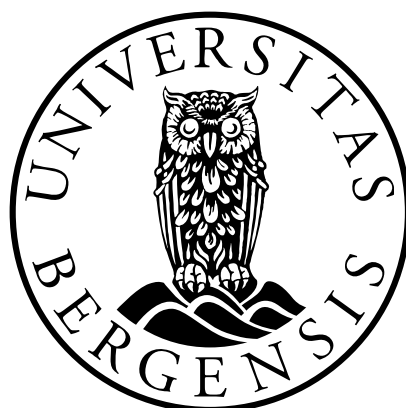


Arbeidsgivers adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen ved nedbemanning

Kandidatnummer: 166

Antall ord: 14955



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Oppgavens tema og problemstilling.....	3
1.2	Metode og rettskildebilde.....	4
1.3	Sentral rettspraksis	6
1.4	Den videre fremstillingen.....	9
2	Oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold.....	11
2.1	Innledende om saklighetskravet.....	11
2.2	Krav til oppsigelsesgrunn.....	12
2.3	Plikt til å tilby arbeidstaker "annet passende arbeid"	13
2.4	Interesseavveiningen	14
3	Utvelgelsen ved nedbemanning	15
3.1	Virksomheten er utvelgelseskrets.....	15
3.2	Terskelen for å avgrense utvelgelseskretsen	16
3.3	Virkingen av at utvelgelseskretsen er usaklig avgrenset.....	17
3.4	Kort om utvelgelseskriterier.....	18
4	Relevante momenter for arbeidsgivers adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen	20
4.1	Innledning.....	20
4.2	Virksomhetens økonomiske situasjon.....	20
4.3	Geografiske forhold.....	24
4.4	Virksomhetens struktur	26
4.5	Virksomhetens praksis i nedbemanningsprosesser	29
4.6	Arbeidsgivers samhandling med ansatte eller tillitsmannsapparatet.....	32
4.7	Virksomhetens behov for gjentakende omstillinger.....	35
4.8	Arbeidsgivers dokumentasjon for utvelgelsen	37
5	Ansiennitetsprinsippets innvirkning på saklighetsvurderingen for valg av utvelgelseskrets	39
5.1	Ansiennitetsprinsippet i arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen.....	39
5.2	Utviklingen i rettspraksis	39
5.3	Kommentarer til ansiennitetsprinsippets innvirkning på saklighetsvurderingen	45
6	Avslutning	47
	Kilderegister og litteraturliste.....	50

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Virksomheter har stadig behov for å gjennomføre omstillinger som involverer arbeidstakere.¹ Konjunktur- og markedssvingninger, teknologiske fremskritt og globalisering er blant en rekke forhold som kan aktualisere behov for nedbemanning. Virksomhetenes evne til omstilling i møte med slike utfordringer er avgjørende for deres overlevelse, og for å opprettholde høy sysselsetting i arbeidsmarkedet.²

Tematikken er ikke mindre aktuell i skrivende stund, hvor norsk økonomi preges av koronapandemien: Fra uke 13 til uke 46 i 2020 mottok NAV varsel om masseoppsigelser i 612 bedrifter, med til sammen 20384 berørte arbeidstakere.³ Masseoppsigelser er oppsigelser som foretas overfor minst 10 arbeidstakere innenfor et tidsrom på 30 dager, jf. arbeidsmiljøloven⁴ § 15-2 første ledd. Dette innebærer at det faktiske antall nedbemanninger – og antall berørte ansatte – innenfor samme periode sannsynligvis er høyere.

Reglene knyttet til nedbemanninger, og oppsigelser generelt, bygger på hensynet til arbeidstakers stillingsvern på den ene siden, og hensynet til virksomhetens behov for frihet, fleksibilitet og verdiskapning på den andre siden.⁵ Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd verner arbeidstakere mot oppsigelser som ikke er "saklig begrunnet" i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Oppsigelse på grunn av nedbemanning forutsetter at oppsigelsen er begrunnet i *virksomhetens forhold*, som ofte vil være forhold av økonomisk art.⁶

¹ I revisjonsarbeidet med arbeidsmiljøloven av 2005 registrerte departementet at virksomheters omstillingsbehov hadde blitt betraktelig forsterket de siste årene. Departementet bemerket at det i mange virksomheter pågår en nærmest kontinuerlig omstillingsprosess, og at det er få sektorer i arbeidslivet som ikke gjennomgår en eller annen form for omstilling, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 64.

² Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 16.

³ <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/arbeidssokere-og-stillinger-statistikk/forhandsinnmeldte-driftsinnskrenkninger> (sist sjekket 18.11.20). At en masseoppsigelse er varslet innebærer ikke at den må finne sted, eller finne sted i samme omfang som planlagt.

⁴ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). Loven omtales heretter som "arbeidsmiljøloven" eller "aml."

⁵ Dette var en sentral avveining i lovrevisjonen. Departementet var opptatt av å legge til rette for en god og fremtidsrettet balansering av de forskjellige hensyn og interesser, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 61.

⁶ Også andre begrunnelser kan være saklige, se kapittel 2.2.

Når arbeidsgiver skal gjennomføre en nedbemanning må det avgjøres *hvilke* arbeidstakere som skal sies opp. I utgangspunktet skal alle virksomhetens ansatte vurderes mot hverandre, men i visse tilfeller kan arbeidsgiver ha saklig begrunnelse for å innsnevre *utvelgelseskretsen*.⁷

Begrepet "utvelgelseskrets" refererer til den del av virksomheten hvor bemanningsreduksjon skal gjennomføres, slik at kretsen bestemmer hvilke arbeidstakere som skal vurderes mot hverandre. Utvelgelseskretsen kan for eksempel innsnevres til divisjoner, avdelinger eller enkelte stillingsbeskrivelser innad virksomheten. Når utvelgelseskretsen er fastlagt, avgjør arbeidsgiver hvilke arbeidstakere innenfor kretsen som er overtallige, og som dermed sies opp, på bakgrunn av på forhånd definerte *utvelgelseskriterier*.⁸

Om utvelgelseskretsen er saklig avgrenset er et skjønnspreget spørsmål som også påvirkes av samfunnsutviklingen.⁹ Høyesterett og Arbeidsretten har de siste årene avsagt flere dommer om utvelgelseskrets, uten at rettstilstanden kan sies å være endelig avklart. Denne fremstillingen vil søke å klargjøre hva som er gjeldende rett for arbeidsgivers adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen ved nedbemanning.

1.2 Metode og rettskildebilde

De mest sentrale rettskildene for oppgaven er lovtekst, forarbeider, rettspraksis fra Høyesterett og Arbeidsretten, juridisk teori og litteratur, reelle hensyn og tariffavtaler. Besvarelsen vil ta for seg arbeidsforhold som omfattes av reglene i arbeidsmiljøloven. Det avgrenses dermed mot arbeidsforhold som faller inn under reglene i skipsarbeiderloven¹⁰ og statsansatteloven¹¹.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 utgjør det primære rettsgrunnlag for fastlegging av utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Utvelgelseskretsens utgangspunkt og kriteriene for å fravike utgangspunktet er imidlertid utarbeidet i rettspraksis. Det er her slått fast at hele virksomheten i utgangspunktet utgjør utvelgelseskretsen, og at arbeidsgivers eventuelle innsnevring av kretsen krever saklig grunn.¹² Arbeidsgivers adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen vurderes som en del av det såkalte saklighetskravet, som er hjemlet i aml. § 15-7.¹³

⁷ Dette er uttrykkelig slått fast i Rt-2015-1332 (avsnitt 38). For oversikt over saksforholdet, se kapittel 1.3.3.

⁸ Fougner m.fl. (2016) s. 303.

⁹ Se kapittel 2.1.

¹⁰ Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven).

¹¹ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

¹² Rt-2015-1332 (avsnitt 38).

¹³ Dege (2009) s. 701.

Hvis virksomheten er bundet av en tariffavtale med ansiennitetsklausul,¹⁴ må utvelgelseskretsen fastlegges på bakgrunn av tolkning av den aktuelle tariffavtalen, i tillegg til lovens saklighetskrav.¹⁵ I omtalen av tariffavtalers betydning for arbeidsgivers innsnevring av utvelgelseskrets vil det tas utgangspunkt i Hovedavtalen LO-NHO § 8-2, med mindre noe annet presiseres.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 bygger på arbeidsmiljøloven av 1977¹⁶ § 60, og lovendringen var ifølge forarbeidene ikke ment å innebære noen realitetsendring.¹⁷ Forarbeidene til den eldre lovs § 60 og tilhørende rettspraksis vil dermed være relevant for tolkningen av § 15-7.¹⁸

Saklighetsvurderingen for innsnevring av utvelgelseskrets er i betydelig grad behandlet i autoritative kilder i form av rettspraksis fra Høyesterett og Arbeidsretten. Forhold underlagt tariffavtale hører som utgangspunkt til under Arbeidsretten som særdomstol, jf. Arbeidstvistloven¹⁹ § 34, jf. § 1. Høyesterett har samtidig slått fast at arbeidstakere har adgang til å påberope krav som er hjemlet i tariffavtale for de alminnelige domstolene.²⁰ Avgjørelser fra både Høyesterett og Arbeidsretten er relevante for arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen, men de alminnelige domstolene er bundet av Arbeidsrettens forståelse når det gjelder tariffavtaler.²¹

Oppgaven vil også ta for seg enkelte avgjørelser fra lagmannsretten. Lagmannsrettsavgjørelser har ikke samme normerende virkning som avgjørelser fra Høyesterett. De kan likevel være av interesse som illustrasjonsmateriale eller fordi avgjørelsen bygger på god argumentasjon. Vekten av lagmannsrettsavgjørelser beror på kvaliteten av argumentasjonen, om avgjørelsen ble anket og hva som i så fall ble utfallet av anken.²²

Denne fremstillingen baserer seg for en stor del på analyser av rettspraksis, og et knippe avgjørelser er gjennomgående i fremstillingen. Av pedagogiske grunner, og for å redusere gjentakelser, vil jeg nedenfor presentere saksforholdet i avgjørelsene jeg vurderer som viktigst.

¹⁴ Jeg følger her begrepsbruken i Våg (2015), se s. 1. Med "ansiennitetsklausul" menes bestemmelse i tariffavtale om at ansiennitet skal ha betydning ved utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som får bli ved nedbemanning.

¹⁵ Våg (2016) s. 209.

¹⁶ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø.

¹⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

¹⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976). For merknader til § 60, se side s. 72 flg.

¹⁹ Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven).

²⁰ HR-2019-424-A (avsnitt 38).

²¹ HR-2019-424-A (avsnitt 39).

²² Skoghøy (2018) s. 226-227. Den rettskildemessige vekten av avgjørelser fra lagmannsretten er omdiskutert, se Boe (2010) s. 304 med videre henvisninger.

1.3 Sentral rettspraksis

1.3.1 Rt-1986-879 (*Hillesland*)

Saken gjaldt oppsigelsen av fire arbeidstakere i industribedriften Kåre Hillesland A/S, som på oppsigelsestidspunktet hadde 25 ansatte. Partene var enige om at reduksjon av fire stillinger var nødvendig som følge av bedriftens økonomiske situasjon. Uenigheten gjaldt utvelgelsen av arbeidstakerne som ble sagt opp.

Saksøkerne var blant de ansatte med lengst ansiennitet i bedriften, og de bestred oppsigelsenes saklighet under henvisning til at ansiennitetsprinsippet etter Hovedavtalen LO-NAF var fraveket uten saklig grunnlag. Bedriften mente på sin side at det var nødvendig å fravike ansiennitetsrekkefølgen ved å vurdere oppsigelsene avdelingsvis. Som begrunnelse ble det blant annet vist til at omplassering av arbeidstakere – i lys av virksomhetens økonomiske situasjon – ville innebære en uforsvarlig bruk av ressurser.

Høyesterett godtok at avdelingene tjente som adskilte utvelgelseskretser under henvisning til den vanskelige økonomiske situasjonen bedriften befant seg i, og konkluderte at det var saklig grunnlag for å fravike ansienniteten.

1.3.2 Rt-1992-776 (*Sparebanken*)

Saken gjaldt Sparebanken Nord-Norges oppsigelse av tre ansatte i forbindelse med en større omstillingsprosess. For å unngå konkurs iverksatte banken en betydelig bemanningsreduksjon, som først ble forsøkt oppnådd ved frivillige ordninger ved hjelp av et omstillingsutvalg. På denne måten ble bemanningen redusert med 90 stillinger, men banken måtte likevel gå til oppsigelse av ytterligere 50 ansatte. Tiltakene måtte gjennomføres under et sterkt tidspress.

Banken hadde på oppsigelsestidspunktet 48 filialer i Troms og Finnmark. Virksomheten besluttet at 18 av filialene skulle legges ned, og at de ansatte ved disse filialene skulle sies opp. Sparebanken avgrenset altså utvelgelseskretsen til de filialer som ble besluttet at skulle legges ned, slik at den enkelte filial utgjorde utvelgelseskretsen. Tre av de oppsagte arbeidstakerne gikk til søksmål mot banken med påstand om at oppsigelsene var usaklige under henvisning til at de burde blitt vurdert mot andre ansatte i bankkonsernet. Arbeidstakerne fikk ikke medhold, idet Høyesterett fant at bankens ordning etter omstendighetene måtte godtas som saklig.

1.3.3 Rt-2015-1332 (*Gresvig*)

Saken gjaldt oppsigelsen av en arbeidstaker etter at avdelingen hvor han arbeidet – og var den eneste ansatte – ble lagt ned. Virksomheten befant seg i en vanskelig økonomisk situasjon, og besluttet etter en allerede langvarig og omfattende omstillingsprosess å legge ned Intersport Profil, som hadde gått med tap flere år på rad.

Avgrensningen av utvelgeskrets skjedde i henhold til virksomhetens faste praksis om å innsnevre kretsen til den enkelte avdeling hvor bemanningsreduksjon skulle finne sted. Avdelingens ene ansatte ble dermed sagt opp uten at han ble vurdert mot andre ansatte i virksomheten. Arbeidstakeren anførte på dette grunnlag at oppsigelsen var usaklig etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Han gjorde også gjeldende at formålet med å ha en utvelgeskrets ville bli borte om prinsippet ble gitt anvendelse der kretsen omfattet én ansatt.

Retten slo fast at det ikke var prinsipielt grunnlag for å utelukke at en avdeling med én ansatt kan være utvelgeskrets, og arbeidsgiver fikk medhold i at oppsigelsen var saklig.

1.3.4 AR-2016-17 (*Nokas*)

Saken gjaldt tvist om forståelsen av Hovedavtalen § 8-2 etter at tre vektere ved Sola Heliport ble sagt opp. Bakgrunnen for nedbemanningen var at Nokas hadde fått en endret og redusert avtale med en oppdragsgiver, hvilket gjorde det nødvendig med bemanningsreduksjon. Arbeidstakersiden gjorde gjeldende at utvelgeskretsen – som var blitt fastlagt til Sola Heliport – var for snever, og at et saklig alternativ ville vært Sør-Rogaland, hvor Nokas hadde 20 driftsteder.

Arbeidsretten poengterte at Nokas – ved å være tariffbundet – hadde påtatt seg en særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene,²³ og konkluderte med at det ikke forelå tilstrekkelig grunnlag for å fravike ansienniteten i det konkrete tilfellet, jf. Hovedavtalen § 8-2. Oppsigelsene ble kjent tariffstridige og ugyldige.

1.3.5 HR-2017-561-A (*Posten II*)

Saken gjaldt oppsigelsen av en distribusjonsleder i forbindelse med nedbemanning i Posten. Virksomheten hadde de siste tiår gjennomgått en omfattende omstilling, som blant annet skyldtes en halvering i postmengden og konkurranseutsetting av det som tidligere hadde vært et monopol. I 2014 besluttet Posten at ti distribusjonsenheter i Region Vest skulle slås sammen

²³ AR-2016-17 (avsnitt 84).

til fem. Reduksjonen skjedde ved at utvelgelseskretsen ble avgrenset til to og to enheter, slik at to og to distribusjonsledere skulle konkurrere innbyrdes om stillingen som leder for de nye enhetene. De som ikke nådde opp, ville bli utpekt som overtallige.

