulerer fortsatt arbeidsforholdet, men dersom virksomheten har inngått en tariffavtale med enda bedre ordninger for de ansatte, vil disse ansatte ha krav på både det som følger av loven og av avtalen. Avhandlingen avgrenses til Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) 2014-2017. Grunnen til det er at denne avtalen er gjeldende for en stor mengde arbeidsforhold i Norge, og brukes stadig som utgangspunkt til å

¹³ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen), ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

¹⁴ Rt-2000-1602 (Nøkk-dommen), Jan Fougner mfl, *Omstilling og nedbemanning*, (2003) s. 64

¹⁵ Punkt 2.1, Punkt 2.2

utarbeide lokale tariffavtaler.

Individuelle avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker tar utgangspunkt i reglene i arbeidsmiljøloven. Partene kan ikke inngå avtale om arbeidsforholdet som er i strid med ufravikelige regler i arbeidsmiljøloven. Dersom det forekommer, vil bestemmelsene i avtalen bli kjent ugyldige.¹⁶

1.4 Opplegget for den videre fremstillingen

Innledningsvis i avhandlingens punkt 2 vil det gjøres rede for regelen i aml § 15-7 (1), om oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold. Det vil forklares hva som ligger i begrepene arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers stillingsvern. Nedbemanning ved tariffavtaler, samt forholdet mellom loven og tariffavtale, vil også behandles.

Avhandlingens punkt 3 vil se på utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Det vil gjøres rede for hva som er utgangspunktet for vurderingen, og hvilke unntak som kan utledes fra rettspraksis.

Avhandlingens punkt 4 drøfter en særskilt problemstilling for virksomheter som er bundet av tariffavtaler. Her vil analysen som er foretatt i punkt 3 være grunnlaget for drøftelse av tariffbestemmelser. Det vil gjøres rede for hvordan tariffavtaler oppstiller krav som er relevante for vurderingen, med en særlig analyse av Nokas-dommen.

I avhandlingens punkt 5 vil det foretas en oppsummering på bakgrunn av analysen av aml § 15-7 og tariffavtaler, og på denne måten slå fast hva som er gjeldende rett i Norge i dag.

¹⁶ Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 1-9

2. OPPSIGELSE PÅ GRUNN AV VIRKSOMHETENS FORHOLD

Oppsigelse på grunn av ”*virksomhetens forhold*”, jf aml § 15-7 (1) gjelder forhold på bedriftssiden som gir direkte foranledning til oppsigelse. Det fremgår ikke av lovteksten hva som er grunnlaget for oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold.

Dersom det oppstår tvist angående oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, bygger arbeidsmiljøloven på at arbeidsgiver kan utøve sin styringsrett når det gjelder organisering av virksomheten. Imidlertid begrenser aml § 1-9 arbeidsgivers frihet når det kommer til oppsigelse av ansatte, ved at lovens stillingsvernregler ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker. Om en oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold er saklig, beror på en avveining av arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers stillingsvern.

I denne delen av avhandlingen vil dermed ytterpunktene i arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers oppsigelsesvern først bli belyst. Deretter blir spørsmålet hvilke krav aml § 15-7 stiller til arbeidsgivers begrunnelse for nedbemanning og valg av ansatte til oppsigelse.

2.1 Arbeidsgivers styringsrett

I forbindelse med at det etableres et arbeidsforhold mellom en arbeidsgiver og arbeidstaker, får arbeidsgiver en såkalt styringsrett overfor arbeidstakeren. Styringsretten er ikke nedfelt i lovteksten, men er å anse som en rettslig norm. Styringsretten til arbeidsgiver gir mulighet til å foreta avgjørelser om ansettelsesforholdet og om virksomheten.¹⁷ Det er ulike elementer i en slik beslutningsprosess. Det kan være beslutning om omorganisering, nedskjæringer og effektivisering som generell tilpasning til rammebetingelser. Adgangen arbeidsgiver har til å si opp en eller flere av sine ansatte fremgår av arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten til arbeidsgiver er fastsatt i flere dommer og i juridisk teori.¹⁸ Adgangen arbeidsgiver har til å avgrense utvelgelseskretsen beror på en avveining av arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers stillingsvern.

¹⁷ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, (2010), s. 24

¹⁸ Ibid s.48, Rt-2000-1602 (Nøkk-dommen), Rt-2001-418 (Kårstø-dommen)

Arbeidsgivers myndighetsområde kan deles inn i arbeidsledelse og virksomhetsledelse.¹⁹ Arbeidsledelse angår det arbeidsforholdet som er inngått mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, ved at arbeidsgiver leder, kontrollerer og styrer arbeidstakeren, som nevnt ovenfor.²⁰ Sentrale deler av arbeidsledelse er arbeidsgivers rett til å inngå arbeidsforhold og retten til å avslutte dem ved oppsigelse.²¹ Virksomhetsledelse angår ledelse av selve virksomheten, som for eksempel kjøp, salg eller omorganisering av virksomheten. Ledelsen i virksomheter har rett til å ha en organisasjon som er effektiv og tilpasset markedet.²² Dersom det ikke er behov for arbeidskraft, plikter ikke virksomheten å beholde arbeidsplasser av hensyn til arbeidstakerne. Høyesterett uttalte i Christiania Spigerverk-dommen at det i prinsippet hører til bedriftseiernes styringsfunksjoner å treffe avgjørelse om nedlegging eller fortsatt drift.²³

De rettslige skrankene er klarere og sterkere for arbeidsledelse enn hva det er for virksomhetsledelse. Organisering av virksomheten kan påvirke ansettelsesforholdene. Dersom virksomheten kommer frem til at nedbemanning er nødvendig, vil arbeidsgiver måtte avslutte arbeidsforhold ved oppsigelse. Det kan igjen føre til at virksomheten ønsker å foreta avdelingsvis nedbemanning, og på denne måten dukker spørsmålet om arbeidsgiver adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning opp. Her slår oppsigelsesvernet til arbeidstaker inn. Denne vurderingen behandles i avhandlingens punkt 3.

I Sparebanken Nord-Norge- dommen måtte banken legge ned 18 av 48 filialer grunnet svært vanskelig økonomi.²⁴ Virksomhetsledelse, altså den vanskelige økonomien som førte til nedleggelse av filialene, påvirker dermed arbeidsledelsen ved virksomhetens beslutning om nedbemanning. Det sammen var tilfellet i Gresvig-dommen, ved at virksomheten la ned en avdeling på grunn av dårlige resultater.²⁵ For å følge markedet hadde virksomheten jevnlig foretatt nedbemanninger.

I Nokas-dommen ble beslutningen foretatt som en følge av en konkret hendelse.²⁶ Virksomhetens kontrakt med oppdragsgiver ble redusert. Dette førte til at virksomheten måtte

¹⁹ Evju, *Arbeidsrett og styringsrett*, s. 16

²⁰ Punkt 1.3.

²¹ Fougner mfl, *Omstilling og nedbemanning*, (2003) s. 64-65.

²² Dege, *Arbeidsgivers styringsrett*, (1997) s. 31

²³ Rt-1989-508 (Christiania Spigerverk-dommen)

²⁴ Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen)

²⁵ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

²⁶ ARD-2016-17 (Nokas-saken)

tilpasse seg, som igjen førte til beslutning om nedbemanning. Nedbemanningen i virksomheten var således en følge av endringer i avtale mellom Nokas og oppdragsgiver om sikkerhetstjenester ved Sola Helikopterterminal.²⁷ Oppsigelsene av de ansatte ble kjent tariffstridige og ugyldige.²⁸ Dommen blir behandlet i avhandlingens punkt 4.

Arbeidsgiver har styringsrett, men bestemmelser i loven, i tariffavtaler og i arbeidsforholdet begrenser denne.²⁹ Styringsretten begrenses også av allmenne saklighetsnormer.³⁰

2.2 Arbeidstakers stillingsvern

Av aml § 15-7 (1) fremgår det et stillingsvern for arbeidstakere. Regelen oppstiller et krav om at arbeidstakere ikke kan sies opp uten at det er *”saklig begrunnet i virksomhetens (...) forhold”*.³¹ Arbeidsgivers begrunnelse må være saklig for å oppheve arbeidsforholdet. Det fremgår av forarbeidene at saklighetskriteriet ikke er statisk, men det vil følge den sosiale utviklingen i samfunnet forøvrig.³² Stillingsvernet skal vurderes individuelt.³³ Det tilsier at arbeidsgiver må foreta en individuell vurdering av hver enkelt arbeidstaker for å avgjøre om oppsigelsen er *”saklig begrunnet”*.³⁴ Bestemmelsen fungerer altså som en kompetanseskranke ved at den setter en grense for arbeidsgivers frie skjønn.

²⁷ ARD-2016-17 (Nokas-saken)

²⁸ Ibid

²⁹ Skjønberg/Hognestad (2014) s. 231

³⁰ Rt-2001-418 s. 427 (Kårstø-dommen)

³¹ Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 15-7 (1)

³² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

³³ Ibid

³⁴ Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 15-7 (1)

2.3 Kravet om saklig grunn, jf aml § 15-7 (1)

2.3.1 Virksomhetens behov for å nedbemanne

Oppsigelse må være saklig begrunnet i ”*virksomhetens forhold*”.³⁵ Det fremgår ikke av loven hva som ligger i begrepet. Forarbeidene presiserer at:

”En fortolkning av virksomhetsbegrepet som innebærer at det skal forstås snevrere enn arbeidsgivers samlede virksomhet må i henhold til dette ha et særskilt grunnlag. Det er altså bedriften som sådan som utgjør arbeidsgivers virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand”.³⁶

Arbeidsgiver må altså som hovedregel ta utgangspunkt i hele virksomheten når det skal foretas nedbemanninger.

Det kan være ulike grunner til at en virksomhet har et nedbemanningsbehov. Dersom en virksomhet har kommet frem til at det er nødvendig å foreta oppsigelser av hensyn til virksomhetens fremtidige drift, vil det som utgangspunkt være tilstrekkelig for at vilkåret ”*saklig grunn*”, jf aml § 15-7 (1), er oppfylt. Med det menes at oppsigelse kan være ”*saklig begrunnet*” selv om virksomheten ikke er i nærheten av konkurs. Det er tilstrekkelig at virksomheten, på bakgrunn av en økonomisk bedømmelse, ikke lenger har behov for like mange ansatte.

Retten kom i Ringnes-dommen frem til at selv om bedriften gikk med overskudd på tidspunktet for nedbemanning, så var det på bakgrunn av konkurransehensyn nødvendig å rasjonalisere, med den konsekvens at bedriften måtte nedbemanne.³⁷

Av aml § 15-7 fremgår det ikke et krav som tilsier at en bedrift er nødt til å ha et akutt behov for å kunne foreta nedbemanninger, men nedbemanningsbehovet til bedriften kan være et viktig moment når det kommer til interesseavveiningen etter aml § 15-7 (2) andre punktum. Denne interesseavveiningen vil bli behandlet senere i punkt 2.3.4.

