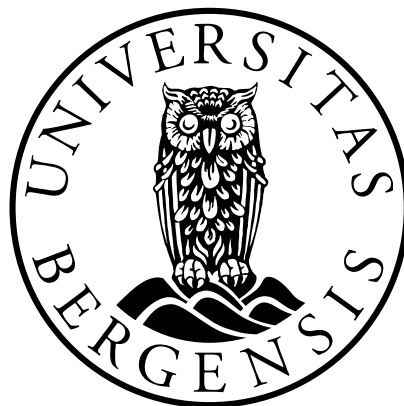


Ansiennitetsprinsippets stilling ved oppsigelser i forbindelse med nedbemanning

med særlig vekt på Hovedavtalen LO-NHO § 8-2

Kandidatnummer: 5

Antall ord: 13 407



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Aktualitet og problemstilling	3
1.2 Rettskilder	4
1.2.1 Lov	4
1.2.2 Forarbeider	4
1.2.3 Rettspraksis	5
1.2.4 Arbeidsavtaler	5
1.2.5 Tariffavtaler	5
1.3 Forholdet mellom lov og avtaler i arbeidsretten	6
1.4 Om den videre fremstilling	6
2 Nedbemanning	7
2.1 Bakgrunn	7
2.2 Adgangen til nedbemanning	7
2.3 Oppsigelsesvernet etter aml. § 15-7	8
2.3.1 Saklighetskravet	8
2.3.2 “Virksomhetens forhold”	10
2.3.3 “Annet passende arbeid”	10
2.3.4 Virksomhetens behov vs. ulemper for arbeidstaker	11
2.4 Kollektiv informasjon og drøfting – de tillitsvalgte rolle	12
2.4.1 Etter arbeidsmiljøloven kapittel 8 og § 15-2	12
2.4.2 Etter Hovedavtalen kap. IX	13
2.4.3 Konsekvenser av manglende informasjon og drøfting	14
2.5 Domstolenes prøvingsadgang	15
3 Utvelgelsen ved nedbemanning	17
3.1 Kort om gangen i en oppsigelsessak	17
3.2 Utvalgskrets	18
3.3 Utvelgelseskriteriene	18
3.4 Andre sentrale utvelgelseskriterier	19
3.4.1 Kompetanse/kvalifikasjoner	19
3.4.2 Sosiale hensyn	20

4	Ansiennitet	23
4.1	Hva er ansiennitet?	23
4.2	Rettslig grunnlag.....	24
4.2.1	<i>Uten tariffavtale</i>	24
4.2.2	<i>Ved tariffavtale</i>	27
5	Ansiennitetsprinsippets stilling etter gjeldende rett	29
5.1	Presentasjon	29
5.2	Domstolenes vektlegging av ansiennitetsprinsippet på tariffestet område.....	30
5.2.1	<i>Betydningen av kompetansevurderinger</i>	30
5.2.2	<i>Betydningen av lang ansiennitet og opplæringstid</i>	34
5.2.3	<i>Betydningen av sosiale hensyn</i>	35
5.2.4	<i>Betydningen av personlig egnethet</i>	36
5.2.5	<i>Funn</i>	37
5.3	Domstolenes vektlegging av ansiennitetsprinsippet utenfor tariffestet område	38
5.3.1	<i>Presentasjon</i>	38
5.3.2	<i>Gjeldende rett</i>	39
5.3.3	<i>Funn</i>	41
5.4	Gir tariffavtalenes ansiennitetsbestemmelser et sterkere eller svakere stillingsvern enn utenfor tariffestet område?	42
6	Avsluttende betraktninger	43
6.1	Har Hovedavtalens parter overlatt for mye av tolkningen til domstolene?.....	43
6.2	I hvilken grad bør ansiennitet vektlegges i nedbemanningsprosessen?	44
6.3	Vil ansiennitetsbestemmelser kunne stride mot aml. § 15-7?	45
Kilder	46
	Litteratur.....	46
	Nettsider	46
	Rettspraksis	47
	Lover	49
	Forarbeider	49

1 Innledning

1.1 Aktualitet og problemstilling

Juni 2014 markerte starten på den pågående oljekrisen. USAs skiferoljeproduksjon økte enormt og oversvømte oljemarkedet. Enkelte oljenasjoner, som Saudi-Arabia, bestemte seg for å kjempe om markedsandeler, i stedet for å forsøke å holde oljeprisene oppe. Oljeprisene på verdensmarkedet stupte, og krisen var et faktum. Nedgangen på oljemarkedet førte til massive kutt i norske virksomheter knyttet til petroleumsvirksomheten. Oljekrisen har ført til nedbemanninger med et stort antall oppsigelser som følge, og et høyt antall arbeidsrettssaker de siste årene.¹ I mars 2016 fastslo en rapport fra Norsk olje og gass at ca. 38 000 arbeidsplasser innen oljenæringen var forsvunnet siden juni 2014. Rapporten estimerer at tallet vil øke til 50 000 jobber innen 2018.²

Arbeidsmiljøloven slår fast at arbeidsgiver må oppfylle kravet om saklighet for hver enkelt av oppsigelsene, uavhengig av antallet personer som skal sies opp.³ I utvelgelsesprosessen ved nedbemanning er det særlig to hensyn som står i konflikt med hverandre: virksomhetens behov og ulempene den enkelte ansatte blir utsatt for ved oppsigelse. Bedriftene er opptatt av å sikre videre drift og arbeidsplasser, da fremtidens behov stiller krav til bredere kompetanse. Dette fører til at bedriftene gjerne vil beholde de best kvalifiserte, motiverte og tilpasningsdyktige arbeidstakerne. Arbeidstakerne, særlig de som har jobbet i en bedrift lenge, vil på sin side ofte legge mer vekt på hensyn som ansiennitet. En utbredt oppfatning er at lojalitet og langvarig tjeneste bør føre til at en får beholde stillingen sin fremfor personer som ikke har like lang tjenestetid i virksomheten.

Ansiennitetsprinsippet har lange tradisjoner i norsk arbeidsrett, noe den videre fremstillingen vil vise. Prinsippet er inntatt i Hovedavtalen mellom LO og NHO⁴ (heretter Hovedavtalen), og rettspraksis viser at det er et av flere kriterier som vektlegges ved oppsigelser utenfor tariffestet område.

¹ <http://www.juristkontakt.no/i/2016/5/juko-2016-05-604>, side sist besøkt 10.12.17.

² <https://www.norskoljeoggass.no/Global/2016%20dokumenter/Utvikling%20i%20direkte%20petroleumsrelatert%20sysselsetting%202014%20til%202020%20IRIS%20notat%202016.pdf>, under punkt 4), side sist besøkt 10.12.17.

³ Se arbeidsmiljøloven § 15-7.

⁴ Hovedavtalens § 8-2, https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/arbeidslivspolitik/hovedavtalen_lo_nho_2014-2017.pdf?id=63088, side sist besøkt 10.12.17.

Arbeidslivet i Norge er ennå preget av utsikter for flere større nedbemanninger. Det er da viktig å være bevisst på hva som kan og bør vektlegges i en utvelgelsesprosess, og hva som trolig ikke kan eller bør vektlegges.

Denne avhandlingen vil fokusere på ansiennitetsprinsippets stilling ved oppsigelser i nedbemanningsprosesser, spesielt på tariffestet område. I den forbindelse er det nødvendig å se hen til de viktigste utvelgelseskriteriene som vanligvis vektlegges i en nedbemanningsprosess, og avklare brytningen mellom dem og ansiennitetsprinsippet.

Hovedproblemstillingen som denne avhandlingen vil forsøke å avklare, er hvilken posisjon ansiennitetsprinsippet har i forhold til de øvrige utvelgelseskriteriene i en utvelgelsesprosess. I den forbindelse, vil det særlig fokuseres på Hovedavtalens § 8-2 og tilsvarende bestemmelser.

1.2 Rettskilder

1.2.1 Lov

På den individuelle arbeidsrettens område, som omfatter reguleringen av forholdet mellom arbeidsgiveren og den enkelte arbeidstaker, er det lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven, aml.) som først og fremst gjør seg gjeldende. Loven gjelder for «*virksomhet som sysselsetter arbeidstaker*», jf. § 1-2 første ledd, jf. § 2-1. Arbeidsmiljøloven regulerer arbeidsforhold både i privat, kommunal og statlig sektor, med de unntak som følger av særlovgivning.⁵

Avhandlingen berører også temaer knyttet til den kollektive arbeidsretten, som omfatter reglene om tariffavtaler og arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene, hvor arbeidsmiljølovens regler suppleres av lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister.

1.2.2 Forarbeider

Lovforarbeider er en viktig rettskildefaktor som ofte kan gi innsikt i hva lovgiver ønsket å oppnå ved å innføre den aktuelle loven. Forarbeidene gir generelt uttrykk for lovgiverviljen, derfor vil de i utgangspunktet ha stor autoritets- og overbevisningsverdi.

⁵ Se bl.a. lov av 01. juli 2017 om statens ansatte mv.

Avhandlingen vil i stor grad behandle aml. § 15-7, som viderefører tidligere arbeidsmiljølov av 1977 § 60.⁶ Forarbeidene til den någjeldende loven, samt forarbeidene til den tidligere lovens § 60, vil derfor være relevante.

1.2.3 Rettspraksis

Det finnes noe rettspraksis på dette området, men ennå foreligger det lite høyesterettspraksis. En del saker ligger nok fremdeles hos lavere instanser, og det er mulig at noen av sakene vil komme opp for Høyesterett på et senere tidspunkt. Mangelen på høyesterettspraksis gjør at underrettspraksis blir desto viktigere. Underrettspraksisen har ikke prejudikatsverdi, men den kan gi et bilde av hvordan rettstilstanden er på området i dag. Forutberegnelighetshensyn taler for at man bør kunne vektlegge underrettspraksis i noe grad på grunn av manglende høyesterettspraksis. Det er imidlertid viktig å ha i tankene at underrettspraksis ikke har like mye rettslig tyngde som høyesterettspraksis, og at det er mulig at Høyesterett kunne ha kommet til et annet resultat.

1.2.4 Arbeidsavtaler

Individuelle arbeidsavtaler er viktig innenfor arbeidsrettens område, da de danner grunnlaget for arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Det vil imidlertid ikke fokuseres på individuelle avtaler i denne avhandlingen.

1.2.5 Tariffavtaler

En tariffavtale er en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår, eller andre arbeidsforhold.⁷ Tariffavtalene inneholder rettigheter og forpliktelser for den gruppen av ansatte som er omfattet av den aktuelle tariffavtale.

Denne avhandlingen vil i hovedsak fokusere på Hovedavtalen § 8-2. Flere tariffavtaler har ansiennitetsbestemmelser med lik utforming og ordlyd som Hovedavtalens § 8-2.

Fortolkningen av Hovedavtalen har sannsynligvis betydning også for forståelsen av en rekke andre tariffavtaler. Disse vil bli behandlet hvor det er aktuelt.

⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

⁷ Jf. lov om arbeidstvister § 1 bokstav e.

1.3 Forholdet mellom lov og avtaler i arbeidsretten

Det følger av aml. § 1-9 at loven er ufravikelig, med mindre noe annet er «*særskilt fastsatt*». I utgangspunktet kan derfor verken kollektive eller individuelle arbeidsavtaler fravike arbeidsmiljølovens regler til ugunst for arbeidstakeren. Det er imidlertid ikke noe i veien for å fravike loven til gunst for arbeidstakeren.

Tariffavtalene fastsetter rammene for hva man kan avtale individuelt. Det er ikke anledning til å fastsette betingelser/vilkår i en individuell arbeidsavtale som er i strid med en kollektiv avtale som både arbeidsgiver og arbeidstaker er bundet av.⁸ Individuelle avtaler inngått i strid med tariffavtaler vil bli kjent ugyldige.

1.4 Om den videre fremstilling

I kapittel 2 behandles nedbemanning generelt, herunder arbeidsgivers adgang til å foreta nedbemanning, hva som må gjøres før en nedbemanningsprosess eventuelt igangsettes, samt oppsigelsesvernet i aml. § 15-7. I kapittel 3 vil gangen i en oppsigelsessak kort behandles, før den videre fremstillingen tar for seg utvelgelsesprosessen ved nedbemanning. Hovedfokuset i kapitlet ligger på de ulike utvelgelseskriteriene som vanligvis er aktuelle i utvelgelsesprosessen. I kapittel 4 foretas det en grundig presentasjon av ansiennitet som utvelgelseskriterium. Videre vil kapittel 5 forsøke å avklare ansiennitetsprinsippets stilling ved oppsigelser i nedbemanning, dette gjøres gjennom analyser av en rekke dommer. Til sist vil kapittel 6 by på noen avsluttende betraktninger

⁸ Jf. lov om arbeidstvister § 6.

2 Nedbemanning

2.1 Bakgrunn

2.1 Bakgrunn

Det er, som nevnt innledningsvis, ventet at ca. 50 000 jobber innen oljenæringen vil være forsvunnet innen 2018. Nedbemanningene har ført til en rekke arbeidsrettslige konflikter, hvor kjernen har vært om oppsigelser har vært saklig begrunnet. Arbeidsmiljøloven inneholder et vern mot usaklige oppsigelser som er nedfelt i § 15-7, og bestemmelsen vil bli presentert i punkt 2.3. Fremstillingen vil imidlertid først behandle adgangen til nedbemanning i punkt 2.2.

2.2 Adgangen til nedbemanning

Arbeidsgiver har i utgangspunktet en ensidig rett til å treffe beslutninger som angår arbeidsforholdet og virksomheten. Dette omtales som arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten må utøves *«innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått»*, jf. Rt. 2000 s. 1602 (s. 1609). Arbeidsgivers adgang til å foreta nedbemanninger følger dermed av styringsretten. Styringsretten må skje innenfor rammen av arbeidsforholdet, og retten vil dermed bli begrenset av blant annet lov, tariffavtaler og individuelle arbeidsavtaler. I Rt. 2001 s. 418 slo Høyesterett fast at arbeidsgivers utøvelse av styringsrett også begrenses av allmenne saklighetsnormer. Førstvoterende uttalte at *«det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn»*.

Før en nedbemanningsprosess kan iverksettes, må arbeidsgiver foreta en grundig vurdering av om det er behov for en nedbemanning. Dette innebærer at arbeidsgiver må vurdere om kostnadskutt kan gjennomføres på en mindre drastisk måte enn nedbemanning, for eksempel gjennom permittering, lønnsreduksjon eller kortere arbeidstid.⁹ Arbeidsgiver må så drøfte en eventuell nedbemanningsprosess med arbeidstakernes tillitsvalgte, se nærmere redegjørelse for dette under punkt 2.4.

⁹ Arbeidsrettsboka, Thomas Benson, Fagbokforlaget, 2. utgave 2014, side 433.

Bestemmelsen om permittering i Hovedavtalen § 7-1 nr. 3 har samme ordlyd som avtalens § 8-2 om oppsigelser. Permitteringer skiller seg imidlertid fra oppsigelser ved at permittering er et midlertidig tiltak. Selv om permittering i mange situasjoner vil være et aktuelt alternativ til oppsigelser, vil avhandlingen kun behandle nedbemanning som innebærer oppsigelser.

Permittering faller således utenfor oppgavens tema.

2.3 Oppsigelsesvernet etter aml. § 15-7

2.3.1 Saklighetskravet

I aml. § 15-7 finner vi bestemmelsen om vern mot usaklig oppsigelse. Bestemmelsens første ledd slår fast at *«[a]rbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold»*.

Da denne avhandlingen er rettet mot oppsigelser i forbindelse med nedbemanning, vil den avgrenses mot oppsigelser som er begrunnet i arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.

Spørsmålet som reiser seg her, er hva som ligger i saklighetskravet etter aml. § 15-7.

En naturlig språklig forståelse av *«saklig begrunnet i virksomhetens [...] forhold»* taler for at vilkåret avgrenser mot forhold som ikke knytter seg til virksomheten i seg selv. Utover det gir ikke ordlyden noe ytterligere veiledning om hva vilkåret innebærer. Saklighetskravet er en rettslig standard, og innholdet i standarden har utviklet seg gjennom rettspraksis.¹⁰ Det legges derfor opp til en skjønnsmessig vurdering i den enkelte sak, hvor også bedriftens interesser må veies opp mot arbeidstakernes interesser, jf. aml. § 15-7 andre ledd. På denne måten sikres tilstrekkelig fleksibilitet for rettsanvender, hvor man kan komme til løsninger som er godt tilpasset det typetilfellet som foreligger.

En ulempe med ordlyden i bestemmelsen er imidlertid at den gir liten veiledning i hva som anses for å være saklige begrunnelser. Dette medfører naturlig nok en del konflikter i oppsigelsessaker, hvor oppsagte arbeidstakere mener at utvelgelsen fra virksomhetens side er basert på usaklige hensyn.

¹⁰ Gyldendal, elektronisk Norsk Lovkommentar til Arbeidsmiljøloven, note 617 ved Tron Dalheim, sist revidert 11.08.14.

De nærmere vurderingsmomenter i saklighetsvurderingen er utviklet i et samspill mellom forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

Det fremgår av Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 72 (pkt. VIII) at

«[r]ettspraksis fram til i dag har i overveiende grad lagt vesentlig vekt på bedriftens interesse i å oppnå en økonomisk gevinst, på bekostning av arbeidstakerens interesse i å beholde arbeidet. Slik bestemmelsen nå er utformet, vil hensynet til arbeidstakeren få større gjennomslagskraft, idet det skal foretas en avveining mellom virksomhetens behov for f.eks. en rasjonaliseringsgevinst og de ulemper oppsigelsen vil påføre den enkelte arbeidstaker».

Uttalelsen gjaldt daværende aml. § 60, som er tilsvarende dagens aml. § 15-7.¹¹

Forarbeidsuttalelsen gir uttrykk for at arbeidstakernes vern mot usaklige oppsigelser har blitt sterkere med tiden, noe som igjen vil kunne gå på bekostning av virksomhetenes interesser. Arbeidstakernes vern strekker seg naturlig nok ikke lenger enn at dersom en virksomhet er på vei til å gå konkurs, vil virksomhetens interesser trolig alltid få gjennomslag i form av at det anses som legitimt å si opp arbeidstakere for å sikre videre drift.

Saklighetsvilkåret inneholder tre momenter av særlig betydning. Det første er at oppsigelsen ikke må være begrunnet med utenforliggende eller usaklige hensyn. Det andre er at arbeidsgiver må ha tilstrekkelig saklig grunn for oppsigelsen. Det siste er at arbeidsgiver må bygge avgjørelsen på et korrekt faktisk grunnlag.¹²

Saklighetskravet stiller også et krav til saksbehandlingen ved oppsigelser. Spesielt reglene om informasjon og drøftelse er av betydning her, herunder aml. §§ 15-1 og 15-2, i tillegg til tariffbestemmelser. Tariffbestemmelsene finner man blant annet i Hovedavtalen kapittel 9.

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å påvise at saksbehandlingen ikke har vært tilfredsstillende for å kjenne en oppsigelse ugyldig. Det må i tillegg foreligge rimelig grunn til å tro at resultatet hadde blitt annerledes dersom det hadde blitt foretatt en forsvarlig saksbehandling.¹³ Dette kom blant annet til uttrykk i Rt. 1972 s. 1330, hvor Høyesterett uttalte at *«slik som denne saken ligger an, kan bedriften etter min mening bare unngå ansvar dersom det kan*

¹¹ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 15 til § 15-7.

¹² Gyldendal, elektronisk Norsk Lovkommentar til Arbeidsmiljøloven, note 618 ved Tron Dalheim, sist revidert 11.08.14.

¹³ Innføring i arbeidsrett, den individuelle del, Arne Fanebust, Universitetsforlaget, 4. utgave 2015, s. 259.

anses godtgjort at en forhåndsdrøftelse med [arbeidstakeren] ville ha vært uten betydning for styrets avgjørelse».

2.3.2 “Virksomhetens forhold”

En oppsigelse må, som nevnt i punkt 2.3.1, være saklig begrunnet i «*virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold*».

Når en arbeidsgiver beslutter å gå til oppsigelse av en ansatt begrunnet i virksomhetens forhold, må han kunne vise til at det foreligger et bedriftsøkonomisk behov, eller et annet bedriftsmessig behov, som nødvendiggjør oppsigelse.¹⁴

Høyesterett uttaler i Rt. 2012 s. 168 avsnitt 101 at økonomiske begrunnelser for oppsigelse etter sin art er saklige. Det påpekes imidlertid at interesseavveiningen etter aml. § 15-7 annet ledd kan medføre at arbeidstakerne likevel ikke kan sies opp. Uttalelsen fra Høyesterett må imidlertid sees i lys av det som ble nevnt i punkt 2.3.1 om virksomheter som er på vei til å gå konkurs.

Det fremgår av Rt. 1989 s. 508 at domstolene har vært tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers bedriftsøkonomiske analyse, jf. s. 513. Det bør imidlertid kunne stilles krav om at arbeidsgiver kan dokumentere at det er gjennomført en grundig vurdering av om det bedriftsmessige behovet vil måtte medføre oppsigelser. Det følger videre av nevnte dom at det ikke er et krav om at virksomheten må velge den løsningen som bedriftsøkonomisk er mest lønnsom, jf. s. 514.

2.3.3 “Annet passende arbeid”

En oppsigelse vil ikke anses for å være saklig begrunnet dersom «*arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker*», jf. aml. § 15-7 andre ledd. I oppsigelsessaker vil det derfor ofte være aktuelt å undersøke om det finnes et «*annet passende arbeid i virksomheten*» for den person oppsigelsen gjelder. Dette ligger ikke i kjerneområdet for avhandlingens tema, samt at tidsmessige årsaker gjør det vanskelig å behandle. I den

¹⁴ Individuell arbeidsrett, Alexander Næss Skjønberg og Eirik Hognestad, Gyldendal forlag. 1.utgave, 5. opplag 2017, side 307 pkt. 14.1.6.1.

videre fremstillingen forutsettes det derfor at det i de nevnte tilfeller ikke finnes annet passende arbeid for arbeidstakerne.

2.3.4 Virksomhetens behov vs. ulemper for arbeidstaker

Det følger av aml. § 15-7 andre ledd at ved avgjørelsen av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker.

Bestemmelsens ordlyd gir ikke noen nærmere anvisning på hvilke momenter som vil være relevante å vektlegge i avveiningen. De nærmere vurderingsmomenter i saklighetsvurderingen er, som tidligere nevnt, utviklet i et samspill mellom forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

I Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 72 (pkt. VIII), uttales det at *«ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp»*. Dersom virksomheten må nedbemanne for å redusere

driftskostnader i en alvorlig økonomisk situasjon, vil hensynet til arbeidstaker stå svakere enn når virksomheten rasjonaliserer med sikte på å øke et allerede eksisterende overskudd.¹⁵

Høyesterett har imidlertid akseptert at over to hundre personer ville bli oppsagt som følge av flytting av virksomheten, til tross for at flyttingen ikke ville være bedriftsøkonomisk mest lønnsom.¹⁶

I en nedbemanningsprosess har virksomheten behov for å si opp ansatte for å sikre en forsvarlig og konkurransedyktig drift. Arbeidstakeren har på sin side behov for å beholde jobben og lønnen sin. Det vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak hvorvidt hensynet til bedriften eller arbeidstakeren skal veie tyngst. Rettspraksis viser for eksempel at dersom en person har lang tjenestetid i en bedrift, så vil dette vektlegges tungt i arbeidstakers favør ved avveiningen om en oppsigelse er saklig. Se eksempelvis Rt. 1966 s. 393, hvor det var usaklig å si opp en arbeidstaker med 28 års ansiennitet i bedriften.

¹⁵ www.arbeidsrett.no, arbeidsmiljøloven § 15-7, note 10.

¹⁶ Se Rt. 1989 s.508 på side 514.

2.4 Kollektiv informasjon og drøfting – de tillitsvalgtes rolle

2.4.1 Etter arbeidsmiljøloven kapittel 8 og § 15-2

Det følger av aml. § 8-1 at virksomheter som jevnlig sysselsetter minst 50 arbeidstakere, skal «informere om og drøfte spørsmål av betydning» for arbeidstakernes arbeidsforhold med arbeidstakernes tillitsvalgte.

Ordlyden av bestemmelsen er uklar, og gir ikke noen veiledning for hva som vil anses for å være «spørsmål av betydning». I aml. § 8-2 første ledd fremkommer det imidlertid en opplisting av hva informasjons- og drøftingsplikten omfatter. Den omfatter informasjon om virksomhetens økonomiske situasjon, samt informasjon om og drøfting av den aktuelle og forventede bemanningssituasjon i virksomheten. Eventuelle innskrenkninger og de tiltak arbeidsgiver vurderer i den forbindelse er også inkludert i dette punktet. Dette vil si at arbeidsgiver har en informasjons- og drøftingsplikt med arbeidstakernes tillitsvalgte ved nedbemanning.

Det er flere hensyn som ligger til grunn for bestemmelsene om informasjons- og drøftingsplikten. Bestemmelsene skal sikre en forsvarlig saksbehandling ved at arbeidstakernes synspunkter på nedbemanningen blir ivaretatt, synlige og hensyntatt. Videre søker bestemmelsene å unngå usikkerhet blant de ansatte ved at de har rett til informasjon om nedbemanningsprosessen gjennom sine tillitsvalgte. Til sist kan bestemmelsene virke konfliktdependende ved at arbeidstakernes representanter får informasjon og gis rett til å bli hørt.¹⁷

Bestemmelsen i aml. § 8-2 kan fravikes ved tariffavtale, jf. bestemmelsens fjerde ledd. Hovedavtalen har blant annet egne regler om informasjons- og drøftingsplikt, se avhandlingens punkt 2.4.2.

Dersom en arbeidsgiver vurderer å gå til masseoppsigelser, pålegges han en særskilt informasjons- og drøftingsplikt med de tillitsvalgte, samt en informasjonsplikt til Arbeids- og

¹⁷ Benson (2014) s. 435.

velferdsetaten. Masseoppsigelse er når minst 10 arbeidstakere sies opp innenfor et tidsrom på 30 dager, uten at det er begrunnet i arbeidstakernes forhold, jf. aml. § 15-2 første ledd.

Etter aml. § 15-2 andre ledd, skal arbeidsgiver «*så tidlig som mulig*» innlede drøftinger med arbeidstakernes tillitsvalgte med sikte på å komme fram til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte. Arbeidsmiljølovens kapittel 8 og § 15-2 overlapper hverandre, men drøftingsplikten i § 15-2 strekker seg etter sin ordlyd en del lenger enn drøftingsplikten i kapittel 8. Det er også verdt å merke seg at det ved masseoppsigelser ikke er noe krav til virksomhetens størrelse, til forskjell fra bestemmelsen i aml. §§ 8-1 og 8-2.

2.4.2 Etter Hovedavtalen kap. IX

Hovedavtalens informasjons- og drøftingsplikt er, i motsetning til arbeidsmiljølovens informasjons- og drøftingsplikt, ikke begrenset til større virksomheter.

Hovedavtalens § 9-1 slår fast at en målsetting er at de ansatte og deres tillitsvalgte skal ha *«reell medinnflytelse og gjennom samarbeid, informasjon og drøftelse bidra til økt verdiskaping og produktivitet og derved til de økonomiske forutsetninger for bedriftens fortsatte utvikling og trygge og gode arbeidsplasser»*.

