

UiO • **Det juridiske fakultet**

Utvelgelseskriterier ved nedbemanning

Hvilke kriterier kan virksomheten legge vekt på ved utvelgelse for oppsigelse?

Kandidatnummer: 619

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 16 812



Innholdsfortegnelse

INNLEDNING.....	1
1.1 Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2 Oppgavens aktualitet	1
1.3 Arbeidsgivers styringsrett.....	2
1.4 Arbeidstakers stillingsvern	3
1.5 Domstolenes adgang til å overprøve virksomhetens vurderinger	3
1.6 Avgrensning av oppgaven	4
1.7 Rettskildesituasjon.....	5
1.7.1 Lovgivning og forarbeider	5
1.7.2 Rettspraksis	6
1.7.3 Internasjonale rettskilder	7
1.7.4 Tariffavtaler.....	8
1.7.5 Individuelle arbeidsavtaler	8
1.8 Den videre fremstilling	9
2 OPPSIGELSE PÅ GRUNN AV VIRKSOMHETENS FORHOLD	10
2.1 Kravet om saklig grunn	10
2.1.1 Virksomhetens behov for å nedbemanne	11
2.1.2 Krav til saksbehandling.....	12
2.1.3 Plikten til å tilby annet passende arbeid.....	13
2.1.4 Interesseavveiningen	14
3 UTVELGELSESKRITERIER.....	17
3.1 Utvelgelseskrets.....	18
3.2 Ansiennitet.....	23
3.2.1 Historikk.....	24
3.2.2 Beregning av ansiennitet	25

3.2.3	Virksomhet uten tariffavtale	29
3.2.4	Tariffbundet virksomhet.....	31
3.3	Kvalifikasjoner	37
3.3.1	Kompetanse.....	39
3.3.2	Betydningen av virksomhetens økonomiske situasjon	42
3.3.3	Personlig egnethet	45
3.3.4	Særlig om lederstillinger	46
3.4	Sosiale hensyn	48
3.4.1	Arbeidstakers økonomi	49
3.4.2	Sykdom og funksjonshemming.....	53
3.4.3	Høy alder	54
3.5	Hensyn til virksomheten	56
3.5.1	Betydningen av virksomhetens økonomiske situasjon	56
3.5.2	Arbeidstakers sykdom.....	58
3.5.3	Sammensetning av arbeidstakere	62
3.6	Evalueringskjemaer.....	64
4	AVSLUTNING.....	68
4.1	Finnes det et ulovfestet ansiennitetsprinsipp?	68
5	LITTERATURLISTE.....	73
	Lovgivning.....	73
	Lovforarbeider	74
	Internasjonale rettskilder.....	74
	Tariffavtaler	77
	Rettspraksis	75
	Juridisk teori.....	77

INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Tema for oppgaven er hvilke utvelgelseskriterier virksomheten kan legge vekt på ved utvelgelse av ansatte for oppsigelse. Fremstillingen er ikke ment å være uttømmende. Problemstillingen knytter seg til oppsigelse på grunn av virksomhetens behov for nedbemanning.

Å bli sagt opp rammer den enkelte arbeidstakeren hardt, man mister inntekten og forutberegneligheten i hverdagen. Enkelte arbeidstakere rammes imidlertid spesielt hardt og det er viktig at det tas hensyn til disse arbeidstakerne ved nedbemanning. Dette kan stå i et motsetningsforhold til virksomhetens interesser i å beholde de mest effektive arbeidstakerne som kan sikre virksomhetens fremtid. Ved utvelgelse vil det ikke bare være interessemotsetninger mellom bedriften og de ansatte som helhet, det vil også være interessemotsetninger innbyrdes mellom de enkelte ansatte.

I det motsetningsforholdet som oppstår er det viktig at det oppstilles retningslinjer for utvelgelsen som ivaretar både arbeidstakernes og virksomhetens interesser. Gjennom retningslinjene for nedbemanningen bør virksomheten forsøke å minimere uroen som følger av prosessen.

1.2 Oppgavens aktualitet

Utviklingen i kjølvannet av finanskrisen med internasjonal uro viser at spørsmål knyttet til nedbemanning er aktuelt. En effektiv og konkurransedyktig virksomhet er nødvendig i et markedet som preges av økonomisk tilbakegang. Virksomheter preges av krav til inntjening og effektivitet. At lønnsutgifter står for en betydelig del av utgiftene i norske virksomheter fører til at det å redusere antall ansatte er en effektiv måte å redusere utgiftene på. Flere virksomheter har den siste tiden har gjennomført omstrukturering og nedbemanning.

1.3 Arbeidsgivers styringsrett

Arbeidsgivers adgang til å si opp ansatte følger av arbeidsgivers styringsrett. I Rt 2000 s.1602 (NØKK) beskrev Høyesterett innholdet i styringsretten slik: «Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.»¹ I Rt 2001 s.418 (Kårstø) uttaler Høyesterett at:

«Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.»²

Det kan utledes av dette at arbeidsgivers styringsrett begrenses av allmenne saklighetsnormer i tillegg til det saklighetskravet som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7. Arbeidsgivers styringsrett innebærer at virksomheten må en vid adgang til å vurdere nødvendige tiltak dersom det har oppstått et behov for å gjennomføre rasjonalisering. Dette fremkommer av RG 1985 128 hvor retten uttalte:

«På grunn av bedriftsledelsens ansvar for bedriftens lønnsomhet må den innrømmes en vid adgang til selv å vurdere så vel karakteren av den situasjon som har oppstått, som hvilke tiltak som er nødvendige.»³

Dette innebærer ikke at domstolene er avskåret fra å overprøve virksomhetens vurderinger, men domstolene vil være tilbakeholdne med å overprøve en del av vurderingene.⁴

¹ Rt 2000 1602 på side 1609

² Rt 2001 418 på side 427

³ RG 1985 128 på side 132-133

⁴ Se oppgavens punkt 1.5 om domstolenes adgang til å overprøve virksomhetens vurderinger

1.4 Arbeidstakers stillingsvern

Arbeidsgivers adgang til å si opp ansatte begrenses gjennom regler om arbeidstakers stillingsvern i arbeidsmiljøloven kapittel 15. Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd er den sentrale bestemmelse om arbeidstakers stillingsvern. Det oppstilles et krav om at oppsigelse må være «saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold».⁵ Stillingsvernet er en rettslig standard.⁶ Saklighetskriteriet vil følge den sosiale utviklingen ellers i samfunnet.⁷

1.5 Domstolenes adgang til å overprøve virksomhetens vurderinger

Arbeidstaker kan bringe tvist om oppsigelsens gyldighet inn for domstolene. Rammen for domstolskontrollen ble trukket opp i Rt 1984 1058 (Veslemøy Haslund). Høyesterett trekker opp en vid ramme for domstolenes prøvelsesrett. Saken gjaldt oppsigelse av en skuespiller ved Nationaltheatret. Oppsigelsen ble kjent ugyldig under dissens 3-2. Om domstolenes prøvelsesrett uttalte førstotørende:

«Det er etter min mening domstolenes oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren. Når det gjelder det sistnevnte moment, finner jeg grunn til å vise til Ot.prp.nr. 41 (1975-76), side 72, hvor det påpekes at rimelighetssynspunkter i forhold til den oppsagte etter hvert er kommet sterkere inn i bildet.

Det kan nok reises spørsmål om hvilken vekt en domstol bør legge på arbeidsgiverens vurdering av bedriftens behov for oppsigelse og arbeidstakerens kvalifikasjoner. Men dette er etter min mening mer et

⁵ Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd

⁶ *Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave* (2013) s. 799

⁷ Ot.prp.nr. 41 (1976-1976) s. 72

spørsmål om domstolenes praktiske muligheter for å prøve skjønnet enn et spørsmål om begrensning i selve prøvingsretten.»⁸

Det følger av rettspraksis at saklighetsvurderingen må knytte seg til situasjonen på oppsigelsestidspunktet.⁹ Rettspraksis viser at domstolene prøver arbeidsgivers vurderinger nærmest fullt ut, men at domstolene er tilbakeholdne med å etterprøve de bedriftsøkonomiske vurderinger som ligger til grunn for nedbemanningen.¹⁰ Ved spørsmål om utvelgelsen er saklig kan domstolene prøve om utvelgelseskriteriene er saklige og at de har blitt anvendt konsekvent.¹¹

Terskelen for å si opp ansatte er høy, virksomheten må kunne dokumentere at omstillingsbehovet er reelt.¹² Det er en risiko for at virksomheten forsøker å omgå stillingsvernet, ved å begrunne oppsigelsen i et nedbemanningsbehov selv om det i realiteten er arbeidstakers forhold som er bakgrunnen for oppsigelsen. I LE-2012-115628 kom lagmannsretten til at oppsigelsen som hadde blitt begrunnet i virksomhetens forhold, i realiteten skyldes arbeidstakerens ønske om å ta ut foreldrepermisjon. Oppsigelsen ble kjent ugyldig.

1.6 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven behandler utvelgelse for oppsigelse ved nedbemanning, etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Arbeidsmiljøloven omfatter ikke sjøfart, militær luftfart, statens tjenestemenn og embetsmenn, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-2 andre og tredje ledd. Oppgaven vil ikke behandle oppsigelser som følge av forhold på arbeidstakers side. Det forutsettes i oppgaven at virksomheten har saklig grunn til å foreta nedbemanning. Virksomhetens behov for å nedbemanne vil likevel bli kor behandlet fordi det får betydning for utvelgelsen.

⁸ Rt 1984 1058 på side 1067

⁹ RG 1985 128, RG 1990 1098, TOSLO-2002-8542

¹⁰ RG 1985 128, LG-2012-21139, LA-2011-11296, LB-2010-32150, LB-2009-12878, LB-2004-45766, LF-2003-2138

¹¹ Rt 1984 1058, Rt 1986 879

¹² LA-2011-11296

Spørsmålet om virksomheten kan begrense utvelgeskretsen vil ikke bli behandlet fullstendig. Problemstillingen har betydning for utvelgelsen av ansatte ved oppsigelse, men må begrenses av plasshensyn. Virksomhetens plikt til å tilby overtallige arbeidstakere «annet passende arbeid» jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd, vil bli kort fremstilt, men er ikke tema for oppgaven. Det samme gjelder interesseavveiningen som skal foretas etter arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd, andre punktum.

1.7 Rettskildesituasjon

Arbeidsrettens rettskildebilde er sammensatt. Det består av norsk lovgivning med tilhørende forskrifter, internasjonale konvensjoner og rekommandasjoner, arbeidsreglement, rettspraksis, sedvane og avtale mellom partene, herunder både individuelle avtaler og tariffavtaler.

1.7.1 Lovgivning og forarbeider

Lovteksten er det naturlige utgangspunktet for avklaring av et rettsspørsmål. Den viktigste rettskildefaktoren for oppgaven er arbeidsmiljøloven, men også en rekke andre lover virker inn på arbeidsrettens område.

Tema for oppgaven er arbeidsmiljøloven § 15-7. Arbeidsmiljøloven er en vernelov. Den skal beskytte den antatt svakeste part i avtaleforholdet, arbeidstakeren. Arbeidsmiljølovens regler kan derfor som hovedregel ikke fravikes til arbeidstakers ugunst.¹³ En avtale som strider mot reglene i arbeidsmiljøloven vil derfor være ugyldig.¹⁴ Det er imidlertid lagt til grunn i rettspraksis at lovens ufravikelige karakter ikke er til hinder for en avtaleløsning i strid med loven etter at fratredelsessituasjonen har oppstått.¹⁵

¹³ Arbeidsmiljøloven § 1-9

¹⁴ Rt 2008 1307

¹⁵ Rt 2006 1525, RG 2000 719, ARD 1981 160

Også andre lover er av betydning på arbeidsrettens område. For oppgaven er diskriminerings- og likebehandlingslovgivningen relevant.¹⁶ En del diskrimineringsforbud fremgår også direkte av arbeidsmiljøloven.¹⁷

Forarbeidene er en viktig rettskilde, de kan avklare spørsmål knyttet til lovtolkningen og presisere lovens innhold.¹⁸ Arbeidsmiljøloven § 15-7 viderefører bestemmelsen i arbeidsmiljøloven 1977 § 60.¹⁹ Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 § 60 vil derfor være relevante for tolkningen av arbeidsmiljøloven § 15-7.

1.7.2 Rettspraksis

På arbeidsrettens område er rettspraksis en viktig rettskildefaktor.²⁰ Saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 er utformet som en rettslig standard,²¹ rettspraksis får derfor en sentral betydning for å klargjøre regelens nærmere innhold. Det er en tosporet prosessordning på arbeidsrettens område. Tvister om de individuelle arbeidsavtaler og krav etter arbeidsmiljøloven hører inn under de alminnelige domstoler, mens tvister som gjelder tariffavtale hører inn under arbeidsretten.²² Arbeidsretten dømmer i siste instans,²³ arbeidsrettens avgjørelser får derfor stor rettskildemessig verdi.²⁴ Arbeidsrettens dommer har imidlertid sjelden betydning for utvelgelseskriteriene siden de omhandler det kollektive aspektet.

¹⁶ Likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering

¹⁷ Arbeidsmiljøloven kapittel 13

¹⁸ Eckhoff (2001) s. 39

¹⁹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 335

²⁰ Jakhell (2006) s. 118

²¹ *Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave* (2013) s. 799

²² Arbeidstvistloven § 33

²³ Arbeidstvistloven § 58 (5)

²⁴ Eckhoff (2001) s. 162

Siden arbeidsmiljøloven § 15-7 viderefører bestemmelsen i arbeidsmiljøloven 1977 § 60 vil rettsavgjørelser knyttet til den tidligere bestemmelsen fremdeles være relevante for forståelsen av det nærmere innholdet i saklighetskravet. Man skal imidlertid være forsiktig med å tillegge eldre dommer stor vekt, spesielt i arbeidstakerens disfavør, ettersom arbeidsmiljøloven § 15-7 er utformet som en rettslig standard vil vurderingene endre seg i takt med samfunnets utvikling.²⁵

1.7.3 Internasjonale rettskilder

Norge har ratifisert et stort antall konvensjoner på arbeidsrettens område, spesielt ILO²⁶-konvensjonene står sentralt. Men også en rekke andre internasjonale konvensjoner inneholder bestemmelser av arbeidsrettslig betydning, blant annet den europeiske menneskerettskonvensjonen, FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter²⁷ og FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter²⁸. I tillegg inneholder EØS-avtalen bestemmelser av betydning for arbeidsforhold.

For oppgaven er ILO-rekommandasjonene av 1963 nr. 119 og 1982 nr. 166 om opphør av arbeidsforhold relevante. Internasjonale rekommandasjoner er anbefalinger til landene om hvilke regler som bør vektlegges ved gjennomføringen av nasjonale regler. Rekommandasjoner er ikke folkerettslig bindende, men en tiltredelse vil innebære et politisk utsagn om at landet vil legge rekommandasjonen til grunn i den nasjonale rett.²⁹ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 er det «lagt større vekt på å oppfylle ILO-rekommandasjon nr. 119, som Norge har sluttet seg til».³⁰ Dette viser at rekommandasjonen er relevant ved tolkningen av arbeidsmiljøloven.

²⁵ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 72

²⁶ International Labour Organization

²⁷ SP

²⁸ ØSK

²⁹ Jakhelln (2006) s. 90

³⁰ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 15

1.7.4 Tariffavtaler

Tariffavtale er en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om lønns- og arbeidsforhold.³¹ Begrepet tariffavtale benyttes i det følgende som en fellesbetegnelse på kollektive avtaler mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden. Dette omfatter de «egentlige tariffavtaler»³², de overordnede kollektive avtaler³³ og omstillingsavtaler³⁴.

Tariffavtaler spiller en sentral rolle for rettigheter og plikter i et arbeidsforhold.³⁵ En del av arbeidsmiljølovens ufravikelige bestemmelser kan fravikes ved tariffavtale fordi styrkeforholdet utjevnes. Tariffavtaler er ufravikelige og kan derfor begrense hva som kan avtales om lønn og arbeidsforhold i de individuelle arbeidsavtalene ved den enkelte virksomhet.

LO og NHO er Norges dominerende arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner. Hovedavtalen LO-NHO omfatter mange arbeidsforhold og vil i oppgaven bli brukt som eksempel på tariffavtale. Eksemplene vil søke å belyse ulike problemstillinger knyttet til tariffbundet virksomhet.

1.7.5 Individuelle arbeidsavtaler

Den individuelle arbeidsavtale er avtalen mellom arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker. Arbeidsavtalen utfylles av arbeidsmiljølovens regler, dersom partene ikke har avtalt noe annet vil lovens bestemmelse komme til anvendelse. Dersom avtalen strider mot arbeidsmiljølovens ufravikelige bestemmelser eller strider mot tariffavtale vil avtalens bestemmelser være ugyldige.