Omstillingsarbeidet skjedde i nært samarbeid med de ansattes organisasjoner, og Posten var bundet av en omstillingsavtale med tillitsmannsapparatet. Etter avtalen var Posten forpliktet til å ha en så vidt mulig ensartet praktisering av omstillingsprosesser, og prosessene skulle berøre så få arbeidstakere som mulig.

En tidligere distribusjonsleder nådde ikke opp i omorganiseringen, og ble sagt opp. Samtidig med oppsigelsen fikk hun tilbud om ny stilling som postbud, noe hun avsto. Kvinnen bestred oppsigelsens saklighet, og gikk til søksmål mot Posten. Hun anførte at korrekt forståelse av ansiennitetsprinsippet forutsatte at utvelgelseskretsen hadde en størrelse som sikret tilstrekkelig representativitet for den berørte stillingskategorien, noe hun mente at ikke var oppnådd for hennes stillingskategori.

Høyesterett fant at fastleggningen av utvelgelseskretsen i seg selv var saklig. Oppsigelsen ble likevel funnet usaklig etter interesseavveiningen i § 15-7 annet ledd.

1.3.6 AR-2018-18 (NRK)

Saken gjaldt spørsmål om utvelgelseskretsen ved to oppsigelser i henholdsvis 2017 og 2018 var i strid med Hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter og Norsk journalistlag § 36.²⁴ Arbeidstakernes ansiennitet på henholdsvis 16 og 19 år var fraveket ved oppsigelsene.

NRK avgrenset utvelgelseskretsen til NRK Østlandssendingen, slik at NRKs avdelinger på Marienlyst i Oslo ble holdt utenfor nedbemanningen. Arbeidstakersiden gjorde gjeldende at utvelgelseskretsen var tariffstridig ettersom NRK ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til ansienniteten ved fastsettelse av utvelgelseskretsen ved at arbeidstakerne ikke var blitt vurdert opp mot ansatte i samme stillingskategori i andre enheter i NRK. Arbeidsgiversiden anførte på sin side at ansiennitetsklausulen i tariffavtalen ikke regulerte spørsmålet om utvelgelseskrets, slik at oppsigelsene ikke var i strid med Hovedavtalen.

Arbeidsretten slo fast at Hovedavtalen § 36 regulerte både utvelgelseskriterier og utvelgelseskrets. Retten kom likevel frem til at det var saklig grunn til å begrense utvelgelseskretsen til

²⁴ Bestemmelsens ordlyd tilsvarer Hovedavtalen § 8-2.

NRK Østlandssendingen, idet ansiennitetsprinsippet ikke var "vesentlig svekket" ved virksomhetens fravikelse av bedriftsansienniteten.²⁵

1.3.7 HR-2019-1986-A (*Telenor*)

Saken gjaldt nedbemanningen av en salgskonsulent (A) med 32 års bedriftsansiennitet i Telenor. Bakgrunnen for nedbemanning var Telenors behov for løpende omstilling og tilpasning til markeds- og konkurransesituasjonen.

I henhold til fast praksis i Telenor siden 2005 ble utvelgeskretsen avgrenset på bakgrunn av kriteriene *divisjon* og *geografi*, til businessdivisjonen i Trondheim. Divisjonen bestod av elleve ansatte, hvor én ansatt skulle gå av med pensjon i nær fremtid. A var den eneste innenfor kretsen i sin stillingskategori.

Partene var enige om at nedbemanningen som sådan var saklig begrunnet og at A hadde blitt tilbudt annet passende arbeid. Det springende punkt var om Telenors avgrensning av utvelgeskretsen oppfylte kravet til saklig grunn for å fravike ansienniteten ved utvelgelsen, jf. Hovedavtalen § 8-2.

Høyesterett aksepterte i utgangspunktet at Telenor hadde saklig grunn til å innsnevre utvelgeskretsen. Den valgte kretsen, med det antallet og den sammensetningen av arbeidstakere som inngikk, medførte imidlertid at As ansiennitet ble stående uten betydning. På dette grunnlag konkluderte retten at avgrensningen av utvelgeskrets manglet saklig grunnlag, og oppsigelsen ble kjent ugyldig.

1.4 Den videre fremstillingen

I **kapittel 2** gjøres det rede for oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold og ulike aspekter av saklighetsvurderingen. Hensikten med dette er å plassere oppgavens tema i det juridiske landskapet, og dermed etablere den nødvendige bakgrunnen for oppgavens tema.

Oppgaven avgrenses mot oppsigelser begrunnet i arbeidsgivers og arbeidstakers forhold, og mot lovfestede og ulovfestede saksbehandlingsregler i forbindelse med oppsigelser. Når saksbehandlingsregler likevel omtales, er det fordi de har betydning for sakligheten av arbeidsgivers innsnevring av utvelgeskrets. Oppgaven avgrenses også mot oppsigelser som

²⁵ AR-2018-18 (avsnitt 62).

skyldes utsetting av virksomhetens drift på oppdrag, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 tredje ledd, og vern mot oppsigelse ved virksomhetsoverdragelse etter § 16-4.

Utvelgelsen ved nedbemanning behandles fra **kapittel 3**. Her presenteres utgangspunktet om at virksomheten er utvelgelseskrets, terskelen som gjelder for å gjøre unntak fra utgangspunktet og virkningen av at utvelgelseskretsen er usaklig avgrenset. I kapittel 3 behandles også utvelgelseskriterier ved nedbemanning. Dette er i seg selv et omfattende tema, men det synes hensiktsmessig med en kortfattet redegjørelse tatt i betraktning den nære tematiske sammenhengen til oppgavens tema.

I **kapittel 4** følger en gjennomgang av momentene som etter rettspraksis har særlig betydning for arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen.

Spørsmålet om ansiennitetsprinsippets innvirkning på saklighetsvurderingen for valg av utvelgelseskrets behandles særskilt i **kapittel 5**. Det vil her tas utgangspunkt i ansiennitetsprinsippets stilling i arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen. Videre følger en gjennomgang av utviklingen i rettspraksis, og til sist vil funnene kommenteres.

Kapittel 6 omfatter en oppsummering og avsluttende kommentarer.

2 Oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold

2.1 Innledende om saklighetskravet

Ordlyden "saklig begrunnet" i arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd gir anvisning på at beslutning om oppsigelse skal bygge på en faktaorientert og veloverveid vurdering. I kravet ligger at arbeidsgiver ikke kan basere oppsigelsen på utenforliggende eller usaklige hensyn, og at forholdene det legges vekt på må være *tilstrekkelig* tungtveiende til å begrunne en oppsigelse.²⁶ Rettspraksis viser at hva som regnes som tilstrekkelig saklig, er en dynamisk størrelse, og at saklighetskravet er en rettslig standard som følger samfunnsutviklingen.²⁷

Spørsmål om en oppsigelses saklighet må avgjøres på bakgrunn av en avveining av arbeidstakers og virksomhetens motstående behov. Her må arbeidsgiver kunne vise til gode grunner, ettersom terskelen for å si opp arbeidstakere generelt er høy.²⁸

Selv om arbeidsmiljøloven ikke uttrykkelig regulerer selve utvelgelsen av arbeidstakerne som skal sies opp i en nedbemanning, har Høyesterett lagt til grunn at saklighetskravet også gjelder her. Fastleggningen av utvelgelseskrets og anvendelsen av utvelgelseskriterier må dermed være saklig begrunnet.²⁹ Dette ble slått fast i *Hillesland-dommen*:

Ved avgjørelsen av hvilke av flere arbeidstakere som skal sies opp, gir ordlyden i § 60 nr. 2 ikke direkte veiledning, men et saklighetskrav vil selvsagt gjelde også her.³⁰

Foruten de vilkår som følger av § 15-7 og rettspraksis, stiller arbeidsmiljøloven en rekke krav til arbeidsgivers saksbehandling. Reglene regulerer arbeidsgivers fremgangsmåte på et vis som skal bidra til oppfyllelse av saklighetskravet.³¹ Brudd på saksbehandlingsregler, for eksempel informasjonsplikten etter arbeidsmiljøloven §§ 8-1 og 8-2, eller kravet om drøftelsesmøte før det fattes beslutning om oppsigelse etter § 15-1, kan få betydning i saklighetsvurderingen.

²⁶ Skjønberg m.fl. (2017) s. 416. Av samme oppfatning er Dege (2009) s. 422-423 og Fanebust (2017) s. 93 flg.

²⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

²⁸ jf. Rt-2009-685 (avsnitt 52). Dette er bekreftet ved flere anledninger, jf. bl.a. Rt-2011-1674 (avsnitt 35).

²⁹ Se Fanebust (2017) s. 175.

³⁰ Rt-1986-879 s. 886.

³¹ Skjønberg m.fl. (2017) s. 415.

2.2 Krav til oppsigelsesgrunn

Som en forlengelse av saklighetskravet har arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd utfyllende regler der oppsigelsen skyldes "driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak". Uttrykkene viser til omstillingsprosesser iverksatt for å redusere eller effektivisere virksomhetens drift.

Hvis oppsigelsen skyldes "driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak", stiller aml. § 15-7 annet ledd som vilkår for at oppsigelsen skal være saklig begrunnet, at arbeidsgiver ikke har "annet passende arbeid å tilby arbeidstaker" og at arbeidsgiver kan påvise en interesseovervekt for å gjennomføre oppsigelsen overfor arbeidstaker.³² Disse vilkårene kommer i tillegg til den alminnelige saklighetsvurderingen etter § 15-7 første ledd.

Når det kommer til oppsigelsesgrunn, vil oppsigelser begrunnet i "virksomhetens forhold" som oftest ha en bedriftsøkonomisk begrunnelse. I Rt-2012-168 *Notodden Fotballklubb* slo Høyesterett fast at slike begrunnelser etter sin art er saklige,³³ men en forutsetning er at behovet kan dokumenteres.³⁴ Den økonomiske begrunnelsen kan variere fra alt fra et forsøk på å sikre virksomhetens overlevelse til å øke aksjonærenes overskudd. Begge motiver kan oppfylle saklighetskravet,³⁵ men det skal mindre til for at oppsigelsen kjennes saklig hvis virksomheten er i en vanskelig økonomisk situasjon.³⁶

Også andre hensyn enn bedriftsøkonomiske kan være saklige. I Rt-1989-508 *Christiania Spigerverk* hadde regjeringen vedtatt at stålproduksjonsvirksomheten i Nydalen i Oslo skulle flyttes til Mo i Rana. En gruppe arbeidstakere gikk til søksmål med påstand om at oppsigelsene ville være ugyldige etter arbeidsmiljøloven fordi de ikke var "bedriftsøkonomisk berettiget".³⁷ Høyesterett godtok imidlertid at statsbedriften kunne legge vekt på "distriktsinteresser" i sin begrunnelse for valg av driftssted.³⁸

³² Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 237 om innføringen av nytt annet ledd i arbeidsmiljøloven av 1977 § 60 nr. 2.

³³ Rt-2012-168 (avsnitt 101).

³⁴ Skjønberg m.fl. (2017) s. 430.

³⁵ Fanebust (2017) s. 121-122. I samme retning, se Storeng m.fl. (2020) s. 579 og Skjønberg m.fl. (2017) s. 430.

³⁶ Virksomhetens økonomiske situasjon inngår i interesseavveiningen etter § 15-7 annet ledd og er et sentralt moment for arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen. Se henholdsvis kapittel 2.4 og 4.2.

³⁷ Rt-1989-508 s. 509.

³⁸ Rt-1989-508 s. 514.

2.3 Plikt til å tilby arbeidstaker "annet passende arbeid"

Ved nedbemanning må arbeidsgiver vurdere om arbeidstaker som vurderes sagt opp kan omplasseres til en annen stilling i virksomheten. Hvis arbeidsgiver har "annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren", og ikke gir arbeidstaker tilbud om dette, vil oppsigelsen være usaklig etter aml. § 15-7 annet ledd første punktum.

Ordlyden "passende arbeid" gir inntrykk av en stilling med noenlunde tilsvarende arbeidsoppgaver, stillingsprosent og lønn som det arbeidstaker hadde tidligere. Hva som anses som "passende arbeid" må vurderes konkret fra sak til sak, men arbeidsgiver behøver ikke opprette en ny stilling det ikke er behov for.³⁹ En forutsetning for tilbudsplikten er at arbeidstakeren oppfyller de krav som med rimelighet kan stilles til kvalifikasjoner og personlig egnethet.⁴⁰

Rettspraksis viser at hvis arbeidsgiver kun kan tilby mindre attraktive stillinger enn det arbeidstaker allerede har, kan det etter omstendighetene tilfredsstillende tilbudsplikten: I *Gresvigdommen* fikk arbeidstakeren, som før oppsigelsen ledet sin egen avdeling, tilbud om stilling som selger i en av virksomhetens butikker. Stillingen var vesentlig dårligere avlønnet, men ble likevel godtatt som "annet passende arbeid" da det "ikke fantes stillinger som bedre samsvarte med hans tidligere jobb".⁴¹

For det tilfelle at arbeidstaker blir tilbudt og takker nei til annet passende arbeid, gir rettspraksis anvisning på at hun eller han vanskelig kan høres med påstand om at oppsigelsen er ugyldig, jf. Rt-2008-749 *Posten I*. Her uttalte retten at "[d]et blir klart mindre rom for en slik interesseavveining i de tilfeller der det er tilbudt annet passende arbeid."⁴²

I interesseavveiningen vil betydningen av at det er tilbudt annet passende arbeid avhenge av hvor nært det tilbudte arbeidet ligger den opprinnelige stillingen.⁴³ Et tilbud om en stilling som innebærer vesentlig degradering vil neppe sette interesseavveiningen helt til side.

Rekkevidden av arbeidsgivers tilbudsplikt avhenger videre av hva som regnes som én og samme "virksomhet" etter § 15-7 annet ledd. Virksomhetsbegrepet omtales kort i kapittel 3.1.

³⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72. Forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven § 60 er relevant ved tolkning av arbeidsmiljøloven § 15-7, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

⁴⁰ Storeng m.fl. (2020) s. 607-608.

⁴¹ Rt-2015-1332 (avsnitt 59).

⁴² Rt-2008-749 (avsnitt 40).

⁴³ Rt-2008-749 (avsnitt 40).

2.4 Interesseavveiningen

Arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd annet punktum angir at ved avgjørelse av om en oppsigelse har "saklig grunn", skal det "foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker". Ordlyden peker på en avveining av partenes interesser og de motstående hensyn. At oppsigelsens begrunnelse etter sin art er saklig, er ikke nok. Oppsigelsen må også ha *tilstrekkelig* saklig grunn overfor arbeidstaker.⁴⁴

Forarbeidene til den tidligere aml. § 60 understreker at "ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp".⁴⁵ Dette innebærer at jo tyngre oppsigelsen vil være for arbeidstaker, desto mer tungtveiende må virksomhetens behov være for å gjennomføre oppsigelsen.

Hvis virksomheten må redusere bemanningen for å sikre videre drift, vil det i alminnelighet veie tyngre enn arbeidstakers ulemper, selv om de skulle være vesentlige, jf. *Hilleslanddommen*:

Slik situasjonen ved bedriften var høsten 1983, måtte bedriftens behov for å gjennomføre nødvendige innskrenkingstiltak for å trygge den videre drift, ha gjennomslagskraft også om oppsigelsene ville ramme hardt.⁴⁶

Arbeidstakers ulemper vil i første rekke knytte seg til at inntekten uteblir. Det sentrale er dermed hvilke muligheter arbeidstaker har til å skaffe seg ny jobb, eller på annen måte sikre seg økonomisk. I RG-1993-188 ble det lagt vekt på at arbeidstakeren, med hennes kvalifikasjoner, burde ha "gode sjanser på arbeidsmarkedet".⁴⁷

Høy alder og lang ansiennitet reduserer vanligvis arbeidstakers muligheter på arbeidsmarkedet, hvilket gjør ulempene av oppsigelsen mer tungtveiende. Andre relevante forhold er sosiale forhold, som arbeidstakers helse eller forsørgerbyrde, og om arbeidstaker er berettiget til private eller offentlige støtteordninger som pensjon eller trygd.⁴⁸

⁴⁴ Skjønberg m.fl. (2017) s. 416.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

⁴⁶ Rt-1986-879 s. 886.

