

Ansiennitetsprinsippet

Ansiennitetsprinsippetets vekt ved oppsigelse av arbeidstakere

Kandidatnr: 403

Veileder: Henning Jakhelln

Leveringsfrist: 2003-11-25

Til sammen 16652 ord

11.03.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	4
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLINGER	4
1.2	AVGRENSNING AV OPPGAVEN	4
1.3	RETTSKILDER OG METODE	5
1.3.1	LOVEN OG FORARBEIDENE	5
1.3.2	RETTSPRAKSIS	5
1.3.3	JURIDISK TEORI	6
1.3.4	INTERNASJONALE RETTSKILDER	6
1.3.5	TARIFFAVTALER	7
<u>2</u>	<u>HENSYN BAK ANSIENNITETSPRINSIPPET OG VIRKNINGER VED BENYTTELSE AV DET</u>	7
2.1	FORDELER	7
2.1.1	FOR ARBEIDSGIVER	7
2.1.2	FOR ARBEIDSTAKER	8
2.2	ULEMPER	9
2.2.1	FOR ARBEIDSGIVER	9
2.2.2	FOR ARBEIDSTAKER	9
2.3	KONKLUSJON	10
2.4	ANSIENNITETSPRINSIPPET I DET OFFENTLIGE OG PRIVATE	10
<u>3</u>	<u>UTENLANDSK RETT</u>	12
<u>4</u>	<u>HJEMMEL FOR ANSIENNITETSPRINSIPPET</u>	15
<u>5</u>	<u>ANSIENNITETSPRINSIPPETS VEKT</u>	16
5.1	ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN	16
5.1.1	HISTORISK TILBAKEBLIKK	16
5.1.2	GJELDENDE RETT	17
5.1.2.1	Lovens ordlyd	17

5.1.2.2	Formål	17
5.1.2.3	Forarbeidene	17
5.1.2.4	Rettspraksis	18
5.1.2.5	Konklusjon	19
5.2	VED MASSEOPPSIGELSER	20
5.3	ETTER TARIFFAVTALE	22
5.4	ER ANSIENNITETSPRINSIPPETS VEKT BLITT SVEKKET I DEN SENERE TID?	25
<u>6</u>	<u>ARBEIDSMILJØLOVEN § 5</u>	<u>26</u>
6.1	GENERELT OM UFRAVIKELIGHET	26
6.2	UFRAVIKELIGHETSPRINSIPPETS PÅVIRKNING PÅ ANSIENNITETSPRINSIPPET	28
6.2.1	ANSIENNITETSPRINSIPPET SOM AVGJØRENDE MOMENT	28
6.2.2	ANSIENNITETSPRINSIPPET SOM ENESTE KRITERIUM VED OPPSIGELSE	29
6.2.3	KAN MAN SE HELT BORT I FRA ANSIENNITETSPRINSIPPET?	29
<u>7</u>	<u>ANDRE MOMENTER SOM KAN VÆRE MER TUNGTVEIENDE VED UTVELGELSEN AV OVERTALLIGE ARBEIDSTAKERE</u>	<u>31</u>
7.1	BEDRIFTSMESSIGE HENSYN	32
7.2	MULIGHET FOR ALTERNATIV INNTEKT	33
7.3	KVALIFIKASJONER, SOSIALE OG MENNESKELIGE HENSYN	34
7.4	ANDRE RELEVANTE MOMENTER	35
7.5	OMPLASSERING	37
<u>8</u>	<u>BEREGNINGEN AV ANSIENNITET</u>	<u>40</u>
8.1	RETTLIG UTGANGSPUNKT	40
8.2	AVDELINGSVIS BEREGNING	44
8.3	ER DET HENSIKTMESSIG Å BEREGNE ANSIENNITETEN AVDELINGSMESSIG?	47
8.4	ANSIENNITETSBEREGNING I KONSERN/SELSKAPER	48
8.5	ANSIENNITETSBEREGNING VED VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER	50
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>52</u>
<u>10</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>54</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstillinger

Oppgavens hovedproblemstilling er hvilken vekt ansiennitetsprinsippet har i utvelgelsesprosessen av arbeidstakere ved oppsigelse.

Problemet aktualiseres hvor en bedrift går til oppsigelse av ansatte som følge av driftsinnskrenkninger, rasjonaliseringstiltak eller lignende forhold i virksomheten.

Bedriftens utgangspunkt ved oppsigelser er at den må være saklig begrunnet jfr.

arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1. Dette er lovfestet og begrenser bedriftens styringsrett.

Arbeidstaker skal være vernet mot den personlige ulykke som en oppsigelse kan være, så lenge arbeidsgiver ikke har særlige grunner til å fremkalle den.

Saklighetskravet er todelt. Oppsigelsene må være saklig begrunnet i bedriftens forhold. Med dette menes at det må ha vært foretatt en avveining av bedriftens behov for oppsigelsen, og den ulempe en oppsigelse medfører for den enkelte arbeidstaker.¹ Dersom virksomhetens behov veier tyngre enn de ulemper arbeidstakerne blir påført, og det ikke er annet passende arbeid i virksomheten å tilby vedkommende², har arbeidsgiver saklig grunn til å si opp arbeidstakerne. Dernest innebærer saklighetskravet en vurdering av hvem som skal sies opp. Vurderingen må også være saklig begrunnet.³ I denne avveiningen er ansiennitet et av flere relevante momenter.⁴

Det vil til slutt i oppgaven redegjøres for ansiennitetsberegningen.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven avgrenses til å omhandle ansiennitetsprinsippet som et moment i saklighetsvurderingen ved utvelgelsen av overtallige arbeidstakere. Det forutsettes at bedriften har saklig grunn til oppsigelse.

¹ Ot.prp.nr.50.1993-94 s 237, jfr. Ot.prp.nr. 41.1975-76 s 18-19 og s 72. Se ILO rekommandasjon nr.119 art.15, jfr. Ot.prp. nr. 41.1975-76 s. 15

² se om dette i punkt 7.5.

³ Rt 1966.393, 1972.1330 og 1986.879

⁴ Rt 1986.879, 1972.1330 og Ot.prp. nr 8.1956 s 53

Oppgaven vil ikke omhandle oppsigelser som følge av forhold på arbeidstakers side. Spørsmålet for den problemstillingen vil i all hovedsak være hvordan en enkelt arbeidstakers forhold skal vurderes, ikke en vurdering mellom ulike arbeidstakere. Ansiennitet kan imidlertid også ved en slik vurdering være et relevant kriterium.

Ansiennitetsprinsippet kan også ha betydning ved en rekke andre forhold, for eksempel ved lønnsopprykk og tildeling av frynsegoder. Vurderingene av dette ligger nært opp til problemstillingen i oppgaven her og særlig vil reglene om beregning av ansiennitet gjelde i disse tilfeller. Like fullt avgrenses det mot en behandling av denne problemstillingen da det ikke anses nødvendig for å belyse oppgavens problemstilling.

1.3 Rettskilder og metode

1.3.1 Loven og forarbeidene

Redegjørelsen for gjeldende rett bygges opp med utgangspunkt i arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2 og forarbeidene til denne.⁵ Etter den alminnelige rettskildelære er det loven som er det rettslige utgangspunkt og som generelt tillegges mest vekt. Forarbeidene er også svært viktige, idet de omhandler lovgivers mening med bestemmelsene og således viktig for lovforståelsen. Foruten loven og dets forarbeider vil også andre rettskilder være relevant for løsning av oppgaven.

1.3.2 Rettspraksis

Rettspraksis er relevant både fordi det kan bidra til å utfylle lovteksten og fordi det kan danne grunnlag for ulovfestede regler. Rettspraksis er generelt av stor betydning på hele arbeidsrettens område og vil derfor tillegges stor vekt.

Det finnes en rekke underretts- og lagmannsrettavgjørelser på dette området.

Enkelte av disse vil bli kommentert og benyttet som momenter ulike steder, men vil i utgangspunktet være av begrenset vekt. Det er dog slik at det foreligger få høyesterettsdommer i arbeidsrettssaker. Dette taler for å gi underrettspraksis større betydning

⁵ se Ot.prp.nr. 31.1935, nr. 8. 1956, nr. 3 1975-76, nr. 41 1975-76 og nr. 50 1993-94

enn normalt. Men utgangspunktet er, i tråd med tradisjonell rettskildelære, at avgjørelser fra Høyesterett tillegges størst vekt.

I tillegg vil det også bli redegjort for enkelte avgjørelser fra arbeidsretten. Arbeidsretten avgjør tvister om tariffavtalers gyldighet, forståelse og bestående og vil således være en viktig rettskilde.

1.3.3 Juridisk teori

I oppgaven vil også juridisk teori bli benyttet som rettskilde, både i form av bøker, artikler og betenkninger. Disse er i utgangspunktet av liten vekt da det er loven som er primærkilden og man skal foreta en fortolkning av den. Men i praksis benyttes juridisk teori ofte da det er tids- og arbeidsbesparende.

1.3.4 Internasjonale rettskilder

En annen kilde som blir benyttet i denne oppgaven er ILO-konvensjoner og rekommandasjoner. Særlig kan her nevnes ILO-rekommandasjon nr. 166 ”om arbeidsforholdet opphør på initiativ av arbeidsgiver.”

Norge har ratifisert en rekke konvensjoner som tar for seg arbeidsrettslige spørsmål.

Ved å ratifisere en konvensjon blir Norge folkerettslig forpliktet til å overholde de regler som konvensjonen inneholder.

Dette gjelder overfor de øvrige land som har ratifisert avtalen, samt internasjonale organisasjoner og andre parter i henhold til konvensjonen.

I forhold til problemstillingen i denne oppgaven omtales i all hovedsak ulike rekommandasjoner. Hovedvekten tillegges ILO-rekommandasjon nr. 158 og 166.

Internasjonale rekommandasjoner er anbefalinger til de enkelte land om hvilke regler som bør tillegges vekt ved gjennomføringen av de nasjonale regler. Et land er ikke folkerettslig bundet av slike rekommandasjoner på lik linje som konvensjoner. En tiltredelse innebærer ikke mer enn et politisk utsagn om at man vil legge den til grunn i sin nasjonale rett. De vil således ha mindre vekt etter den tradisjonelle rettskildelære.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven⁶ er det imidlertid vist til ILO- rekommandasjon 119 (som nå er erstattet av nr 166). Dette innebærer at det fra lovgivers side generelt er lagt vekt på harmoniseringshensyn, altså at man skal tilstrebe og oppfylle ILO-rekommandasjon nr 119. Rekommandasjonen er følgelig et relevant moment ved tolkningen av norsk rett.⁷ Det samme gjelder den svenske ”lag om anställingsskydd.” Den er det også vist til i forarbeidene til arbeidsmiljøloven

1.3.5 Tariffavtaler

Tariffavtale er en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver/arbeidsgiverforening om lønns- og arbeidsforhold jfr. arbeidstvistloven § 1 nr. 8.

Tariffavtaler kan således inneholde bestemmelser om ansiennitetsprinsippets vekt ved oppsigelse.

LO og NHO har i hovedavtalen tatt inn en bestemmelse om ansiennitet.

Denne tariffavtalen gjelder mange grupper av arbeidsforhold og er således representativ for å belyse en del av gjeldende rett på området. Det vil derfor i oppgaven her være Hovedavtalen mellom NHO-LO som benyttes ved eksempler og drøftelser. Tariffavtaler har generelt betydelig vekt som rettskilde, da de på arbeidsrettens område supplerer lovgivningen.

2 Hensyn bak ansiennitetsprinsippet og virkninger ved benyttelse av det

2.1 Fordeler

2.1.1 For arbeidsgiver

Ved å følge et ansiennitetsprinsipp vil arbeidsgiveren, etter utvelgelsesprosessen, sitte igjen med de ansatte som er godt kjent i bedriften. De kjenner til rutinene på arbeidsplassen. De representerer kontinuitet.

⁶ Det er lagt ” vekt på å oppfylle ILO-rekommandasjon nr 119, som Norge har sluttet seg til”, jfr.

Ot.prp.nr.41.1976-77 s. 15

⁷ se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 55

De har vanligvis lengre arbeidserfaring, de kan være mer lojale og kan være sterkt knyttet til bedriften. Arbeidsgiveren vil ved å følge ansiennitetsprinsippet beholde en stabil arbeidsstokk.

I tillegg kan det påpekes at ansiennitet er et enkelt utvelgelseskriterium, i den forstand at beregningen i utgangspunktet er lett å foreta, i forhold til andre momenter som kan være vanskelig å bringe på det rene. Dette kan hvert fall hevdes for store og uoversiktlige bedrifter.

Ansiennitet som utvelgelseskriterium kan for de ansatte være lettere å akseptere fordi det er målbart og arbeidsgiver kan derfor lettere unngå konflikter i etterkant.

2.1.2 For arbeidstaker

For arbeidstaker vil ansiennitetsprinsippet kunne fremstå som et rettfærdig utvelgelseskriterium.

Det vil for vedkommende som har arbeidet i bedriften en årrekke lett kunne virke sårende og støtende å måtte slutte på bekostning av en med kortere ansiennitet.

Særlig vil dette komme til syne hvis den med lengst ansiennitet fortsatt utfører arbeidsoppgavene sine tilfredsstillende og i tillegg har betraktelig lengre ansettelsestid.

I tillegg vil utvelgelse etter ansiennitetsprinsippet virke rimelig da det er forutberegnlig. Prinsippet er godt innarbeidet og akseptert i samfunnet generelt. Den oppsagte kan lettere forsone seg med oppsigelse på grunnlag av for kort ansettelsestid, enn på grunn av en skjønnsmessig vurdering fra arbeidsgiver.

En skjønnsmessig vurdering kan påvirkes av ledelsens subjektive meninger, noe som igjen kan føre til uro på arbeidsplassen og skape konflikter blant de ansatte. Slike konflikter skaper ofte dårlig stemning og dette vil kunne stride mot arbeidsmiljølovens krav til miljøet på arbeidsplassen. Ansiennitetsprinsippet som utvelgelseskriterium kan motvirke slike konflikter.

For de yngre arbeidstaker vil det være lettere å skaffe seg nytt arbeid, enn det vil være for de eldre som har vært i samme bedriften i en årrekke. De yngre er ofte mer fleksible og mer attraktive på arbeidsmarkedet. Dette taler for at ansiennitetsprinsippet skal følges.

2.2 Ulemper

2.2.1 For arbeidsgiver

Arbeidsgiver ønsker at bedriften skal være best mulig rustet i den videre drift. Det vil si at bedriften i utgangspunktet er best tjent med å beholde de til enhver tid dyktigste arbeidstakerne, uten hensyn til vedkommendes ansiennitet. Bedriften ønsker følgelig å være mest mulig konkurransedyktig. Dette gjelder i særlig stor grad for de private bedrifter.⁸

Bedriften vil derfor kunne være best tjent med å ta større hensyn til de faglige kvalifikasjoner hos arbeidstakeren fremfor den enkeltes ansiennitet.

Dersom man i en utvelgelsesprosess blant arbeidstakere skal følge et ansiennitetsprinsipp, vil bedriften stå tilbake med de eldste arbeiderne og gjennomsnittsalderen hos de ansatte vil følgelig øke. På den måten vil en bedrift kunne oppleve å få en mindre dynamisk organisasjon, som kan være mindre tilpassningsdyktige til nye trender i samfunnet.

Det vil for bedriften være en fordel om det tas større hensyn til dyktighet og lignende momenter enn til ansiennitet.

2.2.2 For arbeidstaker

Ansiennitetsprinsippet som utvelgelseskriterium ved oppsigelse vil særlig for nyutdannede være uheldig. Som sist ansatt, må de gå først, tross for bedriftens behov og ønsker.

Sett fra denne gruppens side, vil det kunne være urimelig at utdannelse og kvalifikasjoner skal vektlegges mindre enn ansiennitet.

Utlendinger vil også kunne få problemer med å hevde seg da de er forholdsvis ferske på det norske arbeidsmarkedet. Dette taler i retning av at ansiennitet ikke bør tillegges avgjørende vekt.

