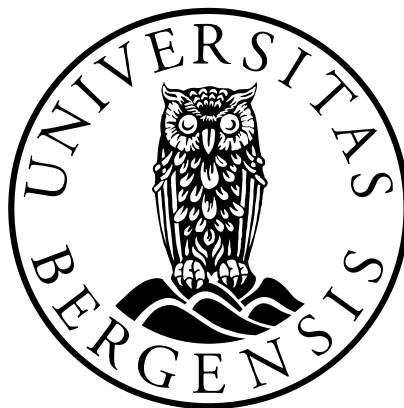


Betydningen av ansiennitet i utvelgelsesvurderingen ved nedbemanninger

Kandidatnummer: 155

Antall ord: 12566



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	5
1.1 Tema og aktualitet.....	5
1.2 Rettskildebildet	6
1.3 Avgrensning	8
1.4 Videre fremstilling	8
2. Oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven § 15-7	9
2.1 Generelt om saklighetskravet.....	9
2.2 Saklighetskravet ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold	9
2.2.1 Innledende om saklighetskravet.....	9
2.2.2 Saklig driftsmessig behov for oppsigelse	10
2.2.3 Annet passende arbeid i virksomheten	10
2.2.4 Interesseavveiningen.....	11
2.2.5 Kravet til saklig utvelgelse.....	11
3. Saklige utvelgelseskriterier	13
3.1 Hensyn og begrunnelse	13
3.2 De vanligste utvelgelseskriteriene	14
3.2.1 Ansiennitet	14
3.2.2 Kvalifikasjoner og kompetanse.....	14
3.2.3 Konsekvenshensyn.....	15
4. Ansiennitetskriteriets rolle i utvelgelsesvurderingen.....	16
4.1 Hensyn for og imot vektleggelse av de vanligste utvelgelseskriteriene	16
4.1.1 Ansiennitet	16
4.1.2 Kvalifikasjoner og kompetanse.....	18
4.1.3 Konsekvenser	20
4.2 Ansiennitetsrekkefølgens relevans som utvelgelseskriterium etter aml. § 15-7	21
4.2.1 Ansiennitet skal inngå i utvelgelsesvurderingen.....	21
4.2.2 Ansiennitetskriteriet er relevant selv ved kort ansiennitet	22
4.3 Ansiennitetskriteriets tyngde i utvelgelsesvurderinger etter aml. § 15-7	24
4.3.1 Ett av flere sentrale momenter	24
4.3.2 Ikke krav til ansiennitetens lengde for å kunne vektlegges	25

4.4 Oppsummering og konklusjon	28
5. Ytterligere krav til utvelgelsesvurderingen i Hovedavtalen § 8-2	30
5.1 Innledende om Hovedavtalen § 8-2	30
5.2 Ansiennitet som utgangspunkt for utvelgelsesvurderingen	31
5.3 Ansiennitetskriteriets tyngde i Hovedavtalen § 8-2	32
5.3.1 Partenes felles forståelse av avtalen	32
5.3.2 Ikke en hovedregel med større vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene	33
5.4 Oppsummering og konklusjon	37
5.5 Praktisk betydning av å være tilknyttet Hovedavtalen § 8-2	38
6. Rettspolitiske betraktninger	41
7. Avsluttende bemerkninger om utviklingen av ansiennitetskriteriet	43
Kildeliste	45

1. Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Masteroppgaven omhandler ansiennitetskriteriets relevans og vekt i utvelgelsesvurderingen ved nedbemanninger. På den ene siden er det nødvendig at arbeidsgiver har mulighet til å nedbemanne for å sikre optimal drift av virksomheten. Et eksempel på dette er reduksjonen i oljepriser som fikk innvirkning på arbeidsmarkedet fra 2014. Nedgangen medførte at bedrifter som var tilknyttet oljebransjen måtte si opp et stort antall arbeidstakere for å tilpasse seg det nye prisnivået¹. Dette for å sikre bedriftens egen overlevelse i en nedgangsperiode. På den andre siden stilles det krav til at arbeidsgiver ved en nedbemanning ivaretar arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler. Dette innebære at utvelgelsesvurderingen må være i samsvar med lovens saklighetskrav². Dersom virksomheten er tilknyttet en tariffavtale stilles det i tillegg avtalefestede krav til utvelgelsesvurderingen som må innfris for at oppsigelsen skal være gyldig.

Ved utvelgelsesvurderingen i en nedbemanningssituasjon vil det ofte kunne oppstå uro og usikkerhet blant de ansatte, da alle ønsker å beholde jobben. Denne uroen kan resultere i konflikter og motsetningsforhold innbyrdes mellom de ansatte og mellom arbeidsgiver og arbeidstakerne. For å hindre at nedbemanninger får slike uønskede konsekvenser er det viktig at arbeidsgiver gjennomfører grundige utvelgelsesvurderinger basert på saklige utvelgelseskriterier som arbeidstakerne respekterer.

Ansiennitet har siden begynnelsen av 1920-tallet vært et sentralt utvelgelseskriterium ved utvelgelsesvurderingen³. Dette fordi ansiennitet tradisjonelt har blitt ansett som et rettferdig utvelgelseskriterium, som både har gitt uttrykk for arbeidstakerens kompetanse og ivarettatt hensynet til arbeidstakere med særlig behov for vern⁴. Det er imidlertid på det rene at arbeidsmarkedet har endret seg betydelig de siste 100 årene, noe som kan tilsi at ansiennitet ikke lenger er like sentralt ved utvelgelsesvurderingen som tidligere.

¹ <https://www.ssb.no/energi-og-industri/artikler-og-publikasjoner/et-toft-ar-for-utvinningsnaeringen> (08.05.19)

² Aml. § 15-7

³ Våg (2015) s. 7

⁴ Våg (2015) s. 7

I dagens arbeidsmarked stilles det omfattende krav til formelle kvalifikasjoner, noe som ikke var tilfellet på begynnelsen av 1920-tallet. Dette har gjort at arbeidsgiver i langt større grad enn tidligere er avhengig av å beholde arbeidstakere med bestemte kvalifikasjoner for å sikre videre drift av virksomheten. Av den grunn vil arbeidsgivers interesser gjerne være i strid med ansiennitetskriteriet, da de best kvalifiserte arbeidstakerne ikke nødvendigvis har lengst ansiennitet. Kravet til formelle kvalifikasjoner har også resultert i et lenger utdanningsløp, slik at den typiske arbeidstakeren er eldre ved oppstart i arbeidslivet. Utviklingen i arbeidsmarkedet har dermed medført at andre hensyn kan være relevant for utvelgelsesvurdering i dag enn tidligere.

Problemstillingen i det videre er på denne bakgrunn hvilken betydning ansiennitet har ved utvelgelsesvurderingen i dag sammenlignet med andre saklige utvelgelseskriterier. For å svare på problemstillingen må det vurderes hvilken relevans ansiennitet har som utvelgelseskriterium og ansiennitetens vekt i avveiningen mellom flere saklige utvelgelseskriterier både i og utenfor tariffavtale.

1.2 Rettskildebildet

Kravene som stilles til en oppsigelse fremkommer av arbeidsmiljøloven (aml.) § 15-7, hvor det angis at oppsigelsen må være «saklig begrunnet» i virksomhetens forhold⁵. For å besvare oppgaven vil det tas utgangspunkt i denne bestemmelsen. Aml. § 15-7 viderefører tidligere arbeidsmiljølov § 60. Forarbeidene og rettspraksis til arbeidsmiljøloven av 1977 vil derfor være relevant for tolkningen av gjeldende arbeidsmiljølov⁶.

For bedrifter som er tilknyttet tariffavtale stilles det ytterligere og mer konkrete krav til utvelgelsesvurderingen gjennom tariffavtalen. Det er på det rene at en tariffavtale ikke legitimerer at det gjøres inngrep i arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern, jf. Aml. § 1-9. Av den grunn vil en tariffavtale være et tilleggsværn som sikrer arbeidstakers rettigheter utover vernet i arbeidsmiljøloven⁷. I oppgaven vil Hovedavtalen LO-NHO § 8-2 bli brukt for å illustrere

⁵ Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven - aml.)

⁶ Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) s. 335

⁷ HR-2019-424-A (avsnitt 37)

ansiennitetens betydning i tariffavtaler⁸. Dette fordi de fleste tariffavtaler er basert på Hovedavtalen, og derfor har et tilnærmet likt innhold som denne⁹.

For å avklare innholdet av Hovedavtalen § 8-2 tas det utgangspunkt i partenes felles forståelse av avtalen¹⁰. Det er normalt å ta utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av avtalens ordlyd, men ordlyden kan fravikes dersom den er i strid med partenes felles forståelse¹¹. LO og NHO inngikk et forlik om tolkningen av Hovedavtalen § 8-2 i Skanska-saken¹². Dette forliket er relevant for å fastsette innholdet i Hovedavtalen § 8-2, og vil tolkes på samme måten som Hovedavtalen selv¹³. For å avklare innholdet i tariffavtalens bestemmelse vil også LO og NHOs kommentarer til Hovedavtalen anvendes¹⁴. Det må imidlertid merkes at LO og NHO har ulike interesser, og at dette kan komme til uttrykk gjennom deres kommentarer. Det vises derfor forsiktighet med å anvende kommentarene direkte.

Ulike oppfatninger i juridisk teori vil også anvendes for å avklare hvordan aml. § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2 skal forstås. Videre vil det legges stor vekt på avgjørelser både fra Arbeidsretten og de alminnelige domstolene. Arbeidsretten er en spesialdomstol som behandler saker om tolkning av tariffavtaler. Dersom Arbeidsretten fastsetter en bestemt forståelse av tariffavtalen, er de øvrige domstolene forpliktet til å legge denne forståelse til grunn¹⁵. Arbeidsrettspraksis er derfor en sentral rettskilde ved tolkningen av Hovedavtalen § 8-2. Videre er praksis fra Høyesterett generelt av stor relevans. Ved vurderingen av ansiennitetens rolle i utvelgelsesvurderingen etter Hovedavtalen, vil Skanska-dommen være av stor betydning¹⁶. Da det er Arbeidsrettens oppgave å tolke tariffavtaler, vil Skanska-dommen utfylles av avgjørelser fra Arbeidsretten. Ved tolkningen av aml. § 15-7 vil blant annet Hillesland-dommen være sentral¹⁷. Skanska-dommen vil imidlertid også være av

⁸ <https://www.lo.no/Hovedavtalen/> <https://www.nho.no/siteassets/publikasjoner/hovedavtalen-2018-2021.pdf> (08.05.19)

⁹ Våg (2015) s. 66 og 82

¹⁰ Sundet mfl. (2016) s. 24-25

¹¹ Sundet mfl. (2016) s. 24-25

¹² <https://www.nho.no/contentassets/016da620eccd74aa2b5d7d100ddcc9f2a/oppsigelse.pdf> (08.05.19)

¹³ HR-2019-424-A (avsnitt 44)

¹⁴ <https://www.lo.no/Hovedavtalen/> <https://www.lo.no/globalassets/hovedavtalen---kommentarer.pdf>
<https://www.nho.no/siteassets/publikasjoner/hovedavtalen-2018-2021.pdf> (08.05.19)

¹⁵ Sundet mfl. (2016) s. 20, jf. Arbeidstvisten § 34 annet ledd

¹⁶ HR-2019-424-A

¹⁷ Rt-1986-879

betydning for tolkning av aml. § 15-7 da det i dommen gis generelle uttalelser med relevans utover Hovedavtalen § 8-2. Praksis fra lagmannsretten vil også bli anvendt for å avklare rettsstilstanden, men det er på det rene at disse avgjørelsene har mindre vekt enn avgjørelser fra Arbeidsretten og Høyesterett. Praksis fra førsteinstans vil kun unntaksvis anvendes da disse har liten rettskildemessig vekt.

1.3 Avgrensning

De ulike vilkårene i aml. § 15-7 utfyller og påvirker hverandre, og det vil derfor foretas en kort gjennomgang av alle vilkårene i bestemmelsen. Oppgaven avgrenses imidlertid mot en nærmere vurdering av disse vilkårene da dette ville blitt for omfattende og er utenfor oppgavens tema. Til tross for at fastsettelse av utvelgelseskrets er en del av utvelgelsen, avgrenses det også mot en nærmere vurdering av dette da det ikke vil besvare oppgavens problemstilling.

1.4 Videre fremstilling

I oppgavens kapittel 2 skal det først gis en kort gjennomgang av saklighetskravet og vilkårene i aml. § 15-7. Gjennomgangen vil vise forholdet mellom bestemmelsens vilkår, og hvordan vilkårene påvirker hverandre. Deretter vil det i kapittel 3 foretas en gjennomgang av innholdet i kravet til saklige utvelgelseskriterier, og de vanligste utvelgelseskriteriene vil defineres.

I kapittel 4 vil det vurderes hvilken relevans og vekt ansiennitetsrekkefølgen har i utvelgelsesvurderingen etter aml. § 15-7. Målet er å avgjøre om ansiennitet har en særstilling i utvelgelsesvurderingen i arbeidsmiljøloven, og hva som kreves for å gi avgjørende vekt til andre utvelgelseskriterier enn ansiennitet. I kapittel 5 vurderes det hvilke krav som stilles til utvelgelsesvurderingen i Hovedavtalen § 8-2, og hvilken betydning ansiennitetskriteriet har i denne vurderingen. Videre vil det i kapittel 6 gjennomføres rettspolitiske analyser for å vurdere hvordan retten burde vært. Til slutt skal det i kapittel 7 foretas noen avsluttende bemerkninger om utviklingen av ansiennitetskriteriet.

2. Oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven § 15-7

2.1 Generelt om saklighetskravet

En oppsigelse skal være «saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold», jf. Aml. § 15-7 første ledd.