³¹ Arbeidstvistloven § 1 nr. 8

³² Avtaler som regulerer konkrete lønns- og arbeidsforhold

³³ Avtaler som regulerer forholdet mellom organisasjonene som er parter i tariffavtaler

³⁴ Avtaler som er et ledd i en omstillingsprosess

³⁵ Jakhelln (2006) s. 100

1.8 Den videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg behandle generelle problemstillinger knyttet til reglene om oppsigelsesvern ved nedbemanning. Blant annet redegjøre for kravet om saklig grunn, når oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetssiden. Det sentrale er å belyse den særlige saklighetsvurderingen som skal foretas når oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetens side, herunder arbeidstakers krav på «annet passende arbeid» og interesseavveiningen mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker. Spørsmålene vil bli belyst fordi de har betydning for utvelgelseskriteriene. I tillegg vil jeg vise at saklighetskravet innebærer en både en saklighetsregel og en saksbehandlingsregel.

I kapittel 3 vil jeg behandle de ulike utvelgelseskriteriene og spørsmål om knyttet til deres relevans og vekt. For oppgaven står særlig ansiennitetsprinsippet, kvalifikasjonsprinsippet og sosiale hensyn sentralt. Fordi spørsmålet om virksomhetens adgang til å begrense utvelgelseskretsen får betydning for utvelgelsen har jeg valgt å redegjøre kort om dette først.

Formålet med oppgaven er å belyse hvilke utvelgelseskriterier virksomheten kan velge å legge vekt på, med andre ord hvilke kriterier som er saklige og hvilke som ikke er det. I kapittel 4 vil jeg avslutningsvis drøfte spørsmålet om virksomheten har en plikt til å ta hensyn til ansiennitet ved utvelgelsen. Spørsmålet er om det foreligger et ulovfestet ansiennitetsprinsipp.

2 OPPSIGELSE PÅ GRUNN AV VIRKSOMHETENS FORHOLD

Denne oppgaven skal behandle utvelgelseskriterier ved nedbemanning. Før jeg går inn på de ulike utvelgelseskriteriene vil jeg i dette kapittelet si litt om arbeidstakers stillingsvern ved nedbemanning. Utvelgelseskriteriene må ses i lys av reglene om arbeidstakers stillingsvern fordi stillingsvernet innebærer et krav om saklig utvelgelse.³⁶ Spørsmål knyttet til virksomhetens behov for å nedbemanne vil bli belyst fordi det har betydning for de ulike utvelgelseskriterienes vekt. Det har også betydning for den interesseavveiningen som skal foretas etter arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd.

2.1 Kravet om saklig grunn

I arbeidsmiljøloven oppstilles det et krav om at oppsigelse må være «saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold».³⁷ Både forhold på virksomhetssiden og forhold på arbeidstakersiden kan begrunne oppsigelse. Virksomhetsbegrepet er ikke definert i arbeidsmiljøloven. En avgrensning av virksomhetsbegrepet vil normalt falle sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver.³⁸ Begrepet virksomhet angir den organisering av aktiviteter arbeidsgivers plikter etter loven knytter seg til.³⁹ I forarbeidene er det uttalt at:

«En fortolkning av virksomhetsbegrepet som innebærer at det skal forstås snevrere enn arbeidsgivers samlede virksomhet må i henhold til dette ha et særskilt grunnlag. Det er altså bedriften som sådan som utgjør arbeidsgivers virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand»⁴⁰

³⁶ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 229

³⁷ Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd

³⁸ Arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd

³⁹ NOU 2004:5 s. 149

⁴⁰ NOU 2004:5 s. 149

Saklig grunn i virksomhetens forhold kan for eksempel være økonomiske forhold som fører til at virksomheten har behov for å nedbemanne. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, arbeidsgiver må kunne påvise et reelt og godt dokumentert nedbemanningsbehov,⁴¹ dette stiller krav til saksbehandlingen.⁴² Saklighetskravet ved nedbemanning presiseres i arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd. Dette vil jeg komme tilbake til under punkt 2.1.3 og 2.1.4.

2.1.1 Virksomhetens behov for å nedbemanne

Dersom en virksomhet har behov for å redusere antall ansatte vil dette være saklig grunn for oppsigelse.⁴³ Behovet for å nedbemanne kan skyldes ulike forhold, for eksempel at virksomheten går med underskudd, at stillinger bortfaller som følge av nødvendig omstrukturering, eller at virksomheten ønsker å redusere utgiftene for å forbedre konkurranseevnen eller øke fortjenesten. Det kreves ikke at virksomheten har et påtrengende behov for å nedbemanne på kort sikt. I LA-1999-806 (Ringnes) aksepterte Agder lagmannsrett at et ønske om å bedre konkurranseevnen ga tilstrekkelig grunnlag for å foreta en nedbemanning, selv om virksomheten gikk med overskudd på nedbemanningstidspunktet. Også andre forhold enn rent økonomiske kan være saklig grunn for oppsigelse.⁴⁴

Dersom virksomheten etter saklige og grundige vurderinger kommer frem til at det er nødvendig å foreta nedbemanning av hensyn til virksomhetens fortsatte drift, vil dette som hovedregel være tilstrekkelig.⁴⁵ Det er imidlertid en forutsetning at vurderingene er basert på riktig faktisk grunnlag.⁴⁶

⁴¹ LA-2011-11296, LB-2009-12878

⁴² Se oppgavens punkt 2.1.2

⁴³ RG 1985 128, LG-2012-21139, LA-2011-11296, LB-2010-32150, LB-2009-12878, LB-2004-45766, LF-2003-2138

⁴⁴ Rt 1989 508, Saken gjaldt nedleggelse av virksomhet pga. råvaremangel, i valget mellom to produksjonssteder ble det lagt vekt på distriktpolitiske hensyn.

⁴⁵ RG 1985 128, LG-2012-21139, LA-2011-11296, LB-2010-32150, LB-2009-12878, LB-2004-45766, LF-2003-2138

⁴⁶ Rt 1984 1058, NAD-1984-265

Selv om det etter arbeidsmiljøloven § 15-7 ikke oppstilles et krav om at virksomheten har et påtrengende behov for å nedbemanne, vil virksomhetens behov for å foreta nedbemanningen være en sentral del av den interesseavveiningen som skal foretas etter arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd, andre punktum.⁴⁷ Ettersom virksomhetens behov for å nedbemanne skal avveies mot den enkelte arbeidstakers behov, vil vurderingen lett slå ut i arbeidstakers favør dersom virksomhetens behov for å nedbemanne ikke er spesielt stort, eller utelukkende skyldes et ønske om økt fortjeneste.

2.1.2 Krav til saksbehandling

En oppsigelse kan bli underkjent fordi virksomheten ikke har gjennomført tilfredsstillende saksbehandling. Virksomheten har bevisbyrden for at en oppsigelse er saklig⁴⁸ og manglende saksbehandling kan føre til tvil om oppsigelsen har saklig grunn. Krav til saksbehandlingen følger nå direkte av arbeidsmiljøloven §§ 15-1 og 15-2, og av ulike tariffregler.⁴⁹ Kravet om saklig utvelgelse stiller også krav til saksbehandlingen i utvelgelsesprosessen.

Reglene om saksbehandling består i å skaffe dokumentasjon av behovet for nedbemanning, vurdere utvelgelseskrets, utforme av kriterier for utvelgelse, informasjon til de ansatte samt informasjon og drøftelser med de tillitsvalgte. Dersom virksomheten fastholder at nedbemanning er nødvendig skal det avholdes individuelle drøftingsmøter med alle arbeidstakere som vurderes sagt opp.⁵⁰ Virksomheten må også vurdere omplassering.⁵¹ Først etter dette kan det fattes beslutning om oppsigelse av den enkelte arbeidstaker.

⁴⁷ Se oppgavens punkt 2.1.4

⁴⁸ Rt 1959 900, RG 2005 784, LB-2009-12878

⁴⁹ Hovedavtalen LO-NHO (2014-2017) kapittel 9

⁵⁰ Arbeidsmiljøloven § 15-1

⁵¹ Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd første punktum, se oppgavens punkt 2.1.3

Brudd på saksbehandlingsreglene kan føre til at oppsigelsen blir kjent ugyldig. Manglende saksbehandling fører ikke alltid til ugyldighet, det fremkommer av rettspraksis at det må være rimelig grunn til å tro at resultatet ville blitt et annet dersom saksbehandlingen hadde vært korrekt.⁵²

2.1.3 Plikten til å tilby annet passende arbeid

En oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold ikke vil være saklig dersom arbeidsgiveren har «annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren».⁵³ I forarbeidene uttales det at:

«Regelen innebærer ikke at arbeidsgiveren skal ha plikt til å opprette en ny stilling som det ikke er behov for, men at han har plikt til å omplassere vedkommende, hvis det er en passende ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov.»⁵⁴

Rekkevidden av virksomhetens plikt til å tilby annet passende arbeid beror på en helhetsvurdering.⁵⁵ Arbeidstakeren må være kvalifisert for oppgaven, men det må godtas at det er behov for noe opplæring. I tillegg vil arbeidstakeren normalt ha krav på at det ikke stilles vilkår om prøvetid.⁵⁶

⁵² LA-1999-806, Rt 1967 91, Rt 1966 393

⁵³ Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd

⁵⁴ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁵⁵ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁵⁶ Rt 1999 1694

2.1.4 Interesseavveiningen

I arbeidsmiljøloven oppstilles det et krav om at det skal foretas en interesseavveining mellom virksomhetens behov for å nedbemanne og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker, før endelig beslutning om oppsigelse treffes.⁵⁷ I forarbeidene uttales det at:

«Rettspraksis fram til i dag har i overveiende grad lagt vesentlig vekt på bedriftens interesse i å oppnå en økonomisk gevinst, på bekostning av arbeidstakerens interesse i å beholde arbeidet. Slik bestemmelsen nå er utformet, vil hensynet til arbeidstakeren få større gjennomslagskraft, idet det skal foretas en avveining mellom virksomhetens behov for f.eks. en rasjonaliseringsgevinst og de ulemper oppsigelsen vil påføre den enkelte arbeidstaker. Det må understrekes at det med dette ikke er meningen å rokke ved de ansiennitetsregler som i dag følges i slike tilfeller. Reglene understreker at ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp.»⁵⁸

Uttalelsen viser at bestemmelsen tar sikte på å gi arbeidstakerens interesser større gjennomslagskraft, enn tidligere. Det understrekes i forarbeidene at regelen ikke innebærer at rasjonalisering og driftsinnskrenkning skal utelukkes som oppsigelsesgrunn, der hvor dette fremstår som nødvendige forutsetninger for en forsvarlig drift. Det regelen legger opp til er at arbeidstakerens interesser også skal telle med i vurderingen, slik at ikke enhver rasjonaliseringsgevinst skal gi saklig grunn for oppsigelse.⁵⁹

⁵⁷ Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd, annet punktum

⁵⁸ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁵⁹ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 18-19

I vurderingen vil det være et viktig moment hvor alvorlig situasjonen er for virksomheten. Dersom virksomheten er i en alvorlig økonomisk situasjon vil dette normalt tillegges avgjørende vekt og få gjennomslag selv i forhold til arbeidstakere som rammes hardt av en oppsigelse.⁶⁰ I Rt 1986 879 (Hillesland) uttalte retten at:

«Slik situasjonen ved bedriften var høsten 1983, måtte bedriftens behov for å gjennomføre nødvendige innskrenkingstiltak for å trygge den videre drift, ha gjennomslagskraft også om oppsigelsene ville ramme hardt.»⁶¹

Dommen illustrerer at virksomhetens behov for å nedbemanne vil være avgjørende dersom nedbemanningen er nødvendig for å sikre virksomhetens fortsatte drift. Spesielt ved omfattende nedbemanningsprosesser vil det være mindre rom for hensynet til den enkelte ansatte. Dette illustreres i Rt 2008 749, her uttaler førstvoterende at det er «klart at det skal meget til for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende når det rasjonaliseringstiltak som det er spørsmål om å gjennomføre, som i vår sak, har store dimensjoner og omfatter en rekke ansatte.»⁶²

Når arbeidstakeren har fått tilbud om annet passende arbeid kan dette også få betydning for interesseavveiningen. I Rt 2008 749 hadde arbeidstakeren fått tilbud om annet passende arbeid.⁶³ Vedkommende hadde avslått tilbudet og ble deretter sagt opp som overtallig. Høyesterett uttalte at: «Det blir klart mindre rom for en slik interesseavveining i de tilfeller der det er tilbudt annet passende arbeid.»⁶⁴

⁶⁰ Rt 1986 879, Rt 2008 749

⁶¹ Rt 1986 879 på side 886

⁶² Rt 2008 749 avsnitt 41

⁶³ Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd, andre punktum.

⁶⁴ Rt 2008 749 avsnitt 40

I Rt 1986 879 (Hillesland) blir forholdet mellom interesseavveiningen og utvelgelseskriterier drøftet. I dommen tar førstvoterende utgangspunkt i arbeidsmiljøloven av 1977 § 60 nr. 2 om interesseavveining, ved drøftelsen av spørsmålet om utvelgelseskriteriene var saklige.⁶⁵ Dette illustrerer at interesseavveiningen må sees i sammenheng med spørsmålet om hvilke utvelgelseskriterier som er saklige. De momenter som skal tillegges vekt i interesseavveiningen vil også være relevante kriterier ved utvelgelse.

⁶⁵ Rt 1986 879 på side 886

3 UTVELGELSESKRITERIER

Som nevnt må oppsigelse av en ansatt være saklig begrunnet.⁶⁶ Det er helt på det rene at nedbemanning på grunn av driftsinnskrenkning, rasjonalisering, omorganisering eller lignende er saklig oppsigelsesgrunn. Men det kreves også at valget mellom de ansatte er saklig.⁶⁷ I Rt 1986 879 (Hillesland) er kravet formulert slik:

«Ved avgjørelsen av hvilke av flere arbeidstakere som skal sies opp, gir ordlyden i § 60 nr. 2 ikke direkte veiledning, men et saklighetskrav vil selvsagt gjelde også her.»⁶⁸

Uttalelsen knytter seg til arbeidsmiljøloven av 1977 § 60 nr. 2, men det samme vil gjelde etter den tilsvarende regel i arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd.⁶⁹

I kravet om at det skal foretas et saklig valg ligger det to kriterier; for det første er det et krav om at utvelgelseskriteriene og avveiningen av disse må være saklige,⁷⁰ for det andre er det et krav om at utvelgelseskretsen må være saklig.⁷¹

Arbeidsmiljøloven har ingen bestemmelse om utvelgelse utover det generelle saklighetskravet. Gjennom rettspraksis og langvarig avtalepraksis har det utviklet seg en rekke kriterier som anses som saklige. Som regel bygger utvelgelser på en kombinasjon av flere kriterier. Det er anført i teorien at de vanligste utvelgelseskriteriene er en kombinasjon av ansiennitets- og kvalifikasjonsprinsipp, samtidig som det ses hen til særlige sosiale hensyn.⁷² Det legges opp til en bred vurdering som ikke må stride mot de diskrimineringsforbud som foreligger. I Rt 1986 879 (Hillesland) foretar retten en oppramsing av ulike relevante kriterier. «Det kan her være flere hensyn som må tillegges

⁶⁶ Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd

⁶⁷ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 229

⁶⁸ Rt. 1986 879 på side 886

⁶⁹ Se oppgavens punkt 1.6.2

⁷⁰ Se punkt 3.2 til 3.8

⁷¹ Se oppgavens punkt 3.1

⁷² *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 259, *Fanebust* (2001) s. 172, *Johansen* (2011) s. 746, *Skarning* (2009) s. 113

vekt, således kvalifikasjoner, alder, ansiennitet og også klare sosiale eller menneskelige hensyn.»⁷³

ILO-rekommandasjon av 1963 nr. 119 inneholder detaljerte retningslinjer for hvilke kriterier som bør få betydning ved utvelgelsen. Det gis uttrykk for at virksomhetens behov for effektivitet, de ansattes kvalifikasjoner, ansiennitet, alder og familiesituasjon bør få betydning ved utvelgelsen.⁷⁴ Denne oppramsingen er ikke videreført i ILO-rekommandasjon av 1982 nr. 166, men det angis at utvelgelse bør skje i henhold til de kriterier som er fastsatt gjennom nasjonal lovgivning, tariffavtalepraksis og rettspraksis, og at utvelgelseskriteriene bør ta hensyn til både virksomhetens og arbeidstakers interesser.⁷⁵

3.1 Utvelgelseskrets

Nedbemanningsprosesser kan ha ulikt omfang og forløp. I de tilfellene hvor virksomhetens drift skal fortsette etter nedbemanningen må kretsen for utvelgelse av arbeidstakerne defineres. Spørsmålet som oppstår er om virksomheten kan begrense utvelgelseskretsen, eller om hele virksomheten må være utvelgelseskrets. Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15-7 gir liten veiledning på spørsmålet om virksomheten kan begrense utvelgelseskretsen. Saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 knytter seg til «virksomhetens forhold», dette taler for at hele virksomheten må være utvelgelseskrets for nedbemanningen. Også ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen LO-NHO (2014-2017) § 8-2 bygger på at det er ansienniteten i virksomheten som helhet som skal legges til grunn ved utvelgelse.

