

Nedbemanning og permittering

Med særlig fokus på ansiennitetens vekt som utvalgs-kriterium, herunder en analyse av om utvalgs-kriteriet ansiennitet bør vektas ulikt ved nedbemanning og permittering

Kandidatnummer: 682

Leveringsfrist: 25.11.2021

Antall ord: 16 271



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema, problemstilling og aktualitet	1
1.2	Rettskildebildet	3
1.3	Begrepsavklaringer og avgrensninger.....	5
1.4	Særlig om ansiennitet og utvalgskriteriene	6
1.5	Fremstillingen videre	8
2	OVERORDNET OM NEDBEMANNING OG PERMITTERING	9
2.1	Grunnlaget for nedbemanning	9
2.1.1	Generelt	9
2.1.2	Saklig grunn.....	9
2.1.3	Annet passende arbeid	10
2.1.4	Interesseavveining	12
2.2	Grunnlaget for permittering	14
2.2.1	Generelt	14
2.2.2	Saklig grunn.....	19
2.2.3	Midlertidighet	21
3	UTVELGELSEN AV HVILKE ARBEIDSTAKERE SOM SKAL MOTTA OPPSIGELSE ELLER PERMITTERES.....	24
3.1	Generelt om utvelgelse.....	24
3.2	Utvalgskrets	24
3.2.1	Nedbemanning.....	24
3.2.2	Permittering	27
3.3	Utvalgsriterier	29
3.3.1	Nedbemanning.....	29
3.3.2	Permittering	36
4	ANALYSE AV ANSIENNITETSPRINSIPPET	44
4.1	Ansiennitetens vekt ved nedbemanning og permittering.....	44
4.2	De lege ferenda-vurdering av ansiennitetens vekt	48

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Virksomheter kan som følge av redusert aktivitet eller omlegging av driften oppleve driftsmessige utfordringer. Et tiltak for å sikre økonomisk forsvarlig drift er å kutte ned på lønnskostnadene, herunder antall arbeidstakere. Arbeidskraften kan reduseres ved nedbemanning eller permittering. Nedbemanning innebærer en endelig avslutning av arbeidsforholdet. Motsatt vil arbeidsforholdet bestå ved permittering, samtidig som at arbeidsgiver og arbeidstaker midlertidig fristas fra lønns- og arbeidsplikten.

Denne oppgaven gir en oversikt over de sentrale rettskildene ved nedbemanning og permittering. Oppgaven har også et særlig fokus på ansiennitet og drøfter ansiennitetens vekt i de ulike regelsettene.

Arbeidskraft har en vesentlig verdi for virksomheten. Det er kostbart å rekruttere og lære opp nye arbeidstakere, og det foreligger heller ingen garanti for at nye arbeidstakere er like gode som de gamle. Virksomheter har derfor behov for tiltak som kan sikre økonomisk forsvarlig drift uten å avbryte eksisterende arbeidsforhold. På bakgrunn av dette behovet vokste permitteringsinstituttet frem.

Permittering er et midlertidig tiltak for å bøte på forbigående utfordringer ved virksomheten. Det er ikke kun virksomhetens behov permittering tilgodeser. Arbeidstaker vil også kunne foretrekke permittering fremfor nedbemanning, da permittering forutsetter at arbeidstakeren skal komme tilbake til arbeid. Det kan derimot stilles spørsmål ved om permittering faktisk er et mindre onde for arbeidstakeren, særlig i situasjoner der virksomheten benytter permittering når arbeidstakere heller burde ha blitt oppsagt.

Arbeidsgivers styringsrett, samt hovedavtaler på tariffområdet, gir virksomheter adgang til å foreta oppsigelse og permittering. Saklighetskrav i både arbeidsrettslig lovgivning og tariffavtaler medfører derimot vesentlige skranker i virksomhetens adgang til å nedbemanne eller permittere arbeidstakere.

Nedbemanning må være saklig begrunnet, samt at arbeidsgiver plikter å tilby annet passende arbeid og foreta interesseavveining.¹ På samme måte må også permittering være saklig begrunnet, uten at det foreligger plikt til å tilby annet passende arbeid eller foreta en

¹ Arbeidsmiljøloven § 15-7 første og andre ledd.

interesseavveining.² Ved både nedbemanning og permittering må det i tillegg foretas en saklig utvelgelse av hvilke arbeidstakere som skal sies opp eller permitteres.

Utvelgelsen innebærer fastsettelse av en saklig utvalgskrets, samt saklige utvalgskriterier som arbeidstakere i utvalgskretsen skal måles opp mot. Hvorvidt det foreligger en tariffregulering eller ei, vil virke inn på ansiennitetens vekt både ved fastleggelse av utvalgskrets og utvalgskriterier, samt vektingen av utvalgskriteriene.

Det er lang tradisjon i norsk arbeidsrett å benytte ansiennitet som utvalgskriterium. Ansiennitet bygger på sist inn, først ut-prinsippet. Etter ansiennitetsprinsippet skal arbeidstakere som ble ansatt sist og dermed har kortest tjenestetid, være de første som skal velges ut til nedbemanning eller permittering.

Utenfor tariffområdet må det foretas en saklig utvelgelse hvor ansiennitet er et av flere saklige utvalgskriterier. Tariffbundne virksomheter er derimot pliktig til å foreta utvelgelsen etter ansiennitetsprinsippet, med mindre det foreligger saklig grunn til å legge vekt på andre utvalgskriterier.³

Det råder uenighet mellom tariffpartene om ansiennitetsprinsippets vekt, herunder hvor mye som skal til for å fravike ansiennitet ved tariffbundne virksomheter. Landorganisasjonen i Norge (LO) representerer arbeidstakere, og mener at det må foreligge saklig grunn til å fravike utgangspunktet om at utvelgelse skal skje etter ansiennitetsprinsippet.⁴ Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) tar derimot til ordet at ansiennitet skal inngå i en helhetsvurdering av alle relevante faktorer.⁵

Saklighetskravet ved nedbemanning og permittering har resultert i et spredt regelverk som det er behov å redegjøre for. I tillegg reises det spørsmål knyttet til hvilken vekt ansiennitet har i møte med andre utvalgskriterier. Da det samme forholdet, herunder virksomhetens behov for å redusere arbeidskraft, gir adgang til å både foreta nedbemanning og permittering, er det særlig interessant å undersøke om vekten av ansiennitetsprinsippet påvirkes ulikt ved nedbemanning og permittering. Til sist er det relevant å foreta en de lege ferenda-analyse for å finne ut hvordan rettstilstanden bør være.

² Hovedavtalen LO-NHO (2018-2021) § 7-1.

³ Hovedavtalen LO-NHO (2018-2021) §§ 7-1 nr. 3 og 8-2.

⁴ LO (2018) s. 23 og 28.

⁵ NHO (2018) s. 27 og 30.

Oppgavens problemstilling er derfor følgende:

Nedbemanning og permittering, med særlig fokus på ansiennitetens vekt som utvalgskriterium, herunder en analyse av om utvalgskriteriet ansiennitet bør vektes ulikt ved nedbemanning og permittering

Nedbemanning og permittering er alltid aktuelle temaer i dagens samfunn da arbeidsgivere møter ulike økonomiske utfordringer og må enten redusere eller justere arbeidskraften for å møte markedets behov.

Koronapandemien førte også til økning av arbeidsledighet på grunn av samfunnets nedstengning. Både nedbemanning og permittering ble derfor enda mer aktuelt. Arbeids- og velferdsetaten har i oktober 2021 registrert 121 200 arbeidsledige personer, hvorav 19 600 av disse er permittert.⁶ Tross for at pandemien virker å være mer kontrollert nå, kan nye smittebølger eller andre uforutsette kriser likevel føre til at flere blir permittert eller sagt opp. Det er derfor sentralt å kartlegge reglenes innhold og praktisering.

1.2 Rettskildebildet

Adgangen til å nedbemanne og permittere har ulikt rettslig grunnlag. Nedbemanning reguleres av arbeidsmiljøloven § 15-7. Bestemmelsen setter skranker for virksomhetens adgang til å si opp arbeidstakere. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 er knappe når det gjelder nedbemanning. Bestemmelsen i aml. § 15-7 er derimot en videreføring av arbeidsmiljøloven av 1977 § 60,⁷ og forarbeidene til 1977-loven er relevante for tolkningen. Ordlyden gir imidlertid lite veiledning for hvordan virksomheten skal gjennomføre nedbemanningen slik at saklighetsvilkåret blir oppfylt.

Det foreligger ingen lovhjemmel som gir adgang til å permittere. Permitteringsadgangen antas derimot å følge av arbeidsrettslig sedvane. Arbeids- og trygderettslig lovgivning inneholder nærmere regulering av sider ved permitteringsinstituttet, og forutsetter at det foreligger permitteringsadgang i norsk arbeidsliv.

Arbeidslivets parter har en lang tradisjon for å skape og videreutvikle arbeidsrettslige regler gjennom tariffavtaler. På tariffrettens område gir Hovedavtalen mellom LO og NHO 2018-2021

⁶ NAV (2021).

⁷ NOU 2004: 5 s. 563 og Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 335.

hjemmel for permittering,⁸ samt oppstiller saklighetskrav ved utvelgelse til permittering.⁹ Identisk saklighetskrav oppstilles også ved nedbemanning.¹⁰ For nedbemanning vil tariffbundne virksomheter derfor ha et dobbelt rettslig grunnlag å bygge på. Det er antatt at tariffavtalens bestemmelser om permittering også vil gi uttrykk for permitteringsregler som gjelder overfor ikke-tariffbundne virksomheter.¹¹

Rettspraksis er en sentral rettskilde for å fastlegge innholdet i hvordan nedbemanningen saklig skal gjennomføres, herunder fastleggelsen av utvalgsrets og utvalgskriterier, samt for å forstå saklighetsteskelen. Rettspraksis er også en av de sentrale rettskildene for fastleggelse av innholdet i den sedvanerettslige permitteringsadgangen.

I saker om nedbemanning og permittering vil Høyesteretts oppgave være å avklare rammene for arbeidsgivers styringsrett gjennom tolkning av rettsgrunnlaget, herunder lov, avtale og sedvane. Underrettspraksis, dersom den er fast og ensartet, vil kunne være en viktig rettskilde. Uansett er underrettspraksis en viktig kilde til eksempler og domstolens anvendelse av de rettsregler som Høyesterett og Arbeidsretten har trukket opp. Underrettspraksis er derfor tolkningsbidrag og støtteargumenter.

Behandling av tvister om tariffavtalens innhold er overlatt til Arbeidsretten.¹² Alminnelige domstoler vil være bundet av Arbeidsrettens forståelse av tariffavtalen.¹³ Bakgrunnen for dette er at Arbeidsretten dømmer i siste instans, noe som tilsier at Arbeidsrettens avgjørelser om tariffavtalens innhold må tillegges omtrent samme vekt som Høyesterettsavgjørelser.¹⁴ De alminnelige domstolene kan ta prejudisiell stilling til forståelse av tariffavtalen, men tariffavtalefortolkningen vil ikke ha rettskraftig virkning.¹⁵ Arbeidsrettens avgjørelser om forståelse av tariffavtalen vil derfor også være bindene for Høyesterett.

Det foreligger mye rettspraksis, særlig på tariffrettens område. Systematisering av rettspraksis har derfor vært en omfattende del av denne oppgaven. Gjennomgangen av rettspraksis gir derimot godt grunnlag for å forstå hvordan reglene anvendes i praksis, samt at avgjørelsene er en viktig kilde for å avklare og forstå ansiennitetsprinsippets vekt ved nedbemanning og permittering.

⁸ Hovedavtalen LO-NHO (2018-2021) § 7-1 nr. 1.

⁹ Hovedavtalen LO-NHO (2018-2021) § 7-1 nr. 3.

¹⁰ Hovedavtalen LO-NHO (2018-2021) § 8-2.

¹¹ Blant annet LH-2000-668.

¹² Arbeidstvistloven § 34 første ledd.

¹³ HR-2019-424-A (Skanska), i avsnitt 39.

¹⁴ Sundet (2014) s. 28.

¹⁵ ARD-1998-215.

Oppgavens tema er godt behandlet i juridisk teori, med hovedvekt på nedbemanning. Likevel blir nedbemanning ofte sammenliknet med permittering, noe som gir holdepunkter for forståelse av permitteringsreglene.

Det foreligger også kommentarer fra tariffpartene LO og NHO om forståelse av Hovedavtalen. I likhet med andre avtaler skal partenes felles forståelse legges til grunn.¹⁶ Kommentarene som viser at tariffpartene er enige med hverandre skal derfor vektlegges når innholdet i tariffavtalen skal fastlegges.

Tolkningen av retten til nedbemanning og permittering skal skje etter alminnelig juridisk metode. For regler som er oppstilt i tariffavtale, må kollektivarbeidsrettslige metode legges til grunn. Partenes felles forståelse av ordlyden, samt Arbeidsrettens forståelse av ordlyden, skal være styrende for tolkningen. For å besvare oppgavens problemstilling skal det i tillegg foretas en sammenligning av reglene for nedbemanning og permittering, da særlig med henblikk på ansiennitet som utvalgs-kriterium.

1.3 Begrepsavklaringer og avgrensninger

Virksomheten kan si opp sine ansatte dersom oppsigelsen er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakerens forhold, jf. aml. § 15-7. Permittering kan foretas når saklig grunn gjør det nødvendig for virksomheten, jf. Hovedavtalen § 7-1. Det er altså virksomhetens forhold som kan gi grunnlag til permittering. For å kunne sammenlikne reglene for oppsigelse og permittering skal det kun fokuseres på oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold. I det følgende skal denne typen av oppsigelse omtales som nedbemanning.

Nedbemanning kan skyldes «driftsinnskrenkning eller rasjonalisering, eller det kan skyldes utsetting av virksomhet eller overtallighet etter virksomhetsoverdragelse»¹⁷. Utsetting av virksomhet reguleres av aml. § 15-7 tredje ledd, mens oppsigelsesvern ved virksomhetsoverdragelse er hjemlet i aml. § 16-4.

Den relevante lovgivning for denne oppgaven er aml. § 15-7 første og andre ledd. Bestemmelsen omtaler kun driftsinnskrenkning eller rasjonalisering, og oppgaven avgrenses derfor til disse nedbemanningssituasjonene. Driftsinnskrenkninger innebærer situasjoner der virksomhetens drift reduseres. Ved rasjonaliseringstiltak opprettholdes driften, men det foretas en omleggelse av virksomheten slik at det er behov for færre arbeidstakere.

¹⁶ Sundet (2014) s. 113.

¹⁷ Hirst (2015) s. 231.

Permittering defineres som midlertidig fritak fra arbeidsplikt, som ensidige bestemmes av arbeidsgiver.¹⁸ I likhet med permittering innebærer suspensjon et påbud fra arbeidsgiver om fritak fra arbeidsplikten.¹⁹ I motsetning til permittering, som er begrunnet i virksomhetens forhold, er det forhold på arbeidstakersiden som gir grunnlag til suspensjon. Permisjon har ofte grunnlag i gjensidig avtale eller lov og begrunner seg i behov hos arbeidstakeren.²⁰ Det avgrenses etter dette mot suspensjon og permisjon.

Permittering er først og fremst regulert i tariffavtale. Tariffavtale er «en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold»²¹. Tariffavtalen skiller seg fra arbeidsavtalen da den regulerer rettigheter og plikter for en gruppe av arbeidstakere, hvor arbeidsavtalen inneholder rettigheter og plikter for den enkelte arbeidstaker. Til sammen danner tariffavtalen, arbeidsavtalen og lovgivning rettighetene og pliktene som gjelder mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren i arbeidsforholdet. Dersom det oppstår strid mellom tariffavtale og arbeidsavtale, bestemmer prinsippet om tariffavtalens ufravikelighet at tariffavtalen går foran arbeidsavtalen.²²

Det finnes flere tariffavtaler som inneholder regler om nedbemanning og permittering. Andre tariffavtaler er gjerne inspirert av Hovedavtalen mellom LO og NHO. Det foretas ikke permittering i statlige virksomheter, og det er heller ikke vanlig å permittere ansatte i kommunal og fylkeskommunal sektor.²³ Oppgaven avgrenses etter dette til Hovedavtalen mellom LO og NHO 2018-2021, som gjelder den private sektoren.

Prosessuelle krav som varslings- og drøftelsesplikt skal ikke behandles. Det avgrenses også mot regler om saksbehandling, samt virkning av usaklige nedbemanning og permittering.

1.4 Særlig om ansiennitet og utvalgskriteriene

I norsk arbeidsrett er det lang tradisjon for at utvelgelse foretas etter ansiennitet. Ansiennitet omhandler hvor lenge arbeidstakeren har vært ansatt hos arbeidsgiveren.²⁴ Det er tjenestetiden hos virksomheten som er avgjørende for beregning av ansiennitet. Tjenestetid i ulike stillinger eller ved forskjellige deler av virksomheten skal derfor slås sammen.²⁵

¹⁸ Permitteringslønsloven § 1 andre ledd.

¹⁹ Arbeidsmiljøloven § 15-13.

²⁰ Aagaard (2009) s. 120.

²¹ Arbeidstvistloven § 1 bokstav e.

²² Arbeidstvistloven § 6.

²³ Skarning (2020) s. 31.

²⁴ Fougner (2019) s. 455.

²⁵ Johansen (2020) s. 874.