Hensynet bak kravet til saklighet er å verne arbeidstakernes interesser¹⁸. For det første er arbeidstakere normalt avhengig av inntekt for å forsørge seg og sin eventuelle familie. I tillegg er arbeid viktig for menneskets utvikling¹⁹. Det er derfor klart at en oppsigelse kan ha stor innvirkning på arbeidstakernes liv, noe som gjør det nødvendig å verne dem mot usaklige oppsigelser fra arbeidsgiver.

Kravet til saklighet innebærer for det første at en oppsigelse ikke kan begrunnes i utenforliggende eller usaklige forhold²⁰. Videre må den saklige begrunnelsen være tilstrekkelig tungtveiende, og det må legges vekt på eventuelle rimelighetshensyn²¹. I tillegg må oppsigelsen være basert på et korrekt faktisk grunnlag²². På bakgrunn av disse kravene er det i rettspraksis slått fast at saksbehandlingen frem til oppsigelsen vil være av stor betydning for oppsigelsens saklighet²³. Dette fordi saksbehandlingen vil vise om hensynet til arbeidstaker er tilstrekkelig ivaretatt.

2.2 Saklighetskravet ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold

2.2.1 Innledende om saklighetskravet

Ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold forstås saklighetskravet som et firedelt krav til saklighet. Det må foreligge et saklig driftsmessig behov for oppsigelse, og det må ikke være «annet passende arbeid i virksomheten»²⁴. Deretter må oppsigelsen være saklig begrunnet overfor den enkelte, og til slutt kreves det at utvelgelsen av arbeidstakere er saklig²⁵.

¹⁸ Skjønsberg mfl. (2018) s. 415

¹⁹ Rt- 2012-219 (avsnitt 70)

²⁰ Skjønsberg mfl. (2018) s. 416

²¹ Skjønsberg mfl. (2018) s. 416

²² Skjønsberg mfl. (2018) s. 417, jf. Rt-2011-1674

²³ Rt-1986-879 (s. 887)

²⁴ jf. Aml. § 15-7 annet ledd første punktum

²⁵ jf. Aml. § 15-7 annet ledd andre punktum, Rt-1986-879 (s. 886)

2.2.2 Saklig driftsmessig behov for oppsigelse

Kravet til et saklig driftsmessig behov for oppsigelse er direkte forankret i ordlyden i aml. § 15-7 første ledd, og innebærer at det må foreligge en reell situasjon som nødvendiggjør nedbemanning²⁶. Vilkåret hindrer blant annet at arbeidsgiver kan iverksetter unødvendige nedbemanningsprosesser for å muliggjøre oppsigelse av uønskede arbeidstakere.

Økonomiske begrunnelser for oppsigelser vil normalt være saklige, og det kreves ikke at de planlagte endringene medfører økonomisk gevinst²⁷. Av den grunn forstås vilkåret slik at så lenge de driftsmessige begrunnelsene er reelle, vil vilkåret lett oppfylles. Da det kreves lite for å innfri vilkåret til saklig driftsmessig behov, er det desto viktigere at bestemmelsens andre vilkårene i tilstrekkelig grad ivaretar arbeidstakers interesser.

2.2.3 Annet passende arbeid i virksomheten

Dersom det foreligger «annet passende arbeid» i «virksomheten» vil en oppsigelse være usaklig, jf. Aml. § 15-7 annet ledd første punktum.

Ordlyden tilsier at så lenge en annen stilling er passende for arbeidstakeren, må vedkommende tilbys stillingen. Denne forståelsen innebærer at det ikke kreves at stillingen er av samme art som den opprinnelige stillingen. I forarbeidene er det forutsatt at det må foretas en helhetsvurdering for å avgjøre hvilke stillinger som vil omfattes av regelen, der «ikke minst arbeidstakerens egen vurdering må spille inn»²⁸. I RG 1993 s. 1007 var en oppsigelse usaklig fordi en produksjonsarbeider ikke hadde blitt tilbudt en stilling i bedriftskantinen. Lagmannsretten fastsatte at tilbudet var «annet passende arbeid» så lenge kvinnen kunne utført jobben på en «rimelig god måte, selv om andre måtte antas å ville kunne ha utført det bedre»²⁹.

Samlet taler rettskildene for at det i stor grad kreves at arbeidsgiver tilbyr arbeidstaker aktuelle stillinger. Dette gjelder selv om den aktuelle stillingen har dårligere lønn eller et annet stillingsinnhold enn den opprinnelige stillingen³⁰. Denne forståelsen av bestemmelsen

²⁶ Fougner mfl. (2016) s. 237

²⁷ Rt-2012-168 (avsnitt 101), Rt-1989-508 (s. 514)

²⁸ Ot. Prp. Nr. 41 (1975-1976) s. 72

²⁹ RG-1993-1007 (s. 1010)

³⁰ Ot. Prp. Nr. 41 (1975-1976) s. 72

medfører et økt stillingsvern for arbeidstaker, ved at det reduserer arbeidsgivers mulighet til å gjennomføre nedbemanninger for å si opp en uønsket arbeidstaker.

Innholdet av begrepet «virksomheten» er ikke definert i arbeidsmiljøloven. En naturlig språklig forståelse av «virksomheten» tilsier imidlertid at begrepet må forstås med utgangspunkt i hele selskapet. Ordlyden taler dermed for at virksomhetsbegrepet som utgangspunkt ikke skal avgrenses til nærmere geografiske, organisatoriske eller funksjonsmessige avdelinger. Denne forståelsen er også i samsvar med rettspraksis og forarbeidene³¹. Rettspraksis åpner imidlertid for at det kan gjøres unntak fra utgangspunktet ved saklig grunnlag³².

2.2.4 Interesseavveiningen

For å sikre at en oppsigelse har saklig grunn i virksomhetens forhold, må det videre foretas en «avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker», jf. Aml. § 15-7 annet ledd siste punktum.

Det avgjørende for vurderingen er hvilke økonomiske konsekvenser oppsigelsen vil ha for arbeidstakeren³³. Momenter i vurderingen vil blant annet være arbeidstakerens alder, stilling, ansiennitet og forsørgelsesbyrde³⁴. Det er imidlertid fastsatt av Høyesterett at det skal mye til før den ansattes individuelle behov får avgjørende vekt i omfattende nedbemanningsprosesser³⁵. Høyesteretts uttalelse kan forstås på bakgrunn av at bedrifter i økonomiske nedgangstider vil være avhengig av å kunne nedbemanne. Det vil da være lite heldig å sette individuelle arbeidstakeres kortsiktige interesser over bedriftens overlevelse. I slike situasjoner vil arbeidstakers individuelle forhold heller kunne påvirke utvelgelsesvurderingen.

2.2.5 Kravet til saklig utvelgelse

Kravet til saklig utvelgelse kommer ikke direkte til uttrykk i arbeidsmiljøloven, men følger indirekte av aml. § 15-7 første ledd. Kravet kan inndeles i to underproblemstillinger. For det

³¹ HR-2018-880-A, HR-2017-561-A, NOU 2004:5 (s. 148)

³² HR-2017-561-A

³³ Skjøsberg mfl. (2018) s. 431.

³⁴ Skjøsberg mfl. (2018) s. 431.

³⁵ Rt-2008-749 (avsnitt 41)

første stilles det krav til en saklig utvelgelseskrets, og for det andre kreves det at utvelgelsesvurderingen er basert på en forsvarlig avveining av saklige utvelgelseskriterier³⁶. Videre i dette kapittelet vil kravet til utvelgelseskrets kort behandles, før oppgavens tema videre vil være utvelgelseskriteriene.

Bakgrunnen for kravet til saklig utvelgelseskrets er å sikre at utvelgelsesvurderingen blir reell ved at den gjennomføres overfor et tilstrekkelig antall arbeidstakere. Kravet til saklig utvelgelseskrets sikrer derfor at arbeidsgiver ikke kan begrense utvelgelseskretsen etter eget ønske. Dette viser at utvelgelseskretsen henger tett sammen med utvelgelsesvurderingen, ved at utvelgelseskretsen angir hvilke arbeidstakere som skal inngå i utvelgelsesvurderingen.

Som utgangspunkt omfattes hele selskapet i utvelgelseskretsen³⁷. Normalt skal utvelgelseskretsen dermed forstås på samme måte som virksomhetsbegrepet ved «annet passende arbeid»-vurderingen i aml. § 15-7 annet ledd³⁸. Det er imidlertid i rettspraksis lagt til grunn at utvelgelseskretsen kan innsnevres til deler av virksomheten i enkelte tilfeller³⁹. Samlet viser rettspraksis at det avgjørende for om utvelgelseskretsen kan begrenses er om det foreligger saklig grunn til å fravike virksomhetsbegrepet⁴⁰. Videre vises det til at det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak for å avgjøre om forholdene tilsier at utvelgelseskretsen kan begrenses⁴¹. Gjennomgående taler rettspraksis for at virksomhetens økonomiske situasjon, forutberegneligheten av en avgrenset utvelgelseskrets og hensynet til å sikre ro og stabilitet i virksomheten, kan begrunne en avgrenset utvelgelseskrets.

Det forutsettes i det videre at det foreligger saklige driftsmessige behov for nedbemanning, at det ikke finnes annet passende arbeid i virksomheten, at arbeidsgivers interesser veier tyngre enn arbeidstakers, og at det er fastsatt en saklig utvelgelseskrets, jf. Aml. § 15-7 første og annet ledd. Det problematiske vil derfor være om selve utvelgelsesvurderingen er saklig.

³⁶ Rt-1986-879 (s. 886-887)

³⁷ Rt-2015-1332 (avsnitt 38)

³⁸ Fougner mfl. (2016), s. 299

³⁹ Rt-1986-879, Rt-1992-776, Rt-2015-1332, AR-2018-18

⁴⁰ Eksempelvis Rt-1986-879, Rt-1992-776, Rt-2015-1332, HR-2017-561-A (avsnitt 48), AR-2018-18

⁴¹ Eksempelvis Rt-2015-1332 (avsnitt 42)

3. Saklige utvelgelseskriterier

3.1 Hensyn og begrunnelse

For at utvelgelsen ved nedbemanninger skal være i samsvar med aml. § 15-7 første ledd, må selve utvelgelsesvurderingen være saklig. Det innebærer at utvelgelsesvurderingen må baseres på saklige utvelgelseskriterier, samt at avveiningen av de ulike kriteriene må være saklig⁴².

Utvelgelseskriterier kan defineres som de ulike momentene arbeidsgiver vektlegger i utvelgelsesvurderingen⁴³. Ved at arbeidsgiver gjennomfører grundige vurderinger hvor alle saklige utvelgelseskriterier avveies mot hverandre, vil utvelgelsen fremstå rettferdig og lettere aksepteres av arbeidstakerne.

I en utvelgelsesvurdering vil det være flere parter med ulike interesser⁴⁴. Det vil typisk både være interessemotsetninger mellom bedriften og de ansatte, og innbyrdes mellom de ansatte⁴⁵. Bedriften vil normalt ønske å beholde de best kvalifiserte arbeidstakerne, og kan derfor ønske å se bort fra ansiennitet til fordel for kvalifikasjoner. På den andre siden kan en arbeidstaker som har vært ansatt i bedriften i en årrekke ha utfordringer med å få ny jobb i en annen bedrift. Det vil derfor kunne oppstå store interessemotsetninger ved nedbemanninger, noe som tydeliggjør viktigheten av at oppsigelsen må kunne begrunnes gjennom en avveining av saklige utvelgelseskriterier.

Avhengig av om arbeidstakerne har lang ansiennitet, gode kvalifikasjoner eller andre saklige forhold, vil de være uenige om hvilke kriterier som bør vektlegges i utvelgelsesvurderingen. Kravet til en saklig utvelgelsesvurdering basert på saklige utvelgelseskriterier skal sikre at alle disse hensynene blir balansert mot hverandre ved en nedbemanningssituasjon, samt at denne prosessen blir tilstrekkelig dokumentert. Saksbehandlingen ved utvelgelsesvurderingen er derfor viktig for å vise at de ulike arbeidstakerens interesser er tilstrekkelig vurdert og vektlagt.

⁴² Skjønsberg mfl. (2018) s. 432-433

⁴³ Fougner mfl. (2016) s. 303

⁴⁴ Jakhelln (2010) s. 741

⁴⁵ Jakhelln (2010) s. 741-742

3.2 De vanligste utvelgelseskriteriene

3.2.1 Ansiennitet

Høyesterett har beskrevet ansiennitet som at den arbeidstakeren med kortest tjenestetid først skal sies opp ved en nedbemanning⁴⁶. Vektleggelse av ansiennitet innebærer at arbeidstakers sammenhengende tjenestetid i virksomheten inngår i utvelgelsesvurderingen⁴⁷. Det skal derfor ved vektleggelse av ansiennitet tas utgangspunkt i hvor lenge de ulike arbeidstakerne har vært ansatt. Lang ansiennitet kan være fordelaktig både ved fastsettelsen av lønn og i nedbemanningssituasjoner. I denne oppgaven er det ansiennitet i forbindelse med oppsigelser som er aktuelt.

Tiltredelsestidspunktet skal være utgangspunktet for ansiennitetsperioden⁴⁸. Fra tiltredelsen omfattes sammenhengende tjenestetid i virksomheten, og det er alminnelig antatt at små avbrekk i tjenestetiden ikke får konsekvenser for ansiennitetsberegningen⁴⁹. Ansiennitet kan beregnes på ulike måter basert på avtaleforhold, bedriftstilhørighet eller yrkeserfaring. Hvordan ansienniteten beregnes vil kunne påvirke ansiennitetsrekkefølgen. Et eksempel på dette er at ansiennitet i noen bedrifter kan omfatte konserntilknytning, slik at tidligere tilknytning til samme konsern inngår i ansiennitetsberegningen. Dette viser tydelig at beregningsmåten vil kunne påvirke hvor lang ansiennitet de ulike arbeidstakerne anses å ha.

