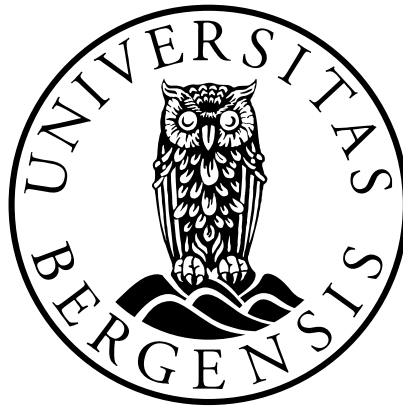


Ansiennitetsprinsippets vekt som
utvelgelseskriterium etter Hovedavtalen
§ 8-2

Med hovedvekt på HR-2019-424-A

Kandidatnummer: 77

Antall ord: 14 337



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling	3
1.2 Aktualitet og hensyn	3
1.3 Forutsetninger og avgrensninger	6
1.4 Rettskildebildet	10
1.5 Fremstillingen videre	13
2 Tariffavtalen	14
2.1 Tariffavtalens særpreg	14
2.2 Generelt om tolking av Hovedavtalen	15
2.2.1 Innledende betraktninger	15
2.2.2 Tariffpartenes felles forståelse	16
2.2.3 Ordlyden	16
2.2.4 Tariffavtalens historie	17
3 Utvelgelseskriteriene	18
3.1 Arbeidsgivers drøftelsesplikt	18
3.2 Saklighetskravet i Hovedavtalen § 8-2	18
4 Ansiennitetsprinsippets vekt etter Hovedavtalen § 8-2	22
4.1 Ordlyden som tolkningsbidrag	22
4.2 Tariffavtalehistorikken som tolkningsbidrag	22
4.2.1 Innledende betraktninger	22
4.2.2 Ansiennitet som en del av bestemmelsens ordlyd	23
4.2.2.1 Hvorfor andre utvelgelseskriterier enn ansiennitet ikke er nevnt	25
4.2.3 Kort oppsummering av tariffavtalehistorikken	26
4.3 Momenter av betydning for ansiennitetsprinsippets vekt i rettspraksis	26
4.3.1 Innledende betraktninger	26
4.3.2 Bedriftens økonomiske situasjon	27
4.3.3 Ansiennitetsforskjell og ansiennitetslengde	29
4.3.4 Betydningen av enighet mellom partene	30
4.3.5 Kort oppsummering av momentenes betydning	32
4.4 Domstolenes vurdering av ansiennitetsprinsippet som hovedregel	32

4.4.1	Innledende betraktninger	32
4.4.2	Rettspraksis frem til 1994	32
4.4.3	Rettspraksis etter 1994	33
4.4.3.1	LB-2017-75155 Skanska-dommen	37
4.4.3.2	HR-2019-424-A Skanska-dommen.....	39
4.4.4	Kort oppsummering av rettspraksis.....	43
5	Avsluttende betraktninger	44
5.1	Ansiennitetsprinsippets vekt i dag.....	44
5.2	Ansiennitet på tariffestet område og utenfor tariffestet område	45
5.3	Ansiennitetsprinsippets vekt i forhold til arbeidsmiljøloven § 15-7	46
5.4	Rettspolitiske betraktninger.....	47
6	Litteraturliste.....	49
6.1	Lover	49
6.2	Lovforarbeider.....	49
6.3	Avtaleverk og kommentarutgaver	49
6.4	Rettspraksis	50
6.4.1	Avgjørelser fra Høyesterett publisert i Norsk Retstidende	50
6.4.2	Avgjørelser fra Høyesterett uten henvisning til retstidende.....	51
6.4.3	Avgjørelser fra Arbeidsretten.....	51
6.4.4	Kjennelser fra Arbeidsretten	51
6.4.5	Avgjørelser fra lagmannsrettene	51
6.4.5.1	Avgjørelser inntatt i rettens gang	51
6.4.5.2	Avgjørelser som ikke er inntatt i rettens gang.....	52
6.5	Juridisk litteratur	52
6.5.1	Bøker	52
6.5.2	Artikler	52
6.6	Elektroniske kilder	53

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er hvordan man skal forstå ansiennitetsvurderingen i Hovedavtalen § 8-2. Oppgaven redegjør for hvordan ansiennitetsprinsippet skal anvendes som utvelgelseskriterium på tariffestet område ved innskrenkninger i virksomheten, og tar utgangspunkt i tariffavtalehistorikken til Hovedavtalen NHO-LO 2018-2021 og tilhørende rettspraksis.

Problemstillingen er ansiennitetsprinsippetets vekt som utvelgelseskriterium etter Hovedavtalen § 8-2, med hovedvekt på HR-2019-424-A.

1.2 Aktualitet og hensyn

Endringer i virksomheten er ofte både nødvendig og ønskelig. Markedet er dynamisk, og bedriften må kunne tilpasse seg den økonomiske situasjonen den er i til enhver tid.

Ved lav etterspørsel av varer og tjenester må bedriftene være fleksible og kunne omstille seg for å sikre fortsatt drift av virksomheten. Nedbemanning er en vanlig form for omstilling, og vil effektivt kunne spare bedriften for overflødige kostnader. På den måten tilpasses bedriften et marked med lavere etterspørsel.

Lav etterspørsel i markedet vil kunne ramme mer enn én bedrift, og medføre at et stort antall arbeidstakere anses som overtallige og aktuelle for oppsigelse. Dersom flere bedrifter i samme sektor ser seg nødt til å nedbemanne, vil konsekvensene kunne være store for arbeidstakeren. Hvis arbeidstakeren ikke har annen kompetanse innenfor andre sektorer, kan konsekvensen bli at arbeidstaker får vanskeligheter med å finne ny jobb. Nedbemanning er med andre ord en alvorlig situasjon for både arbeidsgiver og arbeidstaker.

Oljekrisen i 2015 kan illustrere et eksempel. Ifølge Statistisk Sentralbyrå var det i 2015 sysselsatt 195 000 personer, mens det i 2017 var sysselsatt 170 200 personer.¹ Tallene

¹ Se Norsk Petroleum: <https://www.norskpetroleum.no/okonomi/arbeidsplasser/> sist oppdatert 09.10.2018 og sist sjekket 20.04.2019

representerer en nedgang på 25 000 sysselsatte, og tilsvarer 12,7 %. Nedgangen skyldes i stor grad at det ble gjennomført flere nedbemanningprosesser i årene 2015-2017 som følge av lav etterspørsel i petroleumsvirksomheten, både nasjonalt og internasjonalt.²

I en nedbemanningssituasjon er bedriften tvunget til å si opp noen av sine arbeidstakere, og utvelgelsesprosessen vil kunne reise flere spørsmål. Noen av spørsmålene som her aktualiseres er blant annet hvilke hensyn som skal vektlegges ved utvelgelsen, hva som oppfattes som rettferdig av arbeidstakerne, og hvilke arbeidstakere bedriften bør beholde for å kunne fortsette driften. Det er flere hensyn som gjør seg gjeldene når bedrifter sier opp ansatte, og må gjennomføre en slik utvelgelse av arbeidstakere.

Ansiennitet har lenge vært et prinsipp som anses å være rettferdig blant arbeidstakerne. Det er et objektivt kriterium som baserer seg på at den som har vært ansatt kortest tid i bedriften, også er den som blir sagt opp først.³

Opplæring av arbeidstakere er en utgiftspost for bedrifter, og derfor også en innsparing dersom arbeidstakerne er lojale. Arbeidstakernes lojalitet er med andre ord svært viktig for bedriftene. Ansiennitetsprinsippet belønner de arbeidstakerne som har vært lojale overfor bedriften ved å verne dem mot oppsigelse, til fordel for en arbeidstaker som ikke har vært ansatt like lenge. Det vil være i bedriftens interesse å spare personer med spesiell kompetanse fordi det vil være kostbart å lære opp noen andre.

Fra arbeidstakerens ståsted kan tilfellet være at arbeidstakeren har opparbeidet seg kompetanse på et spesifikt område, og at kompetansen er så snever at den ikke kan anvendes like enkelt i andre virksomheter. I slike tilfeller vil en oppsigelse kunne ramme arbeidstaker hardt ved at det vil kunne bli vanskelig å finne annet arbeid. Ansiennitetsprinsippet verner da arbeidstakeren som har vært ansatt lenge i bedriften, og tilegnet seg en spesiell kompetanse, mot oppsigelse.

Kompetanse som er opparbeidet gjennom arbeidserfaring, blir betegnet som realkompetanse.⁴ Realkompetanse vil kunne være viktig for bedriften ved at den ansatte har fått en spesifikk kompetanse som man kun kan få gjennom arbeidet. Kompetanse av denne art kan være

² Se Norsk Petroleum: <https://www.norskpetroleum.no/okonomi/arbeidsplasser/> sist oppdatert 09.10.2018 og sist sjekket 20.04.2019

³ Lasse Gommerud Våg, «Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler – forholdet til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern», *Arbeidsrett vol 12 nr. 1*, 2015 side 1-99 (s. 94) og HR-2019-424-A (Skanska) i avsnitt 31

⁴ Se Utdanning.no https://utdanning.no/tema/nyttig_informasjon/realkompetanse_sist_oppdateret_17.oktober_2018, sist sjekket 8.mai 2019

avgjørende for videre drift av virksomheten. Likevel er det ikke slik at all erfaring er det samme som kompetanse. I noen tilfeller vil en bedrift ha behov for formell kompetanse, som for eksempel fagbrev eller høyere utdanning, for å være egnet til å tilpasse seg markedet.⁵

Ofte vil situasjonen være at ansatte med formell kompetanse har brukt lang tid på å komme seg inn i jobbmarkedet. De vil dermed ofte ha kort ansiennitet, og ansiennitetsprinsippet vil følgelig kunne koste bedriften kompetanse som er nødvendig for å være tilpasningsdyktig.

I flere tilfeller ønsker arbeidsgiver å vektlegge kompetanse som utvelgelseskriterium, mens arbeidstakeren stort sett ønsker at ansiennitet skal vektlegges. Bakgrunnen kan være at arbeidsgiver ønsker å bruke minst mulig ressurser på opplæring, og samtidig beholde nødvendig kompetanse. Arbeidstaker vil ofte mene at ansiennitet er et rettferdig kriterium fordi det er objektivt. Følgelig vil det kunne oppstå uenighet om utvelgelsen, og man må da foreta en konkret vurdering knyttet til en avveining av bedriftens behov, ansiennitet, kompetanse, sosiale forhold og eventuelle andre momenter som kan ha betydning.⁶

Dersom arbeidsgiver får medhold i at kompetanse skal vektlegges, kan det oppstå spørsmål om det kun er «nøkkelpersonell» som kan sette ansiennitetsprinsippet til side.⁷ Det vil si personell med kompetanse som er helt avgjørende for å fortsette driften. Bedriften vil kunne ha et ønske om å beholde kompetanse av en viss art, og da er det spørsmål om virksomheten kan beholde slik kompetanse selv om arbeidstakerne ikke er nøkkelpersonell. Dette sies det mer om under punkt 3.2.

Andre forhold som kan gjøre seg gjeldende er sosiale hensyn. Arbeidstakerens alder, forsørgelsesbyrde og andre menneskelige hensyn vil kunne tilsi at ansiennitet bør fravikes ved utvelgelsen av den enkelte arbeidstaker. Det kan for eksempel være tilfellet at en arbeidstaker har flere barn å forsørge, samtidig som vedkommende har større gjeld, og at disse sosiale hensyn tilsier at den aktuelle arbeidstakeren bør spares for oppsigelse.

I tillegg vil ofte hensynet til konkurranse i markedet tilsi at ansiennitetsprinsippet må vike for andre vektige hensyn. Etersom det er flere i dagens samfunn som tar høyere utdanning, vil det ikke være bærekraftig for samfunnet om erfaring skal være avgjørende i enhver nedbemanning. Det vil også kunne påvirke bedriftens posisjon i markedet ved at den må si

⁵ Se blant annet Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 309-310 og NHO Hovedavtalen 2018-2021 kommentarutgave side 30

⁶ Se blant annet Rt-1986-879 (Hillesland) s. 886-887

⁷ Se blant annet Rt-1986-879 (Hillesland) s. 886

opp kompetansen som kan være nyttig å ha for å tilpasse seg utviklingen. Dersom en arbeidstaker med kort ansiennitet har tilegnet seg effektive metoder i utdanning for å utføre arbeidet, vil det kunne være ønskelig å beholde vedkommende.

Bedriftene må foreta en avveining, og det oppstår ikke sjelden tvist i etterkant av utvelgelsesprosessen som en følge av virksomhetens vektlegging av utvelgelseskriteriene. De siste årene, kanskje spesielt siden 2016, har det vært flere saker for både Arbeidsretten og de alminnelige domstolene vedrørende vektleggingen av utvelgelseskriteriene. Det gjennomgående spørsmålet er hvilken vekt ansiennitet skal tillegges i en nedbemanningsprosess, og denne avhandlingen skal drøfte ansiennitetsprinsippets vekt som utvelgelseskriterium.

Spørsmålet er i hovedsak hvem av de enkelte arbeidstakerne som må gå først. For å illustrere et eksempel kan man si at Peder Ås har fem års høyere utdanning som er nødvendig for bedriften, og i tillegg forsørger han to barn som er tre og fem år. Lars Holm på sin side har realkompetanse opparbeidet i virksomheten og tre voksne barn som han ikke forsørger lenger. Peder Ås har bare vært ansatt i tre år, mens Lars Holm har vært ansatt i 15 år. Spørsmålet er hvem av de to arbeidstakerne skal sies opp først.

1.3 Forutsetninger og avgrensninger

Ansiennitet er aktuelt i flere situasjoner, blant annet ved nedbemanning, permitteringer og fastsettelse av lønn. Aktuelt for denne oppgaven er ansiennitet som utvelgelseskriterium i forbindelse med oppsigelse av den enkelte arbeidstaker i en nedbemanningsprosess. I oppgaven blir begreper som «*prinsipp*», «*hensyn*» og «*kriterium*» brukt om hverandre. Disse sikter alle til de forskjellige utvelgelseskriteriene som skal tas i betraktning i vurderingen.

Ansiennitet som utvelgelseskriterium ved permittering har noen likhetstrekk med ansiennitet som utvelgelseskriterium ved nedbemanning. Man må i begge tilfellene velge ut arbeidstakere ved å vekte ulike utvelgelseskriterier. Følgelig vil avgjørelser om permittering kunne få betydning for ansiennitet som utvelgelseskriterium ved nedbemanning, og i den grad det er relevant vil også slike avgjørelser være en del av drøftelsen. På den annen side er det en sentral forskjell at en oppsigelse er av varig karakter, mens permittering er midlertidig og man tar sikte på at arbeidstakeren skal tilbake i stillingen. På bakgrunn av forskjellene vil ikke

avgjørelser om permittering få avgjørende betydning for spørsmål som omhandler nedbemanning.

I tillegg til at utvelgelsen må være saklig, må den også være forsvarlig, jfr. HR-2019-424-A (Skanska) avsnitt 76. Det innebærer blant annet at anvendelsen av utvelgelseskriteriene skal kunne etterprøves og være dokumenterbare. Det er i rettspraksis en rekke eksempler på at oppsigelser er ansett ugyldige som følge av uforsvarlig saksbehandling, for eksempel manglende etterprøvbare knyttet til oppsigelsesvurderingen.⁸ Oppgaven vil ikke berøre kravene til forsvarlig saksbehandling med mindre dette er nødvendig for å si noe om den aktuelle dommens utfall.

Dersom det vil være nødvendig med ytterligere avgrensninger vil disse foretas fortløpende.

I det følgende skal det sies noe om når problemstillingen er aktuell rent rettslig, og noe om forutsetningene for oppgaven.

Det er på det rene at man ikke kan avtale et dårligere stillingsvern for arbeidstaker enn det som følger av det lovfaste stillingsvernet, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7, jfr. § 1-9. Hovedavtalen § 8-2 er en forlengelse av arbeidsmiljøloven § 15-7, og arbeidsmiljøloven utgjør de ytre rammene for hvordan en nedbemanningsprosess skal forløpe.

For ordens skyld gjengis arbeidsmiljøloven § 15-7 første og annet ledd.

«§ 15-7. Vern mot usaklig oppsigelse

- (1) Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.*
- (2) Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenking eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker. Ved avgjørelsen av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenking eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker.»*

Det er i utgangspunktet arbeidsgiver som ensidig tar beslutning om nedbemanning i kraft av styringsretten. Styringsretten er en restkompetanse, jfr. Rt-2001-418 (Kårstø), og innebærer

⁸ Se eksempelvis HR-2019-424-A (Skanska)

blant annet at bedrifter har kompetanse «til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet»⁹ og det hører til «bedriftseiernes styringsfunksjoner å treffe avgjørelser om nedlegging og fortsatt drift»¹⁰.

Bestemmelsen innebærer at alle sider av nedbemanning i bedriften må være saklig begrunnet, og er en rettslig standard.¹¹ Loven tar sikte på en bred helhetsvurdering av hva som er en saklig oppsigelse, og det fremkommer av forarbeidene at saklighetskravet må følge samfunnsutviklingen.¹² Saklighetskravet krever at arbeidsgiver foretar vurderinger utover det som følger av bestemmelsene. Nedbemanningsprosessen må være «saklig begrunnet i virksomhetens ... forhold».. Driftsinnskrenkning er en av de vanligste grunnene for oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold.¹³

«Virksomhet» og «bedrift» blir brukt om hverandre i avhandlingen. Begrepene brukes i denne oppgaven om organisasjonen som produserer varer eller tjenester, og retter seg mot organisasjonen i sin helhet.

For at en nedbemanningsprosess skal være saklig, må det påvises at virksomheten hadde et tilstrekkelig behov for å foreta innskrenkning av bedriften. Etter aksjeloven § 6-12 er styret i et selskap forpliktet til å sørge for at virksomheten er forsvarlig organisert, og etter aksjeloven § 3-5, jfr. § 3-4 er det også pliktig til å handle dersom egenkapitalen til selskapet er lav. Et selskap er følgelig forpliktet til å vurdere, og eventuelt gjennomføre, en nedbemanning dersom den økonomiske situasjonen tilsier at det er nødvendig.

Domstolene har utvist tilbakeholdenhet ved overprøvelse av spørsmålet om det forelå saklig grunn til å nedbemanne bedriften. I LH-2004-5542 side 9 sies det blant annet at

«Dersom bedriften etter saklige og grundige overveielser er kommet til at det er nødvendig å foreta en tilpasning av hensyn til virksomhetens videre drift, vil dette som hovedregel være tilstrekkelig. Oppsigelsesvernet kan ikke forstås slik at det skal true virksomhetens fortsatte eksistens»

⁹ Jfr. Rt-2000-1602 (Nøkk) s. 1609

¹⁰ Jfr. Rt-1989-508 (Spigerverk) s. 513

¹¹ Jfr. rettspraksis etter den tidligere loven § 60 nr. 1, blant annet Rt-1966-393 som viser at den rettslige standarden utvikles med tiden

¹² Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72 til den tidligere § 60 nr. 1 som tilsvarende § 15-7

¹³ Se Fougner mfl. 2016 s. 236 flg.

Domstolene vil i mindre grad være egnet til å overprøve vurderingen av om bedriften hadde saklig grunn til å nedbemanne, og det er i de fleste tilfeller tilstrekkelig at bedriften selv mener det foreligger god grunn for nedbemanning.

I denne oppgaven forutsettes det at nedbemanningen er saklig begrunnet i virksomhetens forhold.

Videre må det på forhånd være angitt en utvelgelseskrets som utgjør rammen for hvem som kan bli oppsagt. Det fremkommer av både Arbeidsrettens praksis og Høyesterettspraksis at det skal tas utgangspunkt i hele bedriften når det gjelder ansiennitetsvurderinger ved nedbemanning.¹⁴ I den grad bedriften har behov for å nedbemanne en mindre krets av bedriften, må også utvelgelseskretsen være saklig begrunnet, jfr. aml. § 15-7. I hvilke tilfeller det foreligger saklig grunnlag for å anvende en mindre krets, vil ikke bli behandlet nærmere i oppgaven.

Det har derimot oppstått et skille mellom tariffbundne bedrifter og ikke tariffbundne bedrifter når det gjelder fastsettelse av utvelgelseskrets. Arbeidsretten har i ARD-2016-151 (Nokas) og AR-2018-18 (NRK), som begge gjaldt bedrifter som var bundet av tariffavtale, vurdert ansiennitet som et moment ved utvelgelseskrets. Høyesterett har derimot i HR-2017-561-A (Posten II), som gjaldt en bedrift som ikke var bundet av tariffavtale, tatt avstand fra å anvende ansiennitet ved fastsettelse av utvelgelseskrets. Skillet som har oppstått og vurderingene av ansiennitet i disse tilfellene vil kunne si noe om ansiennitetsprinsippets vekt, og er følgelig tatt med i drøftelsen under punkt 4.4.3.

Når bedriften har besluttet at nedbemanningen er nødvendig og det er tatt stilling til om den skal skje innenfor hele bedriften eller en mindre saklig krets, må det gjennomføres en utvelgelse av hvilke arbeidstakere som skal sies opp. Arbeidsgiver er da forpliktet til å gjennomføre en avveining av utvelgelseskriterier som er saklige, jfr. aml. § 15-7 første ledd. Det er på det rene at ansiennitet, kompetanse, sosiale forhold og andre menneskelige hensyn er slike saklige momenter, jfr. rettspraksis.¹⁵

Utvelgelseskriteriene er gjenstand for drøftelser, jfr. aml. §§ 15-1 og 15-2, og arbeidsgiver kan komme til enighet med tillitsvalgte om hvilke utvelgelseskriterier som skal vektlegges i

¹⁴ Se ARD-2016-152 (Nokas), Rt-1992-776 (Sparebanken), Rt-2015-1332 (Gresvig) og HR-2017-561-A (Posten II)

¹⁵ Jfr. blant annet Rt-1986-879 (Hillesland)

nedbemanningsprosessen. Arbeidsgiver vil da være forpliktet til å anvende utvelgelseskriteriene det er oppnådd enighet om. Domstolene må også vise stor tilbakeholdenhet med å sette til side slike avtaler, jfr. Rt-2001-71 (Rasmussen Offshore). Betydningen av enighet mellom partene drøftes nærmere under 4.3.4.

Utvelgelsen av den enkelte arbeidstaker må være saklig, og det er følgelig her oppgavens problemstilling aktualiseres. Hvilken vekt som tillegges utvelgelseskriteriene vil være avgjørende for utvelgelsen av den enkelte arbeidstaker som skal sies opp. Avhandlingen tar sikte på å svare på spørsmålet om ansiennitet er en hovedregel som må følges eller om ansiennitet er et av flere saklige momenter for oppsigelse. Med andre ord tar oppgaven sikte på å finne ut når det er saklig å fravike ansiennitetsprinsippet.

Begrepet «*vekt*» blir også brukt ved flere anledninger. I denne sammenhengen blir vekt brukt som et begrep knyttet til hvilke utvelgelseskriterier som har de beste grunner for seg, og følgelig kan få avgjørende gjennomslagskraft.

1.4 Rettskildebildet

Utgangspunktet for problemstillingen er tolking av Hovedavtalen NHO-LO 2018-2021 § 8-2, og metoden som anvendes for tolkingen er tariffavtaletolkning.

Til forskjell fra alminnelig avtaletolkning er det Arbeidsretten som er enerådende på tariffavtaletolkning, jfr. arbeidstvistloven § 33. jfr. § 1 bokstav i. Arbeidsrettens avgjørelser har følgelig stor rettskildemessig vekt. I tillegg er Hovedavtalen utformet som et lovverk og ikke som en vanlig avtale. Det medfører at tariffavtalehistorikken er en av de viktigste rettskildene, fordi denne har karakter som forarbeider for tariffavtalen, og kan i så måte gi uttrykk for hva tariffpartene har ment. Det kan derimot variere hvilke tolkningsbidrag tariffavtalehistorikken gir.

Den mest sentrale loven for oppgaven er § 15-7 i lov 17.juni 2005 nr.62 om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) som er videreført fra den opphevede lov 4.februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø § 60¹⁶. Videre er lov 27.januar 2012 nr. 9 lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) som regulerer tariffavtaler også en sentral lov for fremstillingen.

¹⁶ Jfr. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 335

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven berører ikke ansiennitetsprinsippet vekt ved nedbemanning, og er følgelig ikke tatt med i oppgaven.

Ettersom avgjørelser fra Arbeidsretten er noen av de mest sentrale rettskildene, er det nødvendig å si litt om Arbeidsretten, og Arbeidsretten i forhold til Høyesterett.

Arbeidsretten er en særdomstol og behandler «*tvist mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om en tariffavtales gyldighet, forståelse eller eksistens eller om krav som bygger på en tariffavtale*». ¹⁷ Det er følgelig Arbeidsretten som har den øverste domsmyndighet til å avklare hvordan en bestemmelse i Hovedavtalen skal forstås.

Arbeidsretten har såkalt legalmonopol når det gjelder fortolkning av tariffavtaler med bindende virkning, jfr. arbtvl. § 33, jfr. §1 bokstav i. ¹⁸

Arbeidsretten fungerer som en prejudikatsdomstol når det gjelder forståelse av tariffavtalen, jfr. arbeidstvistloven § 34 annet ledd, og dens avgjørelser kan som utgangspunkt ikke ankes, jfr. arbeidstvistloven § 58 første og annet ledd. Arbeidsretten er med andre ord siste og øverste instans, og avgjørelsene kan ikke overprøves av Høyesterett. ¹⁹ Arbeidsrettens avgjørelser har bindende virkning overfor partene og alle som er medlem av organisasjonene.

Høyesterett på sin side dømmer i siste instans, jfr. Grunnloven § 88. Høyesterett er også en prejudikatsdomstol, og har som formål å bidra til rettsenhet og rettsavklaring. ²⁰ Dommer fra Høyesterett har følgelig stor rettskildemessig vekt. Høyesteretts avgjørelser får bindende virkning i den konkrete saken, men binder ikke organisasjonene til forståelsen de legger til grunn av tariffavtalen på samme måte som Arbeidsrettens avgjørelser gjør. ²¹

Det er i utgangspunktet fagforeninger og arbeidsgiver, eller alternativt arbeidsgiverforening, som har søksmålskompetanse for Arbeidsretten. Den enkelte arbeidstaker kan ta ut søksmål for Arbeidsretten dersom vedkommende er medlem av en fagforening. I de tilfellene hvor arbeidstaker ikke er medlem av en fagforening, tas det ut søksmål for de alminnelige

¹⁷ Jfr. Arbeidstvistloven § 33, jfr. §1 bokstav i

¹⁸ Se Fougner mfl., *Kollektiv arbeidsrett*, Oslo 2004, s. 182

¹⁹ Se Tron Løkken Sundet, Kjetil Drolsum Sandnes, Anne-Beth Meidell Engang, *Tariffavtaletolkning*, Oslo 2016 s. 19 og Fougner 2004 s. 37

²⁰ Se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Oslo 2015 s. 46-48

²¹ Se Sundet 2016 s. 19-20

domstolene. Høyesterett har derav kompetanse til å prejudisielt ta stilling til hvordan tariffavtale skal tolkes, for å kunne avgjøre den konkrete saken.²²

Ettersom det er Arbeidsretten som har legalmonopol på tolking av tariffavtaler, er Høyesterett bundet av Arbeidsrettens tolkning. Avgjørelser fra Arbeidsretten er følgelig den viktigste rettskilden på tariffavtalens område.²³

Videre har underrettsavgjørelser langt mindre vekt enn Arbeidsrettens avgjørelser og Høyesterettsavgjørelser. Det er som en følge av at underrettsdomstolene ikke er endelig instans, og har ikke prejudikatsvirkning. Man kan derimot ikke være sikker på hva som er årsaken til at avgjørelsen ikke ble anket videre til Høyesterett. Det kan i utgangspunktet være alt fra at parten ikke hadde råd, til at parten ser fordeler med resultatet til tross for å være tapende part. Dermed er det hensiktsmessig å vektlegge underrettspraksis der hvor det ikke foreligger avgjørelser fra høyere domstoler, fordi det bidrar til forutberegnelighet og likebehandling for bestemmelsene i tariffavtalen.²⁴ Eksempelvis foreligger det ikke så mange avgjørelser om anvendelse av ansiennitet fra Arbeidsretten og Høyesterett fra før 1994, og følgelig får lagmannsrettens avgjørelser betydning.

Noen steder i avhandlingen er det også vist til juridisk teori. Teorien bygger ofte på andre rettskilder og i den grad teorien er entydig vil den kunne stå sterkt som argument.²⁵ Det er mer vanlig at juridisk teori blir anvendt som støttemoment for et syn, og ikke brukt som tolkningsbidrag slik de øvrige rettskildene blir brukt. Juridisk teori bidrar derimot til forutberegnelighet som rettskilde.²⁶ Ansiennitetsprinsippet er et tema som er gjenstand for flere juridiske verk, både bøker og artikler, og noe av det blir henvist til i denne oppgaven. Selve drøftelsen er derimot i størst grad basert på rettspraksis.

I tillegg er kommentarutgavene fra NHO og LO brukt som rettskilder. I tilfellene hvor kommentarutgavene gir uttrykk for en felles forståelse av Hovedavtalen, vil de kunne tillegges stor vekt. På den annen side vil kommentarutgavene tillegges liten vekt der partene er uenige om forståelsen av Hovedavtalen fordi de da ikke bidrar til tolkingen.

²² Se Fougner mfl. 2004 s. 37

²³ Se Fougner 2004 s. 37 og Sundet mfl. 2016 s. 19 og s. 36

²⁴ Se Nygaard 2015, s. 210-211 om underrettspraksis som tolkningsbidrag til lov

²⁵ Se Nygaard 2015 s. 219 om oppfatning i rettslitteraturen som bidrag til tolking av lov

²⁶ Se Nygaard 2015 s. 219

Første del av oppgaven er rettsdogmatisk, det vil si en redegjørelse for rettstilstanden de lege lata.²⁷ Videre vil det bli foretatt en vurdering ut fra et rettspolitisk ståsted, altså rettstilstanden de lege ferenda.

