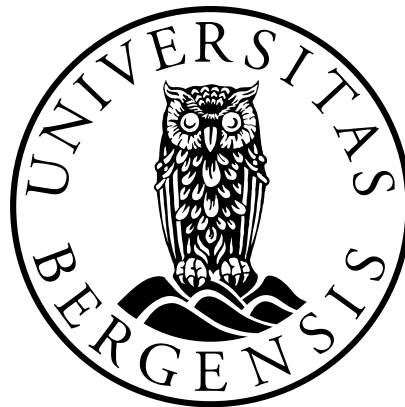


Arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning

Kandidatnummer: 185

Antall ord: 13567



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Aktualitet.....	4
1.3 Metode	5
1.4 Avgrensninger.....	6
1.5 Fremstillingen videre	6
2 Oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold	8
2.1 Arbeidsgivers styringsrett	8
2.2 Arbeidstakers stillingsvern.....	9
2.3 Saklighetskravet i aml. § 15-7	10
2.3.1 Innledning	10
2.3.2 Generelt om saklighetskravet.....	11
2.3.3 Saklig behov.....	12
2.3.4 Utvelgelsen	13
2.3.5 Annet passende arbeid	14
2.3.6 Interesseavveiningen.....	15
2.4 Krav til saksbehandlingen.....	15
3 Utvelgelseskrets ved nedbemanning	17
3.1 Innledning	17
3.2 Utgangspunkt	17
3.3 Unntak: Avgrensning av utvelgelseskretsen.....	18
3.4 Nærmere om de ulike momentene	19
3.4.1 Virksomhetens størrelse og geografisk spredning	20
3.4.2 Primært tilknytningspunkt	23
3.4.3 Virksomhetens økonomiske situasjon.....	24
3.4.4 Saksbehandling	26
3.4.5 Tilbakevendende omstilling.....	27
3.4.6 Fast og entydig praksis.....	28
3.5 Kan hensynet til de ansattes ansiennitet påvirke arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen?	31

3.5.1	Innledning	31
3.5.2	Ansiennitet som utvelgelseskriterium.....	32
3.5.3	Betydningen av ansiennitet for virksomheter bundet av Hovedavtalen	32
3.5.4	Betydningen av ansiennitet etter aml. § 15-7.....	34
4	Avsluttende betraktninger om adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen	41
	Litteraturliste.....	45

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Med utvelgelseskrets menes kretsen for hvilke ansatte som skal vurderes mot hverandre for mulig oppsigelse.

Arbeidsgiver har i kraft av arbeidsgivers styringsrett i utgangspunktet vid adgang til å treffe beslutninger i arbeidsforholdet. Hva gjelder arbeidsgivers adgang til å gå til oppsigelse utgjør imidlertid lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.) en betydelig begrensning. Loven er ment å ivareta arbeidstakers stillingsvern, og kan derfor ikke fravikes til ugunst for arbeidstaker.¹

Etter aml. § 15-7 er både spørsmålet om nødvendigheten av å foreta en oppsigelse og utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp, underlagt en alminnelig saklighetsvurdering. På bakgrunn av saklighetskravet, må arbeidsgiver i utgangspunktet se hele virksomheten under ett når flere ansatte skal vurderes mot hverandre.²

Det er imidlertid godtatt i rettspraksis at det kan være adgang til å avgrense utvelgelseskretsen til en mindre del enn hele virksomheten dersom det foreligger «saklig grunn» til avgrensningen.³ Vurderingen må gjøres basert på en avveining av hensynet til de ansattes stillingsvern på den ene siden, og hensynet til virksomhetens omstillingsevne på den andre. Mitt mål med oppgaven er å undersøke hvilke ytre rammer saklighetskravet i aml. § 15-7 setter for arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen.

Problemstillingen har fått økt oppmerksomhet de senere årene, og det finnes i dag flere prinsipielle dommer om utvelgelse ved nedbemanning. Likevel er det noen spørsmål og grensedragninger som ikke er fullstendig avklart. I Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen* uttalte Høyesterett at de hensyn som tilsier at lovens utgangspunkt kan fravikes må være «tungtveiende».⁴ Et hovedfokus i oppgaven vil være å undersøke hvilke forhold domstolene

¹ jf. aml. § 1-9

² Se kapittel 3.1

³ Se kapittel 3.2

⁴ Rt. 2015 s. 1332 (*Gresvig-dommen*) avsnitt 49

vektlegger i vurderingen av om lovens utgangspunkt kan fravikes, og når disse forholdene, enten isolert eller samlet, er tungtveiende nok.

Et annet spørsmål som vil stå i fokus er om hensynet til de ansattes ansiennitet kan påvirke arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen. Selv om ansiennitet utvilsomt anses som et relevant utvelgelseskriterium å vektlegge i utvelgelsesvurderingen, synes det mindre klart om det også skal vektlegges ved fastsettelse av utvelgelseskrets – særlig hva gjelder virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale.⁵ Dette vil jeg undersøke nærmere gjennom en analyse av rettspraksis og vurdering av reelle hensyn.

1.2 Aktualitet

Klare regler for omstrukturering og nedbemanning er viktige fordi slike prosesser er noe svært mange opplever å stå overfor én eller flere ganger i løpet av arbeidslivet, enten det er på arbeidstaker- eller arbeidsgiversiden. Arbeidsmarkedet er drevet av et stadig økende behov for endringer, grunnet ny teknologi, nye kompetansebehov og økt konkurranse. Disse forholdene gjør at bedrifter må bli stadig mer effektive for å overleve, noe som igjen gjør det naturlig å vurdere arbeidsstokkens størrelse og sammensetning.

Imidlertid er det ikke bare en stadig mer digitalisert verden og behov for ny type kompetanse som kan skape behov for tilpasninger i arbeidslivet. Tidligere erfaringer viser at økonomiske nedgangstider også kan føre til at mange bedrifter blir nødt til å foreta omfattende strukturelle endringer og tenke på nye måter.⁶ I disse dager er problemstillingen i økende grad aktuell på grunn av den økonomiske krisen koronapandemien har ført med seg. Nedbemanningsprosesser er derfor et høyaktuelt tema, og kommer sannsynligvis til å være det i lang tid fremover.

En annen grunn til at dette er et viktig tema å belyse er at de som berøres direkte av en nedbemanningsprosess, ofte rammes svært hardt. Dette gjelder først og fremst arbeidstakere som opplever å miste levebrødet, men også arbeidsgivere som finner at en nedbemanning er eneste utvei for å holde virksomheten i live. At nedbemanningsprosessen gjøres i samsvar med gjeldende rett er avgjørende for at virksomheten når sitt mål med endringen, samtidig som at en god prosess vil gjøre det lettere for den enkelte arbeidstaker å kunne akseptere

⁵ Se kapittel 3.5

⁶ Finanskrisen i 2008 er her illustrerende

oppsigelsen uten å føle at den har vært personlig eller at prosessen har vært urettferdig. En ordentlig prosess er dessuten av stor betydning sett i et bredere samfunnsmessig perspektiv.

1.3 Metode

Oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven reguleres av lovens kapittel 15. Etter aml. § 15-7 første ledd må en oppsigelse være «saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold». Hvorvidt arbeidsgiver kan avgrense utvelgeskretsen, og eventuelt på hvilke vilkår, kan ikke leses direkte ut av lovens ordlyd. Heller ikke i lovens forarbeider tas problemstillingen opp i særlig grad. Oppgaven vil derfor i hovedsak basere seg på en analyse av rettspraksis.

Selv om problemstillingen har fått økt oppmerksomhet de senere årene, er Høyesterettspraksis og praksis fra Arbeidsretten på området fortsatt noe begrenset. Det vil derfor også vises til underrettspraksis der det er relevant. Her bør det merkes at underrettspraksis utgjør en mindre tungtveiende rettskilde enn praksis fra de høyere domstolene, og at prejudikatsverdien av underrettspraksis derfor ikke er like sterk.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 er en videreføring av vernet mot usaklig oppsigelse etter arbeidsmiljøloven av 1977 § 60.⁷ Dette innebærer at forarbeidene til den tidligere bestemmelsen og rettspraksis tilknyttet denne også er relevant for forståelsen av dagens bestemmelse.

Der verken lov, forarbeider eller rettspraksis er tilstrekkelig til å drøfte de problemstillinger som reises i oppgaven, vil også reelle hensyn trekkes inn.

For virksomheter bundet av tariffavtale kan tariffavtalen utgjøre en viktig faktor med hensyn til arbeidstakernes stillingsvern utover det som følger av arbeidsmiljølovens bestemmelser. En tariffavtale er en skriftlig avtale mellom en arbeidsgiverforening eller arbeidsgiver og en fagforening som regulerer arbeidsforholdet. Ved å være tariffbundet vil en virksomhet ha påtatt seg en særskilt forpliktelse til å ivareta visse krav. Dette kan for eksempel være knyttet til arbeidstid, lønn, ferie, sykepenger og oppsigelse.

⁷ jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

I oppgaven vil Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge og Næringslivets Hovedorganisasjon 2014-2017 (Hovedavtalen – HA) være den mest sentrale tariffavtalen. Etter Hovedavtalen § 8-2 kreves det «saklig grunn» for å fravike ansiennitet ved oppsigelse grunnet innskrenkning/omlegging. I likhet med at rettspraksis er en viktig rettskildefaktor for forståelsen av saklighetskravet i aml. § 15-7, er rettspraksis knyttet til Hovedavtalen § 8-2 også sentral for forståelsen av dennes innhold.

1.4 Avgrensninger

Hvilke rettsregler som regulerer et arbeidsforhold avhenger av hvor arbeidstakeren er ansatt. Jeg har valgt å fokusere på arbeidsmiljølovens regler, og i noen grad også på oppsigelsesvernet i tariffbundne virksomheter. Regler om stillingsvern etter statsansatteloven, skipsarbeidsloven eller andre særlover vil ikke behandles av hensyn til oppgavens omfang.⁸

Etter aml. § 15-7 er det i realiteten tale om to hovedforhold som gir grunnlag for oppsigelse: Forhold på virksomhetssiden og arbeidstakers eget forhold.⁹ Oppsigelse grunnet arbeidstakers eget forhold kan være aktuelt dersom arbeidstaker ikke oppfyller sine plikter eller ikke oppfyller dem tilfredsstillende. Dette kan eksempelvis være tilfelle dersom arbeidstakeren uteblir fra arbeidet, ved mangelfull arbeidsprestasjon, økonomiske misligheter eller illojalitet.¹⁰ I en nedbemanningsprosess vil oppsigelser normalt være begrunnet i virksomhetens forhold, for eksempel rasjonalisering, driftsinnskrenkninger eller andre former for omstilling. Det er kun oppsigelser grunnet virksomhetens forhold som vil bli behandlet i denne fremstillingen. Dette utelukker også andre former for opphør av arbeidsforhold slik som avskjed, suspensjon, permisjon, permittering og oppsigelse i prøvetid.

1.5 Fremstillingen videre

I det følgende vil jeg først gjøre rede for arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers stillingsvern. Hensikten er her å få frem utgangspunktene for vurderingen og de ulike interessene som må tas hensyn til i en nedbemanningsprosess. Videre i kapittel 2 vil jeg gjøre

⁸ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven) og Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven)

⁹ Fanebust (2001) s. 103

¹⁰ Fanebust (2013) s. 282

rede for saklighetskravet i aml. § 15-7 og de ulike elementene saklighetskravet består av. Dette gjøres for å sette problemstillingen inn i en større rettslig og faktisk sammenheng.

Kapittel 3 utgjør hoveddelen av avhandlingen. Her vil jeg gå nærmere inn på den delen av saklighetskravet i aml. § 15-7 som gjelder arbeidsgivers adgang til å definere utvelgelseskretsen. Spørsmålet er her om, og eventuelt på hvilke premisser, arbeidsgiver kan fravike utgangspunktet om å anvende hele virksomheten som utvelgelseskrets. Dette vil jeg forsøke å besvare gjennom en analyse av sentrale momenter som er vektlagt i rettspraksis. I siste del av kapittel 3 vil jeg undersøke hvorvidt hensynet til de ansattes ansiennitet kan påvirke arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen.

I kapittel 4 vil jeg til slutt foreta en oppsummering og knytte noen endelige bemerkninger til rettstilstanden i dag.

