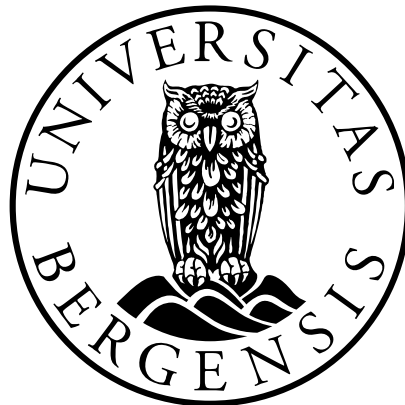


Når permittering blir til oppseiing

Kan arbeidsgivar nytte same utvalskrins og byggje på dei same utvalskriteria ved nedbemanning i forlenginga av ei permittering?

Kandidatnummer: 133

Tal ord: 14 873



JUS399 Masteroppgåve
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

7. juni 2021

Innholdsliste

Innholdsliste	2
1 Innleiing	4
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet	4
1.2 Omgrepsbruk og avgrensingar	6
1.3 Rettskjeldebiletet.....	8
1.4 Den vidare framstillinga.....	10
2 Permitterings- og nedbemanningsinstituttet – bakgrunn, omsyn og innhald	11
2.1 Permittering.....	11
2.1.1 Kva er permittering?.....	11
2.1.2 Framveksten av permitteringsreglane	12
2.1.3 Vilkåra for å permittere	15
2.2 Nedbemanning	17
2.2.1 Kva er nedbemanning?.....	17
2.2.2 Utviklinga av stillingsvernet	18
2.2.3 Saklegheitskravet – innhald og utvikling.....	20
2.3 Sentrale skilnader mellom dei to regelsetta.....	22
3 Kan arbeidsgivar nytte same utvalskrins og utvalskriterium ved nedbemanning i forlenginga av ei permittering?	24
3.1 Presisering av problemstillinga	24
3.2 Utvalskrins	26
3.2.1 Utvalskrins – definisjon og omsyn.....	26
3.2.2 Utvalskrins ved permittering.....	26
3.2.3 Utvalskrins ved nedbemanning	28
3.2.4 Delkonklusjon – Høvet til attbruk av utvalskrins.....	32
3.3 Utvalskriterium.....	33
3.3.1 Utvalskriterium – definisjon og omsyn.....	33
3.3.2 Utvalskriterium ved permittering	34
3.3.3 Utvalskriterium ved nedbemanning	37
3.3.4 Delkonklusjon – Høvet til å byggje på dei same utvalskriteria.....	43
4 Konklusjon og avsluttande merknadar	45

Litteraturliste	47
Lover og forskrifter	47
Lovforarbeid.....	47
Hovudavtalar	48
Rettspraksis	48
Avgjerder frå Høgsterett.....	48
Avgjerder frå Arbeidsretten	49
Avgjerder frå lagmannsrettane	50
Upubliserte avgjerder	50
Litteratur.....	51
Bøker	51
Artiklar	51

1 Innleiing

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Noreg har lenge vore eitt av landa i verda med høgast sysselsetjing.¹ Det skjer likevel at verksemdar opplever at dei står i ein situasjon der dei ikkje har arbeid til alle dei tilsette. Arbeidsgivar vil dermed ha behov for å redusere arbeidsstokken, anten mellombels eller permanent.

Dersom behovet for redusert arbeidskraft er mellombels, er permittering eit mykje brukt verkemiddel. Ved permittering blir den tilsette mellombels løyst frå arbeidsplikta, medan arbeidsgivar på si side blir mellombels løyst frå lønsplikta. Arbeidsforholdet består gjennom heile perioden, og føresetnaden for å nytte permittering er dermed at dei tilsette skal kallast tilbake på arbeid når situasjonen har betra seg.

Dersom behovet for redusert arbeidskraft er permanent, er det nærliggande å gjennomføre ein nedbemanningssprosess. Nedbemanning er ei nemning på oppseiing på grunn av forhold ved verksemda. Som ved andre oppseiingar, inneber nedbemanning eit endeleg opphøyr av arbeidsforholdet. Denne typen rasjonaliseringstiltak er føresett i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljølova) § 15-7, og er essensielt for at verksemdar skal kunne tilpasse seg svingingar i marknaden.

Ved sidan av dei ordinære svingingane i marknaden har det gjennom tidene oppstått fleire situasjonar der verksemdar har sett seg nøydde til å på kort varsel gjennomføre store omveltingar i drifta, mellom anna som følgje av finanskrisa i 2008, oskeskya etter vulkanutbrotet på Island i 2010, og det nylegaste og mest omfattande tilfellet: koronapandemien.

Då koronaviruset førte til omfattande nedstengingar i mars 2020, fekk det store konsekvensar for arbeidslivet, og mange vart permitterte. Pandemien førte til ei rekkje mellombelse endringar i regelverket knytt til permitteringar.² Blant endringane kan nemnast at

¹ Jf. NOU 2019:7 s. 12. Dei siste åra har det vore ein nedgang i tala, og det er brei semje om at høg sysselsetjing er eit hovudmål for den økonomiske politikken i Noreg.

² Sjå mellom anna Mellombels forskrift 20. mars 2020 nr. 368 om unntak frå folketrygdlova og arbeidsmiljølova i samband med covid-19-pandemien.

arbeidsgivarperioden har vore redusert frå 15 til to dagar, permitterte vart sikra 100 prosent løn inntil 6G frå dag tre til og med dag 20 som permittert, dagpengar for både permitterte og ordinært ledige vart oppjustert og ein fekk rett til dagpengar frå første dag. Ei anna vesentleg endring er forlenginga av dagpengeperioden,³ med den konsekvens at mange no har vore permitterte i opp imot eitt år i håp om at det igjen vil vere mogleg å sysselsetje desse arbeidstakarane.⁴

Etter eit langt år med korona, ser ein no at det diverre er mange verksemder som ikkje vil ha moglegheita til å få alle sine tilsette tilbake i arbeid, og fleire verksemder vil kunne hamne i ein situasjon der dei må gjennomføre nedbemanningar. I forlenginga av dette oppstår spørsmålet om korleis arbeidsgivar skal avgjere kva arbeidstakarar som skal seiast opp når ein går vidare frå ei permittering til ei nedbemanning. Felles for dei to regelsetta er at det oppstår spørsmål om kva delar av arbeidsstokken som skal permitterast eller seiast opp, og kven som skal fortsetje i stillingane sine. Arbeidsgivar har i kraft av sin styringsrett eit nokså vidt rom til å gjere val i verksemda si interesse,⁵ men med éin vesentleg skranke: Utvalet må vere basert på eit sakleg grunnlag, både når det gjeld kva del av verksemda som skal vere gjenstand for permittering eller nedbemanning, og kven i denne gruppa som skal permitterast eller seiast opp.

Det å bli permittert eller oppsagt må reknast for å vere ei belastning for dei det gjeld, og det er difor viktig at prosessen som leier fram til dette er forsvarleg og at utvalet mellom arbeidstakarar blir gjort på riktig grunnlag. Særleg i krisetider vil det gjerne vere ein heil bransje som står i vanskar slik at arbeidstakarane kan få problem med å skaffe seg relevant arbeid. Desse omsyna vil også vere gjeldande der ei verksemd innser at eit mellombels behov for redusert arbeidskraft ikkje lenger er mellombels, men at det er behov for å gjere permanente nedskjeringar.

I ein slik situasjon vil det oppstå spørsmål om det er dei som er permitterte som skal seiast opp, eller om verksemda må gjennomføre ein ordinær nedbemanningsprosess med heile bedrifta som utvalskrins. Dette vil bli omtala som eit spørsmål om attbruk av utvalskrins.

³ No seinast til 30. september 2021. Dette vil seie halvanna år etter koronapandemien trefte landet.

⁴ Arbeids- og sosialdepartementet (2021).

⁵ Jf. mellom anna RG 1985 s. 128 som bekreftar den sterke styringsretten arbeidsgivar har på dette området.

Vidare vil ein på tidspunktet for permitteringa gjerne sjå på kven ein må permittere for å oppretthalde drifta på ein mest mogleg effektiv måte. Ein ser ofte til kven av dei tilsette som har størst behov for å vere på arbeid, og kven som vil tole ein periode som permittert. Det er likevel ikkje noko automatikk i at kriteria som blir vektlagt ved permittering vil vere relevante ved nedbemanning. Dette føreset ein analyse av om arbeidsgivar kan leggje vekt på dei same utvalskriteria ved nedbemanning i forlenginga av ei permittering.

1.2 Omgrepsbruk og avgrensingar

Gjennom oppgåva vil omgrepa «verksemd», «bedrift» og «føretak» bli nytta om kvarandre. Det felles meiningsinnhaldet er ein juridisk person som produserer varer eller tenester, og som sysselset ein eller fleire arbeidstakarar.

Permittering blir i lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønsplikt under permittering (permitteringslønsløva) § 1 (2) første ledd definert som at «arbeidstaker midlertidig fritas for arbeidsplikt i forbindelse med driftsinnskrenkning eller driftsstans, enten dette bestemmes ensidig av arbeidsgiver eller ved avtale i det enkelte tilfellet». Som eg vil kome tilbake til, er ikkje denne føresegna ein heimel for permittering, men den føreset eksistensen av eit permitteringsinstitutt. Reglane om permittering er i sin heilskap ulovfesta. Avhandlinga vil ta føre seg bakgrunnen for permitteringsreglane, det rettslege grunnlaget og innhaldet i saklegheitskravet ved utval. Det blir avgrensa mot utgreiing av rettar og plikter ved permittering.

Nedbemanning er ei nemning på oppseiing på grunnlag av forhold ved verksemda, og er heimla i arbeidsmiljølova § 15-7 første ledd. Nedbemanning må haldast åtskilt frå oppseiing på grunnlag av forhold ved arbeidstakar, då dette ikkje vil vere sakleg å leggje vekt på ved ein nedbemanningsprosess.⁶

Arbeidsgivar sin styringsrett består av retten til å leie, organisere, fordele og kontrollere arbeidet. I dette ligg også retten til å justere arbeidsstokken i form av tilsettingar og oppseiingar. Styringsretten er ulovfesta, men den er føresett i alle arbeidsforhold og er anerkjent både i rettspraksis og tariffavtalepraksis.⁷ Som følge av styringsretten har

⁶ Det vil likevel vere ein viss tilgang til å leggje vekt på enkelte forhold ved arbeidstakar som til dømes samarbeidsvanskar og produktivitet, sjå punkt 3.3.2.

⁷ Sjå særleg Rt. 2000 s. 1602 side 1609 og ARD 1922 s. 86.

arbeidsgivar eit nokså stort skjønnsrom når det gjeld utval av arbeidstakarar ved permittering og nedbemanning, men som eg vil kome tilbake til, finnast det fleire skrankar for styringsretten, mellom anna lovfesta krav, eventuelle tariffavtalar og rettspraksis.

Krava til saklegheit er eit døme på ein slik skranke. Som nemnd innleiingsvis må utvalet mellom arbeidstakarar både ved permittering og nedbemanning vere sakleg. Vidare stillast det krav om at sakshandsaminga skal vere forsvarleg.⁸ Dette inneber at utvalskriten og bruken av utvalskriteria skal vere dokumenterte og kunne etterprøvast, og at arbeidsgivar har følgd reglane for varsel og drøfting. Det blir avgrensa mot handsaming av kravet til forsvarleg sakshandsaming utover det som er naudsynt for å belyse problemstillinga. Heller ikkje dei særskilte reglane for sakshandsaming ved masseoppseiingar i arbeidsmiljølova § 15-2 vil bli handsama.

For tariffbundne verksemdar inneheld tariffavtalane sentrale reglar om permittering og nedbemanning, og tariffavtalar vil difor bli handsama i den utstrekning det er relevant for oppgåva sitt tema. Ein tariffavtale er ein avtale mellom ei fagforeining og ein arbeidsgivar eller ei arbeidsgivarforeining om arbeids- og lønsvilkår eller andre arbeidsforhold.⁹ Organisasjonsgraden i Noreg ligg på rundt 50 prosent medan tariffavtaledekninga er anslege å vere 69 prosent.¹⁰ Tariffavtalane omfattar likevel fleire enn dei arbeidstakarane som er organiserte, då arbeidsgivarar som er bundne av tariffavtalar pliktar å leggje til grunn vilkåra i tariffavtalen også for uorganiserte tilsette dersom dei fell under verkeområdet til avtalen.¹¹ Problemstillingar kring tariffbinding, sakshandsamingsreglar, løn og så vidare vil ikkje bli handsama.

Reglane for permittering og nedbemanning er ulike frå sektor til sektor. Hovudfokuset i denne oppgåva vil vere reglane for privat sektor, men det vil også bli vist kort til den gjeldande reguleringa for offentleg sektor der det er relevant for å belyse eventuelle skilnadar. Tilsette i statsadministrasjonen kan ikkje permitterast, men permittering kan vere aktuelt i annan statleg verksemd avhengig av kva type verksemd det er tale om og om det føreligg eventuelle avtalar om dette.¹² Nedbemanning vil derimot kunne vere aktuelt også i statlege organ, og det finnast

⁸ Jf. mellom anna HR-2019-424-A premiss 76.

⁹ Jf. lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvistar (arbeidstvistolova) § 1 bokstav e.

¹⁰ Jf. NOU 2020:8 s. 76. Tariffavtaledekninga i det private er rekna for å vere 52 prosent, medan offentleg sektor har ei dekningsgrad på tilnærma 100 prosent.

¹¹ NOU 2020:8 punkt 5.3.3

¹² Aagaard (2009) s. 121.

reglar for dette i lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens tilsette mv. (statstilsettelova) § 19. For kommunal sektor følger det av Hovudavtalen KS 2020–2021 del B § 8 at kommunar har høve til å permittere tilsette i særskilte tilfelle. For nedbemanning gjeld dei ordinære reglane i arbeidsmiljølova.¹³

Når det gjeld utval ved permittering, vil reglane for tariffbundne verksemder følgje av tariffavtalen, medan for verksemder utan tariffavtale vil dei følgje av sedvane. På same vis vil tariffbundne verksemder kunne vere pliktige til å leggje vekt på visse kriterium ved utval mellom arbeidstakarar ved nedbemanning, medan verksemder utan tariffavtale ikkje nødvendigvis har ei slik plikt. Spørsmålet om det er skilnadar mellom tariffbundne og ikkje-tariffbundne verksemder når det gjeld utvalskriterium og utvalskriterium ved permittering og nedbemanning vil bli handsama i den grad det er relevant for problemstillinga, men det vil ikkje bli gått i djupna på dette då det er eit omfattande tema.

Det blir vidare avgrensa mot særskilte problemstillingar knytt til permittering og oppseiing av deltidstilsette og mellombels tilsette. Heller ikkje problemstillingar i relasjon til innleige og utleige av arbeidskraft vil bli handsama nærare.

Under koronapandemien har det blitt gitt ei rekkje mellombelse forskrifter med unntak frå permitteringsreglane. Då ingen av endringane påverkar utval mellom arbeidstakarar vil ikkje desse reglane bli handsama nærare.

