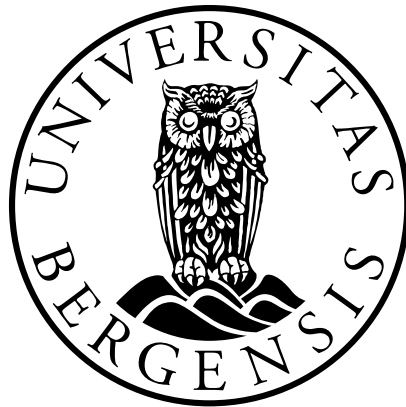


# **Ansiennitetshensyn i nedbemanningsprosessen**

*En analyse av ansiennitetshensynets  
relative betydning ved og uten tariffavtale*

Kandidatnummer: 259

Antall ord: 14836



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2015

# Innhold

<b>INNHOOLD</b> .....	<b>1</b>
<b>1 INNLEDNING</b> .....	<b>3</b>
1.1 AKTUALITET OG PROBLEMSTILLING .....	3
1.2 RETTSKILDER .....	4
1.2.1 Lov.....	4
1.2.2 Forarbeider .....	5
1.2.3 Rettspraksis .....	5
1.2.3.1 Høyesterettsavgjørelser .....	5
1.2.3.2 Underrettspraksis.....	5
1.2.3.3 Arbeidsrettens avgjørelser.....	6
1.2.4 Arbeidsavtaler .....	6
1.2.5 Tariffavtaler.....	7
1.3 OM DEN VIDERE FREMSTILLING.....	7
<b>2 OPPSIGELSESVERN VED NEDBEMANNINGER</b> .....	<b>9</b>
2.1 ADGANGEN TIL NEDBEMANNING .....	9
2.1.1 Rettslig grunnlag og begrensninger .....	9
2.1.2 Kort om masseoppsigelser.....	11
2.2 OPPSIGELSESVERNET ETTER AML. § 15-7 .....	12
2.2.1 Innledning.....	12
2.2.2 Saklighetskravet.....	12
2.2.3 "Virksomhetens forhold" .....	13
2.2.4 Interesseavveiningen: Virksomhetens behov og arbeidstakers ulemper.....	14
2.3 DOMSTOLENES PRØVINGSRETT .....	16
<b>3 KRAVET TIL SAKLIG UTVELGELSE</b> .....	<b>19</b>
3.1 UTVELGELSESPROSESSEN .....	19
3.2 UTVELGELSESKRITERIENE .....	19
3.3 ANDRE SENTRALE UTVELGELSESKRITERIER .....	21
3.3.1 Kvalifikasjonshensyn.....	21
3.3.2 Sosiale hensyn .....	21
3.3.2.1 Særlig om alder.....	22
3.4 UTVELGELSESKRETS.....	23
<b>4 ANSIENNITETSHENSYNET</b> .....	<b>25</b>
4.1 PRESENTASJON.....	25
4.2 RETTSLIG GRUNNLAG .....	25
4.2.1 Uten tariffavtale .....	25
4.2.2 Ved tariffavtale.....	27
4.3 INNLEDENDE OM ANSIENNITETSHENSYNETS RELATIVE VEKT.....	27
4.4 SÆRLIG OM VIRKSOMHETENS ØKONOMISKE FORHOLD .....	28
<b>5 ANSIENNITETSHENSYNETS BETYDNING UTEN TARIFFAVTALE</b> .....	<b>30</b>
5.1 PRESENTASJON.....	30
5.2 ANSIENNITETSHENSYNETS EGENVEKT .....	32

5.2.1	<i>Egenvekt i relasjon til ansettelsesforholdets lengde</i> .....	32
5.2.2	<i>Egenvekt i relasjon til andres ansiennitet</i> .....	34
5.3	ANSIENNITETSHENSYNETS BETYDNING I RELASJON TIL ANDRE UTVELGELSESHENSYN.....	34
5.3.1	<i>Kvalifikasjonshensyn</i> .....	34
5.3.2	<i>Sosiale hensyn</i> .....	36
5.4	ANSIENNITETSHENSYNETS BETYDNING ETTER GJELDENDE RETT UTEN TARIFFAVTALE .....	37
<b>6</b>	<b>ANSIENNITETSHENSYNETS BETYDNING VED TARIFFAVTALE.....</b>	<b>39</b>
6.1	PRESENTASJON.....	39
6.2	ANSIENNITETSHENSYNETS EGENVEKT .....	42
6.2.1	<i>Egenvekt i relasjon til arbeidsforholdets lengde</i> .....	42
6.2.2	<i>Egenvekt i relasjon til andres ansiennitet</i> .....	43
6.3	ANSIENNITETSHENSYNETS BETYDNING I RELASJON TIL ANDRE UTVELGELSESHENSYN.....	44
6.3.1	<i>Kvalifikasjonshensyn</i> .....	44
6.3.2	<i>Sosiale hensyn</i> .....	46
6.4	ANSIENNITETSHENSYNETS BETYDNING ETTER GJELDENDE RETT VED TARIFFAVTALE .....	47
6.5	FØRHOLDET TIL UORGANISERTE.....	48
6.6	FØRHOLDET TIL AML. § 1-9.....	49
<b>7</b>	<b>BØR ANSIENNITETSHENSYN VEKTLLEGES I NEDBEMANNINGSPROSESSEN? ....</b>	<b>50</b>
	<b>KILDER .....</b>	<b>54</b>

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Aktualitet og problemstilling

Flere bedrifter har den siste tiden sett seg nødt til å redusere arbeidsstokken grunnet økonomiske nedgangstider eller behov for omlegging. NAVs hovedtall om arbeidsmarkedet fra første kvartal 2015 viser en markant økning i arbeidsledighet, særlig innen yrkesgrupper påvirket av den negative utviklingen i oljebransjen.<sup>1</sup> Fagforeninger innen utsatte yrkesgrupper uttrykker bekymring for en usikker fremtid, som spås verre enn forholdene under finanskrisen i 2008.<sup>2</sup> Spørsmålet om hvem som skal beholdes, og hvem som må gå, preger lederne daglig og skaper uro på arbeidsplassen. Arbeidsgiver ønsker å beholde godt kvalifiserte, tilpasningsdyktige og motiverte ansatte for å sikre virksomhetens fremtid. Arbeidstakerne har på sin side både et ønske og en forventning om at langvarig lojalitet og tro tjeneste skal gjenspeiles i en fortsettelse av stillingen.

Ansiennitetshensynet<sup>3</sup> har lang tradisjon ved utvelgelsen mellom arbeidstakere i en nedbemanningsprosess. Utvelgelseskriteriet innebærer at ansatte med lang fartstid i virksomheten beholdes fremfor nyere ansatte, og oppfattes av mange som objektivt, forståelig og grunnleggende rettferdig.<sup>4</sup> Det antas også at arbeidstakere med lang ansiennitet samtidig har opparbeidet seg særegen kompetanse. Det er dermed ofte slik at lang tjenestetid også korresponderer med en tilsvarende opparbeidet kyndighet, som bedriften bør gjøre sitt ytterste for å beholde.

Det er imidlertid ikke gitt at den tiltenkte korrelasjonen mellom ansettelsestid og kvalifikasjoner alltid samsvarer med realiteten, og arbeidsgiver kan ha et behov for å differensiere mellom arbeidstakerne på annet grunnlag. I dagens kompetanse- og teknologibaserte næringsliv er arbeidstakerne ofte ytterst spesialiserte, og en vektlegging av kvalifikasjoner som kan hjelpe virksomheten gjennom en økonomisk krise kan være avgjørende for virksomhetens overlevelse. Samtidig gjør den raske teknologiske utviklingen det også vanskelig for arbeidstakere med lang fartstid i samme virksomhet å konkurrere mot

---

<sup>1</sup> Hentet fra NAVs hovedtall om arbeidsmarkedet, publisert 05.03.15, nedlastet 26.03.15

<sup>2</sup> Hentet fra Teknisk Ukeblad, publisert 20.05.14, nedlastet 26.03.15

<sup>3</sup> Begrepet ”ansiennitet” stammer fra fransk og kan oversettes ”tjenestetid” eller ”tjenestealder”, jf. Evju (2014) s. 113

<sup>4</sup> Storeng mfl. (2014) s. 518

nylig ansatte med nye kvalifikasjoner og forbedret formell kompetanse. Flere arbeidstakere vil også ha særlige ulemper knyttet til oppsigelsen, herunder sosiale og menneskelige forhold, som bør hensyntas i utvelgelsesprosessen.

Utviklingen til tross, regnes ansiennitetshensynet fremdeles som et saklig og viktig element i utvelgelsesprosessen. Det er imidlertid ikke kriteriets saklighet generelt som er stridsspørsmålet.<sup>5</sup> Problemstillingen er *i hvilken utstrekning arbeidsgiver har og bør ha plikt til å vektlegge ansiennitetshensyn under nedbemanningsprosessen*. Rettsstillingen kompliseres ytterligere ved at arbeidsgivere ofte inngår *tariffavtaler* om at ansiennitetshensyn skal være retningsgivende ved oppsigelser, jf. eksempelvis Hovedavtalen LO/NHO 2014-2017 § 8-2. Særlige forskjeller mellom disse tilfeller og tilfeller uten tariffavtale, kan også reise spørsmål om ansiennitetsklausuler bør tillates etter preseptorisk lovgivning, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9, jf. § 15-7.

## 1.2 Rettskilder

### 1.2.1 Lov

Lovtekstens særlige rettskildemessige status som uttrykk for lovgivers ønskede regulering er et viktig moment i den videre fremstillingen, hvor forholdet mellom lovtekst, avtalebaserte ansiennitetsklausuler og alminnelige rettsoppfatninger kommer særlig på spissen.<sup>6</sup>

Den sentrale lov på den individuelle arbeidsrettens område er lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven, aml.). Loven får anvendelse for *”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker”*, jf. § 1-2 første ledd, jf. § 2-1. Hovedfokuset for den videre fremstilling er arbeidsmiljøloven § 15-7, som oppstiller krav om en *”saklig begrunnet”* oppsigelse. Oppsigelsesvernet i någjeldende arbeidsmiljølov 2005 § 15-7 viderefører lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven av 1977, aml. 1977) § 60 uten endringer. Tidligere lovtekst, forarbeider og rettspraksis er derfor fremdeles av betydning.<sup>7</sup>

Fremstillingen berører også spørsmål fra den kollektive arbeidsretten, hvor arbeidsmiljølovens regler suppleres av lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister

---

<sup>5</sup> Se også slik Storeng mfl. (2014) s. 518

<sup>6</sup> Se Andenæs (2009) s. 16 for rettskildemessig redegjørelse

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

(arbeidstvistloven, arbtvl.) For arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste gjelder i tillegg lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven), jf. lovens § 1, og lov 18 juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven). Sistnevnte tilfeller faller utenfor fremstillingen.

## **1.2.2 Forarbeider**

Lovens forarbeider er uttrykk for den historiske bakgrunn og begrunnelse for lovvedtaket.<sup>8</sup> Forarbeidsuttalelser vil derfor generelt ha stor autoritets- og overbevisningsverdi som uttrykk for lovgivers ønskede regulering. Forarbeidene til någjeldende arbeidsmiljølov 2005 § 15-7 er imidlertid knappe.<sup>9</sup> Loven viderefører tidligere arbeidsmiljølov 1977 § 60, og forarbeidene til denne er derfor fremdeles relevante.<sup>10</sup>

## **1.2.3 Rettspraksis**

### **1.2.3.1 Høyesterettsavgjørelser**

Det eksisterer noe rettspraksis fra Høyesterett vedrørende oppsigelsesvernet ved nedbemanninger. Etersom lovendringen i 2005 ikke tilsiktet realitetsendringer, er tidligere praksis fremdeles relevant.<sup>11</sup> Utviklingen i rettspraksis tilsier likevel at rimelighetshensyn tillegges større betydning i dag enn tidligere. Domstolene må derfor være varsomme med å legge eldre rettspraksis i arbeidstakers disfavør til grunn.<sup>12</sup>

### **1.2.3.2 Underrettspraksis**

Det foreligger et stort mangfold lagmannsretts- og tingrettsavgjørelser på området. I mangel av Høyesterettsavgjørelser anvendes slike som eksempler på løsning av rettsspørsmålet i praksis. Avgjørelsene har argumentasjons- og overbevisningsverdi, men ellers liten selvstendig rettskildeverdi.<sup>13</sup> Samtidig vanskeliggjør også det store omfanget saker mulighetene for å skaffe et representativt bilde.<sup>14</sup> Underrettene antas også generelt mer

---

<sup>8</sup> Andenæs (2009) s. 41

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

<sup>11</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

<sup>12</sup> Ot.prp. nr. 41(1975-1976) s. 72

<sup>13</sup> Andenæs (2009) s. 97

<sup>14</sup> Andenæs (2009) s. 96-97

arbeidstakervennlige enn Høyesterett, noe som kan svekke avgjørelsens representativitet ytterligere.<sup>15</sup>

Samtidig fremheves noen avgjørelser som særlig prinsipielle både i rettspraksis og teori. I tilfeller der anke er nektet fremmet til Høyesterett, vil sakene kunne ha økt argumentasjonsverdi. Selv disse avgjørelsene må imidlertid antas å ha begrenset rettskildemessig verdi som underrettspraksis, og har ikke særlig prejudikatsvirkning.<sup>16</sup> At saken ikke behandles i Høyesterett, kan ikke tas til inntekt for at Høyesterett er enige i resultatet.

### **1.2.3.3 Arbeidsrettens avgjørelser**

Arbeidsretten er en særdomstol som løser tvister om tariffavtalers gyldighet, forståelse eller eksistens mv., jf. arbeidstvistloven §§ 33 flg. Tolkningen skal gjelde for enhver senere avtale som bygger på tariffavtalen, jf. arbtvl. § 34 andre ledd. Avgjørelsene kan som hovedregel heller ikke ankes, jf. arbtvl. § 58 femte ledd.

Arbeidsrettens avgjørelser har altså stor betydning, og det hevdes derfor i teorien at avgjørelsene har tilnærmet lik rettskildemessig vekt som Høyesterettsdommer innen sitt område.<sup>17</sup> Noe praksis fra Arbeidsrettens område vil benyttes. Det må imidlertid merkes at kun tariffavtalenes parter kan føre sak for Arbeidsretten, jf. arbtvl. § 33, jf. § 1. Den enkelte arbeidstaker er henvist til de alminnelige domstolene.

### **1.2.4 Arbeidsavtaler**

Arbeidstaker har i kraft av sin privatautonomi adgang til å inngå bindende avtaler. Arbeidsforholdet har nettopp sitt grunnlag i en individuell arbeidsavtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og alminnelige avtalerettslige regler gjelder derfor som utgangspunkt. Oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljøloven § 15-7 er imidlertid ufravikelig, jf. § 1-9, og arbeidsavtalene må ses i lys av preseptorisk lovgivning.

---

<sup>15</sup> Fougner mfl. (2011) s. 29

<sup>16</sup> jf. Rt. 2009 s. 780 avsnitt 32 (straffesak)

<sup>17</sup> Fougner mfl. (2011) s. 30

## 1.2.5 Tariffavtaler

Arbeidstvistloven § 1 bokstav e definerer en tariffavtale som en

*”avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold”.*

Tariffavtalen er rettslig bindende og gjensidig forpliktende for de parter som tilsluttes denne, jf. alminnelige avtalerettslige regler. Et særlig trekk er at tariffavtalene også er direkte bindende for medlemmer som ellers omfattes av avtalen, ikke bare avtalepartene.<sup>18</sup>

Det eksisterer en rekke tariffavtaler på området. Fremstillingen begrenses derfor til Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) 2014-2017, heretter Hovedavtalen. Tariffavtalen dekker store deler av arbeidslivet og anvendes ofte som mal for utformingen av lokale avtaler. Hovedavtalen § 8-2 og kravet om at ansiennitet kan fravikes dersom det foreligger *”saklig grunn”*, anses representativ for rettstilstanden generelt i tariffavtalte oppsigelsestilfeller.<sup>19</sup>

Flere virksomheter er også deltakere i landsdekkende underavtaler med de enkelte forbund og landsforeninger tilsluttet LO og NHO, og under disse igjen lokale avtaler eller særavtaler ved den aktuelle bedrift.<sup>20</sup> Underavtalene behandles ikke, men det må merkes at det ofte også inngås lokale avtaler om å følge ansiennitet som utvelgelseskriterium.

## 1.3 Om den videre fremstilling

Problemstillingen er *i hvilken utstrekning arbeidsgiver har og bør ha plikt til å vektlegge ansiennitetshensyn under nedbemanningsprosessen*. Det må imidlertid presiseres at en eventuell plikt til å vektlegge ansiennitet ikke er lovfestet, og at det avgjørende i alle tilfeller er om nedbemanningsprosessen er gyldig etter lovfestede og ulovfestede regler om oppsigelsesvern. Reglene behandles derfor i fremstillingens del 2 og 3. Ansiennitet som utvelgelseskriterium presenteres i del 4.