Det vil også i noen tilfeller være en ulempe for arbeidstakerne om de best kvalifiserte må vike til fordel for de med bedre ansiennitet. I særlig grad gjelder dette i forhold der bedriften er avhengig av godt kvalifiserte ansatte for å sikre bedriften mot nedleggelse.

⁸ se avsnitt 2.4

2.3 Konklusjon

Legger man avgjørende vekt på at bedriften skal ha de mest kompetente arbeidstakere vil det være best å fravike ansiennitetsprinsippet som utvelgelseskriterium.

For arbeidstaker derimot fremstår det etter dette som rettferdig og forutberegnlig at den med kortest ansettelsestid må vike. Særlig gjelder dette der det er store forskjeller i ansettelsestid.

Det kan virke som det er skapt en uberettiget presedens for at det er ansiennitetsprinsippet som skal følges ved oppsigelser. Dette kan være fordi arbeidsgiver av ren bekvemlighet benytter prinsippet ved utvelgelsen.

Det bør etter min mening bare tas avgjørende hensyn til ansiennitet i de tilfeller der det ikke er annen viktig forskjell mellom de ansatte. Ansiennitetsprinsippet bør oftere være det siste og ikke det første som styrer utvelgelsen ved oppsigelse.

Saklighetsvurdering skal ta hensyn til alle ansatte, ikke bare de med lengst ansiennitet. Det er dette som ligger i at det skal foretas en helhetsvurdering.

For mange bransjer kan ansiennitetsprinsippet som utvelgelseskriterium i tillegg være gammeldags. For typiske kunnskapsbedrifter vil det beste være om det er kompetansebehov som er det styrende kriterium i en utvelgelsesprosess. I en bedrift hvor de ansatte har spisskompetanse på ulike områder vil ansiennitet kunne være et uheldig utvelgelseskriterium. Det samme kan også gjelde for de bedrifter hvor det legges stor vekt på team arbeid.

Der hvor arbeidstakerne har lik kompetanse og oppgavene de utfører er sterkt rutinepreget, for eksempel der ansatte står ved et samlebånd, vil derimot ansiennitet kunne være et mer egnet utvelgelseskriterium

2.4 Ansiennitetsprinsippet i det offentlige og private

Spørsmålet i det følgende er om ansiennitetsprinsippet har ulik vekt i det offentlige og det private.

Verken ut i fra loven eller av avtaler generelt, kan man slutte at det er forskjell.

Drøftelsen vil derfor i all hovedsak støtte seg på reelle hensyn som ligger til grunn for at det kan være en forskjell.

Offentlig og privat sektor har i mange sammenhenger ulike mål. Dette skyldes blant annet at det offentlige er pålagt å ivareta lovpålagte oppgaver. De private virksomheter er i tillegg i langt større grad enn det offentlige avhengige av inntjening. Dette innebærer at det også vil være en av deres hovedmålsettinger, som igjen fører til at det private i større grad enn det offentlige vil være avhengige av å ha de mest kompetente arbeidstakere til enhver tid. Dette taler for at ansiennitetsprinsippet i større grad må vike som utvelgelseskriterium i private bedrifter.

Det kan også argumenteres for at det i private bedrifter stilles større krav til lønnsomhet. De opererer i et konkurranseutsatt marked og det vil således stilles høye krav til kompetanse, effektivitet, produktutvikling m.v.. Det vil derfor stilles strenge krav til de ansatte, både faglig og økonomisk. Det offentlige system har ikke i samme grad vært stilt ovenfor de samme kravene. Dette taler for at det offentlige er bedre egnet til å ”ta vare på” arbeidstakere med høy ansiennitet.

Imidlertid ser man nå en økende tendens til at det også offentlig virksomhet konkurranseutsettes. I Oslo kommune skal det nå foretas innskrenkninger og man ser da at flere personer med lang ansiennitet må vike.

På den annen side kan hensynet til at det er skatteyterne som betaler for den jobben det offentlige gjør tale for at de på lik linje som det private bør stilles ovenfor de samme krav til lønnsomhet og effektivitet. Samfunnet vil være best tjent med at det til enhver tid er de mest kompetente som innehar de offentlige stillingene.

Dette kan tale for at ansiennitetsprinsippet, også i det offentlige, bør vike til fordel for kvalifikasjoner ved utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp.

Det offentlige⁹ er tradisjonelt sett, i større grad enn det private, ansett for å være en sikker arbeidsplass. Denne tradisjonen bygger på at det offentlige, i kraft av å være det offentlige, har et sosialt ansvar for arbeidstakere, som strekker seg lenger enn i den private sektor.

⁹ med det offentlige menes her både stat, fylkeskommune og kommune.

De ulike mål hos det offentlige og det private er etter min mening et tungveiende argument for at det er en viss forskjell mellom det private og det offentlige. Forskjellen vil antakelig minske etter hvert som lønnsomhetsprinsippet i sterkere grad gjør seg gjeldende i det offentlige. Inntil det skjer kan det anføres at det for private virksomheter bør åpnes for større adgang til å fravike ansiennitetsprinsippet enn i det offentlige.

3 Utenlandsk rett

For å få et bredere syn på ansiennitetsprinsippet vekt er det relevant å se på om prinsippet gjør seg gjeldende i andre land.

I europeisk rett varierer det lovfestede oppsigelsesvern sterkt og dermed den vekt ansiennitetsprinsippet tillegges.

I Danmark er det ikke en allment dekkende ansettelseslovgivning. Ansettelsesbestemmelser er nedfelt i de lover som gjelder for den enkelte lønsmottager, i de kollektive overenskomster eller i personlige kontrakter. Regler om oppsigelse finnes det enkelte lover om, men disse er laget ut i fra tanken om partenes adgang til å komme seg ut av et arbeidsforhold med den begrensning som ligger i den kontraktstid man har avtalt eller et siste varsel fra arbeidsgiver.¹⁰ Den danske Hovedavtalen gir arbeiderne adgang til å innklage urimelige oppsigelser til faginstanser. Er oppsigelsen urimelig vil man kunne få tilkjent erstatning. Dette følger av Hovedavtalen § 4. Det samme er også inntatt i Funktionærloven § 2 b. Erstatning utmåles etter hvor lang ansettelsestid vedkommende har i bedriften, altså er ansiennitet av betydning i forhold til beregningen av beløpet.

I siste instans vil en tvist avgjøres av en rettslig instans.

Hovedavtalen § 4 nr 3 har også regler om at oppsigelsen må ha en begrunnelse. Det følger av denne bestemmelsen at oppsigelse som ikke er begrunnet i bedriften eller den ansattes forhold må kjennes urimelig. Når det gjelder spørsmålet om ansiennitet har betydning ved bedømmelsen av om oppsigelsen er saklig følger det av juridisk litteratur¹¹ at arbeidsgiveren

¹⁰ se Arbeidsretten i Norden av Työoikeus Pohjolassa s. 51-52

¹¹ se Ole Hasselbalch, Arbejdsret s. 126

må ta særlig hensyn til arbeidstakerens ansiennitet såfremt vedkommende har vært ansatt i bedriften de fleste årene av sitt yrkesmessige liv.¹²

AN 17/4 1998: det uttales i denne dommen at det er arbeidsgiver som har ansvaret til å avstå fra oppsigelser, der det er mulig. Spesielt av de som har arbeidet i virksomheten overveiende deler deres liv og har en høy alder som erfaringsmessig gjør det vanskelig å skaffe nytt arbeid.

Ut i fra dette kan det sluttet at ansiennitet er et av mange momenter som ut i fra praksis og teori blir vektlagt ved oppsigelse.

Dommen kan tyde på at ansienniteten får større vekt jo lengre en har vært ansatt.

I svensk rett er det LAS (lag om anställningsskyld 1982.) som har regler om oppsigelser. Et viktig prinsipp i denne loven er at arbeidssikkerheten øker jo lengre en har vært ansatt.¹³ LAS § 7 bestemmer at oppsigelse av arbeidstakere skal være saklige.

Det fremkommer av LAS § 22 at arbeidsgiveren ikke står fritt til å velge hvem han ønsker å si opp. Det er slik at man ved oppsigelser må følge en turordning, der plassen i første rekke bestemmes av hvor lenge man har vært ansatt i bedriften.¹⁴ Før en slik turordning fastsettes kan arbeidsgiver unnta to nøkkelpersoner, som vil ha særskilt beskyttelse til fortsatt arbeid i virksomheten.

Det følger videre av hovedavtalen av 1966, kap. III § 7, at det ved valget mellom ”*arbetare, vilka besitter like skicklighet og lämplighet*” tas hensyn ”*till anställningstidens längd ävensom till särskilt stor försörjningsplikt*”.

Dette viser at ansiennitet har betydning ved avgjørelsen av hvilke arbeidstaker som må slutte, men arbeidsgiveren kan til en viss grad fravike ansiennitetsprinsippet ved å beholde to personer som er av særlig betydning for den videre drift.

I finsk rett er ikke ansiennitetsprinsippet lovregulert eller fastsatt i hovedavtaler. Og det finnes ikke, slik som i svensk rett, en turordning.

Det er derimot i, ”centralorganisationernas uppsägningsskyddavtal”, bestemt at så vidt det er mulig skal ”*yrkesarbetstagare som är viktige för företagets verksamhet samt krigsinvalid*

¹² jfr. AN 17/4 1998 sak 848/98, kommentert av Ole Hasselbalch, *Arbeidsret* s. 126.

¹³ Se Axel Adlerreutz, *Svensk ärbetsrett* s. 115

¹⁴ se *Arbeidsretten i Norden* av Työoiekus Pohjola s. 393

och arbetstagare som förlorat en del av sin arbetsförmåga i samme arbetsgivars tjänst uppsägas sist. Därutöver skall avseende fästas vid arbetsförhållandets längd och arbetstagarens försörjningsbörda.” Det vil si at det i tariffavtaler finnes bestemmelser om ansiennitet, men det er ikke lovregulert at oppsigelser må være saklig eller rimelig.

Etter tysk rett er en oppsigelse uvirksom hvis den virker sosialt urettferdig.

I vurderingen av om det er sosialt urettferdig skal det tas hensyn til hvor lenge arbeidstakeren har vært ansatt i bedriften. Men i tillegg er det viktig å se hen til den ansattes familiesituasjon, økonomisk stilling og alder. Det samme ser ut til å være gjeldende rett i Frankrike.

Det er også relevant å se hen til ILO- rekommandasjon nr.166 om avskjedigelse.

Norge har sluttet seg til denne, og det som fremkommer av den vil således være noe man bør ta hensyn til i den nasjonale rett.¹⁵ ILO konvensjoner og rekommandasjoner er det flere land som slutter seg til, hvilket på sikt kan føre til at det på internasjonal basis blir en mer ensartet praksis vedrørende oppsigelsesvernet. I art. 23 fremkommer ulike kriterier som skal tas hensyn til ved oppsigelse av arbeidstakere som følge av driftsinnskrenkninger. Hensynet til ansiennitet er uttrykkelig nevnt, i tillegg til alder, forsørgelsesbyrde osv.

Som det fremgår av fremstillingen over legges det ulik vekt på ansiennitetsprinsippet i de forskjellige land. Sverige synes å ha det strengeste ansiennitetsprinsipp, da det der eksplisitt er lovfestet.

I tillegg kan ILO- rekommandasjonen nr. 166, som uttrykkelig nevner ansiennitet, føre til at ansiennitetsprinsippet vil tillegges større vekt hvis den legges til grunn ved endring av lovbestemmelser.

¹⁵ se mer om dette foran i kap.1 pkt 1.1.3

4 Hjemmel for ansiennitetsprinsippet

I norsk rett er det arbeidsmiljøloven § 60 som regulerer hvordan oppsigelser skal skje. Bestemmelsen gir anvisning på en skjønnsmessig vurdering.¹⁶ Det følger av denne bestemmelsen kun ett krav til nedbemanningsprosessen, nemlig at den skal være saklig. Når det gjelder utvelgelsen av overtallige, følger det av rettspraksis at bedriften også her må foreta en saklig vurdering. Vurderingen må være individuell, basert på den enkelte arbeidstakers situasjon.

Det fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 60 at saklighetsvurderingen skal "følge den sosiale utvikling i samfunnet ellers".¹⁷ Det vil si at vurderingen kan forandre seg etter tiden. Momenter som tidligere var relevante kan i dagens vurdering være av mindre betydning.

Oppsigelsesvernet gjelder alle arbeidstakere, jfr. arbeidsmiljøloven § 3. Det spiller i utgangspunktet ingen rolle om man er overordnet eller underordnet, om det er heltids- eller deltidsstilling for hvordan oppsigelsesvurderingen skal foretas. Det kan kort nevnes er at det av rettspraksis følger at det generelt stilles strengere krav til arbeidstakere i ledende posisjoner, hvilket medfører at de har et svakere stillingsvern. I prøvetiden gjelder også et svakere oppsigelsesvern jfr. arbeidsmiljøloven § 63.

I oppgaven her er det problemet ved utvelgelsen av hvilke arbeidstaker som skal sies opp som drøftes og da særlig om ansiennitetsprinsippetets vekt i den forbindelse.

Ansiennitet er ikke nevnt i loven som et moment som skal vektlegges.

Arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2 fastslår bare at det skal foretas en vurdering, og angir den ytre rammen for denne vurderingen.

Bestemmelsen er en videreføring og lovfesting av praksis før arbeidsmiljøloven.

Det er i loven ingen rettssetning om at arbeidsgiver skal følge et ansiennitetsprinsipp ved utvelgelsen av personell ved oppsigelse. Man må derimot, som følge av rettspraksis, oppfatte ansienniteten som et ledd i den rimelighetsvurdering arbeidsgiver skal foreta ved utvelgelsen.

Ansiennitetsprinsippet som utvelgelseskriterium kan i tillegg følge direkte av tariffavtalte bestemmelser. Det er også muligheter for i norsk rett å ha bestemmelser om ansiennitet i

¹⁶ jfr. arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2: "... foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker".

¹⁷ Se Ot.prp. nr. 41 (75-76) s. 72

arbeidsreglementet¹⁸ eller i de individuelle avtaler. Ansiennitetsprinsippet kan også ha sitt grunnlag i erklæringer, gitt forut for driftsendringer, der bedriften plikter seg til å følge ansiennitetsprinsippet ved nedbemanning.

5 Ansiennitetsprinsippets vekt

5.1 Etter Arbeidsmiljøloven

5.1.1 Historisk tilbakeblikk

I 1936 ble det i arbeidsvernloven § 33 nr. 3 a gitt regler om usaklig oppsigelse av arbeidstakere.

Før denne loven kom var det i norsk rett intet lovfestet vedrørende oppsigelser av ansatte og dermed heller ingenting som begrenset arbeidsgivernes styringsrett på dette området.

Bestemmelsen var således en ny rettsdannelse.¹⁹

Arbeidervernloven § 33 nr. 3 a innebar ikke noe absolutt forbud mot oppsigelser som manglet saklig grunn, men den gav den oppsagte mulighet til å kreve billighetserstatning dersom vedkommende var over 21 år, og hadde arbeidet sammenhengende minst tre år i bedriften.

Allerede her ser man at ansiennitet hadde betydning.

Dette var oppstarten til en ny tenkemåte og i 1939 kom den første rettsaken der spørsmålet om det var saklig at nettopp den enkelte ansatte var blitt sagt opp.²⁰

I 1977 ble arbeidsmiljøloven vedtatt, og utgangspunktet var da at samme saklighetskrav skulle gjelde med samme innhold som tidligere.²¹ I forarbeidene til loven²² ble det uttalt at det i de senere år er ”blitt stadig klarere at arbeidsvernlovens oppsigelsesvern har visse mangler og ikke kan sies å være tidsmessig. Avstanden kan være stor mellom det vern arbeidstakerne har etter loven og den praksis som vanligvis følges i velorganiserte bedrifter, eller det partene i arbeidslivet anser som rimelig.”

