

Ansiennitetsprinsippet uendret etter Skanska dommen

Høyesterett avsa 28. februar 2019 dom i Skanska-saken, som gjaldt oppsigelser av seks arbeidstagere pga nedbemanning. Skanska avvek fra ansiennitet ved utvelgelsen, og tapte i lagmannsretten pga saksbehandlingsfeil. Oppsigelsene ble kjent ugyldige. Høyesterett forkastet anken fra Skanska, og lagmannsrettens dom ble med dette stående.

Det er med undring å se enkelte advokater fra arbeidsgiversiden gi kommentarer til dommen, særlig om at ansiennitetsprinsippet nå er blitt svekket. Dette er direkte feil. Dommen er god, grundig og rettsavklarende. Rettstilstanden mht ansiennitetsprinsippet er videreført, og kravene til en grundig saksbehandling og reell og fullstendig mulighet for etterprøvbarhet er tydeliggjort.

Advokat Knut-Marius Sture hevder i sin artikkel i Rett24 at Høyesterett klargjør at *"ansiennitet kun skal inngå som ett av flere momenter i en totalbedømmelse av de kriterier arbeidsgiver selv velger"*. Dette er direkte feil gjengivelse av dommen, og dersom den oppfatningen følges av bedriftene vil det kunne medføre en rekke unødvendige søksmål for domstolene. At det er arbeidsgiver som **selv velger kriterier** for utvelgelsen, er en feilaktig vurdering som det ikke finnes noe rettslig grunnlag for.

Det er heller ikke riktig at ansiennitet kun er ett av flere momenter som skal vektlegges, slik Sture hevder og som NHO anførte for Høyesterett (avsnitt 16 i dommen). NHO hevdet videre at ansiennitet kun er ett moment som vil inngå i en sluttkontroll. Dette fikk NHO ikke medhold i. Høyesterett fastslo i avsnitt 45 at *"det er arbeidsgivers **fravikelse** av ansiennitetsprinsippet som krever saklig grunn. Ansiennitetsprinsippet er derfor gitt en særstilling ..."*. Videre uttaler Høyesterett at *ansiennitetsprinsippet er **"utgangspunktet"** og at "vurderingen må med andre ord begynne der"*. Klarere kan det ikke sies.

Lagmannsrettens dom brukte begrepet *"hovedregel"* om ansiennitetsprinsippet. Høyesterett viser i avsnitt 62 til at begrepet *"hovedregel"* kan gi *"misvisende assosiasjoner"* i retning av at ansiennitet ikke har relativ vekt, men må tillegges like stor betydning ved korte ansettelse og små ansiennitetsforskjeller som i saker med lang ansettelse og store ansiennitetsforskjeller. Høyesterett sier at de av den grunn vil *"unngå å bruke begrepet her, slik også NHO og LO gjorde i forliket høsten 2018"*. Høyesterett **viderefører** med dette den begrepsbruk om ansiennitetsprinsippet som har vært benyttet i alle år; utgangspunkt og krav til saklig grunn for fravik. Det er m.a.o. ikke noe nytt i denne vurderingen fra Høyesterett.

Høyesterett er som nevnt ikke enig med lagmannsretten i at det kan oppstilles en *"generelt formulert terskel"* (avsnitt 60) eller *"generelt særskilt terskel"* (avsnitt 47) for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen, slik som lagmannsrettens dom må forstås, og sier at vurderingen må gjøres konkret beroende på en totalbedømmelse. Det er ingen uenighet mellom LO og NHO om at det skal foretas en slik totalbedømmelse, og også dette er en videreføring av gjeldende rett. Uenigheten i sakene for domstolene er typisk om hvilken **vekt** ansienniteten skal ha i denne totalbedømmelsen i den enkelte sak, med andre ord ansiennitetsprinsippets relative vekt. At det gjelder en terskel for å fravike ansiennitet og hvor denne går, sier Høyesterett ikke noe direkte om. Det er likevel åpenbart at det gjelder en **terskel**, jf. kravet om saklig grunn til fravik, men spørsmålet Høyesterett behandler er altså om det kan utledes en **generell særskilt terskel** uavhengig av ansettelsestid, kompetanseulikhet mm. Høyesterett slår fast at en slik generell terskel ikke direkte kan utledes av Hovedavtalen § 8-2 eller Arbeidsrettens praksis.

Høyesterett fastslår at *"ansienniteten skal være utgangspunktet for utvelgelsen"*, og at *"de hensyn som anføres for å fravike ansiennitetsprinsippet, må være mer tungtveiende jo klarere*

ansiennitetsforskjellene er" (avsnitt 70). Dette er selvsagt også i lys av at Høyesterett viser til at vekten til ansiennitetsprinsippet er relativ. De konkrete ansiennitetsforskjellene var ikke tema i saken, men Høyesterett viser til etablert praksis fra Arbeidsretten og siterer i avsnitt 57 bl.a. fra NOKAS saken i ARD-2016-151 avsnitt 81 hvor Arbeidsretten fastslo det samme: *"...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."*

Høyesterett utelukker i avsnitt 72 ikke at *"vesentlige kompetanseforskjeller i visse tilfelle må kreves for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen. Men dette forutsetter typisk **relativt** (vår utheving) betydelige ansiennitetsforskjeller i den oppsagtes favør."* Hva som er betydelige forskjeller vil fortsatt være et stridstema mellom partene. Her er det grunn til å merke seg Arbeidsrettens dom i ARD-2009-48 avsnitt 35, hvor det fastslås at den relative ansiennitetsforskjellen på 2 år 2 mnd var *"markant"*, idet de to arbeidstagerne hadde sammenligningsvis hhv 1 år 3 mnd og 3 år 5 mnd ansiennitet. Det er ingen holdepunkter for at Høyesterett, som er bundet av og bygger på dommene fra Arbeidsretten, her gir uttrykk for en annen rettsoppfatning.

Høyesteretts gjennomgang av saksbehandlingen ved nedbemanning er grundig og svært viktig. Høyesterett sier at bruk av subjektive kriterier krever at dette *«kan belegges med solid dokumentasjon»* (avsnitt 80). Videre at *"dess mer skjønnsmessige og subjektive kriteriene da er, dess bedre dokumentasjon må etter min mening kreves"* (avsnitt 81). Dommen understreker kravet om en grundig, fullt ut etterprøvbar og forsvarlig saksbehandling hvis ansiennitet skal fravikes. Brudd på de strenge saksbehandlingskrav som oppstilles kan medføre at oppsigelsene blir kjent usaklige, slik også Høyesterett kom til i Skanska-saken.

Høyesteretts dom gir avklaringer på tre punkter av stor betydning for norsk arbeidsliv og arbeidslivets parter.

i) Fremtidige nedbemanninger skal ta utgangspunkt i ansiennitet, og det må foreligge saklig grunn for å fravike ansiennitetsprinsippet.

ii) Vilkårene for å fravike ansiennitet må vurderes konkret, og vilkårene vil skjerpes hvis arbeidstakerne i saken har lang ansiennitet og forskjellene i ansiennitet er store.

iii) Arbeidsgivers saksbehandling må være grundig og etterprøvbar. Vektlegging av skjønnsmessige kriterier vil kreve solid dokumentasjon fra arbeidsgivers side hvis de skal tillegges vekt i saklighetsvurderingen.

Arbeidsgivere og advokater som anbefaler at bedriften legger andre kriterier og saksbehandling til grunn for sin nedbemanning, vil påføre virksomheten en betydelig økonomisk og rettslig risiko, noe Skanska erfarte i Høyesterett.

Advokat Elisabeth S. Grannes, LO