Ansiennitetshensynets relative betydning vil illustreres ved en analytisk sammenligning i del 5 og 6. Her sammenholdes tilfeller der arbeidsgiver ikke har forpliktet seg ved avtale til å

---

<sup>18</sup> Stokke mfl. (2013) s. 136

<sup>19</sup> Johansen/Stueland (2011) s. 746

<sup>20</sup> Stokke mfl. (2013) s. 50



vektlegge ansiennitetshensyn med tilfeller der ansiennitet er uttrykkelig valgt som utvelgelseskriterium etter tariffavtale. Ansiennitetshensynets egenvekt og vekt i relasjon til andre faktorer vil drøftes, før det foretas en vurdering av hva som må anses som gjeldende rett. I del 7 stilles det deretter spørsmål ved om arbeidsgiver *bør* vektlegge ansiennitet i så stor utstrekning som gjøres i praksis.

# 2 OPPSIGELSESVERN VED NEDBEMANNINGER

## 2.1 Adgangen til nedbemanning

### 2.1.1 Rettslig grunnlag og begrensninger

Arbeidsforholdet har sitt grunnlag i en individuell arbeidsavtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Arbeidsavtalen bygger på forutsetningen om at arbeidsgiver har såkalt styringsrett i arbeidsforholdet, som gir en rett til å ”*organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet*”, se bl.a. Rt. 2000 s. 1602 Nøkk, side 1609. Nedbemanning har som mål å redusere arbeidsstokken, og kan derfor anses som del av arbeidsgivers organisatoriske rettigheter.<sup>21</sup> Nedbemanningsadgangen er altså hjemlet i arbeidsgivers styringsrett i arbeidsforholdet, jf. også Rt. 1989 s. 508 Christiania Spigerverk, side 513.<sup>22</sup>

Styringsretten gir unektelig arbeidsgiver en sterk posisjon i arbeidsforholdet, særlig sett i lys av at arbeids- og inntektsmuligheter anses som spesielt beskyttelsesverdige interesser for arbeidstakeren.<sup>23</sup> Historiske erfaringer viser også at arbeidsgiver har utnyttet maktposisjonen.<sup>24</sup> Fremveksten av et industrialisert samfunn og økt fokus på arbeidstakernes beskyttelsesverdige stilling ledet derfor opp til arbeidervernloven av 1936, som i § 33 innførte et begrenset stillingsvern på et område hvor arbeidsgiver tidligere hadde stått meget fritt.<sup>25</sup>

Arbeidsmiljøloven 1936 § 33 med senere lovendringer ble avløst av arbeidsmiljøloven av 1977, som i § 60 inntok et ubetinget oppsigelsesvern. I tråd med en parallell styrking av arbeidstakers interesser i rettspraksis<sup>26</sup>, inntok lovgiver samtidig vilkår om at omplussing måtte forsøkes, samt plikt til å foreta en konkret interesseavveining, jf. aml. 1977 § 60 nr. 2.

---

<sup>21</sup> Fougner mfl. (2011) s. 20

<sup>22</sup> Saken gjaldt oppsigelser ved nedleggelse av produksjonsanlegg i Oslo til fordel for tilsvarende virksomhet i Mo i Rana. Oppsigelsene var saklige.

<sup>23</sup> Se f.eks. Grunnloven § 110, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 6, arbeidsmiljølovens formålsparagraf i § 1-1 b)

<sup>24</sup> Johansen/Stueland (2011) s. 688

<sup>25</sup> Se f.eks. Rt. 1935 s. 467; oppsigelse kunne før dette tidspunkt skje ”[...]uten at behøve at angi eller paavise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet.”

<sup>26</sup> Rt. 1966 s. 393 Papyrus og Rt. 1972 s. 1330 Hotellbrann, behandles nærmere senere

Reglene innebar en styrking av arbeidstakers rettsstilling på et område hvor bedriftens økonomiske interesser tidligere hadde vært avgjørende.<sup>27</sup>

Någjeldende arbeidsmiljølov 2005 § 15-7 viderefører arbeidsmiljøloven 1977 § 60, uten endringer.<sup>28</sup> Bestemmelsen krever at oppsigelser i nedbemanningstilfellene skal være ”saklig begrunnet” i ”virksomhetens...forhold”, jf. første ledd. Saklighetskravets innhold utdypes i bestemmelsens andre ledd og er presisert i rettspraksis. Det stilles etter sistnevnte tilleggskrav om at også valget mellom arbeidstakere til oppsigelse må være saklig, jf. Rt. 1986 s. 879, side 886.

I tillegg til lovfestede begrensninger i arbeidsgivers styringsrett, kan arbeidsgiver også begrense styringsretten ytterligere gjennom tariffavtaler. Hovedavtalen § 8-2 utgjør en viktig begrensning i nedbemanningstilfellene. Bestemmelsen stadfester at ansienniteten kan fravikes når det foreligger ”saklig grunn”. Arbeidsgiver plikter i så tilfelle å følge den tariffestede fremgangsmåten for utvelgelse mellom arbeidstakere, i stedet for å foreta en vurdering ut fra utvelgelseskriterier stadfestet som saklige i rettspraksis.

For at stillingsvernsreglene skal ha noen praktisk realitet, er det imidlertid nødvendig å sikre at disse etterfølges i praksis. Arbeidsmiljøloven § 15-7 er derfor preseptorisk og kan ikke fravikes ved avtale ”til ugunst for arbeidstaker”, jf. aml. § 1-9. Ufravikelighetskravet i § 1-9 er en videreføring av tidligere arbeidsmiljølov 1977 § 5, uten realitetsendringer.<sup>29</sup>

Det er klart at også tariffavtalene må respektere saklighetskravets ufravikelighet.<sup>30</sup> Dette reiser både spørsmål om det i realiteten eksisterer forskjeller i utvelgesprosessen ved og uten tariffavtalte ansiennitetsklausuler, samt om tariffavtalenes tilleggsbegrensninger i arbeidsgivers styringsrett virkelig kan anses til arbeidstakers gunst i dagens samfunn, jf. § 1-9. Spørsmålene er sentrale i den videre fremstilling.

---

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18-19

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 303

<sup>30</sup> jf. f.eks. Rt. 1998 s. 1357: ”I følge arbeidsmiljøloven § 5 står en tariffavtale på samme måte som en individuell arbeidsavtale tilbake for lovens preseptoriske bestemmelser.”

## 2.1.2 Kort om masseoppsigelser

Et kjennetegn ved større nedbemanningsaksjoner er at tvisten normalt ikke står om oppsigelsesgrunnlaget saklighet generelt, men om valget mellom arbeidstakerne kan anses saklig.<sup>31</sup> Det er også allment antatt at tilslutning til tariffavtaler oftest forekommer i større bedrifter.<sup>32</sup> Selv om ansiennitetshensynet selvsagt kan være relevant også i mindre nedbemanningssituasjoner, tar fremstillingen tar derfor særlig sikte på større bemanningskutt fra bedrifter av en viss størrelse. De særlige regler som gjelder i slike tilfeller behandles derfor kort under.

Nedbemanningsprosesser som tar sikte på en reduksjon av minst 10 arbeidstakere innen et tidsrom på 30 dager, forstås som en ”*masseoppsigelse*”, jf. arbeidsmiljøloven § 15-2 første ledd. I slike tilfeller oppstiller loven særskilte opplysnings- og drøftelsesplikter i tillegg til det alminnelige saklighetskravet etter § 15-7. Formålet med bestemmelsen er å stimulere til dialog for å i størst mulig grad kunne unngå oppsigelser, jf. andre ledd. Reglene stammer fra EUs rådsdirektiv 98/59/EØF med tidligere versjoner, jf. aml. 1977 § 56A.<sup>33</sup>

Hvorvidt manglende overholdelse av saksbehandlingsreglene i § 15-2 også medfører at oppsigelsen anses usaklig, jf. § 15-7, er noe uklart og omstridt etter norsk rett.<sup>34</sup> Det alminnelige saklighetskravet oppstiller imidlertid krav om at oppsigelsesprosessen generelt må være forsvarlig.<sup>35</sup> Manglende overholdelse av saksbehandlingsreglene i § 15-2 kan være en indikasjon på at saklighetskravet i § 15-7 ikke er innfridd. Underrettspraksis legger derfor til grunn at dersom forsømmelsen sannsynligvis har fått innvirkning på oppsigelsene, kan dette medføre at oppsigelsen anses usaklig, jf. § 15-7.<sup>36</sup>

Arbeidsmiljøloven inneholder også særlige drøftelses- og saksbehandlingsregler i oppsigelsestilfellene, se særlig § 15-1 og §§ 5-3 flg. Hovedavtalen opererer i tillegg med supplerende opplysnings- og drøftelsesplikter.<sup>37</sup> I det følgende forutsettes at kravene etter arbeidsmiljøloven § 15-2 eller andre saksbehandlingsregler er fulgt.

---

<sup>31</sup> Fougner/Holo (2006) s. 731

<sup>32</sup> Stokke mfl. (2013) s. 41

<sup>33</sup> jf. Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 11 flg.

<sup>34</sup> Sammenlign EU-rettenes avgjørelser C-188/03 Junk og C-44/08 Fujitsu, som tilsynelatende tolker reglene som gyldighetsbetingelser, med uttalelser i Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 12 og f.eks. LF-2014-105830 som taler for det motsatte

<sup>35</sup> Johansen/Stueland (2011) s. 746

<sup>36</sup> jf. LF-2003-21015, LH-2003-13169

<sup>37</sup> Hovedavtalen §§ 9-1, 9-4 - 9-6 mfl.

## 2.2 Oppsigelsesvernet etter aml. § 15-7

### 2.2.1 Innledning

Arbeidsmiljøloven § 15-7 utgjør utgangspunktet for en vurdering av oppsigelsens gyldighet, uavhengig av om bedriften er bundet av tariffavtale eller ikke. En eventuell plikt til å vektlegge ansiennitet i utvelgelsesprosessen må således kunne forankres rettslig i saklighetskravet etter § 15-7 eller tariffavtalte klausuler utledet fra lovbestemmelsen.

Rettsvirkningen av at oppsigelsen anses usaklig er at den kjennes ugyldig, jf. aml. § 15-12 første ledd. Som konsekvens kan arbeidstaker kreve gjeninntreden i stillingen, samt erstatning for lidt økonomisk tap, jf. § 15-12 første og andre ledd.

### 2.2.2 Saklighetskravet

Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd stiller krav til at oppsigelsen er ”*saklig begrunnet*” i virksomhetens forhold. Saklighetskravet er en rettslig standard som forutsettes å følge den sosiale utviklingen i samfunnet.<sup>38</sup> Avgjørelsen må ta utgangspunkt i situasjonen slik den forelå på oppsigelsestidspunktet, likevel med et noe fremtidsrettet perspektiv.<sup>39</sup> Det skal foretas en bred og skjønnsmessig bedømmelse, der både virksomhetens og arbeidstakers interesser skal tas i betraktning, jf. aml. § 15-7 andre ledd. Slik uttrykt i Rt. 2009 s. 685 pkt. 52 er spørsmålet ”[...]om det etter en samlet avveining av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør”.<sup>40</sup>

I juridisk teori oppstykket saklighetsvurderingen ved nedbemanninger gjerne ned til fire kumulative vilkår, som alle inngår i en helhetsvurdering av oppsigelsens saklighet.<sup>41</sup>

Inndelingen vil benyttes i det følgende:

- i. Arbeidsgiver må påvise et saklig behov for å redusere antall ansatte, jf. ”*begrunnet i... virksomhetens forhold*” i § 15-7 første ledd, som behandles i del 2.2.3.

<sup>38</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72, jf. også lovens formålsparagraf i § 1-1 bokstav a

<sup>39</sup> jf. f.eks. RG 1988 s. 307 Frostating, NAD 1986 s. 524 Holt

<sup>40</sup> Rt. 2009 s. 685 pkt. 52. Oppsigelsen var begrunnet i arbeidstakers forhold, men anses likevel retningsgivende for hvilke krav som stilles etter bestemmelsen

<sup>41</sup> Inndelingen er hentet fra Storeng mfl. (2014) s. 511-512, tilpasset rekkefølgen i fremstillingen

- ii. Oppsigelsen må anses tilstrekkelig saklig begrunnet i virksomhetens interesser etter en *”avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker”*, jf. interesseavveiningen i § 15-7 andre ledd andre punktum, som behandles i del 2.2.4.
- iii. Oppsigelsen vil ikke anses saklig dersom arbeidsgiver har *”annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren”*, jf. § 15-7 andre ledd første punktum. Omplasseringsplikten er en viktig del av saklighetsvurderingen, men favner for vidt for videre behandling.
- iv. Valget mellom arbeidstakerne som henholdsvis beholdes og sies opp, må være saklig, jf. sikker ulovfestet rett.<sup>42</sup> Dette innebærer krav til at utvelgelsen må være forsvarlig, herunder foretas etter saklige utvelgelseskriterier og innen en saklig utvelgelseskrets.

Det fjerde elementet i saklighetsvurderingen, kravet til saklig utvelgelsesprosess, er fremstillingens sentrale tema. Øvrige elementer inngår imidlertid som vilkår i en samlet saklighetsvurdering og er viktige for å forstå utvelgelsesprosessen. Vilkårene behandles derfor under.

### **2.2.3 ”Virksomhetens forhold”**

Arbeidsmiljøloven § 15-7 krever at oppsigelser er *”saklig begrunnet”* i *”virksomhetens forhold”*, jf. første ledd. Ordlyden tilsier at motivet bak oppsigelsen må kunne føres tilbake til virksomhetens interesser. Arbeidsgiver kan heller ikke la utenforliggende eller utilstrekkelige hensyn utgjøre hovedmotivasjonen, jf. *”saklig”*.

Bestemmelsen stiller således krav til et legitimt formål bak bemanningsreduksjonen. Nedbemanningsprosesser har ofte som siktemål å oppnå en mer effektiv og kostnadsbesparende drift, og slike formål må normalt anses legitime. Et økonomisk formål er imidlertid heller ikke nødvendig, jf. eksempelvis Rt. 1989 s. 508 Christiania Spigerverk, der distriktsinteresser utgjorde begrunnelsen for nedbemanningen.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> jf. Rt. 1986 s. 879 Hillesland, s. 886, Rt. 2011 s. 609 SAS pkt. 60.

<sup>43</sup> Saken gjaldt nedleggelse av spikerverk i Oslo for å opprettholde sysselsetting i Mo i Rana. Oppsigelsen ble ansett saklig.

Arbeidsgiver tilkjennes i praksis en vid adgang til å selv vurdere om det foreligger behov for nedbemanningstiltak.<sup>44</sup> Det er virksomheten som er nærmest til vurdere hvordan driften skal og bør organiseres. Domstolen kan ikke pålegge virksomheten fortsatt drift utelukkende begrunnet i at virksomheten går med overskudd.<sup>45</sup> Dette ville være i strid både med arbeidsgivers styringsrett og den alminnelige privatautonomien i selskapsforhold. I tillegg kommer ansvaret overfor tredjepersoner, eksempelvis kreditorene, som ofte pålegger virksomheten en plikt til forsvarlig drift.<sup>46</sup>

Ut fra et bredere samfunnsmessig perspektiv kan en ulønnsom bedrift heller ikke anses i samfunnets, arbeidsgivers eller arbeidstakers beste interesse.<sup>47</sup> Dersom arbeidsgiver kan påvise et reelt behov for nedbemanning, vil begrunnelsen dermed normalt også anses ”saklig begrunnet” i virksomhetens behov, jf. § 15-7 første ledd. I praksis er derfor første del av saklighetsvurderingen normalt oppfylt, sml. inndelingen i del 2.2.2.

#### **2.2.4 Interesseavveiningen: Virksomhetens behov og arbeidstakers ulemper**

At arbeidsgiver kan påvise et saklig behov for å foreta nedbemanning, jf. del 2.2.3, innebærer likevel ikke i seg selv at oppsigelsen kan anses saklig i relasjon til arbeidstaker. Dersom det foreligger ”driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak”<sup>48</sup> pålegger arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd i tillegg både omplasseringsplikt og interesseavveining mellom virksomhetens behov for og arbeidstakers ulemper ved oppsigelsen, jf. henholdsvis første og andre punktum. Omplasseringsplikten behandles ikke nærmere.

Etter den lovfestede interesseavveiningen i § 15-7 andre ledd andre punktum skal saklighetsvurderingen tas i relasjon til den enkelte arbeidstakers ulemper. Selv om hensynet til arbeidstaker har kommet sterkere inn de senere år,<sup>49</sup> har bedriften imidlertid også en rett og plikt til å påse at virksomheten drives på en måte som er markeditilpasset, effektiv og

---

<sup>44</sup> jf. Rt. 1989 s. 508 Christiania Spigerverk, RG-1985-128 Brynhildsen, RG-1991-1283 Jebsen mv., jf. også Fougner mfl. (2011) s. 250, Storeng mfl. (2014) s. 512, Dege (2003) s. 496 mv.

<sup>45</sup> Se f.eks. LE-2006-73231 Eidsivating: ”...[D]et er [ikke] et nødvendig vilkår for at en oppsigelse skal være saklig begrunnet i virksomhetens forhold at situasjonen er prekær.”