Ansiennitet beregnes fra ansettelsestidspunktet, uavhengig av om ansettelsen er fast eller midlertidig.²⁶ For fulltids- og deltidsansatte skal ansiennitet regnes på samme måte, da forholdsmessig beregning etter stillingsprosent er ulovlig.²⁷ Kortere stans i arbeidsforholdet, slik som permisjon, skal ikke trekkes fra ansiennitetstiden.²⁸

Ved innleie foreligger det et arbeidsforhold mellom arbeidstakeren og utleievirksomheten, og den innleide arbeidstakeren opparbeider derfor ansiennitet hos utleievirksomheten.²⁹ Når virksomheten overdras ved virksomhetsoverdragelse, er ansiennitet hos den overdragende arbeidsgiveren en rettighet som skal overføres til den nye arbeidsgiveren.³⁰

Det kan foreligge tilfeller der arbeidstaker opptjener ansiennitet hos ulike virksomheter innen samme konsern. Spørsmålet om konsernansiennitet skal legges til grunn er vurdert i HR-2017-1943-A (CHC Helikopter Service). Virksomheten var bundet av tariffavtale som bestemte at selskapsansiennitet skulle legges til grunn. To utenlandske arbeidstakere anførte at ansienniteten heller skulle beregnes i hele konsernet. Høyesterett kom til at den konkrete tariffavtalen ikke var i strid med aml. § 15-7, og at det ikke var lovgivers intensjon å regulere konsernansiennitet.³¹

Avgjørelsen viser at det ikke gjelder noe krav om konsernansiennitet. I særlige tilfeller, der arbeidstakere beveger seg mellom konsernets virksomheter og morselskapet tar beslutninger overfor datterselskapet, kan konsernansiennitet likevel kunne gjøres gjeldende.³²

Ansiennitet som utvalgs Kriterium begrunnes med rettferdighetshensyn. Det vil oppleves som rettferdig at arbeidstakere, som i lengre tid har gjort en innsats ved virksomheten, i større grad beskyttes mot nedbemanning og permittering enn de med kortere ansiennitet.³³ Ansiennitet er i tillegg et objektivt kriterium, som gjør det enkelt for arbeidstakere å forstå og akseptere utvelgelsen til nedbemanning og permittering.³⁴ Det har derfor vært viktig for fagbevegelsen å fremme ansiennitetens betydning og relevans. Til sist vil lengden på tjenestetiden i mange tilfeller reflektere kvalifikasjoner og erfaring.³⁵

²⁶ Stueland (2020) s. 354.

²⁷ Case C-184/89 Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg.

²⁸ ARD-1977-87.

²⁹ Johansen (2020) s. 873.

³⁰ Arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd.

³¹ HR-2017-1943-A (CHC Helikopter Service), i avsnitt 67 og 68.

³² Johansen (2020) s. 874 og 875.

³³ Stueland (2020) s. 349.

³⁴ NHO (2018) s. 30.

³⁵ Fougner (2019) s. 455.

Utvelgelse basert på ansiennitet vil derimot ikke alltid være det beste for virksomheten. Som nevnt, vil virksomheten ved nedbemanning og permittering gjerne befinne seg i en vanskelig økonomisk situasjon, og har derfor behov for å beholde arbeidstakere som kan avhjelpe virksomhetens utfordringer. Arbeidstakernes kvalifikasjoner blir derfor viktige utvalgsriterier. Det kan også være tilfeller hvor virksomheten ikke er i en prekær økonomisk situasjon, men er avhengig av å tilpasse kompetansen til markedet. I slike tilfeller vil også kompetanse og kvalifikasjoner hos arbeidstakerne være viktige utvalgsriterier.

I tillegg skal sosiale hensyn ved den enkelte arbeidstaker alltid vurderes ved interesseavveiningen.³⁶ Ved permittering er det også «adgang til å ta hensyn til at noen vil bli hardere rammet enn andre av å bli permittert»³⁷. Rettspraksis har i tillegg åpnet for at det kan tas hensyn til virksomhetens kostnader.³⁸ Utvalgsriteriene avgrenses etter dette til ansiennitet, kvalifikasjoner, sosiale forhold og kostnadshensyn.

1.5 Fremstillingen videre

I del 2 skal det redegjøres for innholdet i reglene om nedbemanning og permittering. Deretter skal det i del 3 gjøres rede for utvelgelse ved nedbemanning og permittering. Hensikten er å legge grunnlaget for drøftelse og analyse i del 4. Her skal ansiennitetsriteriets vekt drøftes, samt at det skal foretas en selvstendig analyse av hvordan ansienniteten bør vektas.

³⁶ HR-2019-424-A (Skanska), i avsnitt 34.

³⁷ ARD-2009-48 (Securitas), i avsnitt 36.

³⁸ ARD-1990-169, på s. 178.

2 Overordnet om nedbemanning og permittering

2.1 Grunnlaget for nedbemanning

2.1.1 Generelt

I kraft av styringsretten kan arbeidsgiveren bestemme hvor mange arbeidstakere virksomheten har behov for.³⁹ Styringsretten gir derfor arbeidsgiveren grunnlag for å si opp ansatte. Nedbemanning reguleres av arbeidsmiljøloven § 15-7 første og andre ledd og setter skranker for arbeidsgivers styringsrett og virksomhetens adgang til å si opp arbeidstakere.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 første og andre ledd kan brytes ned til fire ulike saklighetsvurderinger.⁴⁰ Nedbemanningen må for det første være «saklig begrunnet i virksomhetens (...) forhold»⁴¹. Videre vil nedbemanningen være ikke være saklig dersom det foreligger «annet passende arbeid i virksomheten»⁴². Det skal også foretas «en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker»⁴³. Dersom virksomhetens behov overstiger arbeidstakerens ulemper, vil nedbemanningen anses saklig. Til sist gjelder saklighetskravet ved utvelgelse av hvem som skal nedbemannes.

I det følgende skal det gjøres rede for vilkårene saklig grunn, annet passende arbeid og interesseavveining. Utvelgelse omtales i del 3.

2.1.2 Saklig grunn

Det følger av aml. § 15-7 første ledd at en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er «saklig begrunnet i virksomhetens (...) forhold». Ordlyden «virksomhetens forhold» viser at forhold knyttet til arbeidstaker kan ikke gi grunn til nedbemanning. Ordlyden gir ikke ytterligere henvisning på hvilke situasjoner ved virksomheten som vil gi saklig grunn til nedbemanning. «Virksomheten» er heller ikke definert i arbeidsmiljøloven.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «saklig begrunnet» viser at oppsigelsen ikke kan baseres på usaklige eller utenforliggende hensyn. Det følger av forarbeidene til

³⁹ Skarning (2017) s. 95.

⁴⁰ Hirst (2015) s. 232.

⁴¹ Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd.

⁴² Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd 1. punktum.

⁴³ Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd 2. punktum.

arbeidsmiljøloven av 1977 at «ikke (...) enhver rasjonaliseringsgevinst skal gi saklig grunn for oppsigelse»⁴⁴.

Ordlyden og forarbeidsuttalelsen taler for at det må foreligge tilstrekkelig tungtveiende forhold for at begrunnelse for nedbemanning skal anses saklig.⁴⁵ Det må i tillegg vurderes om virksomhetens forhold kan løses gjennom mindre inngripende tiltak.⁴⁶ Permittering kan for eksempel være en tilstrekkelig reaksjon.

Rettspraksis har fastslått at økonomiske begrunnelser vil kunne være saklige,⁴⁷ men det kreves ikke at nedbemanningen gir økonomisk gevinst.⁴⁸

Som eksempel på utenforliggende hensyn kan det vises til Rt. 1939 s. 53. Saken gjaldt en beslutning fra styret om at kvinner ikke kunne beholde sin stilling dersom de giftet seg. Som resultat av beslutningen ble en kvinnelig arbeidstaker sagt opp. Retten utalte at oppsigelsen skyldtes «helt utenforliggende grunner»⁴⁹.

Tilsvarende eksempel følger av Rt. 1988 s. 959. En HIV-positiv bartender ble sagt opp fordi arbeidsgiver mente at kundene ville være redde for å bli smittet. Høyesterett avviste den ubegrunnede smittefrykten som en saklig begrunnelse for oppsigelse.

Det er ikke klart fastlagt hvilke forhold ved virksomheten som vil gi saklig grunn til nedbemanning. Det mest praktiske synes å være nedbemanning begrunnet i bedriftsøkonomiske hensyn. Det avgjørende for saklighetsvurderingen vil være om det foreligger tilstrekkelig tungtveiende forhold og bedriften redegjør for disse på en overbevisende måte. Rettspraksis viser at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve den bedriftsøkonomiske begrunnelsen til virksomheten.⁵⁰

2.1.3 Annet passende arbeid

Nedbemanningen vil ikke være saklig begrunnet dersom «arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker», jf. aml. § 15-7 andre ledd første punktum. En

⁴⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 19.

⁴⁵ Skjønberg (2017) s. 416.

⁴⁶ Skjønberg (2017) s. 416.

⁴⁷ Rt. 2012 s. 168, i avsnitt 101.

⁴⁸ Rt. 1989 s. 508, på s. 514.

⁴⁹ Rt. 1939 s. 53, på s. 53.

⁵⁰ Rt. 1989 s. 508, på s. 513.

naturlig språklig forståelse av ordlyden viser at arbeidsgiveren har en plikt til å vurdere om det foreligger annet arbeid som kan tilbys til arbeidstakeren.

Dersom arbeidstakeren kan overføres til annet arbeid, vil det ikke være grunnlag for oppsigelse. Arbeidsgiveren er derfor forpliktet til å lete etter annet passende arbeid og dokumentere dette før oppsigelsen gis. Tilbud om annet arbeid etter at oppsigelsen er gitt, vil anses som fortrinnsrett til ny ansettelse etter aml. § 14-2.⁵¹

Arbeid som tilbys må være «passende arbeid» for den konkrete arbeidstakeren. Ordlyden «passende arbeid» viser først og fremst til at arbeidstakeren må være kvalifisert og egnet til å utføre arbeidet. I HR-2017-561-A (Posten II) hadde en distribusjonsleder blitt tilbudt stilling som postbud, men kunne ikke utføre arbeidet grunnet helsemessige begrensninger. Høyesterett uttalte at det er «meningsløst å tilby en stilling som den ansatte av helsemessige grunner ikke kan fylle»⁵².

I tillegg følger det av forarbeider og rettspraksis at «passende arbeid» innebærer at arbeidet som tilbys, må være lønns- og innholdsmessig mest mulig lik det opprinnelige arbeidet.⁵³

Likevel kan det ikke kreves at det tilbudte arbeidet er identisk, da begrepet «passende» er vidt.

Arbeidsgiver skal vurdere om det foreligger udekkede arbeidsoppgaver i hele virksomheten, og ikke kun den avdelingen eller enheten som arbeidstakeren opprinnelig er ansatt ved.⁵⁴ Kretsen kan ikke avgrenses på samme måte som ved utvalgs-krets til nedbemanning.⁵⁵ Arbeidsgivers plikt til å vurdere annet passende arbeid kan utvides til å gjelde hele konsernet dersom det foreligger delt arbeidsgiveransvar.⁵⁶

Det foreligger ikke plikt til å skape arbeid som kan tilbys den konkrete arbeidstakeren, men dersom det foreligger udekket arbeidsbehov, har arbeidsgiver plikt til å tilby det.⁵⁷ Juridisk teori gir eksempel på udekket arbeidsbehov i form av arbeid som dekkes av overtidarbeid eller vikarer.⁵⁸

⁵¹ Johansen (2020) s. 860.

⁵² HR-2017-561-A (Posten II), i avsnitt 82.

⁵³ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 72 og HR-2017-561-A (Posten II), i avsnitt 82.

⁵⁴ HR-2018-880-A (Linjebygg), i avsnitt 44.

⁵⁵ HR-2017-561-A (Posten II), i avsnitt 81.

⁵⁶ Rt. 1990 s. 1126 og Rt. 1997 s. 623.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 72.

⁵⁸ Johansen (2020) s. 858.

I rettspraksis har arbeidsgiver likevel blitt ilagt en viss plikt til å omorganisere virksomheten, og på den måten skape passende arbeid som kan tilbys arbeidstakeren. I LB-2007-3738, som gjaldt oppsigelse av daglig leder ved en avdeling hos Peppes Pizza, avslo vedkommende tilbud om stilling som kokk. Lagmannsretten uttalte at

«arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid ikke er begrenset til eksisterende stillinger, men også innebærer en viss plikt til å tilpasse organiseringen av sin virksomhet slik at tilbudsplikten kan oppfylles, dersom dette er mulig.»

Samme plikt til omorganisering ble også vist til i LB-2005-86961. Saken gjaldt oppsigelse av en 59 år gammel mann fra stillingen som teknisk sjef. Han ble tilbudt ulikt arbeid i produksjonen, men ble sykemeldt fordi arbeidet var fysisk krevende. Lagmannsretten viste til «bedriftens mulighet til å organisere administrasjonen slik at A kunne fortsette å arbeide der»⁵⁹.

Felles for avgjørelsene er at arbeidstakerne opprinnelig var ansatt i ledende stillinger, og plikten til omorganisering ved andre type stillinger er ikke behandlet. Begge dommene er fra lagmannsretten og Høyesterett har ikke avklart om virksomheten har en plikt til å omorganisere for å finne annet passende arbeid.

Når det foreligger annet passende arbeid i virksomheten, skal arbeidsgiveren «tilby» dette til arbeidstakeren. Arbeidsgiveren har derfor en handlingsplikt. I LB-2005-182490, som gjaldt oppsigelse av en 47 år gammel kvinne grunnet nedbemanning og omorganisering, kom retten til at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin tilbudspunkt ved å utlyse ledige stillinger internt. En internt utlyst stilling som arbeidstaker aktivt må søke på, reduserer arbeidsgivers handlingsplikt, samt tilfører arbeidstaker en aktivitetsplikt.

2.1.4 Interesseavveining

For å avgjøre om nedbemanningen har saklig grunn må det foretas «en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker»⁶⁰. Denne vurderingen kalles interesseavveiningen.

Ordlyden oppstiller en forholdsmessighetsvurdering. Virksomhetens behov for oppsigelse må veies opp mot de byrdene som arbeidstaker opplever grunnet oppsigelsen. Dersom virksomhetens behov for oppsigelse er større enn de ulempene som arbeidstaker opplever, er

⁵⁹ LB-2005-86961.

⁶⁰ Arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd 2. punktum.

oppsigelsen saklig begrunnet. Ordlyden «den enkelte arbeidstaker» viser at vurderingen skal gjøres separat for hver arbeidstaker.

Det er i rettspraksis gitt eksempler på hvilke momenter som kan være aktuelle ved vurderingen av ulempene som nedbemanning påfører arbeidstakeren. I HR-2017-561-A (Posten II), som gjaldt nedbemanning etter sammenslåing av distribusjonssenheter ved Posten Norge, uttalte retten at momentene «fremsatt stillingstilbud, arbeidstakerens alder, tjenestetid, økonomiske situasjon og utsikter på arbeidsmarkedet»⁶¹ vil være sentrale ved interesseavveiningen. Samlet sett handler momentene om arbeidstakerens muligheter til å klare seg økonomisk etter oppsigelsen.⁶²

De individuelle forhold ved arbeidstaker som listes opp i avgjørelsen, vil også kunne være relevante kriterier ved utvelgelse av hvem som skal nedbemannes.⁶³ Interesseavveiningen vil likevel skille seg fra utvalgsvurderingen. Interesseavveining foretas mellom virksomheten og arbeidstakeren. Utvelgelsen skjer mellom arbeidstakerne i en bestemt utvalgsrets.

Arbeidstakerens ulemper skal som nevnt vektes opp mot virksomhetens behov for nedbemanning. Terskelen for at interesseavveiningen skal gå i arbeidstakerens favør har blitt kommentert i forarbeidene.

Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 at bestemmelsen om interesseavveining «tar sikte på å gi arbeidstakerens interesser større gjennomslagskraft i forhold til bedriftens økonomiske vurderinger».⁶⁴ Videre blir det derimot påpekt at hensikten ikke er at arbeidstakerens interesser skal gis større gjennomslagskraft i forhold til virksomhetens interesser. Formålet er at arbeidstakerens interesser ikke skal bli glemt i vurderingen.⁶⁵

Det videre innholdet i terskelen for interesseavveiningen er behandlet i rettspraksis. Den nevnte avgjørelse om nedbemanning etter sammenslåing av distribusjonssenheter ved Posten Norge, HR-2017-561-A (Posten II), illustrer terskelen på følgende måte:

«Det alminnelige utgangspunktet er at `det skal meget til for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende når det rasjonaliseringstiltak som det er

⁶¹ HR-2017-561-A (Posten II), i avsnitt 88.

⁶² Skjønberg (2017) s. 431.

⁶³ Fougner (2016) s. 245.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 18.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 19.

spørsmål om å gjennomføre, ..., har store dimensjoner og omfatter en rekke ansatte` (...).»⁶⁶

Avgjørelsen viser en balansegang mellom virksomhetens behov og de ulempene som arbeidstaker opplever. Jo sterkere behov virksomheten har for å nedbemanne, desto større ulemper må arbeidstaker tåle. Avveiningen vil således være avhengig av forholdene hos den enkelte virksomhet.

