



Det juridiske fakultet

## **Nedbemanning i privat sektor**

Når er en oppsigelse saklig begrunnet i virksomhetens forhold, hva er vilkårene for å avgrense utvelgelseskretsen og hvordan anvendes og vektet kriteriene ved utvelgelse?

Simon Karlsen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2022.

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>1</b>
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	TEMAETS AKTUALITET	1
1.3	METODE OG RETTSKILDEBILDET	3
1.3.1	<i>Metode</i>	3
1.3.2	<i>Rettskildene i avhandlingen</i>	4
1.3.2.1	Lov om arbeidsmiljø og dens forarbeider	4
1.3.2.2	Praksis fra Høyesterett	4
1.3.2.3	Tariffavtalen som rettskildefaktor	5
1.3.2.4	Juridisk teori og praksis fra underrettsdomstolene som sekundær rettskilde	5
1.4	BEGREPSAVKLARING	6
1.4.1	<i>Arbeidstaker og arbeidsgiver</i>	6
1.4.2	<i>Oppsigelse</i>	6
1.4.3	<i>Utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier</i>	7
1.4.4	<i>Tariffavtale</i>	7
1.4.5	<i>Virksomhet</i>	7
1.5	GRUNNLEGGENDE HENSYN I ARBEIDSRETEN	8
1.6	AVGRENSNING	9
1.7	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	9
<b>2</b>	<b>INNLEDENDE OM NEDBEMANNING</b>	<b>10</b>
2.1	KORT OM NEDBEMANNINGSPROSESSEN	10
2.2	STYRINGSRETEN SOM RETNINGSGIVENDE FOR ARBEIDSGIVERS VALG AV UTVELGELSESKRETS OG UTVELGELSESKRITERIUM	11
2.2.1	<i>Generelt om styringsretten</i>	11
2.2.2	<i>Saklighetskravets begrensning av arbeidsgivers styringsrett</i>	12
<b>3</b>	<b>BESLUTNING OM OPPSIGELSER SOM ER SAKLIG BEGRUNNET I FORHOLD HOS VIRKSOMHETEN</b>	<b>13</b>
3.1	NÅR ER EN OPPSIGELSE SAKLIG BEGRUNNET I VIRKSOMHETENS FORHOLD?	13
3.2	INTERESSEAVVEININGEN	15
3.3	BEVISKRAVET OG DOMSTOLENS ROLLE VED PRØVING I SAKER OM OPPSIGELSENS GYLDIGHET	17
3.4	SAKLIGHETSKRAVETS BETYDNING VED NEDBEMANNING	19
3.5	SAMMENFATNING AV SAKLIGHETSKRAVET	19
<b>4</b>	<b>ARBEIDSGIVERS FASTSETTELSE AV UTVELGELSESKRETS VED NEDBEMANNING</b>	<b>20</b>
4.1	UTGANGSPUNKTET ER VIRKSOMHETEN SOM UTVELGELSESKRETS	20
4.2	ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å AVGRENSE UTVELGELSESKRETSEN NÅR VIRKSOMHETEN IKKE ER BUNDET AV TARIFFAVTALE	21

4.3	HVILKE RAMMER SETTER TARIFFAVTALEN FOR ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å AVGRENSE UTVELGELSESKRETSEN? .....	25
4.4	SAMMENFATNING AV GJELDENE RETT .....	28
<b>5</b>	<b>INNHALDET OG VEKTING AV RELEVANTE KRITERIER FOR UTVELGELSE AV OVERTALLIGE ARBEIDSTAKERE .....</b>	<b>28</b>
5.1	INNLEDENDE OM FORHOLDET MELLOM SAKLIGHETSKRAVET OG UTVELGELSESKRITERIENE.....	28
5.2	INNHALDET I UTVELGELSESKRITERIENE .....	30
5.2.1	<i>Innholdet arbeidstakers ansiennitet .....</i>	<i>30</i>
5.2.2	<i>Innholdet i arbeidstakers kompetanse .....</i>	<i>32</i>
5.2.3	<i>Innholdet i arbeidstakerens sosiale hensyn.....</i>	<i>34</i>
5.3	VEKTING AV UTVELGELSESKRITERIENE .....	36
5.3.1	<i>Introduksjon.....</i>	<i>36</i>
5.3.2	<i>Hvilke minstekrav angir tariffavtalen til virksomheten for vekting av arbeidstakers kompetanse og ansiennitet?.....</i>	<i>37</i>
5.3.3	<i>Hvordan kan kompetanse og ansiennitet vektas for virksomheter som ikke er bundet av en tariffavtale? .....</i>	<i>41</i>
5.3.4	<i>Hva skal til for at arbeidsgiver kan vektlegge arbeidstakerens realkompetanse? .....</i>	<i>43</i>
5.3.5	<i>Burde arbeidstakers kompetanse veie tyngre i dagens arbeidsmarked? .....</i>	<i>46</i>
5.3.6	<i>Vekting av sosiale hensyn hos arbeidstakeren.....</i>	<i>48</i>
5.4	SAMMENFATNING AV RETTSTILSTANDEN.....	51
<b>6</b>	<b>REPRESENTERER NEDBEMANNINGSINSTITUTTET EN UTFORDRING FOR DEN NORSKE ARBEIDSLIVSMODELLEN?.....</b>	<b>52</b>
<b>7</b>	<b>KILDELISTE.....</b>	<b>56</b>
7.1	LOVER.....	56
7.2	FORARBEIDER.....	56
7.3	RETTSAVGJØRELSER.....	57
7.3.1	<i>Høyesterett.....</i>	<i>57</i>
7.3.2	<i>Lagmannsrett.....</i>	<i>58</i>
7.3.3	<i>Tingrett.....</i>	<i>59</i>
7.3.4	<i>Arbeidsretten.....</i>	<i>59</i>
7.4	JURIDISK LITTERATUR .....	59
7.5	ELEKTRONISKE UTGIVELSER.....	60
7.6	AVISARTIKLER .....	60

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

I alle virksomheter skjer det endringer over tid. Det kan dreie seg om endringer som knytter seg til mange ulike problemstillinger. For eksempel hvordan og hvilken fremgangsmåte arbeidet skal benytte, eller hvordan organiseringen av arbeidet skal skje.<sup>1</sup> Temaet i denne avhandlingen omhandler derimot endringer i virksomheten som medfører at antall arbeidstakere må reduseres. Når virksomheten foretar en reduksjon av antall arbeidstakere er nedbemanning et rettslig verktøy som er hensiktsmessig å benytte seg av.<sup>2</sup> Nedbemanning som verktøy kan brukes når situasjonen i virksomheten ikke lengere er lønnsom eller dersom det er behov for å endre satsningsområde. Det kan for eksempel være nødvendig å si opp ansatte innenfor et område fordi den teknologiske utviklingen ikke gjør det lønnsomt å opprettholde avdelingen.<sup>3</sup>

I mars 2020 iverksatte regjeringen en uventet nedstengning av landet som følge av Covid-19. For å hindre smittespredning ble det også innført smittevernstiltak som blant annet gikk ut på antallsbegrensninger og krav om én meters avstand mellom personer. Dette førte til at flere virksomheter på grunn av sin karakter måtte holde stengt, samt permittere sine ansatte. Hotell- og utelivsbransjen var en bransje som ble særlig hardt rammet. Varigheten på tiltakene førte til at flere virksomheter gikk i økonomisk underskudd på grunn av manglende likviditet, og måtte følgelig gjennomføre en omstrukturering og nedbemanning. Avhandlingens problemstilling er derfor det rettslige rammeverket for nedbemanning. Herunder innholdet i saklighetskravet, avgrensning av utvelgelseskrets samt innholdet og vekting av utvelgelseskriterier.

## 1.2 Temaets aktualitet

Koronasituasjonen medførte at flere virksomheter har fått etterfølgende utfordringer, og har måttet gjennomføre omstruktureringer. Utfordringene har blant annet bestått av økonomiske utfordringer for virksomheten, samt at det har vært nødvendig å gjennomføre en

---

<sup>1</sup> Borgerud og Nøss, *Arbeidsrett: Omstilling, nedbemanning og virksomhetsoverdragelse i offentlig sektor* (2019) s. 212.

<sup>2</sup> Skarning og Verling, *Nedbemanning og sluttpakker, En praktisk håndbok* (2022) s. 13.

<sup>3</sup> Skarning og Verling, *Nedbemanning og sluttpakker, En praktisk håndbok* (2022) s.13.

omstrukturering av virksomheten for å tilpasse seg den endrende markedsetterspørselen. Disse utfordringene har ført til at noen virksomheter har besluttet nedleggelse av enkelte enheter eller avdelinger, og følgelig gjennomført en nedbemanning. Nedbemanning som rettslig verktøy kan være med på å bidra til kostnadssparing for virksomheten på lengere sikt. Ved nedbemanning vil virksomheten få mindre arbeidstakere, som betyr kutt i lønnsutgifter.<sup>4</sup> Dersom virksomheter i for stor grad beslutter nedbemanning, kan det føre til et høyt antall arbeidsledige, noe som kan representere en utfordring for den norske arbeidslivsmodellen.

Videre aktualiseres temaet gjennom at det stadig foregår store endringer i næringslivet.<sup>5</sup> Regjeringen vedtok høsten 2022 at det skulle innføres grunnrenteskatt i laksenæringen.<sup>6</sup> Dette førte blant annet til usikkerhet i markedet og flere oppdrettsanlegg har valgt å permittere flere av sine ansatte. På lengere sikt kan det tenkes at oppdrettsselskapene også beslutter nedbemanning grunnet de store endringene i markedssituasjonen. Videre har flere virksomheter blitt pålagt økt formuesskatt. Økningen av skatt kan på sikt føre til lavere omsetning for virksomheter og følgelig økonomiske utfordringer, som igjen kan føre til nedbemanning. I november 2022 besluttet også NRK å redusere antall stillinger fra 120 til 80 med formål om å spare økonomiske utgifter, noe som gjenspeiler temaets aktualitet.<sup>7</sup> Det samme gjaldt for FHI<sup>8</sup> da de besluttet å redusere antall stillinger for å spare økonomiske utgifter, som følge av at arbeidsbehovet ikke lengre er like stort som det var under Corona-pandemien.<sup>9</sup> Nedbemanning er følgelig et dagsaktuelt tema.

Gjennom nyere rettspraksis viser det seg at nedbemanning som omstrukturingsmetode har blitt gjennomført ulikt sammenlignet med tidligere praksis. Arbeidsmarkedet har til sammenligning før Covid-19 og tidligere gjennomgått en endring. Det kan se ut til at arbeidstakere bytter arbeidsplasser oftere i dag. Det er også en tendens til at virksomhetene er større og har flere ansatte med ulik kompetansebakgrunn. Dette har også ført til at konkurransen i markedet, både for produktet, men også for arbeidstakere, har blitt større. En

---

<sup>4</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 276. Lønnsutgifter utgjør i dag store økonomiske poster hos virksomheter.

<sup>5</sup> Se Kvadsheim, *Nå kommer nedbemanningene* (2022).

<sup>6</sup> Se Finansdepartementet, *Grunnrenteskatt på havbruk* (2022).

<sup>7</sup> Se Silseth og Bugge, *NRK åpner for sluttpakke for alle ansatte* (2022).

<sup>8</sup> Folkehelseinstituttet.

<sup>9</sup> Se Brækhus, *FHI-direktør anslår 100 oppsigelser* (2022).

virksomhet som gjennomfører nedbemanning, ønsker som regel å beholde de arbeidstakerne som tjener virksomheten best. Problemstillingen er dermed også aktuell på grunn av endrede forhold for arbeidstakerne.

## 1.3 Metode og rettskildebildet

### 1.3.1 Metode

Det finnes flere fremstillinger av rettskildelæren i nyere tid. Den mest betydningsfulle generelle fremstillingen av norsk rettskildelære er Torstein Eckhoff sin *Rettskildelære* som ble utgitt i 1971. Denne avhandlingen vil imidlertid ta utgangspunkt i Jens Edvin Skoghøy sin fremstilling av norsk rettskildelære, *Rett og rettsanvendelse*, som ble utgitt i 2018.

Bakgrunnen for dette er at rettskildebildet har endret seg, siden blant annet Eckhoff publiserte sin fremstilling. Skoghøy har gjennom sin fremstilling viet rettspraksis fra Høyesterett mye fokus. Denne avhandlingen benytter rettspraksis i stor grad for å fremstille gjeldende rett, og på denne bakgrunnen falt det naturlig å se hen til Skoghøy sin kategorisering av rettskildene.

Avhandlingen vil gjennom juridisk metode foreta en rettsdogmatisk analyse av reglene for nedbemanning. Med «rettsdogmatikk» menes fremstilling av innholdet i gjeldende rettsregler.<sup>10</sup> Avhandlingen vil også peke på noen rettspolitiske problemstillinger, herunder diskutere utfordringer med de gjeldende rettsreglene. Med rettspolitikk menes en drøftelse av hvordan retten burde være, såkalt «de lege ferenda».

Rettskildelæren omtales som læren om hvilke kilder som er relevante ved fastleggelsen av innholdet av gjeldende rett, og hvordan de ulike kildene skal avveies mot hverandre.<sup>11</sup> Hensikten med denne oppgaven er å beskrive gjeldende rett. Rettsanvender må finne relevante kilder som kan belyse gjeldende rett, fastlegge innholdet i de relevante rettskildene, og til slutt foreta en vektning hvor man avgjør hvilken betydning slutningene fra de ulike rettskildene skal tillegges i fastleggingen av gjeldende rett.<sup>12</sup> Dette kan være kilder som følger av primære eller sekundære rettskilder.<sup>13</sup> Med *primære rettskilder* menes argumentkilder som i seg selv kan danne rettsregler, og som er av umiddelbar relevans ved rettsanvendelsen. De

---

<sup>10</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 25.

<sup>11</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 17.

<sup>12</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 37.

<sup>13</sup> Dette er Skoghøys systematisering av rettskildene.

har sitt utspring i myndighet til å bestemme hva som skal være gjeldende rett, eller har et opphav som av andre grunner i seg selv har rettsnormerende kraft.<sup>14</sup> Med *sekundære rettskilder* menes kilder som har et opphav som ikke i seg selv er rettsnormerende, men som er avledet av og bygger på primære rettskilder.<sup>15</sup> Avhandlingen vil i kapittel 1.3.2 peke på de relevante rettskildene som blir benyttet for å fastlegge de gjeldende regler for nedbemanning i privat sektor.

## **1.3.2 Rettskildene i avhandlingen**

### **1.3.2.1 Lov om arbeidsmiljø og dens forarbeider**

På lovfestet område er loven den primære rettskilden ved rettsanvendelsen. Arbeidsretten er regulert av arbeidsmiljøloven<sup>16</sup> fra 2005. Arbeidsmiljøloven er en autorativ rettskilde, og vil dermed utgjøre den primære rettskilden ved denne avhandlingen. Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at bestemmelser i arbeidsmiljøloven av 2005 er en videreføring av reglene i tidligere arbeidsmiljølov. Forarbeidene til dagens og tidligere arbeidsmiljølov er derfor relevant for å fastslå gjeldende rett.

### **1.3.2.2 Praksis fra Høyesterett**

Videre vil praksis fra Høyesterett være en viktig primær rettskilde for å fastlegge gjeldende rett. For å kunne fastlegge hvordan et bestemt rettsspørsmål skal løses, vil avgjørelser fra Høyesterett ha særlig betydning ettersom disse avgjørelsene i seg selv rettsnormerende.<sup>17</sup> Flere saker som tar stilling til om vilkårene for nedbemanning er oppfylt havner i domstolene. For å kunne fastlegge hvilken vekt rettspraksis skal tillegges oppstår spørsmålet om hvordan innholdet i rettspraksis skal fastlegges. Høyesterett dømmer i henhold til Grunnloven<sup>18</sup> § 88 i siste instans. Dette medfører at avgjørelser fra Høyesterett alene kan tillegges vekt. Videre vil det være hensiktsmessig å se hen til domstolens begrunnelse for det standpunktet som tas, for å kartlegge innholdet i etablert praksis. Grunnlaget for argumentet knytter seg til den rettssetning som avgjørelsen bygger på, avgjørelsens såkalte «ratio decidendi».<sup>19</sup> Grunnlaget

---

<sup>14</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 36.

<sup>15</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 36.

<sup>16</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (aml.).

<sup>17</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 41.

<sup>18</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

<sup>19</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 107.

vil således være avhengig av hvordan Høyesterett har uttalt seg, herunder om uttalelsen er klar, fullstendig og nyansert. Hvilken vekt avgjørelsen skal gis kan også vurderes ut ifra hvilken sammensetning domstolen som avgjorde rettsspørsmålet ble satt i.<sup>20</sup> Videre kan rettsanvender utlede argumentkilder gjennom en parallelltolkning av faktum og domsresultatet. Dersom det er likheter i faktum i sak én og to, er dette grunnlag for et argument for at også resultatet skal bli likt.

### **1.3.2.3 Tariffavtalen som rettskildefaktor**

På områder hvor partene kan binde seg ved avtaler, kan avtale også utgjøre en autorativ rettskilde. Dette springer ut av at inngåelse av avtaler utgjør menneskets privatautonomi.<sup>21</sup> Arbeidsmiljøloven § 1-9 gir adgang for å inngå avtale om bedre vilkår for arbeidstakeren enn hva som følger av arbeidsmiljøloven. Tariffavtaler er et eksempel på dette, og er en relevant rettskilde for å fastlegge innholdet i gjeldende rett.<sup>22</sup> For enkelthetsskyld vil avhandlingen benytte seg av Hovedavtalen<sup>23</sup> når det vises til tariffavtale. Videre vil kommentarene til bestemmelsene i Hovedavtalen benyttes. Rettskildeværdien av kommentarene vil være sentral på bakgrunn av at de er uttrykk for avtalepartens forståelse av bestemmelsen.

### **1.3.2.4 Juridisk teori og praksis fra underrettsdomstolene som sekundær rettskilde**

Arbeidsretten er også preget av sekundære rettskilder. Avhandlingen vil hovedsakelig benytte seg av juridisk teori. Juridiske forfattere har ikke noen myndighet til å bestemme hva som skal være gjeldende rett, men bidrar blant annet til å systematisere innholdet i gjeldende rett.<sup>24</sup> Ut fra dette vil juridisk teori være avgjørende for på forsvarlig grunnlag å kunne fremstille de primære rettskildene. Videre vil avgjørelser fra tingretten og lagmannsretten også behandle spørsmål i tilknytning nedbemanning. Avgjørelser av lavere domstoler kan inneholde nærmere opplysninger om rettsområdet, men vil ikke i seg selv ha rettsnormerende kraft.

---

<sup>20</sup> Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene § 5 regulerer hvilken sammensetning domstolen skal ha, herunder om retten skal settes i avdeling, storkammer eller plenum.

<sup>21</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 41.

<sup>22</sup> Fougner, *Norsk arbeidsrett, styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern* (2019) s. 22.

<sup>23</sup> Hovedavtalen NHO-LO 2022-2025.

<sup>24</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 36.



Dette som en naturlig følge at Høyesterett dømmer i siste instans.<sup>25</sup> Avgjørelser fra lavere domstoler kan dermed ikke tillegges større vekt enn det kvaliteten på argumentasjonen tilsier.