<sup>46</sup> jf. f.eks. lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskap §§ 3-4 og 3-5

<sup>47</sup> jf. Dege (2003) s. 496

<sup>48</sup> ”Driftsinnskrenkning” og ”rasjonaliseringstiltak” kan henholdsvis forstås som reduksjon av økonomisk aktivitet eller tiltak som vil gi økt produktivitet, jf. Dege (2003) s. 576. Begrepene er ikke uttømmende, jf. forutsetningsvis Rt. 1989 s. 508 Christiania Spigerverk vedrørende distriktsinteresser.

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18-19

bedriftsøkonomisk gunstig. Oppsigelsesvernet skal ikke true virksomhetens fortsatte eksistens, og de samme argumenter for å tillate virksomheten en vid skjønnsmargin ved vurdering av behovet for nedbemanningen kan anføres også her, sml. del 2.2.3.<sup>50</sup>

Det eksisterer altså en grense for hvilket ansvar virksomheten skal pålegges for arbeidstakers individuelle forhold. Arbeidsgiver kan ikke ha plikt til å drive en ulønnsom bedrift utelukkende for å beholde arbeidstakerne.<sup>51</sup> Dette gjelder særlig i dagens samfunn, hvor det i tillegg til lovfestede oppsigelsesfrister eksisterer offentlige støtteordninger for arbeidstakere som av ulike grunner er uten arbeid.<sup>52</sup> Arbeidsmiljøloven § 14-2 første ledd inneholder også rett til gjeninnsettelse i virksomheten på nærmere vilkår. Sistnevnte fungerer som en sikkerhetsventil mot misbruk av reglene.

At oppsigelsens konsekvenser er store for arbeidstakerne, kan altså ikke i seg selv medføre at oppsigelsen er usaklig.<sup>53</sup> Et reelt behov for nedbemanning ut fra virksomhetens interesser vil således fremdeles i dag anses mer tungtveiende i interesseavveiningen enn den enkelte arbeidstakers ulemper.

Selv om de fleste arbeidstakere vil ha ulemper som følge av oppsigelse, kan det imidlertid tenkes at noen arbeidstakere rammes hardere enn andre. Hensynet til konsekvens i rettsreglene tilsier at uvanlige ulemper bør hensyntas, ettersom arbeidsgiver direkte i lovtaksten pålegges en plikt til å ta hensyn til arbeidstakers ulemper, jf. § 15-7 andre ledd andre punktum. Den lovfestede interesseavveiningen mellom virksomhetens og arbeidstakers behov tilsier altså at den enkelte arbeidstakers ulemper bør tas i betraktning på annet vis.

På bakgrunn av overnevnte, er det i rettspraksis slått fast at hensynet til arbeidstakers ulemper kommer inn ved kravet til saklig valg mellom arbeidstakerne. Den sentrale dom er Rt. 1986 s. 879 Hillesland, som gjaldt oppsigelse av fire arbeidstakere ved et isolerglassfirma.

Virksomhetens vanskelige økonomiske situasjon innebar at oppsigelsene ble ansett ”*saklig begrunnet...i virksomhetens forhold*”, jf. aml. 1977 § 60.<sup>54</sup> Den lovfestede interesseavveiningen tilsa også at arbeidsgiver kunne gå til oppsigelser, selv om oppsigelsene

---

<sup>50</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18-19: regelen ”[...]innebærer [ikke]at rasjonalisering og driftsinnskrenkning skal utelukkes som oppsigelsesgrunn, der hvor dette fremstår som nødvendige forutsetninger for en forsvarlig drift...”

<sup>51</sup> Dege (2003) s. 496

<sup>52</sup> jf. lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven) § 1-1

<sup>53</sup> jf. Rt. 1986 s. 879 Hillesland s. 886

<sup>54</sup> jf. någjeldende arbeidsmiljølov 2005 § 15-7 første ledd



ville ramme arbeidstakerne hardt.<sup>55</sup> Det avgjørende var derfor om valget mellom arbeidstakerne kunne anses saklig.

Virksomheten hadde beholdt to arbeidstakere, henholdsvis eneforsørger og en eldre arbeidstaker, som ville rammes særlig hardt av oppsigelsen. Oppsagte arbeidstakere med lengre ansiennitet gikk til sak, og hevdet at vektlegging av arbeidstakers konkrete ulemper i utvelgelsesprosessen var usaklig. Høyesterett var ikke enig i saksøkernes påstand. Ettersom arbeidsgiver pliktet å vektlegge ulemper for arbeidstaker etter den lovfestede interesseavveiningen, tilsa hensynet til sammenheng og harmoni i regelverket at det samme også gjaldt ved valget mellom arbeidstakerne, jf. side 887. Oppsigelsene ble ansett saklige.

Avgjørelsen illustrerer godt nedbemanningstilfellenes særpreg. Normalt har behovet for bemanningsreduksjon sitt grunnlag i anerkjente forhold som anses ”*saklig begrunnet*” både i virksomhetens behov og i lys av arbeidstakers ulemper etter interesseavveiningen, jf. § 15-7 første og andre ledd. Det er derfor sjeldent tvist om selve grunnlaget for oppsigelsen. Arbeidstakers behov for vern ivaretas imidlertid ved kravet til at utvelgelsesprosessen skal være saklig.<sup>56</sup> Hensynet til arbeidstakerens konkrete ulemper, tilsvarende interesseavveiningen i § 15-7 andre ledd andre punktum, kommer således inn i utvelgelsesprosessen.

## 2.3 Domstolenes prøvingsrett

Arbeidsgiver tilkjennes et romslig skjønn til å selv vurdere behovet for nedbemanning, jf. del 2.2.3 og 2.2.4. Samtidig illustrerer rettspraksis at domstolene viker tilbake fra å overprøve virksomhetens bedriftsøkonomiske vurderinger.<sup>57</sup> Dette reiser spørsmål om domstolene må legge arbeidsgivers vurdering av forholdene til grunn.

Inngående domstolskontroll er nødvendig for at oppsigelsesvernet skal ha reell betydning. Domstolen vil ellers ikke kunne avdekke om begrunnelsen for nedbemanningen er reell og tilstrekkelig tungtveiende nok. Samtidig eksisterer faren for at ”fingert arbeidsmangel” ikke avdekkes, hvor motivet for nedbemanningen i realiteten er ønsket om å si opp en bestemt

---

<sup>55</sup> jf. någjeldende arbeidsmiljølov 2005 § 15-7 andre ledd

<sup>56</sup> Fougner/Holo (2006) s. 731

<sup>57</sup> jf. bl.a. Storeng mfl. (2014) s. 514

ansatt.<sup>58</sup> Domstolens tilbakeholdenhet kan derfor virke problematisk, særlig på et område hvor arbeidsgivers skjønnsmargin er vid.

Domstolenes prøvingsadgang var tidligere uklar.<sup>59</sup> Høyesterettsavgjørelsen i Rt. 1984 s. 1058 Haslund innebar imidlertid en tydeliggjøring. Saken gjaldt oppsigelse av skuespiller ved Nationaltheatret grunnet økonomiske forhold. Høyesterett fremhever at domstolenes prøvelsesrett er inngående og i realiteten nærmest ubegrenset, jf. side 1067. Domstolenes tilbakeholdenhet må på denne bakgrunn nok anses mer praktisk begrunnet enn som begrensninger i selve prøvelsesretten.<sup>60</sup>

Domstolsprøvingen tar imidlertid sikte på kontroll av sakens rettslige sider, ikke en inngående kontroll av et skjønnsmessig og ofte prognosebasert behov for nedbemanning. I praksis fokuseres det derfor særlig på motivet bak oppsigelsene, virksomhetens økonomiske situasjon, dokumentasjon og samarbeid med tillitsvalgte før øvrig.<sup>61</sup> I tillegg plikter arbeidsgiver å vurdere om det er mulig å foreta mindre inngripende tiltak, eksempelvis permitteringer,<sup>62</sup> for å oppnå en tilsvarende økonomisk bedring.<sup>63</sup> Jo større grunn til mistanke om omgåelse av stillingsvernsreglene, jo mer inngående prøving foretas i praksis.<sup>64</sup>

Det finnes imidlertid indikasjoner på at domstolenes overprøving er mindre inngående dersom det foreligger tariffavtale, jf. Rt. 2001 s. 71. Saken gjaldt oppsigelser etter virksomhetsoverdragelse, herunder spørsmålet om utmåling av ansiennitet der det var inngått avtale om en bestemt beregningsmåte. Høyesterett uttaler på side 82 at det

*”[...]må åpenbart være slik at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet.”*

Det kan hevdes at risikoen for ”fingert arbeidsmangel” i tariffavtalte tilfeller sikres ved forhandlinger med arbeidstakernes representanter, og at det derfor ikke foreligger samme behov for inngående overprøving i disse tilfeller. Arbeidsmiljølovens saklighetskrav krever

---

<sup>58</sup> Dege (2003) s. 581

<sup>59</sup> Se f.eks. Rt. 1977 s. 902 og Rt. 1982 s. 1729

<sup>60</sup> jf. LB-2004-45766 Borgarting, Jakhelln (2006) s. 430

<sup>61</sup> Se f.eks. Rt. 1992 s. 776, jf. Storeng mfl. (2014) s. 514, Jakhelln (2006) s. 430, Fougner mfl. (2011) s. 249 mv.

<sup>62</sup> Permitteringer er tilfeller der arbeidstaker ”midlertidig fratras arbeidsplikt i forbindelse med drifts- innskrenkning eller driftsstans”, jf. definisjon i lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering § 1

<sup>63</sup> Se f.eks. LF-1996-291, hvor oppsigelsens usaklighet knyttes til manglende vurdering av alternative tiltak

<sup>64</sup> Se f.eks. LA-2014-22766 (Agder)

imidlertid også i disse tilfeller at oppsigelsens samtlige sider er saklige, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7. Høyesterett fant nettopp øvrige sider av oppsigelsene ”klart” saklige, jf. side 83, noe som kan begrunne tilbakeholdenheten. Det kan derfor problematiseres om dommen har særlig rekkevidde utover avtaler om beregning av ansiennitet.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Bl.a. kritisert hos Johansen/Stueland (2011) s. 749 flg.

# 3 KRAVET TIL SAKLIG UTVELGELSE

## 3.1 Utvelgelsesprosessen

Dersom oppsigelsene generelt er funnet saklige ut fra virksomhetens behov, jf. del 2, gjenstår valget mellom hvilke arbeidstakere virksomheten skal beholde, og hvem som må gå.

Forretningsøkonomiske betraktninger tilsier at arbeidsgiver også her tilkjennes en vid beslutningsmargin, sml. 2.2.3 og 2.2.4. Arbeidstakers behov for vern sikres imidlertid ved kravet til at utvelgelsesprosessen må være saklig, jf. slik uttrykt i Rt. 1986 s. 879 Hillesland, side 886 flg.:

*”Ved avgjørelsen av hvilke av flere arbeidstakere som skal sies opp, gir ordlyden i § 60 nr. 2 ikke direkte veiledning, men et saklighetskrav vil selvsagt gjelde også her.”*<sup>66</sup>

Kjernen i kravet til saklig valg mellom arbeidstakerne er kravet til en forsvarlig utvelgelsesprosess.<sup>67</sup> Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene for saklig oppsigelse foreligger.<sup>68</sup> Forutsigbarhet antas som et viktig arbeidsrettslig prinsipp, og det er derfor viktig at prosessen er forhåndsdefinert og etterprøvbar.<sup>69</sup> Samtidig ønsker virksomheten også at innhenting av informasjon skal skje på en mest mulig effektiv og kostnadsbesparende måte. Dette innebærer i praksis at virksomheten ofte forhåndsdefinerer saklige *utvelgelseskriterier* som valget mellom arbeidstakerne baserer seg på, som deretter anvendes på en saklig *utvelgelseskrets*.

## 3.2 Utvelgelseskriteriene

Utvelgelseskriteriene kan forstås som forhåndsdefinerte retningslinjer for valget mellom arbeidstakerne. Arbeidsgiver er forpliktet ved lov til å foreslå slike i masseoppsigelsestilfellene, jf. aml. § 15-2 tredje ledd bokstav g, som pålegger arbeidsgiver å

---

<sup>66</sup> jf. någjeldende arbeidsmiljølov 2005 § 15-7 andre ledd

<sup>67</sup> Se f.eks. LE-2006-73231: ”[N]år bemanningsreduksjoner velges, er det etter arbeidsmiljøloven krav om saklighet ved utvelgelsen av de ansatte som skal sies opp, og det må foretas en forsvarlig saksbehandling som sikrer at saklighetsvurderingen kan etterprøves”, jf. også Johansen/Stueland (2011) s. 746

<sup>68</sup> Johansen/Stueland (2011) s.701

<sup>69</sup> Dege (2009) s. 657

oversende ”*forslag til kriterier for utvelgelse*”. Reglene i aml. § 15-2 kan imidlertid anses som lovfestede uttrykk for hva som regnes som forsvarlig saksbehandling i tråd med saklighetskravet, og prinsippene er derfor overførbare også til mindre nedbemanningssituasjoner.<sup>70</sup> Virksomheten kan også forplikte seg til å følge bestemte utvelgelseskriterier ved tariffavtale, jf. Hovedavtalen § 8-2. Dersom utvelgelseskriterier ikke er definert eller anvendes inkonsekvent, kan dette være indikasjon på en uforsvarlig saksbehandling generelt, som igjen kan få betydning for oppsigelsens gyldighet.<sup>71</sup>

Det er imidlertid klart at ”[o]gså utvelgelseskriteriene i en nedbemanningsprosess må være saklige”, jf. Rt. 2011 s. 609 SAS, avsnitt 60.<sup>72</sup> Sammenhengen i regelverket tilsier at arbeidsmiljøloven § 15-7 oppstiller ytre rammer også her. Utvelgelseskriteriene kan således ikke være basert på utenforliggende hensyn og må være tilstrekkelig tungtveiende, jf. ”*saklig begrunnet*” i § 15-7 første ledd. Utvelgelseskriteriene må videre kunne begrunnes i saklige momenter ut fra ”*virksomhetens forhold*”, jf. aml. § 15-7 første ledd. På den annens side skal ”*arbeidstakers ulemper*” også tas i betraktning, jf. interesseavveiningen i andre ledd.

Samlet sett må bedriften dermed anses berettiget til å fastsette ethvert utvelgelseskriterium som fremmer formålet bak nedbemanningen, såfremt kriteriene er saklige og forsvarlige i relasjon til arbeidstakers ulemper, sml. aml. § 15-7.<sup>73</sup> Utvelgelseskriteriene kan heller ikke utgjøre en usaklig forskjellsbehandling, jf. aml. § 13-3. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling må videre ses i lys av alminnelig prinsipper om likebehandling, som tilsier at utvelgelseskriteriene må følges konsekvent overfor samtlige arbeidstakere.<sup>74</sup>

Visse utvelgelseskriterier er uttrykkelig stadfestet som saklige i rettspraksis, og utvelgelsesprosessen bygger derfor ofte på en kombinasjon av flere anerkjente utvelgelseskriterier.<sup>75</sup> Ansiennitetshensynet er et slikt anerkjent kriterium.<sup>76</sup>

Ansiennitetshensynets gjennomslagskraft i vil imidlertid kunne variere ut fra hvilke andre utvelgelseskriterier som foreligger. Utvelgelseskriteriene ”kvalifikasjonshensyn” og ”sosiale forhold” er valgt for å illustrere ansiennitetshensynets relativitet og presenteres derfor under. Kriteriene er valgt ut fra illustrasjonshensyn og utgjør ikke uttømmende momenter.

---

<sup>70</sup> Dege (2009) s. 701

<sup>71</sup> Sml. slik tilsvarende etter aml. § 15-2, jf. pkt.2.1.3

<sup>72</sup> Saken gjaldt oppsigelse av ti flygere, hvor oppsigelsene ble ansett gyldige. Saken behandles nærmere senere

<sup>73</sup> jf. tilsvarende Rt. 1986 s. 879 Hillesland, sml. også Dege (2003) s. 612

<sup>74</sup> Johansen/Stueland (2011) s. 746

<sup>75</sup> jf. Rt. 1986 s. 879 Hillesland, se også Fougner mfl. (2011) s. 259

<sup>76</sup> Se f.eks. Fanebust (2013) s. 280, Storeng mfl. (2014) s. 518, Fougner mfl. (2011) s. 259

## 3.3 Andre sentrale utvelgelseskriterier

### 3.3.1 Kvalifikasjonshensyn

I en vanskelig økonomisk situasjon er det normalt nødvendig å beholde godt kvalifisert og anvendelig arbeidskraft som kan drive virksomheten fremover. En adgang til å vektlegge kvalifikasjoner i valget mellom arbeidstakerne, vil således i noen tilfeller kunne være avgjørende for om virksomheten overlever vanskelige økonomiske tider.

Kvalifikasjonshensyn utgjør derfor et viktig moment i utvelgelsesprosessen, og anses generelt som et saklig utvelgelseskriterium.<sup>77</sup>

Kvalifikasjonsbegrepet skal forstås vidt, og både formell og reell kompetanse omfattes.

Begrepet omfatter også egnethet av personlig art, slik som tilpasningsdyktighet, anvendelighet, samarbeidsevner, selvstendighet, lojalitet eller andre lignende egenskaper.<sup>78</sup>

Kvalifikasjonshensynets egenvekt vil i alle tilfeller være relativ, jf. også interesseavveiningen etter § 15-7 andre ledd andre punktum. Jo større behov arbeidsgiver kan påvise for å legge vekt på en bestemt kvalifikasjon, herunder kompetanse eller personlig egenskap, jo mer saklig vil det generelt være å legge vekt på dette.<sup>79</sup>

Det må fremheves at ansiennitet som utvelgelseskriterium ofte er uttrykk for årelang bransjekunnskap og dermed særlig kompetanse. Kvalifikasjonshensyn kan altså, avhengig av de konkrete forholdene, enten underbygge ansiennitetshensynets vekt eller trekke i motsatt retning.

### 3.3.2 Sosiale hensyn

Med sosiale hensyn menes arbeidstakers mulighet for å skaffe annet arbeid, alder, sykdom, forsørgelsesbyrde, gjeld med videre.<sup>80</sup> Slik fremhevet under del 2.2.4 tilsier sammenhengen i regelverket at arbeidstakers særlige ulemper ved oppsigelsen skal tas i betraktning dersom slike gjør seg gjeldende, sml. interesseavveiningen i § 15-7 andre ledd andre punktum.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Rt. 1986 s. 879 Hillesland s. 886

<sup>78</sup> Dege (2003) s. 612

<sup>79</sup> Se Storeng mfl. (2014) s. 526

<sup>80</sup> Johansen/Stueland (2011) s. 757

<sup>81</sup> Rt. 1986 s. 879 Hillesland

Hensynet til sosiale forhold anses derfor generelt som et saklig hensyn å ta i utvelgelsesprosessen. I Rt. 1986 s. 879 Hillesland begrunnet nettopp sosiale hensyn at virksomheten beholdt to arbeidstakere fremfor andre. Det kan likevel merkes at avgjørelsen kanskje ville fått et annet utslag i dag, etter lovfesting av diskrimineringsvernet i aml. § 13-1, se under.

Slik tilfellet er for kvalifikasjonshensyn, vil imidlertid også dette utvelgelseskriteriets egenvekt være relativt. Jo større ulemper arbeidstaker har som følge av oppsigelsen, jo tyngre vil hensynet til sosiale forhold telle med i vurderingen av oppsigelsens saklighet. I tilfeller der arbeidstaker har særlige ulemper som medfører en sårbar posisjon, eksempelvis svangerskap eller sykdom, oppstiller også loven et skjerpet oppsigelsesvern og økt tilretteleggingsplikt, jf. aml. §§ 15-8, 4-6 og 15-9.

Et godt eksempel på sosiale hensyns relative egenvekt er lagmannsrettsdommen LF-2002-115 Frostating. Saken gjaldt oppsigelse av yrkeshemmet produksjonsarbeider med 21 års ansiennitet. Arbeidstakers særlige helsemessige ulemper og vansker med å finne nytt arbeid påla arbeidsgiver en streng tilretteleggingsplikt. Dette var ikke oppfylt, og oppsigelsen ble ansett usaklig.

Utvelgelseskriteriets vekt vil imidlertid også variere ut fra hvilke andre hensyn som gjør seg gjeldende, herunder virksomhetens økonomiske stilling. RG 1984 s. 616 Agder er illustrerende. Saken gjaldt oppsigelse av arbeidstaker med 27 års ansettelsestid og betydelige ryggproblemer. Virksomhetens prekære økonomiske situasjon gjorde oppsigelsen saklig, selv om denne rammet den konkrete arbeidstaker hardt. Det fremheves at dersom virksomheten hadde stått sterkere økonomisk, ville resultatet blitt annerledes.

### **3.3.2.1 Særlig om alder**

Eldre arbeidstakere rammes hardt av oppsigelser, ettersom denne gruppen ofte har større vanskeligheter med å finne nytt arbeid og utkonkurreres av yngre arbeidstakere med forbedret formell kompetanse. Statistikk viser også at eldre arbeidstakere sjeldnere skifter arbeidsplass,

og høy alder er dermed ofte også sammenfallende med lang ansiennitet.<sup>82</sup> Det hevdes derfor at eldre arbeidstakere med lang ansiennitet har krav på et særlig sterkt stillingsvern.<sup>83</sup>

En særlig beskyttelse av eldre arbeidstakere ble lenge ansett saklig.<sup>84</sup> Diskrimineringsforbudet i någjeldende arbeidsmiljølov § 13-1,<sup>85</sup> forbyr imidlertid usaklig forskjellsbehandling på grunn av alder generelt, ikke bare høy alder. Det er etter endringen derfor noe tvilsomt om høy alder kan tillegges vekt i arbeidstakers favør, og det hevdes av enkelte at hensynet til høy alder derfor må vurderes langt mer kritisk i dag enn tidligere.<sup>86</sup>

Rt. 2011 s. 609 SAS kan muligens tas til inntekt for at hensynet til høy alder er noe svekket sammenlignet med tidligere. Saken gjaldt oppsigelse av ti flygere, der eldre arbeidstakere gikk til søksmål om påstått usaklig oppsigelse grunnet forskjellsbehandling. SAS hadde beholdt yngre piloter med lavere ansiennitet enn de oppsagte. Flyselskapet ble frikjent under henvisning til at de oppsagte hadde en gunstig økonomisk fremtid selv etter oppsigelsene, mens de yngre arbeidstakerne med lav ansiennitet risikerte både økonomiske og yrkesmessige konsekvenser dersom de ble oppsagt. Formålet med aldersdiskrimineringen var å fremme sosialpolitiske hensyn, herunder den enkeltes mulighet til forsørgelse, jf. dommens avsnitt. 86, og dette måtte anses som et saklig hensyn, jf. aml. §§ 15-7, jf. 13-1. Det forelå ikke usaklig forskjellsbehandling.

Rettsstillingen i dag må formodentlig forstås slik at det ikke er høy alder i seg selv, men de særlige ulemper arbeidstaker har på arbeidsmarkedet, som i så tilfelle kan begrunne en prioritering av eldre arbeidstakere. I den forbindelse fremheves at yngre arbeidstakere, som oftere har forsørgelsesbyrde og låneforpliktelser, også rammes hardt.

### 3.4 Utvelgelseskreter

De fastsatte utvelgelseskriteriene, jf. del 3.2, må anvendes på en bestemt krets arbeidstakere. Utvelgelseskretsen kan utgjøre virksomheten som helhet, avdelinger, fagkategorier eller lignende, samt både store og små grupper.<sup>87</sup> Valg av utvelgelseskreter vil altså kunne få store

---

<sup>82</sup> Statistikk vedrørende jobbskifter blant eldre arbeidstakere, hentet fra Statistisk Sentralbyrås nettsider, publisert 05.12.2013, nedlastet 27.03.15

<sup>83</sup> Johansen/Stueland (2011) s. 755

<sup>84</sup> Se f.eks. Rt. 1966 s. 393, Rt. 1972 s. 1330

<sup>85</sup> Bestemmelsen bygger på EUs rammedirektiv 2000/78/EF, jf. Johansen/Stueland (2011) s. 483

<sup>86</sup> Storeng mfl. (2014) s. 527, Jakhelln mfl. (2011) s. 977

<sup>87</sup> Johansen/Stueland (2011) s. 760



konsekvenser for utvelgelsesprosessen, herunder også konkrete utvelgelseskriteriers egenvekt og gjennomslagskraft.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 inneholder ingen regler om utvelgelseskrets. Lovteksten anvender imidlertid ordet ”*virksomheten*”, og det er derfor naturlig at virksomheten som helhet utgjør utgangspunktet. Tolkningen støttes av Høyesterettspraksis, jf. Rt. 1992 s. 776 Sparebank Nord-Norge<sup>88</sup>, som stadfester at hele virksomheten utgjør utvelgelseskrets med mindre det er saklig grunn til å avgrense denne. Det avgjørende antas å være om avdelingsvis nedskjæring er i tråd med nedbemanningens formål.<sup>89</sup>

Forskjellige utvelgelseskretser kan medføre at ansiennitetshensynet som utvelgelseskriterium slår meget ulikt ut. Eksempelvis vil det spille en stor rolle om ansienniteten vurderes i forhold til 20 eller 100 arbeidstakere. Det vil også være vanskeligere å sammenligne kvalifikasjoner i en utvelgelseskrets bestående av både administrasjonsansatte og ingeniører enn kun sistnevnte. Der forholdet reguleres av Hovedavtalen § 8-2 kommer i tillegg spørsmålet om tariffstrid på spissen. Dette kompliserer forholdene ytterligere, særlig ettersom NHO og LO i stor grad er uenige om en begrenset utvelgelseskrets bør tillates etter Hovedavtalen eller ei.<sup>90</sup>

Spørsmålet om utvelgelseskrets er et omfattende tema, som også får direkte betydning for ansiennitetshensynets gjennomslagskraft og betydning. Det nøyes imidlertid med å vise til diskusjonen, og forutsettes i det følgende at utvelgelseskrets er saklig utvalgt.

---

<sup>88</sup> Saken gjaldt nedbemanning som følge av økonomisk nedgangstid. Høyesterett fant utvelgelseskretsene, basert på geografisk avgrensede filialer, saklige. Det ble lagt vekt på samarbeid med tillitsvalgte.

<sup>89</sup> Johansen/Stueland (2011) s. 761

<sup>90</sup> Sml. NHOs eksemplar av Hovedavtalen 2014-2017 med kommentarer, side 29 med LOs eksemplar av Hovedavtalen 2014-2017 med kommentarer, side 195, hvor utgangspunktet er det motsatte

# 4 ANSIENNITETSHENSYNET

## 4.1 Presentasjon

Ansiennitet kan forstås som sammenhengende tjenestetid i virksomheten, normalt beregnet fra tiltredelsestidspunktet.<sup>91</sup> Arbeidstaker har krav på at beregning av ansettelsestid gjennomføres konsekvent.<sup>92</sup> Nærmere regler for beregning av ansettelsestid og de særlige spørsmål fravær reiser, behandles ikke ytterligere. Det kan påpekes at dersom ansettelsestid er uriktig utmålt, kan oppsigelsen kjennes ugyldig på dette grunnlag, jf. Rt. 1962 s. 6.

Ansiennitetshensynet som utvelgelseskriterium har dype røtter i norsk arbeidsliv, men er ikke lovfestet. Det er derfor hensiktsmessig med en redegjørelse for ansiennitetshensynets rettslige forankring og bakgrunn.

## 4.2 Rettslig grunnlag

### 4.2.1 Uten tariffavtale

Arbeidsmiljøloven § 15-7 gir ingen retningslinjer for om ansiennitet skal tillegges vekt i utvelgelsesprosessen eller ikke. Historisk sett har imidlertid ansiennitetshensynet hatt stor betydning i norsk rett.

Det første lovfestede oppsigelsesvernet i arbeidervernloven av 1936 § 33 inneholdt et begrenset saklighetskrav, betinget nettopp av at arbeidstaker var av en viss alder og hadde vært ansatt en viss tid i virksomheten.<sup>93</sup> Tilsvarende fremhevet også forarbeidene til den tidligere lov at en oppsigelse kunne anses ”ubillig” dersom det ved valg av arbeidstakere ikke var tatt tilbørlig hensyn til vedkommendes lange tjeneste i bedriften.<sup>94</sup> Lovens forhistorie gir altså uttrykk for at ansiennitetshensynet er tillagt stor vekt.

Lang fartstid har også vært et vesentlig moment etter rettspraksis. Rt. 1966 s. 393 Papyrus regnes som et av de første, tydelige og prinsipielle eksempler. Saken gjaldt oppsigelse av en

---

<sup>91</sup> Fougner mfl. (2011) s. 305

<sup>92</sup> Rt. 1962 s. 6 Drammens Glassverk

<sup>93</sup> Dege (2003) s. 33-34

<sup>94</sup> Henvist til hos Dege (2003) s. 33-34

regnskapssjef med 28 års tjenestetid. Høyesterett fremholdt at vedkommendes lange tjenestetid og sterke tilknytning til bedriften ga arbeidstaker ”[...]rimelig krav på et særlig sterkt rettsvern...”, jf. side 402. Arbeidstaker ble tilkjent erstatning.

Dommen ble etterfulgt av Rt. 1972 s. 1330 Hotellbrann, som gjaldt oppsigelse av en bokholder med nesten 19 års tjenestetid. Under henvisning til Papyrusdommen tilkjente Høyesterett arbeidstakeren erstatning, særlig i lys av at arbeidstaker ikke var blitt gjort oppmerksom på muligheten for oppsigelse. Særlig sentralt for ansiennitetshensynets del er imidlertid uttalelsen på side 1333:

*”Dels krever rimelighetshensyn at alle sider ved den ansattes situasjon blir vurdert, og i særlig grad må det gjelde overfor en eldre ansatt med langvarig tjeneste...”*

Overnevnte synes således å hjemle hensynet til langvarig tjeneste i rimelighetshensyn på arbeidstakers side. Dette kan også betraktes i tråd med forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 § 60 nr. 2. Etter disse var en lovfestet interesseavveining mellom arbeidstakers ulemper og virksomhetens behov, jf. någjeldende arbeidsmiljølov § 15-7 andre ledd andre punktum, nettopp i samsvar med rettspraksis på området, som viste en tydelig større vektlegging av ”rimelighetsvurderinger” enn tidligere.<sup>95</sup>

En eventuell vektlegging av ansiennitetshensyn må etter overnevnte i dag anses å ha sin bakgrunn i de rimelighetshensyn som skal tas i arbeidstakers favør, jf. den nå lovfestede interesseavveiningen i § 15-7 andre ledd.<sup>96</sup> Momentet har samtidig økt rettskildemessig betydning ved at Høyesterett har gitt sin tilslutning gjennom langvarig praksis, også fra tiden før lovfesting av oppsigelsesvernet. Alminnelig oppfatning både i juridisk teori og samfunnet ellers er også at ansiennitetshensynet er et rettfærdig og objektivt kriterium, og det anses derfor alminnelig akseptert som et saklig hensyn i utvelgelsesprosessen.<sup>97</sup>

Hvorvidt overnevnte også medfører *plikt* til å vektlegge ansiennitetshensyn, vil imidlertid bero på om dette kan forankres i kravene til saklig utvelgelsesprosess i medhold av arbeidsmiljøloven § 15-7, se fremstillingens del 5.

---

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

<sup>96</sup> jf. f.eks. Dege (2009) s. 710: ”Man må kun oppfatte ansienniteten som et ledd i den rimelighetsvurderingen arbeidsgiver skal foreta ved utvelgelse.”

<sup>97</sup> Storeng mfl. (2014) s. 518

## 4.2.2 Ved tariffavtale

Arbeidsgiver kan i medhold av alminnelig privatautonomi forplikte seg til å følge ansiennitetshensyn som utvelgelseskriterium ved tariffavtale. Ved tilslutning til slik tariffavtale, kan arbeidsgiver sies å ha gitt avkall på å differensiere etter kvalifikasjoner eller andre forhold som ellers er akseptert som saklige utvelgelseskriterier. Arbeidsgiver har dermed forpliktet seg ved særskilt grunnlag til å legge særlig vekt på arbeidstakers ansettelsestid.<sup>98</sup>

Ved tariffavtale om at ansiennitetshensynet skal følges, vil det altså foreligge to rettslige grunnlag for at ansiennitet kan tillegges vekt. Dels kan vektlegging av ansiennitetshensyn hjemles i rimelighetshensyn som gjør seg gjeldende både ved og uten tariffavtale, se del 4.2.1. Samtidig foreligger i tillegg også et avtalerettslig grunnlag, tariffavtalen, som tilsier at ansiennitet kan tillegges vekt i utvelgelsesprosessen.

Hvorvidt tariffavtalen også medfører en *plikt* til å vektlegge ansiennitetshensyn vil imidlertid bero på om tariffavtalen, forankret i arbeidsmiljøloven § 15-7, utgjør et selvstendig grunnlag for en slik plikt, se del 6.

## 4.3 Innledende om ansiennitetshensynets relative vekt

Slik fremhevet både for utvelgelseskriteriene kvalifikasjonshensyn og sosiale forhold i fremstillingens del 3.3.1 og 3.3.2, vil også ansiennitetshensynets vekt kunne påvirkes av en rekke ulike forhold og derfor betegnes som relativ. Hovedlinjen trekkes mellom ansiennitetshensynets betydning i og utenfor tariffavtalte tilfeller, jf. del 5 og 6.

I de to hovedkategoriene vil først ansiennitetshensynets generelle betydning presenteres, herunder spørsmålet om arbeidsgiver som utgangspunkt *har plikt til å vektlegge ansiennitetshensyn i utvelgelsesprosessen*. Deretter presenteres ansiennitetshensynets *egenvekt*, som etter rettspraksis synes å variere ut fra *ansettelsesforholdets lengde og andres ansiennitet*. Ansiennitetshensynet vurderes deretter i lys av to andre sentrale utvelgelseskriterier, *kvalifikasjonshensyn* og *sosiale forhold*, presentert i del 3.3.1 og 3.3.2. Samlet sett gir utvalgte faktorer en god illustrasjon av ansiennitetshensynets relative karakter

---

<sup>98</sup> Fanebust (2013) s. 277

og grunnlag for å kunne besvare spørsmålet om ansiennitetshensyn *bør tillegges avgjørende vekt i utvelgelsesprosessen*, se del 7.

Ansiennitetshensynets gjennomslagskraft vil imidlertid også avhenge av hvilken økonomiske situasjon virksomheten befinner seg i. Rettspraksis viser at vanskelige økonomiske forhold etablerer en unntakstilstand, hvor hensynet til virksomhetens interesser i stor grad blir avgjørende uavhengig av arbeidstidens lengde, andre arbeidstakers ansiennitet eller øvrige faktorer i utvelgelsesprosessen. Virksomhetens økonomiske forhold behandles derfor uavhengig av øvrige påvirkningsfaktorer i del 4.4, men må tas i betraktning i den videre redegjørelse.

## 4.4 Særlig om virksomhetens økonomiske forhold

Etter interesseavveiningen i arbeidsmiljøloven §15-7 skal ulemper for arbeidstaker veies opp mot virksomhetens behov for nedbemanningen. Interesseavveiningen får, slik fremhevet tidligere, også betydning for valget mellom arbeidstakere, jf. Rt. 1986 s. 879 Hillesland, side 886. Vektlegging av ansettelsestid kan begrunnes i rimelighetshensyn på arbeidstakers side, som nødvendigvis må avveies mot virksomhetens behov for nedbemanningen. Oppfatningen i rettspraksis og teori er derfor også at jo større behov arbeidsgiver har for oppsigelsene, jo større frihet tilkjennes virksomheten i praksis til å selv vurdere hvilke hensyn som skal tillegges avgjørende vekt.<sup>99</sup> Økonomiske vanskeligheter kan også utgjøre en ”*saklig grunn*” for fravikelse av ansiennitet etter Hovedavtalen § 8-2.<sup>100</sup>

En økonomisk krise kan altså tilsi at virksomheten tilkjennes et større spillerom. Dette kan illustreres ved en sammenligning av rettspraksis. I Rt. 1967 s. 91 var behovet for nedbemanning særlig stort grunnet flere års underskudd, og en arbeidstaker med 41 års ansiennitet måtte derfor vike for virksomhetens interesser. Behovet for nedbemanning var imidlertid mindre presserende i Rt. 1966 s. 393, hvor bemanningsreduksjonen var begrunnet i de nye eiernes effektiviseringsønsker. En arbeidstaker med 28 års tjeneste burde derfor vært prioritert grunnet hans lange ansettelsestid. Ut fra en ren ansiennitetsvurdering synes arbeidsgiver i større grad forpliktet til å beholde arbeidstaker i første dom enn sistnevnte. Ansiennitetshensyn fikk imidlertid mindre betydning ettersom virksomhetens økonomiske situasjon var særlig presserende.

---

<sup>99</sup> Fougner mfl. (2011) s. 307, Storeng mfl. (2014) s. 515, Dege (2003) s. 586-587 mv.

<sup>100</sup> Se f.eks. RG 1990 s. 1098 Frostating, behandles i del 6

Rimelighetshensyn i arbeidstakers favør er imidlertid kommet sterkere inn de siste årene.<sup>101</sup> Rt. 1986 s. 879 Hillesland, som nettopp tas til inntekt for en styrket vektlegging av arbeidstakers ulemper<sup>102</sup>, legger imidlertid også stor vekt på bedriftens økonomiske situasjon, jf. side 886-887. I tillegg til sosiale forhold på arbeidstakers side, kunne en av de beholdte også anvendes i flere avdelinger. Bedriften kunne la slike kompetanseshensyn få stor tyngde, særlig i den vanskelige situasjon som forelå.

Overnevnte illustrerer således at en presset økonomisk situasjon på virksomhetens side tilsier en unntakstilstand, som kan innebære at ansiennitetshensyn får mindre vekt i vurderingen enn ellers. Uten en sunn bedriftsøkonomi eksisterer heller ingen arbeidsplasser, og en bedrift i en ekstraordinær økonomisk situasjon bør derfor kunne tillegge virksomhetens interesser større vekt enn ellers.<sup>103</sup> Forutsetningen er imidlertid at dette fremmer virksomhetens økonomiske formål, sml. saklighetsvurderingen i aml. § 15-7 første ledd.

---

<sup>101</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

<sup>102</sup> Dege (2003) s. 572

<sup>103</sup> jf. Dege (2009) s. 495

# 5 ANSIENNITETSHENSYNETS BETYDNING UTEN TARIFFAVTALE

## 5.1 Presentasjon

Hensynet til arbeidstakers ansettelsestid anses generelt som et saklig moment i utvelgelsesprosessen. Spørsmålet i det følgende er om arbeidsgiver *plikter* å vektlegge ansiennitetshensyn i tilfeller der bedriften ikke er pålagt dette ved tariffavtale. Dersom det ikke foreligger en slik plikt, er spørsmålet videre hvilken *relative betydning* ansiennitetshensynet ellers har i disse tilfeller.

Utgangspunktet utenfor tariffavtalte tilfeller er relativt klart. Selv om ansiennitetshensynet anses saklig, har arbeidsgiver som utgangspunkt *ikke plikt* til å legge avgjørende vekt på ansettelsestid. Selv om Høyesterett ikke tar direkte standpunkt til ansettelsestidens rettslige betydning i Rt. 1986 s. 879 Hillesland, anses sitatet på dommens side 886-887 representativt for rettstilstanden:

*” 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.[...] 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 ansienniteten uten videre skal være avgjørende.”*

Overnevnte forståelse er også i tråd med en naturlig tolkning av oppsigelsesvernet ved nedbemanning. Arbeidsmiljøloven § 15-7 gir ingen direkte holdepunkter for at arbeidsgiver plikter å vektlegge ansiennitetshensyn, tvert om heller at hensynet inngår som ledd i en helhetlig interesseavveining.<sup>104</sup>

Arbeidsmiljøloven § 15-7 kan altså ikke i seg selv anses som et tilstrekkelig grunnlag for en ubetinget plikt til å vektlegge ansiennitet, jf. også indirekte blant annet Rt. 2011 s. 609 SAS, avsnitt 62:

---

<sup>104</sup> jf. også Dege (2009) s. 710: ”Man må kun oppfatte ansienniteten som et ledd i den rimelighetsvurderingen arbeidstaker skal foreta ved utvelgelse.”

*”At man i en konkret situasjon velger å basere utvelgelsen på andre kriterier enn ansiennitet, kan ikke i seg selv føre til at oppsigelsene er usaklig begrunnet, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7.”*<sup>105</sup>

Saksøkernes anførsel i Rt. 1986 s. 879 Hillesland om at ansiennitetshensyn må anses rettslig bindende og forpliktende selv uten tariffavtale, jf. dommens side 882, er imidlertid et godt eksempel på en tilsynelatende utbredt misforståelse i praksis. Det er imidlertid forståelig at oppfatningen blant aktørene er et utgangspunkt om plikt til å vektlegge ansiennitet, og deretter spørsmål om å *fravike* ansienniteten. Selv Høyesterett bruker formuleringen ”*avvik fra ansiennitetsprinsippet*” i en dom som slår fast at arbeidsgiver som utgangspunkt *ikke* har en plikt til å vektlegge ansiennitet uten særlig grunnlag, jf. side 887.

At arbeidsgiver som utgangspunkt ikke har plikt til å vektlegge ansiennitetshensyn, bekreftes imidlertid av en tilnærmet samstemmig juridisk litteratur.<sup>106</sup> Samlet sett må det derfor anses som sikker rett at arbeidsgiver som utgangspunkt *ikke* har plikt til å vektlegge ansiennitetshensyn i utvelgelsesprosessen. Dersom det skal foreligge en slik plikt, må det foreligge særskilt grunnlag. Ansiennitetshensyn inngår altså som utgangspunkt på lik linje med øvrige utvelgelseshensyn.<sup>107</sup>

Selv om virksomheten ikke har en ubetinget plikt til å vektlegge ansiennitetshensyn uten særskilt grunnlag, anses imidlertid ansiennitetshensynet som et vesentlig moment etter aml. § 15-7. Ansiennitetshensyn kan etter omstendighetene også veie særlig tungt, alt avhengig av faktorer som påvirker ansiennitetshensynets egenvekt, samt hvilke andre utvelgelseskriterier som gjør seg gjeldende. Dersom omstendighetene i det konkrete tilfellet tilsier at ansiennitetshensynet skal tillegges særlig vekt, kan en manglende vektlegging derfor medføre at oppsigelsen likevel anses usaklig, jf. aml. § 15-7.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> Saken gjaldt direkte tariffestet avtale om ansiennitetsutvelgelse, men partene hadde inngått avtale om å fravike dette. Uttalelsen er derfor relevant.

<sup>106</sup> jf. f.eks. Fanebust (2013) s. 277, Jakhelln (2006) s. 440-441, Storeng mfl. (2014) s. 518, Dege (2009) s. 710

<sup>107</sup> Johansen/Stueland (2011) s. 749

<sup>108</sup> Rt. 1966 s. 393 Papyrus, Rt. 1972 s. 1330 Hotellbrann, RG 1992 s. 669, behandles under



## 5.2 Ansiennitethenssynets egenvekt

### 5.2.1 Egenvekt i relasjon til ansettelsesforholdets lengde

Ansettelsesforholdet oppretter et lojalitets- og tilknytningsforhold mellom partene, som naturligvis også styrkes ved tidens løp. Dersom arbeidstaker har vært ansatt lenge, kan arbeidstakers konkrete ulemper ved oppsigelsen ofte anses spesielt store, sml. interesseavveiningen i aml. § 15-7. Selv om arbeidsgiver som utgangspunkt ikke har plikt til å vektlegge ansettelsestid, kan således arbeidstakers særlige tilknytning til virksomheten tilsi annet.

Det er imidlertid først i langvarige ansettelsesforhold at tilknytningen kan begrunne en slik hensyntagen. Dommene i Rt 1966 s. 393 Papyrus og Rt. 1972 s. 1330 Hotellbrann, sammenholdt med Rt. 1986 s. 879 Hillesland, er illustrerende. I de to første avgjørelsene hadde arbeidstaker tjenestetid på rundt 20 år. Tilknytningen som ansettelsestiden representerte, tilsa at vedkommende burde beholdes i virksomheten. Slik uttalt i Rt. 1966 s. 393 Papyrus på side 396, hadde virksomheten i så tilfelle

*”[...]en sterk oppfordring til å gjøre sitt ytterste for å søke å unngå en oppsigelse overfor denne funksjonær som i så mange år hadde virket i bedriftens tjeneste og som hadde en så sterk tilknytning til bedriften.”*

I Rt. 1986 s. 879 Hillesland var ansiennitetshensyn mindre fremtredende. Arbeidstakerne hadde kun 4-8 års fartstid i virksomheten. Dette ble av Høyesterett fremhevet på side 887 som at

*”[...]ingen av de arbeidstakere som denne sak gjelder, har vært ansatt særlig lenge ved bedriften...”*

Lagmannsrettspraksis på området illustrerer også at jo kortere ansiennitet arbeidstaker har, jo mindre vekt vil hensynet til arbeidstid ha.<sup>109</sup> Ansiennitetshensynets egenvekt i rettsanvendelsesprosessen vil således avhenge av hvor lang arbeidstakers ansettelsestid er. På bakgrunn av rettspraksis og gjeldende oppfatning på området fremheves derfor i teorien at

---

<sup>109</sup> jf. RG-1995-6, RG-1992-669, LB-2005-86961, LB-2009-42380

ansiennitetshensyn skal tillegges vekt dersom ansettelsestiden er relativt lang, rundt 10-15 år.<sup>110</sup>

Det kan merkes at nyere juridisk litteratur, publisert i tidsskriftet *Arbeidsrett* våren 2015, stiller spørsmålstegn ved om ansiennitetshensynets egenvekt uten tariffavtale i realiteten avhenger i så stor grad av lengde som tidligere antatt.<sup>111</sup> Gommerud Våg kritiserer særlig den antatte grensen på 10-15 år. Det vises til at forarbeidene ikke nevner ansiennitetshensynets lengde som et moment. Grensen hevdes også utelukkende å ha sin bakgrunn i Jakhellns artikkel fra 1967 som tok utgangspunkt i underrettspraksis. Forfatteren kritiserer videre senere juridisk litteratur for å kun støtte opp Jakhellns artikkel, som under henvisningen til underrettspraksis hevdes å ha en svak rettskildemessig forankring.

Undertegnede er noe uenig i Gommerud Vågs kritikk. Forarbeidene til både tidligere og någjeldende lov er knappe, og det er derfor ikke overraskende at spørsmålet om ansiennitetshensynets vekt i relasjon til lengde ikke behandles der.<sup>112</sup> Det følger imidlertid av alminnelig rettskildelære at underrettspraksis har svak rettskildemessig forankring. Slik rettspraksis vil likevel, særlig i det omfang som her foreligger, ha betydelig argumentasjonsverdi.

Etter undertegneds mening er det imidlertid ikke nødvendig å fastsette en bestemt grense for når ansettelsestidens lengde berettiger en særskilt vektlegging. Ansiennitetshensynet får ikke økt tyngde utelukkende fordi en ”grense” på 10-15 år er overskredet, men fordi et langvarig ansettelsesforhold representerer en særlig tilknytning til virksomheten som bør respekteres. Det sentrale er at langvarig tjeneste, særlig i kombinasjon med andre sentrale hensyn, kan gi grunnlag for en *større* vektlegging av arbeidstakers konkrete ulemper ved oppsigelsen enn ellers, sml. den lovfestede interesseavveiningen etter § 15-7. Indikasjonene i rettspraksis på ansiennitetslengde rundt 10-15 år, kan etter undertegneds mening ikke forstås som annet enn forsiktige utgangspunkter i denne vurderingen.

At ansiennitetshensynet får særlig tyngde der ansettelsestiden er langvarig, underbygges også av de øvrige hensyn som legitimerer en vektlegging av ansettelsestid. Ansiennitetshensynet bygger på en tiltenkt korrelasjon mellom opparbeidet kompetanse og ansettelsestid, samt at

---

<sup>110</sup> jf. Jakhelln (1967) s. 122-134 pkt. V, Storeng mfl. (2014) s. 520 og 529, Fougner mfl. (2011) s. 310

<sup>111</sup> Gommerud Våg (2015) side 78 flg.

<sup>112</sup> Se f.eks. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72 vedr. lovfesting av dagjeldende § 60, som ikke behandles på mer enn én side

ansiennitet som utvelgelseskriterium oppleves rettferdig og objektivt. Det er først ved ansettelsestid av en viss varighet at arbeidstakeren har opparbeidet seg særlig kompetanse. Det er også først ved langvarig ansettelse at arbeidstakers lojalitet til selskapet begrunner at han velges fremfor andre, og at denne utvelgelsen oppleves rettferdig og objektivt for øvrige. Dette taler sterkt for at kun langvarig ansettelsestid kan begrunne en favorisering, med mindre arbeidsgiver på annet grunnlag har forpliktet seg til å legge vekt på selv kort ansettelsestid.

### **5.2.2 Egenvekt i relasjon til andres ansiennitet**

De argumenter som taler for at kun langvarig ansettelsestid begrunner en særlig vektlegging av ansiennitet, tilsier også at ansiennitetshensynets egenvekt vil variere ut fra hvor lang ansettelsestid øvrige arbeidstakere har. Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier at det skal foretas en interesseavveining mellom de ulike arbeidstakerne, der de konkrete arbeidstakernes ulemper med oppsigelsen må vektas mot hverandre. Dersom samtlige arbeidstakere har lang ansiennitet, vil samtlige også ha særlig tilknytning til virksomheten og dermed særlige ulemper ved oppsigelsen. De rimelighetshensyn som begrunner en særskilt vektlegging av ansiennitet vil derfor ikke slå til med samme tyngde.

Overnevnte synspunkt underbygges av Rt. 1986 s. 879 Hillesland side 886. I tillegg til kort ansettelsestid, eksisterte heller ingen betydelige forskjeller mellom arbeidstakerne.

Ansiennitetshensynets vekt var dermed begrenset.

## **5.3 Ansiennitetshensynets betydning i relasjon til andre utvelgelseshensyn**

### **5.3.1 Kvalifikasjonshensyn**

I en nedbemanningssituasjon er det viktig for arbeidsgiver å beholde godt kvalifiserte arbeidstakere som kan drive virksomheten videre. I mangel av særskilt grunnlag for annet, utgjør derfor kvalifikasjonshensyn normalt utgangspunktet for differensieringen.

Kvalifikasjonshensyn anses som et saklig utvelgelseskriterium og dersom dette anvendes konsekvent, plikter heller ikke arbeidsgiver å påvise annet grunnlag for valg mellom arbeidstakerne.<sup>113</sup> Utvelgelseskriteriets tilslutning i praksis kan illustreres av Rt. 1986 s. 879

---

<sup>113</sup> Fanebust (2013) s. 277

Hillesland. Høyesterett uttaler på side 887 at bedriften måtte kunne ta i betraktning forskjeller i kompetanse, erfaring og anvendelighet, særlig i lys av den økonomiske situasjon virksomheten befant seg i.

På den annen side favner kvalifikasjonsbegrepet vidt, og omfatter realkompetanse opparbeidet ved langvarig tjeneste i virksomheten så vel som formell utdanning. Ikke sjeldent er det derfor en korrelasjon mellom ansettelsestid og kvalifikasjoner. Ansettelsestid vil ha særlig tyngde dersom denne er langvarig. Dersom den konkrete ansatte har lang ansettelsestid i virksomheten og tilsvarende gode kvalifikasjoner, kan dette således tale for at arbeidsgiver må ta forholdene i betraktning.

LG-2000-00207 Gulating er illustrerende. Saken gjaldt oppsigelse av en datakonsulent med 14 års ansiennitet. Arbeidstaker hevdet at oppsigelsen var usaklig, ettersom han var forbigått av arbeidstaker med kun ett års ansiennitet, men med forbedret formell kompetanse.

Lagmannsretten var enig, og uttalte at

*”[...]det [må] imidlertid, dersom det skal differensieres etter kvalifikasjoner, samtidig tas i betraktning at ansiennitet er et målbart uttrykk for kvalifikasjoner. I nærværende sak er det ikke faktiske holdepunkter for bedriftens anførsel om at Cs nyere utdanning oppveide As faglige erfaring i kraft av hans betydelige lengre og relevante ansiennitet i bedriften...”* [eget tillegg]

Kvalifikasjonsbegrepets vide omfang gir samtidig også adgang til å vektlegge egnethet på mer generelt grunnlag. RG 2001 s. 1276 Frostating er illustrerende. Saken gjaldt oppsigelse av en doktoringeniør med 12 års ansiennitet og god formell utdanning. Ansettelsestiden var langvarig, og tilknytningen til virksomheten kunne således tilsi særlig hensyntagen. Oppsigelsen ble likevel funnet saklig, ettersom bedriften måtte ha anledning til å vektlegge vesentlig svikter i samarbeidsevner og manglende lojalitet overfor ledelsen, spesielt sett i lys av virksomhetens økonomiske stilling.

Selv om kompetansehensyn kan tale for at bedriften kan se bort ifra ansettelsestid også der denne er langvarig, er det imidlertid ikke helt entydig etter rettspraksis hva som kreves. Rt. 1984 s. 1058 Haslund, som gjaldt oppsigelse av skuespiller ved Nationalteatret, er illustrerende. Dissensen mellom flertallet og mindretallet gjaldt nettopp vektleggingen av skuespillerens 9 ½-årige ansiennitet. Flertallet mente fravikelse var berettiget, ettersom det

var tale om et meget spesielt yrke hvor skuespilleren ikke lenger hadde den nødvendige kompetanse. Etter mindretallets mening innbydde det på den annen side til ”*betydelige motforestillinger*” at en ansatt med så lang fartstid i virksomheten kunne sies opp grunnet manglende kvalifikasjoner, jf. side 1072. Dommen illustrerer således at selv Høyesterett er uklar vedrørende hvor grensen mellom kompetansehensyn og ansiennitetshensyn skal trekkes.

Det må imidlertid påpekes at selv om kvalifikasjonshensyn ofte utgjør utgangspunktet for vurderingen utenfor tariffavtalte tilfeller, skal det foretas en bred vurdering der også ansettelsestid og klare sosiale og menneskelige forhold kommer inn, sml. aml. § 15-7. I tilfeller der en særskilt kompetanse er spesielt viktig for virksomheten, kan det tenkes at kompetansehensyn tillegges stor vekt, særlig sett i lys av virksomhetens økonomiske situasjon. På den annen side viser også fremstillingen at dersom hensynet til kvalifikasjoner og ansiennitetshensyn trekker i samme retning, kan dette tale for økt vektlegging av begge momentene.

### **5.3.2 Sosiale hensyn**

Hensynet til sosiale eller menneskelige hensyn fokuserer på ulempene oppsigelsen påfører arbeidstaker, se del 3.3.2. Lang ansettelsestid innebærer også ofte en spesiell tilknytning til arbeidsforholdet, som tilsier at oppsigelsen rammer arbeidstaker særlig hardt. De samme hensyn som tilsier en styrket vektlegging av ansiennitet ved langvarig tilknytning, sml. del 5.2.1, tilsier dermed også at sosiale hensyn generelt bør vektlegges. Det er derfor ikke overraskende at ansiennitetshensynet og hensynet til sosiale forhold ofte trekker i samme retning i helhetsvurderingen etter aml. § 15-7.

Statistikk viser også at eldre arbeidstakere skifter arbeid sjeldnere enn yngre, og lang ansettelsestid er dermed også ofte sammenfallende med høy alder.<sup>114</sup> Slik fremhevet tidligere, antas imidlertid hensynet til alder noe svekket ved det lovfestede diskrimineringsvernet i aml. § 13-1, som forbyr usaklig forskjellsbehandling både ved høy og lav alder. Det avgjørende for en eventuelt prioritering ut fra sosiale forhold kan dermed ikke være alder i seg selv, men om arbeidstakeren har særlige ulemper ved oppsigelsen, eksempelvis vanskeligheter med å finne nytt arbeid. En tilsvarende tolkning følger av Rt. 1986 s. 879 Hillesland. Arbeidstakers høye

---

<sup>114</sup> Statistikk vedrørende jobbskifter blant eldre arbeidstakere, hentet fra Statistisk Sentralbyrås nettsider, publisert 05.12.2013, nedlastet 27.03.15

alder medførte at han ”ville ha større vansker enn de øvrige med å få nytt arbeid”, og dette var saklig av arbeidsgiver å vektlegge, jf. side 885.

På den annen side opplever også yngre arbeidstakere betydelige ulemper som følge av oppsigelsene. Gruppen har oftere forsørgelsesbyrde og betydelige huslån, som ofte er et tilbaketog stadium for eldre arbeidstakere. Overnevnte dom, Rt. 1986 s 879 Hillesland, er her samtidig illustrerende for at også yngre arbeidstakere kan ha særlige ulemper knyttet til oppsigelsen. Den andre arbeidstakeren som var prioritert fremfor øvrige med lengre ansiennitet, hadde forsørgelsesbyrde for et lite barn. Det var derfor saklig av bedriften å beholde vedkommende.

Det må også nevnes at hyppige nedbemanningsprosesser innenfor samme bransje kan gjøre det praktisk umulig for yngre arbeidstakere å opparbeide seg tilstrekkelig ansettelsestid. Rt. 2011 s. 609 SAS er illustrerende for at også slike ulemper må kunne tillegges vekt. Saken gjaldt oppsigelse av ti flygere, der yngre arbeidstakere var beholdt fremfor eldre med betydelig lengre ansiennitet. Høyesterett fant det ikke usaklig å beholde de yngre arbeidstakerne. Disse ville, i motsetning til sine eldre kollegaer, oppleve betydelig økonomisk usikkerhet som følge av oppsigelsene.

Sosiale hensyn kan altså enten underbygge ansiennitetshensynets gjennomslagskraft eller tale i motsatt retning. Også dette utvelgelseskriteriet er imidlertid kun et moment i helhetsvurderingen av om oppsigelsen er saklig etter arbeidsmiljøloven § 15-7.

## **5.4 Ansiennitetshensynets betydning etter gjeldende rett uten tariffavtale**

Gjeldende rett i dag må være at arbeidsgiver som utgangspunkt *ikke* har en ubetinget plikt til å følge ansiennitet ved oppsigelser grunnet virksomhetens forhold utenfor tariffavtalte tilfeller.

Hensynet til ansettelsestid anses imidlertid fremdeles som et vesentlig moment i vurderingen av oppsigelsens saklighet etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Situasjonen i den konkrete sak kan også berettigge en særlig vektlegging. Slik fremstillingen over viser, vil utvelgelseskriteriet ha økt tyngde der arbeidstakers ansettelsesforhold er langvarig og skiller seg fra andres ansiennitet, samt også dersom andre utvelgelseskriterier, eksempelvis kvalifikasjonshensyn eller sosiale forhold, trekker i samme retning. Dersom forholdene taler for en ytterligere

vektlegging av ansettelsestid, vil bedriften således likevel kunne ha en plikt til å vektlegge hensynet i nedbemanningsprosessen, selv utenfor tariffavtalte tilfeller.

En eventuell vektlegging av ansiennitet som forutsetning for saklig oppsigelse i slike tilfeller kan imidlertid ikke begrunnes i at det foreligger en selvstendig, ubetinget *plikt* til å vektlegge ansiennitetshensyn på generelt grunnlag. Dette må heller søkes hjemlet i at hensynet til ansettelsestid *veier særlig tungt* i det konkrete tilfellet, enten alene eller i korrelasjon med andre utvelgelseskriterier. En eventuell vektlegging av ansiennitet vil således følge av alminnelige vektingsprinsipper, som nettopp tilsier at dersom en bestemt løsning har overvekt i relasjon til øvrige rettskildefaktorer i vektingsprosessen, bør løsningen legges til grunn for rettsspørsmålet.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> Nygaard (2004) s. 36

# 6 ANSIENNITETSHENSYNETS BETYDNING VED TARIFFAVTALE

## 6.1 Presentasjon

Arbeidsgiver har som utgangspunkt ikke plikt til å vektlegge ansiennitetshensyn i utvelgelsesprosessen, se del 5, med mindre det foreligger særskilt grunnlag for annet. Tariffavtaler om at ansiennitet skal følges kan utgjøre et slikt grunnlag. Arbeidsgiver kan i slike tilfeller anses å ha gitt avkall på differensiering etter kvalifikasjoner, og i stedet forpliktet seg til å legge ansiennitetshensyn til grunn for valget mellom arbeidstakerne.<sup>116</sup>

Spørsmålet i det følgende er dermed om Hovedavtalen § 8-2 medfører en *plikt til å vektlegge ansiennitet*, samt hvilken *relative betydning* ansiennitetshensynet ellers skal ha i disse tilfeller. For å besvare spørsmålet, må avtalen tolkes. Formålet med avtaletolkningen er å finne frem til partenes antatte felles forståelse, jf. alminnelige avtalerettslige prinsipper.<sup>117</sup>

Avtaletolkningen må ta utgangspunkt i avtalens ordlyd etter en objektiv språklig forståelse, ettersom avtaleteksten er det endelige uttrykk for partenes enighet. Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017 § 8-2 stadfester at

*”[v]ed oppsigelse på grunn av innskrenkning/rasjonalisering kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn”.*

Bestemmelsen erstattet tidligere § 9-12 med samme ordlyd. Ordlyden taler isolert sett for at ansiennitetshensynet utgjør startpunktet og at arbeidsgiver har en plikt til å vektlegge denne. Forholdene ”*kan*” imidlertid tale for en annen løsning. Ordlyden er således noe uklar.

I tråd med alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper kan imidlertid også tidligere praksis mellom partene være av relevans. Dette gjelder særlig for tariffavtalenes vedkommende, ettersom disse ofte strekker seg over en lengre tidsperiode og har tidligere reguleringer som

---

<sup>116</sup> Fanebust (2013) s. 277

<sup>117</sup> Nygaard (2004) s. 344



kan belyse innholdet.<sup>118</sup> Någjeldende § 8-2, jf. tidligere § 9-12, erstattet i 1994 tidligere § 9-6. Den tidligere ordlyden slo fast at

*”[v]ed oppsigelse på grunn av innskrenkninger/omlegginger skal ansienniteten, under ellers like vilkår, følges.”*

Den tidligere bestemmelsen fremhevet altså at arbeidstaker ”skal” følge ansiennitet, med mindre forskjeller mellom arbeidstakerne tilsier en annen regulering. Ved protokollførsel til endringen poengteres det av NHO at den nye ordlyden ikke tilsiktet rettslige endringer, og at samme forståelse således skal legges til grunn etter någjeldende § 8-2.

Partenes forståelser av ordlyden i tariffavtalen skal imidlertid også være av stor betydning, særlig der det er enighet rundt en bestemt forståelse. Både NHO og LO utgir Hovedavtalen med egne kommentarer, som dermed gir viktige bidrag til forståelsen. I NHOs kommentarer til Hovedavtalen § 8-2 stadfestes at

*”Bestemmelsen innebærer ikke at man ved oppsigelser som følge av innskrenkninger e.l er forpliktet til å følge ansienniteten, men at tjenestetid er et av de momenter som skal tas med ved vurderingen. Ansiennitet er med andre ord et (av flere) saklige utvelgelseskriterier...”<sup>119</sup>*

NHOs forståelse av bestemmelsen synes således sammenfallende med den forståelse som legges til grunn utenfor tariffavtalte tilfeller, der arbeidsgiver ikke synes forpliktet til å følge ansiennitet, se fremstillingens del 5. På den annen side fremhever imidlertid LO i sine kommentarer til § 8-2 at

*”Bestemmelsen fastslår at bedriften som hovedregel skal følge ansiennitetsprinsippet ved innskrenkninger. Ansiennitetsprinsippet kan likevel fravikes når det foreligger saklig grunn. Det vil aldri foreligge saklig grunn dersom det foreligger like vilkår. Bestemmelsen medfører at ansienniteten som hovedregel skal følges også i tilfeller hvor det ikke er like vilkår.”<sup>120</sup>*

---

<sup>118</sup> Stokke mfl. (2013) s. 134

<sup>119</sup> NHOs kopi av Hovedavtalen med kommentarer, se kopiens side 28

<sup>120</sup> LOs kopi av Hovedavtalen med kommentarer, se kopiens side 193

LOs forståelse synes således å være at arbeidsgiver som utgangspunkt har plikt til å følge ansienniteten, med mindre det foreligger andre, saklige hensyn som tilsier en annen løsning. Denne tolkningen synes best i tråd med en naturlig fortolkning av ordlyden, samt den tidligere ordlyden som anvendte ordet ”skal”. Et ytterligere moment i favør av denne forståelsen, er LOs videre henvisning i kommentarutgaven:

*”I 2013 krevde NHO at ansiennitet kun skulle inngå som ett av flere momenter i saklighetsvurderingen. Kravet ble ikke tatt til følge.”*

LOs kommentar tilsier at den forståelse partene har blitt enige om, nettopp er en plikt til å følge ansiennitetshensyn dersom ikke forholdene taler for annet. Denne tolkningen er også best i tråd med avtalens ordlyd og den tidligere reguleringen.

Overnevnte må ses i lys av rettspraksis på området. RG. 1990 s.1098 Frostating, som gjaldt forståelse av tidligere ordlyd, ”*under ellers like vilkår*”, er illustrerende. Saken gjaldt masseoppsigelser ved en betongelementfabrikk, herunder spørsmålet om fravikelse av ansiennitet var tariffstridig og usaklig. Tariffavtalen medførte etter lagmannsrettens syn en rettslig forpliktelse for bedriften til å følge ansiennitet som utgangspunkt. Samtidig uttaler lagmannsretten på side 1105 at bestemmelsen ikke innebar en ”*ubetinget plikt*” til å følge ansiennitet, men at det måtte foreligge saklige grunner for fravikelse. Uttalelsen kan således tas til inntekt for at det ikke kan oppstilles en plikt til å vektlegge ansiennitet i disse tilfeller.

På den annen side illustrerer ARD-2006-286 at en utvelgelsesprosess som ser helt bort fra ansiennitet, anses i strid med kravet etter den tilsvarende Funksjonærhovedavtalen mellom NHO og LO/FLT § 9-12, se avgjørelsens pkt. 72 flg. Ordlyden er lik Hovedavtalen § 8-2.

Etter avgjørelsen kan arbeidsgiver altså ikke se helt bort fra ansiennitetshensyn, noe som tilsier at arbeidsgiver som utgangspunkt *plikter* å ta hensyn til ansiennitetshensyn.

Avgjørelsen er i tråd med både avtalens ordlyd og praksis mellom partene og har en særskilt rettskildemessig forankring, jf. arbtvl. § 34 andre ledd.

Samlet sett må utgangspunktet ved tilslutning til Hovedavtalen derfor være at arbeidsgiver som utgangspunkt *plikter* å følge ansiennitetshensynet ved nedbemanning. Denne plikten er imidlertid ikke ubetinget, ettersom det åpnes for unntak, jf. ”*saklig grunn*” i § 8-2. I disse tilfeller er ansiennitetshensynet utgangspunktet, med mindre andre hensyn berettiger en *fravikelse*.

Utgangspunktet om plikt til å vektlegge ansiennitet med mindre forholdene taler for annet, står i kontrast til forholdene utenfor tariffavtale. I sistnevnte tilfeller er utgangspunktet det motsatte, nettopp at ansiennitetshensyn *ikke pliktes vektlagt* med mindre særlige forhold tilsier at det *likevel* skal vektlegges. Skillet medfører naturlig nok at ansiennitetshensynet får større vekt ved nedbemanning i virksomheter som er bundet av Hovedavtalen enn i virksomheter som ikke er det.

Plikten er imidlertid en logisk slutning, ettersom det i tariffavtalte tilfeller eksisterer et dobbelt rettskildegrunnlag for anvendelse av ansiennitetshensynet, se del 4.2.2. I tillegg til et rettslig grunnlag i rimelighetshensyn, har ansiennitetshensynet i slike tilfeller også hjemmel i tariffavtalen. Arbeidsgiver har frivillig gått med på å begrense sin styringsrett og valgfrihet ved oppsigelser, og det er derfor naturlig at avtalen legger begrensninger.

## **6.2 Ansiennitetshensynets egenvekt**

### **6.2.1 Egenvekt i relasjon til arbeidsforholdets lengde**

Ansiennitetshensynet vil i tariffavtalte tilfeller utgjøre utgangspunktet for vurderingen. Det foreligger en plikt til å ta ansiennitetshensyn i betraktning, og momentets egenvekt er således i utgangspunktet tungtveiende i seg selv. Egenvekten er derfor også i prinsippet heller ikke påvirket av ansettelsesforholdets lengde.

Praksis viser imidlertid at dersom ansettelsestidens lengde er særlig kort, skal det mindre til for å fravike ansiennitet ut fra ”*saklig grunn*” i det konkrete tilfellet, jf. Hovedavtalen § 8-2. ARD-2009-5 kan tas til inntekt for dette. Saken gjaldt permitteringer, hvor det kan merkes at ansiennitetshensyn generelt tillegges mindre vekt grunnet tiltakets midlertidige karakter. I pkt. 35 uttaler retten at kort ansiennitet på rundt 1-3 år ville ha mindre vekt enn langvarig tjenestetid. Samtidig legger arbeidsretten samme sted stor vekt på at forskjellen i tjenestetid mellom arbeidstakerne var ”markant”. Avgjørelsen kan således tas til inntekt for at forskjeller i ansettelsestid er avgjørende i slike tilfeller, se 6.2.2.

## 6.2.2 Egenvekt i relasjon til andres ansiennitet

I tariffbunden virksomhet er ansiennitet som utvelgelseskriterium startpunkt for utvelgelsen mellom arbeidstakerne og dermed tungtveiende i seg selv. Der virksomheten er bundet av tariffavtale, skal derfor selv små ulikheter i tjenestetid tillegges vekt.<sup>121</sup>

Arbeidsrettens avgjørelse i ARD-2009-5, nevnt over, er illustrerende. Selv om ingen av arbeidstakerne hadde særlig lang ansettelsestid, ble en forskjell på 2 år og 2 måneder ansett som en ”markant” forskjell og tillagt avgjørende betydning.<sup>122</sup> Dette står i stor kontrast til forholdene utenfor tariffavtalte tilfeller, hvor forskjeller på 1-3 år mellom arbeidstakere ble betegnet som ”ikke betydelige forskjeller”, jf. Rt. 1986 s. 879 Hillesland, side 886.

Forskjellen ved og utenfor tariff kan søkes forklart i de ulike hensyn som begrunner en vektlegging av ansiennitet i de ulike tilfeller. Der arbeidsgiver ikke er bundet av tariffavtale, kan vektlegging av ansiennitet forklares ved at et langvarig ansettelsesforhold gir særlig tilknytning til virksomheten, samt kriteriets objektive og rettferdige karakter. Dersom øvrige arbeidstakere også har en slik tilknytning, vil ikke hensynene slå til med like stor tyngde. Det er derfor først ved relativt store forskjeller i ansiennitet at prioritering av arbeidstaker med lengst ansiennitet fremfor andre oppleves objektivt og rettferdig for øvrige.

I tariffavtalte tilfeller har imidlertid arbeidsgiver forpliktet seg på særskilt grunnlag, ved tariffavtalen, til å følge en bestemt ansiennitetsrekkefølge. De ansatte har dermed igjennom sine tillitsvalgte mv. normalt også en forventning om at ansienniteten følges konsekvent. Vektlegging av selv små forskjeller i ansiennitet vil således oppleves objektivt og rettferdig for øvrige, som dermed aksepterer en prioritering av den aktuelle arbeidstakeren på dette grunnlag.

RG 1990 s. 1098 Frostating, behandlet tidligere, er også illustrerende. Den tidligere ordlyden, ”under ellers like vilkår”, tilsa at ansiennitetshensyn skulle følges som utgangspunkt uavhengig av om ansiennitetsforskjellene var store eller små. Samtidig påpeker lagmannsretten også at små forskjeller i ansettelsestid kunne medføre at ansiennitetshensynet fikk *svakere* rettskildemessig status dersom arbeidstakerne ikke kunne anses like. Slik uttalt av lagmannsretten på side 1105:

---

<sup>121</sup> Fougner mfl. (2011) s. 305

<sup>122</sup> Saken gjaldt permitteringer, hvor ansiennitet ofte tillegges *mindre* vekt enn ved oppsigelser. Avgjørelsen anses likevel representativ, sml Johansen/Stueland (2011) s. 750

*”[...]jo mindre ansiennitetsforskjellen er, jo lettere vil en annen forskjell kunne være utslagsgivende eller jo mindre vil kreves for å konstatere grunn til å fravike ansiennitet.”*

Avgjørelsen illustrerer således igjen at en vurdering av ansiennitetshensynets egenvekt i tariffavtalte tilfeller blir den motsatte som utenfor tariffavtalte tilfeller. I tariffavtalte tilfeller er utgangspunktet en plikt om at ansiennitet skal følges, uavhengig av ansettelsestidens lengde eller andre arbeidstakeres ansiennitet. Ansiennitetshensynets egenvekt kan imidlertid *svekk*es av at det ikke eksisterer særlige forskjeller mellom arbeidstakerne. Utenfor tariffavtalte tilfeller er utgangspunktet at det ikke foreligger en plikt til å følge ansiennitet. Ansiennitetshensynets egenvekt kan imidlertid *styrkes* av særlige forskjeller mellom arbeidstakerne, som kan tilsi at arbeidsgiver likevel må vektlegge momentet i helhetsvurderingen.

## **6.3 Ansiennitetshensynets betydning i relasjon til andre utvelgelseshensyn**

### **6.3.1 Kvalifikasjonshensyn**

Ansiennitetshensyn skal følges med mindre det foreligger ”*saklig grunn*” til å fravike dette, jf. Hovedavtalen § 8-2. Det er således ansiennitetshensynet som skal utgjøre utgangspunktet for vurderingen. En eventuell vektlegging av andre hensyn må begrunnes særskilt.

Avgjørelsen i ARD-2006-286 er illustrerende. Partene hadde inngått avtale om å fravike ansiennitetsklausulen etter funksjonærhovedavtalen § 9-12, som ga adgang til å fravike ansiennitet dersom det forelå ”*saklig grunn*”. Selv om ordlyden åpnet for et visst spillerom, kunne virksomheten ikke se helt bort fra ansiennitetshensyn. Arbeidsretten uttaler i pkt. 74 at det

*” [...]ikke uten videre er adgang til å sette ansiennitetsprinsippet helt til side bare fordi de lokale partene på generelt grunnlag finner at et annet utvelgelsesprinsipp fremstår som mer hensiktsmessig eller mer rettferdig enn ansiennitetsprinsippet.”*

Sitatet illustrerer at ansiennitetshensynet er det klare utgangspunktet for kravet til saklig valg i tariffavtalte tilfeller, og at eventuelle avvikende kriterier må begrunnes særskilt. Dette underbygges også av LOs kommentarer til Hovedavtalen, hvor det på side 195 uttales:

*”Etter § 8-2 er ansiennitet utgangspunktet for utvelgelsen. Avtaler som nedgraderer ansiennitet til ett av flere likeverdige momenter ved utvelgelsen strider derfor mot § 8-2.”*

Kravet til ”*saklig grunn*” for fravikelse tolkes i praksis slik at arbeidstakerne skal vurderes etter ansiennitet dersom de i hovedsak ellers stilles likt, sml. også tidligere ordlyd. Dersom ansatte står likt med hensyn til kvalifikasjoner, skal arbeidstaker med lengst ansettelsestid som utgangspunkt gå foran.<sup>123</sup>

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å vise utelukkende til ulikheter i kompetanse. Arbeidsgiver må påvise klare og objektive forhold for å kunne fravike ansiennitet.<sup>124</sup> RG 2011 s. 113 Borgarting er illustrerende. I forbindelse med nedbemanning i nettavis ble fire arbeidstakere ansett overtallige ut fra kompetansehensyn. Bedriften var bundet av tariffavtale med tilsvarende ordlyd som Hovedavtalen § 8-2 og praksis knyttet til denne anvendes. Avgjørelsen må derfor anses representativ også for fremstillingens tilfeller.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i at virksomheten som hadde ”*saklig grunn*” til å fravike ansiennitetsrekkefølgen ut fra kompetansehensyn, ettersom det var tale om en liten kunnskapsbedrift i et krevende marked, hvor riktige kvalifikasjoner var en forutsetning for virksomhetens overlevelse. Ansiennitetsforskjellene var små, noe som tilsa at hensynets egenvekt var mindre fremtredende, sml. del 6.2.1.

Bedriften kunne imidlertid ikke fravike ansienniteten utelukkende ut fra en henvisning til forskjeller i kvalifikasjoner. Samtlige arbeidstakere var godt kvalifiserte og fravikelse ut fra rene kompetansevurderinger var ikke tilstrekkelig utredet. Dette gjaldt særlig ettersom avgjørelsen etterlot tvil om utvelgelsesprosessen i realiteten var bygget på subjektive vurderinger. Avgjørelsen illustrerer således at dersom arbeidstakerne anses relativt like ut fra kompetansehensyn, kreves en særlig dokumentert og overveid beslutning av hvorfor kompetansehensyn begrunnet fravikelse av ansiennitetshensynet i det konkrete tilfellet.

---

<sup>123</sup> Storeng mfl. (2014) s. 521

<sup>124</sup> jf. RG 1990 s. 1098 Frostating side 1106, jf. også Johansen/Stueland (2011) s. 751

På den annen side er det klart både av Hovedavtalens ordlyd og rettspraksis at ansiennitetshensynet kan fravikes dersom arbeidstakerne ikke står likt med hensyn til kvalifikasjoner. I disse tilfeller eksisterer heller ikke sammenheng mellom ansettelsestidens lengde og kvalifikasjonshensyn som begrunner en prioritering. LH-2000-359 Hågoland er illustrerende. En elektriker med lang ansiennitet kunne sies opp til fordel for arbeidstakere med kortere ansiennitet, men med nødvendige fagbrev. Av særlig betydning for lagmannsretten var at elektrikeren selv var ansvarlig for å tilegne seg kunnskap i tråd med markedsutviklingen. Sistnevnte moment forutsetter imidlertid at ikke virksomheten kan bebreides for manglende opplæring.

Utgangspunktet om at ansiennitetshensyn skal legges til grunn dersom ikke annet kan begrunnes, medfører således at det generelt skal mer til for at kompetanseshensyn berettiger fravikelse av ansiennitet i tariffavtalte tilfeller enn ellers. En sammenligning av overnevnte fremstilling med RG 2001 s. 1276 Frostating, som gjaldt forholdene utenfor tariffavtale, illustrerer dette tydelig. I tariffavtalte tilfeller kreves det særlige, objektive holdepunkter for at ansiennitetsfravikelse kan anses å ha ”saklig grunn”, se særlig RG 1990 s. 1098 Frostating. Utenfor tariffavtale aksepterte lagmannsretten på den annen side oppsigelse av en doktoringeniør med 12 års ansiennitet grunnet samarbeidsproblemer, tross vedkommendes lange ansettelsestid og tungtveiende formelle utdanning.

Det må imidlertid presiseres at den overnevnte rettspraksis kun er ment som illustrasjon. Hvorvidt det foreligger ”saklig grunn” til å fravike ansiennitet, jf. Hovedavtalen § 8-2, vil nødvendigvis variere ut fra hvilke konkrete forhold som gjør seg gjeldende. Samtidig illustrerer fremstillingen tydelig at det eksisterer store forskjeller ved og utenfor tariffavtalte tilfeller også her.

### **6.3.2 Sosiale hensyn**

Ansiennitetshensyn skal følges med mindre det foreligger ”saklig grunn” til å fravike dette, jf. Hovedavtalen § 8-2. Det er således ansiennitetshensynet som skal utgjøre utgangspunktet for vurderingen. En eventuell vektlegging av sosiale hensyn må begrunnes særskilt. Slik fremhevet vedrørende oppsigelse uten tariffavtale, eksisterer det imidlertid ofte en sammenheng mellom sosiale hensyn og lang ansettelsestid i virksomheten. Dersom en slik korrelasjon foreligger vil dette også i tariffavtalte tilfeller utgjøre et vesentlig moment for at den aktuelle arbeidstakeren bør beholdes.

LB-2005-42380 Borgarting er illustrerende. Saken gjaldt oppsigelse på vilkår tilsvarende Hovedavtalen § 8-2. Ansiennitetsrekkefølgen var fraveket for tre ansatte ut fra kompetans hensyn. Overfor to arbeidstakere ble ansiennitetsfravikelse ansett å ha ”*saklig grunn*”. Den siste arbeidstakeren hadde imidlertid særlige ulemper som følge av oppsigelsen. I tillegg til langvarig ansettelsestid hadde vedkommende også vanskeligheter med å finne nytt arbeid og forsørgelsesbyrde for mindreårige barn. Oppsigelsen ble ansett ugyldig. Avgjørelsen illustrerer således at dersom ansiennitet og sosiale forhold trekker i samme retning, kan momentene få økt betydning.

På den annen side tilsier hovedregelen om at ansiennitet bare fravikes ved ”*saklig grunn*”, at hensynet til sosiale forhold generelt tillegges mindre vekt i disse tilfeller enn i forholdene uten tariffavtale. LA-1999-806 Agder er illustrerende. Arbeidstakers høye alder skapte særlige vanskeligheter med å skaffe nytt arbeid innenfor den aktuelle sektoren, samtidig som oppsigelsen også innebar at han mistet pensjonsrettigheter. Arbeidstaker hadde altså særlige ulemper med oppsigelsen, og gikk til sak mot arbeidsgiver. Spørsmålet var om ulempene kunne utgjøre en ”*saklig grunn*” til å fravike hans ellers korte ansiennitet etter tidligere Hovedavtalen § 9-12. Lagmannsretten besvarte spørsmålet benektende, og konkluderte med at oppsigelsen var saklig.

## **6.4 Ansiennitetshensynets betydning etter gjeldende rett ved tariffavtale**

En *plikt* til å følge ansiennitet ved utvelgelsen mellom arbeidstakerne må følge av særskilt grunnlag, se del 5. Hovedavtalen § 8-2 utgjør et slikt særskilt grunnlag. I tariffavtalte tilfeller er utgangspunktet således en *plikt* til å vektlegge ansiennitetshensyn, med mindre det kan påvises ”*saklig grunn*” for annet. Rettstilstanden kan anses motsatt fra rettstilstanden utenfor tariffavtalte tilfeller, hvor utgangspunktet *ikke* er en plikt til å vektlegge ansiennitetshensyn, med mindre ansiennitetshensynets egenvekt eller vekt i relasjon til andre utvelgelsesfaktorer tilsier at ansiennitetshensynet må anses styrket.



## 6.5 Forholdet til uorganiserte

Arbeidslivet bygger på et grunnleggende prinsipp om organisasjonsfrihet. Dette innebærer både en rett til å la seg tilsluttes tariffavtaler, men også en frihet til å la være.<sup>125</sup> Tariffavtalen skal derfor som grunnleggende forutsetning heller ikke være bindende for medlemmer som ikke er tilsluttet avtalen, jf. blant annet ARD 1922 s. 22. Utenfor tariffavtalte tilfeller er det imidlertid arbeidsgiver som bestemmer hvilke utvelgelseskriterier som skal anvendes, såfremt disse er innenfor kravet til en forsvarlig utvelgelsesprosess. Tariffavtalte bestemmelser kan derfor få direkte betydning overfor også uorganiserte ved at arbeidsgiver velger å la ansiennitetshensyn tilsvarende Hovedavtalen § 8-2 komme til anvendelse.

Spørsmålet om utvelgelsesprosessen anses saklig vil i hovedsak bero på om de utvelgelseskriterier som er valgt, er anvendt likt, konsekvent og kan dokumenteres.<sup>126</sup> Dersom arbeidsgiver har både organiserte og uorganiserte arbeidstakere, ville det kunne være klart usaklig og i strid med grunnleggende likebehandlingsprinsipper å anvende forskjellige utvelgelseskriterier på de to gruppene. Likhetsbetraktninger tilsier derfor at alle ansatte vurderes ut fra samme utvelgelseskriterier.

Samtidig er tariffbundne arbeidsgivere også forpliktet til å følge ansiennitet dersom det ikke foreligger ”*saklig grunn*” for annet, jf. Hovedavtalen § 8-2. Arbeidsgiver kan således ikke se helt bort fra ansiennitetshensyn, ettersom dette ville stride mot tariffavtalens bestemmelser. Løsningen i praksis blir derfor ofte anvendelse av ansiennitetshensyn overfor samtlige arbeidstakere. Dette sikrer både likebehandling og anvendelse av et kriterium som i utgangspunktet anses saklig.

Arbeidsretten bygger på et grunnleggende prinsipp om organisasjonsfrihet. På den annen side eksisterer både fare for tariffstrid og et likebehandlingsprinsipp. Det kan derfor problematiseres om arbeidstakers organisasjonsfrihet er reell. Spørsmålet behandles ikke nærmere.

---

<sup>125</sup> Se f.eks Rt. 2001 s. 1413: ”Også retten til ikke å organisere seg - den negative organisasjonsfrihet - er med tiden blitt fullt ut anerkjent i norsk arbeidsliv.”, jf. side 1418

<sup>126</sup> Se f.eks LH-2002-652 hvor dårlig dokumentasjon og forskjellig vektning av arbeidstakere tilsa at oppsigelsen var ugyldig

## 6.6 Forholdet til aml. § 1-9

Forskjellene mellom tariffavtalte og ikke-tariffavtalte tilfeller reiser spørsmål om forholdet til arbeidsmiljølovens ufravikelighetskrav. Etter arbeidsmiljøloven § 1-9 kan tariffavtaler til ”arbeidstakers ugunst” ikke opprettholdes. Dersom Hovedavtalen § 8-2 kan anses til ”arbeidstakers ugunst”, kan det altså spørres om klausulen etter omstendighetene må settes til side, jf. aml. § 1-9.

Fremstillingen viser at ansiennitetshensyn tillegges betydelig vekt i utvelgelsesprosessen i tariffavtalte tilfeller, samt at dette ofte skjer på bekostning av arbeidstakers ulemper. Etter arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd andre punktum plikter arbeidsgiver å ta hensyn til arbeidstakers konkrete ulemper, og kravet kommer etter rettspraksis også inn i utvelgelsesprosessen. Det kan derfor innvendes at arbeidstakers forhold ikke tillegges tilstrekkelig vekt i tariffavtalte tilfeller, og at reguleringen må anses til ”arbeidstakers ugunst”, jf. aml. § 1-9.

På den annen side har arbeidstakere med særlig fremtredende ulemper ved oppsigelsen et særlig vern etter aml. §§ 15-8 og 15-9, som indirekte også pålegger en skjerpet vurdering. Hovedavtalen § 8-2 åpner også selv for at andre momenter kan tas i betraktning. Tariffavtalte tilfeller preges også ofte av et større samarbeid med tillitsvalgte. Dette taler for at reguleringen ikke kan anses til ”arbeidstakers ugunst”, jf. aml. § 1-9.

Rt. 1996 s. 1401 Autronica må anses retningsgivende for gjeldende rett. Arbeidsgiver hadde forpliktet seg til et skjerpet ansiennitetsprinsipp, hvor ansiennitetsrekkefølgen skulle følges konsekvent såfremt arbeidstaker ikke var ”*helt nødvendig*” for firmaet. Uten bemerkninger til lovens ufravikelighetskrav, jf. dagjeldende aml. 1977 § 5, fant Høyesterett likevel oppsigelsen saklig. Ettersom selv ikke avtale om et skjerpet ansiennitetsprinsipp kan anses til ”arbeidstakers ugunst”, må også Hovedavtalen § 8-2 anses i tråd med loven.

## 7 BØR ANSIENNITETSHENSYN VEKTLLEGGES I NEDBEMANNINGS-PROSESSEN?

En sammenligning av fremstillingens del 5 og 6 avdekker betydelige forskjeller ved og utenfor tariffavtalte tilfeller. Forskjellene kan forklares ved at de rettslige utgangspunktene for typetilfellene er ulike. I tariffavtalte tilfeller tilsier det doble, særskilte rettsgrunnlaget at arbeidsgiver plikter å vektlegge ansiennitet i utvelgelsesprosessen, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2. Det er unntakene fra dette utgangspunktet som må ha ”*saklig grunn*” etter Hovedavtalen. Utenfor tariffavtalte tilfeller er utgangspunktet det motsatte. Arbeidsgiver som ikke er bundet av tariffavtale har ikke plikt til å vektlegge ansiennitetshensyn i utvelgelsesprosessen, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7, med mindre forholdene taler for annet.

Hvorvidt arbeidsgiver plikter å ta hensyn til arbeidstakernes ansettelsestid i nedbemanningsprosessen, vil altså bero på forholdene i det konkrete tilfellet. Ansiennitetshensynets gjennomslagskraft vil etter gjeldende rett variere med en rekke faktorer, der forskjellene ved og uten tariffavtale er spesielt fremtredende. Selv uten tariffavtale tillegges kriteriet likevel ofte stor vekt. Slik fremstillingen over viser, anses imidlertid overnevnte forskjeller innenfor lovens krav, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9, jf. § 15-7. Rettstilstanden i dag, *de lege lata*, er altså at ansiennitetshensyn fremdeles spiller en stor praktisk rolle i norsk næringsliv.

De store forskjellene som eksisterer, fordrer imidlertid spørsmål ut fra *de lege ferenda*-betraktninger om ansiennitetshensyn *bør ha* den status som utvelgelseskriteriet tillegges i praksis. Det kan stilles spørsmålstegn både ved om tilfellene uten tariffavtale fremdeles anvender ansiennitetshensyn i for stor utstrekning, samt om tariffavtalte tilfeller bør åpne for mer fleksibilitet. Det er viktig å presisere at arbeidsmiljøloven § 15-7 og det lovfestede saklighetskravet utgjør rammene, og at saklighetskravet forutsettes å følge den sosiale utviklingen i samfunnet.<sup>127</sup> Ansiennitetshensyn er ikke lovfestet, og dermed heller ikke et tvunget kriterium.<sup>128</sup> I juridisk litteratur har det de senere år derfor nettopp blitt reist spørsmål

---

<sup>127</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

<sup>128</sup> Fougner mfl. (2011) s. 259

om tiden må anses moden for å vurdere om ansiennitetshensynet uten videre er et rettferdig og saklig utvelgelseskriterium.<sup>129</sup>

Anvendelse av ansiennitetshensyn i nedbemanningsprosesser kan begrunnes i utvelgelseskriteriets ”objektive” karakter. Kriteriet begrenser arbeidsgivers adgang til å differensiere ut fra mer personlige, og i noen tilfeller utenforliggende, hensyn.<sup>130</sup>

Ansettelsestid er videre lett sammenlignbart, og oppfattes derfor grunnleggende forståelig og rettferdig. Det er naturlig at arbeidstaker forsøker å forstå hvorfor han er utvalgt mens andre får beholde arbeidet sitt, og det kan oppfattes urettferdig og opprørende for en ansatt om vedkommende sies opp, særlig dersom andre, beholdte arbeidstakere anses som ”bedre kvalifiserte”.<sup>131</sup> Bruk av ansiennitet som utvelgelseskriterium kan derfor også, i tråd med arbeidsmiljølovens formål, minimalisere konflikter på arbeidsplassen, både mellom arbeidstakerne og overfor ledelsen.

En arbeidstaker som har vært ansatt lenge i virksomheten vil også normalt ha en spesiell tilknytning til virksomheten, og oppleve det særlig urettferdig dersom hans langvarige, tro tjeneste forkastes til fordel for en nyere ansatt. En vektlegging av ansiennitet vil dermed ses i tråd med det grunnleggende prinsippet om status quo, ivaretagelse av bestående forhold, som eksisterer i privatreppen. Samlet sett oppfattes nok derfor ansiennitetshensynet som rettferdig og objektivt av de fleste arbeidstakere, og en utvelgelsesprosess utelukkende basert på ansiennitet er gjennomgående i rettspraksis derfor ansett til arbeidstakers fordel.<sup>132</sup>

Samtidig vil også anvendelse av ansiennitetshensyn gjennomgående kunne være til arbeidsgivers fordel. Fremgangsmåten forenkler utvelgelsesprosessen vesentlig og begrenser samtidig utgiftene i en omstillingsfase. Ansiennitet vil også ofte være sammenfallende med opparbeidet kompetanse. Lang fartstid i en bestemt virksomhet medfører nødvendigvis at arbeidstakeren både tilegner seg faglig kompetanse samt også kjennskap til interne rutiner og lignende. Denne tiltenkte relasjonen tilsier at ansiennitetshensyn bør tillegges stor vekt i avgjørelsen av hvem som skal beholdes, og hvem som må gå.

Ansiennitetshensynets tilsynelatende ”objektive” karakter vil imidlertid også kunne utgjøre kriteriets akilleshæl. Avtaler om ansiennitet kan hindre anvendelse av andre, mer fleksible og

---

<sup>129</sup> Storeng mfl. (2014) s. 522

<sup>130</sup> Storeng mfl. (2014) s. 518

<sup>131</sup> jf. også Jakhelln (1967) pkt. II

<sup>132</sup> Rt. 1996 s. 441 Autronica, LB-1998-455 Borgarting

tilpassede løsninger, som ofte er en forutsetning for virksomhetens overlevelse i en presset økonomisk situasjon. Arbeidsgiver er avhengig av å beholde en arbeidsstokk som ikke bare er kompetente og motiverte, men også har de kvalifikasjoner og roller som markedet etterspør. Dersom ansiennitetshensyn alltid blir avgjørende på disse områdene, kan virksomheten altså risikere at krisen som begrunnet oppsigelsene i utgangspunktet, forverres og forlenges.

En lønnsom bedrift er heller ikke kun i arbeidsgivers, men også i arbeidstakers, interesse. Det hjelper arbeidstaker lite å beholde jobben på et synkende skip, og arbeidstaker vil derfor være tjent med at virksomheten kan anvende mer fleksible løsninger. Arbeidstaker har også fortrinnsrett til ny ansettelse i samme virksomhet innen ett år etter oppsigelsen, jf. arbeidsmiljøloven § 14-2. En fleksibel utvelgelsesprosess kan derfor hevdes bedre både for arbeidstaker og virksomheten, ettersom det åpner for at arbeidsgiver kan sikre virksomhetens fremtid og likevel beskytte arbeidstakere som av ulike grunner ikke får seg nytt arbeid innen ett år.

Det kan også stilles spørsmålsteget ved om ansiennitetshensynet er så ”objektivt” som det tilsynelatende fremstår. Slik fremstillingen viser, eksisterer det betydelige forskjeller ved og uten tariffavtale, men også innad i de ulike typetilfellene. Hvorvidt vedkommende har opparbeidet seg en ansiennitetlengde som i det hele er relevant, både i seg selv, i relasjon til andre arbeidstakere og i lys av øvrige utvelgelseskriterier, er altså relativt tilfeldig.

Det eksisterer en rekke ulike begrunnelser for at arbeidstakere skifter arbeid, og finnes ofte flere årsaker for at arbeidsgiver ville ansette akkurat på det tidspunktet vedkommende tiltrådte. Lengden på ansettelsestiden, som fremstillingen viser at i praksis tillegges stor vekt, vil altså kunne variere stort ut fra relativt tilfeldige, ytre påvirkningsfaktorer. En sterk vektlegging av ansiennitetshensyn kan videre medføre at arbeidstakere vegrer seg for å skifte jobb, noe som hindrer en effektiv markedsutvikling.

Ansiennitetshensynets vekt vil også variere ut fra virksomhetens karakter, samt også andre arbeidstakers stilling. Det kan være tilfeldig hvor mange arbeidstakere som ble ansatt på samme tidspunkt. Det er også relativt tilfeldig hvorvidt arbeidstaker ansettes i en virksomhet som er bundet av tariffavtale eller ikke. Slik fremstillingen viser, vil denne sistnevnte tilfeldigheten kunne få store utslag. En eksisterende tariffavtale har stor betydning for arbeidstakers stilling i det konkrete tilfellet, og vil normalt også legges til grunn selv der noen

er uorganiserte. Samlet sett kan det derfor stilles spørsmål ved om ansiennitetshensynet er ”objektivt”, eller kun basert på tilfeldigheter.

Dagens kompetansesamfunn, arbeidslivets endringstempo og det sterkt konkurransepregede markedet tilsier at virksomheten bør ha stor fleksibilitet til å velge ikke bare arbeidstakere med riktig kompetanse, men også arbeidstakere som er villige og tilpasningsdyktige nok til å utvikle virksomheten for fremtiden. I den forbindelse fremheves at disse karakteristika ikke behøver å være sammenfallende med *kort* ansiennitet. Tvert imot finnes det ofte innovative og fremtidsrettede arbeidstakere med lang fartstid i virksomheten som nettopp derfor bør beholdes, ikke kun ut fra ansiennitet, men personlige egenskaper.

Nyere juridisk litteratur fremhever at det ikke lenger er hensiktsmessig å operere med et ”ansiennitetsprinsipp”, ettersom begrepet ikke er enhetlig.<sup>133</sup> Fremstillingen underbygger dette. Ansiennitetshensynets relative og noe tilfeldige gjennomslagskraft, endrede samfunnsforhold og økt behov for fleksible løsninger reiser utvilsomt spørsmålet om ansiennitet fremdeles er et rettferdig og saklig utvelgelseskriterium.<sup>134</sup> Ansiennitetshensynet er imidlertid fremdeles et betydelig element i vurderingen av oppsigelsens saklighet etter arbeidsmiljøloven § 15-7, og arbeidsgiver bør på dette grunnlag fremdeles tilegne momentet betydelig vekt.

Det kan etter undertegnedes mening likevel være produktivt å se bort fra et låst ”ansiennitetsprinsipp” som rettslig konstruert norm. Ansiennitetshensynet bør heller brytes ned til de bestanddeler som forankrer, begrunner og utgjør dette som rettslig argument. Ansiennitetshensyn kan i dette perspektiv ses som en sammensetning av både kvalifikasjonshensyn og sosiale forhold, ved at det både anses representativt for arbeidstakers kompetanse, samt også den særlige tilknytning ansettelsestiden representerer. Bare på denne måten kan det foretas en fullstendig helhetlig, skjønnsmessig vurdering av oppsigelsens saklighet, slik det lovfestede saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 som utgangspunkt forutsetter.

---

<sup>133</sup> Evju (2014) s. 112-121

<sup>134</sup> Storeng mfl. (2014) s. 522

# Kilder

## Litteratur

Storeng, Nils / Beck, Tom / Due Lund, Arve (2014) *Arbeidslivets spilleregler*, Oslo: Universitetsforlaget

Andenæs, Mads Henry (2009) *Rettskildelære*, Oslo: 07 Gruppen AS

Fougner, Jan / Breibøl, S Camilla / Frogner, Marit / Solheim, Trond Erik / Sundet, Tron / Øydegard, Johan Kr. / Aasheim, Eli (2011) *Omstilling og nedbemanning*, Oslo: Universitetsforlaget

Stokke, Torgeir Aarvaag / Nergaard, Kristine / Evju, Stein (2013) *Det kollektive arbeidslivet – organisasjoner, tariffavtaler og lønnsoppgjør*, Oslo: Universitetsforlaget

Johansen, Atle Sønsteli / Stueland, Einar (2011) *Arbeidsmiljøloven – Kommentarer og praksis*, Oslo: Gyldendal akademisk forlag

Fougner, Jan / Holo, Lars (2006) *Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave*, Oslo: Universitetsforlaget

Dege, Jan Tormod (2003) *Arbeidsrett – rettigheter og plikter i arbeidsforhold*, Oslo: Minerva

Jakhelln, Henning (2006) *Oversikt over arbeidsretten*, Oslo: N.W Damm & Søn

Dege, Jan Tormod (2009) *Den individuelle arbeidsrett – del 1*, Oslo: Minerva

Fanebust, Arne (2013) *Innføring i arbeidsrett – den individuelle del*, Oslo: Universitetsforlaget

Jakhelln, Henning / Aune, Helga / Kroken, Nina / Lenth, Claude A. (2011) *Arbeidsrett.no-kommentarer til arbeidsmiljøloven*, Oslo: Cappelen Damm Akademisk

Nygaard, Nils (2004) *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Oslo: Universitetsforlaget AS

Skarning, Nicolay (2009) *Permitteringer og nedbemanninger i praksis* Oslo: Hegnar Media

Skarning, Nicolay (2015) *Oppsigelser på 1-2-3*, Oslo: Hegnar Media

## Artikler

Jakhelln, Henning (1967), *Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold*, Lov og Rett s. 122-134 (LOR-1967-122)

Våg, Lasse Gommerud (2015) *Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler – forholdet til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern*, Tidsskrift for arbeidsrett vol. 12 nr. 1, s. 1-99

Evju, Stein (2014) *Om ansiennitet*, Tidsskrift for arbeidsrett vol 2 nr. 1 s. 112-121

Evju, Stein (2011) *Aldersdiskriminering, oppsigelse, utvelgelse – Rt. 2011 s. 609*, Nytt i privatretten nr. 3 s. 1-2.

## Avtaler og kommentarer

Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) 2014-2017 med NHOs kommentarer, nedlastet fra NHOs hjemmeside 10.03.15 kl. 14:07:

<https://www.nho.no/Om-NHO/Publikasjoner-og-horingsuttalelser/Lonn-og-tariff/hovedavtalen-lo-nho-2014-2017/>

Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) 2014-2017 med LOs kommentarer, nedlastet fra LOs hjemmeside 10.03.15 kl. 14:15:

<http://www.lo.no/Lonn--tariff/Hovedavtalen-LO-NHO/>

## Nettsider og statistikk

Statistikk vedrørende nedbemanningsomfanget i 2015, publisert 05.03.15, nedlastet fra NAVs hjemmeside 26.03.15:

<https://www.nav.no/no/NAV+og+samfunn/Statistikk/Arbeidssokere+og+stillinger+-+statistikk/Nyheter/Ledigheten+fortsatte+a+o+ke+i+februar.408430.cms>



Uttalelser vedrørende jobbmarkedet fra Norges Ingeniør- og Teknologorganisasjon (NITO), publisert i Teknisk Ukeblad 20.05.14, nedlastet 26.03.15:

<http://www.tu.no/karriere/2014/05/20/-flere-ingeniorer-sies-opp-na-enn-under-finanskrisen>

Statistikk vedrørende jobbskifter blant eldre arbeidstakere fra Statistisk Sentralbyrås nettsider, publisert 05.12.13, nedlastet 27.03.15:

<http://ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/jobbskifter-blant-eldre-arbeidstakere>