

Utvelgelseskrets

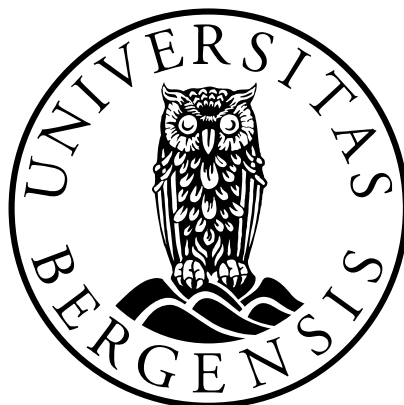
Når er det saklig å avgrense utvelgelseskretsen til en del av virksomheten ved nedbemanning?

Kandidatnummer:

37

Antall ord:

14972



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og aktualitet.....	3
1.2 Problemstillinger og avgrensninger	5
1.3 Rettskildebilde og metode	6
1.3.1 Lov og forarbeider.....	6
1.3.2 Rettspraksis fra Høyesterett og underrettspraksis	7
1.3.3 Rettspraksis fra Arbeidsretten	7
1.3.4 Tariffavtaler.....	7
1.3.5 Formål og hensyn	8
1.3.6 Juridisk teori	9
2 Utvelgelseskrets – rettslige utgangspunkter og perspektiver	10
2.1 Innledning.....	10
2.1.1 Oversikt over nedbemanningsprosessen	10
2.1.2 Sammenhengen mellom utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier	11
2.1.3 Styringsretten som ramme for beslutninger	12
2.2 Nærmere om saklighetsnormen i aml. § 15-7 ved nedbemanning.....	13
2.2.1 Innledning.....	13
2.2.2 Plikten til å tilby «annet passende arbeid»	13
2.2.3 Individuell interesseavveining.....	14
2.2.4 Krav til forsvarlig saksbehandling	15
2.2.5 Virksomhetsbegrepet.....	16
2.3 Domstolskontroll	17
3 Når er det saklig å avgrense utvelgelseskretsen?	19
3.1 Innledning.....	19
3.2 Terskelen for saklighet	19
3.3 Momentene.....	20
3.3.1 Økonomisk situasjon	20
3.3.2 Kontinuerlig omstillings- og nedbemanningsprosess	24
3.3.3 Geografisk spredning og virksomhetens størrelse	26
3.3.4 Utvelgelseskretsens selvstendighet	29

3.3.5	Virksomhetens art	32
3.3.6	Enighet om utvelgeskrets mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte.....	33
3.3.7	Innarbeidet praksis i virksomheten	36
3.3.8	Hensynet til å bevare nødvendig kompetanse	38
3.3.9	Hensynet til likebehandling, ro og stabilitet for forsvarlig drift	39
3.3.10	Er saksbehandlingsreglene fulgt?.....	41
3.3.11	Betydningen av ansiennitet i lys av Telenor-dommen	44
3.3.12	Spørsmål i kjølvannet av Telenor-dommen	46
3.3.13	Kan hensynet til å ikke komme i mislighold være et saklig moment?.....	47
4	Avslutning	49
5	Litteraturliste	51

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Avhandlingens tema omhandler et av vilkårene til at oppsigelse i «virksomhetens forhold», også kalt nedbemanning, er «saklig», jf. arbeidsmiljøloven (aml.) § 15-7¹, herunder når det er saklig å avgrense personkretsen som danner utgangspunktet for utvelgelsen ved nedbemanning, til en del av virksomheten.

Spørsmål om utvelgelseskrets oppstår som et av flere ledd i en nedbemanningsprosess, når det foreligger et saklig behov som nødvendiggjør nedbemanning. Arbeidsgiver må angi hvilken personkrets som berøres av nedbemanningen, og samtidig definere klare og saklige utvelgelseskriterier (som ansiennitet, kompetanse eller sosiale forhold), som arbeidstakerne skal vurderes etter.

Det er den berørte personkrets som er avhandlingens tema. Hovedregelen er at virksomheten som sådan² er utvelgelseskrets, noe som innebærer at virksomhetens arbeidstakere vurderes samlet ved en nedbemanning. Høyesterett har omtalt det som «*sikker rett*» at hovedregelen kan fravikes på saklig grunnlag.³ Konsekvensen av å fravike hovedregelen, er at utvelgelsen blir begrenset til en del av virksomheten, som en filial eller stillingskategori. Arbeidstakerne innenfor kretsen risikerer oppsigelse, mens de utenfor blir uberørt.

Oftest ønsker arbeidstakersiden at hele virksomheten skal være utvelgelseskretsen. Jo videre kretsen er, desto mer representativ blir utvelgelsen. Virksomheten ønsker oftest å tilpasse utvelgelseskretsen til den konkrete situasjonen, fordi å vurdere alle virksomhetens arbeidstakere samlet, kan vanskeliggjøre nedbemanningen og skape uro blant ansatte. Å håndtere nedbemanningen innenfor mindre kretser, til hvor behovet for nedbemanning faktisk er, forenkler prosessen. Til gjengjeld kan en snever krets få direkte betydning for hvem som må forlate virksomheten. Eksempelvis vil det å angi utvelgelseskretsen som en stillingskategori som for eksempel administrasjon, hvor det bare er én arbeidstaker, innebære at vedkommende blir sagt opp uten at personens kvalifikasjoner eller ansiennitet mv. blir

¹ Lov 17. Juni 2005 nr. 63 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

² Se om virksomhetsbegrepet under pkt. 2.3.6

³ HR-2017-561-A, avsnitt 48

vurdert opp mot noen andres i virksomheten. En for vid adgang til å tilpasse kretsen, kan derfor utfordre stillingsvernet.

Temaet er aktuelt av flere grunner. For det første berører tematikken langvarige politiske intersemotsetninger mellom arbeidstakerforeninger og arbeidsgiverforeninger, hvor uenigheten særlig i de siste årene har omhandlet ansiennitetens betydning for utvelgeskretsen hvor en virksomhet er bundet av en ansiennitetsklausul.⁴ Spørsmålet kom på spissen i Høyesteretts dom HR-2019-1986-A (Telenor), hvor en arbeidstaker med 32 år ansiennitet ble oppsagt fordi vedkommende var eneste i sin stillingskategori. Innad i utvelgeskretsen var det ingen å vurdere A opp mot. Oppsigelsen av A var i strid med ansiennitetsbestemmelsen i Hovedavtalen LO-NHO § 8-2, fordi betydningen av ansiennitet ble «vesentlig svekket».⁵

For det andre blir virksomhetsstrukturer stadig mer komplisert, som følge av økt konkurranse, teknologisk utvikling og endret etterspørsel på markedet. Enkelte bransjer, som olje- og gassnæring, fraktvirksomhet og fiskerinæring, er ekstra utsatt for konjunktursvingninger. For å tilpasse seg markedet, vil mange virksomheter stå i kontinuerlige omstillings- og nedbemanningsprosesser.

Endelig har samfunnsvitere og statistikere spådd en betydelig økning i antall nedbemanninger og konkurser i kjølvannet av Korona-pandemien. Fra nedstenging den 12. mars 2020 økte antallet virksomheter som varslet permitteringer fra 107 til 1923 på to uker.⁶ For å holde virksomhetene over vann, utvidet regjeringen permitteringsordningen fra 26 til 52 uker fra 1. november.⁷ Selv om antallet permitterte i en periode var synkende, medførte andre smittebølge i november ytterligere økning.⁸ Statistikk fra NAV viser at arbeidsledighetstallet ved utgangen av november var 196 300, som utgjør 6,9 prosent av arbeidsstyrken.⁹ Når

⁴ Se blant annet ARD-2016-151 og AR-2018-18

⁵ HR-2019-1986-A (Telenor) avsnitt 75. Se saksforhold under 3.3.11

⁶ E24.no, <https://e24.no/spesial/2020/coronaviruset/arbeidsliv>

⁷ Regjeringens nettsider, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/utvider-permitteringsperioden-til-52-uker/id2724508/>

⁸ E24.no <https://e24.no/norsk-oekonomi/i/M3A04M/strengere-smitteverntiltak-oeker-arbeidsledigheten-for-foerste-gang-paa-et-halvt-aar>

⁹ NAV sine nettsider: <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/arbeidssokere-og-stillinger-statistikk/nyheter/antallet-arbeidssokere-okte-gjennom-november>

permitteringsperioden utgår, vil de virksomhetene som ikke klarer seg være nødt til å gå til ytterligere oppsigelser.

1.2 Problemstillinger og avgrensninger

Avhandlingen behandler arbeidsforhold etter arbeidsmiljøloven. Arbeidsforhold som reguleres av tjenesteloven¹⁰, statsansatteloven¹¹, andre spesiallover og skipsarbeiderloven¹², samt universitets- og høyskoleloven¹³ holdes utenfor.

Avhandling gjelder oppsigelse i «virksomhetens forhold», jf. aml. § 15-7 (2), jf. (1). Det avgrenses mot oppsigelser grunnet forhold hos «arbeidstaker» eller «arbeidsgiver» selv, jf. aml. § 15-7 (1), samt andre former for arbeidsgivers avgang- som ved fratredelsesavtaler, førtidspensjonering eller ved sykdom og død.

Spørsmål om utvelgelseskrets aktualiseres også ved permittering, men av plasshensyn behandles ikke dette. Rettsgrunnlaget for permitteringer er dessuten et annet enn ved nedbemanning og andre hensyn gjør seg gjeldende. Som fremhevet av Arbeidsretten i ARD-2016-151 (Nokas), vil det være *«en annen viktig av de relevante hensyn som kan begrunne en snevrere utvalgskrets knyttet til permittering, som er en midlertidig ordning, enn hva som bør legges til grunn ved nedbemanning»*.¹⁴

Kapittel 2 vil gi et overblikk over den rettslige rammen rundt utvelgelseskrets. Først gis en oversikt over leddene i nedbemanningsprosessen. Deretter behandles sammenhengen mellom utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier. Arbeidsgivers styringsrett, og betydningen styringsretten har for utvelgelseskretsen behandles etterpå. Det gis også et overblikk av saklighetsnormen i aml. § 15-7 ved oppsigelse i «virksomhetens forhold». De problemstillinger som måtte oppstå ved oppsigelse fordi arbeidsoppgaver settes ut til selvstendige oppdragstakere, jf. § 15-7 (3) eller på grunn av virksomhetsoverdragelse, jf. § 16-4, holdes utenfor. Endelig går jeg kort inn på domstolens prøvingsrett.

¹⁰ Lov 19. juni 2009 om tjenestevirksomhet

¹¹ Lov 16. juni 2017 om statens ansatte mv.

¹² Lov 21. juni 2013 om stillingsvern mv. For arbeidstakere på skip

¹³ Lov 01. april 2005 om universiteter og høyskoler

¹⁴ ARD-2016-151, avsnitt 73

Kapittel 3 er avhandlingens hoveddel. Spørsmålet er når utvelgelseskretsen er saklig. Dette vil drøftes ved å gjennomgå en rekke hensyn som inngår i en totalvurdering som Høyesterett og Arbeidsretten har vurdert som saklige. I flere dommer er det uttalt at hensynene som begrunner å fravike hovedregelen må være «*tungtveiende*», men ikke slik at prosesser i virksomheten blir «*uforholdsmessig tyngende, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte*». ¹⁵ Problemstillingen blir derfor når en virksomhet har tilstrekkelig tungtveiende grunner til å avgrense utvelgelseskretsen. I tillegg vil jeg ta stilling til enkelte nye problemstillinger i kjølvannet av Telenor-dommen. Endelig vurderer jeg om det kan være andre hensyn som er relevante, enn de domstolene har vurdert som saklige.

1.3 Rettskildebilde og metode

Avhandlingen følger den rettsdogmatiske metoden, som er den juridisk anerkjente fremgangsmåten for å komme frem til gjeldende rett – *de lege lata* – ut fra anerkjente rettskilder. ¹⁶

1.3.1 Lov og forarbeider

Loven er rettskilden med høyest rang. Ordlydens naturlige forståelse gir som utgangspunkt uttrykk for gjeldende rett. ¹⁷ Arbeidsmiljølovens krav til at oppsigelser må være «saklig» etter § 15-7 danner rammen for avhandlingen, men også andre lover trekkes inn hvor det er relevant.

Lovens forarbeider gir uttrykk for hva lovgiver har ment og har etter omstendighetene høy vekt som rettskilde. ¹⁸ Forarbeidene sier lite om utvelgelseskrets, men er viktig for å belyse lovens formål, som igjen får betydning for utvelgelseskretsen. ¹⁹ De mest relevante er forarbeidene til den gamle arbeidsmiljøloven ²⁰; Ot.prp.nr.41 (1975-1976), forarbeidene til endringsloven; Ot.prp.nr.50 (1993-1994) og forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven; Ot.prp.nr.49 (2004-2005).

¹⁵ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 43; HR-2019-1986-A, avsnitt 43

¹⁶ Se blant annet Høgberg og Sunde (2019), s 27–28

¹⁷ Høgberg og Sunde (2019) s. 80

¹⁸ Høgberg og Sunde (2019) s. 85

¹⁹ Se blant annet kapt. 3.2

²⁰ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

1.3.2 Rettspraksis fra Høyesterett og underrettspraksis

Høyesterett er Norges høyeste domstol og har høy vekt som rettskilde. Dens avgjørelser får prejudikatsvirkning for andre enn Høyesterett selv.²¹ Ordlyden i aml. § 15-7 gir begrenset veiledning for saklighetsvurderingen. Avhandlingen baserer seg derfor gjennomgående på Høyesteretts tolkning av saklighetskravet, som er utviklet som ulovfestet rett.

Underrettspraksis har begrenset rettskildemessig vekt, men kan illustrere problemstillinger og gi en pekepinn på rettsutviklingen.²²

1.3.3 Rettspraksis fra Arbeidsretten

Rettspraksis fra Arbeidsretten har tradisjonelt hatt tilnærmet samme rettskildemessig vekt som avgjørelser fra Høyesterett, innenfor sitt område.²³ Arbeidsrettens mandat er blant annet å tolke tariffavtaler og avgjøre tvister relatert til den, jf. arbeidstvistloven (arbtvl.) § 34 (1), jf. § 1 bokstav i.²⁴ Høyesterett avsier til sammenligning dommer som bygger på krav etter det individuelle arbeidsforhold, men kan tolke tariffavtaler som ledd i individuelle søksmål fra arbeidstaker.²⁵ I Telenor-dommen gav Høyesterett uttrykk for at den anser seg bundet av Arbeidsrettens forståelse av tariffavtalen²⁶, og bygget direkte på Arbeidsrettens tolkning av tariffavtaler i ARD-2016-151 (Nokas), og i 2018 AR-2018-18 (NRK-dommen). Disse dommene blir brukt aktivt i avhandlingen.

1.3.4 Tariffavtaler

Tariffavtaler har høy rettskildemessig vekt, fordi den etablerer rettigheter og plikter for partene som er bundet av dem. En tariffavtale er «en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold», jf. arbtvl. § 1 bokstav e. Relevant for avhandlingen er tariffavtaler med ansiennitetsklausul, for eksempel Hovedavtalen LO/NHO § 8-1 (1):

²¹ Høgberg og Sunde (2019) s. 270

²² Se eks. TFRED-2019-151288, og LH-2018-179158

²³ Fougner mfl. (2016) s. 30

²⁴ Lov 27. januar 2012 om arbeidstvister

²⁵ HR-2019-1986-A, avsnitt 45

²⁶ HR-2019-1986-A, avsnitt 46; se også HR-2019-424-A, avsnitt 38

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

Bestemmelsen har vært rettsgrunnlag for å avgjøre om utvelgeskretsen er tariffstridig, både i de alminnelige domstoler og i Arbeidsretten. I Telenor-dommen uttalte Høyesterett 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»*.²⁷

Altså er vurderingene etter hovedavtalen den samme, og en kan derfor si at hovedavtalen supplerer aml. § 15-7. Forskjellen er at virksomhetens plikter etter tariffavtalen rekker lengre. Dette kom til uttrykk i NRK-dommen:

*«[HA NJ Spekter § 36] er en rettslig standard som stiller krav til arbeidsgivers vurderinger ut over det som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7.»*²⁸

I enkelte av dommene hvor hovedavtalen er rettsgrunnlaget, har det rettslige utgangspunktet vært noe kronglete formulert. I NRK-dommen uttalte Arbeidsretten at *«[hovedregelen er at] ansienniteten skal vurderes med utgangspunkt i bedriftsansiennitet, med mindre det er saklig grunn til å anvende en snevrere krets»*.²⁹ Formuleringen kan tyde på at vurderingen er en annen enn etter aml. § 15-7, og har blitt kritisert i teorien. Ifølge Evju bør formuleringen lyde slik at *«hele [virksomheten] er referanserammen for vurdering, «med mindre det er saklig grunn til å anvende en snevrere utvalgskrets»*.³⁰ Dette påpekes for å understreke at det er den samme vurdering som foretas, uavhengig av om rettsgrunnlaget er aml. § 15-7 eller en hovedavtale med ansiennitetsklausul.