¹⁸ se Rt 1935 s. 641

¹⁹ Ot.prp. nr. 8.1956 s. 49

²⁰ se RG 1939.674(Drammen) og Oslo byrett 29.04.39

²¹ Ot.prp. nr. 41.1975-76 s 18 og 72

²² jfr. Ot. prp. nr. 41 (1975-76) s. 14

Gjeldende rett i dag bygger på arbeidsmiljøloven av 1977.

5.1.2 Gjeldende rett

5.1.2.1 Lovens ordlyd

Ut fra lovens ordlyd²³ alene er det vanskelig å trekke noen slutning om ansiennitetsprinsippets vekt. Den forutsetter at det skal foretas en vurdering, og i denne sammenheng er ansiennitet et moment, men noe mer enn det kan man ikke slutte ut i fra lovens ordlyd. Man må foreta en helhetsvurdering ved utvelgelsen av hvilke arbeidstaker som må gå.

Avveiningens ytre ramme er, som sagt, virksomhetens behov satt opp mot de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte. Når det gjelder ulempen for den enkelte arbeidstaker er det sentrale her det å miste sin inntekt. Muligheten for den enkelte arbeidstaker til å skaffe seg nytt arbeid vil dermed være et viktig moment.

5.1.2.2 Formål

Det første man således kan se hen til er lovens formålsbestemmelse, arbeidsmiljøloven § 1 nr. 2. Her uttales at loven skal ”sikre trygge tilsettingsforhold”. Arbeidsmiljølovens formålsparagraf må tolkes likt som likestillingslovens § 1. Begge bestemmelser har generell betydning for lovens forståelse og er derfor også relevant i forhold til spørsmålet om hvor langt saklighetskravet rekker, jfr. nr. 1 og omfanget av kravet til individuell saklighet i nr. 2. Dermed blir formålsparagrafen et utgangspunkt og et grunnlag for rekkevidden av bestemmelsen.²⁴ Men noe spesifikt om ansiennitetsprinsippets vekt får man ikke av denne sontringen.

5.1.2.3 Forarbeidene

Av forarbeidene²⁵ til loven følger det at slik bestemmelsen nå er utformet skal hensynet til arbeidstaker få større betydning enn tidligere. Dette av den grunn at det skal foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper en oppsigelse påfører arbeidstakeren.

²³ Arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2

²⁴ Ellers er utgangspunktet arbeidsivers styringsrett. Denne gjelder også ved oppsigelse, men er her begrenset av arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelsesvern som i all hovedsak stiller krav til sakelig oppsigelse.

²⁵ Ot. prp. nr. 41 (1975-76)

Det uttales i forarbeidene at: ”Det må understrekes at det med dette ikke er meningen å rokke ved de ansiennitetsregler som i dag følges i slike tilfeller”. Det vil si at ansiennitetsregelen medfører at ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger oppsigelse. Det må foretas en avveining i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp.

I forarbeidene er det tatt inn uttalelser fra en rekke instanser og blant annet fra direktoratet for arbeidstilsynet. Direktoratet uttaler i vedlegg VII²⁶ at ”loven bør inneholde nærmere regler om oppsigelse ved driftsinnskrenkninger, hvor også ansiennitetsprinsippet blir vurdert, jfr. ILO-rekommandasjon nr. 119”. Ut i fra dette kan det tyde på at direktoratet ønsket å tillegge prinsippet vekt.

Foruten det som er sagt ovenfor er forarbeidene tause når det gjelder ansiennitet.

Av dette kan man slutte at ansiennitet vil være et moment av betydning, men det kan ikke ut i fra forarbeidene utledes noe konkret om ansiennitetsprinsippets vekt.

5.1.2.4 Rettspraksis

Rettspraksis er tradisjonelt en viktig rettskilde ved tolkning av lover.

Også når det gjelder ansiennitetsprinsippets vekt vil rettspraksis være av betydelig relevans.

Generelt kan det utledes av rettspraksis at hensynet til ansiennitet sammensatt med høy alder er av betydning. Det kan virke som de to momentene til sammen er av stor vekt. Dette gjelder særlig i de tilfeller der arbeidstakeren har lang ansiennitet.

Ved en ren rasjonaliseringsoppsigelse kan det utledes av rettspraksis at man må legge betydelig mer vekt på ansiennitet og alder enn bedriftens interesse av å oppnå gevinst. Se dom avsagt av Gulating lagmannsrett, 19.06.1985. I denne dommen ble det uttalt følgende:

”Ved en lovendring i 1977 ble saklighetsvernet skjerpet, slik at hensynet til den enkelte ble trukket sterkere frem. Når det gjelder reglen i arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2, ble det i forarbeidene vist til at det i rettspraksis ble lagt for stor vekt på arbeidsgiverens økonomiske interesser, og at det er nødvendig ”å ta større hensyn til de vanskeligheter arbeidstakerne og deres familie må bære for å skaffe arbeidsgiveren økonomisk gevinst, jfr. Ot.prp. 41 (75-76) s. 18 jfr. s. 72. Ved avveiningen er det etter lagmannsrettens mening av sentral betydning hva som er årsaken til nedskjæringene. Dersom det foretas oppsigelser ut i fra rene rasjonaliseringshensyn, må arbeidstakerens ulemper veie tungt. Er bedriften i økonomiske vansker, slik at en nedskjæring syntes nødvendig for å kunne fortsette virksomheten, må bedriften i

²⁶ Ot. prp. nr. 41 (1975-76) s. 69

utgangspunktet kunne redusere arbeidstokken med de nødvendige antall stillinger, selv om det skulle påføre den enkelte oppsagte betydelige ulemper”.

Når det gjelder annen rettspraksis av relevans kan også nevnes Rt 1972 s.1330(Granddommen).

En 45 år gammel arbeidstaker med 19 års ansettelsestid ble oppsagt. Denne dommen utgjorde før arbeidsmiljøloven en nedre grense når det gjaldt tilsetningstid og alder. Med dette har man et visst utgangspunkt for når ansiennitetsprinsippet er særlig avgjørende. Dog må man her huske at grensen nedad fra eldre praksis ikke er bindende, jf. uttalelsen i forarbeidene²⁷ om at eldre rettspraksis i arbeidstakers disfavør skal benyttes med varsomhet.

Rettspraksis frem til lovendringen i 1977 la ” vesentlig vekt på bedriftens interesse i å oppnå en økonomisk gevinst, på bekostning av arbeidstakerens interesse i å beholde arbeidet”.²⁸ Loven derimot tar mer hensyn til å gi arbeidstakerne større gjennomslagskraft i forhold til bedriftens økonomiske vurderinger. Dette kan helle i retning av at ansiennitetsprinsippet kan få gjennomslag ved kortere ansettelsestid siden man nå må ta hensyn til arbeidstaker i større grad.

5.1.2.5 Konklusjon

Som man ser ut i fra drøftelsen over er det vanskelig å si noe spesifikt om ansiennitetsprinsippetets vekt etter arbeidsmiljøloven. Prinsippet er som sagt ikke lovfestet og er derfor heller ikke noe tvunget kriterium. Men at det har relevans og er et av momentene i helhetsvurderingen er på det rene. Prinsippet har lang tradisjon og det vil neppe kunne ansees som usaklig å legge vekt på prinsippet. Arbeidsgiver vil imidlertid etter loven, forutsatt at han ikke er bundet av en tariffavtale, stå fritt til å velge andre utvelgelseskrterier enn ansiennitet såfremt disse er saklige, forsvarlige og tar hensyn til eldre arbeidstakere.²⁹ Av rettspraksis kan utledes at arbeidstakeren bør ha vært ansatt i ca 10-15 år før ansiennitet i tilfelle skal ha selvstendig betydning etter loven. Det må etter dette kunne legges til grunn at jo lengre man har vært ansatt i bedriften desto større vekt får ansiennitetsprinsippet. Videre bør det være en

²⁷ se Ot. prp 41 (75-76) s. 72

²⁸ Ot.prp.nr. 41. (75-76) s 18

²⁹ jfr. Jan Fougner, Lars Holo og Odd Friberg, Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave s. 651

markant forskjell i ansettelsestid, sett i forhold til de øvrige arbeidstakere, for at ansiennitet skal ha selvstendig betydning. Det man også kan se er at det godtas større ulemper for arbeidstaker dersom bedriften er i en særdeles dårlig økonomisk situasjon. I disse tilfellene vil det lettere kunne godtas fravik fra ansiennitetsprinsippet.

5.2 Ved masseoppsigelser

Har ansiennitetsprinsippet større vekt ved masseoppsigelser?

I problemstillingen her vil det bli drøftet om ansiennitet vil ha større betydning ved utvelgelsen der det er flere arbeidstakere som skal sies opp. Masseoppsigelser er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 56 A.

Bestemmelsen ble tilføyd ved lov av 27. november 1992 nr. 115 og trådte i kraft 1. januar 1994, samme tid som EØS avtalen trådte i kraft for Norge. Bestemmelsen bygger på EFs Rådsdirektiv av 17. februar 1975 om tilnærming av medlemslandenes lovgivning om masseoppsigelser (75/120/EØF). Formålet med direktivet er å styrke arbeidstakernes vern ved oppsigelse av flere arbeidstakere ved at arbeidsgivere skal drøfte planlagte oppsigelser med arbeidstakernes tillitsvalgte. Direktivet tar først og fremst sikte på å få til en avtale for å unngå oppsigelser. Lykkes man ikke med dette skal man søke å redusere antall oppsigelser samt å lette virkningene av oppsigelsene.³⁰ Direktivet ble endret ved Rådsdirektiv 92/56/EØF av 24. juni 1992. Dette medførte en del endringer og tilføyelser i § 56 A ved endringslov av 24. juni 1994 nr. 41

Masseoppsigelser³¹ er i en særstilling på grunn av at dette vil ramme mange arbeidstakere. Det som kjennertegner større nedbemanninger er at det sjelden er tvist om selve oppsigelsesgrunnlaget, men derimot om valget av overtallige arbeidstakere. Det kreves derfor at de involverte parter på et tidlig tidspunkt får tilstrekkelig informasjon og at det foretas drøftelser og avtaleforhandlinger med representanter for arbeidstakerne jfr. arbeidsmiljøloven § 56 A nr. 2 og 3. Et annet formål med bestemmelsen er å sikre at offentlig myndighet så tidlig som mulig blir informert jfr. arbeidsmiljøloven § 56 A nr 4 og 6. Dette fordi de lokale arbeidsmyndigheter til en viss grad har myndighet til å gripe inn i oppsigelsesprosessen på arbeidsplassen.

³⁰ jfr. Jan Fougner, Lars Holo og Odd Friberg, Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave s. 583

³¹ se arbeidsmiljøloven § 56 A nr. 1: ”med masseoppsigelser menes oppsigelser som foretas ovenfor minst 10 arbeidstakere innenfor et tidsrom på 30 dager, uten at oppsigelsene er begrunnet i arbeidstakeres forhold.”

Etterprøvingen av masseoppsigelser vil bli annerledes enn ved individuelle oppsigelser fordi det er foretatt grundige forhandlingene med organisasjonene i forkant. Slike forhandlinger kan være en sikkerhet for at vurderingen er forsvarlig. Dette taler for at domstolene viser tilbakeholdenhet med å overprøve arbeidsgivers vurdering i situasjoner hvor utvelgelsen er et resultat av omfattende prosess mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte i fellesskap. Et eksempel på masseoppsigelser er inntatt i NAD 1984-85. 312, Eidsivating.

Saken gjaldt oppsigelser etter reorganisering av et verft. Den som gikk til sak var en av 200 oppsagte. Han hadde 40 års erfaring i bedriften. Han gjorde gjeldende at en med langt kortere ansiennitet skulle vært oppsagt i stedet for han. Flertallet mente derimot at bedriften hadde foretatt en forsvarlig vurdering sett ut i fra den vanskelige situasjonen de befant seg i. De var i en vanskelig økonomisk situasjon og bedriften måtte således være berettiget til å ta bedriftsøkonomiske hensyn. Det ble videre sagt at i en situasjon med masseoppsigelser i forbindelse med at deler av bedriften nedlegges kunne ikke ansiennitetsprinsippet alene tillegges avgjørende vekt. Retten bemerket at det i en slik situasjon ville være berettiget av bedriften å se på for eksempel alderssammensetning og kvalifikasjoner blant de ansatte i henhold til de arbeidsoppgaver som skulle utføres i fremtiden.

Arbeidstakeren måtte i dette tilfelle, for å kunne fortsette, gått gjennom en omfattende opplæring og retten konkluderte med at oppsigelsen ikke var usaklig og at bedriften måtte frifinnes.³² Retten kom blant annet frem til at det ved masseoppsigelser ikke kunne legges avgjørende vekt på ansiennitetsprinsippet.

Overtredelse av arbeidsmiljøloven § 56 A vil ikke i seg selv automatisk føre til at gitte oppsigelser blir ugyldige, men det vil være et moment som kan tillegges vekt ved saklighetsvurderingen i arbeidsmiljøloven § 60. I rettspraksis er det i forbindelse med saklighetsvurderingen i flere tilfeller lagt vesentlig vekt på virksomhetens saksbehandling forut for oppsigelsen, jfr. Rt. 1966 s. 393 og Rt. 1972 s. 1330. Det må foretas en vurdering etter § 60 og viser den at man har foretatt en grundig vurdering etter § 56 A, kan det medføre at oppsigelsen er saklig. Departementet uttalte i forarbeidene at det var viktig med drøftelser i forkant *”for at arbeidsgiveren skulle foreta de nødvendige vurderinger av saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 60”*.³³ Da dette gjøres til et moment i saklighetsvurderingen er det med

³³ jfr. Ot. prp. 50 (1993-94) s. 182.

på å effektivisere arbeidsmiljøloven § 56 A. Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 60 blir er pådriver for at man skal foreta en forsvarlig drøftelse etter § 56 A.

Etter min mening er det sterke hensyn som taler for at ansiennitetsprinsippet bør ha mindre vekt ved masseoppsigelser enn ved individuelle oppsigelser. For det første fordi bedriften befinner seg i en vanskelig økonomisk situasjon, ofte enda mer vanskelig enn det som er tilfelle ved individuelle oppsigelser. Bedriften vil derfor være best tjent med å ha de best kvalifiserte arbeidstakere for å få bedriften ut av krisen og har behov for å beholde de med kjernekompetanse innefor bedriften.

For det andre vil det for arbeidstakerne som er sagt opp kunne være en fordel at bedriften er best skikket til å komme seg ut av krisen. De har fortrinnsrett til ny tilsetting hvis bedriften får mulighet til å ansette på nytt, jfr. arbeidsmiljøloven § 67.

Det kan av ovenstående drøftelse utledes at ansiennitetsprinsippet vil ha vekt også ved masseoppsigelser, men at arbeidsmiljøloven § 60 bør tolkes slik at ansiennitetsprinsippet gis noe mindre vekt ved masseoppsigelser

5.3 Etter Tariffavtale

Det er på det rene at det i tariffavtaler kan avtales nærmere bestemmelser om ansiennitetsprinsippets vekt.

For arbeidsforhold som omfattes av Hovedavtalen mellom LO og NHO følger det av § 9-12 at: "Ved oppsigelse grunnet innskrenkninger/omlegginger kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn." Kvalifikasjoner eller andre hensyn kan bare gå foran ansiennitet når det foreligger en saklig grunn til det.

Saklighetsvurdering som må foretas individuelt for de berørte parter. Bestemmelsen erstatter den tidligere § 9-9, der ordlyden var: "ansiennitet skal følges under ellers like vilkår." Det presiseres gjennom en protokolltilførsel at endringen ikke er ment å innebære noen realitetsendring.

Etter den nye ordlyden kreves en vurdering, der en må godtgjøre at det er forsvarlig å fravike ansiennitetsprinsippet. Det kan derfor være grunn til å anta at ansiennitetsprinsippet er styrket gjennom denne endringen og således blir tillagt større vekt.