3.2.2 Kvalifikasjoner og kompetanse

Begrepene kvalifikasjoner og kompetanse benyttes i oppgaven for å beskrive utdanning, erfaring eller andre forhold ved den enkelte arbeidstaker som skiller vedkommende fra de øvrige arbeidstakerne. Kvalifikasjoner og kompetanse vil bli brukt om hverandre som samlebetegnelse på arbeidstakers evner og egenskaper. Formelle kvalifikasjoner vil imidlertid benyttes til å betegne kvalifikasjoner som utdanning og kurs, mens realkompetanse omfatter tilegnede egenskaper som dyktighet og erfaring.

Viktigheten av å kunne vektlegge kompetanse fremheves i RG. 2011 s. 113. I dommen viste lagmannsretten til at den aktuelle mediebedriften «er en relativt liten kunnskapsbedrift som

⁴⁶ HR-2019-424-A (avsnitt 31)

⁴⁷ Fougner mfl. (2016) s. 303

⁴⁸ Fougner mfl. (2016) s. 306

⁴⁹ Fougner mfl. (2016) s. 306

opererer i et krevende marked, hvor det ved nedbemanningen var viktig å beholde rett kompetanse, vurdert ut fra virksomhetens behov». I Hillesland-dommen ble også kompetanse gitt avgjørende vekt på bekostning av ansiennitet⁵⁰. Grunnen til det var at arbeidstakeren hadde spesifikke ferdigheter som forenklet videre drift av virksomheten, samt at bedriften var i store økonomiske vansker. Etter en helhetlig vurdering var det derfor rimelig å legge avgjørende vekt på kompetanse. Dommene viser at kvalifikasjoner og kompetanse kan få betydelig vekt i utvelgelsesvurderingen. Av den grunn kan hensynet til kvalifikasjoner og kompetanse tale for å fravike ansiennitet ved at den arbeidstakeren med best kompetanse ikke nødvendigvis har lengst ansiennitet.

3.2.3 Konsekvenshensyn

Ved vektlegging av sosiale- og menneskelige hensyn vurderes spesifikke forhold ved den enkelte arbeidstaker for å avgjøre hvilke konsekvenser oppsigelsen vil kunne få for vedkommende. Konsekvensene av en oppsigelse kan både tale for og imot at en bestemt arbeidstaker bør få beholde jobben⁵¹. Vektleggingen av konsekvenshensyn må ses i sammenheng med interesseavveiningen i aml. § 15-7 annet ledd annet punktum. Dette fordi Høyesterett har slått fast at de relevante momentene ved interesseavveiningen, også må kunne vektlegges ved utvelgelsen⁵².

Innenfor utvelgelseskriteriet sosiale- og menneskelige hensyn kan mange ulike forhold vektlegges, det kan derfor være vanskelig å vurdere hvilken vekt et moment skal ha i en konkret situasjon. For eksempel kan en arbeidstaker være aleneforsørger, mens en annen er gammel og syk. Eksempelet viser at det kreves helt konkrete vurderinger av arbeidstakernes relevante omstendigheter for å avgjøre hvilken betydning konsekvenshensyn kan tillegges i det enkelte tilfellet.

⁵⁰ Rt-1986-879 s. 888

⁵¹ Rt-2011-609 (avsnitt 63)

⁵² Rt-1986-879 (s. 887)

4. Ansiennitetskriteriets rolle i utvelgelsesvurderingen

4.1 Hensyn for og imot vektleggelse av de vanligste utvelgelseskriteriene

4.1.1 Ansiennitet

Det er lang tradisjon for å anvende ansiennitet som utvelgelseskriterium i utvelgelsesvurderingen. Allerede på 1920-tallet ble ansiennitet brukt i lokale tariffavtaler, og kriteriet fikk stadig større betydning da ansiennitet hadde sterk støtte blant arbeidstakerne⁵³. På denne tiden var det ikke vanlig at arbeidstakerne hadde utdanning, og ansiennitet ble derfor et egnet verktøy for å måle kvalifikasjoner⁵⁴. Dette fordi kompetanse da best kunne måles gjennom erfaring i virksomheten. I tillegg var vektleggelse av ansiennitet i samsvar med konsekvenshensynet. Grunnen til det var at nedbemanning basert på ansiennitet medførte at eldre arbeidstakerne med familie og forsørgelsesbehov fikk beholde jobben⁵⁵. Siden ansiennitet ga uttrykk for både tilknytning, kompetanse og konsekvenshensyn er det klart at ansiennitet var et særlig viktig utvelgelseskriterium i utvelgelsesvurderingen.

At ansiennitet på 1920-tallet ga uttrykk for arbeidstakernes kvalifikasjoner, viser at ansiennitet i dag kan ha en annen rolle i utvelgelsesvurderingen enn den gang. Grunnen til det er at de fleste arbeidstakere i dag har en utdanning som konkret fastsetter deres formelle kompetanse. Konsekvenshensynet ivaretas heller ikke i like stor grad ved vektleggelse av ansiennitet som tidligere, da arbeidstakere i dag er eldre ved oppstart i arbeidslivet. På grunn av dette kan kvalifikasjoner og konsekvenser i dag ses som egne kriterium adskilt fra ansiennitet, noe som kan tilsi at ansiennitet har mindre betydning i utvelgelsesvurderingen.

Utvelgelse basert på ansiennitet vil imidlertid normalt oppfattes objektivt og rettferdig også i dag⁵⁶. Grunnen til det er at de innbyrdes forskjellene i ansiennitet er enkle å fastsette. Dette medfører at ansiennitet kan vektlegges uten subjektive vurderinger der personlige oppfatninger inngår. Disse fordelene ved vektleggelse av ansiennitet bidrar til å redusere de uenighetene som kan oppstå som følge av de ulike interessene arbeidsgiver og arbeidstakerne har i en nedbemanningssituasjon. At ansiennitet er et objektivt kriterium gjør også at en utvelgelse basert på ansiennitet blir mer forutberegnelig. Ved vektleggelse av ansiennitet

⁵³ Våg (2015) s. 7

⁵⁴ Våg (2015) s. 7

⁵⁵ Våg (2015) s. 8

⁵⁶ ARD-2006-286 (avsnitt 74), HR-2019-424-A (31)

unngår arbeidsgiver derfor i større grad konflikter i forbindelse med nedbemanning, enn ved vektleggelse av subjektive utvelgelseskriterier.

Hva som anses som rettferdig i det enkelte tilfellet vil på den andre siden avhenge av arbeidstakers egeninteresser⁵⁷. Dette innebærer at vektleggelse av ansiennitet ikke nødvendigvis vil anses rettferdig for arbeidstakere med høy kompetanse, og lav ansiennitet. Likevel vil vektleggelse av et objektivt moment som ansiennitet trolig i større grad bli akseptert av arbeidstakerne også i en slik situasjon. Grunnen til det er at utvelgelsesvurderingen da ikke fremstår like skjønnsmessig og vilkårlig som ved vektleggelse av de mer subjektive utvelgelseskriteriene.

Det er hevdet i juridisk teori at ansiennitet ikke er et rent objektivt utvelgelseskriterium⁵⁸. Begrunnelsen for denne forståelsen er at det ikke finnes entydige prinsipper for hvordan ansiennitet beregnes, samt at utvelgelseskretsen kan variere. Av den grunn kan det oppstå uenigheter om hvordan ansiennitet skal beregnes, og hvilke arbeidstakere som skal inngå i vurderingen. Uenighetene som kan oppstå ved beregning av ansiennitet og fastsettelse av utvelgelseskrets vil imidlertid være enkle å avklare på forhånd ved at arbeidsgiver fastsetter hvordan dette skal gjøres. De eventuelle uenighetene vil heller ikke medføre like stor grad av skjønnsmessige vurderinger som ved vektleggelse av subjektive kriterier. Dette fordi fastsettelsen av utvelgelseskrets og avgjørelsen av hvordan ansiennitet skal beregnes, ikke vil bero på arbeidsgivers subjektive vurdering av arbeidstakernes egnethet og personlige forhold. Disse avgjørelsene vil heller baseres på en fastsetting av utregningsmetode og utvelgelseskrets hvor det kun vil foreligge et begrenset antall alternativer.

En fordel ved vektleggelse av ansiennitet er at utvelgelsen blir enkel og effektiv for arbeidsgiver. Dette ved at arbeidsgiver enkelt kan konstatere hvem som har kortest ansiennitet. Ved en slik vurdering slipper arbeidsgiver å gjennomføre omfattende prosesser for å sikre at de ulike subjektive utvelgelseskriteriene blir vurdert tilstrekkelig for alle ansatte. Her vil vektlegging av ansiennitet skille seg fra vektlegging av formelle kvalifikasjoner. Grunnen til det er at formelle kvalifikasjoner i større grad vil kreve en vurdering av bedriftens fremtidige behov og en avveining av de ulike formelle kvalifikasjonene opp mot hverandre.

⁵⁷ Våg (2015) s. 94

⁵⁸ Våg (2015) s. 94

Ansiennitet som utvelgelseskriterium er derfor i større grad objektivt og vil være enklere å anvende.

Et annet argument som taler for å anvende ansiennitet som utvelgelseskriterium er at arbeidsgiver bør belønne trofaste arbeidstakere⁵⁹. Det er utvilsomt en fordel for en bedrift å ha trofaste arbeidstakere med lang erfaring og tilknytning til virksomheten. Dette fordi bedriften da slipper stadig opplæring av nye arbeidstakere. Trofaste arbeidstakere er derfor både effektivt og lønnsomt. Sett i sammenheng med dette er det rimelig at arbeidstakere som har jobbet i bedriften i store deler av sitt yrkesaktive liv, ikke står i fare for å bli oppsagt ved en nedbemanningssituasjon. Belønning av trofaste arbeidstakere taler dermed for vektleggelse av ansiennitet i utvelgelsesvurderingen.

På den andre siden vil en bedrift som gjennomfører gjentakende nedbemanninger ende opp med en overvekt av eldre arbeidstakere ved stadig vektlegging av ansiennitet. Et slikt resultat vil være uheldig for virksomhetens videre drift. Grunnen til det er særlig at virksomheten da typisk vil mangle formelle kvalifikasjoner som i dag er nødvendig i de fleste bransjer. Også i virksomheter der formelle kvalifikasjoner ikke er avgjørende, vil en utvelgelsesvurdering kun basert på ansiennitet være uheldig. Dette fordi det vil resultere i en homogen arbeidsstokk da yngre arbeidstakere stadig nedprioriteres i utvelgelsesvurderingen. Denne prioriteringen vil være uheldig da det normalt vil være en fordel å ha ulike typer arbeidstakere i en virksomhet.

Samlet viser gjennomgangen at gode grunner kan tale for å legge avgjørende vekt på ansiennitet i utvelgelsen, men at utviklingen i arbeidsmarkedet har gjort at også andre momenter kan være av stor betydning i utvelgelsesvurderingen i dag.

4.1.2 Kvalifikasjoner og kompetanse

Kvalifikasjoner og kompetanse som utvelgelseskriterium er i dag av stor betydning for arbeidsgiver i utvelgelsesvurderingen. Viktigheten av å kunne vektlegge kvalifikasjoner og kompetanse kan særlig ses ved at en bedrift etter en nedgangsperiode ofte vil være i økonomisk krise. Bedriften vil da være avhengig av kvalifiserte og dyktige arbeidstakere for å gjenopprette sin økonomiske stilling. Det vil derfor være dramatisk for videre drift om de best

⁵⁹ HR-2019-424-A (avsnitt 31)

kvalifiserte arbeidstakerne må sies opp på grunn av lav ansiennitet. En slik prioritering vil også være uheldig i et samfunnsøkonomisk perspektiv.

Kvalifikasjoner kan i dag i større grad enn tidligere anses som et objektivt utvelgelseskriterium, noe som ytterligere begrunner at kvalifikasjoner bør vektlegges i utvelgelsesvurderingen. Grunnen til at kvalifikasjoner til en viss grad anses å være et objektivt kriterium er at de fleste stillinger i dag krever spesifikk utdanning og kunnskap⁶⁰. Av den grunn kan arbeidstakerens formelle kvalifikasjoner i stor grad objektivt avleses ved å konstatere hvilken utdanning vedkommende har. Dette viser at det ikke i like stor grad som ved de klart subjektive momentene, kreves at arbeidsgiver vurderer hvilke arbeidstakere som er dyktigst. Samlet tilsier dette at kompetanse har blitt viktigere for bedriftens overlevelse, og at vektleggelse av formelle kvalifikasjoner ikke innebærer samme grad av skjønsmessige vurderinger som tidligere. Dette taler for at kvalifikasjoner og kompetanse i dag bør kunne tillegges betydelig vekt.

Til tross for at formelle kvalifikasjoner til en viss grad kan anses som et objektivt utvelgelseskriterium, vil vektleggelse av formelle kvalifikasjoner kreve vurderinger av hvilken vekt ulike formelle kvalifikasjoner har i utvelgelsesvurderingen. Av den grunn vil vektleggelse av formelle kvalifikasjoner i større grad enn vektleggelse av ansiennitet kreve at det foretas konkrete avveininger av arbeidstakernes forhold. Grunnen til det er at vurderingene av arbeidstakernes formelle kompetanse vil innebære skjønsmessige vurderinger av bedriftens behov, og den spesifikke kompetansens verdi for virksomheten. Formelle kvalifikasjoner kan derfor ikke anses som et like objektivt og forutberegnelig utvelgelseskriterium som ansiennitet.

Ved vektlegging av kompetanse må også realkompetanse inngå i utvelgelsesvurderingen. Grunnen til det er at arbeidstakerens dyktighet vil påvirke hvor egnet vedkommende er i jobben, og vil derfor være avgjørende for hvor viktig arbeidstakeren anses å være for videre drift. Vektleggelse av realkompetanse vil kreve vurderinger av den enkeltes evne og arbeidsinnsats, og vil typisk baseres på arbeidsgivers subjektive oppfatninger. Det vil være vanskelig å måle konkret hvor kvalifisert eller dyktig den enkelte arbeidstaker er sammenlignet med en annen. Utvelgelsen kan derfor lettere bli tilfeldig og urimelig ved

⁶⁰ Våg (2015) s. 8

vektleggelse av slike hensyn. Dette viser at vektleggelse av realkompetanse innebærer omfattende bruk av subjektive vurderinger, og det stilles derfor særlig strenge krav til saksbehandlingen⁶¹.

4.1.3 Konsekvenser

Det er ofte gode grunner til å vektlegge konsekvensene av en eventuell oppsigelse for de ulike arbeidstakerne. For eksempel ble sosiale forhold tillagt avgjørende vekt i Hillesland-dommen, da forholdene tilsa at oppsigelsen ville få omfattende konsekvenser for den bestemte arbeidstakeren. Begrunnelsen for avviket fra ansiennitet var at arbeidstakeren var eneforsørger for et 10 år gammelt barn. Etter en konkret vurdering var det derfor klart at oppsigelsen ville ha større konsekvenser for henne enn for de øvrige arbeidstakerne.

Konsekvenshensyn har blitt et viktigere og mer selvstendig moment som følge av utviklingen i arbeidsmarkedet. Tidligere startet arbeidstakerne å jobbe i ung alder, noe som resulterte i at de hadde lang ansiennitet når de hadde behov for vern på grunn av barn og forsørgelsesansvar⁶². Av den grunn ivaretok ansiennitetskriteriet også hensynet til arbeidstaker i disse situasjonene. Kravene som i dag stilles til formelle kvalifikasjoner har gjort at arbeidstakerne er langt eldre enn tidligere ved oppstart i arbeidslivet. Som følge av dette er det ofte arbeidstakere med kort ansiennitet som har små barn og behov for vern ved oppsigelser. Av den grunn ivaretas ikke lenger dette hensynet gjennom vektleggelse av ansiennitet, og konsekvenshensyn har blitt et selvstendig moment som i større grad må vektlegges i utvelgelsesvurderingen.

Vektlegging av konsekvenshensyn vil typisk medføre enda større grad av subjektive momenter ved utvelgelsen enn ved vektleggelse av kompetanse. Dette fordi den spesifikke situasjonen for hver enkelt arbeidstaker må vurderes for å avgjøre hvilke konsekvenser en oppsigelse vil ha. Deretter må konsekvensene for de ulike arbeidstakerne sammenlignes for å avgjøre hvem det vil være saklig å si opp. Denne vurderingen er uten objektive elementer, og vil derfor bli særlig skjønnsmessig.

⁶¹ HR-2019-424-A (avsnitt 81)

⁶² Våg (2015) s. 8

For å sikre at vektleggingen av subjektive utvelgelseskriterier ikke blir for vilkårlig, er det viktig at saksbehandlingen er grundig og etterprøvable. Dette for å sikre at utvelgelseskriteriene er valgt på riktig grunnlag, og fordi bruken av momentene da vil fremstå mindre vilkårlig. På den måten vil tilstrekkelig saksbehandling legitimere bruken av subjektive utvelgelseskriterier, ved å sikre at vurderingen er basert på virksomhetens og andre arbeidstakers behov. I Skanska-dommen ble det lagt til grunn at jo mer subjektive utvelgelseskriteriene er, jo bedre dokumentasjon må kreves for å vektlegge kriteriet⁶³.

4.2 Ansiennitetsrekkefølgens relevans som utvelgelseskriterium etter aml. § 15-7

4.2.1 Ansiennitet skal inngå i utvelgelsesvurderingen

Det fremgår av aml. § 15-7 første ledd at en oppsigelse skal være «saklig begrunnet». Dette innebærer at også utvelgelsen av arbeidstakere må være saklig⁶⁴. Utover de alminnelige kravene til saklighet gir ikke ordlyden veiledning til hvilke momenter som er relevante for utvelgelsesvurderingen. Ordlyden gir dermed ikke ansiennitet en særlig rolle i utvelgelsen, men tilsier kun at ansiennitet kan vektlegges på lik linje med andre saklige momenter. Det kan derfor ikke utledes av ordlyden at ansiennitet har en særlig posisjon ved utvelgelsesvurderingen.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 § 67 om fortrinnsrett, ga veiledning til hvilken betydning ansiennitet skulle ha ved oppsigelser etter § 60⁶⁵. Dagens bestemmelser om oppsigelse og fortrinnsrett i aml. §§ 15-7 og 14-2 viderefører §§ 60 og 67, forarbeidene har derfor fremdeles betydning⁶⁶. Forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven fastsetter at:

«[det i] rettspraksis er ... fastslått at ansiennitet er ett av momentene som skal tillegges vekt ved denne vurderingen, et annet sentralt moment er kvalifikasjoner. Det kreves at arbeidsgiver treffer en forsvarlig avgjørelse og at den kan begrunnes»⁶⁷.

⁶³ HR-2019-424-A (avsnitt 81)

⁶⁴ Rt-1986-879 (s.886)

⁶⁵ Ot. Prp. Nr. 50 (1993-1994) s. 203

⁶⁶ Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) s. 329 og 335

⁶⁷ Ot. Prp. Nr. 50 (1993-1994) s. 203

Forarbeidene gir klart uttrykk for at ansiennitet skal inngå i utvelgelsesvurderingen ved at det fastsettes at ansiennitet er ett av momentene som skal tillegges vekt. Dette taler for at ansiennitet alltid må inngå i utvelgelsesvurderingen selv om ansienniteten er kort og ansiennitetsforskjellene er små.

At forarbeidene fastslår at det kreves en forsvarlig avgjørelse og at den må begrunnes, taler også for at ansiennitet må inngå i utvelgelsesvurderingen. Kravet til saksbehandling må her ses i sammenheng med at ansiennitet indirekte omtales som et sentralt moment. Dette fordi det er klart at en saksbehandling lett kan anses ubalansert dersom sentrale momenter ikke inngår i vurderingen. Eksempelvis vil arbeidsgiver vanskelig kunne forklare hvorfor kvalifikasjoner er gitt avgjørende vekt på bekostning av ansiennitet, dersom ansiennitet ikke inngår i vurderingen.

4.2.2 Ansiennitetskriteriet er relevant selv ved kort ansiennitet

I eldre juridisk teori er det hevdet at det stilles krav til ansiennitetens lengde før ansiennitet kan være relevant for utvelgelsesvurderingen etter aml. § 15-7⁶⁸. Dette kan tale for at ansiennitetens lengde avgjør om momentet skal inngå i utvelgelsesvurderingen, og at lengden derfor ikke bare har betydning for ansiennitetskriteriets vekt i vurderingen. Det er også i senere juridisk teori hevdet at det kreves betydelige forskjeller i ansiennitet før det kan få rettslig betydning for utvelgelsen⁶⁹.

For å underbygge påstanden om at kun lang ansienniteten er relevant vises det i juridisk teori til flere rettsavgjørelser⁷⁰. I disse sakene gis ansiennitet på 20, 28 og 30 år avgjørende vekt sammenholdt med andre saklige momenter som alder og sosiale forhold. Siden ansienniteten i alle sakene fikk avgjørende vekt, kan det imidlertid argumenteres for at også lavere ansiennitet kan være relevant for vurderingen etter aml. § 15-7. Dette fordi momentet kan være relevant uten å være avgjørende, og fordi det heller ikke henvises til dommer med lavere ansiennitet der ansienniteten ikke har blitt avgjørende. Av den grunn gir ikke dommene klart uttrykk for at ansiennitetens lengde påvirker dens relevans for vurderingen.

⁶⁸ Jakhelln (2010) s. 745-746

⁶⁹ Jakhelln mfl. (2017) s. 1117-1119

⁷⁰ Blant annet Rt-1966-393, Rt-1962-888 og RG-1961-490

Det er imidlertid på det rene at ansiennitetens lengde vil påvirke momentets vekt i utvelgelsesvurderingen. Av den grunn er det klart at kort ansiennitet generelt vil være av mindre betydning i utvelgelsesvurderingen enn lang ansiennitet⁷¹. Dette kan tale for at svært kort ansiennitet ikke vil påvirke utvelgelsesvurderingen da momentet vil ha liten vekt i vurderingen, og at ansiennitet i slike tilfeller dermed kan være uten rettslig betydning.

Betydningen av kort ansiennitet har ikke blitt behandlet i særlig grad i rettspraksis, men det foreligger to avgjørelser fra førsteinstans hvor problemet aktualiseres. I RG 1992 s. 669 hadde den aktuelle arbeidstakeren litt under fem års ansiennitet, og retten fastsatte at ansiennitet er så innarbeidet i praksis at momentet må inngå i saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Det ble derfor i saken konkludert med at arbeidsgiver hadde gjort feil da ansiennitet ikke var vurdert. I den andre saken fastsatte Oslo tingrett at det kunne ses bort fra ansiennitet ved utvelgelsen, da ansienniteten kun var på fire år⁷². Retten sa seg dermed enig i arbeidsgivers vurdering av at ansiennitet på fire år skulle tillegges liten eller ingen vekt i utvelgelsesvurderingen. Dette viser at ansiennitet inngikk i vurderingen, men at ansienniteten i det konkrete tilfellet var så kort at den ikke kunne vektlegges. Dommene taler dermed for at selv om ansienniteten ikke nødvendigvis gis stor vekt der ansienniteten er lav, må ansiennitet vurderes for at saksbehandlingen skal være forsvarlig. Begge avgjørelsene er midlertid fra førsteinstans og har derfor mindre rettskildemessig betydning.

Hillesland-dommen omhandler en bedrift som ved fravikelse av ansiennitet sa opp fire arbeidstakere⁷³. I saken behandles ikke betydningen av kort ansiennitet direkte, men Høyesteretts vurderinger kan brukes som veiledning til å avklare rettstilstanden. Spørsmålet i Hillesland-dommen var om det var saklig at arbeidsgiver hadde lagt avgjørende vekt på andre utvelgelseskriterier enn ansiennitet. Høyesterett begynte sin vurdering med å fastsette at til tross for at ansiennitetsprinsippet anvendes i stor grad ved driftsinnskrenkninger vil også andre momenter være relevante i utvelgelsesvurderingen⁷⁴. Selv om Høyesterett i Hillesland-dommen fastsetter at ansienniteten ikke var lang og ansiennitetsforskjellene var små, foretok Høyesterett en konkret vurdering av om andre momenter kunne gis avgjørende vekt. Dette

⁷¹ Rt-1986-879 (s. 887)

⁷² TOSLO-2008-195723

⁷³ Rt-1986-879

⁷⁴ Rt-1986-879 (s. 886)

taler for at ansiennitetsforskjeller kan være av betydning selv ved kort ansiennitet. Dommen kan derfor være et argument for at ansiennitet som utvelgelseskriterium alltid bør inngå i utvelgelsesvurderingen etter aml. § 15-7.

I Brevida-saken ble viktigheten av saksbehandling ved utvelgelsesvurderingen trukket frem i saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7⁷⁵. Retten fastsatte at kravet til en saklig utvelgelse også innebærer et krav til en grundig og bred vurdering, samt at det kreves at avgjørelsen er etterprøvable. Bedriften hadde ved utvelgelsesvurderingen sett bort fra ansiennitet på fire og et halvt år. Flertallet fastslo da at det ikke var forenlig med aml. § 15-7 at ansiennitet verken var vurdert eller vektet inn. Av den grunn ble oppsigelsen ansett ugyldig. Dommen taler dermed for at ansiennitet må inngå i utvelgelsesvurderingen etter aml. § 15-7 for å tilfredsstillе saksbehandlingskravet.

4.3 Ansiennitetskriteriets tyngde i utvelgelsesvurderinger etter aml. § 15-7

4.3.1 Ett av flere sentrale momenter

Ordlyden i aml. § 15-7 første ledd utelukker ikke at andre momenter enn ansiennitet kan gis avgjørende vekt. Kravet til en «saklig» utvelgelse taler for at alle saklige utvelgelseskriterier kan vektlegges, og at ansiennitet derfor kun er ett av flere momenter. Etter ordlyden anses ansiennitet derfor generelt å ha like stor betydning som de øvrige utvelgelseskriteriene.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 taler for at det kan gis avgjørende vekt til andre momenter enn ansiennitet. Det fastsettes i forarbeidene at:

«[det] ikke legges opp til en ren ansiennitetsvurdering, fordi ansiennitet bare vil være ett av flere momenter i en saklighetsvurdering»⁷⁶.

Utdraget fra forarbeidene tolkes slik at ansiennitet i utgangspunktet ikke har noen større betydning enn de øvrige utvelgelseskriteriene. Dette særlig fordi ansiennitet her omtales som ett av flere momenter, uten at det presiseres at kriteriet skal ha noen annen styrke enn de øvrige. En lignende presisering ville vært nærliggende dersom det var meningen at ansiennitet generelt skulle hatt en særlig vekt.

⁷⁵ LG-2018-7314

⁷⁶ Ot. Prp. Nr. 50 (1993-1994) s. 203

Det angis indirekte i forarbeidene at ansiennitet er et sentralt moment, noe som kan tale for at ansiennitet er viktigere enn de andre utvelgelseskriteriene. Forarbeidene angir imidlertid også spesifikt at kompetanse er et sentralt moment ved utvelgelsesvurderingen⁷⁷. Dette forstås som at forarbeidene likestiller ansiennitet og kvalifikasjoner, da begge er relevante momenter som må inngå i utvelgelsesvurderingen. På bakgrunn av dette anses forarbeidene å gi rom for at kvalifikasjoner kan gis avgjørende vekt på bekostning av ansiennitet, uten at kvalifikasjonshensynene må være særlig tungtveiende. Dette taler derfor imot at ansiennitet generelt anses å være et tyngre moment enn de øvrige utvelgelseskriteriene.

4.3.2 Ikke krav til ansiennitetens lengde for å kunne vektlegges

I juridisk teori er det hevdet at det kreves mellom 10-15 års ansiennitet før ansiennitet i særlig grad kan vektlegges ved saklighetsvurderingen i aml. § 15-7 første ledd⁷⁸. En slik forståelse innebærer at det vil være uproblematisk å fravike ansiennitet kortere enn 10 år. Resultatet av dette ville blitt at ansiennitet i mange tilfeller kan fravikes uten særlige krav til begrunnelsen, og at ansiennitetskriteriet på den bakgrunn i mange tilfeller ville blitt ubetydelig. Grensen på 10-15 år har blitt kritisert i nyere juridisk teori⁷⁹. Bakgrunnen for kritikken er at grensen ikke har et klart rettskildemessig grunnlag.

Den rettskildemessige forankringen for grensen på 10-15 år i eldre juridisk teori er særlig fire førsteinstansavgjørelser⁸⁰. I tillegg henvises det til en rekke avgjørelser der ansiennitet mellom 20 og 30 år har fått avgjørende vekt⁸¹. I den første av de fire dommene fra førsteinstans ble ansiennitet på 12 år gitt avgjørende vekt⁸². Videre ble det i RG-1950-96 fastsatt at seks års ansiennitet ikke var avgjørende da bedriften ikke var bundet til å vektlegge ansiennitet. I en dom fra Oslo Byrett ble ansiennitet på fem og et halvt år ikke vektlagt, mens i den fjerde dommen ble 12 års ansiennitet gitt avgjørende vekt⁸³.

⁷⁷ Ot. Prp. Nr. 50 (1993-1994) s. 203

⁷⁸ Fougner mfl. (2016) s. 307, Jakhelln (2010) s. 745, og Jakhelln mfl. (2017) s. 1117-1119

⁷⁹ Våg (2015) s 79-80

⁸⁰ RG-1939-674, RG-1950-96, Oslo Byrett 6/5.1959, Kristiansund Byrett 16/3.64

⁸¹ RG-1961-490, Rt-1962-6, Rt-1962-888, Bergen byrett 22/12.65, Rt-1966-393

⁸² RG-1939-674

⁸³ Oslo Byrett 6. Mai 1959 og Kristiansund byrett 16. Mars 1964 (upublisert), se Våg (2015) s. 79-80

Ingen av dommene som gir 12 års ansiennitet avgjørende vekt gir uttrykk for at kortere ansiennitet ikke kan vektlegges. Videre fastsatte retten i RG-1950-96 at bedriften uansett ikke var forpliktet til å vektlegge ansiennitet, noe som tilsier at også lang ansiennitet i det tilfellet kunne være uten betydning. I tillegg er alle dommene fra førsteinstans, og har liten rettskildemessig vekt. Heller ikke dommene med ansiennitet mellom 20 til 30 år gir særlig veiledning til hvilken vekt kortere ansiennitet kan ha. Av den grunn kan det vanskelig ses at dommene gir grunnlag for at ansienniteten må være mellom 10-15 år før det i særlig grad kan vektlegges.

Hillesland-dommen har også blitt brukt som argument for at ansienniteten må være mellom 10-15 år for å gis særlig vekt⁸⁴. I dommen tar Høyesterett utgangspunkt i ansiennitet, og sier at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakers kvalifikasjoner. I Hillesland-dommen hadde de oppsagte arbeidstakerne åtte års ansiennitet, mens de to som fikk beholde jobben hadde seks og syv års ansiennitet. Høyesterett fastsatte på bakgrunn av dette at ingen av arbeidstakerne hadde vært ansatt særlig lenge, og at det ikke var betydelige forskjeller mellom de ansattes ansiennitet. Dette taler for at ansiennitet på åtte år ikke er et tungtveiende moment ved små ansiennitetsforskjeller. Dommen kan tas til inntekt for at ansienniteten må være noe lenger enn åtte år og at ansiennitetsforskjellene må være mer enn ett til to år, før ansiennitetskriteriet er av særlig betydning for utvelgelsen.

Hillesland-dommen viser videre at ulik lengde og forskjeller i ansiennitet er relevante faktorer ved fastsettelsen av hvilken vekt ansienniteten skal ha etter saklighetsvurderingen i aml. § 15-7. Selv ved kort ansiennitet og små ansiennitetsforskjeller vurderer imidlertid Høyesterett konkret hvilken vekt ansiennitetskriteriet skal tillegges. Avgjørelsen taler dermed for at også kort ansiennitet og små forskjeller kan være avgjørende for utvelgelsesvurderingen.

Hillesland-dommen taler dermed for at ansiennitetskriteriets vekt må avgjøres etter en konkret vurdering og avveining av de ulike utvelgelseskriteriene⁸⁵. Av den grunn kan dommen vanskelig anvendes som argument for at ansiennitet under 10-15 år på generelt grunnlag ikke kan ha særlig vekt ved utvelgelsesvurderingen.

⁸⁴ Fougner mfl. (2016) s. 307

⁸⁵ Rt-1986-879 (s. 886)

I Brevida-saken fra 2018 fastsatte lagmannsrettens flertall at en oppsigelse av tre ansatte var usaklig etter aml. § 15-7, som følge av manglende saksbehandling. For det første var ikke opplysningene som lå til grunn for avgjørelsen tilfredsstillende, og for det andre forelå det feil ved avveiningen av utvelgelseskriterier. For arbeidstaker C startet flertallet i Brevida-saken vurderingen ved å påpeke at arbeidsgivers bevis ikke var tilstrekkelig for å kunne foreta en reell prøving av utvelgelsesvurderingen. I tillegg var opplysningene «mest sannsynlig ... både ufullstendig og uriktig». Det var videre på det rene at arbeidsgiver ikke hadde tilstrekkelig oversikt over de ansattes realkompetanse ved utvelgelsesvurderingen. På denne bakgrunn hadde ikke arbeidsgiver tilstrekkelig informasjon til å foreta en tillitsvekkende utvelgelsesvurdering. Dette viser at de opplysninger som ligger til grunn for utvelgelsen må være fullstendige og korrekte. Videre fastsatte lagmannsrettens flertall følgende:

«I kravet til saklig utvelgelse, ligger at arbeidsgiver må foreta en grundig og bred vurdering av relevante momenter».

På bakgrunn av dette fastsatte lagmannsretten at det forelå feil ved selve anvendelsen og avveiningen av utvelgelseskriteriene. Dette ved at arbeidstaker Cs ansiennitet på ca fire og et halvt år, verken var vurdert eller vektet inn i utvelgelsesvurderingen. Lagmannsretten fastsatte at denne manglende anvendelsen av ansiennitet var lite forenlig med kravet i aml. § 15-7 som tilsier at vurderingen må ha tilstrekkelig bredde. Lagmannsretten viser her at selv kort ansiennitet må vektes inn i utvelgelsesvurderingen, for å tilfredsstille saksbehandlingskravet. Dette viser at ansiennitetskriteriet kan være avgjørende selv når ansienniteten er kort, og at utvelgelsesvurderingen derfor krever en avveining av alle relevante utvelgelseskriterier i den konkrete saken. En slik forståelse av utvelgelseskriteriene innebærer at ansiennitet ikke nødvendigvis må være over 10 år for å kunne gis særlig vekt i utvelgelsesvurderingen, men at ansiennitetens vekt vil avhenge av de øvrige momentene og må derfor avgjøres konkret.

Skanska-dommen omhandler ansiennitetens relevans og vekt etter Hovedavtalen § 8-2⁸⁶. Høyesterett kommer i tillegg med generelle poenger om utvelgelsesvurderingen som også har betydning for vurderingen etter aml. § 15-7. Høyesterett fastsetter i dommen at utvelgelsesvurderingen vil bero på en totalbedømmelse av ansiennitetens lengde og forskjeller på den ene siden, og hensynet til arbeidsgiver på den andre. Dette viser at

⁸⁶ HR-2019-424-A

utvelgelsesvurderingen alltid må gjøres konkret basert på de momenter som foreligger i saken. Videre angir Høyesterett at vurderingen må bygge på en forsvarlig og etterprøvable saksbehandling, og at det stilles særlige saksbehandlingskrav ved vektleggelse av subjektive momenter. Skanska-dommen taler på den bakgrunn for at ansiennitet ikke generelt anses å ha større vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene, men at de ulike momentenes vekt må avgjøres konkret i hver enkelt sak. I denne vurderingen vil det stilles strenge krav til saksbehandlingen for å sikre at utvelgelsen er saklig.

Hensynene som begrunner vektlegging av ansiennitet kan imidlertid tale imot at helt kort ansiennitet bør gis avgjørende vekt etter aml. § 15-7, og at dette bør gjelde selv om det ikke foreligger gode grunner for å vektlegge andre utvelgelseskriterier. Grunnen til denne forståelsen er at det verken vil fremstå rettferdig, forutberegnelig eller ivareta hensynet til den trofaste arbeidstaker å vektlegge helt kort ansiennitet og små ansiennitetsforskjeller. Dette fordi ansienniteten som skiller arbeidstakerne i slike tilfeller gjerne vil fremstå tilfeldig og ubetydelig. Vektlegging av ansiennitet vil da virke urimelig og vilkårlig. I slike tilfeller vil det være mer hensiktsmessig å vektlegge interessene til bedriften eller konsekvenshensyn selv om heller ikke disse interessene gjør seg gjeldende i særlig grad. Dette fordi hensynene bak arbeidstakers individuelle behov og bedriftens interesser vil gjøre seg gjeldende selv om de ikke er tungtveiende. For eksempel vil det for en bedrift være fordelaktig å vektlegge kvalifikasjoner selv om bedriften ikke er i en prekær økonomisk situasjon, og selv om det ikke er sentralt for videre drift å beholde den bestemte arbeidstakeren. Det vil derfor være gode grunner for å ikke gi svært kort ansiennitet og ansiennitetsforskjeller avgjørende betydning etter aml. § 15-7. Denne forståelsen av hensynene bak ansiennitetskriteriet er også i samsvar med bestemmelsen ordlyd. Dette fordi det ikke vil fremstå saklig å gi avgjørende vekt til ubetydelige eller tilfeldige ansiennitetsforskjeller.

4.4 Oppsummering og konklusjon

Forarbeidene, Hillesland-dommen og Brevida-saken taler for at ansiennitet er ett av flere saklige utvelgelseskriterier, og at ansiennitet må inngå i utvelgelsesvurderingen for at utvelgelsesvurderingen skal være forsvarlig. Dette er også i samsvar med Skanska-dommen som fastsetter at det må foretas en forsvarlig og etterprøvable totalvurdering, der ansiennitet er et saklig utvelgelseskriterium på lik linje med de øvrige. Ansiennitet anses derfor verken å være utgangspunktet eller hovedregel for utvelgelsesvurderingen etter aml. § 15-7.

Gjennomgangen viser at det ved utvelgelsesvurderingen også vil være rom for å legge avgjørende vekt på virksomhetens behov, og konsekvensene av en oppsigelse for arbeidstakerne. Både ordlyd og forarbeider taler for at ansiennitet er et moment på lik linje med andre saklige utvelgelseskriterier. Av den grunn anses ikke ansiennitet i utgangspunktet å ha større vekt enn de øvrige saklige utvelgelseskriteriene. Dette taler for at det ikke kreves særlig tungtveiende hensyn for å fravike ansiennitet på generelt grunnlag etter aml. § 15-7.

På den andre siden er det fastslått blant annet i Hillesland-dommen og i Brevida-saken at lengden og forskjellene i ansiennitet vil påvirke vekten av kriteriet. Dette gjør at det kan være vanskelig å fravike lang ansiennitet i et konkret tilfelle. Videre viser dommene at det er nødvendig å foreta konkrete vurderinger i hvert enkelt tilfelle for å avveie utvelgelseskriteriene mot hverandre. Lengden på ansienniteten, bedriftens økonomiske forhold og konsekvensene for de ansatte vil variere i hvert enkelt tilfelle, det kreves derfor at utvelgelsesvurderingen inneholder helt konkrete vurderinger.

5. Ytterligere krav til utvelgelsesvurderingen i Hovedavtalen § 8-2

5.1 Innledende om Hovedavtalen § 8-2

Hovedavtalen blir omtalt som arbeidslivets grunnlov, og angir de grunnleggende reglene som gjelder mellom arbeidslivsorganisasjonene LO og NHO⁸⁷. Hovedavtalen § 8-2 omhandler ansiennitetens betydning ved oppsigelser som følge av nedbemanning, og gjelder for virksomheter som er tilknyttet avtalen. Hovedavtalen § 8-2 første ledd fastsetter følgende:

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

Hensynet bak Hovedavtalen § 8-2 er å gi arbeidstakerne et tilleggsvern som skal sikre deres rettigheter utover det vernet som er gitt i arbeidsmiljøloven⁸⁸. Dette er gjennomført ved at ansiennitet i Hovedavtalen § 8-2 er særlig nevnt som et kriterium det kan gjøres unntak fra ved saklig grunn. På den måten gis ansiennitet en særlig posisjon ved utvelgelsesvurderingen.

Ordlyden i Hovedavtalen § 8-2 taler for at det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av om det kan gjøres unntak fra ansiennitetsrekkefølgen. På bakgrunn av bestemmelsens generelle utforming anses den å være en rettslig standard som endres i samsvar med samfunnsutviklingen. Dette medfører at innholdet i bestemmelsen ikke nødvendigvis er det samme i dag som da bestemmelsen for første gang ble avtalefestet. Denne forståelsen legges også til grunn i NRK-dommen⁸⁹.

At ansiennitet blir spesifikt nevnt i Hovedavtalen § 8-2 taler for at kriteriet er gitt en særlig posisjon i utvelgelsesvurderingen. Bestemmelsen angir imidlertid ikke klart hva dette eventuelt innebærer for ansiennitetshensynets relevans eller styrke i utvelgelsesvurderingen. Hovedavtalen § 8-2 gir dermed opphav til spørsmål om ansiennitet skal være utgangspunktet for utvelgelsesvurderingen, og om bestemmelsen gir ansiennitet særlig vekt sammenlignet med de øvrige utvelgelseskriteriene.

⁸⁷ <https://www.lo.no/hva-vi-gjor/hovedavtalen/> (08.05.19)

⁸⁸ HR-2019-424-A (avsnitt 37)

⁸⁹ AR-2018-18 (avsnitt 40)

5.2 Ansiennitet som utgangspunkt for utvelgelsesvurderingen

En naturlig språklig forståelse av «kan ansienniteten fravikes» taler for at ansiennitet skal være utgangspunktet for utvelgelsesvurderingen. Dette fordi det ellers vanskelig kan avgjøres om det foreligger saklig grunn til å fravike ansiennitet i et konkret tilfelle. En tolkning av bestemmelsen som tilsier at ansiennitet skal være utgangspunktet for vurderingen, er derfor naturlig for å best kunne vurdere om det i et konkret tilfelle er rom for unntak.

NHOs kommentarer til Hovedavtalen taler imot at ansiennitet har en særlig posisjon ved utvelgelsesvurderingen, og viser heller ikke til at ansiennitet er utgangspunktet for vurderingen. På den andre siden legger forliket i Skanska-saken til grunn at ansiennitet skal være utgangspunktet for utvelgelsesvurderingen. Forliket tilsier på den bakgrunn at ansiennitet er utgangspunkt for vurderingen, og at dette inngår i partenes felles forståelse av Hovedavtalen. At ansiennitet skal være utgangspunktet for vurderingen kommer også tydelig til uttrykk i LOs kommentarer til Hovedavtalen, og er lagt til grunn i Skanska-dommen⁹⁰.

At det skal tas utgangspunkt i ansiennitet etter Hovedavtalen § 8-2 innebærer at dersom det ikke foreligger saklig grunn til å fravike ansiennitetsrekkefølgen, vil enhver forskjell i ansiennitet kunne være avgjørende for utvelgelsesvurderingen⁹¹. Dette kan ses ved at Høyesterett har slått fast at utvelgelsesvurderingen skal starte med ansiennitet⁹². Så lenge andre momenter ikke gjøres gjeldende, må ansiennitet derfor bli avgjørende for utvelgelsesvurderingen. I et slikt tilfelle vil selv små forskjeller i ansiennitet kunne bli utslagsgivende for utvelgelsen. Dette gjelder selv om hensynene som begrunner vektlegging av ansiennitet ikke nødvendigvis gjøres gjeldende. Av den grunn anses ansiennitet å ha en særlig rolle i utvelgelsesvurderingen etter Hovedavtalen § 8-2. Her skiller ansiennitetens betydning i Hovedavtalen seg fra dens betydning i arbeidsmiljøloven, hvor rimelighetshensyn taler imot å legge avgjørende vekt til svært kort ansiennitet og ansiennitetsforskjeller.

At ansiennitet er utgangspunktet for vurderingen innebærer imidlertid ikke nødvendigvis at ansiennitetskriteriet generelt anses å ha større vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene. I det

⁹⁰ <https://www.lo.no/globalassets/hovedavtalen---kommentarer.pdf> (08.05.19), HR-2019-424-A (avsnitt 45)

⁹¹ Våg (2015) s. 67

⁹² HR-2019-424-A (avsnitt 45)

videre skal det derfor vurderes hvilken styrke ansiennitetskriteriet har ved utvelgelsen etter Hovedavtalen § 8-2.

5.3 Ansiennitetskriteriets tyngde i Hovedavtalen § 8-2

5.3.1 Partenes felles forståelse av avtalen

Hovedavtalen § 8-2 fastsetter at ansiennitet «kan» fravikes ved «saklig grunn». En naturlig språklig forståelse av at fravikelse «kan» skje taler for at arbeidsgiver gis et visst rom til å fravike ansiennitet, men ikke er forpliktet til å gjøre det. En slik forståelse av avtalen kan tilsi at ansiennitet har større betydning enn de øvrige momentene da det er unntak fra ansiennitetsrekkefølgen som må begrunnes. At ansiennitet er det eneste utvelgelseskriteriet som blir spesifikt nevnt i Hovedavtalen § 8-2, kan også tale for at ansiennitet er et særlig viktig utvelgelseskriterium. Samlet kan dette tilsi at det kreves tungtveiende argumenter for å gi avgjørende vekt til andre utvelgelseskriterier enn ansiennitet.

På den andre siden kreves det kun «saklig grunn» for å fravike ansiennitetsrekkefølgen. En naturlig forståelse av dette taler for at det ikke nødvendigvis kreves tungtveiende argumenter for å fravike momentet, og at ansiennitet derfor ikke generelt anses å ha større vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene i utvelgelsesvurderingen.

Konstateringen av at ansiennitet kan fravikes, kan videre forstås som en markering av at også andre momenter enn ansiennitet kan vektlegges, uten å innebære en veiledning av hvilken vekt de ulike momentene skal ha i en slik situasjon. Dette kan tilsi at ansiennitet er viktig, men at også andre saklige momenter kan være like viktige i et konkret tilfelle. Denne forståelsen av ansiennitet samsvarer med NHOs kommentarer til Hovedavtalen som fastsetter at ansiennitet kun er ett av flere momenter som skal inngå i vurderingen⁹³.

NHO krevde i 2013 at ansiennitet kun skulle være et moment på linje med andre saklige utvelgelseskriterier, men fikk ikke gjennomslag for kravet⁹⁴. At NHO ikke fikk gjennomslag forstås slik at ansiennitet etter Hovedavtalen ikke har samme betydning som de øvrige momentene. At ansiennitet dermed må anses å ha en annen betydning enn de andre utvelgelseskriteriene kan på den ene siden innebære at ansiennitet generelt anses å ha større

⁹³ <https://www.nho.no/siteassets/publikasjoner/hovedavtalen-2018-2021.pdf> (08.05.19)

⁹⁴ <https://www.lo.no/globalassets/hovedavtalen---kommentarer.pdf> (08.05.19)

vekt enn de øvrige momentene i utvelgelsesvurderingen. Dette vil være i samsvar med LOs kommentarer til Hovedavtalen. På den andre siden kan avvisningen av NHOs forslag også forstås på bakgrunn av at ansiennitet er utgangspunktet for vurderingen, men at ansiennitet ved selve utvelgelsesvurderingen generelt anses å ha lik vekt som de øvrige momentene. Sistnevnte forståelse innebærer at til tross for at LO beskriver ansiennitet som hovedregelen for vurderingen, betyr ikke det mer enn at ansiennitet skal gis avgjørende vekt om det ikke foreligger andre saklige momenter som begrunner unntak fra ansiennitet. NHOs kommentarer taler klart for at sistnevnte forståelse må legges til grunn ved at det fastsettes at ansiennitet kun er ett av flere momenter i utvelgelsesvurderingen.

Forliket mellom LO og NHO i Skanska-saken taler også for at ansiennitet er et moment på lik linje med de øvrige utvelgelseskriteriene, og dermed kun skiller seg fra aml. § 15-7 ved at ansiennitet er utgangspunktet for vurderingen⁹⁵. I forliket blir det fastsatt at ansiennitetens vekt «i den enkelte sak [vil] bero på en totalbedømmelse av alle relevante forhold». Forliket kan derfor forstås slik at ansiennitet ikke har større vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene, men at det skal tas utgangspunkt i ansiennitet ved utvelgelsesvurderingen. Denne forståelsen av forliket kan tilsi at ansiennitet ikke er hovedregelen for utvelgelsesvurderingen, men at ansiennitet skal legges til grunn dersom det ikke foreligger saklige grunner for å fravike utgangspunktet.

For å avklare innholdet i Hovedavtalen § 8-2 vurderes videre oppfatninger i juridisk teori og rettspraksis.

5.3.2 Ikke en hovedregel med større vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene

I juridisk teori er Hovedavtalen § 8-2 antatt å innebære et krav om at arbeidsgiver må foreta en helhetsvurdering der ansiennitet er ett av flere saklige momenter, og det er normalt ikke grunnlag for å hevde at ansiennitet alene er avgjørende for vurderingen⁹⁶. Det vises også til at betydningen av ansiennitet vil avhenge av om bedriften er bundet av en tariffavtale, da arbeidsgiver normalt i større grad kan vektlegge andre hensyn enn ansiennitet utenfor tariffavtale⁹⁷. Samlet kan dette forstås som at ansiennitet anses å ha noe større vekt enn de

⁹⁵ <https://www.nho.no/contentassets/016da620ecd74aa2b5d7d100ddcc9f2a/oppsigelse.pdf> (08.05.19)

⁹⁶ Fougner mfl. (2016) s. 303-304

⁹⁷ Fougner mfl. (2016) s. 307

øvrige momentene etter Hovedavtalen § 8-2. Uttalelsene i juridisk teori kan imidlertid også forstås som at det kreves bedre begrunnelse og saksbehandling ved tilknytning til tariffavtale. Sistnevnte forståelse samsvarer med at det ved tilknytning til tariffavtale konkret må fastsettes hva som eventuelt gir grunnlag for unntak fra ansiennitetsrekkefølgen.

I RG. 2011 s. 113 startet lagmannsretten saklighetsvurderingen ved å vise til NHOs kommentarer til Hovedavtalen § 8-2, hvor ansiennitet forklares som ett av flere saklige momenter. Det ble videre fastsatt at utvelgelsen må foretas basert på en samlet helhetsvurdering. Deretter la lagmannsretten til grunn at den aktuelle bedriften var en liten mediebedrift med et stort behov for kompetente medarbeidere for å overleve. Av den grunn var det saklig å legge avgjørende vekt på kompetanse i det konkrete tilfellet. Det ble imidlertid likevel konkludert med at oppsigelsen var usaklig. Grunnen til det var at bedriften hadde lagt til grunn svært subjektive momenter, uten å involvere de ansatte i beslutningene. Det var derfor fare for at vurderingene var feilaktige. Dommen viser at det er rom for å legge avgjørende vekt på andre momenter enn ansiennitet etter Hovedavtalen, så lenge vurderingen er saklig og tilstrekkelig begrunnet. Lagmannsrettens avgjørelse viser dermed viktigheten av en tilstrekkelig saksbehandling ved vektlegging av subjektive momenter. Videre viser dommen at det må foretas konkrete vurderinger hvor partenes ulike behov blir avveid mot hverandre.

I Schøyens Bilcentaler fastsatte Arbeidsretten følgende:

«Bestemmelsen må etter flertallets syn forstås slik at den gir anvisning på at ansiennitetsfravik må bero på en konkret vurdering og avveining av ulike forhold og hensyn»⁹⁸.

Deretter viste retten til at lengden og forskjeller i ansiennitet er faktorer som må tas i betraktning ved vurderingen. Arbeidsrettens uttalelse taler for at ansiennitet må inngå i utvelgelsesvurderingen på lik linje med de andre momentene, noe som viser til at ansiennitet ikke generelt anses å ha større vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene. Videre taler det i samme retning at det som gjorde utvelgelsesvurderingen usaklig var at ansiennitet verken var utgangspunktet eller et moment i avgjørelsen. Dermed var det arbeidsgivers manglende

⁹⁸ ARD-2006-286

saksbehandling som medførte ugyldighet, mens avviket fra ansiennitet ikke i seg selv var usaklig.

Securitas-dommen viser sammenhengen mellom kravet til riktige opplysninger og en tilstrekkelig saksbehandling ved unntak fra ansiennitet ved permittering⁹⁹. Spørsmålet i Securitas-dommen var om permittering av en arbeidstaker var i strid med tariffavtalen da ansienniteten var fraveket til fordel for sosiale og økonomiske hensyn. I dommens avsnitt 34 fastsettes følgende:

«Av Hovedavtalen § 8-1 nr. 3 følger at ansiennitet danner utgangspunktet ved utvelgelse av arbeidstakere for permittering. Dette innebærer at tjenestetiden er et moment som skal tas i betraktning ved vurderingen av hvem som skal permitteres. Hvilken vekt ansiennitet skal tillegges ved utvelgelsen er et annet spørsmål, og vil i den enkelte sak bero på en totalbedømmelse av alle relevante forhold.»¹⁰⁰

Forliket mellom LO og NHO i Skanska-saken legger til grunn samme forståelse av ansiennitetskriteriets innhold som Arbeidsretten fastsetter i Securitas-saken avsnitt 34¹⁰¹. Det er derfor på det rene at denne forståelsen også gjelder ved nedbemanninger etter Hovedavtalen § 8-2. Avsnitt 34 i Securitas-saken sammenholdt med forliket i Skanska-saken taler for at det må avgjøres konkret i hver enkelt sak om det foreligger saklig grunn til å fravike ansiennitet. Denne forståelsen tilsier at ansiennitet ikke generelt anses å ha større vekt enn de øvrige momentene.

Videre gir også NRK-dommen veiledning til hvordan Hovedavtalen § 8-2 skal forstås. Dommen omhandler en tariffavtalebestemmelse som var laget etter mønster av Hovedavtalen § 8-2, og har tilsvarende ordlyd¹⁰². Spørsmålet i dommen var hvorvidt en utvelgelsessekrets var saklig avgrenset, men Arbeidsretten uttalte seg også generelt om forståelsen av Hovedavtalen § 8-2. Ved den generelle omtalen av utvelgelsesvurderingen etter tariffavtalen uttalte Arbeidsretten at bestemmelsen «stiller krav til arbeidsgivers vurderinger ut over det

⁹⁹ AR-2009-8

¹⁰⁰ I dagens Hovedavtale følger dette av § 7-1 nr. 3

¹⁰¹ <https://www.nho.no/contentassets/016da620ecd74aa2b5d7d100ddcc9f2a/oppsigelse.pdf> (08.05.19)

¹⁰² AR-2018-18

som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7». En naturlig forståelse av utdraget taler for at det stilles ytterligere saksbehandlingskrav for bedrifter tilknyttet tariffavtale. Dette fordi arbeidsgivers vurderinger vil inngå som en del av saksbehandlingen. Et strengere krav til arbeidsgivers vurderinger, vil dermed innebære et strengere saksbehandlingskrav.

Hvordan ansiennitetskriteriet skal forstås var også tema i Skanska-dommen som ble avgjort av Høyesterett 29. februar 2019¹⁰³. Saken omhandlet nedbemanning av rundt 50 arbeidstakere, der Skanska fravek ansiennitet til fordel for kompetanse. LO og NHO engasjerte seg som partshjelpere i saken på henholdsvis arbeidstakernes og arbeidsgiverens side. Lagmannsretten ga arbeidstakerne medhold og konkluderte med at ansiennitet både skulle være utgangspunktet og hovedregelen for utvelgelsesvurderingen.

Høyesterett var uenig i lagmannsrettens vurderinger i Skanska-saken. Det ble fastsatt av Høyesterett at det ikke kunne angis en generell terskel for fravikelse av ansiennitet ved utvelgelsesvurderingen, men at vurderingen vil bero på en totalbedømmelse av de konkrete forhold i den enkelte sak. På den bakgrunn ble det fastsatt at ansiennitetsrekkefølgen ikke kan karakteriseres som en hovedregel etter Hovedavtalen § 8-2. Dette fordi uttrykket «hovedregel» kan tilsi at det kreves noe mer for å fravike ansiennitet enn det bestemmelsen gir grunnlag for. Høyesterett slo dermed fast at lagmannsrettens forståelse av ansiennitetskriteriet ikke var korrekt. Videre fastsatte Høyesterett at det i enkelte tilfeller vil kunne kreves vesentlige kompetanseforskjeller for å fravike ansiennitet. Dette vil være tilfellet ved lang ansiennitet og store ansiennitetsforskjeller. Viktigheten av at det foretas helt konkrete vurderinger blir her tydeliggjort.

Til slutt konkluderte Høyesterett med at lagmannsretten hadde lagt til grunn en høyere terskel for å fravike ansiennitetsrekkefølgen, enn det som følger av Hovedavtalen § 8-2. Videre ble det fastsatt at det ikke kreves vesentlige kvalifikasjonsforskjeller for å kunne fravike ansiennitetskriteriet. Uavhengig av at lagmannsretten anvendte en for høy terskel, medførte imidlertid Skanskas mangelfulle saksbehandling at oppsigelsene uansett var ugyldige. Viktigheten av en grundig saksbehandling blir dermed understreket i dommen, og det vises særlig til viktigheten av saksbehandlingen ved vektleggelse av subjektive momenter.

¹⁰³ HR-2019-424-A

Etter Skanska-dommen har både LO og NHO anført at Høyesteretts avgjørelse var en seier for deres side¹⁰⁴. NHOs begrunnelse for å hevde dette er at Høyesterett fastslo at ansiennitet ikke som hovedregel skal følges etter Hovedavtalen § 8-2. Denne forståelsen av bestemmelsen skiller seg klart fra lagmannsrettens vurdering. NHO hevdet imidlertid også at ansiennitet ikke har en særlig prioritet i utvelgelsen, noe de ikke fikk medhold i¹⁰⁵. Begrunnelsen for at LO mener at Skanska-dommen er en seier for deres medlemmer er at Høyesterett slo fast at ansiennitet skal være utgangspunktet for vurderingen, og at vektlegging av subjektive kriterier krever en grundig saksbehandling. I tillegg var det arbeidstakerne som vant selve tvisten. Dette fulgte imidlertid også av lagmannsrettens dom, og LO fikk ikke medhold i at det kreves «momenter av en viss styrke» for å fravike ansiennitet¹⁰⁶.

Samlet viser dette at ingen av partene fikk fullt medhold i saken. Det er imidlertid på det rene at det mest omtvistede spørsmålet i Skanska-dommen var hvilke krav som stilles for å fravike ansiennitetsrekkefølgen. Da Høyesterett for dette spørsmålet ga NHO medhold, anses dommen å i størst grad være en seier for arbeidsgivers mulighet til å vektlegge andre momenter enn ansiennitet. Dette ved at dommen tydeliggjør at ansiennitet kun er ett av flere saklige momenter i utvelgelsesvurderingen, og at ansiennitet ikke generelt anses å ha større vekt enn de øvrige momentene. Basert på dette anses dommen å tydeliggjøre rettstilstanden på en fordelaktig måte for arbeidsgiver og NHO. I praksis kan dette innebære at ansiennitet i større grad vil bli fraveket i fremtiden, da arbeidsgivers mulighet til å vektlegge andre kriterier enn ansiennitet nå er tydeliggjort gjennom Skanska-dommen.

5.4 Oppsummering og konklusjon

Skanska-dommen tilsier at arbeidsgiver må ta utgangspunkt i ansiennitet ved nedbemanning, men at ansiennitet ikke generelt anses å ha større vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene. Hvilket kriterium som skal gis avgjørende vekt i utvelgelsesvurderingen må derfor avgjøres etter en konkret vurdering av alle saklige momenter. Videre viser Skanska-dommen at saksbehandlingen ved utvelgelsesvurderingen er svært viktig, og at saksbehandlingen må vise at grunnlaget for vurderingen er tilstrekkelig. Denne forståelsen av

¹⁰⁴ <https://www.nho.no/arbeidsgiverservice/viktig-medhold-for-nho-i-hoyesterett--ansiennitetsprinsippet-ikke-hovedregel/>
<https://www.lo.no/nyhetsrommet/arbeidstakerne-i-skanska-vant-i-hoyesterett/> (08.05.19)

¹⁰⁵ HR-2019-424-A (avsnitt 16 og 45)

¹⁰⁶ HR-2019-424-A (19)

Hovedavtalen § 8-2 legges også til grunn i forliket i Skanska-saken, Schøyens Bilcentraler, og NRK-dommen.

NRK-dommen og juridisk teori sett i sammenheng med de øvrige rettskildene kan tale for et skjerpet krav til saksbehandling ved fravikelse av ansiennitet etter Hovedavtalen § 8-2. Denne forståelsen er også i samsvar med at ansiennitet skal være utgangspunktet for utvelgelsesvurderingen. Bakgrunnen for denne sammenhengen er at arbeidsgiver må vise at de andre hensynene begrunner unntak fra utgangspunktet om at ansiennitetsrekkefølgen skal legges til grunn. På den måten sikres arbeidstakers stillingsvern ved at arbeidsgiver tydelig må vise hvorfor ansiennitet fravikes, og hva som ligger til grunn for vurderingen.

Samlet tilsier gjennomgangen at Hovedavtalen § 8-2 innebærer et ytterligere krav til utvelgelsesvurderingen ved nedbemanninger ved at arbeidsgiver plikter å ta utgangspunkt i ansiennitet. Dette medfører også et skjerpet saksbehandlingskrav ved at arbeidsgiver i enda større grad må vise hvilke hensyn som gjør det saklig å fravike ansiennitetsrekkefølgen.

5.5 Praktisk betydning av å være tilknyttet Hovedavtalen § 8-2

Hovedavtalen § 8-2 skal være et tilleggsværn utover de reglene som følger av arbeidsmiljøloven. Oppgaven har imidlertid vist at ansiennitet ikke anses som et moment med større vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene verken i aml. § 15-7 eller Hovedavtalen § 8-2. Dette kan tale for at det ikke er store praktiske forskjeller mellom bestemmelsene. Høyesterett fastsetter likevel i Skanska-dommen at ansiennitet er gitt en særstilling i Hovedavtalen § 8-2¹⁰⁷. At ansiennitet står i en særstilling etter Hovedavtalens regler tyder på at ansiennitetskriteriet er ment å ha en mer betydningsfull rolle etter Hovedavtalen, enn etter arbeidsmiljøloven. Det kan derfor spørres hvilke praktiske konsekvenser det har for utvelgelsesvurderingen å være tilknyttet Hovedavtalen § 8-2.

Kravene for å fravike ansiennitet anses altså å være like i og utenfor tariffavtale. Dette ved at vekten av ansiennitet i begge vurderingene må avgjøres konkret, og at ansiennitet ikke anses som en hovedregel med generelt større vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene. Resultatet av dette er at arbeidsgiver har lik mulighet til å vektlegge andre kriterier enn ansiennitet både i og utenfor tariffavtale. Det er videre på det rene at ansiennitetens lengde og forskjeller vil

¹⁰⁷ HR-2019-424-A (avsnitt 45)

påvirke vekten av ansiennitetskriteriet i begge tilfeller. Denne likheten mellom bestemmelsene taler imot at tilknytning til Hovedavtalen har praktiske konsekvenser for utvelgelsesvurderingen, da arbeidsgiver har like muligheter til å fravike ansiennitet uavhengig av tarifftilknytning. Dette taler for at Hovedavtalen § 8-2 i liten grad innebærer et tilleggsvern for arbeidstaker, og at det derfor har liten praktisk betydning å være tilknyttet avtalen.

Forskjellen mellom aml. § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2 er at bedrifter som ikke er tilknyttet tariffavtalen ikke er forpliktet til å ta utgangspunkt i ansiennitet. Det er imidlertid på det rene at utvelgelsesvurderingen vil anses usaklig også etter aml. § 15-7, dersom ansiennitet ikke er vurdert. Dette viser at ansiennitet må inngå i begge vurderingene, noe som kan tale imot at det er særlige praktiske forskjeller mellom reglene.

Kravet til at det skal tas utgangspunkt i ansiennitet innebærer imidlertid at ansiennitet må gis avgjørende vekt dersom ikke andre momenter gjøres gjeldende. Et tilsvarende krav gjelder ikke etter arbeidsmiljølovens regler. Likevel har dette trolig liten praktisk betydning for utvelgelsesvurderingen. For det første vil det sjeldent være tilfelle at verken kompetanse- eller konsekvenshensyn kan gjøre gjeldende, og for det andre vil arbeidsgiver også utenfor tariffavtale vektlegge ansiennitet dersom ingen andre hensyn er aktuelle. Det er imidlertid på det rene at denne forskjellen innebærer at helt kort ansiennitet kan bli avgjørende etter Hovedavtalen § 8-2, selv om hensynene bak vektleggelse av ansiennitet ikke aktualiseres i et slikt tilfelle. I motsatt retning er det gode grunner for å ikke la denne typen bagatellmessige ansiennitetsforskjeller bli avgjørende etter aml. § 15-7.

Utenfor tariffavtale trenger ikke arbeidsgiver å ta utgangspunkt i ansiennitet, men kan like gjerne anvende ansiennitetsrekkefølgen som korrigerende faktor i utvelgelsesvurderingens sluttkontroll. At ansiennitet er utgangspunktet for utvelgelsesvurderingen etter Hovedavtalen § 8-2 medfører av den grunn trolig et strengere saksbehandlingskrav enn det som følger av aml. § 15-7¹⁰⁸. Dette fordi utvelgelsesvurderingen her skal starte i ansiennitetskriteriet¹⁰⁹. Ansiennitet anses derfor ikke kun som et moment på linje med de andre saklige utvelgelseskriteriene, men som et utgangspunkt det kan gjøres unntak fra etter en konkret vurdering. På den bakgrunn må arbeidsgiver vurdere og begrunne hvilke forhold som i den

¹⁰⁸ Fougner mfl. (2016) s. 307 og AR-2018-18 (avsnitt 40)

¹⁰⁹ HR-2019-424-A (avsnitt 45)

konkrete sak medfører at det kan gjøres unntak fra ansiennitetsrekkefølgen. Ved at arbeidsgiver konkret må fastsette hva som begrunner unntak vil trolig eventuelle skjevheter i utvelgelsesvurderingen lettere blir oppdaget. Dette taler for at tilknytning til Hovedavtalen kan ha praktiske konsekvenser ved at arbeidsgiver er forpliktet til å foreta grundigere utvelgelsesvurderinger.

At ansiennitet er gitt en særstilling som utgangspunkt i Hovedavtalen kan imidlertid også ha uønskede konsekvenser for utvelgelsesvurderingen. Grunnen til det er at Hovedavtalens regel kan medføre at arbeidsgiver i større grad enn nødvendig vil legge avgjørende vekt på ansiennitet. Dette fordi arbeidsgiver som følge av ansiennitetens særstilling kan få et feilaktig inntrykk av ansiennitetskriteriets vekt i utvelgelsesvurderingen. Av den grunn kan konstateringen av at ansiennitet er utgangspunktet for vurderingen, få praktisk betydning ved at arbeidsgiver tror kriteriet er et viktigere enn det egentlig er og dermed ilegger ansiennitet større vekt enn det er rettslig grunnlag for.

Samlet taler dette for at den praktiske betydningen av å være tilknyttet tariffavtale generelt anses å være liten, og at Hovedavtalen derfor i liten grad innebærer et tilleggsvern for arbeidstaker. Dette fordi arbeidsgiver har like muligheter til å vektlegge andre momenter enn ansiennitet uavhengig av om bedriften er tilknyttet tariffavtale. At arbeidsgiver plikter å ta utgangspunkt i ansiennitet kan imidlertid innebære enkelte praktisk forskjeller. For det første fordi det stilles strengere krav til saksbehandlingen ved tilknytning til tariffavtale, og for det andre fordi ansiennitet i større grad kan bli gitt avgjørende vekt etter Hovedavtalen § 8-2.

