



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**HR-2019-424-A (Skanska-dommen)**

Innhold og betydning for norsk arbeidsliv

Elisabeth Sagelv Utmo

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902 desember 2019

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Historisk tilnærming til problemstillingen.....	1
1.3	Rettskilder og metode.....	3
1.4	Videre fremstilling.....	6
2	Skanska-saken.....	7
2.1	Bakgrunn for saken.....	7
2.2	Sakens parter.....	8
2.3	Sakens rettslige spørsmål.....	8
2.4	Resultatet i tidligere instanser.....	8
3	HR-2019-424-A.....	11
3.1	De rettslige problemstillingene for Høyesterett.....	11
3.2	Bakgrunnen for at saken ble sluppet inn for Høyesterett.....	12
3.3	Partenes anførsler for Høyesterett.....	12
3.4	Forliket i Arbeidsretten.....	14
4	Høyesteretts rettskildebruk og argumentasjon.....	15
4.1	Innledende bemerkninger.....	15
4.2	Ansiennitetsprinsippets vekt etter Hovedavtalen § 8-2.....	15
4.2.1	Rettslig utgangspunkt.....	15
4.2.2	Bidrag for å avklare rettsspørsmålet.....	17
4.2.3	Høyesteretts konklusjon.....	22
4.2.4	Vektingen av de ulike utvelgelseskriteriene.....	23
4.3	Betydningen av lokal enighet med hovedtillitsvalgt.....	24
4.4	Betydningen av forsvarlig saksbehandling.....	26
4.5	Rettssetning som dommen gir uttrykk for.....	29
4.6	Seier og tap for begge partshjelperne.....	30

5	Praktisk betydning av å være tilknyttet Hovedavtalen.....	32
6	«Relativt betydelige ansiennitetsforskjeller» .....	35
7	Dommens prejudikatsvirkning .....	37
7.1	Dommens rettskildemessige vekt for senere avgjørelser .....	37
7.2	Dommens betydning for beslektede tariffavtaler .....	39
7.3	Dommens betydning utenfor tariffavtaler .....	41
7.4	Forhold som kan endre betydningen av dommen .....	42
	Litteraturliste .....	45



# 1 Innledning

## 1.1 Tema og aktualitet

Tema for avhandlingen er en analyse av HR-2019-424-A (Skanska-dommen). Det ble antatt at Skanska-dommen skulle komme med en endelig avklaring på fremgangsmåten og praksisen ved nedbemanninger i tariffbundne bedrifter, herunder særlig relevansen av det tariffestede ansiennitetsprinsippet. I etterkant av domsavsigelsen har partshjelperne imidlertid vært uenig om hvordan dommen skal forstås.<sup>1</sup> Begge partshjelperne har også gitt uttrykk for at saken var en seier for dem.<sup>2</sup> Denne avhandlingen tar derfor sikte på å avklare innholdet i dommen gjennom en objektiv analyse.

Hovedproblemstillingen for avhandlingen er i hvilken grad norsk rett kan anses å ha fått en avklaring på ansiennitetsprinsippet relevans og vekt som utvelgelseskriterium ved nedbemanninger etter Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) § 8-2. Saksbehandlingen i forkant av nedbemanningen utgjorde et vesentlig tema i saken. Avhandlingen tar derfor også opp hvilken betydning saksbehandlingen kan tillegges ved vurderingen av om en oppsigelse som følge av en nedbemanningsprosess er gyldig. Videre tar avhandlingen for seg hvilken betydning dommen har for nedbemanninger utenfor Hovedavtalen mellom LO-NHO.

## 1.2 Historisk tilnærming til problemstillingen

Nedbemanninger kjennetegnes ved at det er forhold hos bedriften som medfører at det er ønskelig med en reduksjon av arbeidsstokken.<sup>3</sup> Økonomiske nedgangstider og ny teknologi er eksempler på forhold som kan gjøre det nødvendig for selskapene å redusere antall arbeidstakere for å opprettholde en bærekraftig og lønnsom bedrift. Nedbemanning kan imidlertid også finne sted selv om bedriften har god omsetning og inntjening.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Kolsrud (2019a).

<sup>2</sup> LO (2019), NHO (2019).

<sup>3</sup> Skarning mfl. (2019) s. 225.

<sup>4</sup> Skarning mfl. (2019) s. 77.

Ansiennitet er en betegnelse på arbeidsforholdets lengde og beregnes som regel ut fra sammenhengende tjenestetid i virksomheten.<sup>5</sup> Ansiennitetsprinsippet bygger på at arbeidstakere med kortest tjenestetid i en bedrift må fratreges først ved en nedbemanning: sist inn – først ut.<sup>6</sup>

I norsk rett har det vært en lang tradisjon for å legge vekt på ansiennitet ved utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp ved overtallighet. Allerede på slutten av 1800-tallet ble det foretatt nedbemanninger etter ansiennitetsprinsippet.<sup>7</sup> Siden begynnelsen av 1920-tallet har ansiennitet vært et sentralt utvelgelseskriterium og ansiennitetsklausuler ble på denne tiden inntatt i flere lokale tariffavtaler.<sup>8</sup>

I enkelte tilfeller gjør imidlertid andre hensyn enn ansiennitet seg gjeldende ved vurderingen av hvilke utvelgelseskriterier som skal vektlegges ved overtallighet. I dagens arbeidsmarked stilles det i større grad enn tidligere krav til formell og spesifikk kompetanse, noe som gjør arbeidsgivere avhengig av å beholde ansatte med bestemte kvalifikasjoner.<sup>9</sup> Ofte er det ikke de med lengst tjenestetid som innehar den tiltrengte kvalifikasjonen.<sup>10</sup> Som følge av dette er ikke arbeidsgivere nødvendigvis interessert i å beholde de arbeidstakerne som har lengst ansiennitet.

Ansiennitetsprinsippet fremgår av Hovedavtalen § 8-2. Bestemmelsen lyder: «Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn».

Twisten i Skanska-dommen omhandler forståelsen av ansiennitetsklausulen i Hovedavtalen § 8-2. Uenighetene har gått ut på om bestemmelsen medfører at ansiennitet er hovedregelen, som kun kan fravikes såfremt det foreligger saklig grunn, eller om bestemmelsen medfører at ansiennitet bare er ett av flere saklige momenter som skal inngå i vurderingen.

---

<sup>5</sup> Fougner (2019) s. 455.

<sup>6</sup> Benson (2019) s. 586.

<sup>7</sup> Våg (2015) s. 6.

<sup>8</sup> Våg (2015) s. 7.

<sup>9</sup> Skarning mfl. (2019) s. 230.

<sup>10</sup> Skarning mfl. (2019) s. 90-91.

Bakgrunnen for at det har oppstått diskusjoner om forståelsen av ordlyden kan skyldes en endring av ordlyden i 1994. Frem til 1994 lød bestemmelsen: «Ved oppsigelse på grunn av innskrenkninger/omlegninger skal ansienniteten, under ellers like vilkår, følges».<sup>11</sup>

Den nye ordlyden som ble vedtatt i 1994 styrket betydningen av ansiennitet.<sup>12</sup> Ved vedtakelsen ble det imidlertid inntatt en protokolltilførsel som fastslo at «[t]ekstendringene innebærer ikke endring i gjeldende rettspraksis».<sup>13</sup>

I årene som fulgte ble ansiennitetsprinsippets betydning gjenstand for diskusjon.<sup>14</sup> LO har ment at arbeidsgiver er forpliktet til å bygge på ansiennitet som en hovedregel, og dermed må påvise saklig grunn til å fravike dette utgangspunktet.<sup>15</sup> NHO har hevdet at ansiennitet ikke representerer noe utgangspunkt, men at det er ett av flere saklige utvelgelseskriterier på linje med formell kompetanse, personlig dyktighet, anvendelighet og sosiale forhold.<sup>16</sup>

Det ble antatt at Høyesterett skulle avklare rettsstilstanden i Skanska-dommen. En avklaring var nødvendig for å skape en forutberegnelig rettsstilstand for arbeidstakere og arbeidsgivere. Etter domsavsigelsen hadde partshjelperne imidlertid forskjellige formeninger om hva dommen innebar.<sup>17</sup>

### **1.3 Rettskilder og metode**

Avhandlingen er en analyse av HR-2019-424-A i et materielt juridisk perspektiv. For å besvare problemstillingen for avhandlingen vil det bli foretatt en deskriptiv analyse. En deskriptiv analyse innebærer å gjøre rede for hva en regel går ut på eller inneholder.<sup>18</sup>

Analysen besvarer problemstillingen ved å redegjøre for Høyesteretts tolkninger og anvendelse av rettskildene. Ved å undersøke Høyesteretts resonnement og begrunnelse for resultatet vil avhandlingen klargjøre hvordan Høyesterett kom frem til sin konklusjon. Gjennom analysen vil avhandlingen gi svar på hvilke rettsregler dommen gir uttrykk for, og innholdet i de aktuelle rettsreglene.

---

<sup>11</sup> Hovedavtalen LO-NHO 1990-1993 § 9-9.

<sup>12</sup> Våg (2015) s. 66.

<sup>13</sup> HR-2019-424-A avsnitt 51.

<sup>14</sup> Skarning mfl. (2019) s. 232.

<sup>15</sup> Fougner (2019) s. 454.

<sup>16</sup> Fougner (2019) s. 455.

<sup>17</sup> Kolsrud (2019a).

<sup>18</sup> Tuseth og Winge (2018) s. 61.

Ettersom tema for avhandlingen er en analyse av Skanska-dommen, er det de rettskildene som Høyesterett benytter for å avgjøre saken som er de sentrale rettskildene for avhandlingen. Rettsområdets egenart og særegne hensyn påvirker naturligvis rettskildebruken. I Skanska-saken anvender Høyesterett lov 17. juni 2005 nr. 62 om lov om arbeidsmiljø, arbeidsliv og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), Hovedavtalen LO-NHO, et forlik mellom partene i saken på et tidligere tidspunkt i prosessen, og rettspraksis fra Arbeidsretten, lagmannsrett og Høyesterett.

Arbeidsmiljølovens kapittel 15 regulerer opphør av arbeidsforhold. Den sentrale bestemmelsen for avhandlingen er arbeidsmiljøloven § 15-7 som fastsetter at enhver oppsigelse må være «saklig begrunnet». Saklighetskravet gir uttrykk for en rettslig standard. Rettslige standarder særpreges av at de skifter innhold etter hvert som standarden endrer seg.<sup>19</sup> Bestemmelsen må derfor til enhver tid tolkes dynamisk i lys av andre rettskilder av interesse for å komme frem til gjeldende rett.<sup>20</sup>

Hovedavtalen LO-NHO er en tariffavtale. En tariffavtale er en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår, eller andre arbeidsforhold, jf. arbeidstvistloven § 1 bokstav e.<sup>21</sup> Skanska og de ansatte var på oppsigelsestidspunktet bundet av Hovedavtalen mellom LO-NHO. Tariffavtalen er inngått mellom LO med tilsluttede forbund og NHO med tilsluttede landsforeninger. Den inneholder rettigheter og plikter for arbeidstakere som er omfattet av avtalen.<sup>22</sup> Tariffavtalen utgjør et tilleggsværn utover de reglene som følger av arbeidsmiljøloven. Som følge av de rettigheter og plikter som utledes av Hovedavtalen, er den naturlig en viktig kilde for avhandlingen.

Avtaletolkningsretten utgjør en sentral referanseramme ved tolkningen av tariffavtaler. Tariffavtalen tolkes ut fra ordlyden, partenes felles forståelse av avtalen, avtalens bakgrunn, partsytringer og praksis, samt tolkningsregler og tariffrettslige prinsipper.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Boe (2010) s. 277.

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

<sup>21</sup> Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister.

<sup>22</sup> Sundet (2018) s. 144.

<sup>23</sup> Sundet (2018) s. 128-138.



Arbeidsrettspraksis er særskilt for rettsområdet arbeidsrett. Arbeidsretten er en særdomstol som avgjør tvister knyttet til tariffavtaler. De alminnelige domstolene er bundet av Arbeidsrettens forståelse av tariffavtaler, jf. arbeidstvistloven § 34 andre ledd. Arbeidspraksis tillegges dermed tung rettskildemessig vekt.<sup>24</sup> Arbeidsrettens praksis er følgelig sentral for avhandlingen.

Det ble inngått forlik mellom LO og NHO forut for høyesterettsbehandlingen. Et forlik brukes som betegnelse på en oppnådd enighet i en tvist.<sup>25</sup> Forliket som ble inngått mellom partene utgjør en viktig tolkningsfaktor for Hovedavtalen § 8-2 da den gir uttrykk for partenes felles forståelse av avtalen. Som en naturlig følge av dette er forliket av betydning for å besvare problemstillingene i avhandlingen.

Avhandlingens kapittel 7.4 vurderer dommens betydning for den senere rettstilstanden. I dette kapitlet er objektet for analysen selve avgjørelsen, og referanserammen er andre rettskilder som er av interesse for å løse tilsvarende spørsmål senere. I kapittel 7.4 er arbeidstvistloven en sentral rettskilde sammen med arbeidsrettspraksis.

Juridisk litteratur benyttes som bidrag til å belyse temaet for oppgaven. Det finnes mye juridisk litteratur som omhandler ansiennitet generelt, men begrenset med litteratur som tar for seg dommen eller ansiennitetsprinsippets betydning etter domsavgjørelsen.<sup>26</sup> Det er i forbindelse med denne avhandlingen søkt etter juridisk litteratur som omhandler HR-2019-424-A. Det synes bare å foreligge to bøker som behandler Skanska-saken etter at domsavsigelsen forelå. Thomas Benson «Arbeidsrettsboka» og Jan Fougner «Norsk arbeidsrett» bruker dommen som illustrasjon uten å gå dypere inn på domspremissene.<sup>27</sup>

Det foreligger videre en del artikler som omhandler saken. Disse vil være av relevans for avhandlingen. Artikkelen går imidlertid ikke så dypt inn i en analyse av dommen som denne avhandlingen gjør. Artikkelen benyttes i hovedsak for å belyse sakens aktualitet. I tillegg til at de presenterer reaksjoner som har kommet i etterkant av domsavsigelsen.

---

<sup>24</sup> Nygaard (2004) s. 47, Eckhoff (2001) s. 162.

<sup>25</sup> Skoghøy (2017) s. 36.

<sup>26</sup> Se for eksempel Skarning (2019) kap. 17.4, Fanebust (2018) kap. VI, Fougner mfl. (2016) kap. 10.7.3, Storeng mfl. (2016) kap. 24.4 om ansiennitet generelt.

<sup>27</sup> Benson (2019) s. 587 og 590, Fougner (2019) s. 883.

## 1.4 Videre fremstilling

Avhandlingen er delt inn i syv kapitler. Andre kapittel inneholder en redegjørelse for saksforholdet og sakens utvikling i rettsapparatet. Tredje kapittel vil ta for seg partenes anførsler og de rettslige problemstillingene for Høyesterett.

Fjerde kapittel inneholder en analyse av dommens rettskildemessige innhold i et materielt juridisk perspektiv. Det vil bli gjort rede for dommens prinsipielle uttalelser og resultat.

Femte kapittel undersøker den praktiske betydningen av å være tilknyttet Hovedavtalen etter domsavsigelsen. Sjette kapittel ser nærmere på hva som kan ligge i uttrykket «relativt betydelige ansiennitetsforskjeller» som Høyesterett uttaler i Skanska-dommen avsnitt 72.

Syvende kapittel tar for seg dommens prejudikatsvirkning i tillegg til å se på dommens betydning utenfor Hovedavtalen mellom LO-NHO. Avslutningsvis tar kapittelet opp forhold som kan endre betydningen av dommen.

## 2 Skanska-saken

### 2.1 Bakgrunn for saken

Skanska Norge AS (Skanska) er en større entreprenørbedrift. Virksomheten i Norge kan deles organisatorisk i fire deler: bygg, anlegg, eiendomsutvikling og spesialiserte tjenester knyttet til bransjen. Innenfor Skanska Norge er anleggsvirksomheten delt i to sektorer. Disse er navngitt Samferdsel & Energi (S&E) og Industri, Bro og Marine (IBM).<sup>28</sup>

I 2016 gjennomførte bedriften en nedbemanning av fagarbeidere på grunn av sviktende ordretilgang, omsetning og lønnsomhet. Nedbemanningen rammet omkring 100 arbeidstakere, hvorav halvparten av disse ble oppsagt fra selskapet.

Før oppsigelsene fant sted gjennomførte Skanska drøftelser med den hovedtillitsvalgte. Det ble oppnådd enighet om behovet for nedbemanningen, nedbemanningens størrelse, utvelgelseskretsen og hvilke kriterier selskapet skulle benytte ved selve utvelgelsen.<sup>29</sup> I etterkant av drøftelsesmøtene ble det meddelt oppsigelser til 26 ansatte i S&E og 21 ansatte i IBM. Åtte av de oppsagte reiste søksmål for tingretten hvor de bestred oppsigelsenes gyldighet.

Saksøkerne hevdet at Skanska hadde lagt til grunn en uriktig forståelse av ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 8-2 da de fravek ansiennitetsrekkefølgen til fordel for kompetanse og faglig dyktighet.<sup>30</sup> Skanska mente på sin side at vilkåret om «saklig grunn» ikke innebar at det var nødvendig å påvise klare kompetanseforskjeller eller andre tungtveiende grunner for å fravike ansiennitetsprinsippet.<sup>31</sup>

Oslo tingrett frifant Skanska, mens Borgarting lagmannsrett kjente oppsigelsene ugyldig.<sup>32</sup> Skanska anket saken inn for Høyesterett. Spørsmålene for Høyesterett og utfallet av disse utgjør denne avhandlingens hoveddel, se kapittel 4.

---

<sup>28</sup> TOSLO-2016-97322.

<sup>29</sup> HR-2019-424-A avsnitt 5.

<sup>30</sup> TOSLO-2016-97322.

<sup>31</sup> HR-2019-424-A avsnitt 13.

<sup>32</sup> TOSLO-2016-97322, LB-2017-75155.

## 2.2 Sakens parter

For tingretten var sakens parter de åtte oppsagte arbeiderne på den ene siden, og Skanska på den andre siden. Under saksforberedelsen for lagmannsretten ble saken hevet for to av arbeidstakerne. Saken i lagmannsretten og Høyesterett stod følgelig mellom de resterende seks arbeiderne og Skanska. LO og NHO opptrådte som partshjelpere for henholdsvis de oppsagte arbeiderne og Skanska under behandlingen for Høyesterett.<sup>33</sup>

## 2.3 Sakens rettslige spørsmål

Spørsmålet i saken var om oppsigelsene av arbeidstakerne var saklig begrunnet, herunder om det forelå feil ved saksbehandlingen eller avgjørelsesgrunnlaget som fikk betydning for utvelgelsen av arbeidstakerne. Tvisten dreide seg om det forelå tilstrekkelig grunnlag for å fravike ansiennitetsprinsippet til fordel for ansatte med kortere ansiennitet.

## 2.4 Resultatet i tidligere instanser

I tingretten kom rettens flertall til at det ikke forelå feil ved avgjørelsesgrunnlaget eller saksbehandlingen som fikk betydning for utvelgelsen av arbeidstakerne.<sup>34</sup>

Hovedavtalen § 8-2 fastslår at «[v]ed oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn». Skanska mente det var anledning til å fravike ansiennitetsprinsippet uten å påvise klare kompetanseforskjeller eller andre tungtveiende grunner. Dette fant de støtte for i ordlyden samt enigheten som var oppnådd med den hovedtillitsvalgte.

Flertallet i tingretten fulgte resonnementet til Skanska. Etter flertallets syn var det ikke i strid med Hovedavtalen å tillegge kompetanse særlig vekt. Tingrettens flertall trakk i sin begrunnelse særlig frem protokollene som ble undertegnet av den hovedtillitsvalgte og ledelsen i Skanska. Av protokollene fremkom det at faglig dyktighet og kompetanse skulle tillegges betydelig vekt ved utvelgelsen. Flertallet la «avgjørende betydning» på ordlyden i protokollene og konkluderte med at Skanska hadde foretatt en forsvarlig avgjørelse da de fravek ansiennitet til fordel for kompetanse.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> HR-2018-1099-U, HR-2018-735-U.

<sup>34</sup> TOSLO-2016-97322.

<sup>35</sup> TOSLO-2016-97322 ikke paginert.

Flertallet mente også at selve kartleggingen av de ansatte var foretatt på en samvittighetsfull og grundig måte. Mindretallet, som bestod av meddommer Kjetil Neskvern, var ikke enig i at kartleggingen av de ansatte var foretatt på en forsvarlig måte. Mindretallet la vekt på at det var formalkompetansen, ikke realkompetansen som var hovedfokuset under kartleggingen.<sup>36</sup> Ansiennitet ble gjennom en slik saksbehandling nedgradert til å veie mindre enn kvalifikasjoner. Etter mindretallets oppfatning hadde ikke Skanska godtgjort at det forelå saklig grunn til å fravike ansiennitet ved utvelgelsen av arbeiderne. Tingrettens mindretall kom til at oppsigelsene var usaklige.

Borgarting lagmannsrett kom til motsatt resultat av tingretten. Lagmannsretten mente at nedbemanningsprosessen ikke hadde vært forsvarlig og tilkjente arbeidstakerne erstatning.<sup>37</sup> Lagdommerne fant at Hovedavtalen § 8-2 var anvendt feil av tingretten, idet ansiennitet var nedgradert som utvelgelseskriterium til fordel for kompetanse. Dommen var enstemmig.

Lagmannsretten la til grunn at ikke enhver forskjell i kompetanse arbeidstakere imellom vil fritta arbeidsgiveren fra å følge ansiennitetsprinsippet, men at det «normalt kreves en klar forskjell i dyktighet og erfaring innen de spesielle fagområdene bedriften har behov for».<sup>38</sup> Lagmannsretten la videre til at «vilkårene for å fravike ansiennitet skjerpes når arbeidstakerne saken gjelder har lang ansiennitet og hvis forskjellene i ansiennitet er store».<sup>39</sup>

Lagmannsretten mente altså at det måtte kreves klar forskjell i dyktighet og erfaring før ansiennitet kunne fravikes, særlig der hvor ansiennitetsforskjellene var store.

Under lagmannsrettens vurdering av Skanskas anvendelse av ansiennitetsprinsippet kom de til at Skanska hadde anvendt ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 8-2 feil. Ifølge lagmannsretten forutsetter bestemmelsen at bedriften som «hovedregel» følger ansiennitetsprinsippet ved innskrenkninger, men «åpner for at det kan gjøres unntak når det foreligger saklig grunn».<sup>40</sup> Det innebærer at tjenestetid er «utgangspunktet for utvelgelsen».<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> Formalkompetanse (fagbrev, universitetsdiplom mv.), realkompetanse (opparbeidede kunnskaper/egenskaper gjennom erfaring mv.).

<sup>37</sup> LB-2017-75155.

<sup>38</sup> LB-2017-75155 ikke paginert.

<sup>39</sup> LB-2017-75155 ikke paginert.

<sup>40</sup> LB-2017-75155 ikke paginert.

<sup>41</sup> LB-2017-75155 ikke paginert.

Tingretten hadde således lagt til grunn en uriktig forståelse av Hovedavtalen § 8-2, siden kompetanse var opphøyd til utgangspunktet for utvelgelsen. Etter lagmannsrettens syn er ansiennitet utgangspunktet for vurderingen.

Lagmannsretten delte heller ikke tingrettens syn hva gjaldt den lokale enigheten om utvelgelseskriteriene. Lagdommerne konkluderte med det ikke var adgang til å inngå slike lokale avtaler som var i strid med Hovedavtalen.

Lagmannsretten fant også at nedbemanningsprosessen var beheftet med så alvorlige feil og mangler at saksbehandlingen ikke hadde vært forsvarlig. Dette var stikk i strid med tingretten som mente at nedbemanningsprosessen var «foretatt på et forsvarlig og bredt faktisk grunnlag».<sup>42</sup>

Borgarting lagmannsrett ga arbeidstakerne medhold i saken og konkluderte med at ansiennitet både skulle være hovedregelen og utgangspunktet ved utvelgelsesvurderingen.

Skanska anket saken til Høyesterett på grunnlag av feil rettsanvendelse.

---

<sup>42</sup> TOSLO-2016-97322 ikke paginert.

## 3 HR-2019-424-A

### 3.1 De rettslige problemstillingene for Høyesterett

På bakgrunn av partenes anførsler aktualiserte følgende problemstillinger seg for Høyesterett:

- i) Hvilken vekt har ansiennitet ved utvelgelsen etter Hovedavtalen § 8-2?
- ii) Hvilken betydning har lokal enighet med hovedtillitsvalgt for arbeidsgivers spillerom i en nedbemanning?
- iii) Hvilken betydning har forsvarlig saksbehandling for en oppsigelses gyldighet ved nedbemanninger?

Rammene for Høyesteretts overprøving av ankesaken bestemmes av ankegjensstanden, partene og ankegrunnlaget. Høyesterett kan bare «prøve de krav som er anket», jf. tvisteloven §§ 30-3 jf. 29-20 første ledd første punktum. Høyesterett kan videre ikke prøve den påankede avgjørelsen overfor rettssubjekter som ikke er parter i saken, jf. tvisteloven §§ 30-3 første ledd jf. 29-8 første ledd første punktum. I tillegg danner ankegrunnlaget en ramme for hva Høyesterett kan overprøve. Ved anke over saksbehandlingen er Høyesterett avskåret fra å prøve realiteten og de kan som hovedregel heller ikke gå utenfor den påberopte ankegrunn, jf. tvisteloven §§ 30-3 første ledd jf. 29-20 annet ledd. Ved anke over rettsanvendelsen kan Høyesterett som hovedregel ikke prøve saksbehandlingen, jf. tvisteloven §§ 30-3 første ledd jf. 29-20 tredje ledd.<sup>43</sup>

Med rettsanvendelse siktes det til fastleggelsen av innholdet i en rettsregel, samt den konkrete subsumsjonen. Mer presist vil det si avgjørelsen av om et nærmere bestemt faktum går inn under regelen.<sup>44</sup> Det finnes et unntak fra utgangspunktet om at ankedomstolen ikke kan prøve saksbehandlingen. Etter tvisteloven §§ 30-3 første ledd jf. § 29-20 tredje ledd annet punktum «kan» retten ved anke over avgjørelsens innhold «utenom anken tillegge feil etter § 29-21 annet ledd virkning».

---

<sup>43</sup> Skoghøy (2017) s. 1217.

<sup>44</sup> Skoghøy (2017) s. 1175.

Skanska og NHO anket saken til Høyesterett over rettsanvendelsen.<sup>45</sup> Det innebærer at Høyesterett kun kan ta stilling til innholdet i de omtvistede rettsreglene. Høyesterett er videre bundet av det faktum lagmannsretten har lagt til grunn.<sup>46</sup> De spørsmålene som krystalliserte seg for Høyesterett er en vurdering av rettsanvendelsen til lagmannsretten.

### **3.2 Bakgrunnen for at saken ble sluppet inn for Høyesterett**

Anke til Høyesterett kan ikke fremmes uten samtykke fra ankeutvalget. Utvalget gir bare samtykke når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken avgjort i Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-4 første ledd.

Skanska-saken besto av flere elementer. Det sentrale spørsmålet gjennom hele rettsprosessen har imidlertid vært om Skanska brøt arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen da de lot hensynene til kompetanse gå foran ansiennitet under nedbemanningen i 2016. Dette utgjorde et prinsipielt spørsmål som det var av interesse for Høyesterett å ta stilling til.<sup>47</sup> Saken var av prinsipiell art som følge av at det lenge hadde foreligget uklarheter rundt ansiennitetsprinsippets posisjon i en nedbemanning etter Hovedavtalen § 8-2, jf. avhandlingens punkt 1.2. Utfallet av ankesaken ville kunne få signifikant betydning for fremtidige nedbemanninger i tariffbundne virksomheter samt gi en endelig avklaring på en årelang diskusjon.<sup>48</sup>

### **3.3 Partenes anførsler for Høyesterett**

Den ankende part, Skanska, gjorde for Høyesterett gjeldende at lagmannsretten hadde anvendt feil norm etter arbeidsmiljøloven § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2. De anførte for det første at det ikke var riktig å anse ansiennitet som hovedregelen ved utvelgelse av arbeidstakere til oppsigelse. Videre anførte de at det heller ikke var korrekt at arbeidsgiver må påvise klare kompetanseforskjeller eller andre tungtveiende grunner for å kunne fravike ansiennitetsprinsippet.

---

<sup>45</sup> HR-2019-424-A avsnitt 9.

<sup>46</sup> HR-2019-424-A avsnitt 79.

<sup>47</sup> HR-2018-735-U.

<sup>48</sup> Skarning mfl. (2019) s. 232.



Subsidiært anførte Skanska at det var en rettsanvendelsesfeil at lagmannsretten ikke vurderte og tok stilling til om de feilene retten fant hadde hatt betydning for de enkeltes oppsigelsenes gyldighet.<sup>49</sup>

Ved å se på NHOs egne kommentarer til Hovedavtalen kommer det klarere frem hvordan organisasjonen tolker § 8-2.

I NHOs kommentarer oppgis følgende:

«Bestemmelsen innebærer ikke at man ved oppsigelser som følge av innskrenkninger e.l. er forpliktet til å følge ansienniteten, men at tjenestetid er et av de momenter som skal tas med i vurderingen. Ansiennitet er med andre ord en (av flere) saklige utvelgelseskriterier. Formell kompetanse, personlig dyktighet, anvendelighet og sosiale forhold (alder, forsørgelsesbyrde, muligheten for annet arbeid mv.) er eksempler på andre saklige kriterier. Utvelgelsen må foretas ut fra en samlet vurdering av alle relevante forhold».<sup>50</sup>

Arbeidstakerne anførte på sin side at lagmannsretten hadde tolket og anvendt Hovedavtalen § 8-2 korrekt. De mente det var riktig å legge til grunn ansiennitet som utgangspunktet for utvelgelsen. Videre mente de at det måtte kreves momenter av en viss styrke for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen. Angående saksbehandlingen mente arbeidstakerne at det var korrekt av lagmannsretten å ikke ta stilling til om feilene kunne ha virket inn på oppsigelsene.<sup>51</sup>

I LOs kommentarer til Hovedavtalen § 8-2 fremholder LO følgende:

«Bestemmelsen fastslår at bedriften som hovedregel skal følge ansiennitetsprinsippet ved innskrenkninger. Ansiennitet kan likevel fravikes når det foreligger saklig grunn. Det vil aldri foreligge saklig grunn til å fravike ansienniteten dersom det er like vilkår. Regelen medfører at ansienniteten som hovedregel skal følges også i tilfeller hvor det *ikke* er like vilkår».<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> HR-2019-424-A avsnitt 13-14.

<sup>50</sup> NHO «kommentarer til Hovedavtalen 2018-2021» s. 30.

<sup>51</sup> HR-2019-424-A avsnitt 19-20.

<sup>52</sup> LO «kommentarer til Hovedavtalen 2018-2021» s. 28.

Anførselene knytter seg ikke til at utvelgelseskriteriene som sådan er uriktig, men til forståelsen og anvendelsen av kriteriene. Dette gjenspeiles i organisasjonenes kommentarutgaver til Hovedavtalen. Kommentarene viser at LO og NHO er enige om at ansiennitet skal tas med i vurderingen ved nedbemanninger, uenigheten omhandler hvilken vekt ansiennitet skal tillegges.

### 3.4 Forliket i Arbeidsretten

I forkant av behandlingen i Høyesterett anla LO sak mot NHO for Arbeidsretten om forståelsen av Hovedavtalen § 8-2.<sup>53</sup> Saken endte med et forlik der begge parter presiserte sin forståelse av Hovedavtalen § 8-2.<sup>54</sup> Forliket lød:

«Av Hovedavtalen LO – NHO § 8-2 første ledd følger at ansiennitet danner utgangspunktet ved utvelgelse av arbeidstakere for oppsigelse. Dette innebærer at tjenestetid er et moment som skal tas i betraktning ved vurderingen av hvem som skal gis oppsigelse. Hvilken vekt ansiennitet skal tillegges ved utvelgelsen er et annet spørsmål, og vil i den enkelte sak bero på en totalbedømmelse av alle relevante forhold. § 8-2 oppstiller ikke noe krav om at ansiennitetsrekkefølgen skal følges ubetinget. Ansiennitet kan fravikes når det foreligger *saklig grunn*.»

Forliksprotokollen er i samsvar med både NHOs og LOs tariff forståelse. At ansiennitet «danner utgangspunktet» ved utvelgelsen av arbeidstakere er i tråd med det LO har gjort gjeldende. Mens setningen om at «tjenestetid er et moment som skal tas i betraktning» er i samsvar med NHOs forståelse av tariffavtaleteksten. Det fremkommer imidlertid ikke noe om at kompetanse skal vektlegges ved utvelgelsen, noe som har vært et viktig moment for NHO. Det fremkommer heller ikke at ansiennitet skal være en hovedregel, slik som lagmannsretten slo fast og som har vært et viktig moment for LO.

Protokollteksten svarer ikke på hvilken vekt ansiennitet skal tillegges ved utvelgelsen. Det vil ifølge forliket bero på en «totalbedømmelse av alle relevante forhold». Forliket ga med dette ikke noe særlig veiledning verken i den foreliggende sak eller for fremtidige saker for hvilken vekt ansiennitet skal tillegges.

---

<sup>53</sup> HR-2018-1268-F.

<sup>54</sup> AR-2018-17, AR-2018-24.

## 4 Høyesteretts rettskildebruk og argumentasjon

### 4.1 Innledende bemerkninger

I det videre vil avhandlingen analysere de tre problemstillingene Høyesterett tar stilling til i dommen. Først behandles spørsmålet om hvilken vekt ansiennitet har ved utvelgelsen etter Hovedavtalen § 8-2. Deretter behandles hvilken betydning lokal enighet med hovedtillitsvalgt har for arbeidsgivers spillerom i en nedbemanning. Til sist vil Høyesteretts uttalelser om hvilken betydning forsvarlig saksbehandling har for en oppsigelses gyldighet analyseres.

### 4.2 Ansiennitetsprinsippets vekt etter Hovedavtalen § 8-2

#### 4.2.1 Rettslig utgangspunkt

For å besvare hvilken vekt ansiennitet har ved utvelgelsen etter Hovedavtalen § 8-2 tar Høyesterett rettslig utgangspunkt i arbeidsmiljøloven § 15-7. Førstvoterende begynner rettsanvendelsen med å ta for seg ordlyden «saklig begrunnet» i arbeidsmiljøloven § 15-7. Han trekker ut fra ordlyden at ikke bare behovet for nedbemanning, nedbemanningens størrelse og utvelgelseskrets må være saklig begrunnet, men også selve utvelgelsen av arbeidstakere til oppsigelse må være saklig begrunnet.<sup>55</sup>

Bestemmelsen utgjør en rettslig standard, noe som innebærer at den må tolkes i lys av andre rettskilder for å komme frem til gjeldende rett.<sup>56</sup> Rettspraksis blir brukt som bidrag for å avklare hva slags rettsregel det primære rettsgrunnlaget gir uttrykk for. Med utgangspunkt i Rt. 1086 s. 879 (Hillesland) slår førstvoterende fast at ansiennitet utvilsomt er et saklig kriterium å bygge utvelgelsen på, men samtidig er det klart at arbeidsgiver også kan basere utvelgelsen på andre kriterier som kvalifikasjon, faglig dyktighet og kompetanse.<sup>57</sup>

Rettspraksis taler således for at det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering hvorav flere momenter inngår. Høyesteretts bemerkninger trekker i retning av Skanska og NHOs oppfatning av rettstilstanden.

---

<sup>55</sup> HR-2019-424-A avsnitt 30.

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

<sup>57</sup> HR-2019-424-A avsnitt 32.

Kvalifikasjonshensynene som ble vektlagt av Skanska anses som et saklig utvelgelseskriterium av Høyesterett. Førstvoterende begrunner bruk av slike kriterier med at det kan bidra til å styrke en bedrifts framtidsutsikter, og i noen tilfeller sørge for en virksomhets overlevelse. En slik konsekvensbetraktning er uttrykk for et reelt hensyn. Høyesterett viser ved en slik begrunnelse at saklighetsvurderingen må foretas basert på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Ordlyden, rettspraksis og reelle hensyn gir med dette uttrykk for at utvelgelsen må basere seg på en helhetsvurdering.

Førstvoterende foretar så en kontekstuell tolkning, ved at arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd tolkes i lys av annet ledd annet punktum. Slik kommer han frem til at saklighetsvurderingen etter første ledd alltid må gjøres konkret og at rekkevidden av første ledd er avhengig av hensynene i annet ledd. I henhold til arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd annet punktum vil det ved en avgjørelse av om en oppsigelse er saklig begrunnet måtte foretas en «avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker». Førstvoterende presiserer at sosiale hensyn som knytter seg til den enkelte arbeidstakeren alltid må trekkes inn før oppsigelse finner sted.

Det sluttet ut fra Høyesteretts uttalelser at arbeidsmiljøloven § 15-7 ikke inneholder en plikt til å følge ansiennitetsprinsippet ved utvelgelsen av arbeidstakere til en nedbemanning. Ansiennitetsprinsippet er et saklig kriterium som kan vektlegges, men prinsippet går ikke automatisk foran andre kriterier som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Prinsippet kan heller ikke være det eneste som blir hensyntatt ved en vurdering. Vurderingen må foretas gjennom en individuell interesseavveining. Ulempene for arbeidstaker må veies opp mot virksomhetens behov for nedbemanning.

Begrunnelsen for at arbeidsmiljøloven § 15-7 utgjør det rettslige utgangspunktet er fordi en oppsigelse alltid må være saklig begrunnet etter arbeidsmiljøloven § 15-7. I tillegg må tariffavtalens bestemmelser ligge innenfor rammene til de rettighetene som oppstilles i arbeidsmiljøloven. Arbeidsmiljøloven § 15-7 om saklig grunn til oppsigelse er ufravikelig, det vil si bindende til vern om den ansatte uavhengig av hva arbeidsavtalen måtte si om oppsigelsesadgang, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9. Tariffavtalenes bestemmelser må derfor til enhver tid være i samsvar med arbeidsmiljøloven. Gjennomgangen av arbeidsmiljøloven § 15-7 danner grunnlaget for den videre drøftelsen av Hovedavtalen § 8-2.

## 4.2.2 Bidrag for å avklare rettsspørsmålet

For å finne ut av om Hovedavtalen § 8-2 oppstiller et krav om klare kompetanseforskjeller eller andre tungtveiende grunner for å fravike ansiennitet tolker Høyesterett tariffavtalebestemmelsen.

Ved tolkningen av tariffavtaler skal en legge til grunn partenes felles forståelse av avtalen. Partenes felles forståelse vil være bindende for Høyesterett, jf. ARD-2000-207 avsnitt 21. Dersom en felles forståelse ikke kan sannsynliggjøres må tolkningen ta utgangspunkt i ordlyden i avtalen.<sup>58</sup> Det er videre naturlig å undersøke om det i tidligere avtaler fremkommer noe som kan kaste lys over hva partene har ment om bestemmelsen.<sup>59</sup> Til tariffavtalene kan det også foreligge relevant rettspraksis om forståelsen av bestemmelsen.<sup>60</sup>

I tråd med avtalerettslige tolkningsregler starter Høyesterett i ordlyden for å avklare hva partene i fellesskap avtalte ved avtaleinngåelsen. For å fastlegge hva partene har ment vil forliket være et relevant tolkningsmoment. Forliket gir uttrykk for partenes felles forståelse av Hovedavtalen § 8-2, og må følgelig tillegges vekt.

Høyesterett tolker ordlyden i Hovedavtalen § 8-2 første ledd slik at det er arbeidsgivers «fravikelse av ansiennitetsprinsippet som krever saklig grunn».<sup>61</sup> Med utgangspunkt i ordlyden og forlikets første setning som lyder «ansiennitet danner utgangspunktet for utvelgelse av arbeidstakere» slutter Høyesterett at ansiennitetsprinsippet er «utgangspunktet» og at vurderingen følgelig skal starte der.<sup>62</sup>

Høyesteretts uttalelser fremhever ansiennitetsprinsippet som mer enn bare et moment i en helhetsvurdering. Høyesterett beveger seg mot ansiennitet som utgangspunktet for vurderingen. Dette er i tråd med arbeidstakernes og LOs oppfatning av bestemmelsen.

Med støtte i forlikets andre setning som lyder «tjenestetiden er et moment som skal tas i betraktning» trekker Høyesterett ut at ansiennitet er et «pliktig moment» som må tas med i vurderingen av hvilke arbeidstakere som inngår i utvelgelseskretsen.<sup>63</sup>

---

<sup>58</sup> Sundet (2018) s. 128-129.

<sup>59</sup> Sundet (2018) s. 131.

<sup>60</sup> Sundet (2018) s. 134.

<sup>61</sup> HR-2019-424-A avsnitt 45.

<sup>62</sup> HR-2019-424-A avsnitt 45.

<sup>63</sup> HR-2019-424-A avsnitt 46.

Basert på Høyesteretts resonnement taler avtalen og forliket for at vurderingen må skje på grunnlag av en totalbedømmelse. I totalbedømmelsen skal ansiennitet utgjøre utgangspunktet. I tråd med generelle prinsipper for avtaletolkning er Høyesteretts tolkninger forankret i avtalens og forlikets ordlyd. Høyesterett legger også betydelig vekt på tolkningsuttalelsene fra forliket mellom partene.

Høyesterett går så over til å undersøke tariffavtalehistorikken. Tariffavtalehistorikken blir brukt som bidrag til å tolke tariffbestemmelsen. Den kan bidra til å avklare hva partene hadde til hensikt å avtale. Fremgangsmåten er i samsvar med generelle prinsipper for avtaletolkning.

Førstvoterende slutter ut fra avtalehistorikken at den ikke gir noe særlig bidrag til tolkningen av dagens regel utover det ordlyden i bestemmelsen og forliket mellom partene selv gir.<sup>64</sup> Avtalehistorikken brukes imidlertid som støtte for at det *ikke* kan oppstilles krav om at det må foreligge «klar forskjell i dyktighet og erfaring» for å fravike ansiennitetsprinsippet.<sup>65</sup> Høyesterett tilbakeviser i avsnitt 52 lagmannsrettens synspunkt om at kompetansen må overstige et visst nivå før ansiennitet kan fravikes. Tariffavtalehistorikken utgjør dermed et bidrag i klargjøringen av hvilken terskel som kreves for å fravike ansiennitet.

Det slutes ut fra premissene 40-53 at en arbeidsgiver må ta utgangspunkt i ansiennitetsprinsippet ved en vurdering etter Hovedavtalen § 8-2. En bedrift som er bundet av Hovedavtalen kan etter Høyesteretts forståelse ikke utelate vurderingskriteriet ansiennitet ved avgjørelsen av hvem som skal sies opp.

Til forskjell fra arbeidsmiljøloven § 15-7 er ansiennitetsprinsippet gitt en særskilt stilling etter Hovedavtalen § 8-2. Retten finner at arbeidsgivers utvelgelse etter Hovedavtalen må begynne med en vurdering av arbeidstakerens ansiennitet, før eventuelle andre hensyn kan trekkes inn.

Bedriftens styringsrett innskrenkes dermed av tariffavtalen. Ansiennitet vil alltid være et pliktig moment ved vurderingen av hvem som inngår i utvelgelseskretsen, ansiennitet skal også utgjøre startpunktet for vurderingen.

---

<sup>64</sup> HR-2019-424-A avsnitt 53.

<sup>65</sup> HR-2019-424-A avsnitt 52.

Når det kommer til den konkrete vekten ansiennitetsprinsippet skal tillegges, finner Høyesterett det vanskelig å utlede fra ordlyden at det generelt gjelder en særskilt terskel for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen. Retten slutter dermed at vekten må «avgjøres konkret».<sup>66</sup> Ansiennitetsprinsippet er således gitt en særskilt stilling etter Hovedavtalen § 8-2, men dette er ikke ensbetydende med at prinsippet skal tillegges særlig vekt. Hvilken vekt prinsippet kan tillegges vil ved enhver nedbemanning måtte avgjøres konkret.

Høyesterett benytter videre arbeidsrettspraksis som bidrag til tolkningen av tariffavtaleteksten. Arbeidsrettens praksis er en relevant rettskilde fordi den inneholder fortolkninger av tariffavtaler med samme eller lignende ansiennitetsklausul som den Høyesterett står overfor. På bakgrunn av Arbeidsrettens monopol på tariffavtaletolkning, jf. arbeidstvistloven § 33, har Arbeidsrettens dommer særlig tung vekt.<sup>67</sup>

Førstvoterende starter med å fremheve ARD-2009-48 (Securitas) og ARD-1997-201. Tvisten i begge sakene gikk ut på om det forelå saklig grunn til å fravike ansiennitet ved utvelgelsen av hvem som skulle permitteres fra en bedrift. Ordlyden i den aktuelle bestemmelsen åpnet for at ansiennitetsrekkefølgen kunne fravikes dersom det forelå «saklig grunn».<sup>68</sup> For så vidt gjelder spørsmålet om saklig grunn trekker Høyesterett ut fra ARD-1997-201 at «faglige kvalifikasjoner, sosiale og andre hensyn, så vell som ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller» kan være momenter av betydning.<sup>69</sup> Hvorvidt en fravikelse av ansiennitetsrekkefølgen er berettiget må «avgjøres konkret».<sup>70</sup>

At Høyesterett bruker definisjoner fra arbeidsrettspraksis i saker om permitteringer til å underbygge den språklige forståelsen av Hovedavtalen § 8-2 som omhandler nedbemanning, kan ses på som et uttrykk for en forventning om konsekvens og harmoni i rettssystemet. Med andre ord kan avsnittene tolkes som en forventning om at like uttrykk skal bety det samme. Ved å benytte seg av arbeidsrettspraksis angående permitteringer blir forståelsen av begrepet forankret i systemhensyn. Sammenheng mellom regler som tar sikte på å beskytte samme interesser bevarer en forutsigbar rettsanvendelse. En forutsigbar rettsanvendelse bidrar til å skape legitimitet.

---

<sup>66</sup> HR-2019-424-A avsnitt 47.

<sup>67</sup> Fougner mfl. (2004) s. 182.

<sup>68</sup> Hovedavtalen LO-NHO § 8-1 nr. 3.

<sup>69</sup> ARD-1997-201 ikke paginert.

<sup>70</sup> ARD-1997-201 ikke paginert.

I ARD-1997-201 bemerker likevel Arbeidsretten at «saklighetsvurderingen ved utvelgelse ikke stiller seg på samme måte ved permittering som ved oppsigelse».<sup>71</sup> Retten begrunner dette med at en permittering, i motsetning til en oppsigelse, er et midlertidig tiltak som forutsetter at arbeidstakerne vil bli gjeninntatt i arbeid. Dommens overføringsverdi til Skanska-saken er dermed noe begrenset.

Begrunnelsen for at Høyesterett likevel anvender avgjørelsen er fordi uttalelsene om ansiennitet sier noe generelt om forståelsen av en ansiennitetsklausul som er lik den som finnes i Hovedavtalen. Høyesterett bruker dommen til å underbygge sin oppfatning om at det ikke kan utledes en generelt formulert terskel for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen. Avgjørelsen av om ansiennitet skal fravikes må foretas basert på en konkret vurdering i den enkelte sak.

Den neste dommen Høyesterett trekker frem er ARD-2006-286 (Schøyens Bilcentraler). Saksforholdet i dommen omhandlet forståelsen av funksjonæravtalen LO-NHO § 9-12 der ordlyden lød: «Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn». Etter Arbeidsrettens syn i Schøyens Bilcentraler ga bestemmelsen anvisning på at ansiennitetsfravik må bero på en «*konkret vurdering og avveining* av ulike forhold og hensyn».<sup>72</sup> Høyesterett anvender dommen fordi den oppstiller noen generelle synspunkter på hvordan en ansiennitetsklausul som fastslår at ansiennitet kan fravikes ved «saklig grunn» skal forstås. Selv om saken omhandler en annen tariffavtale er ordlyden i tariffavtalen lik ordlyden som Høyesterett tolker i Skanska-saken. De generelle uttalelsene om fravikelse av ansiennitet kan dermed brukes som bidrag til å fortolke Hovedavtalen § 8-2.

Avgjørelsene i Securitas-dommen, ARD-1997-201 og Schøyen Bilcentraler-dommen illustrerer ansiennitetsprinsippets sentrale posisjon i en saklighetsvurdering. Samtidig viser avgjørelsene at Arbeidsretten åpner opp for å fravike prinsippet til fordel for andre hensyn. Hvorvidt fravikelse fra ansiennitetsprinsippet skal skje må bero på en konkret vurdering i hver enkelt sak.

---

<sup>71</sup> ARD-1997-201 ikke paginert.

<sup>72</sup> ARD-2006-286 avsnitt 72.



Høyesterett viser videre til ARD-2016-151 (Nokas) som gjaldt forståelsen av Hovedavtalen § 8-2. I avgjørelsen ble det påpekt at «vilkårene for å fravike ansiennitet skjerpes når de arbeidstakerne saken gjelder har lang ansiennitet og hvis forskjellene i ansiennitet er store, jf. ARD-1990-169».<sup>73</sup> Høyesterett presenterer avgjørelsen for å få frem at det ved den konkrete avgjørelsen vil måtte tas særlig hensyn til ansatte med lang tjenestetid og spesielt der hvor ansiennitetsforskjellene er store.

Endelig nevnes AR-2018-18 (NRK) som omhandlet Hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter og Norsk journalistlag der bestemmelsen lød: «Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn». Bestemmelsen ble av Arbeidsretten betegnet som «en rettslig standard som stiller krav til arbeidsgivers vurderinger ut over det som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7».<sup>74</sup> Grunnen til at denne dommen fremheves er fordi den tydeliggjør at det oppstilles strengere krav til vurderingene som foretas etter tariffavtalen enn de som foretas etter arbeidsmiljøloven. Det blir også fremhevet at uttrykket «saklig grunn» er en rettslig standard, dette støtter under om at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Rettsregelen Høyesterett utleder fra Arbeidsrettens praksis synes å være at andre hensyn enn ansiennitet kan vektlegges ved vurderingen av hvem som skal sies opp ved overtallighet. Videre sluttet det fra Arbeidsrettens praksis at det ikke kan utledes en generelt formulert terskel for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen ved overtallighet. Utvelgelsen vil måtte bero på en totalbedømmelse av de hensyn som gjør seg gjeldende.<sup>75</sup>

Rekkefølgen dommene presenteres i er ikke tilfeldig. Høyesterett trekker først frem de dommene som fremhever at vurderingen må foretas etter en konkret vurdering og avveining av ulike forhold og hensyn. Deretter trekker de frem en dom som tydeliggjør at vurderingen må skjerpes for arbeidstakere med lang tjenestetid og der hvor ansiennitetsforskjellene er store. Før de deretter trekker frem en dom som understreker at det stilles strengere krav til arbeidsgivers vurderinger etter tariffavtalen enn arbeidsmiljøloven. På denne måten får de frem nyanseforskjeller mellom vurderingen som foretas etter tariffavtalen og etter arbeidsmiljøloven.

---

<sup>73</sup> ARD-2016-151 avsnitt 81.

<sup>74</sup> AR-2018-18 avsnitt 40.

<sup>75</sup> HR-2019-424-A avsnitt 60.

### 4.2.3 Høyesteretts konklusjon

HR-2019-424-A inneholder ikke en identifiserbar harmoniseringsfase som skiller seg fra slutningsfasen. Dette kan forklares med at rettskildene Høyesterett benytter i denne saken i stor grad gir grunnlag for argumenter som trekker i samme retning. Tolkningsfaktorene er samstemte på at det må foretas en konkret vurdering. Det er derfor ikke nødvendig å vekte i særlig grad.

Høyesterett slutter ut fra ordlyden i Hovedavtalen § 8-2, forliket, tariffavtalehistorikken og arbeidsrettspraksis at ansiennitet skal inngå som et pliktig moment i vurderingen. Det oppstilles imidlertid ikke noe krav om at ansiennitetsprinsippet skal følges ubetinget. Høyesterett mener det ikke «kan utledes en generelt formulert terskel for å fravike ansiennitetsrekkefølgen ved utvelgelse til oppsigelse».<sup>76</sup>

Høyesterett konkluderer i avsnitt 60 og 61 med at det etter omstendighetene kan være saklig å fravike ansiennitetsrekkefølgen ved en nedbemanning. Utvelgelsen vil måtte bero på en «totalbedømmelse», hvor ansiennitet og de ulike ansiennitetsforskjellenes lengde må veies opp mot styrken i de kriteriene arbeidsgiveren ellers påberoper seg. Vekten av de sistnevnte kriteriene «vil kunne variere etter virksomhetens situasjon og behov».

Retten bemerker også at «[i] større bedrifter, og ved større nedbemanninger, gjør det seg dessuten ofte gjeldende særlige hensyn [...] også knyttet til behovet for å gruppere arbeidstakerne etter mer objektive kriterier».<sup>77</sup> I tillegg må alltid arbeidstakerens individuelle forhold hensynstas, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd.

Høyesterett finner etter dette at det gir misvisende assosiasjoner å karakterisere ansiennitetsprinsippet som en hovedregel.<sup>78</sup> Ansiennitetsprinsippet vil utgjøre utgangspunktet og være et pliktig moment å ta med i vurderingen. Det innebærer at dersom arbeidsgiver ikke vurderer ansiennitet, vil det foreligge tariffbrudd. Det vil imidlertid ikke kreves en særlig høy terskel for å fravike ansiennitetsrekkefølgen dersom det etter en konkret vurdering foreligger saklig grunn for å gjøre det.

---

<sup>76</sup> HR-2019-424-A avsnitt 60.

<sup>77</sup> HR-2019-424-A avsnitt 61.

<sup>78</sup> HR-2019-424-A avsnitt 62.

Høyesterett kom dermed enstemmig til at lagmannsrettens rettsanvendelse var uriktig. Lagmannsretten hadde etter Høyesteretts mening krevd mer for at Skanska kunne fravike ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 8-2 første ledd enn det regelen ga uttrykk for.

Førstvoterende tilbakeviser lagmannsrettens synspunkt om at det må kreves klar forskjell i dyktighet og erfaring før ansiennitetsprinsippet kan fravikes. Det utelukkes imidlertid ikke at vesentlige kompetanseforskjeller i visse tilfeller må kreves for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen. Dette forutsetter i så fall «relativt betydelige ansiennitetsforskjeller i den oppsagtes favør».<sup>79</sup>

#### **4.2.4 Vektingen av de ulike utvelgelseskriteriene**

Når det kommer til selve avveiningen mellom utvelgelseskriteriene uttaler førstvoterende at forskjellene i kompetanse og dyktighet ikke nødvendigvis må være «vesentlige» for å fravike ansiennitet.<sup>80</sup>

Uttalelsen tolkes dithen at det ikke kreves en særlig høy terskel for å fravike ansiennitetsrekkefølgen. Arbeidsgiver har altså nokså stor grad av fleksibilitet når det kommer til vektleggingen av hvert utvelgelseskriterium. Utvelgelseskriteriene som vektlegges må imidlertid alltid være saklige. Arbeidsgiver må også kunne godtgjøre hvorfor kriteriene er blitt vektlagt slik som de er.

Uttalelsene om at «vesentlige kompetanseforskjeller i visse tilfeller må kreves for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen», og at det i så tilfelle forutsetter «betydelige ansiennitetsforskjeller», tolkes som at terskelen for å fravike ansiennitetsrekkefølgen vil være høyere for ansatte med lang tjenestetid og der hvor ansiennitetsforskjellene er betydelige.<sup>81</sup>

Dommen gir med dette langt på vei en avklaring på hvilken vekt andre saklige kriterier enn ansiennitet kan tillegges. Ansiennitet har ikke automatisk tyngre vekt enn andre saklige kriterier. Dersom andre hensyn gjør seg gjeldende kan disse etter omstendighetene tillegges tyngre vekt enn ansiennitet. Ved betydelige ansiennitetsforskjeller og lang tjenestetid vil imidlertid terskelen for å fravike ansiennitet være noe høyere.

---

<sup>79</sup> HR-2019-424-A avsnitt 72.

<sup>80</sup> HR-2019-424-A avsnitt 84.

<sup>81</sup> HR-2019-424-A avsnitt 72.

Grunnen til at Høyesterett ikke angir mer konkret hvilken rekkefølge kriteriene skal komme i, har nok nær sammenheng med at det vil være vanskelig å sette en standard som kan følges i alle etterfølgende saker. Hvilken vekt som skal tillegges tjenestetiden vil variere etter de konkrete omstendighetene i hver enkelt sak.

Oppsigelsen skal være saklig overfor den aktuelle arbeidstakeren. Vektingen av de ulike utvelgelseskriteriene må derfor foretas konkret overfor den individuelle arbeidstakeren. Ulike hensyn kan føre til at utvelgelseskriteriene gjør seg gjeldende på ulike måter overfor forskjellige arbeidstakere i ulike bedrifter. Av disse grunnene ville det vært uheldig om Høyesterett satt en standard som måtte følges ubetinget i etterfølgende saker.

### **4.3 Betydningen av lokal enighet med hovedtillitsvalgt**

I avsnitt 64 starter Høyesterett sin behandling av hvilken betydning enigheten som ble oppnådd lokalt mellom Skanska og den hovedtillitsvalgte har for Skanskas spillerom i nedbemanningen.

Det var oppnådd enighet om at Skanska i utvelgelsen kunne vektlegge kompetanse og faglig dyktighet. Det var imidlertid uklart hvor tung vekt som kunne tillegges enigheten da den hovedtillitsvalgte hadde tatt enkelte forbehold i protokollene som var vanskelig å tolke. Førstvoterende uttaler likevel at enighet mellom bedrift og hovedtillitsvalgt generelt vil være et «tungtveiende moment» ved saklighetsbedømmelsen både etter arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen.<sup>82</sup> Praksis fra både Høyesterett og Arbeidsretten tjener som støtte for denne uttalelsen.

Høyesterett viser til HR-2017-561-A (Posten II) hvor det ble fastslått at «avtaler med tillitsmannsapparatet vil måtte veie tungt ved saklighetsvurderingen».<sup>83</sup> I tillegg viser de til AR-2018-18 (NRK). I denne avgjørelsen uttalte Arbeidsretten at «[e]ventuell enighet mellom de lokale partene om en avvikende utvelgelseskrets vil være et særlig moment i vurderingen».<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> HR-2019-424-A avsnitt 66.

<sup>83</sup> HR-2017-561-A avsnitt 72.

<sup>84</sup> AR-2018-18 avsnitt 53.

Høyesterett viser også til ARD-2006-286 (Schøyens Bilcentraler). Arbeidsretten uttalte i dommen at «[f]unksjonærhovedavtalens § 9-12 åpner utvilsomt et spillerom for de lokale parter til å inngå avtaler om praktiseringen av ansiennitetsprinsippet og den konkrete utvelgelsen av hvem som skal sies opp», samt presiserte at «[o]gså lokale avtaler om ansiennitetsfravik må ligge innenfor de rammer § 9-12 stiller opp».<sup>85</sup> Arbeidsretten konkluderte imidlertid i denne avgjørelsen med at utvelgelseskriteriet som var fastsatt i den lokale protokollen ikke kunne tillegges betydning i den konkrete saken.

Begrunnelsen for å trekke frem NRK-dommen og Schøyens Bilcentraler-dommen er for å vise at lokal enighet med hovedtillitsvalgt tidligere har blitt tillagt betydning av Arbeidsretten ved den konkrete saklighetsvurderingen. Selv om konklusjonen i Schøyens Bilcentraler-dommen ble at de lokale enighetene ikke kunne tillegges betydning, så bidrar Arbeidsrettens generelle uttalelser til å underbygge det faktum at lokal enighet i utgangspunktet vil være et relevant moment. For å vise at den samme praksisen er utøvd i Høyesterett etter arbeidsmiljøloven vises det til Posten II-dommen.

Høyesterett slutter fra dommene at lokal enighet vil være et relevant moment ved selve saklighetsvurderingen.<sup>86</sup> Enigheten vil også etter omstendighetene kunne tillegges betydelig vekt. Begrunnelsen for tilbakeholdenheten søkes naturlig i domstolens respekt for enighet mellom partene.

På samme måte som ved ansiennitetsvurderingen mener Høyesterett at det også ved vurderingen av lokale avtaler må foretas en konkret vurdering. Begrunnelsen for dette er at det vil være vanskelig å fastslå en regel som kan følges ubetinget. I et mangfoldig arbeidsliv vil det fremforhandles ulike lokale avtaler. Avtalene vil vektlegge forskjellige hensyn og være av varierende kvalitet. Hvorvidt de lokale avtalene kan tillegges betydning må derfor vurderes konkret i hver enkelt sak. Som et utgangspunkt skal imidlertid avtalene utgjøre et relevant moment ved saklighetsvurderingen, og så langt enigheten rekkes skal den også tillegges tung vekt.

---

<sup>85</sup> ARD-2006-286 avsnitt 73.

<sup>86</sup> Rettens vurderinger faller med dette inn i en klar tradisjon for at domstolene viser tilbakeholdenhet med å overprøve partsenighet knyttet til gjennomføringen av nedbemanning. Det kan i denne forbindelse vises til Rt. 2011 s. 609 (SAS) og Rt. 2001 s. 71 (Rasmussen Offshore).

## 4.4 Betydningen av forsvarlig saksbehandling

Høyesterett ga Skanska medhold i deres forståelse av ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 8-2, men kom likevel til at oppsigelsene var ugyldig. Ifølge førstvoterende kan mangel på forsvarlig saksbehandling resultere i at oppsigelsene kjennes ugyldig.

Som støtte for sitt syn viser førstvoterende først til Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig). I avsnitt 36 uttalte Høyesterett at med mindre det uten videre var «klart at utfallet av en slik bredere vurdering måtte ha blitt at A likevel ble oppsagt, må den manglende vurdering i seg selv være tilstrekkelig til at oppsigelsen måtte anses ugyldig». Høyesterett trekker inn denne dommen for å vise at det i tilfeller hvor saksbehandlingen er oppfattet som svært mangelfull, ikke er nødvendig å vurdere om feilen har hatt noe betydning for resultatet. Oppsigelsen vil anses ugyldig som følge av uforsvarlig saksbehandling.

Høyesterett viser så til Rt. 1984 s. 1058 (Haslund) på s. 1067 hvor Høyesterett klargjorde at det er domstolenes oppgave å prøve om en regel er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebar at domstolene kunne prøve om oppsigelsen «bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren». Uttalelsene fra Haslund-dommen illustrerer Høyesteretts nokså vide adgang til å overprøve saksbehandlingen. Dommen presenterer også en rekke sentrale forutsetninger som bør foreligge for at et avgjørelsesgrunnlag kan anses forsvarlig.

Deretter viser Høyesterett til LG-2018-7314 (Bravida). Det sentrale for flertallets vurdering av oppsigelsene var Bravidas mangel på systematisert oversikt over realkompetansen til de ansatte. Det ble uttalt at «[m]angelen åpner for at ikke all relevant kompetanse og erfaring hensyntas og vektas ved utvelgelsen. Negative avvik/ dårlige erfaringer fra utførelse under ett prosjekt kan bli gjenstand for en generalisering det ikke er grunnlag for, og positive avvik/ kompetanse hos enkeltansatte kan bli tillagt for stor vekt ved utvelgelsen, fordi arbeidsgiver ikke har hele bildet for samtlige ansatte».<sup>87</sup> Dommen presenteres for å vise at dersom grunnlaget for vurderingene er svake eller mangelfulle, vil det ikke være mulig å foreta en grundig og forsvarlig avgjørelse.

---

<sup>87</sup> LG-2018-7314 ikke paginert.

Til sist trekker Høyesterett frem ARD-2009-48 (Securitas) der Arbeidsretten kom frem til at «det ikke er mulig å foreta en full etterprøving av om utvelgelsen var saklig» da saken var for dårlig opplyst.<sup>88</sup> Høyesterett presenterer denne dommen for å vise at praksis fra Høyesterett samsvarer med praksis fra Arbeidsretten.

Høyesterett presiserer at arbeidsgiver må gjennomføre en forsvarlig og for domstolene etterprøvable saksbehandling. Høyesterett fremhever også i avsnitt 81 at «[d]ess mer skjønnsmessige og subjektive kriteriene [...] er, dess bedre dokumentasjon [...] kreves».<sup>89</sup>

Den første runden med informasjonsinnhenting som ble utført av Skanska ba om innspill på hvilke arbeidstakere som var faglig svake og lite anvendelige. Listene ble senere revidert i form av at enkelte arbeidstakere ble tatt ut, men det ble ikke godtgjort at andre arbeidstakere ble tatt inn på listene for vurdering. Resultatet ble at bare et mindretall av fagarbeiderne var gjenstand for en reell vurdering.<sup>90</sup>

En slik saksbehandling er ikke forenlig med kravet i Haslund-dommen, der det følger at avgjørelsesgrunnlaget skal «bygge på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag».<sup>91</sup> Som presentert i Bravida-saken vil mangel på systematisert oversikt kunne føre til at relevant kompetanse og erfaring ikke hensynas.

Fremgangsmåten til Skanska medførte at vurderingen ble for smal og ufullstendig til å bygge oppsigelsen på.<sup>92</sup> Høyesterett understreker at det er relevant å vektlegge arbeidstakernes realkompetanse, men det problematiske er at Skanska har benyttet «så skjønnsmessige underkriterier som kreativitet, selvstendighet og omdømme». Slike subjektive kriterier kan ikke tillegges vekt i utvelgelsesprosessen uten at dette «kan belegges med solid dokumentasjon».<sup>93</sup> Dette gjelder særlig dersom de aktuelle ansatte ikke har blitt konfrontert med arbeidsgivers misnøye tidligere.

---

<sup>88</sup> ARD-2009-48 avsnitt 42.

<sup>89</sup> Et skjerpet krav til saksbehandlingen ved skjønnsmessige og subjektive kriterier er også fremholdt i RG-2011-113 og LG-2018-7314 (Bravida).

<sup>90</sup> LB-2017-75155.

<sup>91</sup> Rt. 1984 s. 1058 (Haslund) s. 1067.

<sup>92</sup> HR-2019-424-A avsnitt 79.

<sup>93</sup> HR-2019-424-A avsnitt 80 og 81.

Premissene 74-81 inneholder viktige presiseringer av hvilke krav som stilles til saksbehandlingen og etterprøvnbarheten i en nedbemanningsprosess. Det stilles strenge krav til dokumentasjon av de vurderinger som gjøres, spesielt dersom det benyttes skjønnsmessige og subjektive kriterier. Dette innebærer at arbeidsgivers skjønn vil ha begrenset betydning. Dersom arbeidsgivers skjønn skal tillegges betydning må det underbygges av dokumentasjon.

Premissene viser at hvordan informasjonen om den enkelte arbeidstaker er innhentet vil ha betydning ved bedømmelsen av om utvelgelsen bygger på et forsvarlig faktisk grunnlag. Utvelgelsen vil ikke være forsvarlig dersom kun et mindretall av de ansatte blir reelt vurdert. Motsetningsvis vil en systematisk informasjonsinnhenting som reelt sett vurderer alle arbeidstakerne tale for at utvelgelsen er basert på et forsvarlig faktisk grunnlag.

Viktigheten av god saksbehandling og dokumentasjon ble i Skanska-saken avgjørende for utfallet av saken. Høyesterett la Borgartings kjennelse til grunn hva gjaldt Skanskas saksbehandling. De var enige i at Skanskas utvelgelse medførte at et for snevert utvalg av ansatte ble tatt til vurdering, samt at det var benyttet for skjønnsmessige kriterier som ikke kunne underbygges av dokumentasjon. Etter Høyesteretts syn var Skanskas saksbehandling så mangelfull at domstolen ikke på en forsvarlig måte kunne gjennomføre en bedømmelse av oppsigelsenes saklighet. Oppsigelsene måtte av den grunn settes til side som usaklige.<sup>94</sup>

Høyesterett prioriterer arbeidstakernes interesser til fordel for arbeidsgivers interesser. Gjennom kravet til dokumentasjon bidrar dommen til å skape større forutberegnelighet for arbeidstakere.

Skanskas anførsel om at det var en rettsanvendelsesfeil at lagmannsretten ikke tok stilling til om saksbehandlingsfeilen hadde hatt betydning for oppsigelsenes gyldighet førte ikke frem. Høyesterett mente det ikke forelå tilstrekkelig dokumentasjon for å foreta en slik vurdering.<sup>95</sup> Som vist i Securitas-dommen vil fundamentet for domstolskontrollen være borte dersom det ikke foreligger tilstrekkelig dokumentasjon. Domstolen kan da ikke gjennomføre en forsvarlig vurdering av sakligheten. Gresvig-dommen viser også at det ikke uten videre er klart at utfallet ville blitt det samme som etter en bredere vurdering. Domstolen må dermed frastå fra å foreta vurderingen.

---

<sup>94</sup> HR-2019-424-A avsnitt 85.

<sup>95</sup> HR-2019-424-A avsnitt 82.



Skanska-dommen følger opp Gresvig-dommen og fastslår at saksbehandlingsfeil kan føre til ugyldighet uten at domstolen foretar en egen vurdering av om feilen har virket inn på avgjørelsen. Der hvor fundamentet for domstolskontrollen svikter vil det ikke kunne foretas en reell vurdering. Dette kan være svært uheldig for en arbeidsgiver som mener at en eventuell feil ikke har virket inn på avgjørelsen.

Dommen kan samtidig tas til inntekt for at saksbehandlingsfeil ikke automatisk fører til ugyldighet. Det vil måtte foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak.

Dommen kan videre tas til inntekt for at domstolen av eget initiativ skal vurdere om svak saksbehandling skal føre til at en oppsigelse må settes til side som usaklig, forutsatt at det foreligger dekkende dokumentasjon. Selv om Høyesterett legger til grunn at det er for lite opplysninger i den foreliggende saken for å ta en slik vurdering, kan premissene tale for at det bør foretas en konkret vurdering der hvor det foreligger tilstrekkelig dokumentasjon.

## **4.5 Rettssetning som dommen gir uttrykk for**

Rettssetningen som kommer til uttrykk i dommen er at det etter omstendighetene kan være saklig å fravike ansiennitetsrekkefølgen ved utvelgelse til oppsigelse uten at forskjellene i kompetanse og dyktighet er vesentlige.<sup>96</sup>

Oppsummeringsvis kan det sies at ansiennitet er utgangspunktet for vurderingen, men arbeidsgiver står relativt fritt til å legge vekt på andre momenter som kompetanse og egnethet. Det kreves ikke vesentlige kompetanseforskjeller for å fravike ansiennitetsprinsippet, noe som innebærer at det ikke kreves en særlig høy terskel for fravikelse dersom andre hensyn gjør seg mer gjeldende. Hensynene som taler for å fravike ansiennitetsprinsippet må imidlertid veie tyngre jo større ansiennitetsforskjellene er.

Det sentrale er å kunne vise til at ansiennitet er vurdert først, og å kunne dokumentere hvorfor ansiennitetsrekkefølgen er fraveket der hvor den er det. Dommen medfører et skjerpet saksbehandlingskrav i form av at arbeidsgiver må dokumentere hvilke hensyn som gjør det saklig å fravike ansiennitetsprinsippet. De alternative utvelgelseskriteriene må være saklig begrunnet, og jo mer skjønnsmessig kriteriene er desto bedre dokumentasjon kreves.

---

<sup>96</sup> HR-2019-424-A avsnitt 84.

Dommen kan tas til inntekt for at tariffbundne virksomheter kan tilpasse seg endrede markedsforhold ved å vektlegge andre saklige hensyn slik som kvalifikasjoner, faglig dyktighet og kompetanse. Bedriften er således tillagt nokså stor vurderingsfrihet så lenge det foreligger tilstrekkelig dokumentasjon for at de foretar en forsvarlig avgjørelse.

## 4.6 Seier og tap for begge partshjelperne

Høyesterett forkastet arbeidsgivernes anke og Borgartings dom ble dermed stående.<sup>97</sup>

Høyesterett kom likevel med en del betraktninger som førte til at begge partene og partshjelperne vant frem med sitt syn på ulike punkter. I det følgende vil disse punktene klargjøres.

Foruten seieren i den konkrete saken gir Høyesterett også LO medhold i at ansiennitetsprinsippet etter Hovedavtalen § 8-2 er «utgangspunktet» og at vurderingen må begynne der.<sup>98</sup> Dette er en seier for arbeidstakerne og LO som hele veien har hevdet at ansiennitet må være utgangspunktet for vurderingen. LOs prosessfullmektig, Edvard Bakke, har uttalt at dette utgjorde en viktig avklaring for LO. NHO hevdet i ankeskrivet at ansiennitetsvurderingen vil inngå i en sluttkontroll, på dette punkt fikk imidlertid ikke NHO medhold og det er nå avklart at ansiennitet er utgangspunktet for vurderingen etter Hovedavtalen § 8-2.<sup>99</sup>

Høyesterett uttalte videre at det ville gi «misvisende assosiasjoner» å karakterisere ansiennitetsprinsippet som en «hovedregel».<sup>100</sup> NHO vinner med dette frem på et punkt som har vært viktig for dem, nemlig at ansiennitet ikke kan betraktes som en hovedregel selv om det er utgangspunktet for vurderingen.

Presiseringen innebærer at det vil kunne være saklig å fravike ansiennitetsrekkefølgen ved utvelgelse til oppsigelse uten at forskjellene i kompetanse og dyktighet er vesentlige. Ved å fastslå dette ga Høyesterett i stor utstrekning Skanska medhold i at de hadde bygget på en korrekt vurdering av ansiennitetens relevans og vekt i nedbemanningen.

---

<sup>97</sup> HR-2019-424-A avsnitt 24.

<sup>98</sup> HR-2019-424-A avsnitt 45.

<sup>99</sup> Kolsrud (2019b).

<sup>100</sup> HR-2019-424-A avsnitt 62.

Videre anser LO det som en seier at Høyesterett poengterer viktigheten av god dokumentasjon. Dette anser LO som en seier da det er viktig for dem at den oppsagte skal forstå og få seg forklart ut fra dokumenterbare kilder hvorfor akkurat han eller hun har blitt oppsagt.<sup>101</sup>

Dommen tydeliggjør dermed rettstilstanden på en fordelaktig måte for både arbeidstakersiden og arbeidsgiversiden selv om arbeidstakersiden gikk seirende ut av saken.

---

<sup>101</sup> Kolsrud (2019b).

## 5 Praktisk betydning av å være tilknyttet Hovedavtalen

For arbeidstakere vil den praktiske konsekvensen av å være tilknyttet Hovedavtalen være at ansiennitet er et pliktig moment i utvelgelsesvurderingen, jf. Hovedavtalen § 8-2. Dersom arbeidsgiver ikke vurderer ansiennitet, vil det foreligge tariffbrudd.

Tariffavtalebestemmelsen oppstiller et tilleggsvern for arbeidstakere med lang tjenestetid som ikke pålegges arbeidsgiver gjennom ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15-7. At ansiennitet ikke er et pliktig moment etter arbeidsmiljøloven § 15-7 fremgår også av tidligere rettspraksis, jf. blant annet Rt. 2011 s. 609 (SAS) avsnitt 62 og HR-2017-1943-A (CHC Helikopter Service) avsnitt 63.

Ansiennitet vil likevel være et saklig kriterium som det er naturlig for arbeidsgiver å trekke inn i vurderingen uavhengig av om det er et pliktig moment eller ikke. En oppsigelse vil kunne anses usaklig dersom ansiennitet ikke er vurdert etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Av forarbeidene til den gamle arbeidsmiljøloven § 60 av 1977 fremkommer det at «[i] rettspraksis er det fastslått at ansiennitet er ett av momentene som skal tillegges vekt ved denne vurderingen [...] [d]epartementet vil presisere at det ikke legges opp til en ren ansiennitetsvurdering, fordi ansiennitet bare vil være ett av flere momenter i en saklighetsvurdering». <sup>102</sup> Forarbeidene gir med dette uttrykk for at ansiennitet bør inngå som utvelgelseskriterium i vurderingen for at en oppsigelse skal kunne anses som saklig begrunnet. <sup>103</sup>

I Bravida-saken kom lagmannsretten til at oppsigelsen av tre ansatte i forbindelse med en større nedbemanningsprosess var usaklig, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7. Flertallet fant at «en oppsigelse hvor ansiennitet overhodet ikke er vurdert eller vektet inn, er lite forenlig med kravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 om at vurderingen bak en oppsigelse skal ha tilstrekkelig bredde, jf. Rt-1994-1058. Oppsigelsen av C er etter dette ikke saklig begrunnet». <sup>104</sup> Uttalelsen taler for at en oppsigelse kan anses usaklig dersom ansiennitet er utelatt som vurderingskriterium.

---

<sup>102</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 203.

<sup>103</sup> Det er forutsatt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 15-7 at de tidligere forarbeidene fortsatt skal ha betydning, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

<sup>104</sup> LG-2018-7314 ikke paginert.

Selv om ansiennitetsprinsippet er gitt en særstilling etter Hovedavtalen er kravene for å fravike prinsippet nokså lik etter Hovedavtalen og arbeidsmiljøloven. Utvelgelsen foretas basert på en konkret vurdering der flere ulike hensyn er del av en totalbedømmelse.

Ansiennitet anses ikke som et kriterium med tyngre vekt enn de øvrige utvelgelseskriteriene verken etter Hovedavtalen § 8-2 eller arbeidsmiljøloven § 15-7. Ansiennitetsprinsippet tillegges følgelig ikke nødvendigvis avgjørende vekt etter noen av regelsettene.

Det kan dermed hevdes at det ikke har så stor praktisk betydning for selve ansiennitetsvurderingen om en arbeidstaker er tilknyttet Hovedavtalen eller ikke. Ansiennitet som utvelgelseskriterium må tas med i vurderingen etter Hovedavtalen, men bør også tas med i vurderingen etter arbeidsmiljøloven. Videre har en arbeidsgiver mulighet til å legge avgjørende vekt på andre kriterier enn ansiennitet både etter Hovedavtalen og arbeidsmiljøloven.

Det faktum at ansiennitet skal utgjøre utgangspunktet etter Hovedavtalen § 8-2, mens det utgjør et moment i en helhetsvurdering etter arbeidsmiljøloven § 15-7 taler på den annen side for at det kan ha betydning hvilket regelsett arbeidstakeren blir beskyttet av.

Når et moment utgjør et utgangspunkt vil momentet i kraft av å være et utgangspunkt sette en standard for den etterfølgende vurderingen. Ansiennitet blir det ledende utvelgelseskriteriet etter Hovedavtalen, noe som kan føre til at ansiennitet naturlig blir det avgjørende kriteriet. I realiteten er det ikke forskjell mellom regelsettene, men i praksis blir det to forskjellige vurderinger som kan gi ulikt utslag. Vurderingen etter Hovedavtalen innebærer at en må undersøke ansiennitet først. Deretter må en vurdere om en annen ansatt skal ta plassen til den som har lengst ansiennitet. Etter arbeidsmiljøloven vil ansiennitet være et moment i en helhetsvurdering på lik linje med andre momenter. Terskelen for å fravike ansiennitet til fordel for et av de andre momentene kan dermed bli lavere etter arbeidsmiljøloven.

Formuleringen i Hovedavtalen kan videre tyde på at det oppstilles et strengere saksbehandlingskrav for å fravike ansiennitet etter Hovedavtalen enn det som gjøres etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Det er på det rene at en vurdering etter Hovedavtalen § 8-2 må ta utgangspunkt i ansiennitetsprinsippet. En arbeidsgiver må dermed alltid dokumentere at ansiennitet utgjorde utgangspunktet for vurderingen. Dette medfører et strengere saksbehandlingskrav enn etter arbeidsmiljøloven.

I tillegg kan AR-2018-18 (NRK) her tjene som illustrasjon. Saken omhandlet Hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter og Norsk journalistlag der § 36 første ledd har slik ordlyd: «Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn». Arbeidsretten uttalte at «[a]nsiennitet kan fravikes dersom det er saklig grunn til det. Den kortfattede formuleringen er en rettslig standard som stiller krav til arbeidsgivers vurderinger ut over det som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7».<sup>105</sup>

I Skanska-dommen følger Høyesterett opp Arbeidsrettens vurdering fra NRK-saken. Synspunktet om at saksbehandlingen skjerpes i vurderingen etter Hovedavtalen gjelder derfor også utenfor Arbeidsrettens praksis nå.

På bakgrunn av det ovennevnte vil en arbeidsgiver som er bundet av Hovedavtalen i større grad pålegges å dokumentere hvorfor andre kriterier enn ansiennitet skal være avgjørende. Det innebærer et strengere krav til saksbehandlingen hos en tariffbundet bedrift enn en bedrift som bare er bundet av arbeidsmiljøloven. Den praktiske betydningen av være tilknyttet Hovedavtalen er dermed at det oppstilles et strengere saksbehandlingskrav for å fravike ansiennitet etter Hovedavtalen § 8-2 enn det som gjøres etter arbeidsmiljøloven § 15-7.

---

<sup>105</sup> AR-2018-18 avsnitt 40.

## 6 «Relativt betydelige ansiennitetsforskjeller»

Førstvoterende utelukker ikke at «vesentlige kompetanseforskjeller» i visse tilfeller må kreves for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen. Dette forutsetter i så fall «relativt betydelige ansiennitetsforskjeller» i den oppsagtes favør.<sup>106</sup>

De konkrete ansiennitetsforskjellene var ikke tema for Høyesterett og førstvoterende utdyper ikke nærmere hva som anses som «relativt betydelige ansiennitetsforskjeller». Dette kapittelet tar derfor sikte på å belyse hva som kan være innholdet i begrepet «relativt betydelige ansiennitetsforskjeller».

Arbeidsrettens dom i ARD-2009-48 (Securitas) kan tjene som illustrasjon. Tvisten i saken gikk ut på om det forelå saklig grunn til å fravike ansiennitet ved utvelgelsen av hvem som skulle permitteres fra en bedrift. Ordlyden i den aktuelle bestemmelsen åpnet for at ansiennitetsrekkefølgen kunne fravikes når det forelå «saklig grunn».<sup>107</sup>

Bedriften bestemte seg for å permittere en ansatt som hadde arbeidet ved bedriften i ca. tre år fremfor en ansatt som hadde arbeidet ved bedriften i vel ett år. Det forelå en ansiennitetsforskjell på om lag to år og to måneder i den permittertes favør. Arbeidsretten uttalte at «den relative forskjellen i tjenestetid [...] var markant».<sup>108</sup>

Ordlyden av «markant» indikerer at det er en svært fremtredende forskjell i tjenestetid. Ordlyden av «relativt betydelig» tilsier også en atskillig forskjell i ansiennitet. «Relativt betydelig» indikerer kanskje ikke en like fremtredende forskjell som «markant» hentyder, men begge ordlydene gir uttrykk for at det foreligger en nokså stor forskjell mellom arbeidstakerne.

Hvorvidt det foreligger relativt betydelige ansiennitetsforskjeller må antakelig vurderes ut fra hvor lang tjenestetid de aktuelle arbeidstakerne har og hvor stor ansiennitetsforskjell som foreligger i den konkrete saken. Securitas-dommen kan tas til inntekt for at en liten ansiennitetsforskjell kan være utslagsgivende ved kort tjenestetid.

---

<sup>106</sup> HR-2019-424-A avsnitt 72.

<sup>107</sup> Hovedavtalen LO-NHO § 8-1 nr. 3.

<sup>108</sup> ARD-2009-48 avsnitt 35.

Dersom de to ansatte hadde hatt en tjenestetid på 18 og 20 år, ville nok to års forskjell ikke blitt karakterisert som markant eller betydelig.<sup>109</sup> Dette fordi den relative forskjellen i tjenestetid ikke er like fremtredende.

I et tilfelle der begge har arbeidet i bedriften lenge vil en forskjell på to år trolig ikke gi seg utslag på arbeidstakernes kunnskap og erfaring heller. Hvis arbeidstakerne derimot har jobbet ett og tre år vil to års forskjell kunne ha betydning for arbeidstakernes kunnskap og erfaring. Det vil da lett kunne stride mot rettferdighetsfølelsen til den ansatte med lengst tjenestetid dersom en som har vært betraktelig kortere ansatt skulle blitt prioritert.

En kan således tale om at forskjellene kan beregnes prosentvis ved at en ser hen til hva den relative forskjellen i ansiennitet er. I Securitas-saken hadde de to ansatte arbeidet i ca. ett og tre år. Det forelå dermed en ansiennitetsforskjell på omlag to år. Ved en tjenestetid på tre år vil to år utgjøre en prosentandel på 66,66 %. Den relative forskjellen mellom de to arbeidstakerne utgjorde således en prosentandel på 66,66 %.

Dersom den relative forskjellen mellom to arbeidstakere synes å ligge på rundt 66 % kan det dermed hevdes at forskjellen er markant eller betydelig.

Ved en tjenestetid på 20 år vil to år utgjøre en prosentandel på 10 %. En kan basert på dette hevde at en relativ ansiennitetsforskjell på 10 % ikke anses markant eller betydelig.

Prosentandelene kan bidra til å klargjøre den relative ansiennitetsforskjellen mellom arbeidstakerne. Prosentandelene vil på denne måten kunne brukes som en pekepinn på hva som betraktes som markant eller betydelig. Grensedragningene må imidlertid alltid vurderes konkret.

---

<sup>109</sup> Våg (2015) s. 67.



## 7 Dommens prejudikatsvirkning

### 7.1 Dommens rettskildemessige vekt for senere avgjørelser

En doms prejudikatsvirkning omhandler hvilken virkning en avgjørelse har for senere saker med tilsvarende eller lignende saksforhold.<sup>110</sup> Prejudikatslæren bygger på den forutsetning at en dom kan avgjøre noe om generelle rettsspørsmål selv om den først og fremst avgjør tvisten mellom partene.<sup>111</sup> Det er den rettslige begrunnelsen avgjørelsen bygger på som danner prejudikatsverdien.<sup>112</sup> Spørsmålet om hvilken rekkevidde dommen har som prejudikat er et spørsmål om hvor langt den kan avgjøre generelle rettsspørsmål.<sup>113</sup> Hensynene bak prejudikatslæren er å fremme likhet og forutberegnelighet.<sup>114</sup>

Hvilken gjennomslagskraft en dom kan få i ettertid vil avhenge av flere omstendigheter. Disse omstendighetene kan ha karakter av å være materielle forhold eller de kan ha sitt opphav i rettskildelæren.

Spørsmålet for dette kapittelet er dommens rettskildemessige vekt for senere rettsanvendelse.

Selv om dommen tar utgangspunkt i et konkret faktum gir dommen svar på generelle spørsmål som vil være aktuell for senere saker. Dommen gir generell veiledning på hva en arbeidsgiver kan og må vektlegge ved utvelgelse til oppsigelse i nedbemanningsprosesser, samt om hvilken saksbehandling som i den forbindelse kreves fra arbeidsgivers side.

Høyesterett uttaler at utvelgelsen av arbeidstakere vil måtte bero på en totalbedømmelse og at tilfellene må vurderes ut fra både virksomhetens situasjon og arbeidstakerens individuelle forhold.<sup>115</sup> Høyesteretts formuleringer tar hensyn til at fremtidige tilfeller kan vurderes etter rettssetningen som utledes av Skanska-saken. Dommens uttalelser er nyanserte og fremtidsrettet, noe som styrker prejudikatsverdien.<sup>116</sup>

---

<sup>110</sup> Nygaard (2004) s. 323, Fleischer (1981) s. 31.

<sup>111</sup> Eckhoff (2001) s. 164.

<sup>112</sup> Fleischer (1981) s. 36.

<sup>113</sup> Eckhoff (2001) s. 164.

<sup>114</sup> Eckhoff (2001) s. 183.

<sup>115</sup> HR-2019-424-A avsnitt 61.

<sup>116</sup> Fleischer (1981) s. 60.

Skanska-dommen er enstemmig avsagt, noe som gir den særlig tyngde for fremtiden.<sup>117</sup> Videre så styrker det dommens prejudikatsvirkning at dommen er nylig avsagt.<sup>118</sup> Ved å bygge på de rettskildene som Høyesterett gjør, fremkommer det også at rettskildebildet for øvrig støtter opp om vurderingen Høyesterett foretar. Høyesterett bygger på tidligere Høyesterettspraksis, samt praksis fra Arbeidsretten som har domsmonopol på fortolkninger av tariffavtaler. Det forsterker dommens prejudikatsvirkning at den ikke er en enkeltstående avgjørelse, men en av flere avgjørelser som går i samme retning.<sup>119</sup>

Domspremissene er relativt klart utformet. Oppbygningen og strukturen i dommen er god, noe som forsterker prejudikatsvirkningen.<sup>120</sup> Det faktum at partshjelperne har vært uenig om hvordan dommen er å forstå i ettertid svekker prejudikatsvirkningen noe. Kritikk av dommen vil kunne føre til at prejudikatsverdien svekkes. Dommen kan imidlertid ikke sies å ha vært gjenstand for mye kritikk. Dommen er derimot omtalt i juridisk teori der den er gitt tilslutning av forfatterne.<sup>121</sup>

Høyesteretts uttalelser i Skanska-saken er videre fulgt opp i HR-2019-1986-A. Saken omhandlet en salgskonsulent i Telenor Norge AS med 32 års ansiennitet som ble oppsagt som følge av en nedbemanning. Utvelgelseskretsen i bedriften var begrenset til en divisjon som besto av 11 medarbeidere, hvorav kvinnen var den eneste som arbeidet som salgskonsulent. Avgrensningen av utvelgelseskretsen førte til at det ikke var noen arbeidstakere i divisjonen med sammenlignbare stillinger som kvinnen. Høyesterett kom til at avgrensningen ikke oppfylte kravet til saklig grunn for å fravike ansienniteten ved utvelgelsen, jf. § 8-2 i Hovedavtalen LO-NHO.

En avgrensning av utvelgelseskrets var i utgangspunktet tillatt, men når avgrensningen førte til at ansiennitetsprinsippet i realiteten mistet sin betydning som utvelgelseskriterium var ikke kravet til saklig grunn oppfylt. Ved saklighetsvurderingen skulle det vært tatt hensyn til hvor mange arbeidstakere som inngikk i utvelgelseskretsen.

---

<sup>117</sup> Eckhoff (2001) s. 184, Boe (2010) s. 308.

<sup>118</sup> Fleischer (1981) s. 60, Eckhoff (2001) s. 183.

<sup>119</sup> Eckhoff (2001) s. 184.

<sup>120</sup> Fleischer (1981) s. 60.

<sup>121</sup> Se Benson (2019) s. 587 og 590, Fougner (2019) s. 883.

I avsnitt 47 viser Høyesterett til Skanska-dommen og uttaler «[a]nsiennitetsprinsippet er utgangspunktet ved den konkrete utvelgelsen av arbeidstakere, og ‘[v]urderingen må med andre ord begynne der’, jf. Skanska-dommen avsnitt 45». De fastslår videre i avsnitt 69 at «[s]aklighetsvurderingen skal skje på grunnlag av en konkret vurdering i det enkelte tilfellet», noe som samsvarer med Høyesteretts uttalelser i Skanska-dommen. At Høyesterett viderefører sentrale uttalelser og synspunkter fra Skanska-dommen forsterker dommens prejudikatsvirkning.

Basert på det ovennevnte anses Skanska-dommen å ha sterke prejudikatsvirkninger. Kritikken og uenigheten om forståelsen av dommen anses ikke å ha betydning for dommens prejudikatsvirkning. Den sterke prejudikatsvirkningen medfører at dommen er et relevant argument for å løse etterfølgende tvister om lignende problemstillinger etter de samme vurderingsmomentene.

## **7.2 Dommens betydning for beslektede tariffavtaler**

Problemstillingen for dette kapitlet er hvilken rekkevidde dommen kan få for å fortolke beslektede tariffavtaler som den som er inngått mellom LO og NHO.

Utgangspunktet er at en dom som tolker en avtale, løser den konkrete tvisten og avgjør hvordan avtalen skal tolkes mellom partene. Det er likevel grunn til å tro at Skanska-dommens tolkning av Hovedavtalen § 8-2 kan få betydning i relasjon til andre tariffavtaler med lignende eller tilsvarende bestemmelser. Dette begrunnes med at Høyesteretts tolkning av en bestemmelse alltid vil veie tungt som rettskilde. Når parter skal ta stilling til hvordan en tariffavtales bestemmelser om ansiennitet er å forstå vil det være naturlig å se hen til Høyesteretts tolkning av en tilsvarende eller lignende bestemmelse.

I AR-2018-18 (NRK) tok Arbeidsretten stilling til en bestemmelse i Hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter og Norsk journalistlag. Tariffavtalen er utformet på grunnlag av Hovedavtalen LO-NHO.<sup>122</sup> Det var ikke holdepunkter i tariffavtalens ordlyd eller historikk for å legge til grunn en annen forståelse av ansiennitetsbestemmelsen enn det som var lagt til grunn for den likelydende bestemmelsen i Hovedavtalen LO-NHO.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> AR-2018-18 avsnitt 42.

<sup>123</sup> AR-2018-18 avsnitt 48.

NRK-dommen illustrer at tolkningen av Hovedavtalen LO-NHO vil kunne få betydning for andre tariffavtaler som er utformet på grunnlag av mønster fra Hovedavtalen LO-NHO.

En rekke tariffavtaler har Hovedavtalen LO-NHO § 8-2 som forbilde.<sup>124</sup>

Ansiennitetsklausuler som bestemmer at ansiennitet kan fravikes ved «saklig grunn» vil langt på vei kunne tolkes ut fra Høyesteretts avgjørelse i Skanska-saken. Særlig dersom de er utformet på grunnlag av Hovedavtalen LO-NHO. Som eksempel kan funksjonæravtalen LO-NHO § 9-12 trekkes frem. Tariffavtalen tilsvarer Hovedavtalen LO-NHO § 8-2.<sup>125</sup> Det vil som følge av dette være naturlig å tolke bestemmelsene likt. Et annet eksempel er Hovedavtalen YS-NHO, der avtalens § 8-2 tilsvarer Hovedavtalen LO-NHO § 8-2.

Hvor tung vekt tolkningen tillegges vil avhenge blant annet av hvor lik ordlyden er, hvor like avtaleforholdene er samt partenes praksis. Ved å se hen til avtalehistorikk og avtalepartenes egne formeninger om avtalen kan man finne ut av hvor like avtaleforholdene er. Der hvor avtaleforholdene i stor utstrekning samsvarer er det mer naturlig at partene vil følge Høyesteretts tolkning av Hovedavtalen § 8-2 enn der hvor de ikke gjør det. Der hvor avtaleforholdene er ulike vil naturligvis Skanska-dommen gi begrenset veiledning. Det samme gjelder der hvor det foreligger praksis mellom partene som skiller seg fra Høyesteretts tolkning. Det vil måtte foretas en fullstendig avtaletolkning før overføringsverdien kan fastslås.

Høyesteretts uttalelser om saksbehandlingen ved nedbemanninger vil imidlertid stå sentralt uavhengig av hvilken tariffavtale en bedrift følger. Dette begrunnes med kravet om forsvarlig saksbehandling som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7. I Skanska-dommen følger Høyesterett opp en norm som har vært lagt til grunn tidligere av Høyesterett og Arbeidsretten i saker både om permitteringer og nedbemanninger. Det kravet dommen setter til dokumenterbare og etterprøvbare kilder vil dermed ha stor overføringsverdi til andre saker selv om tvisten har sitt utspring i en annen tariffavtale.

---

<sup>124</sup> Våg (2015) s. 66.

<sup>125</sup> Fougner mfl. (2016) s. 307.

### 7.3 Dommens betydning utenfor tariffavtaler

Avhandlingen har i punktet over tatt for seg dommens betydning for beslektede tariffavtaler. Problemstillingen for dette kapittelet er hvilken betydning dommen kan få for ikke-tariffbundne bedrifter.

En tariffavtale er ikke bindende for arbeidstakere som ikke er tilsluttet den aktuelle tariffavtalen, jf. ARD-1922-22. Det at tariffavtalen bare gjelder mellom tariffavtalepartene er et moment som trekker i retning av at dommen har begrenset rekkevidde utenfor tariffavtaleforhold. En dom som inneholder generelle uttalelser om hvordan en bestemmelse er å forstå, vil imidlertid kunne ha relevans for forhold utenfor avtaleforholdet. For Skanska-saken gjelder dette særlig uttalelsene tilknyttet arbeidsmiljøloven § 15-7.

Det følger av Høyesteretts resonnement i avsnitt 45 at ansiennitetsprinsippet er gitt en særstilling i Hovedavtalen som det ikke er gitt i arbeidsmiljøloven § 15-7. Det kan dermed fremstå som at bedrifter som ikke er tariffbundet står friere enn tariffbundne bedrifter til å legge vekt på andre momenter enn ansiennitet. Som det fremgår av avhandlingens kapittel 5 vil imidlertid en oppsigelse kunne anses usaklig dersom ansiennitet er utelatt som vurderingskriterium etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Høyesteretts sikter nok derfor i sitt resonnement til at det må foretas en annen vurdering etter Hovedavtalen enn etter arbeidsmiljøloven siden utgangspunktet for vurderingene blir forskjellig.

Når det kommer til Høyesteretts uttalelser om saksbehandlingen ved nedbemanning, vil disse stå sentralt også for ikke-tariffbundne bedrifter. Dette begrunnes på samme måte som i punkt 7.2 med kravet om saklig begrunnelse som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7. Høyesteretts krav til dokumenterbar og etterprøvable saksbehandling får dermed betydning også for bedrifter som ikke er tariffbundet.

Fremgangsmåten Skanska benyttet ved utvelgelsen førte til at det kun var et lite mindretall av arbeidstakerne som ble gjenstand for en reell vurdering. I et tilfelle som dette vil ikke domstolen kunne etterprøve saksbehandlingen på en forsvarlig måte, særlig der hvor det også er benyttet svært skjønsmessige kriterier. Dommen tydeliggjør betydningen av etterprøvable dokumentasjon, noe som vil ha betydning også for ikke-tariffbundne bedrifter.

## 7.4 Forhold som kan endre betydningen av dommen

I dette kapittelet er objektet for analysen Skanska-dommen, og referanserammen er andre rettskilder av interesse for å løse tilsvarende spørsmål senere. Kapittelet vil påpeke noen forhold som kan medføre at dommen får svekket verdi.

Først vil forholdet til arbeidsrettens domsmyndighet behandles før avhandlingen tar for seg virkningen av enighet mellom tariffpartene.

Etter arbeidstvistloven §§ 33 jf. 1 bokstav i skal Arbeidsretten behandle rettstvister «mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om en tariffavtales gyldighet, forståelse eller eksistens eller om krav som bygger på en tariffavtale».

I HR-2017-777-A uttalte Høyesterett at «[d]et ligger i ordlyden, og følger også av systemet som sådan, at Arbeidsrettens kompetanse etter bestemmelsene er eksklusiv». <sup>126</sup> At Arbeidsrettens kompetanse er eksklusiv innebærer at dersom det reises et søksmål for de alminnelige domstoler som hører inn under Arbeidsrettens kompetanseområde, skal de avvise saken, jf. Rt. 2013 s. 1048 avsnitt 16.

Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at arbeidstakere kan påberope seg tariffavtalen for de alminnelige domstolene som grunnlag for krav mot arbeidsgiver, jf. HR-2018-1268-F. Høyesterett viser i dommen til juridisk litteratur og uttaler at «[d]e alminnelige domstolene kan i en individuell tvist prejudisielt ta stilling til hvordan tariffavtalen skal forstås så langt det er nødvendig for å løse tvisten mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, men kan ikke avgjøre spørsmålet med bindende virkning for tariffpartene». <sup>127</sup>

Krav som bygger på en tariffavtale hører i utgangspunktet under Arbeidsretten som særdomstol. Dersom en alminnelig domstol står overfor en sak som hører under Arbeidsrettens domsmyndighet skal saken avvises av retten. En arbeidstaker kan likevel reise søksmål om en oppsigelses gyldighet for en alminnelig domstol. Domstolen kan ta prejudisielt stilling til hvordan en tariffavtale skal tolkes. De alminnelige domstolenes forståelse av tariffavtalen vil imidlertid ikke være bindende for tariffpartene i saker for Arbeidsretten.

---

<sup>126</sup> HR-2017-777-A avsnitt 26.

<sup>127</sup> HR-2018-1268-F avsnitt 10.

De alminnelige domstoler vil på den annen side være bundet av Arbeidsrettens uttalelser dersom Arbeidsretten i en domsslutning fastslår en bestemt forståelse av tariffavtalen, jf. arbeidstvistloven § 34 annet ledd. Arbeidsrettens forståelse av tariffavtalen vil gjelde for enhver arbeidsavtale som bygger på tariffavtalen. Arbeidsretten kan imidlertid ikke tolke tariffavtalen i strid med loven. Arbeidsmiljøloven § 15-7 om saklig grunn til oppsigelse gjelder uavhengig av tariffavtalene. For det tilfelle at en avtalebestemmelse innebærer at arbeidsmiljøloven krenkes, vil avtalebestemmelsen måtte settes til side.

Dersom Arbeidsretten avsier en dom der de tolker Hovedavtalen § 8-2 annerledes enn det som ble lagt til grunn av Høyesterett i HR-2019-424-A vil Arbeidsrettens tolkning være avgjørende. Dette er fordi Høyesterett ikke kan avgjøre spørsmål om en tariffavtale med bindende virkning for tariffpartene. Det er bare Arbeidsretten som med bindende virkning kan si hva som er riktig tolkning av Hovedavtalen § 8-2. Arbeidsrettens forståelse av tariffavtalen vil da gjelde for enhver arbeidsavtale som bygger på tariffavtalen. Det innebærer at dersom Arbeidsretten senere legger til grunn en annen forståelse av ansiennitetsprinsippet enn det Høyesterett gjorde i Skanska-dommen vil Arbeidsrettens forståelse være gjeldende.

En annen sak er om Arbeidsretten vil legge til grunn en annen norm enn den Høyesterett har lagt til grunn. Grunnloven § 88 gir Høyesterett autorisasjon til å dømme i siste instans.<sup>128</sup> Høyesterett har som formål å bidra til rettsenhet og rettsavklaring. I tillegg har Høyesterett en rettsavklarende funksjon.<sup>129</sup> Thorkildsen mener at Arbeidsrettens legitimitet vil undergraves dersom den legger til grunn en norm som strider med det vår høyeste domstol har gjort. Disse betraktningene illustrer også utfordringene «det dobbeltsporede systemet» kan føre med seg.<sup>130</sup> Denne problemstillingen problematiseres imidlertid ikke videre i denne avhandlingen.

Det gjenstår å se i hvilken grad Arbeidsretten vil følge Høyesteretts norm i tilsvarende saker som omhandler ansiennitetsprinsippet. Per 15.12.2019 er det to saker til behandling hos Arbeidsretten som omhandler ansiennitetsvurderinger i forbindelse med permittering og nedbemanning.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

<sup>129</sup> Nygaard (2004) s. 46-47.

<sup>130</sup> Thorkildsen (2019).

<sup>131</sup> Saksnummer 24/2018 og 07/2019.

Tariffpartene forhandler med jevne mellomrom om tariffavtalebestemmelsene, jf. arbeidstvistloven § 3. Dersom tariffpartene blir enige om en ny bestemmelse eller en annen fortolkning av gjeldende bestemmelse vil deres fortolkning gjøre seg gjeldende for deres avtaleforhold. Dette gjelder med mindre partene avtaler noe som er i strid med deklarasjonslovgivning.

I motsetning til andre saker som vil kunne få betydning i lang tid fremover vil Skanska-dommen ikke tillegges betydning dersom tariffpartene endrer avtalen. Hvor stor vekt dommen kan tillegges vil avhenge av hvor betydelig tariffpartene endrer ordlyden. Dersom det foretas atskillige endringer i ordlyd eller praksis vil Høyesteretts avgjørelse få liten vekt og dommen går over til å ha historisk verdi.



# Litteraturliste

## Lover

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- 2005 Lov 17. juni nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- 2005 Lov 17. juni nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- 2012 Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven)

## Forarbeid

- Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø
- Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

## Rettspraksis

### Høyesterettspraksis

- Rt. 1985 s. 1058 Haslund
- Rt. 1986 s. 879 Hillesland
- Rt. 2001 s. 71 Rasmussen Offshore
- Rt. 2011 s. 609 SAS
- Rt. 2013 s. 1048
- Rt. 2015 s. 1332 Gresvig

HR-2017-561-A      Posten II

HR-2017-777-A

HR-2017-1943-A      CHC Helikopter Service

HR-2018-735-U

HR-2018-1099-U

HR-2018-1268-F

HR-2019-424-A      Skanska

### **Lagmannsrettspraksis**

RG-2011-113

LB-2017-75155      Skanska

LG-2018-7314      Bravida

### **Tingrettsavgjørelser**

TOSLO-2016-97322 Skanska

### **Arbeidsrettsavgjørelser**

ARD-1922-22

ARD-1997-201

ARD-2000-207

ARD-2006-286      Schøyen Bilcentraler

ARD-2009-48      Securitas

ARD-2016-151      Nokas

AR-2018-17

AR-2018-18 NRK

AR-2018-24

Saksnummer 24/2018

Saksnummer 07/2019

### **Avtaleverk og kommentarutgaver**

1982-1985 Hovedavtalen mellom LO – NAF

1990-1993 Hovedavtalen mellom LO – NHO

2002-2005 Funksjonærhovedavtalen mellom NHO – LO, HK og FLT

2014-2017 Hovedavtalen mellom LO – NHO

2018-2021 Hovedavtalen mellom LO – NHO

2018-2021 Hovedavtalen YS – NHO

2018-2021 Hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter / NRK – Norsk Journalistlag / NRKs journalistlag

Kommentarer til Hovedavtalen LO–NHO 2018-2021 utgitt av LO,

<https://www.lo.no/globalassets/hovedavtalen---kommentarer.pdf>

Kommentarer til Hovedavtalen LO–NHO 2018–2021 utgitt av NHO,

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

### **Forlik**

Forliket mellom LO og NHO i Skanska-saken,

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

## Litteratur

- Benson 2019 Benson, Thomas. *Arbeidsrettsboka*, 3. utgave, Bergen: Fagbokforlaget 2019
- Boe 2010 Boe, Erik Magnus. *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2010
- Eckhoff 2001 Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan Helgesen. Oslo: Universitetsforlaget 2001
- Fanebust 2018 Fanebust, Arne. *Offentlig arbeidsrett: Rettigheter og plikter. Tilsetning og opphør*, Oslo: Universitetsforlaget 2018
- Fleischer 1981 Fleischer, Carl August. *Anvendelse og fortolkning av dommer*, Oslo: Universitetsforlaget 1981
- Fougner mfl. 2004 Fougner, Jan, Tron Sundet, Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner, Mette Jenssen, Merete Bårdsen og Bjørn Jacobsen. *Kollektiv arbeidsrett*, Oslo: Universitetsforlaget 2004
- Fougner mfl. 2016 Fougner, Jan, Camilla Schøyen Borge, Marit B. Frogner, Julie Piil Lorentzen, Trond Erik Solheim, Tron Løkken Sundet og Eli Asheim. *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2016
- Fougner 2019 Fougner, Jan. *Norsk arbeidsrett: Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Oslo: Universitetsforlaget 2019
- Nygaard 2004 Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2004
- Skarning mfl. 2019 Skarning, Nicolay, Pernille Brusdal og Catriona McIntyre. *Oppsigelser skritt for skritt*, Hegnar Media 2019
- Skoghøy 2017 Jens Edvin A. Skoghøy. *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2017

- Storeng mfl. 2016 Nils H. Storeng, Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Terje G. Andersen og Thomas B. Svendsen. *Arbeidslivets spilleregler*, 4. utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2016
- Sundet 2018 Sundet, Tron Løkken. *Kollektiv arbeidsrett – en innføring*, Oslo: Cappelen Damm 2018
- Tuseth og Winge 2018 Tuseth, Bård Sverre, Nikolai K. Winge. *Masteroppgaven i juss*, 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2018

### Artikler

- Våg 2015 Våg, Lasse Gommerud. «Ansiennitetsklausuler i tariffavtaler: Forholdet til arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern», *Arbeidsrett* vol 12 nr. 1 (2015) s. 1-99, Idunn 2015

### Elektroniske artikler

- Kolsrud 2019a Kolsrud, Kjetil. «Vi leser dommen ulikt, det kan vi trygt slå fast», *Rett24.no 14. mars 2019* (sist sjekket 15. desember 2019)  
<https://rett24.no/articles/vi-leser-dommen-ulikt-det-kan-vi-trygt-sla-fast>
- Kolsrud 2019b Kolsrud, Kjetil. «Høyesterett: Misvisende å kalle ansiennitet en 'hovedregel'», *Rett24.no 01. mars 2019* (sist sjekket 15. desember 2019).  
<https://rett24.no/articles/hoyesterett-misvisende-a-kalle-ansiennitet-en-hovedregel>
- LO 2019 LO. «Arbeidstakerne i Skanska vant i Høyesterett», *LO.no 03. mars 2019* (sist sjekket 15. desember 2019)  
<https://www.lo.no/nyhetsrommet/arbeidstakerne-i-skanska-vant-i-hoyesterett/>
- NHO 2019 NHO. «Ansiennitet: Viktig medhold for NHO i Høyesterett» *NHO.no 01. mars 2019* (sist sjekket 15. desember 2019)  
<https://www.nho.no/arbeidsgiverservice/viktig-medhold-for-nho-i-hoyesterett--ansiennitetsprinsippet-ikke-hovedregel/>

Thorkildsen 2019      Thorkildsen, Tarjei. «Kommentar til Høyesteretts dom i Skanska-saken», *Juridika.no* 27. mars 2019 (sist sjekket 15. desember 2019)  
[https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-hoyesterettsdom-i-skanska-saken?fbclid=IwAR1p4NQyILTIV1UutpzUyuHX\\_qH\\_76cc4IfB6ukTvNzVq7\\_6OqN\\_brDJxak](https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-hoyesterettsdom-i-skanska-saken?fbclid=IwAR1p4NQyILTIV1UutpzUyuHX_qH_76cc4IfB6ukTvNzVq7_6OqN_brDJxak)