1.3 Rettskjeldebiletet

Avhandlinga vil ta føre seg ein rettsdogmatisk komparativ analyse av permitterings- og nedbemanningsinstituttet. Dei sentrale rettskjeldene for analysen er relevante lover, rettspraksis frå dei ordinære domstolane og Arbeidsretten, tariffavtalar og ulovfesta rett i form av sedvane.

Reglane om permittering eksisterer berre i form av ulovfesta rett. Det er ingen lover som heimlar ein tilgang for arbeidsgivar til å permittere arbeidstakarar, men det følgjer føresetnadsvis av fleire lover at det eksisterer ein slik tilgang, til dømes etter permitteringslønsløva § 1 (2), arbeidsmiljølova § 58 nr. 8, lov 10. desember 2004 nr. 76 om

¹³ I tillegg har Hovudtariffavtalen KS 2020–2022 eigne reglar for utval ved nedbemanning, sjå punkt 3.3.2.

arbeidsmarknadstenester (arbeidsmarknadslova) § 8, og lov 28. februar 1997 om folketrygd (folketrygdlova) § 4-7.

Til skilnad frå reglane om permittering, er reglane om nedbemanning heimla direkte i arbeidsmiljølova § 15-7. Vidare har fleire tariffavtalar reglar som kjem i tillegg til reguleringa i lovgivnaden, likevel slik at tariffavtalane må halde seg innanfor dei rammene lova set.

Ein har fleire praksisleverandørar i norsk arbeidsrett. Dei alminnelege domstolane dømmer i arbeidsrettslege saker som gjeld lønskav, saker om oppseiing reist av den enkelte arbeidsgivar eller arbeidstakartakar og andre individuelle saker. Spesialdomstolen Arbeidsretten handsamar tvistar som gjeld tariffavtalar. I tillegg kjem avgjerder frå Likestillings- og diskrimineringsnemnda, Riksmekklaren og Sivilombodsmannen. Arbeidsretten er vidare ein del av EØS-systemet, slik at også praksis herifrå vil vere relevant.¹⁴ For denne oppgåva blir det fokusert på avgjerder frå dei alminnelege norske domstolane og frå Arbeidsretten.

Arbeidsretten har eksklusiv kompetanse til å handsame tvistar om gyldigheit, forståing eller eksistens av ein tariffavtale eller om krav som byggjer på tariffavtale mellom ei fagforeining på eine sida og ein arbeidsgivar eller arbeidsgivarforeining på andre sida, jf. lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvistar (arbeidstvistlova) § 33 andre ledd første punktum jf. § 1 bokstav i. Arbeidsretten har høgste myndigheit innan sitt saksfelt, og det er følgeleg ikkje tilgang til å anke avgjerder frå Arbeidsretten.¹⁵

Høgsterett og Arbeidsretten har to ulike kompetanseområde, då Arbeidsretten utelukkande handsamar tariffrettslege krav, medan alminnelege arbeidsrettslege krav blir handsama av Høgsterett.¹⁶ Når det gjeld saker om permittering og oppseiing tek dermed Arbeidsretten berre stilling til om det føreligg brot på tariffbestemte krav, medan individuelle krav blir handsama av dei ordinære domstolane. Dei ordinære domstolane kan handsame tariffrettslege føresegnar som ledd i ei sak om individuelle arbeidsforhold der tariffavtalen inngår som ein del av

¹⁴ Den største konsekvensen av EU-retten innan arbeidsretten gjeld fri flyt av arbeidskraft. Vidare stiller EU-retten ei rekkje krav når det gjeld innleige av arbeidskraft, personvern, varsling, krav til informasjon om arbeidsvilkår og så vidare. EØS-avtalen påverkar ikkje regelverket for permittering og nedbemanning i særleg grad, då stillingsvernet i Noreg er sterkare enn minstekravet etter EØS-avtalen.

¹⁵ Sjå arbeidstvistlova § 58.

¹⁶ Sjå mellom anna HR-2017-777-A, der Høgsterett konkluderte med at Arbeidsretten har kompetanse til å avsei dom for at ei tariffstridig oppseiing er ugyldig dersom det er grunnlag for dette i tariffavtalen. Det vart vidare presisert at kompetansen er avgrensa til tariffrettslege spørsmål, og at Arbeidsretten ikkje har kompetanse til å ta stilling til om ei oppseiing er ugyldig etter arbeidsmiljølova sine reglar.

rettsgrunnlaget, men dei pliktar å halde seg til Arbeidsretten si tolking av tariffavtaleføresegnene.

Som følge av at det finnast avgrensa med rettspraksis frå Høgsterett og Arbeidsretten knytt til problemstillinga, vil også underrettspraksis vere sentral. Underrettspraksis nyt ikkje den same prejudikatsverdien som høgsteretts- og arbeidsrettspraksis gjer, men vil likevel kunne vere illustrerande for innhaldet i regelverket i mangel av autoritative kjelder. Dette gjeld særleg for permittering, då det finnast lite praksis på området. Det må likevel takast det atterhald at Høgsterett eller Arbeidsretten kunne ha kome til eit anna resultat.

For tariffbundne verksemder følgjer permitteringstilgangen av tariffavtalen, og mange tariffavtalar inneheld også føresegner som omhandlar utval ved nedbemanning. Rundt 50 prosent av norske arbeidstakarar er organiserte, der 24 prosent av desse er organiserte i LO.¹⁷ På arbeidsgivarsida er organisasjonsgraden 73 prosent, av dei 41 prosent i NHO.¹⁸ Hovudavtalen LO–NHO vil difor vere sentral, også fordi føresegnene i Hovudavtalen har vore mønster for ei rekkje andre tariffavtalar. I det vidare vil det bli teke utgangspunkt i Hovudavtalen LO–NHO, men det vil også bli sett hen til Hovudavtalen YS–Virke, Hovudavtalen ALT–NHO, Hovudavtalen og Hovudtariffavtalen KS og Hovudavtalen i staten for å illustrere mangfaldet i tariffreguleringa i Noreg i dag.

1.4 Den vidare framstillinga

Den neste delen av oppgåva vil ta føre seg framveksten av reglane for høvesvis permittering og nedbemanning, med særleg vekt på framveksten av saklegheitskravet. Dette er naudsynt for å illustrere skilnaden i to regelsett som med første augekast kan sjå nokså like ut.

Vidare vil det bli gjort greie for innhaldet i saklegheitskravet både ved permittering og nedbemanning. Det vil her bli sett på i kva tilfelle det vil vere sakleg å gjennomføre høvesvis permittering eller oppseiing på grunn av verksemda sine forhold. Denne sida ved saklegheitskravet vil utgjere eit naudsynt bakteppe for analysen av utvalsreglane i del 3 av oppgåva. Vidare vil det vere sentralt å få fram eventuelle skilnadar mellom verksemder med og utan tariffavtale, då dette også vil kunne påverke reglane for utval.

¹⁷ Nergaard (2020) s. 11.

¹⁸ Nergaard (2020) s. 22

2 Permitterings- og nedbemanningsinstituttet – bakgrunn, omsyn og innhald

2.1 Permittering

2.1.1 Kva er permittering?

Dei fleste arbeidsavtalar etablerer eit løpande, gjensidig bebyrdande kontraktsforhold, der dei sentrale ytingane består av at arbeidstakar forpliktar seg til å stille si arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgivar, medan arbeidsgivar på si side forpliktar seg til å betale løn for arbeidet.¹⁹ Permitteringsinstituttet står i ei særstilling kontraktrettsleg, då det utgjer eit unntak frå den klare hovudregelen om gjensidige ytingar i kontraktsforhold.²⁰ Ved permittering blir arbeids- og lønsplikta mellombels suspenderte, og det er berre arbeidsgivar som har høve til å setje i verk denne suspensjonen. Rettsleg sett kan permittering difor karakteriserast som eit påbod frå arbeidsgivar.²¹

Sjølv om permittering kan omtalast som ein mellombels suspensjon av arbeidsforholdet, har den klare oppfatninga så lenge ein har hatt reglar om permittering vore at arbeidsforholdet består, slik at arbeidstakar både har rett og plikt til å ta opp att arbeidet når permitteringa er over.²² Dette er ein absolutt regel, med mindre arbeidsforholdet er brakt til opphøyr av ein av partane i løpet av perioden.²³

¹⁹ Mehl (1982) s. 2.

²⁰ Evju (2007) s. 138.

²¹ Det er også mogleg å avtale permittering, sjå føresetnadsvis permitteringslønsløva § 1 (2). Avtalt permittering vil ikkje bli handsama nærare.

²² Mehl (1982) s. 2

²³ Både arbeidsgivar og arbeidstakar har høve til å bringe arbeidsforholdet til opphøyr i permitteringsperioden.

Retten til permittering er ikkje lovregulert, men har i norsk rett vore rekna for å vere avleia av styringsretten.²⁴ I RG 1978 s. 442 (Borregaard) vart dette uttrykt slik:

«Permittering har vært praktisert i Norge i lang tid og må antas opprinnelig å ha sitt grunnlag i bedriftens styringsrett. Etter hvert er permitteringsadgangen og fremgangsmåten ved permitteringer i stor utstrekning blitt regulert ved avtaler mellom partene».

Reglane om permittering er ulovfesta, og vi har dermed ikkje ei felles regulering for alle arbeidstakarar og verksemder i norsk rett. For tariffbundne verksemder følgjer tilgangen til å permittere arbeidstakarar av tariffavtalar, medan for verksemder som ikkje er bundne av tariffavtale er tilgangen i sin heilskap sedvanebasert.

Rettspraksis og juridisk teori har lenge bygd på at permittering er eit mindre vonde for arbeidstakar enn det oppseiing er.²⁵ Det er ikkje gitt at dette stemmer i dag. Dette vil bli nærare drøfta i punkt 2.3.

2.1.2 Framveksten av permitteringsreglane

Det er anteke at det som seinare har blitt kjend som permitteringar har vore etablert praksis i Noreg sidan 1920-talet.²⁶ Utgangspunktet var at arbeidsgivar sto fritt til å seie opp ein arbeidsavtale med 14 dagars varsel, og arbeidsgivar måtte då også kunne gjere det mindre, nemleg å mellombels suspendere arbeidsforholdet.²⁷

Den første kjende dommen som seier noko om eksistensen av eit permitteringsinstitutt er dom av Oslo byrett av 2. juni 1938. Saka omhandla arbeidstakarane sine lønskrav i samband med ein driftsstans på tre veker. Byretten tok utgangspunkt i at arbeidsgivar måtte ha samtykke frå arbeidstakarane for å kunne setje i verk ein driftsstans, men at samtykke i form av sedvane «efter omstendighetene» vart rekna for å liggje føre i kraft av bransje- og verksemdspraksis

²⁴Jf. også ARD 1982 s. 249, der Arbeidsretten uttalte følgjande: «Arbeidsgiverens permitteringsadgang må antas å være avledet av arbeidsgiverens styringsrett».

²⁵ Sjø mellom anna dom av Eidsivating lagmannsrett 4. mai 1953 (Refsum), Borregaard og Jakhelln (2006) s. 381 flg.

²⁶ Evju (2007) s. 146 og Skarning (2010) s.161.

²⁷ Aagaard (2009) s. 120. Dette gjaldt fram til ein fekk lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern (arbeidarvernlova 1936), som innførte eit forbod mot usaklege oppseiingar og sikra enkelte grupper av arbeidstakarar ein oppseiingsfrist på éin månad, jf. § 33 nr. 2 og nr. 3.a. Sjø elles punkt 2.2.2.

samt arbeidstakarane sin passivitet knytt til tidlegare praksis.²⁸ Retten bygde dermed ein permitteringstilgang på sedvane i bransjen og i den aktuelle verksemda. Det var på dette tidspunktet ikkje tale om noko alminneleg permitteringstilgang.

Som ein konsekvens av at permittering vart nytta ein del i praksis, vart det innteke ei føresegn om permittering i Hovudavtalen A.F.L.²⁹–N.A.F.³⁰ av 1947.³¹ Føresegna var avgrensa til rettsverknadane av permittering, og utgjorde ikkje ein heimel for permittering.³² Den gav heller ikkje argument til støtte for ein alminneleg permitteringstilgang.³³

Dom av Eidsivating lagmannsrett 4. mai 1953 (Refsum) er av Mehl omtalt som «det første tilfelle fra rettspraksis hvor en alminnelig regel om permitteringsadgang beskrives, begrunnes og anvendes».³⁴ Dommen omhandla driftsstans ved ein gummivarefabrikk grunna vareteljning og reparasjon av maskineri. Arbeidarane var omfatta av Hovudavtalen 1947. Lagmannsretten fann støtte i arbeidslivspraksis for at det i norsk rett hadde utvikla seg eit permitteringsinstitutt, samtidig som det vart vist til at ei føresegn i tariffavtalen og i sysselsetjingslova³⁵ syntes å føresetje ein slik permitteringstilgang.³⁶ Dommen utgjorde ei markert rettsutvikling, då den ikkje stilte krav om eit særskilt rettsgrunnlag i form av lov, tariffavtale, avtale eller praksis for å kunne permittere.³⁷

I etterkant av Refsum-dommen har utviklinga i permitteringsreglane gått i to ulike retningar. Den eine er utviklinga i tariffavtalereguleringa, og den andre er utviklinga i rettspraksis for verksemdar som ikkje er bundne av tariffavtalar.

Utviklinga i tariffavtalereguleringa kan samanfattast med at permitteringsreglar for arbeidarar gjennomgåande vart teke inn frå 1950-talet, medan det på funksjonærområdet skjedde først utover 1970-talet.³⁸ Vidare er fleire tariffavtalar i stor grad utforma etter mønster frå

²⁸ Såkalla «høgtidspermittering» var nokså normal praksis i enkelte bransjar, sjå Evju (2007) s. 146.

²⁹ Fram til 1957 heitte LO Arbeidernes Faglige Landsorganisasjon i Norge.

³⁰ Norsk Arbeidsgiverforening gjekk inn i NHO i 1989.

³¹ Evju (2007) s. 147.

³² Føresegna slo fast at permitterte arbeidstakarar framleis skulle reknast for å vere knytt til verksemda.

³³ Mehl (1982) s. 44.

³⁴ Mehl (1982) s. 29. Mehl presiserer her at han med «alminnelig regel» meiner ein sjøvtendig regel som ikkje byggjer på tariffavtale, arbeidsavtale, bransjepraksis eller liknande.

³⁵ Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsetjingslova).

³⁶ Mehl (1982) s. 32.

³⁷ Lagmannsretten sin argumentasjon er kritisert av Evju, sjå Evju (2007) s. 151-153.

³⁸ Evju (2007) s. 158.

Hovudavtalen LO–NHO, og mange av permitteringsreglane er difor innholdsmessig nokså like.³⁹

Når det gjeld utviklinga i rettspraksis for verksemder som ikkje er bundne av tariffavtalar, er det særleg tre dommar som er sentrale.

Den første er Trondheim byrett si avgjerd av 19. september 1955, som omhandla permittering av arbeidarar i samband med vareteljing og inneklemda fridagar. Byretten bygde her på at permittering kunne skje så lenge det var sakleg grunnlag for det.

20 år seinare kom Bergen byrett si avgjerd av 24. oktober 1975, som omhandla permittering av uorganiserte arbeidstakarar som følgje av nedgang i tal flyoppdrag. Byretten viste til Refsum-dommen og Hovudavtalen A.F.L.–N.A.F. 1954, og uttalte at det i norsk arbeidsliv måtte reknast for å føreligge ein alminneleg regel om tilgang for arbeidsgivar til å permittere arbeidstakarar på «nærme bestemte vilkår».⁴⁰ Byretten konkluderte så med at prinsippet frå Refsum-dommen også kunne nyttast for uorganisert arbeidskraft.

Den siste avgjerda er Borregaard-dommen frå 1978, som omhandla permittering av fem organiserte sivilingeniørar på grunn av marknadssituasjonen. Eit sentralt spørsmål var om det var tilgang til å permittere funksjonærar og ikkje berre arbeidarar. Lagmannsretten fastslo at «det i sedvane er hjemlet en bedrift rett til å permittere sine arbeidstakere», og at dette også omfatta sivilingeniørar sjølv om det aldri hadde skjedd før. Dommen stadfesta dermed eksistensen av ein alminneleg permitteringstilgang.

Det er i dag tvillaust at det eksisterer ein alminneleg permitteringstilgang også der det ikkje følgjer av avtale eller tariffavtale.⁴¹ Høgsterett uttrykte dette klart i Rt. 2014 s. 336: «Selve permitteringsadgangen følger av arbeidsrettslig sedvanerett. Adgangen er også nedfelt i hovedavtalen mellom LO og NHO. Permittering krever ‘saklig grunn’.»⁴²

Permitteringsreglane vart dermed utvikla som eit resultat av arbeidsgivar sitt behov for å gi slepp på arbeidskraft i samband med mellombels driftsstans, nedgang i arbeidsoppdrag,

³⁹ Dette med unntak av i offentleg sektor. Hovudavtalane i staten har ikkje reglar om permittering, og i kommunal sektor er dei avtalefesta føresegnene om permittering mykje snevrare enn det normalt er i privat sektor.

⁴⁰ Evju tek til orde for at «nærme bestemte vilkår» først og fremst inneber eit krav om sakleg grunn, sjå Evju (2007) s. 159.

⁴¹ Sjø mellom anna RG 2010 s. 797, LB-2010-32815 og Aagaard (2009) s. 121–122.

⁴² Rt. 2014 s. 336 premiss 34.

vareteljing og liknande situasjonar. Vidare gjekk ein frå at arbeidsgivar hadde full styringsrett på området, til utvikling av eit krav om sakleg grunn. I det vidare vil det bli sett på kva som ligg i dette saklegheitskravet.

2.1.3 Vilkåra for å permittere

Når kan ein gjennomføre permitteringar?

Det er i dag antekt at saklegheitskravet for permittering i Hovudavtalen LO–NHO § 7-1 gir uttrykk for gjeldande rett også for verksemder utan tariffavtale.⁴³ Det følgjer av Hovudavtalen § 7-1 første ledd at «permittering kan foretas når saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften».

Ordlyden av «saklig grunn» er vid, og kan omfatte mange ulike situasjonar. Fram til 1994 var vilkåra for permittering skildra meir konkret, og omfatta lokale avtalar, force majeure, arbeidskonfliktar, tariff- og sedvaneregulert tilgang samt eit alternativ for situasjonar der «saklig grunn ellers gjør det nødvendig». Dagens ordlyd vart ved revisjonen i 1994 rekna for å omfatte alle desse tilfella.⁴⁴

Vidare vil det kunne føreligge sakleg grunnlag for permittering der arbeidsgivar ikkje på ein økonomisk forsvarleg måte kan halde alle arbeidstakarane i arbeid.⁴⁵ Aagaard viser til at ei slik vurdering av økonomisk forsvarlegheit kan innebere at ein kan gå til permitteringar sjølv om ein har eit udekt behov for arbeidskraft dersom det ikkje vil vere økonomisk forsvarleg å sysselsetje desse arbeidstakarane.⁴⁶ I kraft av styringsretten må arbeidsgivar reknast for å ha eit visst handlingsrom til å vurdere kva som er forsvarleg, og domstolane er normalt tilbakehaldne når det gjeld å overprøve arbeidsgivar sitt skjønn i slike tilfelle.⁴⁷

Saklegheitskravet utgjer som nemnd ein skranke for arbeidsgivar sin styringsrett. Allereie i Refsum-dommen var dette eit tema, då retten uttalte at permittering ikkje kan «foretas i

⁴³ Jf. mellom anna RG 2009 s. 796.

⁴⁴ Aagaard (2009) s. 122.

⁴⁵ Aksjeselskap og allmennaksjeselskap pliktar å til ei kvar tid sikre ein forsvarleg eigenkapital, sjå lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskap (allmennaksjelova) § 3-4 og lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskap (aksjelova) § 3-4. Tilgangen til å permittere på dette grunnlag føreset at det er tale om eit mellombels behov.

⁴⁶ Aagaard (2009) s. 122. Sjå også ARD 1989 s. 91.

⁴⁷ Den klare hovudregelen er at domstolen har full prøvingsrett når det gjeld vurderinga av ei oppseiing er sakleg. Ein annan ting er at domstolane ofte ikkje vil gå inn å overprøve faglege eller bedriftsøkonomiske vurderingar som ligg til grunn for arbeidsgivar si avgjerd, sjå i denne retning Skjønberg mfl. (2017) s. 105.

sjikanehensikt». Dette inneber at permittering ikkje kan nyttast som eit disiplineringstiltak. I slike tilfelle vil nok domstolane gå inn og overprøve arbeidsgivar si vurdering.⁴⁸

Denne forståinga av saklegheitskravet må reknast å vere gjeldande for alle verksemder dersom ikkje anna er bestemt i individuelle avtalar eller tariffavtalar som fråvikar Hovudavtalen si regulering.⁴⁹

Eit viktig unntak frå dette utgangspunktet er at det ikkje er høve til å permittere i staten, slik at permittering her aldri vil vere sakleg. Arbeidsgivar må då sikre alternative arbeidsoppgåver i perioden ein elles ville permittert delar av arbeidsstokken.

I kommunal sektor har ein tilgang til å permittere arbeidstakarar, men det er tale om ein snever tilgang. Etter Hovudavtalen KS § 8-1 kan permittering berre skje ved alvorlege arbeidskonfliktar eller ved force majeure-hendingar som nemnd i arbeidsmiljølova § 15-3 (10). Det er ikkje sakleg å permittere kommunalt tilsette på grunnlag av økonomiske vanskar eller mangel på arbeidsoppgåver.

Etter Hovudavtalen LO–NHO § 5-11 punkt 2 skal det leggjast vekt på «de tillitsvalgte spesielle stilling» ved innskrenkingar, omorganiseringar og permitteringar. Dette tilseier at det skal meir til for at permittering av ein tillitsvald blir rekna som sakleg.

Vidare kan tilgangen til permittering vere heimla direkte i arbeidsavtalen, og då med ei regulering som fråvikar Hovudavtalen sitt saklegheitskrav.⁵⁰

Krav om at opphøyret er mellombels

Kravet til at behovet for redusert arbeidskraft må vere mellombels ligg i kjernen av permitteringsinstituttet, då føresetnaden for at ein skal kunne suspendere løns- og arbeidsplikta er at arbeidstakaren skal kome tilbake på arbeid. Dette er også det som skil permittering frå oppseiing, då oppseiing skjer med endeleg verknad. Dersom arbeidsgivar

⁴⁸ Sjå mellom anna LG-2020-060710, der fleirtalet fann permitteringa usakleg då den verken var grunngive i mellombelse forhold eller forhold ved verksemda, men i personlege forhold ved arbeidstakar.

⁴⁹ Skarning viser etter ein gjennomgang av rettspraksis på området til at det ikkje er grunnlag for å seie at det gjeld eit strengare saklegheitskrav for verksemder utan tariffavtale, og at dommen LB-2010-62676 nesten tyder på det motsette, sjå Skarning (2010) s. 165-166. Dette vil ikkje bli handsama nærare.

⁵⁰ Slike individuelle avtalar vil ikkje bli handsama nærare.

gjennomfører ei permittering i den visse at det ikkje vil bli mogleg å kalle vedkomande tilbake på arbeid, vil dette i realiteten vere ei uthuling av stillingsvernet.⁵¹

Situasjonen vil likevel sjeldan vere oversiktleg frå start, og arbeidsgivar må difor kontinuerleg vurdere om det er grunnlag for å halde fram med permitteringar, eller om arbeidstakarane må kallast tilbake eller seiast opp. Arbeidsgivar har eit visst rom for å vere optimistisk med omsyn til framtida, men optimismen må vere forsvarleg og sakleg fundert.⁵² Dersom arbeidsgivar innser at det ikkje vil vere mogleg å kalle dei tilsette tilbake, pliktar han å gå vidare til oppseiingar i tråd med arbeidsmiljølova § 15-7.

Det gjeld ikkje noko formell grense for kor lenge ein kan ha permitterte arbeidstakar utover kravet om at permittering skal vere mellombels.⁵³ For tariffbundne verksemder følgjer det av Hovudavtalen LO–NHO § 7-1 andre ledd at permittering ikkje kan «finne sted utover 6 månader med mindre partene er enige om at det fortsatt foreligger saklig grunn». «Partene» viser her til leiinga og lokale tillitsvalde i den aktuelle verksemda.⁵⁴ Føresegna opnar dermed for at lokale tillitsvalde kan krevje at permittering over seks månader skal erstattast med oppseiing.⁵⁵

2.2 Nedbemanning

2.2.1 Kva er nedbemanning?

Nedbemanning inneber at eitt eller fleire arbeidsforhold ved ei verksemd tek slutt. Dette kan skje ved at tilsette frivillig seier opp, gjerne mot kompensasjon i form av sluttpakkar og liknande, men ofte er det naudsynt å gjennomføre oppseiingar. Det er då tale om oppseiing på grunnlag av forhold ved verksemda. At arbeidsgivar ønskjer å gjennomføre ei nedbemanning kan til dømes skuldast innskrenkingar eller omorganisering i drifta. Det å kunne gjere

⁵¹ Dette er særleg alvorleg i lys av at terskelen for å gjennomføre permitteringar er rekna for å vere lågare enn den for å gjennomføre oppseiingar på grunn av forhold ved verksemda, jf. mellom Anna Fougner mfl. (2016) s. 212.

⁵² Aagaard (2009) s. 123.

⁵³ Praktisk sett ligg det likevel ei avgrensing i permitteringslønsløva § 3 tredje ledd, som slår fast at arbeidsgivar si lønsplikt igjen oppstår etter utløpet av fritaksperioden. Fritaksperioden er normalt på 26 veker i løpet av ein periode på 18 månader, men under koronapandemien har denne vore forlenga ved fleire høve, først til 52 veker og så med ytterlegare forlengingar.

⁵⁴ Aagaard (2009) s. 124.

⁵⁵ Det er tvilsamt at ei slik grense gjeld for verksemder utan tariffavtale, sjå LF-2018-145211.

justeringar i arbeidsstokken er sentralt for at ei verksemd skal kunne drifte optimalt, og i enkelte tilfelle vil arbeidsgivar også ha ei plikt til å gjere slike tilpassingar.⁵⁶

Mot dette behovet for fleksibilitet for arbeidsgivar står arbeidstakarane sitt stillingsvern. Stillingsvernet har vore lovfesta sidan arbeidarvernlova av 1936, som slo fast at oppseiingar måtte vere saklege. I forarbeida til arbeidsmiljølova av 1977 vart følgjande uttalt om stillingsvernet: «Bestemmelsene om vern mot usaklig oppsigelse bygger på forutsetningen om at arbeidstakeren trenger et særlig vern, som den svakere part i kontraktsforholdet».⁵⁷ Vernet spring dermed ut av eit ønskje om å utjamne maktubalansen som ligg til grunn for alle arbeidsforhold.

Ei anna sentral grunngeving for oppseiingsvernet er at arbeidstakar bør vernast mot den personlege ulykke ei oppseiing kan vere når arbeidsgivar ikkje har særskilte grunnar til å framkalle den.⁵⁸ For nedbemanning gjer dette omsynet seg særleg gjeldande, då arbeidstakar ikkje har noko skuld i at vedkommande blir sagt opp.⁵⁹

I dag følgjer stillingsvernet av arbeidsmiljølova § 15-7, som slår fast at arbeidstakar ikkje kan seiast opp «uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold». Dette gjeld alle arbeidstakarar, uavhengig av om dei er omfatta av tariffavtale eller ikkje.⁶⁰ For statstilsette følgjer vernet av statstilsettelova §§ 19 og 20, der § 19 gjeld oppseiing på grunn av verksemda sitt forhold, medan § 20 gjeld forhold ved den statstilsette. Begge lovene inneheld ei rekkje føresegner som effektiviserer stillingsvernet ved å stille krav til forsvarleg sakshandsaming.⁶¹

2.2.2 Utviklinga av stillingsvernet

Før arbeidarvernlova av 1936 vart det ikkje stilt krav om sakleg grunn ved oppseiingar.⁶² Dette kjem klart til uttrykk i Rt. 1935 s. 467, der Høgsterett la til grunn at arbeidsgivar hadde

⁵⁶ Sjø mellom anna RG 1985 s. 128 der fleirtalet på generelt grunnlag uttalte at det både er «en rett og en plikt for ledelsen i en industribedrift å tilpasse kostnadene – også lønnskostnadene – til den ventede virksomhet til enhver tid.»

⁵⁷ Ot. prp. nr. 41 (1975–1976) s. 14.

⁵⁸ Jakhelln (2006) punkt 4.20.5.1.

⁵⁹ Dette til skilnad frå oppseiing på grunn av forhold ved arbeidstakar sjølv. Rettspraksis viser at i desse tilfella kan det takast mindre omsyn til at oppseiinga vil ramme arbeidstakar hardt, sjå mellom anna Rt. 1992 s. 1023 på side 1027.

⁶⁰ Mange tariffavtalar har likevel føresegner som supplerer arbeidsmiljølova sine reglar om oppseiing.

⁶¹ Jakhelln (2006) punkt 4.20.1.

⁶² Evju (2007) s. 145.

fri tilgang til å seie opp arbeidstakarar utan noko krav til saklegheit eller grunngeving i det heile.⁶³

Med arbeidarnvernlova fekk ein så ein regel om at arbeidrarar som «etter sit fylte 21 år har minst 3 års sammenhengende ansettelse ved samme bedrift» vart sagt opp utan «saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold» kunne krevje erstatning, jf. § 33 tredje ledd bokstav a. Lova medførte ei klar endring i rettstilstanden som avgjerda i Rt. 1935 s. 467 gir uttrykk for.

I 1956 fekk ein ei arbeidarnvernlov som ytterlegare styrka arbeidstakarane sine rettar.⁶⁴ Det største skiftet i arbeidstakarvernreguleringa kom likevel med arbeidsmiljølova av 1977,⁶⁵ då særleg fordi lova avskaffa aldersgrensene for kven som har vern,⁶⁶ innførte rett til å stå i stilling under pågåande tvist og eit særskilt oppseiingsvern ved graviditet, fødsel og sjukmelding samt regulering av mellombels tilsetjing og prøvetid, og den medførte ei skjerping av rettsverknadane for brot på oppseiingsreglane.⁶⁷ Arbeidsmiljølova av 2005 har ikkje medført like omveltande endringar, men innebar ein kontinuasjon av den utviklinga ein såg fram til 1977.⁶⁸ I dag må det lovfesta stillingsvernet reknast for å vere sterkt, slik at arbeidsgivar må kunne vise til gode grunnar for å seie opp ein arbeidstakar.⁶⁹

Når det gjeld innhaldet i sjølve saklegheitsstandarden, har denne utviklinga i stor grad skjedd gjennom Høgsterett sin praksis. Dette vil bli handsama i punktet under om innhaldet i saklegheitskravet. Generelt kan seiast at utviklinga har gått i retning av eit skjerpa saklegheitskrav i takt med styrkinga av stillingsvernet.

⁶³ Høgsterett uttalte i Rt. 1935 s. 467 at «[...] i et almindelig arbeidsleieforhold kan efter norsk rett utvilsomt en arbeidsgiver si op folk fra sit arbeid efter eget skjøn og godtykke med lovlig frist uten at angi eller påvise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet – og uten å være underkastet domstolenes kritikk.»

⁶⁴ Lov av 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidarnvern (arbeidarnvernlova 1956). Mellom anna vart aldersgrensa for vernet redusert til 20 år og kravet til samanhengande tilsetjing til 2 år, erstatningsreglane vart endra i arbeidstakarane sin favør, og ein fekk særskilte føresegner om oppseiingsvern i samband med graviditet, fødsel og sjukmelding samt om aldersdiskriminering. Lova vart med jamne mellomrom revidert.

⁶⁵ Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidarnvern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljølova 1977).

⁶⁶ Denne opphevinga skjedde allereie før arbeidsmiljølova av 1977, då aldersgrensene vart oppheva ved endringslov 7. mars 1975 nr. 4.

⁶⁷ Evju (2012) s. 16.

⁶⁸ Ibid. Sjå også Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) s. 335, der det kjem fram at arbeidsmiljølova av 2005 vidarefører 1977-lova sine reglar om vern mot usakleg oppseiing.

⁶⁹ Jf. også Rt. 2009 s. 685 premiss 52, der førstvoterande uttaler at «[t]erskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner». Dommen omhandlar oppseiing grunna forhold ved arbeidstakar, men utsegna gjeld stillingsvernet generelt.

Når det gjeld tariffavtalereguleringa, kom den første landsomfattande tariffavtalereguleringa i 1907 i form av «Verkstedsoverenkønstene» mellom LO og N.A.F.⁷⁰ Det var sterk motstand mot innføring av arbeidarrettar, då dette vart rekna som eit inngrep i arbeidsgivar sin ubundne styringsrett.⁷¹ Det første ein såg til saklegheitskravet var i 1911 ved revisjon av 1907-avtalen, der det heitte i § 10 bokstav d at tillitsvalde «ikke afskediges, medmindre saglige grunde herfor er tilstede». Ein fekk altså eit saklegheitskrav i tariffavtalane før ein fekk det i lova, om enn berre for tillitsvalde. Regelen vart i stor grad nytta også i andre tariffavtar mellom LO og N.A.F, og saklegheitskravet ved oppseiing av tillitsvalde vart spreidd vidt. Desse tariffavtalane vart konsolidert med Arbeidarhovudavtalen LO–N.A.F 1935, og saklegheitskravet vart i det vesentlege ståande uendra fram til 1978. I 1978 vart arbeidsmiljølova 1977 sine reglar om stillingsvern for alle arbeidstakarar inkorporert, og reglane for tillitsvalde vart bygd ut vidare.

Der permitteringsreglane i første rekkje oppsto som ein sikkerheitsventil for arbeidsgivar under mellombelse driftsstansar og liknande hendingar, utvikla reglane om nedbemanning seg derimot som eit utslag av eit ønskje om sterkare stillingsvern for arbeidstakarane. I dag er resultatet eit strengt lovfesta saklegheitskrav ved oppseiing.

2.2.3 Saklegheitskravet – innhald og utvikling

Saklegheitskravet ved nedbemanning følgjer av arbeidsmiljølova § 15-7, der det kjem fram at oppseiing på grunn av «virksomhetens [...] forhold» må vere «saklig begrunnet». Dette saklegheitskravet gir uttrykk for ein rettsleg standard, der innhaldet vil følgje samfunnsutviklinga.⁷²

Dei vanlegaste årsakene til nedbemanning er driftsinnskrenkingar, rasjonaliseringstiltak og andre former for omstillingar.⁷³ Det gjeld ikkje eit absolutt krav om at det er økonomiske årsaker som gjer slik omstilling naudsynt, jf. Rt. 1989 s. 508.⁷⁴ Noko anna er at økonomiske årsaker ofte er avgjerande, og det er i rettspraksis teke til orde for at økonomiske årsaker til

⁷⁰ Landsomfattande tariffavtar for jarn- og metallindustrien av 1907, sjå Evju (2013) s. 84.

⁷¹ Ibid.

⁷² Jf. særleg Rt. 1984 s. 1058 der førstvoterande viser til Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 72 og slår fast at saklegheitskravet må følgje den sosiale utviklinga i samfunnet, og at domstolane difor må vere varsame med å leggje vekt på eldre rettspraksis i arbeidstakar sin disfavør.

⁷³ Fougner mfl. (2016) s. 236.

⁷⁴ I denne dommen vart oppseiingar som følgje av flytting av stålproduksjon frå Oslo til Mo i Rana akseptert som sakleg trass i at dette ikkje var den bedriftsøkonomisk mest lønsame løysinga.

oppseiing «etter sin art er saklige», jf. Rt. 2012 s. 168. Saklegheitskravet kan på dette punkt ikkje reknast for å ha ein særleg høg terskel, då arbeidsgivar i kraft av styringsretten må tilkjennast eit nokså vidt speleroom til å justere bemanninga i verksemda til marknaden. Det sentrale må difor vere at arbeidsgivar kan vise til eit sakleg behov for å gjere tilpassingar.⁷⁵

Utviklinga av saklegheitskravet har gått i retning av stadig auka vektlegging av i kva grad oppseiing vil ramme arbeidstakar, i den forstand at oppseiing ikkje vil vere sakleg dersom det er mishøve mellom fordelane for arbeidsgivar og ulempene for arbeidstakar.

Illustrerande er Rt. 1966 s. 393 der Høgsterett uttalte at «dersom en oppsigelse har saklig grunn i bl.a. bedriftens forhold, har arbeideren etter loven ikke krav på erstatning selv om oppsigelsen virker urimelig overfor ham», men det urimelege kunne vere eit moment ved den samla vurderinga av om oppseiinga hadde sakleg grunn.⁷⁶ Her vart det dermed lagt avgjerande vekt på verksemda sitt behov, og tilsvarande mindre på arbeidstakaromsyn.

Dette utgangspunktet vart endra ved dommen i Rt. 1972 s. 1330 der Høgsterett etter ei konkret vurdering fann at oppseiinga av ein hotelltilsett ikkje hadde sakleg grunnlag i verksemda sitt forhold då det ikkje var halde samtalar med den tilsette før oppseiinga, og det var «nærliggende å tro at det kunne vært funnet en løsning som tok rimelig hensyn til [arbeidstakaren] uten å medføre vesentlige ulemper for bedriften».⁷⁷ Omsynet til arbeidstakar fekk her ein større plass i saklegheitsvurderinga enn det som tidlegare var tilfellet.

At det skal leggjast vekt på sosiale og menneskelege omsyn vart stadfesta i Rt. 1986 s. 879 (Hillesland), der førstvoterande på side 887 uttalte at «[d]et er på det rene at i forholdet mellom bedriften og den enkelte arbeidstaker vil slike hensyn ha betydning ved vurderingen etter § 60 nr. 2 av hvilke ulemper som oppsigelsen påfører arbeidstakeren».⁷⁸

Etter dagens arbeidsmiljølov § 15-7 andre ledd andre punktum er det presisert at det ved oppseiing på grunn av driftsinnskrenkingar eller rasjonaliseringstiltak skal «foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte

⁷⁵ I tillegg til at arbeidsgivar må vise til eit sakleg grunnlag for nedbemanninga, må sjølve utvalet mellom arbeidstakarane vere sakleg. Dette er temaet i punkt 3 av avhandlinga.

⁷⁶ Rt. 1966 s. 393 side 395.

⁷⁷ Rt. 1972 s. 1330 side 1334.

⁷⁸ Arbeidsmiljølova (1977) § 60 er vidareført i arbeidsmiljølova (2005) § 15-7.

arbeidstaker». Dette inneber at ei oppseiing ikkje vil vere sakleg dersom verksemda ikkje i tilstrekkeleg grad tek omsyn til ulempene oppseiinga vil medføre for arbeidstakar.

Vidare følgjer det av § 15-7 andre ledd første punktum at ei oppseiing ikkje vil vere sakleg dersom verksemda har «annet passende arbeid» å tilby «i virksomheten». Arbeidsgivar pliktar etter dette å tilby anna arbeid dersom dette finnast, under føresetnad av at arbeidstakaren er kvalifisert.⁷⁹ I forarbeida blir presisert at plikta ikkje inneber at det må opprettast ei ny stilling, men gjeld der det finnast ei «passende ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov».⁸⁰ Arbeidsgivar har derimot ei plikt til å tilby også mindre attraktive stillingar enn den arbeidstakar har, då det er rekna som betre med ei dårlegare stilling enn inga stilling i det heile.⁸¹ Retten til anna passende arbeid strekk seg ikkje så langt at den går på kostnad av andre arbeidstakarar sine rettar og plikter, jf. Rt. 1995 s. 227.

Når det gjeld statstilsette, er ordlyden i statstilsettelova § 19 harmonisert med arbeidsmiljølova § 15-7, men likevel slik at meiningsinnhaldet må tolkast i samsvar med det særpreget staten som arbeidsgivar har.⁸² I dette ligg mellom anna at økonomiske årsaker ikkje vil ha same tyngde for staten som i privateigde verksemdar, av den enkle grunn at staten som arbeidsgivar ikkje kan gå konkurs. Det vil likevel kunne vere relevant å leggje vekt på budsjettmessige rammer, reduksjon i tenestetilbod og endring i arbeidsoppgåver i det aktuelle statlege organet, då det også i staten vil kunne skje at ein har for mange arbeidstakarar og ein ikkje kan løyse dette ved omplassering eller andre mindre inngripande tiltak.⁸³

2.3 Sentrale skilnadar mellom dei to regelsetta

Regelsetta for permittering og nedbemanning har ulike grunnar for seg. Der permitteringsreglane i første rekkje vart utvikla for å avhjelpe eit behov hos arbeidsgivar under mellombelse driftsstansar, vaks regelverket for nedbemanning fram som eit utslag av eit sterkare stillingsvern for norske arbeidarar. Der det stadig har blitt stilt strengare

⁷⁹ Dersom arbeidstakar ikkje har dei naudsynte kvalifikasjonane, vil ikkje arbeidet vere «passende». Ein oppsagt tannpleiar vil til dømes ikkje kunne ta over jobben til tannlegen.

⁸⁰ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 72.

⁸¹ Fougner mfl. (2016) s. 242.

⁸² Prop.94 L (2016–2017) s. 144.

⁸³ Ibid.

lovmessige krav for å seie opp arbeidstakarar på grunn av verksemda sine behov, har ein framleis ikkje eit lovfesta krav for å gå til permitteringar. Dette tilseier at arbeidsgivar stadig har stått friare til å permittere enn til å nedbemanne, og dermed slik at styringsretten er sterkare ved permittering enn ved nedbemanning.

Denne skilnaden har lenge vore forklart med at permittering ikkje er like tyngjande for arbeidstakar som det å bli oppsagt. Illustrerande for synspunktet er Borregaard-dommen, der lagmannsretten uttalte at «[e]n permittering må anses som et mindre onde enn en oppsigelse. En arbeidstaker har ikke samme behov for beskyttelse som mot oppsigelse. Vår rettsorden har trukket konsekvensen herav.»⁸⁴

Eit vesentleg spørsmål er om denne påstanden er like treffande i dag. Då permitteringsreglane vart utvikla var dei tiltenkt korte tidsrom, gjerne mellombelse driftsstansar der det var relativt oversiktleg kor lenge permitteringa ville vare. Slik vert ikkje reglane nytta i dag. Dei som vert permitterte risikerer å vere permitterte i lang tid, og det er ei rekkje årsaker som kan grunnje permittering. Dei fleste årsakene som kan grunnje nedbemanning, vil også vere saklege grunnar til å permittere. Vidare treng ikkje arbeidsgivar å sannsynleggjere *når* arbeidstakarane er venta å kunne kallast tilbake; det er tilstrekkeleg å sannsynleggjere *at* det vil vere mogleg. Dette medfører ein svært usikker situasjon for dei som er permitterte. Det å verte oppsagt har sine ulemper i det at ein må finne seg nytt arbeid, men ein er i alle høve sikra løn i oppseiingstida og har sjølv kontroll over jobbsøkinga. Mange får også sluttpakkar som sikrar dei økonomisk i tida etter oppseiinga. Ein som er permittert får mindre utbetalt etter utløpet av arbeidsgivarperioden, og mange vil truleg vegre seg for å søkje ny jobb då ein framleis er tilknytt arbeidsplassen ein er permittert frå. I dag er det dermed ikkje sikkert at det er eit «mindre onde» å bli permittert enn å bli oppsagt.

Sjølv om regelsetta nok kan synest ganske like, har dei altså ein heilt annan bakgrunn. Denne skilnaden vil liggje til grunn for analysen i del 3, der saklegheitskravet ved utval mellom arbeidstakarane vil bli handsama.

⁸⁴ Jf. RG 1978 s. 442 side 445.

3 Kan arbeidsgivar nytte same utvalskrins og utvalskriterium ved nedbemanning i forlenginga av ei permittering?

3.1 Presisering av problemstillinga

Avhandlinga si hovudproblemstilling er om arbeidsgivar kan nytte same utvalskrins og utvalskriterier ved nedbemanning i forlenginga av ei permittering. Utgangspunktet er i alle høve klart – arbeidsgivar kan gå til oppseiing av permitterte arbeidstakarar, og han kan sei opp arbeidstakarar som *ikkje* er permitterte under den føresetnad at det er sakleg grunn til dette. Spørsmålet er korleis arbeidsgivar skal velje kven som skal seiast opp der ein er i den situasjon at delar av arbeidsstokken er permitterte.

For å kunne svare på denne problemstillinga, er det naudsynt å gjere ein analyse av kva krav som kan stillast til arbeidsgivar ved utval mellom arbeidstakarane ved høvesvis permittering og nedbemanning.

Som gjennomgangen i punkt 2 av oppgåva viste, må arbeidsgivar påvise eit sakleg behov både for å permittere og nedbemanne, men likevel slik at det må stillast strengare krav til saklegheita ved nedbemanning. Når ein har kome så langt, er neste steg så å velje ut kven av arbeidstakarane som skal enten permitterast eller nedbemannast. Også dette utvalet må vere sakleg.

Arbeidsgivar har som følge av styringsretten eit visst skjønnsrom i valet mellom dei tilsette. Styringsretten gjeld likevel ikkje uavgrensa, jf. mellom anna Rt. 2001 s. 418, der Høgsterett uttaler at styringsretten blir avgrensa av «mer allmenne saklighetsnormer». Eit døme på ei slik saklegheitsnorm er kravet til forsvarleg sakshandsaming, jf. Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-Norge). Vidare inneber kravet til saklegheit at det ikkje kan leggast vekt på utanforliggjande omsyn. Det å leggje vekt på fagforeiningsmedlemskap vil til dømes aldri

vere sakleg, sjå aml. § 13-2 første ledd bokstav d, jf. § 13-1.⁸⁵ Det same gjeld all forskjellshandsaming som ikkje har ei sakleg grunniving.⁸⁶

Ved utval mellom arbeidstakarar både ved permittering og nedbemanning, er det to sentrale element. Først må ein finne ut kva del av verksemda som er gjenstand for permittering eller nedbemanning. Dette er *utvalskrinsen*. Vidare må ein finne ut kva kriterier som skal leggjast til grunn for å velje kven innan denne krinsen som skal seiast opp eller permitterast. Dette er *utvalskriteria*. Både utvalskrinsen og -kriteria må vere saklege for at permitteringa og nedbemanninga skal innfri saklegheitskrava det vart gjort greie for ovanfor. Omgrepa har ikkje nokon legaldefinisjon, men som gjennomgangen under viser, er dei forstått og nytta på denne måten i omfattande rettspraksis knytt til både permittering og nedbemanning.

I det følgjande vil reglane for utvalskrins og utvalskriterium bli handsama kvar for seg. Dei har visse element som glir over i kvarandre, men då dei har ulike funksjonar er det mest hensiktsmessig å ta kvar for seg. At det er to ulike vurderingar som skal gjerast, vart stadfesta i HR-2017-561-A (Posten II), der Høgsterett uttalte følgjande:

«Det er en saklig begrunnet utvalgskrets som avgrensar hvem som ved overtallighet skal konkurrere om stillingene. Når denne avgrensningen skal foretas, har utvelgelseskriteriet ingen plass.»⁸⁷

Det er altså to ulike vurderingar som må gjerast: Først må ein vurdere om det er sakleg å avgrense utvalskrinsen, og så må ein vurdere om utvalet mellom arbeidstakarane i den aktuelle krinsen er sakleg.

Arbeidsmiljølova inneheld ikkje konkretiserte reglar for utval verken ved permittering eller nedbemanning, og dei retningslinjene som finnast er difor utvikla gjennom rettspraksis, verksemdspraksis og tariffavtalar. Den vidare framstillinga vil med utgangspunkt i rettspraksis gjere greie for kva reglar for utvalskrins og utvalskriterium som gjeld for høvesvis permittering og nedbemanning i dag, og det vil bli undersøkt om det er faktiske skilnadar

⁸⁵ All forskjellsbehandling på grunnlag av diskrimineringsgrunnlag i lov 16. juni 2017 om likestilling og forbod mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringslova) § 6 vil vere forbode med mindre det oppfyller krava i § 9.

⁸⁶ Ei anna sak er at mange permitterte uttaler at dei kjenner seg diskriminerte, særleg på grunnlag av kjønn eller alder, sjå Jordheim (2020).

⁸⁷ HR-2017-561-A premiss 66.

mellom regelsetta på dette punkt. Med utgangspunkt i denne samanstillinga, vil det vere mogleg å seie noko om situasjonen der ein går vidare frå permittering til nedbemanning.

3.2 Utvalskrins

3.2.1 Utvalskrins – definisjon og omsyn

Utvalskrinsen er kva del av verksemda som skal vere gjenstand for utval ved gjennomføring av permittering eller nedbemanning.⁸⁸ Som det vil bli gjort greie for i det vidare, er utgangspunktet at heile verksemda skal vere utvalskrins. Omsyn bak dette er at dette er mest rettvist ovanfor arbeidstakarane, då ein sikrar at ein blir vurdert opp mot fleire enn dersom ein avgrensar krinsen. Eit breiare vurderingsgrunnlag gir den enkelte arbeidstakar betre sjansar for å kome ut av prosessen med stillinga si i behald.

I mange tilfelle vil det vere sakleg grunnlag for å snevre inn utvalskrinsen. Dette er praktisk for arbeidsgivar då det sikrar ei enklare sakshandsaming, særleg i store verksemdar. Vidare sikrar det ro og stabilitet for arbeidstakarane som ikkje er ein del av utvalskrinsen, noko som igjen forenkler vidare drift. I store verksemdar kan avgrensing av krinsen sikre at ein unngår mishøveleg lange og unødvendig kompliserte prosessar.⁸⁹ Dette vil særleg gjere seg gjeldande i akutte økonomiske situasjonar.

3.2.2 Utvalskrins ved permittering

Der ein ved nedbemanning har eit lovfesta saklegheitskrav som set rammer for arbeidsgivar sin styringsrett, har ein ikkje ei tilsvarande regulering ved permittering. Dette betyr likevel ikkje at arbeidsgivar står heilt fritt når han skal velje ut kven av arbeidstakarane som skal permitterast.

For tariffbundne verksemdar er utgangspunktet klart: Arbeidsgivar må ha «saklig grunn» for å permittere sine tilsette, jf. Hovudavtalen § 7-1 nr. 1. Vidare er ansiennitet utgangspunktet for

⁸⁸ Jf. mellom anna Fougner (2019) s. 874, Storeng mfl. (2020) s. 598 og Skjønberg mfl. (2017) s. 433.

⁸⁹ Dette var sentralt i ARD 2006 s. 286.

utvalet, jf. Hovudavtalen § 7-1 nr. 3 der det heiter at «ansienniteten [kan] fravikes når det foreligger saklig grunn.»

Det oppstår då spørsmål om korleis dette påverkar utvalskrinsen. I ARD 1997 s. 201 (Windy Boats) framheva Arbeidsretten at «[p]ermittering er i motsetning til oppsigelse et midlertidig tiltak som forutsetter at arbeidstakerne vil bli gjeninntatt i arbeid», og at saklegheitskravet for å fråvike ansiennitet måtte forståast i samsvar med dette. Avgjerda gir likevel ikkje klare haldepunkt for kva denne skilnaden består i. Ei liknande utsegn finn ein i ARD 2016 s. 151 (Nokas), der Arbeidsretten uttaler at «[d]et vil være en annen vektning av de relevante hensyn som kan begrunne en snevrere utvalgskrets knyttet til permittering, som er en midlertidig ordning, enn hva som bør legges til grunn ved nedbemanning.»⁹⁰

Utsegnene tilseier at dei same omsyna vil vere relevante for avgrensing av utvalskrins både ved permittering og nedbemanning, men at vektinga vil vere annleis i den forstand at det skal meir til for å fråvike ansiennitet ved nedbemanning. Som det vil bli gjort nærare greie for i punkt 3.2.3, er relevante moment skilnadar i arbeidsoppgåver og kvalifikasjonar, geografiske omstende, tidlegare praksis i verksemda, omsynet til å redusere uro for dei tilsette, storleiken på verksemda og verksemda sin økonomi.

At dei same momenta som kan grunnkje avgrensing av utvalskrins ved nedbemanning også kan grunnkje avgrensing ved permittering er logisk, då omsyna som talar for å snevre inn krinsen vil vere dei same i begge høve.⁹¹

Vidare vil det ved permittering gjerne oppstå ein naturleg utvalskrins, då visse deler av ei verksemd kan bli hardare råka enn andre. Der det er bortfall av arbeid som ligg bak, vil det gjerne vere dei som er direkte råka av bortfallet som vert permitterte.⁹² Dette var tilfellet i RG 2009 s. 796, der Oslo Byfogdembete aksepterte at ein kunne fråvike ansiennitet til fordel for å sjå til kven som vart direkte råka av bortfallet av arbeid.

For verksemda sin del er det klart mest praktisk å permittere dei som står utan arbeid, då dette inneber minst mogleg omflytting og opplæring for å halde drifta i gang i ein kanskje allereie utfordrande situasjon. Som følgje av den mellombelse karakteren av permittering vil slik

⁹⁰ ARD 2016 s. 151 premiss 42.

⁹¹ Jf. punkt 3.2.1.

⁹² Skarning (2010) s. 168.

omflytting av tilsette vere mindre aktuelt enn ved nedbemanning, noko som tilseier at tilgangen til avgrensing av personkrins bør vere vidare ved permittering.

Også for verksemder som ikkje er bundne av tariffavtale gjeld det eit saklegheitskrav, jf. ovanfor i punkt 2.1.3. Når det gjeld plikta til å ta omsyn til ansiennitet ved avgrensing av utvalskrins, vart det i RG 2009 s. 796 vist til ein tilsvarande ansiennitetsklausul i dågjeldande Hovudavtale § 8-1 nr. 3, og uttalt at den også «gir uttrykk for ulovfestet rett». Om dette er riktig i dag er ikkje avklart.⁹³

3.2.3 Utvalskrins ved nedbemanning

For nedbemanning spring kravet til sakleg utvalskrins ut av saklegheitskravet i arbeidsmiljølova § 15-7.⁹⁴ Føresegna inneheld ingen eksplisitte føringar for kva som skal utgjere utvalskrinsen, men det er ved fleire høve slått fast i rettspraksis at utgangspunktet er at heile verksemda skal vere gjenstand for utval.⁹⁵ Dette inneber at alle arbeidstakarar i verksemda skal takast med i vurderinga av kven som skal permitterast eller seiast opp.

Høgsterett har likevel ved fleire høve godteke at verksemda fokuserer utvalet på ein bestemt del, til dømes ei avdeling eller eit underområde av verksemda.⁹⁶ I Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig) formulerer Høgsterett dette som at «[s]elv om utgangspunktet er at det er selskapet som er utvelgelseskrets, følger det av rettspraksis at dette utgangspunktet på saklig grunnlag kan fravikes, jf. særleg Rt-1986-879 (Hillesland) og Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge)».⁹⁷ Det gjeld altså eit krav om sakleg grunn for å nytte ein snevrare utvalskrins ved nedbemanning.

Norma for å fråvike selskapet som utvelgelseskrins vart formulert slik i Gresvig-dommen:

«Når lovens utgangspunkt er at virksomheten er utvelgelseskrets, følger det imidlertid at de hensyn som tilsier at utgangspunktet fravikes, må være tungtveiende. På en annen side kan arbeidsmiljøloven ikke forstås slik at den pålegger bedrifter prosesser

⁹³ Mykje tyder likevel på at dette ikkje er tilfellet, sjå punkt 3.3.3 om betyding av ansiennitet som utvalskriterium.

⁹⁴ For kva som ligg i saklegheitskravet i aml. § 15-7 blir det vist til punkt 2.2.3.

⁹⁵ Jf. mellom anna Rt. 2015 s. 1332 premiss 38.

⁹⁶ Sjø særleg Rt. 1986 s. 879, Rt. 1992 s. 776 og Rt. 2015 s. 1332.

⁹⁷ Rt. 2015 s. 1332 premiss 38.

som blir uforholdsmessig tyngende, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte».⁹⁸

Dette tilseier at det skal ein del til, men at det er høve til å gjere avgrensingar i krinsen dersom verksemda kan påvise eit tilstrekkeleg sakleg behov.

Når det gjeld kva som kan utgjere eit slikt «saklig grunnlag», har det i rettspraksis vore godkjent fleire ulike årsaker. Av særleg betyding er avgjerdene Hillesland, Sparebanken Nord-Norge og Gresvig, der utvalskrinsar avgrensa til høvesvis ei avdeling, ein filial og heilt ned til éin tilsett har blitt rekna som saklege.

I Hillesland-dommen uttalte Høgsterett at «[b]edriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov».⁹⁹ Når Høgsterett aksepterte at utvalskrinsen vart avgrensa til ei av verksemda sine fire avdelingar, var dette på grunnlag av at det «i den vanskelige situasjon bedriften var i, [forelå] sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingenes forskjellige oppgaver.»¹⁰⁰ Dommen illustrerer at skilnadar i arbeidsoppgåver og kvalifikasjonar er ein sakleg grunn til å avgrense utvalskrinsen ved nedbemanning, og at dette omsynet får større vekt dess vanskelegare situasjon verksemda står i.

Der arbeidsoppgåvene var avgjerande i Hillesland, var det i Sparebanken Nord-Norge geografiske omsyn som var avgjerande for at avgrensinga i utvalskrinsen vart rekna som sakleg. Også her var verksemda i ein vanskeleg økonomisk situasjon, og det vart bestemt at dei tilsette ved filialane som skulle nedleggjast vart oppsagte. Høgsterett fann at denne avgrensinga var sakleg, då banken dekkja eit stort geografisk område, samt at det var naturleg å vurdere avdelingane kvar for seg då det nokså nyleg var gjennomført fusjonar.¹⁰¹ Geografiske omstende kan difor vere ein sakleg grunn til å avgrense utvalskrinsen.¹⁰²

I Gresvig vart leiaren av ein sportsbutikk oppsagt då verksemda la ned avdelinga han leia og var einaste tilsette ved. Spørsmålet var om det var sakleg å avgrense utvalskrinsen til ei avdeling med berre éin tilsett, med den konsekvens at det då ikkje var nokon å vurdere

⁹⁸ Rt. 2015 s. 1332 premiss 43.

⁹⁹ Rt. 1986 s. 879 side 886-887.

¹⁰⁰ Rt. 1986 s. 879 side 888.

¹⁰¹ Jf. Rt. 1992 s. 776 side 782.

¹⁰² Også i HR-2017-561-A aksepterte Høgsterett slik avdelingsvis avgrensing av utvalskrinsen.

arbeidstakaren mot. Etter å ha vist til Hillesland og Sparebanken Nord-Norge, peika Høgsterett på at det å behalde naudsynt kompetanse og dermed sikre vidare drift, sikre ro og stabilitet for dei tilsette og for selskapet, samt selskapet sin økonomi vil vere saklege moment.¹⁰³ Vidare vart det vist til at avdelingsvis avgrensing var praksis i selskapet og at nedbemanninga par preg av ei løpande marknadstilpassing heller enn ein isolert nedbemanningsprosess.¹⁰⁴ Etter å ha konstatert at det ikkje var noko prinsipielt grunnlag for å utelukke at ei avdeling med berre éin tilsett kan vere utvalskrins, vart det etter ei konkret vurdering konkludert med at utvalskrinsen var sakleg.

Det er altså ei rekkje omsyn som kan utgjere saklege grunnlag for å snevre inn utvalskrinsen, der det avgjerande synest å vere ei heilskapleg vurdering av verksemda sine behov. Etter Gresvig-dommen skal det «tungtveiende» omsyn til for å fråvike utgangspunktet. Eit minstekrav synest å vere at det vil føre til problem for verksemda å nytte heile selskapet som utvalskrins, anten fordi dette er praktisk utfordrande på grunn av omfanget, eller at det vil vere økonomisk uforsvarleg.

Når det gjeld tariffbundne verksemder, er utgangspunktet eit anna. Her har ein i tillegg til arbeidsmiljølova si regulering ofte tariffavtaleklausular som påverkar utvalskrinsen. Det er i dag nokså vanleg at tariffavtalane inneheld føresegner om at ansiennitet skal ha betydning ved utvalet mellom arbeidstakarar, og fastlegginga av utvalskrinsen vil for tariffbundne verksemder difor ro på ei tolking av den aktuelle tariffavtalen samanhalde med saklegheitskravet i arbeidsmiljølova.¹⁰⁵

Etter Hovudavtalen LO–NHO § 8-2 følgjer det at «[v]ed oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn». For verksemder som er bundne av avtalen er det dermed ansiennitet som er utgangspunktet for utvalet mellom arbeidstakarane ved nedbemanning.

Det følgjer likevel ikkje direkte av føresegna korleis dette påverkar utvalskrinsen. I Nokas tolkar Arbeidsretten ordlyden dit at «det skal tas utgangspunkt i heile bedriften i den ansiennitetsvurderingen bedriften skal foreta ved en nedbemanningsprosess.»¹⁰⁶ Arbeidsretten

¹⁰³ Rt. 2015 s. 1332 premiss 42.

¹⁰⁴ Ibid. premiss 45 og 49.

¹⁰⁵ Våg (2017) s. 208-221.

¹⁰⁶ ARD 2016 s. 151 premiss 62. Det blir presisert at «hele bedriften» må forståast slik at ein må sjå til kva del av verksemda overeinskomsten er gjort gjeldande for.

viser så til at denne måten å forstå Hovudavtalen § 8-2 er i samsvar med aml. § 15-7 slik den blir tolka i Gresvig-dommen. Det er dermed tale om ein vilkårsbunden ansiennitetsklausul, der ansiennitet er avgjerande dersom det ikkje er sakleg grunnlag for noko anna.

Utgangspunktet etter både lov og Hovudavtalen er dermed at heile verksemda skal vere utvalskrins med mindre det føreligg sakleg grunnlag for å nytte ein snevrare krins. Vidare må saklegheitskravet forståast på same måte, slik at dei same momenta vil vere relevante i vurderinga av om det er grunnlag for å nytte ein snevrare krins.¹⁰⁷

Som følgje av ansiennitetsklausulen i Hovudavtalen kan likevel det konkrete utfallet bli annleis. I Nokas-dommen kom fleirtalet i Arbeidsretten til at avgrensinga av utvalskrinsen var tariffstridig, då avgrensinga til éin helikopterterminal utgjorde ei vesentleg svekking av ansiennitetsprinsippet.¹⁰⁸ Det same vart utfallet i Telenor-dommen, der Høgsterett fann at oppseiinga av ein salskonsulent med 32 års ansiennitet var ugyldig som følgje av at utvalskrinsen var for snever. Det vart vist til at det var tale om ein «situasjon som tilsa at det ved saklighetsvurderingen skulle vært tatt hensyn til hvilke eller hvor mange arbeidstakere som inngår i utvelgelseskretsen.»¹⁰⁹ Avgjerdene tilseier at utvalskrinsen ikkje kan avgrensast på ein måte som gjer at ansiennitetsklausulen blir ståande utan effekt.

I AR 2018-18 (NRK) vart derimot ansienniteten fråvike for to arbeidstakarar i samband med ei omorganisering i NRK.¹¹⁰ Utvalskrinsen vart her avgrensa til regionskontoret NRK Østlandssendingen. I dommen trekk Arbeidsretten eit skilje mellom utvalskrins og utvalskriterium, og uttaler i premiss 51 at «[s]pørsmålet om oppsigelser strider mot ansiennitetsprinsippet i § 36 er dels et spørsmål om kretsen som er lagt til grunn som utgangspunkt for vurderingen har tilstrekkelig saklig grunn, og dels et spørsmål om den konkrete ansiennitetsvurderingen som er gjort for arbeidstakere som sies opp, er korrekt». Dette tilseier at sjølve ansiennitetsvurderinga høyrer heime under vurderinga av om avveginga av utvalskriteria er riktig, medan ei eventuell avgrensing av utvalskrinsen skal avgjerast på bakgrunn av ei vurdering av om dei omsyn arbeidsgivar gjer gjeldande er

¹⁰⁷ ARD 2016 s. 151 premiss 77 og 78.

¹⁰⁸ Om betydninga av ansiennitetsprinsippet, sjå punkt 3.3.3.

¹⁰⁹ Jf. HR-2019-1986-A premiss 74.

¹¹⁰ Saka gjaldt tolkinga av ansiennitetsprinsippet i Hovudavtalen Arbeidsgiverforeningen Spekter og Norsk Journalistlag § 36, som har same innhald som Hovudavtalen LO-NHO § 8-2.

saklege. I den konkrete saka aksepterte Arbeidsretten avgrensinga til regionskontoret som følgje av omstillingsbehov og tidlegare praksis.

Etter dette er det ikkje klart kva som er riktig når det gjeld ansiennitetsklausular si betydning ved fastsetting av utvalskrins for verksemder bundne av slike klausular. Det klare utgangspunktet både for tariffbundne og ikkje-tariffbundne verksemder er likevel at heile verksemda skal vere utvalskrins, men at dette kan fråvikast dersom verksemda kan påvise eit tilstrekkeleg sakleg behov for avgrensing.¹¹¹ Sentrale moment i denne vurderinga er skilnadar i arbeidsoppgåver og kvalifikasjonar, geografiske omstende, tidlegare praksis i verksemda, omsynet til å redusere uro for dei tilsette, storleiken på verksemda, verksemda sin økonomi, og om det er tale om ei enkelt nedbemanning eller ei løpande marknadstilpassing.

3.2.4 Delkonklusjon – Høvet til attbruk av utvalskrins

Som gjennomgangen ovanfor viser, er det mykje som er felles for dei to regelsetta når det gjeld fastsetting av utvalskrins. Det klare utgangspunktet er at heile verksemda skal vere gjenstand for utval, men dette kan fråvikast dersom arbeidsgivar kan påvise eit sakleg behov for dette.

Den største skilnaden er at som følgje av den mellombelse karakteren av permittering skal det mindre til for å fråvike ansiennitet for tariffbundne verksemder ved permittering enn ved nedbemanning. Vidare tyder rettspraksis på at det av same grunn skal mindre til for at ei avgrensing av krinsen vil bli rekna som sakleg ved permittering enn ved nedbemanning.

Omsyn som talar for attbruk, er at dette vil skape ein føreseieleg situasjon for arbeidstakarane, særleg for dei som har vore utanfor utvalskrinsen og dermed har kjend seg trygge i stillingane sine. For verksemda vil attbruk bety mindre arbeid og ressursbruk i ein allereie utfordrande situasjon.

Omsyn som talar i mot attbruk, er at kravet til utvalskrinsen er mykje strengare ved nedbemanning enn ved permittering, særleg for tariffbundne verksemder. Ein risikerer

¹¹¹ Ein annan ting er at det etter HR-2018-880-A må differensierast mellom avgrensing av utvalskrins i relasjon til kven som skal seiast opp og plikta til å vurdere «annet passende arbeid» etter aml. § 15-7 andre ledd. I premiss 44 uttalte Høgsterett at «selv om det i en nedbemanningsprosess aksepteres en snevrere utvalgskrets enn hele virksomheten når det gjelder hvem som skal sies opp, vil det, i alle fall som hovedregel, ikke være grunnlag for å begrense plikten til å tilby annet passende arbeid på tilsvarende måte. Vurderingen av om arbeidsgiveren har annet passende arbeid å tilby må derfor i utgangspunktet omfatte hele virksomheten».

dermed å ende opp med ein utvalskrins som er mykje snevrare enn det er grunnlag for, slik at den endelege vurderinga av kven som skal seiast opp blir feil. Dette gjeld særleg i verksemdar som er bundne av ein ansiennitetsklausul, då omsynet til ansiennitet for mindre vekt dess snevrare krinsen blir.

Det er ikkje mogleg å konkludere generelt på om attbruk vil vere mogleg. I nokre tilfelle vil det nok vere mogleg, dømesvis der det er tale om ei heil avdeling der alle først blir permitterte og så oppsagte, eller der ei verksemd der alle har like kvalifikasjonar permitterer dei ti sist tilsette arbeidstakarane. I dei fleste tilfelle vil det nok likevel ikkje vere så beint fram, og då vil det vere ulike omsyn som spelar inn ved permittering og ved nedbemanning.

Hovudregelen synest difor å vere at attbruk ikkje er mogleg, men at det unntaksvis kan godkjennast. Dette tingar likevel at arbeidsgivar er grundig i sakshandsaminga, og påviser at dei same saklege omsyna gjer seg gjeldande både ved permitteringa og den påfølgjande nedbemanninga.

3.3 Utvalskriterium

3.3.1 Utvalskriterium – definisjon og omsyn

Ein er no kome dit at ein har fastsett kva del av verksemda som skal vere gjenstand for anten permittering eller nedbemanning. I nokre tilfelle skal alle innan denne gruppa permitterast eller seiast opp. I mange tilfelle er det derimot behov for vidare utval internt i utvalskrinsen, og det er her utvalskriteria kjem inn.

På same måte som for utvalskrinsen, må også utvalskriteria vere saklege. Dette kjem klart til uttrykk i Rt. 2011 s. 609 (SAS-pilotar), der Høgsterett uttalte at «også utvelgelseskriteriene i en nedbemanningsprosess må være saklige».¹¹² Det same gjeld for permittering, jf. mellom anna ARD 1997 s. 201.¹¹³ Dette inneber mellom anna at det ikkje kan skje usakleg

¹¹² Rt. 2011 s. 609 premiss 60.

¹¹³ Det blir likevel presisert at «saklighetsvurderingen ved utvelgelse ikke stiller seg på samme måte ved permittering som ved oppsigelse». Dette vil bli nærare handsama i punkt 3.3.2.

forskjellshandsaming, til dømes ved å nytte fagforeiningsmedlemskap eller kjønn som utvalskriterium.¹¹⁴

Omsynet bak at vi i dag har retningslinjer for utvalskriterium, er at dei seier noko om kva arbeidsgivar kan leggje vekt på ved utval mellom arbeidstakarane. Dei utgjer dermed ein skranke for arbeidsgivar sin styringsrett. Dette er for å sikre at utveljinga ikkje blir vilkårleg eller baserer seg på utanforliggjande omsyn.¹¹⁵

I det vidare vil oppgåva ta føre seg spørsmåla om det er dei same kriteria som er saklege ved permittering og ved nedbemanning, og om det er skilnadar i kva vekt dei ulike kriteria kan og skal tilleggjast.

3.3.2 Utvalskriterium ved permittering

Arbeidsretten oppsummerte saklegheitskravet for utvalskriterium på følgjande vis i Windy Boats: «Ved vurdering av om saklig grunn foreligger, vil faglige kvalifikasjoner, sosiale og andre hensyn, såvel som ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller, være momenter av betydning».¹¹⁶ Det er altså ei rekkje kriterium som kan leggjast til grunn når arbeidsgivar skal velje arbeidstakarar som skal permitterast.

I det følgjande vil det bli sett nærare på innhaldet i dei ulike kriteria, og om det er skilandar mellom tariffbundne og ikkje-tariffbundne verksemder når det gjeld vektlegging av kriteria.

Ansiennitet

Som nemnd i punkt 3.2.2 er utgangspunktet etter mange tariffavtalar at ansiennitet skal vere utgangspunktet for utval mellom arbeidstakarane ved permittering, jf. mellom anna Hovudavtalen LO–NHO § 7-1 tredje ledd, Hovudavtalen YS–Virke § 7-1 tredje ledd og Hovudavtalen ALT–NHO § 7-1 tredje ledd. Det er likevel lagt til grunn at omsynet har mindre vekt som følgje av den mellombelse karakteren av permittering.¹¹⁷

At ansiennitetsprinsippet har mindre vekt ved permittering vart stadfesta i ARD 2009 s. 48

¹¹⁴ Om forholdet mellom saklegheitskravet og diskrimineringsgrunnlag, sjå punkt 3.1.

¹¹⁵ Dette heng også saman med at saklegheitsvilkåret stiller krav til sakshandsaminga, og det leggjast stor vekt på at arbeidsgivar før oppseiingane har definert klare og saklege utvalskriterier, og at desse er følgde konsekvent, jf. mellom anna Rt. 1992 s. 776. Dette må reknast for å vere gjeldande også for permittering, då saklegheitsvilkåret også der stiller krav til sakshandsaminga, jf. punkt 2.1.3.

¹¹⁶ Jf. ARD 1997 s. 201.

¹¹⁷ Jf. mellom anna ARD 1997 s. 201.

(Securitas tellesentral), der Arbeidsretten uttalte følgjande:

«Av Hovedavtalen § 8-1 nr. 3 følger at ansiennitet danner utgangspunktet ved utvelgelse av arbeidstakere for permittering. Dette innebærer at tjenestetiden er et moment som skal tas i betraktning ved vurderingen av hvem som skal permitteres. Hvilken vekt ansiennitet skal tillegges ved utvelgelsen er et annet spørsmål, og vil i den enkelte sak bero på en totalbedømmelse av alle relevante forhold.»

Dette tilseier at ansiennitet ikkje står i noko særstilling som utvalskriterium, sjølv om det skal vere utgangspunktet for vurderinga. Terskelen for å fråvike ansiennitet synest difor ikkje å vere særleg høg.

At terskelen for å fråvike ansiennitet ikkje er særleg høg ved permittering heng nok saman med at opplæring i nye arbeidsoppgåver i mange tilfelle ikkje vil vere aktuelt, slik at det å følgje eit vilkårslaut ansiennitetsprinsipp vil kunne føre til problem for verksemda i ein allereie krevjande situasjon.

Der skilnaden i ansiennitet er stor, og det elles er tale om nokså like kvalifikasjonar, må det likevel reknast for at det skal noko til for å fråvike ansiennitet. Dette følgjer mellom anna av ARD 2009 s. 211 der Arbeidsretten uttalte at det «som utgangspunkt stilles strengere krav til begrunnelsen for avvik fra ansiennitet når ansiennitetsforskjellen er stor enn når den er forholdsvis liten. Det må gjelde uansett lengden på ansienniteten.»

For verksemder som ikkje er bundne av tariffavtale vil ansiennitet vere eit sakleg moment, men det er ikkje avklart i kva grad det er eit *pliktig* moment.¹¹⁸

Kvalifikasjonar

I tråd med det som er sagt om ansiennitet ovanfor, vil ofte kvalifikasjonar vere det mest sentrale utvalskriteriet ved permittering. Dette er naturleg, då det ikkje gir meining å

¹¹⁸ Skarning tek til orde for at domstolane handsamar organiserte og uorganiserte verksemder nokså likt ved permitteringar, slik at det truleg ikkje vil vere noko skilnad, sjå Skarning (2010) s. 169. Sjå også punkt 3.3.3 om ansiennitet som utvalskriterium ved nedbemanning.

permittere ein som har den naudsynte kompetansen til fordel for ein som krev opplæring for å gjennomføre arbeidsoppgåvene.

I Windy Boats var det nettopp kvalifikasjonar som var det avgjerande utvalskriteriet. Her aksepterte Arbeidsretten fråviking av ansiennitet ettersom det ville medføre ulemper for verksemda å ikkje halde den mest kvalifiserte arbeidstakaren i arbeid. Dette er sentralt ved permittering, då ein av effektivitetsomsyn gjerne vil halde på dei som på best mogleg vis kan halde drifta gåande.

Ved nedbemanning er det til ei viss grad akseptert at ein kan leggje vekt på såkalla uformelle kvalifikasjonar.¹¹⁹ Ved permittering må ein vere varsam med å leggje vekt på forhold ved den enkelte arbeidstakar, då permittering som nemnd aldri kan nyttast som eit disiplineringstiltak. På same måte som ved nedbemanning, må likevel samarbeidsvanskar etter omstenda kunne vere sakleg, særleg der verksemda er i ein vanskeleg situasjon.

Når det gjeld tilgangen til å leggje vekt på kvalifikasjonar, vil det truleg ikkje vere noko skilnad mellom tariffbundne og ikkje-tariffbundne verksemdar.

Sosiale omsyn

Ved permittering er ein ikkje plikta å leggje vekt på ulempene permitteringa vil få for den tilsette, slik ein har for nedbemanning etter arbeidsmiljølova § 15-7 andre ledd. Verken tariffbundne eller ikkje-tariffbundne verksemdar har dermed noko *plikt* til å ta omsyn til forhold ved den enkelte arbeidstakar.

Noko anna er at det er *sakleg* å leggje vekt på sosiale omsyn, også i den grad at ansiennitetsrekkefølgja kan fråvikast for tariffbundne verksemdar. Dette følgjer mellom anna av Securitas tellesentral, der Arbeidsretten om forsørgjaromsyn og økonomiske omsyn uttalte følgjande:

«At forhold av denne art etter omstendighetene vil kunne tillegges vekt ved utvelgelsen for permittering og kan utgjøre en saklig grunn for å fravike ansiennitetsrekkefølgen, er i og for seg utvilsomt. Det er følgelig adgang til å ta

¹¹⁹ Sjå punkt 3.3.3 under.

hensyn til at noen vil bli hardere rammet enn andre av å bli permittert. Vekten av dette momentet beror på hvilke andre saklige hensyn som foreligger, og av i hvilken grad de aktuelle sosiale hensynene må antas å medføre at arbeidstakeren vil bli satt i en vanskeligere situasjon ved å bli permittert enn øvrige aktuelle ansatte.»

Sosiale omsyn vil altså inngå i heilskapsvurderinga på lik linje med andre saklege moment. Dette må reknast å gjelde også for verksemder som ikkje er bundne av tariffavtale.

Andre omsyn

Ved permittering har det også blitt akseptert at ein kan leggje vekt på verksemda sin økonomi som utvalskriterium. I ARD 1990 s. 169 vart det sett hen til kva tilsette det var knytt høgast reiseutgifter til. Det er tvilsamt om dette vil vere sakleg i alle tilfelle, men det er i alle høve illustrerande for at verksemda sine behov står sterkt ved permittering.

Vidare inneheld fleire tariffavtalar særreguleringar for tillitsvalde. Etter Hovudavtalen LO – NHO § 5-11 punkt 2 skal det leggjast vekt på «de tillitsvalgtes spesielle stilling» ved innskrenkingar, omorganiseringar og permitteringar.

3.3.3 Utvalskriterium ved nedbemanning

Kravet til saklegheit ved fastsetting av utvalskriterium er utleia av saklegheitskravet i aml. § 15-7. Føresegna gir likevel ikkje vidare føringar for kva kriterium som vil vere saklege. I HR-2019-424-A (Skanska) blir saklegheitskravet ved utvalskriteirum omtala på følgjande måte:

«Ansiennitet vil utvilsomt være ett saklig kriterium å bygge utvelgelsen på, og da slik at arbeidstakerne med kortest tjenestetid i virksomheten rammes først. [...] Men samtidig er det klart at arbeidsgiveren også kan basere utvelgelsen på andre kriterier, typisk kvalifikasjoner, faglig dyktighet og kompetanse. Bruk av slike kriterier kan bidra til virksomhetens overlevelse, eller i det minste til å styrke dens framtidsutsikter.»¹²⁰

Vidare blir det presisert at «et hensyn som alltid må trekkes inn før oppsigelse finner sted, er

¹²⁰ HR-2019-424-A premiss 31 og 32.

de sosiale og andre hensyn som knytter seg til den enkelte arbeidstakeren, se § 15-7 andre ledd andre setning. Saklighetsvurderingen må derfor alltid gjøres konkret».¹²¹

Det er altså ei rekkje moment som vil vere saklege å leggje vekt på i ein nedbemanningsprosess, men det må i kvart enkelt tilfelle gjerast ei konkret vurdering før endeleg oppseiing skjer. I det følgjande vil det bli gjort ein gjennomgang av innhaldet i dei ulike utvalskriteria og om det er skilnadar mellom tariffbundne og ikkje-tariffbundne verksemdar på dette punkt.

Ansiennitet

Ansiennitet har lenge vore eit mykje brukt utvalskriterium, og etter mange tariffavtalar skal ansiennitet vere utgangspunktet for utval mellom arbeidstakarane, jf. mellom anna Hovudavtalen LO–NHO § 8-2 der det heiter at «[v]ed oppsigelse på grunn av innskrenkning/-omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn.» Tilsvarande føresegner finn ein mellom anna i Hovudavtalen YS–Virke § 4-7.9 og Hovudavtalen ALT–NHO § 8-2. Ein endå strengare ansiennitetsklausul finn ein i KS Hovudtariffavtale, der det etter § 3 punkt 3.3 heiter at «under ellers like vilkår, [skal] de med kortest tjeneste innenfor vedkommende arbeidsområde i kommunen/virksomheten sies opp først, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 (2) og Hovedavtalen del B § 1-4-1 og del C § 3-1».¹²²

Sjølv om ein utanfor tariffavtaleområdet ikkje er bundne av føresegner som seier at ansiennitet skal vere utgangspunktet for utvalet, har det likevel lenge vore rekna som det mest sentrale utvalskriteriet.¹²³ Årsaka til dette er nok at ansiennitet er oppfatta som eit rettvist grunnlag for utval, då det er reint objektivt. Lojalitetssynspunkt er også ei årsak, då ansiennitet kjem dei som er lojale mot arbeidsgivar i lang tid til gode. I dette ligg også ein føresetnad om at ansienniteten får meir vekt dess lenger ein har vore tilsett i verksemda. Vidare kan ansiennitet til ei viss grad gi uttrykk for kvalifikasjonar, då ein som regel vil

¹²¹ Ibid. premiss 34.

¹²² Det er i teorien teke til orde for at det ikkje er noko realitetsskilnad mellom «under ellers like vilkår» og saklig grunn», jf. mellom anna Våg (2015) punkt 5.43 med vidare tilvising til Allstrin mfl. (2012) s. 246.

¹²³ Rt. 1986 s. 879 er eit døme på dette. Den aktuelle verksemda var ikkje bunden av noko tariffavtale, men Høgsterett uttaler likevel på side 886 at «Det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov». Utsegna tilseier at ansiennitet vart rekna for å vere utgangspunktet også utanfor tariffregulert område.

opparbeide seg ferdigheiter og kunnskap gjennom lang tid på arbeidsplassen.¹²⁴

Dette reiser spørsmål om ansiennitet i dag har ei særstilling som utvalskriterium. På bakgrunn av Høgsterett sin argumentasjon i Skanska-dommen må svaret vere at det ikkje har ei slik særstilling. Saka gjaldt gyldigheita av seks oppseiingar i ei entreprenørverksemd som ledd i ei nedbemanning. Verksemda var bunden av Hovudavtalen LO–NHO, og det oppstod følgeleg spørsmål om kva vekt ansiennitetsprinsippet skulle tilleggjast som utvalskriterium. Etter ein gjennomgang av relevant praksis både frå Høgsterett og Arbeidsretten, konkluderte Høgsterett med følgjande:

«Utvelgelsen vil måtte bero på en totalbedømmelse, hvor vil inngå på den ene siden ansiennitetenes og ansiennitetsforskjellenes lengde, og på den andre siden styrken i de kriteriene arbeidsgiveren ellers påberoper seg. Vekten av de sistnevnte kriteriene vil kunne variere etter virksomhetens situasjon og behov».¹²⁵

Vidare vart presisert at det vil gi «misvisende assosiasjoner å karakterisere ansiennitetsprinsippet som en «hovedregel»», då dette kunne gi inntrykk av at det skal meir til for å fråvike ansiennitetsrekkefølga enn det er rettsleg grunnlag for.¹²⁶

Ansiennitet står etter dette ikkje i noko særstilling, og terskelen for å fråvike ansiennitet kan ikkje reknast for å vere særleg høg så lenge arbeidsgivar kan vise til andre saklege utvalskriterium.¹²⁷ Som følge av den relative betydinga av ansiennitet, må likevel kriteriet tilleggjast større vekt dersom det er tale om lang ansiennitet eller store ansiennitetsskilnader, jf. den siterte utsegna frå Skanska ovanfor.

For verksemdar som ikkje er bundne av tariffavtale, synest det etter dette anstrengt å seie at ansiennitet skal vere utgangspunktet. Det kan ikkje utleiast eit krav om å vektleggje ansiennitet av saklegheitskravet i arbeidsmiljølova. Når det ikkje er grunnlag for å seie at

¹²⁴ Sjå til dømes LG-2000-207 der lagmannsretten uttaler følgjande: «Etter lagmannsrettens oppfatning må det imidlertid, dersom det skal differensieres etter kvalifikasjoner, samtidig tas i betraktning at ansiennitet er et målbart uttrykk for kvalifikasjoner.»

¹²⁵ HR-2019-424-A premiss 61.

¹²⁶ Ibid. premiss 62.

¹²⁷ Dersom arbeidsgivar føretek utval basert på eit relativt strengt og vilkårslaust ansiennitetsprinsipp, har arbeidstakarane krav på at ansienniteten blir riktig utrekna, jf. Rt. 1962 s. 6 Avtalar om ansiennitet må vidare ligge innanfor det saklegheitskravet som følgjer av § 15-7, jf. Rt. 2001 s. 71.

ansiennitet står i ei særstilling for verksemder som er bundne av ansiennitetsklausular, vil det difor verke kunstig om ansiennitet skal vere eit pliktig utgangspunkt for verksemder utan slike klausular. Dette blir støtta av at Høgsterett i SAS-pilotar uttaler at «[a]t man i en konkret situasjon velger å basere utvelgelsen på andre kriterier enn ansiennitet, kan ikke i seg selv føre til at oppsigelsene er usaklig begrunnet».¹²⁸ Utgangspunktet for verksemder som ikkje er bundne av tariffavtale må difor seiast å vere at ansiennitet kan vere eit sakleg kriterium, men at ein ikkje nødvendigvis pliktar å leggje vekt på det.¹²⁹

Altså er det berre utgangspunktet som er ulikt for tariffbundne og ikkje-tariffbundne verksemder, slik at ansiennitet i alle høve må reknast som eitt av fleire sidestilte utvalskriterier. Ved høg ansiennitet eller store ansiennitetsskilnader skal det likevel meir til for å fråvike dette utgangspunktet for tariffbundne verksemder.

Kvalifikasjonar

Kvalifikasjonar har lenge vore rekna som eit sakleg utvalskriterium. I Hillesland uttalte Høgsterett at «[b]edriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov».¹³⁰ Dette har vore stadfesta i seinare praksis, jf. mellom anna Skanska-dommen.

Kvalifikasjonar omfattar både formelle og uformelle eigenskapar ved ein tilsett.¹³¹ Dei formelle kvalifikasjonane omfattar mellom anna utdanning, arbeidserfaring og realkompetanse opparbeidd i verksemda. Dei uformelle kvalifikasjonane viser mellom anna til om personen er skikka til arbeidet, arbeidsinnsats og samarbeidsevner.

For verksemder i prekære økonomiske situasjonar vil det truleg vere mest hensiktsmessig å behalde dei arbeidstakarane som kan sikre vidare drift. Vidare vil kvalifikasjonar stå sentralt der nedbemanning skjer som ledd i ei marknadstilpassing, då mange bransjar er under stadig endring, slik at arbeidsgivar er avhengig av å stadig kunne tilpasse arbeidsstokken til dei nye oppgåvene. Det vil då vere tenleg å leggje vekt på kven har dei riktige kvalifikasjonane for å

¹²⁸ Rt. 2011 s. 609 premiss 62.

¹²⁹ Ein annan ting er at det er usikkert om arbeidsgivar vil kome unna med å ikkje leggje vekt på ansiennitet i det heile der det er tale om lang ansiennitet eller store ansiennitetsskilnader.

¹³⁰ Rt. 1986 s. 879 side 886.

¹³¹ Jf. mellom anna Fougner (2019) s. 881-882 og Storeng mfl. (2020) s. 591-592.

stadig fornye seg, heller enn å sjå på kven som har arbeidd der lenge.¹³²

Rettspraksis viser at det til ei viss grad kan leggjast vekt på individuelle forhold ved arbeidstakar. Illustrerande er RG 2001 s. 1276, som omhandla ei nedbemanning av 50 personar som følgje av svikt i ordretilgang ved ein forskings- og utviklingsinstitusjon. Ein tilsett med 12 års ansiennitet og god kompetanse innan feltet vart sagt opp som følgje av manglande samarbeidsevner og lojalitet. Fleirtalet fann dette sakleg, og uttalte at «[f]lertallets konklusjon vil være at det heftet såvidt betydelige problemer ved As egnethet at oppsigelsen av ham fremtrer som saklig begrunnet i virksomhetens behov, også etter en avveining mot de åpenbare problemer som en fratreden vil medføre for A». Ein må likevel vere varsam her, då det generelt ikkje er tilgang til å leggje vekt på individuelle forhold.¹³³

Når det gjeld tilgangen til å leggje vekt på kvalifikasjonar, synest det heller ikkje ved nedbemanning å vere skilnadar mellom tariffbundne og ikkje-tariffbundne verksemder. Kvalifikasjonar er altså eit sakleg omsyn, som nok ofte også vil vere avgjerande ved utval mellom arbeidstakarane.

Sosiale og andre individuelle omsyn

Sosiale forhold ved den enkelte arbeidstakar vil alltid vere relevante å leggje vekt på i ein nedbemanningsprosess, då arbeidsgivar etter aml. § 15-7 andre ledd *pliktar* å leggje vekt på «de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker».

I Hillesland stadfesta Høgsterett at sosiale og menneskelege omsyn ikkje berre har betyding i interesseavveginga mellom arbeidsgivar og arbeidstakar, men også når det skal veljast mellom ulike arbeidstakarar.¹³⁴ Dette vart stadfesta i SAS-pilotar der Høgsterett uttalte at sosiale omsyn ikkje berre kan nyttast som grunngeving for å unnlate oppseiing, men også vil vere «relevante i en utvelgelsesprosess som den foreliggende, hvor arbeidsgiveren må velge mellom ansatte.»¹³⁵

¹³² Som nemnd vil lang ansiennitet ofte gi uttrykk for realkompetanse, men i dagens samfunn gjer dette seg berre gjeldande til ei viss grad. Ein får stadig nye teknologiske nyvinningar, og kompetanse blir utdatert i eit heilt anna tempo enn det som før var tilfellet.

¹³³ Dersom det er individuelle forhold som ligg til grunn for oppseiinga, må det i tilfelle gjennomførast nettopp på dette grunnlag og ikkje som ei nedbemanning på grunn av verksemda sine forhold, jf. aml. § 15-7.

¹³⁴ Jf. Rt. 1986 s. 879 side 887.

¹³⁵ Jf. Rt. 2011 s. 609 premiss 64.

Når det gjeld konkret kva som kan leggjast vekt på, vart det i Hillesland vektlagt at den eine arbeidstakaren var 64 år og følgjeleg ville ha større vanskar enn dei andre tilsette med å finne nytt arbeid, medan den andre arbeidstakaren var aleineforsørgjar for eit barn på 10 år. I SAS-pilotar vart det vektlagt at dei oppsagte pilotane gjekk av med ei svært gunstig pensjonsordning. Alternativet ville vere å seie opp pilotane med lågast ansiennitet, som ville gå ei svært usikker økonomisk framtid i møte.

Frå dette kan ein slutte at (høg) alder, forsørgingsbyrde og økonomiske forhold etter omstenda kan vere sakleg å leggje vekt på ved utval mellom tilsette. Ein føresetnad for å leggje vekt på slike forhold som utvalskriterium, må likevel vere at arbeidstakaren blir ramma betydeleg hardare enn dei andre arbeidstakarane i same situasjon. Elles blir jo desse momenta uansett fanga opp av interesseavveginga etter aml. § 15-7 andre ledd.

Også for slike sosiale omsyn er det ingenting som tilseier at det er ein skilnad på tariffbundne og ikkje-tariffbundne verksemdar.

Andre omsyn

Også ved nedbemanning vil tillitsvalde stå i ei særstilling, jf. Hovudavtalen LO–NHO § 5-11 punkt 2.

Som koronapandemien har vore eit godt døme på, kan det vidare oppstå situasjonar der ei verksemd ser seg nøydd til å halde dei tilsette permitterte i lang tid. Her vil det kunne oppstå spørsmål om det er sakleg å leggje vekt på at desse tilsette har vore lenge utan arbeid, og dermed kanskje vil ha gått glipp av utviklingar i mellomtida. Dette har ei side til kvalifikasjonsprinsippet, noko som tilseier at det vil vere høve til å vektleggje dette. På bakgrunn av at arbeidstakaren ikkje kan noko for at han vart permittert, synest det likevel å vere urettvist å vektleggje dette i arbeidstakar sin disfavour. Vektlegging av dette på kostnad av andre moment, til dømes sosiale omsyn, vil vidare kunne uthule stillingsvernet til arbeidstakaren.

Den endelege avveginga av utvalskriteria

Der arbeidsgivar har fastsett fleire utvalskriterium, må det så gjerast ei endeleg avveging av desse. Som gjennomgangen ovanfor viser, er det ikkje rettskjeldemessig grunnlag for å seie at

ansiennitet står i ei særstilling, og utgangspunktet må difor vere at utvalskriteria veg likt. Den einaste skilnaden mellom tariffbundne og ikkje-tariffbundne verksemder i så måte er at ansiennitet er utgangspunktet for vurderinga for verksemder som er bundne av ansiennitetsklausular, men det er på generelt grunnlag ikkje særleg høg terskel for å fråvike dette utgangspunktet.

Etter dette må det dermed gjerast ei konkret vurdering i kvart enkelt tilfelle av kva omsyn som skal vege tyngst. Sentrale moment vil vere om det er store skilnader i ansiennitet, kvalifikasjonar og om det er særskilte sosiale omsyn som gjer seg gjeldande.

3.3.4 Delkonklusjon – Høvet til å byggje på dei same utvalskriteria

Gjennomgangen viser at det i stor grad er dei same utvalskriteria som vil vere saklege både ved permittering og nedbemanning. Det er likevel nokre vesentlege skilnadar mellom vektlegginga av desse.

Sosiale og menneskelege omsyn, nærare bestemt ulempene arbeidstakar opplever, er eit tvunge moment ved nedbemanning, men eit «valfritt» moment ved permittering. Vidare vil nok ansiennitet spele ei større rolle ved nedbemanning enn ved permittering, særleg for tariffbundne verksemder. Dette er også rimeleg, då det kan hevdast at momentet om at lang tenestetid bør lønast står sterkare når det står om oppseiing og ikkje eit mellombels opphøyr.

Ein vil også gjerne sjå meir på dei akutte behova til verksemda når ein vel ut arbeidstakarar for permittering, medan ein ved nedbemanning må sjå meir på dei langvarige konsekvensane både for verksemda og dei tilsette. Ved permittering tek vurderinga enkelt sagt utgangspunkt i kven ein kan avsjå i ein periode, og ein tek gjerne val for å unngå opplæring og omplassering. Dette kan ein ikkje ta omsyn til i same grad ved nedbemanning, då ein her har ei plikt til å vurdere den tilsette opp mot andre stillingar.

Dei største skilnadane mellom regelsetta synest etter dette å vere knytt til kva vekt dei ulike momenta kan tileggjast. Attbruk av sjølve kriteria vil difor vere mogleg, men ein må gjere ei ny konkret vurdering av kva moment som skal få avgjerande betyding.

Ein annan ting er at det ikkje alltid vil vere hensiktsmessig å ukritisk leggje til grunn dei same kriteria, då arbeidsgivar sine behov truleg vil vere annleis når det gjeld å kome over ei

mellombels kneik og for å sikre vidare drift. Det kan difor truleg vere føremålstenleg å ta ein fot i bakken og vurdere om ein ved overgangen til ein nedbemanningsprosess bør leggje vekt på andre kriterium.

4 Konklusjon og avsluttande merknadar

På bakgrunn av konklusjonane ovanfor må svaret på spørsmålet om arbeidsgivar kan sei opp dei som vart permitterte i første omgang ved ein etterfølgjande nedbemanningsprosess bli eit rungande *kanskje*. I nokre tilfelle vil det nok vere mogleg å leggje til grunn at det er dei same som vart permitterte som skal seiast opp, under den føresetnad at sakshandsaminga har vore god og det ikkje har skjedd endringar i situasjonen undervegs.

I dei fleste tilfelle vil nok spørsmålet likevel måtte svarast negativt på. Det er tale om to svært ulike regelsett, der permittering er til for dei mellombelse situasjonane og er ein sikkerheitsventil for arbeidsgivar, medan reglane for nedbemanning inneber eit mykje sterkare vern for arbeidstakar. Det å utan vidare sei opp dei som vart permitterte kan i mange tilfelle føre til misbruk av permitteringsreglane og uthuling av stillingsvernet.

Avhandlinga har etter dette vist at arbeidsgivar står friare ved permittering enn ved nedbemanning. Permittering oppsto som eit verkemiddel for korte og avgrensa tidsrom, men per i dag vert det nytta på ubestemt tid og kan i ytste konsekvens medføre at ein arbeidstakar går permittert i over eit år. Avstanden til oppseiing kan på den måten hevdast å vere mindre, då også permittering må reknast for å kunne ha store negative konsekvensar for arbeidstakaren. Faren for misbruk av permitteringsreglane synest difor å vere i dagen. Dersom dei negative konsekvensane er dei same, kvifor skal ein då kome unna med mindre strenge krav til sakshandsaming og større handlefridom for arbeidsgivar på kostnad av arbeidstakar sitt stillingsvern? Dette gjeld særleg der sakshandsaminga ved permittering kan påverke kva som skjer der nedbemanning skjer som ei forlenging av permitteringa.

For tariffbundne verksemder kan dette føre til ei fråviking av ansiennitetsprinsippet utan at det var grunnlag for det. Vidare kan det føre til at sosiale omsyn som forsørgjarbyrde og vanskar med å skaffe seg ny jobb ikkje blir tatt omsyn til i tilstrekkeleg grad. For verksemder som ikkje er bundne av tariffavtale blir det stilt endå mindre strenge krav til sakshandsaminga ved permittering, og ein har ikkje alltid tillitsvalde som kan tale dei tilsette si sak.

Dette reiser spørsmål om permitteringsreglane slik dei er utforma i dag sikrar eit godt nok vern for arbeidstakar. Ein ser konsekvensane koronapandemien har hatt for store delar av

arbeidslivet, og ein kan ikkje utelukke at ein får liknande situasjonar seinare. No når permitteringsreglane har nærma seg nedbemanningsreglane i innhald, synest det difor å vere naturleg å stille spørsmål ved om ikkje dei bør nærme seg reglane også når det gjeld vern for arbeidstakar.

Litteraturliste

Lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs grunnlov (Grunnlova)

Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidarvern (arbeidarvernlova)

Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsetjingslova)

Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidarvern (arbeidarvernlova)

Lov 18. juli 1958 nr. 2 om tenestetvistar (tenestetvistlova)

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskap (aksjelova)

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskap (allmennaksjelova)

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

Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvistar (arbeidstvistlova)

Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens tilsette mv. (statstilsettelova)

Lov 16. juni 2017 om likestilling og forbod mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringslova)

Mellombels forskrift 20. mars 2020 nr. 368 om unntak frå folketrygdlova og arbeidsmiljølova i samband med covid-19-pandemien.

Lovforarbeid

Ot. prp. nr. 41 (1975–1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidarvern og arbeidsmiljø

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

Prop.94 L (2016–2017) Lov om statens tilsette mv. (statstilsettelova)

NOU 2019:7 Arbeid og inntektssikring

NOU 2020:8 Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2020

Hovudavtaler

Hovudavtalen mellom A.F.L og N.A.F. 1947

Hovudavtalen mellom LO og NHO 2018–2021

Hovudavtalen mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og Organisasjon for administrative, ledende og tekniske stillinger (ALT) 2018–2021

Hovudavtalen mellom YS og VIRKE 2018–2021

Hovudavtalen KS 2020–2021

Hovudtariffavtalen KS 2020–2022

Rettspraksis

Avgjerder frå Høgsterett

Rt. 1962 s. 6

Rt. 1966 s. 393

Rt. 1972 s. 1330

Rt. 1984 s. 1058

Rt. 1986 s. 879 (Hillesland)

Rt. 1989 s. 508

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

Rt. 1995 s. 227.

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 71

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø)

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2011 s. 609 (SAS-pilotar)

Rt. 2012 s. 168

Rt. 2014 s. 336

Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig)

HR-2017-561-A (Posten II)

HR-2017-777-A

HR-2018-880-A

HR-2019-424-A (Skanska)

HR-2019-1986-A

Avgjerder frå Arbeidsretten

ARD 1982 s. 249

ARD 1989 s. 91

ARD 1990 s. 169

ARD 1997 s. 201 (Windy Boats)

ARD 2003 s. 62

ARD 2006 s. 286

ARD 2009 s. 48 (Securitas tellesentral)

ARD 2009 s. 211

ARD 2016 s. 151 (Nokas)

AR 2018-18 (NRK)

AR 2020-12

Avgjerder frå lagmannsrettane

RG 1978 s. 442 (Borregaard)

RG 1985 s. 128

RG 2001 s. 1276

RG 2009 s. 796

RG 2010 s. 797

Upubliserte avgjerder

Dom av Oslo byrett 2. juni 1938, sak nr. 430/38, avd. XIII nr. 22

Dom av Eidsivating lagmannsrett 4. mai 1953, ankesak nr. 21/52, H1 nr. 32/52 (Refsum)

Trondheim byrett, 19. september 1955

Bergen byrett, 24. oktober 1975

LG-2000-207

LB-2010-32815

LB-2010-62676

LF-2018-145211

Litteratur

Bøker

Allstrin, Tor, Gry Brandshaug Dale og Jon Østenvig, *Endring og opphør av arbeidsforhold*, 2. utg., Kommuneforlaget 2012

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

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

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg., Cappelen Damm 2006

Mehl, Tor, *Permitteringer: en analyse og vurdering av rettspraksis fra de alminnelige domstoler*, Universitetsforlaget 1982

Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad Hotvedt og Marianne Jenum, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg, Gyldendal 2017

Storeng, Nils H. mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utg., Universitetsforlaget, 2020

Artiklar

Arbeids- og sosialdepartementet, «Regjeringen forlenger permitteringsperioden», Regjeringen.no, 11. januar 2021, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-forlenger-permitteringsperioden/id2827853/> (sist lest 6. mai 2021)

Evju, Stein, «Om ansiennitet», *Arbeidsrett* 2011/1 s. 112-121

Evju, Stein, «Permittering og trygd; Trekk av rettsutviklingen» i *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 2 (2007) s. 135-184

Evju, Stein, «Saklighet og saklighetsprøvelse – En rettsgenetisk studie», *Arbeidsrett* 2013/1 s. 82-111

Evju, Stein, «Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten», Arbeidsnotater 2012:4, <https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/omrader/arbeidsrett/publikasjoner/arbeidsnotater/2012-4.pdf> (sist lest 24. mai 2021)

Jordheim, Hans M., «Undersøkelse: Hver femte permitterte føler seg diskriminert», E24.no, 11. mai 2020, <https://e24.no/naeringsliv/i/LA7jjQ/undersokelse-hver-femte-permitterte-foeler-seg-diskriminert> (sist lest 6. mai 2021)

Nergaard, Kristine, «Organisasjonsgrader, tariffavtaledekning og arbeidskonflikter 2018/2019», Fafo-notat 2020:12, <https://fafo.no/images/pub/2020/10332.pdf> (sist lest 6. mai 2021)

Skarning, Nicolay, «Permitteringsadgangen i bedrifter uten tariffavtale og tillitsvalgte» Arbeidsrett 2010/3-4 s. 159-170

Thorkildsen, Tarjei, «Høyesteretts dom i «Telenor-saken – Avklaringer og nye spørsmål», Arbeidsrett 2020/1 s. 45-55

Våg, Lasse Gommerud, «Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler - Forholdet til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern», Arbeidsrett 2015/1 s. 1-99.

Våg, Lasse Gommerud, «Avgrensning av utvelgelseskretsen ved nedbemanning - noen merknader til nyere rettspraksis», Arbeidsrett 2016/2 s. 208-221

Aagaard, Erik C., «Permittering» Arbeidsrett 2009/3 s. 120-139