2 Oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold

2.1 Arbeidsgivers styringsrett

Uttrykket styringsrett angir den kompetansen arbeidsgiver har til å treffe beslutninger i arbeidsforholdet, og er i juridisk litteratur og rettspraksis definert som arbeidsgivers «rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet» jf. blant annet Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk-dommen*.¹¹ Inn under styringsretten faller også beslutninger om hvem som skal være knyttet til virksomheten, herunder hvem som skal tilsettes og beslutninger om oppsigelse og avskjed.¹²

Selv om arbeidsgivers styringsrett utfra definisjonen i *Nøkk-dommen* synes å være svært vid, er dette en sannhet med modifikasjoner. Styringsretten er i realiteten avgrenset av en rekke rettslige normer, slik som ufravikelig lovgivning, rettspraksis, arbeidstakers individuelle arbeidsavtale, kollektive avtaler og sedvane.¹³ I rettspraksis er det også lagt til grunn at styringsretten er begrenset av såkalte allmenne saklighetsnormer. Dette innebærer at det stilles visse krav til saksbehandlingen og til at det må foreligge et forsvarlig grunnlag for de avgjørelser som treffes, som ikke kan være vilkårlige eller basert på utenforliggende hensyn.¹⁴ At arbeidsgiver har styringsrett så lenge det ikke er holdepunkter for noe annet, er grunnen til at styringsretten gjerne blir omtalt som en «restkompetanse».¹⁵

Selv om arbeidsgiver ikke står fritt til å gå til oppsigelse og må forholde seg til ufravikelig lovgivning, rettspraksis mv., er utgangspunktet om at arbeidsgiver leder virksomheten sentral. Dersom det foreligger tvil om hvordan begrensningene i styringsretten skal forstås, vil en alltid måtte falle tilbake på utgangspunktet om at det er arbeidsgiver som har beslutningskompetanse.¹⁶

¹¹ Rt. 2000 s. 1602 (*Nøkk-dommen*) s. 1609. Se også Rt. 2008 s. 856 (*Theatercafé-dommen*) avsnitt 34 og Rt. 2009 s. 1465 (*Seinvakt-dommen*) avsnitt 35

¹² Se Evju (2003) s. 15

¹³ Fougner mfl. (2016) s. 95

¹⁴ jf. Rt. 2001 s. 418 (*Kårstø-dommen*) s. 427

¹⁵ jf. Evju (2003) s. 21 og Rt. 2001 s. 418 (*Kårstø-dommen*) s. 421

¹⁶ Søreide og Carlsen (2020)

Historisk har styringsretten nærmest vært sett som et prinsipielt og udiskutabelt utgangspunkt som ikke har trengt noen nærmere begrunnelse.¹⁷ Dels kan dette forstås på bakgrunn av tankegangen om at det tradisjonelt har vært arbeidsgiver som har eid produksjonsmidlene, og at styringsretten slik sett er blitt ansett som en eierbeføyelse.¹⁸ Denne eiendomsrettslige tankegangen gjør seg ikke gjeldende i dag. Nå har styringsretten heller en mer praktisk begrunnelse, nemlig at det er ledelsen som har best kjennskap til bedriftens behov og ansvaret for at bedriften er forsvarlig.¹⁹ For at ledelsen skal kunne sørge for en forsvarlig og effektiv drift, og kunne tilpasse seg stadige endringer i arbeidsmarkedet, er det logisk nok en forutsetning at den har et visst handlingsrom.

2.2 Arbeidstakers stillingsvern

I dag er styringsretten klart mer begrenset enn tidligere. Selv om arbeidsgivers styringsrett har vært gjenstand for regulering fra lang tid tilbake, har det skjedd en omfattende utvikling både i tiden før og særlig etter at den første alminnelige arbeidervernloven kom i 1936.²⁰ Med denne loven ble det for første gang påkrevd at en arbeidstaker som var sagt opp uten saklig grunn, skulle tilkjennes erstatning. Før loven kunne arbeidsgiver si opp arbeidstakerne sine nærmest etter eget forgodtbefinnende. Dette kom senest til uttrykk i Rt. 1935 s. 467, der Høyesterett uttalte at en arbeidsgiver kunne si opp sine ansatte «etter eget skjønn og godtykke med lovlig frist uten å behøve å angi eller påvise noe forsvarlig grunnlag eller noen grunn overhodet».²¹

Loven av 1936 ble senere fulgt opp av ny arbeidervernlov i 1956.²² Med denne loven ble stillingsvernet ytterligere bygget ut, for eksempel gjennom en adgang til å gi dom for gjeninnsettelse. Deretter kom loven av 1977, som i likhet med dagens lov av 2005 medførte at en ulovlig oppsigelse kunne kjennes ugyldig.²³ Av andre lover som senere har kommet til og styrket arbeidstakernes stillingsvern kan personopplysningsloven, folketrygdloven, ferieloven, permitteringslønnsloven og likestilling- og diskrimineringsloven nevnes.²⁴ Parallelt med

¹⁷ Fanebust (2001) s. 55

¹⁸ Fanebust (2013) s. 111

¹⁹ Fanebust (2001) s. 55

²⁰ Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern

²¹ jf. Rt. 1935 s. 467, s. 471

²² Lov 12. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern

²³ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø

²⁴ Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven), Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven), Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven), Lov 6. mai 1988

lovgivningen har arbeidstakernes stillingsvern også økt gradvis gjennom stadig flere og mer omfattende tariffavtaler.

Det er gode grunner for at omfanget av offentlige verneregler er større på arbeidsrettens område enn på de fleste andre områder. Dette kommer først og fremst av at fast arbeid er en nødvendig og svært betydningsfull del av dagliglivet for de aller fleste. I tillegg til å sikre inntekt til forsørgelse av en selv og familien, skal arbeidslivet gi del i verdier som kreativitet, utfoldelse og fellesskap.²⁵ Grunnloven § 110 understreker betydningen av arbeid som et gode for den enkelte ved å fastsette at det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at «ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring». Internasjonalt kommer betydningen av arbeid til uttrykk i blant annet FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter art. 6, og Konvensjon om å fremme sysselsetjing og vern mot arbeidsløse – ILO nr. 168. En annen viktig faktor som nødvendiggjør et videre vern på arbeidsrettens område er det skjeve maktforholdet arbeidsavtalen etablerer mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Fordi arbeidsavtalen ikke er en kontrakt mellom likeverdige parter – den etablerer et såkalt «underordningsforhold» – er det av avgjørende betydning at det eksisterer sosiale verneregler.

2.3 Saklighetskravet i aml. § 15-7

2.3.1 Innledning

Før jeg går inn på den nærmere analysen av når arbeidsgiver har «saklig grunn» til å avgrense utvelgeskretsen vil jeg i dette kapittelet gjøre rede for hva vernet mot usaklig oppsigelse i aml. § 15-7 innebærer. Som den videre gjennomgangen vil vise, gjennomsyrrer kravet til saklighet alle vurderinger arbeidsgiver må ta i nedbemanningsprosessen. En oversikt over hva slags vern saklighetskravet gir arbeidstaker, gir et bakteppe for å enklere forstå i hvilke tilfeller arbeidsgiver kan fravike lovens utgangspunkt. I denne delen av oppgaven vil jeg derfor kort gjøre rede for noen grunnleggende trekk ved saklighetskravet, og deretter de ulike elementene saklighetskravet består av.

nr. 22 om lønnsplikt under permittering (permitteringslønnsloven) og Lov 16. Juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

²⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 14

2.3.2 Generelt om saklighetskravet

Etter aml. § 15-7 første ledd må en oppsigelse være «saklig begrunnet». Saklighetskravet innebærer først og fremst at de hensyn oppsigelsen kan være motivert av, må ligge innenfor visse ytre rammer.²⁶ I noen tilfeller fremstår dette som klart: En oppsigelse vil for eksempel aldri være saklig begrunnet dersom den bygger på utenforliggende hensyn eller et feil faktisk grunnlag. I andre tilfeller kan det tenkes at de hensyn oppsigelsen bygger på etter sin art er akseptable, men at de likevel ikke er tungtveiende nok til at oppsigelsen er berettiget og nødvendig. Her vil spørsmålet være om det foreligger en tilstrekkelig saklig grunn.²⁷ Hvorvidt det foreligger en tilstrekkelig saklig grunn beror på en konkret, skjønsmessig avveining av arbeidstakers og virksomhetens interesser.

Begrepet «saklig grunn» er en såkalt rettslig standard, noe som innebærer at begrepets innhold endrer seg i takt med samfunnsutviklingen. Dette er blant annet forutsatt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977, hvor det fremgår at saklighetskravet må følge «den sosiale utvikling ellers i samfunnet».²⁸ Et eksempel på en slik utvikling er at rimelighetsbetraktninger i favør av den oppsagte tillegges større vekt i dag enn tidligere. Et annet eksempel er at domstolenes prøvingsintensitet har tiltatt.²⁹ I rettspraksis er det lagt til grunn at terskelen for å gå til oppsigelse i dag generelt er høy, og at arbeidsgiver må kunne vise til «gode grunner».³⁰

Saklighetskravet består av flere elementer: Ved oppsigelse grunnet virksomhetens forhold vil kravet til tilstrekkelig saklig grunn innebære et krav om saklighet for nedbemanningen som sådan – om hensiktsmessigheten av å foreta en nedbemanning og dens størrelse – men også et krav om saklig utvelgelse av hvilke arbeidstakere som er overtallige. Kravet til saklig utvelgelse innebærer for det første et krav om en saklig utvelgelseskrets, og for det andre et krav om saklige utvelgelseskriterier innenfor kretsen.³¹

Dessuten omfatter kravet til saklig grunn ved oppsigelse grunnet virksomhetens forhold etter aml. § 15-7 andre ledd et krav om individuell rimelighet. Dette innebærer at det ikke finnes annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren, og at de ulemper oppsigelsen

²⁶ Fanebust (2013) s. 239

²⁷ Fanebust (2013) s. 239

²⁸ jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

²⁹ Dalheim, Norsk lovkommentar, note 640 til aml. § 15-7

³⁰ Rt. 2009 s. 685, avsnitt 52

³¹ Se HR-2019-424-A (Skanska-dommen) avsnitt 30

påfører den enkelte arbeidstaker ikke overstiger behovet virksomheten har til å gå til oppsigelse. Jeg vil redegjøre nærmere for saklighetskravets ulike elementer i det følgende.

2.3.3 Saklig behov

For at arbeidsgiver skal kunne gå til oppsigelse grunnet virksomhetens forhold, må det foreligge et saklig behov som nødvendiggjør de aktuelle tiltakene. Vurderingstemaet er om det foreligger et bedriftsøkonomisk eller annet driftsmessig behov som er tilstrekkelig til å begrunne oppsigelsene.³²

Dersom for eksempel reduserte inntekter, redusert ordreinnfang eller overkapasitet medfører at arbeidsgiver ikke lenger har arbeid å tilby arbeidstaker, vil dette typisk være en saklig oppsigelsesgrunn. Dette gjelder enten oppsigelsen er tvingende nødvendig eller oppsigelse bare er ønskelig for at bedriften skal gå godt og oppnå overskudd i fremtiden.³³ Det er altså ikke slik at arbeidsgiver kun kan rasjonalisere eller innskrenke driften når virksomheten er på konkursens rand. En virksomhet kan også av andre grunner velge å gå til nedbemanning, for eksempel fordi den ønsker å ta i bruk ny teknologi eller i fremtiden ønsker å satse på et nytt område, med den følge at deler av dagens arbeidsstokk blir overflødig. Det er imidlertid alltid en forutsetning at alternative tiltak har vært vurdert.³⁴

Utgangspunktet når det skal tas stilling til bedriftens behov er at dette må vurderes ut fra forholdene på oppsigelsestiden. Det vil derfor ikke være avgjørende hvorvidt den økonomiske situasjonen er blitt bedre etter at oppsigelsen fant sted, så lenge det forelå et tilstrekkelig saklig behov på oppsigelsestidspunktet.³⁵

Det må også kort knyttes noen bemerkninger til domstolenes prøvingsrett hva gjelder bedriftens behov for nedbemanning. Det har i lang tid vært en diskusjon om hvor langt domstolene kan gå i å prøve arbeidsgivers oppsigelsesbeslutninger. Selv om det har vært enighet om at arbeidstaker i prinsippet kan reise søksmål om rettmessigheten av en oppsigelse, har det samtidig hersket en oppfatning om at arbeidsgiver har et fritt skjønn som

³² Fougner mfl. (2016) s. 238

³³ jf. blant annet Rt. 2012 s. 168 (Notodden fotballklubb) og LA-1999-806 (Ringnes-dommen)

³⁴ Fougner mfl. (2016) s. 238

³⁵ Fougner mfl. (2016) s. 238

domstolene ikke kan overprøve, særlig knyttet til arbeidsgivers beslutninger om hva som er økonomisk, strategisk eller av andre grunner ønskelig for virksomheten.³⁶

Spørsmålet er imidlertid langt på vei avklart med Rt. 1984 s. 1058 *Nationaltheatret-dommen*, hvor Høyesterett trekker vide rammer for prøvingsretten:³⁷

«Det er etter min mening domstolenes oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren.»

At domstolene har full prøvingsrett må følgelig anses å være gjeldende rett i dag. På tross av dette synes det likevel å være en tendens i rettspraksis at det utvises en viss tilbakeholdenhet med å overprøve arbeidsgivers vurderinger.³⁸ Dersom arbeidsgiver kan dokumentere grunnlaget for at bedriften synes å ha et reelt behov, kan det virke som domstolene som hovedregel aksepterer dette.

2.3.4 Utvelgelsen

Dersom arbeidsgiver har funnet at det er et behov for å foreta en nedbemanning, vil neste steg i prosessen være å velge ut hvem som skal sies opp. Lovteksten i aml. § 15-7 gir ingen anvisning på hvordan denne utvelgelsen skal foretas utover det generelle saklighetskravet. De nærmere retningslinjene er derfor utviklet og presisert gjennom juridisk litteratur og rettspraksis.

Ved utvelgelsesvurderingen må arbeidsgiver fastsette hvilke arbeidstakere som skal være med og hvem som skal holdes utenfor når det foretas en vurdering av hvilke arbeidstakere som skal sies opp. Jeg vil ta for meg denne vurderingen nærmere i kapittel 3.