³⁵ Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 15-7 (1)

³⁶ NOU 2004:5 s.149

³⁷ LA-1999-806 (Ringnes-dommen)

2.3.2 Krav til saksbehandling

I tillegg til å gjelde oppsigelsen, angår vilkåret ”saklig grunn”³⁸ også saksbehandlingen når arbeidstakere sies opp. Lovgiver stiller strenge krav til saksbehandling når det gjelder oppsigelser på bakgrunn av virksomhetens forhold, da det ofte kan være tale om et alvorlig inngrep som kan påvirke både samfunnet og individet. Saksbehandlingen er tryggheten arbeidsgiver kan vise til når arbeidstakere blir sagt opp på grunn av nedbemanning.³⁹ Reglene om grundig saksbehandling skal beskytte både virksomheten, arbeidstakeren og arbeidsmiljøet i en slik prosess.⁴⁰

Det stilles dermed krav til at arbeidsgiver kan dokumentere at det foreligger ”saklig grunn” til å nedbemanne, og den ansatte som har mottatt oppsigelse kan føre sak om oppsigelsens gyldighet inn for domstolene. I Brynhild-dommen kom retten frem til at;

*”Flertallet finner at bedriftsledelsen har opptrådt forsvarlig ved vurderingen av den situasjonen som inntrådte ved årsskiftet 1982/1983. Bedriftsledelsen gjennomførte relevante undersøkelser og analyser før den traff sine beslutninger om å justere budsjettene og deretter redusere bemanningen ved oppsigelser”.*⁴¹

Ut ifra dommen fremgår det at arbeidsgiver må fremlegge solide dokumenter før virksomheten kan si opp arbeidstakere på bakgrunn av virksomhetens forhold.

Lagmannsretten uttalte i E24 Dine Penger-dommen at domstolene kan prøve oppsigelsessaker etter arbeidsmiljøloven fullt ut, samt at de også har prøvingsrett ved vurderingen om oppsigelsen er en rimelig reaksjon.⁴² Utgangspunktet er således at ved oppsigelsessaker har domstolene full prøvingsrett.

Rettspraksis fra de siste tiårene viser at domstolene er forsiktige ved å benytte seg av en slik full prøvingsrett.⁴³ Det praktiseres altså en viss grense for domstolsprøving av beslutningen. Domstolenes prøvelsesrett søker en balanse mellom reell kontroll og hensynet til at arbeidsgiver

³⁸ Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 15-7 (1)

³⁹ Skarning, *Permitteringer og Nedbemanning i Praksis*, (2009), s. 95

⁴⁰ Founger mfl: *Omstilling og nedbemanning*, (2003), s. 19

⁴¹ RG-1985-128 (Brynhildsen-dommen)

⁴² LB-2015-118358 (E24 Dine Penger-dommen)

⁴³ RG-1985-128(Brynhildsen-dommen), LG-2012-21139, LB-2004-45766

et stykke på vei er den som er nærmest til å vurdere behovet for oppsigelse og hvilket behov virksomheten vil ha i fremtiden. I Veslemøy Haslund-dommen satt Høyesterett en vid ramme for domstolenes prøvelsesrett. Under dissens 3-2 ble oppsigelsen kjent ugyldig, og førstvoterende uttalte dette om domstolenes prøvelsesrett:

”Det er etter min mening domstolenes oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren. Når det gjelder det sistnevnte moment, finner jeg grunn til å vise til Ot.prp.nr. 41 (1975-76), side 72, hvor det påpekes at rimelighetssynspunkter i forhold til den oppsagte etter hvert er kommet sterkere inn i bildet.

*Det kan nok reises spørsmål om hvilken vekt en domstol bør legge på arbeidsgiverens vurdering av bedriftens behov for oppsigelse og arbeidstakerens kvalifikasjoner. Men dette er etter min mening mer et spørsmål om domstolenes praktiske muligheter for å prøve skjønnnet enn et spørsmål om begrensning i selve prøvingsretten”.*⁴⁴

Bortsett fra at domstolene er varsomme med å overprøve de bedriftsøkonomiske vurderinger som er årsaken til at virksomheten foretar nedbemanning, prøver domstolene arbeidsgivers vurderinger fullt ut.⁴⁵

I noen tilfeller kan det forekomme at en virksomhet begrunner oppsigelse i et behov for å nedbemanne, mens den faktiske begrunnelsen omhandler arbeidstakers forhold. Virksomheter prøver på en slik måte å omgå stillingsvernet. Lagmannsretten kom i en sak fra 2012 frem til at en oppsigelse var usaklig, da oppsigelsen som arbeidsgiver hadde begrunnet i virksomhetens forhold, opprinnelig kunne begrunnes i arbeidstakers krav om å ta ut foreldrepermisjon.⁴⁶

⁴⁴ Rt-1984-1058 s. 1067 (Veslemøy Haslund- dommen)

⁴⁵ RG-1985-128, LG-2012-21139, LB-2004-45766

⁴⁶ LE-2012-115628

Virksomheten må altså kunne bevise at behovet for nedbemanning er reelt. Kravene til saksbehandlingen ved oppsigelser på bakgrunn av virksomhetens forhold er skjerpet.

2.3.3 Tilbud om annet passende arbeid, jf aml § 15-7 (2)

Det presiseres i aml § 15-7 (2) at en oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold *”ikke er saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker”*. Det blir dermed en vurdering om virksomheten har mulighet til å foreta en annen løsning enn oppsigelse. Det fremgår av forarbeidene og rettspraksis at det ikke kreves at virksomheten må lage en ny stilling til den det gjelder, som virksomheten ikke har bruk for.⁴⁷ Løsningen må altså være at virksomheten har behov for arbeid i en annen ledig stilling.

Innholds- og lønnsmessig må den stillingen som arbeidstaker blir tilbudt være mest mulig lik den opprinnelige stilling arbeidstakeren hadde.⁴⁸ Det må tas utgangspunkt i personlig egnethet og kvalifikasjoner når arbeidsgiver skal bedømme om virksomheten har et annet *”passende arbeid”* å tilby arbeidstakeren. I følge forarbeidene skal arbeidstakers egen oppfatning av egnetheten tillegges vesentlig vekt.⁴⁹ Arbeidsgiver må dermed foreta en konkret vurdering av om virksomheten har et annet *”passende arbeid”* å tilby arbeidstakeren.

Ordlyden av at arbeidet må være *”passende”* tilsier at arbeidstakeren må ha tilstrekkelig kompetanse til å utføre arbeidet i den stillingen som han eller hun blir tilbudt. Det fremgår av rettspraksis at en slik konkret vurderingen beror på om arbeidstakeren kan utføre arbeidet på en rimelig god måte, selv om andre måtte antas å ville kunne ha utført arbeidet på en bedre måte.⁵⁰ Dersom virksomheten ikke har et slikt *”passende arbeid”*, men har en ledig stilling med for eksempel lavere lønn, må virksomheten tilby vedkommende denne stillingen.⁵¹ Formålet med det er at arbeidstaker ikke skal måtte bli arbeidsledig, dersom det finnes en annen løsning.⁵² Det er således opp til arbeidstakeren om han eller hun ønsker å takke ja til den nye stillingen.

⁴⁷ Ot.prp.nr 41. (1975-1976) s. 72, LG-2007-100708

⁴⁸ Johansen og Stueland (2011) s. 734.

⁴⁹ Ot.prp.nr 41. (1975-1976) s. 72

⁵⁰ RG-1993-1007

⁵¹ Ot.prp.nr 41. (1975-1976) s. 72

⁵² Ibid

Postsorterer-dommen er et eksempel på en dom hvor en oppsigelse ble kjent gyldig, med den begrunnelse at arbeidsgiver hadde gjort tilstrekkelig for å finne annet ”*passende arbeid*”.⁵³ Arbeidstakeren hadde blitt tilbudt en stilling som objektivt sett var passende, før han mottok oppsigelse. Han valgte å avslå tilbudet, fordi han mente at hans psykiske lidelse gjorde at stillingen ikke var passende for ham, samt at arbeidsgiver burde ha skjønt dette. I dommen la Høyesterett til grunn at bestemmelsen ikke er utformet på en måte som gjør at arbeidstakeren har mulighet til velge mellom ledige stillinger som vedrørende er kompetent for.⁵⁴

En annen dom som angår vilkåret om annet ”*passende arbeid*” er LG-2015-163908. Dommen gjaldt nedbemanning i et oljeserviceselskap, hvor flere personer ble sagt opp. Først ble oppsigelsen kjent ugyldig av Tingretten, med den begrunnelse at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin plikt til å tilby annet passende arbeid. Tingretten besluttet at virksomheten måtte ut med 750.000 kroner i erstatning. Etter anke, fastslo Gulating Lagmannsrett at oppsigelsen var gyldig. Imidlertid hadde arbeidstakeren kompetanse til å inntre i en av virksomhetens stillinger som ble utlyst og besatt kort tid etter at arbeidstakeren mottok oppsigelse. Lagmannsrett tilkjent arbeidstakeren den samme erstatningen som ble utmålt i Tingretten.⁵⁵

2.3.4 Interesseavveining

Av aml § 15-7 (2) andre punktum fremgår det et krav om at før endelig avgjørelse om oppsigelse fattes av arbeidsgiver, skal det foretas en avveining mellom behovet til virksomheten på den ene siden, og de negative konsekvensene oppsigelsen volder den enkelte ansatte på den andre siden.⁵⁶ Det stilles altså et krav om saklighet til virksomheten også på forhånd av nedbemanningen. Videre fremgår det av forarbeidene at:

”Rettspraksis fram til i dag har i overveiende grad lagt vesentlig vekt på bedriftens interesse i å oppnå en økonomisk gevinst, på bekostning av arbeidstakerens interesse i å beholde arbeidet. Slik bestemmelsen nå er utformet, vil hensynet til arbeidstakeren få større gjennomslagskraft, idet det skal foretas en avveining mellom virksomhetens

⁵³ Rt-2008-749 (Postsorterer-dommen)

⁵⁴ Ibid

⁵⁵ LG-2015-163908

⁵⁶ Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 15-7 (2) andre punktum

*behov for f.eks. en rasjonaliseringsgevinst og de ulemper oppsigelsen vil påføre den enkelte arbeidstaker. Det må understrekes at det med dette ikke er meningen å rokke ved de ansiennitetsregler som i dag følges i slike tilfeller. Reglene understreker at ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp”.*⁵⁷

Det forarbeidene i denne uttalelsen påpeker er at lovgivers utforming av regelen vil gi arbeidstakernes interesser større gjennomslagskraft sammenlignet med hva de hadde før. Bestemmelsen tar altså sikte på at både virksomhetens behov for å nedbemanne og arbeidstakerens interesser, er av betydning for vurderingen.

Det fremgår av rettspraksis at ”terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner”.⁵⁸ Et sentralt moment ved bedømmelsen er dermed hvor nødvendig nedbemanningprosessen er for virksomheten på oppsigelsestidspunktet. For eksempel vil det å si opp en aleneforsørger fordi virksomheten ønsker å oppnå en liten rasjonaliseringsgevinst, ikke være tilstrekkelig for at vilkåret ”saklig grunn” skal være oppfylt.⁵⁹

Imidlertid vil det ofte være vanlig at retten vektlegger den økonomiske stillingen til virksomheten dersom den er svært vanskelig på oppsigelsestidspunktet, fremfor arbeidstakerens interesser.⁶⁰ Det var tilfellet i Hillesland-dommen, hvor Høyesterett uttalte at:

*”Slik situasjonen ved bedriften var høsten 1983, måtte bedriftens behov for å gjennomføre nødvendige innskrenkingstiltak for å trygge den videre drift, ha gjennomslagskraft også om oppsigelsene ville ramme hardt”.*⁶¹

Dommen gjaldt oppsigelse av fire arbeidstakere ved et isolerglassfirma. Høyesterett kom frem til at virksomhetens nedbemanningsbehov for å sikre fremtidige drift måtte vektlegges fremfor de negative konsekvensene oppsigelsen kom til å volde den enkelte ansatte.

⁵⁷ Ot.prp nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁵⁸ Rt-2009-685 avsnitt 52

⁵⁹ Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 15-7 (1)

⁶⁰ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen), Rt-2008-749

⁶¹ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen) s. 886

Vilkåret om annet ”*passende arbeid*”, jf aml § 15-7 (2) andre punktum kan påvirke en slik interesseavveining som det nå er blitt redegjort for. Dette var tilfellet i Postsorterer-dommen. Høyesterett la i saken til grunn at dersom arbeidsgiveren har tilbudt arbeidstakeren annet ”*passende arbeid*”, foreligger det mindre rom for en interesseavveining mellom behovet til virksomheten og de negative konsekvensene oppsigelsen volder den enkelte ansatte.⁶² Dommen gjaldt oppsigelse på grunn av nedbemanning i virksomheten. Arbeidstakeren hadde takket nei til et tilbud om et annet ”*passende arbeid*” i virksomheten og ble dermed sagt opp som en del av en nedbemanningsprosess.

Dersom virksomhetens nedbemanningsbehov ikke er særlig nødvendig eller kun bunner i et håp om å øke omsetningen, tilsier det at avgjørelsen kommer til å gå i arbeidstakerens favør. Og motsatt; dersom virksomheten har behov for å nedbemanne for å sikre fremtidig drift eller arbeidstakeren har avslått tilbud om annet ”*passende arbeid*”, tilsier det at vurderingen slår ut i arbeidsgivers favør.

2.4 Tariffavtalers betydning for beslutning om nedbemanning

Det fremgår av arbeidstvistloven § 1 bokstav e at en tariffavtale er en ”*avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold*”.

Som nevnt tidligere kan en tariffavtale gi et utvidet vern mot oppsigelse for arbeidstakerne. En tariffavtale påvirker dermed arbeidsgivers handlingsrom ved nedbemanning. Av Hovedavtalen LO-NHO (2014-2017) § 8-2 fremgår det at ved oppsigelse på bakgrunn av nedbemanning kan ansiennitet utelukkende fravikes dersom det foreligger ”*saklig grunn*”. Begrepet ansiennitet tilsier arbeidstakers ansettelsestid i virksomheten. Det vil si at dersom arbeidsgiver er bundet av en tariffavtale som gir sterke vern for arbeidstakere med lengst ansettelsestid på bakgrunn av ansiennitetsprinsippet, må det foreligge ”*saklig grunn*” for å fravike arbeidstakerens ansiennitet.⁶³

Å legge ansiennitetsprinsippet til grunn ved utvelgelse av hvem som skal sies opp, kan ha en negativ påvirkning på mange virksomheter. Prinsippet om ansiennitet kan gjøre at

⁶² Rt-2008-749 (Postsorterer-dommen)

⁶³ Hovedavtalen LO-NHO, (2014-2017) § 8-2

virksomheten sitter igjen med eldre ansatte, samt at det i noen tilfeller kan føre til at virksomheten må si opp effektive og dyktige arbeidstakere, fremfor mindre effektive og dyktige arbeidstakere. Følgende kommer virksomheter ofte best ut av å ikke vektlegge ansiennitetsprinsippet, men heller legge vekt på kvalifikasjonsprinsippet. Hvilken vekt arbeidsgiver skal legge på ansiennitetsprinsippet vil være avhengig av om arbeidsforholdet er bundet av tariffavtale eller ikke.

I Hillesland-dommen belyste Høyesterett betydningen av Hovedavtalens bestemmelser om ansiennitet, selv om arbeidsforholdet ikke var bundet av tariffavtale:

*”Selv om jeg må gå ut fra at et ansiennitetsprinsipp i vid utstrekning følges ved driftsinnskrenkninger, er det nemlig på det rene at også andre hensyn teller med. Hovedavtalen mellom LO og NAF går således ikke lenger enn til å slå fast: Ved oppsigelse på grunn av innskrenkninger/omlegginger skal ansienniteten, under ellers like vilkår, følges,” § 9-9 første ledd i Hovedavtalen 1986-1989”.*⁶⁴

Dommen viser at ansiennitetsprinsippet også er et moment av betydning for arbeidsforhold som ikke er bundet av tariffavtaler. Ansiennitet som et kriterium vil ikke behandles i denne avhandlingen, men det vil drøftes hva som skal til for at det foreligger ”saklig grunn” til å fravike arbeidstakerens ansiennitet.⁶⁵

2.5 Forholdet mellom loven og tariffavtaler

Forholdet mellom loven og tariffavtaler kan skape utfordringer når arbeidsgiver skal foreta oppsigelser av arbeidstakere som er bundet av tariffavtaler. Hovedregelen etter aml § 1-9 er som nevnt tidligere at ”loven kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt”. Det vil si at virksomheten ikke kan inngå en tariffavtale med et svakere vern for arbeidstakerne, enn det som følger av arbeidsmiljølovens bestemmelser. Imidlertid kan partene inngå en tariffavtale som gir arbeidstakerne et sterkere vern. Dersom en slik avtale foreligger, har disse arbeidstakerne krav på både det som følger av loven og av det som følger

⁶⁴ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen) s. 886

⁶⁵ Hovedavtalen LO-NHO, (2014-2017) § 8-2

av avtalen. Etter alminnelige avtalerettslige regler fremgår det at en slik tariffavtale er rettslig bindende og gjensidig forpliktende for partene som inngår den.

Arbeidsforhold som er bundet av en tariffavtale må følge loven, og dermed respektere at kravet om saklig grunn er ufravikelig. Høyesterett uttale i Rt-1998-1357 at ”I følge arbeidsmiljøloven § 5 står en tariffavtale på samme måte som en individuell arbeidsavtale tilbake for lovens preseptoriske bestemmelser”.⁶⁶ Spørsmålet blir så om det i praksis er en reell forskjell på å være bundet av tariffavtale når det kommer til arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen. I tillegg oppstår spørsmålet om begrensningene i styringsretten til arbeidsgiver etter Hovedavtalen faktisk kan komme til arbeidstakers fordel, jf aml § 1-9. Disse spørsmålene vil bli behandlet grundig i avhandlingens punkt 4.

2.6 Oppsummering

Oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold krever ”saklig grunn”, jf aml § 15-7 (1). Om en oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold er saklig, beror på en avveining av arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers stillingsvern. Både virksomhetens behov for å nedbemanne og arbeidstakers interesser er av betydning for vurderingen. Bestemmelsen er en kompetanseskranke som setter grense for arbeidsgivers frie skjønn. For at vilkåret om ”saklig grunn” skal være oppfylt, jf aml § 15-7 (1) må virksomheten kunne bevise at det er nødvendig å foreta nedbemanning av hensyn til den fremtidige driften. Domstolene er forsiktige med å overprøve de bedriftsøkonomiske vurderingene som er grunnen til nedbemanningsprosessen, men ut over det prøver domstolene arbeidsgivers vurderinger fullt ut. Ved arbeidsforhold som er bundet av tariffavtale, som gir sterke vern for arbeidstakere med lengst ansettelsestid på bakgrunn av ansiennitetsprinsippet, må det foreligge ”saklig grunn” for å fravike arbeidstakerens ansiennitet.⁶⁷

Arbeidsgiver må som hovedregel ta utgangspunkt i hele virksomheten når det skal foretas nedbemanning.⁶⁸ Imidlertid forbyr ikke aml § 15-7 (1) arbeidsgiver å foreta avdelingsvis nedbemanning. Så lenge arbeidstakers stillingsvern er ivaretatt og kravene til saksbehandlingen

⁶⁶ Rt-1998-1357

⁶⁷ Hovedavtalen LO-NHO, (2014-2017) § 8-2

⁶⁸ NOU 2004:5 s. 149

er fulgt, har arbeidsgiver i noen tilfeller styringsrett til å ikke ta utgangspunkt i hele virksomheten, men heller foreta avdelingsvis nedbemanning. I hvilke tilfeller arbeidsgiver har adgang til å foreta en slik begrensning vil behandles i det kommende punktet.

3 UTVELGELSESKRETS VED NEDBEMANNING

Formålet med denne avhandlingen er å finne ut hvilken adgang arbeidsgiver har til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning etter gjeldende rett. Nedbemanningsprosesser kan ha ulike omfang. For arbeidsgiver er det en forskjell å skulle si opp noen få arbeidstakere og å si opp en stor del av arbeidsstokken i virksomheten. I noen tilfeller må arbeidsgiver si opp alle arbeidstakerne og legge ned virksomheten, mens andre ganger kan virksomhet ha bestemt seg for å legge ned én eller flere bestemte avdelinger. Dersom det ikke skal foretas nedleggelse av hele virksomheten, må det identifiseres hvem som er utvelgelseskretsen i virksomheten ved nedbemanning.⁶⁹

Begrepet utvelgelseskrets ved nedbemanning tilsier at arbeidsgiver vurderer arbeidstakerne i en gruppe opp mot hverandre ved oppsigelse, i stedet for å vurdere alle de ansatte i virksomheten opp mot hverandre. Med andre ord hvilke ansatte som skal vurderes opp mot hverandre når det foretas oppsigelser. En utvelgelseskrets kan for eksempel være en avdeling i en virksomhet.

I tillegg til kravet om saklig begrunnelse for nedbemanningen, innebærer aml § 15-7 (1) et krav om at utvelgelsen av den enkelte arbeidstaker skal være saklig. Spørsmålet blir så hvilke skranker kravet om "*saklig grunn*" i aml § 15-7 (1) setter for arbeidsgivers skjønnsutøvelse ved oppsigelse av ansatte.

3.1 Utgangspunkt: Hele virksomheten skal vurderes

Ordlyden i aml § 15-7 gir liten veiledning når det kommer til om arbeidsgiver kan begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning, og eventuelt når arbeidsgiver har adgang til å begrense kretsen. Bestemmelsen knytter seg til saklighet overfor den enkelte som blir sagt opp. På den ene siden gir det fleksibilitet, men på den andre siden liten forutberegnelighet. Som nevnt tidligere er hovedregelen når en arbeidsgiver foretar nedbemanning at sakligheten av en oppsigelse⁷⁰ vurderes ut ifra at hele virksomheten er utvelgelseskrets.⁷¹ Årsaken til dette er at

⁶⁹ Fougner m.fl, *Omstilling og nedbemanning*, (2011) s. 312

⁷⁰ Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 15-7 (1)

⁷¹ Punkt 2.3.1

saklighetskravet knytter seg til *"virksomhetens forhold"*,⁷² som igjen tilsier at utvelgelsen av hvem som skal sies opp skal skje gjennom en sammenligning av alle de ansatte i virksomheten.

Arbeidsgiver kan i noen tilfeller begrense utvelgelseskretsen når det skal foretas oppsigelser. Arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning beror på om det foreligger saklig grunn i *"virksomhetens forhold"*.⁷³ Det fremgår av Hovedavtalen mellom LO og NHO at dersom det foreligger saklig grunn, kan ansiennitetsprinsippet fravikes i oppsigelsessaker vedrørende driftsinnskrenkninger og omlegging.⁷⁴

Forarbeidene er tause når det gjelder arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen til eksempelvis bestemte filialer, avdelinger eller geografiske områder. Det fremgår at *"utgangspunktet om at virksomhetsbegrepets avgrensning følger arbeidsgiverbegrepet er modifisert i rettspraksis"*.⁷⁵ Forarbeidene klargjør ikke noe nærmere hva det betyr at virksomhetsbegrepet er modifisert. Imidlertid henviser forarbeidene til Sparebank Nord-Norge-dommen,⁷⁶ som omhandler arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Dermed kan det tenkes at forarbeidene godtar at utvelgelseskretsen kan innskrenkes til en nærmere avgrenset krets.⁷⁷ En slik begrensning krever saklig grunn.⁷⁸

3.2 Unntak: Avgrensning av utvelgelseskrets

På tross av at utvelgelseskretsen ikke er lovfestet, fremgår det av rettspraksis at dette er en del av saklighetsvurderingen i aml § 15-7 (1).⁷⁹

Retten kom i RG-1990-1098 frem til at arbeidsgiver ikke kunne begrense utvelgelseskretsen til arbeidsstasjoner i produksjonen, og at oppsigelsene dermed var usaklige, jf aml § 15-7 (1).

⁷² Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 15-7 (1)

⁷³ Ibid

⁷⁴ Hovedavtalen LO-NHO, (2014-2017) § 8-2 første punktum

⁷⁵ NOU 2004:5 s. 152

⁷⁶ Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen)

⁷⁷ Ibid

⁷⁸ Ibid

⁷⁹ LG-2012-21139, s. 5

Begrunnelsen for avgjørelsen var at det ikke kunne settes en tydelig grense mellom stasjonene, da de utfylte og var avhengige av hverandre.⁸⁰

I TGJOV-2013-19706 kom retten frem til at arbeidsgiver ikke kunne begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning til de enkelte avdelingene. Arbeidstakerne i virksomheten ble ofte flyttet til nye avdelinger, noe som førte til at de stod bakerst i køen til å beholde jobbene sine i disse avdelingene.⁸¹ Dette ville igjen medført en vilkårlig utvelgelse. Dermed ville det ikke vært naturlig å foreta en avdelingsvis utvelgelse.

Imidlertid er det i Norge i dag ikke uvanlig at en arbeidsgiver avgrenser utvelgelseskretsen på nærmere vilkår når det skal nedbemannes, ved at utvelgelseskretsen begrenses til for eksempel arbeidstakerne i en bestemt avdeling eller arbeidstakere som er ansatt til et spesifikt prosjekt.⁸² Rettspraksis viser at avgrensning av utvelgelseskretsen i noen tilfeller kan være saklig.⁸³ Dersom en avgrensning av utvelgelseskrets er saklig vil for eksempel ansatte med lang ansiennitet kunne sies opp fremfor ansatte med mindre ansiennitet i en annen avdeling.

Spørsmålet blir så hva som kan utgjøre en ”*saklig grunn*”, jf aml § 15-7 (1), slik at arbeidsgiver har adgang til begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Høyesterett legger føringer for når en slik avgrensning av utvelgelseskrets kan være aktuell.⁸⁴ Rettspraksis kan dermed gi en antydning på hvor grensen går når det kommer til arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning.

3.3 Analyse av rettspraksis

Adgangen arbeidsgiver har til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning, samt hvilke hensyn som berettiger begrensningen, følger av hvordan domstolen har anvendt kravet til saklig grunn.⁸⁵ Hva som kan utgjøre ”*saklig grunn*” når arbeidstakere mottar oppsigelse er det ikke et konkret svar på, og det er heller ikke et konkret svar på hva som kan utgjøre ”*saklig grunn*”

⁸⁰ RG-1990-1098

⁸¹ TGJOV-2013-19706

⁸² Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen), ARD-2016-17 (Nokas-saken)

⁸³ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen), Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

⁸⁴ Ibid

⁸⁵ Rt-1992-776 s. 782 (Sparebanken Nord-Norge-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen) avsnitt 38

ved begrensning av utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Ved nedbemanning kan arbeidsgiver på ulike måter ønske å begrense utvelgelseskretsen. Følgende skal det foretas en analyse av rettspraksis som gjelder arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Gresvig-dommen er sentral for analysen.⁸⁶ Saksforholdet og vurderingene i dommen vil derfor behandles grundig.

I 2015 avsa Høyesterett en dom om arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen.⁸⁷ Saken gjaldt nedbemanning i Gresvig Detaljhandel som er eier av virksomhetene G-sport, GMAX og Intersport. Arbeidstakeren som ble sagt opp var en 55 år gammel mann som hadde arbeidet som leder og den eneste ansatte for en profilavdeling i Intersport i 10 år. Avdelingen hans hadde ikke tilknytning til de andre sportsbutikkene i området. Avdelingens negative resultater over tid, på 3 år falt omsetningen fra 6 millioner til 2 millioner i året, førte til at avdelingen ble lagt ned. Gresvig vurderte ikke den 55 år gamle mannen opp mot de andre arbeidstakerne i virksomheten, og han mistet dermed jobben når avdelingen ble nedlagt. Høyesterett måtte så avgjøre om Gresvig Detaljhandel hadde adgang til å begrense utvelgelseskretsen til den enkelte avdelingen. I denne saken var det et særlig spørsmål om dette var lov ettersom det kun var én ansatt som arbeidet i avdelingen. Følgende måtte Høyesterett foreta en avveining mellom oppsigelsesvernet i § 15-7 (1) og hensynet til praktiske utfall for virksomheten. Høyesterett viste til Hillesland-dommen⁸⁸ og Sparebanken Nord-Norge-dommen⁸⁹ og uttalte at sakene;

*”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 utvelgelseskretsen må bedømmes konkret i det enkelte tilfellet, og ved denne vurderingen vil en lang rekke hensyn kunne trekkes inn i saklighetsvurderingen”.*⁹⁰

Momentene i saken kan dermed ikke anses som absolutte kriterier som må foreligge for at begrensningen av kretsen skal kunne anses som saklig. Imidlertid er det disse momentene som går igjen i Høyesterettspraksis og underrettspraksis. Følgende vil disse momentene, samt

⁸⁶ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

⁸⁷ Ibid

⁸⁸ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen)

⁸⁹ Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen)

⁹⁰ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen) avsnitt 42

hensynene disse momentene ivaretar, bli belyst gjennom en analyse av rettspraksis. I tillegg til momentene, ble det i dommene⁹¹ også gitt overordnede instruksjoner for den konkrete vurderingen. På den ene side skal arbeidsmiljøloven ikke tolkes på en måte som gjør at den pålegger virksomheten uforholdsmessig tyngende prosesser som kan føre til usikkerhet blant de gjenværende arbeidstakerne.⁹² På den annen side må de reelle hensynene som begrunner å fravike hovedregelen om at virksomheten skal vurderes som helhet, være tungtveiende.⁹³

3.3.1 Praktiske problemer

Formålet med arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen relaterer seg blant annet til praktiske utfordringer, ved at en generell innskrenkning av arbeidsstaben vil være krevende å fullføre. Slike praktiske hensyn er særlig aktuelt ved en bred utvelgelseskrets i store virksomheter. Store virksomheter kan ha flere tusen arbeidstakere spredt i geografisk adskilte avdelinger. Dette kan medføre at de ansatte kun føler en tilhørighet til bestemte deler av virksomheten. Det er svært vanlig at den enkelte avdeling har en sjef med styringsrett og daglig ansvar, som igjen tilsier at avdelingene er relativt selvstendige.

I Sparebanken Nord-Norge-dommen fra 1992 fravek Høyesterett på saklig grunnlag utgangspunktet om at det er hele virksomheten som er utvelgelseskrets. Dommen gjaldt nedbemanningsprosess, hvor banken måtte legge ned 18 av 48 filialer i området Troms og Finnmark.⁹⁴ Banken begrenset utvelgelseskretsen til den enkelte filial, noe som gjorde at det var ansatte i disse filialene som mottok oppsigelse. Tre av de arbeidstakerne som hadde mottatt oppsigelse gikk til sak mot banken. De gjorde gjeldende at de var usaklig sagt opp, da de mente at de skulle vært vurdert opp mot andre arbeidstakere i virksomheten med lavere ansiennitet, og særlig at de skulle vært sammenlignet med øvrige ansatte i den avdelingen som filialen lå under.⁹⁵ Høyesterett la i denne saken vekt på momenter som taler for at virksomheten har mulighet til å velge en mindre utvelgelseskrets ved nedbemanning. Høyesterett kom til at avdelingsvis utvelgelseskrets kan være saklig dersom banken har filialer som bør regnes som

⁹¹ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen), Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

⁹² Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen), ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

⁹³ Ibid

⁹⁴ Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge dommen)

⁹⁵ Ibid

selvstendige enheter, fordi de er spesielt selvstendige eller geografisk sett ligger atskilt fra resten av virksomheten:

”Med det meget betydelige geografiske område banken dekket, og på bakgrunn av at banken, slik den da forelå, hadde sitt utgangspunkt i nylig gjennomførte fusjoner av en rekke lokalbanker, var det ikke urimelig å vurdere hver avdeling for seg. Jeg nevner i denne sammenheng at ansettelsesmyndigheten var tillagt avdelingsbankene. I og med at ansettelsesforholdene for arbeidstakere ved filialene var knyttet til disse, var det også et naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratres når filialen ble nedlagt. Den ordning som ble fulgt, kan i utgangspunktet ikke sies å være i strid med arbeidsmiljøloven ...”⁹⁶

Dommen er et eksempel på at praktiske utfordringer virksomheten møter på ved nedbemanning kan være av stor betydning for om arbeidsgiver har adgang til å begrense utvelgeskretsen ved nedbemanning. Bankens vanskelige økonomiske stilling på nedbemanningstidspunkt var også av stor betydning for resultatet av dommen. Dette behandles senere i punkt 3.4.4. Resultatet av dommen medførte at arbeidstakerne som arbeidet ved den filialen som skulle nedbemannes ble sagt opp, selv om de hadde arbeidet lengre i virksomheten og hadde bedre kvalifikasjoner enn arbeidstakerne ved de andre filialene som ikke skulle nedbemannes.

Også i Gresvig-dommen var avdelingens selvstendighet i sammenheng med at den var geografiske adskilt fra resten av virksomheten sentrale momenter for avgjørelsen.⁹⁷ Av dommen fremgår det at virksomheten hadde 100 avdelinger med over 2000 ansatte plassert i hele Norge. Høyesterett uttaler at i mange tilfeller vil det *”ikke være klart hvilke butikker som skulle inngå i en eventuell større utvelgeskrets”*.⁹⁸ Høyesterett utdyper i neste avsnitt at det var saklig å begrense utvelgeskretsen til avdelingen som er *”den ansattes primære tilknytningspunkt til selskapet”*⁹⁹, dersom det var vanskelig å avgjøre hva som ville vært en større utvelgeskrets.

⁹⁶ Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge dommen)

⁹⁷ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

⁹⁸ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen) avsnitt 47

⁹⁹ Ibid, avsnitt 48

Arbeidstakeren, som arbeidet i en profilavdeling, hadde andre arbeidsoppgaver enn de andre arbeidstakerne i de ytterligere avdelingene i virksomheten, som drev sportsbutikker. Ut over det hadde avdelingen på annen måte heller ikke tilknytning til de andre sportsbutikkene i området. Å foreta en vurdering av arbeidstakeren opp mot andre arbeidstakere i de ulike sportsbutikkene i området ville ikke fremstått som naturlig. Av dommen fremgår det at profilavdelingens selvstendighet var av stor betydning for vurderingen av om arbeidsgiver hadde adgang til å begrense kretsen til den enkelte avdelingen ved nedbemanning.

Basert på dommene kan en anta at arbeidsforhold som er knyttet til en selvstendig avdeling, enklere vil oppfylle saklighetskravet ved arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen, hvis det er tale om stillinger som har annerledes kompetansekrav enn de øvrige avdelingene i virksomheten.¹⁰⁰

3.3.2 Drøftelser med tillitsvalgte om utvelgelseskrets

Det kan være av betydning for saklighetsvurderingen om tillitsvalgte medvirker til nedbemanningsprosessen og får gitt innspill til valg av krets. For å ivareta arbeidstakernes forutberegnelighet og for å unngå vilkårlighet bør drøfting med tillitsvalgte skje før arbeidsgiver fastsetter utvelgelseskretsen.

I Gresvig-dommen hadde partene ikke hatt drøftingsmøte om at utvelgelseskretsen skulle begrenses til P

profilavdelingen.¹⁰¹ Det forelå ikke enighet om hva som skulle være utvelgelseskretsen ved nedbemanningen. Imidlertid var det heller ikke et virkende tillitsmannsapparat i Gresvig. Høyesterett sin vektlegging av virksomheten etablerte praksis må ses i lys av det. Dette behandles i avhandlingens punkt 3.3.3.

I Sparebanken Nord-Norge-dommen var tillitsvalgtes rolle i prosessen en viktig del av Høyesterett sin beslutning om at det var saklig å begrense utvelgelseskretsen. Førstvoterende uttalte at

¹⁰⁰ Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

¹⁰¹ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

”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 at ved saksforberedelse ”hvor(..)også de tillitsvalgte var trukket inn, besluttet at man ved filialnedleggelse skulle si opp de ansatte ved den nedlagte filial”.¹⁰²

Dommen viser at dersom arbeidsgiver har klargjort utvelgeskretsen i drøftingsmøte med de tillitsvalgte, og de tillitsvalgte er tause om prosessen, så trekker det i retning av at utvelgeskretsen kan anses saklig.¹⁰³ At slik drøfting ikke forekommer betyr ikke at den begrensede utvelgeskretsen er usaklig, men hvor inkluderende arbeidsgiver har vært i prosessen kan være et moment i saklighetsvurderingen.

I Rasmussen Offshore-dommen hadde partene avtalt en utvelgeskrets som ikke var i strid med aml § 15-7. Høyesterett la til grunn at *”domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger”*.¹⁰⁴ Dommen viser at enighet mellom partene er av stor betydning for saklighetsvurdering.

I SAS-dommen var det grunnleggende enighet mellom ledelsen i SAS og fagforeningene at *”det måtte opereres med mindre enheter bestemt etter funksjon slik at selskapet kontinuerlig var operativt”*.¹⁰⁵ Tvisten oppstod fordi arbeidstakere i en nyopprettet avdeling hadde mottatt oppsigelse uten at det forelå avtale om at avdelingen var en egen utvelgeskrets. Arbeidstakerne fikk medhold i at oppsigelsene var usaklig, med den begrunnelse at det ville stride mot forutberegneligheten til arbeidstakerne i SAS dersom denne avdelingen skulle anses som en egen utvelgeskrets, uten at det var foretatt drøftelsesmøte.

I avhandlingens punkt 4 vil drøftingsmøte hvor de tillitsvalgte bestrider utvelgeskretsen arbeidsgivers har planer om å anvende i nedbemanningsprosessen behandles.

¹⁰² Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen) s. 781

¹⁰³ Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen)

¹⁰⁴ Rt-2001-71 (Rasmussen Offshore-dommen) s. 82

¹⁰⁵ LE-2011-31713-2 (SAS-dommen)

3.3.3 Innarbeidet praksis i bedriften

Hvordan virksomheten har praktisert ved tidligere nedbemanningsprosesser er et moment som er av betydning for å avgjøre om en begrensning av utvelgelseskretsen skal kunne anses saklig. Dersom virksomheten kan vise at de har fulgt en bestemt praksis i alle deres tidligere nedbemanningsprosesser, og også i den aktuelle saken, kan det trekke i retning av at det er saklig å begrense utvelgelseskretsen til enkelte filialer, avdelinger eller geografiske områder.

Det fremgår av Gresvig-dommen at ved tidligere tilfeller når virksomheten har måtte foreta nedbemanninger, har praksisen deres vært at arbeidsgiver har vurdert overtallige ut ifra begrensede utvelgelseskretser.¹⁰⁶ Gresvig har fulgt en konsekvent praksis siden 2009, ved at den enkelte butikk som berøres er utvelgelseskrets.¹⁰⁷ Arbeidstakeren som ble sagt opp hadde ved tidligere nedbemanningsprosesser dermed ikke vært en del av utvelgelseskretsen, da han arbeidet i en annen avdeling. Høyesterett la vekt på hensynet om å unngå forskjellsbehandling. Det hadde således ikke noe å si at saksøker var den eneste som arbeidet i avdelingen. Den innarbeidede praksisen i Gresvig tilsa dermed at arbeidsgivers begrensning av utvelgelseskretsen til å gjelde profilavdelingen var saklig begrunnet.

I saken starter Høyesterett i aml § 15-7 med å slå fast at det avgjørende alltid er om oppsigelsen tilfredsstillende saklighetskravet, også ved anvendelse av virksomhetens praksis i et konkret tilfelle.¹⁰⁸ Deretter slår Høyesterett fast at innarbeidet praksis i virksomheten er av stor betydning for om oppsigelsene er saklige. Følgende utdyper Høyesterett at:

« Ved vurderingen av hvilken vekt den etablerte praksis i bedriften skal tillegges, må det etter mitt syn da legges til grunn at bedriftens begrensning av utvelgelseskretser til den enkelte avdeling bygger på hensyn som normalt vil måtte lede til at begrensningen anses saklig.»¹⁰⁹

¹⁰⁶ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

¹⁰⁷ Ibid

¹⁰⁸ Ibid

¹⁰⁹ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

Basert på denne vurderingen kom retten til at saklighetskravet i aml § 15-7 var oppfylt, og at det dermed var saklig at Gresvig anså avdelingen som en egen utvelgelseskrets.

3.3.4 Nødvendig kompetanse for å hindre uro og sikre fremtidig drift

Arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning grunner i en forståelse om at det samlet sett vil oppstå mindre uro i bedriften dersom færre arbeidstakere er involvert.¹¹⁰ I store virksomheter kan det være svært tidskrevende for arbeidsgiver å skulle vurdere alle arbeidstakerne opp mot hverandre. En slik tidskrevende nedbemanningsprosess kan skape mer uforutsigbarhet og uro, enn en prosess med en mindre krets som strekker seg over kortere tid.

I tilfeller hvor avdelinger i en virksomhet er geografisk samlet, kan organiseringen til virksomheten likevel tilsi at arbeidsgiver har adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Av juridisk teori fremgår det at i saklighetsvurderingen vil et moment være hvorvidt *”en videre utvelgelseskrets vil gjøre det vanskelig å beholde nødvendig kompetanse eller vanskeliggjør sikring av forsvarlig videre drift på annen måte”*.¹¹¹

Ofte er det slik at de ulike avdelingene i en virksomhet krever ulik kompetanse. Det vil si at selv om avdelingene har samme arbeidsplass, kan det være store forskjeller i arbeidsoppgavene til arbeidstakerne i de ulike avdelingene. Et moment i vurderingen av om arbeidsgiver har adgang til å begrense utvelgelseskretsen, er om det vil være driftsmessig uheldig for virksomheten å vurdere alle arbeidstakerne opp mot hverandre i nedbemanningsprosessen, fordi de ansatte i de ulike avdelingene ikke har de kvalifikasjonene som kreves for å overta stillinger i en av den andre avdelingene. Det kan være av betydning for saklighetsvurderingen at virksomheten kan vise til at dersom den hadde anvendt hele virksomheten som utvelgelseskrets, ville det ført til store omrokkeringer blant de ansatte, ved at de må få opplæring i den avdelingen de er flyttet til. Dermed er det av betydning hvor store utskiftninger virksomheten klarer å bære, samtidig som den skal sikre fremtidig drift. Spesielt i tilfeller hvor virksomhetens økonomi er svært dårlig, vil sikring av videre drift trekke i retning av at det ikke

¹¹⁰ Fougner m.fl, *Omstilling og nedbemanning*, (2011) s. 313

¹¹¹ Fougner m.fl, *Omstilling og nedbemanning*, (2003) s. 272

stilles like strenge krav til arbeidsgiver når det kommer til å vurdere omplassering av arbeidstakere.

På bakgrunn av momentene om nødvendig kompetanse for å hindre uro og sikre drift og virksomhetens økonomiske stilling kom Høyesterett kom i Hillesland-dommen frem til at arbeidsgiver hadde adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Virksomhetens økonomiske stilling vil bli behandlet i neste punkt 3.4.4. Selv om de fire arbeidstakere ved produksjonsavdelingen som ble sagt opp kunne blitt omplassert med opplæring i nye avdelinger, uttalte Høyesterett ut ifra virksomhetens økonomiske stilling til at det var *”sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingenes forskjellige oppgaver”*.

Når avdelingene allerede innehar nødvendig kompetanse, vil det for virksomheten ikke være heldig å bruke utgifter på omplassering for å sikre videre drift. Momentet om nødvendig kompetanse for å hindre uro og sikre fremtidig drift står spesielt sterkt i de tilfellene hvor virksomheten står i en vanskelig økonomisk stilling og den trenger arbeidstakere med forskjellig kvalifikasjoner i de ulike avdelingene.

3.3.5 Virksomhetens økonomiske stilling

Virksomhetens økonomiske stilling kan være et hensyn med stor betydning for vurderingen av om arbeidsgiver har adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Virksomhetens økonomiske stilling vurderes ut ifra likviditeten, altså betalingsevnen til virksomheten.

Av rettspraksis fremgår det at dersom virksomheten har lav betalingsevne, tilsier det et behov for å begrense kretsen ved nedbemanning.¹¹² Det kan begrunnes i at domstolene ikke er godt nok skikket til å utføre vurderinger som gjelder virksomhetens investeringstiltak.¹¹³ Domstolene er tilbakeholdne når det er tale om å overprøve arbeidsgivers vurderinger i en slik krevende prosess.¹¹⁴ En annen grunn til at arbeidsgiver kan ha et behov for å begrense

¹¹² Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

¹¹³ Punkt 2.3.2

¹¹⁴ Ibid

utvelgelseskretsen, er at virksomheten ikke skal måtte bruke tid og penger på hvordan nedbemanningsprosessen skal foregå, når den økonomiske stillingen er svært vanskelig.

I Gresvig-dommen vektla Høyesterett nettopp dette. Selskapets økonomiske stilling på tidspunktet for nedbemanningen var anstrengt, da det gikk i underskudd. Og den økonomiske stillingen var dårligere og mer akutt i Sparebanken Nord-Norge-dommen enn i Gresvig-dommen.¹¹⁵

Det var også i Hillesland-dommen tale om en svært vanskelig økonomisk stilling for virksomheten. Høyesterett kom i saken frem til at arbeidsgiver hadde behov for å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanningen, selv om virksomheten kun hadde 25 arbeidstakere.¹¹⁶ Førstvoterende oppsummerte bedømmelsen sin på denne måten:

«Jeg understreker særlig 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. Jeg finner således bedriftsledelsens avgjørelse om ikke å flytte arbeidstakere – de ankende parter eller andre – over fra produksjonsavdelingen til andre avdelinger saklig begrunnet.»¹¹⁷

Motsatt fra Gresvig- og Sparebanken Nord-Norge-dommen, ville virksomheten i denne saken ikke brukt mye tid og penger på å vurdere de ansatte opp mot hverandre, da det kun var 25 ansatte i virksomheten.¹¹⁸ Det avgjørende var imidlertid at det ville koste virksomheten penger å ha opplæring på arbeidstakerne som ville blitt omplassert.¹¹⁹ Dette ville ført til produksjonsnedgang, som igjen ville ført til at virksomheten ikke tjente like mye penger. Høyesterett synes å mene at hvis virksomheten økonomiske stilling på nedbemanningstidspunktet er svært svak, vil det således være urimelig å kreve at virksomheten skal måtte takle ekstra kostnader og produksjonsnedgang.

¹¹⁵ Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

¹¹⁶ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen)

¹¹⁷ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen) s. 888

¹¹⁸ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen), Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

¹¹⁹ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen)

3.4 Oppsummering

I samsvar med tidligere rettspraksis, viser Gresvig-dommen at utgangspunktet fortsatt er at hele virksomheten er utvelgelseskrets ved nedbemanning, men at arbeidsgiver har adgang til å begrense utvelgelseskretsen, for eksempel ved å se på avdelingene hver for seg, dersom det foreligger saklig grunn til å foreta en slik fordeling.¹²⁰ Det fremgår av Gresvig-dommen at det beror på en konkret vurdering. At det kan skape praktiske problemer å se en stor bedrift samlet når arbeidsgiver skal foreta utvelgelse av hvilke arbeidstakere som skal sies opp ved nedbemanning, kan tilsi at det foreligger saklig grunn til å begrense kretsen. At virksomheten ønsker å sikre fremtidig drift er et grunnleggende hensyn. Det er også et legitimt formål at virksomheten ønsker å beholde nødvendig kompetanse. Virksomhetens økonomiske posisjon vil kunne ha stor relevans når det kommer til om prosessen ved nedbemanningen betraktes som saklig. Rettspraksis viser også at innarbeidet praksis i bedriften har betydning når domstolene skal bedømme om en prosess er saklig.

Ut ifra Gresvig-dommen er den foreløpige konklusjonen at dersom momentene om praktiske problemer, virksomhetens økonomiske stilling og innarbeidet praksis i virksomheten foreligger, har arbeidsgiver adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Hverken Gresvig-dommen eller tidligere rettspraksis tar stilling til eller avklarer om arbeidsgiver, på bakgrunn av effektivitetshensyn, har adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning dersom et eller flere av momentene som er gjennomgått i dette punktet ikke eksisterer. De prinsipielle vurderingene som gjelder arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen fremgår således ikke av Høyesterettspraksis. Hva som anses å være gjeldende rett i dag vil bli behandlet i avhandlingens punkt 5.

¹²⁰ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

4 SPØRSMÅL KNYTTET TIL TARIFFESTEDE VILKÅR FOR OPPSIGELSE

Tariffavtalen kan ha bestemmelser som stiller krav til arbeidsgivers valg og vurderinger ved nedbemanning, og som dermed påvirker arbeidsgivers handlingsrom. Tariffavtalen kan inneholde enighet om utvelgeskrets ved nedbemanning og det kan fremgå materielle vilkår for oppsigelse eller krav til utvelgelsen. Hva som fremgår av tariffavtalen vil dermed ha stor betydning for hvilke beslutninger virksomheten har mulighet til å fatte når det skal foretas nedbemanning. Ved å inngå en tariffavtale fraskriver virksomheten seg noe av styringsretten ved at den har skrevet under på å følge de ulike kriteriene som fremgår av tariffavtalen.

Også ved tariffavtale har partene mulighet til å avtale utvelgeskretser, så lenge avtalen ikke strider med aml § 15-7.¹²¹ Som nevnt tidligere bør *”domstolene vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger”*.¹²²

Dersom det ikke foreligger en slik avtale, fremgår det av Hovedavtalen LO-NHO (2014-2017) § 8-2 at ved oppsigelse på bakgrunn av nedbemanning kan ansiennitet kun fravikes dersom det foreligger saklig grunn. Ansiennitet tilsier, som nevnt tidligere, arbeidstakers ansettelsestid i virksomheten. Ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 8-2 bygger på at det er ansienniteten i virksomheten som helhet, som skal legges til grunn ved utvelgelsen.¹²³ Det vil si at virksomheten er nødt til å foreta en ansiennitetsvurdering av hele virksomheten. Arbeidstakerne som sist ble ansatt, må som utgangspunkt sies opp først. Nedbemanning ut ifra ansiennitetsprinsippet kan føre til at virksomheten opplever færre konflikter, da oppsigelsene ikke har bakgrunn i skjønsmessige vurderinger.

At det kreves *”saklig grunn”* for å fravike ansiennitetsprinsippet fremgår også av rettspraksis. I Spennbetong-dommen fravek fabrikken ansiennitetsprinsippet ved seks oppsigelser.¹²⁴ Arbeidsgiver begrenset utvelgeskretsen og foretok dermed avdelingsvis nedbemanning. Retten uttalte at *”tariffregelen innebærer (..) ingen ubetinget plikt til å følge ansiennitetsprinsippet, men det må påvises saklige grunner dersom dette skal fravikes”*.¹²⁵

¹²¹ Punkt 3.3.2

¹²² Rt-2001-71 (Rasmussen Offshore-dommen) s. 82

¹²³ Hovedavtalen LO – NHO (2014-2017)

¹²⁴ RG-1990-1098 (Spennbetong-dommen)

¹²⁵ RG-1990-1098 (Spennbetong-dommen), s.1104-1105

Av ARD-2006-286 fremgår det at det må foretas en konkret vurdering av de forskjellige hensynene og forholdene, for å avgjøre om det foreligger ”saklig grunn” for å fravike ansiennitetsprinsippet. I dommen kom retten frem til at det forelå brudd på tariffavtalen, da ansiennitetsprinsippet var satt til side til fordel for en lokal protokoll. I dommen ble det lagt 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”.¹²⁶

Spørsmålet blir så hva som skal til for at det foreligger en ”saklig grunn” for å fravike ansiennitetsprinsippet, jf Hovedavtale LO-NHO (2014-2017) § 8-2, slik at arbeidsgiver har adgang til å begrense utvelgelseskretsen.

Frem til Nokas-dommen kom i juni 2016 har vurderingen om utvelgelseskrets ved beregning av ansiennitet ved nedbemanning etter Hovedavtalen vært uklar. Årsaken er at NHO over lengre tid har adressert at ansiennitet kan enten beregnes for hele virksomheten, eller kun for en avdeling, en filial eller et geografisk område. Arbeidsretten har aldri før tatt stilling til en slik problemstilling. Det har dermed vært rom for å argumentere for at det etter Hovedavtalen ikke eksisterer en hovedregel om at hele virksomheten skal anses som utvelgelseskrets, og at arbeidsgiver dermed har adgang til å begrense utvelgelseskretsen så lenge det foreligger saklig grunn for en slik begrensning. I punkt 4.1 vil det fortas en domsanalyse av Nokas-dommen, ARD-2016-17, hvor både utvelgelseskrets og adgangen til å gjøre unntak blir grundig behandlet.

4.1 Nokas-dommen

Saken gjaldt nedbemanning i virksomheten Nokas AS.¹²⁷ Nokas utfører sikkerhetskontroll mv. ved Sola Heliport på vegne av oppdragsgiver. Ved helikopterterminalen var det 19 ansatte som ble sagt opp fordi kontrakten med oppdragsgiver ble redusert. Det ble funnet løsninger for 16

¹²⁶ ARD-2006-286 avsnitt 74

¹²⁷ ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

av dem, mens de tre andre ansatte ble sagt opp. Nokas vurderte ikke de tre vekterne opp mot andre arbeidstakerne i andre avdelinger i virksomheten, og vekterne mistet dermed jobben når avtalen med oppdragsgiver ble endret.

Av dommen fremgår det at Arbeidsretten har samme forståelse som tidligere rettspraksis vedrørende aml § 15-7, ved at det er hele virksomheten eller selskapet som i utgangspunkt er utvelgelseskrets. Arbeidsretten utdyper at virksomheter som er bundet av tariffavtale har tatt på seg et spesielt ansvar til å følge reglene om ansiennitet, jf Hovedavtalen § 8-2, med mindre det forekommer saklig grunn til å fravike dem. Arbeidsretten måtte så avgjøre om Nokas, basert på en saklighetsvurdering, hadde adgang til å begrense utvelgelseskretsen til den enkelte kontrakt og dermed fravike ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 8-2.

Dommen ble avsagt under dissens 3-2 når det gjaldt utfallet av den konkrete saklighetsvurderingen. Flertallet kom til at det ikke forelå saklig grunn til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanningen, mens mindretallet kom til at saklighetskravet var oppfylt. Dette synliggjør domstolenes utfordringer ved avveiningen av arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers stillingsrett, ved at det ikke er fastsatt en grense for å innsnevre utvelgelseskretsen ved nedbemanning.

I avsnitt 76 og 77 legger Arbeidsretten, for Hovedavtalen § 8-2 (1), til grunn det samme utgangspunktet som Høyesterett gjør i Gresvig dommen; På den ene side skal bestemmelsen ikke tolkes på en måte som gjør at den pålegger virksomheten uforholdsmessig tyngende prosesser som kan føre til usikkerhet blant de gjenværende arbeidstakerne.¹²⁸ På den annen side må de reelle hensynene som begrunner å fravike hovedregelen om at virksomheten skal vurderes som helhet, være tungtveiende.¹²⁹

Arbeidsretten anvender de sammen momentene som er anvendt av Høyesterett i Gresvig dommen ved saklighetsvurderingen.¹³⁰ Og viser også til Høyesterett sin uttalelse om at:

¹²⁸ ARD-2016-17 (Nokas-dommen) avsnitt 76-77

¹²⁹ Ibid

¹³⁰ ARD-2016-17 (Nokas-dommen) avsnitt 78

*”spørsmålet om det er saklig grunn til å begrense utvalgskretsen må bedømmes konkret i det enkelte tilfellet, og ved denne vurderingen vil en lang rekke hensyn kunne trekkes inn i saklighetsvurderingen”.*¹³¹

Momentene i denne saken kan dermed heller ikke anses som absolutte hensyn som må foreligge for at begrensningen av utvelgelseskretsen skal kunne anses som saklig. Siden Arbeidsretten ikke har behandlet en slik type sak tidligere, er det momentene som går igjen i Høyesterettspraksis, Arbeidsretten viser til ved vurdering av sak angående fravikelse av ansiennitet etter Hovedavtalen § 8-2. Imidlertid gjør momentene seg ikke i tilstrekkelig grad gjeldende for Nokas-dommen. Grunnen er at *”vilkårene for å fravike ansiennitet skjerpes når de arbeidstakerne saken gjelder har lang ansiennitet og hvis forskjellene i ansiennitet er store”.*¹³² Det fremgår av Nokas-dommen at arbeidstakerne i saken har bedre ansiennitet enn mange andre i avdeling Rogaland, og at det til dels foreligger betydelige forskjeller i ansienniteten. Nokas har ikke tatt stilling til dette, da arbeidsgiver har begrenset utvelgelseskretsen til Sola Heliport. I Nokas-dommen er dermed kravet om saklig grunn for å fravike ansiennitet skjerpet, jf Hovedavtalen § 8-2. Momentene fra rettspraksis, samt hensynene disse momentene ivaretar, vil nå bli belyst.

4.1.1 Praktiske problemer

De praktiske problemene som oppstår for en virksomhet i en nedbemanningsprosess kan tilsi at arbeidsgiver har saklig grunn til å begrense utvelgelseskretsen. Som nevnt tidligere er slike praktiske hensyn særlig aktuelt ved en bred utvelgelseskrets i store virksomheter.¹³³

I Gresvig-dommen uttalte Høyesterett at det var saklig å begrense utvelgelseskretsen til *”avdelingen som er den ansattes primære tilknytningspunkt til selskapet”*¹³⁴, dersom det var vanskelig å avgjøre hva som ville vært en større utvelgelseskrets. Det var tilfelle i Nokas-dommen, da vekteroverenskomsten er gjort gjeldende for Nokas' virksomhet i Norge. Vekterne

¹³¹ ARD-2016-17 (Nokas-dommen) avsnitt 78, jf Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen) avsnitt 42

¹³² ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

¹³³ Punkt 3.3.1

¹³⁴ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen) avsnitt 48

i Nokas-dommen arbeidet under kontrakt på Sola Heliport og det geografiske området tilhørte avdeling Rogaland.

Nokas anførte at å anvende en vesentlig større utvelgelseskrets ville skape en «dominoeffekt» som ville være til ulempe for både virksomheten og arbeidstakerne. Flertallet ga ikke Nokas medhold i anførselen, da de mente at det ikke ville skape så store praktiske problemer for virksomheten å anvende en større utvelgelseskrets ved nedbemanningen. Arbeidsrettens begrunnelse lød som følger:

*”Ved å være tariffbundet har Nokas påtatt seg en særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene, med mindre det foreligger saklig grunn til å fravike dem. En korrekt utvelgelse av hvem som må sies opp innenfor disse rammene vil nødvendigvis måtte medføre noe mer arbeid. Det at man kan komme til at det er en ansatt et annet sted i organisasjonen som skal sies opp, kan imidlertid ikke tilsi en forflytning gjennom hele organisasjonen, selv om det kan medføre behov for enkelte tilpasninger og justeringer”.*¹³⁵

Flertallet i dommen kom frem til at det var usaklig at arbeidsgiver snevret inn utvelgelseskretsen ved nedbemanningen til å gjelde driftskontrakten på Sola Heliport. Imidlertid anså flertallet i dommen det som saklig å begrense utvelgelseskretsen i relasjon til virksomheten, slik at arbeidsgiver i denne saken hadde saklig grunn til å begrense utvelgelseskretsen til å gjelde Region Sør-Rogaland, selv om dette ikke var en selvstendig enhet som sådan.

Motsatt fra Gresvig-dommen ville det være naturlig for Nokas å vurdere de oppsagte arbeidstakerne opp mot arbeidstakerne i de ulike vekterjobbene i området.¹³⁶ I Nokas-dommen fremgår det at de fleste ansatte i avdeling Rogaland var utdannet vektere. Kompetansekravet var altså tilnærmet det samme i de andre driftsenhetene i området. At arbeidsforholdene var knyttet til en selvstendig kontrakt, var ikke tilstrekkelig for å oppfylle saklighetskravet ved arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen, da det i saken var tale om stillinger som har det samme kompetansekravet som de øvrige kontraktene i virksomheten.¹³⁷ Det trakk i

¹³⁵ ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

¹³⁶ Punkt 3.3.1, ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

¹³⁷ Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

retning av at det ikke ville skape praktiske problemer å omplassere vektene. Siden kravet om saklig grunn for å fravike ansiennitet er skjerpet i Nokas-dommen, jf Hovedavtalen § 8-2, kom retten frem til at momentet trakk i retning av at det ikke var saklig å begrense utvelgeskretsen til den enkelte avdeling.

4.1.2 Drøftelser med tillitsvalgte

Dersom det foreligger enighet mellom partene om å begrense utvelgeskretsen ved nedbemanning kan det, som nevnt tidligere, tilsi at arbeidsgiver har adgang til å gjøre unntak fra hovedregelen om at hele virksomheten er utvelgeskrets ved nedbemanning.¹³⁸

I Nokas-dommen forelå det ingen enighet om utvelgeskrets mellom partene.¹³⁹ De tillitsvalgte i Nokas, og på et senere tidspunkt representanter for NAF og LO, kom ved alle sine drøftelser frem til at utvelgeskretsen som Nokas ville bruke var bestridt. Nokas tok ikke hensyn til de tillitsvalgtes protest og sa opp de ansatte ved Sola Heliport. De tillitsvalgt bidro dermed ikke i vurderingen av hva som skulle anses å være utvelgeskretsen ved nedbemanningen. Momentet er dermed ikke av betydning for om begrensningen i utvelgeskretsen har saklig grunn.

Det faktiske forholdet i Nokas-dommen skiller seg fra Gresvig-dommen, ved at Nokas hadde hatt drøftingsmøte, mens partene i Gresvig ikke hadde drøftingsmøte om at utvelgeskretsen skulle begrenses til Profilavdelingen.¹⁴⁰ I begge dommene var partene ikke enige om hva som skulle være utvelgeskretsen ved nedbemanningen. Virksomhetenes innarbeidede praksis, som blir behandlet i neste punkt, ble dermed et moment av stor betydning i begge dommene.

¹³⁸ Punkt 3.3.2

¹³⁹ ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

¹⁴⁰ ARD-2016-17 (Nokas-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

4.1.3 Innarbeidet praksis i virksomheten

Som nevnt ovenfor er virksomhetens praktisering ved tidligere nedbemanningsprosesser et moment som er av betydning for å avgjøre om en begrensning av utvelgeskretsen skal kunne anses saklig.¹⁴¹

Det er første gang det oppstår tvist om utvelgeskrets for Nokas. Tidligere tvister har Nokas løst ved å omplassere arbeidstakere eller funnet ”annet passende arbeid” til dem. Av forklaringene til partene og vitner fremgår det at det i noen deler av virksomheten har vært drevet en annen praksis. På tross av at Nokas har foretatt nedbemanninger etter at denne tvisten oppsto, så er avdelingsvis nedbemanningen i Nokas ikke en del av en regelmessig praksis.

I Nokas-dommen var oppsigelsene ikke foretatt på bakgrunn av en relativ langvarig og etablert praksis, slik som var tilfellet i Gresvig-dommen.¹⁴² De faktiske forholdene ved innarbeidet praksis i virksomhet er altså forskjellig fra Gresvig-dommen. Da kravet om saklig grunn for å fravike ansiennitet er skjerpet i Nokas-dommen, jf Hovedavtalen § 8-2, kom retten frem til at momentet trakk i retning av at det ikke var saklig å begrense utvelgeskretsen til den enkelte avdeling.

4.1.4 Nødvendig kompetanse for å hindre uro og sikre videre drift

Som nevnt tidligere fremgår det av juridisk teori at i saklighetsvurderingen vil et moment være hvorvidt *”en videre utvelgeskrets vil gjøre det vanskelig å beholde nødvendig kompetanse eller vanskeliggjør sikring av forsvarlig videre drift på annen måte”*.¹⁴³

I dommen anførte Nokas AS at det ville medføre utgifter å legge en større utvelgeskrets til grunn for nedbemanningsprosessen, ved at det forelå et opplæringsbehov av arbeidstakerne som hadde blitt omplassert.¹⁴⁴ De tre vekterne som ble sagt opp var utdannet vektere, noe de fleste andre ansatte i avdeling Rogaland også var. De ansattes faglige kompetanse og stillingskategori var altså tilnærmet lik. Flertallet i Arbeidsretten la vekt på at:

¹⁴¹ Punkt 3.4.3

¹⁴² Punkt 3.3.3

¹⁴³ Fougner m.fl, *Omstilling og nedbemanning*, (2003) s. 272

¹⁴⁴ ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

*”Generelt har vekterne på Sola Heliport en særskilt kompetanse med hensyn til de oppgavene de utfører der. De tre som er omfattet av saken her har i tillegg lang erfaring. (...) det vil derfor ikke være særlig omfattende opplæringsbehov knyttet til en eventuell omplassering av disse til oppdrag for eksempel i en resepsjon eller på et kjøpesenter”.*¹⁴⁵

Det vil ikke være særlig driftsmessig uheldig for Nokas å vurdere alle arbeidstakerne i avdeling Rogaland opp mot hverandre i nedbemanningsprosessen, fordi de ansatte i de ulike avdelingene har omtrent de samme kvalifikasjonene som kreves for å overta stillinger i en annen avdeling. Dommen viser at det stilles strenge krav til at arbeidsgiver må vurdere omplassering av arbeidstakerne.

Sammenlignet med Hillesland-dommen, vil det ikke være like kostnadskrevende for Nokas å omplassere arbeidstakerne, da opplæringsbehovet ikke er like stort.¹⁴⁶ I motsetning til de oppsagte arbeidstakerne i Hillesland-dommen, innehar arbeidstakerne i Nokas den nødvendig kompetansen en omplassering medfører. Siden virksomhetens økonomi ikke er svært anstrengt som den var i Hillesland-dommen, vil virksomheten klare å bære utskiftningene samtidig som den sikrer videre drift.

Det faktiske forholdet i Nokas-dommen er også ulikt forholdet i Gresvig-dommen, ved at arbeidstakerne i Nokas var kvalifisert til å tre inn i andre stillinger i virksomheten, og stillingskategorien var tilnærmet lik. I Gresvig-dommen hadde arbeidstakeren ikke nødvendig kompetanse til å gå over i en stilling som avdelingsleder, samt at han takket nei til ”annet passende” arbeid som butikkselger.¹⁴⁷

Nokas gjorde gjeldende at kundenes behov og virksomhetens ønske om stabilitet er hensyn som må være av betydning for saklighetsvurderingen. Arbeidsretten avviste at dette er et hensyn som kan føre til at arbeidsgiver kan begrense utvelgelseskretsen, selv om de ikke utelukket at dette kan vektlegges i den konkrete utvelgelsen av hvem som til slutt blir sagt opp.

¹⁴⁵ ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

¹⁴⁶ Rt-1986-879 (Hillesland-dommen)

¹⁴⁷ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

Motsatt fra Hillesland-dommen og Gresvig-dommen, trakk momentet om å beholde nødvendig kompetanse for å hindre uro og sikre videre drift i retning av at det ikke var saklig å begrense utvelgelseskretsen til den enkelte avdeling.

4.1.5 Virksomhetens økonomiske stilling

Virksomhetens økonomiske stilling kan være et hensyn med stor betydning for vurderingen av om arbeidsgiver har adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Som nevnt tidligere i avhandlingen blir virksomhetens økonomiske stilling vurdert ut ifra likviditeten, altså betalingsevnen til virksomheten.¹⁴⁸ Av rettspraksis fremgår det at dersom virksomheten har lav betalingsevne, tilsier det et behov for å begrense kretsen ved nedbemanning.¹⁴⁹

I Nokas-dommen var det ingen av partene som anførte at virksomheten var i en prekær økonomisk stilling. Arbeidsrettens flertall uttalte at:

*”Riktignok skyldes nedbemanningen en reduksjon i aktiviteten, en reduksjon som også har fortsatt i 2016, men slik flertallet ser det utgjør ikke den økonomiske situasjonen i Nokas et tilstrekkelig tungtveiende hensyn”.*¹⁵⁰

Nokas sin økonomiske stilling ble ikke ansette å være prekær nok til at momentet skulle tilsi at arbeidsgiver hadde adgang til å begrense utvelgelseskretsen når de foretok nedbemanningen.

Sammenlignet med Hillesland-dommen, Sparebanken Nord-Norge-dommen og Gresvig-dommen anførte ikke Nokas at den økonomiske stillingen var prekær, og Nokas gikk heller ikke i underskudd på tidspunktet for nedbemanningen.¹⁵¹ Det faktiske forholdet ved Nokas sin økonomi på nedbemanningstidspunktet var dermed ulikt fra dommene ved at den økonomiske stillingen ikke var like anstrengt. I alle de tre dommene trakk momentet om virksomhetens økonomiske stilling i retning av at arbeidsgiver hadde adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanningen. Siden virksomheten ikke hadde røde tall på nedbemanningstidspunktet, og det i tillegg var fastsatt et skjerpet krav om saklig grunn for å fravike ansiennitet, jf

¹⁴⁸ Punkt 3.3.4

¹⁴⁹ Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

¹⁵⁰ ARD-2016-17 (Nokas-dommen) avsnitt 83

¹⁵¹ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

Hovedavtalen § 8-2, trakk momentet i Nokas-dommen i retning av at det ikke var saklig å begrense utvelgelseskretsen til den enkelte avdeling.

4.2 Oppsummering

Oppsummert kan det slås fast av hovedregelen, også ved nedbemanningsprosess etter Hovedavtalen, er at det er hele virksomheten som utgjør utvelgelseskretsen.¹⁵² Imidlertid fremgår det av rettspraksis at det er rom for å gjøre unntak fra denne hovedregelen. Det er for arbeidsgivere som er bundet av Hovedavtalen, en viss adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Unntaket må være saklig begrunnet, noe som beror på en konkret vurdering som i noen tilfeller kan by på tvil. Dersom arbeidsgiver velger en for snever utvelgelseskrets ved nedbemanning, kan det gjøre at ansiennitetsprinsippet mister sin betydning som kriterium. Dette kan igjen føre til at arbeidsgivers begrensnings av utvelgelseskretsen ikke vil være saklig begrunnet. Nokas-dommen forsterker hvor viktig det er at nedbemanningsprosessen er grundig, inkluderende og etterprøvbart, samtidig som den understreker virkningene av det motsatte.

¹⁵² Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen), ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

5 GJELDENE RETT OG OPPSUMMERING AV RETTSTILSTANDEN

Arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning, må bero på en saklighetsvurdering etter aml § 15-7 ut i fra en avveining av arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers stillingsvern. Nedbemanningsprosessen skal på den ene siden ikke være uforholdsmessig tyngende for virksomheten.¹⁵³ På den annen side må de reelle hensynene som begrunner å fravike hovedregelen om at virksomheten skal vurderes som helhet, være tungtveiende.¹⁵⁴

I likhet med tidligere rettspraksis fremgår det av Gresvig-dommen at arbeidsgiver kun har adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning dersom det foreligger ”*saklig grunn i virksomhetens (...) forhold*” til gjøre dette, jf aml § 15-7 (1).¹⁵⁵ I Nokas-dommen slår Arbeidsretten fast at adgangen til å fravike hele virksomheten som utvelgelseskrets er den samme som etter den ulovfestede regelen som var grunnlag for behandling i Gresvig-dommen.¹⁵⁶ Følgende fastslår Gresvig-dommen at denne saklighetsvurderingen skal bero på en konkret vurdering.¹⁵⁷ Dette følges opp i Nokas-dommen.¹⁵⁸ Selv om tidligere rettspraksis ikke uttrykkelig har slått fast at det beror på en konkret vurdering, har dette vært selvsagt. Grunnen til det er at domstolene må vurdere vilkåret om saklig grunn ut ifra virksomhetens utfordringer ved å vurdere hele virksomheten som utvelgelseskrets, og ut ifra den enkelte ansattes situasjon.

Gresvig-dommen og Nokas-dommen bekrefter hvilke momenter som kan være av betydning for saklighetsvurderingen. Momentene som går igjen i både eldre og nyere rettspraksis er virksomhetens økonomiske stilling, praktiske problemer, nødvendig kompetanse for å hindre uro og sikre fremtidig drift, innarbeidet praksis i virksomheten og tilbudet om annet passende arbeid.¹⁵⁹ Både Gresvig-dommen og Nokas-dommen viser at utfordringen ved vurderingen av om arbeidsgiver har adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning, angår hvilken vekt de forskjellige momentene skal tillegges. Siden alle nedbemanningsprosesser er

¹⁵³ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen) avsnitt 76-77

¹⁵⁴ Ibid

¹⁵⁵ Bl.a, Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

¹⁵⁶ ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

¹⁵⁷ Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

¹⁵⁸ ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

¹⁵⁹ Bl.a, Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen), Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen), ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

forskjellige, vil de forskjellige momentene vektlegges ulikt i hvert enkelt tilfelle. Analysen viser at det foreligger store faktiske forskjeller mellom Gresvig-dommen og Nokas-dommen og at momentene i dommene vektlegges ulikt. Imidlertid tydeliggjøre ingen av dommene hva som må ligge til grunn i avveiningen av arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers stillingsvern.

Det fremgår av rettspraksisanalysen at det er vanskelig for domstolene å skulle gi et allment svar på problemstillingen om hvilken adgang arbeidsgiver har til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Siden adgangen arbeidsgiver har til å begrense utvelgelseskretsen beror på en konkret vurdering, og de faktiske forholdene varierer fra sak til sak, er det naturlig at domstolene ikke ønsker å fastsette retningslinjer som må gjelde for alle tvister. Dermed er det vanskelig for partene å forutse når en begrensning i utvelgelseskretsen har "*saklig grunn*", jf aml § 15-7 (1). Partene kan i det minste forholde seg til at domstolene tillegger virksomhetens innarbeidede praksis og drøftinger med tillitsvalgte om utvelgelseskretsen ved nedbemanning betydelig vekt, og at overraskelser til ulempe for arbeidstaker dermed mest sannsynlig bli kjent ugyldig.¹⁶⁰

Når arbeidsforholdet er bundet av tariffavtale, tilsier rettsgrunnlaget i aml § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2 at arbeidsgiver er nødt til å legge vekt på ansiennitet i vurderingen av utvelgelseskrets ved nedbemanning. Unntak fra dette må ha "*saklig grunn*", jf Hovedavtalen § 8-2. Dersom arbeidsforholdet ikke er bundet av tariffavtale, plikter ikke arbeidsgiver å legge vekt på ansiennitet, jf aml § 15-7 (1). Det vil si at arbeidsgiver som ikke er bundet av tariffavtale kan vektlegge kvalifikasjoner som egnethet og effektivitet, fremfor ansiennitet. Denne fleksibiliteten er til fordel for virksomheten, ved at arbeidsgiver tar hensyn til virksomhetens behov, fremfor hensynet til arbeidstaker. Forskjellen mellom tariffavtaler og individuelle avtaler er dermed at dersom arbeidstakerne har lang ansiennitet og hvis forskjellene i ansiennitet er store, vil vilkårene for å fravike ansiennitet kun skjerpes for tariffavtaler.¹⁶¹ Etter gjeldende rett er gjennomslagskraften til ansiennitetsprinsippet altså forskjellig ved og uten tariffavtale.

Gresvig-dommen bygger på tidligere rettspraksis når det kommer til hensynene ved saklighetsvurderingen. Dermed er ikke dommen særlig oppklarende. Nytt fra dommen er at hensynet til arbeidsgivers styringsretten står sterkere enn antatt. At Høyesterett i Gresvig-dommen gir arbeidsgivers styringsrett stor gjennomslagskraft ved avveiningen av arbeidsgivers

¹⁶⁰ ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

¹⁶¹ Ibid

styringsrett og arbeidstakers stillingsvern, bør det settes spørsmål ved. Ved to dommer som er avsagt etter Gresvig-dommen ble resultatet at arbeidsgiver ikke hadde adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning.¹⁶² Dommene tilsier at domstolene er forsiktige med å gi arbeidsgivers styringsrett lignende gjennomslagskraft som i Gresvig-dommen. De faktiske forholdene i Gresvig-dommen var heller ikke skikket til å avdekke grensen for arbeidsgivers adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Grunnen til det er at den dårlige økonomiske stilling, den geografiske avstanden og den innarbeidede praksisen i virksomheten utvilsomt tilsa at arbeidsgiver hadde adgang til å begrense kretsen. Gresvig-dommen avklarer altså ikke de prinsipielle spørsmålene, om kravet om saklig grunn for å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning kan være oppfylt dersom et av momentet i avhandlingens punkt 3.3 er ikke-eksisterende. Ved individuelle avtaler er grensen for når arbeidsgiver har adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning fortsatt ikke fastsatt.

Nokas-dommen, som ble avsagt under dissens 3-2, viser at det fortsatt er vanskelig for domstolene å fastsette grensen for når arbeidsgiver har adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning, og at avveiningen av momentene som fremgår av rettspraksis ikke er klar. Imidlertid er Nokas-dommen prinsipiell og klargjørende, ved at den avklarer noen av spørsmålene på en måte som er gunstig for arbeidstakeren. I dommen får arbeidstakers stillingsvern, og dermed hensynet til ansiennitet gjennomslag. Med utgangspunkt i Hovedavtalen er hele virksomheten utvelgelseskrets, ikke bare en avdeling eller et objekt. Det betyr at ansiennitet skal vurderes for alle ansatte. Det skal være saklig grunn for å fravike ansiennitet, og dermed begrense utvelgelseskretsen. Dersom arbeidstakerne saken gjelder har lang ansiennitet og hvis forskjellene i ansiennitet er store, vil vilkårene for å fravike ansiennitet skjerpes. Dommen forsterker også hvor viktig det er at nedbemanningsprosessen er grundig, inkluderende og etterprøvbart, samtidig som den understreker virkningene av det motsatte.

Rettsstilstanden i dag, *de lege lata*, er at arbeidstakers stillingsvern står sterkere enn hva en skulle tro etter avgjørelsen i Gresvig-dommen. Adgangen arbeidsgiver har til å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning beror fortsatt på en konkret vurdering, men arbeidsgiver skal være forsiktig med å legge like mye på vekt på arbeidsgivers styringsrett som den gjorde i Gresvig-dommen. Det skal mer til for begrense utvelgelseskretsen ved tariffavtaler, enn ved individuelle avtaler, dersom arbeidstakerne saken gjelder har lang ansiennitet og hvis forskjellene i ansiennitet er store. Dermed spiller hensynet til ansiennitet i dag fortsatt en viktig

¹⁶² LH-2015-189365, LG-2015-145730

praktisk rolle i norsk næringsliv. Selv om Nokas-dommen vil få betydning for saker i fremtiden ved at den er prinsipiell og klargjørende, så har domstolene i fremtidige saker stor frihet til å vektlegge individuelle faktorer, da saklighetskravet i aml § 15-7 fungerer som en rettslig standard. I takt med utviklingen i samfunnet endrer vilkårets nærmere innhold seg over tid.¹⁶³

¹⁶³ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

6 KILDEHENVISNING

6.1 Lov:

Lov 4. mars 1983 nr. 3, om statens tjenestemenn m.m (tjenestemannsloven)

Lov 11. juni 1993 nr. 101, om luftfart (luftfartsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 62, om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 27. Januar 2012 nr. 9, om arbeidstvister. (arbeidstvistloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 102, om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven)

6.2 Tariffavtaler:

Hovedavtalen LO-NHO (2014-2017)

6.3 Forarbeider:

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

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget, *Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.*

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*, Arbeids- og sosialdepartementet.

6.4 Rettspraksis:

Høyesterett:

Rt-1984-1058 (Veslemøy Haslund-dommen)

Rt-1986-879 (Hillesland-dommen)

Rt-1989-508 (Christiania Spigerverk-dommen)

Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-dommen)

Rt-1998-1357

Rt-2000-1602 (Nøkk-dommen)

Rt-2001-71 (Rasmussen Offshore-dommen)

Rt-2001-418 (Kårstø-dommen)

Rt-2008-749 (Postsorterer-dommen)

Rt-2009-685

Rt-2015-1332 (Gresvig-dommen)

Lagmannsrett:

RG-1985-128 (Brynhildsen-dommen)

RG-1990-1098 (Spennbetong-dommen)

RG-1993-1007

LA-1999-806 (Ringnes-dommen)

LB-2004-45766

LG-2007-100708

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

LG-2012-21139

LE-2012-115628

LB-2015-118358 (E24 Dine Penger-dommen)

LG-2015-163908

LH-2015-189365

LG-2015-145730

Tingrett:

TGJOV-2013-197060

Arbeidsretten:

ARD-2006-286

ARD-2016-17 (Nokas-dommen)

6.5 Juridisk teori:

Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett*. Bind III: *Oppsigelse og avskjed: Den spesielle del*, 1997.

Fougner, Jan mfl., *Omstilling og nedbemanning*, (Oslo 2003).

Fougner, Jan mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 2. utgave (Oslo 2011)

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave 3. opplag (Oslo 2010)

Johansen, Atle Stønsteli og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven Kommentarer og praksis*, 1. utgave (Oslo 2011).

Nicolay Skarning, *Permitteringer og Nedbemanning i Praksis*, (2009).

Skjønberg, Alexander Næss og Hognestad, Eirik. *Individuell arbeidsrett*, 1.utgave, (Oslo 2014).

6.6 Nettsider:

<http://www.dn.no/nyheter/politikkSamfunn/2016/01/25/1656/Arbeidsledighet/tredobling-av-varslede-oppsigelser>, sist besøkt 22.08.2016

<https://www.nrk.no/rogaland/fortsatt-okning-i-varslede-oppsigelser-1.12769206>, sist besøkt 22.08.16.

<http://www.klassekampen.no/article/20150720/ARTICLE/150729997>, sist besøkt 06.12.2016