Dersom virksomheten foretar en begrensning av utvelgelseskretsen vil de ansatte innenfor kretsen kun bli vurdert i forhold til hverandre, ikke i forhold til samtlige ansatte i virksomheten. Ved en slik inndeling vil ikke arbeidstakerne i like stor grad bli beskyttet av lang ansiennitet og ansiennitetsprinsippet blir dermed svekket. Virksomheten vil ofte ha et ønske om å begrense nedbemanningen til en enkelt enhet eller avdeling i virksomheten

⁷³ Rt 1986 879 på side 887

⁷⁴ ILO (R119) artikkel 15

⁷⁵ ILO (R166) artikkel 23

fordi det samlet sett fører til mindre uro og usikkerhet blant de ansatte. Det kan også være nødvendig for den videre driften at deler av virksomheten i så stor grad som mulig forblir uberørt av nedbemanningen.

Utgangspunktet er at utvelgelse skal skje i virksomheten som helhet. Virksomheten kan som hovedregel ikke kan foreta en begrensning i utvelgelseskretsen. Prinsippet om bedriftsansiennitet følger av rettspraksis⁷⁶ og juridisk teori.⁷⁷ Rettspraksis har lagt til grunn at det i enkelte tilfeller kan være saklig å begrense utvelgelseskretsen.

Den sentrale dommen om virksomhetens adgang til å begrense utvelgelseskretsen er Rt 1992 776 (Sparebanken Nord). Saken gjaldt nedbemanning i en sparebank under bankkrisen. Sparebanken hadde kommet i en veldig vanskelig økonomisk situasjon. Det ble foretatt en omfattende nedbemanning gjennom betydelig reduksjon av personalet og nedleggelse av filialer. Ved nedbemanningen ble det besluttet at utvelgelseskretsen skulle begrenses til de enkelte filialene. Høyesterett fant at bedriften kunne begrense utvelgelseskretsen og uttalte:

«Med det meget betydelige geografiske område banken dekket, og på bakgrunn av at banken, slik den da 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 avdelingbankene. I og med at ansettelsesforholdene for arbeidstakere ved filialene var knyttet til disse, var det også et naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratruke når filialen ble nedlagt. Den ordning som ble fulgt, kan i utgangspunktet ikke sies å være i strid med arbeidsmiljøloven § 60.»⁷⁸

⁷⁶ RG 1990 1098, RG 1992 870, Rt 1992 776,

⁷⁷ Jakhelln (1967), Skarning (2009) s. 108-109, Johansen (2011) s. 760-761

⁷⁸ Rt 1992 776 på side 782

Det ble lagt vekt på at ordningen ble gjennomført konsekvent og at de ansatte i nedbemanningsutvalget hadde støttet framgangsmåten. Avgjørelsen er konkret begrunnet, det vises til geografiske avstander, økonomiske forhold og at ansettelsesforholdet var knyttet til den enkelte filial. Dette er forhold som tilsier at det er naturlig å se hver enkelt enhet for seg. Dommen kan ses som et uttrykk for at virksomheten i enkelte tilfeller kan begrense utvelgeskretsen til de enkelte avdelinger, men det må være nærmere begrunnet ut fra de konkrete forholdene.

Et annet eksempel på at det var saklig å foreta en begrensning i utvelgeskretsen er RG 2004 222 (Braathens). Saken gjaldt oppsigelser i Braathens ASA. Det hadde blitt foretatt en betydelig nedbemanning fordi virksomheten hadde kommet i en prekær økonomisk situasjon. I nedbemanningsprosessen ble det fastslått at ansiennitetsprinsippet skulle vurderes avdelingsvis. Spørsmålet for retten var om hensynet til en effektiv og rask nedbemanningsprosess var saklig grunn til å begrense utvelgeskretsen og foreta en avdelingsvis ansiennitetsberegning. Flertallet fant at begrensningen i utvelgeskretsen var saklig begrunnet, under henvisning til Rt 1992 776 (Sparebanken Nord), og uttalte:

«Nærværende sak er svært parallell til Nord-saken. Braathens var også i en prekær økonomisk situasjon som innebar at det raskt måtte foretas nedskjæringer. Selskapet la opp til et opplegg for dette i nært samarbeid med organisasjonene, som ikke hadde vesentlige innvendinger til opplegget. Også i vår sak var det nødvendig at opplegget ble gjennomført konsekvent for at tidsskjemaet skulle holde. Dersom det generelt ble åpnet for individuelle tilpasninger der rimelighet tilsa det, ville det kunne forsinket prosessen vesentlig.»⁷⁹

⁷⁹ RG 2004 222

Flertallet kom til at ordningen var i samsvar med saklighetskravet i arbeidsmiljøloven, ordningen var heller ikke tariffstridig. Det ble lagt vekt på at virksomheten var i en prekær økonomisk situasjon som innebar at det raskt måtte foretas nedskjæringer, at prosessen hadde vært forsvarlig og at ordningen hadde blitt utarbeidet i nært samarbeid med organisasjonene.

Et eksempel på at virksomhetens begrensning av utvelgelseskretsen ikke ble akseptert finnes i Frostating lagmannsretts dom inntatt i RG 1990 1098 (Spennbetong). En betongelementfabrikk måtte på grunn av svikt i ordretilgangen si opp 21 av 88 produksjonsarbeidere. Virksomheten var bundet av Hovedavtalen LO-NHO. Om virksomhetens adgang til å begrense utvelgelseskretsen uttaler retten at:

«... vesentlig driftsmessige hensyn kan ... tillate avdelingsvise oppsigelser, dersom det ville 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.»⁸⁰

Retten kom etter en konkret vurdering til at det ikke var naturlig å se de enkelte arbeidsstasjonene i produksjonen separat. Det ble lagt vekt på at ingen av arbeidsstasjonene krevde særlige kvalifikasjoner og at stasjonene utfylte hverandre i en produksjonsenhet. Det var derfor ikke saklig å begrense utvelgelseskretsen til de enkelte arbeidsstasjoner. Det ble også lagt vekt på at virksomheten ikke var i en akutt krisesituasjon. «Dette var et målrettet tiltak for forsvarlig drift i en forventet fremtidig markedssituasjon. Det pålegger bedriften så vidt mulig å søke og skaffe annet arbeid for de ansatte innen bedriften før oppsigelse skjer.»⁸¹

⁸⁰ RG 1990 1098 på side 1105

⁸¹ RG 1990 1098 på side 1106

Bedriftens økonomiske situasjon fikk betydning for spørsmålet om virksomheten kunne begrense utvelgelseskretsen. Siden virksomheten ikke var i en alvorlig økonomisk situasjon måtte virksomheten strekke seg lenger for å skaffe de ansatte annet arbeid og det var ikke saklig å begrense utvelgelseskretsen.

Etter dette kan det utledes at det lettere vil bli akseptert at virksomheten begrenser utvelgelseskretsen når virksomheten er i en alvorlig økonomisk situasjon. Virksomhetens økonomiske situasjon får dermed betydning for hvilke ulemper virksomheten må tåle i forhold til omplassering og opplæring av arbeidstakere.

Gjennomgangen av rettspraksis viser at hele virksomheten skal være utvelgelseskrets, med mindre det er saklig grunn til å begrense utvelgelsen til bestemte enheter. Det må foretas en konkret helhetsvurdering for å avgjøre om virksomheten kan begrense utvelgelseskretsen. Relevante momenter vil være driftsmessige hensyn, den økonomiske situasjonen, de tillitsvalgtes innstilling, den tidligere praksis i virksomheten, virksomhetens behov for å sikre kompetanse og behovet for å sikre en forsvarlig drift. Hvis driftsmessige hensyn ikke gjør seg gjeldende må ansienniteten i virksomheten som helhet følges. Også i de tilfellene hvor virksomheten kan begrense utvelgelseskretsen vil virksomheten ha plikt til å tilby omplassering etter arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd dersom det finnes annet passende arbeid ledig i virksomheten.

3.2 Ansiennitet

Med ansiennitet menes arbeidstakerens ansettelsestid. Utgangspunktet med ansiennitetsprinsippet er at man tar utgangspunkt i den ansettelsestid de ansatte har i virksomheten, slik at de sist ansatte normalt må sies opp først. Prinsippet er velkjent i norsk arbeidsrett, og er godt innarbeidet og akseptert i samfunnet. Det er saklig å legge vekt på ansiennitet ved utvelgelse og ILO-rekommandasjon nr. 119 trekker som nevnt frem ansettelsestid som et av hensynene som bør tillegges vekt ved utvelgelsen.⁸²

Arbeidstakerne vil ofte anse vektlegging av ansiennitet som rettferdig ettersom prinsippet er godt kjent. Det kan være lettere for den oppsagte å akseptere en oppsigelse begrunnet med ansiennitet, enn en oppsigelse begrunnet med skjønnsmessige vurderinger av egne ferdigheter eller arbeidsinnsats. Utvelgelse basert på ansiennitetsprinsippet kan derfor føre til færre konflikter i kjølvannet av en nedbemanning. I tillegg vil ansiennitetsprinsippet føre til en ryddig nedbemanningsprosess siden ansiennitet er et objektivt kriterium som det er relativt enkelt å beregne. Dette fører til forutberegnelighet i forhold til hvem som risikerer å bli ansett som overtallige og vil føre til mindre uro i virksomheten.

Dersom virksomheten følger ansiennitetsprinsippet ved utvelgelsen vil den beholde de ansatte med lengst ansettelsestid. Disse er godt kjent med virksomheten og vil som regel være knyttet til arbeidsplassen sin. Men virksomheten vil sannsynligvis også sitte igjen de eldste arbeidstakerne, noe som kan føre til problemer med å opprettholde en jevn arbeidsstyrke over tid.

For virksomheten kan det være negativt å legge ansiennitetsprinsippet til grunn ved utvelgelse. Som nevnt kan ansiennitetsprinsippet føre til en skjev aldersfordeling i virksomheten. I tillegg vil virksomheten ha et ønske å beholde de dyktigste og mest effektive arbeidstakerne fordi dette sikrer optimal effektivitet og inntjening. Virksomheten vil derfor være best tjent med å legge vekt på kvalifikasjonsprinsippet fremfor de ansattes ansiennitet.

⁸² ILO-rekommandasjon av 1963 nr. 119 artikkel 15 nr. 2 bokstav c)

Ansiennitetsprinsippets vekt vil være avhengig av om virksomheten har forpliktet seg til å benytte ansiennitetsprinsippet ved nedbemanning, gjennom tariffavtale, tidligere fast praksis eller enighet i en konkret prosess. Ansiennitetsprinsippet der det ikke foreligger særskilt rettsgrunnlag blir behandlet i punkt 3.2.3 mens situasjoner hvor ansiennitetsprinsippet følger av tariffavtale blir behandlet i punkt 3.2.4.

3.2.1 Historikk

I 1966 ble prinsippet innført i Hovedavtalen mellom NAF og LO § 9 nr. 2. I 1982 ble prinsippet ble videreført i Hovedavtalen mellom LO-NHO § 9-9. Hovedavtalen LO-NHO § 9-9 første ledd lød som følger: «Ved oppsigelse på grunn av innskrenkninger/omlegginger skal ansienniteten, under ellers like vilkår, følges». I 1993 ble ordlyden endret. Prinsippet ble videreført i Hovedavtalen LO-NHO § 9-12. Av § 9-12 fulgte det at: «Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn.» Det ble presisert i protokolltilførselen at endringen ikke var ment å innebære noen realitetsendring. I dag reguleres prinsippet av Hovedavtalen LO-NHO (2014-2017) § 8-2, som viderefører den tidligere § 9-12 uten endringer.

I Rt 1986 879 (Hillesland) var ikke partene bundet av tariffavtale. Allikevel kom retten med en uttalelse om betydningen av Hovedavtalens regler om ansiennitet.

«Selv om jeg må gå ut fra at et ansiennitetsprinsipp i vid utstrekning følges ved driftsinnskrenkninger, er det nemlig på det rene at også andre hensyn teller med. Hovedavtalen mellom LO og NAF går således ikke lenger enn til å slå fast: "Ved oppsigelse på grunn av innskrenkninger/omlegginger skal ansienniteten, under ellers like vilkår, følges", § 9-9 første ledd i Hovedavtalen 1986-1989.»⁸³

⁸³ Rt 1986 879 på side 886

Dette viser at ansiennitetsprinsippet i tariffavtaler har hatt stor betydning for utviklingen av ansiennitetsprinsippet også når virksomheten ikke har vært bundet av tariffavtale.

3.2.2 Beregning av ansiennitet

Utgangspunktet ved beregning av ansiennitet er at ansettelsestiden i virksomheten skal legges til grunn. Ansiennitet fra forskjellige stillinger og ulike deler av virksomheten legges normalt sammen.⁸⁴ Ansiennitet regnes vanligvis fra tiltredelsestidspunktet. Også perioder man er midlertidig ansatt eller deltidsansatt tas med i beregningen av ansiennitet, noe annet vil være i strid med forbudet mot forskjellsbehandling av deltidsansatte og midlertidig ansatte i arbeidsmiljøloven § 13-1 tredje ledd.

Perioder med lovlig fravær som følge av sykdom⁸⁵, permisjoner⁸⁶ eller plassoppsigelse i forbindelse med arbeidskamp⁸⁷ avbryter ikke ansienniteten, ettersom arbeidsforholdet fremdeles løper. Dersom arbeidsforholdet avsluttes og arbeidstakeren senere blir ansatt på nytt vil ansienniteten bli regnet fra siste ansettelse. Dette kan stille seg annerledes dersom det kun er tale om et midlertidig opphør av arbeidsforholdet. Det anføres i teorien at det avgjørende vil være om det er en «naturlig og nærliggende sannsynlighet for at arbeidsforholdet mellom partene vil bli fortsatt, eller om dette kun er en uviss, fremtidig mulighet.»⁸⁸

Dersom virksomheten legger ansiennitetsprinsippet til grunn ved nedbemanningen har arbeidstakerne krav på at ansienniteten er beregnet riktig. Domstolene kan overprøve virksomhetens beregning.⁸⁹

⁸⁴ ARD 1952 26, hvor retten uttalte: «... ved avgjørelsen av spørsmålet om hvem som har best ansiennitet ... må man ... se hen til vedkommendes tjeneste i selskapet, og ikke bare til tjeneste i vedkommende stilling.»

⁸⁵ Arbeidsmiljøloven § 15-8

⁸⁶ Arbeidsmiljøloven kapittel 12

⁸⁷ Arbeidstvistloven § 15

⁸⁸ Jakhelln (1967)

⁸⁹ Rt 1962 6

I Rt 1962 6 (Glassverket) hadde virksomheten lagt til grunn at arbeidsforholdet hadde blitt endelig avsluttet fordi arbeidstakeren hadde fått utstedt sluttattest. Høyesterett kom til at opphøret av arbeidsforholdet kun var midlertidig. Retten uttalte:

«Etter dette finner jeg det klart at Husmos arbeidsforhold ved bedriften - tross sluttattesten - i realiteten ikke var opphørt i januar 1943. For hans vedkommende dreiet det seg således etter min mening om et rent midlertidig fravær som skyldtes bedriftens egen oppsigelse.»⁹⁰

Ettersom det ikke forelå noen klar avslutning av arbeidsforholdet kom retten til at hele ansettelsesperioden skulle ha blitt tatt med i beregningen av ansiennitetens lengde. Dersom ansienniteten hadde blitt beregnet riktig hadde arbeidstakeren ikke vært blant de utvalgte for oppsigelse. Utvelgelsen på bakgrunn av ansienniteten var derfor usaklig. Dommen illustrerer at midlertidig opphør av arbeidsforholdet ikke nødvendigvis avbryter ansienniteten, og at domstolene kan overprøve virksomhetens ansiennitetsberegning.

I tilfeller hvor virksomheten er bundet av tariffavtale kan det også avtales særskilte regler for beregning av ansiennitet. Det kan for eksempel tas hensyn til tjenestetid i annen virksomhet hvis dette fremstår som naturlig. Det kan også inngås omstillingsavtaler om hvordan ansienniteten skal beregnes.⁹¹

Et særlig spørsmål om beregningen av ansiennitet er hvordan ansiennitet skal beregnes i et konsernforhold. Et eksempel fra rettspraksis finnes i Gulating lagmannsretts dom inntatt i RG 1989 745. Arbeidstakeren hadde fra desember 1978 til april 1986 to ulike arbeidsforhold ved forskjellige virksomheter innen det samme konsernet. I april 1986 ble arbeidstakeren sagt opp på grunn av nedbemanning. Arbeidstakeren hevdet at oppsigelsen var usaklig fordi det ikke ble tatt hensyn til den samlede ansienniteten han hadde i rederiet.