I underrettspraksis har terskelen for la arbeidstakerens ulemper vinne over virksomhetens behov blitt knyttet til bedriftsøkonomiske forhold. Det følger av RG 1984 s. 616, som gjaldt oppsigelse av en funksjonær på et skipsverft, at

«[d]et må etter dette være klart at hensynet til den enkelte arbeidstaker kommer sterkt inn hvor det er tale om rasjonalisering for å øke et på forhånd solid overskudd i en bedrift. Når det derimot (...) er tale om å forsøke å sikre fortsatt drift i en krisesituasjon som den verftsindustrien har vært inne i de senere år, vil bedriftens behov for rasjonalisering kunne tillegges større vekt.»⁶⁷

Uttalelsen viser at virksomhetens økonomiske situasjon vil kunne påvirke vekten av arbeidstakerens interesser. Det vil være høyere terskel for at interesseavveiningen skal gå i arbeidstakerens favør dersom virksomheten er i en vanskelig økonomisk situasjon.

Juridisk teori underbygger at også virksomhetens størrelse vil være av betydning. Det trekkes særlig frem at større bedrifter har flere muligheter til å omplassere arbeidstakeren, samt bedre økonomi til å foreta omplasseringen.⁶⁸ Dette henger sammen med arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid. Det er naturlig at større virksomheter vil ha flere stillinger som den konkrete arbeidstaker kan utføre. Ved interesseavveiningen kan en derfor stille spørsmål om virksomheten har undersøkt omplassering nøye nok.

2.2 Grunnlaget for permittering

2.2.1 Generelt

Det foreligger ingen lovhjemmel som gir adgang til å permittere. Permitteringsadgangen antas derimot å følge av arbeidsrettslig sedvane.⁶⁹ På tariffrettens område inneholder de fleste

⁶⁶ HR-2017-561-A (Posten II), i avsnitt 89.

⁶⁷ RG 1984 s. 616, på s. 620.

⁶⁸ Fanebust (2001) s. 160.

⁶⁹ Fougner (2016) s. 210.

tariffavtaler, slik som Hovedavtalen mellom LO og NHO, en avtalefestet rett til permittering, jf. Hovedavtalens § 7-1. Dette omtales nærmere nedenfor.

Før permitteringsadgangen ble regulert i Hovedavtalen, var det uklart om det var en alminnelig adgang til å permittere, og de nærmere vilkårene for permittering. Etterhvert ble det i rettspraksis antatt at permittering er hjemlet i sedvane.⁷⁰ Permitteringsadgang for tariffbundne virksomheter ble forutsatt i Hovedavtalen mellom LO og NHO i 1947.⁷¹ Som følge av tariffreguleringen ble det i RG 1978 s. 442 (Borregaard) reist spørsmål om adgangen til å permittere utenfor tariffområdet.

RG 1978 s. 442 (Borregaard) gjaldt permittering av fem sivilingeniører. Retten aksepterte permitteringen ved å ta hensyn til virksomhetens behov for å redusere staben i en vanskelig periode. Lagmannsretten uttalte følgende om den alminnelige permitteringsadgangen i norsk rett:

«Praktiske behov taler for at en arbeidsgiver må ha en viss rett til å permittere sine arbeidstakere. Det er ikke utelukkende en belastning for arbeidstakerne. Det kan tjene til å holde en virksomhet i gang og dermed bedre sysselsettingsforholdene.

Permittering har vært praktisert i Norge i lang tid og må antas opprinnelig å ha hatt sitt grunnlag i bedriftens styringsrett. Etterhvert er permitteringsadgangen og fremgangsmåten ved permitteringer i stor utstrekning blitt regulert ved avtale mellom partene i arbeidslivet. Samtlige de avtaler som behandler spørsmålet, har anerkjent at arbeidsgiveren har en permitteringsrett.»⁷²

Lagmannsretten i RG 1978 s. 442 (Borregaard) antar at permitteringsadgang har sitt grunnlag i virksomhetens styringsrett. Retten påpeker i tillegg at permittering ikke nødvendigvis er et onde for arbeidstaker. Det taler for at dersom virksomheten kan nedbemanne, bør de også kunne foreta tiltak som er mindre belastende for arbeidstaker, slik som permittering.

Rettstilstanden etter RG 1978 s. 442 (Borregaard) er bekreftet av Arbeidsretten i ARD-1982-249. Avgjørelsen i ARD-1982-249 omhandlet adgang til å permittere ulønnede sjømenn. Arbeidsretten la til grunn at det foreligger en alminnelig permitteringsadgang i norsk

⁷⁰ Oslo byretts dom av 2. juni 1938 (Gohn-dommen) og Eidsivating lagmannsretts dom av 4. mai 1953 (Refsum-dommen).

⁷¹ Aagaard (2009) s. 121.

⁷² RG 1978 s. 442 (Borregaard), på s. 445.

rett. Dette ble begrunnet med at «[a]rbeidsgiverens permitteringsadgang må antas å være avledet av arbeidsgivers styringsrett»⁷³.

Høyesterett har aldri direkte behandlet spørsmålet om permitteringsadgang utenfor tariffområdet. Likevel er det Rt. 2014 s. 336 uttalt at «permitteringsadgangen følger av arbeidsrettslig sedvanerett»⁷⁴. Saken gjaldt to permitterte trykkeriansatte som hadde fått avslag på dagpenger. Avgjørelsen viser at Høyesterett legger seg på samme linje som Arbeidsretten og Lagmannsretten, og uttaler at permitteringsadgang bygger på sedvane.

Rettspraksis viser at permitteringsadgangen følger av arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten gir arbeidsgiver adgang til å permittere sine ansatte uten å ha hjemmel i lovgivning eller tariffavtale. Rettstilstanden har ikke blitt omtvistet. Det foreligger derfor adgang til å permittere utenfor tariffområdet.

Til tross for at det ikke foreligger lovregler som hjemler permitteringsadgang, gir arbeids- og trygderettslig lovgivning nærmere regulering av sider ved permitteringsinstituttet. Denne lovgivningen gir ikke i seg selv grunnlag for permittering, men belyser innholdet i sedvaneretten og forutsetter at det foreligger permitteringsadgang i norsk arbeidsliv.

For eksempel gir permitteringslønsloven arbeidstakeren rett på vederlag ved permittering, ved å tillegge arbeidsgiveren en lønnsplikt for et bestemt antall dager. Denne perioden kalles arbeidsgiverperioden⁷⁵, og etter arbeidsgiverperioden trer folketrygden inn og utbetaler dagpenger⁷⁶. Arbeidsgiver er i tillegg ilagt meldeplikt til Arbeids- og velferdsetaten etter arbeidsmarkedsloven § 8. Arbeidsmiljøloven har også bestemmelse om oppsigelsesfrister under permittering, jf. aml. § 15-3 niende ledd. Oppgaven gjelder utvelgelsen av ansatte som skal permitteres. Tilgrensende lovgivning behandles derfor ikke nærmere.

For tariffbundne virksomheter følger det av Hovedavtalen § 7-1 nr. 1 at «[p]ermittering kan foretas når saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften». Ordlyden «saklig grunn» viser at permitteringen ikke kan begrunnes med usaklige hensyn. Permitteringen skal i tillegg være «nødvendig», noe som innebærer presisering av saklighetskravet ved at «det må foreligge en overvekt av hensyn på bedriftens side som taler for bruk av permittering»⁷⁷. Det er altså ikke

⁷³ ARD-1982-249, på s. 259.

⁷⁴ Rt. 2014 s. 336, i avsnitt 36.

⁷⁵ Permitteringslønsloven § 3.

⁷⁶ Folketrygdloven § 4-7.

⁷⁷ Fougner (2016) s. 210.

tilstrekkelig at permittering er «ønskelig eller hensiktsmessig tiltak»⁷⁸, det må foreligge hensyn ved virksomheten som går utover dette.

I praksis skilles det derimot ikke mellom vilkårene saklig grunn og nødvendig, og disse flyter over i hverandre.⁷⁹ Dersom permitteringen er saklig, vil den også anses som nødvendig.⁸⁰ Nødvendighetskravet vil derfor ikke behandles i det følgende. Derimot vil saklighetskravet ha selvstendig betydning ved utvelgelse av hvilke arbeidstakere som skal sies opp.⁸¹ Dette behandles nærmere i del 3.

Det følger av Hovedavtalen § 7-1 nr. 2 at permittering «ikke [kan] finne sted utover 6 måneder med mindre partene er enige om at det fortsatt foreligger saklig grunn». Det skal etter bestemmelsen foretas løpende vurderinger av om forholdene som gir saklig grunn for permittering fremdeles foreligger. Dette har en side til permitteringsens midlertidighet, da permittering er et tiltak arbeidsgiver kan benytte ved forbigående utfordringer. Dersom forholdene som begrunner permittering ikke lenger kun er midlertidig, skal arbeidsgiver vurdere oppsigelse.

Tariffavtaler har virkning overfor tariffbundne virksomheter som er part i avtalen, og avtalene vil derfor inneholde begrensning av permitteringsadgangen på tariffområdet. Det følger av ARD-1982-249 at «styringsretten kan være gjenstand for begrensninger gjennom lovgivning og tariffavtaler»⁸². Avgjørelsen gjaldt en tariffbundet virksomhet. Spørsmålet er derfor om uttalelsen i ARD-1982-249, om begrensning av styringsretten gjennom tariffavtale, gjelder overfor ikke-tariffbundne virksomheter. For å besvare spørsmålet må det avklares om tariffbestemmelsene om permittering har virkning overfor ikke-tariffbundne virksomheter. Det ses hen til rettspraksis om tariffavtalens virkning utenfor tariffområdet.

Det følger av LH-2000-668 at «Hovedavtalens bestemmelser må antas å gi uttrykk for de regler som sedvanligvis gjelder ved permittering». Saken gjaldt en bilelektriker som ble permittert ved to anledninger. Retten mente at det forelå usaklig ansiennitetsavvik ved den første permittering, og den andre ble ansett som usaklig oppsigelse.

⁷⁸ Fougner (2016) s. 210.

⁷⁹ Stueland (2020) s. 300.

⁸⁰ Skarning (2017) s. 29.

⁸¹ Fougner (2019) s. 944.

⁸² ARD-1982-249, på s. 259.

Tilsvarende følger av RG 2010 s. 797, som gjaldt permittering av en konsulent ved et reisebyrå grunnet en vanskelig markedssituasjon som følge av finanskrisen og svineinfluensapandemien. Retten uttaler at

«Hovedavtalens bestemmelser om permittering, derunder dens § 8-1 [nå § 7-1] om at permittering kan foretas når `saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften` får tilsvarende anvendelse så langt de passer.»

I LH-2010-20886, som gjaldt spørsmål om permittering av flygere egentlig var en skjult oppsigelse, uttalte retten at:

«Nærmere regler om adgangen til permitteringer er gitt i hovedavtalens kapittel 8 [nå kapittel 7], og disse reglene anses på sedvanerettslig grunnlag å være uttrykk for gjeldende rett på dette området.»

Til sist vises det til LB-2013-207759, der det var tvist om permittering og senere avskjed av daglig leder. I forbindelse med permitteringsspørsmålet fastslo retten følgende:

«Som et utgangspunkt legger lagmannsretten til grunn at det etter norsk rett er adgang til å permittere ansatte, også utenfor områder som er dekket av tariffavtale. Bestemmelsene om permittering i Hovedavtalen mellom LO og NHO får anvendelse så langt de passer.»

Det følger derfor av rettspraksis at tariffavtalens bestemmelser om permittering har virkning også utenfor tariffområdet og gir uttrykk for alminnelig arbeidsrettslig sedvanerett. Det samme er fastslått i forarbeidene til permitteringslønnsloven. Permitteringslønnsloven er som nevnt, en del av den arbeids- og trygderettslige lovgivningen som belyser innholdet i det sedvanerettslige grunnlaget for permittering. Det følger av forarbeidene til permitteringslønnsloven at:

«Rettspraksis utenfor området for Hovedavtalen har ikke stilt opp noen strengere vilkår for permittering. Det legges også i slike saker til grunn at det må være `saklig grunn` for å kunne permittere.»⁸³

Forarbeidene har på bakgrunn av et større utvalg av rettsavgjørelser påvist at Hovedavtalens regler også gjelder utenfor tariffbundne områder. Forarbeidsuttalelsene viser at konstateringene i LH-2000-668, RG 2010 s. 797, LH-2010-20886 og LB-2013-207759 er å gjenfinne i øvrig rettspraksis, og kan anvendes som sikker rett. Tariffavtalen vil derfor, slik som uttalt i ARD-

⁸³ NOU 1993: 19 s. 9.

1982-249, sette grenser for permitteringsadgangen uavhengig av om virksomheten er bundet av tariffavtale eller ikke.

Rettspraksis viser at Hovedavtalens vilkår om saklig grunn og midlertidighet gjelder for ikke-tariffbundne virksomheter. I den følgende redegjørelsen av vilkårene saklig grunn og midlertidighet skal det derfor ikke skilles mellom virksomheter ut ifra deres tariffoppliktelse ettersom det legges til grunn at disse vilkårene vil være like uavhengig av tariffoppliktelsen.

2.2.2 Saklig grunn

Det følger av NHOs kommentarer til Hovedavtalen at saklig grunn for permittering foreligger «når arbeidsgiver for en begrenset periode ser at arbeidstakeren ikke kan beskjeftiges på en for bedriften forsvarlig måte»⁸⁴. Ordlyden «forsvarlig» gir ikke nærmere veiledning om innholdet av saklighetskravet.

Juridisk teori uttaler at saklighetsvurderingen i hovedsak går ut på «sammenhengen mellom arbeidskraften og bedriftens mulighet til å gjøre seg nytte av produksjonen»⁸⁵. Bedriften kan etter dette beskjeftige arbeidstakere på en forsvarlig måte dersom det antallet arbeidstakere bedriften har, er det antallet som trengs for å fylle arbeidsoppgavene. I motsatt fall kan det være flere arbeidstakere enn det er oppgaver å fylle. I slike tilfeller kan det foreligge saklig grunn til å permittere de overtallige.

Når det gjelder hvilke forhold som kan føre til at arbeidstakere ikke kan beskjeftiges, har LO listet opp følgende situasjoner som kan gi saklig grunn for permittering:

«ordremangel, vareopptelling, reparasjoner og ominnredning av arbeidslokalene av slik art og omfang at produksjonen helt eller delvis må innstille og med den følge at arbeidstakerne ikke kan beskjeftiges.»⁸⁶

Utover opplistingen har LO også vist at uforutsette omstendigheter, som ikke knyttes til arbeidstaker eller arbeidsgiver, vil være grunnlag for permittering.⁸⁷

LO har i motsetning til NHO vist til konkrete situasjoner. I juridisk teori er det derimot uttalt at «[i] prinsippet vil imidlertid ethvert forhold som innebærer at arbeidstakerne ikke kan

⁸⁴ NHO (2018) s. 27.

⁸⁵ Fougner (2019) s. 472.

⁸⁶ LO (2018) s. 23.

⁸⁷ LO (2018) s. 23.

beskjeftiges i en begrenset periode, kunne gi grunnlag for permittering»⁸⁸. Det kan etter dette foreligge saklig grunn for permittering også utenfor de situasjonene som LO lister opp.

Det kan imidlertid være verdt å merke seg at folketrygdloven kun gir dagpenger til permitterte dersom permitteringen skyldes forhold som arbeidsgiver ikke kan påvirke, jf. folketrygdloven § 4-7 første ledd. Det kan således være diskrepans mellom en saklig permittering og retten til dagpenger.

Felles for partenes kommentarer og juridisk teori, er at saklighetskravet knytter seg til virksomhetens forhold. Arbeidstakerens forhold vil først være av betydning i utvelgelsen, som behandles i punkt 3.3.2. Saklighetsvurderingen i grunnlaget for permittering innebærer altså ikke en interesseavveining, og skiller seg derfor fra vurderingen ved nedbemanning etter aml. § 15-7 andre ledd.

Forholdene som begrunner permittering, skal i tillegg være til stede under hele permitteringsperioden. Det konkrete forholdet som i utgangspunktet begrunner permittering kan endres i løpet av perioden, så lenge virksomheten ikke kan sysselsette arbeidstakerne.⁸⁹ Sakligheten, og herunder behovet for permittering, skal vurderes fortløpende under hele permitteringsperioden.

Det følger av ARD-1996-15 (Norges Blindforbund), som omhandlet permittering av samtlige ansatte, at saklighetskravet er «en rettslig norm som i første rekke retter seg til arbeidsgiveren, og som han er forpliktet til å etterleve»⁹⁰. Det er altså arbeidsgiveren som skal vurdere om det foreligger saklig grunn for permittering. Dette er naturlig, da det er virksomhetens forhold som skal vurderes. Vilåårene «saklig grunn» og «nødvendig» er skjønnsmessige vilåår, og arbeidsgiveren må derfor utøve skjønn i vurderingen av om arbeidstakere kan permitteres.⁹¹

Arbeidsgivers vurdering av saklighetskravet må være forsvarlig. Det må foreligge tilstrekkelig grunnlag for at arbeidsgiveren skal kunne ta stilling til skjønnsmessige vilåår som «saklig grunn». Dette er nødvendig for at domstolene skal kunne etterprøve vurderingene som arbeidsgiveren har gjort. Dette har en side til arbeidsgivers plikt til forsvarlig saksbehandling, som faller utenfor oppgavens tema.

⁸⁸ Fougner (2016) s. 212.