I avtalens § 9-4 fremgår det at ledelsen «*så tidlig som mulig*» skal drøfte med de tillitsvalgte sysselsettingsspørsmål, herunder planer om utvidelser og innskrenkninger.

Ordlyden «*så tidlig som mulig*» gir ikke god veiledning for når drøftelser skal foretas. LO skriver i sine kommentarer til Hovedavtalen at *«skal målsettingen om reell innflytelse realiseres, må de tillitsvalgte gis anledning til å fremme sitt syn i god tid før bedriftsledelsen treffer beslutninger om virksomhetens ordinære drift»*¹⁸.

I ARD-1996-130 fastslo Arbeidsretten at drøftelsesplikten inntreffer allerede på planleggingsstadiet, altså «*så snart det er aktuelt*», jf. dommens side 135. Dette gir etter mitt syn best mening, da målsettingen om «*reell innflytelse*» ellers vanskelig vil kunne oppnås. Regelen om at drøftelser skal finne sted før det fattes beslutninger, gir tillitsvalgte mulighet til

¹⁸ LOs kommentarer til Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017 side 199, https://www.lo.no/Documents/Lonn_og_tariff/hovedavtalene/Hovedavtalen%20LO-NHO.pdf, sist besøkt 10.12.17.

for eksempel å påse at utvelgelsen i oppsigelsessaker skjer i tråd med ansiennitetsprinsippet i § 8-2.¹⁹

2.4.3 Konsekvenser av manglende informasjon og drøfting

Arbeidsmiljøloven angir ikke hvilke konsekvenser manglende etterlevelse av reglene om informasjon og drøfting vil kunne få. Forutgående informasjon og drøfting er imidlertid en del av saksbehandlingen som omfattes av reglene om vern mot usaklig oppsigelse i aml. § 15-7.

Det er, som slått fast under punkt 2.3.1, ikke tilstrekkelig at det kan påvises en saksbehandlingsfeil for at en oppsigelse skal anses for å være ugyldig. Det må i tillegg være grunn til å anta at resultatet ville blitt annerledes dersom forsvarlig saksbehandling hadde blitt gjennomført.

I dom fra Borgarting lagmannsrett, LB-2010-32150, kom retten til at saksbehandlingen var uforsvarlig og oppsigelsene måtte anses ugyldige. I begrunnelsen for dommen ble det lagt vekt på at det ikke var gjennomført kollektive drøftinger i tråd med arbeidsmiljøloven § 15-2. Flertallet uttaler blant annet at

«[v]ed omstillingsprosesser befinner arbeidsgiver seg på et område som er særlig lovregulert med detaljerte krav til innholdet i drøftingsprosessen, nettopp for å gi de tillitsvalgte en reell mulighet til å komme med korrigerende innspill og innsigelser, og med det formål å oppnå en avtale. Når arbeidsgiver - som i nærværende sak - har overtrådt flere av de sentrale og detaljert utformede drøftingspliktene, og flertallet finner at dette kan blant annet ha medført at muligheten for å oppnå avtale om franchise eller andre alternative løsninger ble redusert, må oppsigelsene anses ugyldige».

Uttalelsen er i tråd med LOs kommentar til Hovedavtalen § 9-2, som er nevnt i punkt 2.4.2.

¹⁹ LOs kommentarer til Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017 § 9-4, https://www.lo.no/Documents/Lonn_og_tariff/hovedavtalene/Hovedavtalen%20LO-NHO.pdf, sist besøkt 10.12.17.

2.5 Domstolenes prøvingsadgang

Spørsmålet er hvor langt retten kan gå i å etterprøve arbeidsgivers avgjørelse om oppsigelse av arbeidstakere.

I dom fra Høyesterett, Rt. 1984 s. 1058, oppstiller retten rammeverket for de momenter som domstolene kan prøve ved en oppsigelse. I dommen uttales det i tilknytning til arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1 (tilsvarende dagens aml. § 15-7) at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et

«riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, og om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattende de rimelighetshensyn som gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren».

Domstolene har etter dette en utstrakt rett til å etterprøve arbeidsgivers avgjørelse om oppsigelse av arbeidstakere. Videre er spørsmålet om det likevel foreligger noen begrensninger i domstolenes prøvingsrett.

Det følger av forarbeidene at

«[d]omstolene har adgang til bl.a å etterprøve de faktiske bedriftsøkonomiske omstendigheter som arbeidsgiver påberoper seg, men et hovedinntrykk fra rettspraksis er nok at det er vanskelig å tilsidesette påberopte hensyn til bedriftens økonomiske tarv».²⁰

Til støtte for dette kan det vises til Rt. 1984 s. 1058, hvor Høyesterett uttalte følgende om prøvingsretten:

«[d]et kan nok reises spørsmål om hvilken vekt en domstol bør legge på arbeidsgiverens vurdering av bedriftens behov for oppsigelse og arbeidstakerens kvalifikasjoner. Men dette er etter min mening mer et spørsmål om domstolenes praktiske muligheter for å prøve skjønnnet enn et spørsmål om begrensning i selve prøvingsretten».

²⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 184.

En kan av det ovennevnte utlede at domstolene har adgang til å etterprøve også arbeidsgivers bedriftsøkonomiske vurderinger, men at det i praksis antakelig ikke vil skje i alle saker. Bakgrunnen for dette bygger trolig på en tanke om at domstolene ikke har den nødvendige forutsetning for å foreta en slik prøving. Det bør imidlertid klart kunne stilles krav om at arbeidsgiver har foretatt en grundig bedriftsøkonomisk analyse av behovet for nedbemanning, jf. Rt. 1989 s. 508. Det kan også være et hensyn at en overprøving av de bedriftsøkonomiske vurderinger som er gjort av arbeidsgiver, hvis de blir for nærgående, kan komme i konflikt med kjerneverdiene i styringsretten.

3 Utvelgelsen ved nedbemanning

3.1 Kort om gangen i en oppsigelsessak

Avhandlingen retter seg mot ansiennitetsprinsippets stilling som utvelgelseskriterium ved oppsigelser i forbindelse med nedbemanning. Under dette punktet vil gangen i en oppsigelsessak kort presenteres, før den videre fremstillingen vil omhandle de viktigste utvelgelseskriteriene som benyttes ved oppsigelser på grunn av virksomhetens forhold.

En oppsigelsessak kan bestå av flere trinn, avhengig av hvorvidt det er uenighet om oppsigelsens gyldighet eller ei. I de tilfeller hvor virksomheten vurderer å gå til masseoppsigelse etter aml. § 15-2 første ledd, må bedriften først innlede drøftelser med arbeidstakernes tillitsvalgte *«med sikte på å komme fram til en avtale for å unngå masseoppsigelser eller for å redusere antall oppsagte»*, jf. § 15-2 andre ledd.²¹

Dersom oppsigelser viser seg å være uunngåelige, må arbeidsgiver innkalle aktuelle arbeidstakere til drøftelsesmøte, jf. aml. § 15-1. Formålet med drøftelsesmøtet er at arbeidsgiver skal kunne foreta de nødvendige vurderinger i forhold til saklighetskravet i arbeidsmiljøloven, jf. Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 182. I proposisjonen fremheves det at arbeidsgiver ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold har plikt til å vurdere omplassering og å foreta en interesseavveining mellom virksomhetens behov og arbeidstakers ulemper. Departementet presiserer i den forbindelse at *«[d]isse vurderingene kan vanskelig foretas uten i samarbeid med arbeidstakeren»*.

Når oppsigelsen er en realitet, stiller aml. § 15-4 flere formkrav til meddelelsen av oppsigelsen til arbeidstakeren. Konsekvensen av at formkravene ikke er oppfylt er i utgangspunktet at oppsigelsen uten materiell prøving skal kjønnnes ugyldig, jf. aml. § 15-5.

Dersom arbeidstakeren er uenig i at det er grunnlag for oppsigelse, kan han kreve forhandlinger med arbeidsgiver etter aml. § 17-3. Hvis forhandlingene ikke fører til ønsket resultat, kan arbeidstakeren reise søksmål for domstolen innen bestemte søksmålsfrister, jf. aml. § 17-4.

²¹ Se til sammenligning Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017 § 9-4. Bestemmelsen vil bli presentert under punkt 2.4.2.

3.2 Utvalgskrets

Når arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett har bestemt seg for å gjennomføre en nedbemanningsprosess, må han velge hvem som skal sies opp. Spørsmålet som da reiser seg er blant innenfor hvilken gruppe ansatte han skal foreta utvelgelsen.

Utvalgskretsen er den krets av ansatte som skal vurderes opp mot hverandre i en nedbemanningsprosess. Hovedregelen er at utvalgskretsen er «selskapet», men dette kan likevel fravikes dersom det foreligger saklig grunn, jf. Rt. 2015 s. 1332 avsnitt 38 med videre henvisninger. Retten presiserer at hvorvidt det er saklig å begrense utvalgskretsen vil bero på en konkret vurdering i de enkelte tilfeller, og at det er en rekke hensyn som vil være relevante for vurderingen. Det uttales imidlertid også at

«[n]år lovens utgangspunkt er at virksomheten er utvelgelseskrets, følger det imidlertid at de hensyn som tilsier at utgangspunktet fravikes, må være tungtveiende».

Et eksempel på at utgangspunktet ble fraveket finner man i Rt. 1992 s. 776. Her kom Høyesterett frem til at det i enkelte tilfeller foreligger spesielt tungtveiende hensyn som tilsier at en avgrensning av utvalgskretsen er saklig. I den foreliggende saken var det snakk om et stort geografisk område, selskapet hadde blitt til etter nylige fusjoner av lokalbanker og ansettelsesforholdene var knyttet til filialene. Andre utvelgelseskretser kunne skapt større uro, samt at den prekære økonomiske situasjonen og vesentlig tidspress gjorde at filialer ble godtatt som utvelgelseskretser.

Utgangspunktet er imidlertid, som tidligere fastslått, at utvalgskretsen er selskapet. Dommen inntatt i Rt. 1992 s. 776 viser eksempler på hensyn som kan gi saklig grunn til å begrense utvalgskretsen. Det er imidlertid viktig å presisere at dommene ikke oppstiller noe minstekrav eller trekker opp noen rammer for hvilke hensyn som kan være relevant, noe Høyesterett selv viser til i Rt. 2015 s. 1332 når den slår fast at det er en konkret vurdering i de enkelte tilfeller.

3.3 Utvelgelseskriteriene

Når utvalgskretsen er fastsatt, må arbeidsgiver også bestemme hvilke utvelgelseskriterier som skal legges til grunn for utvelgelsen i nedbemanningsprosessen. Utvelgelseskriterier er de

momenter arbeidsgiver bruker for å vurdere personene i utvalgsretsen opp mot hverandre. Utvelgelseskriteriene i en nedbemanningsprosess må også være saklige.²²

Spørsmålet er hvilke utvelgelseskriterier som vil anses for å være saklige etter aml. § 15-7. Bestemmelsens ordlyd gir ikke noen veiledning på hvilke utvelgelseskriterier som kan benyttes. En må derfor se hen til hvilke kriterier som blir anvendt i praksis.

Dersom virksomheten er bundet av en tariffavtale, vil arbeidsgiver måtte anvende de utvelgelseskriterier som eventuelt er fastsatt der. Dersom tariffavtalen ikke sier noe om utvelgelseskriterier, eller virksomheten ikke er bundet av tariffavtale, vil ofte en kombinasjon av flere ulike utvelgelseskriterier benyttes.

I HR-2017-561 lister Høyesterett opp en rekke utvelgelseskriterier som kan legges til grunn, herunder ansiennitet, kvalifikasjoner, alder og sosiale forhold, se avsnitt 66. De samme utvelgelseskriteriene ble anvendt i Rt. 1986 s. 879, og det kan etter mitt skjønn legges til grunn at dette er godt etablerte utvelgelseskriterier innenfor norsk arbeidsrett.

Formålet med avhandlingen er å avklare utvelgelseskriteriet ansiennitets stilling vurdert i sammenheng med de øvrige utvelgelseskriteriene. For å kunne fastslå hvilken stilling ansiennitet faktisk har i en utvelgelsesprosess, er en nødt til å se på brytningen med de andre utvelgelseskriteriene. Punkt 3.4 vil derfor inneholde en kort presentasjon av de viktigste utvelgelseskriteriene ved siden av ansiennitet. Ansiennitetsprinsippet vil så bli presentert i punkt 4 og i den etterfølgende fremstilling.

3.4 Andre sentrale utvelgelseskriterier

3.4.1 Kompetanse/kvalifikasjoner

Utvelgelse basert på kompetanse går ut på at bedriften beholder de arbeidstakerne som er best kvalifisert. Hvilken type kompetanse som skal vektlegges og prioriteres, vil måtte avhenge av bedriftens behov. Kompetanse vil trolig være et sentralt utvelgelseskriterium i bedrifter med mer spesialiserte eller krevende arbeidsoppgaver. Kompetanse som utvelgelseskriterium er behandlet i rettspraksis og anerkjent som et saklig utvelgelseskriterium, se punkt 3.3.

²²Se Rt. 2011 s. 609 avsnitt 60, med videre henvisninger.

Hvilken arbeidstaker som er best kvalifisert vil ofte avgjøres ut ifra en vurdering av formell kompetanse, relevant yrkeserfaring og personlig dyktighet, egnethet og anvendelighet til stillingen.²³ Kompetanse som utvelgelseskriterium ivaretar først og fremst virksomhetens interesser, som er å sikre en forsvarlig og konkurransedyktig drift.

Kompetanse kan måles på ulike måter. En vanlig måte for å måle kompetanse er å foreta en kompetansevurdering. Dersom en virksomhet skal gjennomføre en kompetansevurdering, er det en fordel at den inneholder både objektive og subjektive elementer. Dersom en kompetansevurdering kun inneholder subjektive elementer, kan den være svært vanskelig å etterprøve. Dette var blant annet et moment Borgarting lagmannsrett trakk frem i RG-2011-113, hvor det ble lagt vekt på at objektive elementer vil virke mer rettferdig overfor de berørte arbeidstakerne.