⁹⁰ Rt 1962 6 på side 8

⁹¹ Se oppgavens punkt 3.2.4.3, om avtaler med de tillitsvalgte

Lagmannsretten uttaler først at det «generelle utgangspunktet må her være at det er ansettelsestiden hos vedkommende arbeidsgiver som er avgjørende.»⁹² Retten kom etter en konkret vurdering til at de enkelte selskapene var arbeidsgiver og ikke rederiet.

Så tok retten stilling til om det allikevel skulle legges vekt på den samlede ansiennitet på grunn av den nære tilknytningen det var mellom selskapene.

«Ut fra den nære tilknytning det er mellom A/S Smedvig Drilling Co. og Peder Smedvig Aksjeselskap kan det naturlig reises spørsmål om ikke den samlede ansiennitet skulle legges til grunn og at det er usaklig oppsigelse fordi dette ikke er gjort.»⁹³

Retten drøftet spørsmålet og kom til at de to ansettelsesforholdene knyttet seg til «forskjelligartet virksomhet og hvor særlig sikkerheten på borefartøy er spesiell og vesentlig. Ansiennitet og derved erfaring på borefartøy må sies å være såvidt sentralt og viktig at det er saklig grunnlag for å bygge på ansiennitet i A/S Smedvig Drilling Co., og se bort fra ansienniteten i Peder Smedvig Aksjeselskap.»⁹⁴ Det forelå dermed ikke slik nærhet at det var naturlig å beregne ansienniteten samlet.

I konsernforhold kan både mor- og datterselskap bli ansett som arbeidsgiver. Et eksempel på dette er Rt 1990 1126 (Wärtsilädommen) hvor også morselskapet ble ansett som arbeidsgiver for en administrerende direktør i et heleid datterselskap. Ansettelsesforholdet var fastsatt i en avtale mellom morselskapet og direktøren. Avtalen forutsatte at arbeidsforholdet var midlertidig og at direktøren hadde rett til å gjeninntre i morselskapets tjeneste ved opphør av avtalen med datterselskapet. Om arbeidsgiverforholdet uttalte førstvoterende:

⁹² RG 1989 745 på side 748

⁹³ RG 1989 745 på side 749

⁹⁴ RG 1989 745 på side 749

«Thord Läckströms ansettelse i datterselskapet er klart å anse som et arbeidsforhold etter arbeidsmiljøloven, og datterselskapet har arbeidsgiveransvar etter denne lov. Men jeg er videre ut fra en samlet vurdering av forholdet mellom datterselskap og morselskap og de plikter og rettigheter Thord Läckström hadde overfor morselskapet under sitt midlertidige opphold i Oslo, kommet til at også morselskapet måtte anses som arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 4 i den forbindelse som her er aktuell. På dette punkt kan jeg i det vesentlige slutte meg til de synspunkter lagmannsrettens mindretall har gitt uttrykk for. Jeg bemerker at jeg ikke kan se at det etter arbeidsmiljøloven er noe til hinder for å anse et datterselskap og et morselskap for å ha felles arbeidsgiveransvar hvor arbeidsgiverfunksjonene er delt mellom begge selskaper slik det her er tilfelle»⁹⁵

Høyesterett kom til at både mor og datterselskapet måtte anses som arbeidsgiver. Ved vurderingen la retten vekt på forholdet mellom mor- og datterselskapet og de rettigheter direktøren hadde overfor morselskapet under sitt midlertidige opphold i Norge. Det følger av dommen at mer enn ett rettssubjekt kan være å anse som arbeidsgiver i relasjon til stillingsvernreglene.

I tilfeller hvor både mor- og datterselskapet blir ansett som arbeidsgiver, vil det være naturlig at det er den samlede ansettelsestiden i konsernet som legges til grunn ved beregningen av ansiennitet.

⁹⁵ Rt 1990 1126 på side 1332-1333

3.2.3 Virksomhet uten tariffavtale

Arbeidsmiljøloven har ingen uttrykkelig hjemmel for at ansiennitet skal tillegges vekt ved nedbemanning. Det er likevel tradisjon i Norge for å legge betydelig vekt på ansiennitet ved utvelgelsen. Det legges til grunn i rettspraksis⁹⁶ at ansiennitetsprinsippet er et av flere saklige utvelgelseskriterier.

Når virksomheten ikke er bundet av tariffavtale skal foretas en helhetsvurdering hvor ansiennitet kan inngå som et moment.⁹⁷ Dette illustreres av Rt 1986 879 (Hillesland). I dommen var spørsmålet om det var saklig å fravike ansienniteten, retten tok altså utgangspunktet i ansienniteten. Ved utvelgelsen hadde virksomheten lagt vekt på sosiale hensyn og kompetanse når den hadde fraveket ansienniteten. Retten kom til at kriteriene var saklige.

Når virksomheten ikke er bundet av tariffavtale har ansiennitet først blitt tillagt vekt i tilfeller hvor ansettelsestiden har vært relativt lang,⁹⁸ det er i teorien anført at arbeidstakere bør ha vært ansatt i 10-15 år før ansiennitet kan påberopes som et hensyn med særlig tyngde.⁹⁹ I tillegg bør det være vesentlige ansiennitetsforskjeller mellom de aktuelle ansatte.¹⁰⁰

I Rt 1986 879 (Hillesland) uttalte retten at ansettelsestiden ikke var særlig lang, det dreide seg om mellom 6 og 8 år. I tillegg påpekte retten at det ikke var noen betydelige forskjeller i ansettelsestiden mellom de aktuelle ansatte. Av dette kan det utledes at ansiennitetsprinsippet får mindre selvstendig betydning dersom det er liten forskjell i ansettelsestid mellom de ansatte. Det skal derfor mindre til for å legge avgjørende vekt på andre kriterier når det ikke er vesentlige ansiennitetsforskjeller mellom de aktuelle ansatte.

⁹⁶ Rt 1962 6, Rt 1966 393, Rt 1972 1330, Rt 1986 879

⁹⁷ Rt 1986 879

⁹⁸ Rt 1966 393, Rt 1972 1330

⁹⁹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 310, Johansen (2011) s. 749, Jakhelln (1967)

¹⁰⁰ Rt 1986 879

I Rt 1966 393 kom retten til at virksomheten skulle lagt større vekt på ansiennitet ved utvelgelsen. Saken gjaldt oppsigelse av en 48 år gammel regnskapssjef, med 28 års ansettelsestid i firmaet. Arbeidstakeren ble sagt opp på grunn av sammenslåing og rasjonalisering av virksomheten. Høyesterett uttaler at arbeidstakeren var:

«... nesten 48 år gammel, og han hadde vært i bedriftens tjeneste i ca. 28 år. Han var på dette tidspunkt ikke frisk og hadde hustru og 2 barn å forsørge. Han var den eldste i ansiennitet av kontorfunksjonærene ...

Under disse omstendigheter hadde de nye eiere av Yven Papirfabriks anlegg etter min mening en sterk oppfordring til å gjøre sitt ytterste for å søke å unngå en oppsigelse overfor denne funksjonær som i så mange år hadde virket i bedriftens tjeneste og som hadde en så sterk tilknytning til bedriften. I en situasjon som denne må det etter min mening iallfall kreves at bedriften omhyggelig overveiet om skadevirkningene for Høyaas kunne bli redusert ved at han fikk en annen stilling eller andre arbeidsoppgaver i bedriften»¹⁰¹

Høyesterett la vekt på arbeidstakerens lange ansettelsestid i tillegg til sosiale forhold, arbeidstakeren var syk og hadde forsørgelsesbyrde. Til sammen førte disse forholdene til at virksomheten hadde en særlig plikt til å unngå oppsigelse.

¹⁰¹ Rt 1966 393 på side 396

3.2.4 Tariffbundet virksomhet

De fleste tariffavtaler fastsetter kriterier for utvelgelse. Virksomheten har da gjennom inngåelsen av tariffavtalen fraskrevet seg noe av sin styringsrett og forpliktet seg til å følge de fastsatte kriteriene.¹⁰² Dersom virksomheten er bundet av tariffavtale vil som regel ansiennitetsprinsippet danne utgangspunktet for utvelgelsen. Ansiennitetsprinsippetets vekt vil avhenge av tariffavtalens ordlyd. I dag finner man bestemmelser om ansiennitetsprinsippet i blant annet Hovedavtalen LO-NHO (2014-2017) som fastsetter et såkalt «betinget ansiennitetsprinsipp». Etter § 8-2 «kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn». Det finnes også tariffavtaler som har et strengere ansiennitetsprinsipp, slik tilfellet var i Rt 1996 1401 (Autronica).¹⁰³

3.2.4.1 Kravet om saklig grunn

Som nevnt kan ansiennitetsprinsippet etter Hovedavtalen LO-NHO fravikes dersom det foreligger «saklig grunn» til det.¹⁰⁴ Dette innebærer at man først må vurdere terskelen for å fravike ansienniteten. Hva som skal til for å fravike ansienniteten illustreres blant annet i Frostating lagmannsretts dom inntatt i RG 1990 1098 (Spennbetong). Saken gjaldt nedbemanning i en betongelementfabrikk. Virksomheten fravek ansienniteten ved 6 oppsigelser. Virksomheten foretok avdelingsvis nedbemanning, samtidig som det ble lagt vekt på kompetanse i tillegg til ansiennitet.

Virksomheten var bundet av Hovedavtalen LO-NHO. Hovedavtalen § 9-9 første ledd slo fast at ansienniteten skulle følges «under ellers like vilkår». I 1993 ble ordlyden endret til «saklig grunn», endringen var ikke ment å endre rettstilstanden¹⁰⁵, dommen vil derfor illustrere hva som er «saklig grunn» til å fravike ansienniteten etter Hovedavtalen LO-NHO § 8-2. Retten foretok en gjennomgang av terskelen for å fravike ansienniteten.

¹⁰² RG 1990 1098 på side 1104

¹⁰³ Se oppgavens punkt 3.2.4.2, om skjerpet ansiennitetsprinsipp

¹⁰⁴ Hovedavtalen LO-NHO (2014-2017) § 8-2

¹⁰⁵ Se oppgavens punkt 3.2.1

«Hovedavtalens § 9-9 betyr at ansiennitetsprinsippet skal følges dersom vilkårene for øvrig er like, og det da uten hensyn til om ansiennitetsforskjellene er store eller små. Stiller arbeidstakerne likt skal ansiennitetsrekkefølgen følges. Ansienniteten inngår ikke da som et moment i totalvurderingen - det vil den først gjøre dersom vilkårene ikke er like. Dette kan presiseres dithen at ansienniteten vil kunne påvirke utslaget av forskjellsvurderingen - jo mindre ansiennitetsforskjellen er, jo lettere vil en annen forskjell kunne være utslagsgivende eller jo mindre vil kreves for å konstatere grunn til å fravike ansiennitet. Tariffregelen innebærer altså ingen ubetinget plikt til å følge ansiennitetsprinsippet, men det må påvises saklige grunner dersom dette skal fravikes.»¹⁰⁶

Retten kom til at virksomheten ikke kunne foreta en helhetsvurdering av alle momenter. Først dersom de øvrige vilkårene ikke er like vil ansienniteten inngå som et moment i totalvurderingen, slik at forskjellene kan vurderes opp mot forskjellene i ansiennitet. En klar forskjell i dyktighet eller erfaring vil være tilstrekkelig til å fravike ansienniteten, men ikke enhver forskjell i kompetanse mellom arbeidstakerne kan begrunne at ansiennitetsprinsippet fravikes. Det må foreligge klare og objektive forhold som begrunner at ansienniteten fravikes.

Når det gjelder hva som er tilstrekkelig til å begrunne at ansienniteten fravikes må dette vurderes konkret. Det kreves sterkere grunner for å fravike ansienniteten dersom ansiennitetsforskjellen i er stor. Dersom det ikke er tilstrekkelig grunn til å fravike ansienniteten, skal ansiennitet ubetinget tillegges vekt uavhengig av ansettelsestidens lengde, eller om det er store eller små forskjeller i ansiennitet mellom de ansatte.

¹⁰⁶ RG 1990 1098 på side 1104-1105

I den konkrete vurderingen kom flertallet til at to av arbeidstakerne hadde «skilt seg ut i dyktighet og mestrer fasadeproduksjonen på en slik måte at forskjellen til de andre kan betraktes som vesentlig».¹⁰⁷ I forhold til disse arbeidstakerne var det saklig at ansienniteten hadde blitt fraveket.

Også i Eidsivating lagmannsretts dom RG 1985 128 drøftet retten betydningen av kompetanse som grunnlag for å fravike tariffavtalt ansiennitet. Retten uttalte at:

«Det er etter flertallets oppfatning ingen forutsetning at de som beholdes etter en slik vurdering, er «nøkkelpersoner» i den forstand at de er helt nødvendige for forsvarlig drift. En klar forskjell i dyktighet og erfaring innen det spesielle felt vil ofte være tilstrekkelig, spesielt når maksimal effektivitet er nødvendig for å oppnå den innsparing bedriften tar sikte på.»¹⁰⁸

Gjennomgangen viser at kompetanse kan være tilstrekkelig saklig grunn til å fravike ansienniteten også i tilfeller hvor virksomheten er bundet av tariffavtale.

¹⁰⁷ RG 1990 1098 på side 1106

¹⁰⁸ RG 1985 128 på side 133

3.2.4.2 Skjerpet ansiennitet

Enkelte tariffavtaler har et såkalt skjerpet ansiennitetsprinsipp. Et eksempel på dette er tariffavtalen i Rt 1996 1401 (Autronica). Det fulgte at tariffavtalen at «de sist ansatte sies opp først, såfremt de ikke er helt nødvendig for firmaets drift».¹⁰⁹ Det var grunnlag for å si opp en sekretær, men utvelgelsen var ikke saklig ettersom virksomheten hadde valgt å beholde den sekretæren som hadde kortest ansiennitet, og denne ikke var helt nødvendig for firmaets drift. Kriteriet «helt nødvendig for firmaets drift» er strengere enn det som følger av Hovedavtalen LO-NHO (2014-2017) § 8-2. Virksomhetens hovedavtale medførte en skjerpelse av ansiennitetsprinsippet. Dette viser at ansiennitetsprinsippets vekt vil avhenge av tariffavtalens ansiennitetsbestemmelse, hva som er tilstrekkelig til å fravike ansienniteten vil bero på en tolkning av tariffavtalen.

3.2.4.3 Avtaler med de tillitsvalgte

Ofte inngår virksomheten og de tillitsvalgte omstillingsavtaler som fastsetter prinsippene for utvelgelse ved nedbemanning. Domstolene tillegger ofte slike avtaler stor vekt.¹¹⁰ Arbeidsmiljølovens ufravikelighet¹¹¹ fører til at avtalene må ligge innenfor saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7. Avtalen kan heller ikke være i strid med overordnet tariffavtale ettersom disse er ufravikelige.¹¹²

¹⁰⁹ Rt 1996 1401 på side 1406

¹¹⁰ Rt 2001 71, RG 2004 s.222

¹¹¹ Arbeidsmiljøloven § 1-9

¹¹² Arbeidstvistloven § 6, RG 2005 784

I Rt 2001 71 ble betydningen av avtalen med de tillitsvalgte drøftet. Saken gjaldt uenighet om ansiennitetsberegning ved oppsigelse fra flyttbar plattform i Nordsjøen. Beregningen hadde vært avgjørende for utvelgelsen. Uenigheten gjaldt spørsmålet om ansettelsestiden i «Port Royal» før 1991 skulle tas med i beregningen. Rederiet hadde basert beregningen på en protokoll mellom rederi og tillitsmenn. Om betydningen av avtalen uttalte høyesterett:

«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.»¹¹³

Uttalelsen viser at Høyesterett tillegger slike avtaler mellom virksomheten og de tillitsvalgte meget stor vekt.

Også i RG 2004 s.222 (Braathens) la retten vekt på at spørsmålet om utvelgelseskrets hadde vært drøftet med de tillitsvalgte. Flertallet uttalte at:

«... den prosess som foregikk i Braathens, i samarbeid med de ansattes organisasjoner, karakteriseres som grundig og tilfredsstillende i lys av det omfang saken hadde og det tidspress som forelå. De tillitsvalgte og andre representanter for organisasjonene ble hørt og orientert gjennom hele prosessen. De deltok med innspill og synspunkter.