6. Rettspolitiske betraktninger

Tidligere ga ansiennitetskriteriet uttrykk for kompetanse, samt at det ivaretok konsekvenshensyn ved at den som var lengst ansatt typisk hadde størst behov for vern. Dette vil ikke alltid være tilfellet i dag. Formelle kvalifikasjoner har blitt grunnleggende for forsvarlig drift av de fleste virksomheter, noe som har medført at arbeidsgivers interesser er sentrale i utvelgelsesvurderingen. Videre ivaretas hensynet til arbeidstaker i dag best gjennom vektlegging av konsekvenser, som i større grad kan ivareta arbeidstakers behov enn ansiennitetshensynet. Grunnen til det er at arbeidstakerrollen har endret seg, og at det derfor ikke typisk vil være den arbeidstakeren med lang ansiennitet som har størst behov for vern. Da konsekvenshensynet i slike tilfeller ofte kan tale i motsatt retning av ansiennitetskriteriet, vil ikke ansiennitet lenger være like egnet til å ivareta arbeidstakers interesser. Resultatet av denne utviklingen er et større behov for konkrete og helhetlige vurderinger som avveier hensynet til arbeidstaker og arbeidsgiver for å sikre at de ulike interessene blir tilstrekkelig ivaretatt.

Oppsigelsesvernet i aml. § 15-7 samsvarer godt med den skisserte samfunnsutviklingen. Grunnen til det er at bestemmelsen åpner for en helhetlig vurdering av alle sentrale momenter. I arbeidsmiljøloven er ikke ansiennitet gitt en særstilling som skiller momentet fra de andre utvelgelseskriteriene. Dette anses å være i samsvar med utviklingen som har resultert i at ansiennitet stadig har fått mindre betydning i utvelgelsesvurderingen. Ved tilknytning til tariffavtale er situasjonen annerledes da ansiennitet her er utgangspunktet for vurderingen.

Ordlyden i Hovedavtalen § 8-2 taler for at arbeidsgiver ikke er forpliktet til å vektlegge andre hensyn enn ansiennitet. Dette ved at bestemmelsen fastsetter at arbeidsgiver «kan» fravike ansiennitet. På den bakgrunn taler ordlyden for at utvelgelsesvurderingen vil være gyldig selv om konsekvenshensyn og kompetanse ikke er vurdert. Ordlyden i Hovedavtalen åpner dermed for at det kan gis avgjørende vekt til ansiennitet uten at det foretas en totalvurdering hvor de andre sentrale utvelgelseskriteriene inngår. Dette samsvarer dårlig med samfunnsutviklingen som tilsier at ansiennitet stadig blir et mindre viktig utvelgelseskriterium.

Den særstillingen ansiennitet er gitt som utgangspunkt for vurderingen i Hovedavtalen er generelt av liten praktisk betydning. Dette taler for at bestemmelsen samsvarer dårlig med målsetningen om å gi arbeidstaker et tilleggsvern. Videre kan Hovedavtalen slik den fremstår i dag gi uønskede konsekvenser ved at arbeidsgiver ilegger ansiennitet større vekt enn det er

rettslig grunnlag for som følge av at ansiennitet skal være utgangspunktet for vurderingen. I lys av samfunnsutviklingen som tilsier at ansiennitet stadig blir et mindre sentralt utvelgelseskriterium er dette særlig problematisk. Grunnen til det er at utvelgelsesvurderingen da ikke i tilstrekkelig grad ivaretar partenes interesser, og dermed kan fremstå urimelig. Dette viser at det er gode grunner for å endre Hovedavtalen § 8-2 slik at den i større grad ivaretar de interesser som gjøres gjeldende i dagens arbeidsmarked.

Det er hensiktsmessig at Hovedavtalen gir arbeidstakerne et tilleggsvern ved å presisere kravene som stilles til utvelgelsesvurderingen. Hovedavtalens tilleggsvern bør for det første fastsette at utvelgelsesvurderingen skal foretas basert på en totalvurdering av sentrale utvelgelseskriterier der blant annet ansiennitet, kvalifikasjoner og konsekvenshensyn må inngå. På den måten understrekes det hvilke momenter som må vurderes, noe som sikrer at arbeidsgiver foretar avveininger der alle partenes interesser blir inngår. Dette vil også sikre at ingen av utvelgelseskriteriene fremstår som viktigere enn de andre, da ingen av kriteriene gis en særstilling. For det andre vil det være hensiktsmessig at de omfattende saksbehandlingskravene som gjelder for utvelgelsesvurderingen presiseres i bestemmelsen. Dette for å tydeliggjøre at det må foretas grundige og helhetlige vurderinger, som bygger på et forsvarlig grunnlag. Den skisserte bestemmelsen vil da sikre en mer forutberegnelig utvelgelse, hvor både arbeidsgiver og arbeidstaker i større grad gis veiledning til hvordan utvelgelsesvurderingen skal gjennomføres.

7. Avsluttende bemerkninger om utviklingen av ansiennitetskriteriet

Oppgaven har vist at ansiennitet fremdeles er et sentralt utvelgelseskriterium både i arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen. Ansiennitet er imidlertid ikke et like avgjørende moment i dag som på begynnelsen av 1920-tallet. Dette fordi andre hensyn gjør seg gjeldende i utvelgelsesvurderingen i dag, noe som kan medføre at andre momenter etter en konkret vurdering må gis avgjørende vekt på bekostning av ansiennitetskriteriet.

Skanska-dommen har resultert i diskusjon i juridisk teori angående dommens betydning for rettstilstanden¹¹⁰. At ansiennitet ikke generelt anses å ha større vekt enn de subjektive utvelgelseskriteriene kan på den ene siden tale for at vekten av ansiennitetskriteriet generelt er svekket, og at rettstilstanden av den grunn er endret. Bakgrunnen for denne oppfatningen er at ansiennitet tradisjonelt er tillagt stor vekt i utvelgelsesvurderingen som et objektivt og rettferdig utvelgelseskriterium. Siden Skanska-dommen fastsetter at ansiennitet ikke generelt er et moment med større vekt enn de øvrige, kan det derfor argumenteres for at det er skjedd en endring i rettstilstanden.

På den andre siden kan utviklingen forstås på bakgrunn av at de andre utvelgelseskriteriene har fått bedre grunner for seg i utvelgelsesvurderingen. Dette er også i samsvar med at aml. § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2 er utformet som rettslige standarder som endres i tråd med samfunnsutviklingen. Dermed kan utviklingen av ansiennitetens rolle i utvelgelsesvurderingen forstås ved at ansiennitet i den konkrete sak ikke lenger er like sentralt, som følge av at momentet ikke ivaretar de samme hensyn som tidligere. Høyesteretts uttalelse i Skanska-dommens om at ansiennitet ikke generelt har større vekt enn de øvrige momentene trenger derfor ikke å innebære en utvikling av rettstilstanden, men viser heller hvordan rettstilstanden alltid har vært. Ettersom ansiennitetskriteriet de siste årene i mindre grad har ivaretatt hensynet til de ulike partene, vil momentet derfor sjeldnere bli avgjørende for utvelgelsen. At rettstilstanden ikke anses endret som følge av Skanska-dommen forsvares også av at dommen samsvarer med tidligere rettspraksis og forliket i Skanska-saken. På bakgrunn av dette anses Skanska-dommen å tydeliggjøre rettstilstanden, men medfører ikke en endring av gjeldende rett.

¹¹⁰ <https://rett24.no/articles/ansiennitet-skal-kun-innga-som-ett-av-flere-momenter>, <https://rett24.no/articles/ansiennitetsprinsippet-uendret-etter-skanska-dommen>, <https://rett24.no/articles/siste-ord-er-kanskje-ikke-sagt>, <https://rett24.no/articles/enighet-om-at-ansiennitetsprinsippet-er-uendret> (08.05.19)

Ansiennitetskriteriet anses derfor generelt å være av samme betydning for utvelgelsesvurderingen i dag som tidligere. Dette ved at ansiennitet både etter aml. § 15-7 og i Hovedavtalen § 8-2 er ett av flere saklige momenter som må inngå i utvelgelsesvurderingen, samt at ansiennitetens vekt i den konkrete sak må baseres på en totalvurdering av alle relevante forhold. Begrunnelsen for vektleggelse av ansiennitet vil imidlertid sjeldnere gjøres gjeldende i dag som følge av at ansiennitet ikke ivaretar de samme hensynene som tidligere. Av den grunn vil ansiennitet i den konkrete sak sjeldnere bli tillagt avgjørende vekt i utvelgelsesvurderingen.

Kildeliste

Lov

Arbeidsmiljøloven (aml.)	Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Arbeidstvistloven	Lov av 27. januar 2012 om arbeidstvister

Forarbeid

Ot. Ptp. Nr. 41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø, s. 72
Ot. Prp. Nr. 50 (1993-1994)	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., s. 203
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst, s. 148
Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) s. 329 og 335

Høyesterettspraksis

Rt. 1962 s. 6
Rt. 1962 s. 888
Rt. 1966 s. 393
Rt. 1986 s. 879 (Hillesland)
Rt. 1989 s. 508
Rt. 1992 s. 776
Rt. 2008 s. 749
Rt. 2011 s. 609
Rt. 2011 s. 1674
Rt. 2012 s. 168
Rt. 2012 s. 219
Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig)
HR-2017-561-A (Posten II)
HR-2018-880-A
HR-2019-424-A (Skanska-dommen)

Arbeidsrettspraksis

ARD-2006-286 (Schøyens Bilcentraler)

AR-2009-8 (Securitas)

AR-2018-18 (NRK)

Lagmannsrettspraksis

RG 1993 s. 1007

RG. 2011 s. 113

LG-2018-7314 (Brevida)

Tingrettspraksis

RG-1939-674

RG-1950-96

Oslo Byrett 6. Mai 1959 (upublisert)

RG-1961-490

Kristiansund byrett 16. Mars 1964 (upublisert)

Bergen byrett 22. desember 1965 (upublisert)

RG. 1992 s. 669

TOSLO-2008-195723

Litteratur

- Jakhelln (2010) Jakhelln, Henning, *Arbeidsrettslige studier bind II*, Universitetsforlaget 2010, s. 741-746.
- Sundet mfl. (2016) Sundet, Trond Løkken, Kjetil Drolsum Sandnes og Anne-Beth Meidell Engan, *Tariffavtaletolkning*, Universitetsforlaget 2016, s. 20-25
- Fougner mfl. (2016) Fougner, Jan, Camilla Schøyen Borge, Marit B. Frogner, Julie Piil Lorentzen, mfl. *Omstilling og nedbemanning*, Universitetsforlaget 2016, s. 237 og 298-310

- Jakhelln mfl. (2017) Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, Fagbokforlaget 2017, s. 1117-1119
- Skjønsberg mfl. (2018) Skjønsberg, Alexandr Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, Gyldendal 2018, s. 415-417, og 431-433
- Våg (2015) Våg, Lasse Gommerud, «Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler: Forholdet til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern», *Arbeidsrett*, vol 12 nr. 1 2015, s. 6-9, 66-83 og 93-95

Tariffavtaler og forlik

Hovedavtalen og kommentarer utgitt av LO, *Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021*

<https://www.lo.no/Hovedavtalen/> (Sist lest 08.05.19).

<https://www.lo.no/globalassets/hovedavtalen---kommentarer.pdf> (Sist lest 08.05.19)

Hovedavtalen og kommentarer utgitt av NHO, *Hovedavtalen LO–NHO 2018–2021 - med tilleggsavtaler og NHOs kommentarer*

<https://www.nho.no/siteassets/publikasjoner/hovedavtalen-2018-2021.pdf> (Sist lest 08.05.19)

Hovedtariffavtalen, *Hovedtariffavtalen i staten 1. mai 2018 – 30. april 2020 for Akademikerne med vedlegg*

https://www.regjeringen.no/contentassets/43efadcb4e394a5fa57176b00f7b07ea/2018/hovedtariffavtalen_2018-20_akademikerne.pdf (Sist lest 08.05.19)

Forliket mellom LO og NHO i Skanska-saken

<https://www.nho.no/contentassets/016da620ecd74aa2b5d7d100ddcc9f2a/oppsigelse.pdf>

(Sist lest 08.05.19)

Artikler

Statistisk Sentralbyrå, *Et tøft år for utvinningsnæringen* (18.12.17),

<https://www.ssb.no/energi-og-industri/artikler-og-publikasjoner/et-toft-ar-for-utvinningsnaeringen> (Sist lest 08.05.19)

LO, *Hovedavtalen - Hovedavtalen kalles for arbeidslivets grunnlov. Avtalen regulerer viktige spilleregler i arbeidslivet* (04.03.19)

<https://www.lo.no/hva-vi-gjor/hovedavtalen/> (Sist lest 08.05.19)

LO, *Arbeidstakerne i Skanska vant i Høyesterett* (03.03.19)

<https://www.lo.no/nyhetsrommet/arbeidstakerne-i-skanska-vant-i-hoyesterett/>
(Sist lest 08.05.19)

NHO, *Ansiennitet: Viktig medhold for NHO i Høyesterett* (01.03.19)

<https://www.nho.no/arbeidsgiverservice/viktig-medhold-for-nho-i-hoyesterett--ansiennitetsprinsippet-ikke-hovedregel/> (Sist lest 08.05.19)

Sture, Knut Marius (05.03.19): «*Ansiennitet skal kun inngå som ett av flere momenter*»,

<https://rett24.no/articles/ansiennitet-skal-kun-innga-som-ett-av-flere-momenter>
(Sist lest 08.05.19)

Grannes, Elisabeth S. (06.03.19): *-Ansiennitetsprinsippet uendret etter Skanska-dommen,*

<https://rett24.no/articles/-ansiennitetsprinsippet-uendret-etter-skanska-dommen>
(Sist lest 08.05.19)

Sture, Knut Marius (07.03.19): *-Siste ord er kanskje ikke sagt,*

<https://rett24.no/articles/-siste-ord-er-kanskje-ikke-sagt> (Sist lest 08.05.19)

Grannes, Elisabeth S. (08.03.19) - *Enighet om at ansiennitetsprinsippet er uendret,*

<https://rett24.no/articles/-enighet-om-at-ansiennitetsprinsippet-er-uendret> (Sist lest 08.05.19)