Utgangspunktet må etter ordlyden være at når de ansatte står likt med hensyn til øvrige kvalifikasjoner, som det er saklig å ta med i vurderingen, går den av de ansatte med lengst ansiennitet foran. Dette innebærer at bedriften i slike tilfeller har en plikt til å legge ansiennitet til grunn, selv om forskjellen i ansettelsestid mellom de ansatte er ubetydelig.³⁴

Når man går nærmere inn på hva som ligger i saklighetsvurderingen kan man, foruten ordlyden, se hen til andre bestemmelser i Hovedavtalen. Ofte kan konteksten i en lov, eller som her avtale, gi en anvisning på hvorledes bestemmelsene skal tolkes.

Det er i Hovedavtalens § 8-1, som gjelder permitteringer, benyttet identisk ordlyd som i § 9-12 og dette taler for at man kan legge en lik fortolkning til grunn.

Rettspraksis viser derimot at ansiennitetshensynet ikke tillegges samme vekt ved permitteringer som ved oppsigelser. Grunnen til dette, som det fremkommer av dommen nedenfor, er at det ved permitteringer er en forutsetning at vedkommende skal tilbake i jobben. Dette utgangspunkt er ikke det samme ved oppsigelse da en slik vurdering er endelig. Et illustrerende eksempel er ARD 1997/201(31.10.97):

I denne saken gikk et båtbyggeri til permittering på grunn av sviktende ordretilgang. Partene var enige i at det var saklig grunn til å foreta slike permitteringer, men de var uenige om kriteriene som lå til grunn for utvelgelsen av hvem som måtte permitteres. Det ble her uttalt følgende: "Etter hovedavtalens § 8-1 nr. 3 kan ansiennitetsrekkefølgen fravikes ved permitteringer når det foreligger saklig grunn. Ved vurderingen av om saklig grunn foreligger, vil faglige kvalifikasjoner, sosiale og andre hensyn, så vel som ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller, være momenter av betydning. Arbeidsretten finner det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på det generelle innholdet av kravet til saklig grunn. Hvorvidt en fravikelse av ansiennitetsrekkefølgen er berettiget, må avgjøres konkret. Foranlediget av prosedyren vil retten likevel bemerke at en person som arbeider i halv stilling, ikke av den grunn står i noen annen situasjon enn andre arbeidstakere ved utvelgelsen av hvem som skal permitteres....Retten bemerker også at saklighetsvurderingen ved utvelgelsen ikke stiller seg likt ved permittering som ved oppsigelse. Permittering er i motsetning til oppsigelse et midlertidig tiltak som forutsetter at arbeidstakerne vil bli gjeninntatt i arbeidet. Saklighetskravet i hovedavtalens § 8-1 nr. 3 må forstås i sammenheng med dette."

Man kan dermed se at de krav som stilles til vurderingen av saklighet ved oppsigelse er strengere enn ved permittering. Dette er et moment som støtter opp under ansiennitetsprinsippets vekt ved oppsigelser.

³⁴ Sett i forhold det som utledes av arbeidsmiljøloven om krav til lengre ansiennitet for at det skal være et selvstendig vilkår, se pkt. 5.1.2.5

Det kan i tillegg påpekes at enhver forskjell i kvalifikasjoner eller andre saklige kriterier ikke kan føre til at ansiennitetsprinsippet må vike.

Man må generelt kunne kreve at arbeidstakerne i det *vesentlig* står likt. Med dette menes at forskjell i allmennutdannelse for eksempel ikke uten videre kan medføre at ansiennitetsprinsippet skal fravikes. Hvis derimot arbeidstakerne har forskjellige språkkunnskaper, som anses relevant for stillingen, kan det lettere medføre at prinsippet fravikes.

Konklusjon:

I de tilfeller hvor en bedrift er bundet av en tariffavtale der det er inntatt bestemmelser om ansiennitet, vil prinsippet tillegges stor vekt.

Ordlyden i avtalen vil ha betydning for hvor mye man skal vektlegge ansiennitetsprinsippet i en avgjørelsesprosess.

En bedrift kan også på grunnlag av sedvane være pålagt å følge ansiennitetsprinsippet ved oppsigelser.

Grunnlaget for dette kan være at bedriften gjennom lengre tid har fulgt ansiennitetsprinsippet når de skal si opp arbeidstakere.

I Rt 1962 s. 6 ble det uttalt at en arbeidstaker hadde krav på at prinsippet ble riktig anvendt. Det var i denne saken ikke omtvistet at det var nødvendig med oppsigelse av 60 arbeidstakere ved bedriften, grunnet innskrenkninger. En av arbeiderne mente at oppsigelsen for hans vedkommende var usaklig begrunnet, og krevde gjeninnsettelse og erstatning. Høyesterett kom til at fabrikkens ved gjennomføringen av oppsigelsen hadde bygget på ansiennitetsprinsippet, men for saksøkers vedkommende hadde det blitt regnet for kort ansettelsestid. Høyesterett uttalte videre at: "Verken i arbeidervernloven eller i tariffavtale hadde man noen generell bestemmelse om plikt for bedriften til ved oppsigelse å følge ansienniteten, slik at en arbeider som sist var blitt ansatt skulle sies opp før den arbeider som var ansatt tidligere. Husmo gjør gjeldende at bedriften i alle fall ved de oppsigelser som fant sted i april 1958, hadde bundet seg til å følge et ansiennitetsprinsipp." Videre ble det uttalt: "For meg har det ikke vært nødvendig å ta standpunkt til om bedriften – særlig under forhandlingene i 1958 – hadde forpliktet seg til å følge ansiennitetsprinsippet ved gjennomføringen av de oppsigelser som da skulle foretas. Under enhver omstendighet er forholdet at bedriften – med visse tillem্পninger – faktisk mente å bygge på ansienniteten som således var grunnlaget for de oppsigelser som den gang fant sted." Høyesterett kom til at ansienniteten var beregnet galt, og erstatning ble tilkjent. Gjeninntreden ble imidlertid avslått da Høyesterett mente det ikke var rimelig at han etter tre år skulle gjeninntre i stillingen.

5.4 Er ansiennitetsprinsippets vekt blitt svekket i den senere tid?

Det er enkelte momenter som kan tale i retning av at ansiennitetsprinsippets vekt er svekket.

For det første er prinsippet ikke lovfestet. Dette kan enten bety at ansiennitetsprinsippets vekt ikke har blitt svekket og at lovgiver dermed ikke anser det som noe problem. Eller at lovgiver mener at det er blitt svekket, men at dette er noe som følger en naturlig utvikling og at det således ikke er ønske om å lovfeste prinsippet.

Det skjer stadig endringer i arbeidsmiljøloven og lovgiver har derfor mulighet til å lovfeste prinsippet.

For det andre er det i senere tid blitt avsagt en rekke underrettsdommer der de ikke har lagt avgjørende vekt på ansiennitetsprinsippet

Det kan tyde på at retten signaliserer at ansiennitetsprinsippet er av mindre betydning dersom en bedrift har andre og antatt viktigere behov å ivareta i forbindelse med oppsigelser.

Underrettsdommer vil i utgangspunktet ikke tillegges betydelig vekt. Like fullt kan de være et signal om at det skjer en endring i rettstilstanden.

Det fremkommer videre av praksis at selv i de tilfeller der en bedrift er bundet av et ansiennitetsprinsipp, på lik linje som i Hovedavtalen mellom LO og NHO, er det en utvikling i retning av å tillegge kompetanse større vekt enn ansiennitet ved nedbemanning.

Interessekonflikten er i disse tilfellene stor, da de tillitsvalgte står sterkt på at ansiennitet skal være det avgjørende, mens bedriftene gjerne vil legge kompetanse til grunn for utvelgelsen.

6 Arbeidsmiljøloven § 5

6.1 Generelt om ufravikelighet

I Arbeidsmiljøloven § 5 er det slått fast at bestemmelser om arbeidsavtalen er tvingende i det:

”Loven kan ikke fravikes ved avtale med mindre dette er særskilt fastsatt.”

Lovens ufravikelighetskrav er et resultat av lovens vernekarakter. Dette fordi arbeidsretten er sterkt preget av det underordningsforhold som arbeidsavtalen mellom bedriftsledelse og arbeidstaker bærer preg av.

Det kan stilles spørsmål til hvor reelt dette underordningsforholdet egentlig er. I den senere tid har arbeidstakerne fått stadig mer makt, for eksempel gjennom store og mektige organisasjoner som LO. Underordningsforholdet vil også være mindre synlig i en liten bedrift.

Arbeidstaker er ofte i en svakere forhandlingsposisjon enn den annen part og har således behov for lovregulert beskyttelse.

Avtaler innen arbeidsrett forplikter den enkelte personlig til å utføre et arbeid.

Arbeidssituasjonen vil for de fleste være en stor del av vedkommendes liv.

Det er således viktig å ha regler for hva arbeidstaker har krav på.

Bestemmelsen forutsetter at loven i utgangspunktet ikke kan fravikes ved individuell eller kollektiv avtale. Loven legger dermed en sterk begrensning på partenes avtalefrihet. En avtale som er i strid med arbeidsmiljølovens bestemmelser kan settes tilside som ugyldig, selv om den er i samsvar med det som er avtalt mellom partene.

Lovens karakter av å være ufravikelig kommer særlig til uttrykk i bestemmelsene om vern mot arbeidsulykker og helseskader.

Partene kan i disse tilfeller verken ved tariffavtaler eller individuelle avtaler bli enige om standarder eller risikotillegg i strid med loven.

I tillegg til at loven gir uttrykk for et strengt ufravikelighetsprinsipp har også Høyesterett slått dette fast. I Rt. 1998 s. 1357 ble det uttalt at:

” I følge arbeidsmiljølovens § 5 står en tariffavtale på samme måte som en individuell arbeidsavtale tilbake for lovens preseptoriske bestemmelser. Ufravikeligheten henger sammen med det vernehensyn loven bygger på.”

Lovgiver har fastsatt en minstestandard med de ufravikelige bestemmelsene og det må derfor være adgang til å avtale gunstigere vilkår til fordel for arbeidstaker. Man kan i tariffavtaler eller individuelle avtaler fastsette at arbeidstakeren skal ha et sterkere vern enn det arbeidsmiljøloven gir.

Dette følger av en naturlig tolkning av konteksten i loven som sådan og bakgrunnen for dens opprettelse, som nettopp er å beskytte arbeidstakeren.

Forarbeidene til loven gir også støtte til at det kan avtales vilkår som er gunstigere enn lovens minstekrav.

I Ot.prp.nr. 3 (1975-76) uttales det: ”Loven inneholder imidlertid i det vesentlige minimumskrav som må oppfylles. En avtale som gir bedre vilkår for arbeidstakere enn lovens minstekrav, vil derfor i alminnelighet ikke være i strid med loven.”

Skal man fravike loven, kan dette uansett bare skje på den måten som bestemmelsen gir anvisning på, altså at det må være særskilt fastsatt.

Med dette menes at det i lovteksten må fremkomme at det er tillatt å avtale forhold som kan fravike ordlyden i bestemmelsen.

Formelt sett fravikes en bestemmelse ved skriftlig avtale eller tariffavtale, eller etter dispensasjon fra arbeidstilsynet.

Avtaleloven³⁵ regulerer problemer i henhold til tolkning av disse.

Etter ordlyden i arbeidsmiljøloven § 5 er det åpnet for at man til en viss grad kan fravike loven jfr. ordlyden: ”med mindre dette er særskilt fastsatt.”

Problemet vil etter dette være å finne rammen for hva man lovlig kan avtale.

Jeg har allerede kommet frem til at avvik kan skje såfremt det er til gunst for arbeidstaker. I den videre drøftelsen vil jeg se på om det er andre muligheter for å fravike loven og da med spesielt blikk på avtaler om ansiennitetsprinsippets vekt ved oppsigelser.

³⁵ se Lov av 31. mai 1918 nr. 4, Avtaleloven

6.2 Ufravikelighetsprinsippets påvirkning på ansiennitetsprinsippet

6.2.1 Ansiennitetsprinsippet som avgjørende moment

Det første man kan se på er om ufravikelighetsprinsippet er til hinder for å avtale at ansiennitetsprinsippet skal være det avgjørende momentet ved vurderingen av overtallige arbeidstakere.

Det foretas en helhetsvurdering, slik arbeidsmiljøloven § 60 forutsetter, der en rekke momenter vil bli drøftet. Ved vurderingen må man legge avgjørende vekt på vedkommendes ansiennitet.

I utgangspunktet vil ikke dette stride mot ufravikelighetsprinsippet, da loven blir fulgt. Loven oppstiller ingen retningslinjer for hvordan man skal vektlegge de ulike momenter og at man legger avgjørende vekt på et moment kan således ikke ansees å stride mot ordlyden i bestemmelsen.

Det følger videre av forarbeidene at ansiennitet skal vektlegges under ellers like vilkår. Dette kan tale for at man etter å ha foretatt en saklig vurdering kan legge avgjørende vekt på ansiennitet.

I Rt 1996 s. 1401 ble en sekretær sagt opp selv om hun hadde lang og lengst ansettelsestid i bedriften.

Oppsigelsen var begrunnet med rasjonalisering i bedriften.

Det var på det rene at rasjonaliseringen var saklig, spørsmålet gikk på om det var saklig å si opp akkurat denne arbeidstakeren. Det var i dette tilfelle en hovedavtale som blant annet gav uttrykk for at: "Ved oppsigelse i henhold til § 8.4.1 og § 8.4.1 skal de sist ansatte sies opp først, såfremt de ikke er helt nødvendige for firmaets drift." Det vil si at det på forhånd var avtalt et strengt ansiennitetsprinsipp. Retten utalte i denne forbindelse at så lenge det ligger en hovedavtale til grunn, og denne har et strengere ansiennitetsprinsipp er bedriften bundet av dette ved oppsigelse.

I motsatt fall var det bedriften som måtte bevise at avtalen ikke ble benyttet. Det gjorde bedriften ikke her. Vurderingen gikk i denne avgjørelsen på om den sist ansatte var helt nødvendig for bedriften, hvis ikke anså retten det som helt klart at ansiennitetsprinsippet skulle følges.

Det ble allikevel i dommen konkludert med at oppsigelsen var saklig, men det var på grunnlag av illojalitet fra arbeidstakers side.

Det fremstår på bakgrunn av den overstående drøftelse som mest naturlig at det i tariffavtaler kan avtales at ansiennitet er det avgjørende moment ved en oppsigelse. En virkning av dette blir at de som er ansatt på prøvetid vil måtte være de som må gå først, sett i henhold til de ordinært ansatte.

6.2.2 Ansiennitetsprinsippet som eneste kriterium ved oppsigelse

Går man litt lengre i samme retning blir spørsmålet om man kan avtale at ansiennitetsprinsippet skal være det eneste kriterium ved utvelgelsen av overtallige.

Dette skiller seg fra drøftelsen over ved at det ikke foretas en helhetsvurdering av de ulike relevante momenter. Ansettelsestiden er alene det avgjørende moment.

Man utelukker således en del av den helhetsvurderingen som forutsettes i arbeidsmiljøloven § 60 og kan således lettere føre til at det strider mot arbeidsmiljøloven § 5. Det blir i slike tilfeller ikke foretatt en forsvarlig vurdering som en arbeidstaker har krav på etter arbeidsmiljøloven § 60 jfr. § 5.

En avtale som dette kan neppe legges til grunn ved en eventuell tvist. Det vil i så fall lettere kunne stride mot ufravikelighetsprinsippet da det fraviker lovens vilkår.

6.2.3 Kan man se helt bort i fra ansiennitetsprinsippet?

Et tredje spørsmål man kan stille seg er om man kan legge til grunn en avtale om at ansiennitetsprinsippet ikke skal ha noe betydning.

Dette er forskjellig fra drøftelsen over da det her vil være ett moment i en helhetsvurdering som blir utelatt.

Ser man hen til arbeidsmiljøloven § 60, som er det naturlige utgangspunkt, vil man se at ansiennitetsprinsippet ikke er hjemlet i bestemmelsen. Det fremkommer som sagt av forarbeidene og rettspraksis at ansiennitet skal være et moment i vurderingen om oppsigelsen av den enkelte arbeidstaker er saklig. Det fremkommer imidlertid ikke når det kan fravikes. Fra dette kan man trekke den slutning at det vil stride mot loven å se bort i fra ansiennitet som et moment ved saklighetsvurderingen såfremt man ikke har noe annet grunnlag å støtte seg på.