⁸⁹ Skarning (2017) s. 30.

⁹⁰ ARD-1996-15 (Norges Blindforbund), på s. 21.

⁹¹ ARD-1996-15 (Norges Blindforbund), på s. 21.

2.2.3 Midlertidighet

Saklighetskravet ved permittering kan i stor grad ligne på vilkåret om at oppsigelse skal være saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Det er derimot viktig å anvende saklighetskravet i sin sammenheng. I ARD-1996-15 (Norges Blindforbund), som gjaldt permittering av samtlige ansatte, bemerker Arbeidsretten på side 21 at «[p]ermittering er et midlertidig tiltak som forutsetter at arbeidstagerne vil bli gjeninntatt i arbeid» og «[v]ilkåret om `saklig grunn` (...) må forstås i samsvar med dette».

I motsetning til den endelige oppsigelsen, er permittering midlertidig. Betydningen av permitteringsreglene kan illustreres ved at nedbemanningsreglene gjør. Saklighetsvurderingen i grunnlaget for permittering innebærer derfor ikke i samme utstrekning som ved nedbemanning en vurdering av arbeidstakerens forhold. Dette er fordi den permitterte arbeidstakeren vil oppleve ulempene i en begrenset periode, mens oppsigelse kan føre til varige vansker for arbeidstakeren. Arbeidstakerens forhold kan likevel være mer relevant ved utvelgelsen. Det behandles i punkt 3.3.2.

Likevel er bare permittering et mindre onde for arbeidstakeren dersom vedkommende mottar dagpenger fra folketrygden. Folketrygdens krav om at arbeidsgiveren ikke skal være skyld i permitteringsårsaken, jf. folketrygdloven § 4-7, vil således indirekte bli et viktig moment i vurderingen av om det foreligger en rettmessig og saklig permittering.

Vurderingen av om arbeidsmangelen er midlertidig skal foretas med utgangspunkt i situasjonen på permitteringstidspunktet.⁹² Situasjonen anses som midlertidig i det tilfelle «de faktiske forhold må tilsi at arbeidstakeren vil kunne beskjeftiges igjen i løpet av overskuelig fremtid»⁹³.

Det foreligger ikke saklig grunn til permittering dersom arbeidsmangelen fremstod som varig allerede på permitteringstidspunktet.⁹⁴ Arbeidsgiveren må i så fall si opp de ansatte. Dette var tilfelle i RG 1985 s. 128 (Brynhildsen), som gjaldt oppsigelse av 55 arbeidstakere ved en betongfabrikk. Ett av spørsmålene i saken var om fabrikkens skulle foreta permittering i stedet for oppsigelse. Retten uttalte at permittering ikke ville være naturlig da utfordringene ved virksomheten fremstod som langvarige.⁹⁵

⁹² ARD-1996-15 (Norges Blindforbund), på s. 21.

⁹³ Fougner (2016) s. 212.

⁹⁴ TOSLO-2005-173012.

⁹⁵ RG 1985 s. 128 (Brynhildsen), på s. 138.

Motsatt, kan arbeidsmangelen synes å være midlertidig når permitteringen blir gitt, men at senere utvikling fører til at arbeidsmangelen ikke lenger er forbigående. I slike tilfeller er det ikke gitt at den opprinnelige permitteringen er saklig. Når det er klart at situasjon har blitt varig, er permitteringen ikke lenger saklig begrunnet og vil være ugyldig. Arbeidsgiveren må da foreta nedbemanning og et interessant spørsmål er om arbeidsgiveren da saklig kan velge ut de ansatte som er permittert, eller må foreta en ny prosess for utvelgelsen. Dette blir behandlet i punkt 4.2.

Som nevnt i punktet over, må det foretas en fortløpende vurdering av om pågående permitteringer er saklig. Tilsvarende må også midlertidigheten vurderes under hele permitteringsperioden.

Det følger av LH-2000-668, hvor en bilelektriker ble permittert ved to anledninger, at «arbeidsgiveren må gis vid adgang til å vurdere karakteren av den situasjon som er oppstått, og hvilke tiltak som er nødvendige». Det er altså opp til arbeidsgiver å vurdere om arbeidsmangelen er av forbigående karakter. Vurderingen er av bedriftsøkonomisk og markedsøkonomisk karakter som domstolene ofte setter sin lit til.

Videre ble det i LH-2000-668 uttalt at «[d]en etterfølgende utvikling kan likevel, etter omstendighetene, være egnet til å belyse forsvarligheten av det skjønn som er utøvet». Uttalelsen gjelder situasjoner der arbeidsmangelen utvikler seg til å være av mer permanent karakter. Den type utvikling kan føre til at domstolene mister tilliten til arbeidsgivers vurdering og dermed fastslår at det aldri forelå grunnlag for permittering.

På samme måte er det arbeidsgiveren som står ansvarlig dersom saklighetsvurderingen er feil. Feil valg av permittering fremfor nedbemanning vil kunne føre til at permitteringen blir ugyldig og at arbeidsgiveren må oppfylle lønnsforpliktelsen etter arbeidsavtalen. Dette følger av ARD-1976-141, hvor retten uttalte:

«Dermed oppstår spørsmålet om ikke denne unnlattelse medfører at permitteringsvarselet er tariffrettslig ugyldig, med den følge at Rogaland Fellessalg er forpliktet til å betale de permitterte arbeidstakere lønn for den tid permitteringen omfattet. Retten er kommet til at det spørsmålet må besvares bekreftende.»⁹⁶

Det sentrale ved permitteringsreglene er om arbeidsmangelen fremstår som midlertidig. Kjernen i permitteringsgrunnlaget er midlertidigheten av de utfordringene som virksomheten opplever, og ikke nødvendigvis hva slags utfordringer det er tale om. Som vist tidligere er det

⁹⁶ ARD-1976-141, på s. 147.

tilstrekkelig at disse utfordringene fører til at arbeidstakerne ikke kan beskjeftiges i en periode.
⁹⁷

⁹⁷ Skarning (2017) s. 31.

3 Utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som skal motta oppsigelse eller permitteres

3.1 Generelt om utvelgelse

Når en virksomhet foretar nedbemanning eller permittering, er det gjerne slik at ikke alle arbeidstakere skal sies opp eller permitteres. Virksomheten må foreta en utvelgelse av hvilke ansatte som skal motta oppsigelse eller permittering. Utvelgelsen innebærer at det må avgjøres hvor i selskapet utvelgelsen skal foretas og således hvilke arbeidstakere som berøres – utvalgskrets. Innenfor den valgte kretsen må det så fastsettes kriterier som arbeidstakere i utvalgskretsen skal måles opp mot og velges på bakgrunn av – utvalgs-kriterier. I det følgende skal det redegjøres for regler som regulerer fastsettelse av utvalgskretsen og utvalgs-kriterier ved nedbemanning og permittering.

3.2 Utvalgskrets

3.2.1 Nedbemanning

Arbeidsmiljøloven inneholder ikke bestemmelser om fastsettelse av utvalgskrets ved nedbemanning. Det følger derimot av rettspraksis at virksomheten i utgangspunktet skal utgjøre utvalgskretsen.⁹⁸

Virksomheten som utvalgskrets støttes også av systembetraktninger i arbeidsmiljøloven. Som nevnt tidligere skal arbeidsgiver vurdere annet passende arbeid i «virksomheten», samt at det skal foretas en interesseavveining mellom arbeidstakerens ulemper og «virksomhetens» behov, jf. aml. § 15-7 andre ledd. Begrepet «virksomhet» brukes altså gjennomgående i oppsigelseslovgivning. I juridisk teori er det derfor alminnelig antatt at virksomhetsbegrepet også gjelder ved utvelgelse, slik at utvelgelsen i utgangspunktet skal skje i hele virksomheten.

⁹⁹

Når det gjelder fastsettelse av utvalgskrets ved tariffbundne virksomheter, følger det av ARD-2016-151 (Nokas) at «det er naturlig å se Hovedavtalens bestemmelser i sammenheng med arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelse»¹⁰⁰. Saken gjaldt uenighet om fastsettelse av utvalgskrets ved oppsigelse av tre vektere. Det er virksomheten som i utgangspunktet skal utgjøre utvalgskretsen uavhengig av tariffforpliktelsene.

⁹⁸ Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig), i avsnitt 38.

⁹⁹ Fougner (2016) s. 299-300.

¹⁰⁰ ARD-2016-151 (Nokas), i avsnitt 68.

Det kan oppstå situasjoner der virksomheten har behov for å begrense utvalgskretsen. Det må derimot foreligge saklig grunn til å fravike utgangspunktet om at utvelgelsen skal skje i hele virksomheten.¹⁰¹ Rettspraksis har fastlagt hvordan saklighetsvurderingen skal foretas.

I Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig) godtok retten at utvalgskretsen ble begrenset til å gjelde én avdeling som hadde kun én arbeidstaker. Retten uttalte at «de hensyn som tilsier at utgangspunktet fravikes, må være tungtveiende»¹⁰². Dette innebærer at ikke ethvert forhold kan gi saklig grunn til å begrense utvalgskretsen. Retten modifiserte denne terskelen ved å uttale at «arbeidsmiljøloven ikke [kan] forstås slik at den pålegger bedrifter prosesser som blir uforholdsmessige tyngende, og som vil bidra til å undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte»¹⁰³.

Høyesterett i Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig) viser til en rekke hensyn som kan trekkes inn i saklighetsvurderingen. For det første kan større virksomheter ha praktiske utfordringer med å foreta utvelgelsen i hele bedriften. Videre må det kunne legges vekt på virksomhetens kompetansebehov og økonomiske situasjon, samt om det foreligger en innarbeidet praksis for nedbemanningsprosessen. Hvor mange ganger nedbemanning har blitt gjennomført vil også være av betydning, da stadig nedbemanning med hele virksomheten som utvalgskrets kan skape uro og mangel på stabilitet.¹⁰⁴

I forbindelse med de nevnte hensynene påpeker Høyesterett i Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig) at saklig begrensning av utvalgskretsen må vurderes konkret,¹⁰⁵ noe som tyder på at det ikke kan oppstilles faste kriterier for saklighetsvurderingen.

Utover hensynene som nevnes i Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig), kan også avtaler med tillitsvalgte om begrensning av utvalgskretsen være av betydning i saklighetsvurderingen.¹⁰⁶ Slike avtaler blir normalt tillagt vekt i domstolene.¹⁰⁷ I tillegg kan det være praktisk å begrense utvalgskretsen til konkrete yrkeskategorier eller stillingstyper, ettersom arbeidsoppgavene ved de ulike stillingene kan kreve spesielle kvalifikasjoner.¹⁰⁸

¹⁰¹ Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig), i avsnitt 38.

¹⁰² Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig), i avsnitt 43.

¹⁰³ Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig), i avsnitt 43.

¹⁰⁴ Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig), i avsnitt 42.

¹⁰⁵ Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig), i avsnitt 42.

¹⁰⁶ RG 2004 s. 222.

¹⁰⁷ Rt. 2001 s. 71, på s. 82.

¹⁰⁸ LA-1998-154.

Når det gjelder tariffbundne virksomheter, har det i rettspraksis blitt vurdert om det foreligger sammenheng mellom Hovedavtalens ansiennitetsregler og arbeidsgivers adgang til å bestemme utvalgskrets ved nedbemanning.

I HR-2017-561-A (Posten II) var det antatt at ansiennitetsprinsippet ikke var tilknyttet saklighetsvurderingen ved begrensning av utvalgskrets. I saken ble ti distribusjonssenheter slått sammen til fem, og ansiennitetsvurderingen ble foretatt innenfor hver av de nye enhetene. Retten uttalte følgende om ansiennitetsprinsippets plass i utvelgelsen:

«Det er en saklig begrunnet utvalgskrets som avgrenser hvem som ved overtallighet skal konkurrere om stillingene. Når denne avgrensningen skal foretas, har utvelgelseskriteriet ingen plass. Dette gjelder hva enten det er ansiennitet, kvalifikasjoner, alder eller sosiale forhold – eventuelt en kombinasjon av disse – som skal være styrende for hvem som blir overtallig.»¹⁰⁹

Denne uttalelsen var i motstrid med blant annet ARD-2016-151 (Nokas). Saken gjaldt oppsigelse av tre vektere, og det var uenighet om utvalgskretsen skulle begrenses til kun et driftssted. Arbeidsgiver hadde lagt til grunn at Sola Helikopter skulle være utvalgskretsen, og hadde derfor beregnet ansiennitet i forhold til kun denne heliporten, og ikke hele bedriften.

Arbeidsretten uttalte i ARD-2016-151 (Nokas) at virksomheten har «påtatt seg en særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene, med mindre det foreligger saklig grunn til å fravike dem»¹¹⁰. Det forelå dermed en sammenheng mellom ansiennitetsprinsippet og utvalgskretsen. Avgjørelsen viser at det innenfor tariffområdet ikke vil være nok å foreta saklighetsvurderingen etter de ovenfor nevnte hensynene som det vises til i blant annet Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig). Tariffbundne virksomheter har som Arbeidsretten uttaler, påtatt seg en forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene, og reglene må følges gjennom hele utvelgelsen, herunder ved fastsettelse av både utvalgsriterier og utvalgskrets.

I HR-2019-1986-A (Telenor) sluttet Høyesterett seg til ARD-2016-151 (Nokas). Saken gjaldt begrensning av utvalgskrets til én divisjon bestående av 11 arbeidstakere, hvorav en salgskonsulent med 32 års ansiennitet ble oppsagt. Virksomheten var bundet av tariffavtale, og Høyesterett vurderte om avgrensning av utvalgskrets var saklig begrunnet etter Hovedavtalen § 8-2. Retten uttalte at «en utvelgelseskrets [kan] være usaklig begrunnet dersom ansiennitetsprinsippet `helt mistet sin betydning` (...) eller blir `vesentlig svekket`»¹¹¹.

¹⁰⁹ HR-2017-561-A (Posten II), i avsnitt 66.

¹¹⁰ ARD-2016-151 (Nokas), i avsnitt 84.

¹¹¹ HR-2019-1986-A (Telenor), i avsnitt 62.

Rettstilstanden etter HR-2017-561-A (Posten II) er derfor ikke lenger gjeldende for tariffbundne virksomheter. Tariffbundne virksomheter kan ikke begrense utvalgskretsen til å gjelde såpass få arbeidstakere, at det ikke foretas en reell ansiennitetsvurdering. Det kan føre til at arbeidstakere med kortere ansiennitet beholder sin stilling på bekostning av andre ansatte i sammenliknbare stillinger og med lengre ansiennitet.¹¹² Det er derfor en sammenheng mellom ansiennitet som utvalgs-kriterium og fastleggelsen av utvalgskrets ved tariffbundne virksomheter.

ARD-2016-151 (Nokas) og HR-2019-1986-A (Telenor) viser altså at det vil være vanskeligere å begrense utvalgskretsen ved tariffbundne virksomheter, da det må tas hensyn til ansiennitetsprinsippet. Allerede i vurderingen av utvalgskrets er det tydelig at ansiennitetsprinsippet fører til ulik utvalgsprosess for tariffbundne og ikke-tariffbundne virksomheter.

3.2.2 Permittering

Hovedavtalen inneholder ikke regler om fastsettelse av utvalgskrets ved permittering. Det følger av juridisk teori at et saklighetskrav vil, på samme måte som ved nedbemanning, også gjelde ved permittering.¹¹³ Dette samsvarer med Hovedavtalens system, da det ved nedbemanning er lagt til grunn et saklighetskrav for utvalgskrets. I tillegg til det generelle saklighetskravet, gjelder det et krav til forsvarlig og etterprøvbar saksbehandling.

Ved nedbemanning skal utvelgelsen i utgangspunktet foretas i hele virksomheten, og det er forutsatt i juridisk teori at tilsvarende vil gjelde ved permittering.¹¹⁴ Utvelgelse ved permittering skal derfor som et utgangspunkt skje i hele virksomheten, med mindre det foreligger saklig grunn for annet.

Reglene for nedbemanning og permittering skiller seg derimot fra hverandre når det gjelder hva som vil være en saklig begrensning av utvalgskretsen. I ARD-2016-151 (Nokas), hvor tre vektere ble sagt opp, var det uenighet om utvalgskretsen skulle begrenses til kun et driftssted. I vurderingen av utvalgskretsen ved nedbemanning viser Arbeidsretten til flere avgjørelser om

¹¹² Et eksempel er Møre og Romsdal tingretts dom av 29. oktober 2021, i sak 21-037943TVI-TMOR/TKRU, på s. 14. Saken er rettskraftig, og jeg har ikke opplysninger om den er anket.

¹¹³ Stueland (2020) s. 311.

¹¹⁴ Skarning (2017) s. 52.

permittering. Det uttales at disse avgjørelsene vil ha begrenset med veiledning i nedbemanningssaken fordi

«[d]et vil være en annen vekting av de relevante hensyn som kan begrunne en snevrere utvalgskrets knyttet til permittering, som er en midlertidig ordning, enn hva som bør legges til grunn ved nedbemanning.»¹¹⁵

Arbeidsretten forklarer ikke videre hva som menes med «annen vekting av de relevante hensyn». Uttalelsen kan dermed forstås slik at terskelen for begrensning av utvalgskrets kan både være høyere og lavere for permittering enn for nedbemanning.