1.3.5 Formål og hensyn

I domstolens vurdering av om utvelgeskretsen er saklig, gjør flere bakenforliggende hensyn seg gjeldende. Formål og hensyn vil benyttes underveis som tolkningsmoment.³¹

Sentralt står hensynet til «trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet», jf. aml. § 1-1, og det generelle hensynet til medbestemmelse, som er gitt et grunnlovsfestet vern i GrL.

²⁷ HR-2019-1986-A avsnitt 52; se også ARD-2016-151, avsnitt 77

²⁸ AR-2018-18, avsnitt 40

²⁹ AR-2018-18, avsnitt 38

³⁰ Evju, (2018) NiP, 4. utgave, s. 2

³¹ Blant annet kapt. 3.2, 3.3.9 og 3.3.12

§ 110 (2) og som kommer til uttrykk flere steder i arbeidsmiljøloven, blant annet i kapittel 8 og i § 15-2. Et annet viktig hensyn som ikke kommer direkte til uttrykk i loven, er hensynet til at saken skal være så godt opplyst som mulig gjennom arbeidsgivers dokumentasjon. En godt opplyst sak gir et godt grunnlag for domstolskontroll,³² og kan bidra til at en oppsigelse lettere aksepteres av en arbeidstaker.

På andre siden står virksomhetens behov for å gjennomføre prosesser for å være omstillings- og konkurransedyktige, som er av hensyn til virksomheten selv, men også resten av samfunnet.³³ Videre har virksomheten forpliktelser etter annen lovgivning, enn bare arbeidsmiljøloven. I aksje- og allmennaksjeselskaper har eksempelvis styret en rolle som forvalter av selskapet, jf. aksjeloven³⁴ (asl) § 6-12 og allmennaksjeloven (asal.)³⁵ § 6-14 (2). Etter asl./asal. § 3-4 plikter styret å påse at selskapet har en forsvarlig egenkapital, med en påfølgende handleplikt etter asl. § 3-5 dersom egenkapitalen ikke er forsvarlig, til å få egenkapitalen på et forsvarlig nivå.

1.3.6 Juridisk teori

Temaet utvelgelseskrets har særlig i de siste år fått mye oppmerksomhet i teorien. Hvorvidt juridisk teori er en direkte rettskilde, vil avhenge av flere faktorer, som for eksempel kvaliteten på argumentasjonen.³⁶ Mye av dagens teori bærer preg en sammenstilling av mer autoritative kilder som lov, Høyesterettspraksis og forarbeider. Det kan derfor argumenteres for at teori skrevet av anerkjente teoretikere kan tillegges noe vekt.³⁷ Enkelte professorer har sittet i Arbeidsretten selv, som Stein Evju og Tron Løkken Sundet. Andre professorer, som Jan Fougner og Tarjei Thorkildsen, har bidratt med viktige publikasjoner og tidsskrift.³⁸ Juridisk teori brukes i størst grad for å belyse nye problemstillinger,³⁹ og for å påpeke eventuell kritikk og synspunkter av dommer.⁴⁰

³² Se kapt. 2.3

³³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 72

³⁴ Lov 13. juni 1997 om aksjeselskaper

³⁵ Lov 13. juni 1997 om allmennaksjeselskaper

³⁶ Høgberg og Sunde (2019), s. 458

³⁷ Høgberg og Sunde (2019) s. 458

³⁸ Se eks. Fougner (2019) og Thorkildsen (2020)

³⁹ Se eks. kapt. 3.3.12

⁴⁰ Se eks. kapt. 1.3.4.

2 Utvelgelseskrets – rettslige utgangspunkter og perspektiver

2.1 Innledning

Formålet med dette kapittelet er å gi en rettslig ramme for utvelgelseskretsen. Det vil gis en oversikt over nedbemanningsprosessen, forholdet til utvelgelseskriterier, arbeidsgivers styringsrett, det allmenne kravet til saklighet i aml. § 15-7 og om domstolskontroll.

2.1.1 Oversikt over nedbemanningsprosessen

Nedbemanningsprosessen består av flere ledd, som alle er underlagt kravet om at oppsigelsen skal ha «saklig grunn» etter aml. § 15-7. Saklighetsnormen rommer mange elementer, men er i hovedtrekk et vern mot vilkårlige oppsigelser; oppsigelsen skal ikke baseres på forhold som ikke kan knyttes til virksomhetens behov, som for eksempel kjønn, etnisitet og alder. For å sikre at oppsigelsen bygger på et saklig grunnlag, er det en forutsetning at fremgangsmåten er forsvarlig.⁴¹

Nedbemanningsprosessen skjer i hovedtrekk slik at det fattes beslutning om nedbemanning, naturlig gjennom et vedtak i virksomhetens styre jf. eksempelvis asl. § 6-12 og asal. § 6-14 (2).⁴² Virksomhetens kompetanse, arbeidskraft og eventuelle kostnadskutt må kartlegges og ofte utarbeides nytt organisasjonskart.⁴³ Videre defineres utvelgelseskriterier og utvelgelseskrets basert på virksomhetens behov.⁴⁴ I tillegg foretas en vurdering av hvem som eventuelt berøres av innplassering⁴⁵ til andre oppgaver innenfor arbeidsgivers styringsrett⁴⁶, hvem det må foretas en endringsoppsigelse⁴⁷ overfor, hvem som eventuelt må tilbys annet passende arbeid⁴⁸ og hvem som vurderes som overtallige, sett opp mot utvelgelseskriteriene og behovene i den nye organisasjonsstrukturen. Endelig avholdes det individuelle drøftelser

⁴¹ Se kapt. 2.2.4

⁴² Fougner mfl. (2016) s. 276

⁴³ Fougner mfl. (2016) s. 101-102 og 275-276

⁴⁴ Fougner mfl. (2016) s. 276

⁴⁵ Fougner mfl. (2016) s. 276

⁴⁶ Se om styringsretten under kapt. 2.2.2

⁴⁷ Se kapt. 2.1.3

⁴⁸ Se kapt. 2.2.2

med arbeidstakere som det ikke er ledig arbeid til, jf. aml. § 15-1, som kan ende med en oppsigelse.

Utvelgelseskrets besluttes nødvendigvis ikke av virksomheten alene. Arbeidsretten er som rettsområde i stor grad preget av samarbeid, og mange tariffbundne virksomheter er forpliktet til å involvere tillitsvalgte i prosessen, som kan uttale seg om fremgangsmåten for nedbemanning.⁴⁹ Ved masseoppsigelser etter aml. § 15-2 må også ikke-tariffbundne virksomheter involvere «tillitsvalgte» i drøftelser, noe som vil innebære at også representanter for arbeidstakere som ikke er fagorganiserte får uttale seg om fremgangsmåten.⁵⁰ Formuleringen «tillitsvalgte» favner vidt og omfatter alle som representerer arbeidstaker, ikke bare tillitsvalgte i henhold til tariffavtale.⁵¹ Noen virksomheters styre har ansattrepresentanter, som kan bidra til å påvirke utvelgelseskretsen, for eksempel jf. asl. og asal. §§ 6-4 og 6-6. Hvor arbeidstakerrepresentanter har fått anledning til å komme med synspunkt om utvelgelseskrets, fremstår beslutningene gjerne som veloverveide og legitime⁵², og vil lettere aksepteres blant arbeidstakere.

2.1.2 Sammenhengen mellom utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier

Utvelgelseskriterier er forhåndsbestemte kriterier som arbeidstakerne vurderes etter ved utvelgelsen. Vanlige kriterier er ansiennitet, kompetanse, og sosiale forhold.⁵³ For at utvelgelseskriteriene skal innfri kravet til «saklig» oppsigelse etter aml. § 15-7, må kriteriene være relevant i forhold til virksomhetens behov og de må utformes tilstrekkelig klart, som sikrer at utvelgelsen foretas korrekt.⁵⁴

Utvelgelsen er en individuell vurdering, til sammenligning med vurderingen av om utvelgelseskretsen er saklig, som er en objektiv vurdering. Dette kan illustreres av Telenor-dommen.⁵⁵ Høyesterett fastslo at utvelgelseskretsen fikk innvirkning på betydningen av ansiennitet, men dette betød ikke at det skulle tas hensyn «til individuelle arbeidstakeres ansiennitet og kompetanse, men at sammensetningen av kretsen med hensyn til

⁴⁹ Se blant annet HA LO/NHO § 9-6 om plikt til å drøfte «saker som angår arbeidstakernes sysselsetting og arbeidsforhold» med tillitsvalgte.

⁵⁰ Ot.prp.nr.50 (1993-1994), s. 183.

⁵¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 121. Se også LB-2010-32150 på s. 19 om dette

⁵² Thorkildsen (2017), s. 51-79

⁵³ Se eks. HR-2019-424-A, avsnitt 32

⁵⁴ Se kapt. 2.2.4 om LG-2018-7314, s. 11

⁵⁵ Se saksforhold under 3.3.11

stillingskategorier» kunne være nødvendig å ta i betraktning.⁵⁶ Det samme kan illustreres NRK-dommen fra Arbeidsretten, som hadde et lignende saksforhold:

«Dette er en annen vurdering enn den konkrete vurderingen av om det er momenter knyttet til den enkelte arbeidstakeren som gir saklig grunn til å fravike ansienniteten som utvelgelseskriterium og avveiningen mellom dem.»⁵⁷

Selv om vurderingene er adskilt, er det nær sammenheng mellom utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier: jo snevrere kretsen er, desto mindre blir referanseområdet for utvelgelsen. Dermed blir betydningen av de enkelte kriteriene også svekket. Under pkt. 3.3.11 kommer jeg nærmere inn på hvilken betydning utvelgelseskretsen hadde for ansienniteten som utvelgelseskriterium.

2.1.3 Styringsretten som ramme for beslutninger

Arbeidsgivers styringsrett er et selvstendig rettsgrunnlag⁵⁸, og betegnes tradisjonelt som den ensidige retten arbeidsgiver har til å *«organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet»*, jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)⁵⁹, og omfatter også retten inngå et arbeidsforhold, jf. Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen ambulanse)⁶⁰ og til å si opp arbeidstaker, jf. Rt. 1977 s. 902 (Hammerverk).⁶¹ Et utslag av oppsigelsesadgangen er at arbeidsgiver beslutter fremgangsmåten for nedbemanning, deriblant utvelgelseskrets.⁶²

Beslutninger i kraft av styringsretten begrenses ved at den må *«skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått»⁶³*, det vil si med de begrensninger som følger av lov, tariffavtale, individuell kontrakt og myndighetsmisbruk.⁶⁴ Styringsrettens grenser kommer oftest på spissen ved stillingsendringer, hvor spørsmålet er om endringen er så stor at den går utenfor arbeidsforholdets grenser, se blant annet Rt. 2001 s. 418 (Kårstø). Et eksempel på at en endring endret hele grunnpreget med arbeidsforholdet, og dermed var utenfor styringsrettens grenser er RG-1986-206, hvor en fiskeoppdrettsrøkte ble innplassert til

⁵⁶ HR-2019-1986-A, avsnitt 61

⁵⁷ AR-2018-18, avsnitt 49

⁵⁸ Se blant annet Fougner mfl. (2016) s. 96

⁵⁹ Rt. 2000 s. 1602, s. 1609, se lignende formuleringer i Rt. 2001 s. 408 og Rt. 2008 s. 856.

⁶⁰ Rt. 2001 s. 248, s. 260

⁶¹ Rt. 1977 s. 902, s. 914

⁶² Se Fougner (2019) s. 840

⁶³ Rt. 2000 s. 1602, s. 1609

⁶⁴ Fougner mfl. (2016) s. 95

produksjonsarbeid. I et slikt tilfelle må endringen skje gjennom en endringsoppsigelse; en oppsigelse kombinert med nytt tilbud om jobb, og da kreves saklig grunn som ved en alminnelig oppsigelse.⁶⁵

I relasjon til utvelgelsen, vil styringsretten være en skranke for hvilke arbeidstakere som kan vurderes opp mot hverandre og innplasseres i hverandres stillinger innad i kretsen. Dersom det for eksempel skal nedbemannes ved et advokatkontor, ville det ikke vært naturlig å vurdere advokatfullmektiger opp mot partnerne, da å innplassere dem i hverandres stillinger ville vært en så markant endring av arbeidsforholdet at det måtte en endringsoppsigelse til, eventuelt et tilbud om «annet passende arbeid». Som jeg kommer tilbake til under 3.3.12, kan styringsretten kunne være et avgrensingsverktøy dersom arbeidsgiver skal vurdere om utvelgelseskretsen er tilstrekkelig representativ for stillingskategorien.

2.2 Nærmere om saklighetsnormen i aml. § 15-7 ved nedbemanning

2.2.1 Innledning

Kravet til saklighet er målestokken på om utvelgelseskretsen er saklig. Saklighetsnormen er dynamisk og endrer seg i takt med samfunnsutviklingen.⁶⁶ Hva som er saklige avgrensingsmomenter ved utvelgelseskrets vil derfor kunne endre seg med tiden.

Sakligheten av en oppsigelse beror på en avveining mellom virksomhetens behov for oppsigelse, og konsekvensene oppsigelsen får for den enkelte. Dette er en skjønnsmessig helhetsvurdering, men terskelen for oppsigelse er generelt ansett som høy, jf. blant annet Rt. 2009 s. 685 (webredaktør).⁶⁷ I rettspraksis er det gitt uttrykk for at virksomhetens behov for nødvendige oppsigelser er saklig selv om oppsigelsene rammer hardt.⁶⁸

2.2.2 Plikten til å tilby «annet passende arbeid»

Plikten til å tilby «annet passende arbeid» etter aml. § 15-7 (2) 1. pkt. er et uttrykk for at virksomhetens behov for oppsigelse ikke er saklig dersom arbeidstakeren kan fylle et behov i

⁶⁵ Se blant annet Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt-dommen), avsnitt 47

⁶⁶ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 73 og Fougner (2015), s. 148

⁶⁷ Rt. 2009 s. 685, avsnitt 53

⁶⁸ Se kapt. 2.2.3

«virksomheten» som er passende for den enkelte. Det fremgår av forarbeidene at arbeidsgiver ikke har plikt til å opprette en ny stilling, det må foreligge et udekket behov for arbeidskraft.⁶⁹ Plikten har en side til at arbeidsgiver ensidig kan innplassere arbeidstaker innenfor rammen av styringsretten til hvor det er behov.⁷⁰ Forskjellen mellom plikten til å tilby annet passende arbeid og innplassering i kraft av styringsretten er at sistnevnte må godtas som en ensidig endring, mens ved tilbud om annet passende arbeid kan arbeidstaker velge å akseptere.⁷¹

Selv om utvelgelseskretsen begrenses, betyr ikke det at tilbudsplikten begrenses tilsvarende til innenfor utvelgelseskretsen. Dette ble avklart i HR-2018-880-A (Linjebygg), hvor Høyesterett kom til at plikten omfatter virksomheten som sådan, ikke utvelgelseskretsen. En oppsagt stillasleder skulle derfor vært tilbudt arbeid utenfor avdelingen, hvor det samtidig med nedbemanningen ble opprettet nye og likeartede stillinger.⁷² Høyesterett uttalte at «[om] arbeidsgiverens valgte fremgangsmåte aksepteres ville As oppsigelsesvern i realiteten bli betydelig svekket»⁷³.