Det legges etter dette til grunn at det var etter samråd med de tillitsvalgte at det ble bestemt at hovedregelen skulle være at det ble foretatt ansiennitetsvurderinger innen den enkelte avdeling på stasjonene»¹¹⁴

¹¹³ Rt 2001 71 på side 82

¹¹⁴ RG 2004 222

Slike avtaler må som nevnt være innenfor rammene fastsatt i overordnet tariffavtale, dette illustreres i Frostating lagmannsretts dom inntatt i RG 2005 784. I rammeavtalen for nedbemanningen fra 1999 mellom Posten Norge BA og de ansattes fagforbund ble det avtalt at nedbemanningen skulle gjennomføres utelukkende med grunnlag i gjenkjenningsprinsippet. Dette medførte at arbeidstakere skulle defineres som overtallige etter en vurdering av hvilke arbeidsoppgaver som skulle bli videreført i den nye organisasjonen. Avtalen innebar at man skulle se helt bort fra ansiennitet ved utvelgelsen. Lagmannsretten drøftet betydningen av avtalen og uttalte:

«Høyesterett har riktignok i en avgjørelse i Rt-2001-71 uttalt at domstolen bør vise tilbakeholdenhet med å tilsesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsvalgtsapparatet. Denne saken gjaldt imidlertid betydningen av lokale avtaler om ansiennitetsberegningen og kan ikke få betydning for avtaler som i praksis vil avskjære det ansiennitetsprinsipp som er nedfelt i Hovedavtalen.»¹¹⁵

Retten kom til at det ikke kunne legges vekt på at ordningen var et resultat av en avtale med de tillitsvalgte, avtalen var ugyldig ettersom den var i strid med ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen mellom NAVO og LO § 36. Arbeidsgivers avgrensning av vurderingstemaet førte til at vurderingen ikke fikk den nødvendige bredde og utvelgelsen var derfor usaklig.

¹¹⁵ RG 2005 784

3.3 Kvalifikasjoner

Kvalifikasjoner fremheves i rettspraksis¹¹⁶ som et saklig utvelgelseskriterium. I ILO-rekommandasjon nr. 119 gis det uttrykk for at de individuelle arbeidstakernes evner, erfaring, dyktighet og faglige kvalifikasjoner er forhold som bør tillegges.¹¹⁷ Dette er momenter som inngår i kvalifikasjonsvurderingen.

Kvalifikasjoner er et vidt begrep, det kan omfatte praktisk talt alle forhold som kan få betydning for arbeidsutførelsen, blant annet formell kompetanse, relevant yrkeserfaring, dyktighet og personlig egnethet.

Som argument for å tillegge kompetanse vekt ved utvelgelsen anføres det at virksomheten bør få muligheten til å beholde de dyktigste arbeidstakerne. Virksomheten vil ønske å beholde de best kvalifiserte og mest effektive arbeidstakerne fordi de ønsker en mest mulig effektiv drift. Når virksomheten er i en nedbemanningssituasjon kan effektivitet være avgjørende for å sikre en fortsatt forsvarlig drift.

I tillegg er det i mange bransjer, spesielt typiske kunnskapsbransjer, problematisk å legge vekt på ansiennitet ved nedbemanning. De ansatte er ofte fagfolk som har spesialkompetanse på ulike områder. Ved nedbemanningen blir det først og fremst et spørsmål om hvilken kompetanse virksomheten har behov for i fremtiden. I disse tilfellene er det naturlig å ta utgangspunkt i virksomhetens kompetansebehov slik at ansienniteten får mindre betydning ved utvelgelsen.

Samfunnet beveger seg mer og mer i retning av et kunnskapssamfunn. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er det gitt en uttalelse om endringene i arbeidslivet.

¹¹⁶ Rt 1986 879, RG 1985 s.128, RG 1990 1098, NAD 1984 312

¹¹⁷ ILO-rekommandasjon av 1963 nr. 119 artikkel 15 nr. 2 bokstav b)

«Beskrivelser av arbeidslivet de seneste årene har fokusert på at arbeidslivet er gjennomgående forandret. Det legges blant annet vekt på at utdanningsnivået har steget over flere tiår, at informasjonsteknologien forandrer arbeidsprosesser og arbeidsoppgaver, og at arbeidet oftere organiseres som prosjekt. Videre framheves at den enkelte arbeidstaker får større ansvar og større autonomi i sin jobbutførelse, og at arbeidsdagen er fleksibel med stort innsalg av hjemmearbeid. Den moderne arbeidstaker har i en slik beskrivelse ofte blitt mer oppmerksom på sin verdi i kraft av sin utdanning, og er blitt langt mer individualistiske i sin holdning til arbeid og arbeidsliv. I den sammenheng pekes det på at de skifter ofte jobb, er blitt langt mer opptatt av å utvikle sin faglighet og sine personlige egenskaper enn å holde fast ved det sosiale miljøet på en enkelt arbeidsplass.»¹¹⁸

Dette fører til at kompetanse får økt vekt i arbeidsforhold og vil få større vekt som utvelgelseskriterium.

¹¹⁸ NOU 2004:5 s. 59-60

3.3.1 Kompetanse

I Rt 1986 879 (Hillesland) drøfter Høyesterett hvilken adgang virksomheten har til å legge vekt på kompetansebehov ved nedbemanning. Førstvoterende uttalte:

«Det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov. Jeg mener også at man ikke her kan stille krav om at det bare er "nøkkelpersoner" - i den forstand at de er helt nødvendige for fortsatt drift - som kan beholdes etter en slik vurdering. Bedriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov.»¹¹⁹

Dommen illustrerer at virksomheten kan legge vekt på forskjeller i kompetanse generelt og forskjeller i kompetanse knyttet til spesielle felter. En vektleggelse av kompetanse forutsetter at dette er saklig begrunnet i virksomhetens behov.

3.3.1.1 Tariffbundet virksomhet

Adgangen til å legge vekt på kompetanse vil avhenge av om virksomheten har forpliktet seg til å følge et ansiennitetsprinsipp ved nedbemanningen. Dersom det gjelder et ansiennitetsprinsipp for nedbemanningen skal det mer til før virksomheten kan legge vekt på kompetanse. Da kreves det at kompetanseforskjellen innebærer en tilstrekkelig saklig grunn til å fravike ansienniteten.¹²⁰ Et eksempel på at kompetanseforskjell ikke ble ansett tilstrekkelig er Gulating lagmannsretts dom LG-2000-207.

I LG-2000-207 var det spørsmål om virksomheten kunne fravike ansienniteten på grunn av forskjeller i kompetanse. Saken gjaldt oppsigelse av en datakonsulent som ledd i en generell nedbemanning på grunn av rasjonaliseringstiltak. Arbeidstakeren som ble sagt opp hadde ansiennitet fra 1985, mens en arbeidstaker med tilsvarende utdanning og bare 6

¹¹⁹ Rt 1986 879 på side 886-887

¹²⁰ RG 1990 1089, se punkt 3.2.4.1

måneders ansiennitet hadde blitt beholdt. Ved nedbemanningen skulle ansiennitetsprinsippet legges til grunn under ellers like vilkår. Virksomheten hevdet at forskjellene i kompetanse var saklig grunn til å fravike ansienniteten. Dommen drøfter forholdet mellom formelle kvalifikasjoner og praktisk kompetanse.

«I nærværende sak er det ikke faktiske holdepunkter for bedriftens anførsel om at Cs nyere utdannelse oppveide As faglige erfaring i kraft av hans betydelige lengre og relevante ansiennitet i bedriften.»¹²¹

Det kan utledes av dette at praktisk kompetanse opparbeidet gjennom lang ansiennitet skal tas med i kompetansevurderingen der denne er relevant. Retten kom til at kompetanseforskjellen ikke var tilstrekkelig til å begrunne at ansienniteten ble fraveket.

På den andre siden finnes det flere dommer hvor vektlegging av kompetanse var saklig grunn til å fravike et tariffavtalt ansiennitetsprinsipp. Disse dommene illustrerer hva som skal til for ansiennitetsprinsippet kan fravikes begrunnet med virksomhetens kompetansebehov.

Blant annet Lagmannsrettens dom inntatt i RG 1990 1098 (Spennbetong)¹²². Virksomheten var som nevnt bundet av tariffavtale og vurderingstemaet var hvorvidt det forelå «ellers like vilkår». Lagmannsretten kom til at 2 av arbeidstakerne skilte seg ut på en slik måte at forskjellen til de andre kunne betraktes som vesentlig. Retten uttalte at:

«Selv om det fantes andre med relevante kvalifikasjoner som arbeidet andre steder i produksjonen, kan det ikke i bedriftens situasjon kreves at den skulle si opp de to som har utmerket seg spesielt og sette til opplæring andre man ikke visste hvordan ville fylle oppgaven på et slikt sted.»¹²³

¹²¹ LG-2000-207

¹²² Se oppgavens punkt 3.2.4.1

¹²³ RG 1990 1098 på side 1106-1107

I forhold til disse arbeidstakerne var det derfor saklig at virksomheten hadde fraveket ansienniteten. Det ble også lagt vekt på at virksomheten var i en vanskelig økonomisk situasjon.¹²⁴

Også i Lagmannsrettens dom LH-2000-359 var det saklig å fravike ansienniteten på grunn av virksomhetens kompetansebehov. Saken gjaldt oppsigelse av en 53 år gammel arbeidstaker med ansiennitet fra 1980. Ansienniteten hadde blitt fraveket fordi arbeidstakeren manglet fagbrev og derfor var avskåret fra å arbeide selvstendig. Virksomheten var bundet av tariffavtale som påla virksomheten å ta utgangspunkt i ansiennitetsprinsippet ved nedbemanning. Til tross for dette kom flertallet til at utvelgelsen var saklig begrunnet. Retten uttalte at:

«En økonomisk forsvarlig drift er en forutsetning for at en bedrift skal kunne opprettholde virksomheten. Det må foretas en løpende vurdering av arbeidsstyrkens kvalifikasjoner sett i forhold til de krav som markedet stiller til bedriften og dens varer og tjenester. Dette kan medføre at man i tilfelle av driftsinnskrenkninger må se bort fra bedriftsansiennitet, og legge avgjørende vekt på om vedkommende har de kvalifikasjoner som er nødvendige for at virksomheten skal kunne opprettholdes.

I den foreliggende sak må det legges til grunn at Lorentzens manglende fagbrev gjorde at han ikke kunne nyttes til selvstendig arbeid i divisjon Installasjon, og at han bare kunne være hjelpearbeider. Et fagbrev kunne han tidligst oppnå etter 18 måneders praksis. I en situasjon hvor inntjeningen var synkende og overtalligheten klar, hadde bedriften et klart behov for å beholde de arbeidstakerene som hadde fagbrev og som kunne nyttes til selvstendig arbeid.»¹²⁵

¹²⁴ Se oppgavens punkt 3.3.2

¹²⁵ LH-2000-359

Arbeidstakeren hadde fått tilbud om montasjearbeid ved Siemens' avdeling i Trondheim, men hadde avslått dette tilbudet. Det følger av rettspraksis at det kan få betydning for interesseavveiningen at arbeidstaker har avslått tilbud om annet passende arbeid.¹²⁶

Gjennomgangen viser at også tariffbundet virksomhet kan fravike ansienniteten når dette er tilstrekkelig begrunnet i kompetanseforskjeller eller virksomhetens særlige kompetansebehov.

3.3.2 Betydningen av virksomhetens økonomiske situasjon

Dersom virksomheten er i en alvorlig økonomisk situasjon kan kompetanse lettere begrunne at ansienniteten fravikes. Kompetanse kan tillegges større vekt når behovet er begrunnet i virksomhetens behov for fortsatt forsvarlig drift.¹²⁷

Dette illustreres i Lagmannsrettens dom NAD 1984 312. Saken gjaldt oppsigelse på grunn av nedbemanning. Den oppsagte arbeidstakeren hadde ca. 40 års ansiennitet i virksomheten, mens en yngre arbeidstaker med langt kortere ansiennitet ble beholdt. Spørsmål var om det var saklig at virksomheten hadde fraveket ansienniteten. Dommen er avsagt under dissens, flertallet uttalte følgende om forholdet til virksomhetens økonomiske situasjon:

«I den uhyre vanskelige situasjon som bedriften var i, måtte det være berettiget å ta bedriftsøkonomiske hensyn ved vurderingen av hvilke arbeidstakere som skulle sies opp. Forholdet stiller seg anderledes her enn hvor det er tale om en rasjonalisering for å øke et bedriftsmessig overskudd. Det måtte stå som en nærliggende mulighet for FMV at dersom man ikke lyktes i bestrebelsene på å komme over i lønnsom drift, ville resultatet kunne bli full nedleggelse av verkstedet. I en slik situasjon med

¹²⁶ Rt 2008 749, se punkt 2.1.4, interesseavveiningen

¹²⁷ Rt 1986 879, RG 1985 128, LH-2000-359, LB-2004-45766, NAD 1984 312

masseoppsigelser i forbindelse med at deler av virksomheten nedlegges, kan ikke ansiennitetshensyn alene tillegges avgjørende vekt.»¹²⁸

Dommen viser at virksomhetens kompetansebehov kan slå annerledes ut i tilfeller hvor virksomheten er i en alvorlig situasjon, i forhold til tilfeller hvor nedbemanningen bare skyldes et ønske om økt fortjeneste. Også i dommen fra Eidsivating lagmannsrett inntatt i RG 1985 128 ble virksomhetens økonomiske situasjon tillagt vekt ved drøftelsen av virksomhetens adgang til å fravike ansienniteten begrunnet med kompetanse. Her uttales det at:

«En klar forskjell i dyktighet og erfaring innen det spesielle felt vil ofte være tilstrekkelig, spesielt når maksimal effektivitet er nødvendig for å oppnå den innsparing bedriften tar sikte på.»¹²⁹

Synspunktet følges opp i Rt 1986 879 (Hillesland). Om virksomhetens økonomiske situasjon uttalte retten:

«Bedriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov. Jeg må legge til grunn at Kåre Hillesland A/S var i en alvorlig situasjon hvor effektivitetshensyn gjorde seg gjeldende med stor styrke.»¹³⁰

¹²⁸ NAD 1984 312

¹²⁹ RG 1985 128 på side 133

¹³⁰ Rt 1986 879 på side 886-887

Virksomhetens alvorlige situasjon førte til at det var saklig å fravike ansiennitetsprinsippet og legge vekt på arbeidstakernes kvalifikasjoner. Det forelå «... i den vanskelige situasjon bedriften var i, sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingenes forskjellige oppgaver.» Retten kom derfor til at vurderingen om ikke å flytte arbeidstakere over fra produksjonsavdelingen til andre avdelinger saklig begrunnet.

I lagmannsrettens dom LB-2004-45766 var vurderingstemaet virksomhetens kompetansebehov innenfor enkelte arbeidsområder. As kompetanse ble vurdert i forhold til to andre ansatte som ble beholdt. Det ble lagt stor vekt på at virksomheten befant seg i en økonomisk prekær situasjon. Retten uttalte:

«Flertallet utelukker ikke at A ville kunne klare arbeidet som RSS, det avgjørende er at bedriften befant seg i en økonomisk prekær situasjon. Underskuddet fra året før var meget stort, og resultatene de første månedene av 2003 var alarmerende. I den situasjonen bedriften befant seg i, var det ikke forsvarlig å ta noen sjanser med hensyn til hvordan A ville kunne fungere i RSS Telecom, en avdeling han ikke hadde noen erfaring fra. Flertallet er enig i det som uttales i dom fra daværende Eidsivating lagmannsrett 18. juni 1984, inntatt i RG-1985-128 om forholdet til ansiennitetsprinsippet:

En klar forskjell i dyktighet og erfaring innen det spesielle felt vil ofte være tilstrekkelig, spesielt når maksimal effektivitet er nødvendig for å oppnå den innsparing bedriften tar sikte på.»

Virksomheten kunne, på grunn av den økonomiske situasjonen, ikke ta noen sjanser på å innplassere den oppsagte arbeidstakeren i en stilling hvor de hadde andre ansatte som allerede fungerte godt, ettersom det var nødvendig at avdelingen fungerte effektivt fra første dag.

Rettspraksis illustrerer at virksomhetens økonomiske situasjon får betydning for adgangen til å vektlegge kompetanse.

3.3.3 Personlig egnethet

Det følger av rettspraksis at personlig egnethet er et relevant utvelgelseskriterium.¹³¹ Dette hensynet er en del av kvalifikasjonsvurderingen. Med personlig egnethet menes personlige egenskaper som er relevante for stillingen. I RG 2001 1276 tolket retten begrepet egnethet slik at det relaterer seg til samarbeidsevner og lojalitet, og i liten grad til faglig dyktighet, som fanges opp av kriteriet kompetanse.

I RG 2001 1276 ble personlig egnethet tillagt vekt som et relevant utvelgelseskriterium. Ved en nedbemanning som følge av svikt i ordreinngang ble arbeidsstokken hos virksomheten redusert med ca. 50 personer. Utvelgelse for oppsigelse skjedde på grunnlag av kompetanse, markedsinngrep, egnethet og deretter ansiennitet. En 56 år gammel arbeidstaker med 12 års ansiennitet og god kompetanse innen fagfeltet ble sagt opp. Virksomheten hadde fraveket ansienniteten og begrunnet dette med arbeidstakerens manglende samarbeidsevner overfor ledelsen og manglende lojalitet.

¹³¹ RG 2001 1276

Retten drøftet hvorvidt samarbeidsevner var et saklig utvelgelseskriterium. Flertallet uttalte:

«... utvelgelseskriteriene var saklige, herunder at kriteriet egnethet, slik det er forstått av flertallet, er et kriterium med vesentlig relevans ved en omorganisering i en vanskelig markedssituasjon.»¹³²

Flertallet karakteriserte arbeidstakerens opptreden som påfallende egenrådig. Retten uttalte videre at «det heftet såvidt betydelige problemer ved As egnethet at oppsigelsen av ham fremtrer som saklig begrunnet i virksomhetens behov, også etter en avveining mot de åpenbare problemer som en fratreden vil medføre for A.»¹³³

Det er anført i teorien at det skal mye til før personlig egnethet blir utslagsgivende.¹³⁴ Dette synspunktet støttes av uttalelsene i RG 2001 1276. I tillegg anføres det at forholdet i hvert fall bør ha vært tatt opp med vedkommende på et tidligere tidspunkt.

3.3.4 Særlig om lederstillinger

I forhold til ledere vil kvalifikasjonsprinsippet ofte veie tyngre enn for andre ansatte. Dette gjelder spesielt den øverste lederen i virksomheten. Ved utnevning på lederplan er ofte individuelle kvalifikasjoner, herunder personlig egnethet, avgjørende for virksomheten. Det anføres i teorien at de særlige forhold som gjør seg gjeldende for virksomhetens ledere gjør at virksomheten i større grad står fritt til å vektlegge personlige egenskaper.¹³⁵

¹³² RG 2001 1276

¹³³ RG 2001 1276

¹³⁴ Johansen (2011) s. 755

¹³⁵ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 307

Virksomhetens øverste leder er omfattet av stillingsvernet i arbeidsmiljøloven § 15-7.¹³⁶ Men virksomhetens øverste leder kan frasi seg stillingsvernet i forhåndsavtale om fratreden mot etterlønn.¹³⁷ Hensynet bak bestemmelsen er at den skal muliggjøre en rask og effektiv utskiftning av øverste leder. Det legges i tillegg vekt på at virksomhetens øverste leder ikke har det samme behovet for beskyttelse.

¹³⁶ Arbeidsmiljøloven § 1-8

¹³⁷ Arbeidsmiljøloven § 15-16 andre ledd

3.4 Sosiale hensyn

Sosiale hensyn er et vidt begrep som kan omfatte mange ulike forhold. Sosiale forhold kan i denne sammenhengen kort defineres som forhold som medfører at en oppsigelse vil ramme arbeidstaker spesielt hardt. Typiske eksempler er forhold som gjør det vanskelig å få ny jobb som høy alder, funksjonsnedsettelse, eller økonomiske forhold som gjør at arbeidstaker er spesielt avhengig av å beholde inntekten. Det anføres i teorien at en vektleggelse av arbeidstakers økonomiske forhold forutsetter at en eventuell oppsigelse vil ramme arbeidstakeren betydelig hardere enn de øvrige arbeidstakerne.¹³⁸

At sosiale hensyn er relevant som utvelgelseskriterium ble fastslått i Rt 1986 879 (Hillesland). Virksomheten hadde ved utvelgelsen lagt vekt på ulike sosiale hensyn i forhold til de forskjellige arbeidstakerne som ble beholdt. I forhold til en av arbeidstakerne ble det lagt vekt på at hun hadde eneforsørgeransvar for et barn på 10 år. I forhold til en annen ble det tatt vesentlig hensyn til hans alder, 64 år på oppsigelsestidspunktet, som gjorde at han ville ha større vansker enn de øvrige med å få annet arbeid i tilfelle oppsigelse.

De oppsagte arbeidstakerne hadde anført at sosiale eller menneskelige hensyn ikke saklig kunne trekkes inn ved virksomhetens avgjørelse om hvem som skal sies opp. Med andre ord at sosiale eller menneskelige hensyn var relevante momenter ved interesseavveiningen, men at de ikke ville være relevante som utvelgelseskriterier. Til dette uttalte førstvoterende:

«Det er på det rene at i forholdet 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.»¹³⁹

Det er etter dette klart at ulike sosiale hensyn vil være relevante utvelgelseskriterier.

¹³⁸ *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s 978

¹³⁹ Rt 1986 879 på side 887

I tillegg understrekes det i teorien at klare sosiale og menneskelige hensyn må tillegges vekt også i tilfeller hvor det ikke er definert som utvelgelseskriterier,¹⁴⁰ fordi slike forhold skal vurderes etter den interesseavveiningen som skal foretas etter § 15-7 andre ledd, andre punktum.

3.4.1 Arbeidstakers økonomi

Økonomiske forhold kan føre til at en arbeidstaker er spesielt avhengig av å beholde inntekten. Dersom arbeidstaker økonomiske situasjon fører til at vedkommende vil bli rammet spesielt hardt av en oppsigelse kan det være relevant å legge vekt på dette ved utvelgelsen. Det kan også være saklig å legge vekt på at arbeidstakeren blir mindre rammet av en oppsigelse, i forhold til de øvrige ansatte og derfor legge vekt på dette som grunnlag for utvelgelse.

3.4.1.1 Arbeidstakers forsørgelsesbyrde

Det følger av rettspraksis at arbeidstakers forsørgelsesbyrde er relevant ved utvelgelse for oppsigelse.¹⁴¹ I Rt 1986 879 (Hillesland) var dette tema i forhold til en av de oppsagte arbeidstakerne. Arbeidstakeren hadde eneforsørgeransvar for et barn på 10 år. Retten kom til at dette var tilstrekkelig grunn til å fravike ansienniteten til hennes fordel.

I Rt 1967 91 ble det lagt vekt på at arbeidstakeren var «frisk og hadde ingen forsørgelsesbyrde idet hans hustru er ansatt i en relativt godt lønnet kommunal stilling».¹⁴² Denne uttalelsen viser at det er saklig å legge vekt på at den utvalgte arbeidstakeren er i en mer fordelaktig stilling enn andre. At det er saklig å legge vekt på at arbeidstaker er i en mer positiv økonomisk situasjon fremkommer også av Rt 2011 609 (Pilotdommen).¹⁴³

¹⁴⁰ *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 977

¹⁴¹ Rt 1986 879, Rt 1967 91

¹⁴² Rt 1967 91 på side 93

¹⁴³ Se oppgavens punkt 3.4.1.2, pensjon

3.4.1.2 Pensjon

Dersom arbeidstakeren har krav på pensjonsrettigheter kan dette føre til at en oppsigelse ikke rammer like hardt. Spørsmålet om det var saklig å legge vekt på arbeidstakers pensjon var tema i Rt 2011 609 (Pilotdommen). Saken gjaldt oppsigelse av 10 piloter i SAS som følge av et nedbemanningsbehov. Det fulgte av tariffavtalene mellom SAS og de to dominerende fagforeningene for pilotene at ansiennitet skulle benyttes som utvelgesprinsipp ved nedbemanning. Som ledd i nedbemanningsprosessen ble det inngått en avtale mellom tariffpartene om at ansiennitetsprinsippet skulle fravikes, og at man isteden skulle si opp flygerne som var pensjonsberettiget før flygerne med lavest ansiennitet. Høyesterett uttalte:

«SAS la ved utvelgelsen avgjørende vekt på at de pilotene som ble sagt opp, var berettiget til å motta alderspensjon. Konsekvensene oppsigelsen får for den enkelte arbeidstaker, må utvilsomt kunne trekkes inn ved saklighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Hensynet til arbeidstakeren har gradvis fått større plass i denne vurderingen, jf. Ot.prp.nr.41 (1975-1976) side 18-19. At denne type hensyn er relevant, fremgår også av rettspraksis, jf. Rt-1986-879.

De ankende parter har anført at slike sosiale hensyn bare kan benyttes som begrunnelse for unnløstelse av å gå til oppsigelse. Jeg er ikke enig i dette. De er etter mitt syn også relevante i en utvelgesprosess som den foreliggende, hvor arbeidsgiveren må velge mellom ansatte.»¹⁴⁴

Retten kom altså til at det måtte være anledning til å trekke inn hvilke konsekvenser oppsigelsen får for den enkelte arbeidstaker ved valg mellom arbeidstakerne. Det var derfor saklig å si opp de pilotene som var berettiget til å motta alderspensjon for å beholde de pilotene som ikke var berettiget til å motta slik pensjon. Dette viser at arbeidstakers sosiale forhold ikke bare vektlegges som begrunnelse for å unnløstelse å gå til oppsigelse, det kan også være relevant som grunnlag for utvelgelse.

¹⁴⁴ Rt 2011 609 avsnitt 63-64

Spørsmålet om alderspensjon kan tillegges vekt må sees i sammenheng med forbudet mot aldersdiskriminering.¹⁴⁵

I Rt 2011 609 kom Høyesterett til at det forelå aldersdiskriminering ved utvelgelsen, ettersom pensjonsrettigheter er nært knyttet til alder. Retten kom til at oppsigelsen likevel til at utvelgelsen var saklig ettersom forholdet var omfattet av unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd. Om vektleggelse av pensjonsrettigheter innebar ulovlig aldersdiskriminering uttalte retten:

«Jeg tar så stilling til om tariffavtalen som ble inngått i forbindelse med nedbemanningen høsten 2008, forfølger et legitimt formål innenfor rammene av unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd.

Formålet med avtalen var å finne frem til hvilke arbeidstakere som en oppsigelse ville virke minst inngripende overfor ...

Ifølge protokollen foretok partene en bred vurdering hvor ulike hensyn ble tillagt vekt, herunder hvordan den enkelte arbeidstaker ville bli rammet av en oppsigelse. For meg er det klart at det er et legitimt formål innenfor rammene av norsk rett å legge vekt på sosialpolitiske hensyn som den enkeltes muligheter til forsørgelse etter en eventuell oppsigelse.»¹⁴⁶

Høyesterett kom altså til at det å vektlegge pensjonsrettigheter ved utvelgelse forfulgte et legitimt formål, retten kom også til at tiltaket var forholdsmessig slik at unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd kom til anvendelse.

3.4.1.3 Tilbud om annen stilling

I Rt 1999 989 ble det lagt vekt på at arbeidstakeren som ble sagt opp hadde blitt tilbudt en stilling i det overdragende selskapet, men hadde avslått denne. Virksomheten hadde overført renholdet i slakteriet til ISS. Forholdet var omfattet av reglene om

¹⁴⁵ Arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd

¹⁴⁶ Rt 2011 609 avsnitt 84-86

virksomhetsoverdragelse¹⁴⁷, arbeidstaker ble derfor tilbudt stilling hos ISS. Etter en konkret vurdering kom retten til at arbeidstaker kunne utøve valgrett og derfor kunne velge å holde seg til sin opprinnelige arbeidsgiver. Men dette endret ikke det forhold at hun hos sin opprinnelige arbeidsgiver var overflødig. Arbeidstaker ble derfor oppsagt.

Virksomheten hadde vurdert om arbeidstakeren kunne overføres til renhold av kontorene, men det var ingen ledig stilling der. Virksomheten hadde da måttet si opp en annen ansatt for å kunne tilby arbeidstakeren denne stillingen. Virksomheten var bundet at Hovedavtalen mellom LO–NHO, spørsmålet for domstolene var derfor om det var saklig grunn til å fravike ansienniteten etter Hovedavtalen LO-NHO § 9-12 (nåværende § 8-2).

Høyesterett kom til at utvelgelsen var saklig. Retten la vekt på at forskjellen i ansiennitet var beskjedent, at de tillitsvalgte i bedriften hadde motsatt seg at andre fast ansatte skulle fortrenge til fordel for arbeidstakeren og at arbeidstakeren hadde fått tilbud om annen stilling. Retten uttalte at:

«... når det er tale om å fortrenge andre ansatte, må det også legges vesentlig vekt på at Stokkedal som følge av arbeidsmiljøloven kapittel XII A har hatt tilbud om stilling hos ISS.»¹⁴⁸

I tillegg tilsa sosiale forhold at denne renholderen burde få beholde sin stilling. Det forelå derfor saklig grunn til å fravike ansienniteten og oppsigelsen var saklig.

Det følger av rettspraksis at det også kan få betydning for interesseavveiningen at arbeidstakeren har fått tilbud om annen stilling.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Arbeidsmiljøloven kapittel 16

¹⁴⁸ Rt 1999 989 på side 995

¹⁴⁹ Rt 2008 749, se oppgavens punkt 2.1.4, interesseavveiningen

3.4.2 Sykdom og funksjonshemming

Sykdom og funksjonshemming er forhold som kan føre til at det blir vanskelig for arbeidstakeren å få ny jobb. Det følger av rettspraksis at sykdom er et relevant hensyn som kan vektlegges i arbeidstakerens favør.¹⁵⁰

I Rt 1966 393 (Papyrus Paper Mill) kom retten til at virksomheten ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til arbeidstakerens lange ansiennitet og det forhold at arbeidstakeren ikke var frisk. Retten uttalte at arbeidstakeren ikke var frisk, dette kombinert med lang ansiennitet og forsørgelsesbyrde førte til at virksomheten hadde «en sterk oppfordring til å gjøre sitt ytterste for å søke å unngå en oppsigelse».¹⁵¹

At sykdom er relevant følger også av interesseavveiningen,¹⁵² Ettersom sykdommen kan føre til at arbeidstaker rammes hardt av en oppsigelse. Det er ikke tvilsomt at det er saklig å legge vekt på arbeidstakers sykdom i arbeidstakers favør. Problemet oppstår ved spørsmål om sykdom kan benyttes som argument til skade for den rammede, altså som argument for oppsigelse.¹⁵³

¹⁵⁰ Rt 1966 393

¹⁵¹ Rt 1966 393 på side 396

¹⁵² Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd, andre punktum

¹⁵³ Se oppgavens punkt 3.5.2

3.4.3 Høy alder

En eldre arbeidstaker vil ofte kunne ha problemer med å få ny jobb i tilfelle oppsigelse. Dette fører til at det bør være saklig å legge vekt på høy alder ved utvelgelse.¹⁵⁴ Etter ILO-rekommandasjon nr. 119 er alder et av kriteriene som bør tillegges vekt ved utvelgelse.¹⁵⁵ Også i rettspraksis er det lagt til grunn at det er saklig å legge vekt på arbeidstakerens høye alder ettersom dette fører til at det vil være vanskelig for vedkommende å få ny jobb.¹⁵⁶

I Rt 1986 879 (Hillesland) var det spørsmål om det var saklig å tillegge alder vekt ved utvelgelsen slik at ansienniteten ble fraveket. Virksomheten hadde ved utvelgelsen lagt vekt på at arbeidstakeren på grunn av sin høye alder ville ha store problemer med å få nytt arbeid. Virksomheten hadde derfor sagt opp en annen arbeidstaker med lengre ansiennitet. Høyesterett kom til at virksomhetens beslutning om å fravike ansienniteten var saklig.

Anledningen til å vektlegge arbeidstakerens alder ved utvelgelse er ikke helt uproblematisk i forhold til forbudet mot aldersdiskriminering. Både Arbeidsmiljøloven § 13-1 og Rådskommisjonsdirektiv 2000/78/EF¹⁵⁷ forbyr diskriminering på grunn av alder. Forbudet gjelder alle former for aldersdiskriminering, både på grunn av høy og lav alder.¹⁵⁸ Det er derfor tvilsomt om alder i seg selv er et relevant utvelgelseskriterium. Men høy alder er et moment ved den interesseavveiningen som skal foretas etter arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd, andre punktum. At det vil være vanskelig for arbeidstakeren å få en annen jobb tilsier at virksomheten bør forsøke å finne en annen ordning for vedkommende enn oppsigelse.

At høy alder tillegges vekt fordi det fører til at det er vanskelig for arbeidstakeren å få ny jobb vil være omfattet av unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd. Fordi dette er ansett som et saklig formål, som ikke vil være uforholdsmessig inngripende. Det er derfor saklig å legge vekt på at arbeidstakerens høye alder.