Opgaven inneholder også en del komparative elementer hvor tariffavtaler blir sammenlignet med lov, og flere rettsavgjørelser blir sammenlignet med hverandre.

1.5 Fremstillingen videre

Avhandlingen er delt inn i fem kapitler. Kapittel to redegjør for tariffavtaler og hva som er særegent ved en slike avtaler. Kapittel tre omhandler arbeidsgivers drøftelsesplikt når det gjelder utvelgelseskriteriene, og nærmere om hvilke utvelgelseskriterier som er saklige etter arbeidsmiljøloven § 15-7.

Kapittel fire drøfter hvilken vekt de forskjellige momentene har, med særlig vekt på ansiennitet. Drøftelsen starter med tariffavtalehistorikken, før den går videre til vurderingene gjort i rettspraksis over tid. Deretter gjøres det en komparativ analyse av Skanska-dommen i lagmannsretten og i Høyesterett for å illustrere hvordan ansiennitetsprinsippet har vært gjenstand for tvist særlig de siste årene, og hvordan utfallet ble.²⁸

Til slutt sies det litt om funnene etter drøftelsen i kapittel fem, og kapittelet inneholder også noen rettspolitiske vurderinger.

²⁷ Se Bård Sverre Tuseth og Nikolai K. Winge, *Masteroppgave i juss*, 2. utgave, Oslo 2018, s. 69

²⁸ LB-2017-75155 (Skanska) og HR-2019-424-A (Skanska)

2 Tariffavtalen

2.1 Tariffavtalens særpreg

Tariffavtale er definert i arbeidstvistloven § 1 bokstav e, og tjenestetvistloven § 11, som en skriftlig avtale inngått mellom organisasjoner, og som regulerer arbeids- og lønnsvilkår. En særegenhet er at tariffavtaler ofte er utformet som et lovverk og er en forlengelse av lovgivningen. De inneholder utfyllende bestemmelser, og disse kan ikke fravike arbeidsmiljøloven til ugunst for arbeidstaker, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-9.

En annen særegenhet for tariffavtaler er at tariffpartene bestemmer over innholdet med bindene virkning for de medlemmene som er tilsluttet tariffavtalen.²⁹ Arbeidsgiver og arbeidstaker kan ikke inngå avtaler som strider mot en tariffavtale begge er bundet av, jfr. arbeidstvistloven § 6 og tjenestetvistloven § 13. Tariffavtaler er med andre ord ufravikelige.

Det er et krav at tariffavtaler skal være skriftlige fordi det er nødvendig at det foreligger klarhet i forhold til hva som er avtalt, og at medlemmene av organisasjonene kan gjøre seg kjent med innholdet som forplikter dem.³⁰

Ved å regulere arbeids- og lønnsvilkår bidrar tariffavtaler til rettferdig lønn for arbeidstakerne, samt stabile rammebetingelser i arbeidslivet.³¹ I tillegg innebærer fredsplikten at arbeidsgiver kan ta utgangspunkt i at arbeidstakerne bidrar til fred på arbeidsplassen. Tariffavtaler er altså et reguleringsinstrument for økonomisk utvikling, og et rettslig instrument som bidrar til å balansere styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver gjennom forhandlinger.

Dersom det oppstår tvist om hvordan en tariffavtale skal forstås, er det som nevnt Arbeidsretten som har domsmyndighet til å avsi avgjørelser som er bindene for partene.³² Høyesterett har derimot kompetanse til å prejudisielt ta stilling til tolking av tariffavtaler i konkrete tilfeller.

²⁹ Se Sundet 2016 s. 16

³⁰ Jfr. Arbeidstvistloven § 4 og se Fougner mfl. 2004 s. 108

³¹ Se Fougner mfl. 2004 s. 25

³² Jfr. Arbeidstvistloven § 33 annet ledd, jfr. § 1 bokstav i

Tariffavtalene er inndelt i et tariffhierarki hvor Hovedavtalene er overordnet.³³ Som nevnt tidligere avgrenses denne oppgaven til Hovedavtalen NHO-LO 2018-2021 som er en overordnet tariffavtale. Partene er Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) som er Norges største organisasjon for arbeidsgivere og Landorganisasjonen i Norge (LO) som er Norges største organisasjon for arbeidstakere.³⁴ Det er disse organisasjonene som bestemmer over innholdet i Hovedavtalen, og avgjør hvordan den skal forstås.

Hovedavtalen regulerer forholdet mellom organisasjonene NHO og LO, forholdet mellom landsforeninger og forbund, samt forholdet mellom enkeltbedrifter og tillitsvalgte.³⁵ Etter ordlyden i arbeidstvistloven § 1 og tjenestetvistloven § 11 er det kun generelle spørsmål som reguleres av Hovedavtalen. Det vil si at Hovedavtalen ikke gjelder for en bestemt krets av personer, men gjelder uansett hvem som tjenestegjør i stillingen og angir normer på overordnet plan.³⁶

2.2 Generelt om tolking av Hovedavtalen

2.2.1 Innledende betraktninger

Som tidligere nevnt er det ved tolking av Hovedavtalen Arbeidsrettens tolkningspraksis som er den primære rettskilden. Arbeidsrettens tolkningsmetode baserer seg på alminnelige avtalerettslige prinsipper, men med modifikasjoner. Tariffavtaletolkning er en spesiell form for avtaletolkning fordi andre hensyn gjør seg gjeldene enn ved inngåelse av en alminnelig avtale. Ved tolking av Hovedavtalen må det blant annet tas hensyn til at det er profesjonelle parter som forhandler frem avtalen, og at den er bindende for flere enn partene.

Utgangspunktet er tariffpartenes felles forståelse, slik som det også er for alminnelig avtalerettslig tolking. Dersom det foreligger felles forståelse skal denne legges til grunn.³⁷ Dersom det ikke er tilfellet, er det gitt i rettspraksis at man må se til ordlyden og tariffhistorien, hvor sistnevnte er spesielt for tariffavtaler. Det er som nevnt rettspraksis fra

³³ Se Torgeir A. Stokke, Stein Evju, Hans Otto Frøland, *Det kollektive arbeidslivet. Organisasjoner, tariffavtaler, lønnsoppgjør og inntektspolitikk*, Oslo 2003 s. 48 flg.

³⁴ Se Stokke mfl. 2003 s. 20 og s. 28

³⁵ Jfr. Hovedavtalen NHO-LO 2018-2021 § 1-1 om partsforhold

³⁶ Se Henning Jakhelln, Statens særavtaler, inntatt i *Arbeidsrettslige studier 1. bind*, Oslo 2000 side 183 flg. På side 195

³⁷ Se Fougner mfl. 2004 s. 182

først og fremst Arbeidsretten og eventuelt de alminnelige domstolene som er den sentrale kilden for tariffavtaletolkning. Det er derfor i det følgende hensiktsmessig med en kort, generell redegjørelse for disse utgangspunktene.

2.2.2 Tariffpartenes felles forståelse

Ved tolking av en tariffavtale skal partenes felles forståelse legges til grunn, jfr. tariffavtalerettslige tolkningsprinsipper fastsatt av Arbeidsretten.

Når det gjelder Hovedavtalen sier NHO i sin kommentarutgave at *«tjenestetid er et av de momenter som skal tas med ved vurderingen»*.³⁸ Det innebærer at NHOs forståelse av avtalen er at ansiennitet er et av flere saklige momenter som inngår i en vurdering av alle saklige forhold i en nedbemanningsprosess.

Det følger derimot av kommentarutgaven til LO at de forstår § 8-2 på følgende måte: *«bestemmelsen fastslår at bedriften som hovedregel skal følge ansiennitetsprinsippet ved innskrenkninger»*.³⁹ LO legger med andre ord til grunn at ansiennitetsprinsippet er hovedregelen, og at det kreves saklig grunn for å fravike ansiennitet.

Forståelsen partene har av bestemmelsen er motstridende, og gir følgelig ikke veiledning til hvor stor vekt ansiennitet som utvelgelseskriterium skal tillegges i en nedbemanningsprosess.

Når det ikke foreligger felles forståelse av tariffavtalen må man se til andre rettskilder for å klarlegge innholdet.

2.2.3 Ordlyden

Arbeidsretten har i flere saker lagt til grunn at ordlyden er det sentrale utgangspunktet og tillegges stor rettskildemessig vekt.⁴⁰ Hovedavtalens parter er profesjonelle, og man kan følgelig forvente at de er bevisst på ordlyden under forhandlingene.

Ordlyden er særlig viktig når det er flere enn partene som er forpliktet. Medlemmene som blir bundet, vil som oftest bare ha kjennskap til innholdet i tariffavtalen gjennom ordlyden.

Følgelig er den naturlige språklige forståelsen utgangspunktet.⁴¹

³⁸ NHO kommentarutgave Hovedavtalen 2018-2021 side 30

³⁹ LO kommentarutgave Hovedavtalen 2018-2021 side 28

⁴⁰ Se Sundet 2016 side 39 med videre henvisninger til ARD-1934-62 og ARD-2010-211 avsnitt 41

Dersom ordlyden ikke gir noen løsning, må man se videre til Hovedavtalens forhistorie. I punkt 4.1 vil det redegjøres for ordlyden som tolkningsbidrag i Hovedavtalen § 8-2.

2.2.4 Tariffavtalens historie

Hovedavtalen er gjenstand for forhandlinger hvert tredje år, og derfor også gjenstand for omformuleringer og endringer. Dersom ordlyden endres vil det kunne oppstå tvil om tekstendringene medfører endringer i praksis.⁴² Det kan derfor være relevant å se tilbake på historien for å se hva partene var enige om tidligere, og hvilke endringer som er blitt gjort. Man kan på den måten finne ut hva partene mente med endringene, og hva som var årsaken til at endringene ble foretatt. Tariffavtalehistorien til Hovedavtalen § 8-2 er temaet under 4.2.

⁴¹ Se Fougner mfl. 2004 side 183 flg. og Sundet 2016 side 24

⁴² Se Sundet 2016 side 25 flg. og Fougner mfl. 2004 side 195 flg.

3 Utvelgelseskriteriene

3.1 Arbeidsgivers drøftelsesplikt

Arbeidsgiver har etter arbeidsmiljøloven plikt til å drøfte oppsigelse med arbeidstakeren, og arbeidstakeren kan da velge å la seg bistå av tillitsvalgt i drøftelsesmøtet.⁴³ Hovedavtalen har også bestemmelser om drøftelsesplikt i kapittel 9, her iblant § 9-4, som regulerer drøftelsesplikten ved omlegging eller innskrenking av bedriften.

Det er flere gode grunner til drøftelsesplikt. Arbeidstaker får mulighet til å påvirke arbeidsgivers valg, og det legger til rette for tillit mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Partene kan komme til enighet og unngå tvister, og følgelig er både arbeidsgiver og arbeidstaker tjent med at innskrenkninger og omlegging blir drøftet mellom partene.

Etter arbeidsmiljøloven § 15-2 tredje ledd bokstav g skal arbeidsgiver fremsette forslag til tillitsvalgte om hvilke kriterier som skal vektlegges ved utvelgelsen av hvem som skal sies opp. Utvelgelseskriteriene skal med andre ord drøftes med tillitsvalgte, og enighet mellom partene vil tillegges stor vekt. Se nærmere drøftelse vedrørende betydningen av enighet mellom partene under punkt 4.3.3.

3.2 Saklighetskravet i Hovedavtalen § 8-2

Hovedavtalen § 8-2 lyder som følger:

«§ 8-2 Ansiennitet ved oppsigelse pga. innskrenkning

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

Hvis bedriften i forbindelse med innskrenkninger i arbeidsstyrken finner grunn til å fravike ansienniteten og de tillitsvalgte er av den oppfatning at dette ikke er saklig begrunnet, kan spørsmålet bringes inn til forhandlinger mellom organisasjonene. Hvis de tillitsvalgte innen 3 dager etter konferansen gir bedriften beskjed om at de ønsker

⁴³ Jfr. arbeidsmiljøloven §§ 15-1 og 15-2

slike forhandlinger, utstår de omtvistede oppsigelser inntil det har vært forhandlet mellom organisasjonene.

PROTOKOLLTILFØRSEL:

Tekstendringene innebærer ikke endring i gjeldende rettspraksis.»

Ordlyden angir at ansiennitet er et saklig utvelgelseskriterium. Det innebærer at ansiennitetsprinsippet er et moment som får betydning for utvelgelsen av hvem som skal sies opp, og er dermed aktuelt som et fordelingskriterium i denne oppgaven.⁴⁴ Fordelingskriterium vil altså si at ansiennitet som utvelgelseskriterium bidrar til å fordele rettsposisjoner til arbeidstakerne.

Ansiennitetsprinsippet som utvelgelseskriterium har gode grunner for seg da det er et objektivt moment og dermed nærmest uproblematisk å anvende.⁴⁵ Det blir også på denne bakgrunn oppfattet av flere arbeidstakere som et rettferdig kriterium.

Ansiennitet er også et relativt moment. Ansiennitetslengden, hvor lenge en arbeidstaker har vært ansatt, vil variere etter det konkrete tilfellet. Ansiennitetsforskjellen, forskjellen på ansiennitetslengden mellom de aktuelle arbeidstakerne, vil også være en variabel. Både ansiennitetslengden og ansiennitetsforskjellen vil være relevante momenter i vurderingen.⁴⁶ Det vil bli nærmere redegjort for ansiennitetslengde og ansiennitetsforskjeller under 4.4.2.

Hovedavtalen § 8-2 innebærer at ansiennitet kan fravikes ved saklig grunn. Det åpner for at andre saklige momenter kan få betydning. Det er, som nevnt, på det rene at kompetanse og sosiale forhold er slike saklige momenter i vurderingen.⁴⁷ I LOs kommentarutgave til Hovedavtalen fremkommer det at ulikheter i kvalifikasjoner er et særlig moment for å fravike ansiennitet.⁴⁸ I NHOs kommentarutgave sies det at formell kompetanse, personlig dyktighet, anvendelighet og sosiale forhold er saklige kriterier etter bestemmelsen § 8-2.⁴⁹ Det foreligger med andre ord bred enighet, både i rettspraksis og blant partene, om at kompetanse og sosiale forhold er saklige momenter i vurderingen.

⁴⁴ Se Stein Evju 2014a, «Om ansiennitet», *Arbeidsrett vol 11 nr. 1*, 2014 side 112-121 (s. 117-119)

⁴⁵ Se bl.a. Lasse Gommerud Våg, «Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler – forholdet til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern», *Arbeidsrett vol 12 nr. 1*, 2015 side 1-99 (s. 94) og HR-2019-424-A (Skanska) avsnitt 31

⁴⁶ Se Evju 2014a s. 119

⁴⁷ Jfr. Rt-1986-879 (Hillesland) s. 886 og 887

⁴⁸ LO-NHO Hovedavtalen 2018-2021 kommentarutgave side 28

⁴⁹ NHO-LO Hovedavtalen 2018-2021 kommentarutgave side 30

Arbeidstakere kan inneha ulike former for kompetanse. Eksempelvis kan det, som nevnt, være nødvendig for bedriften å beholde «nøkkelpersonell». Det vil da kunne være aktuelt å fravike ansiennitetsprinsippet.

Det fremkommer likevel av flere saker, blant annet RG-1985-128 på side 133 (Brynhildsen) og Rt-1986-879 på side 886 (Hillesland), at det ikke stilles krav til at kun nøkkelpersoner i bedriften kan gjøre grunnlag for å fravike ansiennitetsprinsippet. Bedriften kan også ta hensyn til kompetanse som ikke er avgjørende for fortsatt drift, så lenge det er begrunnet i virksomhetens behov, jfr. Hillesland-dommen side 886. Følgelig kan også kompetanse som bare er ønskelig fra arbeidsgivers side, forutsatt at det er begrunnet i bedriftens behov, medføre at ansiennitetsprinsippet fravikes.

Sosiale forhold som kan medføre at ansiennitetsprinsippet bør fravikes kan være forsørgelsesbyrde, høy alder, arbeidstakers gjeld eller annet som medfører at en oppsigelse kan bli særskilt tyngende for en arbeidstaker. Dette fremgår av en rekke dommer, og er også presisert i NHOs kommentarutgave til Hovedavtalen 2018-2021 side 30.⁵⁰

Sosiale forhold må i alle tilfeller vurderes mot bedriftens økonomiske situasjon. Dersom bedriften er i en akutt og kritisk økonomisk situasjon, vil bedriftens behov kunne få avgjørende betydning. Dersom bedriftens økonomi tilsier at andre hensyn kan tillegges mer fremtredende vekt, vil arbeidstakernes sosiale forhold kunne få avgjørende betydning. Et illustrerende eksempel er ARD-2009-48 (Securitas) som gjaldt permittering. I den aktuelle saken var sosiale forhold utslagsgivende ved utvelgelsen mellom to arbeidstakere. Forhold som forsørgelsesbyrde for to barn og en anstrengt økonomisk situasjon, var avgjørende momenter.

Sosiale forhold kan også få betydning i den avsluttende interesseavveiningen som arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd andre punktum tar sikte på. Bestemmelsen innebærer at det skal foretas en «*avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker*». Ved denne interesseavveiningen er en arbeidstaker valgt ut som overtallig og aktuell for oppsigelse. Etter en avsluttende vurdering av bedriftens økonomiske situasjon veid opp mot ulempene som påføres arbeidstakeren, kan vedkommende likevel bli beholdt i stillingen. Denne vurderingen er derimot utenfor oppgavens tema og vil ikke bli behandlet nærmere.

⁵⁰ Blant annet Rt-1986-879 (Hillesland) s. 887

Kompetanse og sosiale forhold er momenter av subjektiv art, og det kreves dermed en mer inngående og skjønnsmessig vurdering ved anvendelse av de aktuelle utvelgelseskriteriene. Vektleggingen vil måtte bero på en konkret vurdering av de ulike momentene.

Spørsmålet er hvilken vekt momentene skal tillegges i vurderingen av hvem som skal sies opp. Ordlyden i Hovedavtalen § 8-2 angir at ansiennitet er et saklig moment i vurderingen. Spørsmålet videre er om det innebærer at ansiennitet da er hovedregelen, og at de andre momentene må være saklige for å kunne fravike ansiennitet som sådan, eller om det innebærer at ansiennitet er et av flere saklige momenter.

4 Ansiennitetsprinsippets vekt etter Hovedavtalen § 8-2

4.1 Ordlyden som tolkningsbidrag

Det er klart at partene, NHO og LO, ikke har felles forståelse når det gjelder hvilken vekt ansiennitetsprinsippet skal tillegges i en nedbemanningssituasjon se punkt 2.2.2. Man må derfor se til andre rettskilder for bidrag til forståelsen av Hovedavtalens § 8-2.

Etter Arbeidsrettens praksis skal ordlyden tillegges stor vekt.⁵¹ Hovedavtalen § 8-2 innebærer at ansiennitet kan fravikes ved saklig grunn. Bestemmelsen er en rettslig standard slik aml. § 15-7 er. Saklighetskravet krever at arbeidsgiver foretar vurderinger utover det som følger av bestemmelsene. Hovedavtalen § 8-2 gir derimot ingen uttømmende liste over hvilke forhold som gir grunnlag for en saklig fravikelse, og er følgelig en betinget klausul som sådan.⁵²

Som tidligere nevnt tilsier ordlyden at ansiennitet er et saklig moment i vurderingen. Ordlyden antyder at ansiennitetsprinsippet har større vekt enn de andre momentene fordi ansiennitet er uttrykkelig nevnt. Det fremkommer derimot ingen nærmere veiledning i ordlyden om ansiennitetsprinsippet skal anvendes som hovedregel eller som moment.

4.2 Tariffavtalehistorikken som tolkningsbidrag

4.2.1 Innledende betraktninger

Tariffavtalehistorikken er en viktig rettskilde for tolking av tariffavtaler fordi historikken kan gi uttrykk for hva partene var enige om under inngåelsen av tariffavtalen. Hovedavtalen § 8-2 har vært gjenstand for flere endringer gjennom årene, og partene er per dags dato uenige om betydningen av de aktuelle endringene. Det er derfor nødvendig å gå tilbake og se på historien for å redegjøre for når uenigheten oppstod mellom partene, og hva uenighetene omhandler.

⁵¹ Se eksempelvis ARD-2010-211 avsnitt 41

⁵² Se Våg 2015 side 66

4.2.2 Ansiennitet som en del av bestemmelsens ordlyd

Fra den første Hovedavtalen i 1935 til og med Hovedavtalen i 1974, var ordlyden «*Oppsigelse eller avskjedigelse av tillitsmenn kan ikke skje uten saklig grunn*». Det ble gjort noen modifikasjoner underveis, blant annet at bestemmelsen også inkluderte verneombud i 1966 og medlemmer av styret og bedriftsforsamlinger i 1974, samt at bestemmelsen flyttes fra § 9 til § 11 i 1954. I disse bestemmelsene var ikke ansiennitet en del av ordlyden.

Ordet «*ansiennitet*» ble for første gang en del av bestemmelsen i Hovedavtalen 1982-1985. I § 9 punkt 3 bokstav e var det gitt at «*Ved oppsigelse på grunn av innskrenkninger/omlegninger skal ansienniteten, under ellers like vilkår, følges*». Ordlyden gjaldt ikke lenger kun tillitsmenn, men også andre arbeidstakere. Bestemmelsen var i tråd med gjeldende praksis og medførte ikke særlige utfordringer. Den ble flyttet til § 9-9 første ledd i Hovedavtalen 1986-1989, og formuleringen forble lik til og med Hovedavtalen 1990-1993.

Det foreligger ingen kommentarutgave fra LO til Hovedavtalen 1982-1985, og man vet dermed ikke hva LO mente å avtale med endringen.⁵³ I LOs kommentarutgave til Hovedavtalen 1986-1989 sier de derimot på side 114 at «*Bestemmelsen fastslår at ansiennitetsprinsippet skal følges ved innskrenkninger under ellers like vilkår*», og videre at «*begrepet like vilkår må etter LOs oppfatning ta sikte på faglige kvalifikasjoner, men dette kan være omstridt og det foreligger ingen rettsavgjørelser om Hovedavtalens forståelse*». Man kan derav trekke slutningen at LO på den tiden mente at ansiennitetsprinsippet skulle følges dersom faglige kvalifikasjoner ellers var like, men at ansiennitet for øvrig var et av flere moment.

Norsk Arbeidsgiverforening (N.A.F. som i dag er NHO) la til i sin kommentarutgave fra 1982 på side 12 at «*den tid arbeidstaker har vært ansatt i bedriften, kan altså – under ellers like vilkår – bli utslagsgivende for om han skal bli sagt opp eller ikke*».

Det foreligger tilsynelatende felles forståelse mellom LO og NHO i 1982-1989 om hvordan ansiennitetsprinsippet skal anvendes.

⁵³ Se LO Hovedavtalen 1982-1985 på side 3 i forordet

I Hovedavtalen 1994-1997 ble bestemmelsen flyttet til § 9-12 og fikk den ordlyden den har i dag.⁵⁴ I Hovedavtalen 2014-2017 ble bestemmelsen igjen flyttet til § 8-2 hvor den også er plassert i dag.

Ordlyden ble endret fra at ansiennitet «*under ellers like vilkår*» skal følges ved innskrenkninger av en virksomhet, til at ansienniteten kan «*fravikes når det foreligger saklig grunn*». Det ble inntatt i en protokolltilførsel at «*tekstendringene innebærer ikke endring i gjeldene rettspraksis*». Det foreligger kun noe rettspraksis fra før 1994, men den rettspraksisen som er aktuell vil ha betydning for forståelsen av dagens § 8-2 fordi den ble videreført med protokolltilførselen. Det skal redegjøres for et utvalg av denne rettspraksisen senere i oppgaven.

NHO presiserer at «*tekstendringene ikke tok sikte på å endre realiteten*» i kommentarutgaven til bestemmelsen i 1994.⁵⁵ Følgelig skal i utgangspunktet ansiennitetsprinsippet anvendes på samme måte som før. I tillegg understreket NHO at en bedrift ikke er forpliktet til å følge ansiennitet «*slavisk*» i forbindelse med innskrenkninger og oppsigelser, og at endringen i ordlyden ikke kan påberopes som støtte for et slikt syn.

På den annen side heter det i LOs kommentar til § 9-12 fra 1994 at «*endringen kan ikke antas å medføre særlig omfattende endringer på kort sikt; - på lenger sikt antas ansiennitetsprinsippet å bli styrket*».⁵⁶ Videre presiseres det at ansiennitetsprinsippet skal som «*hovedregel*» følges ved nedbemanning på grunn av innskrenkninger i bedrifter.

LOs kommentarer representerer en endring i forståelsen av ansiennitetsprinsippet. Mens NHO tar sikte på å videreføre forståelsen som lå til grunn for Hovedtalene før 1994, har LO gjort et skifte, og endret sin intensjon med bestemmelsen til at ansiennitet er hovedregel for utvelgelseskriteriene. Det er altså på dette punktet partene ikke lenger har felles forståelse av avtalen.

Protokolltilførselen innebærer at LOs bemerkning i kommentarene fra 1994 om at ansiennitet som hovedregel ikke kan legges til grunn.⁵⁷ Uttalelsen strider direkte mot protokolltilførselen. Oppgaven går nærmere inn på hva dommene før 1994 gjorde gjeldene under punkt 4.3.4.1.

⁵⁴ Se gjengivelse av bestemmelsen under punkt 3.2

⁵⁵ Se NHO Hovedavtalen 1994-1997 kommentarutgaven s. 24

⁵⁶ Se LO Hovedavtalen 1994-1997 kommentarutgaven s. 127

⁵⁷ Se Våg 2015 s. 66

I det følgende blir det et spørsmål om hva partene mente med ordlydsendringen i Hovedavtalen fra 1994.

4.2.2.1 Hvorfor andre utvelgelseskriterier enn ansiennitet ikke er nevnt

Dersom man ser på det rent språklige fra tekstendringen i 1994 kan det argumenteres for at ansiennitetsprinsippet har fått en styrket stilling i arbeidsretten.⁵⁸ Tidligere var det gitt at ansiennitet skulle være avgjørende dersom øvrige vilkår var like, mens i den nye formuleringen er det ikke tatt stilling til om det må foreligge «*ellers like vilkår*» for at ansiennitet kan fravikes. Bestemmelsen sier bare at man kan fravike ansiennitet ved saklig grunn. Inntakelsen av en saklighetsnorm tilsier at partene mente å normere betydningen av ansiennitet utover tilfeller av like vilkår. På den annen side var partene enige om å videreføre rettspraksis som omfattet anvendelsen av hovedavtalen før endringen.

I NHOs kommentarutgave fra 1994 fremkommer det på side 24 at hensikten med tekstendringene var at bestemmelsen skulle få lik formulering som § 8-1 nr. 3, som gjaldt ansiennitet ved permittering. Det var med andre ord hensynet til sammenheng i Hovedavtalen som var bakgrunnen for endringen, og også grunnen til at det ikke ble nevnt andre momenter. Rettstekniske endringer, samtidig som at rettspraksis ble videreført, talte følgelig for at ansiennitet skulle bli avgjørende under ellers like vilkår, men ikke dersom de øvrige vilkårene var forskjellige.

Det er likevel på det rene at saklighetsvurderingen i permitteringssaker gjør seg gjeldene på en annen måte enn ved nedbemanningssaker. Permittering er et midlertidig tiltak som forutsetter at arbeidstakeren på et tidspunkt vil være tilbake i jobb, mens oppsigelse er av varig karakter og følgelig et større inngrep i arbeidstakerens liv. Saklighetsvurderingen er til dels forskjellig i de to tilfellene, blant annet ved at den er strengere i oppsigelsestilfellene.⁵⁹

Man kan derfor spørre seg om det i det hele tatt var nødvendig å endre ordlyden ettersom permittering og oppsigelse krever to forskjellige typer vurderinger, uavhengig av om ordlyden er lik. På den annen side fører begge tilfellene til at arbeidstaker blir tatt ut av arbeidet, og det kan ha gode grunner for seg at bestemmelsene er likelydende. Eksempelvis vil vurderingen

⁵⁸ Se Våg 2015 s. 66

⁵⁹ Jfr. ARD-1997-201s. 5

inneholde de samme momentene selv om det stilles strengere krav til saklighet ved oppsigelse.⁶⁰

LOs opprinnelige forslag i 1994 var at ansiennitet skulle følges «*med mindre det foreligger saklig grunn til å fravike denne*». ⁶¹ De mente at fravikelse fra ansiennitet måtte klargjøres og strammes inn. I starten av 1990-årene var det stor arbeidsledighet i landet, noe som førte til at LO ønsket å endre ansiennitetsprinsippets stilling. ⁶² NHO på sin side fremsatte motforslag hvor man tillot ansiennitetsprinsippet mindre vekt i praksis. ⁶³ Resultatet ble bestemmelsen slik den er i dag.

4.2.3 Kort oppsummering av tariffavtalehistorikken

Partene var i de første Hovedavtalene enige om at ansiennitet skulle vektlegges på lik linje med andre momenter dersom de var ulike. Ansiennitet skulle kun tillegges avgjørende vekt dersom de andre momentene hos de aktuelle arbeidstakerne var like.

Uenigheten har oppstått ved at LO har forsøkt å gjennomføre en endring, men en endring i Hovedavtalen kan ikke gjennomføres uten at begge parter er enige. NHO har vært tydelige på at gjeldende rettspraksis ikke skulle endres, og dette ble akseptert av LO som protokolltilførsel.

Ordlyden taler for at ansiennitet har en styrket posisjon i forhold til de andre momentene, men tariffavtalehistorikken til Hovedavtalen NHO og LO 2018-2021 taler for at ansiennitet vektlegges som et moment blant flere kriterier.

4.3 Momenter av betydning for ansiennitetsprinsippets vekt i rettspraksis

4.3.1 Innledende betraktninger

⁶⁰ Jfr. ARD-2009-48 (Securitas) avsnitt 34 med videre henvisning til ARD-1997-201, hvor det fremkommer at det stilles strengere krav til oppsigelse enn permittering

⁶¹ Se HR-2019-424-A avsnitt 51

⁶² Våg 2015 s. 14 med videre henvisninger

⁶³ Se HR-2019-424-A avsnitt 51

Det er i det følgende foretatt et utvalg av dommer både fra Arbeidsretten og de alminnelige domstolene.

Det foreligger ikke mange rettsavgjørelser som kun omhandler vekting av momenter ved utvelgelsen av den enkelte arbeidstaker. Det er derimot flere avgjørelser som retter seg mot utvelgelseskretsen bedriften har lagt til grunn for nedbemanningen. Utvelgelseskriterier og utvelgelseskrets har samme rettslig utgangspunkt, og ansiennitet har i noen avgjørelser vært inntatt i vurderingen av utvelgelseskretser. På denne bakgrunn er det inkludert noen utvalgte dommer som omhandler utvelgelseskrets.

4.3.2 Bedriftens økonomiske situasjon

Ansiennitetsprinsippets vekt vil kunne variere med virksomhetens behov. Det er på det rene at den aktuelle bedriftens behov skal tas i betraktning.⁶⁴ Bedriften må vurdere om dens økonomiske situasjon er akutt, og om det må foretas effektiv nedbemanning for å redusere kostnadene bedriften har. Man må avveie kompetanse og ansiennitet etter bedriftens økonomiske situasjon, og det kan anses som en glideskala. Dersom bedriftens økonomiske situasjon er akutt vil kompetanse veie tyngre enn ansiennitet, og motsatt dersom situasjonen ikke er akutt.

Bedriftens behov har i flere saker vært et moment i vurderingen om ansiennitet kan fravikes. I Rt-1986-879 (Hillesland) ble det uttalt på side 887 at bedriften var i en «*alvorlig situasjon hvor effektivitetshensyn gjorde seg gjeldende med stor styrke*». Dommen gjaldt riktignok en bedrift som ikke var tariffbundet, men den daværende § 9-9 i Hovedavtalen 1986-1989 ble omtalt i vurderingen, og dommen har følgelig hatt stor betydning for vurderingen av utvelgelseskriteriene etter Hovedavtalen § 8-2. I dommen var bedriftens alvorlige økonomiske situasjon en av flere årsaker som gjorde at andre momenter, som blant annet kompetanse, fikk avgjørende vekt.

I RG-1990-1098 (Spennbetong) var tvisten om seks av 21 oppsigelser i en betongelementfabrikk var gyldige. Spørsmålet var om bedriften hadde saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet ved oppsigelsen av de seks som gikk til søksmål.

⁶⁴ Se arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd

Lagmannsretten la vekt på at *«bedriften var heller ikke i en akutt krisesituasjon ved innskrenkningene»*, men at nedbemanningen heller var *«et målrettet tiltak for forsvarlig drift i en forventet fremtidig markedsituasjon»*.⁶⁵ I tillegg var alle arbeidstakerne i bedriften ufaglært, og ingen hadde formell kompetanse eller sertifikater av noe slag.

Når bedriften ikke var i en akutt økonomisk situasjon, var den pålagt å forsøke å finne annet arbeid til arbeidstakerne før en eventuell oppsigelse fant sted.⁶⁶ Arbeidsgiver skulle i utgangspunktet følge ansiennitet når arbeidstakerne ellers stilte likt, og det var arbeidsgiveren som hadde bevisbyrden for at det ikke var mulig å overføre arbeidstakeren til en annen stilling.

De to dommene illustrerer hvordan bedriftens økonomiske situasjon påvirker ansiennitetsprinsippets vekt i utvelgelsen. I sistnevnte sak var ikke den økonomiske situasjonen så alvorlig, og bedriften hadde kapasitet til å overføre noen av saksøkerne til andre stillinger. Ansiennitet fikk da større vekt enn i Hillesland-dommen.

I ARD-2016-151 (Nokas) avsa Arbeidsretten en avgjørelse vedrørende hvilken utvelgelseskrets som skulle legges til grunn ved nedbemanning i Nokas AS. Arbeidsretten vektla i denne avgjørelsen at det ikke var anført at Nokas var i en *«prekær økonomisk situasjon»*, og videre at Nokas sin økonomiske situasjon ikke utgjorde et *«tilstrekkelig tungtveiende hensyn»* til å fravike ansiennitetsprinsippet.⁶⁷

Høyesterettsavgjørelsen i Rt-2008-749 (Posten II), gjaldt en oppsigelse hvor arbeidstakeren hadde avslått tilbud fra bedriften om annet arbeid. Dommen omhandlet i hovedsak interesseavveiningen mellom virksomhetens behov og ulempene som påføres arbeidstaker ved en eventuell oppsigelse. I avsnitt 41 legger derimot Høyesterett til grunn at dersom bedriften må gjennomføre rasjonaliseringstiltak av store dimensjoner, og tiltaket omfatter flere ansatte, skal det *«meget til for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende»*. Bedriftens behov gikk følgelig foran hensyn av sosial art, på bakgrunn av at de økonomiske endringene i bedriften var omfattende.

Bedriftens økonomiske situasjon kan med andre ord være avgjørende for ansiennitetsprinsippets vekt, og er et moment i den konkrete vurderingen av om det foreligger

⁶⁵ Jfr. RG-1990-1098 (Spennbetong) s. 1106

⁶⁶ Se RG-1990-1098 (Spennbetong) s. 1106

⁶⁷ Jfr. ARD-2016-151 (Nokas) avsnitt 82-83

saklig grunn for å fravike ansiennitet. Dersom behovet til bedriften er akutt, vil ansiennitet tillegges mindre vekt enn om bedriften har økonomisk kapasitet til å tilby annet arbeid.

4.3.3 Ansiennitetsforskjell og ansiennitetslengde

Som nevnt under 3.2 er ansiennitet et relativt moment, og det skal videre ses på betydning det vil kunne få for vekten av ansiennitetsprinsippet.

I Rt-1986-879 (Hillesland) på side 886 påpekte Høyesterett at *«ingen av de arbeidstakere som denne sak gjelder, har vært ansatt særlig lenge ved bedriften, og at det heller ikke er noen betydelige forskjeller i ansettelsestid mellom dem»*. I dommen ble en ansettelsestid på fire til åtte år ansett som *«ikke særlig lenge»*, og ansettelsesforskjell på ett til tre år som *«ikke betydelige forskjeller»*.

I ARD-2016-151 (Nokas) som gjaldt utvelgelseskrets ble det uttalt i avsnitt 81 at *«vilkårene for å fravike ansiennitet skjerpes når de arbeidstakerne saken gjelder har lang ansiennitet og hvis forskjellene i ansiennitet er store, jfr. ARD-1990-169»* Denne uttalelsen ble også vist til av Høyesterett i den senere Skanska-dommen under Høyesteretts gjennomgang av Arbeidsrettens praksis.⁶⁸

Ut fra disse uttalelsene er det klart at lang ansiennitet og/eller stor ansiennitetsforskjell hos arbeidstakerne i det konkrete tilfellet vil kunne medføre at ansiennitet kan tillegges mer vekt enn andre momenter. Dersom ansiennitetslengden er kort og/eller ansiennitetsforskjellen liten, vil ansiennitet være et moment med liten vekt. Dersom alle andre vilkår derimot er like, vil ansiennitetslengde og ansiennitetsforskjeller kunne få avgjørende betydning.⁶⁹

Hva som anses som store og små ansiennitetsforskjeller må vurderes ut fra ansiennitetslengden til de forskjellige arbeidstakerne. Eksempelvis i Hillesland-dommen ble ansiennitetsforskjellen, sett i forhold til ansiennitetslengden, ikke ansett som et viktig moment i den konkrete saken da ansiennitetslengden ble ansett for å være relativt kort, og forskjellen ikke betydelig. Kompetanse og sosiale hensyn fikk da avgjørende betydning.

I utgangspunktet vil følgelig andre momenter enn ansiennitet kunne tillegges avgjørende vekt dersom ansiennitetslengden er kort og ansiennitetsforskjellene små. I en avgjørelse fra

⁶⁸ Se HR-2019-424-A avsnitt 57

⁶⁹ Se Våg 2015 s. 67

Arbeidsretten i 2009 som gjaldt permittering, ble en ansettelseslengde på ca. ett og tre års ansiennitet betegnet som at ingen av arbeidstakerne «*hadde særlig lang ansiennitet*». ⁷⁰ En ansettelsesforskjell på to år var derimot i denne saken «*markant*». Saken er et eksempel på at dersom ansiennitetslengden er kort, vil en liten ansiennitetsforskjell kunne være utslagsgivende dersom vilkårene for øvrig er like. ⁷¹

Ansiennitetsforskjeller og ansiennitetslengder er med andre ord også momenter i vurderingen av hvor stor vekt ansiennitetsprinsippet får i en nedbemanningsprosess.

4.3.4 Betydningen av enighet mellom partene

Som nevnt har arbeidsgiver plikt til å drøfte masseoppsigelser med arbeidstakerne, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-2. I drøftelsesmøte kan partene bli enige om hvilke utvelgelseskriterier som skal vektlegges. En slik avtale vil bare være gyldig dersom kriteriene i seg selv er saklige å vektlegge.

I LO og NHOs kommentarutgaver til Hovedavtalen 2018-2021 oppfordres det også til at partene bør bli enige om hvordan ansiennitet skal vektlegges før nedbemanningsprosessen starter. ⁷²

LO skriver i sin kommentarutgave at «*avtaler som nedgraderer ansiennitet til ett av flere likeverdige momenter ved utvelgelsen strider*» mot Hovedavtalen § 8-2. ⁷³ NHO fremholder på sin side at:

«en avtale med de tillitsvalgte om å legge avgjørende vekt på det ene eller det andre moment vil i seg selv ikke være avgjørende i forhold til den enkelte ansatte, men vil naturlig nok være av vesentlig betydning ved en senere vurdering av saklighetsvurderingen». ⁷⁴

Tariffpartene er begge enige om at slike avtaler ikke skal tillegges avgjørende vekt i ethvert tilfelle. Avtaler vedrørende utvelgelseskriterier bør protokollføres slik at det er mulig å

⁷⁰ Jfr. ARD-2009-48 (Securitas) avsnitt 35

⁷¹ Se også NHO-LO Hovedavtalen 2018-2021 kommentarutgaven s. 30 og LOs kommentarutgave s. 28 som omtaler temaet

⁷² Se LOs kommentarer s. 28 og 29 og NHOs kommentarer s. 30

⁷³ Se LOs kommentarer s. 28 og 29

⁷⁴ Se NHOs kommentarer s. 30

etterprøve dem. Det er nemlig på det rene at slike avtaler kan overprøves, jfr. blant annet ARD-2006-286 (Schøyens Bilcentraler) som vi skal se nærmere på.

Rt-2001-71 gjaldt tvist om beregningen av ansiennitet ved oppsigelse. Parten, Rasmussen Offshore AS, hadde tatt utgangspunkt i en protokoll som ble inngått med de ansatte på plattformen, hvor det fremgikk hvordan ansiennitet skulle beregnes. Det fremkommer av dommen på side 82 at domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve avtaler som er forhandlet frem mellom arbeidsgiver og tillitsvalgt, og vise forsiktighet med å sette dem til side.

I avgjørelsen fra ARD-2006-286 (Schøyens Bilcentraler) var det tvist om gyldigheten av en lokal protokoll om utvelgelseskriteriene ved nedbemanning av Ingeniør O. M. Schøyens Bilcentraler AS. Det ble påpekt av Arbeidsretten at den lokale avtalen som var gjenstand for tvist i Rt-2001-71 gjaldt beregning av ansiennitet, mens det i den aktuelle saken for Arbeidsretten gjaldt *«utvelgelseskriterium som setter ansiennitetshensyn helt til side»*.⁷⁵ Arbeidsretten skiller mellom disse to tilfellene og legger til grunn at partene ikke står helt fritt til å inngå avtaler som setter ansiennitet helt til side på generelt grunnlag. Følgelig har domstolene adgang til å overprøve saklighetskravet for utvelgelseskriteriene som er lagt til grunn i avtalen.

I Schøyens Bilcentraler-dommen gjaldt det en lokal protokoll hvor partene hadde avtalt at stillingshavere beholdt sine stillinger dersom de aktuelle stillingene ble videreført i den nye driftsorganisasjonen.⁷⁶ Dommen gjaldt funksjonærhovedavtalen, men den har tilsvarende ordlyd som Hovedavtalen og drøftelsen er derfor interessant.

I avsnitt 74 legger Arbeidsretten til grunn at det ikke foreligger adgang til å avtale at ansiennitetsprinsippet settes helt til side, med den begrunnelse at partene på generelt grunnlag anser andre utvelgelseskriterier som mer hensiktsmessige. Utvelgelseskriteriene partene blir enige om må være innenfor saklighetskravet etter arbeidsmiljøloven § 15-7. I det konkrete tilfellet fant ikke Arbeidsretten at arbeidsgiver hadde lagt til grunn forhold av saklig art som begrunnelse for at ansiennitetshensyn ikke skulle vektlegges ved innskrenkingen. Protokollen måtte dermed settes til side.

⁷⁵ Se ARD-2006-286 (Schøyens Bilcentraler) avsnitt 73

⁷⁶ Se ARD-2006-286 (Schøyens Bilcentraler) avsnitt 67

I Skanska-saken var partene enige om at Skanska kunne vektlegge kompetanse i totalbedømmelsen, men hovedtillitsvalgte la inn et forbehold om at «*dette ikke er en aksept for at ansiennitetsprinsippet skal fravikes i en totalvurdering og at dokumentasjonen ved en slik fravikelse er viktig*». ⁷⁷ Høyesterett uttaler i avsnitt 67 at så langt enigheten rekker vil den «*få stor vekt i saklighetsvurdering*». Også i avsnitt 66 sies det at enighet er et tungtveiende argument i saklighetsvurderingen.

Dersom utvelgelseskriteriene partene er enige om å vektlegge er saklig begrunnet, vil avtalen kunne tillegges stor vekt. Med andre ord vil en avtale om å fravike ansiennitetsprinsippet kun være gyldig dersom begrunnelsen for å anvende andre kriterier er saklig. I slike tilfeller får dermed ansiennitet tilsvarende vekten som er avtalt mellom partene.

4.3.5 Kort oppsummering av momentenes betydning

Bedriftens økonomiske situasjon, ansiennitetsforskjell, ansiennitetslengde og enighet mellom partene er alle momenter som vil kunne få stor innvirkning på ansiennitetsprinsippets vekt i en nedbemanningssituasjon. Disse er alle indikasjoner på hvor stor vekt ansiennitet, kompetanse og sosiale forhold må tillegges for at både bedriftens interesser og arbeidstakers interesser imøtekommes etter beste evne.

4.4 Domstolenes vurdering av ansiennitetsprinsippet som hovedregel

4.4.1 Innledende betraktninger

Redegjørelsen over tar for seg ulike momenter som har fått betydning for ansiennitetsprinsippets vekt i rettspraksis. I det følgende skal det redegjøres nærmere for domstolenes vurdering av om ansiennitet er en hovedregel slik LO hevder, eller et moment i en totalbedømmelse slik NHO legger til grunn.

4.4.2 Rettspraksis frem til 1994

⁷⁷ Se HR-2019-424-A (Skanska) avsnitt 63-67

Protokolltilførselen fra 1994 innebærer at rettspraksis skal videreføres. Det er derfor hensiktsmessig å se på rettspraksisen som skulle bli videreført med tekstendringen.

En dom som har vært viktig for ansiennitetsprinsippets stilling er Rt-1986-879 (Hillesland). Dommen er fra før tekstendringen i 1994, og bestemmelsen lød på dette tidspunktet slik at ansiennitet skulle følges under ellers like vilkår. For det første er dommen viktig fordi den angir hvilke andre momenter som er saklige etter en nedbemanningsvurdering, jfr. tidligere i kapittel 3. For det andre er den viktig fordi den sier noe om ansiennitetsprinsippets stilling i forhold til andre momenter.

Førstvoterende bemerker på side 886 at *«selv om jeg må gå ut fra at et ansiennitetsprinsipp i vid utstrekning følges ved driftsinnskrenkninger, er det nemlig på det rene at også andre hensyn teller med»*. Videre påpekes det på side 887 at *«Det kan her være flere hensyn som må tillegges vekt, således kvalifikasjoner, alder, ansiennitet og også klare sosiale eller menneskelige hensyn. Det er som jeg har nevnt ikke grunnlag for å hevde at ansiennitet uten videre skal være avgjørende»*. I siste utdrag fra dommen blir ansiennitet nevnt som et av flere moment og uttrykkelig understreket at ansiennitet ikke er avgjørende.

Det foreligger ikke mange dommer om det aktuelle temaet fra tiden før 1994. RG-1990-1098 (Spennbetong) fra lagmannsretten er en dom som inneholder uttalelser om utvelgelseskriterier. Blant annet sier førstvoterende på side 1105 følgende: *«Ansiennitet inngår ... som et moment i totalvurderingen ... dersom vilkårene ikke er like»*. Videre presiseres det at dersom vilkårene derimot er like, vil ansiennitet få avgjørende betydning.

De to nevnte dommene trekker i retning av at ansiennitet inngår som et moment i en totalvurdering. Dommene samsvarer med det LO og NHO har uttalt i sine kommentarutgaven fra 1982 og 1986, og medførte som nevnt ikke særlige utfordringer.⁷⁸

4.4.3 Rettspraksis etter 1994

Spørsmålet videre er hvordan domstolene har vektlagt ansiennitetsprinsippet etter tekstendringen i Hovedavtalen § 8-2. I drøftelsen er det gjort et utvalg av dommer fra tiden etter 1994.

⁷⁸ Se under punkt 4.2.2

ARD-2006-286 (Schøyens Bilcentraler) er en avgjørelse fra Arbeidsretten som ble avsagt etter endringen i 1994 og hvor bestemmelsen hadde tilsvarende ordlyd som i dag.⁷⁹ I avgjørelsens avsnitt 72 sier Arbeidsretten at bestemmelsen «*gir anvisning på at ansiennitetsfravik må bero på en konkret vurdering og avveining av ulike forhold og hensyn. Det følger av bestemmelsen at ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller er faktorer som må tas i betraktning i en slik sammenheng*». Med andre ord blir ansiennitet ansett som moment i vurderingen av om det foreligger saklig grunn til å fravike ansiennitet. Det må gjøres en konkret vurdering av det enkelte tilfelle, og avveie de forskjellige momentene, inkludert ansiennitet.

Rettsstilstanden er følgelig ikke endret ved Arbeidsrettens avgjørelse fra 2006.

I 2009 avsa Arbeidsretten en ny avgjørelse, ARD-2009-48 (Securitas), som gjaldt permittering av arbeidstakere i § 8-1 nr. 3. I avsnitt 34 uttaler førstvoterende følgende:

«Av Hovedavtalen § 8-1 nr.3 følger at ansiennitet danner utgangspunkt ved utvelgelse av arbeidstakere for permittering. Dette innebærer at tjenestetiden er et moment som skal tas i betraktning ved vurderingen av hvem som skal permitteres. Hvilken vekt ansiennitet skal tillegges ved utvelgelsen er et annet spørsmål, og vil i den enkelte sak bero på en totalbedømmelse av alle relevante forhold. § 8-1 nr. 3 oppstiller ikke noe krav om at ansiennitetsrekkefølgen skal følges ubetinget. Ansiennitet kan fravikes når det foreligger saklig grunn».

Videre viser Arbeidsretten tilbake til ARD-1997-201 og gjengir hva som anses som saklig grunn:

«Ved vurderingen av om saklig grunn foreligger, vil faglige kvalifikasjoner, sosiale og andre hensyn, så vel som ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller, være momenter av betydning ... Hvorvidt en fravikelse av ansiennitetsrekkefølgen er berettiget må avgjøres konkret».

Arbeidsretten bruker formuleringer som «*utgangspunkt*», «*moment*» og «*totalbedømmelse*» som tilsvarer begrepsbruken i tidligere avgjørelser. Dommen er enda et eksempel på at ansiennitet er momenter på lik linje med faglige kvalifikasjoner og sosiale forhold som må vurderes i den konkrete saken.

⁷⁹ Saken gjaldt som nevnt funksjonærhovedavtalen, men ordlyden er lik bestemmelsen i dagens § 8-2 og Arbeidsrettens uttalelser er derfor av relevans

Securitas-dommen ble også viktig for senere avgjørelser, noe jeg kommer tilbake til.

Rettspraksis frem til Securitas-dommen i 2009 sier omtrent det samme. Ansiennitet er et moment i en totalvurdering og må vurderes opp mot faglige kvalifikasjoner og sosiale forhold. Disse momentene gir saklig grunn til å kunne fravike ansiennitetsprinsippet.

ARD-2016-152 (Nokas) gjaldt hvilken utvelgelseskrets som skulle legges til grunn ved innskrenkninger i Nokas AS som var bundet av Hovedavtalen § 8-2. Spørsmålet var om utvelgelseskretsen for beregning av ansienniteten skulle være hele bedriften eller bare Sola Heliport. Nokas AS hadde lagt til grunn sistnevnte. Arbeidsretten ga medhold i at hele bedriften skulle være utgangspunktet for ansiennitetsberegningen, og uttalte blant annet i avsnitt 66 at *«Saksøker har lagt til grunn at en snevrere utvalgskrets enn hele bedriften i utgangspunktet vil være å fravike ansiennitet i strid med HA § 8-2 første ledd»*. Videre sier Arbeidsretten i avsnitt 67 at etter en naturlig språklig forståelse av § 8-2 skal det tas *«utgangspunkt i hele bedriften i den ansiennitetsvurderingen bedriften skal foreta ved en nedbemanningsprosess»*.

I Nokas-dommen fikk med andre ord ansiennitet betydning for utvelgelseskretsen, noe som ikke har vært tilfelle i tidligere avgjørelser.⁸⁰ I HR-2017- 561-A (Posten II) tok Høyesterett avstand fra at ansiennitet, og for øvrig andre utvelgelseskriterier, hadde betydning for avgrensningen av hvem som skulle konkurrere om stillingene.⁸¹ Saken gjaldt derimot ikke Hovedavtalen og virksomheten var ikke tariffbundet.

I 2018 avsa Arbeidsretten en ny avgjørelse vedrørende utvelgelseskretser som er inntatt i AR-2018-8 (NRK). I denne saken var parten en tariffbundet virksomhet, og tvisten gjaldt Hovedavtalen § 36 mellom Arbeidsgiverforening Spekter og Norsk journalistlag. Ordlyden var likelydende som Hovedavtalen § 8-2 og sistnevnte var dermed utgangspunktet. Arbeidsretten sier i avsnitt 49 at *«avgrensning av kretsen til deler av en virksomhet kan ha avgjørende betydning for ansienniteten som utvelgelseskriterium, og dermed for det tariffestede stillingsvernet»*. Arbeidsretten trekker igjen ansiennitet inn i vurderingen av utvelgelseskretser og legger til grunn at spørsmålet er om arbeidsgiver har saklig grunn til å gjøre unntak fra bedriftsansiennitet.

⁸⁰ Se Rt-1992-776 (Sparebanken) s.782 og Rt-2015-1332 (Gresvig) avsnitt 25 som eksempler på dommer hvor ansiennitet ikke har fått betydning for vurderingen av utvelgelseskretsen

⁸¹ Se HR-2017-561-A (Posten II) avsnitt 66

På bakgrunn av disse dommene har ansiennitet fått en styrket posisjon på tariffestet område. Det vil etter omstendighetene kunne kreves mer for å anvende utvelgelseskretser dersom man er bundet av Hovedavtalen § 8-2, fordi man tilsynelatende skal ta utgangspunkt i bedriftsansiennitet. Dersom man derimot ikke er bundet av tariffavtale, har ikke ansiennitet betydning for avgrensning av hvem som skal vurderes for oppsigelse.

Et slikt synspunkt tillegger ansiennitet mer vekt enn andre utvelgelseskriterier og representerer en endring i praksis. Dersom fravikelse av ansiennitet i seg selv vil være tariffstridig, blir ansiennitet tillagt større vekt enn andre utvelgelseskriterier som eksempelvis kompetanse. På den annen side gjaldt disse dommene utelukkende utvelgelseskrets og ikke utvelgelseskriterier. Følgelig er det ikke sikkert at ansiennitetsprinsippet får samme vekt når det gjelder ansiennitet som utvelgelseskriterium for den enkelte arbeidstaker.

Arbeidsretten er, som nevnt, bundet til tariffavtalen og tariffavtalerettslige tolkningsprinsipper når de avgjør hvordan Hovedavtalen skal forstås. I Nokas-dommen kommer Arbeidsretten frem til at bedriften skal ta utgangspunkt i hele bedriften når det gjelder ansiennitetsvurderingen som skal foretas i en nedbemanningsprosess. De utleder det fra en naturlig språklig forståelse av ordlyden, og legger videre til grunn at bedriftsansiennitet også gjelder for utvelgelseskrets.

På den annen side er Hovedavtalen § 8-2 i utgangspunktet taus om bestemmelsen skal gjelde for utvelgelseskrets. Det har heller ikke tidligere vært reist spørsmål for Arbeidsretten om man må ha saklig grunn for å fravike bedriftsansiennitet ved fastlegging av utvelgelseskretser. Tilsynelatende foreligger det ingen rettskildemessige holdepunkter i tariffavtalehistorikken for det synspunktet Arbeidsretten legger til grunn i Nokas-dommen og NRK-dommen. Det kan derfor stilles spørsmåltegn ved om Arbeidsretten har drevet rettsskapende virksomhet ved å tillegge ansiennitetsprinsippet vekt i vurderingen av utvelgelseskrets. Dersom det skulle være tilfellet må man falle tilbake på hva som er saklig tungtveiende argumenter for å innsnevre kretsen, jfr. HR-2017- 561-A (Posten II), og at graden av ansiennitetsfravik i en kretsavurdering ikke er relevant for vurderingen.

Dersom Arbeidsrettens synspunkt derimot har støtte i den naturlige språklige forståelsen av Hovedavtalen § 8-2 første ledd, medfører det at ansiennitet får betydning dersom man er bundet av tariffavtalen, og ikke ellers. Det hele avhenger av hva Arbeidsretten legger i «bedriftsansiennitet», og det vil ikke bli nærmere drøftet i oppgaven.

4.4.3.1 LB-2017-75155 Skanska-dommen

Ansiennitetsprinsippets vekt var et sentralt spørsmål i Skanska-dommen. Spørsmålet var om oppsigelse av seks arbeidstakere var saklig begrunnet i forbindelse med en nedbemanning hvor omlag 50 fagarbeidere ble sagt opp.

Lagmannsretten startet på side 7 med å redegjøre for de rettslige utgangspunktene i arbeidsmiljøloven § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2. Deretter ble det fastslått på side 8 at ansiennitet var utgangspunktet for utvelgelsen av enkelte arbeidstakere, men at man kan gjøre unntak dersom det foreligger saklig grunn.

Videre vises det til Securitas-dommen på side 8 og avsnittet som er sitert under punkt 4.4.2 i oppgaven. Lagmannsretten legger til grunn at det skal mer til for at det foreligger saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet ved nedbemanning enn ved permitteringer, og at det stilles strengere krav til hensynene som skal begrunne fravikelse fra ansiennitet jo klarere ansiennitetsforskjellen er.

Under lagmannsrettens vurdering av Skanskas anvendelse av ansiennitetsprinsippet på side 12 uttaler retten at

*«Skanska har anvendt ansiennitetsprinsippet slik det er nedfelt i Hovedavtalen § 8-2, uriktig. Bestemmelsen forutsetter at bedriften som **hovedregel** følger ansiennitetsprinsippet ved innskrenkninger, men åpner for at det kan gjøre unntak når det foreligger saklig grunn. Det innebærer ikke bare at ansienniteten er ett av flere saklige utvelgelseskriterier, men at tjenestetid i bedriften skal være **utgangspunktet** for utvelgelsen» (mine uthevelser).*

Lagmannsretten fremholder at ansiennitet er både hovedregel og utgangspunkt, og bruker begrepene om hverandre. Begrepsbruken tyder på at lagmannsretten forstår begrepet «*utgangspunkt*» som det samme som hovedregel. Begrepet hovedregel er derimot kun tidligere brukt av LO i kommentarutgavene, se under punkt 4.2.2. Det er på det rene at NHO ikke har vært enig i en slik formulering, og har presisert i sine kommentarutgaver at ansiennitet skal være et av flere *moment* i en totalbedømmelse.

Man må følgelig ta stilling til om «*utgangspunkt*» og «*hovedregel*» betyr det samme.

På den ene siden vil ansiennitet som utgangspunkt innebære at man starter vurderingen med ansiennitet, og deretter ser på de andre momentene. Ved hovedregel vil man gjøre det samme, og man kan følgelig si at når noe er et utgangspunkt vil man, slik som lagmannsretten gjør, kunne si at det er en hovedregel.

På den annen side fremkommer det av Securitas-dommen at ansiennitet danner et utgangspunkt, noe som innebærer at ansiennitetsprinsippet er et av flere *moment* i vurderingen. Altså at man ser på flere momenter samtidig, uten at ansiennitet får avgjørende vekt så tidlig i prosessen. Sett sammen med lagmannsrettens uttalelse har hovedregel avgjørende kraft, og er et prinsipp man må gjøre unntak fra. I tråd med tariffavtalehistorikken, hvor ansiennitetsprinsippet også har blitt ansett som et av flere momenter, kan andre momenter også være avgjørende. Securitas-dommen og tariffhistorien taler følgelig for at «*utgangspunkt*» og «*hovedregel*» ikke er det samme.

Ansiennitet var kun vurdert som et tungtveiende moment i Skanska-saken på side 13 dersom ansiennitetslengden var lang, fra 15 år og oppover, og lagmannsretten mente at Skanska på denne bakgrunn ikke hadde oppfylt sine forpliktelser etter Hovedavtalen § 8-2. Det ble lagt til grunn at Skanska hadde opphevet kompetanse til et utgangspunkt for utvelgelsen av den enkelte arbeidstaker i drøftelsesprotokollene, og at slik oppheving innebar en nedgradering av ansiennitet i strid med Hovedavtalen § 8-2. Den lokale enigheten om utvelgelseskriteriene mellom partene ble ikke tillagt vekt, ettersom lagmannsretten konkluderte at den var i strid med Hovedavtalen.

Lagmannsretten er tydelig på at ansiennitet skal tillegges mer vekt enn det ble gjort i Skanska-saken. Ut fra deres synspunkt skal ansiennitet være hovedregel og avgjørende for utvelgelsen. Kompetanse kan følgelig ikke være utgangspunktet, men heller et moment som kan gi grunnlag for å fravike ansiennitetsprinsippet.

I forbindelse med uttalelsen om når man kan fravike ansiennitetsprinsippet på side 13 sier også lagmannsretten at «*en klar forskjell i dyktighet og erfaring innen et spesielt felt som bedriften har bruk for kan være tilstrekkelig*». For å underbygge sitt standpunkt viser lagmannsretten til RG-1985-128 (Brynildsen) som har en lignende uttalelse.

Lagmannsrettens oppstiller med dette en generell terskel for at kompetanse er tilstrekkelig til å fravike ansiennitetsprinsippet. I tidligere dommer har det ikke vært krav til at forskjellen i kompetanse og faglig dyktighet må være klar, men heller blitt gjort en avveining av bedriftens

økonomiske situasjon opp mot behovet for å beholde nødvendig kompetanse. Dersom bedriften har hatt akutt behov for nedbemanning, har alminnelige forskjeller i kompetanse blitt ansett som tilstrekkelig.

På den annen side er det naturlig at en avveining av ansiennitet og kompetanse medfører en vurdering av hvilken type kompetanseforskjeller som foreligger i det konkrete tilfellet, og hvor store forskjellene er. Hvor store forskjeller som er nødvendig er derimot avhengig av bedriftens behov og situasjon.

I tillegg vil ansiennitet ha relativ betydning. Dersom det er kort ansiennitetsforskjell mellom arbeidstakerne vil ansiennitet kunne tillegges liten vekt, men dersom det ikke foreligger andre momenter som skiller dem, vil liten ansiennitetsforskjell kunne være avgjørende.⁸² Det har ikke i tidligere rettspraksis blitt satt en generell terskel slik lagmannsretten gjør i Skanska-saken, men derimot foretatt en vurdering av disse elementene.

4.4.3.2 HR-2019-424-A Skanska-dommen

Før saken gikk til Høyesterett tok LO, sammen med arbeidstakerne, ut stevning for Arbeidsretten om tolking av Hovedavtalen § 8-2. Høyesterett avventet Arbeidsrettens dom som en følge av at den er bundet av Arbeidsrettens avgjørelser.

LO og NHO inngikk under saksforberedelsen forlik om hvordan bestemmelsen i Hovedavtalen skal forstås, og denne er gjengitt i Høyesteretts dom i avsnitt 42.

Forliket lyder som følger:

«Av Hovedavtalen LO-NHO § 8-2 første ledd følger at ansiennitet danner utgangspunktet for utvelgelse av arbeidstakere for oppsigelse. Dette innebærer at tjenestetiden er et moment som skal tas i betraktning ved vurderingen av hvem som skal gis oppsigelse. Hvilken vekt ansienniteten skal tillegges ved utvelgelsen er et annet spørsmål, og vil i den enkelte sak bero på en totalbedømmelse av alle relevante forhold. § 8-2 oppstiller ikke noe krav om at ansiennitetsrekkefølgen skal følges ubetinget. Ansiennitet kan fravikes når det foreligger saklig grunn».

⁸² Se Aagaard 2015 kommentarer til Hovedavtalen 2014-2017 s. 67

Forliket har samme formulering som Arbeidsretten la til grunn i 2009 i Securitas-dommen.⁸³ Tolkningen har følgelig forankring i Arbeidsrettens praksis og Høyesterett må tolke Hovedavtalen § 8-2 i samsvar med formuleringen som NHO og LO har blitt enige om.

Høyesterett tar en grundig gjennomgang av forliket, tariffavtalehistorikken og rettspraksis i sin avgjørelse, og jeg skal i det følgende redegjøre for noen av Høyesteretts uttalelser som kan belyse problemstillingen.

Høyesterett starter vurderingen med å sammenligne arbeidsmiljøloven § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2. Førstvoterende legger til grunn at ansiennitetsprinsippet er gitt en «*særstilling*» i Hovedavtalen § 8-2 ettersom bestemmelsen sier at ved innskrenkninger «*kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn*».⁸⁴ I bestemmelsen er det fravikelse av ansiennitet som krever saklig grunn, mens det i arbeidsmiljøloven § 15-7 ikke er uttrykkelig nevnt at ansiennitet er et moment. Det er derimot på det rene at ansiennitet er et av flere momenter i saklighetsvurderingen etter § 15-7, men at virksomheter som ikke er bundet av tariffavtaler ikke er pliktig til å følge ansiennitetsprinsippet.⁸⁵

Partene er etter dette enige om at ansiennitet er «*utgangspunktet*», jfr. første setning i forliket, og Høyesterett sier at vurderingen følgelig skal starte med ansiennitetsprinsippet.

Man kan derimot ikke se bort ifra protokolltilførselen om at ordlydsendringen ikke skal endre gjeldende rettspraksis. Selv om ansiennitet er nevnt i Hovedavtalen, og ikke i arbeidsmiljøloven, legger Høyesterett til grunn at ansiennitet ikke har blitt tillagt «*særlig vekt*» verken i tariffavtalehistorikken eller i rettspraksis før endringen.⁸⁶ Det er denne rettstilstanden som skal videreføres etter protokollen.

Man kan argumentere for at ansiennitetsprinsippet etter ordlyden står i en såkalt særstilling, men på den annen side er ikke det ensbetydende med at ansiennitetsprinsippet blir tillagt særlig vekt, og må heller ikke forveksles dithen.

Annen setning i forliket viser at ansiennitet er «*et moment som skal tas i betraktning*». Høyesterett tolker dette som at ansiennitet er et pliktig moment, jfr. avsnitt 46, og at arbeidsgiver er pliktig til å vurdere ansienniteten til arbeidstakerne. LO og NHO er

⁸³ Se utdrag fra dommen under punkt 4.4.2 i oppgaven

⁸⁴ Se HR-2019-424-A avsnitt 45

⁸⁵ Jfr. blant annet Rt-2011-609 (SAS) avsnitt 62 og HR-2017-1943-A (CHC Helikopter Service) avsnitt 63

⁸⁶ Se HR-2019-424-A avsnitt 52 og 53

tilsynelatende enige om at ansiennitet alltid skal være en del av vurderingen. Synspunktet har støtte i tariffavtalehistorien hvor begge parter har uttrykt i sine kommentarutgaver at ansiennitet er et moment som skal vurderes, og også i rettspraksisen som er nevnt tidligere, blant annet Hillesland-dommen.

Uenigheten er derimot knyttet til hvilken vekt prinsippet skal tillegges, og Høyesterett fremhever i den forbindelse tredje setning i forliket, som sier at det beror på en *«totalbedømmelse»*. Høyesterett fremhever flere dommer, blant annet Schøyens Bilcentraler-dommen som også er nevnt under punkt 4.4.2.⁸⁷ Arbeidsretten legger til grunn i Schøyens Bilcentraler-dommen at fravikelse av ansiennitetsprinsippet må gjøres ut fra *«en konkret vurdering og avveining av ulike forhold og hensyn»*, noe som underbygger forlikets standpunkt om at det dreier seg om en totalvurdering.

Høyesterett viser også til Brynildsen-dommen i avsnitt 52 og den samme uttalelsen som lagmannsretten viste til i sin redegjørelse. Høyesterett på sin side argumenterer mot at det må foreligge *«klar forskjell i dyktighet og erfaring»* for å fravike ansiennitetsprinsippet ved å poengtere at den nevnte dommen ikke sier noe om at *«en slik forskjell er et nødvendig vilkår»*.⁸⁸

I avsnitt 60 legger Høyesterett til grunn at tariffavtalehistorikken, Arbeidsrettens praksis og forliket mellom NHO og LO sett i sammenheng ikke gir grunnlag for å utlede en generell terskel for når man kan fravike ansiennitetsprinsippet på bakgrunn av kompetanse. Høyesterett har følgelig tilbakevist lagmannsretten synspunkt om at kompetansen må være av en viss betydning, eller overstige en viss terskel, før det er adgang til å fravike ansiennitetsprinsippet.

Etter forliket skal vurderingen gjøres ut fra en totalbedømmelse. Man må da foreta en avveining av ansiennitet på ene siden, mot de momentene virksomheten mener er avgjørende på den annen side. Ofte vil en virksomhet anføre at kvalifikasjon er et tyngende moment. Faglig dyktighet vil eksempelvis kunne være særdeles viktig for en bedrift som befinner seg i en nedgangsperiode, men ikke være like viktig dersom bedriften har økonomi til å utføre opplæring av sine ansatte. I sistnevnte tilfelle vil bedriften kunne gi arbeidstakeren de nødvendige kvalifikasjonene. Kompetansens vekt som moment er dermed avhengig av bedriftens økonomiske situasjon, og vekten av momentet vil kunne variere med

⁸⁷ Se HR-2019-424-A avsnitt 56

⁸⁸ Se HR-2019-424-A avsnitt 52

kompetanseforskjeller og ansiennitetsforskjeller. Dersom en arbeidstaker eksempelvis har tung kompetanse og ansiennitet av mindre betydning, vil kompetanse kunne vektlegges tyngre enn kompetanse hos en annen som har ansiennitet av en viss betydning.

Høyesterett uttaler følgende i avsnitt 62:

«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. Jeg vil derfor unngå å bruke begrepet her, slik også NHO og LO gjorde i forliket høsten 2018».

Man kan forstå uttalelsen på to forskjellige måter. Den ene måten er at Høyesterett sier at det *kan* gi misvisende assosiasjoner å bruke begrepet hovedregel, men at det derimot ikke er feil. Høyesterett bruker vage formuleringer, og utelukker dermed ikke at man kan se ansiennitetsprinsippet som en hovedregel.

På den annen side er Høyesterett tydelig på at den tar avstand fra å bruke ordet *hovedregel* om ansiennitetsprinsippet, og begrunner det med at et slikt begrep vil gi inntrykk av at kreves mer for å fravike ansiennitet enn det er rettslig grunnlag for. Når man ser uttalelsen i sammenheng med begrunnelsen er det, ifølge Høyesterett, klart at man ikke skal anse ansiennitetsprinsippet som en hovedregel.

Som en oppsummering kan man si at Høyesterett mener at ansiennitet har en særstilling i Hovedavtalen § 8-2 ettersom det er ansiennitet som må ha saklig grunn for å fravikes, men at det derimot ikke er en generell terskel for når man kan fravike ansiennitet. Det er følgelig ikke en hovedregel at man må følge ansiennitet i en nedbemanningsprosess.

Skanska behandlet også i avsnitt 63-67 hvilken betydning det hadde at partene hadde oppnådd lokal enighet om at faglig dyktighet og kompetanse kunne vektlegges som momenter i utvelgelsen. Det var imidlertid usikkert hvor stor vekt enigheten kunne tillegges, ettersom den tillitsvalgte tok forbehold som nevnt under punkt 4.3.4, og avtalen fikk følgelig ikke avgjørende betydning i denne saken.

Skanska vant ikke frem i Høyesterett på bakgrunn av at saksbehandlingen var mangelfull. Skanska vurderte reelt sett kun et mindretall av arbeidstakerne for oppsigelse. En smal vurdering medførte at domstolene ikke kunne etterprøve sakligheten av oppsigelsene på en

betryggende måte. I tillegg hadde Skanska anvendt skjønnsmessige kriterier som «*kreativitet, selvstendighet og omdømme*», og ikke tilfredsstilt kravene til dokumentasjon og etterprøvelse for utvelgelseskriteriene.

Skanska hadde derimot utført riktig anvendelse av Hovedavtalen § 8-2, men oppsigelsene måtte likevel settes til side fordi saksbehandlingen var mangelfull.

4.4.4 Kort oppsummering av rettspraksis

Tekstendringen i 1994 har medført uenigheter om forståelsen av Hovedavtalen § 8-2. Rettspraksis fra Nokas-saken i 2016 til og med Skanska-saken i 2019 illustrerer uenigheten. Skanska-saken er rettsavklarende for spørsmålet om ansiennitetsprinsippet er hovedregel eller et av flere saklige momenter.

Høyesterett tok prejudisielt stilling til den konkrete saken, og tok avstand fra å anvende ansiennitet som hovedregel. Høyesteretts prejudikatsvirkning tilsier følgelig at man i tilsvarende tilfeller som Skanska-saken skal ta utgangspunkt i ansiennitet, men momentet tillegges vekt som et av flere saklige utvelgelseskriterier.

5 Avsluttende betraktninger

5.1 Ansiennitetsprinsippets vekt i dag

Tariffavtalehistorikken og rettstilstanden som ble videreført med protokolltilførselen i 1994 innebar at ansiennitet var et av flere momenter, og at man ved ellers like vilkår kunne tillegge ansiennitet avgjørende vekt. Utgangspunktet i dag er derimot at ansiennitet er et pliktig moment etter bestemmelsens ordlyd.

NHO anførte i Skanska-saken at ansiennitet ga anvisning på en sluttkontroll.⁸⁹ Langt på vei var det også slik etter tidligere rettskilder ettersom man vurderte først de øvrige vilkårene, og vektla ansiennitet etter en vurdering av om de andre vilkårene var like eller ulike.

I Skanska-dommen uttaler Høyesterett i avsnitt 45 at vurderingen skal starte med ansiennitet som en følge av at det er utgangspunktet, jfr. forliket mellom NHO og LO. Dette standpunktet endrer innfallsvinkelen for vurderingen, og NHO fikk følgelig ikke medhold i at ansiennitet er en sluttkontroll.

I stedet for å først se på alle momentene og deretter avgjøre vekten til ansiennitetsprinsippet, skal vurderingen starte med ansiennitet, og man skal deretter se om det er saklig grunn til å fravike prinsippet. På den bakgrunn kan man si at ansiennitetsprinsippets stilling har blitt endret siden 1994. Man kan argumentere for at ansiennitet har fått en styrket stilling i forhold til de andre momentene ved å være utgangspunktet for vurderingen.

Høyesterett legger til grunn i Skanska-saken at det ikke er en betingelse at kompetanse overstiger en generell terskel for å kunne være saklig nok til å fravike ansiennitet.⁹⁰ I tillegg legger Høyesterett til grunn at ansiennitet frem til 1994 ikke var gitt særlig vekt i rettspraksis.⁹¹ Det er dermed ikke slik at ansiennitet tillegges mer vekt enn andre momenter som kompetanse og sosiale forhold, selv om ansiennitet er utgangspunktet for vurderingen.

Vekten av ansiennitet, kompetanse og sosiale forhold avhenger av bedriftens økonomiske situasjon, slik også rettstilstanden var i blant annet Schøyens Bilcentraler-dommen.

⁸⁹ Se blant annet Arbeidsrettens kjennelse i AR-2018-17 avsnitt 3, men også inntatt i prosedyren til NHO i Høyesterett HR-2019-424-A

⁹⁰ Se HR-2019-424-A (Skanska) avsnitt 60

⁹¹ Se HR-2019-424-A (Skanska) avsnitt 53

Ansiennitet er derimot et pliktig moment i motsetning til kompetanse, og man kan si at ansiennitet derav har en styrket posisjon. Dersom bedriftens behov er akutt, vil likevel kompetanse kunne vektlegges mer enn ansiennitet.

Høyesterett avklarte spørsmålet om ansiennitet er hovedregel eller utgangspunkt ved å ta avstand fra å bruke ansiennitetsprinsippet som hovedregel. Rettstilstanden er per i dag slik at ansiennitet er utgangspunktet, og et av flere saklige momenter.

På den annen side har Høyesterett prejudisielt tatt stilling til forståelsen av Hovedavtalen § 8-2 basert på forliket mellom NHO og LO, samt de rettskildene som var aktuelle for saken. Det kan godt tenkes at spørsmålet kommer opp for Arbeidsretten på et senere tidspunkt, og at Arbeidsretten da trekker opp grensene for når ansiennitetsprinsippet kan tillegges avgjørende vekt på generelt grunnlag.

5.2 Ansiennitet på tariffestet område og utenfor tariffestet område

Av drøftelsen over kan man trekke slutning om at den mest sentrale forskjellen for ansiennitetsprinsippet på og utenfor tariffavtaler, er at ansiennitet er et pliktig moment dersom man er bundet av tariffavtale.

Videre er det slik at en bedrift som ikke er tariffbundet i utgangspunktet kan se helt bort fra ansiennitet ved utvelgelsen. Unntaksvis er det argumentert for at ansiennitet skal være en del av vurderingen dersom det foreligger særlig lang ansiennitet. I juridisk teori er det lagt til grunn at en ansiennitetslengde på 10-15 år kan medføre at ansiennitet kan få særlig tyngde som utvelgelseskriterium.⁹² På den annen side foreligger det juridisk teori som motsetter seg denne påstanden, se blant annet Lasse Gommerud Våg artikkel *Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler – Forholdet til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern*, publisert i *Arbeidsrett* vol. 12 nr. 1 2015 side 78-81. Våg mener at det ikke foreligger rettslig grunnlag for påstanden om at ansiennitetens lengde har en grense på 10-15 år før momentet får særlig tyngende vekt. Jeg går ikke nærmere inn på drøftelsen her, men Våg legger til grunn at også kortvarig ansiennitet kan få betydning, men at det da skal betydelig mindre til for å fravike ansienniteten. Dette har derimot ikke vært prøvd for domstolene.

⁹² Se Fougner mfl. 2016 s. 307 med videre henvisning til Rt-1986-879 (Hillesland)

Ansiennitetsprinsippet kan bli et pliktig moment utenfor tariffavtale også, men det stilles tilsynelatende krav til at det foreligger lang ansettelsestid for at det skal få avgjørende vekt og ikke kunne fravikes. Et tilsvarende krav har man ikke på tariffestet område hvor små ansiennitetsforskjeller og liten ansiennitetslengde kan få avgjørende vekt dersom det ikke foreligger andre momenter som tilsier at det er saklig grunn til å fravike ansiennitet.

Som jeg var inne på under gjennomgangen av rettspraksis, er det ved fastlegging av utvelgeskretser slik at bedrifter som ikke er bundet av Hovedavtalen kan se bort fra ansiennitet. Arbeidsretten har derimot trukket inn ansiennitet som en del av vurderingen av utvelgeskrets på tariffestet område, og det har medført et skille mellom tariffbundet og ikke tariffbundet virksomhet. Det er med andre ord større krav til å fravike ansiennitet på tariffestet område, enn dersom bedriften ikke er bundet av tariffavtale.

Som et resultat av at ansiennitet er en del av ordlyden i Hovedavtalen § 8-2 og at partene, Arbeidsretten og Høyesterett er enige om at ansiennitet er utgangspunktet for vurderingen, får ansiennitetsprinsippet betydning for bedrifter som er tariffbundet. Det skal med andre ord mer til for å fravike ansiennitet dersom bedriften er bundet av Hovedavtalen, enn dersom bedriften ikke er tariffbundet.

5.3 Ansiennitetsprinsippets vekt i forhold til arbeidsmiljøloven § 15-7

Man kan ikke inngå tariffavtale som er til ugunst for arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 1-9. Det kan derfor stilles spørsmål ved om vektlegging av ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 8-2 kan stride mot arbeidsmiljøloven § 15-7 og dermed må settes til side.

Ansiennitet er et moment man utvilsomt kan tillegge vekt i en nedbemanning både etter Hovedavtalen § 8-2 og arbeidsmiljøloven § 15-7. Forskjellen er at etter Hovedavtalen § 8-2 skal man ta utgangspunkt i ansiennitet, mens man etter aml. § 15-7 som utgangspunkt ikke er tvunget til å vektlegge ansiennitet. Hensynet til at man kan inngå lokale avtaler om utvelgeskriterier tilsier derimot at det ikke foreligger motstrid på dette punkt, ettersom Hovedavtalen er en slik avtale man kan inngå.

Videre må avtalen være til ugunst for arbeidstaker for at den skal tilsidesettes, og ansiennitet er et prinsipp som i de fleste tilfeller påberopes av arbeidstakere. De fleste arbeidstakere anser

ansiennitet som et rettferdig moment i utvelgelsen, og anvendelse av ansiennitetsprinsippet vil kunne være til gunst for dem. Dette taler også mot at det foreligger motstrid ved at ansiennitet er utgangspunktet for utvelgelsen.

Etter begge bestemmelsene skal andre hensyn tas i betraktning. Sosiale forhold og kompetanse er viktige momenter både på tariffestet område og utenfor. Ut fra den ovennevnte rettspraksis må det tas hensyn til arbeidstakers sosiale forhold i utvelgelsen. I motsatt fall, kan oppsigelsen tilsidesettes som usaklig.

Kompetans hensyn er ikke et pliktig moment etter verken arbeidsmiljøloven eller Hovedavtalen. Det har heller ikke vært et spørsmål for domstolene hvor en arbeidstaker har påberopt usaklig oppsigelse fordi kompetanse ikke ble vektlagt. Man kan altså se helt bort fra kompetanse ved utvelgelsen, og oppsigelsen vil likevel være saklig.

Forståelsen av Hovedavtalen § 8-2 strider etter dette ikke mot saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7.

5.4 Rettspolitiske betraktninger

Hovedavtalen § 8-2 skal ivareta både arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. Nedbemanningssituasjoner medfører en konkurransesituasjon mellom arbeidstakerne, og det må foretas en utvelgelse som utgjør et stort inngrep i arbeidstakerens liv. Resultatet av utvelgelsen kan være til ugunst for arbeidstaker, men vil kunne være helt nødvendig for bedriften.

Ansiennitet som et objektivt moment er rettferdig for arbeidstakerne, men bedriften må også ha mulighet til å kutte overflødige kostnader i den grad det er nødvendig for å sikre og opprettholde virksomheten. Dersom man foretar en totalbedømmelse av bedriftens situasjon, ansiennitet, kompetanse og arbeidstakers sosiale forhold, og deretter avgjør hvilke momenter som skal være avgjørende, kan man lettere sørge for at alle relevante hensyn blir ivaretatt. En slik vurdering er både tidkrevende og ressurskrevende for arbeidsgiver, men sett ut fra konsekvensene det kan få for arbeidstakeren som blir sagt opp, synes det rimelig at bedriften skal bruke tid og ressurser på utvelgelsesprosessen.

Etter min mening er det følgelig rettferdig at man foretar en totalbedømmelse og en konkret vurdering av hvilke momenter som skal være avgjørende. Alle nedbemanningssituasjoner kan

være forskjellige, og både bedriftens og arbeidstakers posisjon vil kunne variere i forhold til det konkrete tilfellet. Det synes derfor rimelig at ansiennitet er et av flere momenter.

Dersom ansiennitet skal være hovedregelen ved utvelgelse, vil det kunne ramme enkelte bedrifter hardt. Det er nødvendig for bedrifter som opererer i et konkurransepreget marked at de er konkurransedyktige. Det krever fleksibilitet, og nedbemanning er et slikt fleksibelt tiltak hvor man kutter ned ressurser på overtallige arbeidstakere.

På den annen side er forskjellen i styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver betydelig. Arbeidstaker vil derfor ha stor nytte av et prinsipp som fremstår som rettferdig i en allerede vanskelig situasjon. Å gjøre ansiennitet til utgangspunktet og pliktig moment i vurderingen, sørger for at arbeidstakerne kan være trygge på at ett moment i vurderingen uansett er objektivt. Gode grunner taler dermed for at dagens rettstilstand også er den riktige.

Fra eksempelet under 1.2 kan man da si at utvelgelsen av Peder Ås og Lars Holm må ta utgangspunkt i ansettelsestiden på tre år og 15 år. Ansettelsestiden taler for at Lars Holm beholder jobben. For å fravike ansienniteten er saklige argumenter virksomhetens behov og sosiale forhold. Peder Ås sin utdanning og forsørgelsesbyrde kan få avgjørende vekt etter en vurdering av virksomhetens økonomiske situasjon, og hvor alvorlige de sosiale forholdene er. De beste grunner kan derfor tale for at Peder Ås beholder jobben, til tross for at han har kortere ansettelsestid. Poenget er at ansiennitet ikke blir tillagt særlig vekt, men er et utgangspunkt og vektet mot de andre momentene som gjør seg gjeldene.

6 Litteraturliste

6.1 Lover

Lov 17.mai 1814 Kongeriket Noregs grunnlov

Lov 4.februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (opphevet)

Lov 18.juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven – tjtvl.)

Lov 13.juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven – asl.)

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

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

6.2 Lovforarbeider

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 335 Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 41 (1975-76) side 72 Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. I lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

6.3 Avtaleverk og kommentarutgaver

Hovedavtalen LO-NHO 1935-1946

Hovedavtalen LO-NHO 1947-1953

Hovedavtalen LO-NHO 1954-1958

Hovedavtalen LO-NHO 1959-1961

Hovedavtalen LO-NHO 1962-1965

Hovedavtalen LO-NHO 1966-1968

Hovedavtalen LO-NHO 1969-1973

Hovedavtalen LO-NHO 1974-1977

Hovedavtalen LO-NHO 1978-1981

Hovedavtalen LO-NHO 1982-1985

Hovedavtalen LO-NHO 1986-1989

Hovedavtalen LO-NHO 1990-1993

Hovedavtalen LO-NHO 1994-1997

Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017

Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021

NHOs kommentarer til Hovedavtalen LO-NHO 1982-1985

NHOs kommentarer til Hovedavtalen LO-NHO 1994-1997

LOs kommentarer til Hovedavtalen LO-NHO 1994-1997

NHOs kommentarer til Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021

LOs kommentarer til Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021

Aagard 2015: Aagaard, Erik C., *Kommentarer til Hovedavtalen NHO-LO og NHO-YS, DEL A*, (Oslo 2015)

6.4 Rettspraksis

6.4.1 Avgjørelser fra Høyesterett publisert i Norsk Retstidende

Rt-1966-393

Rt-1986-879 (Hillesland)

Rt-1989-508 (Spigerverk)
Rt-1992-776 (Sparebanken)
Rt-2000-1602 (Nøkk)
Rt-2001-71 (Rasmussen Offshore)
Rt-2001-418 (Kårstø)
Rt-2008-749 (Posten I)
Rt-2011-609 (SAS)
Rt-2015-1332 (Gresvig)

6.4.2 Avgjørelser fra Høyesterett uten henvisning til retstidende

HR-2017-561-A (Posten II)
HR-2017-1943-A (CHC Helikopter Service)
HR-2019-424-A (Skanska)

6.4.3 Avgjørelser fra Arbeidsretten

ARD-1934-62
ARD-1997-201
ARD-2006-286 (Schøyen Bilcentraler)
ARD-2009-48 (Securitas)
ARD-2010-211
ARD-2016-151 (Nokas)
AR-2018-18 (NRK)

6.4.4 Kjennelser fra Arbeidsretten

AR-2018-17 (Skanska)

6.4.5 Avgjørelser fra lagmannsrettene

6.4.5.1 Avgjørelser inntatt i rettens gang

RG-1985-128 (Brynildsen)

RG-1990-1098 (Spennbetong)

6.4.5.2 Avgjørelser som ikke er inntatt i rettens gang

RG-1990-1098 (Spennbetong)

LH-2004-5542

LB-2017-75155 (Skanska)

6.5 Juridisk litteratur

6.5.1 Bøker

Fougner mfl. 2004: Fougner, Jan, Tron Løkken Sundet, Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner, Mette Jenssen, Merete Bårdsen og Bjørn Jacobsen, *Kollektiv arbeidsrett* (Oslo 2004)

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

Jakhelln 2000: Jakhelln, Henning, *Arbeidsrettslige studier 1. bind* (Oslo 2000)

Nygaard 2015: Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2015)

Stokke mfl. 2003: Stokke, Torgeir A., Stein Evju og Hans Otto Frøland, *Det kollektive arbeidslivet. Organisasjoner, tariffavtaler, lønnsoppgjør og inntektspolitikk* (Oslo 2003)

Sundet mfl. 2016: Sundet, Tron Løkken, Kjetil Drolsum Sandnes og Anne-Beth Meidell Engang, *Tariffavtaletolkning* (Oslo 2016)

Tuseth og Winge 2014: Tuseth, Bård Sverre og Nikolai K. Winge, *Masteroppgave i juss*, 2. utgave (Oslo 2018)

6.5.2 Artikler

Evju 2014a: Evju, Stein, «Om ansiennitet», *Arbeidsrett vol 11 nr. 1*, 2014 side 112-121

Våg 2015: Våg, Lasse Gommerud, «Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler – Forholdet til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern», *Arbeidsrett vol 12 nr. 1*, 2015 side 1-99

6.6 Elektroniske kilder

Norsk Petroleum:

<https://www.norskpetroleum.no/okonomi/arbeidsplasser/>

Oppdatert 09.10.2018

Sist sjekket 20.04.2019

Utdanning.no:

Utdanning.no https://utdanning.no/tema/nyttig_informasjon/realkompetanse

Oppdatert 17.10.18

Sist sjekket 08.05.19