I juridisk teori er dette avklart gjennom antakelsen om at «det er noe lettere for virksomheter å begrense til en utvalgskrets ved permittering enn ved nedbemanning»¹¹⁶. Bakgrunn for dette er forsøkt begrunnet ved å blant annet vise til permitterings midlertidige karakter.¹¹⁷ Arbeidstakerne vil oppleve mildere ulemper ved permittering enn ved nedbemanning, da de skal returnere til sine stillinger etter permitteringsperioden. Det er derfor rimelig å gi virksomheten større frihet til å kunne begrense utvalgskretsen ved permittering enn ved nedbemanning.

Da oppgavens kjerne er ansiennitetsprinsippet, er det sentralt å undersøke hvilken betydning ansiennitet vil ha for utvalgskretsen ved permittering. Som nevnt er det uttalt i blant annet HR-2019-1986-A (Telenor), som gjaldt nedbemanning, at ansiennitetsprinsippet skal trekkes inn i vurderingen av saklig begrensning av utvalgskretsen for tariffbundne virksomheter.¹¹⁸ Det følger videre av dommen at utvalgskretsen ikke kan begrenses på en måte som fører til at ansiennitetsprinsippet mister sin betydning.¹¹⁹

Det forhold at utvalgskretsen i større grad kan begrenses ved permittering enn nedbemanning, kan føre til den type svekkelse av ansiennitetsprinsippet som etter HR-2019-1986-A (Telenor) skal unngås. På bakgrunn av dette antas det at ansiennitetsprinsippet ved fastleggelse av utvalgskrets vil kunne ha mindre vekt ved permittering enn ved nedbemanning. Dette skal derimot vurderes nærmere ved redegjørelse av utvalgskriterier ved permittering i punkt 3.3.2.

¹¹⁵ ARD-2016-151 (Nokas), i avsnitt 73.

¹¹⁶ Skarning (2017) s. 52.

¹¹⁷ Stueland (2020) s. 313.

¹¹⁸ HR-2019-1986-A (Telenor), i avsnitt 61.

¹¹⁹ HR-2019-1986-A (Telenor), i avsnitt 62.

Konsekvensen blir at i det tilfellet permittering ikke lenger er midlertidig, og arbeidsgiver må foreta nedbemanning, kan ikke den samme utvalgskretsen som lå til grunn ved permittering, benyttes ved den etterfølgende nedbemanningen. Dette omtales i punkt 4.2.

Hensikten her er kun å vise at utvalgskrets og -kriterier for tariffbundne virksomheter henger sammen gjennom ansiennitetsprinsippet ved både nedbemanning og permittering. Ansiennitetsprinsippet blir derimot mer svekket ved permittering enn ved nedbemanning, og dette vises allerede ved fastsettelse av utvalgskrets.

3.3 Utvalgskriterier

3.3.1 Nedbemanning

Virksomheten gjennom sin styringsrett bestemmer selv hvilke av arbeidstakerne som skal sies opp.¹²⁰ Dette utgangspunktet begrenses av det ovenfor omtalte saklighetskravet i aml. § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2.

Hva som er saklige utvalgskriterier, ble behandlet i Rt. 1986 s. 879 (Hillesland). Saken gjaldt industribedriften Kåre Hillesland AS, hvor fire arbeidstakere ble sagt opp. Ansiennitet ble fraveket i utvelgelsen, og det forelå uenighet om hvilke andre hensyn som kunne vektlegges.

Retten uttalte at «[b]edriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov»¹²¹. Videre ble det påpekt at sosiale eller menneskelige hensyn vil kunne være av betydning i utvelgelsen fordi dette skaper sammenheng med reglene om interesseavveining i aml. § 15-7 andre ledd andre punktum.¹²² Arbeidsgiveren i saken var ikke tariffbundet.

Avgjørelsen viser at en rekke utvalgskriterier vil kunne være saklige. Det er vanlig å benytte ansiennitet, kvalifikasjoner og sosiale hensyn. Tross for at rettspraksis har klarlagt hvilke kriterier som vil være saklig å anvende i utvelgelsen, er kjernen i saklighetsprinsippet at utvelgelsen skal være forsvarlig og konsekvent. Utvelgelsen skal ikke skje basert på utenforliggende hensyn,¹²³ og de valgte kriteriene må anvendes på samme måte overfor alle i utvalgskretsen.¹²⁴ Arbeidsgiveren kan i prinsippet velge ulike kriterier som er tilpasset deres virksomhet, så lenge de er saklige, forsvarlig og praktiseres konsekvent overfor de berørte

¹²⁰ Rt. 1977 s. 902, på s. 913 og Storeng (2020) s. 70.

¹²¹ Rt. 1986 s. 879 (Hillesland), på s. 886-887.

¹²² Rt. 1986 s. 879 (Hillesland), på s. 887.

¹²³ Fougner (2016) s. 305.

¹²⁴ Fougner (2019) s. 875-876.

arbeidstakerne.¹²⁵ Det vil være fordelaktig å benytte objektive kriterier som ansiennitet eller formelle kvalifikasjoner, ettersom dette kan sikre konsekvent praktisering og anvendelse.

For tariffbundne virksomheter følger det av Hovedavtalen § 8-2 at «ansienniteten [kan] fravikes når det foreligger saklig grunn», og utvelgelsen skal i utgangspunktet skje etter ansiennitetsprinsippet. Gjennom tariffavtalen har arbeidsgiver i større grad fraskrevet seg styringsretten,¹²⁶ da det ikke fritt kan bestemmes hvilke utvalgs-kriterier som skal anvendes. Prinsippene i den ovenfor nevnte avgjørelsen Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) kan derfor ikke benyttes fullt ut for tariffbundne virksomheter.

Utvelgelsen ved tariffbundne virksomheter kan foretas etter andre kriterier enn ansiennitet dersom det foreligger «saklig grunn» for det. Saklighetskravet er en rettslig standard, hvor innhold fastlegges gjennom rettspraksis.¹²⁷

Rettspraksis viser at saklig grunn for avvik fra ansiennitetsprinsippet i stor grad vil være basert på de samme kriteriene som gjelder for ikke-tariffbundne virksomheter. Forskjell i kvalifikasjoner og sosiale forhold kan føre til at det foreligger saklig grunn til å velge en konkret arbeidstaker fremfor en annen, til tross for at den førstnevnte har lengst ansiennitet.¹²⁸

Til tross for at utvelgelsen ved tariffbundne virksomheter må starte med ansiennitet, vil resultatet av utvelgelsen kunne bli ganske likt uavhengig av tariffoppliktelse. Dette er fordi det vil kunne være saklig å basere utvelgelsen på ansiennitet, kvalifikasjoner og sosiale forhold ved både tariffbundne og ikke-tariffbundne virksomheter.

Utvalgsprosessen kan i stor grad likne på interesseavveiningen etter aml. § 15-7 andre ledd andre punktum da kvalifikasjoner skal være begrunnet i virksomhetens behov, og sosiale hensyn knytter seg til ulempene som arbeidstaker opplever ved nedbemanning. Denne

¹²⁵ Fougner (2016) s. 305.

¹²⁶ RG 1990 s. 1098 (Spennbetong), på s. 1104.

¹²⁷ Stueland (2020) s. 348.

¹²⁸ ARD-2006-286, i avsnitt 72 om kvalifikasjoner og HR-2019-424-A (Skanska), i avsnitt 34 om sosiale forhold.

sammenhengen er også påpekt i Rt. 1986 s. 879 (Hillesland), hvor det ved vurderingen av om sosiale og menneskelige hensyn hadde plass i utvelgelsen ble uttalt:

«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 [nå aml. § 15-7 andre ledd andre punktum] 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.»¹²⁹

Interesseavveiningen og utvelgelsen er likevel ikke sammenfallende vurderinger fordi vurderingene skal foregå mellom ulike subjekter. Ved utvelgelsen skal det skje en avveining mellom arbeidstakere i utvalgskretsen. *Arbeidstakere* skal altså måles opp mot hverandre. Når disse er valgt ut, skal det deretter foretas en avveining mellom *bedriftens* og *den konkrete arbeidstakerens* interesser. Ved interesseavveiningen er det altså den utvalgte arbeidstakerens ulemper som skal måles opp mot virksomhetens behov.

Kvalifikasjoner og sosiale forhold vil etter dette være relevante ved to avveininger, uten at disse avveiningen kan slås sammen. Det kan derfor oppstå situasjoner der arbeidstakere som ble valgt ut til nedbemanning, ikke nødvendigvis kan saklig sies opp grunnet interesseavveining. Dette kan være tilfelle dersom man for eksempel velger ut arbeidstakeren med kortest ansiennitet, men ved interesseavveiningen viser det seg at nedbemanningen fører til vesentlig ulempe for vedkommende. Virksomheten må i så fall gå tilbake til utvelgelsen, og velge ut en annen arbeidstaker. Prosessen av utvelgelse og interesseavveining gjentas til man finner arbeidstakere som saklig kan sies opp.

I det følgende skal det gjøres rede for utvalgskriteriene ansiennitet, kvalifikasjoner og sosiale forhold, samt pekes på hvordan disse anvendes i rettspraksis. Som nevnt ovenfor vil det kunne være saklig å foreta utvelgelsen etter disse kriteriene uavhengig av tariffoppliktelse, og det er derfor disse kriteriene som skal behandles i det følgende.

Ansiennitet

Ansiennitet kan fremstå som det eneste objektive kriteriet, og utvelgelse basert på ansiennitet vil være enklest å praktisere og godta.¹³⁰ Tariffbundne virksomheter er som tidligere nevnt bundet av ansiennitetsprinsippet.

¹²⁹ Rt. 1986 s. 879 (Hillesland), på s. 887.

¹³⁰ NHO (2018) s. 30.

Det er påpekt i HR-2019-424-A (Skanska) at ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 8-2 er et utgangspunkt og ikke en hovedregel.¹³¹ Saken gjaldt oppsigelse av seks fagarbeidere grunnet nedbemanning. Det var ifølge retten misvisende å betegne ansiennitetsprinsippet som en hovedregel, fordi det kunne «gi inntrykk av at det skal noe mer til for å fravike ansiennitetsrekkefølgen enn hva jeg mener det er rettslig grunnlag for»¹³².

I det tilfellet arbeidsgiver påberoper seg andre utvalgskriterier enn ansiennitet, må det foretas en helhetsvurdering av om det foreligger saklig grunn til å anvende disse i stedet for ansiennitet. Hvilken vekt ansiennitet har i forhold til andre utvalgskriterier, skal behandles i punkt 4.1.

Til tross for at ansiennitetsprinsippet ikke har virkning utenfor tariffområdet, foreligger det eksempler på at ansiennitet kan få stor betydning. I Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill) ble en 47 år gammel regnskapssjef med ansiennitet på 28 år oppsagt fra en ikke-tariffbundet virksomhet. Førstvoterende uttalte at arbeidsgiver under disse omstendigheter hadde «en sterk oppfordring til å gjøre sitt ytterste for å søke å unngå en oppsigelse overfor denne funksjonær». Retten mente altså at blant annet arbeidstakerens tjenestetid ikke var tilstrekkelig vektlagt av virksomheten, og oppsigelsen derfor ikke var saklig begrunnet.

Kvalifikasjoner

Ansiennitetsbasert utvelgelse vil ikke alltid samsvare med virksomhetens interesser. Det er derfor lagt til grunn i rettspraksis at virksomhetens behov for konkrete kvalifikasjoner kan gi saklig grunn for ansiennitetsfravik.¹³³ Virksomheten må etter dette kunne beholde arbeidstakere som innehar nyttige og nødvendige kvalifikasjoner.

Kvalifikasjoner kan først og fremst forekomme i form av formell kompetanse. Dette innebærer kompetanse som kan dokumenteres med vitnemål, fagbrev eller andre formelle sertifiseringer. Det er derimot påpekt i LO sin kommentar til Hovedavtalen at «det er en tendens til å legge for stor vekt på formell utdanning – på bekostning av realkompetanse»¹³⁴. Det er ikke kun utdanning ol. som reflekterer kompetanse. Lengre tjenestetid ved virksomheten kan også gi arbeidstakeren erfaring og ferdigheter,¹³⁵ slik at arbeidstakeren opparbeider seg realkompetanse som kan avhjelpe manglende formalkompetanse¹³⁶.

¹³¹ HR-2019-424-A (Skanska), i avsnitt 62.

¹³² HR-2019-424-A (Skanska), i avsnitt 62.

¹³³ ARD-2006-286, i avsnitt 72.

¹³⁴ LO (2018) s. 28.

¹³⁵ HR-2019-424-A (Skanska), i avsnitt 31.

¹³⁶ LG-2000-207.

Faren ved å kun legge vekt på den formelle kompetansen er at man overser kompetansen opparbeidet gjennom ansettelsen i virksomheten. Dette viser at kvalifikasjonskriteriet har en side til ansiennitetsprinsippet fordi også ansiennitet kan reflektere arbeidstakerens kvalifikasjoner.¹³⁷ I tillegg kan arbeidstakere som har opparbeidet seg realkompetanse gjennom lang tjenestetid i virksomheten, ha vanskeligheter med å komme seg inn i nytt arbeid.¹³⁸ Utfordringer med å få nytt arbeid kan føre til at den påfølgende interesseavveining går i arbeidstakerens favør, og det vil derfor ikke være saklig å si opp vedkommende til tross for at utvelgelsen var saklig.

I forlengelse av skillet mellom formal- og realkompetanse, kan kvalifikasjoner i tillegg vise seg i form av arbeidstakerens anvendelighet. Eksempel på anvendelighet kan være reisevillighet,¹³⁹ samt at arbeidstaker er villig til å påta seg andre arbeidsoppgaver.¹⁴⁰ Uten hensyn til hva arbeidstakeren er villig til, kan anvendelighet også vises i form av at arbeidstakeren kan utføre ulike typer av arbeidsoppgaver.¹⁴¹

Arbeidstakerens egnethet kan også være en type kvalifikasjon. I RG 2001 s. 1276 ble det foretatt nedbemanning grunnet sviktende ordretilgang, og en 56 år gammel arbeidstaker med 12 års ansiennitet og god kompetanse ble sagt opp. Oppsigelsen var begrunnet i arbeidstakerens manglende egnethet i form av samarbeidsevner og lojalitet. Lagmannsretten aksepterte egnethet som et saklig utvalgskriterium.

Kvalifikasjoner i form av realkompetanse, anvendelighet og egnethet er mer subjektive utvalgskriterier enn ansiennitet, da det vil være vanskeligere å kartlegge slike kvalifikasjoner enn tjenestetid. Jo mer skjønnsmessig og subjektive utvalgskriterier arbeidsgiver anvender, desto bedre dokumentasjon kreves.¹⁴²

Dokumentasjonskravet ble behandlet i RG 2011 s. 113. I saken ble fire ansatte ved redaksjonen til en nettavis valgt ut til nedbemanning på bakgrunn av kvalifikasjoner. Virksomheten var bundet av Hovedavtalen mellom Norsk Journalistlag og Mediebedriftenes Landsforening, og denne avtalen hadde tilsvarende bestemmelse om nedbemanning som Hovedavtalen mellom LO og NHO.

¹³⁷ Fougner (2019) s. 455.

¹³⁸ Skarning (2017) s. 131.

¹³⁹ Stueland (2020) s. 375.

¹⁴⁰ Storeng (2020) s. 73.

¹⁴¹ Våg (2015) s. 68.

¹⁴² HR-2019-424-A (Skanska), i avsnitt 81.

Lagmannsretten mente at det var saklig å fravike ansiennitetsprinsippet i tariffavtalen og dermed legge vekt på andre utvalgsriterier enn ansiennitet, men kom i den konkrete vurderingen til at alle ansatte i redaksjonen var godt kvalifiserte. Det måtte derfor «stilles særlige krav til en betryggende og samvittighetsfull behandling» for at ansienniteten kunne fravikes. Retten utalte videre at

«[d]et som kjennetegner kriteriene er at de i hovedsak gir anvisning på utpreget subjektive vurderinger, som er vanskelig å etterprøve. Det ligger i sakens natur at kompetansevurderinger i større eller mindre grad vil inneholde subjektive elementer. Etter lagmannsrettens oppfatning hadde det imidlertid vært ønskelig, og mulig, å supplere kriteriene med mer objektive elementer. Det kunne for eksempel vært antall saker den enkelte hadde publisert, antall «klikk» på disse saker og graden av sitering i andre medier.»¹⁴³

Avgjørelsen viser at domstolene må kunne etterprøve arbeidsgivers vurdering av de ansattes kvalifikasjoner. Det må fremstilles dokumentasjon som viser at den ene arbeidstakeren er mer kvalifisert enn den andre. Dokumentasjon kan oppnås ved at den subjektive kvalifikasjonen kombineres med forhold av mer objektiv art. Eksempelvis vil den formelle kompetanse kunne utgjøre den type objektive elementer som retten etterspør.

Uavhengig av hva slags kvalifikasjoner det er tale om, kan det tenkes tilfeller hvor arbeidstakeren behøver opplæring for å inneha den nødvendige kompetansen. Dersom opplæring kan gis, vil kompetansemanglene kunne avhjelpes og derfor ikke benyttes som begrunnelse for å fravike ansiennitet.