¹⁵⁴ Arbeidsmiljøloven § 14-7 andre ledd andre punktum

¹⁵⁵ ILO-rekommandasjon av 1963 nr. 119 artikkel 15

¹⁵⁶ Rt 1986 879

¹⁵⁷ Direktiv 2000/78/EF artikkel 2 nr. 2 jfr. artikkel 1

¹⁵⁸ NOU 2003:2 s. 16

Gjennomgangen av rettspraksis viser at arbeidstakers alder er et relevant utvelgelseskriterium ved utvelgelse for oppsigelse. Og at det er saklig å legge vekt på arbeidstakers høye alder til fordel for arbeidstakeren. Et annet spørsmål er om høy alder, og spesielt høy alder kombinert med lang ansiennitet pålegger virksomheten å ta særlig hensyn til arbeidstakeren.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Se oppgavens punkt 4.1

3.5 Hensyn til virksomheten

Det er i virksomhetens interesse å beholde de mest egnede og best kvalifiserte arbeidstakerne,¹⁶⁰ uavhengig av de ansattes ansiennitet. I noen situasjoner kan dette være avgjørende for virksomhetens fortsatte drift. Dette taler for at hensynet til virksomheten kan tillegges vekt ved nedbemanning, dette vil spesielt være tilfelle hvor virksomhetens situasjon er alvorlig. Hensynet til virksomhetens fortsatte drift ble trukket frem som et relevant utvelgelseskriterium i ILO-rekommandasjon nr. 119.¹⁶¹

3.5.1 Betydningen av virksomhetens økonomiske situasjon

I forhold til virksomhetens adgang til å legge vekt på kompetanse vil virksomhetens økonomiske situasjon være relevant. Dette illustreres blant annet i Rt 1986 879 (Hillesland). Under drøftelsen av spørsmålet om kompetansekriteriets relevans la retten vekt på at virksomheten var i en alvorlig situasjon.

«Bedriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov. Jeg må legge til grunn at Kåre Hillesland A/S var i en alvorlig situasjon hvor effektivitetshensyn gjorde seg gjeldende med stor styrke.»¹⁶²

I saken var det også et spørsmål om virksomheten var forpliktet til å overføre ansatte til andre avdelinger. Om dette uttalte retten:

«Jeg understreker særlig at selv om de ankende parter etter en opplæringsperiode kunne fylle stillinger i andre avdelinger, forelå det, i den vanskelige situasjon bedriften var i, sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med

¹⁶⁰ *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 976

¹⁶¹ ILO-rekommandasjonen av 1963 nr. 119 artikkel 15 nr. 2 bokstav b)

¹⁶² Rt 1986 879 på side 886-887

avdelingenes forskjellige oppgaver. Jeg finner således bedriftsledelsens avgjørelse om ikke å flytte arbeidstakere - de ankende parter eller andre - over fra produksjonsavdelingen til andre avdelinger saklig begrunnet.»¹⁶³

I Lagmannsrettens dom NAD 1984 312 var det spørsmål om å fravike ansienniteten på grunn av forskjeller i kompetanse. Her uttalte flertallet:

«I den uhyre vanskelige situasjon som bedriften var i, måtte det være berettiget å ta bedriftsøkonomiske hensyn ved vurderingen av hvilke arbeidstakere som skulle sies opp.»¹⁶⁴

Også i Lagmannsrettens dom LH-2000-359 blir betydningen av virksomhetens økonomiske situasjon drøftet. Her var spørsmålet om virksomhetens særlige kompetansebehov ga grunnlag for å fravike ansienniteten. Flertallet uttaler at:

«I en situasjon hvor inntjeningen var synkende og overtalligheten klar, hadde bedriften et klart behov for å beholde de arbeidstakerene som hadde fagbrev og som kunne nyttes til selvstendig arbeid.»¹⁶⁵

¹⁶³ Rt 1986 879 på side 888

¹⁶⁴ NAD 1984 312

¹⁶⁵ LH-2000-359

Dersom virksomheten er i en prekær økonomisk situasjon vil det også lettere bli akseptert at virksomheten begrenser utvelgeskretsen. Dette illustreres av rettens uttalelse i RG 2004 222 (Braathens).

«I en situasjon med masseoppsigelser er en bedrift særlig sårbar, og en lang rekke omflyttinger med tilhørende opplæringsperioder for vedkommende arbeidstakere vil kunne være avgjørende for om bedriften bukker under i konkurransen.»¹⁶⁶

Gjennomgangen viser at virksomhetens økonomiske situasjon vil kunne påvirke utvelgeskriteriene. I tilfeller hvor virksomhetens situasjon er alvorlig og virksomhetens fortsatte drift er truet kan hensynet til virksomheten tillegges avgjørende vekt.

3.5.2 Arbeidstakers sykdom

Når virksomheten er i en situasjon hvor nedbemanning er nødvendig, vil det gjøre seg gjeldende et særlig effektivitetshensyn. Virksomheten kan i en slik situasjon ha et ønske om å beholde de arbeidstakerne som ikke er berørt av sykdom eller sykefravær. Problemstillingen er hvorvidt det er saklig å legge vekt på arbeidstakers sykdom som argument for utvelgelse, til den syke arbeidstakerens ugunst.

Arbeidstaker har et særskilt oppsigelsesvern ved sykdom. Arbeidstaker kan ikke sies opp på grunn av sykdommen, de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte.¹⁶⁷ Dette vernet gjelder kun ved oppsigelse på grunn av sykdommen, ikke ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold. Men dersom man tillater at virksomheten vektlegger sykdommen innenfor verneperioden vil dette kunne føre til at det særskilte oppsigelsesvernet ved sykdom uthules. Dette taler for at det ikke er saklig å legge vekt på sykdommen innenfor verneperioden.

¹⁶⁶ RG 2004 222

¹⁶⁷ Arbeidsmiljøloven § 15-8 første ledd

Det finnes flere eksempler fra rettspraksis på at vektleggelse av høyt sykefravær ved utvelgelse har blitt ansett saklig.¹⁶⁸ I RG 1964 510 kom retten til at høyt sykefravær gir saklig grunn til å fravike ansienniteten. Retten uttalte:

«Når det gjelder Åsmund Larsen er lagmannsretten kommet til at det ikke kan være tvilsomt at oppsigelsen er saklig begrunnet. Det må ansees på det rene at hovedårsaken til at ansienniteten ble fraveket for hans vedkommende var hans hyppige sykefravær gjennom alle de år han var ansatt ved jernverket, og den nedsatte arbeidsdyktighet som hans sykdom medførte. Arbeidervernlovens § 44 er ikke til hinder for at det foretas oppsigelse i et slikt tilfelle, jfr. bestemmelsens fjerde ledd. Det sykefravær som her foreligger er så betydelig at det må danne saklig grunn for at Larsen under de foreliggende omstendigheter ble oppsagt, og således ble en av dem som ble rammet av bemanningsreduksjonen.»¹⁶⁹

Dette synspunktet er fulgt opp i Gulating lagmannsretts dom NAD 1988 263. Saken gjaldt oppsigelse i en nedbemanningsprosess. Virksomheten hadde behov for fleksibel arbeidskraft som kunne tre inn for hverandre. Utvelgelsen ble begrunnet med arbeidstakerens manglende allsidighet på grunn av ryggplager og et betydelig sykefravær. Om anledningen til å legge vekt på sykefraværet uttalte retten:

«Ved utvelgelsen må bedriftsledelsen ha anledning til å ta i betraktning Sætres manglende allsidighet. Sætres langvarige sykefravær er også et moment som kan telle med. Han var som nevnt sykemeldt fra 19.10.-10.11. og fra 06.12.-14.12.84. Det var grunn for bedriften å regne med fortsatt relativt hyppige sykefravær.»¹⁷⁰

¹⁶⁸ NAD 1988 263, RG 1964 510, RG 1990 1098

¹⁶⁹ RG 1964 510 på side 517

¹⁷⁰ NAD 1988 263

Dommen illustrerer at også muligheten for et fremtidig sykefravær kan tillegges vekt. Også i RG 1990 1098 uttalte retten at høyt sykefravær kunne gi grunnlag for å fravike ansienniteten.

«Bedriftens behov, kvalifikasjoner hos de ansatte og sykefravær og også sosiale og menneskelige hensyn, vil være omstendigheter som kan tilsi at ansienniteten ikke uten videre skal være avgjørende.»¹⁷¹

Det må etter dette vurderes hva som årsaken til sykefraværet, sykefraværets omfang, framtidsutsikter og betydningen av fraværet for virksomheten. Dommene er imidlertid gamle, og det er usikkert om dette synspunktet kan opprettholdes i dag. Arbeidstaker har blitt betydelig bedre vernet ved sykdom.¹⁷² Dette illustreres blant annet ved arbeidstakers særskilte stillingsvern under sykdom,¹⁷³ virksomhetens tilretteleggingsplikt i forhold til den enkelte arbeidstakers arbeidsevne¹⁷⁴ og arbeidstakers særlige tilretteleggingsplikt i forhold til arbeidstakere som har fått redusert arbeidsevne som følge av ulykke og sykdom.¹⁷⁵ I tillegg er vektlegging av fravær og helse problematisk fordi det vil stride mot lovens formål om et inkluderende arbeidsliv.¹⁷⁶

Problemstillingen illustreres i Frostating lagmannsretts dom LF-2002-115. Her kom retten til at det ikke var saklig å vektlegge arbeidstakers manglende evne til å arbeide skift på grunn av sykdom. Virksomheten hadde fraveket ansienniteten i forhold til en yrkeshemmet 52 år gammel produksjonsarbeider med 21 års ansiennitet. Han ble oppsagt fordi han ikke kunne jobbe nattarbeid. Virksomheten hevdet skiftordningen var nødvendig for forsvarlig drift. Lagmannsretten var ikke enig i dette og uttalte:

¹⁷¹ RG 1990 1098 på side 1105

¹⁷² Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 76, Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 16

¹⁷³ Arbeidsmiljøloven § 15-8

¹⁷⁴ Arbeidsmiljøloven § 4-2 andre ledd

¹⁷⁵ Arbeidsmiljøloven § 4-6

¹⁷⁶ Arbeidsmiljøloven § 1-1 litra e

«Med Bergs meget lange ansiennitet er det klart at det skulle mye til for at han i den foreliggende situasjon ikke skulle få beholde sin stilling. Lagmannsretten kan ikke se at det i denne sak foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner. Det er klart kommet frem gjennom bevisførselen at Berg var en trofast og pålitelig ansatt. Så langt han maktet, utførte han det arbeid han skulle. Han fylte de arbeidsoppgaver han var pålagt. Han trengte hjelp til å starte opp maskiner, og han trengte hjelp når det var aktuelt å tilsette farger i produksjonen. For øvrig var hans innsats upåklagelig og uproblematisk. De han arbeidet sammen med, fant ikke samarbeidet vanskelig. Det eneste reelle problemet var at Berg av medisinske grunner ikke skulle gå nattskift.»¹⁷⁷

Retten la også vekt på arbeidsmiljøloven § 13 nr. 2 (nåværende § 4-6), som forplikter virksomheten til, så langt som mulig, å iverksette nødvendige tiltak for at den yrkeshemmede skal kunne beholde sitt arbeid.

Det må etter dette anses tvilsomt at det vil være saklig, etter gjeldende rett, å legge vekt på arbeidstakers sykdom som begrunnelse for utvelgelse for oppsigelse. Slik at synspunktet i eldre rettspraksis må anses fraveket.

Dersom sykdommen skyldes en arbeidsulykke fører dette til at arbeidstaker er ytterligere vernet mot oppsigelse.¹⁷⁸ I forarbeidene uttales det at «rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte kommet sterkere inn i bildet, og det legges større vekt på arbeidsgiverens forpliktelser overfor arbeidstakere som har blitt svekket gjennom arbeid i vedkommendes tjeneste.»¹⁷⁹ Virksomheten kan derfor være forpliktet til å unngå oppsigelser i forhold til arbeidstakere som blir skadet i arbeidsulykke, eller på annen måte har fått redusert arbeidskapasitet gjennom arbeid i virksomhetens tjeneste.

¹⁷⁷ LF-2002-115

¹⁷⁸ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 72, RG 1990 1098

¹⁷⁹ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 72

Betydningen av sykefraværet for virksomheten må også avveies mot arbeidstakers interesse i å beholde arbeidet. En syk arbeidstaker vil ofte ha en betydelig interesse i å beholde arbeidet ettersom sykdommen kan føre til at det blir vanskeligere å få ny jobb. Virksomheten vil derfor ofte være forpliktet til å ta særlig hensyn til syke arbeidstakere.¹⁸⁰

3.5.3 Sammensetning av arbeidstakere

Det anføres i teorien at virksomheten kan legge vekt på behovet for å sikre en forsvarlig alders- og kjønnsammensetning på sikt.¹⁸¹ Det vil som hovedregel være forbudt å legge vekt på alder eller kjønn som utvelgelseskriterium.¹⁸² Dersom det skal være saklig å legge vekt på aldersammensetningen i virksomheten forutsetter dette at unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd kommer til anvendelse. Arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd lyder:

«Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, diskriminering på grunn av alder eller diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt.»

Virksomheten kan ha behov for å legge vekt på aldersammensetningen for å trygge driften i fremtiden, hvis det er tilfellet vil det kunne være saklig å legge vekt på dette. I tillegg oppstilles det et krav om at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende.

I Eidsivating lagmannsretts dom inntatt i NAD 1984 312 kom retten til at virksomheten kunne legge vekt på aldersammensetningen i virksomheten etter nedbemanningen. «Det vil være berettiget for bedriften i en slik situasjon å se på for eksempel aldersammensetningen blant de ansatte som blir beholdt etter nedskjæringen»¹⁸³ Dommen

¹⁸⁰ Se oppgavens punkt 3.4.2

¹⁸¹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s.308

¹⁸² Arbeidsmiljøloven § 13-1 og likestillingsloven § 5

¹⁸³ NAD 1984 s.312

er gammel, og det kan ikke uten videre legges til grunn at resultatet ville blitt det samme i dag. Forbudet mot aldersdiskriminering har blitt vesentlig styrket, blant annet gjennom EU-direktiv 2000/78/EF.¹⁸⁴

Johansen hevder at det kan være relevant å ta hensyn til kjønn dersom kjønnssammensetningen i virksomheten er skjev.¹⁸⁵ Å legge vekt på kjønnssammensetningen ved utvelgelse vil innebære en direkte forskjellsbehandling som er forbudt.¹⁸⁶ For at vektleggelse av kjønn skal være saklig forutsetter det at unntaket i likestillingsloven § 6 kommer til anvendelse. Det skal imidlertid mye til for at virksomheten kan legge vekt på kjønn ved utvelgelsen. Å legge vekt på kjønn vil derfor som hovedregel være et usaklig utvelgelseskriterium.

¹⁸⁴ EU-direktiv 2000/78/EF artikkel 2 nr. 2 jfr. artikkel 1

¹⁸⁵ Johansen (2011) s. 758

¹⁸⁶ Likestillingsloven § 5

3.6 Evalueringsskjemaer

Som en del av utvelgelsen benytter en del virksomheter seg av evalueringsskjemaer. Bruk av slike skjemaer innebærer at informasjon og vurderinger fylles ut for hver enkelt arbeidstaker. Slike evalueringsskjemaer vil for eksempel kunne inneholde rubrikker for blant annet ansiennitet, alder, kvalifikasjoner, erfaring, personlig egnethet, anvendelighet og ulike sosiale forhold.

En del virksomheter angir også hvor mye disse forholdene skal veie i forhold til hverandre. Det kan f.eks. være bestemt at sosiale forhold maksimalt skal utgjøre en bestemt andel av vurderingen, eller at det opereres med en detaljert poengsum for hvert kriterium. Dette kan føre til at vurderingen blir usaklig fordi det blir en matematisk utregning av utvelgelsen, som strider mot saklighetskravet.

Fougner mener at bruk av slike evalueringsskjemaer reduserer risikoen for at det blir tatt utenforliggende hensyn.¹⁸⁷ Johansen mener derimot at det er grunn til å være skeptisk til bruken av slike evalueringsskjemaer.¹⁸⁸ Og begrunner dette med at det er mulig at bruken av slike «karakterkort» strider mot personopplysningsloven § 8. Han fremhever også at bruk av evalueringsskjemaer fører til at sluttsummen blir avgjørende. I tillegg vil bruk av evalueringsskjemaer være problematisk dersom virksomheten er bundet av tariffavtale. Evalueringsskjemaene legger ofte opp til at ansiennitet skal tillegges vekt som en del av en helhetsvurdering, dette vil være i strid med ansiennitetsprinsippet.¹⁸⁹

I tillegg er det ikke uvanlig at fravær og helse er inntatt i slike skjemaer. Dette kan føre til at disse momentene tillegges større vekt. Dette vil stride mot lovens formål om et inkluderende arbeidsliv.¹⁹⁰ Det kan også være i strid med forbudet mot oppsigelse på grunn av sykdom.¹⁹¹

¹⁸⁷ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 308

¹⁸⁸ Johansen (2011) s. 759

¹⁸⁹ RG 1990 1098, se punkt 3.2.4

¹⁹⁰ Arbeidsmiljøloven § 1-1 litra e

¹⁹¹ Arbeidsmiljøloven § 15-8, se punkt 3.5.2

I RG 1989 1113 (Liaaen) drøfter lagmannsretten betydningen av slike evalueringsskjemaer. Saken gjaldt oppsigelse av arbeidstakere på grunn av driftsinnskrenkninger. Virksomheten var bundet av Hovedavtalen LO-NHO. Utvelgelsen av fem oppsagte arbeidstakere ble foretatt på grunnlag av individuelle personvurderingsskjema. De personlige kriteriene som ble vurdert var; kapasitet, ekstra innsats, selvstendighet, tilpasningsevne intern, tilpasningsevne eksternt, pålitelighet og fravær. De ansatte ble vurdert ut ifra kriteriene på en skala fra 1 til 5. I tillegg ble arbeidstakerne vurdert ut fra faglige kriterier. Disse varierte fra avdeling til avdeling. Ansiennitet var ikke en del av vurderingen. En del ansatte ble unntatt fra utvelgelsen fordi virksomheten anså at disse hadde nøkkelposisjoner eller var så spesialkvalifiserte at de uten videre måtte fortsette i virksomheten uten å bli avveid mot andre.