I tillegg til å definere utvelgelseskrets må arbeidsgiver fastsette utvelgelseskriterier. Utvelgelseskriteriene er de kriteriene som skal anvendes ved avgjørelsen av hvilke av flere

³⁶ Fougner mfl. (2016) s. 234

³⁷ Rt. 1984 s. 1058 (*Nationaltheatret-dommen*) s. 1067

³⁸ Se blant annet Rt. 1989 s. 508 (*Spigerverk-dommen*)

arbeidstakere som skal sies opp. Utvelgelseskriteriene er stort sett de samme i alle bedrifter, men det varierer i hvilken grad arbeidsgiver er forpliktet til å vektlegge dem i forhold til hverandre. Dersom en bedrift for eksempel er bundet av en tariffavtale eller sedvane som forplikter bedriften til å følge ansiennitet som utvelgelseskriterium, vil det være usaklig å la andre hensyn komme foran. Relevante utvelgelseskriterier er formell og reell kompetanse, ansiennitet, personlig egnethet, alder og særlig sosiale hensyn. At man kan legge vekt på slike forhold ved utvelgelsen er blant annet slått fast i Rt. 1986 s. 879 *Hillesland-dommen*.³⁹ På et overordnet nivå vil det mest sentrale være at kriteriene er saklige, objektive og etterprøvbare.

2.3.5 Annet passende arbeid

Arbeidsmiljølovens § 15-7 andre ledd fastsetter at en saklig oppsigelse grunnet driftsinnskrenkning eller rasjonalisering forutsetter at arbeidsgiver ikke har «annet passende arbeid» å tilby arbeidstaker. Vilkåret kom inn i arbeidsmiljøloven av 1977, og bygger på rettspraksis fra tiden før dette.⁴⁰ Rettspraksis og den senere lovfestingen grunner i at arbeidstakeren normalt vil være tjent med et alternativt arbeid fremfor en oppsigelse, og at det heller ikke er noen saklig grunn for arbeidsgiver til å avbryte arbeidsforholdet dersom det finnes annet arbeid i bedriften som arbeidstaker kan utføre.

Hva som menes med «annet passende arbeid» fremgår ikke direkte av lovteksten. Det påpekes imidlertid i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 at arbeidsgiver plikter å omplassere arbeidstakeren hvis det finnes en «passende ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov».⁴¹ Arbeidsgiver plikter med andre ord ikke å opprette en stilling det ikke er behov for. Videre er det lagt til grunn i rettspraksis at arbeidet som tilbys både innholdsmessig og lønsmessig må være mest mulig likt det opprinnelige arbeidet, men at dersom slikt arbeid ikke finnes plikter arbeidsgiveren å tilby ledig arbeid på et lavere stillings- og lønnsnivå.⁴² Oppgavene arbeidstaker tilbys i framtidens bedrift kan dermed være helt forskjellig fra vedkommende sine opprinnelige arbeidsoppgaver. Det er opp til arbeidstaker selv å velge å akseptere et slikt tilbud eller ikke.

³⁹ Rt. 1986 s. 879 (*Hillesland-dommen*) s. 886-887

⁴⁰ Se eksempelvis Rt. 1962 s. 888, Rt. 1966 s. 392 og Rt. 1972 s. 1330

⁴¹ jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁴² jf. blant annet HR-2017-561-A (*Posten II-dommen*) avsnitt 82

Arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid er etter aml. § 15-7 andre ledd knyttet til «virksomheten». I HR-2018-880-A *Linjebygg-dommen* ble det slått fast at vurderingen må ta utgangspunkt i hele virksomheten, og ikke kun en bestemt avdeling.⁴³

2.3.6 Interesseavveiningen

Utover plikten til å tilby annet passende arbeid innebærer kravet til saklighet etter aml. § 15-7 andre ledd også at det må foretas en «avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker». Ordlyden tilsier at det må foretas en vurdering av hvorvidt oppsigelsen vil få uforholdsmessige skadevirkninger overfor den som rammes. I rettspraksis er det lagt til grunn at relevante momenter i vurderingen er alder, lang tjenestetid, arbeidstakers økonomiske situasjon, mulige utsikter på arbeidsmarkedet samt sosiale forhold slik som for eksempel forsørgerbyrde.⁴⁴

Når det gjelder terskelen for at interesseavveiningen skal slå ut i arbeidstakers favør, viser rettspraksis at det skal svært mye til. Dette fremgår av blant annet Rt. 1986 s. 879 *Hillesland-dommen*, hvor det ble gitt uttrykk for at bedriftens behov for å gjennomføre nødvendige innskrenkningstiltak for å trygge den videre drift må ha gjennomslagskraft overfor den ansatte, selv om oppsigelsen vil ramme hardt. Videre uttalte Høyesterett i Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen* at det kun ville være under «ekstraordinære omstendigheter at avveiningen kunne falle ut i arbeidstakers favør».⁴⁵ I den konkrete saken kunne ikke den ansattes alder (55 år) og ansiennitet (10 år) tillegges avgjørende vekt.

Et annet poeng er at det gjerne skal mer til for at interesseavveiningen skal slå ut i arbeidstakers favør dersom arbeidstakeren har vært tilbudt annet passende arbeid. Dette er også logisk sett i lys av at arbeidstakers ulemper i et slikt tilfelle ikke vil være like tungtveiende.

2.4 Krav til saksbehandlingen

Foruten stillingsvernsbestemmelsen i aml. § 15-7 inneholder arbeidsmiljøloven bestemmelser om krav til saksbehandlingen når arbeidsgiver skal gå til oppsigelse av en arbeidstaker.

⁴³ HR-2018-880-A (Linjebygg-dommen) avsnitt 41

⁴⁴ jf. blant annet Rt. 1986 s. 879 (Hillesland-dommen)

⁴⁵ Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen) avsnitt 60

Reglene er ment å sørge for at arbeidstakeren får den informasjonen vedkommende behøver om sine rettigheter, å sørge for klarhet i oppsigelsesprosessen, samt å gi domstolene et tilstrekkelig grunnlag for kontroll og etterprøving. Dersom saksbehandlingsreglene ikke er overholdt, vil dette etter en samlet vurdering kunne føre til at oppsigelsen anses ugyldig.⁴⁶

Arbeidsmiljøloven fastsetter at arbeidsgiver har en informasjons- og drøftelsesplikt. Etter aml. § 15-1 skal arbeidsgiver, før det fattes beslutning om oppsigelse, drøfte spørsmålet med arbeidstakeren og arbeidstakerens tillitsvalgte. Her skal både grunnlaget for oppsigelsen og eventuell utvelgelse mellom ansatte drøftes. Dersom det er tale om en masseoppsigelse, altså at arbeidsgiver sier opp minst 10 ansatte i løpet av 30 dager,⁴⁷ er drøftelsesplikten noe utvidet. Dette grunner blant annet i at behovet for stillingsvern i et slikt tilfelle vil være enda mer presserende enn ellers.

Drøftelsesplikten er en sentral saksbehandlingsregel, som skal sikre en forsvarlig og grundig vurdering, samt at oppsigelsen bygger på et fyllestgjørende og korrekt faktisk grunnlag. Som jeg vil komme inn på i kapittel 3.3.4, kan fremgangsmåten arbeidsgiver har fulgt i en nedbemanningsprosess ha stor betydning for om en avgrenset utvelgelseskrets skal anses saklig begrunnet.

Utover drøftelsesplikten gjelder det også flere saksbehandlingsregler, slik som eksempelvis formkrav til oppsigelsen, rett til forhandlingsmøte og representasjon, samt regler om mulighet for å reise søksmål. Dette ligger imidlertid utenfor oppgavens rammer å gå nærmere inn på.

Det er også verdt å merke seg at mange tariffavtaler inneholder regler om saksbehandling ved oppsigelse som er mer vidtrekkende enn arbeidsmiljølovens regler.

⁴⁶ jf. eksempelvis Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen) og HR-2019-424-A (Skanska-dommen)

⁴⁷ jf. aml. § 15-2

3 Utvelgelseskrets ved nedbemanning

3.1 Innledning

Over har jeg gått gjennom de ulike elementene saklighetskravet i aml. § 15-7 består av, og hvilke begrensninger disse setter for arbeidsgiver ved oppsigelse grunnet forhold på virksomhetens side. I denne delen av oppgaven vil jeg gå nærmere inn på den delen av saklighetskravet som gjelder utvelgelsen, og foreta en analyse av arbeidsgivers adgang til å utforme utvelgelseskretsen – altså kretsen for hvilke ansatte som skal vurderes mot hverandre for mulig oppsigelse.

3.2 Utgangspunkt

Etter aml. § 15-7 første ledd må en oppsigelse, og dermed også utvelgelseskretsen, som nevnt være «saklig begrunnet». Noen nærmere regler om hvilken krets utvelgelsen skal foretas ut fra fremgår ikke uttrykkelig av lovteksten. Det er imidlertid alminnelig antatt at utvelgelseskretsen, på bakgrunn av saklighetskravet, i utgangspunktet må være knyttet til «virksomheten».⁴⁸

Virksomhetsbegrepet er derfor av sentral betydning ved vurderingen av hva som utgjør en saklig utvelgelseskrets. Termen går igjen flere steder i arbeidsmiljøloven, uten at loven inneholder noen legaldefinisjon. I rettspraksis er det lagt til grunn at begrepets innhold kan variere ut fra hvilken bestemmelse det er tale om.⁴⁹

Ordlyden i aml. § 15-7 gir ingen sikker veiledning med hensyn til hvordan virksomhetsbegrepet skal forstås. Derimot kan arbeidslivslovutvalgets uttalelser om virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven gi en viss veiledning.⁵⁰ Utvalget uttalte her at «[s]om alminnelig regel vil avgrensningen av virksomhetsbegrepet falle sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver». Videre ble det bemerket at:

«En fortolkning av virksomhetsbegrepet som innebærer at det skal forstås snevrere enn arbeidsgivers *samlede virksomhet* må i henhold til dette ha et særskilt grunnlag.

⁴⁸ Fougner (2016) s. 300

⁴⁹ AR-2016-17 (Nokas-dommen) avsnitt 68

⁵⁰ NOU 2004:5 på side 148-149

Det er altså bedriften som sådan som utgjør arbeidsgivers virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand.» (min kursivering)

Virksomhetsbegrepet knytter seg altså som alminnelig regel til arbeidsgivers samlede virksomhet, med mindre det foreligger et særskilt grunnlag for en annen forståelse. I rettspraksis og juridisk litteratur forstås virksomhetsbegrepet i § 15-7 tilsvarende.⁵¹

Utgangspunktet er dermed at hele den juridiske enheten – hele bedriften – skal ses under ett, og således utgjør utvelgelseskretsen som skal anvendes når flere arbeidstakere skal vurderes opp mot hverandre. Spørsmålet som skal behandles videre er om, og eventuelt på hvilke premisser, arbeidsgiver kan fravike dette utgangspunktet.

3.3 Unntak: Avgrensning av utvelgelseskretsen

Virksomheter kan variere i størrelse, og nedbemanningsprosesser variere i omfang. Ved omfattende nedbemanningsprosesser er det ikke uvanlig at arbeidsgiver ønsker å avgrense kretsen for utvelgelse av arbeidstakere til bestemte deler av virksomheten. At så store deler av virksomheten som mulig forblir uberørt av prosessen kan først og fremst være viktig for bedriftens økonomiske situasjon, konkurransedyktighet og kompetansebehov, i tillegg til at anvendelse av hele bedriften som utvelgelseskrets ofte kan by på praktiske problemer. Videre kan en begrenset utvelgelseskrets være viktig for å skape minst mulig uro og usikkerhet i bedriften som helhet. Arbeidsgiver står imidlertid ikke fritt til å foreta en slik avgrensning.

I rettspraksis er det lagt til grunn at arbeidsgiver kan begrense utvelgelseskretsen til bestemte deler av virksomheten, slik som ulike geografiske områder, divisjoner eller avdelinger, såfremt det foreligger «saklig grunn» til avgrensningen jf. eksempelvis Rt. 1986 s. 879 *Hillesland-dommen* og Rt. 1992 s. 776 *Sparebanken Nord-Norge-dommen*. Dette er fulgt opp i senere rettspraksis og har fått tilslutning i teorien.⁵²

I Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen* uttalte Høyesterett at hvorvidt det foreligger «saklig grunn», må bedømmes konkret i det enkelte tilfellet, og at det ved denne vurderingen kan

⁵¹ Se Rt. 1986 s. 879 (*Hillesland-dommen*), Rt. 1992 s. 776 (*Sparebanken Nord-Norge-dommen*), Rt. 2015 s. 1332 (*Gresvig-dommen*) og Fougner mfl. (2016), s. 299

⁵² jf. blant annet Fougner mfl. (2016) s. 301

trekkes inn en lang rekke av hensyn.⁵³ Hva gjelder terskelen for å begrense utvelgelseskretsen bemerket Høyesterett at:⁵⁴

«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 *uforholdsmessig tyngende*, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte». (min kursivering)

At hensynene i favør av en avgrenset utvelgelseskrets må være «tungtveiende», kan indikere at unntaksadgangen utgjør en sikkerhetsventil som bare unntaksvis kommer til anvendelse. Gjennom analysen i de følgende kapitlene vil jeg undersøke om det er grunnlag for å oppstille en så høy terskel, eller om det skal mindre til før tiltakene arbeidsmiljøloven pålegger bedriftene å gjennomføre skal anses «uforholdsmessig tyngende».