I Rt. 1986 s. 879 (Hillesland), som gjaldt uenighet om hvilke hensyn virksomheten kunne legge vekt på ved utvelgelsen, ble det uttalt 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 fortløpig med avdelingenes forskjellige oppgaver.»¹⁴⁴

Høyesterett mente derfor at det ikke kunne stilles krav om at virksomheten skulle gjennomføre opplæring for å bøte på kompetansemanglene til arbeidstakerne. Utvelgelse basert på kvalifikasjoner skal gjøre det mulig for virksomheten å foreta en utvelgelse basert på hvilke

¹⁴³ RG 2011 s. 113.

¹⁴⁴ Rt. 1986 s. 879 (Hillesland), på s. 888.

arbeidstakere det er behov for. Det vil være mer effektiv for virksomheten å komme seg ut av den situasjonen som har forårsaket nedbemanningen dersom arbeidskraften som gjenstår er kvalifisert. Opplæring vil kunne hindre effektiviteten ettersom det vil gå noe tid før arbeidstakeren som har behov for opplæring blir en fullt utnyttbar ressurs.

For tariffbundne virksomheter foreligger det visse begrensninger vedrørende hva slags kvalifikasjoner som kan gi saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet. I ARD-2016-151 (Nokas), som gjaldt uenighet om begrensning av utvalgskrets ved nedbemanning, hadde saksøkte lagt stor vekt på å oppfylle kundenes krav. Arbeidsretten kom til at slike hensyn ikke kunne begrense utvalgskretsen, men uttalte at «[d]et kan imidlertid ikke utelukkes at dette vil være et saklig hensyn knyttet til den konkrete ansiennitetsvurderingen»¹⁴⁵. Avgjørelsen åpner altså for at kundenes krav om at arbeidet skal utføres av bestemte arbeidstakere kan gi saklig grunn til å fravike ansiennitet.

Dette må derimot ses i sammenheng med at tariffavtalens bestemmelser ikke kan tilsidesettes av avtaler inngått med tredjeparter.¹⁴⁶ Slike kundekrav vil innebære avtaler med tariffstridig innhold og kan dermed ikke begrunne avvik fra ansiennitet. For at kundekrav skal tas til følge, må det begrunnes i den type kvalifikasjoner som nevnt ovenfor. Det antas at også utenfor tariffområdet vil det være begrenset mulighet til å legge vekt på kunders krav. Dette må avgjøres ut ifra en konkret skjønnsmessig vurdering opp mot saklighetsnormen.

Sosiale forhold

Sosiale forhold innebærer sider ved arbeidstakeren som ikke knytter seg til vedkommendes arbeidsforhold. Slike forhold kan være arbeidstakerens alder, jobbmuligheter, forsørgelsesbyrde ol.¹⁴⁷

I Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) fastslo retten som nevnt at det var saklig å legge vekt på sosiale hensyn i utvelgelsen. I den konkrete vurderingen ble det vist til en av arbeidstakerne som var eneforsørger for et barn på 10 år. For denne arbeidstakeren ble det i utvelgelsen kun lagt vekt på vedkommendes sosiale forhold, noe som retten mente var saklig.¹⁴⁸

¹⁴⁵ ARD-2016-151 (Nokas), i avsnitt 87.

¹⁴⁶ ARD-1996-130, på s. 135.

¹⁴⁷ Johansen (2020) s. 887.

¹⁴⁸ Rt. 1986 s. 879 (Hillesland), på s. 888.

Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) gjaldt virksomhet som ikke var bundet av tariffavtale. Når det gjelder utvelgelse basert på sosiale forhold for tariffbundne virksomheter, utaler juridisk teori følgende:

«Det skal trolig mer til for at sosiale forhold skal tillegges selvstendig og avgjørende vekt ved utvelgelsen på bekostning av lengre ansiennitet innenfor en tariffbundet virksomhet enn utenfor.»¹⁴⁹

Det foreligger en høyere terskel for at sosiale hensyn skal kunne fravike ansienniteten ved tariffbundne virksomheter. Det følger likevel av HR-2019-424-A (Skanska), som gjaldt oppsigelse av seks fagarbeidere grunnet nedbemanning, at «hensyn som alltid må trekkes inn før oppsigelse finner sted, er de sosiale og andre hensyn som knytter seg til den enkelte arbeidstakeren»¹⁵⁰.

Uttalelsen i HR-2019-424-A (Skanska) innebærer ikke at sosiale forhold må vurderes ved utvelgelsen. Etter utvelgelsen må det som nevnt foretas en interesseavveining mellom virksomheten og den konkrete arbeidstakeren som ble valgt ut. Selv om arbeidstakerens sosiale forhold ikke gir grunn til ansiennitetsavvik da vedkommende blir vurdert opp mot de andre ansatte ved utvelgelsen, kan slike forhold føre til at oppsigelsen er usaklig da vedkommendes ulemper er større enn virksomhetens behov. Interesseavveiningen kan dermed føre til at en ansatt som blir vurdert som overtallig etter utvalgsprosessen, likevel ikke skal få oppsigelse på grunn av interesseavveiningen.

3.3.2 Permittering

Utvalgskriteriene ved permittering for tariffbundne virksomheter er regulert i Hovedavtalen § 7-1 nr. 3. Det følger av bestemmelsen at «ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn»¹⁵¹. For tariffbundne virksomheter skal utvelgelsen i utgangspunktet skje etter ansiennitet, fordi tariffbundne virksomheter har «påtatt seg en særskilt forpliktelse til å følge ansiennitetsreglene»¹⁵².

Spørsmålet blir etter dette om ikke-tariffbundne virksomheter også må foreta utvelgelsen etter ansiennitetsprinsippet. Som tidligere nevnt er det uttalt i LH-2000-668, RG 2010 s. 797, LH-2010-20886 og LB-2013-207759 at Hovedavtalen reflekterer innholdet i den sedvanerettslige

¹⁴⁹ Johansen (2020) s. 887.

¹⁵⁰ HR-2019-424-A (Skanska), i avsnitt 34.

¹⁵¹ Hovedavtalen LO-NHO (2018-2021) § 7-1 nr. 3.

¹⁵² ARD-2016-151 (Nokas), i avsnitt 84.

permitteringsretten. Disse uttalelsene taler for at ansiennitetsprinsippet vil gjelde uavhengig av tarifforpliktelsene.

Det følger av juridisk teori at Hovedavtalens bestemmelser gir uttrykk for «alminnelige prinsipper som bør legges til grunn også av ikke-tariffbundne virksomheter»¹⁵³. Saklighetsvilkåret vil være et alminnelig prinsipp,¹⁵⁴ og uavhengig av tarifforpliktelsene vil virksomheten være bundet av saklighetsprinsippet.

Til tross for at det er en lang tradisjon i norsk arbeidsliv å anvende ansiennitetsprinsippet,¹⁵⁵ kan det likevel stilles spørsmål ved om ansiennitetsprinsippet kan kvalifiseres som et alminnelig arbeidsrettslig prinsipp som gjelder utenfor tariffområdet. Dersom det ses hen til reglene for nedbemanning, som ikke inneholder et generelt ansiennitetsprinsipp utenfor tariffområdet, vil det tale for at ansiennitetsprinsippet heller ikke gjelder for permittering ved ikke-tariffbundne virksomheter. Dette synes å være i samsvar med rettspraksis, hvor ansiennitet behandles som et av utvalgskriteriene fremfor å være utgangspunktet for utvelgelsen.¹⁵⁶

Dersom det legges til grunn at ikke-tariffbundne virksomheter vil være bundet av det generelle saklighetsvilkåret, men ikke være forpliktet til å foreta utvelgelsen etter ansiennitet, vil det foreligge ulike saklighetsvurderinger avhengig av tarifforpliktelsen.

Tariffbundne virksomheter må som utgangspunkt foreta utvelgelse basert på ansiennitet, og saklighetskravet vil knytte seg til avvik fra ansiennitetsprinsippet. Ikke-tariffbundne virksomheter er noe mer frie i valget av utvalgskriterier. Saklighetskravet knytter seg her til hvilke kriterier det kan legges vekt på i utvelgelsen.

Når det gjelder andre utvalgskriterier enn ansiennitet, følger det av ARD-1997-201 (Windy Boats) at «faglige kvalifikasjoner, sosiale og andre hensyn» vil være av betydning når tariffbundne virksomheter skal vurdere om det foreligger saklig grunn for ansiennitetsavvik.

For ikke-tariffbundne virksomheter er det i juridisk teori fastslått at «kvalifikasjoner, herunder kompetanse, egnethet og sosiale forhold»¹⁵⁷ regnes som saklige utvalgskriterier.

¹⁵³ Fougner (2019) s. 944.

¹⁵⁴ Fougner (2019) s. 944.

¹⁵⁵ Skarning (2017) s. 55.

¹⁵⁶ Blant annet RG 2001 s. 1276.

¹⁵⁷ Skarning (2017) s. 55.

Rettspraksis og juridisk teori viser at de samme utvalgskriteriene gjør seg gjeldende for både tariffbundne og ikke-tariffbundne virksomheter. Forskjeller er som nevnt, at tariffbundne virksomheter plikter å ta utgangspunkt i ansiennitetsprinsippet.

I det følgende skal det redegjøres for utvalgskriteriene som knytter seg til arbeidstakerens kvalifikasjoner og sosiale forhold. Ansiennitet behandles fortløpende ved at skal vises hvordan kvalifikasjoner og sosiale forhold kan fravike ansiennitetsprinsippet ved tariffbundne virksomheter. Ansiennitetsavvik til fordel for andre utvalgskriterier vil dermed kunne illustrere ansiennitetens vekt i forhold til disse kriteriene. Til sist skal det redegjøres for kostnadshensyn, som er et utvalgskriterium som særlig gjør seg gjeldende ved permittering.

Kvalifikasjoner

Det ble i ARD-1997-201 (Windy Boats) vurdert om kvalifikasjonshensyn kunne gi saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet ved en tariffbundet virksomhet. Virksomheten permitterte 13 arbeidstakere grunnet sviktende ordretilgang, og det var uenighet om permitteringen av én av disse. Denne arbeidstakeren ble sammenliknet med to andre, hvor vedkommende hadde lengst ansiennitet.

I den konkrete vurderingen kom retten til at det forelå saklig grunn til ansiennitetsavvik da den ene arbeidstakeren var bedre kvalifisert. Det ble særlig lagt vekt på den permittertes egen forklaring om at han ville være avhengig av faglig og fysisk hjelp fra andre kollegaer. Det fantes ikke slik ledig kapasitet hos de andre arbeidstakerne. Det ble også pekt på at vedkommende hadde omfattende behov for opplæring, da opplæringen ville ta like lang tid som selve permitteringen skulle vare. Retten mente derfor at opplæring ikke ville avhjelpe manglene på kvalifikasjon.

På bakgrunn av dette uttalte retten at det å beholde den permitterte, i forhold til arbeidstakeren som ikke ble permittert, «ville ha medført såvidt betydelige ulemper for den produksjonen som måtte utføres, at det ga saklig grunn for ansiennitetsfravik». Avgjørelsen viser at retten aksepterer virksomhetens behov for å beholde den mest kvalifiserte arbeidstakeren og dermed godtar ansiennitetsavvik.

Utenfor tariffområdet kan det vises til RG 2010 s. 797. Saken gjaldt permittering av en konsulent i et reisebyrå grunnet vanskelig markedssituasjon etter finanskrisen og svineinfluensapandemien. Utvelgelsen skjedde på bakgrunn av produktivitet, og lagmannsretten uttalte at «det ved permittering vil være saklig å legge betydelig vekt på den umiddelbare effekten av utvelgelsen». Utvelgelse på bakgrunn av ansiennitet eller sosiale forhold ville ikke gi permitteringen den type umiddelbar effekt.

ARD-1997-201 (Windy Boats) og RG 2010 s. 797 vise at tarifforpliktelser ikke er til hinder for at utvelgelsen baseres på arbeidstakernes kvalifikasjoner. Bakgrunnen for dette kan være at permittering, uavhengig av tarifforpliktelser, er midlertidig, og det vil være behov for effektiv håndtering av virksomhetens utfordringer i permitteringsperioden.

Tarifforpliktelsene har derimot ført til ulik saklighetsvurdering. I ARD-1997-201 (Windy Boats) vurderte retten om kvalifikasjonshensyn kunne saklig begrunne ansiennitetsavvik, mens i RG 2010 s. 797 dreide vurderingen seg om kvalifikasjoner var forhold som det saklig kunne legges vekt på i utvelgelsen. Det at avgjørelsene foretar ulik saklighetsvurdering avhengig av tarifforpliktelsene, viser at rettspraksis anvender den tidligere nevnte antakelsen om at ikke-tariffbundne virksomheter ikke er forpliktet av ansiennitetsprinsippet.

Når det gjelder kvalifikasjoner som utvalgs Kriterium ved permittering, vil det grunnet permitteringsperiodens midlertidighet være fordelaktig å beholde de mest kvalifiserte arbeidstakerne. Det vil være mindre gunstig å foreta utvelgelsen kun basert på ansiennitet, og dermed bruke noe av permitteringsperioden til opplæring av disse arbeidstakerne.¹⁵⁸ Det er heller bedre å anvende permitteringsperioden til å avhjelpe virksomhetens utfordringer, noe som kan oppnås ved å beholde de mest kvalifiserte arbeidstakerne.

En effektiv håndtering av virksomhetens utfordringer vil også være til fordel for de permitterte, da det øker sjansen for at arbeidstakerne vil ha et arbeid å komme tilbake til. Dersom permitteringsperioden ikke blir anvendt til en effektiv håndtering av virksomhetens utfordringer, kan disse utfordringene gå fra å være midlertidige til mer langvarige. Da må virksomheten vurdere oppsigelse, og dette vil føre til større ulemper for de permitterte enn kun permitteringen i seg selv.

Det kan derimot tenkes at det vil være mindre saklig å foreta utvelgelse basert på kvalifikasjoner ved virksomheter hvor arbeidstakere har omtrent samme kompetanse og arbeidsoppgaver. I slike tilfeller vil ansiennitet være et mer rettfærdig utvalgs Kriterium sammenliknet med kompetansebedrifter.

Rullerende permittering vil også kunne avhjelpe det forhold at noen arbeidstakere mangler kvalifikasjoner. Det vil da kunne veksles mellom hvem som permitteres, slik at en gruppe av arbeidstakere er permittert for en periode og deretter kommer tilbake til arbeid mens en annen gruppe permitteres. Her kan arbeidsgiver lage fornuftige grupper, hvor alle gruppene inneholder kvalifiserte arbeidstakere. Virksomheten vil da kunne avhjelpe de utfordringene som gjør

¹⁵⁸ Agaard (2009) s. 131.

permitteringen nødvendig, samtidig som ulempene ved permitteringen fordeles på flere arbeidstakere.

Likevel kan det foreligge større utgifter for virksomheten ved rullerende permitteringer enn ellers, da virksomheten vil ha lønnsplikt ved flere arbeidsgiverperioder.¹⁵⁹ Interessevurderingen av virksomhetens behov, herunder dens økonomi, kan dermed føre til at rullerende permittering ikke er saklig.

Sosiale forhold

Utvelgelse basert på sosiale forhold skiller seg fra utvelgelse basert på kvalifikasjoner, da det legges vekt på arbeidstakerens forhold. Ved utvelgelse basert på kvalifikasjoner, velger virksomheten gjerne ut ifra hvilke kvalifikasjoner virksomheten har behov for. Sosiale forhold reflekterer derimot arbeidstakerens livssituasjon og hvordan denne vil påvirkes av permitteringen.

I det følgende skal det vises til rettspraksis som åpner for at det i utvelgelsen kan legges vekt på arbeidstakerens forhold.

I ARD-2009-48 (Securitas) ble det uttalt at det er «adgang til å ta hensyn til at noen vil bli hardere rammet enn andre av å bli permittert»¹⁶⁰. Retten fastslo at det ved utvelgelsen kan legges vekt på sosiale og økonomiske forhold hos den ansatte, og disse vil utgjøre saklig grunn for avvik fra ansiennitetsprinsippet.¹⁶¹

Saken gjaldt en arbeidstaker som hadde blitt valgt ut til permittering fremfor en annen, til tross for at vedkommende hadde to år og to måneder lengre ansiennitet. Virksomheten hadde lagt vekt på at den utvalgte arbeidstakeren hadde samboer som bidro med å dekke husstandens utgifter. Det ble ikke avslått av retten at denne type sosiale og økonomiske forhold vil kunne gi saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet. Avgjørelsen gir etter dette indikasjoner på vekten av ansiennitetsprinsippet, ved å vise at sosiale forhold kan fravike ansienniteten.

Konklusjonen ble likevel at ansiennitetsprinsippet ikke kunne fravikes, fordi virksomheten ikke hadde sannsynliggjort at det forelå saklig grunn for ansiennitetsavvik.¹⁶² Virksomheten hadde ikke hentet inn opplysninger om tilsvarende sosiale forhold hos den andre arbeidstakeren, og

¹⁵⁹ Stueland (2020) s. 321.

¹⁶⁰ ARD-2009-48 (Securitas), i avsnitt 36.

¹⁶¹ ARD-2009-48 (Securitas), i avsnitt 34.

¹⁶² ARD-2009-48 (Securitas), i avsnitt 43.

det ble derfor ikke gjennomført en avveining av forhold til begge arbeidstakerne.¹⁶³ Det ble heller ikke foretatt kvalitetssikring av de opplysningene som virksomheten hadde om den ene av de ansatte.¹⁶⁴

Det sentrale er at Arbeidsretten i denne avgjørelsen tillot at sosiale og økonomiske forhold hos den ansatte kunne gi saklig grunn for ansiennitetsavvik. Avgjørelsen viser i tillegg at det stilles strenge krav til saksbehandlingen ved bruk av subjektive kriterier i utvelgelsen.