Retten kom til at gjennomføringen av evalueringen var lite betryggende. De som gjennomførte vurderingene hadde ulike oppfatninger av hvordan kriteriene skulle forstås. Uklarhetene ga «grunn til tvil om vurderingene er foretatt på rimelig betryggende måte.»¹⁹² Retten uttalte deretter:

«Når dette sammenholdes med at utarbeidelsen av vurderingskortene poengsettingen har foregått uten noen som helst slags bistand fra de ansatte gjennom deres tillitsvalgte, finner flertallet at fremgangsmåten ikke vitner om en tilstrekkelig betryggende saksbehandling. Flertallet føler seg på ingen måte rimelig trygg for at en åpen saksbehandling, hvorunder de ansattes representanter hadde kunnet delta, og hvorunder den enkelte arbeider var blitt gitt anledning til selv å kommentere vurderingene, ikke ville ha ført til andre og riktige resultater.»¹⁹³

¹⁹² RG 1989 1113 på side 1123

¹⁹³ RG 1989 1113 på side 1123

Det kan av dette utledes at det stilles krav om at evalueringsskjemaer benyttes konsekvent samt at skjemaene bør utarbeides i samsvar med de tillitsvalgte. Videre bør den enkelte arbeider gis anledning til å delta ved personvurderingen for å sørge for at vurderingen får tilstrekkelig bredde. Dersom den enkelte arbeidstaker ikke har fått anledning til å delta i personvurderingen kan dette tale for at saksbehandlingen ikke har vært betryggende og derfor innebære en saksbehandlingsfeil som kan føre til ugyldighet.¹⁹⁴

I Oslo tingretts dom TOSLO-2009-41725 ble det også benyttet skjematiske vurderinger for utvelgelse. Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av seks oppsigelser i Selvaag-Bygg. Om utformingen av evalueringsskjemaene uttalte retten:

«... kartleggingsskjemaene hadde så vidt mange svakheter at de ikke var egnet til utvelgelsen av overtallige og at dette må få betydning for saklighetsvurderingen. Retten viser for det første til at skjemaene inneholdt svært mange temaer, som hver for seg forutsatte at en rekke arbeidsledere skulle foreta skjønnsmessige og subjektive vurderinger. Summering av de tallene som derved fremkom, måtte nødvendigvis gi en desto mer usikker sluttsum.»¹⁹⁵

Retten la også vekt på at de tillitsvalgte hele tiden hadde gitt uttrykk for at de mente at utvelgelsen ikke burde skje ved bruk av slike evalueringsskjemaer. De tillitsvalgte hadde derfor ikke bidratt til utformingen. Flere av kriteriene forutsatte subjektive vurderinger og vektingen av kriteriene medførte at enkelte kriterier fikk uforholdsmessig stort utslag i totalscoren.

¹⁹⁴ Rt 1966 393 se punkt 2.1.2

¹⁹⁵ TOSLO-2009-41725

Dommene illustrerer at bruk av slike evalueringsskjemaer kan være problematisk i forhold til kravet om saklig utvelgelse. Dette gjelder særlig dersom det legges opp til subjektive og skjønnsmessige vurderinger. Bruk av slike evalueringsskjemaer kan også være i strid med tariffavtalt ansiennitetsprinsipp.

4 AVSLUTNING

4.1 Finnes det et ulovfestet ansiennitetsprinsipp?

Det er ikke tvilsomt at det er saklig å legge vekt på ansiennitet ved utvelgelsen. Temaet for denne drøftelsen er om virksomheten også i enkelte tilfeller vil være forpliktet til å ta hensyn til ansiennitet. Altså om det foreligger et ulovfestet ansiennitetsprinsipp som fører til at det skal tas hensyn til ansiennitet ved utvelgelsen.

En del forfattere uttrykker at «det ikke må skje en usaklig forskjellsbehandling, og at det må tas hensyn til særlig lang ansettelsestid gjerne i kombinasjon med høy alder, jf. Rt. 1966 s. 393, Rt. 1972 s. 1330 og Rt. 1986 s. 879»¹⁹⁶

Både *Omstilling og nedbemanning, Arbeidsmiljøloven – Kommentartutgave* og Jakhelln benytter denne formuleringen.¹⁹⁷ Jeg tolker utsagnet om at «må tas hensyn til særlig lang ansettelsestid» som at ansiennitet er et moment som skal inngå i utvelgelsesvurderingen. At det skal inngå i vurderingen innebærer at virksomheten ikke kan velge å se bort ifra lang ansiennitet. En annen sak er at andre kriterier kan veie tyngre enn ansienniteten slik at ansienniteten likevel kan fravikes ved utvelgelsen.

Det uttales imidlertid videre i *Arbeidsmiljøloven – Kommentartutgave* at: «Det er viktig å være klar over at ansiennitetsprinsippet ikke er lovfestet og således heller ikke er noe tvungent kriterium.»¹⁹⁸

I *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven* gis det uttrykk for at det kreves et særskilt rettsgrunnlag dersom arbeidsgiver skal være forpliktet til å følge ansiennitetsprinsippet ubetinget ved oppsigelser.¹⁹⁹

¹⁹⁶ *Arbeidsmiljøloven* (2013) s. 815, Jakhelln (2006) s. 440, *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 259

¹⁹⁷ *Arbeidsmiljøloven – kommentartutgave* (2013) s. 815, Jakhelln (2006) s. 440, *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 259

¹⁹⁸ *Arbeidsmiljøloven – kommentartutgave* (2013) s. 815

¹⁹⁹ *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 975

Juridisk teori ser ut til å mene at det ikke finnes et ubetinget ansiennitetsprinsipp som pålegger virksomheten å følge ansienniteten ved utvelgelse uavhengig av andre kriterier. Virksomheten står imidlertid ikke helt fritt til å se bort ifra ansiennitet. I forhold til rettspraksis foreligger det flere dommer som fastslår at høy alder fører til at den ansatte får et særlig sterkt stillingsvern, spesielt kombinert med lang ansiennitet.²⁰⁰ Dette fører til at ansienniteten skal inngå som en del av utvelgelsesvurderingen.

I Rt 1966 393 (Papyrus Paper Mill) hadde en 48 år gammel regnskapssjef med 28 års tjenestetid i firmaet blitt sagt opp på grunn av rasjonalisering etter en sammenslåing. Flertallet uttalte at:

«Under disse omstendigheter hadde de nye eiere av Yven Papirfabriks anlegg etter min mening en sterk oppfordring til å gjøre sitt ytterste for å søke å unngå en oppsigelse overfor denne funksjonær som i så mange år hadde virket i bedriftens tjeneste og som hadde en så sterk tilknytning til bedriften.»²⁰¹

I Rt 1972 1330 (Grand Hotell) kom flertallet til at virksomheten måtte ta særlig hensyn til arbeidstakeren grunnet hans lange ansiennitet. Saken gjaldt oppsigelse av en 45 år gammel bokholder med lang ansettelsestid som følge av nedbemanning på grunn av brann. Oppsigelsen ble foretatt uten at hotellet på forhånd hadde drøftet oppsigelsen med arbeidstakeren. Flertallet kom til at oppsigelsen var usaklig og la særlig vekt på at styret burde ha gitt arbeidstakeren anledning til å uttale seg før oppsigelse ble besluttet. Dersom forholdet hadde vært drøftet med arbeidstakeren mente flertallet at det hadde vært mulig å finne en løsning som tok rimelig hensyn til arbeidstakeren uten å medføre vesentlige ulemper for bedriften.

²⁰⁰ Rt 1966 393, Rt 1967 91, Rt 1972 1330, LB 2005-86961

²⁰¹ Rt 1966 393 på side 396

I forhold til arbeidstakerens ansiennitet kom flertallet til at arbeidstakeren «på grunn av lang tjeneste og kvalifikasjoner stod i en stilling som påla bedriften å ta særlig hensyn til ham.»²⁰²

Også i Borgarting lagmannsrett dom LB 2005-86961 kom retten til at virksomheten måtte ta særlig hensyn til arbeidstakeren grunnet hans høye alder og lange ansiennitet. Arbeidstakeren var 59 år og hadde vært ansatt i virksomheten i 34 år. Han var den i ledergruppen med klart lengst ansiennitet. Han ble sagt opp fra stillingen som teknisk sjef på grunn av rasjonalisering og driftsinnskrenkning. Det var ikke omtvistet at virksomheten hadde et nedbemanningsbehov.

Lagmannsrettens flertall kom til at oppsigelsen måtte kjennes ugyldig. «På bakgrunn av As lange ansiennitet og relativt høye alder, hadde bedriften etter flertallets syn et særlig ansvar og en særlig aktsomhetsplikt i forhold til ham.»²⁰³ Arbeidstakeren ønsket å gå av med avtalefestet pensjon ved 62 år og han hadde lagt frem forslag til kostnadsreduksjoner, blant annet et forslag om å redusere sin egen lønn inntil han gikk av med pensjon. Flertallet kom til at oppsigelsen var ugyldig siden virksomheten burde ha utvist en større fleksibilitet og vilje til å vurdere andre løsninger enn oppsigelse av arbeidstakeren.

Gjennomgangen av rettspraksis viser at høy alder kombinert med lang ansiennitet pålegger virksomheten å ta særlig hensyn til arbeidstakeren ved nedbemanning. Slik at virksomheten ikke står helt fritt til å fastsette andre utvelgelseskriterier og se bort fra ansiennitet.

Det finnes også eksempler fra rettspraksis hvor oppsigelse har blitt ansett saklig til tross for arbeidstakers høye alder og lange ansiennitet.²⁰⁴

²⁰² Rt 1972 1330 på side 1334

²⁰³ LB 2005-86961

²⁰⁴ Rt 1976 91, LH-2000-359

I Rt 1967 91 drøftet Høyesterett betydningen av høy alder og lang ansiennitet i forhold til virksomhetens behov for å nedbemanne. Høyesterett kom til at oppsigelsen var saklig begrunnet til tross for at arbeidstakeren var 66 år gammel og hadde 41 års ansiennitet. Oppsigelsen kom som et ledd i en planlagt, kontinuerlig rasjonaliseringsprosess. Det var ikke tvilsomt at virksomheten hadde behov for å nedbemanne. Høyesterett kom til at utvelgelsen for oppsigelse var et resultatet av et forsvarlig skjønn, der både hensynet til virksomheten og hensynet til arbeidstakeren hadde blitt tillagt vekt. Virksomheten hadde ved interesseavveining også tatt hensyn til arbeidstakers høye alder og lange ansiennitet utvelgelsen var derfor saklig.

Også i Hålogaland lagmannsretts dom LH-2000-359 var oppsigelsen saklig til tross for arbeidstakerens høye alder og lange ansiennitet. Her ble betydningen av arbeidstakers høye alder og lange ansiennitet drøftet i forhold til virksomhetens kvalifikasjonsbehov. Retten kom til at det var saklig at ansienniteten hadde blitt fraveket. Om arbeidstakers alder uttalte retten at: «En oppsigelse ville ramme Lorentzen, men det kan vanskelig ses at han ble rammet i større grad enn andre i hans alder og med samme bakgrunn.»²⁰⁵ Det ser ut som at retten her vurderer hvor hardt en oppsigelse rammer arbeidstakeren, i forhold til andre med samme alder. Dommen tar dermed ikke hensyn til at arbeidstakers høye alder i seg selv ville føre til at han ble rammet hardt av en oppsigelse.

Dommene viser at det ikke er noe krav om at ansiennitet skal tillegges ubetinget vekt. Vektleggelse av andre kriterier kan føre til at det er saklig å fravike ansienniteten selv om ansettelsestiden er lang. Det kan imidlertid vanskelig utledes av rettspraksis at virksomheten kan være berettiget til ikke å ta ansiennitet med i vurderingen dersom ansettelsestiden er lang.

²⁰⁵ LH-2000-359

4.2 Oppsummering

Som gjennomgangen over viser er det støtte i rettspraksis for at ansiennitet i enkelte tilfeller skal tillegges vekt også i tilfeller hvor virksomheten ikke er bundet av tariffavtale. Dette gjelder tilfeller der ansettelsestiden er lang. Virksomheten står dermed ikke fritt ved valg av utvelgelseskriterier. Det skal foretas en helhetsvurdering hvor ansiennitet skal inngå som en del av vurderingen.

Høy alder og lang ansettelsestid vil også være momenter ved interesseavveiningen som skal foretas mellom virksomhetens behov for å nedbemanne og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker.²⁰⁶ Dette fører til at det ikke vil være berettiget å se helt bort fra ansiennitet ved utvelgelsen.

²⁰⁶ Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd andre punktum

5 Litteraturliste

Lovgivning

- 2013 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering) av 21. juni 2013 nr. 58
- 2013 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 21. juni 2013 nr. 59
- 2013 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet) av 21. juni 2013 nr. 60
- 2013 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) av 21. juni 2013 nr. 61
- 2012 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 27. januar 2012 nr. 9
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62
- 2005 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) av 3. juni 2005 nr. 33
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar 1977 nr. 4
- 1956 Lov om arbeidervern (arbeidervernloven) av 7. desember nr. 2
- 1936 Lov om arbeidervern (Arbeidervernloven) av 19. juni nr. 8

Lovforarbeider

Ot.prp.nr 54 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
NOU 2003:2	Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet
Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp.nr. 104 (2002-2003)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
Ot.prp.nr. 50 (1993-1994)	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
Ot. prp.nr.49 (1983-1984)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp.nr 41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Internasjonale rettskilder

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjonen
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter
ØSK	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
2000/78/EF	Rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (Rammedirektivet mot diskriminering)
ILO R119	ILO-rekommandasjon av 1963 nr. 119 om opphør av arbeidsforhold.
ILO R166	ILO-rekommandasjon av 1982 nr. 166 om opphør av arbeidsforhold

Rettspraksis

(Sitert fra Lovdata)

Høyesterett:

Rt 2011 609

Rt 2008 1307

Rt 2008 749

Rt 2006 1525

Rt 2001 418

Rt 2001 71

Rt 2000 1602

Rt 1999 1694

Rt 1999 989

Rt 1996 1401

Rt 1992 776

Rt 1990 1126

Rt 1989 508

Rt 1986 879

Rt 1984 1058

Rt 1972 1330

Rt 1967 91

Rt 1966 393

Rt 1962 6

Rt 1959 900

Lagmannsrett:

LG-2012-21139

LE-2012-115628

LA-2011-11296

LB-2010-32150

LB-2009-12878
RG 2005 784 (Frostating)
LB 2005-86961
RG 2004 222 (Borgarting)
LB-2004-45766
LF-2003-2138
LF-2002-115
RG 2001 1276 (Frostating)
LH-2000-359
LG-2000-207
RG 2000 719 (Borgarting)
LA-1999-806
RG 1992 870 (Agder)
RG 1990 1098 (Frostating)
RG 1989 1113 (Frostating)
RG 1989 745 (Gulating)
NAD 1988 263 (Gulating)
RG 1985 128 (Eidsivating)
NAD 1984 312 (Eidsivating)
RG 1964 510 (Hålogaland)

Tingrett/Byrett:

TOSLO-2009-41725
TOSLO-2002-8542
NAD 1984 265 (Oslo byrett)

Arbeidsretten:

ARD 1981 160
ARD 1952 26

Tariffavtaler

LO-NHO Hovedavtalen (2014-2017). <https://www.lo.no/hovedavtalen1/Hovedavtalen-LO-NHO-2013---2017/> [sitert 13.04.2014]

Juridisk teori

Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave. Jan Fougner ... [et al.] 2. utgave. Oslo, 2013.

Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven. Henning Jakhelln... [et al.]. 3 utgave. Oslo, 2011.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære.* 5 utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001

Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett : den individuelle del.* 3 utgave. Oslo, 2013.

Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold.* 4 utgave. Oslo, 2001.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten.* 4 utgave. Oslo, 2006

Jakhelln, Henning. *Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold.* I: Lov og Rett 1967 s. 122-134 – (Sitert fra Lovdata)

Johansen, Atle S. (Einar Stueland red). *Arbeidsmiljøloven: kommentarer og praksis.* 1. Utgave. Oslo, 2011.

Omstilling og nedbemanning. Jan Fougner ... [et al.] 2 utgave. Oslo 2011

Skarning, Nicolay. *Permitteringer og nedbemanninger i praksis.* 1 utgave. Oslo, 2009