



## Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2021-43384

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom
Dato	2021-07-01
Publisert	LB-2021-43384
Stikkord	Arbeidsrett. Oppsigelse. Reell begrunnelse. Saklig. Omstilling. Rasjonaliserings tiltak. Permittering. Covid-19. Arbeidsmiljøloven § 15-7 og § 15-8.
Sammendrag	<p>Saken gjelder gyldigheten av oppsigelse av arbeidsforhold. Et hovedspørsmål var om oppsigelsen reelt var begrunnet i virksomhetens forhold, slik som angitt, eller om den reelt var begrunnet i arbeidstakers forhold. Det ble for det første gjort gjeldende at oppsigelsen skyldtes arbeidstakers sykefravær, jf. arbeidsmiljøloven § 15-8. Det ble videre gjort gjeldende at oppsigelsen reelt sett utgjorde en gjengjeldelse av varsling, samt at den var begrunnet i forhold knyttet til arbeidstakers arbeidsutførelse. Lagmannsretten kom til at det var reelt at oppsigelsen var begrunnet i virksomhetens forhold. Lagmannsretten kom videre til at oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold var saklig. Det forelå et varig omstillingsbehov i retning av digitalisering av tjenestene, ut over perioden med midlertidige smitteverntiltak under koronopandemien. Videre var utvelgelsen saklig, det forelå ikke annet passende arbeid, og det var ikke grunnlag for å sette til side oppsigelsen ut fra en interesseavveining.</p>
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2020-138423 – Borgarting lagmannsrett LB-2021-43384 (21-043384ASD-BORG/03).
Parter	A (advokat Sven Ivar Sanstøl) mot [virksomhet1] AS (advokat Jan-Erik Grundtvig Sverre).
Forfatter	Lagdommer Thom Arne Hellerslia, lagdommer Hedda Remen og lagdommer Dag Arne Ruud.

---

**Innholdsfortegnelse**

<b>Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2021-43384 .....</b>	<b>1</b>
<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>2</b>
<b>Sakens bakgrunn .....</b>	<b>3</b>
<b>Ankende part, A har i korte trekk gjort gjeldende: .....</b>	<b>4</b>
<b>Ankemotparten, [virksomhet1] AS har i korte trekk gjort gjeldende: .....</b>	<b>5</b>
<b>Lagmannsrettens bemerkninger .....</b>	<b>6</b>
<b>1. Innledende bemerkninger .....</b>	<b>6</b>
<b>2. Hva var den reelle grunnen til oppsigelsen? .....</b>	<b>6</b>
Skyldtes oppsigelsen As sykefravær? .....	7
Var oppsigelsen en gjengjeldelse av varsling? .....	8
Var oppsigelsen ellers reelt begrunnet i arbeidstakers forhold? .....	9
<b>3. Var oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold saklig? .....</b>	<b>11</b>
Forelå det et varig behov for nedbemanning? .....	11
Var utvelgelsen av A saklig begrunnet? .....	12
Fantes det annet passende arbeid? .....	13
Ble det foretatt en riktig interesseavveining? .....	13
<b>4. Sakskostnader .....</b>	<b>13</b>

Saken gjelder gyldigheten av oppsigelse i arbeidsforhold.

## Sakens bakgrunn

A er 47 år gammel og er utdannet innen eiendomsmegling og økonomi. Hun har hatt ulike stillinger i eiendomsbransjen.

[virksomhet1] AS tilbyr undervisning, kurs og kunnskapsformidling til eiendomsbransjen. B har vært eier av selskapet siden 2008, og er også styreleder og daglig leder. Selskapet har en todelt organisering av forretningsområdet; en undervisningsdel og en nettverksdel. Nettverksområdet innebærer rekruttering til og organisering av faglige nettverk innenfor ulike fagområder i eiendomsbransjen, herunder arrangement av nettverksmøter. Nettverksdelen lå lenge i et eget selskap – [virksomhet2] AS. Også dette selskapet var eid av B. Selskapet ble fusjonert inn i [virksomhet1] AS høsten 2019.

Den 10. mars 2018 ble A ansatt som nettverksdirektør i [virksomhet2] AS. Hun tiltrådte 6. august 2018. Avtalt årslønn var kr 900 000. I tillegg skulle arbeidsgiver dekke diverse teknisk utstyr og årlige deltakelser på ulike eiendomskonferanser. Arbeidsavtalen pkt. 2 beskriver innholdet i As stilling:

*Hovedarbeidsoppgavene til Nettverksdirektør er å identifisere, rekruttere og følge opp medlemmer til eksisterende og nye eiendoms- og ledelsesfaglige nettverk og samlinger i Norge, både i Oslo, Trondheim og andre byer. Videre vil Nettverksdirektør stå for planlegging, gjennomføring og kvalitetssikring av nevnte nettverk samt naturlige spin-offs, i samråd med daglig leder og i henhold til eksisterende strategi. Nettverksdirektør vil ha særlig fokus på å fylle opp eksisterende nettverk hva angår deltakerantall. Arbeidstaker vil også kunne bistå daglig leder i videreutviklingen av karriereplattformen [www.eiendomsbransjen.no](http://www.eiendomsbransjen.no) samt pågående etablering av lønnsstatistikk for eiendomsyrker.*

I den første tiden etter at A hadde tiltrådt, var det ingen øvrige ansatte i selskapene ut over henne og B. I april 2019 ble C ansatt som programdirektør, dvs. som direktør for kursprogrammene. Den 6. november 2019 ble det lyst ut stilling som salgs- og markedsjef, med organisasjonsmessig plassering under programdirektøren. D tiltrådte denne stillingen 6. januar 2020. I tillegg hadde selskapet leid inn en student som administrasjonskoordinator – E.

Den 15. oktober 2019 gjennomgikk A en kneoperasjon. Kort tid senere ble hun sykmeldt i 14 dager, fra 4. til 18. november 2019. Før nyttår 2020 fikk hun diagnosene hyperakusis og misofoni, som er varianter av nedsatt lydtoleranse. Tilstandene kan bli utløst av stress.

Onsdag 18. desember 2019 ble det gjennomført medarbeidersamtale mellom B og A. Tema var blant annet arbeidsomfanget i stillingen. Arbeidsgivers referat fra samtalen ble oversendt A først 11. februar 2020, da A ønsket at dette ble sendt henne over nyttår. Avslutningsvis i referatet oppsummeres enkelte avlastningstiltak.

Kort tid etter medarbeidersamtalen kontaktet A advokat fordi hun mente at arbeidsgiver var i ferd med å konstruere et grunnlag for oppsigelse. Hun sendte også en e-post til B om at hun følte seg overrumplet, at hun opplevde deler av samtalen som ubehagelig, og at enkelte påstander som ble framsatt ikke var berettigede.

Fra slutten av januar til august 2020 var A helt eller delvis sykmeldt. Hun var sykmeldt 100 % fra 22. januar til 8. mars, 50 % fra 9. mars til 15. mars, 100 % fra 16. mars til 8. mai, og 60% fra 9. mai til 31. juli.

Som følge av korona-nedstengningen i Norge torsdag 12. mars 2020, kunne det ikke lenger avholdes samlingsbasert kursundervisning eller nettverkstreff. Mandag 16. mars 2020 ble B, C og D permittert 50 % med virkning fra etter arbeidssdagens slutt 17. mars. Permitteringene varte fram til 1. juni 2020. Permitteringene omfattet ikke A, som på permitteringstidspunktet var 100 % sykmeldt.

Etter at A var delvis tilbake i arbeid fra 9. mai 2020, ble det holdt et møte 20. mai 2020 mellom B og A, der mulig avvikling av arbeidsforholdet ble tema. B og A hadde etter møtet kommunikasjon over e-post, og i e-post 26. mai 2020 sendte B henne et tilbud om sluttavtale. A avsto tilbudet. Dagen etter, 27. mai 2020, ble det avholdt et møte mellom B og A hvor begge parter stilte med advokat. Da det var klart at en sluttavtale ikke var aktuelt, ble det i møtet nevnt fra arbeidsgivers side at nedbemanning ville kunne bli aktuelt.

Kort tid etter møtet startet selskapet en prosess om nedbemanning. I «Analysenotat – behov for nedbemanning», utarbeidet av B og datert 9. juni 2020, ble det vurdert at koronasituasjonen medførte store økonomiske konsekvenser for selskapet, og at det var påkrevd med en permanent endring i selskapets tilbud, i form av digitalisering av undervisningsproduktene. Siden ingen ansatte i selskapet ble ansett å ha tilstrekkelig kompetanse til dette, ble det vurdert som nødvendig å opprette en ny stilling eller å leie inn denne kompetansen. Videre ble det vurdert som nødvendig med reduksjon av personalkostnadene gjennom avvikling av stillingen som nettverksdirektør og at arbeidsoppgavene i denne stillingen kunne fordeles på de øvrige stillingene i selskapet.

De ansatte ble informert skriftlig 10. juni 2020 og ble bedt om å gi tilbakemelding vedrørende egen kompetanse. C ble tatt ut av utvelgeskretsen da ingen av de øvrige ansatte i selskapet ble vurdert å ha tilstrekkelig kompetanse til å inneha rollen som programdirektør. Utvelgeskretsen begrenset seg derfor til å omfatte A og D. For As vedkommende ble drøftelsesmøte avholdt 24. juni 2020.

Oppsigelse grunnet virksomhetens forhold ble sendt A 25. juni 2020. A krevde forhandlingsmøte og anførte at oppsigelsen ikke var gyldig. Partene forhandlet om en løsning, men kom ikke til enighet. Stevning ble sendt Oslo tingrett 29. september 2020.

Oslo tingrett avsa 16. februar 2021 dom med slik domsslutning:

1. [virksomhet1] AS frifinnes.
2. Partene bærer egne omkostninger.

A har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 16.-18. juni 2021 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt 9 vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

## **Ankende part, A har i korte trekk gjort gjeldende:**

Oppsigelsen er usaklig og derfor ugyldig.

Oppsigelsen er ikke reelt begrunnet i virksomhetens forhold, men i forhold ved arbeidstaker.

Oppsigelsen skjedde mens A var sykmeldt. I henhold til arbeidsmiljøloven § 15-8 første ledd var A vernet mot oppsigelse grunnet sykefraværet. Oppsigelse som finner sted mens arbeidstaker er sykmeldt, skal anses å ha sin grunn i sykefraværet dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig, jf. § 15-8 andre ledd, hvilket innebærer et krav om klar sannsynlighetsovervekt. Arbeidsgiver har ikke oppfylt sin bevisbyrde.

Uavhengig av det særlige vernet for sykmeldte arbeidstakere, har arbeidsgiver bevisbyrden for at oppsigelsen skyldtes virksomhetens forhold framfor forhold ved arbeidstaker. Arbeidsgiver har heller ikke oppfylt bevisbyrden på dette punktet. Oppsigelsen må anses å utgjøre en gjengjeldelse av varsling om dårlig arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-2. Det foreligger dessuten en rekke omstendigheter som taler for at oppsigelsen reelt sett skyldtes arbeidsgivers misnøye med As manglende tilpasning til arbeidsomfanget og hennes manglende toleranse for stress. Arbeidsgiver unnlot å løse hennes utfordringer iht. arbeidsmiljøloven § 4-3, jf. §§ 4-1 og 4-6, og forsøkte i stedet å presse henne ut.

Da A høsten 2019 tok opp arbeidsomfanget og at hun var stresset, og ble sykmeldt første gang i november 2019, endret arbeidsgiver atferd. Stillingen som salgs- og markedssjef ble lyst ut mens hun var sykmeldt og uten hennes involvering. Hun fikk også tilbakemeldinger som at salget var «bånn i bøtta» og at B kunne gjort samme jobb på halvparten av tiden. Medarbeidersamtalen 18. desember 2019 var ubehagelig. Arbeidsgivers atferd ble oppfattet som at han var i ferd med å konstruere et grunnlag for oppsigelse. Hennes oppfatning bekreftes av at hun oppsøkte advokat og hva hun formidlet til advokaten, samt hva hun formidlet i støttesamtaler med en prest.

Videre reiste B i møtet 20. mai 2020 spørsmål om stillingen var den rette for henne. B forsøkte så å avslutte arbeidsforholdet ved at han 26. mai 2020 ga tilbud om sluttavtale. Det sto ikke noe om virksomhetens forhold i tilbudet. Dagen etter, 27. mai, ble det holdt et møte mellom B og A, der formålet var å få til et bedre samarbeid. Først i dette møtet nevnte arbeidsgiver at det ville kunne bli aktuelt med nedbemanning. I SMS til tidligere daglig leder F skrev B at møtet ikke gikk bra og at han nå ville kjøre en nedbemanningsprosess for å komme hurtig videre. Formålet med nedbemanningen var åpenbart å si opp A.

Analysenotatet kom allerede 9. juni. C ble utpekt som representant for de ansatte, men uten at han ivaretok de ansatte i prosessen. I nedbemanningsprosessen sto valget kun mellom A og D, og til tross for kort ansettelsestid ble D prioritert. Det må spørres om D ble ansatt for å erstatte A. Nedbemanningsprosessen framstår som en ren skinnprosess.

Uansett er ikke vilkårene for oppsigelse grunnet virksomhetens forhold oppfylt. Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at samtlige vilkår er oppfylt. For det første forelå det ikke et varig behov for nedbemanning. Korona ga en midlertidig unntakstilstand som kunne vært ivare tatt ved den ekstraordinære adgangen til permittering. Virksomheten var heller ikke i en så anstrengt økonomisk situasjon at det var nødvendig med nedbemanning. Inntektsfallet var lavere enn de 30 % som er satt som grense for koronastøtte. For det andre har virksomheten ikke foretatt en saklig utvelgelse. Kriteriene for utvelgelse var svært skjønnsmessige. D startet sitt arbeidsforhold så sent som i januar 2020, hadde vært delvis permittert en periode, og var fortsatt i prøvetid. For det tredje forelå det annet passende arbeid for A. For det fjerde har virksomheten foretatt en uriktig interesseavveining.

Når det gjelder utmålingen av erstatning, må det legges vekt på at A har vært utsatt for trakassering og kritikkverdig behandling både før og etter oppsigelsen. Det vises blant annet til de tilbakemeldinger B ga høsten 2019. Det vises videre til at A i etterkant av oppsigelsen er blitt utestengt fra ulike digitale plattformer og fra arbeidsplassen.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Oppsigelsen av A kjennes ugyldig.
2. [virksomhet1] AS dømmes til å betale erstatning og oppreisning til A fastsatt etter rettens skjønn med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.
3. A tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

## **Ankemothparten, [virksomhet1] AS har i korte trekk gjort gjeldende:**

Oppsigelsen er gyldig, da den er saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Tingrettens dom er derfor riktig.

Oppsigelsen er ikke reelt begrunnet i annet enn virksomhetens forhold. Nedbemanningen ble gjennomført etter en omfattende og forsvarlig saksbehandling. Det ble foretatt en grundig analyse av omstillingsbehovet, samt en grundig utvelgelsesprosess, i samråd med C som de ansattes representant. De som var involvert, opplevde prosessen som reell og ikke som en skinnprosess. Dersom A mente at prosessen var en skinnprosess, ville det vært naturlig at hun ga uttrykk for dette under drøftingsmøtet.

Det er klar sannsynlighetsovervekt for at oppsigelsen ikke skyldtes As sykefravær. Hennes sykefravær ble møtt på en forståelsesfull måte, og sykefraværet ble fulgt opp i henhold til de kravene som gjelder, herunder ved at det ble iverksatt tilretteleggingstiltak og utarbeidet oppfølgingsplan for at hun skulle komme tilbake i arbeid.

Det er heller ikke bevismessig dekning for at A av andre grunner er blitt forsøkt presset ut. De bevis ankende part viser til, gjelder As opplevelse, som ikke var en adekvat reaksjon på hva som faktisk skjedde. Det er ikke dekning i bevisbildet for at B generelt opptrådte på en trakasserende måte. Den omstendighet at det ble iverksatt en rekke tilretteleggingstiltak, taler imot at hun ble forsøkt presset ut. At det i en viss grad forelå et resultatfokus, var naturlig ut fra stillingens art. A åpnet selv for en avvikling av arbeidsforholdet, og tilbudet om sluttavtale må ses i denne sammenheng. Da tilbudet om sluttavtale ble framsatt, hadde dessuten nedstengningen vart i mer enn to måneder, og virksomheten befant seg i en vanskelig situasjon. Det var derfor naturlig at arbeidsgiver nevnte muligheten for en nedbemanningsprosess da tilbudet ikke ble akseptert. Det foreligger heller ikke gjengjeldelse, blant annet av den grunn at det ikke foreligger noen varslingssak.

Virksomheten hadde et varig omstillingsbehov som gikk ut over de midlertidige følgene av pandemien, basert på en begrunnet antakelse om en varig endring i kundenes etterspørsel. Videre var det slik at nedstengningen innebar et dramatisk fall i inntjeningen. Det kreves ikke at situasjonen er prekær for selskapet for at en nedbemanning er saklig begrunnet. Nedbemanning ville gi en klar rasjonaliseringsgevinst. Utvelgelsen var basert på saklige kriterier, og utvelgelsen av A som overtallig framfor D var saklig begrunnet. Det fantes ikke annet passende arbeid i selskapet for A. Det er heller ikke grunnlag for å sette oppsigelsen til side ut fra kravet om interesseavveining.

A er ikke blitt trakassert. Det er den objektive bedømmelsen som er avgjørende, ikke hennes subjektive opplevelse. Uansett er det en stor avstand mellom de anførte uttalelsene og tiltakene og hva som i rettspraksis er blitt ansett som trakassering.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. A dømmes til å betale sakens kostnader for tingretten og lagmannsretten.

## Lagmannsrettens bemerkninger

### 1. Innledende bemerkninger

En oppsigelse som er i strid med arbeidsmiljøloven § 15-7 eller § 15-8, skal kjønes ugyldig og kan gi grunnlag for erstatning, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12 første og andre ledd. Arbeidsmiljøloven § 15-7 første og andre ledd lyder slik:

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

Arbeidsmiljøloven § 15-8 om vern mot oppsigelse ved sykdom kan ses som en presisering av saklighetskravet i § 15-7 første ledd. Første og andre ledd i bestemmelsen lyder slik:

- (1) Arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom kan ikke av denne grunn sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte.
- (2) Oppsigelse som finner sted innenfor det tidsrom arbeidstaker er vernet mot oppsigelse etter denne paragraf, skal anses å ha sin grunn i sykefraværet dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig.

Et hovedspørsmål i saken er hva som var den reelle begrunnelsen for oppsigelsen av A. [virksomhet1] AS har begrunnet oppsigelsen i virksomhetens forhold. A gjør gjeldende at bakgrunnen for oppsigelsen var hennes sykefravær eller andre forhold knyttet til henne som arbeidstaker. [virksomhet1] AS har ikke bestridd at dersom den reelle grunnen til oppsigelsen ikke var virksomhetens forhold, men hennes sykefravær eller andre forhold knyttet til henne som arbeidstaker, vil oppsigelsen være ugyldig. Hva som var den reelle grunnen for oppsigelsen, er behandlet i pkt. 2 nedenfor.

A har i tillegg gjort gjeldende at vilkårene for å si henne opp begrunnet i virksomhetens forhold ikke var til stede. Dette spørsmålet er behandlet i pkt. 3 nedenfor.

Lagmannsretten er kommet til at oppsigelsen hadde sin reelle bakgrunn i virksomhetens forhold, og at vilkårene for oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold var til stede.

Da oppsigelsen er gyldig, har A ikke krav på erstatning etter § 15-12 andre ledd. Trakassering er kun gjort gjeldende som moment ved en eventuell utmåling av erstatning, og ikke som selvstendig rettsgrunnlag. Lagmannsretten kommer derfor ikke til å kommentere påstandene om trakassering, herunder om trakassering i etterkant av oppsigelsen, ut over hva som er nødvendig for å ta stilling til gyldigheten av oppsigelsen.

### 2. Hva var den reelle grunnen til oppsigelsen?

## Skyldtes oppsigelsen As sykefravær?

På tidspunktet for oppsigelse 25. juni 2020 var A 60 % sykmeldt. Det går fram av § 15-8 første ledd at det er tilstrekkelig for å være vernet av bestemmelsen at arbeidstaker er delvis sykmeldt. A falt derfor inn under vernet etter § 15-8.

Oppsigelsesvernet etter § 15-8 omfatter også oppsigelse som delvis er begrunnet i sykefraværet, jf. HR-2018-1189-A avsnitt 43 og Ot.prp.nr.41 (1975–1976) side 76: En oppsigelse vil bare stå seg dersom det foreligger omstendigheter som helt uavhengig av sykefraværet gir grunnlag for oppsigelse. Oppsigelsesvernet er videre til hinder for at forhold som har sammenheng med sykdommen som førte til sykefraværet, slik som tap av helseattest, kan gi grunnlag for oppsigelse i verneperioden, jf. Rt-2011-596 avsnitt 58.

Beviskravet reguleres av § 15-8 andre ledd. Dersom en oppsigelse finner sted innenfor det tidsrom arbeidstaker er vernet etter paragrafen, skal denne anses å ha sin grunn i sykefraværet dersom ikke noe annet gjøres «overveiende sannsynlig». Det følger av HR-2018-1189-A at «overveiende sannsynlig» i denne sammenheng må forstås som et krav om klar sannsynlighetsovervekt. Saken gjaldt § 15-9 om oppsigelsesvernet ved graviditet, men det følger av begrunnelsen at samme beviskrav vil gjelde etter § 15-8, jf. avsnitt 45-54. Ved den konkrete bevisvurderingen vil tidsnære bevis stå særlig sentralt, jf. HR-2018-1189-A avsnitt 57.

Lagmannsretten vil først se på realiteten i virksomhetens omstillingsbehov.

Slik lagmannsretten ser det, er det ikke tvilsomt at det forelå et omstillingsbehov i virksomheten. Kjernen i selskapets virksomhet var samlingsbaserte kurs og nettverksmøter. Nedstengningen av Norge 12. mars 2020 grunnet koronapandemien innebar at det med umiddelbar virkning ikke lenger var mulig å holde samlingsbaserte kurs og nettverksmøter. Det var derfor i praksis heller ikke lenger mulig å selge slike tjenester, i og med at det var uavklart når det igjen ville være adgang til å holde slike samlinger. I tillegg hadde selskapet forhåndssolgt kurs som ikke lot seg avholde. Den umiddelbare kriseløsningen var at de tre ansatte utenom A – B, C og D, allerede 16. mars ble besluttet permittert 50 %. A ble ikke permittert i og med at hun på dette tidspunktet var 100 % sykmeldt.

Lagmannsretten finner det videre bevist at B raskt tok initiativ for å få til en overgang fra tradisjonelle til digitale undervisningsformer, og at han også etter kort tid ble overbevist om at pandemien ville føre til varige endringer i etterspørselen av digitale tilbud, slik at det etter en gjenåpning ville være behov for både samlingsbaserte og digitale tilbud. Den 19. mars 2020 ble det tatt kontakt med firmaet Fjeldstad & Partners AS for råd om og bistand til digital produksjon, og avtale ble inngått 8. mai 2020. I mail fra programdirektør C til B 24. april 2020 tok C opp behovet for å utarbeide digitale tilbud, både på kurs- og nettverksområdet, sett opp mot de ressursene som forelå i selskapet. Han viste i mailen både til behovet for tilføring av digital ressurs og til behovet for å gjennomgå dagens roller i selskapet.

Omstillingsbehovet er nærmere gjennomgått i analysenotat utarbeidet av B, datert 9. juni 2020. Det framgår av notatet at omstillingsbehovet dels innebar at selskapet måtte innhente ny kompetanse knyttet til digitalisering av tilbudet, og dels måtte rasjonalisere sin daværende virksomhet. Det var fire stillinger i selskapet, samt en innleid ressurs. Det var naturlig nok ikke aktuelt å rasjonalisere bort stillingen som daglig leder. Stillingen som programdirektør ble ansett som viktig ut fra behovet for pedagogisk kompetanse, og stillingen som salgs- og markedsjef ble ansett som viktig ut fra stillingens betydning for selskapets inntekter. Det ble imidlertid antatt at oppgavene som lå til nettverksdirektørstillingen kunne fordeles på de øvrige stillingene.

Basert på dette ble det gjennomført en nedbemanningsprosess, der A ble plukket ut som overtallig. Når det gjelder nødvendigheten av omstilling sett opp mot selskapets økonomi og alternative tiltak slik som permittering, viser lagmannsretten til gjennomgangen under pkt. 3 nedenfor om sakligheten av oppsigelse begrunnet med virksomhetens forhold. Lagmannsretten viser også til pkt. 3 nedenfor for så vidt gjelder den nærmere gjennomføringen av nedbemanningen, herunder utvelgelsen av A. Som det vil framgå, er lagmannsrettens konklusjon at nedbemanningen ble gjennomført etter en grundig prosess, og at oppsigelse av A begrunnet i virksomhetens forhold var saklig.

Lagmannsretten viser videre til at omstillingen ble gjennomført som planlagt, også ut over oppsigelsen av A. Avtalen med innleid ressurs – E – ble avsluttet sommeren 2020. I september 2020 lyste selskapet ut stilling som grafisk designer, som skulle fylle selskapets digitale ressursbehov. Selskapet har også rent faktisk dreid sin virksomhet i retning av digitale produkter, selv om kurs og nettverk basert på samlinger ikke er gitt opp. Det er derfor ikke tvilsomt at omstillingen som sådan har vært reell.

På den annen side er det etter lagmannsrettens oppfatning ikke holdepunkter for at oppsigelsen reelt sett var begrunnet i As sykefravær. Hennes oppfatning av at hun ble presset ut, oppsto i løpet av høsten 2019, og særlig i etterkant av møtet med B 12. eller 13. desember og medarbeidersamtalen 18. desember. Hun var på dette tidspunktet i full jobb, og hadde kun vært sykmeldt i 14 dager i november. Oppfatningen hennes skyldtes ikke tilbakemeldinger knyttet til sykefraværet, men tilbakemeldinger knyttet til hennes utførelse av deler av arbeidet, og da særlig knyttet til oppnådd salg og budsjett for framtidig salg. Det er verken i kommunikasjonen med advokat, eller i forklaringene for lagmannsretten fra venninnen hennes og fra presten hun gikk i samtale hos, vist til at hun mente at sykefraværet var årsaken. I desember 2019 forsto da heller ikke arbeidsgiver sykmeldingen annerledes enn at denne i all hovedsak hadde tilknytning til kneoperasjonen i oktober. Det er videre ikke holdepunkter for at B reagerte negativt på hennes sykmeldinger våren 2020, selv om det da må ha blitt klart for arbeidsgiver at sykefraværet skyldtes noe mer enn kneproblemer. Når det gjelder bakgrunnen for at A mottok et utkast til sluttavtale, og utvelgelsen av henne i nedbemanningsprosessen, er det heller ikke her holdepunkter, utenom sammenfallet i tid, for at dette skyldtes sykefraværet. A ga ikke uttrykk for under prosessen at utvelgelsen av henne skyldtes sykefraværet.

Lagmannsretten vil også bemerke at arbeidsgiver fulgte opp sykmeldingene hennes på en adekvat måte. Det ble foretatt tilrettelegging knyttet til hennes overfølsomhet for lyd, ved at det ble innkjøpt head-sett og lyddempende skillevegg, samt at det – før nedstengningen i mars 2020 – ble åpnet for bruk av hjemmekontor. Det ble også ordnet en plass for hvile på kontoret. Det ble i tillegg tatt enkelte grep knyttet til arbeidsomfanget, nærmere beskrevet nedenfor. Det ble utarbeidet oppfølgingsplan etter arbeidsmiljøloven § 4-6 tredje ledd, til tross for at A ønsket unntak fra dette. Kommunikasjonen ellers om sykmeldingen framstår som ivaretagende. Eksempelvis presiserte B at hun måtte bruke sykmeldingsperioden til annet enn jobb slik at hun kunne komme tilbake uthvilt, jf. mail 23. januar 2020.

Lagmannsretten kan heller ikke se at sykefravær som oppsigelsesgrunn har tydelig støtte i As egen forklaring. I forklaringen for lagmannsretten ga hun uttrykk for en antakelse om at hun ble presset ut fordi hun hadde avvist tilnærmelser fra B. Denne nye forklaringen om årsaken til oppsigelsen, som for øvrig ikke har støtte i bevismaterialet ellers, innebærer at hun selv kobler oppsigelsen til andre forhold enn sykefraværet.

Det kan riktignok spørres om oppsigelsen har en indirekte sammenheng med sykefraværet. Selv om bakgrunnen for As sykefravær framstår som sammensatt, taler mye for at stress knyttet til arbeidsomfanget og resultatforventninger, i kombinasjon med kommunikasjonsproblemer mellom henne og daglig leder B, var en sentral faktor. Vektleggingen av manglende fleksibilitet og kommunikasjonsproblemer i utvelgelsesprosessen, jf. nærmere under pkt. 3 nedenfor, kan slik sett ha en indirekte tilknytning til sykefraværet. Lagmannsretten vil imidlertid bemerke at disse sidene ved hennes arbeidsutførelse var synlige lenge før sykmeldingene, og framstår slik sett som en medvirkende årsak til opplevelsen av stress og påfølgende sykmelding, framfor å være en følge av sykmeldingsgrunnlaget. Det kan i denne forbindelse vises til referat fra medarbeidersamtale 30. november 2018, dvs. under fire måneder etter at hun hadde tiltrådt. Det framgår her i forbindelse med at resultatforventninger ble drøftet, at A ga uttrykk for at stress reduserte hennes evne til å prestere, hvorpå B skal ha svart at et visst element av ubehag og stress som nytilsatt kan gi grobunn for læring, og at «å totalt unngå stress i en rolle som nettverksdirektør er verken ønskelig eller mulig».

Tilbake står den rent tidsmessige sammenhengen med sykefraværet. Lagmannsretten vil her peke på at tilbudet om sluttavtale kom i forbindelse med at hun delvis kom tilbake i arbeid. Også andre momenter taler for at dersom det forelå andre grunner til oppsigelsen enn virksomhetens forhold, knyttet disse seg til hennes arbeidsutførelse og ikke hennes sykefravær, jf. nærmere nedenfor.

Samlet sett er lagmannsretten kommet til at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at oppsigelsen ikke hadde sin grunn i sykefraværet.

## **Var oppsigelsen en gjengjeldelse av varsling?**

Det er videre gjort gjeldende at oppsigelsen utgjorde en gjengjeldelse mot varsling, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-4 første ledd og andre ledd bokstav c. Ved spørsmålet om det foreligger gjengjeldelse etter § 2 A-4, er bevisbyrden delt: Dersom arbeidstaker legger frem opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik gjengjeldelse, jf. § 2 A-4 fjerde ledd.



Som bakgrunn for gjengjeldelsen er det vist til at A varslet arbeidsgiver om uforsvarlig arbeidsmiljø, jf. § 2 A-1 første ledd og andre ledd bokstav e. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det foreligger et varsel etter § 2 A-1. Ifølge bestemmelsens tredje ledd regnes ikke ytring om forhold som kun gjelder arbeidstakers eget arbeidsforhold som varsling etter bestemmelsen, med mindre forholdet omfattes av andre ledd. Ifølge Prop. 74 L (2018–2019) side 51 er ytringer om egen arbeidsmengde og personkjemi eksempler på ytringer som faller utenfor § 2 A-1. Dersom det foreligger brudd på rettsregler eller etiske standarder, kan vurderingen bli annerledes, slik som ved varsel om trakassering. Påstanden om trakassering kom imidlertid først etter at oppsigelsen hadde funnet sted. Lagmannsretten kan videre ikke se at det før oppsigelsen ble framsatt påstander om at det forelå brudd på kravene til psykososialt arbeidsmiljø i henhold til arbeidsmiljøloven § 4-3. Dersom ytringer om egne utfordringer ved arbeidsomfang, resultatforventninger og kommunikasjonen med ledelsen skal regnes som et varsel, må det etter lagmannsrettens oppfatning kreves en større grad av presisjon enn i dette tilfellet opp mot lovens bestemmelser.

Da det ikke foreligger et varsel etter § 2 A-1, foreligger det heller ikke gjengjeldelse etter § 2 A-4. Lagmannsretten legger til at uavhengig av de særlige bestemmelsene til beskyttelse av varsling, er det ikke holdepunkter for at oppsigelsen utgjør en gjengjeldelse av at A tok opp utfordringer i eget arbeidsforhold.

## Var oppsigelsen ellers reelt begrunnet i arbeidstakers forhold?

Det er også gjort gjeldende at oppsigelsen reelt skyldtes arbeidsgivers misnøye med As arbeidsutførelse, slik som manglende tilpasning til arbeidsomfanget og kommunikasjonsproblemer. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at oppsigelsen er saklig, og således også for at det påberopte oppsigelsesgrunnlaget er reelt. Ved spørsmålet om det reelle grunnlaget for oppsigelsen var virksomhetens forhold og ikke arbeidstakers forhold, er det, til forskjell fra spørsmålet om en oppsigelse er begrunnet i sykefravær, tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, jf. HR-2018-1189-A avsnitt 46.

Slik lagmannsretten ser det, foreligger det enkelte holdepunkter for at oppsigelsen skyldtes forhold ved arbeidstaker, og da andre forhold enn sykefravær og varsling. Selv om det foreligger enkelte slike holdepunkter, er det samlet sett mest sannsynlig at den reelle bakgrunnen for oppsigelsen var virksomhetens forhold slik som angitt av arbeidsgiver.

I løpet av høsten 2019 dannet det seg en oppfatning hos A om at arbeidsgiver prøvde å presse henne ut av stillingen. Hennes oppfatning bygde på at hun ikke ble tatt med på råd ved utlysning av stilling som salgs- og markedssjef, som skjedde da hun var sykmeldt, og der hun var usikker på om denne stillingen grep inn i hennes arbeidsområde. Videre bygde hun på flere bemerkninger fra B, som særlig var knyttet til oppnådd salg og ambisjoner for 2020. På møte 12. eller 13. desember skal han ha sagt at salget var «bånn i bøtta» og at han kunne ha gjort det samme på halvparten av tiden. Hun opplevde videre medarbeidersamtalen 18. desember som ubehagelig og konfronterende, blant annet med påstander om at hun var en dårlig lytter.

Hennes opplevelse av å bli forsøkt presset ut har støtte i tidsnære bevis. Dagen etter medarbeidersamtalen tok hun kontakt med advokat Kåre Bjørlo, og skrev at hun var «i en situasjon hvor jeg føler min arbeidsgiver konstruerer grunnlag for oppsigelse». Det samme framgår av mail til Bjørlo 23. desember. Hun skrev også at hun hadde spurt B om han ville at hun skulle slutte, men at han hadde unngått spørsmålene hennes. Hennes opplevelse av at arbeidsforholdet var utrygt, bekreftes av forklaringen fra sogneprest G. Hun hadde fra november 2019 støttesamtaler med G rundt stress, angst og søvnløshet som hun særlig knyttet til en vanskelig arbeidssituasjon. Videre går det fram av legejournal 14. februar 2020 at hun sliter med angst, og at denne trigges av B «som jeg opplever prøver å skvise meg ut av jobben».

Slik lagmannsretten ser det, er det imidlertid ikke underbygget at hennes subjektive opplevelse av å bli forsøkt presset ut var forankret i objektive omstendigheter. Hun hadde stilling som direktør, med en lønn på kr 900 000, og med resultat- og budsjettansvar for nettverksdelen av virksomheten. Da salget av nettverkstilbudet i 2019 viste seg å være mindre enn forventet, var det naturlig at dette ble tema mot slutten av året, sammen med budsjettet for 2020. Den omstendighet at tilbakemeldingene kan ha vært tøffe, i innhold og språkbruk, innebærer ikke at hun ikke var ønsket i stillingen. Referatet fra medarbeidersamtalen gir ikke slike holdepunkter, heller ikke As eget referat – det synes i tråd med formålet å ha blitt gitt både positive og kritiske tilbakemeldinger. Når det gjelder stillingen som salgs- og markedssjef, var denne underlagt programdirektøren og hadde bakgrunn i at det var budsjettet med en vesentlig økning av salg av kurs i 2020. A var invitert til å

være med på andre gangs intervju. Det var ikke grunn til å anta at det var en plan at den nyansatte – D – skulle erstatte A.

Øvrige omstendigheter i saken gir støtte for at arbeidsgivers uttalelser og tiltak ble oppfattet som mer dramatiske enn det var grunnlag for. Et eksempel på dette er As uttalelse til B om at prosessen rundt budsjett for 2020, som lagmannsretten ikke finner noe påfallende ved, var en «mental voldtekt». Videre ba hun om at referatet fra medarbeidersamtalen 17. desember 2019, som ikke inneholdt noe dramatisk, først ble sendt til henne over nyttår, da hun ikke maktet å lese dette før.

Det er i tillegg vanskelig å forene et motiv om å presse henne ut med at arbeidsgiver foretok en rekke tilrettelegginger av hennes arbeidssituasjon. I tillegg til de tilrettelegginger som mer spesifikt var rettet mot hennes diagnoser om lydoverfølsomhet, tok arbeidsgiver grep for å redusere arbeidsbelastningen. I budsjettet for 2020 ble det bevilget kr 50 000 til servitør på nettverkssamlinger og det ble åpnet for at hun kunne benytte den innleide ressursen, som i utgangspunktet var innleid til programområdet, i 10 til 40 timer per måned. Lagmannsretten kan ikke se at dette kan bortforklares som motivert kun ut fra virksomhetens behov. Videre tilbød B å avlaste henne i forbindelse med nettverkssamlinger, og det ble åpnet for ukentlige avklaringsmøter. Det er også vanskelig å forene avsetning i budsjettet av kr 100 000 til kompetanseheving og representasjon med et motiv om å presse henne ut.

A opplevde også tilbudet om sluttavtale i mai 2020 som et forsøk på å presse henne ut, og viser til at den påfølgende nedbemanningen kun var en skinnprosess for å oppnå samme resultat.

A var som nevnt ikke omfattet av permitteringene, i og med at hun var 100 % sykmeldt da de øvrige ansatte ble delvis permittert. Etter at hun ble delvis friskmeldt 9. mai 2020, ble det avholdt et møte mellom henne og B 20. mai. På møtet spurte B henne etterhvert om hun mente dette var riktig stilling for henne, og om dette var noe hun ønsket å tenke gjennom. Mail 26. mai fra A til B innledes slik: «Med bakgrunn i vendingen samtalen tok sist onsdag, har jeg vært i tenkeboksen som du ba meg om». Etter å ha skrevet en del om sin opplevelse av arbeidsforholdet, heter det: «Som jeg responderte til deg forrige uke så kan jeg være villig til å gå inn i en dialog på en endring, evt. avslutning av arbeidsforholdet. Pr. i dag har jeg ingen ny jobb i sikte, og mitt fokus er først og fremst å gjøre en best mulig jobb i [virksomhet1]». Kort tid etter at mailen var sendt, fikk hun svar fra B vedlagt et utkast til sluttavtale – «vedlagt følger tilbud om sluttavtale, som jeg lovet å utarbeide forslag til». Hun svarte at tilbudet ikke var aktuelt for henne. På møtet dagen etter, 27. mai, der både A og B møtte med advokat, ble det avklart at det ikke var mulig å oppnå enighet om en sluttavtale. Mot slutten av møtet ble det så nevnt fra selskapets advokat at det etter dette ville bli vurdert å foreta nedbemanning. Prosessen med nedbemanning startet så kort tid senere, jf. ovenfor nevnte analysenotat 9. juni 2020.

I tillegg til den tidsmessige sammenhengen og uttalelsen på møtet, gir SMS-kommunikasjon mellom B og tidligere daglig leder F støtte for at det var en sammenheng mellom manglende enighet om sluttavtale og nedbemanningsprosessen. Det framgår av denne at de hadde telefonkontakt 26. mai om A. Om kvelden 27. mai spurte så F hvordan det hadde gått i dag, hvorpå B svarte: «Ikke bra. Men både min og hennes advokat fikk raskt inntrykk av at hun har svekket virkelighetsforståelse, uten at det hjalp nevneverdig mot en løsning. Jeg kjører nå en nedbemanningsprosess, allerede i neste uke, for å komme hurtig videre. Krysser fingrene for at den blir vellykket.»

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at manglende enighet om sluttavtale var utløsende for nedbemanningsprosessen. Siden det er tale om en liten og oversiktlig virksomhet, hadde dessuten B grunnlag for å gjøre antakelser om utfallet av en nedbemanningsprosess. Disse omstendighetene kan isolert sett peke i retning av at nedbemanningsprosessen var en tildekking av oppsigelse av A grunnet forhold ved henne som arbeidstaker.

På den annen side kan ikke den omstendighet at det er tale om en liten og oversiktlig virksomhet innebære at virksomheten er forhindret fra å foreta nedbemanning som anses saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Det er også gode grunner for at en arbeidsgiver først undersøker om det er mulig med frivillig avgang før det settes i gang en slik prosess. Slik lagmannsretten ser det, hadde arbeidsgiver i mai 2020 rimelig grunn til å ta opp spørsmålet om stillingen var den rette for A. Det vises her til de tidligere møtene mellom A og B, der A allerede i medarbeidersamtale 30. november 2018, kort tid etter tiltredelsen, hadde oppgitt at arbeidsmengden var stor og at hun ønsket å unngå stress. Da spørsmålet ble tatt opp i slutten av mai 2020, var de tre øvrige ansatte 50 % permittert, og B måtte vurdere hvordan en krevende situasjon for selskapet skulle håndteres. Rimeligheten av å ta opp spørsmålet med A må også ses i lys av stillingens art – en direktørstilling med selvstendig resultatansvar. Den omstendighet at A etter å ha fått flere dager til å tenke seg om var villig til å

diskutere et slikt alternativ, underbygger at det var grunn til å ta spørsmålet opp med henne før mer drastiske tiltak, som involverte andre ansatte, ble vurdert. Dersom det hadde blitt enighet om en sluttavtale, ville det ikke vært nødvendig med ytterligere nedbemanning.

Videre viser lagmannsretten til at prosessen med nedbemanning ikke framstår som en ren skinnprosess. Både C og D forklarer at de oppfattet prosessen som reell. Den omstendighet at C som nøkkelperson ble tatt ut av utvelgelseskretsen, gir støtte for at prosessen var reell. A ga ikke uttrykk for underveis i prosessen at hun ikke oppfattet denne som reell, heller ikke i drøftingsmøtet 24. juni 2020. Som gjennomgått ovenfor var omstillingsbehovet reelt, og omstillingen ble gjennomført også ut over oppsigelsen av A.

Dersom virksomhetens forhold skal aksepteres som oppsigelsesgrunnlag i en slik situasjon, er det imidlertid etter lagmannsrettens oppfatning grunn til å kreve en grundig saksbehandling. Lagmannsretten vurderer saksbehandlingen som grundig, og det foreligger ikke omstendigheter knyttet til nedbemanningen isolert sett som tilsier at oppsigelsen ikke var saklig, jf. nærmere i pkt. 3 nedenfor. Lagmannsretten er ikke enig med ankende part i at saksbehandlingen var påfallende grundig og slik sett styrker påstanden om at prosessen tildekket det egentlige oppsigelsesgrunnlaget.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at oppsigelsen også reelt var begrunnet i virksomhetens forhold.

### **3. Var oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold saklig?**

Ankende part har gjort gjeldende at det ikke forelå et varig behov for nedbemanning, at utvelgelsen ikke var saklig, at det forelå annet passende arbeid, og at interesseavveiningen var uriktig. Lagmannsretten vil behandle innsigelsene i nevnte rekkefølge.

Lagmannsretten kan prøve om oppsigelsen bygde på et riktig og fyllestgjørende faktisk grunnlag, samt om arbeidsgivers vurdering hadde tilstrekkelig bredde, herunder ta i betraktning om vurderingen omfattet de rimelighetshensyn som gjør seg gjeldende, jf. Rt-1984-1058 og Fougner mfl., Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, note IX til § 15-7, Juridika, bekreftet à jour per 1. februar 2021.

### **Forelå det et varig behov for nedbemanning?**

Lagmannsretten har i pkt. 2.1 ovenfor gjennomgått situasjonen for selskapet etter nedstengningen 12. mars 2020. Smittevernrestriksjoner er midlertidige tiltak. Det var imidlertid i juni 2020 uavklart hvor lenge disse ville vare. I tillegg – og viktigst – vurderte B situasjonen slik at perioden med smittevernrestriksjoner ville gi en varig endring i etterspørselen fra tradisjonelle fysiske samlinger til en blanding av digitale tilbud og fysiske samlinger. Omstillingen til digitale produkter var derfor ikke begrenset til perioden med smittevernrestriksjoner, men var et grep for å sikre selskapets drift på lengre sikt. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å bestride denne vurderingen. Vurderingen framstår i stedet som velfundert. Omstillingen er dessuten godt forankret i dokumenterbare interne overveielser, jf. analysenotat 9. juni 2020.

A har vist til at utfordringene for selskapet kunne vært løst gjennom den utvidede adgangen til permittering som ble vedtatt som følge av smittevernrestriksjonene. Etter lagmannsrettens syn ville dette vært nærliggende dersom omstillingsbehovet var begrenset til perioden med smittevernrestriksjoner. Omstillingsbehovet var imidlertid som nevnt vurdert til å være varig. Det var heller ikke grunn til å avvende situasjonen, da det var viktig å utarbeide et tilbud om digitale produkter så raskt som mulig under perioden med smittevernrestriksjoner. Omstillingen gikk videre ikke kun ut på driftsinnskrenkning, men en omlegging av driften, som innebar nye oppgaver og innhenting av en ny type kompetanse. Som en del av omstillingen ble således permitteringene avsluttet og det ble lyst ut en ny stilling knyttet til produksjon av digitale tjenester.

A har også nevnt lønnsnedgang som et alternativ, og blant annet vist til daglig leders lønnsnivå. Dette kunne, på lignende måte som permittering, ha ivaretatt kortsiktige økonomiske behov, men ville ikke ivaretatt det nevnte behovet for omstilling samtidig som selskapet sikret seg å beholde nøkkelpersonell.

Når det gjelder selskapets økonomiske situasjon, er det ikke noe krav om at den er prekær, jf. Fougner mfl., Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, note 2.3 til § 15-7, der det heter:

Det er ikke noe vilkår at situasjonen er prekær, slik situasjonen var i denne avgjørelsen [Rt-1992-776], før oppsigelse kan foretas etter dette alternativ. Dersom bedriften etter saklige og grundige overveielser

kommer til at det er nødvendig å foreta tilpasninger av hensyn til virksomhetens videre drift, vil dette som hovedregel være tilstrekkelig.

Ut fra begrunnelsen for omstilling kommer selskapets umiddelbare økonomiske situasjon noe i bakgrunnen, slik lagmannsretten ser det, da formålet var å sikre driften på sikt. Samtidig er det ikke tvilsomt at nedstengningen hadde umiddelbare dramatiske følger for muligheten til å selge selskapets produkter og for muligheten til å gjennomføre kurs og samlinger, herunder kurs og samlinger som allerede var solgt. Sammenlignet med en omsetning på noe over kr 10 mill. var lønnen til nettverksdirektørstillingen på brutto godt over kr 1 mill. en vesentlig utgiftspost. Omsetningssvikten i 2020 var på 13-14 % sammenlignet med 2019, jf. en omsetning på hhv. kr 10,9 og kr 12,6 mill. Dette er riktignok under grensen på 30 % for koronastøtte, men likevel merkbart for en liten virksomhet som dette. Tallene må dessuten ses i lys av at selskapets omsetning var spesielt god i første del av 2020 fram til 12. mars, og at salget tok seg opp mot slutten av året nettopp som en følge av at selskapet hadde gjennomført en rask omstilling. Situasjonen framsto derfor mer dramatisk per juni 2020 enn disse tallene gir uttrykk for. Selskapet fikk også økte kostnader, knyttet til utsettelse og mer kostbar gjennomføring av kurs, samt investeringer i digitaliseringsløsninger. Foreløpig resultat før skatt viser således et underskudd for 2020 på ca. kr 300 000, mens 2019 ga et overskudd på ca. kr 2,5 mill.

A har vist til at den økonomiske situasjonen kunne vært bedre dersom det ikke hadde blitt utbetalt utbytte til morselskapet på kr 1 mill. samt skattemotivert konsernbidrag til morselskapet på kr 1,6 mill., begge deler for 2019. Beslutningene ble imidlertid tatt i forbindelse med vedtakelse av regnskapet 10. mars 2020, dvs. før nedstengningen, og utbetaling fant sted 13. mars. På beslutningstidspunktet var det økonomisk grunnlag for beslutningene sett ut fra selskapets egenkapital – egenkapitalen var på ca. kr 1,3 mill. etter utbetalingene. Lagmannsretten kan ikke se at den ekstraordinære adgangen til reversering av utbetaling av utbytte er egnet til å endre den overordnede vurderingen av selskapets økonomiske situasjon i juni 2020. Videre er det til regnskapet for 2020 vist til at kostnadene til digitalisering på kr 5-700 000 skulle vært aktivert og ikke kostnadsført og at det er kostnadsført engangsutgifter til advokat på kr 450 000. Lagmannsretten finner heller ikke at disse omstendighetene er egnet til å endre vurderingen av behovet for omstilling.

## Var utvelgelsen av A saklig begrunnet?

Utgangspunktet er at utvelgelseskretsen omfatter hele virksomheten, men slik at kretsen kan begrenses dersom dette er saklig begrunnet, jf. Rt-2015-1332 (Gresvig) avsnitt 38.

Utvelgelseskretsen ble i dette tilfellet begrenset ved at daglig leder B ble holdt utenfor, begrunnet i posisjonen som daglig leder, styreleder og eier. Lagmannsretten kan ikke se at begrensningen ikke er saklig begrunnet, og dette synes heller ikke bestridt. Videre ble kretsen underveis i prosessen begrenset ved at programdirektør C ble holdt utenfor, begrunnet med at ingen av de øvrige ansatte hadde samme kompetanse knyttet til ledererfaring og pedagogisk bakgrunn. Lagmannsretten kan heller ikke se at dette ikke er saklig begrunnet. Man sto deretter tilbake med to ansatte: A og D. Den omstendighet at utvelgelseskretsen er liten, er ikke i seg selv til hinder for nedbemanning – i prinsippet vil kretsen kunne bestå av én person, jf. Rt-2015-1332 avsnitt 53-54.

Når det gjelder kriteriene for utvelgelse, er selskapet ikke tariffbundet. Det er derfor ikke andre begrensninger for disse enn at de må være saklige og forsvarlige, jf. HR-2019-424-A (Skanska) avsnitt 32 og Fougner mfl., Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, note 2.5.2 til § 15-7. Kriteriene som ble valgt var egnethet, fleksibilitet, kompetanse og ansiennitet. Valget av kriterier framgår skriftlig av analysenotatet og er nærmere begrunnet. Kriteriene framstår som saklige og forsvarlige. Dette gjelder selv om kriterier som egnethet, fleksibilitet og kompetanse vil kunne inneholde elementer av skjønn.

C ble bedt om å opptre som representant for de ansatte, siden han var fagorganisert. Han hadde kontakt med sin organisasjon, NITO, underveis for å få råd om hvordan han skulle løse oppgaven. Det framgår av drøftelsesprotokoll 10. juni 2020 at C ikke hadde kommentarer til endringsbehovet og foreslått krets og kriterier som sådan, men understreket viktigheten av at prosessen ble utført på en ryddig og saklig måte der de ansatte ble ivaretatt så godt som mulig.

Det ble så foretatt en kartlegging, ved at A og D fikk anledning til å levere en skriftlig oversikt over sin kompetanse, med påfølgende drøftingsmøte. Drøftingsmøte med A ble avholdt 22. juni 2020. Både arbeidstaker og arbeidsgiver møtte med advokat.

Basert på dette grunnlaget ble det foretatt en utvelgelse. Utvelgelsen av A er nærmere begrunnet i et tresiders notat av 25. juni 2020. Det heter at både D og A vurderes som kvalifiserte til rollen som salgs- og markedssjef, men at D vurderes som mer egnet og å ha bedre kompetanse til å utføre de sentrale arbeidsoppgavene. Det framgår videre at samarbeidsevne og fleksibilitet taler til Ds fordel, mens A har lengst ansiennitet. Sosiale hensyn ble vurdert, men uten at disse fikk utslagsgivende betydning. Selv om kriteriene til dels er skjønnsmessige, er det nærmere begrunnet hvorfor A samlet sett kommer dårligere ut enn D. Slik lagmannsretten ser det, var det saklig å legge vekt på samarbeidsevner og fleksibilitet i en liten virksomhet som dette.

Det er særlig den lave vektleggingen av ansiennitet som er angrepet. D hadde kun vært ansatt fra 6. januar 2020 og hadde derfor særlig kort ansiennitet. Hun hadde vært permittert 50 % fra 17. mars. På den annen side var ikke As ansiennitet svært lang – hun hadde vært i stillingen i mindre enn to år. Lagmannsretten kan ikke se at det var feil å ikke tillegge det selvstendig betydning opp mot kriteriene at D fortsatt var i prøvetid, da en oppsigelse ikke ville være begrunnet i arbeidstakers forhold.

Samlet sett framstår prosessen som grundig. Lagmannsretten finner at utvelgelsen av A var saklig.

### **Fantes det annet passende arbeid?**

Lagmannsretten kan ikke se at det fantes annet passende arbeid for A, jf. § 15-7 andre ledd. Det ble som nevnt opprettet en ny stilling. Det ble imidlertid her stilt krav om utdanning som grafisk designer og erfaring med film- og videoproduksjon. A hadde noe IT-kompetanse, som muligens var mer omfattende enn kompetansen til de øvrige som var ansatt per juni 2020, men kompetansen var klart begrenset sett opp mot den kvaliteten på det digitale tilbudet som virksomheten hadde til formål å oppnå.

### **Ble det foretatt en riktig interesseavveining?**

I henhold til § 15-7 andre ledd andre punktum skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker. Dersom nedbemanningen og utvelgelsen ellers er saklig, skal det en del til før interesseavveiningen kan føre til at oppsigelsen settes til side, jf. Rt-2015-1332 avsnitt 60.

Når det gjelder virksomhetens behov for omstilling, viser lagmannsretten til gjennomgangen ovenfor. Det var ikke en hensiktsmessig løsning for selskapet å avvente situasjonen, og en omstilling basert på at endringen i kundenes etterspørsel ville være varig, kunne ikke løses ved permittering.

Når det gjelder de hensyn som taler for at A fikk beholde sitt arbeidsforhold, foreligger det ikke særlige sosiale eller aldersmessige hensyn. Hun hadde heller ikke særlig lang ansiennitet. Hun var riktignok delvis sykmeldt under prosessen og da oppsigelsen fant sted. Det ville derfor vært mer skånsomt å avvente prosessen til hun var fullt friskmeldt, i tråd med de hensyn som ligger bak det særlige vernet i § 15-8. Etter hva lagmannsretten forstår, ble hun imidlertid fullt friskmeldt i august 2020. Videre er det slik at hun har stått i stillingen til nå og samtidig forsøkt å få annet arbeid, men har forklart at hun har hatt problemer med å finne nytt arbeid. Det må derfor legges til grunn at oppsigelsen potensielt sett vil kunne ramme henne hardt. Dette er imidlertid ikke i seg selv til hinder for oppsigelse, jf. Rt-1986-879 på side 886.

Alt i alt finner lagmannsretten ikke grunnlag for å overprøve den interesseavveiningen som arbeidsgiver har foretatt.

Oppsigelsen var etter dette saklig begrunnet i virksomhetens forhold.

Anken har ikke ført fram og skal forkastes.

## **4. Sakskostnader**

[virksomhet1] AS har vunnet saken, og har som den klare hovedregel rett til å få dekket sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Det kan gjøres unntak fra hovedregelen dersom tungtveiende grunner gjør det rimelig, jf. § 20-2 tredje ledd. Det skal i den forbindelse legges særlig vekt på de omstendigheter som er nevnt i tredje ledd.

Når det gjelder kostnadene for tingretten, kom tingretten til at hver av partene skulle dekke egne kostnader, med henvisning til sakens velferdsmessige betydning og styrkeforholdet mellom partene, jf. § 20-3 tredje ledd bokstav c. Lagmannsretten finner ikke grunn til å endre tingrettens kostnadsavgjørelse.

Anken til lagmannsretten har ikke ført fram. I og med at lagmannsretten ikke kan se at det var grunn til å anke tingrettens dom, finner lagmannsretten at det ikke foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å gjøre unntak for kostnadene for lagmannsretten, heller ikke hensett til § 20-2 tredje ledd bokstav c.

[virksomhet1] AS har lagt fram oppgave for sakskostnadene for lagmannsretten på kr 219 700. Det er opplyst at denne bygger på hhv. 11 timer med timepris på kr 3 200 og 45 timer med timepris på kr 4 100. Beløpet er ikke tillagt merverdiavgift da selskapet har fradragsrett for inngående merverdiavgift. Det er opplyst at oppgaven er redusert av hensyn til ankende part. Lagmannsretten finner at sakskostnadskravet framstår som rimelig og nødvendig, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd, og tar kravet til følge.

Lagmannsretten bemerker at advokat Sven Ivar Sanstøl for behandlingen for lagmannsretten har beregnet seg et salær eksklusiv merverdiavgift på kr 614 400. Dette kommer i tillegg til omkostningene for tingretten på kr 533 600 eksklusiv merverdiavgift. Salærkravet er såpass høyt i forhold til det arbeid som kan synes nødvendig i saken, at lagmannsretten finner det riktig å gjøre A oppmerksom på adgangen til å be om at lagmannsretten fastsetter advokat Sanstøls godtgjørelse, jf. tvisteloven § 3-8 første ledd. Begjæring om at retten fastsetter salæret må i tilfelle settes fram innen én måned etter forkynnelsen av dommen.

Dommen er enstemmig.

#### DOMSSLUTNING

1. *Anken forkastes.*
2. *A dømmes til å betale kroner 219 700 – tohundreogtrentusensyvhundre – i sakskostnader for lagmannsretten til [virksomhet1] AS innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelser.*

*Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 § 8 andre ledd.*

*Thom Arne Hellerslia*