Personlig egnethet til stillingen er et moment som tas opp i RG-2001-1276 hvor flertallet i Frostating lagmannsrett uttaler at

”[f]lertallet forstår kriteriet egnethet slik at det relaterer seg til samarbeidsevner og lojalitet og i liten grad til faglig dyktighet, som fanges opp av kriteriet kompetanse. Flertallet finner å kunne legge til grunn at utvelgelseskriteriene var saklige, herunder at kriteriet egnethet, slik det er forstått av flertallet, er et kriterium med vesentlig relevans ved en omorganisering i en vanskelig markedssituasjon”.

3.4.2 Sosiale hensyn

Sosiale hensyn i denne sammenheng vil si de konsekvenser en oppsigelse vil få for den enkelte arbeidstaker. At det kan være saklig å vektlegge sosiale hensyn i en utvelgelsesprosess fremkommer blant annet av HR-2017-561. Dommen nevner imidlertid ikke noe om hvilke sosiale hensyn som det vil være saklig å vektlegge. En må da se hen til annen rettspraksis som har behandlet dette utvelgelseskriteriet.

I Rt. 1986 s. 879 fikk en arbeidstaker fortsette i jobben, til tross for at hun hadde kortere ansiennitet enn de som ble oppsagt. I utvelgelsesprosessen hadde det blitt lagt vekt på at hun var eneforsørger for et barn på 10 år, samt at hun jobbet heltid. Arbeidstakeren ville ha større

²³ Jan Fougner med flere, *Omstilling og Nedbemanning*, Universitetsforlaget, 2. utgave, 2011, s. 307.

økonomisk tap enn de oppsagte, og som eneforsørger ville hun rammes mye hardere. Høyesterett anså det ikke som usaklig å vektlegge disse sosiale hensynene.

Høyesterett avviste i Rt. 1967 s. 91 et erstatningskrav for usaklig oppsigelse fra en 66 år gammel arbeidstaker med 41 års tjenestetid, blant annet under henvisning til at arbeidstakeren var «*frisk og hadde ingen forsørgelsesbyrde idet hans hustru er ansatt i en relativt godt lønnet kommunal stilling*». En kan her stille spørsmål om hvorfor retten godtok oppsigelse av en person med høy alder, da dette strider mot hensynet som er trukket frem i fremstillingens neste avsnitt. Høyesterett kom imidlertid til at oppsigelsen var resultatet av et forsvarlig skjønn fra virksomhetens side, der både hensynet til virksomheten og arbeidstakeren ble trukket inn i vurderingen. Det var etter rettens mening naturlig og rimelig at virksomheten i dette tilfellet kom til at virksomhetens interesse måtte være avgjørende.

Noen arbeidsgivere velger å vektlegge en arbeidstakers høye alder i utvelgesprosessen, og dermed si opp yngre arbeidstakere. Hensynet kommer ikke til uttrykk i lov eller forarbeider, men er utpenslet gjennom rettspraksis.

Betydningen av den vekt Høyesterett har tillagt tjenestetid og alder, illustreres av Rt. 1966 s. 393. En 48 år gammel regnskapssjef med 28 års tjenestetid i firmaet ble oppsagt i forbindelse med en bedriftssammenslutning og rasjonalisering av bedriften. Høyesterett kom til at det var usaklig å si opp en person som «i så mange år hadde virket i bedriftens tjeneste og som hadde en så sterk tilknytning til bedriften».

En annen dom som illustrerer at det kan være saklig å ta hensyn til alder i en utvelgesprosess er Rt. 1986 s. 879, hvor arbeidsgiver hadde tatt vesentlig hensyn til at en arbeidstaker var 64 år gammel, noe som gjorde at han ville ha større vansker enn de øvrige med å få annet arbeid. Høyesterett fant det ikke usaklig å vektlegge hans høye alder i utvelgesprosessen, slik at yngre arbeidstakere måtte gå.

Dersom en arbeidsgiver har en gunstig pensjonsordning, så kan det tale for å si opp eldre arbeidstakere, jf. Rt. 2011 s. 609.

De ovennevnte dommene taler for at det vil kunne være legitimt for arbeidsgiver å ta hensyn til at en arbeidstaker har forsørgelsesbyrde, sliter med sykdom eller er av høy alder, slik at det kan være saklig å velge at en annen arbeidstaker må gå i stedet for personen med forsørgelsesbyrden, sykdommen eller den høye alderen. Det vil imidlertid måtte bero på en

helhetsvurdering hvor virksomhetens interesser må veies opp mot ulempene for arbeidstakeren, jf. Rt. 1967 s. 91.

4 Ansiennitet

4.1 Hva er ansiennitet?

Ansiennitetsprinsippet som utvelgelseskriterium har lange tradisjoner i norsk rett, og juridisk teori slår fast at ansettelsestid av lengre varighet skal i seg selv tillegges vekt ved saklighetsvurderingen etter § 15-7.²⁴

Store norske leksikon definerer ansiennitet som et

*«arbeidsrettslig uttrykk for hvor lang tid en arbeidstaker har vært ansatt hos en arbeidsgiver. Dette kan for det første ha betydning for hvor mye lønn man får. For det andre kan det ha betydning ved oppsigelse, for ved driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak er det ofte de som har vært ansatt kortest som må gå først. Dessuten kan ansienniteten ha betydning for oppsigelsesfristens lengde, rekkefølge ved permittering og fortrinnsrett til ny ansettelse».*²⁵

Ansiennitet kan på denne bakgrunn ha betydning i flere ulike sammenhenger, men denne fremstillingen vil kun behandle ansiennitetsprinsippet ved oppsigelser i forbindelse med nedbemanning.

Ansiennitetsprinsippet i forbindelse med nedbemanning går kort fortalt ut på at den som ble sist ansatt i firmaet er den som må gå først. Prinsippet bygger på rettsgrunnsetningen «*først i tid – best i rett*». Ansiennitet beregnes ut fra den sammenhengende tjenestetiden i virksomheten og vil ikke avbrytes av korte, midlertidige fravær.²⁶ Det kan oppstå uenigheter om hvordan ansienniteten skal beregnes, for eksempel dersom det har vært kortere eller lengre avbrudd i ansettelsesforholdet, dette vil imidlertid ikke bli behandlet i denne fremstillingen.

Ansiennitet er et lett målbart utvelgelseskriterium, og oppfattes derfor som «*objektivt og rettferdig*».²⁷ To bærende hensyn bak ansiennitetsprinsippet er tankene om lojalitet, og at lang erfaring gjør en best egnet til jobben. Det vil kunne skape mye uro dersom en person dedikerer mange år av livet sitt til en bedrift, for så å stå uten jobb og jobbmuligheter når han

²⁴ . Henning Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier II*, Universitetsforlaget 2000, s. 744.

²⁵ <https://snl.no/ansiennitet>, skrevet av Henning Jakhelln og Jon Gisle, sist oppdatert 24.10.17, side sist besøkt 10.12.17.

²⁶ Jakhelln (2000), s. 746.

²⁷ Jf. ARD-2006-286, avsnitt 74.

etter lang tids tjeneste sies opp. Høyesterett trakk spesielt frem dette momentet i Rt. 1972 s. 1330, som vil bli presentert under punkt 4.2.1. En ansatt med lang erfaring har også innsikt i hvordan virksomheten drives, vet hva han skal gjøre og hva som forventes av han. Dette vil si at utvelgelseskriteriene ansiennitet og kompetanse ofte vil overlappe hverandre, men det er ikke alltid tilfellet. Lang ansiennitet kan også medføre at arbeidstakeren er lite tilpasningsdyktig og har for snever kompetanse.

4.2 Rettslig grunnlag

4.2.1 Uten tariffavtale

For å fastlegge det rettslige grunnlaget for ansiennitetsprinsippet utenfor tariffavtale, må en se på den historiske utviklingen innen norsk arbeidsrett. Pål Berg viser i sin bok *Arbeidsrett* fra 1930 til at både arbeidsgiver og arbeidstaker kan bruke sin gjensidige oppsigelsesrett uten å måtte vise til noen spesifikk grunn for oppsigelsen.²⁸ Det gjaldt derfor ikke noe alminnelig lovfestet eller ulovfestet ansiennitetsprinsipp i norsk rett på 1930-tallet. Berg påpeker imidlertid at arbeidsgiver etter tariffavtale kan være forpliktet til å «*først si op de som har den korteste tjenestetid. (Jfr. ARD. 1927, s. 92)*».²⁹

Dette viser at allerede på 1930-tallet var ansiennitetsprinsippet en del av et begrenset stillingsvern gjennom tariffesting. Innen 1967 hadde ansiennitetsprinsippet fått fotfeste innen norsk rett, og Kristen Andersen viser til at både arbeidsgivere og arbeidstakere over tid har vært opptatt av ansiennitetsprinsippet. Han påpeker imidlertid at

*«[p]rinsippet har [...] på ingen måte vunnet friksjonsfri og samstemmig tilslutning. Riktignok har arbeidstakerne inntatt en positiv holdning overfor det, idet de i vidt omfang har sett sine interesser tjent med at man i varierende former faller tilbake på det. Arbeidsgiverne har derimot vært særdeles reserverte ut fra den betraktning at ansiennitetsprinsippet må omgås med kvalifisert elastisitet og varsomhet dersom behovet for å sikre seg «den rette mann på den rette plass» ikke skal bli skjebnesvanger skadelidende».*³⁰

²⁸ Pål Berg, *Arbeidsrett*, Olaf Norlis Forlag 1930, s. 142.

²⁹ Berg (1930), s. 142.

³⁰ Kristen Andersen, *Fra Arbeidslivets Rett*, Johan Grudt Tanum Forlag, 1967, s. 152.

Han konkluderer til slutt med at det ikke foreligger en ubetinget plikt til å vektlegge ansiennitet ved oppsigelser, og at det må antas at «arbeidsgiverne i kraft av sin styringsrett i prinsippet står fritt i denne henseende, og at det må foreligge en spesiell rettslig hjemmel for å begrense denne frihet». ³¹

Odd Friberg går lengre i sine uttalelser om ansiennitetsprinsippets vekt i kommentarutgaven til arbeidervernloven ³² som kom ut i 1973. Han uttaler blant annet at

«[v]ed vurdering av spørsmålet om det foreligger saklig grunn til oppsigelse må dette skje i forhold til den enkelte arbeider. Hvis det f. eks. er på det rene at bedriften må innskrenke, må det ved utvelgelse av dem som skal sies opp, tas saklige hensyn, f. eks. hensyn til ansiennitet. § 43 fastslår ikke ansiennitetsprinsippet, men i mange forhold praktiseres dette prinsipp. I så fall må det etterleves fullt ut, jfr. HRD i Rt. 1962 s. 6». ³³

Ansiennitetsprinsippet som en del av stillingsvernet ser dermed ut til å ha fått fotfeste på tariffregulert område.

I første rekke er dermed spørsmålet om en arbeidsgiver som *ikke* er bundet av tariffavtale er forpliktet av arbeidsmiljøloven § 15-7 til å ta hensyn til ansiennitet ved utvelgelsen.

Som beskrevet under punkt 3.3, gir ikke ordlyden i § 15-7 noen veiledning utover at utvelgelsen skal være saklig. Utenfor tariffavtaler bygger ansiennitetsprinsippet på ulovfestet rett som er utviklet gjennom rettspraksis.

I Rt. 1966 s. 393 kom retten til at en regnskapssjef med 28 års ansiennitet hadde krav på erstatning, da oppsigelsen ikke hadde saklig grunn i bedriftens forhold, jf. arbeidervernloven § 43. Avgjørelsen bygget på en helhetsvurdering der arbeidstakerens lange ansiennitet, sykdom og forsørgelsesbyrde inngikk som momenter. I tillegg til at bedriften ikke hadde gjort nok for å unngå oppsigelsen av en person som «i så mange år hadde virket i bedriftens tjeneste og som hadde en så sterk tilknytning til bedriften».

I Rt. 1972 s. 1330 ble også arbeidstakerens lange ansiennitet lagt til grunn for å konstatere at oppsigelsen var usaklig. En arbeidstaker med 19 års ansiennitet ble oppsagt på grunn av

³¹ Andersen (1967), s. 153, som eksempel på aktuell hjemmel for begrensning i styringsretten viser han til enkelte tariffavtaler.

³² Lov av 07. desember 1956 om arbeidervern.

³³ Odd Friberg, *Arbeidervernloven, kommentarer av Odd Friberg*, Olaf Norlis Forlag, 7. utgave, 1973, s. 193.

nedbemanning som følge av en brann. Arbeidstakeren hadde lengst ansiennitet i bedriften, men ble oppsagt til fordel for andre med betydelig kortere ansiennitet. Retten kom til at arbeidstakeren hadde krav på erstatning etter arbeidervernloven § 43, og bygget dette delvis på at han «*på grunn av lang tjeneste og kvalifikasjoner stod i en stilling som påla bedriften å ta særlig hensyn til ham*».

Høyesteretts uttalelser og konklusjoner i de ovennevnte dommene taler for at en arbeidsgiver som ikke er bundet av tariffavtale likevel er forpliktet av arbeidsmiljøloven § 15-7 til å ta hensyn til ansiennitet ved utvelgelsen.