Juridisk teori er derimot skeptisk til bruk av sosiale forhold som utvalgskriterier. Dette begrunnes for det første med at det vil være vanskelig for virksomheten å avklare arbeidstakernes personlige forhold, samt at det vil være utfordrende å foreta avveininger mellom arbeidstakerne.¹⁶⁵ Dette kan knyttes til at virksomheten i en permitteringssituasjon gjerne er preget av tidspress, og det vil være vanskelig å oppfylle kravene til saksbehandling som oppstilles ved utvelgelse basert på sosiale forhold.

For det andre begrunner teorien skepsisen med at hverken Hovedavtalen eller rettspraksis oppstiller plikt til å vurdere arbeidstakernes sosiale forhold.¹⁶⁶ Da Hovedavtalen kun inneholder en betinget plikt til å følge ansiennitetsprinsippet ved utvelgelsen, er det korrekt at Hovedavtalen ikke oppstiller en plikt til å vurdere sosiale forhold knyttet til arbeidstakeren.

Dersom virksomheten bestemmer seg for å anvende sosiale forhold som utvalgskriterium for permittering, vil det likevel foreligge plikt til å vurdere arbeidstakernes sosiale forhold. Det er nettopp det ARD-2009-48 (Securitas) viser.

Det samme følger av ARD-2009-211, hvor partene var uenige om vektleggingen av utvalgskriterier ved permittering. Arbeidsretten uttalte at det må «oppstilles et krav om at arbeidsgiver opptrer konsistent ved at de samme hensyn iakttas i forhold til alle som vurderes permittert»¹⁶⁷. Rettspraksis viser at dersom utvelgelsen skal baseres på sosiale forhold, plikter virksomheter å avklare slike forhold hos samtlige arbeidstakere, samt foreta en avveining mellom de ansatte.

Det er rimelig å anta at samme plikt vil også gjelde utenfor de tariffregulerte områdene. Ikke-tariffbundne virksomheter må basere utvelgelsen på saklige hensyn. Saklighetskravet, i det

¹⁶³ ARD-2009-48 (Securitas), i avsnitt 40-41.

¹⁶⁴ ARD-2009-48 (Securitas), i avsnitt 39.

¹⁶⁵ Skarning (2017) s. 58-59.

¹⁶⁶ Skarning (2017) s. 59

¹⁶⁷ ARD-2009-211, i avsnitt 39.

tilfelle utvelgelsen skjer etter sosiale forhold, vil ikke være oppfylt dersom virksomheten ikke har informasjon om sosiale forhold ved alle ansatte som utvelgelsen skal skje blant, og deretter foretar en avveining mellom disse. Det virker derimot ikke å foreligge rettsavgjørelser hvor utvelgelse til permittering ved ikke-tariffbundne virksomheter har vært basert på sosiale forhold.

Kostnadshensyn

Fravikelse av ansiennitetsrekkefølgen begrunnet med virksomhetens kostnader ble behandlet i ARD-1990-169. Saken gjaldt permittering av stillasarbeidere, og utvelgelsen ble basert på kostnadene ved dekning av reiseutgifter for arbeidstakerne. Arbeidstakere som var bosatt lengre unna arbeidsstedet, og derfor hadde større reiseutgifter, ble permittert.

Det var uenighet mellom flertallet og mindretallet om ansienniteten kunne fravikes til fordel for virksomhetens kostnader. Mindretallet mente at Hovedavtalen ikke gir adgang til å legge vekt på kostnadshensyn, og påpekte at det heller ikke foreligger rettspraksis om denne type hensyn.¹⁶⁸ Flertallet på sin side uttalte følgende:

«I forbindelse med dette kan retten ikke se at det er grunnlag for prinsipielt å utelukke at det ved permitteringer – som forutsetningsvis har begrenset varighet i tid – i helt særlige tilfeller legges vekt på kostnadshensyn når det, som her, er tale om kostnader ut over ordinære lønnskostnader, knyttet direkte til gjennomføringen og gjennomførbarheten av det arbeid permitteringene relaterer seg til.»¹⁶⁹

Flertallet kom til at virksomheten ved utvelgelsen kunne legge vekt på kostnadshensyn, og avgjørelsen åpner derfor for at kostnadshensyn kan gi saklig grunn til å fravike ansiennitet.

Det er derimot tale om en snever adgang fordi kostnadshensyn kun i «helt særlige tilfeller» kan tillegges vekt ved utvelgelsen. Det er ikke hvilke som helst kostnader som kan begrunne ansiennitetsavvik. Avgjørelser viser til andre kostnader enn lønn, som direkte knytter seg til bruk av arbeidstaker i det arbeidet som er utsatt for permittering.

I saken var virksomheten avhengig av å vinne en anbudskonkurranse som ville sikre arbeid for en del av stillasarbeidene. For å vinne konkurransen, måtte virksomheten tilby lavest mulig pris. Virksomheten oppnådde denne prisen ved å blant annet kutte i reiseutgiftene til arbeidstakerne.

¹⁶⁸ ARD-1990-169, på s. 179.

¹⁶⁹ ARD-1990-169, på s. 178.

Adgangen til å fravike ansiennitet grunnet kostnadshensyn har i senere tid blitt ytterligere begrenset. I protokoll av 21. juni 1996 kom LO og NHO til enighet om at

«det ikke er saklig grunn til å fravike ansiennitet ved ordinære sesongmessige permitteringer på det grunnlag at det er knyttet større reiseutgifter til arbeidstakere med lengst ansiennitet.»¹⁷⁰

Til tross for adgangen til å fravike ansiennitetsprinsippet til fordel for kostnadshensyn er snever, kan det stilles spørsmål om kostnadshensyn i det hele tatt vil være holdbart i et EØS-perspektiv. EØS-avtalen bestemmer at det blant annet skal være fri bevegelighet for arbeidstakere.

Det er rimelig å anta at det knyttes større reiseutgifter til arbeidstakere som er bosatt i et annet EU-land enn de som er bosatt i Norge, og rettstilstanden etter ARD-1990-169 vil tilsi at det er saklig å permittere utlendinger fremfor nordmenn. Utvelgelse til permittering på bakgrunn av bosetningsland vil derimot kunne hindre fri flyt av personer etter EØS-avtalen, samt innebære en ulovlig forskjellsbehandling.

Det bemerkes at ARD-1990-169 er en eldre avgjørelse som ble avsagt før EØS-loven trådte i kraft, og av hensyn til EØS-reglene bør det derfor ikke legges for stor vekt på denne avgjørelsen.

¹⁷⁰ LO (2018) s. 23.

4 Analyse av ansiennitetsprinsippet

4.1 Ansiennitetens vekt ved nedbemanning og permittering

Under dette punktet vil jeg forsøke å besvare hvorvidt ansiennitet har større vekt som utvalgskriterium ved nedbemanning enn ved permittering. Spørsmålet om ansiennitetens vekt er først relevant når arbeidsgivere operer med flere utvalgskriterier, som for eksempel kvalifikasjoner og sosiale hensyn, og disse skal vektes mot hverandre i en totalvurdering for å finne ut hvem som velges ut til nedbemanning eller permittering.

Ansiennitetsprinsippet er særlig viktig på tariffområdet og det er derfor relevant å se på Arbeidsrettens praksis som i siste instans avgjør tolkningen av ansiennitet i tariffavtaler. I ARD-2016-151 (Nokas) var det ved oppsigelse av tre vektere uenighet om begrensning av utvalgskretsen. Retten uttalte at «vilkårene for å fravike ansiennitet skjerpes når de arbeidstakerne saken gjelder har lang ansiennitet og hvis forskjellene i ansiennitet er store»¹⁷¹.

Høyesterett har også kommet med uttalelser knyttet til ansiennitetens vekt. HR-2019-424-A (Skanska) gjaldt en virksomhet som ved nedbemanning fravek ansiennitetsrekkefølgen ved å særlig legge vekt på kvalifikasjoner i den samlede utvalgsvurderingen. Høyesterett vurderte om lagmannsretten hadde anvendt saklighetsnormen korrekt. Det var riktig av lagmannsretten å legge til grunn at «de hensyn som anføres for å fravike ansiennitetsprinsippet, må være mer tungtveiende jo klarere ansiennitetsforskjellene er»¹⁷².

Praksis fra både Arbeidsretten og Høyesterett viser at ansiennitet ved nedbemanning har en sentral plass, og at vekten øker når ansiennitetsforskjellene er store og ansettelsestiden er lang. Motsatt vil ansiennitet få mindre vekt i totalvurderingen dersom det er snakk om kort ansettelsestid og små ansiennitetsforskjeller.

Avgjørelsene omhandlet tariffbundne virksomheter, og samme terskel for ansiennitetsavvik kan derfor ikke sjablongmessig oppstilles utenfor tariffområdet. Tariffbundne virksomheter plikter å foreta utvelgelsen med utgangspunkt i ansiennitet. Det er hverken i lovgivning eller rettspraksis oppstilt slik forpliktelse for ikke-tariffbundne virksomheter, og disse kan derfor ta utgangspunkt i andre saklige utvalgskriterier enn ansiennitet.

Når det gjelder ansiennitetens vekt ved permittering følger det av Hovedavtalen § 7-1 at ansiennitet har en sentral plass i utvelgelsen ved permittering for tariffbundne virksomheter.

¹⁷¹ ARD-2016-151 (Nokas), i avsnitt 81.

¹⁷² HR-2019-424-A (Skanska), i avsnitt 70.

I ARD-1990-169 ble ansiennitetsrekkefølgen ved permittering fraveket til fordel for kostnadshensyn og retten bemerket at «ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller er faktorer som må tas i betraktning»¹⁷³. I den konkrete vurderingen la retten «vesentlig vekt på at forskjellen i ansiennitet mellom dem som ble beholdt og de permitterte var liten, og alle hadde kort ansettelsestid»¹⁷⁴. Ansiennitetsprinsippets vekt vil derfor ved permittering, på samme måte som ved nedbemanning, avhenge av størrelsen på ansiennitetsforskjellene og lengde på ansettelsestiden.

Det følger likevel av for eksempel av ARD-1997-201 (Windy Boats) at «saklighetsvurderingen ved utvelgelse ikke stiller seg på samme måte ved permittering som ved oppsigelse». Saken gjaldt permittering av 13 ansatte og det ble stilt spørsmål om ansiennitetsrekkefølgen kunne fravikes for én av de som ble valgt ut til permittering.

Rettens uttalelse ble gitt i tilknytning til en generell gjennomgang av hjemmelen for permittering. Bemerkningen ble ikke videre behandlet i den konkrete vurderingen av saken, slik at avgjørelsen ikke gir informasjon om hvordan ansiennitetsprinsippet skal vektes ved permittering. Det er likevel klar at Arbeidsretten mener at ansiennitetsprinsippet ved nedbemanning og permittering ikke er likt. Ettersom de alminnelige domstolene er bundet av Arbeidsrettens forståelse av tariffavtalen,¹⁷⁵ vil uttalelsen i ARD-1997-201 (Windy Boats) ha stor tyngde. Det ses hen til juridisk teori for en nærmere avklaring av ansiennitetens vekt ved permittering i forhold til nedbemanning.

I redegjørelsen for utvelgelse ved permittering antar Fougner at «ansiennitet som regel vil være et moment med mindre vekt ved permitteringer enn ved oppsigelser»¹⁷⁶. Dette begrunnes med at virksomheten ved permittering behøver «større handlefrihet for å sikre forsvarlig drift fremover»¹⁷⁷. Ved permittering må det derfor være enklere for virksomheten å fravike ansiennitetskriteriet enn ved nedbemanning.

Dette innebærer at virksomheten ved permittering må kunne legge vekt på utvalgsriterier som først og fremst tilgodeser virksomheten. Forsvarlig drift kan sikres ved å beholde kvalifisert arbeidskraft, og kvalifikasjoner må dermed kunne gi saklig grunn til ansiennitetsavvik.¹⁷⁸

¹⁷³ ARD-1990-169, på s. 178.

¹⁷⁴ ARD-1990-169, på s. 179.

¹⁷⁵ HR-2019-424-A (Skanska), i avsnitt 39.

¹⁷⁶ Fougner (2016) s. 218.

¹⁷⁷ Fougner (2016) s. 218.

¹⁷⁸ Fougner (2016) s. 218.

Kvalifikasjonsmangler kan ofte avhjelpes med opplæring eller omplassering, men permitteringsens midlertidige karakter gjør dette mindre aktuelt.¹⁷⁹

Jeg konkluderer etter dette med at rettspraksis legger til grunn at ansiennitet har større vekt som utvalgs-kriterium ved nedbemanning enn ved permittering, fordi ansiennitet ved permittering i større grad må vike for kriterier som for eksempel kvalifikasjoner.

I forlengelse av dette er det interessant å se hvordan ulikhet i vekten av ansiennitet som utvalgs-kriterium utspiller seg i praksis.

For det første har rettspraksis i permitteringsstilfeller akseptert flere forhold som kan gi saklig grunn til ansiennitetsavvik. I ARD-1990-169 ble ansiennitet fraveket grunnet kostnader for dekning av arbeidstakernes reiseutgifter. Retten aksepterte at hensynet til virksomhetens kostnader kunne gi saklig grunn til å fravike ansiennitet.¹⁸⁰

Kostnadshensyn vil, i likhet med kvalifikasjoner, være basert på virksomhetens interesser, og derfor kunne hjelpe virksomheten med å sikre fortsatt drift. Det følger av juridisk teori at kostnadshensyn som utvalgs-kriterium «neppe vil være saklige ved oppsigelse»¹⁸¹. Ansiennitetens svekkede vekt ved permittering vises altså ved at rettspraksis har åpnet for flere forhold som kan begrunne ansiennitetsavvik ved permittering enn ved nedbemanning.

Som nevnt i punkt 3.3.2, er det på bakgrunn av EØS-regler om fri flyt av arbeidskraft og likebehandling, tvilsomt om det kan legges vekt på kostnadshensyn ved permittering. Spørsmålet har likevel ikke kommet på spissen og er ikke prøvd i lys av dagens rettstilstand etter at EØS-avtalen ble inngått. Avgjørelsen i ARD-1990-169 har likevel åpnet for at andre utvalgs-kriterier enn kvalifikasjoner og sosiale forhold kan saklig fravike ansiennitetsprinsippet. Slike kriterier kan derfor utvikles gjennom rettspraksis.

For det andre kan det rettes oppmerksomhet til den tidligere redegjørelsen av kvalifikasjoner som utvalgs-kriterium. Redegjørelsen viser at rettspraksis har problematisert ulike sider ved kvalifikasjonskriteriet. Ved nedbemanning foreligger det avgjørelser som behandler spørsmål om hvilke type kvalifikasjoner det saklig kan legges vekt på i utvelgelsen, herunder realkompetanse¹⁸² og egnethet¹⁸³. Ved permittering har ikke kvalifikasjonstyper blitt

¹⁷⁹ Fougner (2016) s. 218.

¹⁸⁰ ARD-1990-169, på s. 179.

¹⁸¹ Stueland (2020) s. 315.

¹⁸² LG-2000-207.

¹⁸³ RG 2001 s. 1276.

problematisert, og selv subjektive former for kvalifikasjoner, slik som produktivitet,¹⁸⁴ har blitt akseptert. Rettspraksis vedrørende permittering er først og fremst konsentrert om saklighetsvurderingen.¹⁸⁵

Gjennomgangen av rettspraksis om kvalifikasjoner som utvalgskriterium viser at subjektive former for kvalifikasjoner lettere aksepteres ved permittering enn ved nedbemanning. Konsekvensen av dette er at ansiennitetskriteriet i større grad kan fravikes ved permittering enn ved nedbemanning. Det betyr at ansiennitet har mindre vekt ved permittering enn ved nedbemanning.

Den tidligere redegjørelser viser i tillegg at rettspraksis aksepterer utvelgelse basert på subjektive former for kvalifikasjoner utenfor tariffområdet. I RG 2010 s. 797 godtok retten produktivitet som utvalgskriterium ved en ikke-tariffbundet virksomhet. Ansiennitet som utvalgskriterium har derfor mindre vekt også utenfor tariffforpliktelsene da subjektive former for kvalifikasjoner aksepteres som utvalgskriterium.

For det tredje har juridisk teori lagt til grunn at det stilles mindre krav til saksbehandlingen ved permittering enn ved nedbemanning.¹⁸⁶ Dette innebærer at arbeidsgiver i mindre grad må dokumentere at en arbeidstaker for eksempel er bedre kvalifisert enn arbeidstakeren med lengst ansiennitet.

I RG 2010 s. 797 godtok retten permittering av en konsulent ved et reisebyrå til tross for at det ikke forelå dokumentasjon fra selskapets organer om behandlingen av permitteringsspørsmålet. Retten begrunnet avgjørelsen med at «det ved permittering vil være saklig å legge betydelig vekt på den umiddelbare effekten av utvelgelsen».

Avgjørelsen viser at det gjelder mindre strenge krav til saksbehandling ved utvelgelse til permittering. Antagelig kan dette begrunnes med permitteringsens akutte og midlertidige karakter som gjør at det stilles mindre strenge krav til saksbehandlingen og at vi får enklere prosesser, enn det vi ser ved nedbemanningene. På den måten kan permittering oppnå den umiddelbare effekten som avgjørelsen viser til.

Nedbemanning er et varig tiltak overfor arbeidstaker, og vil medføre arbeidsløshet. Permittering på sin side er midlertidig, samt at arbeidstakeren får støtte av folketrygden. Dette fører til at saksbehandlingen må være mer saklig og forsvarlig ved nedbemanning enn ved permittering.

¹⁸⁴ RG 2010 s. 797.

¹⁸⁵ ARD-1997-201 (Windy Boats) og RG 2010 s. 797.

¹⁸⁶ Skarning (2017) s. 54.

Ved nedbemanning vil virksomheten ha mer tid til å dokumentere utvelgelsen, og saksbehandlingen kan ikke vike for virksomhetens behov for å se umiddelbar effekt.

Virksomheten i RG 2010 s. 797 var ikke bundet av tariffavtale. Permittering vil uavhengig av tariffoppliktelse være akutt og midlertidig, og det er derfor rimelig å anta at utfallet i saken ville ha blitt det samme dersom det gjaldt en tariffbundet virksomhet.

Ansiennitet som utvalgskriterium har større vekt ved nedbemanning enn ved permittering. I praksis vises dette ved at virksomheten ved permittering i større grad kan foreta utvelgelse basert på flere utvalgskriterier enn ved nedbemanning, herunder kostnadshensyn og subjektive kvalifikasjoner. Det stilles også mindre krav til saksbehandlingen ved permittering enn ved nedbemanning. Dette gir også støtte til konklusjonen om at ansiennitet har mindre vekt i vurderingen av hvem som skal permitteres. Likevel har ikke ansiennitet alltid samme vekt verken ved nedbemanning eller permittering. Rettspraksis sier at ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller er viktige momenter for å vurdere ansiennitetens vekt i de konkrete tilfellene.

Konklusjonen er at ansiennitet har større vekt ved nedbemanning enn ved permittering både for tariffbundne og ikke-tariffbundne virksomheter. Det vil være enklere å både fravike utgangspunktet om utvelgelse basert på ansiennitet ved tariffbundne virksomheter, samt legge mindre vekt på ansiennitet i helhetsvurdering ved utvelgelse hos ikke-tariffbundne virksomheter.

4.2 De lege ferenda-vurdering av ansiennitetens vekt

Som det fremkommer av analysen ovenfor kan ansiennitet som utvalgskriterium enklere fravikes ved permittering enn ved nedbemanning. I det følgende skal det vurderes om rettstilstanden bør være slik. Vurderingen er basert på egne tanker på bakgrunn av det som tidligere er redegjort for.

Arbeidsretten har vært tydelig i sin rettslige redegjørelse av ansiennitetsprinsippets vekt, og har lagt til grunn at ansiennitetsprinsippet er ulikt ved permittering og nedbemanning.¹⁸⁷ Spørsmålet er derfor om sontringen er riktig og innebærer en god rettstilstand.

Karakteren av nedbemanning og permittering vil kunne begrunne forskjellen i vekten av ansiennitetskriteriet. Permittering er et akutt, midlertidig tiltak og arbeidstakerne opplever ulempene for en kortere periode enn ved nedbemanning. Arbeidstakerne mottar også ofte

¹⁸⁷ For eksempel ARD-1997-201.

dagpenger ved permittering, uten karenstid. Det er derfor mindre grunn til å foreta utvelgelsen etter kriterier som sikrer arbeidstakerens stillingsvern. Arbeidsgivers styringsrett blir således videre og arbeidsgiver har behov for større handlingsrom.

Ansiennitet er et utvalgsriterium som verner om arbeidstakere med lengst ansettelsestid, og tilgodeser arbeidstakere med lengst relativ ansettelsestid (forskjeller i ansiennitet). Kvalifikasjonsriterier på sin side, baserer seg på hvilke egenskaper ved arbeidstakerne som virksomheten har behov for. Dersom det er mindre grunn til å legge vekt på arbeidstakernes interesser ved permittering enn ved nedbemanning, er det rimelig at virksomheten baserer utvelgelsen på kriterier som tilgodeser deres egne interesser.

Det vil være i virksomhetens interesse å beholde arbeidstakere som er i stand til å bøte på utfordringene som virksomheten opplever. Det vil gjerne være arbeidstakere som er best kvalifisert, og som vist, har retten i permitteringssakene ARD-1997-201 (Windy Boats) og RG 2010 s. 797 akseptert av ansiennitet fravikes til fordel for kvalifikasjoner.

Virksomheten er ofte under større tidspress ved permittering enn ved nedbemanning. Permittering er et tiltak som med umiddelbar effekt skal avhjelpe de utfordringene som virksomheter opplever. Utvalgsriterier som kvalifikasjoner fører til at det kreves mer av virksomhetens saksbehandling ettersom virksomheten må foreta en mer nøye gjennomgang av arbeidstakernes forhold. I motsatt fall vil det være nokså enkelt å dokumentere hvilke arbeidstakere som har lengst ansiennitet. Dette taler for at bruk av kvalifikasjoner som utvalgsriterium ikke fører til en hurtig utvalgsprosess. Det kan derfor argumenteres for at virksomheten av tidsmessige hensyn bør holde seg til utvalgsriterier som ansiennitet.

Retten har i RG 2010 s. 797 derimot vist at det stilles mindre krav til virksomhetens saksbehandling ved permittering enn ved nedbemanning. Dette betyr at arbeidsgivere i mindre grad må dokumentere grunnlaget for utvelgelse av arbeidstakere til permittering. Dermed underbygger rettspraksis at virksomheten skal møte på minst mulig hindringer når de skal velge ut hvem som skal permitteres.

Jeg tenker at dette er riktig, gitt at arbeidstakeren har sitt stillingsvern i behold ved permittering, samt at arbeidsgiver forsikrer seg om at grunnlaget for permitteringen er midlertidig og at de ansatte får dagpenger fra NAV i permitteringsperioden. Det er derfor mindre grunn til å stille strenge krav til saksbehandlingen.

Permitteringens midlertidige karakter er dermed mye av begrunnelsen for at ansiennitetsriteriet har mindre vekt ved permittering enn ved nedbemanning. I forlengelse av

dette er det interessant å se på to reelle situasjoner som taler mot denne vektingen av ansiennitetskriteriet.

For det første kan det foreligge en situasjon der virksomhetens utfordringer er av mer langvarig karakter. Virksomheten skal i slike tilfeller foreta nedbemanning, men det foreligger eksempler i rettspraksis på at arbeidstakere i stedet blir permittert. I blant annet LH-2010-20886 vurderte lagmannsretten om permittering av flygere egentlig var en skjult oppsigelse og uttalte følgende:

«Dersom det ikke foreligger reelle utsikter til bedring av situasjonen, vil det ikke være saklig grunn til permitteringer, og det riktige vil i stedet være å si opp arbeidstakerene og gi dem lønn i oppsigelsestiden.»

Dersom det allerede på permitteringstidpunktet er tvilsomt om virksomhetens situasjon kommer til å forbedres, vil en oppsigelse fremfor en permittering være av mindre ulempe for arbeidstakeren. Det følger indirekte av rettens uttalelse at arbeidstaker ved en skjult oppsigelse vil oppleve ulemper i form av at de mister den lønnede oppsigelsestiden. De vil heller ikke ha krav på dagpenger fra NAV. I tillegg vil det gå utover arbeidstakeren å måtte vente over lengre tid før vedkommende får endelig svar på om det finnes arbeid å komme tilbake til.

Rettspraksis viser altså at noen virksomheter urettmessig benytter permittering i stedet for oppsigelse. Dette taler mot at ansiennitetskriteriet skal vektes ulikt ved permittering og ved nedbemanning. Ettersom ansiennitetskriteriet enklere kan fravikes ved permittering enn ved nedbemanning, og det foreligger mindre krav til saksbehandling ved permittering, vil det ved permittering være enklere for arbeidsgiver å modifisere utvelgelsen til sin fordel. Arbeidsgiver kan da permittere en arbeidstaker som egentlig burde ha blitt sagt opp. Arbeidsgiver foretar da en skjult oppsigelse fordi det er lettere å velge ut den konkrete arbeidstakeren til permittering enn til nedbemanning. Dette blir en uthuling av stillingsvernet.

Lavere terskel for å fravike ansiennitet som utvalgs Kriterium ved permittering enn ved nedbemanning kan etter dette føre til at arbeidsgiver enklere kan skjule sine intensjoner. Dette kan oppleves urettferdig for de ansatte, samt at det vil være vanskelig å angripe grunnet arbeidsgivers vide handlingsrom.

Forekomsten av skjulte oppsigelser taler som nevnt mot at ansiennitet skal ha ulikt vekt ved permittering og nedbemanning. Sanksjoner mot arbeidsgiver kan bidra til å forhindre unngåelser av oppsigelsesreglene, og derfor avhjelpe utfordringer knyttet til ansiennitetens lavere vekt ved permittering. Arbeidstakeren kan bli tilkjent erstatning fra arbeidsgiver, jf. aml. § 15-12 andre ledd. I tillegg kan Arbeids- og velferdsetaten kreve at virksomheten

tilbakebetaler dagpengene som arbeidstakeren mottok under permitteringen.¹⁸⁸ En skjult oppsigelse, herunder omgåelse av utvalgsreglene ved nedbemanning, kan dermed være kostbart for arbeidsgiver og virksomheten. Det bør kunne gi arbeidsgiveren insentiv til å foreta redelige utvelgelser.

Permitteringens midlertidighet som begrunnelse for ulik vekt av ansiennitetskriteriet, kan også by på ulemper i situasjoner der virksomhetens utfordringer går fra å være midlertidige til varige.

Når virksomhetens utfordringer ikke lenger er midlertidige, må virksomheten avslutte permitteringen og foreta nedbemanning. Spørsmålet som oppstår i den forbindelse er om de ansatte som ble valgt ut til permittering, også er de som velges ut til oppsigelse. Dersom dette er tilfelle, vil det være urettferdig overfor de permitterte. Ulikheten i vekten av ansiennitetskriteriet gjør at de som ble valgt til permittering, ikke nødvendigvis ville ha blitt valgt ut til nedbemanning. Arbeidstakerne bør derfor ikke bære risikoen for at virksomheten forsøker permittering i første omgang.

Denne problemstillingen er derimot løst i juridisk teori. Fougner skriver at «[p]ermitteringen innebærer verken ekstra vern mot oppsigelse for arbeidstakerne eller svekkelse av deres stillingsvern når det gjelder kravet til saklig grunnlag for oppsigelse»¹⁸⁹. Den foregående permitteringen skal derfor ikke resultere i at arbeidstakeren blir utsatt for en annen utvalgsprosess ved nedbemanning enn det som ellers gjelder. Skarning peker på at permittering bygger på en forutsetning om at arbeidstakeren skal tilbake i arbeid.¹⁹⁰ Dersom det for virksomheten ikke lenger er mulig å ta tilbake vedkommende fra permittering, må oppsigelsesreglene anvendes.¹⁹¹ I praksis betyr dette at alle arbeidstakere må kalles tilbake fra permittering, og det må foretas en ny utvelgelse basert på reglene som gjelder ved nedbemanning.

Det foreligger etter dette flere utfordringer ved dagens rettstilstand. Til tross for tidspresset, benytter virksomheter utvalgsriterier som er mer tidskrevende å fastsette enn ansiennitet. I tillegg viser det seg at arbeidstakere kan bli utsatt for skjulte oppsigelser eller miste noe av oppsigelsesvernet. Disse utfordringene er derimot forsøkt forhindret av mindre strenge krav til virksomhetens saksbehandling, erstatningsrettslige konsekvenser for arbeidsgiver og oppsigelsesvern som ikke påvirkes av permittering. Fordelene ved dagens rettstilstand må derfor regnes for å overstige ulempene. Rettstilstanden er fastslått av Arbeidsretten, noe som

¹⁸⁸ Fougner (2016) s. 216.

¹⁸⁹ Fougner (2016) s. 223.

¹⁹⁰ Skarning (2017) s. 78.

¹⁹¹ Skarning (2017) s. 78.

gir forutsigbarhet. I tillegg gjør permitteringsens midlertidige og akutte karakter det rimelig for virksomheten å legge større vekt på egne interesser enn det er grunnlag for ved nedbemanning. Ansiennitet bør derfor vektas ulikt ved permittering enn ved nedbemanning, slik at det er enklere å fravike ansiennitetskriteriet ved utvelgelse til permittering enn til nedbemanning.

Litteraturliste

Litteratur

- Aagaard (2009) Aagaard, Erik C. «Permittering.» *Arbeidsrett* vol. 6, nr. 3 (2009) s. 120-139.
- Fanebust (2001) Fanebust, Arne. *Oppsigelses i arbeidsforhold*. 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Fougner (2016) Fougner, Jan, Camilla Schøyen Borge, Marit B. Frogner mfl. *Omstilling og nedbemanning*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Fougner (2019) Fougner, Jan. Norsk arbeidsrett. *Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Hirst (2015) Hirst, Marion Holthe og Sven Ivar Lønneid. *Arbeidsrett i et nøtteskall*. 1. utg., Oslo: Gyldendal juridisk, 2015.
- Johansen (2020) Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland. *Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis*. 3. utg., Oslo: Gyldendal, 2020.
- LO (2018) LO. «Kommentarer til Hovedavtalen 2018-2021.» (2018) <https://www.lo.no/globalassets/hovedavtalen---kommentarer.pdf> hentet 08.09.2021.
- Nav (2021) Nav. «9 500 færre arbeidssøkjarar i oktober.» (29.10.2021) <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/arbeidssokere-og-stillinger-statistikk/nyheter/9-500-faerre-arbeidssokjarar-i-oktober> hentet 18.11.2021.

- NHO (2018) NHO. «Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021 med tilleggsavtaler og NHOs kommentarer.» (2018) <https://www.nho.no/siteassets/publikasjoner/hovedavtalen-2018-2021.pdf> hentet 19.10.2021.
- Skarning (2017) Skarning, Nicolay. *Permittering, nedbemanning og sluttpakker*. 1. utg., Oslo: Cappelen Damm, 2017.
- Skarning (2020) Skarning, Nicolay og Mari Verling. *Permittering under og etter koronapandemien*. Oslo: Hegnar Media, 2020.
- Skjønberg (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt. *Individuell arbeidsrett*. 2. utg., Oslo: Gyldendal, 2017.
- Storeng (2020) Storeng, Beck og Due Lund. *Arbeidsrett*. 12. utg., Oslo: Cappelen Damm, 2020.
- Stueland (2020) Stueland, Einar. *Hovedavtalen mellom LO og NHO 2018-2021 med kommentarer*. 1. utg., Oslo: Gyldendal, 2020.
- Sundet (2014) Sundet, Trond Løkken. *Tariffavtalen*. 1. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2014.
- Våg (2015) Våg, Lars Gommerud. «Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler – Forholdet til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern.» *Arbeidsrett* vol. 12, nr. 1 (2015) s. 1-99.

Lover

1977	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven).
1988	Lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering (permitteringslønnsløven).
1997	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).
2004	Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
2012	Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven).

Forarbeider

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)	<i>Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.</i>
NOU 1993: 19	<i>Erfaringene med lov om lønnsplikt under permittering.</i>
NOU 2004: 5	<i>Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.</i>
Ot.prp. nr. 49 (2004–2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).</i>

Rettspraksis

Høyesterettspraksis:

Rt. 1939 s. 53.

Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill).

Rt. 1977 s. 902.

Rt. 1986 s. 879 (Hillesland).

Rt. 1988 s. 959.

Rt. 1989 s. 508.

Rt. 1990 s. 1126.

Rt. 1997 s. 623.

Rt. 2001 s. 71.

Rt. 2012 s. 168.

Rt. 2014 s. 336.

Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig).

HR-2017-561-A (Posten II).

HR-2017-1943-A (CHC Helikopter Service).

HR-2018-880-A (Linjebygg).

HR-2019-424-A (Skanska).

HR-2019-1986-A (Telenor).

Arbeidsretten:

ARD-1976-141.

ARD-1977-87.

ARD-1982-249.

ARD-1990-169.

ARD-1996-15 (Norges Blindforbund).

ARD-1996-130.

ARD-1997-201 (Windy Boats).

ARD-1998-215.

ARD-2006-286.

ARD-2009-48 (Securitas).

ARD-2009-211.

ARD-2016-151 (Nokas).

Underrettspraksis:

Oslo byretts dom av 2. juni 1938 (Gohn-dommen).

Eidsivating lagmannsretts dom av 4. mai 1953 (Refsum-dommen).

RG 1978 s. 442 (Borregaard).

RG 1984 s. 616.

RG 1985 s. 128 (Brynhildsen).

RG 1990 s. 1098 (Spennbetong).

LA-1998-154.

LG-2000-207.

LH-2000-668.

RG 2001 s. 1276.

RG 2004 s. 222.

LB-2005-86961.

LB-2005-182490.

LB-2007-3738.

TOSLO-2005-173012.

RG 2010 s. 797.

LH-2010-20886.

RG 2011 s. 113.

LB-2013-207759.

Møre og Romsdal tingretts dom av 29. oktober 2021, i sak 21-037943TVI-TMOR/TKRU.

EU-domstolen:

Case C-184/89 Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg. ECLI:EU:C:1991:50.

Tariffavtaler

Hovedavtalen 1. januar 2018 til 31. desember 2021 mellom Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO).