



NORGES HØYESTERETT

Den 11. oktober 2017 avsa Høyesterett dom i

HR-2017-1943-A, (sak nr. 2017/606), sivil sak, anke over dom,

I.

A (advokat Bjørn Inge Waage – til prøve)

mot

CHC Helikopter Service AS (advokat Jan Fougner)

Næringslivets Hovedorganisasjon, NHO (advokat Margrethe Meder – til prøve)
(partshjelper)

II.

B (advokat Bjørn Inge Waage – til prøve)

mot

CHC Helikopter Service AS (advokat Jan Fougner)

Næringslivets Hovedorganisasjon, NHO (advokat Margrethe Meder – til prøve)
(partshjelper)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Bull**: Saken gjelder spørsmålet om det ved nedbemanning på grunnlag av ansiennitet skulle ha vært benyttet konsernansiennitet i stedet for selskapsansiennitet.
- (2) Helikopterpilotene A og B ble i 2015 sagt opp fra sine stillinger i CHC Helikopter Service AS (Helikopter Service) som ledd i en nedbemanning grunnet oppdragsreduksjon.
- (3) Helikopter Service er en del av CHC-gruppen som tilbyr helikoptertjenester flere steder i verden, blant annet i Nordsjøen. Det er etablert et selskap i Skottland, CHC Scotia, og det

fantas tidligere også et dansk selskap, CHC Danmark. B og A har deler av sin arbeidserfaring fra henholdsvis CHC Scotia og CHC Danmark. Spørsmålet i saken er om deres tjenestetid i disse selskapene skal regnes med ved beregningen av ansiennitet i forbindelse med nedbemanningen i Norge.

- (4) A, som er svensk statsborger, ble ansatt i CHC Danmark i 2002 som styrmann. I 2005 gjennomførte han kapteinutdanning, for en stor del i Norge med instruktører fra Helikopter Service. I 2010 ble han utleid fra CHC Danmark til Helikopter Service i flere perioder. På grunn av den usikre situasjonen rundt CHC Danmark og behov for arbeidskraft i Helikopter Service ønsket både A og Helikopter Service overføring til Norge. Han ble ansatt i Helikopter Service som styrmann og signerte arbeidskontrakten 7. februar 2011. Samtidig ble han tilbudt stilling som midlertidig kaptein. Han fungerte deretter som kaptein, uten at det ble gjort endringer i arbeidsavtalen.
- (5) I forbindelse med nedbemanningsprosessen ble det avholdt drøftingsmøte med A 24. juli 2015, jf. arbeidsmiljøloven § 15-1. Han fremholdt da at ansienniteten var beregnet feil ettersom tjenestetiden i CHC Danmark ikke var medregnet. Det ble ikke påberopt særlige personlige eller sosiale forhold. A ble sagt opp ved brev 24. juli 2015. Den 13. august 2015 ble det holdt forhandlingsmøte i medhold av arbeidsmiljøloven § 17-3 uten at partene kom til enighet. Fra februar 2016 har arbeidsgiver plassert ham i stilling som styrmann, uten kapteinstillegg.
- (6) B, som er født i Norge, men er nederlandsk statsborger, manglet etter endt utdanning i USA og Storbritannia flytid for ansettelse i Norge. Hun søkte derfor om jobb i CHC Scotia, der hun ble ansatt i 2008. Mens hun var ansatt der, gjennomførte hun en del etterutdanning i Norge med instruktører fra Helikopter Service for utsjekk på flere helikoptertyper. Det viste seg at CHC Scotia hadde for mange piloter og Helikopter Service for få, og hun ble derfor tilbudt overføring til Helikopter Service. Den 28. januar 2010 inngikk hun ansettelsesavtale med Helikopter Service som styrmann.
- (7) Det ble i medhold av arbeidsmiljøloven § 15-1 holdt drøftingsmøte med B 26. oktober 2015. Hun fremholdt at hennes tjenestetid i CHC Scotia skulle tas med i ansiennitetsberegningen. Det fremgår av lagmannsrettens dom, og er ikke motsagt i Høyesterett, at heller ikke B har påberopt seg andre individuelle forhold som relevante ved oppsigelsesvurderingen. Oppsigelsesbrevet er datert 26. oktober 2015. Forhandlingsmøte i henhold til arbeidsmiljøloven § 17-3 ble avholdt 30. november 2015, uten at partene kom til enighet.
- (8) Begge hadde seks måneders oppsigelsestid.
- (9) A og B anla søksmål for Stavanger tingrett mot Helikopter Service med påstand om at oppsigelsene skulle kjennes ugyldige. Begge krevde dessuten erstatning. De krevde videre å få stå i sine stillinger under prøvingen av saken, jf. arbeidsmiljøloven § 15-11 nr. 1 og 2. Helikopter Service krevde at de skulle fratre stillingene.
- (10) As og Bs søksmål ble forenet til felles behandling. Stavanger tingrett avsa 29. mars 2016 dom og kjennelse med slik domsslutning:

"1. CHC Helikopter Service AS frifinnes.

2. **A dømmes til å betale CHC Helikopter Service AS saksomkostninger med 84 100 kr – åttifiretusenethundrekroner – innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse.**
 3. **B dømmes til å betale CHC Helikopter Service AS saksomkostninger med 84 100 kr – åttifiretusenethundrekroner – innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse."**
- (11) Ved slutning i kjennelse ga Stavanger tingrett Helikopter Service medhold i at A og B måtte fratre sine stillinger frem til rettskraftig avgjørelse forelå.
- (12) A og B anket tingrettens dom og kjennelse til Gulating lagmannsrett.
- (13) Lagmannsretten avsa 8. juni 2016 kjennelse som frifant dem for kravet om fratredelse. Denne avgjørelsen ble opphevet av Høyesteretts ankeutvalg 29. juli 2016. Lagmannsretten avsa deretter ny kjennelse 22. august 2016 om at A og B skulle fratre, men også denne kjennelsen ble opphevet av Høyesteretts ankeutvalg 3. oktober 2016. Lagmannsretten traff deretter kjennelse 23. november 2016 om at de ikke skulle fratre.
- (14) Gulating lagmannsrett avsa 20. februar 2017 dom og kjennelse med slik domsslutning:
- "1. **Anken forkastes.**
 2. **CHC Helikopter Service AS dømmes til å betale kr. 50 000 – kronerfemtitusen – i erstatning til B.**
 3. **I saksomkostnader for lagmannsretten betaler B og A i solidarisk ansvar kr. 241 936 – tohundreogfortientusenihundreogtrettiseks – innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt."**
- (15) Ved slutning i kjennelse ble A og B frifunnet for kravet om fratredelse inntil saken er endelig avgjort og tilkjent saksomkostnader for denne delen av saken.
- (16) A og B anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Ankene gjaldt lagmannsrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse.
- (17) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 11. mai 2017 å tillate ankene fremmet for så vidt gjaldt spørsmålet om oppsigelsene er ugyldige som følge av at det ved nedbemanningen ikke ble beregnet og medtatt ansiennitet opparbeidet i andre selskaper i konsernet – konsernansiennitet. For øvrig ble ankene nektet fremmet. I medhold av tvisteloven § 30-14 tredje ledd ble forhandlingene videre begrenset slik at det foreløpig ikke skulle forhandles om krav på erstatning dersom oppsigelsene er ugyldige – i så fall måtte lagmannsrettens dom oppheves og fortsatt behandling finne sted for lagmannsretten.
- (18) Under saksforberedelsen tok forberedende dommer opp spørsmålet om EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for arbeidstakere kunne ha betydning for spørsmålet om konsernansiennitet måtte legges til grunn.
- (19) Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) erklærte partshjelp til støtte for Helikopter Service, og Høyesteretts ankeutvalg besluttet 19. juli 2017 å tillate partshjelpen.
- (20) De ankende parter ba i prosesskriv 18. august 2017 om at de EØS-rettslige spørsmål i saken ble forelagt EFTA-domstolen. Partshjelperen hadde i prosesskriv 9. august 2017

gitt uttrykk for at dette ikke var nødvendig, og 24. august 2017 sluttet ankemotparten seg til dette. Saksforberedende dommer besluttet 28. august 2017 ikke å rette en anmodning til EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse.

- (21) Saken står for øvrig i samme stilling for Høyesterett som for de tidligere instanser.
- (22) De ankende parter – *A og B* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (23) Det følger av arbeidsmiljøloven § 15-7 at oppsigelser må være saklig begrunnet. Det bestrides ikke at det i dette tilfellet var saklig grunn til å gå til nedbemanning. Men det var ikke saklig å bygge på et rent selskapsinternt ansiennitetsprinsipp ved utvelgelsen av hvem som skulle sies opp. Selv om bruken av dette prinsippet bygget på tariffavtalen mellom Helikopter Service og pilotene, er arbeidsmiljøloven ufravikelig, og domstolene kan prøve sakligheten av ansiennitetsberegningen.
- (24) Forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977 § 58 – som tilsvarende nåværende arbeidsmiljølov § 15-3 – legger til grunn at denne bestemmelsen, som knesetter konsernansiennitet ved beregning av oppsigelsesfristen, også bør få betydning ved vurderingen av om oppsigelsen tilfredsstillende det saklighetskravet som nå er nedfelt i arbeidsmiljøloven § 15-7. Dette må få avgjørende betydning som tolkningsmoment i saklighetsvurderingen når nedbemanningen skjer på grunnlag av en mekanisk anvendelse av et rent selskapsinternt ansiennitetsprinsipp, og forholdene ligger slik an som for *A og B*: De skiftet jobb etter ønske fra konsernet og mellom selskaper som samarbeidet i stor grad. Det var ingen ordinær ansettelsesprosess, og de sa ikke opp sine stillinger i søsterselskapene. De utførte samme type arbeidsoppgaver før og etter skifte av jobb. Den kompetansen de tok med seg, var i stor grad relevant også i de nye jobbene. Hvis man ikke i et slikt tilfelle må legge til grunn konsernansiennitet ved saklighetsvurderingen etter § 15-7, er det vanskelig å se når det overhodet skulle kunne skje.
- (25) Konsernansiennitet i slike situasjoner vil også være best i overensstemmelse med arbeidsmiljølovens formål. Konserner bør ikke kunne "organisere seg bort" fra stillingsvernet.
- (26) Under enhver omstendighet er det i strid med EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for arbeidstakere, både slik de er nedfelt i artikkel 28 i avtalens hoveddel og i forordning (EU) nr. 492/2011, ikke å legge konsernansiennitet til grunn. Begge regelsett gjelder som formell norsk lov og fører til at oppsigelsene av *A og B* er ugyldige.
- (27) Unnlatelsen av å godskrive arbeidstakere den tjenestetiden de har i konsernselskaper i andre EØS-land, når de tiltrer stillinger i det norske selskapet, innebærer indirekte forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Disse arbeidstakerne stilles i en dårligere stilling enn de arbeidstakerne som hele tiden har arbeidet i det norske selskapet. Arbeidstakere som skifter jobb over landegrensene innenfor EØS, vil typisk være borgere i andre EØS-land, mens de som allerede jobber i konsernselskapet her, typisk vil være norske statsborgere.
- (28) EØS-avtalens regler om fri bevegelighet rekker dessuten videre enn til å ramme diskriminering. Alle nasjonale ordninger, inkludert tariffavtaler, som gjør det mindre fristende å søke arbeid over landegrensene, utgjør restriksjoner på den frie bevegelighet. Det er mindre fristende å søke arbeid over landegrensene dersom man ikke er beskyttet av

konsernansiennitet i tilfelle den nye arbeidsgiveren skulle foreta nedbemanning. Risikoen for at dette kan skje, er ikke så usikker og indirekte at arbeidstakere ikke vil ta hensyn til den.

(29) EU-domstolen har riktignok holdt det åpent om bruken av et ansiennitetsprinsipp kan rettferdiggjøres av hensynet til å fremme lojalitet overfor arbeidsgiver. Men når lojaliteten til syvende og sist skal gjelde overfor selve konsernet, er ren selskapsansiennitet ikke et egnet virkemiddel. Og selv lojalitet overfor det enkelte selskap i konsernet kan sikres ved bruk av konsernansiennitet.

(30) A og B har nedlagt slik påstand:

"I. A mot CHC Helikopter Service AS og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. CHC Helikopter Service AS og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) plikter en for begge og begge for en å erstatte As sakskostnader for Høyesterett.
3. CHC Helikopter Service AS plikter å erstatte As sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

II. B mot CHC Helikopter Service AS og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. CHC Helikopter Service AS og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) plikter en for begge og begge for en å erstatte Bs sakskostnader for Høyesterett.
3. CHC Helikopter Service AS plikter å erstatte Bs sakskostnader for tingrett og lagmannsrett."

(31) Ankemotparten – *CHC Helikopter Service AS* – har i det vesentlige anført:

(32) Arbeidsmiljøloven § 15-7 forplikter ikke arbeidsgiver til å følge et ansiennitetsprinsipp ved nedbemanning, og kan da heller ikke medføre krav om en bestemt utforming av prinsippet dersom det anvendes.

(33) Hvordan prinsippet skal utformes i det enkelte tilfellet dersom det brukes, er et hensiktsmessighetsspørsmål som er opp til arbeidsgiverens, og i tilfelle tariffpartenes, frie skjønn. Domstolene skal utvise stor tilbakeholdenhet ved saklighetsprøvingen av kriteriene for oppsigelse ved nedbemanning. Inngås det tariffavtale om dette, og det er gjort her, er den bindende for partene. Skal tariffavtalens bestemmelser om ren selskapsintern ansiennitet ved nedbemanning settes til side som ugyldig, må det ha et klart rettsgrunnlag. En uttalelse i forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977, som ikke ble fulgt opp med en lovregel, om at man "bør" legge vekt på konsernansiennitet, er ikke tilstrekkelig.

(34) Selskapsintern ansiennitetsberegning ved nedbemanning er under enhver omstendighet et fullt ut saklig kriterium selv overfor personer i As og Bs stilling. Det er rimelig at det er sammenheng mellom ansiennitetsberegningen og den enkelte arbeidsgiver ettersom det er arbeidsgiveren som har ansvaret for oppsigelsene. Det følger videre av rettspraksis at det

ved saklighetsvurderingen skal legges betydelig vekt på hva arbeidsgiver og arbeidstakerrepresentantene blir enige om. Her var det enighet om å bygge på selskapsansiennitet og ikke noe annet.

- (35) Oppsigelsene av A og B basert på selskapsansiennitet er heller ikke i strid med EØS-retten.
- (36) Bruken av et strengt selskapsansiennitetsprinsipp overfor A og B utgjør ikke indirekte forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet i strid med EØS-retten. Et slikt prinsipp treffer innenlandske og utenlandske arbeidstakere på samme måte og er ikke egnet til å ramme utenlandske arbeidstakere hardere enn innenlandske. Konsernansiennitet vil snarere virke som en bremse for alle dem som vil søke arbeid over landegrensene, men utenfor det konsernet de allerede er ansatt i.
- (37) Bruk av selskapsansiennitet utgjør heller ingen restriksjon på den frie bevegelighet for arbeidstakere ved å gjøre det mindre fristende å søke arbeid over landegrensene. EØS-rettens "restriksjonsprinsipp" kan ikke trekkes så langt som til å ramme ethvert vilkår som en arbeidstaker som søker arbeid over landegrensene, vil anse som ugunstig for seg selv. Utgangspunktet må tvert om være at så lenge det nasjonale vilkåret ikke utgjør et hinder på selve muligheten for å få arbeid, må arbeidstakerne akseptere ikke-diskriminerende nasjonale arbeidsvilkår slik de er.
- (38) Risikoen for at den nye arbeidsgiveren skulle gå til nedbemanning, og at selskapsansiennitet skulle føre til at man blir oppsagt fra en jobb man ville ha beholdt med konsernansiennitet, er dessuten avhengig av så mange usikkerhetsfaktorer at den eventuelle negative innvirkningen på den frie bevegelighet fremstår som altfor usikker og indirekte til å kunne tillegges betydning.
- (39) Uansett er selskapsansiennitet ved oppsigelser, om den skulle bli ansett som en restriksjon på den frie bevegelighet, ikke i strid med EØS-retten fordi bruken av dette prinsippet kan rettferdiggjøres i hensynet til lojalitet til arbeidsgiveren og i hensynet til å skape en arbeidsplass preget av forutberegnelighet og rettferdighet for arbeidstakerne. Ettersom arbeidstakernes ytelsesplikt gjelder den enkelte arbeidsgiver, er det lojaliteten overfor denne som er relevant ved proporsjonalitetsvurderingen, ikke lojalitet overfor det konsernet arbeidsgiver måtte inngå i.
- (40) CHC Helikopter Service AS har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. CHC Helikopter Service AS tilkjennes sakens omkostninger."**
- (41) Partshjelperen – *Næringslivets Hovedorganisasjon* – har sluttet seg til ankemotpartens anførsler og nedlagt slik påstand:
- "Anken forkastes."**
- (42) *Jeg er kommet til at ankene må forkastes.*

- (43) Ansiennitet kan ha betydning i ulike relasjoner innen arbeidsretten, og den kan beregnes på ulike måter. Denne saken dreier seg om bruk av ansiennitet som utvelgelseskriterium ved nedbemanning i en bedrift.
- (44) I tariffavtalen mellom NHO og Helikopter Service på den ene side og Norsk Flygerforbund og Helikopter Service AS Flygerforening på den annen heter det i § 4.1.1 at det skal være en ansiennitetsliste, og i § 4.2.1 at ansiennitetsdato settes til dato for ansettelse. Det er ikke bestridt at dette betyr datoen for ansettelse i Helikopter Service, ikke i CHC-konsernet som sådant. I § 17.2.1 om driftsinnskrenkninger står det at dersom Helikopter Service må foreta oppsigelser eller permitteringer på grunn av driftsinnskrenkninger, skal ansiennitetslisten følges med mindre partene blir enige om noe annet.
- (45) Arbeidsgiver- og arbeidstakersiden i Helikopter Service holdt møte om nedbemanningsprosessen 3. juli 2015, og i protokollen fra dette møtet fremgår det at partene var enige om at nedbemanningen skulle foretas i henhold til § 17.2.1. Det var altså enighet om å legge til grunn selskapsansiennitet uten supplerende kriterier.
- (46) Det følger av arbeidstvistloven § 6 at bestemmelser i individuelle arbeidsavtaler som strider mot en tariffavtale som begge parter er bundet av, er ugyldige. Det fremgår av As og Bs arbeidsavtaler at arbeidsforholdet reguleres av tariffavtalen. Helikopter Service kunne med andre ord ikke ha inngått avtaler om konsernansiennitet med A og B med mindre tariffavtalens bestemmelse om selskapsansiennitet ved nedbemanning må anses å være ugyldig overfor personer i deres situasjon.
- (47) A og B har påberopt seg to grunnlag for at konsernansiennitet, ikke selskapsansiennitet, må legges til grunn overfor dem. Det er for det første EØS-avtalens regler om fri bevegelse for arbeidstakere, og for det andre arbeidsmiljøloven § 15-7 sett i sammenheng med forarbeidsuttalelser til det som nå er arbeidsmiljøloven § 15-3. Jeg finner det hensiktsmessig først å se på forholdet til EØS-retten.
- (48) Det er klart at A og B, ved å gå fra arbeid i et EØS-land til et annet, er beskyttet av EØS-avtalens regler om fri bevegelse for arbeidstakere.
- (49) Prinsippet om fri bevegelse for arbeidstakere fremgår av artikkel 28 i EØS-avtalens hoveddel. Slik EU-domstolen og EFTA-domstolen har utviklet prinsippet, inneholder det et forbud mot nasjonale tiltak som innebærer en restriksjon på arbeidskraftens frie bevegelse, og som ikke er egnede og forholdsmessige tiltak for å ivareta allmenne hensyn som anerkjennes som legitime i de to domstolenes rettspraksis.
- (50) Som restriksjoner regnes for det første diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Forbudet mot slik diskriminering er videre nedfelt i forordning (EU) nr. 492/2011 artikkel 7. Det fremgår uttrykkelig av artikkel 7 nr. 4 i forordningen at forbudet også gjelder som pliktnorm og ugyldighetsregel overfor arbeidslivets parter og overfor den enkelte arbeidsgiver. Med hensyn til artikkel 28 i EØS-avtalens hoveddel er det samme slått fast i EU-domstolens rettspraksis. Jeg viser til sak C-281/98 *Angonese*, dom 6. juni 2000, avsnitt 31–36, om det som nå er artikkel 45 i Traktat om Den europeiske unions virkemåte, tilsvarende EØS-avtalen artikkel 28.

- (51) Både EØS-avtalens hoveddel og forordning (EU) nr. 492/2011 gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven § 1 og EØS-arbeidstakerlova, og begge regelsett er omfattet av forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2.
- (52) At unnlåtelsen av å beregne konsernansiennitet overfor A og B ikke utgjør direkte diskriminering basert på deres nasjonalitet, er klart. Diskrimineringsforbudet omfatter imidlertid også såkalt indirekte diskriminering basert på nasjonalitet, altså ordninger som ikke benytter nasjonalitet som kriterium, men som likevel "etter selve sin karakter i høyere grad kan berøre vandrende end indenlandske arbeidstagere og dermed risikerer navnlig at stille de vandrende arbeidstagere ringere", som EU-domstolen uttrykker det blant annet i sak C-514/12 *Land Salzburg*, dom 5. desember 2013 avsnitt 26.
- (53) A og B har påberopt seg nettopp Land Salzburg-dommen til støtte for at det utgjør indirekte diskriminering ikke å godskrive dem konsernansiennitet. Saken gjaldt en bestemmelse i den østerrikske delstaten Salzburgs lovgivning om at ansatte i delstatens tjeneste fikk godskrevet denne tjenestetiden 100 prosent ved beregning av lønnsansiennitet, mens tjenestetid andre steder bare ble godskrevet med 60 prosent. EU-domstolen kom til at dette utgjorde indirekte forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet og pekte på at arbeidstakere fra andre EU-land høyst sannsynlig ville ha tidligere arbeidserfaring fra disse landene før de gikk i delstaten Salzburgs tjeneste, jf. dommens avsnitt 28. At regelen også ville ramme en god del østerrikske arbeidstakere, kunne da ikke være avgjørende, jf. avsnitt 31. Det avgjørende må altså ha vært at det måtte antas å være vanskeligere for arbeidstakere fra andre EU-land å oppfylle vilkåret om tidligere ansettelse i delstatens tjeneste, enn det var for østerrikske arbeidstakere.
- (54) Med hensyn til en regel om ren selskapsansiennitet ved nedbemanning i konserner ligger det imidlertid etter mitt syn annerledes an. Den regelen gjelder likt for alle som blir ansatt i det norske selskapet uten først å ha vært ansatt i et søsterselskap. Man kan etter min mening ikke anta at de fleste som drar nytte av at konsernet *ikke* benytter konsernansiennitet ved nedbemanninger, vil være norske. Også alle som søker seg til selskapet fra andre EØS-land, vil ha nytte av dette, med mindre de kommer fra et selskap i samme konsern.
- (55) Her må man ta hensyn til at konsernansiennitet i praksis vil bli gjort gjeldende også for arbeidstakere som kommer fra andre konsernselskaper i samme land, ikke bare for arbeidstakere som kommer fra konsernselskaper i andre EØS-land. Konsernansiennitet fremfor selskapsansiennitet kan da like gjerne slå systematisk ut til fordel for innenlandske arbeidstakere, nemlig hvis mobiliteten innad i konsernet først og fremst er innen samme land. Og slik vil det vel ofte være fordi språk, bedriftskultur og lignende forhold gjør det enklere og mer fristende å bytte arbeidsplass internt i samme land fremfor over landegrensene, også innenfor samme konsern.
- (56) Det er riktignok slik at CHC-konsernet bare har ett selskap i Norge, nemlig Helikopter Service. Piloter i selskapet som har hatt hele sin pilotkarriere i Norge, og de fleste av dem er nok norske, har slik sett ikke behov for konsernansiennitet. Det er bare piloter som kommer til Helikopter Service fra CHC-konsernets selskaper i andre EØS-land, og de fleste av dem er formodentlig utlendinger, som vil ha fordel av konsernansiennitet. Men det er en fordel som går på bekostning også av alle piloter i de øvrige EØS-landene som søker seg til Helikopter Service fra selskaper utenfor CHC-konsernet. Slik sett blir dette et spørsmål om å tilgodese piloter som bytter arbeidsplass innad i konsernet, på

bekostning av de antakelig mange flere pilotene, også utenlandske, som kunne ønske seg til Helikopter Service fra stillinger utenfor konsernet. Igjen har jeg vanskelig for å se at dette skulle utgjøre indirekte forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.

- (57) Det følger imidlertid av så vel EU-domstolens som EFTA-domstolens rettspraksis at også ordninger som ikke innebærer direkte eller indirekte diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, kan utgjøre en restriksjon på den frie bevegelse. Det er tilstrekkelig at ordningen – for igjen å sitere EU-domstolen i Land Salzburg-dommen – "forhindrer eller afskrækker en arbeidstager" fra å utnytte retten til fri bevegelse, jf. dommens avsnitt 30. Dette har også vært uttrykt slik at ordninger som "kan gjøre det vanskeligere eller mindre attraktivt" å utnytte denne retten, utgjør restriksjoner, jf. sak C-566/15 *Erzberger*, dom 18. juli 2017 avsnitt 33.
- (58) Det er klart at bruk av selskapsansiennitet fremfor konsernansiennitet ved nedbemanning i det selskapet der man er ansatt, ikke gjør det vanskeligere å få arbeid i selskapet. De ankende parter har imidlertid anført at når den som flytter mellom konsernselskaper i ulike EØS-land, går glipp av opparbeidet ansiennitet i det selskapet man flytter fra, blir det mindre fristende å foreta en slik flytting – og det er nok til at vi står overfor en restriksjon på den frie bevegelse.
- (59) Her peker jeg på at EU-domstolen har satt grenser for hvor langt man kan trekke synspunktet om at alt som kan gjøre flytting over landegrensene mindre fristende, utgjør en restriksjon. I *Erzberger*-dommen pekte domstolen i avsnitt 34–35 på at prinsippet om fri bevegelse for arbeidstakere

"... ikke [kan] garantere en arbeidstager, at en flytning fra dennes opprindelsesmedlemsstat til en annen medlemsstat har neutrale virkninger på det sociale område, idet en sådan flytning, henset til de forskelle, der er mellem medlemsstaternes ordninger og lovgivninger, i det konkrete tilfælde kan være mere eller mindre fordelagtig eller bebyrdende for den pågældende person med hensyn til dette område.

Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 75 og 78 i forslaget til afgørelse, giver artikel 45 TEUF ikke denne arbeidstager ret til at påberåbe sig de arbejdsvilkår i værtsmedlemsstaten, som vedkommende var berettiget til i sin oprindelsesmedlemsstat i overensstemmelse med den nationale lovgivning i sidstnævnte medlemsstat".

- (60) Slik jeg ser det, er det nettopp en slik nøytral virkning vi står overfor her. A og B ville riktignok ha hatt fordel av å "ta med seg" tjenestetiden i andre deler av CHC-konsernet inn i ansiennitetsberegningen til Helikopter Service. Men for alle som kommer utenfra konsernet, også fra andre EØS-land, vil konsernansiennitet snarere være en ulempe som kan fraholde dem fra å søke arbeid i selskaper som praktiserer slik ansiennitet i forbindelse med nedbemanninger.
- (61) Det foreligger altså heller ingen ikke-diskriminerende restriksjon på den frie bevegelse, etter mitt syn. Det er da ikke nødvendig å gå nærmere inn på i hvilken grad forbudet mot ikke-diskriminerende restriksjoner på den frie bevegelse gjelder som pliktnorm også for private parter. Det er heller ikke påkrevd å drøfte nærmere om konsernansiennitet kan rettferdiggjøres i allmenne hensyn som EØS-retten godtar.
- (62) Spørsmålet blir videre om tariffavtalens bestemmelse om selskapsansiennitet ved driftsinnskrenkninger er ugyldig overfor A og B som stridende mot saklighetskravet i

arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd, jf. § 1-9 om lovens ufravikelighet. Paragraf § 15-7 første ledd lyder slik:

"Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold."

- (63) Lovteksten i seg selv gir altså ikke svar på spørsmålet. Bestemmelsen er forstått slik at den ikke medfører en plikt for arbeidsgiver å bygge på ansiennitet ved oppsigelser. Jeg viser her til Ot.prp. nr. 50 (1993–94) side 200 og Rt-1986-879 på side 886–887. Det er imidlertid ikke en logisk nødvendig følge av dette at arbeidsgiver da også må stå helt fritt i hvordan ansiennitetsreglene skal utformes dersom ansiennitet først benyttes ved nedbemanningen.
- (64) De ankende parter har særlig fremhevet en uttalelse i Ot.prp. nr. 41 (1975–76) side 71 som grunnlag for at A og B har krav på at også deres tjenestetid i andre deler av konsernet skal regnes med. Uttalelsen inngår i spesialmotivene til arbeidsmiljøloven 1977 § 58 om oppsigelsesfrister, tilsvarende nåværende arbeidsmiljølov § 15-3. Begge bestemmelser gir anvisning på at oppsigelsesfristen skal fastsettes ut fra ansettelsestidens lengde. Videre heter det at det ved beregningen av ansettelsestid "etter denne paragraf" skal tas hensyn til ansettelsestid i annen virksomhet innenfor konsern som arbeidsgiveren tilhører, eller innenfor en annen gruppe av virksomheter som er knyttet sammen gjennom eierinteresser eller felles ledelse på en slik måte at det er naturlig å se ansettelsesforholdene i sammenheng. I proposisjonen sies det i tilknytning til dette:

"Hovedregelen vil dermed være at det som for arbeidstakeren vil oppleves som en faktisk sammenhengende tilsetting i en virksomhet skal legges til grunn, uavhengig av formelle eierforhold m.v. Regelen bør få betydning som veiledning når det skal vurderes om en oppsigelse er saklig i henhold til § 60, hvor vedkommendes tilsettingstid jevnlig er en viktig faktor i forbindelse med saklighetsvurderingen, se også § 60 nr. 3."

- (65) De ankende parter anfører ikke at man av dette kan utlede et *generelt* krav om at det benyttes konsernansiennitet ved nedbemanning i selskaper som tilhører konserner. Men de mener at det ville være usaklig ikke å gjøre det for personer i deres situasjon. De har da særlig fremhevet at de ulike selskapene innenfor CHC-konsernet hadde et utstrakt samarbeid om utdanning og med utlån av piloter til hverandre, slik de to pilotene her tidligere var blitt utlånt fra CHC Scotia og CHC Danmark til Helikopter Service. Videre har de pekt på selve ansettelsesprosessen, karakterisert som "overføringer", fra CHC Scotia og CHC Danmark til Helikopter Service. Det er på den annen side ikke bestridt at A og B inngikk egne arbeidsavtaler med Helikopter Service.
- (66) Det er en viss uenighet mellom de ankende parter og ankemotparten om hvordan forholdene internt i CHC-konsernet bør beskrives, og det samme gjelder selve ansettelsesprosessen for A og B. Det får imidlertid ikke avgjørende betydning for mitt syn, og jeg kan derfor i den videre drøftelse legge As og Bs beskrivelse til grunn.
- (67) Den siterte uttalelsen i Ot.prp. nr. 41 (1975–76) side 71 ledet ikke frem til en lovregel om konsernansiennitet som utvelgelseskriterium ved nedbemanninger. Det må ses på som et bevisst valg fra lovgivers side, ikke minst fordi de samme forarbeidene peker på at man hadde en slik regel i Sverige. Det er for øvrig noe uklart hvordan uttalelsen skal forstås, men det kan være at man særlig har tatt sikte på ansiennitetsregler som er ensidig fastsatt av arbeidsgiver. Forholdet til tariffavtaler er ikke berørt i uttalelsen. En bestemmelse om

at oppsigelser ved driftsinnskrenkninger som utgangspunkt skal skje etter ansiennitet, kom først inn i hovedavtalen mellom LO og NHO i 1982.

- (68) Jeg kan ikke se at forarbeidsuttalelsen i Ot.prp. nr. 41 (1975–76) side 71 gir det nødvendige rettsgrunnlag for å sette til side tariffavtalens bestemmelse om selskapsansiennitet som ugyldig, til fordel for en rett for A og B til å få beregnet konsernansiennitet. Jeg peker i denne forbindelse på at Høyesterett har inntatt den holdning at domstolene skal være tilbakeholdne med å sette til side avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstakersiden om hvordan nedbemanning skal skje i konkrete situasjoner. Jeg viser til Rt-2001-71 på side 82 og HR-2017-561-A avsnitt 72–74.
- (69) Man kan nok ha forståelse for at A og B har oppfattet det som urimelig at deres tjenestetid i andre CHC-selskaper ikke blir regnet med, gitt deres beskrivelse av samarbeidet mellom konsernselskapene og omstendighetene rundt deres overgang til Helikopter Service. Men det ble i dette tilfellet avtalt mellom arbeidsgiveren og arbeidstakersiden at ansiennitetsprinsippet nedfelt i tariffavtalen ikke skulle suppleres med noen form for konkrete rimelighetskriterier. Ved nedbemanninger er det gode grunner til å bruke kriterier som gir forutberegnelighet og størst mulig grad av likebehandling. Da må man også akseptere at rommet for konkret rimelighet blir mindre, og at kriteriene kan slå hardere ut for noen arbeidstakere enn for andre.
- (70) Ankene må etter dette forkastes.
- (71) Etter tvisteloven § 20-2 første ledd har den part som vinner saken, krav på å få erstattet sine sakskostnader. Det kan imidlertid gjøres unntak dersom tungtveiende grunner gjør det rimelig, jf. § 20-2 tredje ledd. Jeg peker i denne forbindelse på at spørsmålet om konsernansiennitet har vært gjenstand for tvil i juridisk teori. Johansen og Stueland, Arbeidsmiljøloven, kommentarer og praksis, gir på side 747–748 i 2011-utgaven uttrykk for at ansettelsestid i andre virksomheter innenfor samme konsern ikke skal regnes med, mens de på side 834 i 2015-utgaven på bakgrunn av forarbeidsuttalelsen skriver at dette "trolig [er] feil" og gir uttrykk for at "[s]pørsmålet bør avklares". Høyesterettsbehandling av anken har tjent til slik avklaring, til generell nytte for arbeidsgiver.
- (72) Etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd skal det videre legges vekt om saken er av velferdsmessig betydning, og om styrkeforholdet mellom partene tilsier et slikt fritak. Også dette taler for å fritta de ankende parter for sakskostnadsansvar for Høyesterett.
- (73) Jeg stemmer etter dette for slik

D O M :

1. Ankene forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (74) Dommer **Noer**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

- (75) Dommer: **Berglund:** Likeså.
- (76) Dommer **Arntzen :** Likeså.
- (77) Dommer **Endresen:** Likså.
- (78) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Ankene forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: