

UiO : **Det juridiske fakultet**

Utvelgelseskretsen ved nedbemanning

Kandidatnummer: 630

Leveringsfrist: 25. november 2016

Antall ord: 17 999



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstilling og tema	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Historikk.....	2
1.4	Avgrensning	3
1.5	Rettskilder	3
1.6	Videre fremstilling	4
2	NEDBEMANNING.....	4
2.1	Innledning	4
2.2	Kort om hensyn.....	5
2.3	Saksgangen ved nedbemanningsprosesser	5
2.4	Rettslig grunnlag for nedbemanning.....	6
2.5	Vilkår for nedbemanning	8
2.5.1	Saklig grunn.....	8
2.5.2	Annet passende arbeid i virksomheten	10
2.5.3	Interesseavveining	11
2.6	Krav til forsvarlig saksbehandling	12
2.6.1	Individuelt drøftelsesmøte	12
2.6.2	Masseoppsigelser.....	13
2.6.3	Omstillingsutvalg.....	13
2.6.4	Virksomhet med mer enn 50 ansatte	14
2.6.5	Saksbehandlingsregler og tariffavtaler	14
2.7	Saklig utvelgelse ved nedbemanning.....	14
3	UTVELGELSESKRETSENS UTGANGSPUNKT: HELE VIRKSOMHETEN ..	16
3.1	Rettslig grunnlag	16
3.1.1	Rt-1986-879 Hillesland	17
3.1.2	Rt-1992-776 Sparebanken Nord.....	17
3.1.3	Rt-2015-1332 Gresvig	18
3.1.4	RG-2005-784	19
3.2	Virksomhetsbegrepet	20
3.2.1	Virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven	20
3.2.2	Virksomhets- og bedriftsbegrepet i eldre lovgivning	20
3.2.3	Virksomhetsbegrepets sammenheng med arbeidsgiverbegrepet	21
3.3	Virksomhetsbegrepets nedre grense.....	23

3.4	Offentlige virksomheter	23
3.4.1	Kommuner og fylkeskommuner	24
3.4.2	Staten	25
3.5	Virksomhetsbegrepets øvre grense mot konsern	25
3.6	Oppsummering	26
4	UTVELGELSESKRETSENS UNNTAK: INNSNEVRET	
	UTVELGELSESKRETS.....	27
4.1	Hensyn	28
4.1.1	Hensyn for innsnevring av utvelgelseskretsen	28
4.1.2	Hensyn mot innsnevring av utvelgelseskretsen	29
4.2	Innskrenket virksomhetsbegrep kontra unntak fra virksomhetsbegrep	29
4.3	Rettslig grunnlag	30
4.3.1	Rt-1986-879 Hillesland	31
4.3.2	Rt-1992-776 Sparebanken Nord	31
4.3.3	Rt-2015-1332 Gresvig	32
4.4	Momenter i helhetsvurderingen	35
4.4.1	Geografisk spredning.....	36
4.4.2	Virksomhetens størrelse	38
4.4.3	Virksomhetens økonomiske situasjon	39
4.4.4	Virksomhetens behov for rask omstilling.....	40
4.4.5	Praktiske problemer ved å se hele virksomheten som en krets	41
4.4.6	Vid krets vanskeligjør å beholde nødvendig kompetanse og kvalifikasjoner	41
4.4.7	Enighet med tillitsvalgte eller andre ansattes representanter.....	42
4.4.8	Utilfredsstillende saksbehandling ved utvelgelsesprosessen	45
4.4.9	Drøftelser med omstillingsutvalget	47
4.4.10	Tariffavtale som regulerer spørsmålet.....	48
4.4.11	Tidligere praksis i virksomheten	51
4.4.12	Lang opplæringstid	53
4.4.13	Nylige fusjoner	53
4.4.14	Løpende nedbemanningsprosess	53
4.5	Oppsummering	54
5	UTVELGELSESKRETSENS UNNTAK: UTVIDET UTVELGELSESKRETS ..	54
6	KONKLUSJON.....	56
	LITTERATURLISTE.....	57

1 Innledning

1.1 Problemstilling og tema

Ved nedbemanning blir antall ansatte redusert grunnet forhold på virksomhetens side.¹ Hvor mange som blir rammet kan variere, fra oppsigelse av en enkelt arbeidstaker til en større del av arbeidsstokken. Arbeidsgiver må ta stilling til hvilke arbeidstakere som skal sies opp. Ved utvelgelsen av overtallige arbeidstakere kan det oppstå tvister mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Spørsmålet er hvem som er overtallig.

Når arbeidsgiver vurderer hvem som er overtallig, kan man ikke velge fritt. Arbeidsgivers styringsrett begrenses av stillingsvernet og saklighetskravet i arbeidsmiljøloven² § 15-7. En problemstilling ved vurderingen av overtallige er utvelgelseskretsen.

Arbeidsgiver må "[...]ta stilling til innen hvilket område i virksomheten de ansatte skal vurderes til mulig oppsigelse."³ Området betegnes som utvelgelseskretsen. Arbeidsgiver må forholde seg til utvelgelseskretsens rammer. Arbeidstakerne som befinner seg i utvelgelseskretsen risikerer oppsigelse. En vid utvelgelseskrets innebærer at mange arbeidstakere berøres, men oppsigelsene vurderes mot flere. En snevrere utvelgelseskrets skjærmer flere arbeidstakere fra uroen ved nedbemanningsprosessen. Samtidig vurderes arbeidstakerne i utvelgelseskretsen mot færre.

Arbeidstaker kan påstå at oppsigelsen er ugyldig jfr. arbeidsmiljøloven § 15-12, fordi arbeidsgiver har benyttet en for vid eller snever utvelgelseskrets. Det vil foreligge interessekonflikter. På den ene siden arbeidstakers interesse å beholde jobben av hensyn til økonomi og identitet. På den annen side arbeidsgivers interesse om en velfungerende og lønnsom virksomhet, samt ivaretagelse av arbeidsplasser til resterende ansatte.

Oppgavens problemstilling er utvelgelseskretsen ved nedbemanning, herunder hovedregelen og unntak fra denne.

¹ Fougner(2011) side 20

² Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

³ Jakhelln(2011) side 978

1.2 Aktualitet

Mange virksomheter er rammet av dårligere økonomiske tider og må som konsekvens nedbemanne.⁴ Særlig virksomheter med tilknytning til oljebransjen har blitt negativt påvirket av fallende oljepris og dermed færre oppdrag.⁵

Ettersom flere virksomheter nedbemanner vil utvelgelseskretsen oftere være en problemstilling for arbeidsgivere, og dermed svært aktuell. Særlig for store virksomheter kan det å benytte en større utvelgelseskrets skape praktiske problemer, være tidkrevende og lite kostnadseffektivt. Det er viktig å fastslå utvelgelseskretsen for å sikre en tilfredsstillende nedbemanningsprosess som ivaretar arbeidsgiver og arbeidstaker for å unngå tvister.

Nylig behandling av Rt-2015-1332 i Høyesterett viser at problemstillingen er aktuell. I tillegg er det tillatt fremming av anke⁶ for LG-2015-145730.

1.3 Historikk

Stillingsvernet bygger på et prinsipp om fast ansettelse og saklighetskrav ved oppsigelse.⁷ For virksomhet med tariffavtale kom saklighetskravet i 1911.⁸ Tidligere kunne arbeidsgiver fritt si opp arbeidstakere. Saklighetskravet ble allment via arbeidervernloven av 19. juni 1936 nr. 8, for å hindre at oppsigelser ble gitt vilkårlig.⁹ I forarbeidene bemerket departementet at selv om oppsigelsen var saklig begrunnet i virksomhetens forhold, kunne det tenkes at oppsigelsen var ”[...]ubillig når der ved valget av de arbeidere som skal opsies, ikke er tatt tilbørlig sociale hensyn[...]”.¹⁰ Dette sikter til den individuelle saklighetsvurderingen som foretas ved utvelgelsen, men ble stemt ned av Stortinget.¹¹ Kravet til saklighet utviklet seg, men saklighet ved utvelgelseskretsen ble ikke tatt inn i loven.

Utvelgelseskretsens rettsgrunnlag har vokst frem i rettspraksis i Rt-1986-879, Rt-1992-776 og Rt-2015-1332. Dommene har vist at arbeidstaker har fått et sterkere vern mot vilkårlige oppsigelser med et mer omfattende saklighetskrav. Dette samsvarer med den generelle utvikling-

⁴ Helland(2016), Aker Solutions(2016), Lorch-Falch(2016), Berglihn(2015)

⁵ Lie(2016)

⁶ HR-2016-1933-U

⁷ Fougner(2015) side 147

⁸ Evju(2013) side 84

⁹ Dege(2009) side 40

¹⁰ Ot.prp. nr. 31 (1935) side 49

¹¹ Fanebust(2001) side 167

en i rettspraksis der domstolene tar mer hensyn til rimelighet på bekostning av om virksomheten har et saklig behov.¹²

1.4 Avgrensning

Oppgaven avgrensner mot avtaleforhold som ikke omfattes av arbeidsmiljøloven. Dette innebærer at det må være en ”*virksomhet som sysselsetter arbeidstaker*” jfr. arbeidsmiljøloven § 1-2 første ledd, og avtaleforholdet er mellom ”*arbeidstaker*” og ”*arbeidsgiver*” slik disse er definert i arbeidsmiljøloven § 1-8. Aktiviteten vil utgjøre en ”*virksomhet*” påkrevd etter arbeidsmiljøloven § 1-2 første ledd.¹³ Avtaleforhold som ikke faller innunder disse krav vil ikke være underlagt arbeidsmiljølovens regler, men derimot alminnelige avtalerettslige prinsipper og lovgivning.¹⁴

Permittering er i likhet med nedbemanning et tiltak begrunnet i virksomhetens forhold, men har en midlertidig karakter.¹⁵ Både permittering og nedbemanning oppstiller saklighet som vilkår, men rettsgrunnlaget er ulikt.¹⁶ Saklighetskravet ved permittering er ansett å ha en lavere terskel for oppfyllelse ettersom arbeidsgiver ikke tar det mer drastiske skrittet ved å foreta oppsigelser.¹⁷ Oppsigelser er varige og innebærer større konsekvenser for de ansatte. Permittering er ikke nedbemanning, og ligger utenfor oppgaven.

1.5 Rettskilder

Hvordan utvelgelseskretsen skal defineres fremgår ikke av loven. Det påpekes kun et generelt saklighetskrav ved oppsigelse. Forarbeidene belyser heller ikke dette i særlig grad. For å besvare problemstillingen må det søkes veiledning i juridisk teori og rettspraksis. Høyesterettsdommer setter føringer for hvordan utvelgelseskretsen skal defineres. Sammen med juridisk teori er dette hovedkildene for å fastlegge utvelgelseskretsen.

Det finnes mye underrettspraksis som omhandler oppgavens problemstillinger. I juridisk litteratur er det uenighet hvorvidt slik praksis har en grad av rettskildemessig verdi eller ikke.¹⁸

¹² Fougner(2015) side 150

¹³ Fougner(2011) side 244

¹⁴ Fougner(2011) side 244

¹⁵ Benson(2014) side 420

¹⁶ Fougner(2011) side 228

¹⁷ Fougner(2011) side 221, ARD-1997-201

¹⁸ Andenæs(2009) side 98

Selv om underrettspraksis kan ha begrenset rettskildemessig verdi, kan det være nyttig for å vise hvordan spørsmål har blitt løst i praksis.¹⁹ Underrettspraksis vil bli brukt for å illustrere problemstillingene i oppgaven.

1.6 Videre fremstilling

Del 2 gir en innføring i nedbemanningsprosessen. Herunder kort om hensyn, saksgang, vilkår, saksbehandling og saklig utvelgelse. Dette gir bedre grunnlag for forståelse av problemstillingen. Oppgaven tar ikke for seg nedbemanningsprosessen i kronologisk rekkefølge. I praksis vurderes utvelgelseskretsen på et tidligere stadium.

I del 4 behandles hovedregelen for hvilken utvelgelseskrets arbeidsgiver skal benytte ved vurderingen av overtallige. Del 5 omhandler unntaket om å benytte en snevrere utvelgelseskrets, hvor de ulike momentene som kan begrunne dette gjennomgås. Avslutningsvis, i del 6, diskuteres problemstillingen hvorvidt det kan oppstilles unntak om å benytte en videre utvelgelseskrets.

2 Nedbemanning

2.1 Innledning

Nedbemanning innebærer opphør av arbeidsforhold begrunnet i virksomhetens forhold.²⁰ Opphør av arbeidsforhold kan eksempelvis omfatte naturlig avgang, førtidspensjonering eller avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om frivillig fratredelse.²¹ Slike avtaler er ofte betinget av at arbeidstaker mottar en sluttpakke, og fraskriver seg retten til å ta ut søksmål etter reglene i arbeidsmiljøloven, og fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-2.²² Om det fremdeles er behov for å redusere arbeidsstokken etter at slike alternativer er utprøvd kan det bli nødvendig med oppsigelse.²³ Nedbemanning ved oppsigelse vil være fokus for resten av oppgaven ettersom det er her utvelgelseskretsen er et tema.

¹⁹ Andenæs(2009) side 96

²⁰ Benson(2014) side 420

²¹ Fougner(2011) side 244

²² Fougner(2011) side 393, 403

²³ Fougner(2011) side 244

2.2 Kort om hensyn

Hensyn tilknyttet fortsatt drift kan begrunne nedbemanning. Det er ofte i samfunnets interesse at virksomheten ikke nedlegges, men at så mange arbeidsplasser som er nødvendig for fortsatt drift opprettholdes. Videre er det i virksomhetens interesse å tilpasse seg markedet for å møte etterspørsel og behov, som igjen vil være i samfunnets interesse.²⁴ Fra virksomhetens ståsted har teknologiske fremskritt og fusjonering av virksomheter økt nedbemanningsbehovet.²⁵

For å ivareta arbeidstakers interesser og øke forutsigbarheten finnes visse begrensninger for arbeidsgivers styringsrett i nedbemanningsprosessen.²⁶ Arbeidet er en stor del av menneskets tilværelse, ikke bare ved økonomisk forsørgelse, men også for identiteten.²⁷ Dette krever et særskilt vern. Arbeidets opphevede posisjon kommer til uttrykk i Grunnloven²⁸ § 110 som grunnlovsfester individets rett til arbeid. I internasjonalt sammenheng er arbeidets verdi utbrodert i fortalen til ILO-konvensjon nr. 168 som Norge har ratifisert. Konvensjonens fortale *«understrekar kor viktig arbeid og produktiv sysselsetjing er i alle samfunn, ikkje berre fordi arbeid og produktiv sysselsetjing skaper ressursar for lokalsamfunnet, men også fordi dei gjev arbeidarane inntekt, ei sosial rolle og ei kjensle og sjølvvørnad»*.

Stillingsvernet er med på å sikre trygge ansettelsesforhold som er et av arbeidsmiljølovens overordnede hensyn, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav b. Stillingsvernsreglene er til for å verne arbeidstaker som den tradisjonelt svake part i arbeidsforholdet.²⁹

2.3 Saksgangen ved nedbemanningsprosesser

En nedbemanningsprosess kan i korte trekk fremgå på følgende måte. Arbeidsgiver undersøker først behovet for nedbemanning, og om andre mindre inngripende tiltak kan iverksettes for å minimere antall overtallige.³⁰ Deretter, drøftelser med ansatterepresentanter i tråd med arbeidsmiljøloven § 8-2 og eventuelle tariffavtaler. For masseoppsigelser gjelder også drøftelser etter arbeidsmiljøloven § 15-2. Videre lager ledelsen et utkast til nytt organisasjonskart, fremdriftplan, utvelgelsesriterier og utvelgelseskrets. Dersom det er ønskelig å opprette et omstillingsutvalg, gjøres det vanligvis på dette stadiet, og det avholdes informasjonsmøte for de ansatte. Eventuelle motargumenter tas i betraktning gjennom prosessen. Neste stadium er

²⁴ Fougner(2015) side 152

²⁵ Fougner(2016) side 274

²⁶ Skarning(2009) side 16

²⁷ Skjønberg(2014) side 290

²⁸ Lov av 17. mai 1914 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

²⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 184

³⁰ Fougner(2011) side 285-287

utvelgelsesprosessen hvor det vurderes hvilke arbeidstakere som er overtallige. Utvelgelseskriteriene blir benyttet i bestemte utvelgelseskretser. Det må også tas stilling til om det kan tilbys annet passende arbeid, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7. Overtallige kan tilbys slutt-pakker. Arbeidstakere som er overtallige gjennomgår individuelt drøftelsesmøte, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-1. Tilsutt foretas interesseavveiningen, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7, og oppsigelser blir gitt.

2.4 Rettslig grunnlag for nedbemanning

Problemstillingen er hva som er det rettslige grunnlaget for å foreta oppsigelser ved nedbemanning.

Styringsretten er arbeidsgivers rett til ensidig å treffe bestemmelser som påvirker arbeidsforholdet.³¹ I 1967 definerte Andersen styringsretten som ”retten til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere”.³² Definisjonen er gjengitt i rettspraksis, deriblant Rt-2009-1456, Rt-2008-856 og Rt-2000-1602, som påpeker at ”Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet”.³³ Definisjonen var anerkjent i juridisk teori, men er ikke lenger ansett dekkende for styringsrettens aspekter.³⁴

Derimot har den videre definisjonen til Evju fått tilslutning i juridisk teori:³⁵

*”I ”styringsretten” ligger at ”arbeidsgiveren som utgangspunkt har en ensidig rett til å treffe bestemmelser som angår arbeidsforholdet og virksomheten”[...] Dette har igjen to hovedelementer – retten til å ansette og si opp og til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, og retten til å beslutte om virksomhetens generelle oppgaver, omfang og ressursdisponering. Det første kan vi betegne med uttrykket ”arbeidsledelsen”, det andre med ”foretaksledelsen”.*³⁶

Evjus definisjon er mer treffende idet den får med seg styringsrettens to aspekter, både arbeidsledelse og virksomhetsledelse.³⁷

³¹ Evju(2003) side 11

³² Andersen(1967) side 149

³³ Rt-2000-1602 side 1609

³⁴ Fougner(2011) side 114, Johansen(2015) side 765-766, Skjønberg(2014) side 230

³⁵ Ibid.

³⁶ Evju(2003) side 15

³⁷ Fougner(2011) side 114

Styringsretten er en selvstendig rettslig norm, men får først effekt ved inngåelse av arbeidsavtalen.³⁸ Arbeidsavtalen er ufullstendig.³⁹ Det er nødvendig med et rettsgrunnlag som gjør at arbeidsgiver, med visse begrensninger, ensidig kan utføre modifiseringer. Skjevheten i maktfordelingen tilsier at arbeidsgivers styringsrett må ha skranker for å unngå utnyttelse av maktposisjonen.⁴⁰

Styringsretten er kompetansen arbeidsgiver har igjen etter å ha vurdert hvorvidt lovgivning, tariffavtaler og arbeidsavtalen skaper begrensninger og dermed innsnevrer virksomhetsområdet.⁴¹ Videre vil den allmenne saklighetsnormen sette begrensninger for styringsretten.⁴² For å sitere Evju er styringsretten en ”restkompetanse” ettersom den er ”inngjerdet av begrensninger”.⁴³ Begrepet ”restkompetanse” har fått tilslutning i Høyesterett⁴⁴ og juridisk teori.⁴⁵

I Rt-1989-508 Spigerverk-dommen uttalte Høyesterett at det hører til ”[...]bedriftseierens styringsfunksjoner å treffe avgjørelse om nedlegging eller fortsatt drift.”⁴⁶ Det hører dermed innunder arbeidsgivers styringsrett å avgjøre om nedbemanning er nødvendig.⁴⁷

Hjemmelen for oppsigelse etter arbeidsmiljøloven er § 15-7. Oppsigelsen må være ”[...]saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.” jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd. For nedbemanning er oppsigelsen begrunnet i virksomhetens forhold.

Videre åpner aksjeloven⁴⁸ og allmennaksjeloven⁴⁹ for nedbemanning i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.⁵⁰ Ifølge aksjeloven og allmennaksjeloven § 6-12 er det styret som har ansvar for forvaltningen av selskapet. Styret skal sikre forsvarlig drift, noe som kan innebære nedbemanning. Aksjeloven og allmennaksjeloven gir styret en plikt til å påse at de økonomiske sidene ved virksomheten blir ivaretatt, mens selve adgangen til oppsigelser ved nedbemanning er angitt ved arbeidsmiljøloven § 15-7.

³⁸ Skjønberg(2014) side 227-228

³⁹ Evju(2003) side 7, Skjønberg(2014) side 229

⁴⁰ Johansen(2015) side 765

⁴¹ Johansen(2015) side 768

⁴² Evju(2003) side 22, Rt-2001-418 side 425

⁴³ Evju(2003) side 20-21

⁴⁴ Rt-2001-418

⁴⁵ Johansen(2015) side 768, Skjønberg(2014) side 232

⁴⁶ Rt-1989-508 side 513

⁴⁷ Fougner(2011) side 20

⁴⁸ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

⁴⁹ Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

⁵⁰ Fougner(2011) side 20

Konklusjonen er at det rettslige grunnlaget for oppsigelser ved nedbemanning er arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten begrenses av stillingsvernet i arbeidsmiljøloven § 15-7.⁵¹ Begrensningen er ufravikelig, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-9. Kun oppsigelser som oppfyller vilkårene i arbeidsmiljøloven § 15-7 vil være saklige, og dermed gyldige, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-12.

2.5 Vilkår for nedbemanning

I det følgende vil vilkårene etter arbeidsmiljøloven § 15-7 for oppsigelse ved nedbemanning kort gjennomgås.

For oppsigelser begrunnet i nedbemanning oppstiller bestemmelsen tre vilkår som må være oppfylt. Det første vilkåret er at det må foreligge saklig grunn, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd. Det andre vilkåret er tilbud om annet passende arbeid. Det tredje vilkåret er at det må foretas en interesseavveining. Det andre og tredje vilkåret følger av arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd og gjelder særskilt der oppsigelse er begrunnet i drifts- eller rasjonaliserings-tiltak. Selv om saklighetsvilkåret er oppfylt vil oppsigelsen være usaklig om ikke samtlige vilkår er oppfylt.

De tre vilkårene blir gjennomgått nedenfor, først saklig grunn, deretter annet passende arbeid, og tilslutt interesseavveiningen.

2.5.1 Saklig grunn

Det første vilkåret som må være oppfylt er at oppsigelse må være «*saklig begrunnet i virksomhetens, [...] forhold*» jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd. Bestemmelsen skal verne arbeidstaker mot usaklige oppsigelser.

Ordlyden i loven gir ikke anvisning til hva som defineres som ”*saklig*” grunn. En naturlig språklig forståelse tilsier at begrunnelsen skal være gjennomtenkt og fornuftig. Ifølge juridisk teori skal det ikke legges vekt på utenforliggende hensyn, og begrunnelsen må være tungtveiende nok til å begrunne oppsigelse.⁵²

Begrunnelsen må bygge på faktiske opplysninger. I Rt-1984-1058 side 1067 uttaler Høyesterett at de kan prøve om begrunnelsen bygger på ”[...] *et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag*”. Som utgangspunkt skal domstolene prøve det faktiske grunnlaget som forelå på

⁵¹ Fougner(2011) side 244

⁵² Skjønberg(2011) side 292

oppsigelsestidspunktet, etterfølgende opplysninger skal ikke inkluderes.⁵³ Som hovedregel har arbeidsgiveren bevisbyrden for de faktiske forholdene, ettersom de vanligvis sikrer bevis ved oppsigelse.⁵⁴

Arbeidsmiljøloven § 15-7 videreførte vernet mot usaklig oppsigelse⁵⁵ etter den opphevede arbeidsmiljøloven av 1977⁵⁶ § 60. Ifølge forarbeidene⁵⁷ vil det som betegnes som ”saklig” ikke være statisk, men endre seg i takt med samfunnet over tid. Som konsekvens må det utvises varsomhet ved vektlegging av eldre rettspraksis ettersom det som tidligere var saklig muligens ikke er det i dagens samfunn og omvendt.⁵⁸ Ettersom velferdssamfunnet har vokst frem har stillingsvernet fått større anseelse og det skal mer til for at en begrunnelse er saklig sammenlignet med tidligere.⁵⁹

Bedriftsøkonomiske hensyn vil etter sin art være saklige, noe som følger forutsetningsvis av arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd første punkt.⁶⁰ Det kan innebære storstilte aksjoner for å unngå konkurs eller tiltak for å gjøre virksomheten mer konkurransedyktig i markedet, hvilket leder til økt utbytte for aksjonærene.⁶¹ Vurderingen kan være langsiktig, det behøver derfor ikke være et umiddelbart bedriftsøkonomisk hensyn, men kan ligge frem i tid.⁶²

Hensyn som ikke er bedriftsøkonomiske kan også være saklige.⁶³ For eksempel driftspolitiske hensyn som i Rt-1989-508 Spigerverket-dommen. Høyesterett uttalte at man ”[...]ikke kan utelukke at en bedrift ut fra et bredere vurderingsgrunnlag vil kunne anse det for riktig å velge en annen løsning enn den som bedriftsøkonomisk er mest lønnsom”.⁶⁴ Et annet eksempel er endring av kompetansebehov.⁶⁵ Det kan være saklig nedbemanning, samtidig med ansettelse av nye arbeidstakere, for tilfeller der teknologisk utvikling krever ansatte med andre kompetanseområder.⁶⁶

⁵³ Johansen(2015) side 779

⁵⁴ Jakhelln(2011) side 966

⁵⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 335

⁵⁶ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven av 1977)

⁵⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 72

⁵⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 72

⁵⁹ Jakhelln(2011) side 969

⁶⁰ Se også Rt-2012-168 avsnitt 101

⁶¹ Storeng(2014) side 512

⁶² Storeng(2014) side 512, eksempelvis RG-1991-1283

⁶³ Fougner(2011) side 252

⁶⁴ Rt-1989-508 side 514

⁶⁵ Fougner(2011) side 253

⁶⁶ Dege(2009) side 662

Ved vurderingen legger domstolene vekt på om andre tiltak som er mindre inngripende enn oppsigelse er vurdert.⁶⁷ Slike tiltak kan være permittering, avslutte konsulentavtaler eller avslutte avtale om innleide arbeidstakere. Arbeidsgiver kan også redusere kostnader ved å bytte til rimeligere kontorlokaler, selge eiendeler eller få arbeidstakerne til å gå med på lønnskutt.⁶⁸ Domstolene legger også vekt på om nedbemanning er blitt diskutert med de ansatte gjennom deres organisasjoner eller utvalg.⁶⁹

Rettsstilstanden i dag viser at det sjelden er vilkåret til saklighet som er gjenstand for prøvelse av domstolene, men derimot selve utvelgelsesprosessen.⁷⁰ For oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold blir saklighetsvurderingen mindre prøvd av rettsystemet enn ved arbeidstakers forhold, ettersom behov for mindre arbeidskapasitet vanligvis ses på som en saklig grunn. Dette er tendensen i det nordiske rettsystemet, og kan tyde på at det er enklere å oppfylle kravet til saklig grunn ved nedbemanning. Vurderingene virksomheten gjør rundt nedbemanningsbehov og saklighet er tilknyttet markedet og forhold som domstolene i mindre grad enn virksomheten har kompetanse og innsikt til å utrede.⁷¹

2.5.2 Annet passende arbeid i virksomheten

Det andre vilkåret innebærer at oppsigelsen ikke er saklig om arbeidsgiver har ”*et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker*”, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd første punktum.

Bestemmelsen lovfester et prinsipp utviklet i rettspraksis.⁷² Ideen er at om arbeidsgiver har annet passende arbeid å tilby arbeidstaker er det unødvendig å avslutte arbeidsforholdet.⁷³ Dette er både arbeidstaker og samfunnet tjent med.

Ordlyden tilsier at det ikke trenger å være samme type stilling, så lenge den er ”*passende*”. Ifølge forarbeidene beror det på en konkret helhetsvurdering hvor blant annet arbeidstakers synspunkter vektlegges.⁷⁴ Arbeidstakeren må inneha de nødvendige kvalifikasjonene for det andre passende arbeidet, samtidig må opplæring aksepteres.⁷⁵ Forarbeidene konstaterer at

⁶⁷ Fougner(2011) side 251

⁶⁸ Benson(2014) side 427

⁶⁹ Fougner(2011) side 251, eksempelvis Rt-1992-776

⁷⁰ Fougner(2015) side 149

⁷¹ Skarning(2009) side 89, eksempelvis LA-1999-806

⁷² Ot.prp. nr. 41 (1975-76) side 72

⁷³ Fougner(2011) side 254

⁷⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) side 72

⁷⁵ Johansen(2015) side 819

arbeidsgiver ikke er pliktig å opprette en ny stilling, men er pliktig å tilby arbeidstaker en ”*passende ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov*”.⁷⁶

Arbeidsgiver må vite hvilket område det skal tilbys annet passende arbeid. Bestemmelsen angir at det er ”*i virksomheten*”. Som utgangspunkt vil virksomheten sammenfalle med rettssubjektet hvor arbeidstaker er ansatt.⁷⁷ Hele rettssubjektet er virksomheten. Dette innebærer at annet passende arbeid skal tilbys fra hele rettssubjektet arbeidstaker er i arbeidsforhold til, ikke bare avdelingen vedkommende arbeider.

Hvis det skal gjøres unntak ved å skille ut avdelinger må det finnes særskilt grunnlag.⁷⁸ I motsetning til utvelgelseskretsen kan det være vanskeligere for arbeidsgiver å få ansett en snevret krets som saklig, siden det kun vurderes om det finnes ledige stillinger eller udekket arbeidsbehov.⁷⁹ Likevel kan eksempelvis virksomhetens geografiske utbredelse eller praktiske hensyn tale for en innsnevring.⁸⁰

Som utgangspunkt vil arbeidsgiver kun være pliktig å tilby annet passende arbeid i det konsernselskapet arbeidstaker er ansatt.⁸¹ Ved særskilt grunnlag kan området utvides til konsernet.⁸² I forarbeidene ble det vurdert en generell utvidelse av virksomhetsbegrepet, men endringen ble ansett for kontroversiell og lite praktisk.⁸³

2.5.3 Interesseavveining

Det tredje vilkåret for saklig oppsigelse innebærer en konkret avveining mellom virksomhetens behov og konsekvensene oppsigelsen får for arbeidstaker, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd annet punktum. Ifølge forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 hadde domstolene tatt for mye hensyn til virksomheten.⁸⁴ Med interesseavveiningen skulle det legges mer vekt på arbeidstaker slik at ”*[...]ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berretiger til oppsigelse*”.

Ved vurderingen må det foretas en ”*avveining mellom virksomhetens behov og ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker*” jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd annet

⁷⁶ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) side 72

⁷⁷ Fougner(2011) side 256

⁷⁸ NOU 2004: 5 side 149

⁷⁹ Fougner(2011) side 257

⁸⁰ Rt-1992-776

⁸¹ Fougner(2011) side 256

⁸² Rt-1990-1126

⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 76

⁸⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) side 72

punktum. Arbeidstaker kan fremme sine interesser i det individuelle drøftelsesmøte, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-1. Således kan arbeidsgiver foreta en tilfredsstillende vurdering.⁸⁵ Lang ansiennitet, alder og sosiale forhold vil kunne tale i arbeidstakers favør.⁸⁶ Arbeidstakers interesser vil ha lavere prioritet om virksomheten har alvorlige økonomiske problemer.⁸⁷

2.6 Krav til forsvarlig saksbehandling

I nedbemanningsprosessen er det regler for å sikre kravet til forsvarlig saksbehandling.⁸⁸ De bidrar til en grundig og opplyst prosess som bygger på riktige opplysninger, for å ivareta arbeidstakers interesser.⁸⁹ Bevisbyrden hviler på arbeidsgiver. Dermed er det fordelaktig å sikre dokumentasjon som viser forsvarlig saksbehandling.

2.6.1 Individuelt drøftelsesmøte

For å sikre forsvarlig saksbehandling er det krav til individuelt drøftelsesmøte etter arbeidsmiljøloven § 15-1. Ifølge arbeidsmiljøloven § 15-1 første ledd første punktum skal møtet avholdes "[f]ør arbeidsgiver fatter beslutning om oppsigelse". Formålet er å innhente relevante opplysninger og gi arbeidstaker mulighet til å komme med innsigelser.⁹⁰ Følgelig baseres avgjørelsen på riktig faktum. Ifølge bestemmelsen skal møtet skje før avgjørelse tas, så drøftelsene blir reelle.⁹¹ "Både grunnlaget for oppsigelsen og eventuell utvelgelse mellom flere ansatte[...]" skal drøftes, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-1 første ledd annet punktum. Hensikten er at arbeidstaker ikke vet hvilke opplysninger som er relevante å formidle om ikke arbeidsgiver angir hvilke vurderinger og fakta som danner grunnlag ved utvelgelsen.⁹² Ifølge forarbeidene innebærer det at tema for drøftelsesmøtet er utvelgelseskriteriene, hvordan de blir benyttet og selve resultatet for utvelgelsen.⁹³ Dermed vil også utvelgelseskretsen omfattes. Samtidig må det ikke gå så langt at personopplysninger om andre arbeidstakere fremkommer, eksempelvis sykdomshistorie.⁹⁴

⁸⁵ Skarning(2015) side 82

⁸⁶ Fougner(2011) side 258

⁸⁷ Johansen(2015) side 827

⁸⁸ Fougner(2011) side 283

⁸⁹ Skjønberg(2014) side 315

⁹⁰ Skjønberg(2014) side 316

⁹¹ Fougner(2011) side 322

⁹² Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) side 77

⁹³ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) side 78

⁹⁴ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) side 78

2.6.2 Masseoppsigelser

Arbeidsmiljøloven § 15-2 gjelder ved masseoppsigelser og er basert på EU-direktiv.⁹⁵ Masseoppsigelser er "[...]oppsigelser som foretas overfor minst 10 arbeidstakere innenfor et tidsrom på 30 dager, uten at oppsigelsene er begrunnet i de enkelte arbeidstakeres forhold." jfr. arbeidsmiljøloven § 15-2 første ledd første punktum.

Arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd angir drøftingsplikten arbeidsgiver har ovenfor "arbeidstakernes tillitsvalgte". "[T]illitsvalgte" skal forstås bredt og omfatter både representanter for arbeidstakere i fagforening der virksomheten er bundet av tariffavtale, og representanter valgt av arbeidstakere som ikke er organisert i fagforening.⁹⁶ Drøftelsene skal skje "så tidlig som mulig" så de blir reelle og de tillitsvalgte har mulighet til å påvirke arbeidsgiver i tråd med arbeidsmiljøloven § 15-2 annet ledd ved "[...]å komme fram til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte".⁹⁷ Forarbeidene påpeker at dette er en drøftelsesplikt, ikke forhandlingsplikt.⁹⁸ Arbeidsgiver trenger dermed ikke komme til enighet med de tillitsvalgte om nedbemanningsprosessen.

Arbeidsmiljøloven § 15-2 tredje ledd oppstiller en informasjonsplikt for arbeidsgiver overfor de tillitsvalgte. Punkt g angir at arbeidsgiver er pliktig å informere om "forslag til kriterier for utvelgelse av de som eventuelt skal sies opp". En naturlig språklig forståelse tilsier utvelgelseskriteriene. I utvidet betydning kan det også omfatte utvelgelseskretsen som knytter seg til "utvelgelse". Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15-2 tredje ledd "alle relevante opplysninger" taler for dette. Forståelsen støttes av bestemmelsens formål om at de tillitsvalgte skal kunne påvirke prosessen.

2.6.3 Omstillingsutvalg

Ved større nedbemanninger kan det være fordelaktig for arbeidsgiver å etablere et omstillingsutvalg selv om det ikke er regulert i lov eller tariffavtale.⁹⁹ Arbeidsgiver kan eksempelvis diskutere fremdriftsplan, utvelgelseskrets og hvilke arbeidstakere som skal sies opp i samråd med omstillingsutvalget, men avgjørelsen vil være arbeidsgivers ansvar i henhold til styringsretten.¹⁰⁰ Det er ikke et krav å opprette omstillingsutvalg, men ved en eventuell saklighetsvurdering kan det være gunstig.¹⁰¹

⁹⁵ Direktiv 75/129/EØF, endret ved 92/56/EØF, som ved konsolidering er rådsdirektivet 98/59/EF

⁹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 121

⁹⁷ Ot.prp. nr. 71 (1992-92) side 11

⁹⁸ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) side 11

⁹⁹ Fougner(2011) side 292-93

¹⁰⁰ Fougner(2011) side 293

¹⁰¹ Rt-1992-776

2.6.4 Virksomhet med mer enn 50 ansatte

Virksomheter med over 50 ansatte har en særskilt drøftelsesplikt etter arbeidsmiljøloven § 8-1. De må informere og drøfte ”spørsmål av betydning for arbeidstakernes arbeidsforhold” med de ansattes tillitsvalgte. Ordlyden tiliser at dette kan være spørsmål tilknyttet nedbemanning, eksempelvis utvelgelseskretser.¹⁰²

2.6.5 Saksbehandlingsregler og tariffavtaler

For virksomheter bundet av tariffavtaler vil disse oppstille saksbehandlingsregler tilknyttet drøftelsesplikt ved nedbemanningsprosessen.¹⁰³ Der disse ikke er fulgt vil det inngå som ledd i saklighetsvurderingen.

2.7 Saklig utvelgelse ved nedbemanning

I saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 er det først et krav til at oppsigelse er ”saklig begrunnet i virksomhetens[...]forhold” som gjelder på et overordnet nivå, og deretter et krav til individuell saklighet ved den enkelte oppsigelse.¹⁰⁴ At det skal foretas en individuell saklighetsvurdering er tatt opp i forarbeidene:

”Reglene understreker at ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstakersom faktisk er sagt opp.”¹⁰⁵

Den individuelle saklighetsvurderingen har to aspekter ved utvelgelsen: både utvelgelseskriteriene og utvelgelseskretsen må være saklige.¹⁰⁶

Utvelgelseskriteriene står ikke oppført i lov, men er utledet av forarbeider, rettspraksis og tariffavtaler.¹⁰⁷ Det sentrale er at utvelgelsen er forsvarlig, hvilket innebærer at forskjellsbehandling skal unngås.¹⁰⁸ Vurderingen må ikke inkludere utenforliggende hensyn.¹⁰⁹ I Rt-1992-776 side 782 sier Høyesterett at det må foretas en vurdering av hvilke utvelgelseskriterier man skal benytte, og at et saklighetskrav gjelder. Saklige utvelgelseskriterier kan være an-

¹⁰² Skarning(2009) side 99

¹⁰³ Skarning(2009) side 95

¹⁰⁴ Johansen(2015) side 831

¹⁰⁵ Ot.prp. nr 41 (1975-76) side 72

¹⁰⁶ Johansen(2015) side 831

¹⁰⁷ Fougner(2011) side 305

¹⁰⁸ Fougner(2011) side 306

¹⁰⁹ Dege(2009) side 705

siennitet, kvalifikasjoner, sosiale hensyn, kompetanse og alder.¹¹⁰ Som regel benyttes en kombinasjon av ansiennitet og kvalifikasjoner.¹¹¹

I tariffavtaler er det gjerne slik at ansiennitet i utgangspunkt vil være det rådende utvelgelseskriteriet.¹¹² Eksempelvis Hovedavtalen LO-NHO § 8-2 hvor ansiennitet som hovedkriterium kan fravikes dersom det er saklig. Ansiennitet er et objektivt utvelgelseskriterium som kan være foretrukket av de ansatte.¹¹³ Dette er fordi det kan tolkes som rettferdig at den som har arbeidet i virksomheten lengst belønnes for sin lojalitet og innsats. På den annen side er det viktig å ta hensyn til andre utvelgelseskriterier ettersom ansiennitet ikke nødvendigvis er avgjørende.¹¹⁴ Arbeidstakere med særlig kompetanse kan være viktige for virksomhetens behov. I Rt-1986-879 var spørsmålet om oppsigelsene var ugyldige ettersom ansiennitet ikke var det avgjørende utvelgelseskriteriet.¹¹⁵ Høyesterett kom frem til at de var gyldige. Det var saklig å vektlegge kvalifikasjoner og sosiale hensyn som alder og forsørgelsesbyrde.

Utvelgelseskretsen skal også være saklig.¹¹⁶ Arbeidsgiver bruker utvelgelseskriteriene for å bedømme hvem som er overtallig i utvelgelseskretsen.¹¹⁷ Der bestemte stillinger skal utfases er det ikke nødvendigvis slik at de som besitter disse stillingene må forlate virksomheten.¹¹⁸ Det gjøres en helhetsvurdering der utvelgelseskriteriene vil være med på å avgjøre hvilke arbeidstakere som skal sies opp, og om det skal foretas omroking internt. Det vil i hovedsak ikke være behov for å definere en utvelgelseskrets der hele virksomheten skal nedlegges og alle arbeidstakere rammes.¹¹⁹ Arbeidsgiver og arbeidstaker kan være uenige om riktig utvelgelseskrets er benyttet ved oppsigelsene. Derfor er det viktig å gjennomgå hva som kan være relevant i vurderingen.

I de følgende kapitlene er problemstillingene hva som vil være utgangspunktet for utvelgelseskretsen, og om det kan gjøres unntak fra denne ved innsnevring eller utvidelse.

¹¹⁰ Fougner(2011) side 307-308

¹¹¹ Dege(2009) side 705

¹¹² Skjønberg(2014) side 310

¹¹³ Johansen(2015) side 833

¹¹⁴ Rt-1986-879

¹¹⁵ Se 3.1.1

¹¹⁶ Johansen(2015) side 832

¹¹⁷ Fougner(2011) side 304

¹¹⁸ Jakhelln(2011) side 974, RG-1993-355

¹¹⁹ Fougner(2011) side 305

3 Utvelgelseskretsens utgangspunkt: hele virksomheten

Utvelgelseskretsen er området arbeidsgiver kan vurdere hvem som er overtallige, og foreta oppsigelser fra.¹²⁰ Problemstillingen er hva som er det rettslige grunnlaget for å fastsette hvilken krets arbeidsgiver kan foreta utvelgelsen fra. Deretter å vurdere hvilket område av selskapet dette utgjør.

3.1 Rettslig grunnlag

Problemstillingen i det følgende er hva som er det rettslige grunnlaget for å fastsette hvilken utvelgelseskrets arbeidsgiver er berettiget til å foreta utvelgelse av overtallige fra.

Det rettslige grunnlaget for å fastsette utvelgelseskretsen er ikke direkte lovfestet i arbeidsmiljøloven.¹²¹ Det står ikke noe konsist om hva som er eller hvordan man fastsetter utvelgelseskretsen når man skal foreta oppsigelser ved nedbemanning. Forarbeidene gir ikke anvisning på hvordan utvelgelseskretsen skal defineres.

Det rettslige grunnlaget kan fremkomme av andre paragrafer som har sammenheng med utvelgelseskretsen. Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd krever at oppsigelsen er ”*saklig begrunnet*” og knyttes opp mot ”*virksomheten*”. Både ”*annet passende arbeid*” og interesseavveiningen etter arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd ses i sammenheng med henholdsvis ”*i virksomheten*” og ”*virksomhetens behov*”. Fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-2 for arbeidstakere som har blitt oppsagt i tråd med arbeidsmiljøloven § 15-7 knytter seg opp mot nye ansettelse ”*i samme virksomhet*”. Alle de nevnte paragrafene står i sammenheng med utvelgelseskretsen ettersom de omhandler sider av oppsigelse ved nedbemanning. Virksomheten danner rammen for nedbemanningsprosessen. Juridisk teori tolker det slik at utgangspunktet er at utvelgelseskretsen skal være virksomheten.¹²²

Hele virksomheten som utvelgelseskrets er også forankret i rettspraksis. De sentrale høyesterettsdommene på området, Rt-1986-879, Rt-1992-776 og Rt-2015-1332, benytter virksomheten som utgangspunkt. Dommene gjennomgås kort nedenfor. RG-2005-784 gjennomgås etter høyesterettsdommene som et eksempel på når hele virksomheten utgjorde utvelgelseskretsen.

¹²⁰ Jakhelln(2011) side 978

¹²¹ Skjønberg(2014) side 311

¹²² Fougner(2011) side 313, Johansen(2015) side 849, Skjønberg(2014) side 311, Storeng(2014) side 531

3.1.1 Rt-1986-879 Hillesland

I Rt-1986-879 nedbemannet Kåre Hillesland AS ved tre avdelinger. Fire oppsagte arbeidstakere hevdet at utvelgelsen ikke var saklig begrunnet, jfr. arbeidsmiljøloven av 1977 § 60. De anførte at arbeidsgiver måtte bruke utvelgelseskriteriet ansiennitet og utvelgelseskretsen var hele virksomheten. Selv om ikke virksomheten var tariffbundet måtte ansiennitetsprinsippet gjelde. Arbeidsgiver anførte på sin side at det var saklig å benytte avdelingsvise utvelgelseskretser basert på nødvendige kvalifikasjoner og fleksibilitet innad i virksomheten.

Partene var enige at det forelå saklig grunn til å nedbemanne. Nedbemanningen berørte ulike avdelinger innad i virksomheten. En stilling bortfalt fra skjæreavdelingen, en fra lageravdelingen og to fra produksjonsavdelingen. Ved oppsigelsene valgte arbeidsgiver å se avdelingene adskilt og foretok en konkret vurdering der ansiennitet, kvalifikasjonen, sosiale hensyn og opplæringsstid ble vektlagt.

Høyesterett konkluderte enstemmig at avdelingsvise utvelgelseskretser kunne benyttes. Selv om det ikke uttrykkes eksplisitt viser dommen at hele virksomheten er utvelgelseskrets. Det ligger inneforstått ettersom Høyesterett undersøker om det kan gjøres unntak fra virksomheten som utvelgelseskrets. Juridisk teori bruker dommen for å vise hvilke momenter som kan inngå i vurderingen om det er saklig å gjøre unntak fra utgangspunktet.¹²³

Utgangspunktet om hele virksomheten som utvelgelseskrets innebærer at arbeidsgiver må vurdere alle arbeidstakere for å se hvem som er overtallig. Det kan føre til at arbeidstakere på en avdeling flyttes til en annen, om utvelgelseskriteriene taler for en slik løsning. Dersom Hillesland måtte vurdere hvem som var overtallig i hele virksomheten ville det vært en mer omfattende utvelgelsesprosess.

3.1.2 Rt-1992-776 Sparebanken Nord

Rt-1992-776 omhandlet Sparebanken Nord som nedbemannet i forbindelse med nedlegging av filialer. Spørsmålet var om utvelgelsen av tre tidligere arbeidstakere var saklig etter arbeidsmiljølov av 1977 § 60. Arbeidstakerne anførte at arbeidsgiver skulle benyttet hele bankens virksomhet som utvelgelseskrets, slik at de ble vurdert opp mot ansatte i bankens øvrige filialer. Arbeidsgiver anførte at de hadde anledning til å innsnevre utvelgelseskretsen til de enkelte filialer som skulle nedlegges.

Sparebanken Nord bestod av 17 avdelinger som hadde 48 filialer i Troms og Finnmark. 18 filialer måtte nedlegges av bedriftsøkonomiske hensyn. Arbeidstakerne i disse filialene ble

¹²³ Skarning(2009) side 109

forsøkt redusert ved frivillige ordninger. 90 arbeidstakere godtok slike tilbud, mens de resterende 50 ble oppsagt. Tre av de oppsagte mente oppsigelsene var ugyldig fordi arbeidsgiver hadde benyttet en for snever utvelgelseskrets. To av disse hadde jobbet i samme filial. Ettersom ikke hele virksomheten var utvelgelseskrets var det arbeidstakere ved andre filialer med lavere ansiennitet og kvalifikasjoner som fikk beholde stillingen på deres bekostning.

Høyesterett ga arbeidsgiver medhold. Sparebankens oppsigelser var gyldige ettersom det var saklig å begrense utvelgelseskretsen.

Rt-1992-776 er sentral for å angi hele virksomheten som utvelgelseskrets. Selv om det ikke drøftetes inngående, er det underliggende at hele virksomheten danner utgangspunktet for utvelgelseskretsen der arbeidsgiver foretar overtallighetsvurderingen. Høyesterett viser dette indirekte ettersom de vurderer hvorvidt Sparebanken må benytte hele virksomheten som utvelgelseskrets, eller om de kan se hver enkelt filial for seg som et unntak fra utgangspunktet.

3.1.3 Rt-2015-1332 Gresvig

Rt-2015-1332 gjaldt Gresvig Detaljhandel AS som resultat av underskudd over flere år nedbemannet. En avdeling som skulle nedlegges hadde kun en ansatt. Vedkommende anførte at oppsigelsen var usaklig ettersom utvelgelseskretsen var for snever. Den innskrenkede utvelgelseskretsen innebar at arbeidstakeren ikke ble vurdert opp mot andre arbeidstakere i virksomheten. Arbeidsgiver anførte derimot at oppsigelsen var gyldig, og utvelgelseskretsen kunne begrenses til avdelingene. Spørsmålet var om oppsigelsen var ugyldig ettersom arbeidsgiver hadde benyttet seg av en snever utvelgelseskrets.

Partene var enige at Gresvig hadde saklig grunn til å nedbemanne etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Gresvig var preget av konkurransen og opplevde økonomisk nedgang. For å øke konkurransedyktigheten og sikre videre drift hadde Gresvig foretatt en omlegging av virksomheten. Varehus ble opprettet på bekostning av butikker. 33 butikker ble nedlagt i 2009-2013. 225 arbeidstakere ble oppsagt og 125 fikk nytt arbeid i Gresvig. Ved nedleggelsene var praksisen at filialene ble vurdert for seg, og de som arbeidet der ble oppsagt. Gresvigs virksomhet bestod av 100 butikker spredt rundt i hele landet. I 2013 ble den aktuelle arbeidstakeren oppsagt som følge av at avdelingen han arbeidet i ble nedlagt. Avdelingen solgte varer direkte til klubber og bedrifter utenom butikkene, noe som skilte den fra de andre avdelingene. På grunn av bedriftsøkonomiske hensyn skulle butikkene overta disse oppgavene.

Høyesterett kom frem til at oppsigelsen var gyldig. Hele virksomheten til Gresvig var alle avdelingene, men etter en konkret vurdering fant Høyesterett at utgangspunktet kunne fravikes til fordel for en snevrere utvelgelseskrets. Dommen foretar ingen lengre drøftelse av virksomheten som utgangspunktet utover følgende i henholdsvis avsnitt 38 og 43:

”[...]utgangspunktet er at det er selskapet som er utvelgelseskrets[...]

”[...]lovens utgangspunkt er at virksomheten er utvelgelseskrets[...]

Med utsagnene stadfester Høyesterett at hele virksomheten danner utgangspunktet for utvelgelseskretsen arbeidsgiver benytter ved vurderingen av overtallige. Dommen bygger på retts-tilstanden utviklet i Rt-1986-879 og Rt-1992-776. Dommene formidler at det rettslige utgangspunktet ved nedbemanning er at oppsigelsene etter arbeidsmiljøloven § 15-7 skal være saklige vurdert opp mot hele virksomheten.¹²⁴

3.1.4 RG-2005-784

RG-2005-784 illustrerer at utgangspunktet er at hele virksomheten er utvelgelseskrets ved vurderingen av mulige overtallige. En ansatt i Posten Norge AS hevdet innsnevringen av utvelgelseskretsen var usaklig, så oppsigelse var ugyldig etter arbeidsmiljøloven av 1977 § 60. Vedkommende var 57 år med 38 års ansiennitet. Ved omorganiseringen fikk de som satt i de videreførte stillingene fortsette, mens vedkommendes stilling bortfalt og hun ble oppsagt. Posten var bundet av tariffavtale der hovedregel er vektlegging av ansiennitet i hele virksomheten. Det ble ikke hensyntatt. Om innsnevringen uttaler lagmannsretten at det er:

”[...]naturlig å se fellesstaben og de spesifikke staber som deler av samme utvelgelseskrets. Det dreier seg her om stabsfunksjoner innenfor samme forretningsområde, hvor oppdelingen i felles stab og spesifikke staber har en kortvarig historie. Stabene var også plassert på samme sted. Lagmannsretten kan derfor ikke se at det noen rimelig grunn til å behandle stabene som atskilte enheter i denne sammenheng.”

Det var ikke saklig å innsnevre utvelgelseskretsen, slik at utgangspunktet gjaldt. Hele virksomheten var utvelgelseskrets ettersom dette var mest naturlig. Det var ikke stor geografisk spredning, og de adskilte avdelingene hadde kun vært slik en kort periode.

Det fremgår av høyesterettspraksisen gjennomgått ovenfor at utgangspunktet er at det er hele virksomheten som utgjør utvelgelseskretsen arbeidsgiver benytter ved overtallighetsvurderingen. Dette har fått tilslutning i underrettspraksis, eksempelvis RG-2005-784, og juridisk teori.¹²⁵

¹²⁴ Hotvedt(2016) side 1

¹²⁵ Fougner(2016) side 300

3.2 Virksomhetsbegrepet

Utgangspunktet er at hele virksomheten utgjør utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Den neste problemstillingen er hvordan virksomhetsbegrepet skal forstås, og hva som utgjør en virksomhet i relasjon til utvelgelseskretsen.

3.2.1 Virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven

Virksomhetsbegrepet har ingen legaldefinisjon i arbeidsmiljøloven. Hva virksomheten er kan være vanskelig å redegjøre for når det gjelder store konsern eller større selskaper med komplisert selskapsstruktur og mange tilhørende avdelinger og filialer innunder seg.¹²⁶

Virksomhetsbegrepets innhold kan være ulik avhengig av bestemmelsene.¹²⁷ Innholdet må vurderes på bakgrunn av formålene bestemmelsen skal ivareta. Eksempelvis kan hensynene bak utvelgelseskretsen og annet passende arbeid føre til ulikt innhold i virksomhetsbegrepet. Hvis det ikke er holdepunkter for en spesiell tolkning, faller man tilbake på den generelle forståelsen.

Loven alene gir ikke anvisning på hva som ligger i virksomhetsbegrepet.

3.2.2 Virksomhets- og bedriftsbegrepet i eldre lovgivning

Tidligere ble begrepet ”bedrift” benyttet i stedet for ”virksomhet”.¹²⁸ Uttalelser tilknyttet ”bedrift” vil derfor kunne benyttes for å avdekke innholdet. I Ot.prp. nr. 3 (1975-76) side 101 bemerkes det at endringen fra bedriftsbegrepet til virksomhetsbegrepet ikke skulle innebære en realitetsendring, men samsvarte bedre med dagjeldende språkbruk. Virksomhetsbegrepet ble ansett mer passende for å få med alle aspekter av begrepet, spesielt offentlig forvaltning. Det uttales på samme side at virksomhet omfatter ”[...]både industrielle bedrifter, transportvirksomhet, bygg- og anleggsarbeid, forretningsvirksomhet, offentlig forvaltning og immateriell virksomhet.” Av dette kan det utledes at begrepet har et vidt anvendelsesområde som dekker alle bransjer eller typer av virksomheter i både offentlig og privat sektor. Det er ikke nødvendig at virksomheten har økonomisk gevinst som formål.

Forarbeidene til de tidligere arbeidervernlovene gir følgende definisjon av ”bedrift”:

”[...]med bedrift menes en form for virksomhet av en viss varighet hvorunder arbeider sysselsettes i det øiemed å nå det mål som er fastsatt av virksomhetens leder.”¹²⁹

¹²⁶ Jakhelln(2011) side 1007

¹²⁷ NOU 2004: 5 side 149

¹²⁸ Fougner(2011) side 34

¹²⁹ Ot.prp. nr. 31 (1935) side 10

I tillegg nevnes det at det må foreligge et underordningsforhold hvor arbeidstakere utfører arbeidsgivers vilje.¹³⁰ Definisjonen er ment å avgrense mot aktiviteter av begrenset omfang og tid.¹³¹ Det trekkes en nedre grense mot typer av midlertidige oppdrag som ikke omfattes. Forarbeidene angir ”*huslige tjenerarbeid i hjemmene*” som forhold som ikke omfattes, siden de etter en naturlig språklig forståelse ikke er en ”bedrift”.¹³² Eksempelvis Rt-1981-899 hvor en håndverker ble engasjert av en privatperson for å bygge et tilbygg på vedkommendes tomt. Et av spørsmålene var om denne konstellasjonen utgjorde en virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand. Høyesterett svarte benektende på spørsmålet med begrunnelsen at vedkommende var en privat byggherre uten noe administrativt apparat slik det kreves av næringsdrivende, og heller ikke hadde den fagkunnskapen som håndverkeren satt inne med.

3.2.3 Virksomhetsbegrepets sammenheng med arbeidsgiverbegrepet

Mens virksomheten er objektet, vil arbeidsgiver være subjektet for arbeidsmiljølovens plikter for arbeidsgiver.¹³³ Sammenhengen mellom begrepene innebærer at arbeidsgiverbegrepet kan bidra til å avklare virksomhetsbegrepet.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven står det at det er sammenheng mellom arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet:

*”Som alminnelig regel vil det rettssubjekt som er arbeidsgiver være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet. For de fleste praktiske tilfeller vil en virksomhet være det som etter en alminnelig språkbruk er en bedrift.”*¹³⁴

En bedrift er etter en naturlig språklig forståelse det stedet arbeidstaker utfører lønnet arbeid. Arbeidstakers forestilling om hvor han er ansatt vil som oftest være hele selskapet, og ikke begrenset til den enkelte avdeling. Den naturlige språklige forståelsen av bedrift vil i hovedsak ikke være så vidtgående at hele konsernet omfattes.

I Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) side 8 står følgende om virksomhetsbegrepet:

”Begrepet ”virksomhet” er brukt flere steder i arbeidsmiljøloven. Selv om begrepet i noen grad må vurderes konkret i forhold til den enkelte aktuelle paragrafs formål etc., er utgangs-

¹³⁰ Ot.prp. nr. 31 (1935) side 9

¹³¹ Johansen(2015) side 46

¹³² Ot.prp. nr. 31 (1935) side 8

¹³³ Hotvedt(2015) side 188

¹³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

punktet at virksomhetsbegrepet er nært knyttet til arbeidsmiljølovens arbeidsgiverbegrep.[...] Begrepet "virksomhet" må som hovedregel tolkes som hele arbeidsgiverens organisasjon."

De to ovennevnte forarbeidene knytter virksomhet og arbeidsgiver sammen. Hva som er hele arbeidsgivers organisasjon beror på hvem som oppfattes som arbeidsgiver.

Spørsmålet er så hvem som innehar rollen som arbeidsgiver. Etter en naturlig språklig forståelse kan det være flere alternativer. Alt ettersom hva som ilægges ordets betydning kan det være avdelingslederen som foretok ansettelsen, daglig leder i bedriften, konsernsjefen etc. Arbeidsmiljøloven § 1-8 annet ledd angir følgende legaldefinisjon:

"Med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det som i denne lov er bestemt som arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten."

Som utgangspunkt innebærer legaldefinisjonen lik fortolkning av arbeidsgiverbegrepet i arbeidsmiljøloven. Det er flere plikter og rettigheter tilknyttet arbeidsgiver, så det er viktig å klargjøre hvem som innehar rollen, jfr. arbeidsmiljøloven § 2-1. Ifølge arbeidsmiljøloven § 14-6 skal arbeidsavtalen angi partenes identitet. Der arbeidsgiver ikke fremkommer av arbeidsavtalen, eller av andre årsaker er usikkerhet, må det foretas en konkret vurdering.¹³⁵ Ved ansettelse i aksjeselskap, stiftelse osv. er det rettssubjektet som er arbeidsgiver. Ved offentlig ansettelse er utgangspunktet at staten, fylkeskommunen eller kommunen er arbeidsgiver. Rettssubjektet arbeidsgiver ses i sammenheng med virksomheten.

Juridisk teori og rettspraksis slår fast at "virksomhet" i arbeidsmiljøloven kapittel 15 innebærer det rettssubjekt som arbeidstaker har et arbeidsforhold til.¹³⁶ Det er dette utgangspunktet som er mest kompatibel for utvelgelseskretsen.

I arbeidsmiljøloven § 1-1 fremkommer det at trygge ansettelsesforhold er et av lovens formål. Ved å konkretisere virksomheten til rettssubjektet som sammenfaller med arbeidsgiver, blir det mer forutberegnelighet. Det vil være klarere hvem arbeidstaker skal forholde seg til vedrørende rettigheter og plikter. Lovens formål støtter dermed definisjonen om at virksomheten sammenfaller med det rettssubjektet som vil være arbeidstakerens arbeidsgiver, og det er dette som utgjør utvelgelseskretsen.

¹³⁵ Fougner(2013) side 80

¹³⁶ Fougner(2011) side 313

Konklusjonen er at virksomheten er det rettssubjektet som sammenfaller med arbeidsgiver. I relasjon til utvelgelseskretsen vil utgangspunktet være det rettssubjektet der arbeidstaker er ansatt. Når arbeidsgiver nedbemanner skal han dermed se hele selskapet under ett. I praksis innebærer det at det er aksjeselskapet, allmennaksjeselskapet, stiftelsen, foreningen etc. som er virksomheten. Dette er rettssubjekter som sysselsetter arbeidstakere. Rt-1986-879 illustrer dette. Her ble aksjeselskapet Kåre Hillesland ansett å være virksomheten.

3.3 Virksomhetsbegrepets nedre grense

En problemstilling er hvor den nedre grensen går for hva som kan betegnes som en ”virksomhet” når man skal definere utvelgelseskretsen.

I Rt-2015-1332 avsnitt 38 påpeker Høyesterett at ”*hele selskapet*” er utgangspunktet for utvelgelseskretsen. Med ”*hele selskapet*” sikter Høyesterett til det rettssubjekt som er virksomheten som sådan. Dette er virksomheten med alle avdelinger og enheter som hører innunder dets styre. Dommen viser gjeldende rett for virksomhetsbegrepet i forbindelse med utvelgelseskretsen. Virksomhetsbegrepet må trekke en grense nedad mot avdelinger og enheter. Begrepet omfatter hele virksomhetsstrukturen av hovedkontor og underavdelinger. Rettspraksis viser en motvilje til å forstå virksomhetsbegrepet snevrere enn den samlede aktiviteten til rettssubjektet arbeidsgiver.¹³⁷

Vernehensyn taler også imot at virksomhetsbegrepet får en snevrere betydning enn det rettssubjektet som er arbeidsgiver.¹³⁸ Ved å innsnevre virksomhetsbegrepet fra hele virksomheten vil ikke vernehensynene som beskytter arbeidstaker ha like stor gjennomslagskraft.

Konklusjonen er at det ikke er rettslig grunnlag for å innskrenke virksomhetsbegrepet. Arbeidsgiver kan ikke unnslippe virksomheten som utvelgelseskrets ved å definere virksomhetsbegrepet snevrere. Dersom arbeidsgiver ønsker en snevrere utvelgelseskrets, må vilkårene til unntaket være oppfylt.

3.4 Offentlige virksomheter

For det offentlige er problemstillingen om virksomhetsbegrepet kan begrenses til områder innad i kommunen, fylkeskommunen og staten. Når det kommer til offentlig ansettelse kan det være hensiktsmessig å definere virksomheten snevrere enn hva rettssubjektet utgjør.

¹³⁷ Eksempelvis LB-1999-2678

¹³⁸ Hotvedt(2015) side 188

Kommunen som arbeidsgiver omfatter ulike etater og avdelinger som kan være naturlig å se som adskilte virksomheter.¹³⁹ Spesielt for staten vil geografisk spredning og mangfold av undervirksomheter gjøre det naturlig å se de hver for seg.

3.4.1 Kommuner og fylkeskommuner

Virksomhetsbegrepet i kommunen var tema i Rt-1998-1357. En arbeidstaker var ansatt i en heltidsstilling i en av Oslo kommunes etater, og deltidsstilling i en annen etat i kommunen. Vedkommende hevdet deltidsarbeidet utgjorde overtid, og fremsatte krav på overtidsbetaling. Deltidsarbeidet var overtid om han arbeidet for samme arbeidsgiver. Spørsmålet i saken var om etatene var to arbeidsgivere, eller om Oslo kommune var eneste arbeidsgiver. Flertallet og mindretallet var enige i at Oslo kommune var arbeidsgiver. At etatene hadde blitt delegert myndighet innebar ikke at de var arbeidsgivere. Flertallet uttalte følgende:

*”Praksisen i staten bygger på den rettsoppfatning at det er den enkelte etat eller institusjon som er arbeidsgiver. Det er en rettsoppfatning jeg er kommet til ikke er riktig i forhold til Oslo kommune. Jeg legger til grunn at det foreligger en etablert rettsoppfatning om at kommunen eller fylkeskommunen er å anse som én arbeidsgiver i forhold til arbeidsmiljølovens regler. Denne rettsoppfatning er riktignok særlig knyttet til oppsigelsesvernet.”*¹⁴⁰

Kommunen var ansett å være arbeidsgiver. Sammenhengen med virksomheten var ikke direkte tema ettersom hjemmelen for overtid ikke benytter seg av «virksomhet», men siden virksomhet og arbeidsgiver er tilknyttet illustrerer den problemstillingen. Virksomheten er sammenfallende med det rettssubjektet som er arbeidsgiver, her kommunen. Selv om denne dommen omhandler arbeidstid er den overførbar til oppsigelsesvernet ettersom det gjelder samme rettsoppfatning. Flertallet bemerket følgende om kommunens størrelse:

*”Jeg innser at det kan gjøre seg gjeldende særskilte hensyn innenfor Oslo kommune på grunn av kommunens størrelse og desentraliserte styringsstruktur. Men liknende betraktninger kan også gjøres gjeldende når det gjelder andre større kommuner eller bedrifter, og jeg har vanskelig for å se at det her kan foretas noen avgrensning uten positiv hjemmel.”*¹⁴¹

Førstvoterende sammenligner kommunen med større bedrifter på grunnlag av sammenfallende hensyn, men konkluderer med at oppsigelsesvernet veier tyngst. En annen konklusjon uten lovhjemmel ville ha vært lite hensiktsmessig overfor rettsikkerheten til arbeidstaker, og samsvart dårlig med formålsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 1-1. I tillegg ville det vært uhen-

¹³⁹ Rt-1998-1357

¹⁴⁰ Rt-1998-1357 side 1364

¹⁴¹ Rt-1998-1357 side 1364

siktsmessig med en skjønnspreget vurdering tilknyttet noe så viktig som arbeidsgivers plikter, som enkelt ville fått et større anvendelsesområde siden samme hensyn kunne inkorporert virksomheter av samme størrelsesorden.

For kommuner og fylkeskommuner er det ikke rettslig grunnlag for å definere virksomheten snevrere enn det som er rettssubjektet.

3.4.2 Staten

Staten er i likhet med kommuner og fylkeskommuner offentlig forvaltning, men med større geografisk spredning og dekker alt fra ulike departementer til Forsvaret. For staten forekommer derimot rettsoppfatningen at arbeidsgiverbegrepet og virksomhetsbegrepet kan innsnevres til å gjelde mindre enn det som er rettssubjektet.¹⁴² Et departement vil være en egen virksomhet. Praktiske hensyn støtter denne tolkningen siden det er lite hensiktsmessig å se staten som en arbeidsgiver. Blant annet ville det være lite praktisk om arbeidstaker ved oppsigelse kunne kreve fortrinnsrett til ny ansettelse med begrunnelsen at det er ”samme virksomhet” jfr. arbeidsmiljøloven § 14-2 første ledd.

3.5 Virksomhetsbegrepets øvre grense mot konsern

En annen problemstilling er hvorvidt virksomhetsbegrepet omfatter konsernet som selskapet er en del av. En naturlig språklig forståelse gir ikke avklaring på spørsmålet.

Konsern var ikke omfattet av virksomhetsbegrepet. I NOU 1996: 6 ble det vurdert om arbeidsgiver, og dermed virksomhet, i arbeidsmiljøloven skulle utvides til å omfatte konsernforhold. Flertallet ønsket en utvidelse som ville styrket arbeidstakers rettighetsområde, men mindretallet mente det ville få store konsekvenser for næringsvirksomheten. En utvidelse av begrepet videreførtes ikke i senere forarbeider.¹⁴³

I Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 74 står følgende om konsern:

”Hovedregelen er altså at den enkelte virksomhet i et konsern er arbeidsgiver for sine arbeidstakere. Det er denne virksomheten som er ansvarlig for de ulike kravene i loven. Tilsvarende gjelder der virksomheter arbeider i ulike former for nettverk. Hver virksomhet i konsernet eller nettverket utgjør også rammen for begrepet ”virksomheten” i lovens forstand, jf. for eksempel [...]i forhold til saklighetskravet ved oppsigelse på grunn av nedbemanning.”

¹⁴² Fougner(2013) side 81

¹⁴³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 76

Forarbeidene taler for at hele konsernet ikke omfattes av virksomhetsbegrepet i relasjon til utvelgelseskrets. Morselskapet og datterselskapene er dermed ulike virksomheter. Det ble vurdert at gjeldende tolkning av arbeidsgiverbegrepet ikke skulle utvides til å omfatte konsern fordi det ville ført til en for skjønnsmessig vurdering.¹⁴⁴ En slik vurdering ville vært vanskelig å håndheve i praksis. Selv om arbeidstaker ville hatt flere som var ansvarlige overfor arbeidsmiljølovens rettigheter og plikter, ville vurderingen skapt usikkerhet i forhold til hvem som stod ansvarlig. Forarbeidene fant også støtte i de nordiske landene som tilla begrepet omtrent det samme meningsinnholdet som i Norge.¹⁴⁵

Hvordan begrepet tolkes i arbeidsmiljøloven § 15-7 kan kaste lys over problemstillingen grunnet bestemmelsens tilknytning til utvelgelseskretsen. Dege og Fougner bemerker at en vid tolkning av konsern ikke hører hjemme i arbeidsmiljøloven § 15-7.¹⁴⁶ Begrunnelsen deres er at hvis lovgiver hadde ment å inkludere konsern hadde det stått i lovteksten. Dette ble gjort i arbeidsmiljøloven § 15-3 om beregning av ansettelsestid i forhold til oppsigelsesfrister. Ansettelsestiden beregnes utifra tiden arbeidstaker har vært ansatt i ”samme virksomhet”, med presiseringen i arbeidsmiljøloven § 15-3 sjette ledd at det medregnes tiden vedkommende er ”[...]ansatt i annen virksomhet innenfor konsern som arbeidsgiver tilhører[...]”. Ved å tilføye en slik presisering viser arbeidsgiver at han var bevisst på avgrensingsproblematikken, og tok et bevisst valg ved ikke å utvide begrepet.

Selv om man burde være forsiktig med antitetisk tolkning der dette går på bekostning av arbeidstakers rettigheter tilsier ovennevnte kilder at konsern ikke omfattes av virksomhetsbegrepet. Forutberegnelighet for arbeidstaker, hensynet til arbeidsgiver og hensyn til levedyktig næringsvirksomhet taler for at konsern ikke omfattes av virksomhetsbegrepet ved utvelgelseskretsen.

Konklusjonen er at det ikke er rettslig grunnlag for å utvide virksomhetsbegrepet til å omfatte konsern i relasjon til utvelgelseskrets.

3.6 Oppsummering

Utgangspunktet for utvelgelseskretsen arbeidsgiver velger overtallige fra er hele virksomheten. Virksomheten er det rettssubjektet som sammenfaller med arbeidsgiveren. Rettssubjektet, og dermed virksomheten, kan eksempelvis være et aksjeselskap eller en stiftelse. Utvelgelses-

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 76

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 77

¹⁴⁶ Fougner(2011) side 36, Dege(2009) side 61

kretsens virksomhetsbegrep trekker en nedre grense mot avdelinger, og en øvre grense mot konsern.

Det kan tenkes situasjoner hvor det er ønskelig å begrense utvelgelseskretsen. Eksempelvis ved mange ansatte i virksomheten kan vurderingen av overtallige innebære en langvarig prosess for arbeidsgiver. Spørsmålet er om det er mulig å gjøre unntak fra utgangspunktet og hovedregelen om hele virksomheten som utvelgelseskrets.

4 Utvelgelseskretsens unntak: innsnevret utvelgelseskrets

En aktuell problemstilling er adgangen til å gjøre unntak fra hele virksomheten som utvelgelseskrets, ved å innsnevre utvelgelseskretsen til et avgrenset område av virksomheten.

Det kan være ønskelig for arbeidsgiver å begrense utvelgelseskretsen som overtallige skal velges fra. Dette kan være av praktiske hensyn knyttet opp mot enkelte avdelinger, geografisk spredte enheter, virksomhetsområder, stillingskategori etc. Ved å benytte en snever krets vil arbeidstakere ha færre å konkurrere mot når arbeidsgiver foretar utvelgelsen for oppsigelse basert på utvelgelseskriteriene.¹⁴⁷ Arbeidstakere som befinner seg i en slik innsnevret krets står i større fare for å bli nedbemannet enn ved benyttelse av en vid krets. For arbeidstakere som faller utenfor utvelgelseskretsen vil innsnevringen være fordelaktig. En innsnevret krets kan derfor være positivt eller negativt avhengig av arbeidstakerens ståsted. For arbeidsgiver kan det være mange fordeler ved en innsnevring.¹⁴⁸ Deler av virksomheten vil kunne skjermes fra uro. Unntaket må benyttes i henhold til gjeldende regler for å ivareta saklighetskravet overfor arbeidstaker. Konsekvensen av at arbeidsgiver urettmessig har benyttet en snever utvelgelseskrets er at oppsigelsene basert på utvelgelseskretsen blir ugyldige etter arbeidsmiljøloven § 15-12.

I det følgende redegjøres det for hensyn bak unntaket for utvelgelseskretsen. Deretter gjennomgås det rettslige grunnlag for unntaket. Avslutningsvis behandles helhetsvurderingen.

¹⁴⁷ Skarning(2015) side 85

¹⁴⁸ Skarning(2015) side 86

4.1 Hensyn

4.1.1 Hensyn for innsnevring av utvelgeskretsen

For større virksomheter taler størrelsen for å begrense utvelgeskretsen fordi det kan være uoversiktlig og upraktisk å se hele arbeidsstokken under ett.¹⁴⁹ Dette gjelder eksempelvis store selskaper med flere avdelinger og filialer. Selskapsstrukturene kan være elaborerte og bestå av mange ledd som vanskeliggjør nedbemanningsprosessen med en vid utvelgeskrets.

Både store og små virksomheter kan være spredt over større geografiske områder. Det kan være praktisk å se avdelingene separat, og innsnevre utvelgeskretsen til lokalkontorene.¹⁵⁰ I tillegg vil det være fordelaktig at de som innehar lokalkunnskap blir værende der dette er opparbeidet.¹⁵¹ Det viser seg gjerne at arbeidstakere ikke har ønske om å flytte over lengre avstander, dermed kan det være ønskelig med en innsnevring.

For virksomheter uansett størrelse taler det for å begrense utvelgeskretsen fordi det kan være tidskrevende og kostbart å se hele virksomheten under ett.¹⁵² Om kretsen ikke innsnevres kan det gå utover virksomhetens konkurranseevne og behov for nødvendig kompetanse. Ved å innsnevre utvelgeskretsen til en avdeling skjermes arbeidstakere i andre avdelinger som har kompetanse virksomheter behøver. Eksempelvis innebærer innsnevring av utvelgeskretsen til lageravdelingen skjerming av kontoravdelingen. Arbeidsgiver kan vurdere overtallige på lageret, og beholde kontorarbeidernes kompetanse. Særlig for tariffbundne virksomheter med bedriftsansiennitet som sentralt utvelgeskriterium, kan ansatte med spisskompetanse måtte gå.¹⁵³ På den annen side foretas en helhetsvurdering der ansiennitet kan fravikes ved saklig grunn for å hindre slike tilfeller.

Ved å benytte mindre kretser vil deler av virksomheten ikke berøres av nedbemanningen, slik at det kan bli mindre uro og usikkerhet.¹⁵⁴ Uro kan føre til lavere produktivitet. Ved en innsnevring vil også opplæring i større grad kunne unngås. Således kan det være fordelaktig for virksomheten å begrense utvelgeskretsen siden det kan forbedre økonomi og konkurranse-dyktighet. En forbedring av økonomien vil igjen kunne hjelpe virksomheten ut av situasjonen som ledet til nedbemanningen, slik at ytterligere nedbemanningsprosesser unngås.

¹⁴⁹ Fougner(2011) side 313

¹⁵⁰ Rt-2015-1332

¹⁵¹ Benson(2014) side 442

¹⁵² Fougner(2011) side 312-313

¹⁵³ Hovedavtalen § 8-2

¹⁵⁴ Skarning(2009) side 108

Hensynet til en rask og effektiv nedbemanningsprosess taler for å gjøre unntak fra utgangspunktet om hele virksomheten som utvelgeskrets.

4.1.2 Hensyn mot innsnevring av utvelgeskretsen

Det som taler mot en innsnevring av utvelgeskretsen er at arbeidstakere som omfattes kan ha større sannsynlighet for oppsigelse ettersom det er færre arbeidstakere å vurderes opp mot.¹⁵⁵ Ved å begrense kretsen kan en konsekvens være at arbeidsgiver i realiteten ser bort fra ansiennitetsprinsippet som utgangspunkt for utvelgelse.¹⁵⁶ Ettersom ansiennitetsprinsippet er viktig i tariffbundne virksomheter kan innsnevringen stride mot tariffavtalen dersom begrensningen ikke er saklig.¹⁵⁷ Om hele utvelgeskretsen arbeidstaker befinner seg i skal sies opp vil det ikke ha noen betydning om vedkommende har lenger ansiennitet enn en annen arbeidstaker utenfor kretsen.

Det kan også være at arbeidstakers stillingsvern og formålet om trygge ansettelsesforhold¹⁵⁸ taler imot en innsnevring av utvelgeskretsen. Ettersom domstolene har avgjort at hovedregelen skal være at hele virksomheten er utvelgeskrets taler det i seg selv imot bruk av unntaket. Tatt i betraktning arbeidstakers rettigheter må det foreligge tungtveiende hensyn for at unntaket kommer til anvendelse.¹⁵⁹ Ved å åpne for unntak kan det svekke arbeidstakers forutberegnelighet til arbeidet.¹⁶⁰ Dersom hele virksomheten er utvelgeskrets er det enklere for arbeidstaker å forutberegne sin stilling. Ved å åpne for en uavklart innskrenkning etter en skjønsmessig vurdering svekker det forutberegnelighetshensynet.

4.2 Innskrenket virksomhetsbegrep kontra unntak fra virksomhetsbegrep

En problemstilling er om en begrenset utvelgeskrets kan begrunnes i en innskrenkende fortolkning av virksomhetsbegrepet, eller som unntak fra virksomhetsbegrepet.

Basert på forarbeider og rettspraksis i del 3 er begge alternativer mulige. I den sentrale dommen Rt-1992-776 ble ikke virksomhetsbegrepet drøftet, det ble kun nevnt at det var saklig å begrense utvelgeskretsen. Ettersom det ikke blir drøftet hvor grensene for virksomheten går, kan det ikke avgjøres om unntaket bygger på en innskrenkende fortolkning av virksom-

¹⁵⁵ Skarning(2009) side 108

¹⁵⁶ Skarning(2009) side 109

¹⁵⁷ RG-1990-1098

¹⁵⁸ Arbeidsmiljøloven § 1-1

¹⁵⁹ Rt-2015-1332 avsnitt 43

¹⁶⁰ LG-2015-145730

hetsbegrepet eller et unntak fra hele virksomheten som krets. Rt-2015-1332 taler for at det oppstilles et unntak fra virksomhetsbegrepet ved å si at *"utgangspunktet[...] kan fravikes"*.¹⁶¹

Juridisk teori er relativt samstemt og omtaler det som et unntak fra virksomheten som utgangspunkt med grunnlag i rettspraksis. Med andre ord baserer de seg ikke på en innsnevring av begrepet om hele virksomheten som sådan. Eksempelvis ordleggingen til Johansen, som sier *"I henhold til rettspraksis kan det i enkelte tilfeller være saklig å foreta en utvelgelse ut fra en snevrere utvelgelseskrets enn hele virksomheten som sådan."*¹⁶² Fougner uttrykker seg om unntaket på følgende måte: *"Rettspraksis viser imidlertid at det kan være rettslig adgang til å begrense utvelgelseskretsen til deler av virksomheten."*¹⁶³

Ovennevnte kilder tilsier at en innsnevring av utvelgelseskretsen foretas ved unntak fra hovedregelen. For å innsnevre utvelgelseskretsen må derfor unntaket være oppfylt. Det kan ikke foretas en innsnevring ved å legge til grunn et snevrere virksomhetsbegrep for å omgå og oppfylle vilkårene for unntaket.

4.3 Rettslig grunnlag

I det følgende gjennomgås det rettslige grunnlaget for å innsnevre utvelgelseskretsen fra hele virksomheten.

Det fremgår av høyesterettspraksis at det må foreligge saklig grunn for å kunne begrense utvelgelseskretsen. Om saklighetskravet er oppfylt er avgjørende for om arbeidsgiver kan benytte en snevrere krets. Dette støttes i juridisk teori.¹⁶⁴ De sentrale høyesterettsdommene, Rt-1986-879, Rt-1992-776 og Rt-2015-1332, blir behandlet nedenfor.

¹⁶¹ Rt-2015-1332 avsnitt 38

¹⁶² Johansen(2015) side 850

¹⁶³ Fougner(2011) side 317

¹⁶⁴ Storeng(2014) side 531

4.3.1 Rt-1986-879 Hillesland

I Rt-1986-879 var spørsmålet om arbeidsgiver hadde adgang til å innsnevre utvelgeskretsen til hver avdeling.

Høyesterett uttalte følgende om det rettslige grunnlaget:

”Ved avgjørelsen av hvilke av flere arbeidstakere som skal sies opp, gir ordlyden i § 60 nr. 2 ikke direkte veiledning, men et saklighetskrav vil selvsagt gjelde også her.”¹⁶⁵

Uttalelsen viser at saklighetskravet er utslagsgivende. Høyesterett kom frem til at det å se hele virksomheten som en utvelgeskrets, hvilket innebærer å benytte utgangspunktet om ansienitet som utvelgeskriterium, kunne fravikes. Høyesterett uttalte følgende om flytting av ansatte mellom avdelinger:

”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.”¹⁶⁶

Høyesterett foretok en konkret helhetsvurdering og kom frem til saklighetskravet var oppfylt. Blant annet ble det vektlagt at virksomheten gikk med betydelige underskudd som nødvendiggjorde en effektiv nedbemanningsprosess. Hillesland kunne benytte unntaket om en snævrere utvelgeskrets.

4.3.2 Rt-1992-776 Sparebanken Nord

I Rt-1992-776 hadde arbeidsgiver gått til oppsigelser og innsnevret utvelgeskretsen til hver enkelt filial. Som rettslig utgangspunkt oppga Høyesterett følgende på side 782:

”Det må imidlertid stilles saklighetskrav ved avgjørelsen av hvem som skal oppsies, jf Rt-1986-879, og det må kreves at de retningslinjer man kommer frem til, blir fulgt.”

Med henvisning til Rt-1986-879 gjengir Høyesterett at det kreves saklighet i nedbemanningsprosessen. Kravet til saklighet gjelder også for fastsettelse av en annen utvelgeskrets enn

¹⁶⁵ Rt-1986-879 side 886

¹⁶⁶ Rt-1986-879 side 888

det som er utgangspunktet. Å fravike hele virksomheten som utvelgelseskrets kan kun gjøres om det finnes saklige grunner for det, og er ment å ivareta arbeidstakers interesser uten at det uforholdsmessig går utover arbeidsgiver.

Om saklighetsvurderingen uttalte Høyesterett på side 782:

”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.”

Høyesterett foretok en konkret helhetsvurdering av momentene. Geografisk spredning, nylig gjennomførte fusjoner, at ansettelsesforholdene var tilknyttet filialene og forsøk på sikring av ansattes interesser gjennom omstillingsutvalget, var momenter som talte for at innsnevringen var saklig. Sparebanken oppfylte saklighetskravet for at unntaket kunne komme til anvendelse. Banken kunne benytte filialvise utvelgelseskretser.

Denne fremgangsmåten er gjennomgående benyttet i rettspraksis for å fastlegge sakligheten ved innsnevring av utvelgelsen.

4.3.3 Rt-2015-1332 Gresvig

4.3.3.1 Rettslig grunnlag og helhetsvurderingen

I Rt-2015-1332 foretok Gresvig nedbemanning av sine avdelinger der praksis var å se hver enkelt avdeling som en utvelgelseskrets. Arbeidstakeren mente oppsigelsen var ugyldig på bakgrunn av at arbeidsgiver ikke hadde adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen når han var eneste ansatte i avdelingen.

Høyesterett stadfester utgangspunktet om at hele virksomheten er utvelgelseskrets, og går deretter over til å se på hjemmelen for unntak om en snevrere krets. Dommen slår fast saklighetskravet som det de to ovennevnte høyesterettsdommene har vurdert unntaket opp mot.

”Selv om utgangspunktet er at det er selskapet som er utvelgelseskrets, følger det av rettspraksis at dette utgangspunktet på saklig grunnlag kan fravikes, jf. særlig Rt-1986-879 (Hillesland) og Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge). I disse dommene fremheves momenter som kan tilsi at arbeidsgiver må ha anledning til å benytte en mindre utvelgelseskrets enn hele selskapet.”¹⁶⁷

¹⁶⁷ Rt-2015-1332 avsnitt 38

I tillegg til å videreføre rettstilstanden påpeker Høyesterett dommenes verdi i avsnitt 41 hvor det står at begge dommene har fått tilslutning i underrettspraksis¹⁶⁸ og juridisk teori¹⁶⁹.

Etter å ha gjennomgått saklighetskravet slik det ble fremstilt i de to dommene utformer Høyesterett problemstillingen som ligger til grunn for unntaksvurderingen:

*”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.”*¹⁷⁰

Det fremheves at momentene som har utviklet seg i rettspraksis, blant annet etter Rt-1992-776 og Rt-1986-798, ikke er uttømmende og ikke skal sette begrensninger eller føringer for hvilke momenter som er avgjørende. Hvor mye momentene vektlegges avhenger av sakens konkrete omstendigheter. Relevante momenter kan være virksomhetens størrelse, økonomi, bevare spisskompetanse, sikre drift, løpende nedbemanningsprosess (kontra enkeltstående) og begrense uro.¹⁷¹

Om avveiningen ved unntaket bemerker Høyesterett:

*”Når lovens utgangspunkt er at virksomheten er utvelgelseskrets, følger det imidlertid at de hensyn som tilsier at utgangspunktet fravikes, må være tungtveiende. På en annen side kan arbeidsmiljøloven ikke forstås slik at den pålegger bedrifter prosesser som blir uforholdsmessige tyngende, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte.”*¹⁷²

Retningslinjen fra Høyesterett tilsier at det skal mye til før utgangspunktet om hele virksomheten kan fravikes, jfr. *”tungtveiende”*. Samtidig slår Høyesterett fast at det må foreligge en balansert vurdering. Selv om stillingsvernet står høyt i norsk rett må den ikke gå på uforholdsmessig bekostning av arbeidsgivers interesser. Om stillingsvernet får for stort gjennomslag vil det påvirke virksomhetens fremtidige drift og gjenværende ansatte i negativ retning. For mye vekt på den oppsagte arbeidstakers interesser vil som ytterste konsekvens kunne medføre nedlegging av hele virksomheten om bedriftsøkonomiske tiltak blir ugjennomførbare.

¹⁶⁸ Eksempelvis RG-2005-784, LB-2010-32150.

¹⁶⁹ Eksempelvis Dege(2009) side 702, Skarning(2009) side 109-110, Storeng(2014) side 531.

¹⁷⁰ Rt-2015-1332 avsnitt 42

¹⁷¹ Rt-2015-1332 avsnitt 42

¹⁷² Rt-2015-1332 avsnitt 43

Etter en konkret vurdering konkluderte Høyesterett at begrensningen av utvelgelseskretsen er saklig begrunnet, og oppsigelsen er gyldig. Det ble lagt vekt på tidligere praksis ved nedlegging av butikker, at det var betydelig geografisk spredning mellom butikkene og at de ansatte hadde en tettere tilknytning til den enkelte butikk enn hele virksomheten. I tillegg ville virksomhetens størrelse gjort det dyrt og tidkrevende å benytte utgangspunktet, og virksomheten hadde allerede store akkumulerte underskudd. Det ble også pekt på at å vurdere en avdeling med kun en ansatt annerledes enn der det var flere ansatte ville innebære en forskjellsbehandling om ikke denne ene ansatte også ble dratt inn i utvelgelseskretsen ved nedlegging av andre avdelinger.

4.3.3.2 *Bemerkninger rundt utvelgelseskrets med kun en arbeidstaker*

I Rt-2015-1332 avsnitt 53 kommer Høyesterett med en generell bemerkning rundt utvelgelseskreter med en arbeidstaker:

”Det er etter mitt syn ikke noe grunnlag for på prinsipielt grunnlag å utelukke at en avdeling med én ansatt kan være utvelgelseskrets. Når en avdeling legges ned, og de ansatte sies opp, skjer det nettopp ikke noen samlet vurdering med ansatte i tilsvarende stillinger i andre avdelinger i selskapet. Anvendelse av prinsippet på den ene ansatte i en avdeling stiller ikke denne dårligere enn de ansatte i en større avdeling som ved avvikling anses som en egen utvelgelseskrets.”

Arbeidstakeren argumenterte med at det ikke skjedde en reell vurdering ettersom han var eneste i utvelgelseskretsen. Juridisk teori har nevnt at utvelgelseskretsen ikke vil være tillatt om den innskrenkes så mye at det ikke skjer en reell vurdering.¹⁷³ Selv om det kun er en i utvelgelseskretsen vil dette ikke være annerledes enn om en avdeling er utvelgelseskrets, og alle i denne avdelingen er overtallige. Her vil det heller ikke være en reell vurdering opp mot andre. Eksempelvis Rt-1992-776 der alle ansatte i de nedlagte filialene ble oppsagt. Det ble ansett saklig å begrense utvelgelseskretsen til den enkelte filial. Ettersom alle disse stillingene falt bort ble alle ansatte i filialene overtallige. Det skjedde ingen vurdering opp mot andre arbeidstakere ettersom arbeidsgiver gikk til oppsigelse av samtlige i den innsnevrede kretsen.

Det er usikkert hvordan dommen vil påvirke arbeidsgivers adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen der det kun er en ansatt. Dommen viser at utvelgelseskretsen kan bestå av en ansatt, men spørsmålet er hvordan avdelingene blir ansett i det konkrete tilfellet. Dersom det er etablert praksis med avdelingsvise utvelgelseskretser, tilsier hensynet til likebehandling en videre-

¹⁷³ Storeng(2014) side 532

føring av fremgangsmåten.¹⁷⁴ Slik var tilfellet i Rt-2015-1332. Holdt opp mot stillingsvernet og saklighetskravet vil det være en grense for hvordan arbeidsgiver definerer hver avdeling. Eksempelvis der arbeidsgiver ønsker å gå til oppsigelse av en bestemt arbeidstaker i virksomheten, og avgrenser utvelgelseskretsen slik at vedkommendes stilling utgjør en avdeling. Om dette er tillatt vil arbeidsgiver kunne omgå stillingsvernet på en uheldig måte. På den annen side vil saklighetskravet sette begrensninger for denne adgangen da det må foretas en konkret helhetsvurdering der momenter som tidligere praksis, selvstendighet etc. gjør seg gjeldende. Ved at arbeidsgiver får større adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen til kun en ansatt kan det føre til store konsekvenser for arbeidstakere og utvanning av stillingsvernet. Dermed kan dommen ses på som en styrking av arbeidsgivers rettigheter ved utvelgelsesprosessen. Ettersom det kun var en arbeidstaker i den aktuelle avdelingen skjedde det reelt sett ingen utvelgelse opp mot andre arbeidstakere. Dette er i kontrast til den utviklingen som har vært på arbeidsrettsområdet. Historisk sett har tradisjonen vært en styrking av arbeidstakers rettigheter ved lov, tariffavtaler og saklighetskravet.¹⁷⁵

Som høyesterettsdom setter den føringer for kommende rettstilstand, men samtidig må det foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle der alle relevante momenter tas i betraktning.

4.4 Momenter i helhetsvurderingen

Om arbeidsgiver har adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen ved vurderingen av overtallige avhenger om det finnes saklig grunn. Dette beror på en helhetsvurdering der ulike momenter som har utkrystallisert seg fra rettspraksis gjør seg gjeldende. Selv om Rt-1992-776 anses sentral er den konkret begrunnet og skal ikke tolkes slik at den på generelt grunnlag åpner for en snevrere utvelgelseskrets.¹⁷⁶ Sammen med Rt-1986-879 og Rt-2015-1332 oppstiller de verken minstekrav eller angir bestemte momenter som må med i helhetsvurderingen, men kan benyttes som eksempler på hvilke momenter som kan gjøres gjeldende uten at det angis uttømmende.¹⁷⁷ For hvert tilfelle må det foretas en konkret helhetsvurdering der momentenes vekt vil avhenge av sakens faktum.

Problemstillingen er hvilke momenter som kan være relevante i helhetsvurderingen. De ulike momentene vil bli gjennomgått nedenfor med eksempler fra rettspraksis.

¹⁷⁴ Hotvedt(2016) side 2

¹⁷⁵ Fougner(2011) side 24

¹⁷⁶ Johansen(2015) side 850, Fougner(2011) side 314

¹⁷⁷ Rt-2015-1332 avsnitt 42

4.4.1 Geografisk spredning

Geografisk spredning er et moment som kan benyttes i helhetsvurderingen for å avgjøre om en innsnevring er saklig. Både i forhold til om virksomheten er spredt over et større område og om det er stor avstand mellom enhetene. Desto større avstand mellom enhetene, desto mer taler for at unntaket om innsnevring av utvelgelseskrets er gyldig. Ved stor avstand vil det være mer naturlig å se enhetene hver for seg, i tillegg er det mer praktisk å holde dem adskilt. Det vil være svært kostbart og tidkrevende å behandle hele virksomheten som utvelgelseskrets.¹⁷⁸ I tillegg vil det bety mer uro som kan virke negativt på virksomhetens økonomi. Problemstillingen er om en geografisk spredning er et så tungtveiende moment at det alltid innebærer at unntaket kommer til anvendelse.

I Rt-1992-776 måtte Sparebanken Nord nedbemanne. Banken hadde 17 avdelinger og 48 filialer spredt i Troms og Finnmark. Om beliggenheten til de ulike filialene uttalte Høyesterett at «[m]ed det meget betydelige geografiske område banken dekket[...] var det ikke urimelig å vurdere hver avdeling for seg.»¹⁷⁹ I helhetsvurderingen ble det vektlagt at bankens filialer var spredt over et stort område. Høyesterett fant at unntaket kom til anvendelse. Banken kunne benytte filialvise utvelgelseskretser.

RG-2004-222 Braathens ASA-dommen tar også opp geografisk avstand mellom enhetene i virksomheten. Spørsmålet var om oppsigelsen av en trafikkassistent var gyldig. En trafikkassistent ved Flesland flyplass i Bergen ble oppsagt av arbeidsgiver Braathens ASA i en omfattende nedbemanningsprosess. Braathens besluttet å foreta utvelgelse innenfor de geografiske enhetene, betegnet som stasjoner. Braathens bestod av 13 stasjoner med 2000 ansatte spredt rundt i landet. Lagmannsretten kom frem til at det var adgang å begrense utvelgelseskretsen til de ulike stasjoner, her Flesland.

I Rt-2015-1332 var et moment at det var ”*betydelig geografisk spredning*” mellom de cirka 100 butikkene.¹⁸⁰

I LG-2011-174439 var arbeidstaker ansatt ved avdelingen til Hero AS i Stavanger. Hero AS hadde 700 ansatte fordelt over hele landet på de ulike flytnings- og asylmottakene de driftet. Ved manglende etterspørsel av deres tjenester skulle hele avdelingen nedlegges. I den forbindelse ble alle ved avdelingen oppsagt. En arbeidstaker gikk til sak mot Hero og anførte usaklig oppsigelse. Spørsmålet var deriblant om Hero hadde adgang til å innsnevre utvelgelses-

¹⁷⁸ Benson(2014) side 442

¹⁷⁹ Rt-1992-776 side 782

¹⁸⁰ Rt-2015-1332 avsnitt 47

kretsen til de enkelte avdelingene. Lagmannsretten har på dette punkt sluttet seg til tingsrettens begrunnelse:

”[...]det ville by på betydelige utfordringer, blant annet fordi det kunne innebære at man for hver enkelt nedleggelse ville måtte vurdere et stort antall ansatte.[...] I tillegg kommer at det hyppigere kunne oppstå usikkerhet med hensyn til fremtidig jobbsituasjon for et større antall ansatte ved flere avdelinger, hver gang en nedleggelsessituasjon oppsto.”¹⁸¹

Tingretten med lagmannsrettens tilslutning bemerket at det kan være praktisk vanskelig å se et stort geografisk område som en utvelgeskrets. Konklusjonen var at unntaket om en snevrere utvelgeskrets avgrenset til avdelingene var saklig.

I de ovennevnte dommene la domstolene vekt på den geografiske spredningen. Særlig i Rt-2015-1332 og LG-2011-174439 virker det som om den geografiske spredningen var et tungtveiende moment. Ved større spredning kan det være mer naturlig å se de ulike enhetene som adskilte og selvstendige.

Selv om de ovennevnte dommene brukte geografisk spredning som argument for unntaket, er det ikke nødvendigvis slik at det vil veie like tungt under andre omstendigheter. RG-1992-426 Block Wathne-dommen er illustrerende. Block Wathne nedbemannet for å sikre fortsatt drift. I denne forbindelse ble tre arbeidstakere ved avdelingen på Notodden oppsagt. Spørsmålet var om det ble lagt for mye vekt på geografiske hensyn ved oppsigelsene av tre ansatte, slik at de ikke var saklige. Om dette uttalte retten på side 433:

”Den samlede rett har ved vurderingen av oppsigelsenes saklighet lagt betydelig vekt på at Block Watne ikke kan sies å ha foretatt noen individuell vurdering av de ansatte og deres forhold i forbindelse med oppsigelsene. Det synes på det rene at bedriften nærmest utelukkende har tatt geografiske hensyn når man har avgjort hvem som skal sies opp.”

Arbeidsgiver hadde blant annet ikke lagt nok vekt på sosiale hensyn og ansiennitet ved utvelgesprosessen slik at oppsigelsene ikke var saklige. Arbeidstakerne ble oppsagt fordi de tilhørte en avdeling med mindre behov for arbeidskraft. Om noen eller alle avdelingene ble vurdert samlet kunne det ført til at andre arbeidstakere ble overtallige. For eksempel anførte arbeidstakerne at ansatte ved avdelingen i Drammen hadde kortere ansiennitet enn de, noe som kunne slått ut i deres favør. Dommen illustrerer at en uforholdsmessig vektlegging av geografiske forhold kan bety at en snevrere krets ikke godtas.

¹⁸¹ TSTAV-2011-25366 side 19

Geografisk spredning fikk heller ikke avgjørende betydning i LH-2015-189365. KappAhl AS hadde cirka 100 butikker og 1050 ansatte fordelt i Norge. Arbeidsgiver fikk ikke medhold at de kunne begrense utvelgelseskretsen til en avdeling, særlig begrunnet i tilfredsstillende saksbehandling.

Eksemplene fra rettspraksis viser at geografisk spredning kan være et tungtveiende moment ved omstendigheter hvor enhetene anses selvstendige selv om de er samme virksomhet. Momentet vil ikke automatisk lede til at unntaket kommer til anvendelse, men er del av en større vurdering der det er viktig av hensyn til saksbehandling og riktig resultat at alle forhold tas i betraktning.

4.4.2 Virksomhetens størrelse

Å bruke hele virksomheten som utvelgelseskrets for større virksomheter vil fort kunne bli en uoversiktlig og uhåndterlig prosess. Virksomhetens størrelse kan tale for at unntaket kommer til anvendelse. Motsatt vil momentet tale imot en innsnevret krets for mindre virksomheter.¹⁸²

Dommene som bruker geografisk spredning som moment angår ofte større virksomheter. Større virksomheter som har flere avdelinger eller butikker vil måtte bruke store ressurser på å se alle arbeidstakere under ett. Et eksempel er RG-2004-222 der Braathens hadde 4000 ansatte spredt rundt i landet. I saken var begge parter enige om at Braathens hadde saklig grunn til å begrense utvelgelseskretsen til de enkelte stasjonene. Et annet eksempel er Rt-2015-1332, hvor Gresvig hadde cirka 2000 ansatte fordelt på 100 butikker. Det virker lite rimelig å måtte gjennomføre en tilfredsstillende vurdering av alle 2000 ansatte ved nedlegging av en butikk. Høyesterett uttalte at:

*”Det kan fort, ikke minst i større selskaper, oppstå store praktiske problemer hvis utvelgelsen skal skje med utgangspunkt i hele selskapet.”*¹⁸³

Fra uttalelsen kan man konkludere at å benytte utgangspunktet om hele virksomheten som utvelgelseskrets kan være særlig problematisk for virksomheter av en viss størrelse. Derfor kan det være enklere for større virksomheter å oppfylle saklighetskravet. Samtidig er det kun et moment i en større helhetsvurdering som må vurderes konkret for hvert tilfelle. Selv for en stor virksomhet er det ikke umiddelbart slik at unntaket kommer til anvendelse.

¹⁸² Dege(1995) side 442

¹⁸³ Rt-2015-1332 avsnitt 42

4.4.3 Virksomhetens økonomiske situasjon

Hvis virksomheten har alvorlige økonomiske problemer har rettspraksis vist at en snevrere utvelgelseskrets enklere kan aksepteres. Uroen som nedbemanningen medfører vil kunne lede til uhåndterbare større økonomiske svekkelser. Ved å benytte en snevrere utvelgelseskrets begrenses omfanget av uroen. Sikring av virksomhetens fremtid vil være fordelaktig både for arbeidstakerne som får beholde arbeidet og av samfunnsøkonomiske hensyn. Majoriteten av virksomhetene som oppfyller saklighetskravet ved nedbemanning etter arbeidsmiljøloven § 15-7 vil ha et dårlig økonomisk utgangspunkt med rom for forbedring. Ved større økonomiske problemer kan dette komme inn som et moment for en snevrere utvelgelseskrets.

Rt-1992-776 var banken ”[...]i en prekær økonomisk situasjon, som krevet svære offentlige tilskudd og drastiske endringer i bankens oppbygging om den skulle ha muligheten for å overleve.”.¹⁸⁴ Bankens store økonomiske problemer, herunder behov for hjelp til å overleve, var et moment som trakk i retning av filialvise utvelgelseskretser.

I RG-2004-222 var Braathens også preget av en ”prekær økonomisk situasjon”. Dette ble vektlagt under helhetsvurderingen. Flertallet trakk paralleller til Rt-1992-776 og kom frem til at unntaket kom til anvendelse.

Selv om begge disse sakene hadde virksomheter i en prekær økonomisk situasjon er det ikke et krav for en snevrere krets, kun et moment.¹⁸⁵

LB-2010-32150 omhandlet nedbemanning av eiendomsmeglere i Exact-kjeden. 10 meglere fra Exact anførte at oppsigelsene var ugyldige. Spørsmålet var om det var saklig å begrense utvelgelseskretsen til kun meglere i Exact-kjeden og holde meglerne i OBOS-megleren utenfor. Exact og OBOS-megleren ble fusjonert til en divisjon i 2008 innenfor konsernet OBOS, og bestod av tre avdelinger: Exact-megleren, OBOS-megleren og Prosjekt.

LB-2010-32150 viser til Rt-1992-776 og Rt-1986-879 som rettslig grunnlag for unntaket. Lagmannsretten fremhever at Exact var i en alvorlig økonomisk situasjon med millionunderskudd. OBOS-megleren gikk med overskudd, men var i en sårbar posisjon. Arbeidsgiver hevdet at dersom ikke en snevrere krets kunne benyttes ville hele virksomheten Exact-OBOS gå konkurs grunnet underskuddet og stansing av bidrag fra OBOS. Lagmannsretten påpekte at den økonomiske situasjonen tilsa at det var stor betydning for virksomheten å kunne begrense uroen og fremme forutsigbarhet for en del av virksomheten. På tross av dette fikk momentet

¹⁸⁴ Rt-1992-776 side 781

¹⁸⁵ Benson(2014) side 426

liten betydning i helhetsvurderingen. Lagmannsretten fant at saksbehandlingen rundt nedbemanningsprosessen ikke var ivaretatt og oppsigelsene var ugyldige.

LB-2010-32150 illustrerer at en alvorlig økonomisk situasjon ikke trenger å være utslagsgivende for en innskrenket krets. Andre momenter ved helhetsvurderingen kan få avgjørende betydning.

At en prekær økonomisk situasjon ikke automatisk innebærer at innsnevringen er saklig ble tatt opp i LE-2011-31713-2. Saken omhandlet nedbemanning i SAS og om utvelgelseskretsen benyttet ved oppsigelsene var saklig. Lagmannsretten kom frem til at oppsigelsen var ugyldig på tross av virksomhetens økonomiske situasjon ettersom saksbehandlingen ikke var tilfredsstillende. Lagmannsretten uttalte:

”Selv om selskapets prekære situasjon ikke kan begrunne at saklighetskravet settes til side, må den tillegges vekt når kretsen skal bestemmes. I en slik situasjon kan ikke de ansatte kreve at kretsen bestemmes slik at selskapet må gjennomføre en komplisert og tidkrevende vurdering av mange ansatte.”

Av kommentaren og de ovennevnte dommene kan det utledes at desto mer prekær den økonomiske situasjonen er, desto mindre vil arbeidstakernes synspunkt om utvelgelseskretsen vektlegges.

4.4.4 Virksomhetens behov for rask omstilling

Det må vurderes når momentet om behov for rask omstilling vil gjelde. Alle virksomheter kan argumentere at de ønsker en rask omstilling ettersom det vil være økonomisk fordelaktig og tidsbesparende. Det må trekkes en nedre grense mot tilfeller som ikke har like stort behov for en rask omstilling.

For momentet knyttet opp mot virksomhetens behov for rask omstilling krever det at virksomheten er av en viss størrelse.¹⁸⁶ Mindre virksomheter vil ikke ha de samme tidskrevende og økonomiske problemene som større virksomheter vil ha ved å se hele virksomheten som en utvelgelseskrets. Virksomheter med større økonomiske problemer vil også ha større behov for rask omstilling ettersom det ikke er sikkert de vil overleve en langvarig prosess.

I RG-2004-222 ble behovet for rask omstilling fremhevet av flertallet i lagmannsretten. Mens Konkurransetilsynet vurderte SAS' oppkjøp av Braathens, så Braathens behovet for å nedbe-

¹⁸⁶ Jakhelln(2011) side 979

manne, men avventet av hensyn til SAS' interesser. Under behandlingsperioden var det kommunikasjonsforbud mellom Braathens og SAS. Braathens ville ikke gjøre noe i strid med SAS sine ønsker. Når oppkjøpet ble godkjent var det nødvendig å igangsette nedbemanningsprosessen veldig raskt for å unngå konkurs og unntaket om en snevrere krets kom til anvendelse.

4.4.5 Praktiske problemer ved å se hele virksomheten som en krets

Praktiske problemer ved å se hele virksomheten som en krets kan være et relevant moment. I RG-1998-1415 var momentet en del av helhetsvurderingen. Lincoln Electric Norge AS, et datterselskap av et amerikansk konsern, hadde en avdeling i Stavern og en i Andebu. Det ble nødvendig å nedlegge Stavern-avdelingen. 45 produksjonsarbeidere og 2 lagerarbeidere ved Stavern-avdelingen ble oppsagt. Spørsmålet var om arbeidsgiveren hadde benyttet en for snevret utvelgeskrets ettersom Stavern-avdelingen ble vurdert uten å ta i betraktning Andebu-avdelingen. Retten konkluderte at unntaket kom til anvendelse. Stavern kunne være en utvelgeskrets blant annet ettersom det var praktisk vanskelig å se avdelingene samlet. Før 1991 hadde det vært to forskjellige virksomheter og de drev med vesensforskjellig produksjon, henholdsvis montering i Stavern og sveising i Andebu. Dette momentet, sammen med tidligere praksis og opplæringsbehov, talte for en snevrere utvelgeskrets.

I LE-2011-31713-2 gjennomgikk SAS en nedbemanningsprosess. SAS og fagforeningene var uenige om hvordan avdelingene som utgjorde utvelgeskretsene skulle defineres, men det var enighet om at unntaket om en innsnevret utvelgeskrets var saklig. Begrunnelsen fra dommen var at SAS var *"[...]bygd opp med mange spesialiserte funksjoner"* og kunne derfor ikke ses på som en utvelgeskrets. Lagmannsretten mente det naturlige var at det *"[...]måtte opereres med mindre enheter bestemt etter funksjon slik at selskapet kontinuerlig var operativt."*

4.4.6 Vid krets vanskeliggjør å beholde nødvendig kompetanse og kvalifikasjoner

En innsnevring av utvelgeskretsen til avdelinger der det er ulike oppgaver innebærer at virksomheten kan unngå å ramme avdelinger med særskilt kompetanse. De avdelingene som innehar spesiell kompetanse forblir upåvirket for å styrke virksomhetens økonomi.

Spesielle kvalifikasjoner var et viktig moment i LA-1998-154. Saken omhandlet nedbemanning ved en virksomhet som arbeidet med postordresalg, markedsføringsrådgivning etc. Som følge av ordredgang måtte virksomheten fjerne stillinger i pakkeavdelingen. 19 av 24 ansatte i pakkeavdelingen ble oppsagt. Den ene arbeidstakeren gikk til sak mot virksomheten og hevdet at oppsigelsen var ugyldig, blant annet på grunnlag av det var usaklig å begrense utvelgeskretsen. De ansatte på pakkeavdelingen ble vurdert opp mot hverandre. De to andre avdelingene, puncheavdelingen og telefonselgeravdelingen, var ikke med i utvelgeskretsen. Lagmannsretten konkluderte at virksomheten hadde saklig grunn til å avgrense utvelgeskretsen.

kretsen til avdelingen. Virksomheten kunne dermed benytte avdelingsansiennitet i stedet for bedriftsansiennitet. Om begrunnelsen uttalte Lagmannsretten:

”Arbeidet på avdelingene var vesensforskjellige, og oppgavene på puncheavdelingen krevde spesielle kvalifikasjoner.[...] Det er sannsynlig at oppsigelser ved puncheavdelingen og ansettelse av lagerarbeidere der ville ført til store vanskeligheter.”

Det avgjørende var at oppgavene var vesensforskjellige og å benytte utgangspunktet om hele virksomheten som utvelgeskrets ville føre til store vanskeligheter.

I RG-1998-1415 drev de to avdelingene til Lincoln Electric med vesensforskjellig produksjon. Arbeidstakerne i Stavern hadde ikke den nødvendige kompetansen og kvalifikasjoner for å utføre sveisearbeid i Andebu-avdelingen. Dette talte for å innsnevre utvelgeskretsen til Stavern-avdelingen.

4.4.7 Enighet med tillitsvalgte eller andre ansattes representanter

Rettspraksis viser at enighet mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte eller andre ansattes representanter om innsnevring av utvelgeskrets kan tale for at den er saklig. Det er de ansattes representanter som taler deres sak. Hvis de ikke har innvendinger mot unntak fra hele virksomheten som utvelgeskrets kan man i større grad anta at de ansattes interesser vil være ivaretatt. I Rt-2001-71 side 82 uttalte Høyesterett at *”[...]domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet.”* Dommen omhandlet utvelgeskriterier, men uttalelsen har også betydning for utvelgeskretsen.

I Rt-1992-776 var det foretatt drøftelser med omstillingsutvalget som ble opprettet. Høyesterett la vekt på at omstillingsutvalget og de ansatte *”[...]i hvert fall ikke hadde avgjørende innvendinger mot de fremgangsmåter som ble valgt.”*¹⁸⁷

I LG-2014-205435 skulle Helse Førde utvikle post 4 sikkerhetsavdelingen ved Psykiatrisk helsevern ved Tronvik, som igjen var en avdeling underlagt psykiatrisk klinikk i Førde i Høyanger kommune. Psykiatrisk helsevern ved Tronvik bestod av to andre poster. Spørsmålet var om oppsigelse av en arbeidstaker på post 4 var gyldig. Arbeidstaker anførte at oppsigelsen var ugyldig ettersom det var benyttet en for snever utvelgeskrets. Arbeidsgiver bestred dette.

¹⁸⁷ Rt-1992-776 side 781

Det var ikke omstridt at avviklingen av posten var saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Det var heller ikke omstridt at arbeidsgiver kunne begrense utvelgeskretsen basert på geografisk beliggenhet til Tronvik og Førde. Det sentrale var om arbeidsgiver kunne begrense utvelgeskretsen til ufaglærte i pleien i avdeling Tronvik og Førde. Arbeidstaker mente at utvelgeskretsen måtte omfatte alle ufaglærte i Tronvik og Førde.

Ved vurderingen om innskrenkningen var saklig la lagmannsretten vekt på at det var enighet mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet. Virksomheten var bundet av Hovedavtalen Spekter og LO Stat.

Om omstillingsutvalget som ble opprettet uttalte lagmannsretten at det ble laget en *”tidsplan for prosessen. Det ble ført protokoller fra møtene i det lokale omstillingsutvalget og det overordnede utvalget. Tillitsvalgte var godt representert i begge utvalg.”*. Omstillingsutvalget og prosessen ga inntrykk av en grundig og ryddig gjennomgang med målsetning om å ivareta begge parters interesser. Lagmannsretten kom frem til at arbeidsgiver kunne begrense utvelgeskretsen, og vektla:

”[...]problemstillingene rundt utvalgskrets ble inngående diskutert i det lokale omstillingsutvalget på Tronvik og det overordnede utvalget i Førde, og at representantene fra vernetjenesten, Norsk Sykepleierforbund og Fagforbundet alle var enige om å avgrense utvalgskretsen til «ufaglærte i pleien». Begrunnelsen for avgrensingen var at prosessen ellers ville omfatte svært mange ansatte, skape uro, og at man i lang tid ville ha gående prosesser med forskyvning.”

I forkant av oppsigelsene var det dermed enighet mellom arbeidsgiver og tillitsmannapparatet. Det ble også poengtert at enigheten vedvarte i etterkant av oppsigelsene når omstillingsprosessen ble vurdert. Ved vurderingen var det kjent at arbeidstakeren hadde påklagd oppsigelsens saklighet, uten at dette fikk partene til å endre mening. Lagmannsretten kom med en konkret uttalelse på vektleggingen av momentet:

”Lagmannsretten legger stor vekt på at det ikke fremkommer noe som tyder på at det har vært uenighet eller innsigelser med hensyn til den utvalgskretsen og de utvalgskriteriene som var lagt til grunn, noen steder i det tidsnære og skriftlige materialet fra omstillingsutvalgenes arbeid.

Etter lagmannsrettens vurdering må denne enigheten mellom arbeidsgiversiden og tillitsvalgte om å begrense utvalgskretsen til ufaglærte i pleien, veie tungt ved saklighetsvurderingen.”

Det var ingen skriftlige dokumenter utarbeidet av omstillingsutvalget som tilsa uenighet om innsnevring av utvelgelseskretsen. Dommen viser viktigheten av skriftlig dokumentasjon ved nedbemanningsprosesser. Hadde det stått at det var uenighet rundt problemstillingen hadde utfallet kunnet bli annerledes. Den forsvarlige behandlingen ble avgjørende for å tillate en innsnevring av utvelgelseskretsen.

I LG-2015-145730 var enighet med tillitsvalgte vurdert av lagmannsretten.¹⁸⁸ Her foretok Posten Norge AS en omorganisering der 10 geografisk nærliggende distribusjonsheter ble slått sammen to og to. Ved utpeking av ny distribusjonsleder og nestleder ble de nye distribusjonshetene benyttet som hver sin utvelgelseskrets. En distribusjonsleder med 18 års ansiennitet hadde kortest ansiennitet i sin utvelgelseskrets og ble oppsagt. Hun hevdet oppsigelsen var usaklig begrunnet i for snever utvelgelseskrets.

Lagmannsretten kom til at det ikke var saklig å begrense utvelgelseskretsen, oppsigelsen var ugyldig. De ti distribusjonslederne ble ikke vurdert i en krets, men i fem. Som objektivt utvelgelseskriterium er ansiennitetsprinsippet med på å skape forutberegnelighet, men ved å innsnevre kretsene mister man forutberegneligheten. Dette fordi to med lang ansiennitet kan plasseres i samme krets, slik at en av disse mottar oppsigelse mens en med kortere ansiennitet får beholde arbeidet ettersom vedkommende er plassert i en annen krets. For arbeidstakerne vil det være vanskelig å forutberegne sin posisjon, og avhengig av hvordan avdelingene blir dannet kan utfallet virke vilkårlig. Dette talte imot at unntaket kom til anvendelse. Retningslinjene for nedbemanningen var utarbeidet sammen med fagforeningene i Posten med tariffavtale. Lagmannsretten påpeker at dette:

"[...]ikke i seg selv et nødvendig eller tilstrekkelig kriterium for at retningslinjene tilfredsstiller kravet til saklighet, men domstolen bør vise en viss tilbakeholdenhet med å overprøve avtaler som begge partene i arbeidslivet er enige om."

Etter en helhetsvurdering fant lagmannsretten at selv om drøftelsene med tillitsvalgte og tidligere praksis talte for en innsnevring, så talte momentene mot sterkere. Om Posten hadde vurdert alle som en krets, i stedet for fem, så hadde det ikke skapt mer uro i virksomheten samt at forutberegneligheten ble ivaretatt. Fremgangsmåten til Posten ble ansett urimelig og innsnevring var ikke saklig. Dommen viser at selv om enighet med tillitsvalgte er et relevant moment, kan det tenkes tilfeller der andre momenter i helhetsvurdering trekker i motsatt retning og fører til et annet resultat. Det er ingen automatikk at momentet får avgjørende betydning.

¹⁸⁸ Anke til Høyesterett fremmet til behandling, HR-2016-1933-U

4.4.8 Utilfredsstillende saksbehandling ved utvelgelsesprosessen

Saksbehandlingen kan ha stor påvirkning i saklighetsvurderingen.¹⁸⁹ Dersom saksbehandlingen ikke har vært tilfredsstillende kan det skape tvil om beslutningen har vært tilstrekkelig opplyst for å ivareta arbeidstakers rettigheter. Mangelfull saksbehandling fører ikke umiddelbart til ugyldig oppsigelse, men må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle for å se innvirkningen på resultatet.¹⁹⁰

Utilfredsstillende saksbehandling var et relevant moment i LE-2011-31713-2. Spørsmålet var om SAS hadde benyttet en for snever utvelgelseskrets ved nedbemanningsprosessen slik at oppsigelse av arbeidstakeren ikke var saklig jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7. SAS var i en prekær økonomisk stilling og det ble besluttet å iverksette en nedbemanningsprosess samt omorganisere. I møte 18. mars 2009 var ledelsen og fagforeningene enige om at oppsigelser ikke kunne unngås. I møteprotokollen fremkommer det at det var enighet at det naturlige utgangspunktet for utvelgelseskretsene ville være avdelingene, og de endelige utvelgelseskretsene ville bli fastslått i løpet av kort tid. Avdelingene SAS hadde lagt opp til i møtet var de 9 eksisterende avdelingene på den tiden, der Planning var en av disse. Arbeidstakeren arbeidet i avdelingen Planning, men i etterkant av møtet ble det bestemt at en ny avdeling ASC skulle skilles ut fra denne og arbeidstakeren ble med i denne nye avdelingen. I stedet for å bli vurdert opp mot de eksisterende avdelingene ved møtetidspunktet benyttet SAS seg av ASC som en utvelgelseskrets.

Lagmannsretten nevner i dommen at det opplegget som fremgikk av møtet hadde oppfylt saklighetskravet. Ettersom SAS hadde fraveket dette ble spørsmålet om utvelgelseskretsen hadde gjennomgått en forsvarlig saksbehandling, siden arbeidstakeren ikke ble vurdert opp mot de andre i Planning. SAS var klar over at As fagforening hadde et avvikende syn da representanten gjentatte ganger skriftlig hadde gitt uttrykk for at avdelingen Operations, som Planning var en del av, måtte betraktes som en utvelgelseskrets. Lagmannsretten fastslo at dersom SAS var uenig pliktet de å formidle sitt synspunkt til fagforeningen. Ifølge protokollen skulle SAS ha drøftet den nye utvelgelseskretsen ASC med fagforeningene for å være enige. Selv om situasjonen ble forverret mente lagmannsretten at protokollen måtte gjelde. Lagmannsretten konkluderte:

"[...]SAS har lagt til grunn en annen utvelgelseskrets enn den som fulgte av en naturlig fortolkning av protokollen, og uten å gjennomføre de forhandlinger som fagforeningen ba om, og som SAS var forpliktet til etter protokollen."

¹⁸⁹ Johansen(2015) side 853

¹⁹⁰ Fanebust(2001) side145-146

Konsekvensen av å benytte ASC som utvelgeskrets var at arbeidstakeren ikke ble vurdert opp mot den kretsen han var tilknyttet siden 1991. SAS sin prekære økonomiske situasjon endret ikke lagmannsrettens syn. Fra møtet til oppsigelsen av arbeidstakeren gikk det 1 år, hvilket hadde vært tilstrekkelig tid til å gjennomføre saksbehandling i tråd med protokollen.

I LH-2015-189365 la KappAhl AS ned avdelingen på Pyramiden. Tre arbeidstakere som arbeidet i avdelingen ble oppsagt. De var ansatt av KappAhl AS, ikke av avdelingen. Det forelå saklig grunn å nedlegge avdelingen. Spørsmålet var om det var saklig å innsnevre utvelgeskretsen til avdelingene. Dommen ble avsagt under dissens 3-2. Flertallet fant at KappAhl ikke hadde rett til å innsnevre utvelgeskretsen. I dommen støtter flertallet seg til Rt-2015-1332 for fremgangsmåten til saklighetsvurderingen. De påpeker at alle tilfeller må vurderes konkret. Dommen benyttes som utgangspunkt for hvilke momenter som anses sentrale, for så å systematisk ta for seg momentene. Om betydningen av tilfredsstillende saksbehandling generelt uttaler lagmannsretten:

”Saksbehandlingen inngår som et moment i den samlede vurderingen av om det var rimelig og tungtveiende å anvende avdelingsvis utvelgelse ved oppsigelse av de ankende parter, og ikke som et selvstendig grunnlag for ugyldighet.”

Nedlegging av avdelingen ble besluttet i november 2013, og endelig vedtatt i januar 2014. Verken ansatte eller hovedtillitsvalgte hadde blitt informert. Leiekontrakten ble oppsagt 1. juli 2014, og ville utløpe 1. juli 2015. HR-ansvarlig ble først orientert om nedleggelsen i august, noe flertallet stiller seg kritisk til, ettersom det ville innebære store konsekvenser for de ansatte. HR-ansvarlig informerte deretter butikksjefen, og besluttet at de skulle avholde møte med de ansatte 9. september. KappAhl bestemte seg for å imøtekomme utleiers ønske om å flytte ut allerede oktober 2014, noe HR-ansvarlig fikk vite kort tid før møte med de ansatte. Lokale tillitsvalgte ble ikke informert om nedleggelsen før dagen før møtet.

Flertallet konkluderte at saksbehandlingen ikke var håndtert tilfredsstillende. Reglene om drøftingsmøte etter hovedavtalen var ikke overholdt og alle avgjørelser om nedleggelse og oppsigelser var tatt. De ansatte mistet dermed muligheten til å ha reell innflytelse over prosessen, noe flertallet fant svært kritikkverdig. KappAhl holdt nedleggelsen skjult for de ansatte og HR-ansvarlig, og drøftet heller ikke nedleggelsen med tillitsvalgte. Drøftelsene mellom HR-ansvarlig og de ansatte skjedde ikke før etter endelig avgjørelse om nedleggelse var tatt og etter ledelsen hadde godtatt tidlig utflytting. Dermed kunne ikke de ansatte ivareta sine interesser. Flertallet påpeker at det ikke med sikkerhet kan fastslås hva som ville kommet ut av drøftelsesmøtene, men de ville i det minste hatt anledning til å påvirke prosessen. De individuelle drøftelsesmøtene etter arbeidsmiljøloven § 15-1 ble foretatt mellom de ansatte og

arbeidsgiver, men flertallet fant at det ikke ble gjort reelle drøftelser slik at dette også utgjorde en del av den utilfredsstillende saksbehandlingen. Etter en helhetsvurdering kom flertallet frem til at det ikke var saklig grunn til å begrense utvelgelseskretsen. Flertallet vektla utilfredsstillende saksbehandling, at virksomheten ikke var i en prekær situasjon og manglende drøftelser med tillitsvalgte.

Mindretallet vurderte momentene annerledes og mente å finne støtte for sitt syn i Rt-2015-1332 der tidligere praksis ble vektlagt i større grad. De utdypet at saksbehandlingen ikke ville hatt innvirkning på utfallet ettersom avdelingsvis nedbemanning var etablert praksis i virksomheten. I tillegg mente de at å benytte en geografisk avgrenset utvelgelseskrets i motsetning til avdelingsvis ville innebære en for omfattende oppgave for virksomheten, med henvisning til Rt-2015-1332.

Etter en vurdering av LH-2015-189365 får man inntrykk av at mindretallet støtter seg i stor grad opp mot Rt-2015-1332 og avveiningene Høyesterett gjør i den aktuelle saken. Som tidligere høyesterettspraksis og juridisk teori viser skal hver enkelt sak vurderes konkret.¹⁹¹ Vektlegging av momenter i et tilfelle kan slå ulikt ut i et annet, avhengig av faktum i saken. Mindretallet burde derfor utvise forsiktighet ved å begrunne vektlegging av momentene i lys av annen rettspraksis. Deriblant fordi i Rt-2015-1332 var virksomhetens økonomi ”svært vanskelig”¹⁹², i motsetning til i LH-2015-18936 der virksomheten ikke var i en prekær økonomisk situasjon. I tillegg var Gresvig ikke bundet av tariffavtale, slik KappAhl var.

4.4.9 Drøftelser med omstillingsutvalget

Drøftelser med omstillingsutvalget kan være et relevant moment i helhetsvurderingen. Dette var tilfellet i LG-2014-205435 hvor lagmannsretten la stor vekt på at det ikke var uenighet eller innsigelser om utvelgelseskretsen mellom arbeidsgiver og omstillingsutvalget.

Høyesterett la også vekt på drøftelser med omstillingsutvalget i Rt-1992-776 side 781 der de uttalte at:

”Den opprettet bl a et omstillingsutvalg[...] Jeg finner det ikke nødvendig å ta stilling til om utvalget - og dermed de ansattes tillitsvalgte - i sitt videre arbeid også direkte sluttet seg til forslaget om oppsigelser av overtallige ansatte ved nedleggelse av filialer. Vesentlig for meg er at banken bl a gjennom utvalget - og hermed i nær kontakt med de ansatte - ut fra den prekære situasjon som gjaldt hele bankens fremtid, på best mulig måte søkte å sikre både ban-

¹⁹¹ Eksempelvis Fougner(2011) side 315, Rt-2015-1332 avsnitt 42

¹⁹² Rt-2015-1332 avsnitt 55

kens og de ansattes interesser, og at de ansatte i hvert fall ikke hadde avgjørende innvendinger mot de fremgangsmåter som ble valgt.”

Omstillingsutvalget bestod av to ansattes tillitsvalgte og to fra bankens ledelse. Det talte i arbeidsgivers favør at omstillingsutvalget søkte å ivareta begge parter interesser og at de tillitsvalgte støttet prosessen.¹⁹³

4.4.10 Tariffavtale som regulerer spørsmålet

Der virksomheten er bundet av tariffavtale er dette et moment i helhetsvurderingen. Ved å binde seg til tariffavtale er styringsretten ytterligere innskrenket.¹⁹⁴ I Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017 § 8-2 står det:

”Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn.”

Bestemmelsen forstås slik at ansiennitet i virksomheten er utgangspunktet for utvelgelse. Arbeidsgiver skal som utgangspunkt se hele virksomheten samlet og vurdere oppsigelser etter ansiennitetsprinsippet. Unntaksvis kan innsnevring fra bedriftsansiennitet til avdelingsansiennitet være saklig, eksempelvis RG-1990-1098. I NHOs kommentarer tilknyttet bestemmelsen utdypes det:

”Ansiennitet kan beregnes for hele bedriften eller bare for en avgrenset del, avdeling e.l. Det vil her være avgjørende hva som er hensiktsmessig og fornuftig (saklig) og ikke minst hvilke prinsipper man tidligere har lagt til grunn ved permitteringer og oppsigelser. Dersom partene lokalt kan bli enige om hvorledes ansienniteten i denne forbindelse skal håndteres, vil det selvsagt være av stor betydning.”¹⁹⁵

Bedriftsansiennitet står sterkt i tariffavtalen. Som arbeidstakerorganisasjon har LO et mer restriktivt syn på bruken av en snevrere utvelgelseskrets:

”[...]avtaler som generelt knytter ansiennitetsprinsippet til en snever utvelgelseskrets, vil lett bryte med hovedavtalen. Det er derfor grunn til å advare sterkt mot å skrive under på protokoller som går ut på at nedbemanning generelt skal skje avdelingsvis, innenfor et bestemt geografisk område eller innenfor en bestemt kategori arbeidstakere.”¹⁹⁶

¹⁹³ Fougner(2011) side 315

¹⁹⁴ RG-1990-1098 side 1104

¹⁹⁵ Hovedavtalen LO-NHO, NHOs kommentarer side 29

¹⁹⁶ Hovedavtalen LO-NHO, LOs kommentarer side 195-196

Kommentarene viser viktigheten av å begrunne hvorfor det er saklig å begrense utvelgelseskretsen. En godt utredet vurdering der alle relevante momenter er tatt i betraktning kan avgjøre om unntaket kommer til anvendelse eller ikke.

Siden bestemmelsen kom i 1982 har LO og NHO hatt ulike synspunkter, slik de respektive kommentarene ovenfor illustrerer.¹⁹⁷ Arbeidsretten kom med en oppklaring på området med ARD-2016-17. Dommen gjaldt forståelsen av Hovedavtalen § 8-2 om ansiennitet og hvilken utvelgelseskrets som skulle legges til grunn. Nokas AS nedbemannet som følge av endring i avtale med oppdragsgiver og innsnevret utvelgelseskretsen til den aktuelle avdelingen. LO og Norsk Arbeidsmandsforbund anførte at det ikke var saklig å begrense utvelgelseskretsen. NHO og Nokas bestred dette. Arbeidsretten kom frem til at Hovedavtalen § 8-2 skal tolkes slik at det er virksomheten som er utgangspunktet for utvelgelseskretsen, men denne kan begrenses dersom det er saklig grunn. Dette var i overensstemmelse med Rt-2015-1332. Avklaringen var viktig ettersom NHO og LO hadde ulike tolkninger av bestemmelsen, og problemstillingen ikke hadde vært oppe i Arbeidsretten.¹⁹⁸ Før dommen kunne man, for virksomheter bundet av tariffavtale, ha argumentert med at det ikke var slik at det klare utgangspunktet var virksomheten, og denne kunne innsnevres ved saklig grunn. Etter en helhetsvurdering konkluderte Arbeidsretten at det ikke var saklig å begrense utvelgelseskretsen til avdelingen.

RG-1990-1098 Spennbetong-dommen omhandler nedbemanning av 21 av 88 produksjonsarbeidere ved en betongelementfabrikk. Virksomheten var delt inn i åtte arbeidsstasjoner, og utvelgelseskretsen var innsnevret til disse åtte. Seks av de oppsagte gikk til sak og mente oppsigelsene var omstridt ettersom ansiennitetsprinsippet var fraveket. Spørsmålet var om oppsigelsene var saklig begrunnet.

Lagmannsretten kom frem til at nedbemanningen var saklig begrunnet i virksomhetens forhold, men det måtte utredes om utvelgelseskretsen var saklig. Etter en helhetsvurdering fant flertallet at oppsigelsen for fire av de ansatte var usaklig, mens de to andre var saklig. Partene var bundet av Hovedavtalen LO-NAF(NHO) som kunne sette føringer for adgangen til innsnevringen. Hovedavtalens § 9-9 angir føringer for utvelgelse ved driftsinnskrenkninger og sier at «[v]ed oppsigelse på grunn av innskrenkninger/omlegninger skal ansienniteten, under ellers like vilkår, følges.». Bestemmelsen innebærer at når arbeidstakerne stiller likt må ansiennitet være avgjørende. Om rekkevidden uttaler lagmannsretten på side 1105:

¹⁹⁷ ARD-2016-17 avsnitt 66

¹⁹⁸ Schjødt(2016)

”Nøkkelen til svaret på ansiennitetsprinsippets rekkevidde ligger i forbeholdet «ellers like vilkår». Bedriftens behov, kvalifikasjoner hos de ansatte og sykefravær og også sosiale og menneskelige hensyn, vil være omstendigheter som kan tilsi at ansienniteten ikke uten videre skal være avgjørende.”

Bak ansiennitetsprinsippet er det motstridende hensyn tilknyttet arbeidsgivers ønske om en effektiv prosess og arbeidstakers krav på tilfredsstillende utvelgelse. Om ansiennitetsprinsippet er fulgt inngår i saklighetsvurderingen Lagmannsretten sier på generelt grunnlag at man kan *”[...]tillate avdelingsvise oppsigelser, dersom det ville medføre vesentlige driftsmessige farer eller ulemper å overføre de ansatte fra en avdeling til en annen[...] Hvor bedriften kan tåle det må derimot bedriftsansiennitet normalt følges.”*¹⁹⁹ Uttalelsen om utgangspunktet for når bedriftsansiennitet kan fravikes er sentral.²⁰⁰ En lik sammenfatning fremkommer i en artikkel av Jakhelln fra 1967.²⁰¹ Jakhelln tilføyer at tålegrensen til virksomheten må ta i betraktning lengden på de berørte arbeidstakernes ansiennitet sett opp mot virksomhetens økonomiske stilling. Vurderingen er eksempelvis benyttet i LH-2003-13169.

I LH-2003-13169 ble en ansatt i Bravida Nord AS oppsagt grunnet nedbemanning i virksomheten. Det var ikke omtvistet at Bravida hadde saklig grunn til å innskrenke utvelgelseskretsen til det geografiske området avdeling i Sortland. Arbeidstakeren krevde kun å vurderes opp mot stillinger i Sortland. Spørsmålet var om Bravida hadde saklig grunn til å innskrenke utvelgelseskretsen til en stillingskategori. Lagmannsretten kom frem til at oppsigelsen var usaklig.

Bravida var bundet av Hovedavtalen mellom NAVO og LO der § 36 sier at *”ansiennitet [kan] fravikes når det foreligger saklig grunn”*. Det innebærer at bedriftsansiennitet kan fravikes dersom det etter en helhetsvurdering er saklig.

Lagmannsretten fant at det på generelt grunnlag ikke var restriksjoner for å benytte stillingskategorier som utvelgelseskreter. Konsekvensen for arbeidstakeren var at han kun ble vurdert opp mot en planlegger, og ikke opp mot telemontørene. Planleggeren hadde lenger ansiennitet enn vedkommende, men ovenfor telemontørene hadde han lengre ansiennitet enn åtte av dem. Arbeidstakeren var i stilling som planlegger og hadde fagbrev som telemontør. Han mente han skulle vært vurdert opp mot de andre telemontørene i tillegg. Lagmannsretten konkluderte at telemontørene var en vesentlig og relevant stillingsgruppe han skulle ha blitt vurdert opp

¹⁹⁹ RG-1990-1098 side 1105

²⁰⁰ Johansen(2015) side 851

²⁰¹ Jakhelln(2000) side 749

mot. Bravidas vanskelige økonomiske situasjon var ikke et tungt nok motargument. Om tariffavtalens betydning uttalte lagmannsretten:

”Tariffavtalens overordnede norm vedrørende anvendelsen av ansiennitet ved nedbemanning var også gjeldende for den individuelle arbeidsavtalen. Det er således ved vurderingen særlig lagt vekt på at arbeidsgivers avgrensing av ansiennitetsområdet både avdelingsvis og i forhold til stillingskategorier innebar en så sterk svekkelse av tariffavtalens ansiennitetsbestemmelse at den i praksis nærmest var bortfalt[...]”

Lagmannsretten avveide bruddet med tariffavtalen opp mot vesentlige driftsmessige hensyn, men fant at det ikke kunne føre til saklighet.

4.4.11 Tidligere praksis i virksomheten

For virksomheter som tidligere har utført nedbemanningsprosesser vil den etablerte praksisen være et moment i helhetsvurderingen. Hvordan virksomheten har opptrådt kan sette føringer for hvordan utvelgelseskretsen skal defineres.

I Rt-2015-1332 fikk Gresvig medhold i en innsnevret utvelgelseskrets blant annet basert på tidligere praksis. Høyesterett uttalte:

”[...]selskapet ved nedbemanninger har forholdt seg til at den enkelte butikk som berøres er utvelgelseskrets, og at selskapet har forholdt seg slik også ved avvikling av butikker. Denne praksis har vært fulgt konsekvent siden 2009, og har berørt et stort antall ansatte.”²⁰²

På generelt grunnlag påpekes det at man ikke kan vite eller i etterkant avgjøre om den tidligere praksisen har oppfylt saklighetskravet:

”Det foreligger imidlertid ikke til avgjørelse om alle de oppsigelser som denne praksis førte til, var saklig begrunnet. Den praksis som har vært fulgt, kan heller ikke prøves på prinsipielt grunnlag. Det avgjørende vil alltid måtte være om de oppsigelser som anvendelsen av den aktuelle praksis i det konkrete tilfellet fører til, tilfredsstillende saklighetskravet i § 15-7.”²⁰³

Ettersom man ikke kan vite om den tidligere praksisen har oppfylt saklighetskravet er det viktig å foreta en konkret vurdering i hvert tilfelle der alle de relevante momentene er tatt i be-

²⁰² Rt-2015-1332 avsnitt 44

²⁰³ Rt-2015-1332 avsnitt 45

traktning for å avgjøre om unntaket kommer til anvendelse. Høyesterett benytter seg av denne fremgangsmåten i dommen:

*”Det er likevel klart at en innarbeidet praksis i bedriften etter omstendighetene vil måtte tillegges betydelig vekt. Ikke minst må dette være tilfellet når begrensningen av utvelgelseskretser bygger på kriterier som normalt vil føre til at begrensningen anses saklig.”*²⁰⁴

Høyesterett faller dermed tilbake på at tidligere praksis er et relevant moment i helhetsvurderingen, som sammen med andre relevante momenter kan begrunne at unntaket kommer til anvendelse. Etter denne utredningen ser de momentet i sammenheng med de andre momentene som samlet taler for en innsnevret krets.

Tidligere praksis ble også vurdert i LA-1998-154 der virksomheten hadde saklig grunn til å begrense utvelgelseskretsen til avdelingene. Lagmannsretten nevnte at et moment som talte for dette resultatet var at avdelingsansiennitet også ble benyttet året før ved nedbemanning i administrasjonen.

Det kan oppstå tilfeller der arbeidsgiver ved tidligere praksis har benyttet en innsnevret utvelgelseskrets, men for den aktuelle nedbemanningsprosessen ønsker å benytte utgangspunktet om hele virksomheten. Ved å bruke en videre krets kan det være arbeidstakere som blir oppsagt som ikke ville blitt det om tidligere praksis var fulgt. Om de hevder arbeidsgiver skulle benyttet en snevrere utvelgelseskrets er det usikkert hvordan utfallet ville blitt. Problemstillingen har ikke vært rettslig belyst. Hensyn til de oppsagte arbeidstakerne vil tale for å innsnevre utvelgelseskretsen selv om arbeidsgiver ikke ønsker dette. Forutberegnelighetshensyn kan også tale for en utvelgelseskrets i tråd med tidligere praksis. Ettersom det kun er et av flere momenter, kan det være andre momenter som taler imot en snevrere utvelgelseskrets. Eksempelvis vil tilfredsstillende saksbehandling og enighet med tillitsvalgte kunne vektlegges. Det at det skal tungtveiende grunner til å oppfylle saklighetsvurderingen spiller også inn. Det er usikkert om innsnevringene tidligere har vært saklige, det burde dermed utvises forsiktighet ved vektleggingen. I tillegg vil arbeidstakerne som ville fått oppsigelse etter en snevrere utvelgelseskrets protestere. Utfallet beror på en konkret vurdering av faktum. Arbeidsgiver kan vanskelig sies å bli avskåret valget å benytte utgangspunktet om hele virksomheten som utvelgelseskrets i overtallighetsvurderingen kun grunnet tidligere praksis.

²⁰⁴ Rt-2015-1332 avsnitt 46

4.4.12 Lang opplæringstid

I RG-1998-1415 Lincoln Electric var det saklig å begrense utvelgelseskretsen til Stavern-avdelingen. Et moment som talte i denne retning var at arbeidstakerne måtte gjennomgå opplæring for å arbeide på Andebu-avdelingen. For å få jobb i Andebu var det krav til fagbrev eller lang sveiseerfaring, noe ingen av de oppsagte arbeidstakerne på Stavern hadde. Hvis begge avdelingene utgjorde utvelgelseskretsen ville 13 av 15 produksjonsarbeidere på Andebu skiftes ut etter ansiennitetsprinsippet hvilket ville gått hardt utover effektiviteten.

I RG-2004-222 ble det klargjort at trafikkassistenten som ble nedbemannet ikke ville hatt behov for lang opplæringstid om hun ble flyttet fra billettavdelingen til trafikkavdelingen. Hun ville ikke mestret alle oppgavene umiddelbart, men dette var heller ikke et krav i avdelingen. Spørsmålet var om disse to avdelingene skulle utgjøre en utvelgelseskrets. Dette ville ført til at vedkommende ikke ble oppsagt, men flyttet til trafikkavdelingen. Selv om momentet talte til hennes fordel ble det ikke tillagt stor vekt av flertallet som kom frem til at de skulle vurderes adskilt.

4.4.13 Nylige fusjoner

Om det nylig er inngått fusjoner kan være et relevant moment. Det ble benyttet i Rt-1992-776 og LB-2010-32150. Det ble argumentert i LB-2010-32150 at fusjonen innebar at de hadde sterke indre kulturforskjeller.

4.4.14 Løpende nedbemanningsprosess

Der det ikke er tale om en enkeltstående nedbemanningsprosess, men en løpende en, kan dette tale for at unntaket kommer til anvendelse. Høyesterett uttalte følgende om momentets generelle betydning i Rt-2015-1332 avsnitt 42:

”En prosess som kanskje ikke ville være urimelig tyngende for bedriftene om den kunne gjennomføre som et engangstiltak, vil kunne være vesentlig mer tyngende dersom tilpasningene er stadig tilbakevendende. Resultatet vil lett kunne bli uro og en mangel på opplevd stabilitet, noe som vil kunne få svært negative konsekvenser for selskapet.”

Det er derfor viktig å skille de to tilfellene fra hverandre. Momentet ble benyttet i Rt-2015-1332 avsnitt 49-50:

”Det er heller ikke tale om én nedbemanningsprosess, men snarere om en løpende tilpasning til markedsutviklingen og konkurransesituasjonen.

Gjentatte prosesser som involverer et stort antall ansatte, vil også legge beslag på betydelige ledelsesressurser, og det vil være særlig betenkelig når selskapet er i en omstillingsprosess med sikte på å sikre grunnlag for fortsatt drift.”

Det Høyesterett fremhever kan tolkes i retning av at løpende prosesser kan sette virksomheten i en særlig sårbar posisjon. De ansatte vil oppleve mer uro om alle blir vurdert som overtallige ved hver nedbemanningssituasjon. I tillegg vil det være kostbart og tidkrevende for ledelsen. Behovet for innskrenkende utvelgelseskretser kan i slike tilfeller være større av hensyn til virksomhetens behov for sikring av fremtidig drift og arbeidstakernes behov for stabilitet.

4.5 Oppsummering

Det er adgang til å gjøre unntak fra virksomheten som utvelgelseskrets når arbeidsgiver skal vurdere hvem som er overtallige. Om unntaket er oppfylt beror på om det etter en helhetsvurdering er saklig å benytte en innskrenket utvelgelseskrets ved overtallighetsvurderingen. I helhetsvurderingen benyttes momenter som har utkrystallisert seg fra rettspraksis. Hvilke momenter som er relevante er ikke begrenset til de som fremkommer av dommene. Vektleggingen av momentene vil variere for hvert tilfelle. Generelt vil prekær økonomi, drøftelser med tillitsvalgte og saksbehandling være viktige momenter.

Det er fastslått at virksomheten er utgangspunktet for utvelgelseskretsen som arbeidsgiver vurderer overtallige fra. Det kan gjøres unntak for en innskrenket utvelgelseskrets dersom det er saklig. Det neste blir om det kan gjøres unntak for en utvidet utvelgelseskrets.

5 Utvelgelseskretsens unntak: utvidet utvelgelseskrets

Virksomhetsbegrepet omfatter kun den enkelte virksomhet innenfor et konsern eller nettverk.²⁰⁵ Det kan være tilfeller hvor det er ønskelig å utvide utvelgelseskretsen til konsernet, eller til andre virksomheter dersom det utøves delt arbeidsgiverfunksjon. Problemstillingen er om det er adgang til å gjøre unntak fra utgangspunktet, slik at man kan benytte en utvidet utvelgelseskrets når arbeidsgiver vurderer overtallige.

Problemstillingen er ikke avklart, men det finnes rettspraksis til vilkåret om annet passende arbeid, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd, som kan belyse spørsmålet. Både utvelgelseskretsen og annet passende arbeid benytter virksomheten som utgangspunkt. På tross av

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

dette må det utvises forsiktighet når man drar paralleller ettersom virksomhetsbegrepet kan ha ulik definisjon i bestemmelsene grunnet bakenforliggende hensyn.²⁰⁶

Forarbeidene åpner for unntak for annet passende arbeid dersom det finnes særlig grunnlag i form av delt arbeidsgiveransvar:

”Det vises også til at det etter gjeldende rett er åpning for at arbeidsgiveransvaret etter en konkret vurdering kan plasseres hos flere dersom det foreligger et særskilt grunnlag for det, for eksempel at andre reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner.”²⁰⁷

Utdraget over henviser til gjeldende rett hvilket her innebærer Rt-1990-1126 Wärtsilädommen. Arbeidstaker var ansatt i et norsk datterselskap underlagt et finsk morselskap i et konsern. Datterselskapet ble besluttet nedlagt. I den forbindelse ble arbeidstakeren oppsagt. Spørsmålet var om annet passende arbeid skulle tilbys i morselskapet. Angående virksomhetsbegrepet uttalte Høyesterett:

”[...]morselskapet hadde avgjørende innflytelse på hans lønns- og pensjonsforhold og at han var forpliktet til å følge de direktiver som til enhver tid ble gitt av morselskapets ledelse. Indirekte hadde morselskapet oppsigelses-retten gjennom adgangen til å oppsi avtalen av 1980, og den uformelle oppsigelse[...] kom fra morselskapet.”²⁰⁸

Disse momentene avgjorde at morselskapet, i tillegg til datterselskapet, var arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven. De hadde et delt arbeidsgiveransvar, som igjen åpnet for at annet passende arbeid skulle vært tilbudt i morselskapet. Både datter- og morselskapet ble omfattet av virksomhetsbegrepet i vilkåret. Høyesterett kom frem til at det ikke var annet passende arbeid å tilby ham i morselskapet, og oppsigelsen var gyldig.

Selv om dommen viser at det kan være unntak betyr det ikke at det samme gjelder for utvelgelseskretsen. Rettspraksis har ikke åpnet for at unntak om utvidelse også kan gjøres for utvelgelseskretsen.²⁰⁹ Det finnes ulike hensyn som må vurderes. Prosessen til å vurdere annet passende arbeid i konsernet kan være mindre tidkrevende enn å vurdere hvem som er overtal-

²⁰⁶ Skjønberg(2014) side 46

²⁰⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 76

²⁰⁸ Rt-1990-1126 side 1132

²⁰⁹ Johansen(2015) side 854

lig når man må utvide utvelgelseskretsen til konsernet. Ved annet passende arbeid vurderes det kun hvilke stillinger som er ledige, noe som kan være mindre omfattende.²¹⁰

Dersom det skal være adgang til å gjøre unntak for en utvidet utvelgelseskrets burde det bero på en konkret vurdering. Unntaket om en innskrenket utvelgelseskrets viser at selv om det finnes likhetstrekk ved faktum, kan utfallet bli ulikt. Dersom det etter en konkret vurdering foreligger grunn til å si at det i realiteten har vært et delt arbeidsgiveransvar mellom mor- og datterselskapet må det vurderes om det er saklig å utvide utvelgelseskretsen. Hensynene som gjør seg gjeldende for unntaket til innskrenket utvelgelseskrets vil kunne være veiledende. Eksempelvis forutsigbarhet, begrensnig av uro og om det er en enkeltstående eller løpende nedbemanningsprosess. Virksomheter kan ha en elaborert selskapsstruktur bestående av konsern med flere datterselskaper. Dersom selskapsstrukturen er et forsøk på å omgå utvelgelseskretsens bestemmelser vil det være uheldig å hindre unntak om en utvidet krets der det er saklig. På den annen side vil det være negativt for virksomheten å bli pålagt kostbare og tyngende prosesser, slik en vurdering av flere overtallige kan være. Dersom det skal åpnes for unntak om utvidelse må dette, etter en konkret helhetsvurdering, være i tråd med saklighetskravet.

Konklusjonen er at adgangen til unntak om en utvidet utvelgelseskrets ikke er avgjort.

6 Konklusjon

Når arbeidsgiver vurderer hvem av arbeidstakerne som er overtallige er hovedregelen at hele virksomheten utgjør utvelgelseskretsen. Dersom arbeidsgiver vil benytte en snevrere utvelgelseskrets ved overtallighetsvurderingen må den være saklig, hvilket beror på en konkret helhetsvurdering. Adgangen til å benytte en utvelgelseskrets som er videre enn hele virksomheten er ikke avgjort. Dersom det skal tillates må det bero på om utvelgelseskretsen ved overtallighetsvurderingen er saklig etter en konkret helhetsvurdering.

²¹⁰ Fougner(2016) side 303

Litteraturliste

Juridisk litteratur:

Bøker:

- Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2 utg., 2009.
- Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, 1967.
- Benson, Thomas, *Arbeidsrettsboka*, 2 utg., 2014.
- Berg, Paal, *Arbeidsrett*, 1930.
- Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett. Bind I: Ytre rammevilkår og arbeidsavtalen*, 1995.
- Dege, Jan Tormod, *Den individuelle Arbeidsrett: Del I*, 2009.
- Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold: Krav om "saklig grunn", Forhandlings- og søksmålsordningen, Sanksjonssystemet*, 4 utg., 2001.
- Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven: kommentarutgave*, 2. utg., 2013.
- Fougner, Jan, Camilla Schøyen Borge, Marit B. Frogner, Julie Piil Lorentzen m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, 3 utg., 2016.
- Fougner, Jan, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, Trond Erik Solheim m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, 2 utg., 2011.
- Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Clause A. Lenth (red.) *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utg., 2011.
- Jakhelln, Henning, *Arbeidsrettslige studier: Bind II*, 2000.

- Johansen, Atle Sønsteli, Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven: Kommentarer og praksis*, 2 utg., 2015
- Skarning, Nicolay, Pernille Brusdal, *Oppsigelser på 1-2-3: En praktisk håndbok med eksempler og sjekklister*, 2015.
- Skarning, Nicolay, *Permitteringer og nedbemanning: i praksis*, 2009.
- Skjønberg, Alexander Næss, Erik Hognestad, *Individuell arbeidsrett*, 2014.
- Storeng Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 3 utg., 2014.

Artikler:

- Evju, Stein, ”Saklighet og saklighetsprøvelse - En rettgenetisk studie”, *Arbeidsrett* Volum 10 nr. 1 (2013), s. 82-111 (siteret fra Idunn.no)
- Evju, Stein, ”Arbeidsrett og styringsrett - et perspektiv”, *Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 1* (2003), s. 3-32. (Siteret fra Arbeidsrettsligforening.no <http://www.arbeidsrettsligforening.no/sfiles/85/1/file/bd-1-1-evju.pdf>)
- Fougner, Jan, ”Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn”, *Arbeidsrett* Volum 12 nr. 1 (2015), s. 147-157. (siteret fra Idunn.no)
- Hotvedt, Marianne Jenum, ”Arbeidsrett: utvelgelseskretsen ved nedbemanning – Rt. 2015 s. 1332”, *Nytt i privatretten* Årg. 18 nr. 1 (2016), s. 1-2.
- Hotvedt, Marianne Jenum, ”Arbeidsgiverbegrepet: En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter”, *Arbeidsrett* Volum 12 nr. 2 (2015), s. 159-192. (siteret fra Idunn.no)

Lovgivning:

2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
1977	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. - opphevet (arbeidsmiljøloven av 1977)
1936	Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern - opphevet (arbeidervernloven av 1936)
1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 54 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 64 (2001-2002)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (informasjon om ledige stillinger)
Ot.prp. nr. 78 (1993-94)	Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen
Ot.prp. nr. 50 (1993-94)	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v
Ot.prp. nr. 71 (1991-92)	Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp. nr. 3 (1975-76)	Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp. nr 31 (1935)	Om å utferdige en lov om tilsyn med arbeid
NOU 2004: 5	Arbeidslivslovutvalget: Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
NOU 1996: 6	Arbeidstakers stilling i konsernforhold m.v.

Dommer:

Rettspraksis fra Høyesterett:

Rt-1981-899	
Rt-1984-1058	Nationaltheateret
Rt-1986-879	Hillesland
Rt-1989-508	Spigerverk
Rt-1990-1126	Wärtsilä
Rt-1992-776	Sparebanken Nord
Rt-1998-1357	
Rt-2000-1602	Nøkk
Rt-2001-418	Kårstø
Rt-2001-71	Rasmussen Offshore
Rt-2008-856	Theatercafé
Rt-2009-1456	Senvakt
Rt-2012-168	
Rt-2015-1332	Gresvig

Rettspraksis fra Lagmannsretten og Tingretten:

RG-1990-1098	Spennbetong (Frostating)
RG-1991-1283	(Bergen byrett)
RG-1992-426	Block Wathne (Skien og Porsgrunn byrett)
RG-1993-355	(Frostating)
RG-1998-1415	(Tønsberg byrett)
RG-2004-222	Braathens ASA (LB-2003-775 Borgarting)
RG-2005-784	(LF-2004-31541 Frostating)

LA-1998-154
LA-1999-806
LB-1999-2678
LH-2003-13169
LB-2010-32150
LE-2011-31713-2
LG-2011-174439
LG-2014-205435
LG-2015-145730
LH-2015-189365

Anke til Høyesterett fremmet til behandling, HR-2016-1933-U.

TSTAV-2011-25366

Rettspraksis fra Arbeidsretten:

ARD-1997-201
ARD-2016-17

Andre kilder:

- Aker Solutions, *Aker Solutions Streamlines Subsea Business in Norway* (2016), <http://akersolutions.com/news/news-archive/2016/aker-solutions-streamlines-subsea-business-in-norway/> [sitert 14.03.2016]
- Berglihn, Harald, *NOV kutter kraftig – igjen*, 03.11.2015. <http://www.dn.no/nyheter/naringsliv/2015/11/03/1321/Oljeservice/no-v-kutter-kraftig-igjen> [sitert 28.10.2016]
- Helland, Marit, *It-selskapet Evry kutter 80 stillinger på Fornebu*, 31.08.2016. <http://www.budstikka.no/nyheter/okonomi-og-naringsliv/fornebu/it-selskapet-evry-kutter-80-ansatte/s/5-55-359917> [sitert 28.10.2016]
- ILO-konvensjon nr. 168, *International Labour Organization (ILO)-konvensjon nr. 168 om å fremje sysselsetjing og vern mot arbeidsløyse*. Vedtatt 21. juni 1988. Trådt i kraft 17. oktober 1991. Ratifisert av Norge 19. juni 1990.

- Lie, Christian Høie, *Oljebremsen har blåst bort verdier for over 100 milliarder kroner*, 22.02.2016.
<http://e24.no/boers-og-finans/oljebremsen/oljebremsen-har-blaast-bort-verdier-for-over-100-milliarder-kroner/23621555>
 [sitert 28.10.2016]
- LO, *Hovedavtalen 2014-2017 LO-NHO: Med tilleggsavtaler og kommentarer*,
https://www.lo.no/Documents/Lonn_og_tariff/hovedavtalene/Hovedavtalen%20LO-NHO.pdf
 [Sitert 7.10.2016]
- Lorch-Falch, Sophie, *Kutter opptil 600 stillinger*, 14.03.2016.
 Jan Lilleby, Kristin <http://e24.no/energi/aker-solutions/aker-solutions-varsler-kutt-paa-opptil-600-stillinger/23638187> [sitert 28.10.2016]
 Norli, Victoria Armstrong m.fl.,
- NHO (2014), *Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017: Med tilleggsavtaler og NHOs kommentarer*,
https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/arbeidslivspolitik/hovedavtalen_lo_nho_2014-2017.pdf?id=63088
 [Sitert 7.10.2016]
- Rdir 75/129/EØF Rådets direktiv 75/129/EØF af 17. februar 1975 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser
- Rdir 92/56/EØF Rådets direktiv 92/56/EØF af 24. juni 1992 om ændring af direktiv 75/129/EØF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser
- Rdir 98/59/EF Rådets direktiv 98/59/EF af 20. juli 1998 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser
- Schjødt, *Nyhetsbrev: Utvalgskrets ved nedbemanning* (08.07.2016),
<http://www.schjodt.no/aktuelt/nyhetsbrev/nyhetsbrev-utvalgskrets-ved-nedbemanning/> [sitert 20.10.2016]