Ser man derimot på Hovedavtalen mellom LO og NHO § 9-12 første ledd har den hjemlet i hvilke tilfeller ansiennitetsprinsippet kan fravikes. Ordlyden er følgende: *"Ved oppsigelse på grunn av innskrenkninger/ omlegging kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn."*

Hovedavtalen gir grunn til å anta at man kan fravike arbeidsmiljøloven § 60 sitt krav til å ta ansiennitet med i saklighetsvurderingen hvis det på forhånd er inngått tariffavtale om dette og det er saklig begrunnet å fravike det.

Man foretar fortsatt en helhetsvurdering, men man ser bort fra hvor lenge vedkommende har vært ansatt. Dette taler i retning av at man lettere går klar av ufravikelighetsprinsippet.

Det som også støtter dette er at en arbeidsgiver som ikke er bundet av en tariffavtale vil kunne legge til grunn andre momenter i sin avgjørelse av hvem som må gå. Dette taler for at man i en tariffavtale kan avtale at ansiennitetsprinsippet ikke skal ha betydning.

Ordlyden til arbeidsmiljøloven § 60 taler for at man ikke kan se helt bort i fra ansiennitetsprinsippet. Hovedavtalen derimot heller i retning av at det kan avtales at man skal se bort i fra ansiennitet ved utvelgelsen såfremt det er saklig.

Ut i fra overstående drøftelse er det vanskelig å trekke en konkret slutning. Rettskildebilde gir ikke noe entydig løsning og spørsmålet må derfor være åpent.

Avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker kan også få betydning på arbeidsrettens ufravikelige område. Dette kommer frem i en Høyesterettsdom fra 2001 s. 71 (Rasmussen Offshore-dommen).³⁶

En av problemstillingene der var om oppsigelsene var saklige etter arbeidsmiljøloven § 60. At bedriften oppsigelse var berettiget fra bedriftens side var ikke omtvistet, problemet var om det var riktige personer som var blitt sagt opp. Valget av oppsagte var basert på en ansiennitetsavtale inngått mellom virksomheten og de tillitsvalgte. Saklighetsvurderingen er i utgangspunktet noe domstolen kan overprøve, slik at avtaler som strider mot arbeidsmiljøloven § 60 ikke vil være bindende. Førstvoterende påpekte at det ”i prinsippet må foretas kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultat av ansiennitetsavtaler”. Men avtalen med de tillitsvalgte var ikke under enhver betydning ved vurderingen av sakligheten jfr. følgende uttalelse fra førstvoterende: ”Det må åpenbart være slik at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet.”

³⁶ se vedlegg 2

Man ser her at selv innenfor de regler som etter arbeidsmiljøloven i utgangspunktet er ufravikelige er domstolene forsiktige med å overprøve den avtalen som er inngått. Avtalen som sådan var ikke bindende for domstolen, men den var et viktig moment i vurderingen av om oppsigelsen var saklig.

Motsatt kan man si at avtaler som ligger utenfor arbeidsmiljølovens ufravikelige bestemmelser må retten som utgangspunkt legge til grunn. Er det tvist rundt dette får de alminnelige avtalerettslige regler anvendelse.

I denne forbindelse kan det kort nevnes at såfremt en part er bundet av en tariffavtale kan det ikke i individuelle avtaler settes vilkår som strider mot denne. Dette gjelder både i henhold til å sette bedre vilkår og dårligere. Bakgrunnen for at ufravikelighetsprinsippet her gjelder begge veier skyldes at det ellers ville gjøre at tariffavtalen mistet mye av sin betydning. Det ville undergrave verdien av tariffavtalen for andre medlemmer av organisasjonen. Ufravikeligheten i forhold til tariffavtalene gjelder så vel til gunst som til ugunst for arbeidstaker, til forskjell fra prinsippet slik det er i arbeidsmiljøloven.

7 Andre momenter som kan være mer tungtveiende ved utvelgelsen av overtallige arbeidstakere

Spørsmålet i det følgende er hvilke momenter som kan tale mot å tillegge ansiennitetsprinsippet avgjørende vekt ved utvelgelsen av overtallige. Oppregningen pretenderer ikke å være uttømmende.

Skal man fravike ansiennitetsprinsippet vil det generelt være viktig å se hen til ansiennitetsforskjellen.

Er denne liten vil retten antagelig i større grad godta avvik. I Rt. 1986 s. 879³⁷ anså Høyesterett en ansettelsestid på 7-8 år som ” *ikke særlig lenge* ” og en forskjell i ansiennitet på 4 år som ikke betydelig. Motsatt vil lang tjenestetid ha stor betydning.

³⁷se vedlegg 1. Også omtalt nedenfor under punkt 7.3

7.1 Bedriftsmessige hensyn

Må ansiennitetsprinsippet vike hvis det er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens forhold?

Ut i fra rettspraksis kan det generelt utledes at desto verre den økonomiske situasjonen i bedriften er, tillates det i større grad å ta driftsmessige hensyn.

Spørsmål er hvor langt bedriften kan gå i å ta driftsmessige hensyn på bekostning av de ansattes ansiennitet.

I en bedrift er det ofte både faglært og ufaglært arbeidskraft.

Kan bedriften ved en oppsigelse si opp alle de ufaglærte, for så å beholde de faglærte og sette de til å utføre den jobb de ufaglærte tidligere har gjort? Det vil for bedriften være en klar fordel å gjøre det på denne måten da det kan være vanskelig å skaffe faglærte tilbake når den ordinære driften skal starte igjen.

Men bedriften vil neppe være berettiget til ensidig å si opp alle ufaglærte.

Det vil antakelig anses for å være fjerne driftshensyn, og vil ikke kunne slå gjennom for ansiennitetsprinsippet.

Ønsker bedriften derimot å si opp de faglærte, kan det argumenteres for at dette er bedriftsmessige hensyn da faglærte er bedre lønnet enn ufaglærte og således en større utgift for bedriften.

Spørsmålet blir etter dette hvor langt bedriften må strekke seg før det blir en driftsmessig ulempe.

I en underrettsdom fra Eiker, Modum og Sigdal herredsrett 20/11.1964 (Medd. 1964.426) berørte retten problemet.

En bedrift hadde to avdelinger, for produksjon av henholdsvis manometre og termometre. De fikk etter hvert økonomiske problemer og måtte legge ned den ene avdelingen. De fire ansatte i denne avdelingen ble da sagt opp.

Disse hadde vært ansatt i bedriften mellom 21-28 år, og mente det ikke var berettiget at de ble sagt opp. Retten frifant dog bedriften med den begrunnelse at en omplassering³⁸ (slik at de fire skulle begynne i den andre avdelingen) ville skape uro i bedriften og dette ville kunne påvirke hele bedriften som sådan.

³⁸ se mer om dette i punkt 6.5

Av dette kan man slutte at der det vil skape stor ulemper bedriftsmessig kan man fravike ansiennitetsprinsippet ved å foreta oppsigelser avdelingsvis.

En annen situasjon hvor det kan være berettiget å ta bedriftsmessige hensyn er hvis man er avhengig av en person for den fortsatte driften.

I ARD 1934.88:

Her var det en tariffavtale som lå til grunn. I denne avtalens § 11 uttales det at oppsigelse skal foretas etter ansiennitet, således at arbeidere med minst sammenlagt ansettelsestid blir oppsagt først. Etter ordlyden skal altså ansiennitetsprinsippet følges.

Arbeidsretten uttalte om dette at for så vidt denne bedrift angår kan ikke bestemmelsen være ment på en ubetinget måte. Bedriften består av flere avdelinger og det ferdige produkt er avhengig av samtlige av disse avdelinger. Settes en arbeidstaker ut av spill vil ikke bedriften kunne fortsette. Arbeidsretten uttalte videre at ved innskrenkninger må man ta hensyn til dette, og oppsigelsen må skje forholdsmessig i alle avdelinger, selv om det strenge ansiennitetsprinsippet da må fravikes.

Fagfolk og spesialutdannede som bedriften har særlig behov for i den videre drift vil også kunne stå i en særstilling, selv med kortere ansiennitet. Dette kan enkelt forklares med at de gjennomgående har spesialkompetanse på sitt felt og derfor er uunnværlig. Det må også være tillatt for bedriften å beholde nok personer med spesialkunnskap til at sykdom ikke vil sette bedriften i en krisesituasjon.³⁹ Ved vurderingen av hvor mange bedriften skal beholde vil hensynet til driftsmessig sikkerhet være avgjørende.

Er det på det rene at driftsmessige hensyn ikke er tilstrekkelig bør man falle tilbake på at bedriftsansienniteten i sin helhet skal være avgjørende for hvem som sies opp.

7.2 Mulighet for alternativ inntekt

Arbeidstakers mulighet for å skaffe inntekt på annen måte har også blitt tillagt vekt i rettspraksis. For eksempel muligheten til å førtidspensjonere seg. Men man må her være forsiktig ved slike vurderinger da formålsbestemmelsen arbeidsmiljøloven § 1 nr. 2 sier at man skal sikre et ”meningsfullt arbeid”.

³⁹ se Jakhelln, Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold, Lov og Rett 1967

Det man skal veie disse momenter opp i mot er ”virksomhetens behov”. Er situasjonen kritisk for bedriften, aksepteres større ulemper for arbeidstaker enn i de tilfeller hvor er spørsmålet om oppsigelser er begrunnet med økt lønnsomhet for bedriften.

Det vil si at hensynet til arbeidstaker ikke alene er et moment i vurderingen, men det er selvfølgelig spesielt viktig sett i forhold til lovens formålsparagraf.

7.3 Kvalifikasjoner, sosiale og menneskelige hensyn

Videre kan man se på om kvalifikasjoner i visse tilfeller kan veie tyngre enn ansiennitet.

I Rt 1986 s. 879⁴⁰ ble spørsmålet om hva ansiennitetsprinsippet må vike for belyst.

Det ble i dommen uttalt at ”det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov”. Førstvoterende uttaler videre at ”man ikke her kan stille krav til at det bare er ”nøkkelpersoner” - i den forstand at de er helt nødvendige for fortsatt drift – som kan beholdes etter en slik vurdering. Det er også andre momenter som kan være avgjørende som bedriften må kunne ta hensyn til: forskjell i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter.”

I dommen ble det fra de ankedes parters side hevdet at det ikke kunne tas hensyn til sosiale og menneskelige hensyn ved avgjørelsen av hvem som skal sies opp.

Høyesterett uttalte imidlertid: *”Det er på det rene at i forhold mellom bedriften og den enkelte arbeidstaker vil slike hensyn ha betydning ved vurderingen etter § 60 nr. 2 av hvilke ulemper som oppsigelsen påfører arbeidstakeren. Skal det bli sammenheng i rettsreglene må det samme gjelde når man må velge ut til oppsigelse en eller noen blant flere arbeidstakere. Det kan her være flere hensyn som må tillegges vekt, således kvalifikasjoner, alder, ansiennitet og også klare sosiale eller menneskelige forhold.”*

Det kan fra dommen slutes at ansiennitetsprinsippet kan fravikes. Dommen gjelder ansiennitetsprinsippet i henhold til det vage vern som følger av en tolkning av

⁴⁰ se vedlegg 1

arbeidsmiljøloven § 60. Arbeidsgiver gis et nokså vidt spillerom til å vurdere arbeidstakeres kvalifikasjoner, sosiale forhold og bedriftens behov.

Bedriften kan imidlertid ikke gå for langt i å vektlegge sine egne målsetninger om å sikre en mest mulig kvalifisert arbeidsstokk.

I en underrettsdom avsagt av Oslo Tingrett 02.07.03, ble en oppsigelse kjent ugyldig da bedriften ikke hadde avholdt drøftings møte i forkant, dernest hadde bedriften lagt for liten vekt på at arbeidstakeren hadde vært i bedriften mesteparten av sin yrkesmessige karriere.

Retten uttalte at ” det er rettens oppfatning at selskapet har lagt for stor vekt på egne, ideelle målsetninger om å sikre en mest mulig kvalifisert og kompetent arbeidsstokk, og har lagt for liten vekt på hensynet til at en arbeidstaker har vært i bedriften mesteparten av sin yrkesaktive karriere.”

I dommen ble det videre uttalt at det burde vært vurdert en alternativ beskjeftigelse for arbeidstakeren.⁴¹

7.4 Andre relevante momenter

For en bedrift som må si opp mennesker vil situasjonen være den at man ønsker å beholde de som er best egnet til videre arbeid. Da ikke bare med tanke på kvalifikasjoner, men også i forhold til andre forhold som sykdom, høy alder eller et handikap. Ansatte med høyt sykefravær vil være en arbeidskraft som er mer sårbar for bedriften.

Ved en saklighetsvurdering vil disse momenter måtte veies opp imot det hensyn at det kan være vanskelig for denne gruppen arbeidstakere å skaffe seg nytt arbeid. De vil i utgangspunktet være de som trenger jobben mest.

Et sykefravær som er vesentlig større enn normalt vil kunne gi saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet, selv om et noe større fravær må godtas jo lengre tjenestetiden er. Det vil være trygdekontorets oppgave å ta vare på den ansattes særlige behov.⁴²

For eksempel kan det legges til grunn at innskrenkninger må skje for å oppnå kostnadsreduksjoner på lønningssiden, samtidig som det stadig er like mye arbeid å utføre fordelt på færre arbeidstakere. Under forutsetning av at omlegging/effektivisering er

⁴¹ mer om dette i pkt. 7.5

⁴² jfr. Jakhelln, Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold, Lov og Rett 1967 s.128

nødvendig for den videre drift, vil utvilsomt ansienniteten kunne fravikes, og høyt sykefravær kan saklig vektlegges i en utvelgelsesprosess. Dette er lagt til grunn i en lagmannsrettsdom inntatt i NAD 1988 s. 263.

Saken gjaldt en maskinkjører som, på grunn av ryggplager, i perioder var borte fra jobb. Arbeidstakeren hadde vært ansatt siden 07.11.83 og hadde vært fraværende grunnet sykdom fra 19.10 til 10.11 og i perioden 06.12-14.12. Dette ble av retten ansett som langvarig sykefravær. Det var grunn for bedriften å regne med fortsatt sykefravær.

I RG 1964 s. 510 ble det uttalt følgende:

”Det sykefravær som her foreligger er så betydelig at et må danne saklig grunn for at L... ble oppsagt.” Herredsretten henviste uttrykkelig til de sosiale trygdeytelser (s. 523). I Oslo byretts dom av 29.04 1939 ble det uttalt at ”Ved avveiningen av hvem som skulle oppsies, måtte bedriften ha rett til å ta hensyn til at de to saksøkere var særlig mye fraværende...”.

Det vil i tillegg være avgjørende om sykdommen er kronisk eller helbredelig. Er det siste tilfelle vil det lettere kunne være usakelig å legge vekt på det etter arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1.

En ansatt med et fysisk handikap vil fra bedriftens side, kunne være mindre fleksibel, og kan påføre bedriften større utgifter.

Dette følger av en dom fra 1964. 510, Hålogaland at den ansatte på grunn av sitt fysiske handikap ikke kunne ta skiftarbeid og det var således berettiget å fravike ansiennitetsprinsippet. Herredsretten anførte, med tilslutning av lagmannsretten:” Et særskilt moment... er at arbeidet ved noen av Jernverkets avdelinger går kontinuerlig døgnet rundt. Uhell som krever øyeblikkelig reparasjon kan inntreffe til alle døgnets tider. Det må da være et saklig hensyn at det ved reparasjonsavdelingen først og fremst er ansatt folk som ikke på grunn av sykdom eller skavanker er forhindret fra å rykke ut når som helst.”

Men kan en ansatt utføre sin arbeidsoppgave tilfredsstillende, men likevel ikke er fullt så fleksibel, er ikke det i seg selv en saklig oppsigelsesgrunn. Det skal som regel noe mer til.