Arbeidsrettslige tvister behandles også i Arbeidsretten. Dette medfører at praksis fra Arbeidsretten som en underrettsdomstol vil kunne være en relevant sekundær rettskilde for å utlede argumenter for fremstillingen av gjeldende rett. Arbeidstvistloven<sup>26</sup> § 59 tredje ledd slår imidlertid fast at «En dom kan ankes til Høyesterett». For dommer og kjennelser som ikke kan ankes, er Arbeidsrettens avgjørelser endelig, jf. § 59 første ledd. Dette innebærer at dommer avgjort i Arbeidsretten, i motsetning til avgjørelser av lagmannsretten og tingretten må tillegges en viss selvstendig rettsnormerende kraft.<sup>27</sup>

## **1.4 Begrepsavklaring**

### **1.4.1 Arbeidstaker og arbeidsgiver**

Arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd slår fast at med arbeidstaker menes «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste». I forarbeidene er man regnet som arbeidstaker dersom tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold, men at det må foretas en helhetlig vurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet.<sup>28</sup> Arbeidet må som utgangspunkt ha grunnlag i en avtale for at vedkommende skal bli ansett som en arbeidstaker.

Med arbeidsgiver menes «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste», jf. § 1-8 andre ledd. Arbeidsgiver vil etter dette være arbeidstakerens avtalemotpart i en arbeidsavtale.

### **1.4.2 Oppsigelse**

Med oppsigelse menes det når et arbeidsforhold blir brakt til opphør på initiativ fra arbeidsgiver eller etter ønske fra arbeidstaker.<sup>29</sup> Dette medfører at et arbeidsforhold kan avsluttes av både arbeidstaker og arbeidsgiver etter nærmere regler om oppsigelsens formkrav

---

<sup>25</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 226 og 227.

<sup>26</sup> Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister.

<sup>27</sup> Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 227.

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73.

<sup>29</sup> Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2017) s. 47.

og frister. Når avslutningen av arbeidsforholdet skjer ved oppsigelse har partene en avviklingstid av arbeidsforholdet, jf. aml. § 15-3.

### **1.4.3 Utvelgeskrets og utvelgeskriterier**

Utvelgeskrets defineres som den delen av virksomheten hvor nedbemanning skal foregå.<sup>30</sup> Det kan være at nedbemanning skal skje i hele virksomheten eller i deler av virksomheten. Når utvelgeskretsen er fastsatt, må arbeidsgiver foreta en vurdering av arbeidstakerne innenfor denne kretsen på bakgrunn av utvelgeskriterier. Utvelgeskriterier omfatter altså de kriteriene som arbeidsgiver legger til grunn i avgjørelsen av hvilke ansatte som er overtallige.<sup>31</sup>

### **1.4.4 Tariffavtale**

Arbeidstvistloven § 1 bokstav e definerer tariffavtale som «en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller endrede arbeidsforhold». En tariffavtale innebærer følgelig et krav om enighet mellom arbeidsgivers og arbeidstakers representanter.

### **1.4.5 Virksomhet**

Arbeidsmiljøloven gjelder for «virksomhet» som sysselsetter arbeidstaker, jf. § 1-2 første ledd. Tidligere arbeidsmiljølov brukte begrepet «bedrift».<sup>32</sup> Unntatt loven er blant annet sjøfart, fangst og fiske, militær luftfart med videre, jf. § 1-2 andre ledd. Loven inneholder ikke en legaldefinisjon av begrepet virksomhet. Det er nærliggende å legge til grunn at «virksomhet» vil omfatte industrielle bedrifter, transportvirksomhet, bygg- og anleggsarbeid, forretningsvirksomhet, offentlig forvaltning og immateriell virksomhet. Det er ikke avgjørende om virksomheten drives ervervsmessig. Herunder vil også offentlig kontor også omfattes av begrepet.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Fougner m.fl. *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 299.

<sup>31</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 303.

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 101.

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 101.

## 1.5 Grunnleggende hensyn i arbeidsretten

Det primære hensynet som ligger til grunn for arbeidsretten er vernehensyn av arbeidstakeren.<sup>34</sup> Bakgrunnen for dette verdihensynet er at arbeidsretten er preget av en individuell dimensjon. Siden arbeid for flere arbeidstakere er en nødvendig måte for å sikre inntekter til livsoppholdet, er det en naturlig følge at loven også gir arbeidstakerne ytterligere vern mot vilkårlige og uforholdsmessige inngrep fra arbeidsgiver.

Utgangspunktet i den individuelle dimensjonen er at arbeidskraften er å betrakte som en omsetningsvare med betydelige særpreg som skiller seg fra omsetning av andre varer.<sup>35</sup> Arbeidskraftens betydelige særpreg kan for det første illustreres gjennom at arbeidskraft ikke kan skilles fra besitteren. Bruk av arbeidskraft innebærer benyttelse av et menneske, i motsetning til andre formuesgoder som fungerer som midler for mennesket.<sup>36</sup> Når arbeidstakeren inngår kontrakt om et arbeidsforhold, blir vedkommende underordnet arbeidsgiverens styringsrett. For det andre kan det illustreres gjennom at det ved inngåelse av avtale om et arbeidsforhold oppstår økonomisk avhengighet mellom partene. Arbeidstakeren er likevel den som vil være størst avhengig av motparten i kontraktsforholdet. Arbeidsgiver, som eier produksjonsmidlet, kan normalt velge hvem arbeidskraften skal kjøpes fra.<sup>37</sup> Arbeidstakere må oftere forholde seg til hva andre arbeidstakere tilbyr, hvilket kan føre til at arbeidstakere underbyr hverandre i konkurransen om arbeid. Normalt vil dette føre til at forhandlingsposisjonen til arbeidstakeren er mer begrenset og normalt svakere sammenlignet med arbeidsgivere.<sup>38</sup>

Dette illustrerer nødvendigheten og viktigheten av at arbeidsmiljøloven er vedtatt. Oftere vil det være flere arbeidstakere enn arbeidsgivere. Arbeidstakeren vil således være den svakere part i kontraktsforholdet. Av den grunn er det rimelig at arbeidstakeren får ekstra vern gjennom lovgivningen. Det vil også kunne medføre en mer forsvarlig konkurranse på arbeidsmarkedet. Arbeidstakerens vern er særlig viktig når arbeidsmarkedet i nyere tid har

---

<sup>34</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 36.

<sup>35</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 37 med videre henvisninger.

<sup>36</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 37 med videre henvisninger.

<sup>37</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 37.

<sup>38</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 37.

gjennomgått vesentlige endringer siden grunntankene for arbeidsretten ble diskutert.<sup>39</sup> Arbeidsmarkedet er blant annet blitt preget av globalisering og teknologisk utvikling som kan føre til en polarisering. Videre har også arbeidstakerens individuelle hensyn fått større plass. De arbeidsrettslige reglene skal også bidra til at arbeidstaker får en meningsfylt arbeidssituasjon, herunder annerkjennelse av at arbeidet har en verdi samt at det er inntatt regler om informasjon, drøftelse og medbestemmelse.<sup>40</sup>

## **1.6 Avgrensning**

Avhandlingen vil ikke foreta en inngående behandling av saksbehandlingsreglene forut for beslutning om oppsigelse begrunnet i forhold hos virksomheten. Videre avgrenser oppgaven mot suspensjon, som er et tiltak som besluttes når virksomheten ikke kan påvise et reelt behov for nedbemanning eller når behovet er midlertidig. Avhandlingen avgrenser også mot fremmed rett av hensyn til oppgavens størrelse. Dersom avhandlingen skulle behandlet fremmed rett, ville det gått på bekostning av redegjørelsen av de nasjonale reglene om nedbemanning. Avhandlingen vil heller ikke behandle omstillingsavtaler inngående.

## **1.7 Den videre fremstillingen**

Avhandlingen vil i det følgende ta for seg flere temaer innen nedbemanning i privat sektor. Først vil avhandlingen i kapittel to behandle nedbemanning som et rettslig verktøy samt hvilke rammer saklighetskravet setter for arbeidsgivers styringsrett. I kapittel tre vil avhandlingen behandle innholdet i kravet til saklighet ved oppsigelser som er begrunnet i forhold hos virksomheten.

I kapittel fire vil det redegjøres for hovedregelen ved avgrensning av utvelgelseskrets. I samme kapittel vil avhandlingen også diskutere de vilkår som gir arbeidsgiver adgang til å avgrense utvelgelseskretsen. I avhandlingens kapittel fem vil det redegjøres for innholdet av relevante utvelgelseskriterier, samt hvordan disse vektet mot hverandre i utvelgelsen. I kapittel fem vil det foretas enkelte rettspolitiske drøftinger hvor det er naturlig. I avhandlingens kapittel fire og fem vil det skilles mellom adgangen til å avgrense utvelgelseskretsen for virksomheter som er bundet og ikke bundet av tariffavtale. Det samme

---

<sup>39</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 38.

<sup>40</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 38.

gjelder anvendelse og vekting av utvelgelseskriterier ved nedbemanning i virksomheter som er bundet og ikke bundet av tariffavtale.

## **2 Innledende om nedbemanning**

### **2.1 Kort om nedbemanningsprosessen**

Før arbeidsgiver beslutter nedbemanning stilles det flere krav. Arbeidsgiver må kunne dokumentere at behovet for reduksjon av arbeidstakere er varig. Dokumentasjonen må inneholde hvorfor lempeligere tiltak, som permittering og kostnadsreducerende tiltak ikke er tilstrekkelig.<sup>41</sup> Når arbeidsgiver har dokumentert behovet for nedbemanning må resultatet drøftes med arbeidstakere og deres representanter. Dersom virksomheten ikke er bundet av tariffavtale, gjelder arbeidsmiljølovens regler om drøfting som en minstestandard.<sup>42</sup>

Arbeidsgiver kan forsøke å minske omfanget av nedbemanningen ved å gi tilbud om sluttpakker til arbeidstakere etter at nedbemanning er besluttet. Slik var tilfellet for NRK som oktober 2022 besluttet å gjennomføre en nedbemanning av hensyn til økonomi. November 2022 kunne NRK tilby arbeidstakere å søke om sluttpakker.

På bakgrunn av konklusjon av analysen og tilbakemeldingen fra drøftingen, må arbeidsgiver avgjøre veien videre. Dette innebærer at arbeidsgiver må avgjøre om nedbemanning skal skje i hele eller deler av virksomheten. Deretter må arbeidsgiver avgjøre hvilke utvelgelseskriterier som skal ligge til grunn ved utvelgelse av arbeidstakere. Arbeidsgiver må gjennomføre en drøfting med de aktuelle arbeidstakerne om avgjørelsen om veien videre. Arbeidsmiljøloven oppstiller også en plikt for arbeidsgiver hvor utvelgelseskrets og kriterier skal drøftes med arbeidstakers tillitsvalgte. Det skal føres protokoll fra drøftingene, samt at avgjørelsen om veien videre skal dokumenteres.<sup>43</sup> Arbeidsgiver gjennomfører så en vekting av utvelgelseskriteriene og avgjør hvilke arbeidstakere som skal sies opp. Oppsigelsen må skje i tråd med bestemmelsene i arbeidsmiljøloven.

---

<sup>41</sup> Skarning og Verling, *Nedbemanning og sluttpakker, En praktisk håndbok* (2022) s. 72.

<sup>42</sup> Skarning og Verling, *Nedbemanning og sluttpakker, En praktisk håndbok* (2022) s. 72.

<sup>43</sup> Skarning og Verling, *Nedbemanning og sluttpakker, En praktisk håndbok* (2022) s. 83.

## 2.2 Styringsretten som retningsgivende for arbeidsgivers valg av utvelgelseskrets og utvelgelseskriterium<sup>44</sup>

### 2.2.1 Generelt om styringsretten

Arbeidsgivers styringsrett er ikke positivt lovregulert, men har sitt grunnlag i ulovfestet rett. Styringsretten er anerkjent som en selvstendig rettsnorm gjennom langvarig praksis.<sup>45</sup> I nyere rettspraksis har Høyesterett formulert normene for arbeidsgivers styringsrett på den måten at:

*«Arbeidsgiver har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått».*<sup>46</sup>

I kraft av styringsretten kan arbeidsgiver treffe ensidige beslutninger som direkte eller indirekte har virkning for det individuelle arbeidsforholdet.<sup>47</sup> Det kan være tale om beslutninger som både får negative eller positive virkninger ovenfor det konkrete arbeidsforholdet. Styringsretten gir arbeidsgiver rett til å foreta overordnede beslutninger, herunder hvilket fokus virksomheten skal ha samt fordelingen av hvilke arbeidsoppgaver hver enkelt arbeidstaker skal ha. Arbeidsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver er imidlertid regulert gjennom arbeidskontrakten. Arbeidsgiver kan ikke i kraft av styringsretten treffe beslutninger som er i strid med arbeidskontrakten eller lovbestemmelser. Arbeidskontrakten vil likevel ikke alltid regulere arbeidstakerens arbeidsoppgaver på detaljnivå. Arbeidsgiver vil derfor ha et spillerom til å treffe ensidige beslutninger som direkte eller indirekte har virkninger for det individuelle arbeidsforholdet. Arbeidsavtalen kan på den måten være karakter av en ufullstendig kontrakt.<sup>48</sup> Arbeidsgivers styringsrett i nedbemanningssituasjoner kan i så måte kategoriseres som foretaksledelse.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> For mer om dette se Christel Søreide og Tor Olav Carlsen «Styringsretten som ramme for utvelgelse ved nedbemanning», *Arbeidsrett*, 2020/1, Årgang 17, side 56-66.

<sup>45</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 97.

<sup>46</sup> Rt. 2000 s. 1602 på s.1609. Se også HR-2016-2286-A avsnitt 26.

<sup>47</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Arbeidsrett individuelle og kollektive emner* (2022) s. 170.

<sup>48</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 97 med videre henvisninger.

<sup>49</sup> Se Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 99 med videre henvisninger.

### 2.2.2 Saklighetskravets begrensning av arbeidsgivers styringsrett

Arbeidsgiver kan i kraft av styringsretten treffe beslutninger som påvirker arbeidstakerens arbeidssituasjon dersom det tjener virksomheten positivt.<sup>50</sup> Høyesterett har i rettspraksis uttalt at «Retten til å oppsi en arbeider tilligger arbeidsgiveren i kraft av hans styringsrett».<sup>51</sup> I retten til å si opp en arbeidstaker ligger det flere forhold.<sup>52</sup> Blant forholdene er retten til å treffe beslutninger om hvor mange og hvilke arbeidstakere som skal sies opp.<sup>53</sup> Styringsretten peker her på arbeidsgivers adgang til å fastsette utvalgskretsen og utvelgelseskriterier i nedbemanningsprosessen.<sup>54</sup> Arbeidsgiver må ved fastsettelse av utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier forholde seg til de rammene som arbeidsmiljøloven, arbeidskontrakten og hva en eventuell tariffavtale fastsetter.

Arbeidsmiljøloven setter likevel grenser for rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett ved oppsigelser. Arbeidsmiljøloven § 15-7 inneholder et saklighetskrav som er gjennomgående i arbeidsretten. Det gjelder både ved oppsigelse, herunder fastsettelse av utvalgskretsen og utvelgelseskriterier.<sup>55</sup> Kravet til saklighet gir dermed arbeidstakeren et vern mot usaklige oppsigelser. Videre kan styringsretten begrenses av tariffavtale.<sup>56</sup> Arbeidsgiver har likevel en plikt til å sørge for forsvarlig drift av virksomheten i henhold til aksjelovgivningen.

---

<sup>50</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 99.

<sup>51</sup> Se Rt. 1977 s. 902 på s. 913, jf. Rt. 2000 s. 1602.

<sup>52</sup> Fougner, *Norsk arbeidsrett, styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern* (2019) s. 840.

<sup>53</sup> Fougner, *Norsk arbeidsrett, styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern* (2019) s. 840.

<sup>54</sup> Rt. 2001 s. 71.

<sup>55</sup> Se blant annet HR-2017-561-A og HR-2019-424-A.

<sup>56</sup> Se for eksempel Hovedavtalen LO-NHO og arbeidstvistloven § 6.

### **3 Beslutning om oppsigelser som er saklig begrunnet i forhold hos virksomheten**

#### **3.1 Når er en oppsigelse saklig begrunnet i virksomhetens forhold?**

Arbeidsmiljøloven § 15-7 oppstiller et vern mot usaklig oppsigelse. Bestemmelsens første og andre ledd lyder:

*«(1) Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.*

*(2) Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker. Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker».*

Bestemmelsen bygger på den forutsetning om at arbeidstakeren trenger et særlig vern, som følge av at den er den svake part i kontraktsforholdet.<sup>57</sup> En virkning av dette er at arbeidsmiljøloven oppstiller flere krav til oppsigelsens begrunnelse.

Ordlyden stadfester for det første et krav om at en oppsigelse må være «saklig begrunnet». Ordlyden «saklig begrunnet» tilsier at oppsigelsen må bygge på forhold som er tilstrekkelig begrunnet samt at disse forholdene er legitime og etterprøvbare. Hva som til enhver tid er saklig vil måtte avgjøres ut fra en konkret vurdering, ettersom de forhold som vil være saklig vil kunne endre seg over tid.<sup>58</sup> Rettspraksis har imidlertid slått fast at terskelen for å si opp en arbeidstaker er høy. Det tilsier at det må foreligge gode grunner for at kravet til saklighet skal være oppfylt. Om dette har Høyesterett generelt uttalt i relasjon til saklighetskravet at:

*«Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen anvisning på en konkret skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes*

---

<sup>57</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 13.

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 72.



*interesser. [...] Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner».*<sup>59</sup>

Når tilfellet er at virksomheten skal gjennomføre en nedbemanning må den saklige begrunnelsen finnes i «virksomhetens forhold». Ordlyden om at en oppsigelse er saklig begrunnet i «virksomhetens forhold» må forstås som at det må foreligge et behov i virksomheten som sannsynliggjør at det er nødvendig med reduksjon av antall arbeidstakere. Det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at begrunnelsen for nedbemanningen er saklig. Dersom oppsigelse skyldes forhold i virksomheten og skal bli godtatt av domstolene, stilles det krav om at behovet for omstilling er reelt og godt dokumentert.<sup>60</sup> Ettersom terskelen for å si opp en arbeidstaker er høy, tilsier dette at de årsaker som begrunner en nedbemanning må være godt dokumentert slik at forholdes saklighet kan prøves i ettertiden.

Høyesterett har ved flere anledninger behandlet spørsmål om hvilke tilfeller som oppfyller kravet til saklig grunn i virksomhetens forhold. Høyesterett slo i Rt. 2012 s. 168 avsnitt 101 fast at «Økonomiske begrunnelser for oppsigelse er etter sin art saklige».<sup>61</sup> Selv om virksomheten begrunner oppsigelsen i økonomiske tilfeller, er det ikke et krav om at virksomhetsendringen gir en økonomisk gevinst. Om dette uttalte Høyesterett i Rt. 1989 s. 508 at:

*«Det ligger i sakens natur at en bedrift normalt ikke vil nedlegge eller flytte en virksomhet uten at dette anses å være økonomisk fordelaktig for bedriften i et kortere eller lengre perspektiv. Men dette kan ikke utelukke at en bedrift ut fra et bredere vurderingsgrunnlag vil kunne anse det for riktig å velge en annen løsning enn den som bedriftsøkonomisk er mest lønnsom».*<sup>62</sup>

At en virksomhet velger å endre satsningsområde på grunn av endrede markedsforhold, er ifølge Høyesterett ikke til hinder for å legge ned avdelinger i virksomheten som ikke lengre er

---

<sup>59</sup> Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52.

<sup>60</sup> Fougner m.fl., *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave* (2019) til § 15-7 punkt II.

<sup>61</sup> Dette var annenvoterende sin uttalelse, men kom til samme resultat som førstvoterende med noen annen begrunnelse. Se også LE-2020-62253 hvor lagmannsretten også kom til at virksomhetens økonomiske stilling ga grunnlag for oppsigelser.

<sup>62</sup> Rt. 1989 s. 508 på s. 514.

lønnsomme. I avgjørelsen LB-2021-43384 var tilfellet at en virksomhet valgte å legge ned en avdeling på grunn av endringer i markedet. Koronapandemien førte til at det ikke var mulig å holde fysiske kurs, og av den grunn var det ikke mulig å selge slike tjenester. Derfor var det saklig å si opp arbeidstakerne på avdelingen som måtte legges ned. Det er heller ikke til hinder for nedbemanning at virksomheten går med overskudd. Den saklige begrunnelsen i en overskuddsperiode kan være at virksomheten på sikt vil redusere kostnadene uten at det nødvendigvis er et pressende behov for det.<sup>63</sup>

Videre slår arbeidsmiljøloven § 16-4 første ledd fast at virksomhetsoverdragelse som hovedregel «ikke i seg selv [er] grunn for oppsigelse». Det kan imidlertid være tilfeller ved virksomhetsoverdragelse hvor det oppstår overtallighetssituasjoner. I slike tilfeller kan oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold oppfylle kravet til saklighet.<sup>64</sup>

Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd første setning fastslår at arbeidsgiver må vurdere om den «har annet passende arbeid i virksomheten» å tilby arbeidstakeren. Prosessøkonomiske hensyn tilsier at denne vurderingen blir gjennomført i drøftingen med den konkrete arbeidstakeren før beslutning om oppsigelse fattes, jf. ordlyden «har». Det er tross alt ingen grunn til at arbeidsforholdet skal opphøre hvis arbeidstaker kan utføre annet arbeid i virksomheten. Bestemmelsen om arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid kan i så måte oppleves som misvisende ettersom den er plassert i samme paragraf som vern mot usaklig oppsigelse og ikke tidligere i lovens kapittel 15. Arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid vil ikke bli nærmere behandlet, da oppsigelsen ikke vil være saklig dersom det finnes slikt arbeid i virksomheten.

### **3.2 Interesseavveiningen**

Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd andre setning slår fast at det må foretas en interesseavveining. Det følger av ordlyden at «Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker».

Bestemmelsen må forstås som at avveiningen må foretas mellom virksomhetens behov for å ha færre arbeidstakere og om de nødvendige tiltakene er forholdsmessig med de virkninger en

---

<sup>63</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Arbeidsrett individuelle og kollektive emner* (2022) s. 606.

<sup>64</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Arbeidsrett individuelle og kollektive emner* (2022) s. 607.

oppsigelse får for den enkelte arbeidstaker. Følgelig legger ordlyden opp til at interesseavveiningen må foretas i den konkrete situasjon. Hva som er forholdsmessig i et tilfellet, er nødvendigvis ikke forholdsmessig i et annet.

Bestemmelsen er således et utslag av arbeidstakers vern, ettersom at saklighetskravet stiller krav om individuell saklighet.<sup>65</sup> Bakgrunnen for kravet om interesseavveiningen er å gi «arbeidstakerens interesser større gjennomslagskraft i forhold til bedriftens økonomiske vurderinger».<sup>66</sup> Departementet mente i forarbeidene at domstolene hadde lagt for stor vekt på arbeidsgiverens økonomiske interesser, og at «det derfor er nødvendig å ta større hensyn til de vanskeligheter arbeidstakerne og deres familie må [tåle] for å skaffe arbeidsgiveren økonomisk gevinst».<sup>67</sup> Dette har medført at individuelle hensyn har fått en større vekt ved interesseavveiningen i nyere tid.

I relasjon til interesseavveiningen har Høyesterett uttalt at «Det alminnelige utgangspunktet er at ‘det skal meget til for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende når det rasjonaliseringstiltak som det er spørsmål om å gjennomføre, ..., har store dimensjoner og omfatter en rekke ansatte’».<sup>68</sup> Avgjørelsen i HR-2017-561-A er et eksempel på at en oppsigelse kan oppfylle kravet til saklighet, men likevel bli kjent ugyldig etter en samlet vurdering av begge parter interesser.<sup>69</sup> Saken gjaldt en arbeidsgiver som hadde skapt en situasjon hvor det hadde blitt gjennomført faste ansettelse av ledere i forkant av omstilling, på bekostning av de lederne som var omfattet av nedbemanningsprosessen. Høyesterett uttalte at «Etter min oppfatning må det ved den interesseavveining som skal foretas på oppsigelsestidspunktet, i et tilfelle som dette tas utgangspunkt i den situasjon arbeidsgiver har skapt ved sin måte å organisere omstillingen på».<sup>70</sup>

Dommen illustrerer at oppsigelsens virkning ovenfor den enkelte ansatte har fått større plass ved interesseavveiningen. Departement uttalte i forarbeidene at selv om regelen gir anvisning om at oppsigelsens virkning ovenfor den enkelte arbeidstaker skal hensyntas i vurderingen,

---

<sup>65</sup> Skjønberg, Hognestad & Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2019) s. 431.

<sup>66</sup> Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) side 18.

<sup>67</sup> Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) side 18.

<sup>68</sup> HR-2017-561-A avsnitt 89 med videre henvisninger til Rt. 2008 s. 749 avsnitt 41.

<sup>69</sup> Se også Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52.

<sup>70</sup> HR-2017-561-A avsnitt 96.

skal det ikke tillegges avgjørende vekt. Om dette følger det av forarbeidene at «Det regelen legger opp til er, at arbeidstakerens interesser også skal telle med i vurderingen, slik at ikke f.eks. enhver rasjonaliseringsgevinst skal gi saklig grunn for oppsigelse».<sup>71</sup> På den ene siden skal det mye til for at de ulemper som en oppsigelse påfører den enkelte ansatte skal få gjennomslag ovenfor virksomhetens behov for å foreta en omstrukturering. På den andre siden kan det utledes fra Høyesterett at hensynet til den enkelte arbeidstaker får større vekt i de tilfeller arbeidsgiver har skapt en situasjon ved måten å organisere omstillingen på som er kritikkverdig.

### **3.3 Beviskravet og domstolens rolle ved prøving i saker om oppsigelsens gyldighet**

Det følger av arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd at «Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens forhold». Ordlyden tilsier at arbeidsgiver plikter å begrunne at oppsigelsen er fattet på saklig grunnlag. Høyesterett har i relasjon til bevisvurderingen uttalt at «Utgangspunktet er at arbeidsgiver har bevisbyrden for at det faktisk oppsigelsen bygger på, er riktig».<sup>72</sup> Det kan derfor utledes at bevisbyrden for oppsigelse i virksomhetens forhold er tillagt arbeidsgiver.

Hvilket beviskrav som gjelder for spørsmål om gyldighet av oppsigelse følger ikke av ordlyden i § 15-7. Utgangspunktet i sivile saker er at det kreves sannsynlighetsovervekt for det rettsstiftende rettsalternativet, og det er den parten som hevder at det har inntrådt et rettsstiftende eller rettsendrende omstendighet, som har bevisbyrden.<sup>73</sup> Høyesterett har stadfestet at prøvingen av oppsigelsens gyldighet skal skje ut fra de faktiske forholdene på oppsigelsestidspunktet. I HR-2021-2389-A heter det at «det avgjørende faktiske grunnlaget for domstolsprøvingen er opplysningene som forelå da arbeidsgiveren besluttet oppsigelse, og som motiverte arbeidsgiveren på oppsigelsestidspunktet».<sup>74</sup> Det avgjørende ifølge Høyesterett er de opplysninger som oppsigelsen inneholder på oppsigelsestidspunktet. Det kreves bevis

---

<sup>71</sup> Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) side 19.

<sup>72</sup> Jf. HR-2019-928-A avsnitt 52. Se også Rt. 1989 s. 1058 på side 1067, Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52, HR-2018-1189-A avsnitt 46.

<sup>73</sup> Skoghøy, *Tvisteløsning* (2022) s. 917 flg.

<sup>74</sup> Se HR-2021-2389-A avsnitt 43 og Rt. 1996 s. 1401.

som slår fast at det er mer sannsynlig at det som påstås har skjedd, enn at det ikke er det. Det er altså et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Spørsmålet om beviskravet er oppfylt, kommer på spissen i saker hvor domstolen tar stilling til gyldigheten av oppsigelse. Domstolene har i slike saker full prøvingsrett. Det følger av rettspraksis at domstolene kan prøve om oppsigelsen «bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelsen som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren».<sup>75</sup> Domstolen kan følgelig prøve alle sidene ved saklighetsvurderingen, herunder lovforståelsen og subsumsjonen til arbeidsgiver. Det tvilsomme i spørsmålet om hvor langt domstolens prøvingsrett strekker seg, knytter seg til domstolens praktiske muligheter til å etterprøve arbeidsgivers skjønn. Til dette uttalte Høyesterett i Rt. 1984 s. 1058 at selv om det kan være uklart hvilken vekt domstolene bør legge på arbeidsgivers vurdering og skjønn, er det «mer et spørsmål om domstolens praktiske muligheter for å prøve skjønnet».<sup>76</sup> Uttalelsen kan trekke i retning av at domstolene ikke i alle tilfeller faktisk har mulighet til å overprøve de vurderinger som arbeidsgiver har foretatt seg. Det kan tenkes at dette skyldes at arbeidsgiver kjenner virksomheten best, og kan ta de vurderingene som til enhver tid er den beste. Oppsummert kan en dermed si at domstolenes prøvingsrett er mer et spørsmål om hvor langt domstolene bør gå enn hvor langt de kan gå.<sup>77</sup>

Utgangspunktet for domstolene ved prøving av gyldigheten av oppsigelse, er at den skal skje ut fra de faktiske forholdene på oppsigelsestidspunktet. Høyesterett har også behandlet problemstillingen om arbeidsgiver har adgang til senere å utdype grunnlaget og vurderingen som oppsigelsen ble begrunnet med overfor arbeidstakeren på oppsigelsestidspunktet.<sup>78</sup> Om denne problemstillingen uttalte Høyesterett at:

---

<sup>75</sup> Rt. 1984 s. 1058 på s. 1067. Denne uttalelsen er fulgt opp i nyere rettspraksis som uttaler seg generelt til domstolens prøvingsrett, se blant annet HR-2021-2389-A avsnitt 43 med videre henvisninger og HR-2022-390-A avsnitt 53 flg.

<sup>76</sup> Rt. 1984 s. 1058 på s. 1067.

<sup>77</sup> Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2017) s. 313.

<sup>78</sup> HR-2022-390-A.

*«Det er altså en viss åpning for at arbeidsgiver senere kan utdype vurderinger knyttet til det som oppsigelsen ble begrunnet med overfor arbeidstakeren på oppsigelsestidspunktet [...] Når saken står for domstolene, har partene anledning til å avgi forklaringer og føre andre bevis som kaster lys over forholdene på oppsigelsestidspunktet, men opplysninger som fremkommer etter at en tvist har oppstått, og som endrer det bildet tidsnære bevis gir, vil som regel ha begrenset beviskraft».<sup>79</sup>*

Høyesterett åpner følgelig for at det er adgang til å senere utdype vurderinger. Det er imidlertid mer et spørsmål om hvilken vekt de senere utdypingene skal tillegges i den endelige avgjørelsen. Dersom de nye bevisene endrer bildet, vil det nye beviset ha begrenset beviskraft. Dette medfører at bevis som er tidsnære eller ikke endrer bildet, men som bare gir utfyllende opplysninger, vil kunne tillegges større vekt enn bevis som endrer bildet i saken.

### **3.4 Saklighetskravets betydning ved nedbemanning**

På bakgrunn av at saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 inneholder et krav om individuell saklighet, får saklighetskravet også betydning i tilfeller der virksomheten må gjennomføre en nedbemanning. En nedbemanning består hovedsakelig av to steg. For det første må det fastsettes en utvelgelseskrets, og for det andre må det velges utvelgelseskriterier. Sikker rett fra Høyesterett slår imidlertid fast at dersom en virksomhet velger å begrense utvelgelseskretsen må det skje på saklig grunnlag.<sup>80</sup> De kriterier som legges til grunn for utvelgelse må også tilfredsstille saklighetskravet. Når arbeidsgiver skal avgjøre hvilken vekt de ulike utvelgelseskriteriene skal tillegges, følger det av arbeidsmiljøloven og rettspraksis at det også gjelder et krav om at vektingen må skje på en saklig og forsvarlig fremgangsmåte. På den bakgrunn kan det utledes at saklighetskravet får betydning for hele nedbemanningsprosessen.

### **3.5 Sammenfatning av saklighetskravet**

Ovenfor er det pekt på at formålet med at arbeidsmiljøloven operer med et krav om at oppsigelsen må være saklig begrunnet, er for å verne arbeidstakere mot usaklige og uforholdsmessige oppsigelser. Det er flere forhold som kan begrunne en oppsigelse i

---

<sup>79</sup> Se HR-2022-390-A avsnitt 55, jf. avsnitt 54.

<sup>80</sup> Se blant annet HR-2019-424-A, HR-2017-561-A, Rt. 2015 s. 1332 og Rt. 1986 s. 879.

«virksomhetens forhold». Det kan for eksempel være at virksomheten har økonomiske utfordringer eller må tilpasse seg markedet. Hovedregelen er at arbeidsgiver har bevisbyrden for at oppsigelsen oppfyller de krav som stilles etter § 15-7. Videre fremgår det at saklighetskravet får betydning ved flere prosesser i nedbemanningen, herunder ved spørsmål om arbeidsgiver skal avgrense utvelgelseskretsen og ved anvendelse og vektning av utvelgelseskriterier.

Avhandlingen vil videre behandle de krav som stilles til at utvelgelseskretsen er saklig avgrenset samt de vilkår som stilles dersom arbeidsgiver ønsker å avgrense utvelgelseskretsen. Problemstillingen hvilke minstekrav tariffavtalen setter for avgrensning av utvelgelseskretsen vil også bli behandlet.

## **4 Arbeidsgivers fastsettelse av utvelgelseskrets ved nedbemanning**

### **4.1 Utgangspunktet er virksomheten som utvelgelseskrets**

Utgangspunktet er at hele virksomheten utgjør utvelgelseskretsen.<sup>81</sup> Med virksomhet menes normalt det rettssubjekt, eller den juridiske enheten som arbeidstakeren er ansatt i.<sup>82</sup>

Høyesterett har uttalt at «Den klare hovedregelen er altså at arbeidstakerrettighetene er knyttet til hele virksomheten».<sup>83</sup> Arbeidstakerens stillingsvern i nedbemanningsprosesser er dermed knyttet til den konkrete virksomhet som vedkommende arbeider i.

At nedbemanningen skjer med hele virksomheten som utgangspunkt kan medføre både fordeler og ulemper. På den ene siden kan det føre til usikkerhet blant de ansatte. Ringvirkningene hvor hele virksomheten utgjør utvelgelseskrets kan gå på bekostning av virksomhetens produkt eller service ettersom de ansatte opplever en usikkerhet. Videre kan en nedbemanning med utgangspunkt i hele virksomheten legge beslag på betydelige lederressurser. Dette er hensyn som kan underbygge hvorfor det av flere grunner kan føre til ulempe for virksomheten å nedbemanne med utgangspunkt i hele virksomheten. På den andre siden kan en nedbemanning med utgangspunkt i hele virksomheten oppleves som rettferdig blant arbeidstakerne. Når alle arbeidstakerne skal måles mot hverandre er det ingen som

---

<sup>81</sup> Rt. 2015 s. 1332 avsnitt 38 og HR-2019-424-A avsnitt 30.

<sup>82</sup> Fougner m.fl., *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave* (2019) til § 15-7 punkt 2.5.1.

<sup>83</sup> HR-2018-880-A avsnitt 40.

slipper unna. Flere rettsavgjørelser viser imidlertid at det er vanlig å avgrense utvelgelseskretsen dersom det foreligger saklig grunn for dette.<sup>84</sup>

## **4.2 Arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen når virksomheten ikke er bundet av tariffavtale**

Når det gjelder adgangen til å fravike utgangspunktet om at hele virksomheten utgjør utvelgelseskretsen, har Høyesterett i Rt. 2015 s. 1332 uttalt at:

*«Selv om utgangspunktet er at det er selskapet som er utvelgelseskrets, følger det av rettspraksis at dette utgangspunktet på saklig grunnlag kan fravikes, jf. særlig Rt-1986-879 (Hillesland) og Rt-1992-776 (Sparebanken Nord-Norge). I disse dommene fremheves momenter som kan tilsi at arbeidsgiver må ha anledning til å benytte en mindre utvelgelseskrets enn hele selskapet».*<sup>85</sup>

Vilkåret for å avgrense utvelgelseskretsen er at det kreves «saklig grunnlag». Om den nærmere vurderingen for avgrensning av utvelgelseskrets, uttaler Høyesterett at:

*«Spørsmålet om det er saklig grunnlag for å begrense utvelgelseskretsen må bedømmes konkret i det enkelte tilfellet, og ved denne vurderingen vil en lang rekke hensyn kunne trekkes inn i saklighetsvurderingen».*<sup>86</sup>

Hvorvidt kravet til «saklig grunnlag» er oppfylt, og følgelig om arbeidsgiver har adgang til å avgrense utvelgelseskretsen, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering. Høyesterett trekker frem flere momenter som er sentrale i helhetsvurderingen:

*«Det kan fort, ikke minst i større selskaper, oppstå store praktiske problemer hvis utvelgelsen skal skje med utgangspunkt i hele selskapet. Det er også et legitimt formål for bedriften å beholde nødvendig kompetanse, og sikring av videre drift vil være et grunnleggende hensyn. En prosess som kanskje ikke ville være urimelig tyngende for bedriftene om den kunne gjennomføres som et engangstiltak, vil kunne være vesentlig mer tyngende dersom tilpasningene er stadig tilbakevendende. Resultatet vil lett kunne bli uro og en mangel på opplevd stabilitet, noe som vil kunne få svært negative*

---

<sup>84</sup> Rt. 1986 s. 879, Rt. 1992 s. 776, Rt. 2015 s. 1332 og HR-2017-561-A.

<sup>85</sup> Rt. 2015 s. 1332 avsnitt 38.

<sup>86</sup> Rt. 2015 s. 1332 avsnitt 42.



*konsekvenser for selskapet. Det er også klart at selskapets økonomiske stilling og forretningsmessige utfordringer ellers, vil kunne ha stor betydning».<sup>87</sup>*

For det første er det ifølge uttalelsen sentralt å se hen til virksomhetens størrelse. Jo større virksomhet, desto mer taler det for en avgrensning av utvelgeskretsen. Nedbemanning i virksomheter som har flere enheter kan også føre til geografiske utfordringer. Det vil være praktisk enklere å gjennomføre en nedbemanning i en avgrenset enhet, da en avgrensning av utvelgeskrets ikke vil legge beslag på for mange ledelsesressurser. På en slik måte vil kravet til forsvarlighet også på en bedre måte bli ivaretatt.

For det andre er det et legitimt formål for virksomheten å legge vekt på å beholde nødvendig kompetanse. Dersom det er en avdeling hvor det kreves kompetanse som er lite tilgjengelig, taler det i større grad for at arbeidsgiver kan foreta en avgrensning av utvelgeskretsen. Dette har sammenheng med at saklighetskravet utvikler seg i tråd med samfunnsutviklingen. Når flere virksomheter har behov for mer spesialisert kompetanse, burde det tale for at virksomheten skal kunne beholde nødvendig kompetanse for å sikre videre drift.

For det tredje er hensynet til stabilitet i prosessen et sentralt moment. Både arbeidstakerne og virksomheten vil tjene på at nedbemanningsprosessen gjennomføres på en stabil og forutsigbar måte. Arbeidsgiver vil kunne risikere å bryte med arbeidsmiljølovens krav om forsvarlig arbeidsmiljø dersom arbeidstakerne utsettes for unødige belastninger. Hensynet til stabilitet vil også gjenkjennes ved at virksomheten beholder en viss økonomisk god stilling under prosessen. Ved en lite stabil prosess kan det gå utover virksomhetens økonomi ved at produktet ikke blir solgt eller at virksomheten ikke har en tilstrekkelig god etablert struktur.

Virksomhetens økonomi er i tidligere rettspraksis tillagt avgjørende vekt for at virksomheten skal kunne beslutte nedbemanning og avgrense utvelgeskretsen. I Rt. 1992 s. 776 gjaldt saken en sparebank som var kommet i en vanskelig økonomisk situasjon. Den økonomiske situasjon ble utslagsgivende for at banken valgte å gjennomføre nedbemanningen.

Virksomhetens økonomiske situasjon ble også anvendt som argument for at avgrensningen var saklig. Hensynet til geografisk beliggenhet og virksomhetens konsekvente praksis i slike

---

<sup>87</sup> Rt. 2015 s. 1332 avsnitt 42.

saker var etter Høyesteretts syn sentrale momenter for om det var saklig av banken å avgrense utvelgelseskretsen.

Oppsummert er det flere momenter som kan tale for at kravet til å avgrense en utvelgelseskrets er oppfylt. Det fremgår ikke av Høyesterett at noen momenter skal tillegges mer vekt enn andre. Hvorvidt kravet til å avgrense utvelgelseskrets er oppfylt må avgjøres ut fra en helhetsvurdering hvor momentene vektes. I noen saker kan hensynet til økonomi stå sterkere sammenlignet med saker hvor virksomheter med flere enheter ønsker å gjennomføre en avgrenset nedbemanning.

Selv om virksomheten har flere grunnlag som underbygger adgangen for å avgrense utvelgelseskretsen, har Høyesterett stilt krav om at terskelen for dette er høy. Følgelig kan det diskuteres hva som er terskelen for å fravike utgangspunktet om at hele virksomheten utgjør utvelgelseskretsen. Om dette har Høyesterett uttalt at:

*«Når lovens utgangspunkt er at virksomheten er utvelgelseskrets, følger det imidlertid at de hensyn som tilsier at utgangspunktet fravikes, må være tungtveiende. På en annen side kan arbeidsmiljøloven ikke forstås slik at den pålegger bedrifter prosesser som blir uforholdsmessige tyngende, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte».*<sup>88</sup>

Arbeidsmiljøloven gir ikke direkte anvisning om at saklighetskravet får betydning ved vurdering av hvilken krets utvelgelsen skal foretas ut fra.<sup>89</sup> Dette kan tale mot at det kreves «tungtveiende grunner» for å fravike utgangspunktet om at hele virksomheten utgjør utvelgelseskrets. En praksis med for streng adgang til bruk av unntaket om å avgrense utvelgelseskretsen, kan medføre at virksomheter ikke klarer å tilpasse seg de krav markedet stiller. I avgjørelsen LB-2021-43384 behandlet retten spørsmål om gyldigheten av oppsigelse i en nedbemanningsprosess. Saken gjaldt en virksomhet som tilbydde undervisning, kurs og kunnskapsformidling til eiendomsbransjen. Som følge av koronasituasjonen vurderte ledelsen at det måtte gjennomføres en nedbemanning som følge av økonomiske problemer i virksomheten. Utvelgelseskretsen for bemanning av én stilling ble fastsatt til to arbeidstakere da de resterende arbeidstakerne ble vurdert til å være eneste kvalifisert til andre nødvendige

---

<sup>88</sup> Rt. 2015 s. 1332 avsnitt 43.

<sup>89</sup> Fougner m.fl., *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave* (2019) til § 15-7 punkt 2.5.1.

stillinger i virksomheten. Endringer i markedet tilsier at en virksomhet hele tiden må kunne foreta interne endringer for å tilpasse seg etterspørselen. I slike situasjoner vil det kunne være avgjørende for virksomheter å avgrense utvelgelseskretsen av hensyn til virksomhetens økonomiske stilling og behovet for å beholde nødvendig kompetanse for å sikre videre drift.

På den andre siden dersom terskelen for å avgrense utvelgelseskretsen er for lav vil det kunne føre til ulemper for enkelte arbeidstakere. I avgjørelsen Rt. 2015 s. 1332 ble utvelgelseskretsen fastsatt til å gjelde en avdeling med én ansatt. En for lav nedre grense til å fravike utgangspunktet, kan medføre en svekkelse i arbeidstakerens vern mot usaklige oppsigelser, ettersom arbeidsgiver på en mer vilkårlig måte kan velge hvilke arbeidstakere som skal omfattes av nedbemanningen.

Oppsummert tilsier dette at grunnlaget til å avgrense utvelgelseskretsen må tilfredsstillende kravet til saklighet. Hvorvidt kravet er oppfylt må avgjøres ut fra det konkrete tilfellet. Det kan diskuteres hvor den nedre grense for hvilke saklige hensyn som anvendes som grunnlag for avgrensning av utvelgelseskretsen går. Høyesterett har imidlertid uttalt at det kreves tungtveiende grunner, hvilket trekker i retning for at ikke hvert hensyn kan anvendes som grunnlag for avgrensning av utvelgelseskrets. Det kan likevel utledes fra Rt. 2015 s. 1332 at terskelen for å fravike utgangspunktet ikke er like strengt som det fremstår.

Høyesterett har videre behandlet spørsmål om hvorvidt utvelgelseskriterier skal påvirke valget av utvelgelseskrets. Høyesterett har uttalt at for virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale har ikke utvelgelseskriteriene betydning når avgrensning av kretsen skal foretas. I HR-2017-561-A gjorde saksøker gjeldende at bruken av ansiennitetsprinsippet forutsetter at utvelgelseskretsen har en størrelse som sikrer tilstrekkelig representativitet for den berørte stillingskategorien. En slik tilnærming var Høyesterett ikke enige i. Høyesterett uttalte at «Det er en saklig begrunnet utvelgelseskrets som avgrenser hvem som ved overtallighet skal konkurrere om stillingene. Når denne avgrensningen skal foretas har utvelgelseskriterier ingen plass».<sup>90</sup> Dette medfører at utvelgelseskriteriene får ulik betydning avhengig om virksomheten er bundet av tariffavtale.

---

<sup>90</sup> HR-2017-561-A avsnitt 66.

### 4.3 Hvilke rammer setter tariffavtalen for arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen?

Når en virksomhet er bundet av en tariffavtale, kan situasjonen stille seg ulikt sammenlignet med virksomheter som ikke er bundet. Høyesterett vurderte i HR-2019-1986-A spørsmål knyttet til virksomhetens adgang til å avgrense utvelgelseskretsen, når den er bundet av tariffavtale. Arbeidstakeren påberopte Hovedavtalen § 8-2 første ledd til støtte for at utvelgelseskretsen var usaklig. Førstvoterende tok først stilling til hvilken betydning en tariffavtale skulle ha i oppsigelsessaker. Førstvoterende viste i dommens avsnitt 45 til avgjørelsen HR-2019-424-A avsnitt 38 om betydning av tariffavtale i oppsigelsestvister, hvor det fremgikk at:

*«hver enkelt arbeidstaker [kan] påberope seg tariffavtalen i de alminnelige domstolene, som grunnlag for krav mot den tariffbundne arbeidsgiveren. I slike tilfeller må de alminnelige domstolene ta stilling til hvordan tariffavtalen er å forstå, som ledd i sin avgjørelse av tvisten. De individuelle rettighetene arbeidstakerne måtte ha fått i tariffavtalen, blir på den måten effektivt håndhevet».*<sup>91</sup>

Uttalelsen peker på at i de tilfeller hvor virksomheter er bundet av en tariffavtale, vil tariffavtalen være av betydning i oppsigelsessaker. Dersom arbeidstakeren ikke ville hatt mulighet til å påberope bestemmelsene i tariffavtalen i tvister mot den tariffbundne virksomheten, ville ikke dette harmonert med formålet til tariffavtaler som sådan. Høyesterett la vekt på at rettighetene i tariffavtalen på denne måten ble effektivt håndhevet. Høyesterett konkluderte så med at «I vår sak er Hovedavtalen § 8-2 det sentrale rettsgrunnlaget».<sup>92</sup>

Høyesterett slår videre fast i samme avgjørelse at de alminnelige domstolene er bundet av Arbeidsrettens forståelse av tariffavtalen.<sup>93</sup> Høyesteretts tolkning av Arbeidsrettens praksis ved spørsmålet om tariffavtalens betydning ved fastlegging av utvelgelseskrets, trekker i den retning at de «rettslige utgangspunktene for saklighetsvurderingene [...] langt på vei er de

---

<sup>91</sup> Se også HR-2018-1268-F avsnitt 10 og ARD-2016-151 avsnitt 81 som gjaldt spørsmål om forståelse av Hovedavtalen § 8-2 om ansiennitet og spørsmålet om hvilken utvalgs-krets som skal legges til grunn ved nedbemanning.

<sup>92</sup> HR-2019-1986-A avsnitt 46.

<sup>93</sup> HR-2019-1986-A avsnitt 46.

samme etter arbeidsmiljøloven § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2».<sup>94</sup> Arbeidsretten har imidlertid tolket en tilsvarende bestemmelse i en annen tariffavtale. I den aktuelle saken ble det lagt til grunn at «saklig grunn» i tariffavtalen er en rettslig standard som stiller krav til arbeidsgivers vurderinger ut over det som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7.<sup>95</sup> Høyesteretts tolkning fremstår etter dette ikke i tråd med Arbeidsrettens forståelse av tariffavtaler.

Høyesterett tok videre stilling til spørsmålet hvorvidt ansiennitetsprinsippet skulle få betydning for begrensning i utvelgelseskretsen. I relasjon til spørsmålet uttalte førstvoterende:

*«Jeg peker først på at spørsmålet om oppsigelser strider mot ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen, dels er 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. Ansiennitetsprinsippet er utgangspunktet ved den konkrete utvelgelsen av arbeidstakere, og '[v]urderingen må med andre ord begynne der'».*<sup>96</sup>

Førstvoterende gir uttrykk for at det kan utledes fra ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen at arbeidstakers ansiennitet også får betydning for avgrensning av utvelgelseskretsen. Det følger av HR-2019-1986-A at «Ved fastsettelse av en begrenset utvelgelseskrets må det følgelig etter Hovedavtalen tas hensyn til ansiennitetsprinsippet, fordi en avgrenset utvelgelseskrets 'kan ha avgjørende betydning for ansiennitet som utvelgelseskriterium, og dermed for det tariffestede stillingsvernet'».<sup>97</sup> Når en virksomhet er bundet av en tariffavtale får derfor «ansiennitetsprinsippet en annen betydning».<sup>98</sup> Som en følge av ansiennitetsprinsippets sentrale betydning for tariffbundne virksomheter, får ansiennitetsprinsippet som utvelgelseskriterium også betydning for avgrensning av utvelgelseskretsen.

Det er flere grunner til dette. Blant annet vil en avgrensning av kretsen til deler av en virksomhet kunne ha «avgjørende betydning for ansiennitet som utvalgs-kriterium, og dermed

---

<sup>94</sup> HR-2019-1986-A avsnitt 52.

<sup>95</sup> AR-2018-18 avsnitt 40.

<sup>96</sup> HR-2019-1986-A avsnitt 47 med videre henvisninger. Se også Thorkildsen, *Kommentar til Høyesteretts dom HR-2019-1986-A om nedbemanning i «Telenor-saken»* (2020).

<sup>97</sup> HR-2019-1986-A avsnitt 59.

<sup>98</sup> HR-2019-1986-A avsnitt 53.

for det tariffestede stillingsvernet».<sup>99</sup> Selv om arbeidstakerens ansiennitet i utgangspunktet ikke skal blandes inn i vurderingen av utvelgelseskrets, vil arbeidstakeren ikke kunne påberope ansienniteten med særlig tyngde dersom arbeidsgiver ikke hensyntar dette ved avgrensningen av utvelgelseskretsen. Virkningen vil kunne være at arbeidsgiver bryter med bestemmelser i tariffavtalen.

Videre kan en grunn for at ansiennitetshensyn får betydning ved avgrensning av utvelgelseskrets, være at Hovedavtalen § 8-2 krever «saklig grunn» for å fravike ansiennitetsprinsippet. Dette tilsier at arbeidsgiver også ved vurderingen om det skal foretas en avgrenset utvelgelseskrets, på en saklig måte må begrunne at begrensningen ikke medfører at «ansiennitetsprinsippet [ikke] helt mister sin betydning eller blir vesentlig svekket».<sup>100</sup> Hvis dette ikke gjøres, kan det føre til at oppsigelsen kjennes ugyldig.

Oppsummert stiller kravet til saklighet seg ulikt for virksomheter som ønsker å avgrense utvelgelseskretsen når de er bundet av tariffavtale. Ansiennitetshensyn får følgelig betydning for avgrensningen av utvelgelseskretsen. Bakgrunnen for dette er at tariffavtalen stiller strengere krav til arbeidsgiver for å avgrense en utvelgelseskrets. Et slikt krav bidrar til et større vern for de arbeidstakerne med lang virksomhetsansiennitet. Dersom kretsen blir for liten, vil ansiennitetsprinsippet kunne bli satt ut av spill.<sup>101</sup> Arbeidsgiver må ved begrensningen av utvelgelseskretsen begrunne antallet arbeidstakere som inngår i utvelgelseskretsen, sammenlignet med virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale. Denne vurderingen vil skille seg fra vurderingen av hvilken vekt arbeidstakerens ansiennitet skal ha som utvelgeskriterium.<sup>102</sup> Det avgjørende vil bli hvorvidt begrensningen av utvelgelseskretsen medfører at arbeidstakerens ansiennitet ikke mister «helt sin betydning» eller blir «vesentlig svekket». Slik saken var i Rt. 2015 s. 1332 hvor utvelgelseskretsen ble vurdert til én arbeidstaker, kan det diskuteres hvorvidt ansiennitetshensyn ble satt ut av spill.

Det sentrale vil være om «utvelgelseskretsen [har] en tilstrekkelig størrelse og sammensetning til at det [kan] tas utgangspunkt i ansiennitet ved den konkrete utvelgelsen innenfor

---

<sup>99</sup> AR-2018-18 og HR-2019-1986-A avsnitt 58.

<sup>100</sup> HR-2019-1986-A avsnitt 62.

<sup>101</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Arbeidsrett individuelle og kollektive emner* (2022) s. 613.

<sup>102</sup> HR-2019-1986-A avsnitt 59.

kreten».<sup>103</sup> Tariffavtalen gir anvisning på et minstekrav som arbeidsgiver må hensynta ved vurderingen av hvilken betydning ansiennitetshensynet får når utvelgelseskretsen skal fastsettes.

#### **4.4 Sammenfatning av gjeldende rett**

Oppsummert har arbeidsgiver adgang til å fravike hovedregelen om at det er hele virksomheten som er utvelgelseskretsen ved nedbemanning, dersom det foreligger saklig grunn. Kravet til saklig grunn kan utledes fra saklighetskravet i aml. § 15-7. At saklighetskravet får betydning ved fastsettelse av utvalgskrets følger ikke direkte av bestemmelsens ordlyd, men er sikker rett ifølge uttalelser fra Høyesterett. Det er flere hensyn som tilsier at det burde være adgang for arbeidsgiver å avgrense utvelgelseskretsen. Særlig vil hensyn som sikrer at virksomheten kan fortsette en forsvarlig drift være av betydning. Videre vil det også være av betydning om virksomheten kan tilpasse seg markedssituasjon for å bli konkurransedyktig.

Kravet til saklig grunn for å avgrense utvelgelseskretsen gjelder uansett om virksomheten er bundet av tariffavtale. Det stilles imidlertid strengere krav dersom en virksomhet som er bundet av en tariffavtale skal fravike utgangspunktet om at det er hele virksomheten som utgjør utvelgelseskretsen. Tariffavtalen vil i slike tilfeller skape forutberegnelighet for arbeidstakere med høy ansiennitet, herunder at tariffavtalen gir et større vern ved fastleggelse av utvalgskrets for disse arbeidstakerne.

## **5 Innholdet og vektning av relevante kriterier for utvelgelse av overtallige arbeidstakere**

### **5.1 Innledende om forholdet mellom saklighetskravet og utvelgelseskriteriene**

Avhandlingen har til nå gjort rede for og diskutert arbeidsgivers adgang til å avgrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning. Når arbeidsgiver har besluttet om nedbemanning skal skje i hele eller deler av virksomheten, er det nødvendig å fastlegge relevante utvelgelseskriterier og avgjøre innholdet og hvilken vekt disse skal tillegges. Avhandlingen vil i det følgende trekke frem og diskutere innholdet og vektning av følgende

---

<sup>103</sup> HR-2019-1986-A avsnitt 61.

utvelgelseskriterier: arbeidstakers ansiennitet, arbeidstakerens kompetanse og arbeidstakerens sosiale hensyn.<sup>104</sup>

Formålet med utvelgelseskriteriene er at arbeidsgiver på en saklig og forsvarlig måte skal kunne vurdere hvilke arbeidstakere innad i den fastsatte utvelgelseskretsen som er overtallige.<sup>105</sup> Høyesterett har slått fast at arbeidsmiljølovens krav om saklighet gjelder ved fastsettelse av utvelgelseskriterier og vektingen av kriteriene. Høyesterett uttaler om dette at:

*«Det fremgår at en oppsigelse, også når den skyldes virksomhetens forhold, må være «saklig begrunnet». Dette innebærer at ikke bare behovet for nedbemanning, dens størrelse og utvelgelseskretsen må være saklig begrunnet, men også selve utvelgelsen av arbeidstakere til oppsigelse».*<sup>106</sup>

Saklighetskravet vil på den måten sikre at utvelgelsesprosessen skjer forsvarlig. Følgelig vil saklighetskravet sikre at utvelgelsesprosessen gjennomføres ryddig, samt virke rettferdig og forutberegnelig ovenfor de involverte arbeidstakerne. På en slik måte setter saklighetskravet rammer for arbeidsgivers styringsrett. Saklighetsvurderingen må videre alltid gjøres konkret. Det følger av Høyesterett at «et hensyn som alltid må trekkes inn før oppsigelse finner sted, er de sosiale og andre hensyn som knytter seg til den enkelte arbeidstakeren, se § 15-7 andre ledd andre setning».<sup>107</sup> Fra dette kan det utledes at sosiale hensyn er et obligatorisk kriterium som må inngå i en utvelgelsesvurdering.

I denne delen av avhandlingen vil kapittel 5.2 behandle de relevante utvelgelseskriteriene, og drøfte deres innhold. Deretter vil avhandlingen i kapittel 5.3 drøfte hvilken vekt de valgte utvelgelseskriteriene skal tillegges i den endelige vurderingen av hvilke arbeidstakere som anses overtallige. Avhandlingen vil behandle hvilken vekt utvelgelseskriteriene skal tillegges både når virksomheten er bundet og ikke bundet av tariffavtale.

---

<sup>104</sup> De vanlige utvelgelseskriteriene, se blant annet HR-2019-424-A med videre henvisninger og Rt. 1986 s. 879.

<sup>105</sup> Rt. 2011 s. 609 avsnitt 61.

<sup>106</sup> HR-2019-424-A avsnitt 30.

<sup>107</sup> HR-2019-424-A avsnitt 34.



## 5.2 Innholdet i utvelgelseskriteriene

### 5.2.1 Innholdet arbeidstakers ansiennitet

Arbeidstakeren kan påberope lengden på arbeidsoppholdet til sin fordel ved nedbemanning. Ansiennitet reflekterer erfaring og er dermed et uttrykk for kompetanse. Det vil derfor være viktig for både arbeidstaker og arbeidsgiver at beregningen av ansiennitet gjøres på en saklig måte.<sup>108</sup> Det avgjørende for innholdet i ansienniteten vil da være hvilket tidspunkt virksomheten velger å beregne arbeidstakerens ansiennitet fra. Bakgrunnen for denne problemstillingen er at det kan forekomme variasjon i de ulike virksomhetene for hvordan de velger å beregne ansienniteten. Variasjon kan bestå av at noen virksomheter tar utgangspunkt i all sammenhengende tjenestetid i virksomheten eller at ansienniteten beregnes ut fra den enkelte arbeidstakers ansettelsestid på de enkelte avdelingene. For virksomheten vil det ha betydning om den er bundet av tariff eller ikke.<sup>109</sup>

For ikke bundne virksomheter inneholder arbeidsmiljøloven ingen lovbestemt beregning av arbeidstakerens ansiennitet. Det er tatt til orde for i juridisk teori at ansiennitetsberegningen er knyttet til den konkrete «virksomheten» som arbeidstakeren tilhører.<sup>110</sup> Dette medfører at utgangspunktet derfor er at ansienniteten beregnes fra tiltredelsestidspunktet arbeidstakeren hadde i virksomheten og omfatter all sammenhengende tjenestetid tilknyttet den konkrete virksomhet. Kortvarige, midlertidige fravær og lovbestemte permisjoner avbryter normalt ikke ansienniteten.<sup>111</sup> For virksomheter som er bundet av tariffavtale, følger det av Hovedavtalen § 8-2 første ledd at «Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn». NHOs kommentar til hovedavtalens bestemmelse § 8-2 slår fast at det i «utgangspunktet er [...] vanlig å regne ansiennitet som sammenhengende ansettelse, men det foreligger rettsavgjørelser som ser bort fra et kortvarig avbrudd i en lang ansettelsesperiode». Det kan derfor utledes at utgangspunktet om at ansiennitet beregnes for hele tjenestetiden i virksomheten er den samme for alle virksomheter, uavhengig om virksomheten er bundet av tariff.

---

<sup>108</sup> Fougner, *Norsk arbeidsrett, styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern* (2019) s. 455.

<sup>109</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 307.

<sup>110</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 306.

<sup>111</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 306.

Unntaksvis kan ansiennitetsberegningen avgrenses for en del av virksomheten. Det kreves da særskilt rettsgrunnlag gjennom tariffavtale eller på annen måte. Det vil i praksis ha betydning om virksomheten er tariffbundet eller ikke.<sup>112</sup> Virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale må på annet rettsgrunnlag enn tariffavtale begrunne en avgrensning av ansiennitetsberegningen.

Adgangen for tariffbundne virksomheter til å begrense beregningen av arbeidstakers ansiennitet krever «saklig grunn». Det følger av NHOs kommentar til Hovedavtalen § 8-2 at i de tilfeller hvor virksomheten skal avgrense beregningen av arbeidstakers ansiennitet, vil det ved vurderingen være avgjørende «hva som er hensiktsmessig og fornuftig (saklig) og ikke minst hvilke prinsipper man tidligere har lagt til grunn ved permitteringer og oppsigelser». De tilfeller hvor en tariffbunden virksomhet ønsker å avgrense beregningen av ansiennitet, må avgrensingen følgelig fremstå som hensiktsmessig og saklig. Videre vil det være sentralt hvilke prinsipper man legger til grunn ved oppsigelsen. I og med at tariffbundne virksomheter har adgang til å avgrense ansiennitetsberegningen på nærmere vilkår, vil tariffavtalen sikre forutberegnelighet særlig for arbeidstakere med høy ansiennitet.

Avgrensningen av ansiennitetsberegningen for ikke tariffbundne virksomheter reguleres ikke av arbeidsmiljøloven. Det er likevel nærliggende å utlede fra aml. § 15-7 at avgrensningen må skje på saklig grunnlag. På den ene siden er det likheter for virksomheter som er bundne og ikke bundne av tariff at avgrensningen av beregningen må skje på nærmere vilkår.

Hovedavtalen krever imidlertid at ytterligere vilkår enn bare det som følger av § 15-7, er oppfylte. På den måten gir Hovedavtalen arbeidstakere med lang ansiennitet ytterligere vern, sammenlignet med arbeidstakere som er tilknyttet virksomheter som ikke er bundet av tariff. For virksomheter som er bundet av Hovedavtalen må avgrensningen i tillegg til saklig grunn, være «hensiktsmessig og fornuftig» samt at tidligere praksis i virksomheten ved oppsigelser vil bli vektlagt. Dersom virksomheter har hatt en konsekvent praksis på at det tradisjonelt har operert med en avgrenset beregning av ansienniteten, vil dette i større grad kunne tale for at unntaket er oppfylt. Hovedavtalen stiller dermed ytterligere vilkår for tariffbundne virksomheter ved avgrensning av beregning av arbeidstakers ansiennitet.

---

<sup>112</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 306.

Selv om virksomheten er bundet av tariffavtale gir arbeidsmiljøloven adgang til å avtale seg bort fra loven dersom avtalen gir arbeidstakeren bedre rettigheter enn hva som følger av arbeidsmiljøloven eller tariffavtalen, jf. § 1-9. Det er lagt til grunn i juridisk teori at for eksempel i de tilfellene hvor arbeidsgiver og arbeidstaker på forhånd har avtalt beregningen av ansiennitet skal dette gjelde.<sup>113</sup>

## 5.2.2 Innholdet i arbeidstakers kompetanse

Arbeidstakers kompetanse er et saklig kriterium å vektlegge når arbeidsgiveren skal vurdere overtallige arbeidstakere i en nedbemanningsprosess.<sup>114</sup> Det kan likevel oppstå utfordringer knyttet til anvendelse av kompetanse som utvelgelseskriterium. Kompetanse er først og fremst et subjektivt kriterium, og i motsetning til ansiennitet er arbeidstakers kompetanse vanskelig å legge til grunn som et konkret vurderingsmoment.<sup>115</sup>

Når det er tale om arbeidstakers kompetanse, kan det utledes fra rettskildene at kompetanse omfatter arbeidstakers formelle og reelle kompetanse.<sup>116</sup> Arbeidstakers formelle kompetanse innebærer arbeidstakerens utdannelsesnivå, relevant yrkespraksis og erfaring. Den reelle kompetanse kan omfatte den samlede produktiviteten til arbeidstakeren. Retten har uttalt at arbeidstakerens reelle kompetanse kan bestå av dens «evne til å skape verdier i fremtiden [...] og kompetansen sett i forhold til den enkelte aktuelle stilling».<sup>117</sup>

Ettersom kompetanse er et subjektivt kriterium er det rimelig å anta at hensynet til etterprøvbarhet får betydning i prosessen. Domstolene vil ved subjektive utvelgelseskriterier stille en streng saklighetskontroll. Dersom arbeidsgivers vurderinger ikke er etterprøvbare, vil resultatet fort kunne bli at utvelgelseskriteriet ikke tilfredsstiller kravet til saklighet.<sup>118</sup> Kravet til etterprøvbarhet får dermed betydning for i hvilken grad arbeidsgiver kan påberope seg arbeidstakers reelle kompetanse. Det kan diskuteres hvorvidt kravet til etterprøvbarhet harmonerer bedre med arbeidstakers formelle kompetanse sammenlignet med den reelle kompetansen. Det er mindre komplisert for domstolen å etterprøve hvilken utdanning en

---

<sup>113</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 306.

<sup>114</sup> HR-2019-424-A avsnitt 32.

<sup>115</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 308.

<sup>116</sup> HR-2019-424-A.

<sup>117</sup> Se TOSLO-2008-195723.

<sup>118</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 308 og RG 2011 s. 113.

arbeidstaker har, fremfor å kartlegge arbeidstakerens samlede effektivitet. Fra dette kan det utledes at kompetanse også inneholder en objektiv side, herunder anvendelse av arbeidstakers utdanning som fører til at utvelgelseskriteriet ikke inneholder like mange elementer skjønn.

Høyesterett har vurdert adgangen for arbeidsgiver til å vektlegge arbeidstakers realkompetanse. I avgjørelsen i HR-2019-424-A uttalte førstvoterende at det er adgang til å vektlegge arbeidstakerens realkompetanse i nedbemanningen. Det kan imidlertid bli mer problematisk når arbeidsgiver «benyttet så mange skjønnsmessige underkriterier som kreativitet, selvstendighet og omdømme [...] Dess mer skjønnsmessige og subjektive kriterier da er, dess bedre dokumentasjon må etter min mening kreves». <sup>119</sup> Avgjørelsen illustrerer at det kreves mer dokumentasjon fra arbeidsgivers side dersom det er ønskelig å anvende subjektive kriterier i en utvelgelsesprosess. Det kan imidlertid utledes at det ikke er tvilsomt at arbeidsgiver har adgang til å benytte subjektive kriterier som arbeidstakerens realkompetanse i en utvelgelsesprosess.

Den subjektive siden av kompetanse kommer særlig til uttrykk ved tilfeller hvor det er flere arbeidstakere som innehar rimelig lik kompetanse. I slike tilfeller kan det være grunn til skjerpende krav for behandling av subjektive kriterium. I RG 2011 s. 113 gjaldt saken nedbemanning i en nettavis hvor fire arbeidstakere i redaksjonen ble vurdert som overtallige ut fra en kompetansevurdering. Alle de berørte arbeidstakerne var godt kvalifiserte, og retten mente at det ikke var tilstrekkelig å kun vektlegge subjektive sider av kvalifikasjonskriteriet. Til dette uttalte retten at:

*«Det som kjennetegner kriteriene er at de i hovedsak gir anvisning på utpreget subjektive vurderinger, som er vanskelig å etterprøve. Det ligger i sakens natur at kompetansevurderinger i større eller mindre grad vil inneholde subjektive elementer. Etter lagmannsrettens oppfatning hadde det imidlertid vært ønskelig, og mulig, å supplere kriteriene med mer objektive elementer. Det kunne for eksempel vært antall saker den enkelte hadde publisert, antall «klikk» på disse saker og graden av sitering i andre medier».* <sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> HR-2019-424-A avsnitt 80 og 81.

<sup>120</sup> RG 2013 s. 113.

Avgjørelsen illustrer at kompetanse som utvelgelseskrITERIUM kan bestå av både objektive og subjektive sider. Forholdet mellom den objektive og den subjektive siden kommer særlig på spissen hvor de berørte arbeidstakerne innehar like formelle kvalifikasjoner. Det kan da være grunn til å se hen til arbeidstakerens reelle kvalifikasjoner. Forholdet mellom arbeidstakers formelle og reelle kompetanse vil bli ytterligere behandlet i kapittel 5.3.4.

Ved anvendelse av kompetanse som utvelgelseskrITERIUM kan det oppstå flere utfordringer. For at virksomheten på et legitimt grunnlag skal kunne anvende kriteriet, er det blant annet hensiktsmessig å drøfte problemstillingen med de tillitsvalgte.<sup>121</sup> I den forbindelse er det naturlig å drøfte virksomhetens fremtidige kompetansebehov og definere innholdet i kompetansebegrepet. Definisjon av innholdet i kompetansebegrepet er blant annet nødvendig av hensyn for å sikre at definisjonen gjenspeiler virksomhetens fremtidig behov for kompetanse.<sup>122</sup> Videre er det nødvendig å avgjøre hvilken metode som skal kartlegge kompetansen. For å sikre at kompetansekriteriet kan anvendes og tillegges avgjørende vekt i de tilfeller hvor det er ønskelig, er hensynet til etterprøvbarhet sentralt. RG 2011 s. 113 er et eksempel på et slikt tilfelle.

### **5.2.3 Innholdet i arbeidstakerens sosiale hensyn**

Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd andre setning stadfester at «Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker». Bestemmelsen slår fast at det «skal» foretas en interesseavveining. Bestemmelsen tilsier således at arbeidstakerens sosiale hensyn er et kriterium som er obligatorisk å hensynta. Forarbeidene har uttalt at begrunnelsen for å innføre en interesseavveining, er at arbeidstakerens interesser skulle få større gjennomslagskraft i forhold til virksomhetens økonomi.<sup>123</sup> De interessene som skulle vektlegges i favør arbeidstakeren var blant annet de vanskeligheter oppsigelsen påførte arbeidstakeren og dens familie. For eksempel arbeidstakerens muligheter til å forsørge familien økonomisk i etterkant av oppsigelsen, samt arbeidstakerens reelle mulighet til å få seg nytt arbeid med tanke på arbeidstakerens høye alder på oppsigelsestidspunktet. Likevel er det presisert i forarbeidene at

---

<sup>121</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 309.

<sup>122</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 309.

<sup>123</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 18.

hensynet til arbeidstaker ikke skal få avgjørende vekt hvor oppsigelsen fremstår som en nødvendig forutsetning for forsvarlig drift.<sup>124</sup>

Domstolene har behandlet flere avgjørelser om innholdet i arbeidstakerens sosiale hensyn. Høyesterett uttalte i Rt. 1989 s. 879 at sosiale hensyn er et kriterium som arbeidsgiver har adgang til å hensynta ved utvelgelse av overtallige arbeidstakere. Ankende part anførte at sosiale og menneskelige hensyn ikke er saklig, og derfor ikke kan trekkes inn i vurderingen av hvem som skal sies opp når valget står mellom flere arbeidstakere. Dette var ikke Høyesterett enige i, og uttalte:

*«Jeg kan ikke følge de ankende parter på dette punkt. Det 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».*<sup>125</sup>

Avgjørelsen slår fast at det ikke vil være i strid med saklighetskravet å vektlegge individuelle forhold hos arbeidstakeren. Det vil etter Høyesteretts syn stride med de lovtekniske hensynene i arbeidsmiljøloven dersom det ikke skulle være tilfellet. Det er mer et spørsmål om hvilke krav som stilles til arbeidsgivers dokumentasjon og etterprøvbarhet når innholdet i arbeidstakerens sosiale hensyn skal kartlegges. Ettersom det er tale om et subjektivt kriterium, trekker det i retning for at det stilles strengere krav til arbeidsgiverens dokumentasjon samt at dokumentasjonen er etterprøvbar. For å sikre en god etterprøvbarhet har arbeidsgiver adgang til å utfylle subjektive kriterier med objektive innslag. Arbeidsgiver kan for eksempel velge å anvende alder og pensjonshensyn som en del av arbeidstakerens sosiale hensyn. Dette var tilfellet i Rt. 2011 s. 609 hvor Høyesterett behandlet spørsmål om hvorvidt oppsigelse av ti piloter i SAS på grunn av alder var i strid med arbeidsmiljøloven. SAS hadde ved utvelgelsen lagt avgjørende vekt på at de pilotene som ble sagt opp, var berettiget til å motta alderspensjon. Til dette uttalte førstvoterende:

*«Konsekvensene oppsigelsen får for den enkelte arbeidstaker, må utvilsomt kunne trekkes inn ved saklighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Hensynet til arbeidstakeren har gradvis fått større plass i denne vurderingen, jf. Ot.prp.nr.41*

---

<sup>124</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 19.

<sup>125</sup> Se Rt. 1986 s. 879 på s. 887.

*(1975–1976) side 18-19. At denne type hensyn er relevant, fremgår også av rettspraksis, jf. Rt-1986-879.*

*De ankende parter har anført at slike sosiale hensyn bare kan benyttes som begrunnelse for unnlatelse av å gå til oppsigelse. Jeg er ikke enig i dette. De er etter mitt syn også relevante i en utvelgelsesprosess som den foreliggende, hvor arbeidsgiveren må velge mellom ansatte».<sup>126</sup>*

Anvendelse av alder som et utvelgelseskriterium kan være usaklig dersom det innebærer ulovlig aldersdiskriminering. I den nevnte avgjørelsen mente Høyesterett at kriteriet var så nært knyttet til alder at det ikke var tvilsomt at ordningen innebar aldersdiskriminering. Dersom alder skal benyttes som utvelgelseskriterium og den innebærer forskjellsbehandling må den «ha et saklig formål, og den må ikke være uforholdsmessig inngripende overfor de som sies opp».<sup>127</sup> Retten kom til at vilkårene var oppfylt, og at det følgelig ikke forelå aldersdiskriminering.

Arbeidsgiveren er pliktig til å vektlegge arbeidstakerens sosiale hensyn ved utvelgelse av overtallige arbeidstakere. Det følger både av § 15-7 andre ledd andre setning og uttalelser fra Høyesterett. Arbeidstakerens sosiale hensyn består av en interessevurdering av hvor ulempene oppsigelsen medfører for den enkelte skal vurderes, herunder arbeidstakerens forsørgeshensyn, muligheter til å finne nytt arbeid og alder. Dette er kriterier som ifølge forarbeidene skal få større plass inn i vurderingen nå sammenlignet med tidligere, når arbeidstaker mottar en oppsigelse.

## **5.3 Vekting av utvelgelseskriteriene**

### **5.3.1 Introduksjon**

Det er på det rene at arbeidsgiver har adgang til å hensynta flere kriterier når det skal gjennomføres nedbemanning i virksomheten. Hvilke minstekrav som stilles til vektlegging av de ulike kriteriene ved utvelgelsen må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, jf. konkret interesseavveining.<sup>128</sup> Et forhold det er relevant å legge vekt på i én sak, er ikke nødvendigvis

---

<sup>126</sup> Rt. 2011 s. 609 avsnitt 63 og 64.

<sup>127</sup> Rt. 2011 s. 609 avsnitt 67, jf. arbeidsmiljøloven kapittel 13.

<sup>128</sup> Aml. § 15-7 andre ledd og Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 597.

relevant i en annen sak.<sup>129</sup> Den konkrete vurderingen gjøres i praksis ved at arbeidsgiver kartlegger hvilke og hvor tungtveiende forhold som skal vektes mot hverandre. På den ene siden vil det være virksomhetens behov mot arbeidstakers ulemper på den andre siden.<sup>130</sup>

Formålet med vekting av utvelgelseskriteriene, er at arbeidsgiver innenfor den fastsatte utvelgelseskretsen, skal finne ut hvilke arbeidstakere som er overtallige.<sup>131</sup> Kriteriene skal sikre at vektingen og utvelgelsen ikke blir tilfeldig, men bygger på prinsipper som blir fulgt konsekvent overfor alle de berørte arbeidstakerne.<sup>132</sup> Vekting av fastsatte kriterier vil da kunne bidra til at utvelgelsen fremstår som forutberegnelig og rettferdig for arbeidstakerne.

Avhandlingen vil i det følgende kapittel 5.3.2 og 5.3.3 diskutere hvorvidt arbeidstakers ansiennitet og kompetanse skal vektlegges mot hverandre i både virksomheter som er tariffbundne og ikke-tariffbundne. Avhandlingen vil forsøke å peke fortløpende på noen rettspolitiske problemstillinger. Videre vil avhandlingen i kapittel 5.3.6 diskutere vektingen av arbeidstakerens sosiale hensyn.

### **5.3.2 Hvilke minstekrav angir tariffavtalen til virksomheten for vekting av arbeidstakers kompetanse og ansiennitet?**

Arbeidstvistloven § 6 regulerer tariffavtalens ufravikelighet. Det følger av ordlyden at «Bestemmelse i arbeidsavtale som strider mot en tariffavtale begge parter er bundet av, er ugyldig». Dette følger også av Høyesterettspraksis, som har uttalt at «Tariffbundne virksomheter er i tillegg bindet av de begrensninger som måtte følge av tariffavtalen».<sup>133</sup> Prinsippet om at en tariffavtale er ufravikelig innebærer at en oppsigelse som ikke følger et tariffavtalt ansiennitetsprinsipp vil kunne være i strid med arbeidstvistloven § 6, og derfor kjennes ugyldig.<sup>134</sup> Høyesterett slo fast i HR-2017-1943-A at når arbeidstakerens arbeidsavtale var regulert av tariffavtalen, kunne arbeidsgiver «ikke ha inngått avtaler om konsernansiennitet [...] med mindre tariffavtalens bestemmelse om selskapsansiennitet ved

---

<sup>129</sup> Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 597.

<sup>130</sup> Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd andre setning. Se også Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 583.

<sup>131</sup> Fougner, *Norsk arbeidsrett, styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern* (2019) s. 875.

<sup>132</sup> Fougner, *Norsk arbeidsrett, styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern* (2019) s. 875 og 876.

<sup>133</sup> HR-2019-424-A avsnitt 37.

<sup>134</sup> Fougner, *Norsk arbeidsrett, styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern* (2019) s. 881.



nedbemanning må anses å være ugyldig overfor personer i deres situasjon». <sup>135</sup> Uttalelsen støtter opp om at tariffavtalen har særlig tyngde ved vekting av kriteriene. Hvorvidt det foreligger motstrid beror på en konkret tolkning av bestemmelsene som er inngått. <sup>136</sup>

Hovedavtalen inneholder en bestemmelse om hvilke krav som stilles for at arbeidstakers ansiennitet kan fravikes. Det følger av Hovedavtalen § 8-2 at «Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn». Ordlyden stadfester et krav om «saklig grunn», utover hva som følger av arbeidsmiljøloven, for å fravike arbeidstakers ansiennitet ved nedbemanning. Oppsummert tilsier dette at det stilles ytterligere minstekrav til arbeidsgiveren dersom arbeidstakerens ansiennitet ikke skal tillegges vekt.

Høyesterett har imidlertid uttalt i HR-2019-424-A at ansiennitetsprinsippet ikke har like stor vekt som det angivelig er blitt tillagt i praksis. Det følger av Høyesteretts uttalelse at:

*«Av denne grunn kan det etter mitt syn gi misvisende assosiasjoner å karakterisere ansiennitetsprinsippet som en «hovedregel». Uttrykket kan i denne sammenheng gi inntrykk av at det skal noe mer til for å fravike ansiennitetsrekkefølgen enn hva jeg mener det er rettslig grunnlag for».* <sup>137</sup>

Arbeidstakerens ansiennitet har over lengere tid vært ansett som utgangspunktet ved vurderingen, og derav også blitt tillagt størst vekt når virksomheter skal avgjøre hvilke kriterier som blir utslagsgivende. Uttalelsen tilsier at tariffavtalen stiller mindre krav til arbeidsgivers vekting av arbeidstakers ansiennitet ved utvelgelsen. Arbeidsgiver har følgelig adgang til å tillegge ansiennitetshensyn mindre vekt, og andre kriterier kan dermed få en mer fremtredende posisjon i vurderingen.

Hovedavtalens krav til «saklig grunn» kan gi «inntrykk av at det skal noe mer til for å fravike ansiennitetsrekkefølgen» enn hva Høyesterett mener det er rettslig grunnlag for. En slik tolkning kan komme i konflikt med de alminnelig avtalerettslige reglene om avtaletolkning. Høyesterett kan med en slik tolkning risikere å ikke tillegge partenes mening i avtalen

---

<sup>135</sup> HR-2017-1943-A avsnitt 46.

<sup>136</sup> ARD 1998 s. 14.

<sup>137</sup> HR-2019-424-A avsnitt 62.

tilstrekkelig vekt. Det må legges til grunn at når partene i avtalen har valgt en slik regel, er det en mening bak det. Dette har sammenheng med at enhver har avtalefrihet på grunn av dens autonomi. Dersom Høyesterett tolker Hovedavtalens krav til «saklig grunn» for mildt, kan de undergrave tariffavtalens betydning i saker om nedbemanning. Følgelig kan det føre til at det ikke er en reell forskjell mellom virksomheter som er bundet og ikke bundet av tariffavtale i situasjoner hvor virksomheten beslutter nedbemanning. En slik praksis vil kunne komme på kant med formålet til tariffavtalen som sådan. Uttalelsen fra Høyesterett kan i så måte oppfattes som misvisende dersom den ikke tolkes i riktig kontekst.

Hvorvidt det er adgang til å vektlegge andre kriterier enn ansiennitet «vil kunne variere etter virksomhetens situasjon og behov. I større bedrifter, og ved større nedbemanninger, gjør det seg dessuten ofte gjeldende særlige hensyn [...] også knyttet til behovet for å gruppere arbeidstakerne etter med objektive kriterier».<sup>138</sup> Det vil kunne oppfylle kravet til saklighet dersom virksomheten velger å fravike ansiennitetsprinsippet av hensyn til virksomhetens situasjon og behov. Dersom virksomheten har større behov for kompetanse for å sikre videre drift, vil arbeidstakerens kompetanse kunne vektlegges med tyngde i utvelgelsesprosessen. Flere virksomheter nå sammenlignet med tidligere er såkalte kunnskapsbedrifter som har større behov for å beholde nødvendig kompetanse i et konkurransepreget marked. På den andre siden vil det kunne være utfordrende å vektlegge kompetanse som et utslagsgivende kriterium. Ved store virksomheter vil det være et større behov for å se hen til objektive kriterier. I motsetning til kompetanse, er ansiennitet et objektivt kriterium. Dette kan trekke i retning for at ved nedbemanning i større virksomheter vil arbeidstakerens ansiennitet måtte vektes tyngre sammenlignet med et subjektivt kriterium. Samlet tilsier det at kravet til saklighet for å fravike ansiennitetsprinsippet i virksomheter bundet av tariffavtale, er strengere for større nedbemanninger sammenlignet med mindre virksomheter som ønsker å gjennomføre en nedbemanning. En følge av dette kan være at en virksomhet er bundet av et skjerpet ansiennitetsprinsipp. Slik var tilfellet i Rt. 1996 s. 1401 som gjaldt blant annet spørsmål om ansettelseskontrakten som inneholdt et skjerpet ansiennitetskrav, var gjeldende for en arbeidstaker som ble sagt opp. Høyesterett uttalte blant annet at arbeidsgiver ikke hadde godtgjort at hovedavtalen generelt ikke skulle følges, og dette var noe selskapet må ha bevisbyrden for. Om dette formulerte førstvoterende:

---

<sup>138</sup> HR-2019-424-A avsnitt 61.

*«Autronica har ikke godtgjort at hovedavtalen generelt ikke skulle følges, og dette er noe selskapet må ha bevisbyrden for. Og legger man hovedavtalen til grunn, ser jeg det som lite tvilsomt at selskapet ved den rasjonalisering som det her gjelder, måtte følge det skjerpete ansiennitetsprinsippet som er fastsatt i punkt 8.4.2 annet ledd jf punkt 8.4.1».<sup>139</sup>*

Selskapet måtte da følge det skjerpede ansiennitetsprinsippet som var fastsatt i Hovedavtalen og, rasjonaliseringshensyn var i dette tilfelle ikke tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse da det etter hovedavtalen i selskapet gjaldt et skjerpet ansiennitetsprinsipp. Høyesterett kom for øvrig til at oppsigelsen likevel var gyldig på grunn av forhold hos arbeidstakeren som ga arbeidsgiver anledning til å si opp vedkommende.

Likevel vil utvelgelsen «måtte bero på en totalbedømmelse, hvor vil inngå på den ene siden ansiennitetens og ansiennitetsforskjellenes lengde, og på den andre siden styrken i de kriteriene arbeidsgiveren ellers påberoper seg».<sup>140</sup> Også for større nedbemanninger vil det være rom for å fravike ansiennitetsprinsippet. Det stilles således større krav til at fravikelsen er saklig. På den ene siden vil arbeidstakere som har arbeidet lenge i sammen virksomhet kunne oppleve et ytterligere vern når virksomheten er bundet av tariffavtale. Formålet med tariffavtalen er at den skal sikre arbeidstakere i best mulig grad. Det skal likevel ikke gå utover virksomhetens fremtidsutsikter. Dersom det er liten forskjell i ansiennitetens lengde, kan arbeidsgiver i større grad vektlegge arbeidstakers kompetanse. På den måten kan fravikelse av ansiennitetsprinsippet være saklig. Ansiennitetsprinsippet skal ikke karakteriseres som en hovedregel, samt at kravet til saklighet skal anvendes i tråd med samfunnsutviklingen. Oppsummert taler dette for at det i større grad enn tidligere vil være adgang til å vektlegge arbeidstakers kompetanse fremfor arbeidstakerens ansiennitet ved beslutning av overtallige arbeidstakere for tariffbundne virksomheter. Det er likevel viktig å trekke frem formålet med tariffavtalene. Tariffavtalene stiller således minstekrav til virksomheten når det gjelder vektlegging av ansiennitet ved nedbemanning.

---

<sup>139</sup> Jf. Rt. 1996 s. 1401 på side 1406.

<sup>140</sup> HR-2019-424-A avsnitt 61.

### 5.3.3 Hvordan kan kompetanse og ansiennitet vektet for virksomheter som ikke er bundet av en tariffavtale?

For virksomheter som ikke er bundet av tariffavtale er ansiennitet et relevant, men ikke et obligatorisk kriterium.<sup>141</sup> Virksomheten står således friere i vurderingen av hvilke kriterier som skal få størst vekt ved utvelgelse av overtallige arbeidstakere. I Rt. 1986 s. 879 fravek retten ansiennitetsprinsippet etter en samlet vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner.<sup>142</sup> Avgjørelsen illustrerer at arbeidsgiver har større adgang til å vektlegge de kriteriene som tjener virksomheten best.

Selv om virksomheten ikke er bundet av tariffavtale, gjelder det likevel et krav om at utvelgelsen må være saklig og forsvarlig.<sup>143</sup> Loven oppstiller ikke noen ytterligere krav til utvelgelsen. En slik tolkning av loven støttes opp av Høyesterett. I HR-2019-424-A behandlet retten spørsmål om hvilke hensyn som var saklige å legge til grunn for utvelgelsen. Førstvoterende uttalte at hensynet til virksomhetens overlevelse måtte stå sentralt. Det følger av Høyesteretts avgjørelse at:

*«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».*<sup>144</sup>

Avvik fra arbeidstakers ansiennitet som utvelgelseskriterium kan skje dersom arbeidstakerens kvalifikasjoner vil kunne styrke virksomhetens overlevelse eller framtidsutsikter. Dette taler for at ubundne virksomheter ikke er bundet til å hensynta arbeidstakerens ansiennitet i like stor grad.<sup>145</sup>

I LB-2005-42380 kom retten til at det var saklig av arbeidsgiver å vektlegge arbeidstakerens kompetanse fremfor arbeidstakers ansiennitet. Saken gjaldt oppsigelse i forbindelse med at virksomheten gjennomførte en omorganisering og nedbemanning. Retten uttalte at «Vektleggingen av kompetanse fremfor ansiennitet ligger [...] innenfor rammen av

---

<sup>141</sup> Fougner, *Norsk arbeidsrett, styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern* (2019) s. 876.

<sup>142</sup> Rt. 1986 s. 879 på s. 887.

<sup>143</sup> Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 587 og 588.

<sup>144</sup> HR-2019-424-A avsnitt 32 med videre henvisninger.

<sup>145</sup> Jf. Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 588.

prinsippene i arbeidsmiljøloven § 60». <sup>146</sup> I den konkrete vurderingen la retten vekt på at det var liten forskjell i ansienniteten mellom den oppsagte arbeidstakeren og den arbeidstakeren som ble vurdert som bedre. Den konkrete vurderingen trekker i retning mot at det må være en betydelig forskjell i ansienniteten til arbeidstakerne som vurderes opp mot hverandre, dersom ansiennitet skal kunne tillegges vekt. Ved vurdering av to arbeidstakere som har tilnærmet lik ansiennitet vil ikke ansiennitet få samme betydning, og kompetanse vil dermed kunne tillegges større vekt. Liten forskjell i arbeidstakernes ansiennitet var tilfellet i avgjørelsen inntatt i Rt. 1986 s. 879, hvor en ansiennitetsforskjell mellom arbeidstakerne på cirka fire år ikke var avgjørende for Høyesteretts vurdering. Storeng m.fl. har tatt til orde for at en ansiennitetsforskjell mellom de aktuelle arbeidstakerne må være på 10 til 15 år for at ansienniteten skal få avgjørende vekt. <sup>147</sup> I avgjørelsen TOSLO-2001-6729 uttalte retten at «Etter gjeldende rett kan ansiennitetsprinsippet fravikes ved kompetanseforskjeller. Dersom forskjellene i ansiennitet er store, legger retten imidlertid til grunn at kompetanseforskjellene må være klare». Dette forstås som at ved mindre forskjell i ansienniteten er det ikke nødvendig å påvise like stor kompetanseforskjell for at kompetanse skal få avgjørende vekt. Dette på grunn av at arbeidstakerne ikke kan påberope ansienniteten som avgjørende til deres fordel. Dersom ansienniteten mellom arbeidstakerne er stor, kreves det imidlertid større ulikheter i arbeidstakernes kompetanse. Ansiennitetshensynet stiller følgelig minstekrav til hvilken dokumentasjon som kreves dersom kompetanse skal tillegges avgjørende vekt fremfor ansiennitetshensyn.

Lagmannsretten behandlet i LB-2021-43384 spørsmål om gyldigheten av en oppsigelse. Koronasituasjonen hadde ifølge virksomheten medført store økonomiske konsekvenser for selskapet. Dette medførte etter en konkret vurdering at virksomheten måtte gjennomføre permanente endringer i selskapets tilbud, i form av digitalisering av undervisningsproduktene. Utvelgelseskretsen ble begrenset til å gjelde to ansatte. De ansatte ble bedt om å gi tilbakemelding vedrørende egen kompetanse. Resultatet var at arbeidstakeren med kortest ansettelsestid ble prioritert. Om dette bemerket retten at:

---

<sup>146</sup> LB-2005-42380.

<sup>147</sup> Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 588. Se også Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 307 med videre henvisninger.

*«Når det gjelder kriteriene for utvelgelse, er selskapet ikke tariffbundet. Det er derfor ikke andre begrensninger for disse enn at de må være saklige og forsvarlige [...] Kriteriene som ble valgt var egnethet, fleksibilitet, kompetanse og ansiennitet. Valget av kriterier framgår skriftlig av analysenotatet og er nærmere begrunnet. Kriteriene framstår som saklige og forsvarlige. Dette gjelder selv om kriterier som egnethet, fleksibilitet og kompetanse vil kunne inneholde elementer av skjønn».<sup>148</sup>*

Selv om begge arbeidstakerne ble vurdert som kvalifiserte til stillingen, ble den valgte arbeidstakeren vurdert som mer egnet og å ha bedre kompetanse til å utføre de sentrale arbeidsoppgavene. Videre ble det vurdert til den valgte arbeidstakers fordel at den hadde bedre samarbeidsevne og fleksibilitet. På den andre siden hadde arbeidstakeren som ble vurdert som overtallig lengere ansiennitet. Forskjellen i ansiennitet var likevel ikke stor, hvilket medførte at ansiennitetshensyn ikke kunne påberopes med særlig tyngde. Avgjørelsen illustrere at det for virksomheter uten tariffavtale kan gjøres en samlet vurdering hvor andre kriterier samlet sett kan vektlegges fremfor ansiennitet.

Til sammenligning med virksomheter som er bundet av tariffavtaler, står virksomheter uten tariffavtale friere til å vektlegge andre kriterier enn ansiennitet. Det gjelder likevel et krav om saklighet. Dersom arbeidsgiver ikke har foretatt en saklig avveining av kriteriene, vil oppsigelsen kunne bli kjent ugyldig.

#### **5.3.4 Hva skal til for at arbeidsgiver kan vektlegge arbeidstakerens realkompetanse?**

I kapittel 5.3.2 og 5.3.3 har avhandlingen gjort rede for, og argumentert for og imot hvilken vekt kompetanse og ansiennitet skal ha mot hverandre. I dette punktet vil innholdet og vekten av kompetansekriteriet drøftes ytterligere.

Arbeidstakers kompetanse består av to aspekter. På den ene siden er arbeidstakers formelle kvalifikasjoner som består av hvilken formell utdanning arbeidstakerne har gjennomført. På den andre siden er arbeidstakerens reelle kvalifikasjoner, herunder arbeidstakerens samlede produktivitet mv. Ikke sjeldent blir kompetanse og ansiennitet trukket frem som to konkurrerende utvelgelseskriterier, hvor man må stille spørsmålet om den unge og innovative

---

<sup>148</sup> LB-2021-43384.

arbeidstaker skal beholdes på bekostning av den gamle og lojale travet.<sup>149</sup> Problemstillingen om vekting av kompetanse og ansiennitet vil være en særlig aktuell problemstilling i moderne kompetansebedrifter.

Rettspraksis viser at Høyesterett allerede i avgjørelsen inntatt i Rt. 1986 s. 879 aksepterte at arbeidsgiver vektla arbeidstakers kompetanse til fordel for ansienniteten. På den andre siden vil ofte årelang bransjekunnskap være vel så verdifull som en universitetsgrad. Dette viser at lang ansiennitet kan konkurrere med arbeidstakere som har en universitetsgrad. Avgjørelsen LG-2000-207 illustrerer problemstillingen hvor saken gjaldt oppsigelse av en datakonsulent som ledd i en generell nedbemanning på grunn av rasjonaliseringstiltak. Spørsmålet i saken var om arbeidsgivers valg av hvilke arbeidstakere som mottok oppsigelse var tilstrekkelig saklig begrunnet. Arbeidstakeren som mottok oppsigelse hadde 14 års ansiennitet mot ett års ansiennitet sammenlignet med arbeidstakeren som fikk beholde sin stilling. Til dette uttalte retten «Etter lagmannsrettens oppfatning må det imidlertid, dersom det skal differensieres etter kvalifikasjoner, samtidig tas i betraktning at ansiennitet er et målbart uttrykk for kvalifikasjoner. I nærværende sak er det ikke faktiske holdepunkter for bedriftens anførsel om at Cs nyere utdannelse oppveide As faglige erfaring i kraft av hans betydelige lengre og relevante ansiennitet i bedriften» [sic].<sup>150</sup>

Retten mente at det ikke var anledning til å fravike ansiennitetsprinsippet til fordel for kompetanse. Det kreves i tilfeller hvor arbeidsgiver ønsker å vektlegge kompetanse at den er relevant for stillingen. Selv om en arbeidstaker har spesielt lang utdanning, vil denne ha mindre betydning dersom den ikke er relevant for virksomhetens behov.<sup>151</sup> Videre konstaterer retten at også ansiennitet er et målbart uttrykk for kompetanse. Arbeidsgiver må dokumentere at den konkrete arbeidstaker er i besittelse av kompetanse som er nødvendig for selskapets økonomiske situasjon eller videre drift. Jo større behov arbeidsgiver har for en spesiell kompetanse, desto mer saklig blir det å legge vekt på denne.<sup>152</sup> Dette var således tilfellet i LB-2004-45766 hvor retten kom til at ansiennitet kunne fravikes. Begrunnelsen var at arbeidstakeren som ble beholdt var i «besittelse av en dyktighet og erfaring innen det spesielle

---

<sup>149</sup> Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 591.

<sup>150</sup> LG-2000-207.

<sup>151</sup> Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 592.

<sup>152</sup> Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 592.

feltet».<sup>153</sup> Forskjeller i arbeidstakernes kompetanse ble derfor avgjørende for at hensynet til ansiennitet skulle vike. Retten har i avgjørelsene lagt avgjørende vekt på arbeidsgivers saksbehandling ved de tilfelle hvor arbeidstakers kompetanse har blitt vektlagt fremfor arbeidstakers ansiennitet. Viktigheten av saksbehandlingen illustreres for eksempel i LG-2000-207 hvor arbeidsgiveren ikke på tilstrekkelig grunnlag hadde dokumentert virksomhetens behov for å fravike ansiennitetsprinsippet.

Fra de nevnte avgjørelsene kan det utledes et krav til arbeidsgivers saksbehandling i tilfeller hvor kompetanse skal vektes fremfor ansiennitet. I HR-2019-424-A har Høyesterett slått fast at det gjelder et krav om forsvarlig saksbehandling som er etterprøvbart.<sup>154</sup> Ved uforsvarlig saksbehandling kan resultatet bli at oppsigelsene kjennes ugyldig. Kravet til skjerpet saksbehandling gjelder ifølge Høyesterett særlig ved skjønsmessige underkriterier. Med dette menes kriterier som vektlegges i relasjon til kompetanse, og da særlig arbeidstakerens reelle kompetanse som utvelgelseskriterium.

Kompetanse er i utgangspunktet et subjektivt kriterium. Kravet til skjerpet saksbehandling gjelder særlig ved anvendelse av den reelle siden for å kartlegge arbeidstakeren. Høyesterett utelukker ikke at det er relevant og saklig å vektlegge den reelle siden av kompetansebegrepet. Utfordringen er derimot at med mer skjønsmessige kriterier vil det være vanskeligere for retten å etterprøve sakligheten av oppsigelsen. Til dette uttalte førstvoterende:

*«Lagmannsretten pekte i fortsettelsen på at arbeidstakernes realkompetanse i og for seg kunne vektlegges i nedbemanningen, men at dette blir «[m]er problematisk» når Skanska benyttet så skjønsmessige underkriterier som kreativitet, selvstendighet og omdømme. Da kreves, etter lagmannsrettens syn, «at dette kan belegges med solid dokumentasjon», særlig hvis vedkommende ikke tidligere har blitt konfrontert med arbeidsgiverens misnøye.*

---

<sup>153</sup> LB-2004-45766.

<sup>154</sup> HR-2019-424-A avsnitt 76.



*«Dette er jeg enig i, og da kanskje særlig ved oppsigelse av fagarbeidere. Dess mer skjønnsmessige og subjektive kriteriene da er, dess bedre dokumentasjon må etter min mening kreves».*<sup>155</sup>

Kravet til en skjerpet saksbehandling gjelder særlig ved oppsigelse av fagarbeidere. Dette er arbeidstakere som ofte har samme formelle kompetanse, men anvender utdannelsen på ulike måter. Hvordan arbeidstakers reelle kompetanse stiller seg vil være utfordrende å kartlegge. Ved noen yrkesgrupper, som for eksempel advokattjenester, kan arbeidsgiver måle ansatte opp mot hverandre ut ifra hvor mange timer som faktureres. En slik fremgangsmåte for å kartlegge arbeidstakers reelle kompetanse i form av effektivitet, vil kunne anses tilstrekkelig for å oppfylle saklighetskravet. Det skjønnsmessige kriteriet får et innslag av det objektive som vil kunne sikre en domstolskontroll dersom det for ettertiden skulle oppstå en tvist om oppsigelsesgrunnlaget.

### **5.3.5 Burde arbeidstakers kompetanse veie tyngre i dagens arbeidsmarked?**

Dagens arbeidsmarked har endret seg sammenlignet med arbeidsmarkedet en stund tilbake i tid. Arbeidsmarkedet i dag stiller andre krav og forventninger. Dette kjennetegnes blant annet ved at det er flere spesialiserte virksomheter. En slik utvikling tilsier et større behov for at virksomheten beholder spesialkompetansen som er nødvendig for å bedre fremtidsutsikten til virksomheten.

I dagens arbeidsmarked er det også større mobilitet enn hva som var tilfellet for ti-femten år siden.<sup>156</sup> Arbeidstakere bytter oftere stillinger og arbeidsplasser. Slik Høyesterett formulerte seg i Rt. 1986 s. 879 var ikke en ansiennitetsforskjell på 1-3 år tilstrekkelig for at ansienniteten til arbeidstakerne skulle få avgjørende vekt. Fougner m.fl. har tatt til orde for at det må være en ansiennitetsforskjell på 10-15 år for at arbeidstakers ansiennitet skal kunne påberopes med særlig tyngde, og være utslagsgivende ved vektingen av ansiennitetsprinsippet.<sup>157</sup> Som følge av at det er en tendens til at arbeidstakere bytter jobb hyppigere vil det derfor være færre arbeidstakere som vil kunne opparbeide seg en tilstrekkelig ansiennitet for at den skal kunne påberopes med særlig tyngde. Arbeidstakers

---

<sup>155</sup> HR-2019-1986-A avsnitt 80 og 81.

<sup>156</sup> Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 591.

<sup>157</sup> Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2016) s. 307 med videre henvisninger. Se også Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 588.

ansiennitet burde tillegges vekt i tråd med samfunnsutviklingen i arbeidsmarkedet, og ansiennitetshensyn vil dermed ikke være et like relevant utvelgelseskriterium som tidligere. Dette trekker i retning for at arbeidstakers ansiennitet vil få mindre betydning i dagens arbeidsmarked sammenlignet med tidligere.

Videre har arbeidsmarkedet endret seg i den retning at det stilles høyere krav til spesialkompetanse. På den ene siden vil virksomhetens videre eksistens i slike tilfeller være avhengig å beholde de mest kompetente arbeidstakerne.<sup>158</sup> På den andre siden kan vektlegging av ansiennitetshensyn føre til at arbeidstakere oppsøker de virksomheter som setter slike hensyn sentralt. Det kan oppleves som trygt, rettferdig og forutsigbart for arbeidstakeren.<sup>159</sup> Virksomheter som har behov for en konkret kompetanse kan i større grad vektlegge kompetanse som utvelgelseskriterium. Ansiennitetshensyn får dermed mindre plass i dag, sammenlignet med tidligere.<sup>160</sup>

Videre kan det trekkes frem hvorvidt noen virksomheten ikke velger å binde seg til tariffavtaler. Formålet med tariffavtaler er konkurranseregulering, herunder å sikre arbeidstakers lønn- og arbeidsvilkår på en mer detaljert måte på enkelte områder enn hva som følger av arbeidsmiljøloven.<sup>161</sup> Når arbeidsgiver ikke kan velge fritt hvilke arbeidstakere som skal beholdes, kan tariffavtaler virke mot sin hensikt. Vi har sett at virksomheter som ikke er bundet av tariffavtaler har større frihet i en nedbemanningsprosess innenfor rammen av kravet om saklighet. En situasjon hvor flere virksomheter ikke velger å binde seg til tariffavtaler kan på den ene siden føre til et mer effektivt arbeidsliv og økt verdiskapning i næringslivet. Virksomheten kan beholde de arbeidstakerne med best kompetanse. På den andre siden kan det gå ut over arbeidstakers rettigheter i arbeidslivet.

Ansiennitetshensyn er fortsatt et saklig hensyn å vektlegge ved utvelgelsen av overtallige arbeidstakere. Det burde likevel stilles mindre krav til å fravike ansiennitetsprinsippet ved vektleggingen av utvelgelseskriterier, slik at vektingen er i tråd med samfunnsutviklingen. Hensynet til arbeidsgivers behov for å beholde kompetanse innad i virksomheten burde kunne tillegges større vekt. Dette vil tjene næringslivet og virksomheten som sådan, ved at

---

<sup>158</sup> Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 591.

<sup>159</sup> Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 591.

<sup>160</sup> Storeng m.fl., *Arbeidslivets spilleregler* (2020) s. 591.

<sup>161</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Arbeidsrett individuelle og kollektive emner* (2022) s.115.

virksomhetene på sikt kan skape flere arbeidsplasser. Fra dette kan det argumenteres for at ansiennitetshensyn skal ha mindre vekt i utvelgelsesfasen i dagens arbeidsliv, og ikke være startpunktet når virksomheten velger hvem som skal sies opp. Avgjørelsen i HR-2019-424-A kan tolkes i den retning at rettstilstanden er på vei dit at ansiennitetshensyn ikke har like stor vekt som tidligere.

### 5.3.6 Vekting av sosiale hensyn hos arbeidstakeren

Til nå har avhandlingen diskutert hvorvidt arbeidstakers ansiennitet burde tillegges mindre vekt og arbeidstakers kompetanse større vekt ved avgjørelsen av overtallige arbeidstakere. Temaet som nå vil diskuteres er eksempler fra rettspraksis om minstekrav til vektingen av arbeidstakers sosiale hensyn ved utvelgelsesprosessen. Avhandlingen pekte i kapittel 5.2.3 på at arbeidsgiveren er pliktig til å vektlegge arbeidstakerens sosiale hensyn ved utvelgelse. Høyesterett har også uttalt at utvelgelsen vil bero på en totalvurdering, og «Endelig må arbeidstakerens individuelle forhold alltid hensyntas, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd».<sup>162</sup> Hensynene kan bestå av flere aspekter, og avhandlingen vil derfor trekke frem eksempler fra både Høyesterett, lagmannsretten og tingretten.

I de tilfeller hvor virksomheten beslutter en rask nedbemanning med begrunnelse i virksomhetens økonomi, har Høyesterett uttalt at arbeidstakerens sosiale hensyn ikke kan tillegges avgjørende vekt. Dette var tilfellet i Rt. 1992 s. 776 hvor virksomheten var kommet i en meget vanskelig økonomisk situasjon. Den ankende part anførte at bestemmelsen (tidligere § 60 nr. 2) krevde at oppsigelsen bare kan skje etter en individuell vurdering av de enkelte ansatte. Ankende part mente at arbeidsgiveren ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til de ulempene oppsigelsen fikk for den enkelte arbeidstaker. Høyesterett var ikke enige i denne tilnærmingen, og uttalte følgende:

*«Når nedleggelsene var nødvendige ut fra bankens økonomiske situasjon, må det videre legges til grunn at hensynet til de ansatte ikke kunne være så tungtveiende at filialene måtte opprettholdes ut fra en avveining etter aml. § 60».*<sup>163</sup>

Høyesterett mener at hensynet til de ansatte må veie mindre i de situasjonene hvor det ut fra bankens situasjon var nødvendig med en nedbemanning. Ut fra dette kan det sluttet at

---

<sup>162</sup> HR-2019-424-A avsnitt 61.

<sup>163</sup> Rt. 1992 s. 776 på s. 781.

arbeidstakerens sosiale hensyn får mindre vekt i de tilfellene virksomheten har et raskt behov for omstilling for å unngå konkurs. Høyesterett underbygget videre denne argumentasjon ved at banken hadde fulgt sin interne fremgangsmåte for gjennomføring av nedbemanningen. Etter Høyesteretts syn talte dette for at arbeidsgiver i mindre grad måtte tillegge arbeidstakerens sosiale hensyn vekt. Resultatet kan på den ene siden oppleves som i strid med uttalelsen i forarbeidene, hvor det fremgår at begrunnelsen for å innta en regel om interesseavveiningen var å ta sikte på å gi arbeidstakerens interesser større gjennomslagskraft i forhold til virksomhetens økonomiske vurderinger.<sup>164</sup> På den andre siden vil det kunne være urimelig ovenfor de resterende arbeidstakerne å hensynta arbeidstakerne i utvelgelseskretsen sine sosiale hensyn i for stor grad. Når virksomheten dokumenterer en prekær økonomisk situasjon tilsier det at hensyn til virksomhetens overlevelse og videre drift må veie tyngre enn individuelle hensyn hos den konkrete arbeidstaker. Sentralt vil de ulemper som oppsigelsen medfører for arbeidstakeren være av betydning i interesseavveiningen.

Vekten av arbeidstakerens sosiale hensyn kan også tillegges avgjørende vekt ved beslutning av hvilke arbeidstakere som er overflødige. I avgjørelsen Rt. 2011 s. 609 la arbeidsgiveren avgjørende vekt på at de eldre pilotene var nær ved å motta gunstige alderpensjoner, og at ansienniteten skulle vike til fordel for de yngre pilotene. Høyesterett kom til at det var saklig av arbeidsgiver å vektlegge pensjonshensyn ved beslutning av overtallige arbeidstakere.

Retten tok videre stilling til vurderingen om oppsigelsen burde kjennes ugyldig på grunn av ulempene oppsigelsen medførte for de eldre pilotene. Høyesterett drøftet i avsnitt 100 de ulemper og fordeler som oppsigelsen medførte henholdsvis for de eldre og yngre pilotene. Det følger av avgjørelsen at:

*«Basert på opplysninger som forelå sommeren og tidlig høst 2008, la SAS til grunn at det var vanskelig for piloter som ble oppsagt å få nytt arbeid. Risikoen var derfor stor for at de som ble oppsagt, ville gå ut i arbeidsløshet som kunne komme til å vare over tid. I en slik situasjon ville det være vanskelig å opprettholde flysertifikatet, og oppsigelsene kunne dermed få store yrkesmessige og økonomiske konsekvenser for yngre piloter».*<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 18.

<sup>165</sup> Rt. 2011 s. 609 avsnitt 100.

I arbeidstakerens sosiale hensyn inngår det også en vurdering av arbeidstakers mulighet til å få nytt arbeid etter oppsigelsen. I den konkrete saken mente Høyesterett at det ikke var av avgjørende betydning, ettersom de eldre pilotene var nært til å motta gunstige pensjonsordninger. Videre vurderte Høyesterett at konsekvensene ved arbeidsløshet for de yngre pilotene var større, enn for de eldre. I vurderingen ble det lagt vekt på utfordringer med å opprettholde flysertifikat, og at det kunne få store yrkesmessige og økonomiske konsekvenser. Avgjørelsen illustrerer at oppsigelsens ulemper ovenfor arbeidstakeren i større grad ble hensyntatt i Rt. 2011 s. 609, sammenlignet med Rt. 1992 s. 776.

Domstolene har også behandlet spørsmål om hvorvidt en oppsigelse medførte stor ulempe for en arbeidstaker som var periodevis sykemeldt i nedbemanningsprosessen. I LB-2021-43384 behandlet retten et spørsmål om det ble foretatt en riktig interesseavveining. Retten mente at det ikke forelå særlige sosiale eller aldersmessige hensyn som skulle tilsi at oppsigelsen medførte stor ulempe for arbeidstakeren. Arbeidstakeren hadde heller ikke særlig lang ansiennitet. På den andre siden hadde arbeidstakeren vært periodevis sykemeldt og i tråd med de hensyn som ligger bak § 15-8 ville det ifølge retten vært mer skånsomt å avvente nedbemanningsprosessen til arbeidstakeren var fullt friskmeldt. Selv om retten la til grunn at arbeidstaker hadde problemer med å finne nytt arbeid og at oppsigelsen ville ramme vedkommende hardt, fant retten at arbeidstakerens interesser ikke skulle veie tyngre enn hensynet til virksomhetens behov. På den ene siden kan det rettes kritikk mot avgjørelsen. Arbeidstakeren hadde problemer med å skaffe seg nytt arbeid. Rettens interesseavveining fremstår i strid med hva som var formålet til innføringen av regelen. De tilfellene hvor arbeidstakeren har problemer med å finne seg nytt arbeid, kan føre til at vedkommende er lenge uten nødvendig inntekt. Formålet med arbeidsmiljøloven som sådan er å hindre at slike tilfeller oppstår. Arbeidet er for mange den eneste inntekten, og arbeidet er derav viktig av hensyn til nedbetaling av gjeld og andre utgifter til alminnelige levekostnader. På den andre siden har rettspraksis imidlertid vist at hensynet til at arbeidstakeren skal finne seg nytt arbeid, ikke er avgjørende.

Hvorvidt arbeidstakerens forsørgelseshensyn er avgjørende, ble behandlet i avgjørelsen TOSLO-2008-195723. Orkla besluttet å gjennomføre en nedbemanning av antallet kapitalforvaltere. En arbeidstaker som ble omfattet av nedbemanningen var gift og hovedforsørger for to barn. Hans kone var i deltidsarbeid. Arbeidstakerens sosiale forhold ble i samråd med to representanter valgt som et utvelgelseskraterium i nedbemanningen. Tingretten uttalte at arbeidstakers forhold til kundegruppen var av avgjørende betydning.

Herunder at det ville være av betydning hvordan arbeidstakeren forholdt seg til kundene i fremtidens turbulente marked samt personlig egnethet, holdninger mv. Arbeidsgiver mente at andre arbeidstakere enn vedkommende var bedre egnet. Det var heller ikke av avgjørende betydning av vedkommende arbeidstaker hadde omsorgsansvaret for to barn og at hans kone var i deltidsjobb. Tingretten kom under tvil til at oppsigelsen var saklig.

Avgjørelsene viser at arbeidstakerens sosiale hensyn inngår som et utvelgelseskriterium når virksomheter beslutter nedbemanning. Arbeidstakerens sosiale hensyn kan tillegges avgjørende vekt i en utvelgelsesvurdering. Det gjelder likevel et krav om at arbeidsgiveren har gjennomført en forsvarlig saksbehandling slik at for eksempel arbeidstakers ansiennitet skal vike for arbeidstakerens sosiale hensyn. Dette var tilfellet i Arbeidsrettens avgjørelse ARD-2009-48 hvor saksbehandlingen samlet sett fremsto så mangelfull at det ikke kunne anses sannsynliggjort at virksomheten hadde et forsvarlig faktisk grunnlag for avgjørelsen om å fravike ansiennitetsrekkefølgen.

Det kan videre diskuteres om arbeidstakerens sosiale hensyn tillegges tilstrekkelig vekt i henhold til formålet med interesseavveiningen. Når problemer med å finne seg nytt arbeid og forsørgelsesansvar for to barn ikke var avgjørende, kan det spørres om arbeidstakerens sosiale hensyn er tillagt en for liten minstevekt ved vekting av utvelgelseskriteriene. Det må likevel presiseres at resultatet i avgjørelsene fra underdomstolene kunne vært annerledes ved behandling i lagmannsretten eller Høyesterett.

## **5.4 Sammenfatning av rettstilstanden**

Avhandlingen har i kapittel fem fremstilt reglene som gjelder for anvendelse og vekting av utvelgelseskriterier i nedbemanningsprosessen. For arbeidsgiver, som ofte er rettsanvenderen i slike saker, kan rettskildebildet oppleves som omfattende. Nedbemanningsprosessen er i stor grad preget av rettspraksis, noe som generelt kan oppleves som utfordrende for arbeidsgivere å forholde seg til. Rettspraksis har vist at arbeidsgivers manglende forberedelse og saksbehandling, kan føre til at oppsigelsen kjennes ugyldig.

Videre har avhandlingen diskutert hvorvidt dagens praksis av vekting av utvelgelseskriterier er en god praksis. Avhandlingen har trukket frem argumenter som både taler for og imot en endring av rettstilstanden. Hovedtrekkene i diskusjonen er hvorvidt arbeidstakers ansiennitet skal være utgangspunktet for vurderingen slik Høyesterett har formulert det. Selv om Høyesterett har forlatt praksisen om at arbeidstakers ansiennitet er hovedregelen, gir

uttalelsen om at ansienniteten er utgangspunktet ved vurderingen kriteriet en viss vekt. I og med at dagens arbeidsmarked har endret seg er det også i større grad behov for virksomhetene å beholde nødvendig kompetanse, blant annet av hensynet for å sikre videre drift.

Avhandlingen vil i det følgende trekke frem noen utfordringer omstilling og nedbemanningsinstituttet kan skape for den norske arbeidslivsmodellen.

## **6 Representerer nedbemanningsinstituttet en utfordring for den norske arbeidslivsmodellen?**

Når en virksomhet gjennomfører en omstilling og deretter en nedbemanning av antall arbeidstakere, vil dette føre til flere arbeidstakere på arbeidsmarkedet. Et spørsmål som kan stilles er om omstillingsprosesser og nedbemanninger kan føre til en svekkelse av den norske arbeidslivsmodellen.

I NOU 2021: 9 er det uttalt at den norske arbeidslivsmodellen handler om:

*«hvordan økonomisk politikk, inntektspolitikk, lønnsdannelse, arbeidslivspolitik og offentlig velferd spiller sammen, og hvordan dette samspillet gjennom ulike mekanismer har bidratt til høy sysselsetting, god økonomisk utvikling og høy levestandard i Norge».*<sup>166</sup>

Målet med den norske arbeidslivsmodellen kan forklares ut fra et overordnet mål om flest mulig i arbeid for å sikre en god økonomisk utvikling og høy levestandard. Som følge av modellen har flere arbeidstakere i Norge hatt gode og trygge jobber, og inntektsnivået har jevnt over vært relativt høyt brede grupper i arbeidslivet.<sup>167</sup> Sammenlignet med andre europeiske land viser det seg at Norge har høy deltakelse i det organiserte arbeidslivet. Dagens arbeidslivssituasjon viser at det er lav arbeidsledighet i Norge. Tall fra SSB viser at arbeidsledige i prosent av arbeidsstyrken var på 3,2% i oktober.<sup>168</sup> Dette taler for at nedbemanning i skrivende stund ikke vil være en utfordring for den norske arbeidslivsmodellen. Det er imidlertid flere institusjoner og aktører i næringslivet som har pekt på manglende etterspørsel samt at flere arbeidsgivere opplever flere søkere på stillinger

---

<sup>166</sup> NOU 2021: 9 side 13.

<sup>167</sup> NOU 2021: 9 side 14.

<sup>168</sup> Arbeidskraftundersøkelsen fra Statistisk sentralbyrå oktober 2022, sist oppdatert 24.11.2022.

som blir lyst ut. Dette taler for at nedbemanning på sikt kan representere en utfordring for den norske arbeidslivsmodellen.

Utviklingen i privat sektor har ført til færre organiserte arbeidstakere og virksomheter.<sup>169</sup> For at den norske modellen skal fungere, er det nødvendig å skape flere jobber enn de som blir borte ved omstillinger.<sup>170</sup> Under halvparten av de sysselsatte i privat sektor er nå dekket av tariffavtaler, og dette representerer en sentral utfordring for den norske arbeidslivsmodellen.<sup>171</sup> En tariffavtale skal legge til rette for å sikre arbeidstakers lønn- og arbeidsvilkår på en mer detaljert måte på enkelte områder enn hva som følger av arbeidsmiljøloven.<sup>172</sup> Jo færre arbeidstakere som er bundet av en tariffavtale, desto dårligere rettigheter vil de kunne ha ved en situasjon hvor virksomheten beslutter nedbemanning.

En grunn til at virksomheter beslutter omstilling og nedbemanning kan være grunnet endrede forhold i markedet. Store deler av norsk økonomi er avhengig av utenlandshandelen. Som følge av dette blir norsk arbeidsliv og markedet påvirket av globaliseringen og den teknologiske utviklingen som utenlandshandelen medfører. Globalisering og den teknologiske utviklingen medfører dermed endrede arbeidsforhold. Noen stillinger kan også gå bort som følge av teknologisk utvikling som det med tiden blir lettere for arbeidsgiver å få tilgang til. De nye jobbene som blir skapt vil i gjennomsnitt kreve mer kompetanse, sammenlignet med de jobbene som forsvinner.<sup>173</sup> Det vil derfor være vanskeligere for arbeidstakere å konkurrere om færre stillinger, når det i tillegg kreves høyere kompetanse. Globalisering og teknologisk utvikling vil kunne begrense arbeidstakerens muligheter til å finne aktuelle stillinger.

Dette aktualiserer en utfordring som gjør det vanskeligere å inkludere sårbare grupper med lav kompetanse i arbeidslivet.<sup>174</sup> Globalisering og teknologisk utvikling vil skape en polarisering i arbeidsmarkedet, ved at den teknologiske utviklingen i større grad vil erstatte jobber som krever lav kompetanse, mens risikoen for automatisering synker jo høyere

---

<sup>169</sup> NOU 2021: 9 side 14.

<sup>170</sup> NOU 2021: 9 side 44.

<sup>171</sup> NOU 2021: 9 side 14.

<sup>172</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Arbeidsrett individuelle og kollektive emner* (2022) s.115.

<sup>173</sup> NOU 2021: 9 side 45.

<sup>174</sup> NOU 2021: 9 side 45.



kompetanse og utdanning arbeidstakeren har.<sup>175</sup> Virksomheter som gjennomfører nedbemanninger og reduserer stillinger på grunn av globalisering og teknologisk utvikling, vil dermed kunne representere en utfordring for den norske arbeidslivsmodellen.

Den norske arbeidslivsmodellen er tjent med flest mulig arbeidstakere. Når samfunnsutviklingen går i den retning at det kreves høyere utdanning og mer spesialisert kompetanse, tilsier dette at dagens vekting av utvelgelseskriterier ikke er i tråd med samfunnsutviklingen. Utvelgelsesprosessen som er utledet fra saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd er en rettslig standard, og dens innhold vil følgelig utvikle seg med samfunnets oppfatning av begrepet.<sup>176</sup> En av grunnene til at saklighetskravet på noen områder ikke har fulgt samfunnsutviklingen, kan tenkes at domstolene ikke har kommunisert tilstrekkelig til arbeidslivet hvilken retning utviklingen skal gå i.

Videre er det en sårbarhet og utfordring for den norske modellen at andelen av tariffbudne virksomheter i privat sektor er synkende.<sup>177</sup> En konsekvens dersom trenden fortsetter er at det vil kunne gå negativt utover arbeidsvilkårene til arbeidstakeren. Det kan likevel tenkes at det er flere grunner til at en privat virksomhet ikke ønsker å binde seg til en tariffavtale.

For det første medfører en tariffavtale mindre fleksibilitet for virksomheten. En tariffavtale skal sikre best mulig vilkår for den ansatte, og ved gjennomføring av omstilling eller nedbemanning vil dette føre til mindre fleksibilitet for virksomheten. Dersom virksomheten ønsker å beholde arbeidstakere med viktig kompetanse fremfor arbeidstakere med lang ansiennitet, vil tariffavtalen stille minstekrav for å fravike ansiennitetsprinsippet. Dette gjør at en omstillings og nedbemanningsprosess vil være mer ressurskrevende og økonomisk tyngende for virksomheter som er bundet av tariff, sammenlignet med virksomheter som ikke er bundet.

For det andre har flere arbeidstakere i dag mer kompetanse, sammenlignet med tidligere. Det er også vanlig at arbeidstakere oftere bytter jobb. Arbeidstakerne i dag er bedre rustet til å finne seg en ny jobb, dersom de anses som overtallige på grunn av en nedbemanning. Dette trekker i retning for at vektingen av utvelgelseskriterier ikke er i tråd med

---

<sup>175</sup> NOU 2021: 9 side 45 med videre henvisninger til Nedelkolska og Qunitini (2018).

<sup>176</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 72.

<sup>177</sup> NOU 2021: 9 side 46.

samfunnsutviklingen. På den andre siden kan en slik utvikling føre til dårligere arbeidsvilkår for de ansatte. Det blir i større grad opp til den enkelte arbeidstaker å fremforhandle seg gode avtaler. En slik praksis kan bidra til å forsterke ulikhetene i arbeidsmarkedet, med tanke på lønn og andre vilkår.

Oppsummert må rammeverket for arbeidslivet legge til rette for en fortsatt høy andel faste ansettelse og et organisert arbeidsliv forankret i tariffavtaler. De gode resultatene av den norske modellen kan ikke tas for gitt. Det er nødvendig å sikre tilstrekkelig organisering både på arbeidstaker- og arbeidsgiversiden, høy tariffavtaledekning og at faste ansettelse forblir den dominerende tilknytningsformen i arbeidslivet også fremover.<sup>178</sup> Det vil være viktig for modellen at den møter den faktiske samfunnsutviklingen for å få bredest mulig oppslutning. Nedbemanningsinstituttet er og vil være et relevant rettslig verktøy for virksomheter i privat sektor fremover. Avhandlingen har imidlertid pekt på ulike utfordringer nedbemanningsinstituttet står ovenfor, herunder at arbeidstakers kompetanse er for lite vektlagt som utvelgelseskriterium i utvelgelsesfasen. Endrede markedsforhold, økonomi, globalisering og teknologisk utvikling som fører til nedbemanning, representerer dermed en utfordring for den norske arbeidslivsmodellen. Videre er det pekt på at færre virksomheter i privat sektor velger å binde seg til tariffavtaler. Samlet sett trekker dette i retning for at nedbemanningsinstituttet nå og fremover vil representere en utfordring for den norske arbeidslivsmodellen.

Tiden kan være inne for at arbeidslivet finner en bedre løsning slik at ikke virksomhetens behov og videre drift går på bekostning av arbeidstakerens rettigheter. En mulighet kan være å vekte arbeidstakers ansiennitet i tråd med samfunnsutviklingen i arbeidslivet og arbeidsretten som sådan.

---

<sup>178</sup> NOU 2021: 9 side 14 siste avsnitt.

## **7 Kildeliste**

### **7.1 Lover**

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.)

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven – dl.)

Lov 31 mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven – avtl.)

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (loven er opphevet ved lov 17. juni 2005 nr. 62)

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

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

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

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (Likestillings- og diskrimineringsloven – ldl.).

Hovedavtalen NHO-LO 2022-2025 vedlagt NHOs kommentarer:

<https://www.nho.no/siteassets/lonn-og-tariff/2022/hovedavtalen-lo-nho-2022-2025.pdf>

### **7.2 Forarbeider**

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

NOU 2021: 9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv Utredning om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering.

Ot.prp. nr.50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

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

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

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

## **7.3 Rettsavgjørelser**

### **7.3.1 Høyesterett**

Rt. 1939 s. 53

Rt. 1966 s. 393 *Papyrus*

Rt. 1972 s. 1330 *Granddommen*

Rt. 1977 s. 902 *Hammerverk*

Rt. 1984 s. 1058 *Nationaltheatret*

Rt. 1986 s. 879 *Hillesland*

Rt. 1989 s. 508 *Christiania spigeverk*

Rt. 1989 s. 1058

Rt. 1992 s. 1023 *Flykaptein*

Rt. 1992 s. 776 *Sparebanken nord*

Rt. 1996 s. 1401 *Autronica*

Rt. 1997 s. 1506 *Stryn apotek*

Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk*

Rt. 2001 s. 71 *Rasmussen offshore*

Rt. 2009 s. 685 *Webredaktør*

Rt. 2011 s. 609 *Flyselskapet SAS*

Rt. 2011 s. 1674

Rt. 2012 s. 168 *Notodden fotballklubb*

Rt. 2015 s. 1332 *Gresvig*

HR-2016-2286-A *Rygge kommune*

HR-2017-561-A *Posten II*

HR-2017-1943-A *CHC Helikopter service*

HR-2018-880-A *Linjebygg*

HR-2018-1189-A

HR-2018-1268-F

HR-2019-424-A *Skanska*

HR-2019-928-A *Hurtigruten*

HR-2019-1986-A *Telenor*

HR-2021-2389-A *Pasientjournal*

HR-2022-390-A *Widerøe*

### **7.3.2 Lagmannsrett**

RG 1990 s. 1098

RG-1993-188

LG-2000-207

LB-2004-45766

LB-2005-42380

RG 2011 s. 113

LE-2020-62253

LB-2021-43384

### **7.3.3 Tingrett**

TOSLO-2001-6729

TOSLO-2008-195723

### **7.3.4 Arbeidsretten**

ARD-2009-48

ARD-2016-151 *Nokas*

AR-2018-18 *NRK-dommen*

## **7.4 Juridisk litteratur**

Borgerud, Ingeborg Moen og Nøss, Mona, *Arbeidsrett, Omstilling, nedbemanning og virksomhetsoverdragelse offentlig sektor*, 2. utgave 2019, Universitetsforlaget.

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett: Den individuelle del*, 4. utgave, 2015, Universitetsforlaget.

Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 5. utgave, 2017, Universitetsforlaget.

Fougner, Jan, Holo, Lars, Løkken Sundet, Tron og Thorkilsen, Tarjei, *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*, 3. utgave, 2019.

Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett, styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, 2019

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

Robberstad, Anne, *Hvem har bevisbyrden? Tvilsrisikoen i sivile saker*, 2021, Universitetsforlaget

Skarning, Nikolai og Verling, Mari, *Nedbemanning og sluttpakker, En praktisk håndbok*, 2. utgave 2022, Universitetsforlaget.

Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad, Eirik og Hotvedt, Marianne Jenum, *Arbeidsrett individuelle og kollektive emner*, 3. utgave 1. opplag 2022, Gyldendal Norsk Forlag AS.

Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad, Eirik og Hotvedt, Marianne Jenum, Individuell arbeidsrett, 2. utgave 3. opplag, 2019, Gyldendal Norsk Forlag AS.

Skoghøy, Jens Edvin A., Rett og rettsanvendelse, 2018, Universitetsforlaget.

Skoghøy, Jens Edvin A., Tvisteløsning, 4. utgave, 2022, Universitetsforlaget.

Storeng, Nils H., Beck, Tom H., Due Lund, Arve, Bergeius Andersen, Kari, Andersen, Terje G. og Svendsen, Thomas B., Arbeidslivets spilleregler, 5. Utgave, 2020, Universitetsforlaget.

## 7.5 Elektroniske utgivelser

Christel Søreide og Tor Olav Carlsen, «Styringsretten som ramme for utvelgelse ved nedbemanning», *Arbeidsrett*, 2020/1, Årgang 17, side 56-66.

Tarjei Thorkildsen, *kommentar til Høyesteretts dom i Skanska saken*, 2019, Juridika.no [[https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-høyesterettsdom-i-skanska-saken](https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-hoyesterettsdom-i-skanska-saken), sist lest 30.11.2022 kl. 13:05].

Tarjei Thorkildsen, *Kommentar til Høyesteretts dom HR-2019-1986-A om nedbemanning i «Telenor-saken»*, 2020, jurdika.no [<https://juridika.no/innsikt/tarjei-thorkildens-kommentar-til-telenor-dommen>, sist lest 30.11.2022 kl. 13:12].

## 7.6 Avisartikler

Brækhus, Leni Aurora, Dagens medisin, *FHI-direktør anslår 100 oppsigelser* (06.12.2022) [<https://www.dagensmedisin.no/artikler/2022/12/06/fhi-direktoren-anslar-100-oppsigelser/> sist lest 14.12.2022 kl. 09.52].

Finansdepartementet, regjeringen, *Grunnrenteskatt på havbruk* (28.09.2022) [<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/grunnrenteskatt-pa-havbruk/id2929113/> sist lest 14.12.2022 kl. 09.36].

Silseth, Ingvild og Bugge, Stella, VG, *NRK åpner for sluttpakke for alle ansatte* (28.11.2022) [<https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/RG5ajA/nrk-aapner-for-sluttpakke-for-alle-ansatte> sist lest 14.12.2022 kl. 09.45].

Statistisk sentralbyrå, arbeidskraftundersøkelsen oktober 2022, sist oppdatert 24.11.2022 [<https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/sysselsetting/statistikk/arbeidskraftundersokelsen> sist lest 14.12.2022 kl. 11.10].

Sundt Kvalsheim, Silje, Finansavisen, *Nå kommer nedbemanningene* (29.11.2022)  
[<https://www.finansavisen.no/nyheter/arbeidsliv/2022/11/29/7964476/na-kommer-nedbemanningene-det-er-et-skift-i-markedet?zephrossoott=tyal7g> sist lest 14.12.2022 kl. 09.57].