Jakhelln skriver i sin bok at «*[h]jemmelen for at en virksomhet skal ta hensyn til tjenestetidens lengde følger i norsk rett dels av lovregler som krever at en oppsigelse skal være saklig begrunnet, og dels av tariffavtalte bestemmelser*».³⁴

Det er etter mitt syn litt uklart hva Jakhelln egentlig mener med denne uttalelsen. Uttalelsen kan tolkes som at han mener at bestemmelsen i aml. § 15-7 oppstiller et krav til at arbeidstakernes ansiennitet skal vektlegges for at en oppsigelse skal være saklig. På den annen side kan uttalelsen tolkes dithen at ansiennitet alltid vil være et saklig utvelgelseskriterium, men at det ikke er et krav at det skal vektlegges.

Høyesteretts uttalelse i Rt. 2011 s. 609, støtter sistnevnte tolkningsforslag, hvor de slår fast at det «*[a]t man i en konkret situasjon velger å basere utvelgelsen på andre kriterier enn ansiennitet, kan ikke i seg selv føre til at oppsigelsene er usaklig begrunnet, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7*».

Basert på de overnevnte høyesterettsavgjørelser kan det konkluderes med at ansiennitet er et utvelgelseskriterium som *kan*, og gjerne *bør* vektlegges i en utvelgelsesprosess for å tilfredsstille kravet til saklig utvelgelse etter aml. § 15-7. Det er imidlertid ikke et krav om at det alltid *skal* vektlegges under utvelgelsen. Uttalelsene til Andersen og Friberg samsvarer derfor i stor grad med dagens oppfatning av hvordan ansiennitetsprinsippet praktiseres.³⁵

Juridisk teori taler videre for at hvor en bedrift ikke er bundet av tariffavtale, må ansienniteten være av en viss varighet for å skulle tillegges vekt. Fougner med flere anslår, på bakgrunn av rettspraksis, at et forsiktig utgangspunkt bør være at en arbeidstaker har vært ansatt i 10-15 år

³⁴ Jakhelln (2000), s. 743.

³⁵ Dette syn støttes også av Arne Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, Universitetsforlaget, 5. utgave, 2015, s. 179 og Lasse Gommerud Våg, *Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler*, arbeidsrett vol 12 nr. 1 2015, s. 81.

før ansiennitet kan påberopes som et hensyn med noe særlig tyngde. Videre hevder han at det bør være betydelige ansiennitetsforskjeller mellom arbeidstakere for at ansiennitet skal ha noen selvstendig betydning.³⁶ Lasse Gommerud Våg skriver i sin artikkel at uttalelsen fra Fougner trolig bygger på Jakhellns artikkel om ansiennitet fra 1967, og foretar en undersøkelse av den rettspraksis Jakhelln bygget uttalelsen sin på. Etter gjennomgangen skriver han at «[e]tter mitt syn ga derfor ingen av disse dommene støtte til Jakhellns påstand om 10–15 år». Han konkluderer, etter en gjennomgang av ytterligere rettspraksis og forarbeider, med at «også kortvarig ansiennitet og små ansiennitetsforskjeller kan være avgjørende, men at det skal betydelig mindre til for å fravike ansienniteten i slike tilfeller».³⁷

4.2.2 Ved tariffavtale

Ansiennitetsprinsippets nedfellelse i tariffavtaler har lange tradisjoner. Ansiennitetsprinsippet ble, som nevnt i punkt 4.2.1, inntatt i noen tariffavtaler allerede på 1930-tallet, og kanskje også før den tid.

Ansiennitetsprinsippet er i dag blant annet nedfelt i Hovedavtalen LO-NHO § 8-2, hvor det fremgår at «[v]ed oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger en saklig grunn».

Ordlyden taler for at ansiennitet er det styrende utvelgelseskriteriet i en utvelgelsesprosess som følge av at det er fravikelse av ansienniteten som må begrunnes. Ordlyden er også klar på at ansienniteten ikke må følges i alle tilfeller, da den kan fravikes dersom det blir saklig begrunnet. Det gjelder altså ikke et ubetinget ansiennitetsprinsipp etter Hovedavtalen. Utover dette gir ikke ordlyden av bestemmelsen noe veiledning på hva som skal anses for å være «saklig grunn».

NHO har i sine kommentarer til Hovedavtalens § 8-2 uttalt at

«[b]estemmelsen innebærer ikke at man ved oppsigelser som følge av innskrenkninger e.l. er forpliktet til å følge ansienniteten, men at tjenestetid er et av de momenter som skal tas med ved vurderingen. Ansiennitet er med andre ord et (av flere) saklige utvelgelseskriterier. Formell kompetanse, personlig dyktighet, anvendelighet og sosiale forhold (alder, forsørgelsesbyrde, muligheter for annet arbeid mv.) er

³⁶ Fougner med flere (2011), s. 310.

³⁷ Lasse Gommerud Våg, *Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler*, arbeidsrett vol 12 nr. 1 2015, s. 78-81.

*eksempler på andre saklige kriterier. Utvelgelsen må foretas ut fra en samlet vurdering av alle saklige forhold».*³⁸

LOs kommentar til bestemmelsen sier på den annen side at

*«[b]estemmelsen fastslår at bedriften som hovedregel skal følge ansiennitetsprinsippet ved innskrenkninger. Ansienniteten kan likevel fravikes når det foreligger saklig grunn. Det vil aldri foreligge saklig grunn til å fravike ansienniteten dersom det er like vilkår. Regelen medfører at ansienniteten som hovedregel skal følges også i tilfeller hvor det ikke er like vilkår. I 2013 krevde NHO at ansiennitet kun skulle inngå som ett av flere momenter i saklighetsvurderingen. Kravet ble ikke tatt til følge. Generelt kan det sies at desto større ansiennitetsforskjellen er, desto større er kravene til saklig grunn for å fravike ansienniteten. Kravene til begrunnelse for fravikelsen øker da også tilsvarende».*³⁹

Kommentarene fra de to hovedorganisasjonene viser at det er uenighet om hvordan bestemmelsen skal forstås, og dermed hvordan ansiennitetsprinsippet skal anvendes i praksis. Det nevnes innledningsvis i punkt 1.1 at arbeidstakersiden ofte vil vektlegge ansiennitet mer enn arbeidsgiversiden, noe kommentarene ovenfor gir klart uttrykk for.

Avtalepartene har tolkningsmonopol for avtalen, og det er LO og NHOs felles tolkningsforståelse som skal legges til grunn. De ovennevnte sitatene viser imidlertid at det ikke er enighet mellom partene om tolkningen av innholdet i avtalens § 8-2. Arbeidsretten har i ARD-2017-151 kommet med noe veiledning til hvordan saklighetskravet skal forstås, og uttaler i avsnitt 37 at «[k]ravet til saklig grunn styrkes når det er snakk om lang ansiennitet og hvis forskjellene i ansiennitet er veldig store, jf. ARD-1990-169».

I punkt 4.2.1 fremkom det at å ikke vektlegge ansiennitet etter saklighetsvurderingen i § 15-7 kan være usaklig. I saker hvor ansiennitetsprinsippet er tariffestet, vil domstolene både måtte vurdere om oppsigelsen er saklig etter aml. § 15-7, herunder om ansiennitet skulle vært vektlagt, men også om oppsigelsen er saklig etter ansiennitetsbestemmelsen. Det vil altså kunne foreligge et dobbelt rettslig grunnlag for ansiennitetsprinsippet i enkelte saker uten at jeg kan se at dette har fått noen praktiske eller rettslige følger.

³⁸ NHOs kommentarer til Hovedavtalen 2014-2017, kommentar nr. 1 s. 28.

³⁹ LOs kommentarer til Hovedavtalen 2014-2017, s. 193.

5 Ansiennitetsprinsippets stilling etter gjeldende rett

5.1 Presentasjon

Spørsmålet i det følgende er hvilken stilling ansiennitetsprinsippet har etter gjeldende rett. Hovedfokuset vil ligge på tariffestet område, da spørreundersøkelser viser at over halvparten av arbeidstakerne i privat sektor var omfattet av en tariffavtale i 2016.⁴⁰ Punkt 5.3 vil imidlertid foreta en kort gjennomgang av rettspraksis utenfor tariffestet område.

Hovedavtalen § 8-2, samt tilsvarende bestemmelser i andre tariffavtaler⁴¹ slår fast at ansiennitetsprinsippet skal følges ved nedbemanning på tariffestet område, så fremt det ikke foreligger saklig grunn for å fravike prinsippet. Det er kun ansiennitet som eksplisitt nevnes som utvelgelseskriterium i bestemmelsen, noe som taler for at det skal være et tungtveiende hensyn i utvelgelsesprosessen. Hovedregelen er altså at ansiennitetsprinsippet er det ledende utvelgelseskriteriet, og det er naturlig å gå ut ifra at ansienniteten vil være avgjørende i de aller fleste nedbemanningssaker. Spørsmålet er imidlertid om ansiennitet tillegges like mye vekt av domstolene som ordlyden i Hovedavtalen § 8-2 og tilsvarende bestemmelser gir uttrykk for at det bør.

Det skal i den forbindelse foretas en analyse av flere dommer som omhandler ansiennitet og brytningen med andre utvelgelseskriterier i nedbemanningssaker. Underrettspraksis vil være særlig relevant her. Underrettspraksis har mindre rettskildemessig verdi, men da det foreligger lite høyesterettspraksis på området, vil underrettspraksisen gi en god pekepinn på hvordan rettstilstanden er i dag.

Ved strid om gyldigheten av en oppsigelse skal retten ta stilling til om oppsigelsen er saklig begrunnet etter aml. § 15-7. I saker hvor ansiennitetsprinsippet er tariffestet, må domstolene vurdere ikke bare om oppsigelsen er saklig etter aml. § 15-7, men også om oppsigelsen er saklig begrunnet sett opp mot ansiennitetsbestemmelsen. Tariffavtalenes forhold til de individuelle arbeidsavtalene er at de *normerer* arbeidsvilkårene, samt arbeidstakernes

⁴⁰ Resultater fra spørreundersøkelser, <http://www.arbeidslivet.no/Lonn/Fagorganisering/tariffavtaledekning/>, side sist besøkt 10.12.17.

⁴¹ Se eksempelvis Hovedavtale NHO/MBL og NJ 2014 – 2017 § 8-2, Hovedavtale LO – MEF 2014-2017 § 8-2 og Hovedavtale mellom Spekter og SAN § 36 2013-2016 (prolongert til 2017).

rettigheter og plikter på individuelt nivå. Ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 8-2 bygges på denne måten inn i den enkelte ansattes stillingsvern etter aml. § 15-7. Dermed etableres det restriksjoner på arbeidsgivers frihet til fritt å anvende utvelgelseskriterier, og en domstol må hensynta den overordnede plass som dette prinsippet har fått.

De momenter som analysen vil ta for seg er blant annet hvilke utvelgelseskriterier som har vært vurdert, og hvilke utvelgelseskriterier som har vært avgjørende. Til slutt vil det vurderes om resultatet synes å være i tråd med den antakelse at ansiennitetsprinsippet er det ledende utvelgelseskriteriet hvor dette er tariffestet.

5.2 Domstolenes vektlegging av ansiennitetsprinsippet på tariffestet område

5.2.1 Betydningen av kompetansevurderinger

Kompetanse er, som vist til under punkt 3.3, ett av utvelgelseskriteriene som kan være saklig å legge til grunn i en nedbemanningsprosess. Ansiennitet og kompetanse vil ofte kunne overlape hverandre, da en person som har jobbet lenge i en bedrift gjerne vil ha opparbeidet seg relativt høy kompetanse innenfor sitt arbeidsområde. Rettspraksis viser imidlertid at det i flere tilfeller har oppstått konflikter mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i forbindelse med vektlegging av kompetanse. Det er særlig to ting som har vært kilde til konflikt. Det ene er om arbeidsgiver har riktig oppfatning av arbeidstakerens kompetanse, og det andre er om ansiennitet burde veie opp for lavere/manglende kompetanse. Fremstillingen videre i dette punkt vil illustrere hvordan domstolene har valgt å løse disse konfliktene.

I RG-2011-113 gikk en person som var oppsagt fra redaksjonen i en nettavis til sak om gyldigheten av sin oppsigelse. Oppsigelsen ble gjort i forbindelse med en nedbemanningsprosess, hvor en kompetansevurdering ble brukt som det primære utvelgelseskriteriet. Virksomheten var bundet av Hovedavtalen mellom Norsk Journalistlag og Mediebedriftenes Landsforening, hvor avtalens § 9-12 tilsvarte dagens § 8-2 i Hovedavtalen LO-NHO. Virksomheten hadde vektlagt kompetanse og ansiennitet, i prioritert rekkefølge, som utvelgelseskriterier.

Lagmannsretten uttalte at bedriften hadde behov for å beholde rett kompetanse ut i fra et bedriftsøkonomisk perspektiv, samt at det var «*forholdsvis små forskjeller i ansiennitet, noe*

som tilsier en lavere terskel for å fravike ansiennitet ved utvelgelsen». Retten la til grunn at samtlige av de ansatte var godt kvalifiserte, og presiserte at det da måtte stilles «særlige krav til en betryggende og samvittighetsfull behandling dersom ansiennitetsprinsippet skal fravikes for andre enn nøkkelpersonell».

Retten uttalte også at selv om det eventuelt foreligger saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet, så kan man ikke uten videre se helt bort i fra ansiennitet til fordel for en ren kompetansevurdering. Utgangspunktet måtte etter rettens syn være at bedriften foretar en helhetsvurdering, hvor kompetanse kun er ett moment, i tillegg til blant annet ansiennitetshensyn og sosiale hensyn. Kompetansevurderingen inneholdt også, i all hovedsak, subjektive momenter, som etter lagmannsrettens syn var vanskelige å etterprøve. Retten uttalte i den forbindelse at «[d]ette var ekstra betenkelig når kompetansevurderingen alene var avgjørende for utvelgelsen». Konklusjonen ble at oppsigelsen måtte anses for å være ugyldig.

Uttalelsene i dommen taler for at dersom ansiennitetsprinsippet skal måtte vike for kompetansehensyn, så må det være foretatt en betryggende vurdering fra virksomhetens side. Dette er i tråd med ordlyden til ansiennitetsbestemmelsen i tariffavtalen, som forutsetter at avvik fra ansiennitet må være saklig begrunnet. Videre tyder uttalelsene fra retten på at ansiennitet alltid vil være relevant, og det vil anses for å være usaklig om en overhodet ikke tar ansiennitet i betraktning. I dommen vektlegges det at det i utgangspunktet forelå saklig grunn til å fravike ansiennitet, som følge av at bedriften var liten og opererte i et krevende marked. Dermed var det et større behov for å beholde kompetent personell. Denne begrunnelsen anses altså å være i tråd med ordlyden i tariffavtalen.

Hålogaland lagmannsrett kom til samme resultat i LH-2002-652, og konkluderte med at fravikelse fra ansiennitetsbestemmelsen i tariffavtalen som virksomheten var bundet av var usaklig. Retten uttalte i den forbindelse at

«ansienniteten bare kunne fravikes dersom det forelå saklige grunner for det. Avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov, jf. Rt-1986-879, men flertallet legger til grunn at arbeidsgiver må foreta en grundig vurdering av hver ansatt når det skal velges blant mange ansatte».

I likhet med dommen inntatt i RG-2011-113, kom retten til at kompetansevurderingen som var foretatt var for mangelfull. Rettspraksis taler dermed for at mangelfulle kompetansevurderinger, i saker hvor det er usikkerhet rundt kompetanseforskjellene mellom de ansatte, ikke vil kunne utgjøre saklig grunn til å fravike ansiennitetsbestemmelser.

I TOSLO-2014-207326 kom Oslo Tingrett til at en oppsigelse, hvor kompetanse var det avgjørende utvelgelseskriteriet, var ugyldig. Virksomheten var bundet av tariffavtale som inneholdt en ansiennitetsbestemmelse tilsvarende Hovedavtalen § 8-2. Retten kom, for det første, til at det utgjorde usaklig forskjellsbehandling at kun 51 av 124 arbeidstakere ble vurdert opp mot utvelgelseskriteriene som var fastsatt. De øvrige 73 arbeidstakerne var ansatte bedriften mente uten videre kunne fortsette, uten å avveies mot andre. Flertallet kom derfor til at utvalgskreten var for snever. Videre ble det uttalt at

«[r]ettens flertall finner det videre sannsynliggjort at ansiennitet ikke var et likeverdig kriterium i utvelgelsesprosessen. Ansiennitet ble nedgradert til å veie mindre enn kvalifikasjoner. Videre ble kvalifikasjoner tilnærmet ensidig prioritert fra NMDs side. Rettens flertall mener ansiennitet i praksis ble satt til side slik NMD la opp sin prosess for utvelgelse. Dette mener rettens flertall er i strid med Hovedavtalen § 36 første ledd. Flertallet mener den vektingen som ble gjort på bekostning av ansiennitet, var usaklig».

Flertallets uttalelser støtter den presumsjon at ansiennitetsprinsippet står sterkt som utvelgelseskriterium på tariffestet område.

I dom fra Borgarting lagmannsrett, LB-2013-183150, var det spørsmål om gyldigheten av oppsigelse fra stilling som produksjonsmedarbeider. Oppsigelsen var begrunnet i driftsinnskrenkninger i bedriften. Den oppsagte, som var ufaglært, hadde kort ansiennitet. Samtidig med oppsigelsen ble det leid inn medarbeidere med fagkompetanse, i tillegg til at det ble tilsatt to personer med fagkompetanse. Lagmannsretten fant at oppsigelsen var saklig begrunnet, og således gyldig.

I vurderingen av oppsigelsens gyldighet slutter lagmannsretten seg til tingrettens vurdering, hvor flertallet uttalte at

«[d]et var saklig begrunnet å beholde disse to innleide som hadde en kompetanse bedriften hadde vært på jakt etter en stund til erstatning for B og C framfor å beholde A i en situasjon der behovet for ufaglært arbeidskraft var redusert [...]. Av samme

grunn var det heller ikke usaklig å ansette L og M som var klart bedre kvalifisert enn A. Gitt en situasjon der bedriften var nødt til å redusere kostnader og derfor nedbemanne, er det på det rene at ansiennitetsprinsippet kun gjelder under ellers like vilkår. Det er riktig at samtlige nyansatte har kortere ansiennitet enn A, men det dreier seg bare om minimale forskjeller uten betydning og under enhver omstendighet var nyansettelsene saklig begrunnet i deres klart bedre kompetanse som bedriften hadde behov for».

I likhet med de ovennevnte dommene veier lagmannsretten hensynet til ansiennitet opp mot hensynet til kompetanse, men konkluderer med at hensynet til kompetanse her må få gjennomslag. Det var av avgjørende betydning at det var snakk om små ansiennitetsforskjeller, noe som også ble trukket frem i RG-2011-113, samt at den oppsagte ikke hadde den nødvendige kompetanse. Bedriften var i en svært krevende økonomisk situasjon, noe domstolen påpeker at kan legitimere at kompetansehensyn vektlegges mer enn ansiennitetshensyn.

Kompetanse synes altså å ha en svært sterk posisjon i nedbemanningsprosesser, også på områder hvor det foreligger et tariffestet ansiennitetsprinsipp. Domstolene har godtatt at kompetansehensyn vil kunne utkonkurrere ansiennitet, såfremt kompetansevurderingen er forsvarlig. Et unntak fremgår imidlertid av dom fra Agder lagmannsrett, LA-2016-171472, hvor lagmannsretten ikke godtok fravikelse av ansiennitetsprinsippet med den begrunnelse fra arbeidsgiver at en annen arbeidstaker hadde bedre formelle kvalifikasjoner. Domstolen la avgjørende vekt på at stillingen ikke krevde høyere kompetanse enn den kompetansen som arbeidstakeren med lengst ansiennitet hadde, og det forelå da ikke tilstrekkelig saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet.

I dom fra Frostating lagmannsrett, RG-1990-1098, var spørsmålet om seks av i alt 21 oppsigelser var usaklige, som følge av at ansiennitetsprinsippet var fraveket ved utvelgelsen av hvem som skulle sies opp. Retten kom til at to av de som fikk beholde jobben, til tross for lav ansiennitet, hadde så vesentlig god kompetanse at fravik fra ansienniteten ble godtatt i deres tilfelle. For de fire øvrige kom retten til at det ikke var saklig å fravike ansiennitetsprinsippet, som følge av at de hadde enkle oppgaver som krevde kort opplæring. Retten konkluderte dermed med at fire av oppsigelsene var ugyldige, mens de to siste var gyldige.

I dommen trekker retten inn opplæringstid, et annet moment som har vist seg å ha betydning ved vurderingen av om ansiennitetsprinsippet skal få gjennomslag overfor kompetansehensyn. Dommene i neste punkt vil illustrere betydningen av opplæringstid ved vurderingen av hvilket utvelgelseskriterium som skal bli det avgjørende.

5.2.2 Betydningen av lang ansiennitet og opplæringstid

Betydningen av kompetanse ble illustrert i punkt 5.2.1. I dommene som skal presenteres videre var det ikke uenighet om at arbeidstakerne manglet den nødvendige kompetanse. Spørsmålet var imidlertid om virksomhetene måtte godta en viss opplæringstid av ansatte med lengre ansiennitet, noe som igjen kan gi en pekepinn på hvor sterkt ansiennitetsprinsippet vektlegges av domstolene.

I dom fra Bergen tingrett, TBERG-2016-73351, hadde arbeidsgiver valgt å beholde en arbeidstaker med 5 års ansiennitet, og sagt opp en arbeidstaker med 26 års ansiennitet. Det blir lagt til grunn i dommen at det var klare kompetanseforskjeller, men at bedriften måtte godta en opplæringstid på omtrent 6 måneder av en arbeidstaker med 26 års ansiennitet. Det var den store ansiennitetsforskjellen som var det avgjørende her, samt at opplæringstiden ikke var en *«uproduktiv tid, siden A under opplæring i stadig økende grad vil utføre arbeid som er fakturerbart overfor kunde»*.

Likeledes konkluderte retten i dom fra Gjøvik tingrett, TGJOV-2013-197060, med at bedriften måtte godta opplæringstid på opptil 6 måneder av personer med mellom 14 og 17 års ansiennitet. Bedriftens økonomiske situasjon berettiget nedbemanning, men retten så ikke at situasjonen var kritisk med tanke på bedriftens overlevelse på kort sikt. Retten uttaler blant annet at det følger av ansiennitetsprinsippet

«at utgangspunktet er at de ansatte har rett til å bli vurdert for stillinger i andre deler av virksomheten som innehas av ansatte med lavere ansiennitet. Det vil i de fleste tilfeller innebære et visst produktivitetstap om ansatte blir overflyttet til nye arbeidsoppgaver, Arbeidsgiver må i samsvar med ansiennitetsprinsippet akseptere en viss opplæringstid for at ansatte skal kunne tilegne seg nye oppgaver».

Uttalelsene fra domstolene i de to ovennevnte dommene trekker i den retning at virksomheten må tåle en viss opplæringsperiode av arbeidstakere dersom ansienniteten er lang. På den måten vil ansiennitetsprinsippets sterke posisjon etter tariffavtalen ivaretas, og

kompetanseforskjellene utjevnes. Domstolene har lagt til grunn at en opplæringstid på rundt 6 måneder må aksepteres. Denne praksisen er imidlertid ikke konsistent, og det er uklart hvordan rettstilstanden på området faktisk er, noe neste dom vil illustrere.

I dom fra Drammen byrett, RG-1992-1167, kom retten til at en opplæringstid på 6 måneder ville være for lang, til tross for at arbeidstakeren hadde mer enn 12 års ansiennitet i bedriften og var 58 år gammel. Dommen er over tjue år eldre enn 2013- og 2016-dommene, og en naturlig forklaring på de ulike resultatene kan være at det har skjedd en rettsutvikling på området, hvor lang ansiennitet nå har fått større betydning. Et argument mot denne forklaringen er imidlertid det resultat som lagmannsretten kom til i neste dom fra 2010.

I dom fra Eidsivating lagmannsrett, LE-2010-10549⁴², hadde den ene arbeidstakeren 13 års ansiennitet. Fravikelse av ansiennitetsprinsippet ble likevel godtatt til fordel for kompetanse, og retten uttalte at i den «*prosessen som bedriften befant seg i, kan ikke lagmannsretten se at det kunne stilles noen krav om at bedriften skulle iverksette opplæringstiltak for å øke Bs kompetanse*». Det fremgår ikke av dommen hvor lang tid en eventuell opplæringsperiode ville utgjort.

5.2.3 Betydningen av sosiale hensyn

Fremstillingen har til nå vist til eksempler fra rettspraksis hvor hovedfokuset har vært på brytningen mellom utvelgelseskriteriene ansiennitet og kompetanse. Det finnes imidlertid også noe rettspraksis som tar for seg brytningen mellom ansiennitet og sosiale hensyn på tariffestet område.

I dom fra Agder lagmannsrett, LA-1999-806⁴³, var et av spørsmålene om arbeidstakerens høye alder, og det faktum at han ved oppsigelsen mistet pensjonsrettigheter, utgjorde saklig grunn til å fravike ansiennitetsbestemmelsen i daværende Hovedavtale § 9-12. Arbeidstakeren var en av 19 personer som ble vurdert som overtallige, og utvelgelsen skjedde i tråd med ansiennitetsprinsippet. Retten kom til at de hensyn arbeidstakeren påberopte seg ikke var av en slik karakter at ansiennitetsprinsippet kunne fravikes, og konkluderte med at oppsigelsen var saklig begrunnet.

⁴² Anke til Høyesterett ble nektet fremmet, jf. HR-2011-140-U.

⁴³ Anke til Høyesterett ble nektet fremmet, jf. HR-2000-415.

Resultatet i dommen taler for at sosiale hensyn, herunder høy alder kombinert med kort ansiennitet, har en svakere stilling enn ansiennitetsprinsippet etter Hovedavtalen. Dette er i tråd med ordlyden til blant annet Hovedavtalen LO-NHO § 8-2, som angir ansiennitet som det overordnede utvelgelseskriteriet. En kan imidlertid ikke legge dette ubetinget til grunn.

Oslo tingrett godtok nemlig i TOSLO-2014-183514 fravikelse av tariffbestemmelse om ansiennitet til fordel for sosiale hensyn. Arbeidsgiver hadde lagt større vekt på sosiale hensyn, herunder høy alder og geografiske hensyn, enn ansienniteten. Retten viste i den forbindelse til at det uansett ikke var snakk om lang ansiennitet eller store ansiennitetsforskjeller i saken.

Det finnes også eksempler fra rettspraksis som tar for seg brytningen mellom ansiennitet, sosiale hensyn og kompetanse. Til illustrasjon kan nevnes dom fra Borgarting lagmannsrett, LB-2005-42380, hvor det var spørsmål om oppsigelsene var i strid med en ansiennitetsbestemmelse tilsvarende Hovedavtalen LO-NHO § 8-2. For tre av de ansatte hadde virksomheten fraveket ansiennitetsrekkefølgen til fordel for vektlegging av kompetanse. Retten kom til at det for to av arbeidstakerne var saklig å fravike ansienniteten på grunnlag av kompetansehensyn. Overfor den siste arbeidstakeren ble oppsigelsen ikke ansett for å være saklig da han, i tillegg til å ha lang ansiennitet, også hadde forsørgelsesbyrde for mindreårige barn og ville slite med å finne nytt arbeid.

Avgjørelsen trekker i retning av at sosiale hensyn kombinert med høy ansiennitet vil kunne veie tyngre enn kompetansehensyn i tilfeller hvor ansiennitetsbestemmelse er nedfelt i tariffavtale. Dette er i tråd med den sterke posisjonen ordlyden i Hovedavtalen § 8-2 og tilsvarende bestemmelser tillegger ansiennitetsprinsippet.

5.2.4 Betydningen av personlig egnethet

Utvelgelseskriteriet personlig egnethet har vært nevnt en del i rettspraksis, men har sjeldent kommet på spissen.⁴⁴ Det ble imidlertid avsagt en dom med dissens i Agder lagmannsrett den 23.11.17 med saksnummer 16-111225ASD-ALAG⁴⁵, hvor dette kriteriet var av avgjørende betydning. Tre arbeidstakere gikk til sak, med den begrunnelse at ansiennitetsprinsippet var

⁴⁴ Se blant annet LE-2010-10549 og TOSLO-2014-183514. Se også LG-2015-71637, hvor retten la avgjørende vekt på kompetanse, men i vurderingen også trakk inn momenter som relaterer seg til egnethet. Blant annet uttaler retten at «[u]nder henvisning til forannevnte vitneforklaringer legger lagmannsretten til grunn som bevist at A over lang tid ikke har vist vilje eller evne til å fylle de kravene som med rimelighet kan stilles til innehaver av slike miljøfagarbeiderstillinger i videregående skoler».

⁴⁵ Dommen er foreløpig upublisert per 27.11.17.

blitt fraveket i nedbemanningsprosessen. Den ene arbeidstakeren ble vurdert overtallig foran 68 arbeidstakere med kortere ansiennitet, hvorav 22 hadde minst 3 år kortere tjenestetid. For den andre arbeidstakeren var forholdet 38 arbeidstakere, hvorav 17 med tjenestetid under 3 år. For den tredje arbeidstakeren var forholdet 33 arbeidstakere, hvorav 17 med tjenestetid under 3 år.

Vedrørende ansiennitetsprinsippet ble det uttalt at «[f]lertallet legger etter bevisførselen til grunn at utvelgelsen skjedde med utgangspunkt i ansiennitet. [...] Flertallet finner det ikke tvilsomt at arbeidsgiver kunne ta hensyn til forskjeller i de ansattes kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov».

Flertallet i lagmannsretten kom, i likhet med tingretten, til at oppsigelsene var saklig begrunnet. Hva gjaldt den formelle kompetansen til de oppsagte uttalte flertallet at «[d]et er etter bevisførselen ikke dokumentert at ankende parters fagkompetanse gir grunnlag for gyldig oppsigelse. Selv om ingen av dem innehar spisskompetanse, finnes det ikke godtgjort at det er slike begrensninger i den enkeltes faglige nivå som gir saklig grunn til ansiennitetsfravik». Det ble imidlertid lagt avgjørende vekt på arbeidstakernes manglende egnethet, som retten anså som «en del av kvalifikasjonsvurderingen, og et relevant utvelgelseskriterium».⁴⁶

Ansiennitetsprinsippet ble, som følge av det ovennevnte, helt tilsidesatt til fordel for en ren egnethetsvurdering. Det er uvisst hvorvidt dommen vil bli forsøkt anket til Høyesterett.

5.2.5 Funn

De tendenser som kan sees ut i fra dommene RG-2011-113, LB-2013-183150 og LE-2010-10549, er at det vil kunne være saklig å fravike ansiennitet til fordel for kompetanse. Imidlertid taler resultatene i TBERG-2016-73351 og TGJOV-2013-197060 for at dersom ansienniteten er lang, så har arbeidstakerne et atskillig sterkere oppsigelsesvern. Det legges også vekt på at det må aksepteres en viss opplæringsperiode av de med lengst ansiennitet. Dette er i tråd med presumsjonen om at ansiennitetsprinsippet har særlig tyngde hvor dette er tariffbestemt.

⁴⁶ Se dommens side 12.

Mot det ovennevnte kan det innvendes at retten kom til motsatt resultat i dommene RG-1992-1167 og LE-2010-10549. Begrunnelsen for at opplæring ikke var aktuelt, var at virksomheten ikke hadde tid til kompetanseheving/opplæring av ansatte med lengst ansiennitet, da de måtte fokusere på å forsøke å få bedriften på riktig kjøll på kort tid. Dette gjøres enklest ved å beholde arbeidstakere som kan håndtere de arbeidsoppgaver de har. I de tilfeller hvor retten har kommet til at det måtte foretas opplæring av ansatte med lengst ansiennitet, har det blitt vist til at opplæringstiden kun er på rundt 6 måneder. Dette kan tale for at dersom opplæringstiden overstiger ca. 6 måneder, vil ansiennitetsprinsippet kunne måtte vike for kompetanse. Dette kan svekke den sterke posisjonen ansiennitet har etter ordlyden i Hovedavtalen § 8-2 og tilsvarende bestemmelser.

Uttalelsene fra domstolene taler imidlertid for at ansiennitet ennå har en sterk posisjon på tariffestet område. Kompetanse har vært det avgjørende utvelgelseskriteriet i flere av sakene, men dette synes å være skjedd etter en samvittighetsfull vurdering opp mot saklighetsvilkåret i ansiennitetsbestemmelsene. Det skal bemerkes at retten i flere av dommene har kjent oppsigelser ugyldige hvor kompetanse har vært det avgjørende utvelgelseskriteriet fra arbeidsgivers side. Dette betyr imidlertid ikke at ansiennitet ville fått gjennomslag uansett, da domstolene i flere av sakene har kommet til at kompetansevurderingene har vært for dårlige. Hadde kompetansevurderingene vært gode nok, er det mulig at domstolene hadde godtatt oppsigelsene.

Rettspraksis er til dels motstridende hva gjelder brytningen mellom sosiale hensyn og ansiennitet. Det er imidlertid viktig å bemerke at det vil variere fra sak til sak hvor sterke sosiale hensyn som gjør seg gjeldende. Dermed må det vurderes konkret hvorvidt ansiennitet skal fravikes eller ikke. Da det foreligger lite rettspraksis på området, er det vanskelig å på generelt grunnlag si noe konkret om sosiale hensyns betydning i forhold til ansiennitet.

5.3 Domstolenes vektlegging av ansiennitetsprinsippet utenfor tariffestet område

5.3.1 Presentasjon

Avhandlingen har i punktene ovenfor tatt for seg ansiennitetsprinsippet stilling etter gjeldende rett på tariffestet område. Et interessant spørsmål er imidlertid om tariffavtalenes

ansiennitetsbestemmelser gir et bedre eller svakere stillingsvern for arbeidstakerne enn utenfor tariffestet område. For å kunne svare på dette spørsmålet må det foretas en sammenligning med gjeldende rett utenfor tariffestet område. Fremstillingen vil derfor i det følgende kort behandle noen sentrale dommer som omhandler ansiennitet utenfor tariffestet område.

5.3.2 Gjeldende rett

En viktig dom på området er Rt. 1986 s. 879. Fire personer var blitt oppsagt i forbindelse med en nedbemanningsprosess, og de bestred oppsigelsenes gyldighet. Uenigheten gjaldt hvilke hensyn som kunne tas ved valget av arbeidstakere som bedriften ville beholde. Bedriften var ikke bundet av tariffavtale. Høyesterett kom til at oppsigelsene var gyldige.

I dommen uttaler Høyesterett at *«[d]et er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov»*. Retten la til grunn at bedriften var i *«en alvorlig situasjon hvor effektivitetshensyn gjorde seg gjeldende med stor styrke»*. Videre listes opp de hensyn som vil kunne vektlegges i en utvelgelsesprosess, herunder *«kvalifikasjoner, alder, ansiennitet og også klare sosiale eller menneskelige hensyn»*.

Det fremgår av dommen at virksomheten hadde vektlagt kompetanse og sosiale hensyn mer enn de hadde vektlagt ansiennitet. De oppsagte arbeidstakerne hadde på sin side anført at det var seks personer som skulle vært oppsagt før dem med tanke på ansiennitet. I tillegg kunne de, etter noe opplæring, overtatt arbeidsoppgavene som de seks personene etterlot seg. Høyesterett uttalte i den forbindelse at arbeidstakerne for det første ikke hadde særlig lang ansiennitet, og at det forelå små ansiennitetsforskjeller mellom de aktuelle arbeidstakerne. Retten la særlig vekt på at det forelå sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingens ulike oppgaver, da med tanke på den prekære økonomiske situasjonen til bedriften. Dette var samme begrunnelse lagmannsretten gav i LE-2010-10549, som er nevnt under punkt 5.2.2.

I dom fra Gulating lagmannsrett, LG-2000-207, var det spørsmål om gyldigheten av oppsigelse etter tidligere arbeidsmiljølov § 60, nr. 2. Bedriften var ikke bundet av tariffavtale, de hadde imidlertid utarbeidet utvelgelseskriterier i samarbeid med Norges Funksjonærforbund (i dag fagforbundet Negotia). Retten vurderte om bedriftens valg av hvem

som måtte gå, var tilstrekkelig saklig begrunnet. Arbeidstakeren som ble sagt opp hadde ansiennitet i bedriften fra 1985. En ansatt med tilsvarende utdanning som den oppsagte, men med ansiennitet fra 1998, fikk fortsette i stillingen. Bedriften fikk ikke medhold i at det i dette tilfellet var grunnlag for å fravike ansiennitetsprinsippet.

Retten uttaler i dommen at «ansiennitet er et målbart uttrykk for kvalifikasjoner», og at

«[d]e hensyn som anføres for å fravike ansiennitetsprinsippet, må være mer tungtveiende jo klarere ansiennitetsforskjellen er, jf Fanebust s. 184. Som hovedregel må ansiennitetshensynet vike dersom dette er nødvendig for at bedriften skal kunne beholde arbeidstakere som har kortere ansiennitet, men som har klart bedre kvalifikasjoner».

Arbeidstakerne hadde samme formelle kvalifikasjoner, og retten konkluderte med at ansiennitet da skal tillegges mer vekt. Dette var også tilfellet i LA-2016-171472, som ble nevnt under punkt 5.2.1.

I dom fra Nordre Sunnmøre herredsrett, RG-1992-669, ble oppsigelsen av en arbeidstaker kjent ugyldig fordi han ut fra ansiennitetshensyn burde vært tilbudt en lavere lønnet selgerstilling. Virksomheten hadde heller ikke innhentet nødvendige opplysninger for en forsvarlig vurdering av hvilken arbeidstaker som ble hardest rammet av en oppsigelse. Retten viste til at det er flere momenter som må inngå i saklighetsvurderingen, herunder kompetanse, alder, ansiennitet og sosiale hensyn. Videre uttalte den at

«[r]etten ser det slik at ansiennitet er så innarbeidet i praksis at dette momentet skal tillegges vekt selv om man ikke er bundet av Hovedavtalen, annen avtale eller fast innarbeidet praksis i bedriften til å bygge på ansiennitetsprinsippet under ellers like vilkår. En annen ting er at jo kortere ansiennitet man har jo mindre vekt vil ansiennitetsprinsippet ha».

Retten la til grunn at den oppsagte, på grunn av sin bedre ansiennitet, utdanning og erfaring, utmerket ville kunne fylle stillingen til en av de ansatte med kortere ansiennitet. Dette illustrerer hvordan ansiennitet og kompetanse i noen tilfeller overlapper hverandre, noe retten også trakk frem i RG-1992-669.

Det finnes også eksempler fra rettspraksis hvor det har vært spørsmål om arbeidstakerens personlig egnethet berettiger til fravikelse av ansiennitetsprinsippet i en

nedbemanningsprosess. I RG-2001-1276⁴⁷ ble en 56 år gammel ansatt med 12 års ansiennitet og god kompetanse innen fagfeltet sagt opp, hvor begrunnelsen var manglende samarbeidsevner og lojalitet. Utvelgelseskriteriene som var lagt til grunn var kompetanse, markedsinngrep, egnethet og deretter ansiennitet. I den forbindelse uttalte flertallet i Frostating lagmannsrett at

«[f]lertallet forstår disse kriteriene slik at ansienniteten først skulle være avgjørende mellom arbeidstakere som stod noenlunde likt ved en samlet vurdering etter de øvrige tre kriterier» og at «[f]lertallet finner å kunne legge til grunn at utvelgelseskriteriene var saklige, herunder at kriteriet egnethet, slik det er forstått av flertallet, er et kriterium med vesentlig relevans ved en omorganisering i en vanskelig markedssituasjon».

Flertallet konkluderte med at fravikelse av ansienniteten var saklig, og at oppsigelsen av arbeidstakeren på bakgrunn av hans manglende egnethet var gyldig. Dette er samme resultat som lagmannsretten kom til i 16-111225ASD-ALAG, som er nevnt under punkt 5.2.4.

5.3.3 Funn

De ovennevnte dommene kan tas til inntekt for at ansiennitet også utenfor tariffestet område ofte vil være det avgjørende utvelgelseskriteriet. Dersom ansienniteten er kort og ansiennitetsforskjellene små, er terskelen for å fravike ansiennitetsprinsippet tilsynelatende lav. Dette er samme funn som er vist til i punkt 5.2.4, som gjaldt tariffestet område.⁴⁸ Rettspraksis trekker dermed i retning av at det i praksis ikke er noen forskjell på hvor mye vekt ansiennitet tillegges av domstolene, uavhengig av om det er på tariffestet område eller ikke. Dommen inntatt i RG-1992-669 illustrerer dessuten at det i mange tilfeller er en sammenheng mellom ansiennitet og kompetanse.

⁴⁷ Anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. RG-2001-1276.

⁴⁸ Lasse Gommerud Våg fremmer samme synspunkt i sin avhandling, se *Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler*, arbeidsrett vol 12 nr. 1 2015, s. 81.

5.4 Gir tariffavtalenes ansiennitetsbestemmelser et sterkere eller svakere stillingsvern enn utenfor tariffestet område?

Analysen av de ovennevnte dommene viser etter mitt syn at ansiennitet står sterkt som et overordnet utvelgelseskriterium ved oppsigelser på grunn av nedbemanning. Kravet om saklig grunn for å fravike ansiennitetsprinsippet etterleves av domstolene, og fravik begrunnes i stor grad på en grundig måte.

Dommene taler videre for at kompetanse er et relevant hensyn for å fravike ansiennitet. Et viktig moment retten ofte har vektlagt er at det skal være påvist klare kompetanseforskjeller for at ansiennitetsprinsippet skal kunne fravikes. Eventuelle kompetansevurderinger må være foretatt på en betryggende og samvittighetsfull måte dersom det skal kunne utgjøre et saklig hensyn for å fravike ansiennitet.

Det fremkommer imidlertid også av noen av dommene at opplæring i kombinasjon med ansiennitet kan erstatte kompetanse. En forutsetning som kan trekkes ut fra dommene er at opplæringen ikke tar for lang tid (ca. 6 måneder synes å være godtatt), og at bedriften ikke vil stå i fare for nedleggelse som følge av lavere produktivitet i opplæringsperioden.

Dommene 16-111225ASD-ALAG og RG-2001-1276 tar for seg utvelgelseskriteriet egnethet, hvor kriteriet i alle fall i førstnevnte dom inngår som en del av kompetansevurderingen. I begge sakene, som henholdsvis var på tariffestet og utenfor tariffestet område, måtte ansienniteten vike på grunn av manglende egnethet. Dette kan tale for en svekket posisjon for ansiennitetsprinsippet. Utvelgelseskriteriet har imidlertid vært lite behandlet i rettspraksis, og det er uvisst om førstnevnte dom vil bli forsøkt anket til Høyesterett. Rettstilstanden på dette området må derfor sies å være delvis uavklart.

Det ser ut til å være liten forskjell på vektleggingen av ansiennitet i og utenfor tariffavtalt område. Hensynet til ansiennitet har dermed generelt en sterk posisjon ved oppsigelser på grunn av nedbemanning. Dette kan tyde på at kravet til å prioritere ansiennitet, og at fravikelse krever saklig grunn, i dag er en del av saklighetskravet i § 15-7 – altså en rettsregel i rettskildemessig forstand. Stillingsvernet ser dermed ut til å være det samme, uavhengig av om en er på tariffestet område eller ei.

6 Avsluttende betraktninger

6.1 Har Hovedavtalens parter overlatt for mye av tolkningen til domstolene?

I det kollektive arbeidsrettssystemet har partene tolkningsmonopol på avtalene dem imellom, så lenge det er innenfor arbeidsmiljølovens fravikelige rammer. Ved Hovedavtalen mellom LO og NHO, er det LO og NHO som er avtalens parter. Dette vil si at tillitsvalgte og arbeidsgiver ikke kan inngå lokale avtaler om utvelgelseskriterier som vil avskjære ansiennitetsprinsippet som er nedfelt i Hovedavtalen. Det er imidlertid adgang for de lokale partene å blant annet inngå avtaler om *«hvilke momenter som bør inngå i en konkret vurdering av om det er saklig grunn til å fravike ansiennitet»*.⁴⁹

Hovedavtalens § 8-2 andre ledd slår fast at dersom arbeidsgiver har funnet grunn til å fravike ansienniteten, og de tillitsvalgte er uenige i dette, kan spørsmålet bringes inn til forhandlinger mellom organisasjonene. Det ligger altså en mekanisme i Hovedavtalens § 8-2 andre ledd for å få avklart forståelsen av første ledd mellom avtalepartene, uten av denne synes å ha vært brukt i noen særlig grad i den nevnte rettspraksis i kapittel 5.

Det fremgår av punkt 4.2.2 i fremstillingen at NHO og LO ikke er enige om hvordan Hovedavtalens § 8-2 skal forstås og praktiseres. Tvert imot oppfordrer de partene i den enkelte bedrift til å bli enige om hvilke prinsipper som skal brukes ved utvelgelsen.⁵⁰ Når det ikke foreligger enighet vil saken ofte havne hos domstolene. LO uttaler i sine kommentarer til Hovedavtalen § 8-2 at

«Domstolene kan prøve om begrunnelsen er holdbar - både om den faktiske begrunnelsen er riktig - og om begrunnelsen har tilstrekkelig styrke i forhold til saklighetskravet. Domstolene kan selvsagt også prøve om begrunnelsen er av saklig art».⁵¹

Sett i lys av tolkningsmonopolet er det et paradoks at dette i praksis medfører at organisasjonene i stor grad overlater til domstolene å vurdere hvordan Hovedavtalens bestemmelser skal forstås. En kan dermed stille seg spørsmålet om Hovedavtalens parter har

⁴⁹ Se LOs kommentarer til Hovedavtalen 2014-2017, kommentar til § 8-2, side 195.

⁵⁰ Se NHOs kommentarer til Hovedavtalen 2014-2017, kommentar nr. 1 s. 28 og LOs kommentarer til Hovedavtalen 2014-2017, s. 195.

⁵¹ Se LOs kommentarer til Hovedavtalen 2014-2017, kommentar til § 8-2, side 194.

overlatt for mye av tolkningen av avtalen til domstolene. Dette temaet ligger imidlertid utenfor kjerneområdet for denne avhandlingen, og har derfor ikke blitt behandlet.

6.2 I hvilken grad bør ansiennitet vektlegges i nedbemanningsprosessen?

Avhandlingens kapittel 5 har vist at ansiennitet står sterkt som et overordnet utvelgelseskriterium ved oppsigelser på grunn av nedbemanning. Spørsmålet er i hvilken grad ansiennitetsprinsippet faktisk *bør* vektlegges i en nedbemanningsprosess.

De momenter som taler særlig for at ansiennitet bør vektlegges i stor grad, er blant annet at ansiennitet er et objektivt kriterium som vil virke rettfærdig overfor arbeidstakerne. Dette fører til stabilitet på arbeidsplassen, og en vil kunne unngå konflikter og uro blant de ansatte. En unngår også at «trynefaktoren» vektlegges, noe en risikerer dersom det godtas at det legges avgjørende vekt på subjektive kompetansevurderinger utført av ledelsen.

Vektlegging av ansiennitet vil dessuten kunne være lønnsomt for bedriften. En arbeidstaker vil kanskje føle mindre lojalitet til bedriften dersom han ikke har et særlig stillingsvern, til tross for at han har vært lojal og jobbet i bedriften i mange år. Dette kan i ytterste konsekvens føre til mindre produktivitet fra de ansatte, og følgelig minske lønnsomheten til virksomheten. Hensynet til vern mot vilkårlighet og hensynet til vern av etablerte posisjoner taler dermed for at ansiennitet bør tillegges betydelig vekt i en nedbemanningsprosess.

På den annen side er det også noen momenter som taler imot at ansiennitetsprinsippet skal ha en overordnet posisjon blant utvelgelseskriteriene. I dag ser det helt annerledes ut i mange bransjer enn det gjorde tidligere. Tidligere var det mer arbeid for ufaglært arbeidskraft, og kravet til særlig kompetanse var nok ganske lavt. I dagens fabrikker er det meste overtatt av maskiner. Den teknologiske utviklingen har medført at mange eldre arbeidstakere ikke innehar den nødvendige kompetanse virksomheten behøver for å kunne videreutvikle driften. Her taler bedriftsøkonomiske hensyn for at bedriftens behov for utvikling bør komme først. Problemet på et samfunnsmessig plan er at man da gjerne står igjen med mange eldre arbeidstakere uten mulighet for ny jobb, noe som igjen kan føre til at mange vil være avhengig av økonomisk støtte fra staten.

Rettspraksis viser at behovet for høy og riktig kompetanse er svært viktig for virksomhetene, og at dette som oftest vil utkonkurrere ansiennitet dersom det er foretatt en grundig kompetansevurdering. Det kan da virke kunstig å ha bestemmelser som tillegger ansiennitet så mye vekt, når realiteten kanskje er at hensynet til kompetanse nærmest står like sterkt.

6.3 Vil ansiennitetsbestemmelser kunne stride mot aml. § 15-7?

En kan også stille seg spørsmålet om en streng tolkning av ansiennitetsbestemmelser vil kunne stride mot bestemmelsen i aml. § 15-7. Bestemmelsen i § 15-7 er ufravikelig, også for tariffavtaler. Rettspraksis viser at både ansiennitet, kompetanse og sosiale hensyn vil inngå i den individuelle saklighetsvurderingen som bestemmelsen oppstiller.

Rettspraksis taler videre i retning av at det vil være usaklig etter § 15-7 å si opp en ansatt med spesielt høy kompetanse, selv om han har lav ansiennitet. Den ansatte har dermed et særlig individuelt stillingsvern etter arbeidsmiljøloven. Dersom ansiennitetsbestemmelser tolkes slik at høy ansiennitet alltid vil få fortrinn overfor kompetanse, vil dette i praksis kunne stride mot det individuelle stillingsvernet etter § 15-7.

Høyesterett har imidlertid godtatt tariffbestemmelser som oppstiller såkalte «skjerpede ansiennitetsprinsipp», se blant annet Rt. 1996 s. 1401 på side 1406. Hensynet til rettferdighet og stabilitet i arbeidslivet, kombinert med samfunnsmessige hensyn taler for at det er saklig etter aml. § 15-7 å ha et tungtveiende ansiennitetsprinsipp. Mitt syn er imidlertid at det ikke er helt klart at et skjerpet ansiennitetsprinsipp ikke vil stride mot aml. § 15-7.⁵² Dette temaet er for omfattende til at avhandlingen kan behandle det grundig, det er imidlertid et interessant tema som bør belyses ytterligere.

⁵² Se Lasse Gommerud Våg, *Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler*, arbeidsrett vol 12 nr. 1 2015, s. 65. Gommerud Våg uttaler her at «Som nevnt ovenfor kan en utvelgelse kun basert på ansiennitet være for snever etter lovens saklighetskrav». Han foretok en grundig drøftelse av om et ubetinget ansiennitetsprinsipp vil være i strid med aml. § 15-7 på artikkelens s. 61 flg., og en tilsvarende drøftelse bør etter mitt syn foretas i forbindelse med skjerpede ansiennitetsbestemmelser.

Kilder

Litteratur

Andersen, Kristen, *Fra Arbeidslivets Rett*, Johan Grudt Tanum Forlag, 1967.

Benson, Thomas, *Arbeidsrettsboka*, Fagbokforlaget, 2. utgave 2014.

Berg, Pål, *Arbeidsrett*, Olaf Norlis Forlag, 1930.

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

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

Fougner, Jan, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, Trond Erik Solheim, Tron Sundet, Johan Øydegard og Eli Aasheim, *Omstilling og nedbemanning*, Universitetsforlaget, 2. utgave 2011.

Friberg, Odd, *Arbeidervernloven, kommentarer av Odd Friberg*, Olaf Norlis Forlag, 7. utgave, 1973.

Gommerud Våg, Lasse, *Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler*, arbeidsrett vol 12 nr 1 2015.

Jakhelln, Henning, *Arbeidsrettslige studier II*, Universitetsforlaget, 2000.

Næss Skjønberg, Alexander og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett*, Gyldendal forlag, 1. utgave, 5. opplag 2017.

Nettsider

Statistikk og uttalelser vedrørende antall arbeidsrettssaker mellom 2011 og 2015,
<http://www.juristkontakt.no/i/2016/5/juko-2016-05-604>, side sist besøkt 10.12.17.

<https://www.norskoljeoggass.no/Global/2016%20dokumenter/Utvikling%20i%20direkte%20petroleumsrelatert%20sysselsetting%202014%20til%202020%20IRIS%20notat%202016.pdf>, side sist besøkt 10.12.17.

Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) 2014-2017 med NHOs kommentarer, https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/arbeidslivspolitik/hovedavtalen_lo_nho_2014-2017.pdf?id=63088, side sist besøkt 10.12.17.

Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) 2014-2017 med LOs kommentarer, https://www.lo.no/Documents/Lonn_og_tariff/hovedavtalene/Hovedavtalen%20LO-NHO.pdf, side sist besøkt 10.12.17.

Gyldendal, elektronisk Norsk Lovkommentar til Arbeidsmiljøloven, <https://min.retsdata.no/#/Dokument/gL20050617z2D62?directHit=1&dq=aml>, side sist besøkt 10.12.17.

Nettbasert kommentarutgave til arbeidsmiljøloven, www.arbeidsrett.no, sist besøkt 10.12.17.

Definisjon av ansiennitet, <https://snl.no/ansiennitet>, skrevet av Henning Jakhelln og Jon Gisle, sist oppdatert 24.11.17, side sist besøkt 10.12.17.

Resultater fra spørreundersøkelser, <http://www.arbeidslivet.no/Lonn/Fagorganisering/tariffavtaledekning/>, side sist besøkt 10.12.17.

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1966 s. 393

Rt. 1967 s. 91

Rt. 1972 s. 1330

Rt. 1984 s. 1058

Rt.1986 s. 879

Rt. 1989 s. 508

Rt. 1992 s. 776

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2011 s. 609

Rt. 2012 s. 168

Rt. 2015 s. 1332

HR-2017-561

Lagmannsrett

RG-1990-1098

LA-1999-806

LG-2000-207

RG-2001-1276

LH-2002-652

LB-2005-42380

LE-2010-10549

LB-2010-32150

RG-2011-113

LB-2013-183150

LA-2016-171472

16-111225ASD-ALAG

Tingrett

RG-1992-669

RG-1992-1167

TGJOV-2013-197060

TOSLO-2014-183514

TOSLO-2014-207326

TBERG-2016-73351

Arbeidsretten

ARD-1996-130

ARD-2006-286

ARD-2017-151

Lover

Lov av 07. desember 1956 om arbeidervern.

Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Lov av 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister.

Lov av 01. juli 2017 om statens ansatte mv.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005).

Ot.prp. nr. 41 (1975–1976).

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994).