Hvor stort spillerom arbeidsgiver tillates er av avgjørende betydning for hvilke arbeidstakere som skal måles opp mot hverandre på bakgrunn av utvelgeskriteriene, og dermed også for hvilke arbeidstakere som må forlate virksomheten. Mens hensynet til arbeidstakers trygghet og forutberegnelighet i omstillingsprosessen på den ene siden tilsier at utvelgelseskretsen bør omfatte hele virksomheten, tilsier hensynet til virksomhetens omstillingsevne og videre drift på den andre siden at utvelgelseskretsen bør kunne avgrenses til bestemte deler av virksomheten. Dette er en balanseøvelse det er vanskelig å foreta, og det kan heller ikke avgjøres generelt ved hjelp av minimumskrav eller en oppstilling av standardkriterier.⁵⁵

Noen retningslinjer for hvilke hensyn som er saklige og relevante å vektlegge er likevel mulig å oppstille utfra den rettspraksis som foreligger. I det følgende vil jeg både forsøke å klargjøre hvilke momenter som kan tilsi at arbeidsgiver må få anledning til å benytte en mindre utvelgelseskrets enn hele virksomheten, og undersøke hvilken vekt de ulike momentene har isolert og sett opp mot hverandre. Ettersom det er tale om en konkret vurdering må det imidlertid merkes at gjennomgangen av momentene ikke er uttømmende.

3.4 Nærmere om de ulike momentene

⁵³ Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen) avsnitt 42

⁵⁴ Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen) avsnitt 43

⁵⁵ Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen)

3.4.1 Virksomhetens størrelse og geografisk spredning

Dersom virksomheten består av flere enheter med stor geografisk spredning, kan det å anvende hele virksomheten som utvelgelseskrets by på store praktiske problemer. Tidligere var dette sjeldent problematisk ettersom bedriftene som regel bare var lokalisert ett sted. I dag er det imidlertid ikke uvanlig at bedrifter av en viss størrelse har flere separate divisjoner eller filialer, gjerne spredt utover hele eller deler av landet. I tilfeller hvor det i tillegg er tale om flere hundre ansatte kan det å kartlegge og sammenligne alle arbeidstakerne være svært tidkrevende og nærmest ugjennomførbart.

Rettspraksis viser at virksomhetens størrelse og geografiske forhold kan være viktige faktorer ved spørsmålet om avgrensning av utvelgelseskrets. Den første dommen hvor Høyesterett viser til geografisk spredning som et moment i saklighetsvurderingen er Rt. 1992 s. 776 *Sparebanken Nord-Norge-dommen*. Saksforholdet var at Sparebanken Nord-Norge sommeren 1988 hadde kommet i en svært vanskelig økonomisk situasjon som nødvendiggjorde en betydelig reduksjon av personalet og filialnettet. I alt skulle 18 av totalt 48 filialer spredt rundt i Troms og Finnmark nedlegges. Banken besluttet at de som var ansatt ved filialene som ble nedlagt var de som skulle sies opp, noe som resulterte i at tre av de som ble sagt opp reiste søksmål fordi de mente utvelgelseskretsen var for snever. Arbeidstakerne fikk ikke medhold. Høyesterett viste blant annet til at det ikke var urimelig å vurdere hver avdeling for seg «[m]ed det meget betydelig geografiske område banken dekket».⁵⁶

Geografiske utfordringer ble også vektlagt i Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen*.⁵⁷ Saksforholdet var her at Gresvig Detaljhandel AS i flere år hadde foretatt en betydelig omlegging av virksomheten med sikte på økt lønnsomhet og videre drift. I 2013 ble avdelingen Intersport Profil besluttet nedlagt, og avdelingens leder og eneste ansatte sagt opp. Den ansatte reiste søksmål og anførte at oppsigelsen var usaklig begrunnet ettersom han ikke var blitt vurdert opp mot de andre ansatte i virksomheten. Heller ikke her ble oppsigelsen ansett usaklig begrunnet. I likhet med *Sparebanken Nord-Norge-dommen*, viste Høyesterett til at det var naturlig å ta utgangspunkt i at selskapet bestod av «om lag 2000 ansatte fordelt på

⁵⁶ Rt. 1992 s. 776 (*Sparebanken Nord-Norge-dommen*) s. 782

⁵⁷ Rt. 2015 s. 1332 (*Gresvig-dommen*)

ca. 100 butikker med en betydelig geografisk spredning».⁵⁸ Hele virksomheten kunne dermed ikke fungere som utvelgelseskrets.

Selv om det ikke førte til et ulikt resultat, er det likevel en sentral forskjell mellom *Sparebanken Nord-Norge-dommen* og *Gresvig-dommen*. Sparebanken var på sin side offer for en alvorlig bankkrise og var tvunget til å gjennomføre nedbemanningen under et betydelig tidspress. Gresvig hadde motsetningsvis foretatt en betydelig omlegging over lang tid, og nedleggingen av den aktuelle avdelingen var ledd i en langsiktig strategi med sikte på å bedre selskapets konkurransevne. Med såpass ulike utgangspunkter kan det stilles spørsmål ved om den geografiske spredningen burde vært vektlagt ulikt i de to dommene. Høyesterett unngikk likevel å trekke fram at Gresvig både hadde hatt tid og mulighet til å gjøre en nærmere vurdering i samråd med de tillitsvalgte om hvilke butikker som kunne vært omfattet av utvelgelseskretsen. Selv om Høyesterett selv uttaler at det ikke kunne være avgjørende, synes resultatet i *Gresvig-dommen* å bære preg av at det ikke var noen andre i selskapet det var naturlig å vurdere den ansatte opp mot grunnet avdelingens særskilte virksomhetsområde.

I *Gresvig-dommen* bemerket Høyesterett videre at siden det ikke var noe annet opplagt alternativ til å bruke hver avdeling som utvelgelseskrets, ville det lett blitt tvist om hvilke butikker som skulle inngått i en større utvelgelseskrets. At det ikke fantes alternative utvelgelseskretser som fremstod som «opplagte eller klart avgrenset på noen naturlig måte» ble også vektlagt i den senere avsagte HR-2017-561-A *Posten II-dommen*.⁵⁹

I LH-2015-189365 *KappAhl-dommen* vektla lagmannsretten hensynet til geografisk spredning annerledes enn i de ovenfor nevnte dommene. *KappAhl-dommen* gjaldt nedleggelse av en klesbutikk som tilhørte kleskjeden KappAhl. Da klesbutikken ble besluttet nedlagt ble tre av de ansatte som jobbet der sagt opp, og det oppstod tvist om virksomheten hadde adgang til å benytte den aktuelle butikken som utvelgelseskrets. Kleskjeden hadde på det tidspunktet om lag 100 avdelinger spredt over store geografiske områder, og 1050 ansatte. Lagmannsrettens flertall kom til at KappAhl ikke hadde foretatt et saklig valg av fremgangsmåte ved oppsigelsene etter nedleggingen av butikken, og pekte på at en utvelgelseskrets basert på alle butikkene innenfor et avgrenset geografisk område både ville ha vært relevant og mulig. Mindretallet bemerket derimot at det «på ingen måte [er] gitt hvilke butikker som vil inngå i utvelgelseskretser større enn hver avdeling, men mindre enn hele virksomheten, jf. Rt-2015-

⁵⁸ Rt. 2015 s. 1332 (*Gresvig-dommen*) avsnitt 47

⁵⁹ HR-2017-561-A (*Posten II-dommen*) avsnitt 78

1332 avsnitt 47». Flertallet på sin side kommenterte ikke på de uenighetene som kunne ha oppstått ved valg av en annen og bredere utvelgelseskrets. I *KappAhl-dommen* mente flertallet både at det forelå svikt i saksbehandlingen og at KappAhl ikke var i noen prekær økonomisk situasjon, og konklusjonen må sannsynligvis forstås på bakgrunn av dette. Dette viser at virksomhetens størrelse og geografiske spredning alene ikke nødvendigvis utgjør en tilstrekkelig saklig grunn for å avgrense utvelgelseskretsen.

I hvilken grad virksomhetens størrelse og geografiske forhold vektlegges synes på bakgrunn av dommene nevnt ovenfor å avhenge av andre forhold knyttet til virksomheten. Slik *KappAhl-dommen* illustrerer vil det ikke være like gode grunner for å avgrense utvelgelseskretsen på grunn av de geografiske forholdene når bedriftens økonomiske situasjon er normal, og det er tid til en omfattende og grundig prosess. Er virksomheten derimot i en prekær økonomisk situasjon og under et betydelig tidspress, slik situasjonen var i *Sparebanken Nord-Norge-dommen*, kan det være større grunn til å tillate at utvelgelseskretsen begrenses dersom selskapsstrukturen gjør en større utvelgelsesprosess uhandterlig. I et slikt tilfelle vil trolig hensynet til virksomhetens ressurser og mulighet for videre drift veie tyngst.

Samtidig viser *Gresvig-dommen* at selv om virksomheten ikke er under et sterkt tidspress, kan de geografiske forholdene trekke i retning av at avgrensningen må anses saklig dersom det ikke er noen nærliggende eller naturlig grense for en større utvelgelseskrets. Hva som medførte at det ikke ble ansett å foreligge en naturlig grense for en større utvelgelseskrets i *Gresvig-dommen*, mens det ble ansett at en større utvelgelseskrets ville ha vært relevant og mulig i *KappAhl-dommen*, synes imidlertid ikke klart. Dette etterlater en viss usikkerhet med tanke på de geografiske forholdenes betydning.

Rettspraksis viser for øvrig at i hvilken grad geografiske forhold vektlegges har sammenheng med hvor store avstander det er tale om. Dersom det eksempelvis er tale om ulike avdelinger med samme adresse vil ikke argumentet gjøre seg like sterkt gjeldende som i tilfeller hvor den geografiske spredningen er stor.⁶⁰ Dette setter en viss terskel for å påberope seg geografisk spredning som grunnlag for at det skal anses saklig å avgrense kretsen. Et slikt resonnement er også logisk ettersom det gjerne vil by på større praktiske problemer og være mer ressurskrevende å vurdere arbeidstakere i et større geografisk område enn mellom avdelinger i geografisk nærhet.

⁶⁰ Se RG-2005-784 (Posten I-dommen) og RG-1990-1098 (Spennbetong-dommen)

3.4.2 Primært tilknytningspunkt

Ut fra rettspraksis synes det også å ha betydning for vurderingen av om utvelgelseskretsen kan begrenses hvorvidt den valgte utvelgelseskretsen er den ansattes primære tilknytningspunkt i virksomheten. I en større virksomhet med flere separate avdelinger vil den ansatte gjerne føle en sterkere tilknytning til avdelingen hvor vedkommende jobber, fremfor en tilknytning til virksomheten som helhet. Særlig kan dette være tilfelle dersom den enkelte avdeling har en egen ledelse og fungerer tilnærmet uavhengig av virksomheten ellers. Det vil da være naturlig at vurderingen av hvilke ansatte som skal sies opp gjøres innenfor kretsen av de arbeidstakerne som er tilknyttet avdelingen som skal legges ned eller har behov for omlegging.

Dersom det i en mindre del av virksomheten eksisterer en naturlig større krets enn den valgte utvelgelseskretsen som arbeidstaker har en tilknytning til, kan dette imidlertid være et argument for at avgrensningen er usaklig. I et slikt tilfelle vil ikke det samme tilknytningsargumentet gjøre seg gjeldende, samtidig som det heller ikke nødvendigvis vil være ekstra byrdefullt for arbeidsgiver å anvende en større krets grunnet den naturlige sammenhengen i selskapsstrukturen.

I Rt. 1992 s. 776 *Sparebanken Nord-Norge-dommen* uttalte Høyesterett at det var et «naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratres når filialen ble nedlagt».⁶¹ I denne saken hadde hver enkelt filial ansettelsesmyndighet, og det ble vist til at de ansatte ikke uten eget samtykke kunne omflyttes til andre avdelinger. Slik sett bar hver filial preg av en viss selvstendighet, og det var disse, og ikke virksomheten som helhet, som var de ansattes primære tilknytningspunkt. At den valgte ordningen harmonerte med ansettelsesforholdene trakk i retning av at avgrensningen av utvelgelseskretsen var saklig begrunnet.

At den valgte ordningen harmonerte med ansettelsesforholdene ble også trukket frem i Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen*. Her ble det vist til at ettersom Intersport Profil var en adskilt avdeling med et særskilt virksomhetsområde i virksomheten, og den aktuelle arbeidstakeren kun hadde jobbet i denne avdelingen, syntes det også rimelig at utvelgelseskretsen ble avgrenset til denne. Når avdelingene driver ulike typer virksomhet, slik tilfellet var i denne saken, vil det ofte kun være i avdelingen hvor den ansatte har jobbet at vedkommende kjenner til arbeidsoppgaver, rutiner, økonomi, kundegrunnlag osv. Dette medfører at det vil kunne

⁶¹ Rt. 1992 s. 776 (*Sparebanken Nord-Norge-dommen*) s. 782

være vanskelig å finne andre ansatte i virksomheten å sammenligne arbeidstakeren med, og dessuten vanskelig å omplassere arbeidstakeren til andre avdelinger.

Rettspraksis viser at tilknytningsspørsmålet kan stille seg annerledes dersom arbeidstakeren har jobbet på tvers av flere avdelinger,⁶² eller dersom den avdelingen hvor den ansatte har jobbet ble opprettet kort tid før nedbemanningen. Sistnevnte var tilfelle i RG-2005-784 *Posten I-dommen*. Her bemerket lagmannsretten at ettersom oppdelingen av avdelingene innenfor samme forretningsområde hadde en «kortvarig historie», ville det være urimelig å anvende hver atskilte avdeling som utvelgelseskrets.⁶³

3.4.3 Virksomhetens økonomiske situasjon

Det å benytte hele virksomheten som utvelgelseskrets og vurdere alle arbeidstakerne opp mot hverandre kan være svært tids- og ressurskrevende. For en virksomhet som allerede sliter så sterkt økonomisk at den knapt klarer holde driften gående, kan konsekvensene av en omfattende utvelgelsesprosess bli at hele virksomheten må legges ned – noe som verken er i arbeidsgivers eller arbeidstakers interesse. Det er derfor naturlig at virksomhetens økonomiske situasjon er et gjennomgående moment i rettspraksis ved vurderingen av om en avgrenset utvelgelseskrets skal anses saklig begrunnet.

I Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen* uttaler Høyesterett at det er «klart at selskapets økonomiske stilling og forretningsmessige utfordringer ellers, vil kunne ha stor betydning».⁶⁴ I den konkrete saken ble det lagt særlig vekt på at bedriften hadde et underskudd på 171 millioner kroner det året da arbeidstakeren ble sagt opp, og at likviditetssituasjonen var så anstrengt at selskapet måtte få tilført midler fra eieren Gresvig AS. De to årene før oppsigelsen var det samlede underskuddet på 309 millioner kroner. Når ledelsen måtte fokusere på å sikre videre drift, tilsa behovet for å skjerme ledelsesressurser fra omfattende prosesser som involverte et stort antall ansatte, at avgrensningen måtte anses saklig begrunnet.

At den økonomiske situasjonen var svært anstrengt ble også vektlagt i Rt. 1992 s. 776 *Sparebanken Nord-Norge-dommen*. Høyesterett viste her til at banken var i en «prekær

⁶² Se LH-2003-13169 (Bravida) og LH-2015-189365 (KappAhl-dommen), samt Våg (2016)

⁶³ RG 2005-784 (Posten I-dommen)

⁶⁴ Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen) avsnitt 42

økonomisk situasjon, som krevet svære offentlige tilskudd og drastiske endringer i bankens oppbygging om den skulle ha muligheten for å overleve». ⁶⁵

Arbeidsrettens uttalelser i AR-2017-16 *Nokas-dommen* er også illustrerende med hensyn til betydningen av virksomhetens økonomiske situasjon. I Nokas-dommen var saksforholdet at sikkerhetsselskapet Nokas hadde fått en redusert avtale med oppdragsgiver om sikkerhetstjenester ved Sola Heliport. Som følge av dette ble 19 ansatte sagt opp. I forbindelse med nedbemanningen avgrenset Nokas utvelgelseskretsen til Sola Heliport, noe arbeidstakerne mente var for snevert. Arbeidsretten viste her til at det i den konkrete saklighetsvurderingen var flere faktorer som gjorde at situasjonen skilte seg fra den i *Gresvig-dommen*. En av disse faktorene var at Nokas ikke befant seg i en prekær økonomisk situasjon, selv om nedbemanningen skyldtes en «reduksjon i aktiviteten». Den økonomiske situasjonen i Nokas utgjorde derfor ikke et «tilstrekkelig tungtveiende hensyn». ⁶⁶

Også i LH-2015-189365 *KappAhl-dommen* var en mindre alvorlig økonomisk situasjon en del av begrunnelsen for at avgrensningen av utvelgelseskretsen ble ansett usaklig. Lagmannsretten viste her til at KappAhl ikke befant seg i en «ekstraordinær situasjon», eller i slike økonomiske vanskeligheter at det kunne begrunne et unntak fra hovedregelen. ⁶⁷ Selv om butikken som ble besluttet nedlagt hadde hatt svak omsetning, var ikke nedleggelsen nødvendig for selskapets videre drift og mulighet for overlevelse.

Slik de ovenfor nevnte dommene på hver sin måte viser, synes terskelen for å godta en avgrenset utvelgelseskrets å ha en klar sammenheng med bedriftens økonomiske situasjon. Er den økonomiske situasjonen prekær, er terskelen lavere enn om bedriften kun har et ønske om å optimalisere driften. Selv om en nedbemanningsprosess alltid vil være ressurskrevende, mister hensynet til å unngå bruk av ledelsesressurser på utvelgelsesprosessen mye av sin vekt når økonomien ellers er stabil. For at en virksomhets økonomiske situasjon skal utgjøre et viktig argument må det dermed kunne fastslås at det må være tale om økonomiske forhold utover den alminnelige usikkerheten og utfordringer som normalt følger med en nedbemanningssituasjon.

Det kan stilles spørsmål ved om virksomhetens økonomiske situasjon alene kan være tilstrekkelig for at det vil være saklig å begrense utvelgelseskretsen. Arbeidsrettens uttalelse i

⁶⁵ Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-Norge-dommen) s. 781

⁶⁶ AR-2016-17 (Nokas-dommen) avsnitt 83

⁶⁷ LH-2015-189365 (KappAhl-dommen)

Nokas-dommen om at den økonomiske situasjonen i det konkrete tilfellet ikke var et «tilstrekkelig tungtveiende hensyn» kan trekke i retning av en slik forståelse. Dersom den økonomiske situasjonen er så dårlig at virksomheten må avvikles dersom det ikke umiddelbart iverksettes tiltak, kan det virke rimelig at den økonomiske situasjonen i seg selv er tilstrekkelig. Motsatt ville loven måtte forstås slik at virksomheter kan pålegges prosesser som fører til at de ikke har mulighet for å overleve. Det kan da argumenteres at det vil være rimeligere at bare noen få arbeidstakere rammes, fremfor at alle rammes fordi virksomheten går konkurs.⁶⁸

Selv om arbeidsmiljøloven ikke kan pålegge bedrifter prosesser som er uforholdsmessig tyngende, kan unntaksadgangen heller ikke forstås så vidt at hensynet til arbeidstakernes stillingsvern etter aml. § 15-7 faller bort. For at oppsigelsen skal være gyldig kan det, selv i svært vanskelige situasjoner, ikke kun tas hensyn til arbeidsgivers omstillingsbehov. Reelle hensyn trekker derfor i retning av at terskelen for å avgrense utvelgelseskretsen grunnet virksomhetens økonomiske situasjon alene trolig er svært høy.

3.4.4 Saksbehandling

I tillegg til at arbeidsmiljøloven oppstiller bestemmelser om krav til saksbehandlingen, viser rettspraksis at hvorvidt det er ført en forsvarlig saksbehandling også kan få betydning for arbeidstakers adgang til å begrense utvelgelseskretsen. Drøftelsesplikten er en viktig del av kravet til forsvarlig saksbehandling,⁶⁹ og mangel på drøftelser med arbeidstakerne eller deres tillitsvalgte utgjør typisk et argument for at utvelgelseskretsen ikke kan anses saklig begrunnet.

I Rt. 1992 s. 776 *Sparebanken Nord-Norge-dommen* var avgrensningen av utvelgelseskretsen besluttet i samråd med de tillitsvalgte, noe som var et viktig moment i Høyesteretts begrunnelse. Høyesterett uttalte i den forbindelse at «[v]esentlig for meg er at banken bl.a. gjennom utvalget – og hermed i nær kontakt med de ansatte – ut fra den prekære situasjonen som gjaldt hele bankens fremtid, på best mulig måte søkte å sikre både bankens og de ansattes interesser, og at de ansatte i hvert fall ikke hadde avgjørende innvendinger mot de fremgangsmåter som ble valgt».⁷⁰ Også i Rt. 1986 s. 879 *Hillesland-dommen* ble det lagt vekt

⁶⁸ Se Rt. 2015 s. 1332 (*Gresvig-dommen*) avsnitt 43

⁶⁹ Se kapittel 2.4

⁷⁰ Rt. 1992 s. 776 (*Sparebanken Nord-Norge-dommen*) s. 781

på at saksbehandlingen måtte anses forsvarlig. Da det ikke var noen tillitsvalgte i bedriften som arbeidsgiver kunne drøfte nedbemanningen med, hadde arbeidsgiver drøftet nedbemanningsprosessen med det lokale arbeidstilsynet. Høyesterett la til grunn at arbeidsgiver «mente lojalt å følge de råd og retningslinjer han hadde fått», noe som førte til at det ikke var grunnlag for å kritisere den fremgangsmåten som ble fulgt.⁷¹

I Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen* hadde arbeidsgiver ikke gjennomført drøftelser med de tillitsvalgte eller ansatte, og utvelgeskretsen ble således ensidig fastsatt av arbeidsgiver.⁷² Høyesterett unngikk imidlertid å gå nærmere inn på arbeidsgivers saksbehandling i forkant av utvelgesvurderingen. Sett i lys av tidligere rettspraksis om viktigheten av drøftelser med de tillitsvalgte kan dette virke overraskende. Situasjonen må imidlertid antakelig ses på bakgrunn av at Høyesterett synes å legge stor vekt på bedriftens tidligere praksis.⁷³

I LH-2015-189365 *KappAhl-dommen* ble det derimot lagt stor vekt på manglende drøftelser om utvelgeskrets. Lagmannsretten viste til at ettersom de ansatte ikke hadde vært invitert til å delta i utformingen av kriteriene for utvelgelse, og deres oppfatninger om mulige løsninger dermed ikke hadde kommet frem, kunne fremgangsmåten ved nedleggingen av avdelingen ikke anses saklig. Det forelå dessuten svikt i saksbehandlingen for øvrig, ved at de ansatte ikke ble orientert om nedleggelsen av avdelingen før det var irreversibelt.

Slik rettspraksis viser, kan mangel på en forsvarlig saksbehandling altså få avgjørende vekt for vurderingen av om avgrensningen av utvelgeskretsen skal anses saklig. Likevel viser *Gresvig-dommen* at drøftelser med de tillitsvalgte ikke i ethvert tilfelle er en nødvendig betingelse for å få domstolenes aksept. Hva gjelder drøftelser med arbeidstakerne eller deres tillitsvalgte synes det avgjørende å være hvorvidt de er gitt en reell mulighet til å påvirke de beslutningene som tas i forbindelse med nedbemanningsprosessen, fremfor at arbeidstaker har gått frem på en formelt riktig måte. Hensynet til forutberegnelighet og til å unngå usikkerhet blant de ansatte tilsier at drøftelser om utvelgeskrets bør vektlegges tungt. En ordentlig prosess hvor arbeidsgiver har gått frem på riktig måte, vil også kunne føre til at arbeidstakerne vil oppleve en eventuell oppsigelse som mer rettferdig.

3.4.5 Tilbakevendende omstilling

⁷¹ Rt. 1986 s. 879 (Hillesland-dommen) s. 887

⁷² Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen)

⁷³ Se kapittel 3.3.5

Mens det i noen tilfeller er tale om en enkelt nedbemanning, er det i andre tilfeller nødvendig med en løpende tilpasning til markedet og konkurransesituasjonen. For en bedrift i kontinuerlig omstilling, vil både utgiftene og tidsbruken som går med til nedbemanningen ofte være svært byrdefulle. Stadige vurderinger av samtlige ansatte vil derfor i visse tilfeller ikke være et realistisk alternativ, noe som kan tilsi at det er saklig å begrense utvelgelseskretsen. Dette ble fremhevet i Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen*, hvor omstillingen i selskapet hadde pågått fra 2009 til 2013. Høyesterett uttalte her at:⁷⁴

«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.»

I HR-2017-561-A *Posten II-dommen* ble det også fremhevet at behovet for å skjerme ansatte som ikke er direkte berørt av en nedbemanningsprosess særlig vil være viktig for en bedrift i kontinuerlig omstilling.

Høyesterett påpekte også i *Gresvig-dommen* at det ville være betenkelig å legge beslag på betydelige ledelsesressurser ved gjentatte prosesser når selskapet er i en omstillingsprosess med sikte på å sikre grunnlag for fortsatt drift. Momentet henger slik tett sammen med hensynet til bedriftens økonomiske forhold.

3.4.6 Fast og entydig praksis

Dersom en virksomhet har vært gjennom flere nedbemanninger tidligere, kan det over tid ha dannet seg en praksis for hvordan utvelgelsen skal foregå. Rettspraksis viser at fast og entydig praksis kan få betydning for spørsmålet om avgrensning av utvelgelseskretsen skal anses saklig begrunnet.

At Høyesterett unnlot å vektlegge at det ikke hadde blitt gjennomført drøftelser med de tillitsvalgte i Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen*, må som nevnt i kapittel 3.4.4 sannsynligvis ses i lys av den vekt Høyesterett tilla bedriftens tidligere praksis. At bedriften i en femårsperiode hadde avgrenset utvelgelseskretsen til den enkelte butikk, og dermed hadde en

⁷⁴ Rt. 2015 s. 1332 (*Gresvig-dommen*) avsnitt 42

«innarbeidet praksis», måtte tillegges «betydelig vekt».⁷⁵ Særlig måtte dette kunne legges til grunn når praksisen bygget på relevante hensyn. Det ble også lagt vekt på at man ved anvendelse av en etablert praksis unngår forskjellsbehandling av arbeidstakerne i bedriften. Etersom den ansatte hadde hatt fordel av å ikke bli trukket inn i tidligere nedbemanninger, syntes det rettferdig at øvrige ansatte heller ikke skulle trekkes inn i nåværende sak.

I LH-2015-189365 *KappAhl-dommen* tillegger lagmannsrettens flertall og mindretall betydningen av kleskjedens praksis ulikt. Mens mindretallet trekker paralleller til *Gresvig-dommen* og fremhever at KappAhls konsekvente praksis med avdelingsvis nedbemanning må tillegges betydelig vekt, fremholder flertallet på sin side at dette ikke kunne være tungtveiende ettersom virksomheten ikke lenger var i en slik ekstraordinær situasjon som var tilfellet da praksisen oppstod. Det kan utfra flertallets uttalelser dermed virke som om vektleggingen av en virksomhets praksis må nyanseres utfra grunnlaget for at praksisen har vært fulgt.

Forutberegnelighetshensyn og likebehandlingshensyn, som ble trukket frem i både *Gresvig-* og *KappAhl-dommen*, kan imidlertid trekke i retning av at en virksomhets praksis bør tillegges vekt uavhengig av bakgrunnen for praksisen, særlig dersom den er langvarig og har blitt anvendt konsekvent. Dette er hensyn som også er blitt trukket frem i senere rettspraksis, slik som HR-2017-561-A *Posten II-dommen*, AR-2018-18 *NRK-dommen* og HR-2019-1986-A *Telenor-dommen*.

Saksforholdet i *Posten II-dommen* var at Posten Norge AS hadde besluttet å gjennomføre en nedbemanning, hvor ti distribusjonsheter skulle slås sammen til fem. Dette medførte at Posten trengte halvparten så mange distribusjonsledere, og at tidligere distribusjonsledere som ikke nådde opp ved ansettelse av nye ledere innenfor de nye enhetene, ble sagt opp. En av dem som ikke nådde opp reiste sak mot Posten, og anførte at oppsigelsen var ugyldig da hun mente det var usaklig å avgrense utvelgelseskretsen til ny sammenslått enhet. Høyesterett kom til at avgrensningen av utvelgelseskretsen var saklig, og la i denne vurderingen stor vekt på Postens praksis.⁷⁶

«Hensynet til ensartet praksis i selskapet vil naturlig nok stå sentralt. Det har vært lang tradisjon i Posten for å holde nedbemanningen innenfor den enheten og det

⁷⁵ Rt. 2015 s. 1332 (*Gresvig-dommen*) avsnitt 46

⁷⁶ HR-2017-561-A (*Posten II-dommen*) avsnitt 78

arbeidsområdet der omstillingen skjer. Hensynet til ro og forutberegnelighet også for andre, vil da måtte veie tungt».

Det ble også lagt betydelig vekt på at virksomhetens praksis var regulert av en omstillingsavtale inngått med arbeidstakernes tillitsvalgte. Høyesterett viste til at selv om avtaler mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte er gjenstand for domstolskontroll og ikke bindende for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7, må det vises «stor tilbakeholdenhet ved prøvingen».⁷⁷ Uttalelsen, som også er å finne i øvrig praksis,⁷⁸ tyder på at terskelen for å kjenne en virksomhets praksis usaklig og i strid arbeidsmiljøloven er høyere når den er i tråd med de prosedyrer og kriterier som følger av en formalisert avtale.

I *NRK-dommen* bemerket imidlertid Arbeidsretten at «[s]elv om praksis ikke bygger på avtale med de tillitsvalgte, taler hensynet til likebehandling og forutberegnelighet for at utvelgelseskretsene etter en konkret vurdering begrenses på tilsvarende måte» som i tidligere prosesser.⁷⁹ Uttalelsen tyder på at hensynet til likebehandling og forutberegnelighet isolert sett utgjør argumenter i favør av en begrenset utvelgelseskrets, noe som tilsier at en virksomhets praksis i ethvert tilfelle bør ilegges vekt.

Høyesterett viste til de samme momentene i *Telenor-dommen*. Her ble det fremhevet at Telenor hadde ført en konsekvent praksis, der utvelgelsen av medarbeidere var gjort innenfor utvelgelseskretser basert på geografi og divisjon. At Telenor hadde avgrenset utvelgelseskretsen på samme måte som tidligere, trakk derfor i retning av at avgrensningen måtte anses saklig begrunnet. Også her ble det vist til at praksisen bidro til likebehandling og forutberegnelighet. Praksisen ble imidlertid ikke tillagt tilsvarende vekt som i *Posten II-dommen*. Dette må antageligvis ses i sammenheng med at Telenor var tariffbundet, og at hensynet til de ansattes ansiennitet derfor gjorde seg gjeldende i større grad.⁸⁰ Selskapets praksis kunne av samme grunn heller ikke tillegges avgjørende vekt i *AR-2016-17 Nokas-dommen*. Her gjorde Arbeidsretten dessuten et poeng ut av at det ikke hadde vært tvister om utvelgelseskretser tidligere, og at det utfra parts- og vitneforklaringer så ut til at det var tale om en noe ulik praksis.⁸¹

⁷⁷ HR-2017-561-A (Posten II-dommen) avsnitt 72

⁷⁸ Se for eksempel Rt. 2001 s. 71 (Rasmussen Offshore) og HR-2017-1943-A

⁷⁹ AR-2018-18 (NRK-dommen) avsnitt 61

⁸⁰ Se kapittel 3.4

⁸¹ AR-2016-17 (Nokas-dommen) avsnitt 82

Selv om en fast og entydig praksis ikke vil være avgjørende i ethvert tilfelle, viser likevel rettspraksis at det vektlegges tungt. I de fleste tilfeller vil dette også være rimelig sett i lys av forutberegnelighets- og likebehandlingshensyn. Momentet kan imidlertid ikke tillegges slik vekt at det tilsier at avgrensningen er saklig alene: Selv om en bedrift har hatt en praksis over lengre tid må domstolene uansett føre en saklighetskontroll.⁸² Dersom det motsatte var tilfellet ville arbeidsgiver i ytterste konsekvens kunne organisere seg vekk fra stillingsvernet, slik at en måtte akseptere et svakere stillingsvern enn det som følger av arbeidsmiljøloven kun fordi dette var praktisert over lengre tid.

3.5 Kan hensynet til de ansattes ansiennitet påvirke arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen?

3.5.1 Innledning

Et mye omdiskutert emne den senere tiden er betydningen av ansiennitet i nedbemanningsprosessen. Spørsmålet vekket stor interesse etter avsigelsen av HR-2019-424- A *Skanska-dommen*, hvor det blant annet var spørsmål om ansiennitet sett opp mot de andre utvelgelseskriteriene skulle utgjøre en *hovedregel* eller et *utgangspunkt* for vurderingen etter Hovedavtalen § 8-2.⁸³ Selv om ansiennitetshensynets vekt som utvelgelseskriterium har vært gjenstand for mye diskusjon, har betydningen av ansiennitet ved fastleggelsen av utvelgelseskrets ikke fått like mye oppmerksomhet.

Uttrykket «ansiennitet» betegner arbeidstakers sammenhengende tjenestetid i virksomheten.⁸⁴ Anvendes ansiennitet som utvelgelseskriterium, vil ansatte med lengre ansiennitet stå sterkere i forhold til ansatte med kortere ansiennitet innenfor kretsen av de arbeidstakerne som skal vurderes opp mot hverandre.

Dersom utvelgelseskretsen avgrenses vil en arbeidstaker med lengre ansiennitet enn andre arbeidstakere i bedriften risikere å bli sagt opp på tross av at ansiennitet er et utvelgelseskriterium. Jo mindre utvelgelseskretsen er, desto færre ansatte med kortere ansiennitet vil man sannsynligvis bli vurdert opp mot. Dette blir særlig tydelig hvor utvelgelseskretsen avgrenses til kun én person, og ansiennitetskravet i realiteten mister sin

⁸² Se Rt. 2001 s. 71 (Rasmussen Offshore) s. 82

⁸³ Se kapittel 1.3 om innholdet av Hovedavtalen § 8-2

⁸⁴ Fougner mfl. (2016) s. 303

funksjon. Utvelgelseskretsen som blir valgt har slik sett nær sammenheng med ansiennitetshensynets vekt.

Et interessant spørsmål er dermed om ansiennitet kun skal anvendes som utvelgelseskriterium, eller om det også må tas hensyn til ved utformingen av utvelgelseskretsen.

3.5.2 Ansiennitet som utvelgelseskriterium

Ansiennitetsprinsippet har sterke tradisjoner i norsk arbeidsliv. Selv om det ikke følger av aml. 15-7 at arbeidsgiver er forpliktet til å ta hensyn til de ansattes ansiennitet, er det likevel et hyppig brukt utvelgelseskriterium, og utvilsomt et saklig og relevant kriterium å vektlegge.⁸⁵ Dette kommer av at tjenestetidens lengde er en objektiv størrelse, at den ofte korresponderer med erfaring og ferdigheter, i tillegg til at ansiennitet ofte kan reflektere arbeidstakers lojalitet til bedriften.⁸⁶

I mange av dagens tariffavtaler er det påkrevd at ansiennitet skal ha betydning ved utvelgelsesvurderingen. Et eksempel er Hovedavtalen § 8-2, som fastsetter at det kreves «saklig grunn» for å fravike ansiennitet ved oppsigelse grunnet innskrenkning/omlegging. En arbeidsgiver som er bundet av en tariffavtale med ansiennitetsklausul, slik som Hovedavtalen, er nødt til å vektlegge arbeidstakernes ansiennitet. I hvilken grad ansiennitet må tillegges vekt i forhold til andre utvelgelseskriterier avhenger imidlertid av hvilken ansiennitetsklausul virksomheten er bundet av.

3.5.3 Betydningen av ansiennitet for virksomheter bundet av Hovedavtalen

Hva gjelder virksomheter bundet av indikerer rettspraksis at ansiennitet ikke kun er relevant som utvelgelseskriterium, men at det også kan få betydning for arbeidsgivers adgang til å utforme utvelgelseskretsen. Blant annet var ansiennitet et tungtveiende moment i AR-2016-17 *Nokas-dommen*.

Nokas-dommen var den første saken hvor Arbeidsretten tok stilling til spørsmål om avgrensning av utvelgelseskrets etter Hovedavtalen § 8-2. Arbeidsretten bygget derfor sin

⁸⁵ Se kapittel 2.3.3

⁸⁶ HR-2019-424-A (Skanska-dommen) avsnitt 31

tolkning på rettspraksis knyttet til forståelsen av saklighetskravet etter aml. § 15-7, og uttalte at:

«Det er etter Arbeidsrettens syn ikke grunnlag for at normen for å fravike bedriften eller virksomheten som utvalgskrets er annerledes etter HA § 8-2 første ledd enn etter de ulovfestede reglene.»

Utgangspunktet var dermed, i likhet med det som følger av saklighetskravet i aml. § 15-7, at hele bedriften utgjør utvelgelseskrets, med mindre det er saklig grunn til å avgrense den. Arbeidsretten la videre til grunn at Nokas, gjennom tariffavtalen, hadde «pått seg en særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene», og videre at «[e]n ansiennitetsvurdering på grunnlag av et større antall arbeidstakere er noe virksomheter av en viss størrelse må forholde seg til».⁸⁷

Deretter uttalte Arbeidsretten at:

«det i denne saken må veie tyngre at den valgte utvalgskretsen vil kunne medføre at arbeidstakere med kortere ansiennitet, med sammenlignbare arbeidsoppgaver på nærliggende objekter, kan beholde jobben, på bekostning av ansatte med bedre ansiennitet på Sola Heliport. Dersom man i alle tilfeller skulle legge til grunn objekt eller kontrakt som utvalgskrets, ville det i mange tilfeller føre til at ansiennitet *helt mistet sin betydning*.» (min kursivering)

Det Arbeidsretten legger avgjørende vekt på i *Nokas-dommen* er altså at arbeidsgivers beslutning om å avgrense kretsen ville føre til at ansiennitetsprinsippet «helt mistet sin betydning».⁸⁸ Da det var flere ansatte utenfor utvelgelseskretsen med kortere ansiennitet enn de tre ansatte i kretsen, var avgrensningen i strid med ansiennitetskravet i Hovedavtalen. Selv om Nokas i det konkrete tilfellet kunne vise til andre forhold som tilsa at utvelgelseskretsen burde kunne begrenses, slik som eksempelvis geografiske forhold og praktiske ulemper ved å benytte hele virksomheten, var dette av mindre betydning ettersom selskapet var tariffbundet.

På bakgrunn av Arbeidsrettens uttalelser i *Nokas-dommen* må det dermed kunne legges til grunn at ansiennitet har betydning for arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen

⁸⁷ AR-2016-17 (Nokas-dommen) avsnitt 84

⁸⁸ Se liknende formuleringer i AR-2018-18 (NRK-dommen) og HR-2019-1986-A (Telenor-dommen)

dersom virksomheten er bundet av Hovedavtalen. Dette bekreftes også i senere rettspraksis.⁸⁹ Er virksomheten av en viss størrelse plikter den å foreta en ansiennitetsvurdering basert på et større antall arbeidstakere, og ikke bare en mindre krets med et fåtall personer. Trolig får dommen også betydning for rettstilstanden etter andre tariffavtaler med ansiennitetsklausul.⁹⁰

3.5.4 Betydningen av ansiennitet etter aml. § 15-7

Spørsmålet er videre om uttalelsene i *Nokas-dommen* har overføringsverdi også overfor ikke-tariffbundne virksomheter, eller med andre ord; Om ansiennitetskravet kan påvirke arbeidsgivers adgang til å definere utvelgelseskretsen etter aml. § 15-7.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 oppstiller, i motsetning til Hovedavtalen, ikke noe krav om at ansiennitet skal vektlegges ved utvelgelsesvurderingen. Den fastsetter kun at utvelgelsen skal være «saklig begrunnet». Ettersom aml. § 15-7 ikke forplikter arbeidsgiver til å følge et ansiennitetsprinsipp, kan det argumenteres for at bestemmelsen heller ikke kan medføre noe krav om en bestemt anvendelse av prinsippet dersom det anvendes.

Samtidig kan det på grunnlag av den nære sammenhengen mellom utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier, argumenteres for at ettersom ansiennitet er akseptert som et relevant kriterium i saklighetsvurderingen etter aml. §15-7, bør ansiennitetshensynet også tillegges vekt ved utformingen av utvelgelseskretsen. Når en virksomhet velger å anvende ansiennitet som utvelgelseskriterium, kan det synes betenkelig om det skulle være fritt opp til virksomheten selv hvordan ansiennitetsprinsippet skal anvendes. Hvorvidt en slik praksis kan reise spørsmål om utvelgelsens saklighet også etter arbeidsmiljølovens verneregler er dermed ikke opplagt.

Ses det hen til rettspraksis er betydningen av ansiennitetskravet verken nevnt i Rt. 1986 s. 879 *Hillesland-dommen*, Rt. 1992 s. 776 *Sparebanken Nord-Norge-dommen* eller Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen*. Ettersom ingen av virksomhetene i disse sakene var bundet av tariffavtale, kan dette trekke i retning av at arbeidsgiver ikke trenger å ta hensyn til de ansattes ansiennitet i ikke-tariffbundne virksomheter. Dette synes også å være i samsvar med Høyesteretts uttalelser i HR-2017-561-A *Posten II-dommen*. I denne saken var det inngått avtale mellom

⁸⁹ jf. HR-2019-1986-A (Telenor-dommen)

⁹⁰ Thorkildsen (2020)

ledelsen og de tillitsvalgte om at ansiennitet skulle få betydning ved utvelgelsen av de ansatte. Til saksøkers anførsel om at ansiennitetsprinsippet forutsetter at utvelgelseskretsen har en størrelse som sikrer tilstrekkelig representativitet for den berørte stillingskategorien, uttalte Høyesterett at:⁹¹

«Det er en saklig begrunnet utvalgskrets som avgrenser hvem som ved overtallighet skal konkurrere om stillingene. Når denne avgrensningen skal foretas, har utvelgelseskriteriet ingen plass. Dette gjelder hva enten det er ansiennitet, kvalifikasjoner, alder eller sosiale forhold – eventuelt en kombinasjon av disse – som skal være styrende for hvem som blir overtallig. Ansiennitet står i så måte ikke i noen særstilling.»

I den konkrete saken legger Høyesterett avgjørende vekt på omstillingsavtalen mellom Posten og de tillitsvalgte om hvordan utvelgelseskretsen skulle fastlegges, i tillegg til andre momenter slik som geografisk spredning, praksis, behovet for å skjerme virksomhetens øvrige ansatte, samt hensynet til ro og forutberegnelighet. Fastsettelsen av utvelgelseskretsen måtte på grunnlag av disse forholdene anses saklig. Hva gjelder ansiennitetsprinsippet legges det ganske kategorisk til grunn at dette er uten betydning ved utformingen av utvelgelseskrets.

I AR-2018-18 *NRK-dommen* kan det imidlertid se ut som Arbeidsretten inntar et annet standpunkt til spørsmålet om fastsettelse av utvelgelseskrets enn det Høyesterett la til grunn i *Posten II-dommen*. Bakgrunnen for tvisten var at NRK besluttet å redusere bemanningen i 2017, og i den forbindelse valgte å begrense utvelgelseskretsen til regionskontoret NRK Østlandssendingen i Oslo. To av de tre som ble sagt opp, med 16 og 19 års ansiennitet, reiste søksmål med påstand om at den valgte utvelgelseskretsen var for snever. Hovedspørsmålet var om Hovedavtalen mellom Norsk Journalistlag og Arbeidsgiverforeningen Spekter 2018-2021 § 36, som etter sin ordlyd tilsvarende Hovedavtalen § 8-2, regulerte spørsmålet om avgrensning av utvelgelseskrets, eller kun ansiennitet som utvelgelseskriterium. Som svar på arbeidsgiverforeningens henvisning til Høyesteretts uttalelser i *Posten II-dommen*, uttalte Arbeidsretten at:⁹²

«Avgrensning av kretsen til deler av en virksomhet kan ha avgjørende betydning for ansiennitet som utvelgelseskriterium, og dermed for det *tariffestede stillingsvernet*.

⁹¹ HR-2017-561-A (*Posten II-dommen*) avsnitt 66

⁹² AR-2018-18 (*NRK-dommen*) avsnitt 49

Hvilke krav Hovedavtalen stiller til utforming av kretsen kan ikke avgjøres generelt. Spørsmålet vil være om arbeidsgiveren etter en konkret vurdering har tilstrekkelig saklig grunn til å gjøre unntak fra prinsippet om bedriftsansiennitet. I denne vurderingen kan en rekke momenter være relevante. *Kravet om at begrenning av utvelgeskretsen må ha saklig grunn tilsier at hvilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i utvelgeskretsen kan få betydning også når kretsen skal fastsettes.*» (min kursivering)

Arbeidsretten fastslår altså at ansiennitetskravet har en plass ved avgjørelsen av hva som skal anses som en saklig avgrenset utvelgeskrets. Selv om dette kan synes å stå i kontrast til Høyesteretts uttalelser i *Posten II-dommen*, må det imidlertid merkes at Arbeidsrettens uttalelser knytter seg til det tariffestede stillingsvernet, mens Høyesteretts uttalelser i *Posten II-dommen* knytter seg til arbeidsmiljølovens verneregler.

I *NRK-dommen* kom Arbeidsretten til at det var saklig å avgrense utvelgeskretsen, og at ansiennitetsprinsippet som følge av avgrensningen ikke var blitt «vesentlig svekket».⁹³ Dette ble hovedsakelig begrunnet med NRKs behov for nedbemanning, virksomhetens art, og at valget av utvelgeskrets hadde støtte i entydig og langvarig praksis.

En dom med store likhetstrekk som *NRK-dommen* er HR-2019-1986-A *Telenor-dommen*. *Telenor-dommen* gjaldt en oppsigelse av en salgskonsulent i Telenor Norge AS i forbindelse med en nedbemanning i 2016. Telenor hadde begrenset utvelgeskretsen til businessdivisjonen i Trondheim, hvor det var 11 medarbeidere og ingen med sammenlignbare stillinger som den aktuelle salgskonsulenten kunne måles opp mot. Dette medførte at salgskonsulenten ble sagt opp, tross 32 års ansiennitet.

Siden Telenor Norge var bundet av Hovedavtalen måtte sakligheten vurderes etter avtalens § 8-2. Høyesterett viste til at «de rettslige utgangspunktene for saklighetsvurderingen, og momentene som inngår i denne, langt på vei er de samme etter arbeidsmiljøloven § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2».⁹⁴ Deretter ble det, i likhet med i *NRK-dommen*, vist til at hvilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i kretsen, må trekkes inn i saklighetsvurderingen når utvalgskretsen skal fastlegges. Høyesterett bemerket så at en utvalgskrets kan være usaklig begrunnet dersom ansiennitetsprinsippet «helt mister sin betydning», jf. *Nokas-dommen*

⁹³ AR-2018-18 (NRK-dommen) avsnitt 62

⁹⁴ HR-2019-1986-A (Telenor-dommen) avsnitt 52

(avsnitt 86), eller blir «vesentlig svekket», jf. *NRK-dommen* (avsnitt 62). I den konkrete saken kunne ikke avgrensningen anses saklig begrunnet ettersom arbeidstakeren med 32 års ansiennitet ikke ble vurdert opp mot noen andre i virksomheten. Oppsigelsen ble derfor kjent ugyldig.

Høyesteretts uttalelse om at utgangspunktet for vurderingen og momentene som inngår i denne langt på vei er de samme etter arbeidsmiljøloven som etter Hovedavtalen, kan på den ene siden forstås slik at ansiennitetskravet er et moment av betydning uavhengig av om bedriften er tariffbundet eller ikke. Det samme gjelder uttalelsen om at hvor mange arbeidstakere som inngår i kretsen må trekkes inn i saklighetsvurderingen. Ettersom det på tilsvarende vis er tale om en saklighetsvurdering etter aml. § 15-7 hvor de samme overordnede hensynene skal veies opp mot hverandre, er det nærliggende å forstå uttalelsen som relevant også for forståelsen av aml. § 15-7.

At Høyesterett i *Telenor-dommen* i tillegg viste til at Arbeidsretten i *NRK-dommen* «modifiserer» det som ble lagt til grunn i *Posten II-dommen*,⁹⁵ trekker videre i retning av at ansiennitetskravet kan få betydning for ikke-tariffbundne virksomheter.

På den andre siden er det fortsatt signaler fra Høyesterett om at det foreligger et skille mellom tariffbundne og ikke-tariffbundne virksomheter med hensyn til ansiennitetshensynets vekt. I *Telenor-dommen* ble det fremhevet at:

«Når bedriften er tariffbundet, får imidlertid ansiennitetsprinsippet som nevnt *en annen betydning*. Dette skyldes, som det fremgår av *Nokas-dommen* avsnitt 84:

«Ved å være tariffbundet har Nokas påtatt seg en *særskilt forpliktelse* til å følge ansiennitetsreglene, med mindre det foreligger saklig grunn til å fravike dem.» (min kursivering)

Altså synes domstolene å holde fast ved at ansiennitetskravet har en annen betydning for tariffbundne virksomheter enn andre virksomheter, noe som kan tilsi at hensynet til de ansattes ansiennitet ikke behøver å tillegges vekt ved fastsettelsen av utvelgelseskrets etter aml. § 15-7.

⁹⁵ HR-2019-1986-A (*Telenor-dommen*) avsnitt 58

Slik gjennomgangen viser gir rettspraksis ikke et klart og entydig svar. Selv om det finnes indikasjoner på at uttalelsene fra *Posten II-dommen* ikke lenger står like støtt, er de sakene som hittil er avsagt hvor ansiennitet er tillagt vekt knyttet til tariffbundne virksomheter. Dette gjør en eventuell prejudikatsverdi svakere. Siden det fremheves å være et skille mellom tariffbundne og ikke-tariffbundne virksomheter, heller nok rettspraksis i retning av at ansiennitetshensynet, om det i det hele tatt har noen plass ved utformingen av utvelgelseskreter, har en klart mindre betydning for ikke-tariffbundne virksomheter. Arbeidsgiver står dermed sannsynligvis friere ved fastsettelsen av utvelgelseskreter innenfor de saklighetsrammene som følger av aml. § 15-7.

Selv om ansiennitetskravet skal tillegges en annen betydning når bedriften er tariffbundet, er det ikke dermed sagt at ansiennitet ikke skal eller bør tillegges vekt etter aml. § 15-7 overhodet.

Etter aml. § 1-9 kan arbeidsmiljølovens bestemmelser ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker. Dermed er det ikke noe i veien for å avtale seg til et sterkere stillingsvern. Likevel kan det være uheldig om forskjellene i arbeidstakeres stillingsvern blir betydelige på områder som er av stor velferdsmessig betydning for alle arbeidstakere. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven gis det uttrykk for at stillingsvernreglene i prinsippet bør være de samme, uavhengig av hvor man er ansatt. Man tok derfor sikte på størst mulig harmonisering mellom arbeidsmiljø- og statsansatteloven.⁹⁶ Den samme argumentasjonen kan gjøres gjeldende overfor arbeidsmiljølovens og tariffavtalenes stillingsvernsbestemmelser. Utfra en harmoniseringstankegang synes det merkelig å legge opp til en klar forskjellsbehandling med hensyn til saklighetskravets innhold.

Videre er saklighetskravet i aml. § 15-7 som nevnt innledningsvis i oppgaven en rettslig standard. Når tendensen i rettspraksis knyttet til tariffbundne virksomheter er et styrket stillingsvern med hensyn til ansiennitet, slik *Nokas-* og *Telenor-dommen* illustrerer, kan dette også trekke i retning av at ansiennitet bør spille inn på saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7.

Flere forhold tilsier videre at de ansattes ansiennitet bør tas hensyn til ved utvelgelsesvurderingen. Ansiennitet er som nevnt tidligere et objektivt vilkår, det gir uttrykk for arbeidstakerens kompetanse i form av arbeidserfaring, og det kan gi uttrykk for lojalitet til

⁹⁶ jf. NOU 2004:5 s. 30

arbeidsgiver. I tillegg vil en arbeidstaker med lang ansiennitet med større grad av sannsynlighet ha bidratt til bedriftens verdiskapning. Det å sikre en ansiennitetsvurdering basert på et større antall arbeidstakere vil derfor gjerne ikke kun være en fordel for arbeidstakere med lang ansiennitet, men også for arbeidsgiver.

Et annet poeng er at arbeidslivet skal være forutsigbart. At det i et tilfelle tas utgangspunkt i bedriftsansiennitet, og i et annet tas utgangspunkt i en betydelig mindre utvalgt krets, svekker hensynet til forutberegnelighet. Dersom det heller var slik at arbeidsgiver pliktet å foreta en ansiennitetsvurdering basert på et større antall arbeidstakere, ville en arbeidstaker med lang ansiennitet kunne føle seg betydelig tryggere knyttet til utvelgelsens utfall.

Utover dette vil det også i visse tilfeller være enkelt for en arbeidsgiver å omgå ansiennitet som utvelgelseskriterium hvis vedkommende kun behøver å se hen til arbeidstakernes ansiennitet i en mindre utvalgt krets. Et resultat av dette vil da kunne være at arbeidsgiver kan justere organisasjonskartet slik at arbeidstakerne mister det stillingsvernet de ellers ville hatt.

En viktig innvending mot et skjerpet saklighetskrav er likevel at dersom arbeidsgivers mulighet til å begrense utvelgelseskretser innsnevres, vil mye av formålet med unntaksadgangen falle bort. Arbeidsgiver vil da måtte ta hensyn til utvelgelseskriteriene, slik som ansiennitet, ved fastsettelsen av utvelgelseskrets. Konsekvensen av dette vil kunne bli at prosessen blir like ressurskrevende som om hele virksomheten skulle utgjøre utvelgelseskrets. Arbeidsgiver vil i et slikt tilfelle uansett måtte kartlegge arbeidstakere utenfor kretsen og vurdere forskjellene mellom dem og de ansatte innenfor kretsen. Slik gjennomgangen av momentene i kapittel 3.4 viser, er det en rekke forhold som kan tilsi at en slik prosess er uforholdsmessig mye å kreve av en arbeidsgiver i en presset økonomisk situasjon.

Videre kan det også reises spørsmål ved om ansiennitet er like viktig i dag som det tradisjonelt har vært, og dermed om ansiennitet fortjener å stå i en særstilling i forhold til de øvrige utvelgelseskriteriene etter aml. § 15-7. Dersom det legges stor vekt på ansiennitet, vil dette kunne ha mye å si for den kompetansen virksomheten sitter igjen med etter en nedbemanning. Med stadig ny teknologi og nye kompetansebehov kan det dermed hevdes at en favorisering av ansiennitetshensynet kan virke uheldig for virksomhetens videre drift og konkurranseevne.

Per i dag synes spørsmålet om ansiennitetshensynets betydning ved utformingen av utvelgelseskrets i ikke-tariffbundne virksomheter ikke fullstendig å være avklart. Rettspraksis trekker likevel i retning av at en tariffavtale med ansiennitetsklausul gir et bedre stillingsvern med hensyn til de ansattes ansiennitet enn arbeidsmiljøloven § 15-7 alene. Samtidig kan reelle hensyn slik som harmoniseringshensyn, samt hensynet til forutberegnelighet og objektivitet tilsi at ansiennitet ikke kan ses helt bort fra. Sett i lys av uttalelsene i *NRK-* og *Telenor-dommen* er det nok ikke utenkelig at kravet til saklig grunn for å fravike hele virksomheten som utvelgelseskrets i dag er skjerpet sammenlignet med tidligere, også hva gjelder ikke-tariffbundne virksomheter.

4 Avsluttende betraktninger om adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen

Etter aml. § 15-7 kan arbeidsgiver beslutte å avgrense utvelgelseskretsen til en mindre del enn hele virksomheten dersom det foreligger «saklig grunn» til avgrensningen. Vurderingen må gjøres basert på en avveining av hensynet til de ansattes stillingsvern på den ene siden, og hensynet til virksomhetens omstillingsbehov og videre drift på den andre. Ettersom det, slik Høyesterett uttaler i Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen*, må gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, vil hvilke momenter som gjør seg gjeldene og hvilken vekt disse skal tillegges variere fra sak til sak.⁹⁷

At det er tale om en konkret, skjønnsmessig vurdering kan være problematisk. Et av formålene bak arbeidsmiljøloven er å sikre trygge og forutsigbare arbeidsforhold,⁹⁸ slik at arbeidstakerne ikke behøver å uroe seg unødvendig mye for fremtidig jobb og inntekt. Når reglene er uklare vil arbeidstakernes forutsigbarhet knyttet til stillingsvernet svekkes. Videre kan det være utfordrende for arbeidsgiver, ettersom det ved skjønnsmessige kriterier kan være vanskelig å forutse hvilke nærmere retningslinjer en må forholde seg til for at fremgangsmåten ikke skal kjennes ugyldig. Dette vil typisk kunne føre til et høyere konfliktnivå, som igjen kan føre til økt bruk av ressurser i bedriftene – noe som er svært uheldig i det som kan være en allerede økonomisk vanskelig situasjon.

En annen mulig konsekvens av skjønnsmessige kriterier er en svekket domstolskontroll. Til tross for at domstolene har kompetanse til å foreta full prøving av en oppsigelse, ser man i praksis at domstolene er tilbakeholdne med å prøve skjønnsmessige sider av saken. Dersom det hadde vært mindre rom for skjønn, hadde det trolig vært mer håndterbart for domstolene å prøve alle sidene av saken og føre en mer reell kontroll.

Uklarheten knyttet til saklighetsvurderingen avhjelpes imidlertid et stykke på vei ved at det i rettspraksis er angitt en rekke relevante og etter hvert relativt festnede momenter. Dersom momentene fra rettspraksis er tilstede i den konkrete saken, kan partene forholde seg til at domstolene vil vektlegge dem. Et moment som peker seg ut som særlig tungtveiende synes å være hensynet til virksomhetens økonomi. Slik Rt. 1992 s. 776 *Sparebanken Nord-Norge*

⁹⁷ Rt. 2015 s. 1332 (*Gresvig-dommen*)

⁹⁸ jf. NOU 2004:5 s. 288

dommen viser, vil domstolene gå langt i å godta en innskrenkning av utvelgeskretsen dersom den økonomiske situasjonen er prekær. At økonomiske forhold må veie tungt i saklighetsvurderingen er naturlig ettersom en vurdering av alle ansatte kan være svært tids- og ressurskrevende. Sliter virksomheten allerede sterkt med å holde driften gående, vil en omfattende nedbemanningsprosess kunne være fatal for både virksomheten og de øvrige ansattes arbeidsforhold.

Virksomhetens økonomi synes også å spille inn på vekten av de øvrige vurderingsmomentene. Praktiske problemer med å anvende hele virksomheten som utvelgeskrets grunnet stor geografisk spredning, vil slik LH-2015-189365 *KappAhl-dommen* viser ikke være like avgjørende dersom arbeidsgiver har hatt tid og ressurser til å foreta en grundig vurdering av alle ansatte. Det samme gjelder virksomhetens kapasitet til å takle en stadig tilbakevendende omstilling. Er den økonomiske situasjonen stabil, vil hensynet til å unngå tap av ledelsesressurser på en ny nedbemanningsprosess veie betydelig mindre. Likevel kan hensynet til ro og stabilitet i en bedrift under kontinuerlig omstilling, som Høyesterett eksempelvis trakk frem i *Gresvig-dommen*, tilsi at det er saklig å avgrense utvelgeskretsen uavhengig av de økonomiske forholdene.

For øvrig synes også saksbehandlingen og virksomhetens praksis å tillegges stor betydning i saklighetsvurderingen. Dersom arbeidsgiver har gått frem i tråd med saksbehandlingsreglene, og de ansatte eller deres tillitsvalgte har blitt inkludert i drøftelser omkring prosessen, er sannsynligheten større for at den løsning som blir valgt må aksepteres som saklig. Dette grunner både i at arbeidstakerne er gitt en reell mulighet til å påvirke arbeidsgivers beslutninger, og at en slik prosess gir større forutberegnelighet. Videre trekkes hensynet til forutberegnelighet og likebehandling frem som viktige argumenter for å akseptere virksomhetens praksis, særlig dersom den har vært fulgt konsekvent og over lengre tid.

Momentene gir altså en viss grad av forutberegnelighet. Et kompliserende forhold er imidlertid at de ulike momentene vektlegges ulikt i hvert enkelt tilfelle. Som Høyesterett selv gir uttrykk for, er det vanskelig å gi et allment svar på hvilken tyngde et moment skal tillegges. Selv om det er problematisk at rettstilstanden i så måte er lite forutsigbar, er det likevel forhold som tilsier at en oppstilling av faste kriterier eller minimumskrav ikke er et bedre alternativ. Virksomhetene arbeidsmiljøloven tar sikte på å regulere er for det første svært ulike fra hverandre, med ulik oppbygning og størrelse, ulik drift og ulike behov. På

samme måte varierer en enkelt nedbemanningssituasjon fra en annen. De hensyn som gjør seg gjeldende der nedbemanningsbehovet oppstår plutselig og uforventet, vil ikke være de samme som når nedbemanningen er del av en større og langvarig strategi. I tillegg vil den enkelte ansattes situasjon vil variere. Faste kriterier vil derfor kunne lede til svært urettferdige og lite lønnsomme avgjørelser, både for arbeidstakerne, virksomheten og samfunnet som helhet.

For det andre vil faste kriterier være lite hensiktsmessig av den grunn at hvilken vekt de ulike hensynene tillegges kan endres i takt med samfunnsutviklingen. Skjønnsmessige kriterier gir i motsetning til faste kriterier en nødvendig fleksibilitet.

Innledningsvis i kapittel 3.2 ble det reist spørsmål om det var grunnlag for å oppstille en så høy terskel for å avgrense utvelgelseskretsen at det i realiteten er tale om en sikkerhetsventil som bare unntaksvis kommer til anvendelse. At adgangen utgjør et unntak fra lovens hovedregel tilsier, slik Høyesterett uttalte det i *Gresvig-dommen*, at de hensyn som taler for at utvelgelseskretsen kan avgrenses må være «tungtveiende». At hensynene må være tungtveiende, kan imidlertid ikke forstås slik at en avgrenset utvelgelseskrets kun kan aksepteres i helt spesielle tilfeller. Slik rettspraksis viser kan de ulike momentene, enten isolert eller samlet, være tilstrekkelig til å fravike utgangspunktet. Dette var tilfellet både i Rt. 1986 s. 879 *Hillesland-dommen*, Rt. 1992 s. 776 *Sparebanken Nord-Norge-dommen*, Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig-dommen*, HR-2017-561-A *Posten II-dommen* og AR-2018-18 *NRK-dommen*.

Når utfallet ble det motsatte i eksempelvis LH-2015-189365 *KappAhl-dommen* og AR-2016-17 *Nokas-dommen* må det ses i lys av at sentrale momenter, slik som virksomhetenes økonomi, i disse tilfellene ikke tilsa at det ville være uforholdsmessig å kreve at arbeidsgiver skulle anvendt enten en større del eller hele virksomheten som utvelgelseskrets. I disse konkrete dommene må nok resultatet også ses i lys av at bedriftene var tariffbundet, og at det derfor stiltes strengere krav til blant annet saksbehandlingen og betydningen av de ansattes ansiennitet. Dette illustrerer at det i ethvert tilfelle må foretas en konkret vurdering, og at en generell terskel er vanskelig å fastslå.

Selv om det er lang tradisjon for at arbeidsgiver kan avgrense utvelgelseskretsen, og dette fortsatt aksepteres av domstolene, synes det likevel å ha skjedd en viss rettsutvikling i favør av arbeidstakernes stillingsvern. Slik analysen viser går domstolene konkret til verks og vurderer hvorvidt virksomheten har et tungtveiende behov for å avgrense kretsen, og hvorvidt den valgte kretsen vil gi urimelige utslag for den enkelte ansatte. Dette er spesielt tydelig hva

gjelder tariffbundne virksomheter, hvor hensynet til de ansattes ansiennitet kan være avgjørende for arbeidsgivers adgang til å avgrense kretsen. Selv om Høyesterett i *Posten II-dommen* er ganske kategorisk i uttalelsen om at utvelgelseskriteriene ikke har noen plass når utvelgelseskretsen skal fastlegges, kan nyere rettspraksis gi grunn til å tro at betydningen ansiennitetshensynet tillegges etter tariffavtalene også kan få betydning for ikke-tariffbundne virksomheter. Dette må imidlertid være opp til domstolene å avgjøre for fremtiden.

Litteraturliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern

Lov 12. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern

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

Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven)

Lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering (permitteringslønnsloven)

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)

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

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

Lov 16. Juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Forarbeider

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

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

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

Tariffavtaler

Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge og Næringslivets Hovedorganisasjon 2014-2017

Hovedavtalen mellom Norsk Journalistlag og Arbeidsgiverforeningen Spekter 2018-2021

Internasjonale konvensjoner

FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Konvensjon om å fremje sysselsetjing og vern mot arbeidsløyse – ILO nr. 168

Rettspraksis fra Høyesterett

Rt. 1935 s. 467

Rt. 1984 s. 1058 (Nationalteatret-dommen)

Rt. 1986 s. 879 (Hillesland-dommen)

Rt. 1989 s. 508 (Spigerverk-dommen)

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

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen)

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø-dommen)

Rt. 2001 s. 71 (Rasmussen Offshore)

Rt. 2008 s. 856 (Theatercafé-dommen)

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt-dommen)

Rt. 2012 s. 168 (Notodden fotballklubb)

Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig-dommen)

HR-2017-1943-A

HR-2017-561-A (Posten II-dommen)

HR-2018-880-A (Linjebygg-dommen)

HR-2019-424-A (Skanska-dommen)

HR-2019-1986-A (Telenor-dommen)

Rettspraksis fra Arbeidsretten

AR-2016-17 (Nokas-dommen)

AR-2018-18 (NRK-dommen)

Rettspraksis fra Lagmannsretten

RG-1990-1098 (Spennbetong-dommen)

LA-1999-806 (Ringnes-dommen)

LH-2003-13169 (Bravida)

RG-2005-784 (Posten I-dommen)

LH-2015-189365 (KappAhl-dommen)

Litteratur

Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 4. utg., Universitetsforlaget 2001

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett*, 3. utg., Universitetsforlaget 2013

Fougner, Jan mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 3. utg., Universitetsforlaget 2016

Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold*, 2. utg., Universitetsforlaget 2016

Artikler

Evju, Stein, «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv», *Arbeidsrett og Arbeidsliv*, Bind I (2003)

Søreide, Christel og Tor Olav Carlsen, «Styringsretten som ramme for utvelgelse ved nedbemanning» *Arbeidsrett*, vol. 17 (2020)

Thorkildsen, Tarjei, «Høyesteretts dom i «Telenor-saken»» *Arbeidsrett*, vol. 17 (2020)

Våg, Lasse Gommerud, «Avgrensning av utvelgelseskretsen ved nedbemanning – noen merknader til nyere rettspraksis» *Arbeidsrett*, vol. 13 (2016)

Nettdokumenter

Dalheim, Tron, Norsk lovkommentar, www.rettsdata.no (sist sjekket 9. desember 2020)