I tillegg til de momenter som jeg har drøftet ovenfor kan en rekke andre momenter være saklige å vurdere ved avgjørelsen av hvem som skal sies opp. Dette fordi avgjørelsen beror på et skjønn og man må ta i betraktning om oppsigelsen vil virke rimelig ovenfor arbeidstaker. Momenter av mer personlig art som for eksempel forsørgelsesbyrde, økonomisk tilstand vil kunne tillegges vekt.

Det følger av rettspraksis at også ektefellens inntekt kan tillegges vekt.

I Rt 1967 s. 91 ble det av høyesterett lagt vekt på inntekten til ektefellen. Høyesterett uttalte at arbeidstakeren ”var på oppsigelsestiden 66 år og hadde vært i bedriftens tjeneste i 41 år. På den annen side var han frisk og hadde ingen forsørgelsesbyrde idet hans kone er ansatt i en relativt godt lønnet kommunal stilling”.

Denne høyesterettsdom er fra før arbeidsmiljøloven trådte i kraft. Dette kan tale for at momentet ikke vil bli vektlagt i dag. Dette fordi det før arbeidsmiljøloven ikke var lovfestet et krav til individuell vurdering og man må således være forsiktig med å legge vekt på momenter som taler i arbeidstakers disfavør.

7.5 Omplassering

Selv om oppsigelsen vil være saklig, etter foregående drøftelse, er det ingen gode grunner til at arbeidsforholdet skal avbrytes dersom arbeidstakeren kan utføre annet arbeid hos arbeidsgiveren. Arbeidstakeren vil som regel være tjent med alternativt arbeid fremfor oppsigelse. Under enhver omstendighet er det naturlig at vedkommende gis anledning til å velge et slikt alternativ der dette er mulig.

Bedriften plikter derfor så langt det er mulig å skaffe de ansatte annet passende arbeid innenfor bedriften. Dette er lovfestet i arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2, første setning.

Utgangspunktet er nå at arbeidstaker kan sies opp fra sin opprinnelige stilling hos arbeidsgiver, men spørsmålet er om arbeidstakeren kan sies opp fra hele arbeidsgivers virksomhet.

Arbeidsgiver kan ikke pålegges å opprette eller opprettholde stillinger som det ikke er bruk for. Motsetningsvis kan det slutes at hvis det opprettes en stilling eller en stilling skal bestå

og blir ledig, på grunnlag av omorganisering, må denne tilbys arbeidstaker dersom vedkommende har de nødvendige kvalifikasjoner.

Videre benytter lovgiver i arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2 ordet arbeid. Dette tyder på at det ikke er nødvendig at det finnes en formelt opprettet og ledig stilling. Det er i følge forarbeidene til bestemmelsen nok at det i bedriften er et udekket behov for arbeidskraft. I de tilfeller der det ikke finnes organiserte ledige stillinger er det fortsatt uklart hvilke krav en kan stille til arbeidsgiver for å skaffe arbeid. Bakgrunnen for denne uklarheten er at dette er avgjørelser som i utgangspunktet er tillagt bedriften i henhold til styringsretten. I rettspraksis ser det ut til at arbeidsgivers frihet, i kraft av styringsretten, til å bestemme hvilke stillinger bedriften skal ha blir ytterligere begrenset ettersom hvor lang ansiennitet vedkommende har i bedriften og hvor vanskelig det er for den oppsagte å skaffe seg nytt arbeid.⁴³

Det fremkommer også av rettspraksis at oppsigelser underkjennes i de tilfeller der bedriften like før oppsigelsen har ansatt folk til å utføre oppgaver som den oppsagte er kvalifisert for.⁴⁴

Dersom det finnes ledig arbeid i bedriften blir spørsmålet om dette er passende arbeid for arbeidstakeren. Hva som er passende arbeid må avgjøres etter en konkret vurdering, der hovedkriteriet er om arbeidstakeren er skikket til arbeidet.

I denne vurderingen må en ta stilling til om arbeidstakeren kan fylle de krav som med rimelighet kan stilles til kvalifikasjoner og personlig egnethet hos vedkommende som skal inneha stillingen.

I tillegg må utgangspunktet være at stillingen som tilbys arbeidstaker i størst mulig grad må tilsvare det arbeid vedkommende tidligere har hatt.⁴⁵

Det er virksomheten som har bevisbyrden for at det ikke er annet passende arbeid å tilby.

Dette understreker arbeidsgiveres plikt til å vurdere og om mulig velge andre løsninger.

Bedriftsledelsen er den som er best egnet til å ha oversikt over hvilke arbeid som skal utføres i bedriften og av hvem.

Bedriften skal så tidlig som mulig vurdere muligheten for å finne en annen stilling til de som har vært ansatt lenge.

⁴³ se Rt 1962 s. 888 og Rt 1972 s. 1330

⁴⁴ se RG 1991 s. 1283

⁴⁵ jfr. Ot. prp.nr. 41 (1975-76) s. 72

Dommen inntatt i Rt 1966 s. 393 belyser dette.

I denne avgjørelsen var en 48 år gammel regnskapssjef, med 28 års tjenestetid i firmaet, sagt opp på grunn av bedriftssammenslutning og rasjonalisering av bedriften. Han ble tilkjent erstatning på kr 25000 fordi det ble antatt at bedriften ikke hadde gjort tilstrekkelig for å unngå oppsigelsen.

Høyesterett uttalte i denne dommen blant annet ” i en situasjon som denne må det... i alle fall kreves at bedriften omhyggelig overveide om skadevirkningene for H kunne blitt redusert ved rasjonaliseringens effektivitet eller å påføre bedriften økende utgifter av betydning - å få i stand en ordning slik at H kunne ha fortsatt i bedriftens tjeneste.”

Mindretallet var ikke ening i denne begrunnelsen. De uttalte at man ikke kunne gi den ansatte medhold på grunnlag av en alminnelig formodning om at bedriften nok ville ha kunnet skaffe en eller annen hypotetisk løsning.

Avgjørelsen er drøftet i juridisk teori.⁴⁶ Det hevdes her at mindretallet ikke tar tilstrekkelig hensyn til hvor viktig det er tidligst mulig å vurdere muligheten for annen stilling.

Dommen viser at bedriften har en plikt til å gjøre sitt ytterste for å unngå oppsigelse av eldre og veltjente arbeidstakere. Samtidig pålegger den bedriften å drøfte spørsmålet om alternative løsninger med arbeidstakeren.

Når man først har laget en plan for driftsendringer uten på forhånd å ha sett på muligheten for å overføre ansatte til andre stillinger blir man ofte litt låst og det kan være vanskelig i ettertid å finne løsninger.⁴⁷

Dette er en dom fra før arbeidsmiljøloven og således før kravet til omplassering. Men dommen er like fullt av relevans da rettstilstanden etter arbeidsmiljøloven ikke kan være svakere enn det denne dommen fastslår. Det kan antakelig heller hevdes at kravene til bedriftene når det gjelder omplassering ved oppsigelse er skjerpet.

I Hovedavtalen mellom LO og NHO § 9 nr. 2 har de tatt konsekvensen av viktigheten av drøftelser.

Bedriftsledelsen skal så tidlig som mulig foreta drøftelser med tillitsvalgte om eventuelle utvidelser, innskrenkninger eller omlegginger av vesentlig betydning for arbeidstakerne og deres arbeidsforhold. Dette gjelder for de som er parter av hovedavtalen.

⁴⁶ se Jakhelln, Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold, Lov og Rett 1967

⁴⁷ se Jakhelln, Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold, Lov og Rett 1967

I utgangspunktet burde dette prinsippet gjelde også utenfor det tariffestede område, da en drøftelse i forkant kan være et moment i saklighetsvurderingen som kan tale for at oppsigelsen ansees som saklig.

8 Beregningen av ansiennitet

8.1 Rettslig utgangspunkt

Spørsmålet i dette kapittel er hvordan ansienniteten skal beregnes.

Det fremgår verken av arbeidsmiljøloven § 60 eller av forarbeidene til denne hvordan beregningen av ansiennitet skal foretas. Det er heller ikke inntatt bestemmelser om dette i Hovedavtalen mellom LO og NHO. Men det følger, som jeg kommer til nedenfor, av teori og praksis at det er ”den sammenhengende tjenesten i bedriften” som skal legges til grunn for ansiennitetsberegningen.⁴⁸

Det rettslige utgangspunktet er at det er den tiden vedkommende har vært ansatt i virksomheten som er avgjørende. Dette innebærer at ansiennitet fra ulike stillinger og forskjellige deler av virksomheten normalt kan legges sammen.

Med virksomhet menes, i denne sammenheng, det fysiske arbeidsstedet. Virksomhetsbegrepet er snevert. Det er knyttet til fysisk begrensede arbeidsplasser som har slik indre sammenheng at de kan sies å være en virksomhet.⁴⁹ I juridisk teori er det uenighet om begrepets betydning og utstrekning. Det vil sprengte denne oppgavens rammer å gå nærmere inn på denne drøftelsen, men man kan lese mer om dette i Fougner, Omstilling og nedbemanning samt Storeng, Beck og Lund, Arbeidslivets spilleregler bind II.

⁴⁸ jfr. ARD 1934 s. 88, ARD 1952 s. 26(Narvik): “Ved avgjørelsen av spørsmålet om hvem som har best ansiennitet... må man etter rettens mening se hen til vedkommendes tjenestetid i selskapet og ikke bare til tjeneste i vedkommende stilling.” Se også Rt 1992 s. 776, Rt 1986 s. 879, RG 1990 s.1098(Frostating), RG 1992 s. 426(Skien og Porsgrunn), RG 1990 s. 1207(Trondheim), NAD 1988 s.1212(Trondsnes).

Se også Larsen(2001), Knutsen(1997) og Jakhelln(1967) s. 127

⁴⁹ Jfr. Fougner, Omstilling og nedbemanning s.37 og 38

Man kan her stille spørsmål om det ville vært like hensiktsmessig å beregne ansienniteten ut fra hvor lenge vedkommende har vært ansatt hos arbeidsgiveren. Dette kan for arbeidstaker klart være en fordel for eksempel i de tilfeller der arbeidsgiveren er den samme over flere år, men der arbeidsstedet er forskjellig. Et eksempel på dette er der Manpower er arbeidsgiver. Spørsmålet må allikevel besvares benektende. Det vil være en stor ulempe for virksomheten om denne måtte beholde en arbeidstaker som har vært der kun kort tid grunnet at ansienniteten er knyttet til den arbeidsgiver virksomheten leier arbeidskraften fra. Et annet poeng er at ansienniteten må kunne opprettholdes ved et eierskifte. I slike tilfeller vil det fysiske arbeidssted fortsatt være det samme. Med dette mener jeg at arbeidsgiveren som sådan ikke skal ha betydning for ansiennitetsberegningen. Dette stiller seg noe annerledes hvis virksomheten skifter eier grunnet fusjon eller fisjon, og man dermed får flere ”virksomheter” å forholde seg til. Dette kommer jeg tilbake til senere i oppgaven.

Det følger av dette at antall år vedkommende er ansatt i virksomheten utgjør grunnlaget for ansiennitetsberegningen.

Når jeg benytter ordet virksomhet innebærer ikke dette noen realitetsforskjell i forhold til begrepet bedrift. Utrykket bedrift er en etterlevning fra arbeidervernloven av 1956. I dag må uttrykket forstås som ”virksomhet”, som er den betegnelsen loven nå benytter. Det fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at det ikke var tilsiktet at det skulle være noen vesentlige realitetsendringer. Bedriftsbegrepet er etter hvert blitt tolket veldig vidt. For eksempel kan man se at offentlig forvaltning er blitt betegnet som bedrift, selv om man etter ordlyden ikke i utgangspunktet karakteriserer offentlige kontorer som bedrifter.

I all hovedsak regnes ansienniteten fra tiltredelsestidspunktet. Andre muligheter er fra ansettelsestidspunktet eller fra ansettelsesåret. Men det mest praktiske er det første alternativet. Det er da man begynner å utføre arbeidet og opparbeider arbeidserfaring.

Hvis man starter beregningen fra ansettelsestidspunktet, eller fra det tidspunkt arbeidsavtalen ble inngått blir spørsmålet når det er inngått slik avtale. Kan en avtale ansees som inngått i det man har akseptert det tilbudet som arbeidsgiver kommer med, eller har man allerede inngått avtale i det man sender inn søknad om at man ønsker arbeidet? Spørsmålet må avgjøres ut i fra alminnelige avtalerettslige prinsipper. Etter avtaleloven vil bindende avtale være inngått når et tilbud blir akseptert innen akseptfristens utløp, jfr. avtaleloven §§ 2 flg. Ser man dette i en arbeidsrettslig sammenheng vil det

nærmere si at når arbeidsgiver har mottatt en søknad, og sendt svar til søker med tilbud om arbeid, vil søkers svar på dette tilbud være å anse som en aksept og fra det tidspunkt er en bindende avtale inngått. For arbeidsgiver vil det si at han kan trekke seg helt frem til søker har fått kunnskap om tilbudet. Og tilsvarende kan søker trekke seg frem til han har akseptert tilbudet.

Et spørsmål som kan drøftes er om det bør være adgang til å beregne ansienniteten fra den dag man ble ansatt i bransjen, altså bransjeansiennitet. Blir man oppsagt grunnet virksomhetens forhold, for så å tiltre i ny stilling innenfor samme bransje, vil det kunne fremstå som rimelig at ansienniteten fra forrige jobb skal regnes med.

I motsatt tilfelle vil man risikere å måtte bli oppsagt på bekostning av en i den ”nye” virksomheten med langt kortere bransjeansiennitet. På den annen side vil det for en arbeidstaker i virksomheten virke svært urettferdig om vedkommende som har lang ansettelsestid i akkurat denne virksomheten blir overtallig fremfor en nyansatt.

I mangel av rettskilder som veier i motsatt retning, må hovedregelen om beregning gjelde. Utgangspunktet blir derfor at ansienniteten beregnes fra det tidspunkt arbeidstakeren tiltre i stillingen.

Spørsmålet etter dette er hva som menes med ”sammenhengende tjenestetid”.⁵⁰

Ordlyden i seg selv kan tale for at det må foreligge et ansettelsesforhold som ikke er brutt. Det kan virke som det må være en enhetlig tidsepoke. Ser man derimot hen til problemet i praksis så kan en slik fortolkning ikke gjøres gjeldende. Sykdom, militærtjeneste, permisjoner eller lignende fører til at arbeidstakere er borte fra arbeidet i perioder. Praktiske hensyn tilsier derfor at ordlyden ikke kan tolkes strengt. Disse hensyn trekker altså i motsatt retning av det ordlyden isolert sett gjør. Juridisk teori støtter opp under dette da det der hevdes det at kortvarige, midlertidige fravær ikke avbryter ansienniteten.⁵¹

Ansienniteten vedkommende har opparbeidet seg i den fraværende tid kan antakelig ikke tas med i beregningen ovenfor ansatte med like lang ansiennitet, som aktivt har tjenestegjort i virksomheten denne tiden. I utgangspunktet syntes dette rettferdig og rimelig, men det kan også tenkes situasjoner der dette kan virke urimelig, særlig der begge har veldig lang ansettelsestid.

⁵⁰ se fotnote 51

⁵¹ jfr. Jakhelln, Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold, Lov og Rett 1967, s. 127.

Et eksempel på dette er kvinner som har vært i svangerskapspermisjon. De vil i forhold til den mannlige kollega alltid bli den ”tapende part”.

I enkelte tilfeller kan det være vanskelig å vurdere om et forhold er midlertidig opphør eller om det er definitivt avbrutt.

Man må da se hen til hva som fremstår som den mest naturlige løsningen. Det må foretas en konkret vurdering. Sluttes en arbeidstaker vil naturligvis også ansiennitetsberegningen avsluttes. Begynner vedkommende igjen hos sin tidligere arbeidsgiver starter ansiennitetsberegningen på nytt, jfr. NAD 1981-83.725(Nordre Sunnmøre).