⁴⁷ RG-1993-188 s. 194.

⁴⁸ Se Storeng m.fl. (2020) s. 583-585 og Fanebust (2017) s. 166.

3 Utvelgelsen ved nedbemanning

3.1 Virksomheten er utvelgelseskrets

Under henvisning til *Hillesland-* og *Sparebanken-dommen* slo Høyesterett i *Gresvig-dommen* fast at virksomheten i sin helhet som utgangspunkt utgjør utvelgelseskretsen, men "at dette utgangspunktet på saklig grunnlag kan fravikes".⁴⁹ Arbeidsretten har slått fast at samme utgangspunkt gjelder for fastlegging av utvelgelseskrets etter Hovedavtalen § 8-2.⁵⁰

Det er imidlertid ikke alltid gitt hva som skal regnes som "virksomheten". Begrepet er ikke definert i arbeidsmiljøloven, selv om flere av lovens bestemmelser nødvendiggjør at en tar stilling til begrepets innhold. Man må for eksempel se til "virksomheten" i vurderingen av om arbeidsgiver har "annet passende arbeid" å tilby arbeidstaker, jf. § 15-7 annet ledd.

Rettspraksis viser dessuten at virksomhetsbegrepet til dels har ulik betydning etter de ulike paragrafene i loven.⁵¹ Utgangspunktet er derfor at virksomhetsbegrepet må tolkes konkret i lys av de hensyn som den aktuelle bestemmelsen er ment å ivareta.⁵²

Om den generelle forståelsen av virksomhetsbegrepet angir forarbeidene at som

[...] alminnelig regel vil det rettssubjekt [sic] som er arbeidsgiver være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet. For de fleste praktiske tilfeller vil en virksomhet være det som etter alminnelig språkbruk er en bedrift.⁵³

Dette har støtte i teorien, hvor det er lagt til grunn at virksomheten er det rettssubjekt arbeidstaker er ansatt i, uavhengig av eksempelvis konsern- eller avdelingstilhørighet.⁵⁴

Virkingen av at hele virksomheten er utvelgelseskrets er at alle virksomhetens ansatte må vurderes mot hverandre i utvelgelsen.

⁴⁹ Rt-2015-1332 (avsnitt 38).

⁵⁰ AR-2016-17 (avsnitt 76-77).

⁵¹ Rt-2013-1730 (avsnitt 41).

⁵² Skjønberg m.fl. (2017) s. 55-57.

⁵³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74.

⁵⁴ Fougner m.fl. (2016) s. 233 og 244.

3.2 Terskelen for å avgrense utvelgeskretsen

Når det gjelder *terskelen* for å fravike utgangspunktet om at virksomheten er utvelgeskrets, uttalte Høyesterett i *Gresvig-dommen* at:

"Når lovens utgangspunkt er at virksomheten er utvelgeskrets, følger det imidlertid at de hensyn som tilsier at utgangspunktet fravikes, må være tungtveiende. På en annen side kan arbeidsmiljøloven ikke forstås slik at den pålegger bedrifter prosesser som blir uforholdsmessige tyngende, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte."⁵⁵

Høyesteretts uttalelse er ikke helt klar. På den ene siden kreves det "tungtveiende" hensyn, og på den andre siden skal ikke bedriftene pålegges "uforholdsmessig tyngende" prosesser. For en virksomhet av betydelig størrelse, som skal redusere bemanningen i én eller et par avdelinger, kan det med rimelighet antas at en omstillingsprosess hvor hele virksomheten er utvelgeskrets vil være "uforholdsmessig tyngende": Ressurs- og tidsbruken en slik prosess krever vil ikke stå i forhold til fordelene av å redusere bemanningen.

Våg mener på bakgrunn av *Gresvig-*, *Sparebanken-* og *Hillesland-dommen* at terskelen "tungtveiende grunner" ikke kan "forstås så strengt at unntaket har preg av å være en sikkerhetsventil og det bare er rent unntaksvis adgang til å avgrense utvelgeskretsen."⁵⁶ Denne oppfatningen har støtte i senere rettspraksis:

I *Posten II-dommen* unnlot Høyesterett å vise til uttalelsen i *Gresvig-dommen* om krav til "tungtveiende" hensyn for å fravike utgangspunktet om at virksomheten er utvelgeskrets. Om normen uttalte retten at:

Det er likevel sikker rett at dette utgangspunktet kan fravikes på saklig grunnlag [...]. Praktiske problemer med å bruke hele selskapet som utvalgs-krets kan etter dommens avsnitt 42 være en slik grunn. Det samme vil kunne gjelde dersom det på grunn av konkurransesituasjonen er behov for en løpende markedstilpasning og nedbemanning.⁵⁷

Høyesteretts beskrivelse av rettstilstanden, hvor "praktiske problemer" ved å bruke hele selskapet som utvelgeskrets kan være saklig grunn, gir ikke uttrykk for en særlig streng norm.

⁵⁵ Rt-2015-1332 (avsnitt 43).

⁵⁶ Våg (2016) s. 210.

⁵⁷ HR-2017-561-A (avsnitt 48).

Senere, i *Telenor-dommen*, viste Høyesterett til den omtalte uttalelsen fra *Gresvig-dommen*.⁵⁸ Samtidig tok retten utgangspunkt i at Telenor – på bakgrunn av sin størrelse, antall ansatte, geografiske spredning og behov for gjentakende omstillinger – ikke burde "utsettes for uforholdsmessig tyngende omstillingsprosesser". Retten presiserte at dette talte for at "utvelgelseskretsen kan begrenses til deler av selskapet".⁵⁹

På bakgrunn av Høyesteretts uttalelser før og etter *Gresvig-dommen* synes det riktig å legge større vekt på uttalelsen om at "arbeidsmiljøloven ikke [kan] forstås slik at den pålegger bedrifter prosesser som blir uforholdsmessige tyngende", enn kravet om tungtveiende hensyn.⁶⁰ I juridisk teori er det heller ikke oppstilt noen spesielt høy terskel for at arbeidsgiver skal ha saklig grunnlag for å innsnevre utvelgelseskretsen.⁶¹

Det er utvilsomt at eventuelle avvik fra utgangspunktet om at utvelgelseskretsen omfatter hele virksomheten må være saklig begrunnet. Det synes imidlertid ikke å være grunnlag i rettskildematerialet for å kreve at begrunnelsen er "tungtveiende".

3.3 Virkningen av at utvelgelseskretsen er usaklig avgrenset

I *Gresvig-dommen* slo Høyesterett fast at hvis arbeidsgivers avgrensning av utvelgelseskretsen er usaklig, vil oppsigelsen være ugyldig med mindre arbeidsgiver kan påvise at utfallet av en bredere vurdering uansett ville lede til at arbeidstakeren ble sagt opp:

Det er ikke nødvendig for A å godtgjøre at resultatet av en videre vurdering ville blitt at en av de andre 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.⁶² (min understreking)

Unntaket er rimelig, og normen har likhetstrekk med den som følger av forvaltningsloven⁶³ § 41. Bestemmelsen regulerer de situasjoner forvaltningens saksbehandlingsregler ikke er overholdt. I slike tilfeller "er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen

⁵⁸ HR-2019-1986-A (avsnitt 43).

⁵⁹ HR-2019-1986-A (avsnitt 64).

⁶⁰ Rt-2015-1332 (avsnitt 43).

⁶¹ Se Våg (2016) s. 210. I samme retning Fougner m.fl. (2016) s. 299-300. Storeng m.fl. (2017) s. 598 legger til grunn at virksomheten som utvelgelseskrets er "normalløsningen", men gir ikke uttrykk for noen oppfatning om at normen for å avgrense utvelgelseskretsen er spesielt streng.

⁶² Rt-2015-1332 (avsnitt 36).

⁶³ Lov 10. februar 1967 nr. 62 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold". For gyldighet i oppsigelsestilfellene gir formuleringen "[...] uten videre var klart" i *Gresvig-dommen* anvisning på en høyere terskel: Det vil etter ordlyden ikke være tilstrekkelig om arbeidsgiver kan påvise at arbeidstakeren *muligens* eller *sannsynligvis* ville ha blitt sagt opp etter en videre vurdering. Våg mener at det antakelig må foreligge *klar sannsynlighetsovervekt*.⁶⁴

Unntaket er bekreftet i *Telenor-dommen*. Retten viste til uttalelsen fra *Gresvig-dommen*, men slo for den oppsagte arbeidstakeren fast at "[i] vår sak er det klart at den manglende vurderingen er tilstrekkelig til at oppsigelsen kjennes ugyldig."⁶⁵

Den praktiske betydningen av unntaket er neppe særlig stor. Grunnen til dette er at arbeidsgiver normalt vil ha en krevende oppgave med å føre tilstrekkelig bevis for hvordan en hypotetisk utvelgelsesvurdering – som arbeidsgiver ikke var villig til å gjennomføre i utgangspunktet – ville endt opp.

3.4 Kort om utvelgelseskriterier

Når utvelgelseskretsen er definert, vil arbeidsgiver vurdere og velge ut arbeidstakere innenfor kretsen ut fra allerede fastsatte utvelgelseskriterier. Utvelgelseskriteriene må bygge på saklig grunnlag, og de må anvendes på saklig vis, jf. saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7. Vanlige utvelgelseskriterier er ansiennitet, kompetanse og sosiale forhold.

Utvelgelseskriteriet ansiennitet har tradisjonelt stått sterkt i norsk rett, noe det fortsatt gjør. Ansiennitet forstås vanligvis som sammenhengende tjenestetid i virksomheten, og som utvelgelseskriterium innebærer ansiennitet at den som ble ansatt sist, i utgangspunktet må gå først i en nedbemanningsprosess. Det er i norsk rett bred enighet om at ansiennitet fører til en objektiv og rettferdig utvelgelse, og at ansiennitet er et saklig utvelgelseskriterium.⁶⁶

Ansiennitetsprinsippet er imidlertid ikke lovfestet, slik at arbeidsgiver står fritt til å anvende andre utvelgelseskriterier, så lenge de tilfredsstiller lovens krav om saklighet. Hvis virksomheten derimot er bundet av tariffavtale med ansiennitetsklausul,⁶⁷ eller på annen måte

⁶⁴ Våg (2016) s. 221.

⁶⁵ HR-2019-1986-A (avsnitt 76).

⁶⁶ Fougner m.fl. (2016) s. 303 flg. Betydningen av ansiennitet har imidlertid blitt kritisert under henvisning til at prinsippet er utdatert i dagens konkurransesamfunn, og dessuten fører til arbeidsledighet hos unge, jf. Våg (2015) s. 3 med videre henvisninger. Se også Se Evju (2014).

⁶⁷ Om ansiennitetsklausuler i tariffavtaler, se Våg (2015).

har forpliktet seg til å følge ansiennitetsprinsippet i utvelgelsen,⁶⁸ må adgangen til å vektlegge andre kriterier avgjøres på bakgrunn av tolkning av avtalen.⁶⁹

At andre utvelgelseskriterier enn ansiennitet kan være saklige, er eksplisitt slått fast i *Hillesland-dommen*. Retten lot her ansiennitetsprinsippet vike for en arbeidstaker som var "en erfaren glasskjærer og kunne også benyttes i håndverksavdelingen".⁷⁰ Retten uttalte at:

Det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet [sic] kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov. [...] Bedriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov.⁷¹

Arbeidsgiver vil som regel ønske å sitte igjen med de dyktigste arbeidstakerne etter en nedbemanningsprosess. I hvilken grad virksomheten kan bygge på vurderinger av den enkeltes kompetanse i utvelgelsen, er gjenstand for saklighetsvurderingen. Som alminnelig synspunkt må kompetansen kartlegges på en objektiv og etterprøvbar måte – arbeidsgiver vil raskt komme til kort ved bruk av subjektive utvelgelseskriterier.⁷²

Ulike *sosiale forhold* er også relevante utvelgelseskriterier. Høyesterett uttalte i *Hillesland-dommen* at det kan være "flere hensyn som må tillegges vekt, således [...] klare sosiale eller menneskelige hensyn."⁷³

Relevante sosiale forhold kan være knyttet til for eksempel økonomiske forhold, forsørgerbyrde, nedsatt funksjonsevne, sykdom eller graviditet.⁷⁴ Uavhengig av hvilke utvelgelseskriterier virksomheten benytter, er det ellers alminnelig antatt at arbeidsgiver må ta særlig hensyn til eldre arbeidstakere i utvelgelsen.⁷⁵

⁶⁸ Dette kan skje i form av en omstillingsavtale, se HR-2017-561-A, alternativt ved en protokoll eller lignende, se Fanebust (2017) s. 178.

⁶⁹ Fougner m.fl. (2016) s. 303-304.

⁷⁰ Rt-1986-879 s. 888.

⁷¹ Rt-1986-879 s. 886.

⁷² Fougner m.fl. (2016) s. 308.

⁷³ Rt-1986-879 s. 887.

⁷⁴ Se Fanebust (2017) s. 185-186 og Jakhelln m.fl. (2017) s. 1120.

⁷⁵ Fanebust (2017) s. 177. Av samme oppfatning er Fougner m.fl. (2016) s. 305 og Jakhelln m.fl. (2017) s. 1121.

4 Relevante momenter for arbeidsgivers adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen

4.1 Innledning

I *Gresvig-dommen* uttalte Høyesterett at det i *Hillesland-* og *Sparebanken-dommen* "fremheves momenter som kan tilsi at arbeidsgiver må ha anledning til å benytte en mindre utvelgelseskrets enn hele selskapet".⁷⁶ Retten slo imidlertid at fast dommene verken "oppstiller minstekrav" eller "trekker opp rammer" for hvilke hensyn som er relevante i vurderingen av arbeidsgivers adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen. Retten bemerket at spørsmålet "må bedømmes konkret i det enkelte tilfellet", og at "en lang rekke hensyn" kan trekkes inn i vurderingen.⁷⁷

Senere rettspraksis bekrefter at domstolene vil legge vekt på en rekke ulike hensyn og omstendigheter i saklighetsvurderingen. Samtidig utpeker enkelte momenter seg som særlig relevante og tungtveiende. Gjennomgangen nedenfor tar sikte på å gjøre rede for de momentene som er gitt størst oppmerksomhet av Høyesterett og Arbeidsretten, ettersom disse er mest relevant i en generell klarlegging av arbeidsgivers adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen, som er denne avhandlingens tema. Det gjøres unntak for ansiennitet, som behandles særskilt i kapittel 5.

4.2 Virksomhetens økonomiske situasjon

Arbeidsgiver har behov for et videre handlingsrom når virksomhetens økonomiske situasjon er alvorlig. Manglende adgang til å innsnevre kretsen i en krevende økonomisk situasjon kan gjøre nedbemanningen særlig kostnads- og tidkrevende, blant annet fordi et stort antall arbeidstakere må vurderes mot hverandre. Slik belastning kan skape behov for enda flere oppsigelser og øke risikoen for konkurs i en tid hvor virksomheten raskt må redusere kostnader. På dette grunnlag er det i rettspraksis og juridisk teori lagt til grunn at virksomhetens økonomiske situasjon har stor betydning for arbeidsgivers adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen.⁷⁸

I *Hillesland-dommen* var bedriften i en "alvorlig situasjon hvor effektivitetshensyn gjorde seg gjeldende med stor styrke",⁷⁹ og partene var enige om at bemanningen måtte reduseres med fire

⁷⁶ Rt-2015-1332 (avsnitt 38).

⁷⁷ Rt-2015-1332 (avsnitt 42).

⁷⁸ Fougner m.fl. (2016) s. 300 flg., Storeng m.fl. (2017) s. 602 og Våg (2016) s. 212.

⁷⁹ Rt-1986-879 s. 887.

stillinger. I forbindelse med innsnevringen av utvelgelseskrets erkjente førstvoterende at de oppsagte arbeidstakerne etter en opplæringsperiode kunne fylt stillinger i andre avdelinger i virksomheten, hvilket trakk i retning av at utvelgelseskretsen manglet saklig grunnlag. Det forelå imidlertid "sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingenes forskjellige oppgaver" i virksomhetens vanskelige økonomiske situasjon.⁸⁰ Retten godtok beslutningen om å ikke flytte arbeidstakere mellom avdelingene, og fant dermed at utvelgelseskretsen var saklig avgrenset.

I *Sparebanken-dommen* beskrev Høyesterett virksomhetens situasjon som "prekær" og holdt frem at den hadde "krevet svære offentlige tilskudd og drastiske endringer i bankens oppbygging om den skulle ha muligheten for å overleve".⁸¹ Banken avgrenset utvelgelseskretsen til hver enkelt av filialene som ble besluttet nedlagt, slik at de filialansatte ikke ble vurdert mot andre arbeidstakere i virksomheten. Banken hadde vurdert alternative løsninger, som å gjennomføre oppsigelser ved avdelingskontorer og filialer som ikke skulle legges ned. Dette ville forhindret oppsigelse av arbeidstakere med god ansiennitet og kompetanse fra filialene som ble lagt ned. Banken fant imidlertid de alternative løsningene mindre praktiske, og fryktet dessuten at de kunne skape større uro i virksomheten. Virksomhetens økonomiske situasjon, sammenholdt med blant annet geografiske forhold, gjorde at bankens avgrensning av utvelgelseskrets ble godtatt som saklig.

Arbeidsgivers avgrensning av utvelgelseskrets ble derimot ikke godtatt i RG-1990-1098 *Spennbetong*. På generelt grunnlag uttalte lagmannsretten at "avdelingsvise oppsigelser" må kunne tillates "dersom det ville medføre vesentlige driftsmessige farer eller ulemper å overføre de ansatte fra en avdeling til en annen". Retten bemerket samtidig at "[h]vor bedriften kan tåle det må derimot bedriftsansiennitet normalt følges".⁸²

Uttalelsen er fra lagmannsretten, og man må derfor være varsom med å trekke generelle slutninger fra den. Saksforholdet er likevel av interesse som illustrasjonsmateriale: En betongelementfabrikk måtte gå til oppsigelse av 21 av totalt 81 ansatte. Arbeidsgiver hadde avgrenset utvelgelseskretsen til hver av de åtte ulike arbeidsstasjonene som inngikk i samme produksjonseenhet. Innenfor hver enkelt arbeidsstasjon ble arbeidstakerne vurdert adskilt etter

⁸⁰ Rt-1986-879 s. 888.

⁸¹ Rt-1992-776 s. 781.

⁸² RG-1990-1098 s. 1105.

utvelgelseskriteriene ansiennitet, kompetanse og sykefravær. Lagmannsretten konkluderte at avgrensningen av utvelgelseskrets manglet saklig grunnlag:

Det er ikke naturlig å se de enkelte arbeidsstasjoner i produksjonen separat. Dette er funksjoner som utfyller hverandre i en produksjonsenhet. Der var ikke spørsmål om formelle kvalifikasjoner eller sertifikater av noe slag, hele arbeidsstokken var ufaglært. Bedriften var heller ikke i en akutt krisesituasjon ved innskrenkningene.⁸³ (min understreking)

Uttalelsen tyder på at retten ville vært mer tilbøyelig til å godta utvelgelseskretsen dersom bedriften befant seg i en "akutt krisesituasjon". Da en slik situasjon ikke forelå, var det ikke saklig grunnlag for å avgrense utvelgelseskretsen. Når det er sagt, synes inndelingen av én produksjonsenhet til åtte adskilte utvelgelseskretser uansett å ha manglet saklig grunnlag, og det er ikke sikkert at domstolene ville akseptert avgrensningen i dag, selv om virksomhetens økonomiske situasjon skulle vært enda vanskeligere.

Virksomhetens økonomiske situasjon ble heller ikke vurdert som "prekær" i *Nokas-dommen*. Arbeidsgiver hadde her fått redusert avtalen med en oppdragsgiver, og partene var enige om at det var nødvendig med bemanningsreduksjon. Om den økonomiske situasjonen uttalte Arbeidsretten:

Både i Rt-2015-1332 og i de to sakene som Høyesterett der henviser til, var virksomhetene i en prekær økonomisk situasjon. Det er ikke anført at det er situasjonen for Nokas. Riktignok skyldes nedbemanningen en reduksjon i aktiviteten, en reduksjon som også har fortsatt i 2016, men slik flertallet ser det utgjør ikke den økonomiske situasjonen i Nokas et tilstrekkelig tungtveiende hensyn.⁸⁴ (min understreking)

Våg har reist spørsmål om den understrekede formuleringen kan forstås slik at virksomhetens økonomiske situasjon *alene* kan være et tilstrekkelig tungtveiende hensyn til å begrense utvelgelseskretsen.⁸⁵ Det kan for eksempel tenkes et tilfelle der virksomhetens økonomiske situasjon er så alvorlig at det umiddelbart må iverksettes tiltak for at virksomheten skal unngå konkurs. Til inntekt for dette viser Våg til uttalelsen i *Gresvig-dommen* om at arbeidsmiljøloven

⁸³ RG-1990-1098 s. 1106.

⁸⁴ AR-2016-17 (avsnitt 83).

⁸⁵ Våg (2016) s. 213.

ikke kan forstås "slik at den pålegger bedrifter prosesser som blir uforholdsmessige tyngende, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte."⁸⁶

Spørsmålet er ikke særlig praktisk, da det er vanskelig å se for seg et tilfelle der det *kun* er virksomhetens økonomiske situasjon som taler for at innsnevring av utvelgelseskretsen er saklig. Det synes heller ikke å eksistere rettspraksis hvor dette har vært tilfelle. Fravær av øvrige momenter som trekker i retning av at avgrensning av kretsen vil være saklig, forutsetter antakelig at det er tale om en liten virksomhet med ett driftssted og et begrenset antall ansatte. For den type virksomheter vil det vanligvis ikke finnes slike *praktiske ulemper* som gjør at arbeidsgiver har saklig grunn til å innsnevre kretsen, selv om den økonomiske situasjonen skulle være prekær. Dette er nettopp fordi premissene for at virksomhetens økonomiske situasjon *alene* skal begrunne en avgrensning av utvelgelseskretsen, forutsetter at de faktiske omstendighetene ellers er håndterbare.

I forlengelsen av dette synes momentet virksomhetens økonomiske situasjon å være av begrenset *selvstendig* betydning i saklighetsvurderingen. Virksomhetens økonomiske situasjon er derimot et tungtveiende hensyn som en slags støttefaktor for andre momenter, jf. for eksempel *Sparebanken-dommen*. Her fikk de utfordrende geografiske forholdene stor vekt fordi virksomheten var i en prekær økonomisk situasjon og måtte redusere bemanningen raskt. Hvis virksomheten ikke hadde vært i en vanskelig økonomisk situasjon, er det mindre sannsynlig at innsnevringen av krets til hver enkelt av filialene som skulle legges ned, ville blitt godtatt.

Det må samtidig bemerkes at det ikke er et selvstendig krav at virksomheten befinner seg i en *prekær*, eller for den saks skyld *vanskelig* økonomisk situasjon, for at arbeidsgiver skal ha adgang til å avgrense utvelgelseskretsen. Selv for virksomheter med god økonomi har Høyesterett anerkjent at bedrifter har behov for å gjennomføre omstillinger for å tilpasse seg "markedsutviklingen og konkurransesituasjonen",⁸⁷ eventuelt for å overleve "i en bransje preget av stor innovasjonstakt og intens konkurranse".⁸⁸ Adgangen til å innsnevre utvelgelseskretsen kan i slike tilfeller sies å være begrunnet i virksomhetens behov for fleksibilitet og verdiskapning, fremfor hensynet til å sikre virksomhetens overlevelse på kort sikt.⁸⁹

⁸⁶ Rt-2015-1332 (avsnitt 43).

⁸⁷ Rt-2015-1332 (avsnitt 49).

⁸⁸ HR-2019-1986-A (avsnitt 64).

⁸⁹ Virksomheters behov for gjentakende omstillinger behandles i kapittel 4.7.

4.3 Geografiske forhold

Virksomheter kan ha driftssteder spredt over store geografiske områder. Geografiske forhold har betydning for arbeidsgivers adgang til å innsnevre utvelgelseskretsen fordi det ofte vil være upraktisk og ressurskrevende å vurdere og eventuelt omplassere arbeidstakere mellom enheter som ligger langt fra hverandre.

Momentet ble trukket frem i *Sparebanken-dommen*. Virksomheten skulle legge ned 18 av 48 filialer som lå spredt i Troms og Finnmark, og førstvoterende uttalte at blant annet som følge av det "meget betydelige geografiske område banken dekket [...] var det ikke urimelig å vurdere hver avdeling for seg".⁹⁰

Synspunktet ble fulgt opp i *Gresvig-dommen*. Her mente Høyesterett at det var "naturlig å ta utgangspunkt i at det gjelder et selskap med om lag 2000 ansatte fordelt på ca. 100 butikker med en betydelig geografisk spredning".⁹¹ Utvelgelseskretsen ble innsnevret til avdelingen som skulle legges ned, og avdelingens eneste arbeidstaker ble sagt opp. Et mulig alternativ kunne her ha vært å avgrense utvelgelseskretsen til avdelinger i geografisk nærhet til Intersport Profil. Etter rettens syn var det imidlertid vanskelig å se hvilke avdelinger som – i tillegg til Intersport Profil – eventuelt skulle ha inngått i en større utvelgelseskrets:

Det er ingen opplysninger om at det er opprettet divisjoner som har ansvaret for bestemte distrikter, og det vil, i hvert fall i mange tilfeller, ikke være klart hvilke butikker som skulle inngå i en eventuell større utvelgelseskrets.⁹²

Virksomheten var dessuten organisert slik at butikkene i stor grad opererte selvstendig, og de rapporterte direkte til selskapets sentralledelse. Det kunne derfor raskt ha oppstått tvist om hvilke avdelinger som skulle inngått i en eventuelt større utvelgelseskrets.⁹³

I LH-2015-189365 *KappAhl* hadde virksomheten lagt ned butikken i Amfi Pyramiden i Tromsø, og utvelgelseskretsen ble avgrenset til denne enheten, selv om virksomheten hadde flere butikker i Tromsø. Om dette uttalte flertallet at "[e]n utvelgelseskrets basert på for eksempel alle avdelingene/butikkene innenfor et avgrenset geografisk område – for eksempel Tromsø –

⁹⁰ Rt-1992-776 s. 782.

⁹¹ Rt-2015-1332 (avsnitt 47).

⁹² Rt-2015-1332 (avsnitt 47).

⁹³ Våg (2016) knytter bemerkninger til forståelsen av momentet i rettspraksis og mener at arbeidsgiver i Rt-2015-1332 burde håndtert spørsmålet om avgrensning av utvelgelseskrets annerledes, se s. 210-211.

ville ha vært både relevant og mulig".⁹⁴ Flertallet fant at arbeidsgivers avgrensning av utvelgelseskrets var usaklig.

Det ville ikke ha bydd på særlige praktiske problemer i *KappAhl-dommen* om utvelgelseskretsen ble avgrenset til virksomhetens avdelinger i Tromsø. Avgjørelsen skiller seg fra *Sparebanken-dommen* hvor virksomhetens økonomi, den geografiske avstanden mellom filialene og tidspresset gjorde at en annen løsning enn separate utvelgelseskretser ville bydd på store praktiske problemer. At bankens ordning fikk enkelte uheldige utslag måtte ifølge retten aksepteres, da ordningen det var lagt opp til måtte "håndheves konsekvent".⁹⁵

RG-1992-870 *Skogeierlag* gjaldt oppsigelsen av to skogarbeidere som følge av mangel på arbeidsoppdrag. Skogeierlaget var delt inn i ulike distrikter, og utvelgelseskretsen ble avgrenset til Kvinesdaldistriktet. Lagmannsretten noterte seg at virksomheten var "spredt over store geografiske områder", og at distriktsavdelingene var "uten særlig sterk tilknytning hverken til den sentrale del av virksomheten eller distriktsavdelingene imellom".⁹⁶ Dette var forhold som trakk i retning av at avgrensningen av utvelgelseskretsen til Kvinesdaldistriktet var saklig.

Det kom imidlertid frem under bevisførselen at distriktsgrensene hadde blitt justert flere ganger uten at dette førte til problemer med hensyn til arbeidsområdet for skogsarbeiderne. Skogeierlaget hadde dessuten ved flere anledninger benyttet skogsarbeidere til arbeid utenfor sine faste distrikter, også mot deres ønske.⁹⁷ Dette tilsa at virksomhetens inndeling i geografiske distrikter hadde begrenset betydning i praksis, og at de geografiske forhold ikke var så problematiske at de kunne begrunne innsnevringen av utvelgelseskrets til Kvinesdaldistriktet som saklig. Oppsigelsene ble kjent ugyldige.

Oppsummert viser gjennomgangen at utvelgelseskretser som strekker seg over store avstander kan by på praktiske problemer for virksomheten, og at geografiske forhold på dette grunnlag kan få betydelig vekt i saklighetsvurderingen, jf. *Sparebanken-* og *Gresvig-dommen*. Når det er sagt synes ikke momentet å være tillagt samme vekt i rettspraksis som for eksempel virksomhetens økonomiske situasjon. Geografiske forhold vil antakelig – i de fleste tilfeller – inngå som et mer alminnelig moment i helhetsvurderingen av utvelgelseskretsens saklighet.

⁹⁴ LH-2015-189365.

⁹⁵ Rt-1992-776 s. 783.

⁹⁶ RG-1992-870 s. 878.

⁹⁷ RG-1992-870 s. 879.

4.4 Virksomhetens struktur

Virksomhetens struktur har ved flere anledninger fått betydning for arbeidsgivers avgrensning av utvelgelseskrets. Rettspraksis viser at hvis det er grunnlag for å innsnevre utvelgelseskretsen, gjøres dette ofte til en avdeling, filial, divisjon eller til en annen naturlig avgrensning i organisasjonsstrukturen.

For vurderingen av om innsnevringen av utvelgelseskrets til en bestemt enhet i virksomheten er saklig, er enhetens selvstendighet av betydning. Hvis enheten har stor grad av selvstendighet, vil det lettere godtas som saklig at den holdes adskilt fra andre enheter i utvelgelsen. Dette kommer til uttrykk i *Sparebanken-dommen*. Her hadde en rekke av filialene som ble besluttet lagt ned nylig blitt innlemmet Sparebanken Nord-Norge gjennom fusjoner av en gruppe lokalbanker. Filialenes tilknytning til virksomheten for øvrig var dermed begrenset. Dette bidro etter rettens syn til at det ikke var urimelig å vurdere avdelingene hver for seg. Til inntekt for dette viste retten til at ansettelsesmyndigheten i virksomheten var tillagt filialene:

I og med at ansettelsesforholdene for arbeidstakere ved filialene var knyttet til disse, var det også et naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratre når filialen ble nedlagt.⁹⁸

Høyesterett la med dette vekt på hva som var de ansattes tilknytningspunkt i virksomheten.⁹⁹ Synspunktet ble fulgt opp i *Gresvig-dommen*, hvor utvelgelseskretsen ble avgrenset til avdelingen Intersport Profil, som kun hadde én ansatt. Retten uttalte her at "[d]en enkelte vil i all hovedsak utføre arbeid i den avdeling der denne er ansatt; det er denne avdelingen som er den ansattes primære tilknytningspunkt til selskapet."¹⁰⁰

Høyesterett mente for øvrig – som nevnt – at det var vanskelig å se hvilke avdelinger som eventuelt skulle ha inngått i en større utvelgelseskrets, da det ikke var opprettet divisjoner eller lignende som hadde ansvaret for bestemte avdelinger.¹⁰¹ Virksomheten var organisert slik at butikkene i stor grad opererte selvstendig, og de rapporterte direkte til selskapets sentralledelse. Avdelingenes grad av selvstendighet bidro til at det var saklig grunnlag for innsnevringen av utvelgelseskrets.

⁹⁸ Rt-1992-776 s. 782.

⁹⁹ Se også Våg (2016) s. 212.

¹⁰⁰ Rt-2015-1332 (avsnitt 48).

¹⁰¹ Rt-2015-1332 (avsnitt 47).

Sammenlignet med *Gresvig-dommen* fant Arbeidsretten i *Nokas-dommen* et klarere alternativ til utvelgelseskrets. Her gjorde arbeidstakersiden gjeldende at kretsen – som var avgrenset til Sola Heliport – var for snever, og at et saklig alternativ ville vært Sør-Rogaland, hvor Nokas hadde 20 driftsteder. Arbeidsgiversiden innvendte at Sør-Rogaland ikke var noen selvstendig enhet, og derfor ikke kunne utgjøre utvelgelseskrets. Arbeidsretten så slik på spørsmålet:

Arbeidsrettens flertall kan ikke se at utvalgskretsen nødvendigvis må følge grensene for en avdeling. Dersom man skulle legge Avdeling Rogaland til grunn ville man få en utvalgskrets som strakte seg fra Haugesund i nord til lengst sør på Jæren. Dette vil innebære nokså store geografiske avstander. I tråd med rettspraksis har Arbeidsrettens flertall kommet til at det er saklig å vektlegge dette og avgrense utvalgskretsen til Sør-Rogaland.¹⁰²

På generelt grunnlag fant arbeidsretten det uproblematisk at utvelgelseskretsen ikke fulgte grensene for en avdeling, divisjon eller lignende.

Det kan tenkes at avgrensning av utvelgelseskrets i henhold til tradisjonelle organisasjonslinjer som divisjoner, avdelinger og filialer vil bli mindre relevant i fremtiden. Virksomheters organisasjonsstrukturer er i økende grad komplekse med mer spesialiserte stillinger, noe som innebærer at det ofte bare vil være én eller et par ansatte i hver stillingskategori per enhet.

Rettspraksis viser at dersom arbeidstakere ikke blir vurdert mot sammenlignbare alternativer i utvelgelsen, kan dette føre til at ansiennitetsprinsippet blir stående uten betydning, og at oppsigelsen på dette grunnlag er ugyldig etter Hovedavtalen § 8-2. *Telenor-dommen* er et eksempel på dette: I saken talte virksomhetens struktur isolert sett i favør av at utvelgelseskretsen var saklig avgrenset. Virksomheten var inndelt i separate divisjoner som hadde egen ledelse, egne budsjetter og egne virksomhetsplaner.

Likevel fant retten at den valgte utvelgelseskretsen – businessdivisjonen i Trondheim – var usaklig. Grunnen til dette var at A var den eneste innenfor kretsen i sin stillingskategori, slik at det ikke var noen ansatte i liknende stillinger i enheten som A kunne vurderes mot. Dermed mistet As ansiennitet "enhver betydning som utvelgelseskriterium".¹⁰³

Et naturlig spørsmål er hvordan Telenor kunne ha innsnevret utvelgelseskretsen for å oppfylle saklighetskravet etter Hovedavtalen. I avsnitt 72 uttalte retten at Telenor ikke hadde foretatt

¹⁰² AR-2016-17 (avsnitt 88).

¹⁰³ HR-2019-1986-A (avsnitt 72).

noen konkret vurdering av om kretsen kunne tilpasses den "spesielle situasjonen, for eksempel ved å ta hensyn til om kretsen kunne utvides til andre divisjoner ved Trondheims-kontoret." I lys av den geografiske spredningen mellom Telenors kontorer var det antakelig lite aktuelt å utvide kretsen til andre kontorer enn Trondheimskontoret. Alternativet var dermed å utvide kretsen til andre divisjoner ved samme kontor. Om dette uttalte retten:

Selv om divisjon er et saklig og naturlig avgrensningskriterium generelt, kan dette ikke utelukke at det må fravikes etter en konkret vurdering, jf. Nokas-dommen avsnitt 88, hvor Arbeidsrettens flertall uttaler at utvelgelseskretsen ikke nødvendigvis må følge grensene for en avdeling.¹⁰⁴

Høyesterett gikk ikke nærmere inn på om utvidelse av utvelgelseskretsen til en annen divisjon ved Trondheimskontoret ville sikret at As ansiennitet ikke ble stående uten betydning. Det avgjørende for retten var tilsynelatende at Telenor ikke hadde vurdert å utvide kretsen for å tilpasse den til situasjonen.

På bakgrunn av rettspraksis synes virksomhetens struktur å være av mer selvstendig betydning i saklighetsvurderingen enn for eksempel geografiske forhold. De to momentene henger naturligvis sammen fordi geografi virker bestemmende for hva som utgjør en enhet eller en sammensetning av enheter i virksomheten. Virksomhetens struktur har imidlertid større selvstendig betydning fordi den normalt reflekterer virksomhetens inndeling, hvis det først er rom for å gjøre unntak fra utgangspunktet om at hele virksomheten er utvelgelseskrets.

Virksomhetens struktur har betydning også fordi det gjerne vil anses saklig å innsnevre kretsen til den enhet der bemanningsreduksjonen skal skje, jf. *Gresvig-dommen*¹⁰⁵ og *Posten II-dommen*.¹⁰⁶ Momentet er imidlertid langt fra avgjørende. Dette viser *Nokas-dommen* (med tilslutning i *Telenor-dommen*), hvor arbeidsretten uttalte at utvelgelseskretsen ikke nødvendigvis må følge grensene for en avdeling.¹⁰⁷ Det antas at dette synspunktet gjelder generelt for enheter innad virksomheten.

¹⁰⁴ HR-2019-1986-A (avsnitt 73).

¹⁰⁵ Rt-2015-1332 (avsnitt 44-46).

¹⁰⁶ HR-2017-561-A (avsnitt 69).

¹⁰⁷ AR-2016-17 (avsnitt 88) og HR-2019-1986-A (avsnitt 73).

4.5 Virksomhetens praksis i nedbemanningsprosesser

Hvis virksomheten kan påvise en ensartet praksis i nedbemanningsprosesser, vil det kunne få stor betydning i saklighetsvurderingen. Grunnen til dette er at faste praksiser skaper forutberegnelighet for de ansatte og forhindrer at nedbemanninger rammer vilkårlig innen virksomheten. Generelt vil en praksis gjerne fremstå mer saklig jo lenger og mer konsekvent den har vært fulgt.

En forutsetning for at virksomhetens praksis skal få betydning i saklighetsvurderingen, er at den kan dokumenteres. I *Skogeierlag-dommen* anførte arbeidsgiver at virksomheten hadde fast praksis om å anse hvert servicedistrikt som egne enheter i nedbemanninger. Dette ble brukt som begrunnelse for at de oppsagte arbeidstakerne, som hadde arbeidet i Kvinesdaldistriktet, ikke ble vurdert omplassert til andre distrikter. Lagmannsretten kunne imidlertid ikke se at praksisen var tilstrekkelig dokumentert, og uttalte at: "Det er fra den ankende parts side ikke dokumentert å foreligge noen praksis med hensyn til oppsigelser ved driftsinnskrenkninger, hverken i den ene eller annen retning".¹⁰⁸ Arbeidsgivers påståtte praksis ble derfor stående uten betydning.

I *Gresvig-dommen* kunne arbeidsgiver derimot dokumentere at virksomheten hadde fulgt praksisen om å forholde seg "til at den enkelte butikk som berøres er utvelgelseskrets" siden 2009.¹⁰⁹ Bedriften hadde gjennomgått en betydelig omstilling, og praksisen hadde berørt mange ansatte. Retten bemerket at praksisens saklighet ikke kunne prøves på prinsipielt grunnlag, og at det avgjørende alltid vil være om "de oppsigelser som anvendelsen av den aktuelle praksis i det konkrete tilfellet fører til, tilfredsstillende saklighetskravet".¹¹⁰ Retten uttalte videre at:

Det er likevel klart at en innarbeidet praksis i bedriften etter omstendighetene vil måtte tillegges betydelig vekt. Ikke minst må dette være tilfellet når begrensningen av utvelgelseskretser bygger på kriterier som normalt vil føre til at begrensningen anses saklig.¹¹¹

Høyesterett gikk deretter over på den konkrete saklighetsvurderingen. Her fant retten at virksomhetens praksis bygget på "hensyn som normalt vil måtte lede til at begrensningen anses saklig".¹¹² Videre viste førstvoterende til at den etablerte praksisen hadde,

¹⁰⁸ RG-1992-870 s. 878.

¹⁰⁹ Rt-2015-1332 (avsnitt 44).

¹¹⁰ Rt-2015-1332 (avsnitt 45).

¹¹¹ Rt-2015-1332 (avsnitt 46).

¹¹² Rt-2015-1332 (avsnitt 52).

[...] i hvert fall prinsipielt sett, også hatt den konsekvens at A har unngått å bli trukket inn i oppsigelsesprosessene ved nedleggelse av andre avdelinger. Det er et hensyn i seg selv å unngå forskjellsbehandling.¹¹³

Høyesterett la med dette tilsynelatende vekt på at arbeidstakeren – etter virksomhetens praksis – hadde unngått å bli trukket inn i tidligere nedbemanningsprosesser. Dette virker som et rimelig argument, men er antakelig betinget av at praksisen i seg selv virker saklig: Om en arbeidstaker har blitt trukket inn i tidligere nedbemanningsprosesser eller ikke, sier ingen ting om praksisens saklighet, eller den konkrete oppsigelsens saklighet. Høyesterett ville neppe lagt vekt på hensynet til å unngå forskjellsbehandling dersom praksisen for øvrig fremstod usaklig.

Det har blitt hevdet i juridisk teori at Høyesterett la for stor vekt på virksomhetens tidligere praksis i *Gresvig-dommen*. Våg har pekt på paradokset i at det ble tillagt betydelig vekt at Gresvig hadde en etablert praksis om å gjøre unntak fra lovens hovedregel, og reiste spørsmål om ved hvilke andre rettsområder det ville blitt godtatt som argument at jo flere ganger man har anvendt lovens unntaksregel, desto mindre skal til for å anvende unntaksregelen neste gang.¹¹⁴

Høyesterett har imidlertid bekreftet at bedriftens ensartede praksis etter omstendighetene må tillegges betydelig vekt i saklighetsvurderingen ved flere anledninger, jf. *Posten II*, *NRK-* og *Telenor-dommen*. I den førstnevnte avgjørelsen var Posten bundet av en omstillingsavtale, og et av de førende prinsippene for avtalen – og for Postens omstillingsarbeid for øvrig – var at nedbemanninger skulle ramme så få arbeidstakere som mulig. Om virksomhetens praksis uttalte Høyesterett seg slik:

Hensynet til ensartet praksis i selskapet vil naturlig nok stå sentralt. Det har vært lang tradisjon i Posten for å holde nedbemanningen innenfor den enheten og det arbeidsområdet der omstillingen skjer. Hensynet til ro og forutberegnelighet også for andre, vil da måtte veie tungt.¹¹⁵

Postens praksis fremstod saklig og velbegrunnet, og den hadde blitt praktisert konsekvent i lang tid. Praksisen hadde dessuten grunnlag i avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstakernes

¹¹³ Rt-2015-1332 (avsnitt 56).

¹¹⁴ jf. Våg (2016) s. 217.

¹¹⁵ HR-2017-561-A (avsnitt 78).

tillitsvalgte, og det ville derfor ha krevet tungtveiende grunner for at Høyesterett skulle kommet frem til at avgrensningen av utvelgelseskretsen var usaklig.

Senere, i *NRK-dommen*, viste arbeidsgiver til tidligere praksis ved innsnevring av utvelgelseskretsen til NRK Østlandssendingen. Praksisen hadde imidlertid ikke ledet til oppsigelser, da overtalligheten ved tidligere tilfeller ble løst på andre måter. Arbeidstakersiden gjorde på dette grunnlag gjeldende at praksisen var irrelevant i saklighetsvurderingen. Arbeidsretten så seg ikke enig i dette, og uttalte seg slik:

Saklighetsvurderingen etter Hovedavtalen § 36 trekker opp en ramme for arbeidsgivers vurderinger ved oppsigelse. Sammenlignbar praksis er i dette tilfellet om utvelgelseskretsen har blitt begrenset i forbindelse med omorganiseringer som kan føre til oppsigelser, og på hvilken måte begrensningen er gjort. Det er ikke avgjørende om omorganiseringen faktisk førte til oppsigelser.¹¹⁶

Etter en gjennomgang av NRKs fastlegging av utvelgelseskrets i tidligere omstillingsprosesser, bemerket Arbeidsretten at det ikke fantes eksempler på at *hele* NRK hadde vært utvelgelseskrets. Retten uttalte at selv om praksisen ikke bygget på avtale med de tillitsvalgte (som var tilfelle i *Posten II-dommen*) talte hensynet til likebehandling og forutberegnelighet for at utvelgelseskretsen kunne innsnevres til NRK Østlandssendingen.¹¹⁷ Arbeidsretten konkluderte med at utvelgelseskretsen var saklig avgrenset.

Høyesterett viste til virksomhetens praksis også i *Telenor-dommen*. Det er ikke helt klart hvilken vekt momentet ble tillagt i saklighetsvurderingen, da retten var kortfattet i sin omtale av Telenors praksis:

I denne sammenheng har det videre betydning at tilpasningene av utvelgelseskretsen har støtte i en fast og langvarig praksis i selskapet, jf. Gresvig-dommen avsnitt 46 og NRK-dommen avsnitt 59. Dette bidrar til likebehandling og forutberegnelighet.¹¹⁸

Det avgjørende for retten var at den valgte utvelgelseskretsen etterlot As ansiennitet uten betydning i utvelgelsen, og dette ble gitt størst oppmerksomhet i domspremissene.¹¹⁹

¹¹⁶ AR-2018-18 (avsnitt 59).

¹¹⁷ AR-2018-18 (avsnitt 61).

¹¹⁸ HR-2019-1986-A (avsnitt 67).

¹¹⁹ HR-2019-1986-A (avsnitt 70-75).

Inntrykket fra rettspraksis er at virksomhetens praksis i nedbemanningsprosesser først og fremst er et hensyn som kan tale *for* at innsnevringen av en utvelgelseskrets er saklig. At virksomheten ikke kan dokumentere en fast praksis synes ikke å være anvendt som et argument *mot* at utvelgelseskretsen er saklig avgrenset. Hvis virksomheten først kan dokumentere en entydig og saklig praksis, viser rettspraksis at dette er et tungtveiende moment i saklighetsvurderingen, jf. uttalelsene fra *Gresvig-* og *Posten II-dommen* gjengitt ovenfor. Domstolene vil likevel slå ned på konkret usaklighet, selv om oppsigelsen skulle være i tråd med en i utgangspunktet entydig og saklig praksis, jf. *Telenor-dommen* og *Posten II-dommen*.

4.6 Arbeidsgivers samhandling med ansatte eller tillitsmannsapparatet

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven understreket departementet at det var viktig å styrke de ansattes medvirkning i omstillingsprosesser. Departementet mente at en god og tidlig involvering av de ansatte kunne forhindre utstøting til passive trygdeytelser og bevare arbeidstakernes arbeidsevne- og glede, uten å svekke arbeidsgivers rett og plikt til å gjennomføre nødvendige tiltak for å sikre bedriftens levedyktighet.¹²⁰

Både arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen stiller krav om at arbeidsgiver gjennomfører drøftelser med de ansatte eller tillitsmannsapparatet før det fattes beslutning om oppsigelser.¹²¹ Når arbeidsgiver skal innsnevre utvelgelseskretsen, viser rettspraksis at dette kan skje på bakgrunn av alt fra en omstillingsavtale til at verken de ansatte eller deres representanter vet at det skal finne sted en nedbemanning. Mellom disse ytterpunktene vil arbeidsgiver i ulik grad involvere de ansatte og deres representanter i fastleggingen av utvelgelseskrets, og graden av involvering har betydning i saklighetsvurderingen.¹²²

Hvis utvelgelseskretsen er avgrenset på bakgrunn av avtale med de ansattes representanter, vil dette være et tungtveiende argument for at innsnevringen av krets er saklig, jf. *Posten II-dommen*. Her var spørsmålet om avgrensningen av utvelgelseskrets til to og to distribusjonsenheter var saklig. Omstillingsarbeidet hadde foregått i nært samarbeid med de ansattes organisasjoner og fra 2007 var *Posten* bundet av den såkalte "Omstillingsavtalen". Etter avtalen, som var inngått med tillitsmannsapparatet, skulle utvelgelsen som "hovedregel skje ved det sted

¹²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 16.

¹²¹ Se arbeidsmiljøloven kapittel 8, § 15-1 og Hovedavtalen §§ 9-4 og 9-12.

¹²² Se Våg (2016) s. 215-216.

hvor bemanningsreduksjonen skal tas ut." Begrepet "sted" refererte til ulike enheter innenfor virksomheten, blant annet til "en distribusjonsenhet".¹²³

Høyesterett fant at Postens innsnevring av utvelgelseskrets var i samsvar med omstillingsavtalen. Når det gjaldt hvilken betydning dette skulle få for saklighetsvurderingen, viste retten til Rt-2001-71 *Rasmussen Offshore*. Det fremgikk her at "det i prinsippet må foretas en kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultatet av ansiennitetsavtaler", men at "domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet".¹²⁴

Saksøker i *Posten II-dommen* mente at prinsippet som følger av *Rasmussen Offshore-dommen* kun gjaldt prøvingen av ansiennitetsavtaler, og at avtaler som regulerer fastleggingen av utvelgelseskrets måtte prøves mer intenst.¹²⁵ Høyesterett delte ikke denne oppfatningen:

Etter mitt syn er det ikke mulig å se hva som skulle være grunnlaget for en slik distinksjon. Poenget med et prinsipp om tilbakeholdenhet må være at vi er på et område der autonomien til partene i arbeidslivet står sentralt. Hva partene avtaler å regulere nærmere, må da være underordnet.¹²⁶

Arbeidsmiljøloven § 1-9 setter skranke for hva partene kan avtale ved at "[I]oven kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt." Bestemmelsen bygger på at arbeidstaker – som den presumtvt svakere parten i avtaleforholdet med arbeidsgiver – har behov for vern. Den samme asymmetrien i avtaleforholdet gjelder imidlertid ikke ved kollektive avtaler, der partene antas å i større grad være jevnbyrdige.¹²⁷ Adgangen til å fravike loven til ugunst for arbeidstaker er derfor større ved kollektive avtaler enn ved individuelle avtaler.¹²⁸ Det finnes nok likevel grenser med hensyn til rekkevidden av uttalelsen i *Posten II-dommen* om at "[h]va partene avtaler å regulere nærmere, må da være underordnet".¹²⁹

Som påvist er det klare utgangspunktet at avtaler mellom arbeidsgiver og de ansattes representanter får stor vekt i saklighetsvurderingen, jf. *Rasmussen Offshore-* og *Posten II-*

¹²³ HR-2017-561-A (avsnitt 56-58).

¹²⁴ Rt-2001-71 s. 82.

¹²⁵ HR-2017-561-A (avsnitt 73).

¹²⁶ HR-2017-561-A (avsnitt 74).

¹²⁷ Storeng m.fl. (2020) s. 31.

¹²⁸ Skjønberg m.fl. (2017) s. 47-48.

¹²⁹ HR-2017-561-A (avsnitt 74).

dommen. Det behøver imidlertid ikke være inngått avtale for at involvering av de ansatte skal få betydning: I *Sparebanken-dommen* hadde virksomheten opprettet et omstillingsutvalg bestående av to av de ansattes tillitsvalgte og to representanter for ledelsen. Førstvoterende fant det ikke nødvendig å ta stilling til om utvalget sluttet seg til beslutningen om å avgrense utvelgelseskretsen til de filialer som skulle legges ned. For Høyesterett var det avgjørende at banken gjennomgående "søkte å sikre både bankens og de ansattes interesser", og at de ansatte ikke hadde avgjørende innvendinger mot bankens fremgangsmåte.¹³⁰

I sterk kontrast til arbeidsgivers fremgangsmåte i *Posten II* og *Sparebanken-dommen* står *Skogeierlag-dommen*. Her hadde skogeierlaget uten videre lagt til grunn at distriktene måtte anses som egne enheter i relasjon til virksomhetsbegrepet, slik at distriktene tjente som adskilte utvelgelseskretser. Retten bemerket "at skogeigarlaget ikke har drøftet dette spørsmål hverken med de ansatte eller deres organisasjoner".¹³¹ Lagmannsrettens flertall konkluderte med at oppsigelsene var usaklige, og uttalte at:

Den manglende drøfting og vurdering utgjør etter flertallets oppfatning en alvorlig mangel i den saklighetsvurdering som skal finne sted før man beslutter hvem som skal sies opp.¹³²

Et liknende tilfelle finnes i *KappAhl-dommen*. Tvisten gjaldt spørsmål om KappAhl hadde saklig grunn til å innskrenke utvelgelseskretsen til butikken på Pyramiden i Tromsø, hvor tre arbeidstakere ble sagt opp da avdelingen ble nedlagt. Lagmannsretten drøftet om virksomhetens praksis om å forholde seg til den enkelte enhet var akseptert uttrykkelig eller stilltiende av de ansatte eller deres tillitsvalgte, men fant at dette ikke var tilfelle:

De ansatte har ikke vært invitert til å delta i utformingen av kriteriene for utvelgelse, og derfor har deres oppfatning om mulige løsninger ikke kommet frem. Det er heller ikke fremkommet noe om at avgrensningen av utvelgelseskrets ved oppsigelse er drøftet av virksomheten selv, i dets organer.¹³³

Flertallet fant det derimot sannsynliggjort at de tillitsvalgte hadde kommet med innsigelser mot virksomhetens praksis ved tidligere oppsigelser. KappAhls avgrensning av utvelgelseskrets ble kjent usaklig.

¹³⁰ Rt-1992-776 s. 781.

¹³¹ RG-1992-870 s. 878.

¹³² RG-1992-870 s. 879.

¹³³ LH-2015-189365 under "Saklighetsvurdering – lagmannsrettens flertall".

Heller ikke i *Gresvig-dommen* hadde arbeidsgiver drøftet oppsigelsen med den ansatte eller hans tillitsvalgte.¹³⁴ Dette ble ikke adressert av Høyesterett, noe som har gjort avgjørelsen til gjenstand for kritikk i juridisk teori. Våg mener at avgrensningen av utvelgelseskretsen burde blitt kjent usaklig fordi den ikke bygget på forsvarlig saksbehandling: Utvelgelseskretsen ble fastsatt ensidig av arbeidsgiver og det forelå ingen dokumentasjon av vurderingene som lå til grunn for valget av utvelgelseskrets.¹³⁵

Et poeng i denne saken er at utvelgelseskretsen var fastlagt i samsvar med entydig og langvarig praksis i virksomheten. Anvendelse av en praksis som er kjent blant arbeidstakerne, og som ikke har møtt motstand tidligere, kan muligens lempe noe på drøftingsplikten i det enkelte tilfelle. Forholdet ble imidlertid ikke kommentert av Høyesterett, og det er derfor uvisst om dette bidro til at retten godtok avgrensningen av utvelgelseskrets.

Det helhetlige inntrykket fra rettspraksis er at dersom arbeidsgiver har forsøkt å komme til enighet med de ansattes representanter, eller på annen måte har demonstrert forsøk på å ivareta de ansattes interesser, vil innsnevringen av utvelgelseskrets lettere godtas. Det er antatt i juridisk teori at domstolene stort sett vil respektere innsnevringen av utvelgelseskrets hvis arbeidsgiver i samråd med de ansattes representanter kommer til at det er saklig grunn til å avgrense kretsen.¹³⁶ Manglende samarbeid og drøftelser, eventuelt uenigheter med de ansatte, vil trekke i motsatt retning og kan lede til at avgrensningen av utvelgelseskrets kjennes usaklig.

4.7 Virksomhetens behov for gjentakende omstillinger

Høyesterett har anerkjent at virksomheter kan ha behov for gjentakende omstillinger. Hvis virksomheten har et slikt behov, vil dette tale for at utvelgelseskretsen kan avgrenses. I *Telenor-dommen* innledet førstvoterende den konkrete vurderingen slik:

Selskapets virksomhet er i en bransje preget av stor innovasjonstakt og intens konkurranse, ikke minst fra utenlandske aktører. Behovet for gjentakende omstillinger – slik selskapets historie fra 2006 viser – er reelt. Hensynet til at Telenor Norge ikke skal utsettes for uforholdsmessig

¹³⁴ Det fremgår av LA-2014-109831 at det ikke fant sted drøftelser med de tillitsvalgte eller den ansatte i *Gresvig Detaljhandel AS*. Høyesterett avgjorde saken på samme faktiske grunnlag som lagmannsretten, jf. Rt-2015-1332.

¹³⁵ Våg (2016) s. 216.

¹³⁶ Fougner m.fl. (2016) s. 303.

tyngende omstillingsprosesser taler derfor for at utvelgelseskretsen kan begrenses til deler av selskapet.¹³⁷

Uttalelsen viser hvordan virksomhetens behov for gjentakende omstillinger gir seg utslag i saklighetsvurderingen.

Det var imidlertid *Gresvig-dommen* som var den første avgjørelsen hvor Høyesterett omtalte betydningen at av det var tale om en "løpende tilpasning til markedsutviklingen og konkurransesituasjonen", fremfor "én nedbemanningsprosess".¹³⁸ Førstvoterende forklarte at en prosess som "kanskje ikke ville være urimelig tyngende for bedriftene om den kunne gjennomføre[s] som et engangstiltak, vil kunne være vesentlig mer tyngende dersom tilpasningene er stadig tilbakevendende". Retten begrunnet dette i at gjentatte prosesser som involverer et stort antall ansatte vil føre til mangel på ro og opplevd stabilitet i virksomheten.¹³⁹ I tillegg vil det kunne legge beslag på betydelige ledelsesressurser, noe som er særlig uheldig i en omstillingsprosess.¹⁴⁰ Høyesterett bemerket for øvrig at momentet må sees i sammenheng med virksomhetens økonomi og andre forretningsmessige utfordringer.¹⁴¹

At nedbemanningen var del av en løpende, langvarig omstillingsprosess, ble tillagt vekt også i *Posten II-dommen*.¹⁴² Retten omtalte Posten som en organisasjon "i kontinuerlig omstilling",¹⁴³ og viste til at Posten hadde vært utsatt for omstendigheter som foranlediget omstrukturering og nedbemanning: Postmengden var halvert i løpet av de siste 15 år, og deler av postmonopolet var blitt konkurranseutsatt. Dette var forhold som gjorde det nødvendig med gjentatte reduksjoner i bemanningen.¹⁴⁴

Ettersom Posten hadde hatt, og i fremtiden ville ha behov for gjentatte omstillinger, fant retten at det var behov for å "skjerme tilsatte som ikke er direkte berørt av omstillingstiltaket".¹⁴⁵ Uttalelsen viser at skillet mellom én nedbemanning og nedbemanning som ledd i en lengre prosess henger nært sammen med hensynet til å redusere uro og usikkerhet for de ansatte.

¹³⁷ HR-2019-1986-A (avsnitt 64).

¹³⁸ Rt-2015-1332 (avsnitt 49).

¹³⁹ Rt-2015-1332 (avsnitt 42).

¹⁴⁰ Rt-2015-1332 (avsnitt 50).

¹⁴¹ Rt-2015-1332 (avsnitt 42).

¹⁴² HR-2017-561-A (avsnitt 48 flg.).

¹⁴³ HR-2017-561-A (avsnitt 77).

¹⁴⁴ HR-2017-561-A (avsnitt 50).

¹⁴⁵ HR-2017-561-A (avsnitt 77).

Risikoen for å bli omplassert eller sagt opp kan være en vesentlig påkjenning for arbeidstakerne, som kan få ringvirkninger for bedriften: Uro blant de ansatte kan påvirke produktiviteten, og mangel på opplevd stabilitet kan gjøre virksomheten til en mindre attraktiv arbeidsplass. Konsekvensene for de ansatte av en omstilling vil imidlertid reduseres når nedbemanningen avgrenses til en del av virksomheten ettersom færre berøres. På den andre siden kan stillingsvernet svekkes for de ansatte som omfattes av den innsnevrede kretsen.

I *Telenor-dommen* var virksomheten organisert i separate divisjoner, og utvelgelseskretsen var avgrenset til businessdivisjonen i Trondheim. Høyesterett trakk frem hensynet til å redusere uro og usikkerhet som et argument til støtte for at avgrensningen var saklig:

[...] 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.¹⁴⁶

Hensynet til å redusere uro og usikkerhet for de ansatte vil være særlig relevant der nedbemanningen er del av en langvarig omstillingsprosess med flere nedbemanningsrunder. Hvis det er tale om nedbemanning som et enkelttiltak, må en større andel av virksomhetens arbeidstakere regne med å bli berørt av omstillingen.

4.8 Arbeidsgivers dokumentasjon for utvelgelsen

Det er krav om at arbeidsgiver kan dokumentere sin skjønnsutøvelse i utvelgelsesprosessen. I dette kravet ligger at arbeidsgiver kan dokumentere hvilke prinsipper som ligger til grunn for utvelgelsen, begrunnelsen for valg av prinsipper og grunnene for eventuelle avvik fra hovedprinsippene.¹⁴⁷ Hvis arbeidsgiver ikke kan gjøre rede for hva den har lagt vekt på i utvelgelsen, må den regne med at oppsigelsen blir underkjent.

I HR-2019-424-A *Skanska* var partene enige om at det var nødvendig med bemanningsreduksjon, og om at utvelgelseskretsen skulle omfatte fagarbeiderne i de to enhetene i virksomhetens anleggsdivisjon. Sakens kjerne gjaldt selve utvelgelsen av arbeidstakerne innenfor kretsen, men avgjørelsen er av generell interesse når det kommer til arbeidsgivers

¹⁴⁶ HR-2019-1986-A (avsnitt 66).

¹⁴⁷ Fanebust (2017) s. 172-173 og Storeng m.fl. (2020) s. 602-603.

dokumentasjon for hvordan utvelgelsen har skjedd. Om kravet til forsvarlig saksbehandling uttalte Høyesterett seg slik:

Det er ikke tvilsomt at arbeidsgiver må gjennomføre en forsvarlig, og for domstolene etterprøvbart, saksbehandling som grunnlag for utvelgelse til oppsigelse ved nedbemanning. Resultatet kan, i mangel av en slik forsvarlig saksbehandling, bli at oppsigelsene kjennes ugyldige.¹⁴⁸

Ifølge lagmannsretten hadde Skanska som grunnlag for å fravike ansiennitetsrekkefølgen fulgt et prinsipp som i praksis innebar at "bare et lite mindretall" av arbeidstakerne innenfor utvelgelseskretsen ble gjenstand for en reell vurdering. Etter Høyesteretts oppfatning førte dette til at vurderingen ble "for smal og ufullstendig å bygge oppsigelsene på", og at domstolenes "etterprøving av sakligheten vil da ikke kunne skje på betryggende måte".¹⁴⁹ Retten la videre til grunn at "[d]ess mer skjønnsmessige og subjektive kriteriene da er, dess bedre dokumentasjon må etter min mening kreves".¹⁵⁰ Skanska manglet tilstrekkelig god dokumentasjon.

Det antas at uttalelsen har generell overføringsverdi til avgrensningen av utvelgelseskrets, ettersom kravet til saklighet gjelder for begge aspekter av utvelgelsesprosessen. Etter synspunktet i *Skanska-dommen* må begrunnelsen for en særlig snever utvelgelseskrets bygge på særlig grundig og etterprøvbart dokumentasjon for at kretsen skal kunne kjennes saklig.

¹⁴⁸ HR-2019-424-A (avsnitt 76).

¹⁴⁹ HR-2019-424-A (avsnitt 79).

¹⁵⁰ HR-2019-424-A (avsnitt 81).

5 Ansiennitetsprinsippet innvirkning på saklighetsvurderingen for valg av utvelgelseskrets

5.1 Ansiennitetsprinsippet i arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen

I utgangspunktet har en virksomhet ikke uten videre plikt til å følge ansiennitetsprinsippet ved nedbemanning: Arbeidsmiljøloven § 15-7 gir ikke uttrykk for slik plikt, eller for den saks skyld at ansiennitetsprinsippet skal ha noen særlig betydning i saklighetsvurderingen. En plikt til å følge ansiennitetsprinsippet må ha særskilt grunnlag,¹⁵¹ og slikt grunnlag foreligger der bedriften er bundet av tariffavtale med ansiennitetsklausul.¹⁵² Hovedavtalen § 8-2 lyder:

Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn. (min understreking)

Ordlyden skiller seg fra aml. § 15-7 ved at ansienniteten er *utgangspunktet* for utvelgelsen, og at det er *unntak fra ansienniteten* som krever saklig grunn. Men det er ikke med dette gitt at ansiennitetsprinsippet *i praksis* har ulik innvirkning på saklighetsvurderingen for valg av utvelgelseskrets etter arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen. Hvilken vekt ansiennitet skal ha vis-à-vis andre saklige hensyn etter Hovedavtalen, må i henhold til avtalens ordlyd avgjøres etter en konkret vurdering. Ordlyden kan ikke forstås slik at ansiennitet alene er avgjørende.

Hvilken innvirkning ansiennitet har på saklighetsvurderingen for valg av utvelgelseskrets, må søkes nærmere klarlagt gjennom rettspraksis. Gjennomgangen nedenfor viser at Høyesterett og Arbeidsretten ikke alltid har vært samkjørte når det gjelder innvirkningen av ansiennitetsprinsippet på saklighetsvurderingen for fastlegging av utvelgelseskrets.

5.2 Utviklingen i rettspraksis

I *Hillesland-dommen* anførte de oppsagte arbeidstakerne at oppsigelsene var usaklige fordi ansiennitetsprinsippet etter Hovedavtalen LO-NAF var fraveket uten saklig grunn. Bedriften

¹⁵¹ Fanebust (2017) s. 178.

¹⁵² En virksomhet kan muligens, etter omstendighetene, være forpliktet å følge ansiennitetsprinsippet på sedvanerettslig grunnlag, jf. Byrettens flertall i Rt-1986-879, se s. 882. Fanebust (2017) mener det eventuelt skal mye til for at virksomheten ikke kan vektlegge andre hensyn innenfor saklighetskravets rammer, jf. s. 179.

var ikke formelt bundet av avtalen, men bedriftseieren hadde lovet å følge "tilsvarende regler" for å unngå at arbeidstakerne skulle organisere seg.¹⁵³ I saklighetsvurderingen viste retten til at det på grunn av virksomhetens vanskelige økonomiske situasjon forelå sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med arbeidstakere som var fortrolige med avdelingens oppgaver. Ansiennitet ble ikke nevnt i denne sammenhengen.¹⁵⁴

Omtalen av ansiennitetsprinsippets betydning for saklighetsvurderingen ved avgrensning av utvelgeskrets var sparsommelig også i *Sparebanken-dommen*. Høyesterett viste til at banken hadde vurdert å gjennomføre oppsigelser ved avdelingskontorene eller ved filialene som ikke ble lagt ned "for å skaffe plass til oppsagte med bedre ansiennitet/kvalifikasjoner fra nedlagte filialer".¹⁵⁵ Høyesterett godtok imidlertid at banken valgte en annen løsning, uten å gå inn på en nærmere vurdering av forholdet til ansiennitetsprinsippet.

I *Gresvig-dommen* ble ansiennitet kun tatt opp i rettens behandling av interesseavveiningen etter arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd. Retten uttalte her at "A var ved oppsigelsen 55 år, og han hadde 10 års ansiennitet, men hverken hans alder eller ansiennitet kan tillegges betydelig vekt i denne sammenheng."¹⁵⁶

I *Nokas-dommen* var spørsmålet for Arbeidsretten om utvelgeskretsen, som var innsnevret til Sola Heliport, var saklig begrunnet etter Hovedavtalen § 8-2. Arbeidsretten hadde ikke tidligere tatt stilling til avgrensning av utvelgeskrets etter Hovedavtalen,¹⁵⁷ og uttalte seg slik om normen:

Det er etter Arbeidsrettens syn ikke grunnlag for at normen for å fravike bedriften eller virksomheten som utvalgskrets er annerledes etter HA § 8-2 første ledd enn etter de ulovfestede reglene.¹⁵⁸

Uttalelsen tilsier at ansiennitetsprinsippets innvirkning på saklighetsvurderingen for valg av utvelgeskrets er den samme etter arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen. Dette passer imidlertid ikke helt overens med Arbeidsrettens uttalelse senere i samme avgjørelse om at Nokas, "ved å

¹⁵³ Rt-1986-879 s. 881.

¹⁵⁴ Rt-1986-879 s. 888.

¹⁵⁵ Rt-1992-776 s. 781.

¹⁵⁶ Rt-2015-1332 (avsnitt 59).

¹⁵⁷ AR-2016-17 (avsnitt 73).

¹⁵⁸ AR-2016-17 (avsnitt 77). Høyesterett kom med lignende uttalelse i HR-2019-1986-A (avsnitt 52): "Følgelig er de rettslige utgangspunktene for saklighetsvurderingen, og momentene som inngår i denne, lang på vei de samme etter arbeidsmiljøloven § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2."

være tariffbundet", hadde "påtatt seg en særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene, med mindre det foreligger saklig grunn til å fravike dem."¹⁵⁹ For at det skal være tale om noen "særskilt forpliktelse" til å følge ansiennitetsreglene, må forpliktelsen gå lenger eller være av annen art enn den som eventuelt skulle følge av loven.

I den konkrete vurderingen delte retten seg i et flertall og mindretall. Flertallet viste til at avdeling Rogaland hadde mange ansatte med kortere ansiennitet enn de tre arbeidstakerne som var blitt sagt opp, og at det til dels var snakk om store ansiennitetsforskjeller.¹⁶⁰ Utvelgelseskretsen var altså avgrenset på en måte som innebar avvik fra ansiennitetsprinsippet. Retten drøftet om Nokas' økonomiske situasjon og de mulige ulempene av en større utvelgelseskrets utgjorde saklig grunn til å gjøre unntak fra ansienniteten, men falt ned på negativ konklusjon:

Arbeidsrettens flertall mener at det i denne saken må veie tyngre at den valgte utvalgskretsen vil kunne medføre at arbeidstakere med kortere ansiennitet, med sammenlignbare arbeidsoppgaver på nærliggende objekter, kan beholde jobben, på bekostning av ansatte med bedre ansiennitet på Sola Heliport. Dersom man i alle tilfeller skulle legge til grunn objekt eller kontrakt som utvalgskrets, ville det i mange tilfeller føre til at ansiennitet helt mistet sin betydning.¹⁶¹ (min understreking)

Arbeidsretten la stor vekt på ansiennitetsprinsippet i saklighetsvurderingen, og uttalelsen gir anvisning på at en utvelgelseskrets som innebærer at "ansiennitet helt mistet sin betydning", vil være usaklig etter Hovedavtalen § 8-2.¹⁶² Dette står i kontrast til den innvirkning ansiennitetsprinsippet fikk på saklighetsvurderingen i *Hillesland-*, *Sparebanken-* og *Gresvig-dommen*.

I *Posten II-dommen* var spørsmålet om avgrensningen av utvelgelseskrets til to og to distribusjonsheter var saklig. Partene var bundet til en omstillingsavtale som slo fast at "utvelgelsen som hovedregel [skal] skje ved det sted hvor bemanningsreduksjonen skal tas ut". Etter avtalen refererte begrepet "sted" til ulike enheter innenfor virksomheten, blant annet til "en distribusjonshet". Omstillingsavtalen slo videre fast at en innsnevring av utvelgelseskrets i alle tilfeller måtte oppfylle arbeidsmiljølovens og Hovedavtalens saklighetskrav.¹⁶³

¹⁵⁹ AR-2016-17 (avsnitt 84).

¹⁶⁰ AR-2016-17 (avsnitt 81).

¹⁶¹ AR-2016-17 (avsnitt 86).

¹⁶² AR-2016-17 (avsnitt 86).

¹⁶³ HR-2017-561-A (avsnitt 56-58).

Den oppsagte arbeidstakeren bestred oppsigelsens saklighet under henvisning til at korrekt anvendelse av ansiennitetsprinsippet "forutsetter at utvalgskretsen har en størrelse som sikrer tilstrekkelig representativitet for den berørte stillingskategorien".¹⁶⁴ I motsatt fall ville ansiennitetsprinsippet bli stående uten reell betydning. Saksøkeren mente at tilstrekkelig representativitet for stillingskategorien distribusjonsleder ikke var oppnådd der to tidligere ledere konkurrerte om samme stilling.

Høyesterett avfeiet anførselen kontant, og viste til at ansiennitet og andre utvelgelseskriterier er irrelevante for saklighetsvurderingen ved fastlegging av utvelgelseskrets:

Det er en saklig begrunnet utvalgskrets som avgrensner hvem som ved overtallighet skal konkurrere om stillingene. Når denne avgrensningen skal foretas, har utvelgelseskriteriet ingen plass. Dette gjelder hva enten det er ansiennitet, kvalifikasjoner, alder eller sosiale forhold – eventuelt en kombinasjon av disse – som skal være styrende for hvem som blir overtallig. Ansiennitet står i så måte ikke i noen særstilling. Etter mitt syn følger dette entydig av Rt-1986-879 (Hillesland), Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge) og Rt-2015-1332 (Gresvig).¹⁶⁵

Retten la med dette til grunn en annen forståelse av ansiennitetsprinsippet innvirkning på saklighetsvurderingen ved avgrensning av utvelgelseskrets etter Hovedavtalen – som Posten var bundet av gjennom Omstillingsavtalen – enn hva Arbeidsretten gjorde i *Nokas-dommen*. Dette til tross for at Arbeidsretten har særskilt kompetanse til å avgjøre spørsmål om tariffavtalers forståelse.¹⁶⁶

Det er ikke innlysende hvordan Høyesteretts forståelse fulgte "entydig" av de henviste dommene. Verken i *Sparebanken-* eller *Gresvig-dommen* hadde arbeidsgiver påtatt seg noen særskilt forpliktelse til å følge ansienniteten, slik Posten gjorde ved omstillingsavtalen. Det kan derfor settes spørsmålsteget ved at Høyesterett viste til avgjørelsene som grunnlag for å uttale at ansiennitet på prinsipielt grunnlag ikke har betydning for innsnevring av utvelgelseskrets.

For øvrig fulgte ikke Høyesterett sin egen uttalelse om at ansiennitet ikke har noen plass ved avgrensning av utvelgelseskrets,¹⁶⁷ da den viste til at "en avgrensning av utvelgelseskretsen til de ti berørte enhetene ikke ville vært til hjelp for A ut fra ansiennitetsprofilen til de andre

¹⁶⁴ HR-2017-561-A (avsnitt 65).

¹⁶⁵ HR-2017-561-A (avsnitt 66).

¹⁶⁶ Jf. arbeidstvistloven, § 34, jf. § 1 bokstav i). Etter HR-2019-424-A (avsnitt 39) må de alminnelige domstolene tolke tariffavtaler på den måten og etter de prinsipper Arbeidsretten har fastslått.

¹⁶⁷ Se også Evju (2017) s. 4.

lederne i disse enhetene". Retten bemerket videre at skulle A "hatt mulighet til fortrinn på grunnlag av tjenestetid, måtte utvalgskretsen ha vært bestemt til ett eller flere distrikter".¹⁶⁸ Dette var etter rettens syn ikke et gangbart alternativ fordi det ville føre til at ledere som ikke var berørt av sammenslåingen ble trukket inn i omstillingsprosessen, noe som ville vært i strid med Omstillingsavtalens prinsipper.

Høyesterett konkluderte med at utvalgskretsen var fastsatt i henhold til Omstillingsavtalen, og at utvalgskretsen var saklig avgrenset. En mulig forklaring på rettens syn er at den la avgjørende vekt på Omstillingsavtalens detaljerte regulering av hvordan Posten kunne innsnevre utvalgskretsen, fremfor den mer generelle henvisningen til saklighetskravet etter Hovedavtalen. Som retten bemerket, må domstolene "vise stor tilbakeholdenhet ved prøvingen" av avtaler mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte.¹⁶⁹

Tatt i betraktning hvordan Høyesterett og Arbeidsretten har håndtert liknende spørsmål i senere saker, er det ikke gitt at *Posten II-dommen* ville fått samme resultat i dag. I *NRK-dommen* var spørsmålet om utvalgskretsen var saklig etter Hovedavtalen mellom Spekter og Norsk journalistlag § 36.¹⁷⁰ I motsetning til Høyesterett i *Posten II-dommen* mente Arbeidsretten at Hovedavtalens ansiennitetsregel gjelder fastlegging av både utvalgskriterier og utvalgskrets.¹⁷¹ Standpunktet ble begrunnet i at "[a]vgrensning av kretsen til deler av en virksomhet kan ha avgjørende betydning for ansiennitet som utvalgskriterium, og dermed for det tariffestede stillingsvernet".¹⁷²

I vurderingen av om det var saklig grunn til å gjøre unntak fra ansienniteten, uttalte Arbeidsretten at "en rekke momenter" kan være relevante, og at "hvilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i utvalgskretsen kan få betydning også når kretsen skal fastsettes". Retten presiserte at det sistnevnte er en annen vurdering enn vurderingen av om det "saklig grunn til å fravike ansienniteten som utvalgskriterium og avveiningen mellom dem".¹⁷³

For å sikre saklighetskravets oppfyllelse må arbeidsgivere som er bundet av Hovedavtalen kartlegge hvilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i utvalgskretsen, og hvilke

¹⁶⁸ HR-2017-561-A (avsnitt 76).

¹⁶⁹ HR-2017-561-A (avsnitt 72).

¹⁷⁰ Bestemmelsen er etter sin ordlyd er lik Hovedavtalen § 8-2, og det antas at samme tolkning gjelder som for denne, jf. Våg (2015) s. 5-6 med videre henvisninger.

¹⁷¹ AR-2018-18 (avsnitt 41).

¹⁷² AR-2018-18 (avsnitt 49).

¹⁷³ AR-2018-18 (avsnitt 49).

konsekvenser kretsen får for ansiennitetsprinsippet. Hvis kretsen omfatter arbeidstakere med lang ansiennitet, mens arbeidstakere med kort ansiennitet faller utenom, vil bedrifts-ansienniteten få mindre betydning. Hvis utvelgelseskretsen gjør at ansiennitetsprinsippet blir "vesentlig svekket"¹⁷⁴ eller "stående uten betydning" som utvelgelseskriterium,¹⁷⁵ eller for øvrig mangler saklig grunnlag, vil oppsigelsen som hovedregel være ugyldig.¹⁷⁶

I *Telenor-dommen* sluttet Høyesterett seg til Arbeidsrettens tolkning av Hovedavtalen. Saken gjaldt spørsmål om Telenors avgrensning av utvelgelseskrets oppfylte kravet til saklig grunn etter at en salgskonsulent med 32 års ansiennitet ble sagt opp, jf. Hovedavtalen § 8-2. Retten la til grunn at de rettslige utgangspunktene for saklighetsvurderingen langt på vei er de samme etter arbeidsmiljøloven § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2,¹⁷⁷ men fremhevet samtidig at:

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

«Ved å være tariffbundet har Nokas påtatt seg en særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene, med mindre det foreligger saklig grunn til å fravike dem.»¹⁷⁸

Førstvoterende gjenga videre uttalelser fra *Nokas-*, *NRK-* og *Posten II-dommen* om ansiennitetsprinsippets betydning for saklighetsvurderingen, og beskrev utviklingen slik at Arbeidsretten i *NRK-dommen* modifiserte det klare skillet Høyesterett trakk opp mellom utvelgelseskrets- og kriterier i *Posten II-dommen*.¹⁷⁹ Som den "sentrale slutning fra *NRK-dommen*" viste førstvoterende til at "*hvilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i utvelgelseskretsen*" må trekkes inn i saklighetsvurderingen når det er nødvendig for å sikre at ansiennitet blir et utvelgelseskriterium. Førstvoterende forstod formuleringen "hvilke arbeidstakere" slik at det ikke skal tas hensyn til "den individuelle arbeidstakerens ansiennitet og kompetanse", men at det kan være nødvendig å ta hensyn til for eksempel "sammensetningen av kretsen med hensyn til stillingskategorier".¹⁸⁰

I ettertid er det reist spørsmål om Høyesterett selv fulgte standpunktet om at en ikke skal ta hensyn til den individuelle arbeidstakerens ansiennitet og kompetanse, og i stedet anlegge en

¹⁷⁴ AR-2018-18 (avsnitt 62).

¹⁷⁵ AR-2016-17 (avsnitt 86).

¹⁷⁶ Merk unntaket som følger av Rt-2015-1332 (avsnitt 36). Se kapittel 3.3.

¹⁷⁷ HR-2019-1986-A (avsnitt 52).

¹⁷⁸ HR-2019-1986-A (avsnitt 53).

¹⁷⁹ HR-2019-1986-A (avsnitt 58).

¹⁸⁰ HR-2019-1986-A (avsnitt 61).

vurdering av utvelgelseskretsen som gruppe.¹⁸¹ Bakgrunnen for spørsmålet er rettens fokus i premissene på at den oppsagte arbeidstakeren hadde 32 års ansiennitet i bedriften, og på at utvelgelseskretsen ble avgrenset slik at hennes ansiennitet ble stående uten betydning, ettersom hun var den eneste i sin stillingskategori.¹⁸² Dette kan forstås slik at retten la avgjørende vekt på en individuell vurdering av As ansiennitet.

Retten konkluderte imidlertid med at ansiennitetsprinsippet var "vesentlig svekket" ut fra en "generell vurdering av antallet arbeidstakere og sammensetningen av stillingene som inngår i kretsen".¹⁸³ Omtalen av at As ansiennitet på 32 år ble stående uten betydning kan dermed ses som en konkretisering av hvordan utvelgelseskretsen – med det antall arbeidstakere og de stillingskategoriene den omfattet – slo ut på det individuelle plan, fremfor at det fant sted en individuell vurdering av den enkelte arbeidstakerens ansiennitet.

Det virker lite sannsynlig at Høyesterett mente å bygge på en strengere forståelse av Hovedavtalen enn det Arbeidsretten gjorde i *NRK-dommen*.¹⁸⁴ Dette som følge av Høyesteretts standpunkt i *Skanska-dommen* om at de alminnelige domstolene må tolke tariffavtaler på den måten og etter de prinsipper Arbeidsretten har fastslått.¹⁸⁵ Det mest nærliggende synes å være at Høyesterett mente å legge vekt på en vurdering av utvelgelseskretsen som gruppe fremfor en individuell vurdering av arbeidstakerens ansiennitet.

5.3 Kommentarer til ansiennitetsprinsippets innvirkning på saklighetsvurderingen

Når en holder det gjennomgåtte rettskildematerialet opp mot hverandre, kan det se ut til at ansiennitetsprinsippet har større innvirkning på saklighetsvurderingen for avgrensning av utvelgelseskrets der virksomheten er bundet av tariffavtale med ansiennitetsklausul, sammenlignet med de tilfeller det kun er arbeidsmiljølovens saklighetskrav som gjelder.

Som grunnlag for oppfatningen kan det vises til at ansiennitetsprinsippet ikke ble nevnt i vurderingen av utvelgelseskretsens saklighet i *Sparebanken-* eller *Gresvig-dommen*, hvor bedriftene ikke var tariffbundet. Dette til forskjell fra *Nokas-*, *NRK-* og *Telenor-dommen*, hvor virksomhetene var bundet av ansiennitetsklausuler, og ansiennitet stod i kjernen av saklighets-

¹⁸¹ Se Thorkildsen (2020) s. 12 flg.

¹⁸² HR-2019-1986-A (avsnitt 71-72).

¹⁸³ HR-2019-1986-A (avsnitt 75).

¹⁸⁴ Av samme oppfatning er Thorkildsen (2020) s. 14-15.

¹⁸⁵ HR-2019-424-A (avsnitt 39).

vurderingen. Oppfatningen har videre støtte i uttalelsen i *Nokas-dommen* om at man ved å være tariffbundet har påtatt seg en "særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene".¹⁸⁶

Det kan også vises til *NRK-dommen*, hvor Arbeidsretten betegnet § 36 i Hovedavtalen Spekter-Norsk journalistlag slik:

Hovedavtalen § 36 er en regel om utvelgelse ved oppsigelse. Ved nedbemanning skal utvelgelsen ta utgangspunkt i ansiennitet. Bestemmelsen er ikke absolutt. Ansiennitet kan fravikes dersom det er saklig grunn til det. Den kortfattede formuleringen er en rettslig standard som stiller krav til arbeidsgivers vurderinger ut over det som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7.¹⁸⁷ (min understreking)

På bakgrunn av rettspraksis til og med 2016 lander Våg på samme konklusjon – at ansiennitet har større betydning etter Hovedavtalen enn etter arbeidsmiljøloven.¹⁸⁸ Thorkildsen slår på sin side fast at det ikke gjelder noe ansiennitetsprinsipp etter arbeidsmiljøloven § 15-7, og at normen for å avgrense utvelgelseskretsen ikke er identisk etter loven og Hovedavtalen. Samtidig bemerker Thorkildsen at anvendelse av ansiennitetsregelen etter Hovedavtalen i praksis ikke nødvendigvis skiller seg vesentlig fra anvendelse av lovens saklighetskrav.¹⁸⁹

På bakgrunn av Høyesterett og Arbeidsrettens anvendelse av ansiennitetsregelen etter Hovedavtalen § 8-2 (og tariffavtaler med samme ordlyd), synes det nærliggende å oppsummere rettsregelen slik: Utvelgelseskretsen kan innsnevres så langt det er saklige grunner for det, så lenge ansiennitetsprinsippet ikke mister sin betydning eller blir vesentlig svekket.

Regelen er rimelig; Hvis utvelgelseskretsen kunne avgrenses uavhengig av ansiennitet, ville arbeidsgiver enkelt kunne omgå de forpliktelser som følger av å være tariffbundet.

¹⁸⁶ AR-2016-17 (avsnitt 84).

¹⁸⁷ AR-2018-18 (avsnitt 40).

¹⁸⁸ Våg (2016) s. 213.

¹⁸⁹ Thorkildsen (2020) s. 12.

6 Avslutning

Fremstillingen viser at arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen avhenger av en rekke forhold. Utgangspunktet er at hele virksomheten er utvelgelseskrets, slik at arbeidsgivers avgrensningsadgang er å betrakte som en unntaksregel. Terskelen er beskrevet slik at det kreves "tungtveiende" hensyn for å fravike utgangspunktet, samtidig som loven ikke kan forstås slik at den pålegger virksomheter "uforholdsmessig tyngende" prosesser.¹⁹⁰ Rettspraksis synes ikke å stille spesielt strenge krav til når unntaksregelen kan benyttes.¹⁹¹

Når det kommer til *hvilke* momenter og hensyn som er relevante for arbeidsgivers avgrensningsadgang, gir rettspraksis fra Høyesterett og Arbeidsretten uttrykk for et nokså enhetlig bilde, med unntak for ansiennitet. Hvis det er anført av partene og er relevant for saken vil domstolene som regel legge vekt på virksomhetens økonomiske situasjon, geografiske og strukturelle forhold ved virksomheten, tidligere nedbemanningspraksis, virksomhetens samhandling med de ansatte, virksomhetens behov for gjentatte omstillinger og hensynet til å redusere uro og usikkerhet blant de ansatte. Ingen nedbemanninger er imidlertid like, og det er klart nok rom for å legge vekt på andre, mer saksspesifikke omstendigheter.¹⁹²

Domstolene har generelt lagt stor vekt på virksomhetenes økonomiske situasjon, og arbeidsgiver vil som tommelfingerregel ha videre handlingsrom jo mer alvorlig økonomisk situasjon virksomheten befinner seg i. Rettspraksis kan tyde på at betydningen av dette momentet *alene* er begrenset, men at det kommer på spissen og får vesentlig vekt der forholdene ellers gjør det byrdefullt for arbeidsgiver å operere med hele virksomheten som utvelgelseskrets.¹⁹³

Som gjennomgangen i kapittel 4 viser, finnes variasjoner i rettspraksis når det kommer til *vektingen* av de ulike momentene. Det kan for eksempel vises til momentet om samhandling mellom arbeidsgiver og de ansatte. Det var et uttalt mål for lovgiver å styrke de ansattes

¹⁹⁰ Rt-2015-1332 (avsnitt 43). Arbeidsretten sluttet seg til angivelsen av terskel for Hovedavtalen § 8-2 i AR-2016-17 (avsnitt 77).

¹⁹¹ Se kapittel 3.2.

¹⁹² Rt-2015-1332 (avsnitt 42).

¹⁹³ Se kapittel 4.2.

medvirkning i omstillingsprosesser,¹⁹⁴ og momentet har blitt tillagt vesentlig vekt i en rekke avgjørelser, jf. *Posten II-*, *Sparebanken-*, *KappAhl-* og *Spennbetong-dommen*.¹⁹⁵

I *Gresvig-dommen* ble imidlertid ikke den manglende involveringen av den ansatte eller hans tillitsvalgte adressert av Høyesterett, og innsnevringen av utvelgelseskrets ble fortsatt kjent saklig. En forklaring kan være at utvelgelseskretsen ble fastlagt i henhold til entydig og langvarig praksis i virksomheten, noe som muligens kan ha lempet på arbeidsgivers drøftingsplikt.¹⁹⁶ Høyesteretts manglende omtale av forholdet går likevel på tvers av tidligere og senere rettspraksis, og departementets målsetting ved lovrevisjonen.

Med bakgrunn i gjennomgangen i kapittel 5 synes det videre å være grunnlag for å hevde at ansiennitetsprinsippet har større betydning der virksomheten er bundet av tariffavtale med ansiennitetsklausul, sammenlignet med der det kun er arbeidsmiljølovens saklighetskrav som gjelder. Oppfatningen har støtte i ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2, rettspraksis og juridisk teori.¹⁹⁷

Rettstilstanden kan oppsummeres slik at arbeidsgiver som *kun* er bundet av arbeidsmiljølovens saklighetskrav kan innsnevre utvelgelseskretsen så langt det har saklig grunnlag. Arbeidsgiver i bedrift bundet av ansiennitetsklausul kan innsnevre kretsen så langt det er saklige grunner for det, så lenge ansiennitetsprinsippet ikke mister sin betydning eller blir vesentlig svekket.

Det er naturlig å spørre hva ansiennitetsprinsippets varierende betydning betyr for arbeidstakernes stillingsvern. Arbeidsmiljøloven § 1-9 slår fast at loven ikke kan fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker. Det tariffestede stillingsvernet kan dermed, som generelt utgangspunkt, ikke være svakere enn det som følger av loven.

Et styrket ansiennitetsprinsipp kommer naturligvis arbeidstakere med lang ansiennitet til gode. Dette vil hovedsakelig være eldre arbeidstakere, ettersom disse som regel har lengst ansiennitet. For denne gruppen arbeidstakere er det belegg for å hevde at det tariffestede stillingsvernet gir bedre beskyttelse enn det som følger av loven.

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 16.

¹⁹⁵ Jf. henholdsvis HR-2017-561-A, Rt-2001-71, Rt-1992-776.

¹⁹⁶ Se kapittel 4.6.

¹⁹⁷ Se kapittel 5.1-5.3.

I revisjonsarbeidet med arbeidsmiljøloven skulle stillingsvernreglene harmoniseres mellom statsansatte og andre ansatte. Departementet ga i den sammenheng uttrykk for et generelt mål om likhet mellom arbeidstakere:

Etter departementets syn bør det være en målsetting at arbeidsmiljøloven skal omfatte flest mulig arbeidsforhold både i offentlig og privat virksomhet og uansett bransje. Dette vil kunne føre til enklere regler, mer forutsigbarhet og et bidrag i prosessen med å redusere skillet mellom det private og det offentlige arbeidsmarkedet.¹⁹⁸

Uttalelsen gir inntrykk av at lovgiver ønsket at stillingsvernreglene skulle harmoniseres mellom ansatte *generelt*, og ikke bare mellom statsansatte og vanlige ansatte. Harmoniserte regler for fastlegging av utvelgelseskrets mellom arbeidstakere i og utenfor bedrift bundet av tariffavtale med ansiennitetsklausul fører også til "enklere regler, mer forutsigbarhet" og likebehandling. Forskjellen mellom ansiennitetsprinsippets betydning for fastlegging av utvelgelseskrets etter Hovedavtalen og arbeidsmiljøloven kan med dette tenkes å gå på tvers av lovgivers intensjoner med revisjonen av arbeidsmiljøloven.

På den andre siden bidrar et styrket ansiennitetsprinsipp til å oppfylle en av lovgivers øvrige målsettinger i revisjonsarbeidet – å sikre at eldre arbeidstakere blir stående i arbeid. Departementet la i revisjonsarbeidet til grunn at med de demografiske utfordringene samfunnet står overfor, "blir det enda viktigere enn tidligere å hindre utstøting fra arbeidslivet. Særlig må lovverket legge til rette for at senioren i arbeidslivet blir stående lengre i yrkesaktivitet."¹⁹⁹

I lys av lovgiverviljen synes dermed forskjellen mellom ansiennitetsprinsippets innvirkning på saklighetsvurderingen for fastlegging av utvelgelseskretsen etter arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen å være mindre betenkelig enn ved første øyekast.

¹⁹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 241.

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 13.

Kilderegister og litteraturliste

Lover

Lov 10. februar 1967 nr. 62 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

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

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

Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven)

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

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

Lovforarbeider

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

Rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt-1986-879 *Hillesland*

Rt-1989-508 *Christiania Spigerverk*

Rt-1992-776 *Sparebanken*

Rt-2001-71 *Rasmussen Offshore*

Rt-2008-749 *Posten I*

Rt-2009-685

Rt-2011-1674

Rt-2012-168 *Notodden Fotballklubb*

Rt-2013-1730

Rt-2015-1332 *Gresvig*

HR-2017-561-A *Posten II*

HR-2019-424-A *Skanska*

HR-2019-1986-A *Telenor*

Arbeidsretten

AR-2016-17 *Nokas*

AR-2018-18 *NRK*

Lagmannsretten

RG-1990-1098 *Spennbetong*

RG-1992-870 *Skogeierlag*

RG-1993-188

LH-2015-189365 *KappAhl*

Litteraturliste

Boe (2010) Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2010

Dege (2009) Dege, Jan Tormod, *Den individuelle arbeidsrett: Del 1*, Minerva AS 2009

- Evju (2014)** Evju, Stein, "Om ansiennitet", *Arbeidsrett* nr. 1 2014 s. 112-121
- Evju (2017)** Evju, Stein, "Nedbemanning, 'utvelgelseskrets' og interesseavveining ved oppsigelse (HR-2017-561-A)", *Nytt i privatretten*, 2017 nr. 2 side 3–5
- Fanebust (2017)** Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2017
- Fougner m.fl. (2016)** Fougner, Jan, Camilla Schøyen Borge, Marit B. Frogner, Julie Piil Lorentzen, Trond Erik Solheim, Tron Løkken Sundet og Eli Aasheim, *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2016
- Jakhelln m.fl. (2017)** Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A Lenth, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2017
- Skjønberg m.fl. (2017)** Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal 2017
- Skoghøy (2018)** Skoghøy, Jens Edvin A., *Rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018
- Storeng m.fl. (2020)** Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Terje G. Andersen og Thomas B. Svendsen, *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2020
- Thorkildsen (2020)** Thorkildsen, Tarjei, "Høyesteretts dom i «Telenor-saken» - Avklaringer og nye spørsmål", *Arbeidsrett* nr. 1 2020, Vol 17, side 45-55

Våg (2015)

Våg, Lasse Gommerud, "Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler:
Forholdet til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern",
Arbeidsrett nr. 1 2015, Vol 12, side 1-99

Våg (2016)

Våg, Lasse Gommerud, "Avgrensning av utvelgelseskretsen ved
nedbemanning - noen merknader til nyere rettspraksis",
Arbeidsrett nr. 2 2016, Vol 13, side 208-221