2.2.3 Individuell interesseavveining

Etter aml. § 15-7 (2) 2. har arbeidsgiver en plikt til å foreta en avveining mellom «virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker». Ordlyden gir anvisning på at individuelle forhold hos arbeidstakeren må avveies mot virksomhetens behov for å si opp den enkelte. Det fremgår av Posten 2-dommen at relevante momenter blant annet er «*frem satt stillingstilbud, arbeidstakernes alder, tjenestetid, økonomiske situasjon og utsikter på arbeidsmarkedet (...)*»⁷⁴. Oppsigelsen er ikke saklig hvor arbeidstakerens behov veier tyngst.

I rettspraksis, teori og forarbeider har bestemmelsen blitt oppfattet som en sikkerhetsventil. I Hillesland-dommen uttalte retten at «*bedriftens behov for å gjennomføre nødvendige nedbemanninger for å trygge den videre drift veier tyngre enn hensynet til arbeidstaker, selv om oppsigelsen rammer den enkelte hardt*»⁷⁵. Det følger av entydig rettspraksis at rommet for

⁶⁹ Ot.prp.nr.41 (1975-76) s. 72 (pkt. VIII)

⁷⁰ Se kapt. 2.2.2

⁷¹ Tilbud ble for eksempel ikke akseptert i HR-2017-561-A, avsnitt 16

⁷² HR-2018-880-A, avsnitt 44

⁷³ HR-2018-880-A, avsnitt 70

⁷⁴ HR-2017-561-A, avsnitt 88

⁷⁵ Jf. Rt.1985 s. 879, på side 876

interesseavveininger er mindre hvor det er tilbudt annet passende arbeid.⁷⁶ Av forarbeidene er det fremhevet at «*ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp*»⁷⁷.

I Posten 2-dommen ble oppsigelsen satt til side på dette grunnlag, men avveiningsmomentene spilte en «*underordnet rolle sammenlignet med mer strukturelle spørsmål ved omstillingsarbeidet*».⁷⁸ Det ble i større grad vist til at fremgangsmåten var i strid med en omstillingsavtale som var inngått mellom virksomheten og tillitsvalgte.

Det kan reises spørsmål om en avgrenset utvelgeskrets får innvirkninger på den individuelle vurderingen. Den praktiske konsekvensen av å avgrense kretsen er at færre arbeidstakere i virksomheten vurderes opp mot med hverandre. Sjansen for å bli vurdert som overtallig økes, jo mindre utvelgeskretsen er. Når det først innkalles til drøftelsesmøte, er det tydelig at oppsigelse er nærliggende. Dette tyder på at jo snevrere utvelgeskretsen er, desto mer utfordrer det stillingsvernet.

2.2.4 Krav til forsvarlig saksbehandling

Arbeidsmiljøloven og tariffavtaler har egne saksbehandlingsregler, for eksempel drøftelsesregler i aml. §§ 15-1 og 15-2, og Hovedavtalen LO NHO § 9-6. I forarbeidene er krav til drøftelse etter arbeidsmiljøloven omtalt som en «*ordensregel*», slik at mangelfull saksbehandling ikke nødvendigvis medfører at oppsigelsen er ugyldig, men inngår som et moment i totalvurderingen av om oppsigelsen er usaklig.⁷⁹ I tillegg er det utviklet et ulovfestet krav til forsvarlig saksbehandling, som er forankret og utviklet gjennom rettspraksis om domstolens prøvingsrett.⁸⁰ For at domstolen skal kunne prøve om oppsigelsen bygger på et saklig grunnlag, må virksomheten kunne dokumentere at det er foretatt avveininger som er nødvendig for å vurdere om det er saklig å gå til oppsigelse. Dette ble godt formulert i LG-2018-7314 (Bravida):

«Arbeidsgiver har bevisbyrden for at oppsigelsen er saklig. Det innebærer at arbeidsgiver må sannsynliggjøre at det forelå saklig grunnlag for oppsigelse.»

⁷⁶ Rt. 2008 s. 749, avsnitt 40 og HR-2017-561-A avsnitt 89

⁷⁷ Ot.prp.nr.41 (1975-76) s.72 (pkt.VIII)

⁷⁸ HR-2017-561, avsnitt 90

⁷⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-94) s. 183

⁸⁰ Johansen og Stueland, s. 787, jf. Rt. 1984 s. 1058

Bedriften må i etterkant kunne redegjøre for de vurderinger som er gjort, og at det etter en forsvarlig vurdering, basert på relevante momenter, forelå saklig grunnlag for oppsigelse»⁸¹

«I kravet om at en oppsigelse skal være saklig begrunnet, ligger en forpliktelse for arbeidsgiver å rigge seg slik at vurderingene er etterprøvbare.»⁸²

Twisten gjaldt om utvelgelseskriteriene var anvendt riktig. Virksomheten manglet systematisk oversikt over realkompetansen til de ansatte, og kunne derfor ikke sannsynliggjøre at oppsigelsen faktisk bygget på hvem som var minst kvalifisert.⁸³ Oppsigelsene var ugyldige.

Hvorvidt saksbehandlingsreglene er fulgt får betydning som moment ved totalvurderingen av om utvelgelseskretsen er saklig. Dette drøftes under pkt. 3.3.10.

2.2.5 Virksomhetsbegrepet

Saklighetskravet knyttes til «virksomheten». Begrepet får betydning for hva som etter hovedregelen er utvelgelseskretsen.

I følge forarbeidene er begrepet sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet, og er angitt som «*det som etter alminnelig språkbruk er en bedrift*»,⁸⁴ altså den enheten folk flest assosierer med en bedrift. Etter en naturlig forståelse er virksomheten den enheten som arbeidstaker kan utlede rettigheter fra og arbeidsgiver har plikter etter. I Nokas-dommen var Arbeidsrettens forståelse at det var «*naturlig å se hen til hvilken del av virksomheten som overenskomsten er gjort gjeldende for*».⁸⁵

Av forarbeidene fremgår det at «*hver virksomhet i konsernet eller nettverket utgjør rammen for begrepet «virksomheten»*».⁸⁶ Av dette kan det utledes at virksomheten er de enkelte juridiske enhetene i konsernet, og ikke selve konsernet. Arbeidsgiver kan dermed som hovedregel ikke involvere arbeidstakere fra andre deler av konsernet ved en nedbemanning. Et unntak er hvor det foreligger et delt arbeidsgiveransvar- hvor «*arbeidsgiverfunksjonene*

⁸¹ LG-2018-7314, s. 11/13

⁸² LG-2018-7314 s. 7/13

⁸³ LG-2018-7314, s. 9/13

⁸⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 75

⁸⁵ ARD-2016-151, avsnitt 69

⁸⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 75

har vært delt mellom dem».⁸⁷ Konsekvensen er at arbeidstakere fra andre deler av et konsern, kan trekkes inn i en nedbemanning, og følgelig i en utvelgelseskrets. AR-2020-8 er et nyere eksempel fra Arbeidsretten, hvor retten kom frem til at Saipem Drilling Norway AS hadde et delt arbeidsgiveransvar overfor arbeidstakere som var innleid fra et italiensk selskap, og kunne involvere dem i nedbemanningen. Avhandlingen har ikke plass til å drøfte nærmere problemstillingene som oppstår her.

2.3 Domstolskontroll

En viktig side av oppsigelsesvernet er at arbeidstaker kan bringe rettmessigheten av en oppsigelse inn for de alminnelige domstoler, jf. aml § 17-1, forutsetningsvis aml. § 17-4. Arbeidstaker er den presumptivt svake part i arbeidsforholdet, og behovet for domstolskontroll er kanskje ekstra til stede i oppsigelsessaker.

De alminnelige domstolene kan prøve alle sider av en oppsigelsessak. Dette kom til uttrykk i Rt. 1984 s. 1058 (Nationalteatret) som gjaldt oppsigelse av en skuespiller. Det ble uttalt at domstolen kunne:

*«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 omfatter de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren...» «Det kan nok reises spørsmål om hvilken vekt en domstol bør legge på arbeidsgiverens vurdering av bedriftens behov for oppsigelse av arbeidstakerens kvalifikasjoner. Men dette er etter min mening mer et spørsmål om domstolens praktiske muligheter for å prøve skjønnet enn et spørsmål om begrensninger i prøvesretten».*⁸⁸

Det er tidspunktet for oppsigelse som er utgangspunktet for domstolskontroll⁸⁹, eventuelle etterfølgende endringer i situasjonen tas derfor ikke i betraktning.

Selv om domstolene har full prøvingsrett, vil prøvingsintensiteten variere med enkelte sider av beslutningene. Domstolen vil vise tilbakeholdenhet med å prøve særlig

⁸⁷ Ot.prp.nr.39 (2004-2005) s. 75

⁸⁸ Rt. 1984 s. 1058, s. 1068

⁸⁹ Se blant annet RG-1990-1098, på s. 1105

bedriftsøkonomiske- og strategiske vurderinger. I juridisk teori er dette kalt virksomhetsledende beslutninger.⁹⁰ I RG-1985-128 (Brynhildsen) måtte bedriftsledelsen «*innrømmes en vid adgang til selv å vurdere så vel karakteren av den situasjonen som har oppstått, som hvilke tiltak som er nødvendige*»⁹¹.

Beslutninger som angår arbeidsforholdet omtales i juridisk teori som «arbeidsledende». Dette er beslutninger som griper inn i arbeidstakerens rettigheter, som en oppsigelse. Beslutninger om utvelgelseskrets har både elementer av virksomhetsledende og arbeidsledende art, da beslutningen om utvelgelseskrets baserer seg på hva som er strategisk og nødvendig for virksomhetens drift, men samtidig får stor innvirkning på hvilke arbeidstakere som må forlate virksomheten. Dette kan forklare at domstolene har prøvd utvelgelseskrets ganske intenst de siste årene.

Rettsvirkningen av at en oppsigelse er usaklig, er at den er ugyldig.⁹² Det fremgår av aml. § 15-2 (1) at arbeidstakeren som hovedregel har krav på å få stillingen tilbake, og kan kreve erstatning. Domstolen avsier ikke dom for hva som skal være utvelgelseskretsen.

Rekkevidden av Arbeidsrettens kompetanse til å avsi dom for tariffavtalebrudd ble drøftet i Nokas-dommen. Virkningen av tariffavtalebrudd på HA LO/NHO § 8-2 var at arbeidsgiveren var «*forpliktet til å gjenopprette en tariffmessig stand*», som følge av «*tariffavtalens ufravikelighetsvirkninger*».⁹³ «*Dersom en oppsigelse kjennes tariffstridig og ugyldig, vil gjenoppretting av en tariffmessig tilstand tilsi at arbeidsforholdet må fortsette som om oppsigelse ikke er gitt*».⁹⁴

Arbeidsretten kunne altså avsi dom for at oppsigelsen var ugyldig på grunn av tariffbruddet.

⁹⁰ Fougner (2019) s. 193

⁹¹ RG-1985-128 (Brynhildsen), på side 123

⁹² Se kapt. 3.1

⁹³ ARD-2016-151, avsnitt 91

⁹⁴ ARD-2016-151, avsnitt 91

3 Når er det saklig å avgrense utvelgelseskretsen?

3.1 Innledning

Formålet med denne delen er å drøfte når det er saklig å avgrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Dette vil løses ved en gjennomgang av momentene som Høyesterett og Arbeidsretten har angitt som kan være saklige hensyn. Momentene er veiledende, og ikke uttømmende. Det oppstilles dermed ingen minstevilkår for hvilke hensyn som må være til stede ved nedbemanningen jf. Gresvig-dommen.⁹⁵ Sakligheten avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Som uttalt i Gresvig-dommen:

«Det avgjørende vil alltid måtte være om de oppsigelser som anvendelsen av den aktuelle praksis i det konkrete tilfellet fører til, tilfredsstiller saklighetskravet i § 15-7.»⁹⁶

At vurderingen er konkret, betyr at virksomheten må vurdere sakligheten av en utvelgelseskrets ved hver enkelt nedbemanning. At utvelgelseskretsen har vært saklig én gang, betyr ikke at den er saklig neste gang.

Dersom utvelgelseskretsen er ugyldig er også oppsigelsen ugyldig, uavhengig hva resultatet hadde blitt dersom en bredere utvelgelseskrets hadde blitt lagt til grunn, med mindre det er helt tydelig at vedkommende hadde blitt oppsagt uavhengig av kretsen, jf. Gresvig-dommen:

«Det er ikke nødvendig for A å godtgjøre at resultatet av en videre vurdering ville blitt at en av de ansatte skulle vært sagt opp. Med mindre det uten videre var klart at utfallet av en slik bredere vurdering måtte ha blitt at A likevel ble oppsagt, må den manglende vurdering i seg selv være tilstrekkelig til at oppsigelsen måtte anses ugyldig».⁹⁷

3.2 Terskelen for saklighet

⁹⁵ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 42

⁹⁶ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 45

⁹⁷ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 45

Terskelen for saklighet er i flere dommer angitt på følgende måte:

«(...) 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.»⁹⁸

Formuleringen «tungtveiende» gir anvisning på en høy terskel. Virksomheten må vise til gode grunner for å avgrense kretsen. Formuleringen «uforholdsmessig tyngende» taler for at virksomheten må kunne avgrense utvelgelseskretsen dersom ulempene ved å se alle ansatte under ett er større enn hensynene som taler for. Formuleringen «og» taler for at det å se alle ansatte under ett i tillegg må bidra til å «undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte». Dette taler for at ulempene omfatter både hensyn relatert til driften av virksomheten, men også hensyn til de gjenværende ansattes trygghet. Hensynet til de ansattes trygghet kan ses i lys av hensynet til å sikre «trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet», jf. aml. § 1-1 (b). Hensynet til virksomheten kan ses i lys av hensynet til at virksomheter skal være omstillings- og konkurransedyktige.⁹⁹ At virksomheten er bundet av annen lovgivning, som at styret i et aksjeselskap er pålagt en handleplikt etter asl. § 3-5 til å få egenkapitalen på et forsvarlig nivå, gjennom for eksempel et forslag om rasjonalisering og omlegging av virksomheten,¹⁰⁰ taler for at terskelen ikke må forstås så strengt at den vanskeliggjør gjennomføringen av den.

Selv i lys av ordlydsfortolkning og formålsbetraktninger er det vanskelig å si hvor tungtveiende grunner virksomheten må vise til. En pekepinn vil kanskje kunne gis etter en gjennomgang av de mest sentrale momentene som domstolene har vist til at kan være relevante.

3.3 Momentene

3.3.1 Økonomisk situasjon

⁹⁸ Se Rt. 2015 s. 1332 avsnitt 43 og HR-2019-1986-A, avsnitt 43

⁹⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 72

¹⁰⁰ Se NOU 1996:3, til ny aksjelovgivning

I virksomheter som står i en presset økonomisk situasjon er det behov for å handle raskt og effektivt for å sikre driften. Å bruke tid og ressurser på å vurdere alle ansatte i virksomheten samlet ved en nedbemanning kan potensielt medføre konkurser. Å identifisere hvor i virksomheten behovet for nedbemanning er og foreta utvelgelsen der, kan lette prosessen. Rettspraksis viser at økonomisk situasjon er et saklig avgrensningshensyn. Spørsmålet er hvor presset den økonomiske situasjonen må være før hensynet kan vektlegges.

Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) er et eksempel på en virksomhet som opplevde store økonomiske vansker. Virksomheten drev med produksjon/installasjon av glass, og besluttet å endre satsingsområdet fra produksjon til håndverksarbeid, for å møte den økende konkurransen på markedet. Endringen medførte at virksomheten måtte nedbemanne. Ved utvelgelsen ble overtalligheten vurdert avdelingsvis, hvor seks medarbeidere fordelt på tre ulike avdelinger måtte forlate virksomheten. Fire av de ansatte som ble oppsagt hevdet at oppsigelsen var ugyldig, blant annet fordi de hadde lengst ansiennitet og kunne fylt stillinger i virksomheten etter en kort opplæringsperiode.

Et av spørsmålene var om det var saklig å foreta utvelgelse innenfor tre ulike avdelinger.¹⁰¹ Dommen er den første som berører temaet utvelgelseskrets. Betegnelsen «utvelgelseskrets» brukes ikke, og Høyesterett vurderer bruk av utvelgelseskriteriene samtidig med spørsmålet om utvelgelseskrets er saklig. Dommen er likevel relevant, og har blitt sitert i en rekke nyere dommer som handler om utvelgelseskrets.¹⁰²

Høyesterett foretok en totalvurdering, hvor virksomhetens økonomiske situasjon var et sentralt moment. Det at det var sterk overkapasitet i bransjen, at driften gikk med betydelig underskudd, og salget var halvert medførte at hensynet til den økonomiske situasjon veide tungt. «Jeg må legge til grunn at Kåre Hillesland A/S var i en alvorlig situasjon hvor effektivitetshensyn gjorde seg gjeldende med stor styrke».¹⁰³ Selv om de oppsagte arbeidstakerne etter en opplæringsperiode kunne fylt andre stillinger, forelå det «i den vanskelige situasjonen bedriften var i, sterke hensyn mot å skrive ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingens forskjellige oppgaver.»¹⁰⁴

¹⁰¹ Rt. 1986 s. 879, s. 887

¹⁰² Se blant annet Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 39-41 og HR-2017-561-A, avsnitt 66

¹⁰³ Rt. 1986 s. 879, s. 887

¹⁰⁴ Rt. 1986 s. 879, s. 884

Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord) kan illustrere tilsvarende argumentasjon. Banken var som følge av en nasjonal bankkrise havnet i en så vanskelig situasjon at den måtte få svære offentlige tilskudd for å overleve. I samarbeid med et omstillingsutvalg ble det besluttet å redusere arbeidsstokken ved å tilby sluttpakker, førtidspensjonering mv. Oppsigelser ble gjennomført ved nedleggelse av enkelte filialer. De overtallige kunne konkurrere om ledige stillinger som hadde blitt ledige ved frivillig avgang innenfor vedkommende avdelingskontors område. Nedleggelse av filialer medførte at det ikke ble foretatt noen utvelgelse innenfor kretsen, og de overtallige ble dermed ikke vurdert opp mot ansatte andre steder i virksomheten.

Spørsmålet var om det var saklig å legge ned enkelte filialer.

Høyesterett foretok en helhetsvurdering, hvor det ble trukket frem at banken 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 hatt avgjørende innvendinger mot de fremgangsmåter som ble valgt»*. Det ble også trukket frem at nedbemanningen skjedde under *«sterkt tidspress»*.¹⁰⁵

I Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig) var saksforholdet at Gresvig Detaljhandel AS en stund hadde opplevd økonomisk nedgang og økt konkurranse, og måtte foreta omorganiseringer og nedbemanninger. Virksomheten besluttet å legge ned Intersport Profil, som medførte at den eneste ansatte (A) ble oppsagt. Spørsmålet var om det var saklig å avgrense utvelgelseskretsen til Intersport Profil, når fremgangsmåten medførte at A ikke ble vurdert opp mot ansatte i andre avdelinger.¹⁰⁶

Gresvigs økonomiske situasjon kan kanskje ikke sammenlignes helt med situasjonen i Hillesland-dommen og Sparebanken-dommen, men retten påpekte at Hillesland- og Sparebanken-dommen bare trakk opp eksempler på relevante hensyn.¹⁰⁷ Situasjonen var likevel slik at *«selskapet måtte tilføres midler fra eier for å kunne drive videre»*¹⁰⁸, og det ble trukket frem at *«selskapets økonomiske stilling og forretningsmessige utfordringer ellers, vil*

¹⁰⁵ Rt. 1992 s. 776, s. 782

¹⁰⁶ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 35

¹⁰⁷ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 42

¹⁰⁸ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 51

*kunne ha stor betydning.»*¹⁰⁹ Hensynet til økonomi og forretningsmessige utfordringer ble derfor vektlagt som et relevant hensyn.

I de til nå omtalte saker, har retten vektlagt hensynet til økonomi når situasjonen var svært vanskelig. Det kan stilles spørsmål ved hvilken betydning det har for saklighetsvurderingen at situasjonen ikke er det.

ARD-2016-151 (Nokas) er et eksempel på dette. Bakgrunnen for nedbemanningen var endring i kontrakt om sikkerhetstjenester mellom Nokas AS og Sola Heliport, hvilket medførte nedgang i oppdragsmengde. Utvelgelseskretsen var de ansatte vekterne som jobbet ved Sola Heliport. Tre av vekterne ble oppsagt, uten at deres ansiennitet ble sammenlignet med flere utenfor kretsen. Spørsmålet for Arbeidsretten var om det stred mot ansiennitetsbestemmelsen i HA LO/NHO § 8-2 (1) å ta utgangspunkt i at vekterne som arbeidet ved Sola Heliport skulle være utvelgelseskretsen.¹¹⁰

I den konkrete helhetsvurderingen påpekte Arbeidsretten at økonomisk situasjon generelt kunne være et saklig argument. Nokas kunne vise til at det var behov for kostnadskutt, men i denne saken var ikke den økonomiske situasjonen dårlig nok til å få betydning for vurderingen.¹¹¹ Dette taler for at hensynet til økonomi ikke har vekt når det kun er tale om generelle kostnadskutt, herunder når virksomhetens utfordringer ikke er større enn det som er normalt for virksomheter som må nedbemanne. Arbeidsretten kom til at utvelgelseskretsen var usaklig.

I AR-2018-18 (NRK-dommen) ble det ansett saklig å avgrense utvelgelseskretsen til de ansatte i NRK, som besto av 66 journalister og én grafiker. På grunn av utvelgelseskretsen ble to arbeidstakere med ansiennitet på hhv. 16 og 19 år oppsagt, slik at disse ikke ble vurdert for andre stillinger i virksomheten. Spørsmålet var om utvelgelseskretsen stred mot ansiennitetsbestemmelsen i HA NJ/Spekter § 36.

Arbeidsretten tok utgangspunkt i at NRK hadde et *«reelt behov for å redusere kostnader og tilpasse virksomheten til endringer i markedet»*.¹¹² Det hadde vært en *«reell nedgang i NRKs lisensinntekter slik at inntektene ikke dekket opp pris- og kostnadsutviklingen»*.¹¹³ Situasjonen

¹⁰⁹ Rt. 2015 s 1332, avsnitt 42

¹¹⁰ ARD-2016-151, avsnitt 64

¹¹¹ ARD-2016-151, avsnitt 83

¹¹² AR-2018-18, avsnitt 57

¹¹³ AR-2018-18, avsnitt 56

kan likevel ikke sammenlignes med Sparebanken Nord-dommen og Hillesland-dommen hvor virksomhetene risikerte å opphøre. NRK-dommen kan tas til inntekt for at økonomi kan vektlegges selv om den økonomiske situasjonen ikke er prekær, men når det er reelt behov for å redusere kostnader. Sett i lys av Nokas-dommen må det vises til noe mer enn et generelt behov for kostnadsutt.

Oppsummert vil hensynet til økonomi veie tyngre jo mer presset situasjonen er. Jo dårligere økonomien er, desto mer taler effektivitetshensyn for at virksomheten må kunne avgrense utvelgelseskretsen for å få virksomheten på fote. Virksomhetens økonomi må ikke være prekær for at økonomi er et relevant hensyn, men sett i sammenheng med Nokas-dommen og NRK-dommen må det vises til økonomiske utfordringer som er større normalt.

3.3.2 Kontinuerlig omstillings- og nedbemanningsprosess

Økt digitalisering, innovasjon og konkurranse fra innland og utland nødvendiggjør for mange virksomheter kontinuerlige omstillinger og nedbemanninger for å tilpasse seg markedet.

Telenor har eksempelvis hatt omfattende prosesser siden 2005.¹¹⁴ Å trekke inn hele arbeidsstokken ved hver eneste nedbemanning, ville kunne tyngre prosessen og slå negativt ut for hensynet til forutberegnelighet blant ansatte. Rettspraksis viser at det er saklig å vektlegge at virksomheten har stadig gjentakende omstillinger- og nedbemanninger. Spørsmålet er når argumentet har høy vekt, og hvilken betydning det har at virksomheten ikke kan vise til gjentatte nedbemanninger.

Gresvig-dommen er det første eksempelet fra Høyesterett hvor argumentet trekkes frem.¹¹⁵

Selskapet hadde foretatt omstillinger og nedbemanninger siden 2013, for å møte økt konkurranse fra utlandet. Retten trakk frem dette som et saklig hensyn, fordi slike prosesser ville «(...) legge beslag på betydelige ledelsesressurser, og det vil være særlig betenkelig når selskapet er i en omstillingsprosess på å sikre grunnlag for fortsatt drift».¹¹⁶ Videre fremheves at «en prosess som kanskje ikke ville være urimelig tyngende for bedriftene om den kunne gjennomføres som et engangstiltak, vil kunne være vesentlig mer tyngende dersom

¹¹⁴ HR-2019-1986-A (Telenor), avsnitt 65

¹¹⁵ Se kapt. 3.1.1 om saksforholdet

¹¹⁶ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 50

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»¹¹⁷.

HR-2017-561-A (Posten 2) kan illustrere det samme poenget, hvor digitalisering av posttjenester hadde medført omstruktureringer og nedbemanninger de siste 30 årene. Saken gjaldt gyldigheten av en oppsagt distribusjonsleder i Posten Norge AS, i Region Vest. Ti distribusjonsenheter skulle bli slått sammen til fem. Under hver av de ti distribusjonsenhetene sorterte det én distribusjonsleder, en nestleder og en rekke postbud. Ved sammenslåingen skulle antall ledere i hver distribusjonsenhet halveres. I en omstillingsavtale var det avtalt at utvelgelsen skulle skje basert på ansiennitet, innenfor hver enkelt av de fem sammenslåtte distribusjonsenhetene. To og to ledere/nestledere skulle konkurrere om stillingene, uten å ta hensyn til ansienniteten hos ledere utenfor kretsen. De fem lederne med lavest ansiennitet ble tilbudt stilling som postbud. A var den eneste som takket nei.

Høyesterett kom til at det var saklig å avgrense utvelgelsen til de fem nye distribusjonsenhetene. Hensynet til at Posten kunne vise til gjentatte prosesser var et sentralt moment. Bakgrunnen var at:

*«gjentatte prosesser som involverer et stort antall ansatte, vil da normalt skape uro, mangel på opplevd stabilitet og legge beslag på betydelige ledelsesressurser. Dette vil kunne få svært negative konsekvenser for selskapets driftssituasjon og gi saklig grunn til å begrense utvalgskretsen slik at færrest mulig berøres».*¹¹⁸

Høyesterett kom likevel til at oppsigelsen var ugyldig etter en bredere interesseavveining, jf. aml. § 15-7 (2) 2. pkt. Under omstillingsarbeidet hadde arbeidsgiver ansatt driftsledere i faste stillinger for midlertidige, noe som var i strid med omstillingsavtalen.

Tilsvarende synspunkter har blitt fremhevet i HR-2019-1986-A (Telenor)¹¹⁹ og NRK-dommen,¹²⁰ som også er virksomhetstyper som må være innovative og tilpasningsdyktige.

Det kan stilles spørsmål ved hvilken betydning det har for sakligheten at nedbemanningen motsetningsvis er et engangstilfelle.

¹¹⁷ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 42

¹¹⁸ HR-2017-561-A, avsnitt 48

¹¹⁹ HR-2019-1986-A, avsnitt 64 og 66. Se nærmere saksforhold under 3.3.10

¹²⁰ AR-2018-18, avsnitt 55

Dette kan belyses av Nokas-dommen. Nedbemanningen bar preg av å være et engangstilfelle, hvilket trakk i retning av at det var usaklig at utvelgelseskretsen var vekterne tilknyttet kontrakten med Sola Heliport.¹²¹ At Nokas kunne vise til at det hadde skjedd en nedbemanning etter saken oppsto, var ikke relevant, idet saklighet måtte foreligge på tidspunktet for nedbemanning.¹²² At nedbemanningen bar preg av å være en enkeltstående prosess, var et av flere momenter som talte for at det ikke var uforholdsmessig tyngende for Nokas å håndtere en nedbemanning innenfor en større krets.¹²³ Sammenlignet med Posten 2-dommen og Gresvig-dommen, gjorde heller ikke hensynet til de gjenværende ansatte seg gjeldende. «*Hensynet til de sist ansatte [kunne] ikke veie tyngre enn hensynet til ansatte med lang ansiennitet*». ¹²⁴

Oppsummert vil hensynet til kontinuerlig nedbemanning veie tyngre desto oftere en virksomhet må nedbemanne. Overnevnte rettspraksis viser at det særlig er innovative bransjer, og bransjer som blir påvirket av fremgang i digitalisering som må nedbemanne og omstille seg ofte. Det er naturlig å tenke at også andre virksomheter som opplever store konjunktursvingninger, som olje- og gassbransjen, samt fiskerinæringen ofte vil måtte omstille seg. Ved gjentatte nedbemanninger vil det kunne påvirke tryggheten i arbeidsforholdene negativt dersom alle arbeidstakerne i virksomheten blir involvert i hver eneste nedbemanning. Formålsbetraktninger taler derfor for at snevrere utvelgelseskretser kan benyttes hvor utvelgelseskretsen fremmer hensynet til likhet, forutberegnelighet og trygghet.

Ved enkeltstående nedbemanninger gjør ikke hensynene seg gjeldende med samme tyngde. Det er enklere for virksomheten å foreta utvelgelse i en større personkrets når nedbemanningen skjer én gang, og dette påvirker ikke stabilitet og ro i virksomheten i samme grad. At nedbemanningen er enkeltstående avskjærer imidlertid ikke adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen, men da må virksomheten vise til noe mer. I Sparebanken-Nord og Hillesland-dommen var prosessen enkeltstående- men her var den økonomiske situasjonen så prekær at utvelgelseskretsene ble akseptert.

3.3.3 Geografisk spredning og virksomhetens størrelse

¹²¹ ARD-2016-151, avsnitt 82

¹²² ARD-2016-151, avsnitt 82

¹²³ ARD-2016-151, avsnitt 83

¹²⁴ ARD-2016-151, avsnitt 83

Mange virksomheter strekker seg over store geografiske områder, eksempelvis Telenor Norge. I et tenkt eksempel der hele Telenor Norge er utvelgeskrets måtte arbeidsgiver foreta en utvelgelse av arbeidstakere i hele landet. Dette ville innebære å kartlegge ansiennitet og kvalifikasjoner mv. til et svært stort antall arbeidstakere, noe som ville vært både tungvint og lite hensiktsmessig. Dette ville innebære å foreta innplasseringer, endringsoppsigelser og tilby «annet passende arbeid» over et stort område.

Rettspraksis viser at geografisk spredning er et saklig argument for å avgrense kretsen. Spørsmålet er hvor høy vekt argumentet har, og hvor vidstrakt den geografiske spredningen må være før argumentet kan vektlegges.

Sparebanken Nord-dommen¹²⁵ er den første hvor hensynet ble fremhevet. Banken hadde avdelinger og filialer spredt omkring i Troms og Finnmark. Dette ble karakterisert som «*meget betydelig*», og innebar at det ikke var «*urimelig å vurdere hver avdeling for seg*».¹²⁶ Argumentet var et av de mest sentrale, i tillegg til økonomiske hensyn. Gresvig-dommen bygger på tilsvarende betraktninger. Gresvig Detaljhandel AS hadde omtrent 2000 ansatte fordelt på ca. 100 butikker i hele Norge.¹²⁷ Den store geografiske spredningen var i seg selv et argument for å avgrense kretsen. Retten uttalte at det heller «*ikke [var] klart hvilke butikker som skulle inngå i en eventuell større utvelgeskrets*».¹²⁸ I Posten-2 dommen, hvor virksomheten Posten Norge har kontorer i hele landet, var de ti enhetene som ble berørt av nedbemanningen lokalisert i tre ulike distrikter. Det ble trukket frem at ingen av de alternative kretsene som A har pekt på «*fremsto som opplagte eller klart avgrenset på noen naturlig måte*»¹²⁹.

I overnevnte saker ble utvelgeskretsene akseptert. At virksomheten er stor og har en vidstrakt geografisk spredning leder imidlertid ikke alltid til saklighet. I Nokas-dommen ble utvelgeskretsen for eksempel ikke akseptert, selv om Nokas Norge er landsdekkende. Hensynet til geografi kom i bakgrunnen i rettens vurdering. Arbeidsretten trakk frem at andre kretser kunne være mer naturlig, som Sør-Rogaland krets¹³⁰, og vurderte at det ikke ville være uforholdsmessig tyngende å vurdere kretsen med dette utgangspunktet. Det ble trukket frem

¹²⁵ Se om saksforholdet under kapt. 3.3.1

¹²⁶ Rt. 1992 s. 776, s. 782

¹²⁷ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 47

¹²⁸ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 47

¹²⁹ HR-2017-561-A, avsnitt 78

¹³⁰ ARD-2016-151, avsnitt 88

at «en ansiennitetsvurdering på grunnlag av et større antall arbeidstakere er noe virksomheter av en viss størrelse må forholde seg til». ¹³¹

Telenor-dommen trekker i samme retning. Isolert sett var det saklig å vise til at Telenor har mange tusen ansatte over hele landet. ¹³² Telenor hadde ikke foretatt en vurdering av om kretsen kunne utvides, noe Telenor ifølge retten skulle gjort. «De ulemper som en slik konkret vurdering kan medføre for Telenor Norge, går etter mitt syn ikke ut over det som med rimelighet må kunne kreves av et selskap med Telenor Norges størrelse og ressurser». ¹³³ Av Telenor- og Nokas-dommen, sett sammen med Posten 2, Gresvig- og Sparebanken Nord-dommen, kan det utledes at hensynet til geografi ikke får så høy vekt når andre utvelgelseskretser kan være naturlige, og når selskapet har tilstrekkelig med ressurser til å foreta en utvelgelse innenfor en større krets.

At virksomheten er liten og har få ansatte avskjærer ikke adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen. I Hillesland-dommen aksepterte retten avdelingsvis utvelgelse i en virksomhet med bare 25 ansatte. LH-2018-179158 taler for at dette fremdeles er rettstilstanden. Her ble en mindre utvelgelseskrets akseptert i en virksomhet som bare hadde ni ansatte.

Oppsummert vil hensynet til geografi veie tyngre jo mer vidstrakt spredningen er. Et fellestrekk med dommene hvor utvelgelseskretsene ble akseptert, var at andre kretser ikke fremsto som naturlige. Dette taler for at geografi særlig får vekt når de alternative kretsene fremstår som unaturlige. Telenor- og Nokas-dommen taler for at virksomheter med store ressurser må kunne håndtere nedbemanning i en større krets, dersom en større krets kan være naturlig.

Det er vanskelig å oppstille et minstekrav til hvor vidstrakt den geografiske spredningen må være før hensynet til geografi kan vektlegges. En viss veiledning kan kanskje trekkes ut av Nokas-dommen, hvor Arbeidsretten mente det var rimelig at Sør-Rogaland kunne være en naturlig krets, som var i Stavanger-området. Arbeidsretten mente at det ville innebære «nokså store geografiske avstander» dersom hele Avdeling Rogaland hadde blitt lagt til grunn. ¹³⁴ Det

¹³¹ ARD-2016-151 avsnitt 84

¹³² HR-2019-1986-A, avsnitt 64

¹³³ HR-2019-1986-A, avsnitt 74

¹³⁴ ARD-2016-151, avsnitt 88

kan også tenkes at arbeidsgivers styringsrett kan benyttes som avgrensningsfaktor.¹³⁵ Dersom utvelgelseskretsen i Nokas-dommen hadde vært hele Rogaland krets, ville det innebære å vurdere arbeidstakere opp mot hverandre som uansett ikke kunne innplasseres i hverandres stillinger, fordi mange av innplasseringene kunne vært utenfor arbeidsgivers styringsrett. Disse måtte i så fall vært akseptert som et «annet passende arbeid», eller gitt en endringsoppsigelse.¹³⁶ Det er naturlig å tenke at en arbeidstaker i Stavanger ikke uten videre hadde akseptert et tilbud i Haugesund. Ved at utvelgelseskretsen er Stavanger-området unngår virksomheten denne problemstillingen.

Selv i små virksomheter kan det være saklig å avgrense utvelgelseskretsen, men da må virksomheten gjerne vise til noe annet, som økonomi. Jo mindre virksomheten er, desto mindre tyngende er det å foreta en samlet utvelgelse av alle i virksomheten.

3.3.4 Utvelgelseskretsens selvstendighet

Mange virksomheter utformer utvelgelseskretsen etter kriterier som divisjon, funksjonsområde, beliggenhet mv. Dette begrunnes gjerne med at oppgavene som utføres er klart adskilt fra hverandre, og/eller eksempelvis at en avdeling har egen ledelse og økonomi, som gjør det unaturlig å vurdere alle samlet. Et eksempel er inndeling etter funksjonsområde eller avdeling; som økonomiavdeling, administrasjon, salgsavdeling og lager. I et tenkt eksempel er det et tydelig behov for nedbemanning på lageret. Ettersom lagermedarbeiderne utfører andre typer oppgaver enn i økonomiavdelingen, administrasjonen og salgsavdelingen, vil det ofte være intuitivt å tenke at lagerarbeiderne er en egen utvelgelseskrets. Ved en samlet vurdering av alle avdelingene, ville resultatet ofte uansett blitt at en lagermedarbeider da ville blitt oppsagt.

Rettspraksis viser at det er saklig å vektlegge at avdelingene har et selvstendig preg, noe Gresvig-dommen er et godt eksempel på. Avdelingen som ble nedlagt (Intersport Profil) drev en annen type virksomhet enn de andre avdelingene. Intersport Profil solgte sportsutstyr til idrettsklubber, mens de andre solgte sportsutstyr til privatpersoner. Ved omstillingen skulle salg til klubber innlemmes i de andre butikkene slik at funksjonen til Intersport Profil ville bli overflødig. Retten vektla at Intersport Profil drev en *«annen virksomhet enn selskapet for*

¹³⁵ Se kapt. 2.1.3

¹³⁶ Se kapt. 2.1.3

øvrig, og det var ikke noen ansatt i selskapet som hadde en stilling tilsvarende As». Dette var i seg selv ikke avgjørende, men gjorde en samlet vurdering «mindre naturlig»¹³⁷. Dessuten ville den enkelte «i all hovedsak utføre arbeid i den avdeling der denne er ansatt; det er denne avdelingen som er den ansattes primære tilknytningspunkt til selskapet»¹³⁸.

Det samme synspunktet ble fremhevet i Telenor-dommen. Det at «virksomheten er organisert i separate divisjoner, som driver hver sin virksomhet med egen ledelse, egne budsjetter og egne virksomhetsplaner (...)» var et saklig moment som talte for å avgrense av kretsen.¹³⁹

I overnevnte dommer var enhetene klart adskilte. Et spørsmål er hvilken betydning det har at enhetene har mer glidende overganger med hensyn til kompetanse og oppgaver, med den konsekvens at arbeidstakerne kan utføre oppgaver på tvers av avdelinger. I mitt tenkte eksempel innledningsvis, kan det ikke alltid tas for gitt at en lagermedarbeider ikke har kompetanse til å jobbe i salgsavdelingen- det kunne da vært naturlig å vurdere salg og lager samlet. Dersom resultatet av en samlet vurdering hadde vært at en salgsmedarbeider måtte forlate virksomheten fordi en lagerarbeider skulle fylt plassen, måtte i så fall arbeidsgiver sørge for opplæring i den nye stillingen.

Er det selvfølgelig at virksomheten må gi opplæring i nye stillinger? Hillesland-dommen kan gi veiledning. Hillesland A/S drev med produksjon/installasjon av glass. Avdelingene besto av skjæreavdeling, lageravdeling med sjåførere, håndverksavdeling, produksjonsavdeling og administrasjon. Utvelgelsen ble foretatt blant skjæreavdelingen, lageravdelingen og produksjonsavdelingen. Ingen av virksomhetens ansatte var fagutdannede, og de kunne derfor fylt stillinger i andre avdelinger- etter noe opplæring. Spørsmålet var om det kunne kreves at virksomheten skulle gi opplæring. Retten pekte på, i lys av den vanskelige økonomiske situasjonen, at det var «sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakerne i avdelinger med en arbeidstokk som var fortrolig med avdelingens forskjellige oppgaver»¹⁴⁰. Altså medførte virksomhetens vanskelige situasjon at det ikke var rimelig å kreve at Hillesland skulle lære opp de andre i andre stillinger. Dommen indikerer at virksomheter må vise til noe særskilt, i dette tilfellet en økonomisk krevende situasjon, som gjør at det ikke er rimelig at

¹³⁷ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 57

¹³⁸ Rt. 2015 s.1332, avsnitt 48

¹³⁹ HR-2019-1986-A, avsnitt 65

¹⁴⁰ Rt. 1986 s. 879, s. 888

virksomheten skal gi opplæring til arbeidstakere fra andre funksjoner eller avdelinger i virksomheten.

Tilsvarende betraktninger kan finnes i en nyere dom fra tingretten; TFRED-2019-151288. I den tariffbundne virksomheten Jøtul, en produsent av ovner, oppsto det tvist om sakligheten av å begrense utvelgelsen til funksjonær- og fagarbeideravdelingen i to separate kretser. En av fagarbeiderne hadde blitt oppsagt. Ved bevisfremleggelsen kom det frem at virksomheten pleide å rekruttere funksjonærer blant fagarbeiderne, noe som talte for at fagarbeiderne skulle vært vurdert opp mot funksjonærene.¹⁴¹ Dersom fagarbeiderne og funksjonærene hadde blitt vurdert opp mot hverandre, kunne konsekvensen vært at det var en blant funksjonærene som måtte forlate virksomheten i stedet for fagarbeideren.

Sammenlignet med Hillesland-dommen kunne ikke virksomheten Jøtul vise til noe særskilt som gjorde det saklig å avgrense kretsen. Det var ingenting ved virksomhetens situasjon; økonomi, geografisk utstrekning mv. som til sammen utgjorde tilstrekkelig tungtveiende hensyn.

Et eksempel på at det ikke var rimelig å pålegge arbeidsgiver å lære opp en person i en annen type stilling, er LH-2018-179158. Utvelgelseskretsen var administrasjonen, hvor det arbeidet én person (A). Lagmannsretten godtok utvelgelseskretsen, blant annet under henvisning til at ble vurdert at A ikke hadde tilstrekkelig kompetanse til å kunne fylle andre stillinger. Dette gjorde det lite hensiktsmessig å skulle vurdere A opp mot resten av virksomhetens ansatte.¹⁴²

Spor av samme argumentasjon kan utledes av Nokas-dommen, hvor kretsen var arbeidstakerne ved Sola-Heliport, som var direkte knyttet opp til en egen kontrakt med Sola-Heliport. Arbeidsretten uttalte at utvelgelseskretsen *«nødvendigvis [ikke må] følge grensene for en avdeling»*¹⁴³.

Virksomheten anførte at det å utvide kretsen til Sør-Rogaland ville være en stor ulempe, blant annet under henvisning til at det ville innebære forflytninger gjennom hele organisasjonen og kostnader til opplæring.¹⁴⁴ Flertallet var ikke enig, da Arbeidsretten mente at Nokas hadde tilstrekkelig ressurser til å foreta de nødvendige tilpasninger og justeringer innenfor en større

¹⁴¹ TFRED-2019-151288, s. 7

¹⁴² LH-2018-179158, s. 9

¹⁴³ ARD-2016-151, avsnitt 88

¹⁴⁴ ARD-2016-151, avsnitt 56

krets. Videre vurderte Arbeidsretten at de vekterne det var snakk om hadde lang erfaring; det ville ikke være spesielt vanskelig å foreta eventuelle omplasseringer og opplæring i andre stillinger, som ved en resepsjon eller et kjøpesenter.¹⁴⁵

Oppsummert; jo tydeligere selvstendighet divisjoner, avdelinger og funksjonsområder har, jo større vekt vil hensynet til selvstendigheten i seg selv få. Enhetene må ikke følge grensene for én avdeling. I virksomheter som har glidende overganger mellom eksempelvis avdelingene, slik arbeidstakerne kan fylle hverandres funksjoner, må det trekkes et skille mellom når det er rimelig at skal gi opplæring i forbindelse med endringer som følge av oppsigelser, og når det ikke er det. Overnevnte rettspraksis viser at det er rimelig å kreve at det foretas opplæring dersom virksomheten har tilstrekkelig ressurser og økonomi til det. Da vil hensynet til selvstendighet ikke være et tilstrekkelig tungtveiende hensyn.

3.3.5 Virksomhetens art

I enkelte tilfeller kan virksomhetens art være så spesiell at det i seg selv er et argument for å avgrense kretsen. NRK-dommen¹⁴⁶ er foreløpig den eneste hvor virksomhetens art trekkes frem som et saklig hensyn.

NRK er organisert gjennom en «leverandør- og bestillermodell». Ressurser blir omfordelt i hele NRK ut fra bestilling av prosjekter, på tvers av divisjoner. Fagforeningen hadde anført at det ikke var saklig å avgrense utvelgelseskretsen når «*overtalligheten var en følge av omfordeling av ressurser og prosjekter internt i NRK*»,¹⁴⁷ og videre med at «*dersom NRK først hadde vurdert muligheten for å dekke behovet for personell gjennom intern overføring, kunne overføringen ha avdekket stillinger som var aktuelle for B*»¹⁴⁸. Arbeidsretten la til grunn at dette isolert sett kunne vært et argument. Det ble imidlertid lagt vekt på at omfordelingen først og fremst skjedde ved frivillig overføring, hvor arbeidstakerne kunne søke på midlertidige stillinger andre steder i NRK. I noen grad ble arbeidstakerne overflyttet ved ensidig beslutning fra arbeidsgiver. I tillegg ble det fremhevet at arbeidstakerne, til tross for utføring av arbeid i andre divisjoner, fremdeles hadde størst tilknytning til sin divisjon. At

¹⁴⁵ ARD-2016-151, avsnitt 84 og 85

¹⁴⁶ Se saksforhold under pkt. 3.3.1

¹⁴⁷ AR-2018-18, avsnitt 55

¹⁴⁸ AR-2018-18, avsnitt 26

arbeidstakerne arbeidet ulike steder i NRK var derfor «*ikke være noe tungtveiende moment i saken*». ¹⁴⁹

Saken kunne stilt seg annerledes dersom overføring av ansatte til ulike divisjoner i størst grad foregikk ved ensidige beslutninger fra virksomhetens side. I denne saken talte «*behovet for omstilling om virksomhetens art (...) til en viss grad*» for at NRK kunne avgrense kretsen.

3.3.6 Enighet om utvelgeskrets mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte

Det norske arbeidsliv preges i stor grad av samarbeid mellom representanter for arbeidstakere og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening, som får direkte virkning på det individuelle arbeidsforholdet. Tariffavtaler er et eksempel på det.

Ikke sjelden inngår partene egne avtaler om fremgangsmåten for nedbemanning, som angir hva utvelgeskretsen skal være. Slik enighet etableres nødvendigvis ikke i skriftlig avtale; enighet kan også fremkomme i drøftelsesprotokoller. Det er heller ikke bare representanter for fagorganiserte som møter ved drøftelser, også representanter for ikke-organiserte arbeidstakere har rett til å møte eksempelvis ved masseoppsigelser. ¹⁵⁰ Hvor partene er enige, gir det uttrykk for at utvelgeskretsen er basert på en veloverveid beslutning hvor arbeidstakers interesser har blitt tatt i betraktning. ¹⁵¹

I rettspraksis er det trukket frem at enighet mellom virksomheten og representanter for arbeidstakerne er et moment i vurderingen.

Posten 2-dommen er et eksempel på at utvelgeskretsen var regulert i en omstillingsavtale mellom arbeidsgiver og de ansattes organisasjoner. Det fremgikk blant annet at utvelgelsen skulle foretas ved det «sted» som bemanningsreduksjonen skulle tas ut ¹⁵², og at utvelgelsen skulle skje basert på ansiennitet innenfor hver av de fem kretsene. Et av spørsmålene for Høyesterett var hvilken betydning det hadde at utvelgeskretsen var bestemt i samsvar med avtalen.

Utgangspunktet var at retten hadde kompetanse til å prøve om slike avtaler var i strid med aml. § 15-7, men at det måtte utvises «*stor tilbakeholdenhet med prøvingen*», og «*avtaler med*

¹⁴⁹ AR-2018-18, avsnitt 58

¹⁵⁰ Se kapt. 2.1.1

¹⁵¹ Se kapt. 2.1.1

¹⁵² HR-2017-561-A (Posten 2) avsnitt 58

*tillitsmannsapparatet måtte veie tungt ved saklighetsvurderingen»*¹⁵³. Det ble trukket frem at hensynet til *«autonomien til partene i arbeidslivet står sentralt»*¹⁵⁴. Det ble vist til en tidligere dom Rt. 2001 s. 71 (Rasmussen Offshore) hvor tilsvarende ble lagt til grunn, som støtte for argumentasjonen.¹⁵⁵

Høyesterett uttalte også at *«spørsmålet om prøvingens intensitet oppstår uansett bare dersom den løsning som følger av avtalen med tillitsvalgte, står i et spenningsforhold til hva som ellers følge av en saklighetsvurdering etter loven»*¹⁵⁶. Altså måtte innholdet i avtalen stride mot kravet til saklighet.

Det ble vurdert at utvelgelseskretsen lå godt innenfor saklighetskravet. Det ble trukket frem at *«de enheter som ble plukket ut for sammenslåing, ikke var vilkårlig valgt, men satt sammen ut fra forretningsmessige hensyn som geografisk nærhet og nødvendig tilpasning av antall årsverk til ledelsesstrukturen»*¹⁵⁷.

Høyesterett vurderte altså ikke om så intenst om det materielle innholdet i avtalen var saklig, men først og fremst om fremgangsmåten var i samsvar med omstillingsavtalen. Høyesterett kom til at det var i samsvar med omstillingsavtalen å anvende fem mindre utvelgelseskretser. Oppsigelsen ble likevel satt til side fordi avtalen på andre punkter ikke var fulgt, etter en overordnet interesseavveining etter aml. § 15-7 (2) 2. pkt.¹⁵⁸

Posten 2-dommen, samt Rasmussen Offshore-dommen viser at skriftlige avtaler veier tungt ved saklighetsvurderingen.

Et annet spørsmål er hvilken vekt det har at en eventuell enighet ikke er nedtegnet i en skriftlig avtale.

Sparebanken Nord-dommen kan til en viss grad belyse dette. I forbindelse med nedbemanningen ble det opprettet et omstillingsutvalg, som besto av to av de ansattes tillitsvalgte og to representanter fra bankens ledelse. De ansattes tillitsvalgte hadde ingen tydelige innvendinger mot at fremgangsmåten for nedbemanningen skulle være nedleggelse

¹⁵³ HR-2017-561-A (Posten 2) avsnitt 72

¹⁵⁴ HR-2017-561-A (Posten 2), avsnitt 74

¹⁵⁵ Rt. 2001 s. 71, s. 82

¹⁵⁶ HR-2017-561-A, avsnitt 75

¹⁵⁷ HR-2017-561-A, avsnitt 77

¹⁵⁸ HR-2017-561-A, avsnitt 98-101

av de enkelte filialene. Høyesterett fant det ikke nødvendig å ta stilling til hva utvalget hadde sluttet seg til. Det vesentligste var at banken «*ut fra den prekære situasjon 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*»¹⁵⁹. Av dette kan det utledes at det ikke var nødvendig at fremgangsmåten var nedtegnet i en avtale, fordi det viktigste var at ansattrepresentanter hadde fått mulighet til å uttrykke sitt syn.

Videre kan det stilles spørsmål om det har betydning i retning at utvelgelseskretsen er usaklig, hvor arbeidstakerrepresentantene har uttrykket uenighet.

Telenor-dommen er et eksempel på dette. Den oppsagtes fagforening hadde tydelig gjort gjeldende at utvelgelseskretsen brøt med ansiennitetsbestemmelsen etter HA LO/NHO § 8-2.¹⁶⁰ Høyesterett sa ingenting om hvorvidt dette trakk i retning av usaklighet. Nokas-dommen peker i samme retning. Selv om fagforeningene var uenige med fremgangsmåten, var dette bare noe Arbeidsretten påpekte, uten å si noe om betydningen av det. I NRK-dommen uttalte Arbeidsretten at «*eventuell enighet mellom de lokale partene om en avvikende utvalgskrets vil være et særlig moment i vurderingen, innenfor rammen av saklighetskravet i Hovedavtalen § 36 første ledd (...)*».¹⁶¹ I NRK-dommen konkluderte Arbeidsretten derimot med at utvelgelseskretsen var saklig, selv om fagforeningene hadde uttrykket sin uenighet. I LG-2018-30225 uttalte lagmannsretten at uenighet kunne være et «*relevant, men ikke avgjørende, moment i vurderingen*»¹⁶². Det ble fremhevet at det måtte ha en «*viss vekt*» at fagforeningen i over 10 år hadde uttrykt sin uenighet.¹⁶³

Totalt sett er det uklart om uenighet taler for at utvelgelseskretsen er usaklig, men dersom uenigheten er uttrykt tydelig og veldig lenge, kan det muligens vektlegges.

Et siste spørsmål er om tillitsvalgte kan akseptere en utvelgelseskrets stilltiende, og hvilken betydning det har for saklighetsvurderingen. Dette ble drøftet i LH-2015-189685 (Kappahl). Saken gjaldt nedleggelse av KappAhls avdeling på Pyramiden kjøpesenter. De tillitsvalgte i virksomheten hadde ikke blitt involvert ved beslutningen om avdelingsvis nedleggelse.

¹⁵⁹ Rt. 1992 s. 776, s. 782

¹⁶⁰ HR-2019-1986-A, avsnitt 10

¹⁶¹ AR-2018-18, avsnitt 53

¹⁶² LG-2018-30225, s. 159

¹⁶³ LG-2018-30225, s. 159

Lagmannsretten tok stilling til om det var «*akseptert uttrykkelig eller stilltiende av de ansatte eller deres tillitsvalgte på en så klar måte at det i seg selv legitimerer fravikelse av utgangspunktet for utvelgelse*». ¹⁶⁴

Lagmannsretten kunne i denne saken ikke finne konkrete holdepunkter for at de tillitsvalgte hadde akseptert fremgangsmåten. Uttalelsen kan tyde på at det etter omstendighetene kan foreligge en stilltiende aksept og at dette kan vektlegges. Forutsetningen er at aksepten fremkommer tilstrekkelig klart.

Rettspraksis tyder på at jo mer slagkraftig og tydelig enigheten er, jo tyngre veier argumentet. I den ene enden av skalaen er de skriftlige avtalene, hvor domstolen vil være særlig tilbakeholden med overprøvingen. Det er ikke nødvendig å formalisere en enighet i en avtale, men det er ikke holdepunkter for at dette veier like tungt som en skriftlig avtale. Etter omstendighetene kan et stilltiende samtykke være tilstrekkelig for å etablere en avtale, men da må dette være tilstrekkelig klart og tydelig. At partene er uenige, trekker ikke i retning av at utvelgelseskretsen er usaklig. Det viktigste synes å være at partene har fått anledning til å fremlegge sine synspunkter. Betydningen av at partene ikke har fått anledning til å fremlegge sine synspunkter kommer jeg tilbake til under kapt. 3.3.10.

3.3.7 Innarbeidet praksis i virksomheten

I virksomheter som har gjentatte nedbemanninger, vil det å følge den samme fremgangsmåten hver gang, kunne etablere en fast praksis. Å følge den samme fremgangsmåten hver gang vil bidra til at de ansatte blir oppsagt på samme vilkår; noe som bidrar til å fremme likebehandling, forutsigbarhet og ro.

I rettspraksis er det trukket frem at det er saklig å vise til at virksomheten har en fast praksis, som argument for å avgrense kretsen. Gresvig-dommen er et eksempel på dette. Siden 2009 hadde virksomheten konsekvent foretatt nedbemanninger ved nedleggelse av hele enheter/butikker, eller ved å foreta nedbemanning i den enkelte enhet. Høyesterett uttalte at «*innarbeidet praksis i bedriften etter omstendighetene vil måtte tillegges betydelig vekt. Ikke minst måtte dette være tilfellet når begrensningen av utvalgskretser bygger på kriterier som normalt vil føre til at begrensningen anses saklig*»¹⁶⁵. Høyesterett kom til at avgrensningen

¹⁶⁴ LH-2015-189685 s. 8

¹⁶⁵ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 46

eller bygget på saklige kriterier; blant annet enhetens selvstendighet, geografisk spredning og utnyttelse av ledelsesressurser, den økonomiske situasjonen og at virksomheten hadde løpende nedbemanningsprosesser¹⁶⁶.

NRK-dommen bygger på samme hensyn som overnevnte. I alle omstillingsprosessene NRK hadde hatt siden 2001, var det ingen eksempler på at hele virksomheten i NRK hadde vært utvelgeskrets. Fremgangsmåten hadde støtte i en «*entydig og langvarig praksis i NRK*»¹⁶⁷. Det hadde ikke betydning for saklighet at tidligere praksis med omorganiseringer ikke hadde ført til nedbemanning.¹⁶⁸ Selv om de tillitsvalgte hadde uttrykket uenighet vedrørende utvelgeskretsen, talte «*hensynet til likebehandling og forutberegnelighet for at utvalgskretsene etter en konkret vurdering begrenses på tilsvarende måte ved omstillingsprosessen i Østlandssendingen*»¹⁶⁹.

På tilsvarende måte ble det i Posten 2-dommen trukket frem at det var «*lang tradisjon*» for å holde nedbemanningen «*innenfor den enheten og det arbeidsområdet der omstillingen skjer*».¹⁷⁰ Hensynet til ro og forutberegnelighet også for andre, vil da måtte veie tungt. Hensynet til ensartet praksis ble derfor et sentralt moment i vurderingen.¹⁷¹ Også i Telenor-dommen var det å vise til at virksomheten konsekvent hadde inndelt utvelgeskrets etter divisjon og beliggenhet, et moment som hadde «*betydning*» i saklighetsvurderingen.¹⁷² I Telenor-dommen påpekte Høyesterett betydningen av at saklighetsvurderingen var konkret.¹⁷³ At avgrensningen hadde grunnlag i en fast og langvarig praksis, hadde ikke avgjørende betydning når virksomheten ikke hadde foretatt en slik konkret vurdering.

Videre kan det stilles spørsmål ved betydningen av at virksomheten ikke har en fast og entydig praksis. Dette kan illustreres av Nokas-dommen. Av parts- og vitneforklaringene fremgikk det at Nokas hadde hatt en avvikende praksis ved tidligere nedbemanninger.¹⁷⁴ Arbeidsretten sa ingenting om hvilken betydning det hadde at virksomheten hadde hatt en avvikende praksis, men det talte i hvert fall ikke for saklighet.

¹⁶⁶ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 47-52

¹⁶⁷ AR-2018-18, avsnitt 59

¹⁶⁸ AR-2018-18, avsnitt 58

¹⁶⁹ AR-2018-18, avsnitt 61

¹⁷⁰ HR-2017-561-A, avsnitt 78

¹⁷¹ HR-2017-561-A, avsnitt 78

¹⁷² HR-2019-1986-A, avsnitt 67

¹⁷³ HR-2019-1986-A, avsnitt 69

¹⁷⁴ ARD-2016-151, avsnitt 36

Oppsummert, vil det kunne ha betydelig vekt at avgrensningen bygger på en fast og innarbeidet praksis, forutsatt at avgrensningen bygger på andre saklige kriterier. En innarbeidet og fast praksis bygger på at det ivaretar hensynet til forutberegnelighet, likhet og ro, som er fremmer viktige hensyn i arbeidsretten.¹⁷⁵ Som regel er det virksomheter med et stort omstillingsbehov som kan vise til dette argumentet, fordi disse vil ofte ha omstillinger og nedbemanninger i et slik omfang at det etableres en fast praksis.

I Nokas-dommen mente mindretallet at det i stedet for en fast og entydig praksis, kunne vises til hvilken praksis som var vanlig i bransjen.¹⁷⁶ Det kan stilles spørsmål ved om dette er et saklig argument. Fordi hensynet til en fast praksis bygger på at det fremmer likebehandling, forutberegnelighet og ro, kan det vurderes om det å vise til bransjepraksis fremmer de samme hensynene. Fremmer bransjepraksis likebehandling? Trolig ikke i samme grad som en fast praksis innad i virksomheten, fordi poenget med likebehandling er å sikre at ansatte blir oppsagt på samme vilkår ved gjentatte nedbemanninger i virksomheten. Vil bransjepraksis fremme forutberegnelighet og ro? Trolig heller ikke i samme grad som en fast praksis innad i virksomheten, fordi det er lettere for arbeidstakerne å vite hvordan nedbemanninger foregår i ens egen virksomhet. Det er naturlig å tenke at arbeidstakere ikke har kontroll på hvordan nedbemanninger foregår i andre typer virksomheter. I lys av dette, vil det å vise til bransjepraksis normalt ikke være et saklig hensyn.

3.3.8 Hensynet til å bevare nødvendig kompetanse

Enkelte av virksomhetens ansatte er helt nødvendige for å drive virksomheten, som den øverste ledelsen eller en med spesialkompetanse på et av virksomhetens hovedområder. Å holde nødvendig kompetanse utenfor nedbemanningen har i rettspraksis blitt trukket frem som et saklig avgrensningshensyn. Spørsmålet er når det hensynet tillegges vekt. Hensynet er ikke det mest fremtredende og omdiskuterte, og det behandles derfor kort.

Argumentet kom eksplisitt frem i Gresvigdommen¹⁷⁷, hvor det ble uttalt at det er et «*legitimt formål for bedriften å beholde nødvendig kompetanse, og sikring av videre drift vil være et grunnleggende hensyn (...)*»¹⁷⁸. I Posten 2-dommen¹⁷⁹ ble det uttalt at «*(...) alternative*

¹⁷⁵ Se kapt. 1.3.5

¹⁷⁶ ARD-2016-151, avsnitt 95

¹⁷⁷ Se om saksforholdet i kapt. 3.3.1

¹⁷⁸ HR-2015-1332, avsnitt 42

¹⁷⁹ Se om saksforholdet i kapt. 3.3.2

utvalgskretser ville hatt det til felles at også ledere ved enheter som ikke var berørt av sammenslåing, ville bli satt i spill.¹⁸⁰»

Synspunktet kommer indirekte til uttrykk i Hillesland-dommen. Her var produksjon, skjæreavdeling og lageravdeling tre separate utvelgelseskreter. Siden satsingsområdet skulle endres til håndverksmessig installasjon av glass, var det viktig for virksomheten å beholde størst mulig andel av arbeidstakerne ved håndverksavdelingen. Virksomheten påpekte at det krevde spesielle kvalifikasjonskrav og at det var knyttet stor risiko til dette arbeidet.

Høyesterett trakk frem at selv om det kunne gis opplæring, så gjorde den økonomiske situasjonen at det var *«sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere som var fortrolig med sine oppgaver»*.¹⁸¹

Hillesland-dommen og Gresvig-dommen antyder at det er relevant å vektlegge hensynet til å beholde nødvendig kompetanse når det er nødvendig for at driften ikke skal opphøre, jf. formuleringen *«sikring av videre drift»* i Gresvig-dommen¹⁸², og det at Hillesland var i en prekær økonomisk situasjon. I Posten 2-dommen ble hensynet til trukket frem, selv når virksomheten ikke var i en prekær situasjon. Dette kan antyde at argumentet har vekt også når den økonomiske situasjonen ikke er prekær, men når nedbemanningen er en følge av store omstillings- og tilpasningsbehov.

3.3.9 Hensynet til likebehandling, ro og stabilitet for forsvarlig drift

Hensynet til likebehandling, ro og stabilitet er sentrale formål i arbeidsretten. Rettspraksis viser at utvelgelseskreter som fremmer disse hensynene får betydning i saklighetsvurderingen, noe som fremkom under 3.3.2 om kontinuerlige nedbemanninger og 3.3.5 om fast praksis. I det følgende trekkes frem eksempler fra rettspraksis hvor hensynene har gjort seg spesielt gjeldende.

Posten 2-dommen kan illustrere dette. Med henvisning til tilsvarende betraktninger som i Gresvig-dommen¹⁸³, ble det uttalt at *«gjentatte prosesser som involverer et stort antall ansatte, vil da normalt skape uro, mangel på opplevd stabilitet og legge beslag på betydelige*

¹⁸⁰ HR-2017-561-A, avsnitt 76

¹⁸¹ Rt. 1986 s. 879, s. 888

¹⁸² Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 42

¹⁸³ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 42

*ledelsesressurser».*¹⁸⁴ I Gresvig-dommen ble det også trukket frem at den oppsagte hadde sluppet å bli trukket inn i tidligere nedbemanninger, og at «*det er et hensyn i seg selv å unngå forskjellsbehandling»*¹⁸⁵.

Telenor-dommen bygger på det samme. Ganske treffende ble det uttalt at:

*«tryggheten for de ansatte henger sammen med at selskapet makter å tilpasse virksomheten til konkurransen i markedet. Det forhold at omstillingsprosessene skjer innenfor de enkelte divisjonene, tilsier også- som et generelt utgangspunkt- at det kan slå negativt ut for de ansattes opplevde trygghet hvis nedbemanninger i én divisjon får virkning for ansatte som arbeider i en annen»*¹⁸⁶.

Fellestrekket i overnevnte dommer er at nedbemanningsprosessene hadde vært gjentatte, samt at virksomheten hadde et stort antall arbeidstakere. Det er naturlig nok da hensynet til likhet mv. gjør seg gjeldende. Sparebanken-dommen er et eksempel på at hensynet til å beholde roen gjorde seg gjeldende, selv om nedbemanningsprosessene ikke hadde vært gjentatte. Det ble vist til at andre alternativer til å legge ned enkelte filialer, ville kunne være «*mindre praktisk i den foreliggende situasjon, og at det kunne skape større uro»*¹⁸⁷. Det ble også trukket frem at fremgangsmåten var «*gjennomført konsekvent»*¹⁸⁸. At noe blir gjennomført konsekvent, er igjen med på å fremme hensynet til likhet. I likhet med Gresvig-dommen, Posten 2-dommen og Telenor-dommen hadde virksomheten mange ansatte å ta hensyn til, noe som tyder på at hensynet til ro og stabilitet gjør seg gjeldende i virksomheter med mange ansatte.

TFRED-2019-151288 kan illustrere at utvelgeskretsen ikke fremmet hensynet til likebehandling og ro. Virksomheten drev med produksjon av ovner og peiser i støpejern. Tingretten vektla at det ikke var holdepunkter for at bransjen var «*spesielt innovativ eller at bedriften hadde behov for løpende tilpasninger til markedet og gjentakende omstillinger. Det var derfor ikke særlig grunn til å skjerme deler av bedriften, for å skape ro blant de ansatte»*.¹⁸⁹ Formuleringene understreker det som tidligere er sagt; at hensynene gjør seg gjeldende ved gjentakende omstillinger, som ofte vil finne sted i innovative bransjer.

¹⁸⁴ HR-2017-561-A, avsnitt 48

¹⁸⁵ Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 56

¹⁸⁶ HR-2019-1986-A, avsnitt 66

¹⁸⁷ Rt. 1992 s. 776, s. 782

¹⁸⁸ Rt. 1992 s. 776 s. 783

¹⁸⁹ TFRED-2019-151288, s. 7/8

Tingrettens dom har selvsagt begrenset rettskildemessig vekt, illustrerer godt at hensynene ikke gjorde seg gjeldende.

3.3.10 Er saksbehandlingsreglene fulgt?

Som nevnt under pkt. 2.2.4, innebærer kravet til forsvarlig saksbehandling at virksomheten må kunne vise at det er tatt tilstrekkelige avveininger for å avgjøre om oppsigelsen bygger på et saklig grunnlag. Manglende overholdelse av saksbehandlingsreglene er ikke en ugyldighetsgrunn i seg selv, men inngår som et moment i helhetsvurderingen av om oppsigelsen er saklig, og er dermed også et moment i vurderingen av om utvelgeskretsen er saklig. Saklighetsnormen er som nevnt under 2.2.1, dynamisk, og det er derfor vanskelig å gi kravet til forsvarlig saksbehandling et entydig innhold.

LH-2015-189365 (KappAhl) er godt egnet til å illustrere betydningen av manglende involvering av tillitsvalgte. Som nevnt gjaldt saken nedleggelse av KappAhls avdeling på Pyramiden kjøpesenter. At de tillitsvalgte ikke hadde blitt involvert ved nedleggelsen, var et brudd på Hovedavtalen LO-Virke 2014-2017, § 4-5.2 b., om at ledelsen «så tidlig som mulig skal drøfte planer om» «(...) innskrenkning» med de tillitsvalgte.

Flertallet fremhevet at det var kritikkverdig at de tillitsvalgte ikke hadde blitt involvert. Med dette mente ikke flertallet at:

«(...) at de ansattes mulighet til påvirkning gjennom bruk av tillitsmannsapparatet hva gjelder selve nedleggelsen, sannsynligvis ville ført til noe annet resultat. Grunnlaget for nedleggelsen, slik dette er gjengitt i styreprotokollen fra 17. januar 2014, (...) synes å være godt og saklig fundert». «Det kritikkverdige ved saksbehandlingen, og som bør få betydning i den samlede vurderingen av oppsigelsenes saklighet, er at de ansatte mistet mulighet til å ha reell innflytelse på hvordan oppsigelsene skulle gjennomføres»¹⁹⁰.

Det at spørsmålet ble drøftet i styret, som hadde ansattrepresentanter, var ikke tilstrekkelig: «Dette avhjelper imidlertid ikke de rettigheter og plikter som følger av Hovedavtalen LO-Virke (...)».¹⁹¹ Ettersom grunnlaget for oppsigelsen ellers var saklig fundert ved

¹⁹⁰ LH-2015-189365, s. 10

¹⁹¹ LH-2015-189365, s. 9

styrebehandlingen, tyder dommen på at manglende involvering nesten i seg selv medførte at utvelgelseskretsen var ugyldig.

Telenor-dommen kan illustrere betydningen av manglende vurderinger fra ledelsen. Telenor-dommen gjaldt sakligheten av oppsigelsen av en konsulent (A) med ansiennitet på 32 år i Telenor Norge. Utvelgelseskretsen var utformet på en slik måte at A var eneste i sin stillingskategori, og det var dermed ingen å vurdere A opp mot. Høyesterett la til grunn at ledelsen ikke hadde vurdert om *«utvalgskretsen kunne tilpasses denne spesielle situasjonen»*¹⁹², og at det ved virksomhetens vurdering *«skulle vært tatt hensyn til hvilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i utvelgelseskretsen»*¹⁹³. Retten uttalte videre at *«[d]e ulemper som en slik konkret vurdering kan medføre for Telenor Norge, går etter mitt syn ikke ut over det som med rimelighet må kreves av et selskap med Telenor Norges størrelse og ressurser»*. Høyesterett konkluderte med at ansiennitetsprinsippet ble *«vesentlig svekket»*¹⁹⁴.

Dommen viser at kravet til ledelsens vurderinger var spesielt strengt på grunn av virksomhetens størrelse og ressurser. Det samme kan utledes av NRK-dommen, hvor Arbeidsretten uttalte at *«[b]edriftsansiennitet kan komplisere omstillingsprosesser, men større virksomheter må som alminnelig regel forventes å håndtere omfattende utvelgelsesprosesser»*.¹⁹⁵

Fellestrekket ved overnevnte dommer, var at alle virksomhetene var store med mye ressurser, og var bundet av tariffavtale med ansiennitetsklausul. Av Telenor-dommen ble det uttalt at virksomheten *«ved å være tariffbundet [,] har påtatt seg en særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene»*.¹⁹⁶ Dette gir et uttrykk for at det stilles strengere krav til organiserte virksomheter, og i hvert fall hvis det er en virksomhet med store ressurser.

LB-2010-32150 (Exact) indikerer at kravet til saksbehandling avpasses etter situasjonen, selv i større tariffbundne virksomheter med store ressurser. Meglere i Exact-kjeden og OBOS-kjeden var organisert i samme virksomhet; Exact-OBOS Eiendomsmeglere AS. Saken gjaldt oppsigelse av samtlige eiendomsmeglere i Exact-kjeden, mens meglerne i OBOS-kjeden ble holdt utenfor. Lagmannsretten uttalte om kravet til saksbehandling:

¹⁹² HR-2019-1986-A, avsnitt 72

¹⁹³ HR-2019-1986-A, avsnitt 74

¹⁹⁴ HR-2019-1986-A, avsnitt 75

¹⁹⁵ AR-2018-18, avsnitt 53

¹⁹⁶ HR-2019-1986-A, avsnitt 32

*«I en situasjon som nærværende, med to kjeder i et hardt utsatt konkurranseklima, betydelig rammet av en finanskrise det var vanskelig å overskue varigheten og konsekvensene av, må bedriftsledelsen gis et visst handlingsrom for å treffe beslutning relativt raskt. De krav som stilles til saksbehandling og skriftlig dokumentasjon må ses i lys av dette».*¹⁹⁷

Under drøftelsesmøtene hvor fremgangsmåten skulle diskuteres, var kun én av de ansatte fra Exact-kjeden fagorganisert, mot OBOS-meglerne, hvor ni var organisert. Drøftelsene medførte et skjevt styrkeforhold, OBOS-meglerne hadde flere representanter, som argumenterte for at sine arbeidstakere skulle holdes utenfor utvelgelsen. Lagmannsretten tok stilling til om det skulle vært oppnevnt egne representanter for Exact-meglerne.

Lagmannsretten uttalte at *«innledningen av en prosess med å utpeke representanter for de uorganiserte, ville kunne bidra til forsinkelser og en mer uoversiktlig situasjon»*.¹⁹⁸ Likevel kom lagmannsretten til at i hvert fall verneombudet skulle vært involvert i prosessen.¹⁹⁹

Lagmannsretten kom til at oppsigelsene ble ansett ugyldig på grunn av uforsvarlig saksbehandling.²⁰⁰

Også Hillesland-dommen peker i retning av at kravet til saksbehandling avpasses etter situasjonen. Virksomheten var ikke bundet av tariffavtale, og hadde ikke plikt til å involvere tillitsvalgte. Heller ikke representanter for arbeidstakerne var involvert, i form av verneombud eller lignende. Det at ansattrepresentanter ikke var involvert, talte ikke mot saklighet. I følge domstolen var tilstrekkelig at Hillesland hadde kontaktet Arbeidstilsynet for å forhøre seg om at fremgangsmåten lovlig.²⁰¹ Hillesland var i en vanskelig økonomisk situasjon, hvor *«effektivitetshensyn gjorde seg gjeldende med stor styrke.»*²⁰²

Jo grovere feilen er, desto større vekt tillegges det i saklighetsvurderingen. Kravet til saksbehandling avpasses den konkrete situasjonen og selskapet. Det stilles strengere krav til virksomheter større virksomheter med mye ressurser, særlig hvor de er bundet av tariffavtale. Arbeidsgivers handlingsrom blir større, jo større behovet er for treffe raske beslutninger.

¹⁹⁷ LB-2010-32150, s. 21

¹⁹⁸ LB-2010-32150, s. 20

¹⁹⁹ LB-2010-32150, s. 20

²⁰⁰ LB-2010-32150, s. 24

²⁰¹ Rt. 1986 s. 879, s. 888

²⁰² Rt. 1986 s. 978, s. 887

3.3.11 Betydningen av ansiennitet i lys av Telenor-dommen

Betydningen av ansiennitet som moment står i en særstilling. Til forskjell fra øvrige momenter, er ansiennitet først og fremst et utvelgelseskriterium som får betydning ved den individuelle saklighetsvurderingen. Under kapt. 2.1.2, ble det påpekt at det er en sammenheng mellom utvelgelseskrete og utvelgelseskriterier; jo snevrere utvelgelseskrete er, desto færre inngår i referanserammen ved utvelgelsen. Med Telenor-dommen kom Høyesterett med nye avklaringer rundt betydningen av at utvelgelseskrete var satt sammen på en måte som svekket ansienniteten som utvelgelseskriterium.

Utvelgelseskrete var avgrenset til business-divisjonen i Trondheim. Divisjonen besto av 11 medarbeidere, hvor ni var selgere, én skulle gå av med pensjon, og én (A) var konsulent. Den oppsagte (A) hadde 32 års ansiennitet. Fordi A var den eneste i sin stillingskategori, var det ingen andre i utvelgelseskrete å vurdere A opp mot. Spørsmålet var om utvelgelseskrete var i strid med ansiennitetsbestemmelsen i HA LO/NHO § 8-2.

Høyesterett vurderte først om avgrensningen generelt bygget på saklige kriterier. Vekten av disse momentene måtte veies *«mot konsekvensene det får for ansiennitetsprinsippet når utvelgelseskrete begrenses til business-divisjonen i Trondheim»*.²⁰³

At momentene skulle vurderes mot konsekvensene utvelgelseskrete fikk for ansiennitet, skiller seg tilsynelatende fra det skarpe skillet som Høyesterett trakk mellom utvelgelseskrete og utvelgelseskriterier i Posten 2-dommen. I Posten 2-dommen forkastet Høyesterett en anførsel om at utvelgelseskrete måtte sikres en bestemt representativitet for stillingskategorien:

«Jeg er ikke enig i en slik tilnærming. Det er en saklig begrunnet utvalgskrets som avgrenser hvem som ved overtallighet skal konkurrere om stillingene. Når denne avgrensningen skal foretas, har utvelgelseskriteriene 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».²⁰⁴

²⁰³ HR-2019-1986-A,, avsnitt 70

²⁰⁴ HR-2017-561-A, avsnitt 66

At Høyesterett i Telenor-saken fravek uttalelsen i Posten 2-dommen, kan forklares med at Posten 2-dommen gjaldt tolkningen av det lovfestede stillingsvernet i aml. § 15-7, og ikke det tariffestede. Høyesterett viser til Arbeidsrettens tolkning av tariffavtalen i NRK-dommen:

*«[H]vilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i utvelgeskretsen, må trekkes inn i saklighetsvurderingen når det er nødvendig for å sikre at ansiennitet blir et utvelgeskriterium».*²⁰⁵

Som påpekt under 2.1.2, mente ikke Høyesterett i Telenor-dommen at *«det skulle tas hensyn til den individuelle arbeidstakers ansiennitet og kompetanse, men at eksempelvis sammensetningen av kretsen med hensyn til stillingskategorier kan være nødvendig å ta i betraktning».*²⁰⁶ Hvorvidt utvelgeskretsen er saklig er fremdeles en objektiv vurdering, til forskjell fra utvelgelsen, som er en individuell saklighetsvurdering.²⁰⁷

Høyesterett trakk frem ulike momenter som talte for å avgrense kretsen, og den totale vekten ble vurdert mot betydningen det fikk for As ansiennitet. Retten uttalte at *«[v]ed å være tariffbundet har Nokas påtatt seg en særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene, med mindre det foreligger saklig grunn til å fravike dem».*²⁰⁸ Som uttalt i Nokas-dommen ville *«kravet til saklig grunn styrkes når det er snakk om lang ansiennitet og hvis forskjellene i ansiennitet er veldig store.»*²⁰⁹ At Telenor var tariffbundet, og at A hadde 32 års ansiennitet, skjerpet kravet til saklighet.

Som påpekt under 3.3.10, påpekte retten at Telenor skulle vurdert om utvelgeskretsen kunne utvides, spesielt sett hen til selskapets størrelse og ressurser. Høyesterett uttalte at *«[u]t fra en generell vurdering av antallet arbeidstakere og sammensetningen av stillingene som inngår i kretsen, må ansiennitetsprinsippet etter mitt syn her anses vesentlig svekket.»*²¹⁰ Høyesterett avsluttet med å vise til Gresvig-dommen, hvor det ble uttalt at *«[m]ed mindre det uten videre var klart at en slik bredere vurdering måtte ha blitt at A likevel ble oppsagt, må den manglende vurdering i seg selv være tilstrekkelig til at oppsigelsen måtte anses ugyldig.»*²¹¹ Ettersom det ikke var tydelig at A hadde blitt sagt opp uavhengig av hvilken krets

²⁰⁵ HR-2019-1986-A, avsnitt 61, jf. AR-2018-18, avsnitt 49

²⁰⁶ HR-2019-1986-A, avsnitt 61

²⁰⁷ Se også Thorkildsen (2020), s. 55

²⁰⁸ HR-2019-1986-A, avsnitt 53, jf. ARD-2016-151, avsnitt 84

²⁰⁹ ARD-2016-151, avsnitt 81

²¹⁰ HR-2019-1986-A, avsnitt 75

²¹¹ HR-2019-1986-A, avsnitt 76, jf. Rt. 2015 s. 1332, avsnitt 36

som ble lagt til grunn, medførte Telenors manglende vurdering i seg selv at oppsigelsen var ugyldig.

Konsekvensen av Telenor-dommen er at tariffbundne virksomheter med ansiennitetsklausul får en særlig plikt til å følge ansiennitetsreglene, med mindre det er saklig grunn for å fravike den. Ved vurderingen kan det måtte tas hensyn til antall arbeidstakere og sammensetningen av stillingene som inngår i kretsen, for å sikre at ansienniteten ikke mister sin betydning.

Rundt samme tid som Telenor-dommen hadde blitt avsagt i lagmannsretten ble LG-2018-30225 (Telenor 2), avsagt. Saken hadde et lignende saksforhold, men her ble de oppsattes kompetanse og ansiennitet vurdert i forhold til ti andre ansatte, noe som kan indikerer at utvelgelseskretsen var tilstrekkelig representativ for de berørte stillingskategoriene.²¹² Denne saken endte imidlertid i forlik.

3.3.12 Spørsmål i kjølvannet av Telenor-dommen

Et spørsmål som oppstår, er hvordan virksomheten skal vurdere om utvelgelseskretsen er tilstrekkelig representativ med hensyn til antall arbeidstakere og sammensetningen av stillingene. Det er nemlig ikke alltid klart hvilke arbeidstakere i utvelgelseskretsen som kan vurderes opp mot hverandre ved utvelgelsen, særlig hvor virksomhetens arbeidstakere kan fylle flere funksjoner, som eksempelvis arbeidstakere i en salgsavdeling og lageravdeling. Problemstillingen ble belyst i en artikkel skrevet av Tor Olav Carlsen og Christel Søreide. Etter deres syn kan arbeidsgivers styringsrett være en avgrensningsfaktor for hvilke arbeidstakere som skal sammenlignes med hverandre utvelgelsen.²¹³ Et tenkt eksempel er følgende:

I en virksomhet som leverer varer til oljebransjen, inkluderer utvelgelseskretsen salgsavdeling og lager ved nedbemanning. Salgsavdelingen består av to arbeidstakere og lageravdelingen består av ni. Skal alle arbeidstakere innenfor kretsen vurderes opp mot hverandre, eller skal salgsavdelingen og lager vurderes separat? La oss si at det ved en samlet vurdering hadde vært en på salgsavdelingen (A) som fikk beholde jobben på bekostning av en på lager (B). Dersom situasjonen hadde vært sånn at A måtte overta B sin stilling, hadde det sannsynligvis vært utenfor styringsretten å degradere A i B sin stilling. Det vises til Rt. 1960 s. 199

²¹² LG-2018-30225, s. 158

²¹³ Carlsen og Søreide (2020), s. 66

(Understasjonsmester) hvor det ikke lå innenfor styringsretten å degradere en understasjonsmester til førstefullmektig. Eventuelt måtte A bli gitt en endringsoppsigelse, eller A måtte takket ja til lagerstillingen som «annet passende arbeid». For å løse de eventuelle problemstillinger og ulemper som måtte oppstå, kan styringsretten være en avgrensningsfaktor, slik at salgsavdeling og lageravdeling hadde vært separate kretser. Denne løsningen kan finnes igjen i Posten 2-dommen. Her ble to og to ledere vurdert opp mot hverandre etter ansiennitet, og postbudene ble vurdert opp mot hverandre.²¹⁴

Et annet spørsmål er om det kan stilles lempeligere krav til virksomhetens vurdering av utvelgeskretsens representativitet i lys av virksomhetens størrelse og ressurser. Telenor-dommen, NRK-dommen og Nokas-dommen synes å bygge på at virksomhetene var store og hadde tilstrekkelig ressurser til å foreta en utvelgelse innenfor en større krets. Ettersom saklighetskravet er dynamisk, kan det tenkes at domstolen hadde konkludert med gyldighet i Telenor sin situasjon dersom virksomheten hadde vært av mindre størrelse og med mindre ressurser. En viss støtte for dette kan finnes i Exact-dommen, hvor det i kjølvannet av finanskrisen ble påpekt at det ble stilt mindre strenge krav til virksomhetens saksbehandling.²¹⁵

3.3.13 Kan hensynet til å ikke komme i mislighold være et saklig moment?

Ettersom listen over saklige hensyn ikke er uttømmende, kan det stilles spørsmål ved om andre hensyn kan være saklige. Dette må bero en vurdering av fellestrekkene i dommene jeg har gjennomgått: Kan virksomheten vise til en virksomhetsrelevant ulempe ved å vurdere arbeidstakerne samlet, og vil en samlet vurdering få negativ innvirkning på de gjenværende ansatte?

Et mulig moment kan være hensynet til å ikke komme i kontraktsrettslig mislighold med sine kontraktsparter. Dette kan illustreres med et tenkt eksempel: Et bemanningsbyrå har inngått avtale med et oljeselskap om at ingeniørene A, B og C skal leies ut til oljeselskapet for å lede prosjekter i ett år. Oljeselskapet er fornøyd med å ha fått inn akkurat disse ingeniørene, på grunn av sin gode kompetanse og sitt gode navn. At akkurat A, B og C skulle utføre oppgavene, er en klar forutsetning for avtalen som er synbar for advokatfirmaet. Plutselig

²¹⁴ HR-2017-561, se nærmere om faktum på s. 25

²¹⁵ LB-2010-32150, s. 21

oppstår det en situasjon der bemanningsbyrået må nedbemanne. Er det da legitimt å holde A, B og C utenfor utvelgelsen av hensyn til at disse skal utføre oppdrag hos oljeselskapet? Dersom A, B og/eller C hadde blitt oppsagt, ville det etter omstendighetene være en bristende forutsetning fra oljeselskapets side, dersom oljeselskapet måtte nøye seg med ingeniører de egentlig ikke ville ha. Dette kunne gitt grunnlag for å rette misligholdsbeføyelser mot advokatfirmaet, som potensielt kunne medført inntektstap, etter den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

Hvorvidt hensynet må tillegges vekt, vil kunne variere med størrelsen på det eventuelle tapet. Jo større tapspotensial, desto mer risikerer virksomheten å komme i en økonomisk situasjon som i Hillesland- og Sparebanken-dommen. Da kan hensynet til å ikke komme i mislighold tale for å avgrense kretsen. På den andre siden kan det å holde A, B og C utenfor nedbemanningen gi grunnlag for forskjellsbehandling av ingeniørene i firmaet; ofte vil det bare være en ren tilfeldighet for A, B og C at de skulle bli skånet akkurat denne gangen. Dette kunne også hatt negativ innvirkning på forutsigbarheten og roen innad i bemanningsbyrået.

En viss veiledning kan finnes i Nokas-dommen, selv om saksforholdet ikke gjaldt en direkte risiko for å komme i mislighold. Virksomheten anførte at utvelgelseskretsen var av betydning for å oppfylle kundenes ønsker og krav om stabilitet. Flertallet mente at det ikke var et saklig hensyn å vektlegge ved avgrensningen av utvelgelseskretsen. Flertallet utelukket imidlertid ikke at det kunne være et saklig hensyn knyttet til den konkrete ansiennitetsvurderingen.²¹⁶ Mindretallet, mente derimot det hadde betydning.²¹⁷ Slik jeg tolker flertallet, kan hensynet til å oppfylle kontrakter komme inn under utvelgelsen; i den individuelle vurderingen av hvilke arbeidstakere som må forlate virksomheten.

I lys av hele gjennomgangen, kan det ikke utelukkes at hensynet til å ikke komme i mislighold aldri kan komme inn i vurderingen av om utvelgelseskretsen er saklig, men dette må vurderes konkret.

²¹⁶ ARD-2016-151, avsnitt 87

²¹⁷ ARD-2016-151, avsnitt 97

4 Avslutning

I avhandlingen har jeg forsøkt å belyse når virksomheten har tilstrekkelig tungtveiende grunner som begrunner å avgrense utvelgelseskretsen. Selv etter Telenor-dommen er det ikke mulig å oppstille et minstekrav, fordi vurderingene alltid er konkrete. Dette gjenspeiler saklighetskravet dynamiske karakter. En tendens er at det stilles strengere krav til virksomhetens vurderinger i store og ressurssterke virksomheter, spesielt de som er bundet av ansiennitetsklausul, sammenlignet med mindre virksomheter og virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale. En annen tendens er at domstolene lettere aksepterer utvelgelseskretsen i jo større grad hensynet til likebehandling, ro og forutsigbarhet på arbeidsplassen gjør seg gjeldende. Disse hensynene er særlig til stede i virksomheter som ofte må omstille seg, men også hvor virksomheten er i en vanskelig økonomisk situasjon hvor effektivitetshensyn gjør seg gjeldende.

I Exact-dommen fikk virksomheten på grunn av vanskelighetene etter finanskrisen, et ganske vidt handlingsrom for å treffe strategiske beslutninger av hensyn til virksomhetens levedyktighet.²¹⁸ Som nevnt innledningsvis viser statistikker og tall at det vil være en betydelig økning i antall nedbemanning og konkurser. Ekspertene mener at Korona-pandemien vil ramme virksomheter enda hardere enn finanskrisen.²¹⁹ Dette taler for at mange virksomheter vil stå i en situasjon der effektivitetshensyn gjør seg gjeldende med stor styrke. Det er likevel lurt at virksomheter dokumenterer at overveielserne som tas i en nedbemanningsprosess bygger på behovene i virksomheten, og at virksomheten så langt det lar seg gjøre involverer ansattrepresentanter. Dette bidrar til å sikre hensynet til medbestemmelse, sakens opplysning og stillingsvernet.

²¹⁸ LB-2010-32150, se punkt 3.3.10

²¹⁹ <https://e24.no/internasjonaoekonomi/i/3J39kL/europas-oekonomi-i-stoerre-fall-enn-under-finanskrisen>

5 Litteraturliste

Lover

Aksjeloven	Lov 13. juni 1997 om aksjeselskaper. Sist endret 6. desember 2019.
Allmennaksjeloven	Lov 13. juni 1997 om allmennaksjeselskaper. Sist endret 6. desember 2019
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. Sist endret 19. juni 2020
Universitets- og Høyskoleloven	Lov 01. april 2005 om universiteter og høyskoler. Sist endret 13. desember 2019
Tjenesteloven	Lov 19. juni 2009 om tjenestevirksomhet. Sist endret 12. juni 2020.
Arbeidstvistloven	Lov 27. januar 2012 om arbeidstvister. Sist endret 19. juni 2020.
Skipsarbeiderloven	Lov 21. juni 2013 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip. Sist endret 14. juni 2019.
Statsansatteloven	Lov 16. juni 2017 om statens ansatte. Sist endret 19. juni 2020.

Forarbeider

Ot.prp.nr.41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp.nr.50 (1993-1994)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

NOU 1996:3

Ny aksjelovgivning

Tariffavtaler

HA LO-NHO

Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge og Næringslivets Hovedorganisasjon 2018-2021

HA NJ-Spekter

Hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter og Norsk Journalistlag 2018-2021

Domsregister

Høyesterettspraksis

Rt. 1960 s. 199 (Understasjonsmester)

Rt. 1977 s. 902 (Hammerverk)

Rt. 1984 s. 1058 (Nationalteatret)

Rt. 1986 s. 879 (Hillesland-dommen)

Rt. 1992 s. 776 Sparebanken Nord)

Rt. 2001 s. 71 (Rasmussen Offshore)

Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen ambulanse)

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø)

Rt. 2001 s. 1602 (Nøkk)

Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør)

Rt-2015-1332 (Gresvig)

HR-2018-880-A (Linjebygg)

HR-2017-561-A (Posten 2)

HR-2019-424-A (Skanska)

HR-2019-1986-A (Telenor)

Underrettspraksis

Ikke all underrettspraksis har avsnitt eller viser til sidetall. Sidetallene jeg har vist til i fotnoten er sidetallene som fremgår av utskriften på lovdata.no

RG-1985-128 (Brynhildsen)

RG-1986-206

LB-2010-32150 (Exact-OBOS)

LH-2015-189365 (KappAhl)

LG-2018-7314 (Bravida)

LH-2018-179158

LG-2018-30225 (Telenor 2)

TRED-2019-151288

Rettspraksis fra Arbeidsretten

ARD-2016-151 (Nokas)

AR-2018-18 (NRK-dommen)

AR-2020-8

Juridisk faglitteratur

Johansen og Stueland (2015)

Johansen, Atle Sønsteli, Stueland, Einar,
*Arbeidsmiljøloven, kommentarer og
praksis, 2. utgave*, Gyldendal Norsk
Forlag, 2015

Fougner mfl. (2016) Fougner, Jan, Schøyen Borge, Camilla, B. Frogner, Marit, Piil Lorentzen, Julie, Solheim, Trond Erik, Løkken Sundet, Tron, Aasheim, Eli, *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2016

Fougner (2019) Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett, Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Universitetsforlaget, 2019

Høgberg/Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter, Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget, 2019

Tidsskriftsartikler

Fougner (2015) Fougner, Jan, «Avslutning av arbeidsforhold, vilkåret om saklig grunn», *Tidsskrift for arbeidsrett*, vol. 12 nr. 1 2015, s. 147 – 157

Thorkildsen (2017) Thorkildsen, Tarjei, «Ansattes Styrerepresentasjon, en oversikt over reglene», *Tidsskrift for arbeidsrett*, (2017) vol. 14, side 51 - 79

Evju (2018) Evju, Stein, «Nedbemanning, utvelgelseskrets, ansiennitet – AR-2018-18», *Nytt i Privatretten*, (2018), 4. utgave

Thorkildsen (2020)

Thorkildsen, Jan, «Høyesteretts dom i Telenorsaken», *Tidsskriftet for arbeidsrett* (2020) vol. 17 nr. 1. s. 45 – 55.

Carlsen/Søreide (2020)

Carlsen, Tor Olav, Søreide, Christel, «Styringsretten som ramme for utvelgelse ved nedbemanning», *Tidsskriftet for arbeidsrett*, vol. 17 nr. 1. s. 56 – 66

Nettsider

E24.no: <https://e24.no/spesial/2020/coronaviruset/arbeidsliv> (lest 27.11.2020)

Regjeringen sine nettsider: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/utvider-permitteringsperioden-til-52-uker/id2724508/> (lest 10.10.2020)

NAV sine nettsider: <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/arbeidssokere-og-stillinger-statistikk/nyheter/antallet-arbeidssokere-okte-gjennom-november>

E24.no: <https://e24.no/norsk-oekonomi/i/M3A04M/strengere-smitteverntiltak-oeker-arbeidsledigheten-for-foerste-gang-paa-et-halvt-aar> (lest 01.12.2020)

E24.no: <https://e24.no/internasjonalt-oekonomi/i/3J39kL/europas-oekonomi-i-stoerre-fall-enn-under-finanskrisen> (lest 09.12.2020)