Arbeidstaker var ansatt i bedriften fra 1974 til 1978. Han sa opp stillingen, men begynte igjen i 1980. Han ble sagt opp i 1983, og det ble i den forbindelse uttalt at han ikke hadde rett til å få medregnet sin ansiennitet fra den første gangen han var ansatt. Avbruddet fra 1978, da han selv sa opp, kan ikke sies å være så kortvarig avbrudd at det ikke får betydning ved ansiennitetsberegningen.

Etter dette er utgangspunktet at det kreves mer enn midlertidig avbrekk for at ansiennitetsberegningen skal avsluttes. Det må være noe fast og det må fremstå som sannsynlig at vedkommende ikke kommer tilbake i stillingen. Ut i fra dommen ser man at 2 år ikke er midlertidig. Spørsmålet er således om dette er en nedre grense, eller om også 1 års fravær er for lang tid. Spørsmålet er, så vidt jeg har kunnet bringe på det rene, ikke avgjort.

Et annet spørsmål er om det ved arbeidskamp blir et avbrudd i ansiennitetsberegningen eller om det bare regnes som midlertidig avbrudd. Ser man på et slikt avbrudd isolert sett er dette ofte opphold i en kortere tidsperiode. Dette sammenholdt med prinsippet i arbeidsmiljøloven § 58 nr. 5,⁵² tilsier at arbeidskamp anses som midlertidig avbrudd i arbeidsforholdet, og at man ikke mister den ansiennitet man har opparbeidet.⁵³ Hadde man tatt motsatt standpunkt ville dette satt en effektiv stopper for arbeidstakers mulighet til å gå til arbeidskamp. Det ville gitt arbeidsgiver et utilbørlig pressmiddel ved konflikter, da få hadde turt å streike hvis de hadde mistet ansienniteten.

⁵² Arbeidsmiljøloven § 58 nr. 5: ”Den sammenhengende tilsetning som kreves i denne paragrafs nr. 2 og 3, avbrytes ikke ved midlertidig fratreden i henhold til oppsigelse på grunn av lovlig arbeidskamp, men den tid arbeidstakeren er fraværende skal ikke medregnes, med mindre noe annet avtales ved arbeidskampens avslutning”.

⁵³ Se Larsen 2001, s 363, ”Statens Personalhåndbok”2000 s. 106-108.

Så langt må det kunne legges til grunn at det ved ansiennitetsberegningen kreves sammenhengende tjenestetid og at denne som utgangspunkt beregnes fra tiltredelsestidspunktet.

Jeg har i det foregående brukt betegnelsen virksomhet, og antatt at ansienniteten beregnes ut i fra hvor lenge vedkommende har vært ansatt i denne. Det som i det videre ska drøftes er alternative grunnlag for ansiennitetsberegningen.

8.2 Avdelingsvis beregning

Det første jeg ser på er om arbeidsgiver etter gjeldende rett kan foreta en avdelingsvis ansiennitetsberegning. Spørsmålet er ikke avklart verken i loven eller i forarbeidene.

Det må her innledningsvis tas stilling til hva som ligger i begrepet ”avdelingsvis”.

Begrepet i seg selv har ikke noe rettslig innhold.

Ved å sammenligne begrepet med bedriftsansiennitet går det frem at avdelingsvis er noe mindre enn virksomhet. Det er slik ordlyden tilsier, beregning ut i fra en del av virksomheten. Ansienniteten hos de ansatte vil i slike tilfeller bare sammenlignes med ansienniteten hos dem som jobber innenfor den avdeling vedkommende tilhører.

Siden man ikke finner løsningen på om det er anledning til å vurdere ansienniteten avdelingsvis i loven er det naturlig å se hen til rettspraksis.

I henhold til uttalelser i NOU 1996:6 s.38 er spørsmålet ”neppe avklart”, men praksis vist til nedenfor åpner for at bedriften til en viss grad har adgang til å vurdere ansienniteten avdelingsvis.

Rt 1992 s.776 (Sparebanen Nord-saken) gjelder oppsigelse og nedbemanning i en sparebank under bankkrisen. Høyesterett la til grunn at Sparebanken hadde store økonomiske problemer. Nedleggelsen av filialer var således saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Ved nedleggelse av filialer ble det etter vurderinger med de tillitsvalgte besluttet å si opp de som var ansatt ved den nedlagte filial. Alternativet var å foreta oppsigelser ved avdelingskontor eller filialer som ble beholdt, for å skaffe plass til de oppsagte med bedre ansiennitet/kvalifikasjoner fra nedlagte filialer. Høyesterett godtok bankens avgjørelse om å se hver bankfilial for seg.

Til dette uttaler Høyesterett at ”Med det meget betydelige geografiske område banken dekket, og det på bakgrunn av at banken, slik den forelå, hadde sitt utgangspunkt i nylig gjennomførte fusjoner av en rekke lokalbanker, var det ikke urimelig å vurdere hver avdeling for seg. Jeg nevner i denne sammenheng at ansettelsesmyndigheten var tillagt avdelingsbankene. I og med at ansettelsesforholdet

for arbeidstakere ved filialer var knyttet til disse, var det også et naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratres når filialen ble nedlagt. Den ordning som ble fulgt, kan i utgangspunktet ikke sies å være i strid med arbeidsmiljøloven § 60.”

Det antas at Høyesterett med dette resonnement for det første ønsket å belyse at de oppsagte ved å bli vurdert avdelingsvis ikke kom i noen dårligere stilling enn det de i utgangspunktet var i fra før av. Dette fordi de ansatte uansett ville bli sagt opp da banken før fusjonen var i en økonomisk krise. Det kan da ikke ansees som usaklig å bli oppsagt, fordi filialen på et senere tidspunkt skal nedlegges. Dette kan tale for at dommen ikke kan være et grunnlag for generelt å beregne ansienniteten avdelingsvis.

Videre påpeker Høyesterett at ansettelsesmyndigheten var tillagt avdelingene. Det er etter praksis å dømme mest normalt at oppsigelseskompetansen ligger hos det organet som har ansettelseskompetanse. Det kan tyde på at Høyesterett her mener at avdelingene skal sees på som egne rettssubjekter og at den enkelte avdelingsleder skal ansees som arbeidsgiver fremfor arbeidsgiveren for virksomheten som sådan. Dette medfører at vedkommende i kraft av styringsretten også har myndighet til å si opp mennesker og at valget kan skje ut ifra den enheten han er leder for. Dette er et moment som kan tale generelt for avdelingsvis beregning. Høyesterett går i denne sak ikke nærmere inn på begrepet virksomhet og det er derfor vanskelig å benytte dommen som en rettskilde for at man alltid kan foreta nedbemanning avdelingsvis.

Høyesterett har fulgt opp dette resonnement i Rt 1997 s. 623(PPD-senter-dommen), hvor de i tillegg indirekte tolker virksomhetsbegrepet.

Det var i denne saken foretatt oppsigelser ved et interkommunalt, pedagogisk-psykologisk distriktssenter. Spørsmålet var om det ved oppsigelsesvurderingen skulle tas hensyn til situasjonen, ikke bare ved senteret, men også ved eierkommunene. Kommunen hadde for Høyesterett erkjent at omplassering i kommunen ikke var vurdert, og de var enige i at oppsigelsene derav måtte være ugyldig, såfremt kommunen ble ansett som arbeidsgiver. Flertallet kom til at senteret måtte ansees som et eget rettssubjekt og som eneste arbeidsgiver for de oppsagte. Høyesteretts drøftelse tok utgangspunkt i kommunallovens regler om adgang til å opprette egne interkommunale styrer til løsning av felles oppgaver. Det ble lagt til grunn at det må avgjøres helt konkret for den enkelte virksomhet om det er et eget rettssubjekt.

Det må etter dette være dekning for å si at den avgjørelse som Rt 1992 s. 776 representerer er videreført og bekreftet.⁵⁴ Dette fordi man i begge tilfeller har å gjøre med større, sammensatte virksomheter, men at man også konkluderer med at mindre enheter innen for disse kan anees som egne rettssubjekter med de rettigheter som følger av dette.

I RG 1990 s. 1098(Frostating) var 21 produksjonsarbeidere av i alt 88 ved en betongfabrikk sagt opp. Lagmannsretten tok utgangspunkt i at spørsmålet om hvem ansienniteten skal vurderes i forhold til: ”må løses konkret for den enkelte arbeidstaker i den enkelte bedrift”, men uttalte deretter at: ”Utgangspunktet med ansiennitetsprinsippet er imidlertid at man tar hensyn til den tjenestetid de enkelte ansatte har i bedriften, slik at den sist ansatte normalt må sies opp før de senere ansatte. Likedan som vesentlige driftmessige hensyn kan slå gjennom dette utgangspunkt kan de samme hensyn tillate avdelingsvise oppsigelser, dersom det vil medføre vesentlige driftsmessige farer eller ulemper å overføre de ansatte fra en avdeling til en annen, for så å si opp det nødvendige antall ansatte etter deres ansiennitet. Hvor bedriften kan tåle det må derimot bedriftsansiennitet normalt følges.”

Lagmannsretten konkluderte med at bedriftsansiennitet måtte følges i dette tilfelle og begrunnet standpunktet med at:

”Det ikke er naturlig å se de enkelte arbeidsstasjoner i produksjon separat. Dette er funksjoner som utfyller hverandre i en produksjonsenhet. Der var ikke spørsmål om formelle kvalifikasjoner eller sertifikater av noe slag, hele arbeidsstokken var ufaglært. Bedriften var heller ikke i en akutt krisesituasjon ved innskrenkningene. Dette var et målrettet tiltak for forsvarlig drift i en forventet fremtid markedssituasjon. Det pålegger bedriften så vidt mulig å skaffe annet arbeid for de ansatte innen bedriften før oppsigelse skjer.”

På bakgrunn av rettspraksis kan man si at det rettslige utgangspunktet syntes å være at virksomheten som sådan er grunnlaget for utvelgelsen av hvem som skal bli oppsagt. Det finnes, som eksemplifisert ovenfor, unntak fra dette utgangspunkt slik at man kan begrense den kretsen man velger ut i fra.

Det må da foreligge saklig grunn for dette og det må medføre vesentlige driftsmessige ulemper⁵⁵ for bedriften å overføre folk fra en avdeling til en annen. Momenter av betydning for denne vurderingen er virksomhetens størrelse, derav om avdelingene er klart atskilte enheter, og/eller har forskjellige oppgaver. Dersom avdelingene er klart atskilte enheter,

⁵⁴ jfr. Fougner Omstilling og nedbemanning s. 269

⁵⁵ jfr. Rt 1992 s. 776, Rt 1997 s. 623, RG 1990 s. 1098

ansees det gjerne som mindre urimelig å se avdelingene hver for seg, og risikoen for driftsmessige ulemper er større. Videre kan bedriftens økonomiske situasjon være relevant. Er situasjonen svært vanskelig, er bedriften i mindre grad i stand til å tåle de ulemper som kan oppstå ved forflytninger. I tillegg kan momenter som geografiske utstrekning, praktiske problemer som vil oppstå i utvelgelsesprosessen, om en videre utvelgelseskrets vil gjøre det vanskeligere for bedriften å beholde kompetente medarbeidere osv. være relevante.

I enkelte tilfeller vil det også kunne foreligge en tariffavtale som regulerer dette spørsmålet. Hvis denne avtalen tilsier at utvelgelseskretsen skal være snevrere og bedriften konsekvent gjennomfører dette så vil domstolene som regel være varsomme med å overprøve dette. Høyesterett uttalte i Rt 2001 s. 71⁵⁶

”Jeg er enig i at et i prinsippet må foretas en kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultat av ansiennitetsavtaler. Men det må åpenbart være slik at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet.” Det vil si at dersom en slik avtale er i samsvar med arbeidsmiljøloven § 60 og arbeidstvistloven § 3 nr. 3 vil de bli lagt til grunn av domstolene ved en eventuell tvist.

8.3 Er det hensiktsmessig å beregne ansienniteten avdelingsmessig?

Det er en rekke hensyn som taler for og i mot en avdelingsvis beregning.

Ser man det ut i fra arbeidsgiver sitt ståsted vil det kunne være hensiktsmessig å beregne ansienniteten avdelingsvis. Dette fordi arbeidsgiver naturligvis er opptatt av den videre drift og ved å foreta oppsigelser i den avdeling det er aktuelt å foreta driftsinnskrenkninger slipper arbeidsgiver å sette de som blir overflyttet inn i nye oppgaver.

Arbeidsgiver sparer således tid og han får beholde arbeidstakere i de vante plasser. Det kan også anføres at det for arbeidsgiver vil kunne være vanskelig å sammenligne arbeidstakere på tvers av de ulike avdelingene i en større virksomhet. Det er lettere å måle arbeidstakere med noenlunde likeartede oppgaver innenfor samme avdeling opp mot hverandre.

Arbeidsgiver slipper å omrokkere i en ellers velfungerende avdeling. Det kan være avgjørende for virksomheten i forhold til den økonomiske situasjonen, konkurransedyktigheten og for bedriftens kompetansebehov at deler av virksomheten i så stor grad som mulig blir stående

⁵⁶ se vedlegg 1

uberørt av omstillingsprosessen. En nedbemanningsprosess vil også lett kunne skape uro i bedriften og det å begrense omfanget så meget som mulig vil derfor være en fordel.

Ser man det derimot fra arbeidstakers side vil det som oftest være best om ansienniteten beregnes på et så vidt grunnlag som mulig. De med høyest ansiennitet har gjerne arbeidet der i en årrekke og vil kunne føle det særdeles urettferdig at en med kortere ansettelsestid får fortsette mens en selv blir sagt opp. Særlig vil dette gjøre seg gjeldende der den oppsagte er kompetent til å foreta de gjenværendes oppgaver etter kortere opplæring.

Det stiller seg noe annerledes der hvor det er driftsmessige endringer grunnet hel eller delvis virksomhetsoverdragelse. Der vil det for arbeidstaker som oftest være en fordel at beregningen skjer avdelingsvis uavhengig av hvem som er eier.

I slike tilfeller kan det oppstå konflikter mellom de ansatte. For eksempel der en person er ny i avdelingen, men som likevel har lang ansiennitet i bedriften som sådan.

Hvis denne personen får bli på bekostning av en som har vært i avdelingen i lang tid kan dette fremstå som meget urimelig for den oppsagte. For den arbeidstaker som får bli derimot vil det kunne fremstå som rimelig at hans tilsetningstid i bedriften er avgjørende for hans ansiennitet.

Et annet problem vedrørende avdelingsvis beregning er at det fortsatt er uklart hva som utgjør en avdeling i en virksomhet. Dette henger igjen sammen med at virksomhetsbegrepet er noe diffust. Det kan virke som om domstolene legger til grunn bedriftens bruk av begrepet avdeling og dette medfører en nokså vilkårlig bruk av begrepet. Noe som igjen fører til en meget skjønnsmessig vurdering som er lite forutberegnlig både for arbeidsgiver og arbeidstaker.

8.4 Ansiennitetsberegning i konsern/selskaper

Videre kan det stilles spørsmål om hvordan ansienniteten skal beregnes der en person er ansatt i et selskap som inngår i et konsern av selskaper. Skal ansienniteten beregnes ut i fra vedkommendes samlede tilsetningstid i konsernet eller ut i fra det enkelte selskap eller i en mindre enhet.

Loven og forarbeidene gir ikke klart svar på dette. Det kan likevel slutes ut i fra disse at det ikke vil være usaklig å se bort i fra ansettelsestiden i konsernet som sådan.

Man kan til en viss grad utlede av praksis⁵⁷ at ansiennitet kan beregnes etter den samlede tilsetningstid i konsernet. I RG 1989 s. 745 ble derimot resultatet at arbeidstakeren ikke fikk medhold i at ansienniteten skulle beregnes ut i fra hvor lenge han hadde vært ansatt i konsernet.

Saken gjaldt oppsigelse av en maskinoperatør. Han hadde vært ansatt i AS Smedvig Drilling CO siden 1985 og før det hadde han fra 1978 arbeidet i rederiet Peder Smedvig AS innenfor samme konsern. Den oppsagte mente at ansienniteten han hadde opparbeidet seg i rederiet skulle telle med i beregningen, men fikk ikke medhold i dette.

Lagmannsretten begrunnet sitt standpunkt med at selv om han hadde ” ... kjent lite til... hvordan selskapet var bygget opp i konsernet så fulgte det av tilsetningskontakten hvem som var arbeidsgiver og det var dette som måtte være avgjørende.”

Lagmannsretten uttalte videre: ”Arbeidet i Smedvig Aksjeselskap var som maskinoperatør på mobile fartøyer. Dette var forskjelligartet virksomhet og hvor særlig sikkerheten på borefartøyet er spesiell og vesentlig. Ansiennitet og derav erfaring på borefartøy må sies å være så vidt sentral og viktig at det er saklig grunnlag for å bygge på ansienniteten i AS Smedvig Drilling & CO, og se bort i fra ansienniteten i Peder Smedvig Aksjeselskap. Det motsatte syn ville innebære at selskapet måtte si opp folk med lang erfaring fra borefartøy til fordel for folk med liten erfaring fra slik virksomhet, men med lang tid på for eksempel supply skip.”

Den oppsagte anfører for Lagmannsretten at han fortsatt var ansatt hos Peder Smedvig AS på det tidspunkt han ble sagt opp og at han således har hatt samme arbeidsgiver hele tiden. Smedvig mente at det ikke var slik at han hadde sagt opp sin stilling. Bedriften hadde derimot i kraft av styringsretten overflyttet han. Retten var ikke enig i dette og begrunner sitt standpunkt med at:

”ansettelseskontrakten ble inngått mellom A/S Smedvig Drilling og den oppsagte. Den nye ansettelseskontakten medfører at den tidligere ansettelsen i Peder Smedvig AS anses bortfalt.

Ut i fra dette kan man se at der hvor det kreves spesielle kvalifikasjoner grunnet sikkerhetsmessige årsaker vil dette kunne være et moment som taler mot å beregne ansienniteten ut i fra hvor lenge man har vært ansatt i konsernet som helhet. Dette selv om den oppsagte trodde at han fortsatt var ansatt under samme arbeidsgiver. I saken her ville det

⁵⁷ se Rt 2001 s. 71, Rt 1992 s. 776 og NOU 1996:6 side 38

vært uheldig for rederiet å miste de arbeidstakerne som har vært ansatt i den enkelte enhet lengst, nettopp fordi de har mest erfaring i arbeidet som skal utføres der.

Etter dette kan man se at det i rettspraksis er ulikt syn på spørsmålet.

Men Høyesterett har uttalt at utgangspunktet for ansiennitetsberegningen, der vedkommende har hatt flere stillinger innefor samme konsern, er arbeidstakerens tilsettingstid i konsernet som sådan.⁵⁸ Det er Høyesterett avgjørelser som er mest tungveiende og således deres oppfatning som legges til grunn for gjeldende rett.

8.5 Ansiennitetsberegning ved virksomhetsoverdragelser

Ved virksomhetsoverdragelser kan det oppstå problemer i henhold til ansiennitetsberegningen. Ofte skjer slike overdragelser grunnet økonomiske problemer i bedriften, og det kan for den nye eier være nødvendig med innskrenkninger av arbeidsstokken. Det kan da oppstå konflikter mellom de ansatte i den overdragende og den overtagende virksomheten. Innledningsvis vil det bli presisert hva som i denne sammenheng menes med virksomhetsoverdragelse.

Ved overdragelse av virksomhet blir spørsmålet om arbeidsmiljøloven kapittel XII A til anvendelse jfr. arbeidsmiljøloven § 73A. Det følger av denne bestemmelsen at det som overføres må være en virksomhet eller en del av en virksomhet. Begrepet virksomhet omfatter det som i dagligtale blir kalt en bedrift, men også den offentlige sektor. Se mer om begrepet foran under punkt 8.1.

Kapittelet ble tilføyd ved lov 27 nov. 1992, og er en innføring av Rådsdirektiv(77/187/EØF) av 14 feb. 1977 om "tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakerens rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter." Det er også i loven henvist til EØS-avtalens vedlegg XVIII nr 23, jfr. eøsl. § 1. Om direktivets betydning har Høyesterett uttalt i en dom inntatt i Rt 1997 s. 1965 at: "Et vesentlig formål med direktivet er å verne arbeidstakere når foretak m.v. skifter innehaver, og artikkel 7 fastsetter at direktivet ikke er til hinder for at statene fastsetter regler som er gunstigere for arbeidstakerne." Direktivet er senere endret og i dag gjelder direktiv 2001/123.

⁵⁸ jfr. Rt 1992 s. 776

Ettersom det må dreie seg om en virksomhet, vil overdragelse i lovens forstand ikke være overførsel av driftsmidler. Skal det falle inn under begrepet må også driftsmessige aktiviteter som er knyttet til driftsmidler videreføres. Aktiviteten må være av en viss varighet og av et visst omfang. Bestemmelsen likestiller overføring av del av virksomhet med overføring av virksomhet, forutsatt at den del som overføres er en økonomisk enhet.

Økonomisk enhet er definert som en organisert helhet av personer og aktiva som gjør det mulig å drive en økonomisk virksomhet med selvstendig formål jfr. direktivet.

Det er videre et vilkår for overdragelse at den aktuelle økonomiske enhet må beholde sin identitet. Det må foretas en sammenligning mellom virksomheten før og etter eierskifte.

Hva som ligger i identitetskravet kan man blant annet utlede av EF-domstolens avgjørelser i "Spijkersdommen" (sak 24/85) og "Suzen-saken" (sak C-13/95 av 11.03.97). Man kan også se hen til SAS- Braathens- dommen som ble avsagt av Asker og Bærum Tingrett 15.10.03 der de inngående drøfter vilkårene for virksomhetsoverdragelse. En redegjørelse av disse vil ikke bli foretatt i oppgaven her grunnet plassmessige årsaker. Dessuten er dommen av 15.10.03 påanket og kan således ikke tillegges betydelig vekt.

Den "enkleste" formen for overdragelse er salg på grunnlag av en kjøpekontrakt. Men også fusjon og fisjon omfattes. I tillegg vil leasing, leie, mislighold, ektefelleskifte og ved for eksempel arv og gave kunne omfattes.

Er det på det rene at det er foretatt en virksomhetsoverdragelse blir spørsmålet om ansienniteten skal beregnes fra tilsettings tidspunkt i den overdragende virksomhet. Det følger av arbeidsmiljøloven § 73B at tidligere innehavers rettigheter og plikter som følge av en arbeidsavtale overføres til den nye eier. Dette taler for at den opparbeidede ansiennitet skal beholdes.

Det fremgår av forarbeidene⁵⁹ at formålet med bestemmelsen var å gi de ansatte uendrede vilkår slik at arbeidsforholdene kunne fortsette som før. Dette støtter opp under at vedkommendes ansiennitet må følge med inn i det nye selskapet.

⁵⁹ se ot.prp. nr. 71 1991- 92 s. 14

Det kan således konkluderes med at det som i all hovedsak er avgjørende for om ansienniteten skal medberegnes er om overdragelsen betegnes som virksomhetsoverdragelse i lovens forstand.

9 Litteraturliste

Adlercreutz, Axel: Svensk arbetsrätt ISBN 91-39-20237-2

Dege, Jan Tormod: Arbeidsgivers styringsrett, Bind I-III ISBN 82-915331-00-5

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan: Rettskildelære., 4.utgave. 1997

Fanebust, Arne: Oppsigelse i arbeidsforhold. 2. utgave 1989 ISBN 82-00-02849-6

Fougner, Jan: Omstilling og nedbemanning ISBN 82-15-00294-3

Fougner, Jan: Arbeidsavtalen, utvalgte emner ISBN 82-518-3767-7

Fougner, Jan Holo, Lars og Friberg, Odd: Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave 8.utgave, ISBN 82-15-00321-4

Hasselbalch, O: Arbejdsret ISBN 87-574-0636-7

Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten, 2. utgave, ISBN 82-508-1512-2.

Jakhelln, Henning: Arbeidsrettslige studier II, 2000, ISBN 82-518-3996-3

Juristkontakt 3/86, s.126 flg., Oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkning av advokat
Johansen, Thor Erik

Johansen, Thor Erik: Oppsigelse Og Avskjed, med hjemmel i arbeidsmiljøloven, ISBN 82-10-03157-0.

Knutsen, Per Kristian: Opphør i arbeidsforhold i kommunesektoren, 2. utg., 1997 ISBN 82-446-0151-5

Lødrup, Peter, Kaasen, Knut og Tjomsland, Steinar: Student Karnov bind 2, ISBN 82-91511-55-1

Larsen, Per Arne: Arbeidsmiljøloven, kommentarer, praksis, veiledning, 2. utg., 2001 ISBN 82-10-04648-9

Nielsen, Henrik Karl, Harlang, Christian og Rehof, Lars Adam: Internasjonal Arbejdsret, Dokumentarbind, 1. utg., 1998, ISBN 87-574-7402-8

Nielsen, Henrik Karl og Rehof, Lars Adam: Internasjonal Arbejdsret, 1. utg. 1998, ISBN 87-574-7400-1

Pohjolassa, Työoikeus: Arbetsrätten i Norden NU 1984

10 Vedlegg

Vedlegg 1 Rt 1986 s. 879 ”Hilleslanddommen”

I dommen gjaldt spørsmålet om det var rettslig holdbart å legge avgjørende vekt på annet enn ansiennitet.

Industribedriften Kåre Hillesland AS fikk medhold i saken om oppsigelse av fire kvinnelige arbeidstakere. Ansiennitetsprinsippet var fraveket, og de oppsagte mente at seks andre arbeidstakere stod nærmere til å bli oppsagt enn dem. Situasjonen ved bedriften nødvendiggjorde innskrenkninger. Uenigheten gjaldt hvilke hensyn som kunne tas ved valget av arbeidstakere som bedriften ønsket å beholde. Høyesterett behandlet først spørsmålene generelt.

Det ble slått fast at kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter kunne være avgjørende dersom dette var tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov. Det ble også pekt på at det ikke bare var nøkkelpersoner som kan beholdes etter en slik vurdering. Videre ble det slått fast at også sosiale eller menneskelige forhold kunne være relevante hensyn ved utvelgelsen. For fire av de foretrukne arbeidstakerne hadde bedriften bare anført bedriftsmessige og kvalifikasjonsmessige hensyn. Høyesterett begrunnet sitt standpunkt med at selv om de ansatte etter en viss opplæringstid kunne fylle stillinger i andre avdelinger, forelå det sterke hensyn mot å skifte ut andre arbeidstakere som var fortrolig med avdelingens arbeidsoppgaver. Bedriftsledelsens beslutning om å ikke flytte noen arbeidstakere fra en avdeling til en annen ble derfor ansett saklig. Den sist ansatte av dem som fikk beholde jobben hadde fire år kortere ansiennitet enn de oppsagte. Det arbeidet som ble utført i bedriften, krevde ikke fagutdannelse, og ingen av de ansatte var fagarbeidere.

I forhold til en annen arbeidstaker hadde bedriften lagt vekt på at han var 64 år og derfor sannsynligvis ville ha vanskeligheter med å få nytt arbeid. Det gjorde seg imidlertid også

gjeldende kvalifikasjonsmessige hensyn for hans del ettersom han kunne benyttes også i to andre avdelinger. På denne bakgrunn fant Høyesterett bedriftens avgjørelse saklig.

For den sjette arbeidstakeren hadde bedriften utelukkende anført sosiale hensyn, særlig det at hun var eneforsørger, for et barn på 10 år, og derfor ville rammes hardere enn de oppsagte. Høyesterett fant også at dette valget var saklig.

De oppsagte hevdet at det måtte være i strid med likestillingslovens bestemmelser å legge vekt på at en arbeidstaker er heltidsansatt og eneforsørger, mens den andre er deltidsansatt og forsørget av sin ektefelle. Dette fordi likestillingsloven § 3, annet ledd punkt 2 setter forbud mot handlinger som faktisk virker på en slik måte at det ene kjønn på en urimelig måte stilles dårligere enn det annet. Høyesterett avviste denne påstanden og begrunnet dette med at de forhold som bedriften la vekt på, i seg selv var kjønnsnøytrale. Oppsigelsen ville heller ikke virke slik at den på urimelig måte stilte det ene kjønn dårligere enn det andre.

Vedlegg 2- Rt 2001 s. 71 "Rasmussen"

Saken gjaldt gyldigheten av oppsigelser fra stillinger på flyttbar plattform på kontinentalsokkelen. Rederiet KS Rasmussen Offshore AS innleide i februar 1991 boligplattformen "Port Royal" fra eieren Anders Wilhelmsen & CO.ANS.

Denne plattformen hadde en kort periode på et tidligere tidspunkt vært utleid til Skaugen Marine AS og enda før det igjen eid og drevet av Jahres Rederi. Opphøret av leieforholdet med Skaugen medførte at mannskapet på "Port Royal" ble sagt opp. De fleste av mannskapet ble da umiddelbart ansatt hos Rasmussen Offshore.

I mars 1996 opphørte Rasmussen Offshore innleie av plattformen og i oktober 1997 ble 48 av rederiets ansatte oppsagt grunnet manglende oppdrag.

Utvelgelsesprosessen av hvem som måtte gå skjedde ut i fra ansiennitetsprinsippet.

Partene, KS Rasmussen AS og 7 av de oppsagte var uenige om hvordan ansienniteten skulle beregnes for dem som gikk over fra Skaugen til Rasmussen Offshore ved innleie av "Port Royal" i februar 1991.

Det ble i forbindelse med innleien av "Port Royal" ført forhandlinger, hvor det blant annet ble diskutert hvordan ansiennitetsberegningen ved overgangen til Rasmussen Offshore skulle foretas. Dette ble protokollført. Protokollen var ment som et forslag fra eierselskapene og de tilstedeværende tillitsvalgte. Endelig vedtak skulle fattes i desember 1990, men ble aldri gjort. Grunnen til det kan være at den fikk motstand fra de som allerede var ansatt i Rasmussen Offshore. NOPEK-klubben ga ved brev 14.12.1990 sin enstemmige tilslutning til protokollen.

Partene var uenige om betydningen av protokollen.

Rasmussen Offshore o Norges Rederiforbund fremholdt betydningen av at det i tilknytning til rederivirksomhet inngås lokale avtaler om ansiennitetsprinsipper. Om dette uttalte

Høyesterett:

”Jeg er enig i at slike avtaler tjener å avklare stillingen blant annet i forbindelse med innskrenkninger, og at dette må være i partenes felles interesse. Det står for meg som klart at slike avtaler i utgangspunktet må legges til grunn av domstolene.”

Og videre at: *”Jeg er enig i at det i prinsippet må foretas en kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultat av ansiennitetsavtaler. Men det må åpenbart være slik at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet.”*

I og med NOPEK klubbens positive tilslutning anså Høyesterett det unødvendig å vurdere om det her formelt var inngått noen avtale. I mangel av etterfølgende reservasjoner, anså Høyesterett at Rasmussen Offshore måtte være berettiget til å bygge på den felles forståelsen i protokollen fra 1990 da innskrenkningene skulle foretas i 1997:

”Jeg anser det videre klart at innholdet i protokollen ikke har ledet til usaklige oppsigelser. Utgangspunktet er at de tidligere Skaugen- ansatte etter loven ikke hadde rett til å få ansettelse hos Rasmussen Offshore ved innleie av plattformen i 1991. De ansiennitetsprinsipper som er nedfelt i protokollen av 1990, og som ga de tidligere ”Port Royal” ansatte utvidede ansiennitetsrettigheter, var et forhandlingsresultat som ikke kan representere noen form for usaklighet i forhold til oppsigelsene i 1007.”

Agder lagmannsrett hadde et annet syn på protokollens betydning. De mente at den stilte de oppsagte i dårligere stilling enn det som fulgte av preseptorisk lovbestemmelse.

”Rasmussen hadde ikke rettslig adgang til å se totalt bort fra den ansettelsestid som de Port Royal- ansatte hadde opparbeidet før ansettelsen i Rasmussen Offshore.”