



NORGES HØYESTERETT

Den 28. februar 2019 avsa Høyesterett bestående av dommerne Matningsdal, Møse, Normann, Ringnes og Falch dom i

HR-2019-424-A, (sak nr. 18-048786SIV-HRET), sivil sak, anke over dom:

Skanska Norge AS (advokat Jarl Borgvin Dørre – til prøve)

Næringslivets Hovedorganisasjon (advokat Kurt Weltzien)
(partshjelper)

mot

Inge Kristian Einset
Richard Mark Bell
Jim Aune
Kolbjørn Dolmseth
Bent Åge Andersen
Egil Grongstad (advokat Edvard Bakke – til prøve)

Landsorganisasjonen i Norge (partshjelper) (advokat Elisabeth Susan Grannes)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Falch**: Saken gjelder gyldigheten av oppsigelser av seks arbeidstakere som ledd i en nedbemanning. Spørsmålet er særlig hvilken vekt arbeidsgiveren, ved utvelgelsen, må legge på arbeidstakernes ansiennitet.
- (2) Skanska Norge AS – heretter Skanska – er et stort entreprenørselskap, som med datterselskaper sysselsetter omkring 4 000 ansatte. Selskapet inngår i Skanska-konsernet, som har hovedkontor i Sverige.
- (3) Våren 2016 gjennomførte Skanska en nedbemanning, etter blant annet å ha tapt flere anbudskonkurranser. Arbeidsstokken ble redusert med omkring 100 arbeidstakere i to

enheter i anleggsdivisjonen, som samlet sysselsatte omkring 600 fagarbeidere. Knappt halvparten av de 100 ble oppsagt.

- (4) De seks ankemotpartene var blant de oppsagte. Tre av dem var forskalingsnekkere og de tre andre anleggsmaskinførere. Deres tjenestetid – ansiennitet – i Skanska var fra fem og et halvt år til elleve år. Mange arbeidstakere med kortere ansiennitet ble ikke sagt opp. Årsaken var at Skanska ved utvelgelsen særlig la vekt på kompetanse og faglig dyktighet.
- (5) Før oppsigelsene skjedde gjennomførte Skanska flere drøftelsesmøter med den hovedtillitsvalgte. Det ble der oppnådd enighet om behovet for nedbemanning, dens størrelse, utvelgelseskretsen og de kriterier selskapet skulle benytte ved selve utvelgelsen. Dette kommer jeg tilbake til. Det ble også gjennomført drøftelsesmøter med hver enkelt ansatt som var utvalgt til oppsigelse, og i ettertid ble det gjennomført forhandlingsmøter.
- (6) Åtte oppsagte, blant dem ankemotpartene, reiste søksmål for Oslo tingrett med krav om at oppsigelsene av dem var ugyldige og at de skulle tilkjennes erstatning. Tingretten frifant Skanska i dom 17. februar 2017.
- (7) Alle åtte anket til Borgarting lagmannsrett. Under saksforberedelsen ble saken hevet for to av dem. Lagmannsretten avsa 12. februar 2018 dom med denne domsslutningen:
 - "1. Oppsigelsene av Richard Mark Bell, Inge Kristian Einset, Bent Åge Andersen, Jim Aune, Kolbjørn Dolmseth og Egil Grongstad kjennes ugyldige.**
 - 2. Skanska Norge AS betaler erstatning til Richard Mark Bell, Inge Kristian Einset, Jim Aune, Kolbjørn Dolmseth og Egil Grongstad med 50 000 – femtitusen – kroner til hver og til Bent Åge Andersen med 240 836 – tohundreogførtitusenåttehundreogtrettiseks – kroner innen to uker fra dommen blir forkynt med tillegg av forsinkelsesrente fra forkynnelsen og til betaling skjer.**
 - 3. Skanska Norge AS betaler i sakskostnader for lagmannsretten 774 493 – sjuhundreogstøttifiretusenfemhundreognittitre – og for tingretten 525 563 – femhundreogtjuefemtusenfemhundreogsekstitre – kroner til de ankende parter innen to uker fra dommen blir forkynt."**
- (8) Lagmannsretten kom til at Skanska hadde anvendt ansiennitetsprinsippet uriktig, slik dette fremgår av § 8-2 i Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) 2014-2017. Lagmannsretten la også vekt på at Skanskas saksbehandling ikke var forsvarlig. Erstatningen ble tilkjent etter arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd, jf. § 15-7.
- (9) Skanska har anket til Høyesterett og gjort gjeldende at lagmannsrettens rettsanvendelse er uriktig. NHO har erklært partshjelp til fordel for Skanska, og LO har erklært partshjelp til fordel for de oppsagte ankemotpartene.
- (10) Som følge av NHOs partshjelp, og før Høyesteretts ankeutvalg 20. april 2018 henviste anken til behandling i Høyesterett, anla LO sak mot NHO for Arbeidsretten med påstand om at den nevnte Hovedavtalen § 8-2 skal forstås slik at "ansiennitet er utgangspunktet ved utvelgelse av arbeidstakere til oppsigelse". NHO påsto seg frifunnet. Saksforberedende dommer i Høyesterett besluttet i kjennelse 28. juni 2018 å stanse saken frem til avgjørelse forelå i Arbeidsretten, se HR-2018-1268-F.

- (11) NHO og LO forlikte saken i forhandlingsmøter 15. og 31. oktober 2018. Jeg kommer tilbake til innholdet i forliket. Saken ble derfor hevet for Arbeidsretten 8. november 2018, se AR-2018-24, og saksbehandlingen fortsatte i Høyesterett.
- (12) Den ankende part – *Skanska Norge AS* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (13) Lagmannsretten har anvendt feil norm etter arbeidsmiljøloven § 15-7 og Hovedavtalen § 8-2. Det er ikke riktig at ansiennitet er "hovedregelen" ved utvelgelse av arbeidstakere til oppsigelse, og det er heller ikke korrekt at arbeidsgiver må påvise klare kompetanseforskjeller eller andre tungtveiende grunner for å kunne fravike ansiennitetsprinsippet. Den enigheten som ble inngått med den hovedtillitsvalgte, ligger innenfor det spillerom arbeidsgiver har etter de nevnte bestemmelsene.
- (14) Subsidiært er det en rettsanvendelsesfeil at lagmannsretten ikke vurderte og tok stilling til om de feil den fant, har hatt betydning for de enkelte oppsigelsenes gyldighet. Saksbehandlingsfeil leder ikke automatisk til ugyldighet.
- (15) Skanska Norge AS har fremsatt denne påstanden:
- "1. Borgarting lagmannsretts dom oppheves.**
 - 2. Skanska Norge AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."**
- (16) Partshjelperen – *Næringslivets Hovedorganisasjon* – har sluttet seg til Skanskas anførsler. Det er særlig fremhevet at Hovedavtalen § 8-2, sett i lys av forliket NHO inngikk med LO, ikke skal forstås slik at ansiennitet er gitt særlig prioritet ved utvelgelsen, ut over å være et moment arbeidsgiver alltid må ta i betraktning.
- (17) Næringslivets Hovedorganisasjon har fremsatt denne påstanden:
- "1. Borgarting lagmannsretts dom oppheves.**
 - 2. Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) tilkjennes sakens omkostninger."**
- (18) Ankemotpartene – *Inge Kristian Einset, Richard Mark Bell, Jim Aune, Kolbjørn Dolmseth, Bent Åge Andersen og Egil Grongstad* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (19) Lagmannsretten har tolket og anvendt Hovedavtalen § 8-2 riktig ved å legge til grunn at ansienniteten er utgangspunktet for utvelgelsen. Det kreves momenter av en viss styrke for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen. Normalt kreves klar forskjell i dyktighet og erfaring eller andre tungtveiende grunner. Den lokale enigheten med hovedtillitsvalgte endret ikke dette.
- (20) Lagmannsretten har dessuten stilt korrekte krav til arbeidsgivers saksbehandling. De feil lagmannsretten fant – basert på bevisvurderinger – er tilstrekkelige til at oppsigelsene er ugyldige. Det kreves ikke at lagmannsretten også drøfter om feilene kan ha virket inn på oppsigelsene. Skanska hadde ikke frembragt et tilstrekkelig faktisk grunnlag som gjorde det mulig å vurdere hvilke arbeidstakere som skulle omfattes av nedbemanningen.

(21) Inge Kristian Einset, Richard Mark Bell, Jim Aune, Kolbjørn Dolmseth, Bent Åge Andersen og Egil Grongstad har fremsatt denne påstanden:

- "1. Anken forkastes.
2. Richard Bell, Inge Kristian Einset, Bent Åge Andersen, Jim Aune, Kolbjørn Dolmseth og Egil Grongstad tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."**

(22) Partshjelperen – *Landsorganisasjonen i Norge* – har sluttet seg til ankemotpartenes anførsler. Det er særlig fremhevet at Hovedavtalen § 8-2 må forstås slik at den oppstiller en terskel for å kunne fravike ansiennitetsprinsippet. Det er dekkende å beskrive dette prinsippet både som utgangspunktet og hovedregelen.

(23) Landsorganisasjonen i Norge har fremsatt denne påstanden:

"Landsorganisasjonen i Norge tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."

(24) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*

(25) *Innledning*

(26) Jeg konstaterer først at partene har vært, og er, enige om at Skanska hadde anledning til å nedbemanne og å si opp ansatte i det omfang selskapet gjorde. Det er også enighet om at utvelgelseskretsen var fagarbeiderne i de to enhetene i anleggsdivisjonen. Uenigheten knytter seg bare til hvem som innenfor denne kretsen skulle sies opp.

(27) Lagmannsretten la til grunn at Skanska, ved å fravike ansiennitetsprinsippet til ankemotpartenes ugunst, har brutt Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017 – som jeg her bare omtaler som Hovedavtalen – § 8-2 første ledd. Jeg tar først stilling til Skanskas anførsel om at lagmannsrettens forståelse og anvendelse av bestemmelsen er uriktig.

(28) *Arbeidsmiljøloven § 15-7*

(29) Jeg tar utgangspunkt i arbeidsmiljølovens regler. Paragraf 15-7 første og andre ledd har denne ordlyden:

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

Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker. Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker."

(30) Det fremgår at en oppsigelse, også når den skyldes virksomhetens forhold, må være "saklig begrunnet". Dette innebærer at ikke bare behovet for nedbemanning, dens størrelse og utvelgelseskretsen må være saklig begrunnet, men også selve utvelgelsen av arbeidstakere til oppsigelse.

(31) Ansiennitet vil utvilsomt være ett saklig kriterium å bygge utvelgelsen på, og da slik at arbeidstakerne med kortest tjenestetid i virksomheten rammes først. Tjenestetidens lengde

er en objektiv størrelse, den korresponderer ikke sjelden med erfaring og ferdigheter, og den kan reflektere arbeidstakerens lojalitet til bedriften.

- (32) Men samtidig er det klart at arbeidsgiveren også kan basere utvelgelsen på andre kriterier, typisk kvalifikasjoner, faglig dyktighet og kompetanse. Bruk av slike kriterier kan bidra til virksomhetens overlevelse, eller i det minste til å styrke dens framtidsutsikter. Jeg nøyer meg her med å vise til Rt-1986-879 på side 886 og 887, Hillesland-dommen, hvor det heter:

"Det er ikke nødvendig for avgjørelsen av den foreliggende sak generelt å ta standpunkt til den rettslige betydningen av ansettelsestiden ved bedriften. Selv om jeg må gå ut fra at et ansiennitetsprinsipp i vid utstrekning følges ved driftsinnskrenkninger, er det nemlig på det rene at også andre hensyn teller med. ...

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

- (33) Uttalelsen er knyttet til den tidligere arbeidsmiljøloven § 60, men regelen er videreført uendret i § 15-7, se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 335.
- (34) Endelig fremhever jeg at et hensyn som alltid må trekkes inn før oppsigelse finner sted, er de sosiale og andre hensyn som knytter seg til den enkelte arbeidstakeren, se § 15-7 andre ledd andre setning. Saklighetsvurderingen må derfor alltid gjøres konkret.
- (35) Som ledd i saklighetsvurderingen stilles også krav til arbeidsgiverens saksbehandling. Disse kravene kommer jeg tilbake til senere.
- (36) *Betydningen av Hovedavtalen*
- (37) Tariffbundne virksomheter er i tillegg bundet av de begrensninger som måtte følge av tariffavtalen. Skanska er medlem i NHO og var på oppsigelsestidspunktet bundet av Hovedavtalen.
- (38) Jeg peker her på at Arbeidsretten etter arbeidstvistloven § 33, jf. § 1 bokstav i, har eksklusiv kompetanse til å avgjøre tvister mellom tariffpartene om forståelsen av tariffavtalen, se HR-2017-777-A avsnitt 26. Men dette hindrer ikke hver enkelt arbeidstaker fra å påberope seg tariffavtalen i de alminnelige domstolene, som grunnlag for krav mot den tariffbundne arbeidsgiveren. I slike tilfeller må de alminnelige domstolene ta stilling til hvordan tariffavtalen er å forstå, som ledd i sin avgjørelse av tvisten, se HR-2018-1268-F avsnitt 10. De individuelle rettighetene arbeidstakerne måtte ha fått i tariffavtalen, blir på den måten effektivt håndhevet. En annen sak er at de alminnelige domstolenes forståelse av tariffavtalen ikke binder tariffpartene, heller ikke når de – her NHO og LO – har opptrådt som partshjelpere.
- (39) De alminnelige domstolene er bundet av den forståelse av tariffavtalen som Arbeidsretten har fastslått. I mangel av slik avgjørelse må de alminnelige domstolene tolke tariffavtalen på den måten og etter de prinsipper Arbeidsretten gjør. Tariffavtalens ordlyd står da

sentralt. Jeg nøyer meg her med å vise til HR-2018-1036-A avsnitt 70 med videre henvisninger.

(40) *Innholdet av Hovedavtalen § 8-2*

(41) Hovedavtalen § 8-2 første ledd har denne ordlyden:

"Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn."

(42) Det forliket LO og NHO inngikk 15. og 31. oktober 2018 "vedrørende forståelsen av Hovedavtalen LO – NHO § 8-2", som jeg omtalte innledningsvis, har denne ordlyden:

"Av Hovedavtalen LO – NHO § 8-2 første ledd følger at ansiennitet danner utgangspunktet for utvelgelse av arbeidstakere for oppsigelse. Dette innebærer at tjenestetiden er et moment som skal tas i betraktning ved vurderingen av hvem som skal gis oppsigelse. Hvilken vekt ansienniteten 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."

(43) Formuleringen er den samme som den Arbeidsretten brukte i ARD-2009-48 avsnitt 34, Securitas-dommen. Dommen gjaldt permitteringsregelen i Hovedavtalen § 8-1 nr. 3, som ellers har samme ordlyd og historikk som § 8-2 første ledd.

(44) Jeg legger derfor til grunn at forliket får anvendelse på Skanskas oppsigelser i 2016. Partene er også enige om det. Forliket må fortolkes etter de samme prinsipper som Hovedavtalen selv.

(45) Det følger av § 8-2 første ledd at det er arbeidsgivers *fravikelse* av ansiennitetsprinsippet som krever saklig grunn. Ansiennitetsprinsippet er derfor gitt en særstilling som det ikke er gitt i arbeidsmiljøloven § 15-7. Etter Hovedavtalen § 8-2 er ansiennitetsprinsippet "utgangspunktet", slik det uttrykkes i forlikets *første* setning. Vurderingen må med andre ord begynne der.

(46) Av forlikets *andre* setning fremgår at ansienniteten er et pliktig moment ved utvelgelsen av arbeidstakere til oppsigelse. Arbeidsgiver kan derfor aldri la være å ta i betraktning ansienniteten til de arbeidstakerne som inngår i utvelgeskretsen.

(47) Når det derimot gjelder vekten av dette momentet, følger det av forlikets *tredje* setning at den beror på en "totalbedømmelse". Det er derfor vanskelig å utlede av ordlyden at det *generelt* gjelder en særskilt terskel for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen. Vekten må avgjøres konkret.

(48) *Tariffavtalehistorikken*

(49) Partene og partshjelperne har på ulike måter trukket frem tariffavtalehistorikken til støtte for sine syn.

(50) Første gang en regel av denne karakter kom inn i Hovedavtalen, var i 1982. Paragraf 9-3 nr. 3 bokstav e fikk da den ordlyd at ved oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkninger og omlegginger, skulle ansienniteten følges "under ellers like vilkår".

- (51) Dagens regel, slik jeg allerede har sitert den, kom inn i Hovedavtalen fra 1994 § 9-12. LO hadde foreslått at ansienniteten "skal ... følges, med mindre det foreligger saklig grunn til å fravike denne". Forslaget var begrunnet i at vilkårene for å fravike ansiennitet "må klargjøres og strammes inn". NHO fremsatte et motforslag som snarere tonet ned betydningen av ansiennitet. Etter forhandlinger, som det ikke er fremlagt dokumentasjon fra, ble partene enige om den teksten som fremdeles står, nå i § 8-2. I forhandlingsprotokollen fra 18. til 21. oktober 1993, hvor enighet ble oppnådd, heter det at "alle realitetsendringer er uthevet", og den nye teksten i det som ble § 9-12 er uthevet. Men i tillegg er det inntatt en protokolltilførsel til bestemmelsen, visstnok etter krav fra NHO, med denne ordlyden:

"Tekstendringene innebærer ikke endring i gjeldende rettspraksis."

- (52) Det forelå den gang noe rettspraksis om den regelen som hadde kommet inn i Hovedavtalen fra 1982. Regelen er omtalt i den nevnte Hillesland-dommen, og ellers hadde den vært anvendt i noen lagmannsrettsdommer. I RG-1990-1098 på side 1105, Spennbetong-dommen, ble uttrykt at ansienniteten vil inngå som et "moment ... dersom vilkårene ikke er like". I RG-1985-128 på side 133, Brynildsen-dommen, fremgår at en "klar forskjell i dyktighet og erfaring ... vil ofte være tilstrekkelig" for å kunne fravike ansiennitetsprinsippet. Men det fremgår ikke om en slik forskjell er et nødvendig vilkår, og det er ikke helt klart om dette i tilfelle utledes av Hovedavtalen eller av arbeidsmiljøloven.
- (53) Jeg er derfor ikke enig i at den rettspraksis som forelå frem til 1994, og som protokolltilførselen derved viser til, tilsier at ansiennitetsprinsippet den gang var gitt en særlig vekt i andre tilfeller enn hvor arbeidstakernes situasjon – "vilkårene" – var like. Tariffavtalehistorikken gir derfor ikke noe særlig bidrag til tolkningen av dagens regel, ut over det ordlyden i § 8-2 og forliket i 2018 selv gir.
- (54) *Arbeidsrettens praksis*
- (55) Jeg går så over til å se på Arbeidsrettens praksis. Som nevnt inneholder ARD-2009-48 avsnitt 34, Securitas-dommen, en formulering som er den samme som i forliket mellom LO og NHO høsten 2018. I forlengelsen siterte Arbeidsretten fra ARD-1997-201, for så vidt gjelder spørsmålet om hva som kan betraktes som saklig grunn:

"Etter hovedavtalens § 8-1 nr. 3 kan ansiennitetsrekkefølgen fravikes ved permittering når det foreligger 'saklig grunn'. Ved vurderingen av om saklig grunn foreligger, vil faglige kvalifikasjoner, sosiale og andre hensyn, så vel som ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller, være momenter av betydning. ... Hvorvidt en fravikelse av ansiennitetsrekkefølgen er berettiget må avgjøres konkret. ... Retten bemerker også at saklighetsvurderingen ved utvelgelse ikke stiller seg på samme måte ved permittering som ved oppsigelse. Permittering er i motsetning til oppsigelse et midlertidig tiltak som forutsetter at arbeidstakerne vil bli gjeninntatt i arbeid. Saklighetskravet i hovedavtalens § 8-1 nr. 3 må forstås i samsvar med dette."

- (56) ARD-2006-286 avsnitt 72, Schøyens Bilcentraler-dommen, gjaldt forståelsen av funksjonærhovedavtalen LO-NHO, hvor det heter:

"Etter funksjonærhovedavtalens § 9-12 første punktum 'kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn'. Bestemmelsen må etter flertallets syn forstås slik at den gir anvisning på at ansiennitetsfravik må bero på en konkret vurdering og avveining av

ulike forhold og hensyn. Det følger av bestemmelsen at ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller er faktorer som må tas i betraktning i en slik sammenheng."

- (57) Jeg viser også til ARD-2016-151 avsnitt 81, Nokas-dommen, som gjaldt Hovedavtalen § 8-2, hvor det uttrykkes:
- "Som påpekt av saksøker [LO] vil 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."**
- (58) Endelig nevner jeg AR-2018-18 avsnitt 40, NRK-dommen, hvor en tilsvarende regel i en annen tariffavtale ble betegnet som "en rettslig standard som stiller krav til arbeidsgivers vurderinger ut over det som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7".
- (59) *Oppsummering av saklighetsnormen i § 8-2*
- (60) Tariffavtalehistorikken og særlig Arbeidsrettens praksis understøtter etter min mening det jeg mener følger av ordlyden i § 8-2 første ledd, sett i sammenheng med forliket mellom LO og NHO høsten 2018. Jeg er derfor ikke enig med ankemotpartene og LO i at det kan utledes en generelt formulert terskel for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen ved utvelgelse til oppsigelse.
- (61) Utvelgelsen vil måtte bero på en totalbedømmelse, hvor vil inngå på den ene siden ansiennitetenes og ansiennitetsforskjellenes lengde, og på den andre siden styrken i de kriteriene arbeidsgiveren ellers påberoper seg. Vekten av de sistnevnte kriteriene vil kunne variere etter virksomhetens situasjon og behov. I større bedrifter, og ved større nedbemanninger, gjør det seg dessuten ofte gjeldende særlige hensyn, se den nevnte Nokas-dommen avsnitt 84, også knyttet til behovet for å gruppere arbeidstakerne etter mer objektive kriterier. Endelig må arbeidstakerens individuelle forhold alltid hensyntas, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd.
- (62) Av denne grunn kan det etter mitt syn gi misvisende assosiasjoner å karakterisere ansiennitetsprinsippet som en "hovedregel". Uttrykket kan i denne sammenheng gi inntrykk av at det skal noe mer til for å fravike ansiennitetsrekkefølgen enn hva jeg mener det er rettslig grunnlag for. Jeg vil derfor unngå å bruke begrepet her, slik også NHO og LO gjorde i forliket høsten 2018.
- (63) *Betydningen av lokal enighet*
- (64) Jeg går så over til å behandle hvilken betydning enigheten som ble oppnådd lokalt mellom Skanska og den hovedtillitsvalgte, har for Skanskas spillerom i nedbemanningen.
- (65) I første protokoll 18. januar 2016 fremgår at partene "er enige om" å anvende – i uprioritert rekkefølge – utvelgelseskriteriene kompetanse, reisevillighet/mobilitet, ansiennitet og særlige sosiale forhold. Dernest heter det at utvelgelsen vil basere seg på en totalvurdering, og at "partene er enige i at kompetanse/faglig dyktighet vektlegges sterkt". I andre protokoll 28. januar 2016 fremgår at "[k]ompetanse og faglig dyktighet tillegges stor vekt", og det er også angitt en rekke underkategorier som dette inkluderer. I tredje protokoll 16. februar 2016 ble utvelgelseslisten gjennomgått. Det fremgår at diskusjonene var "kompliserte" og at "[s]ærlig er diskusjoner om kompetanse opp i mot ansiennitet krevende". Avslutningsvis fremgår at den tillitsvalgte "understreker at dette ikke er en

aksept for at ansiennitetsprinsippet skal fravikes i en totalvurdering og at dokumentasjon ved en slik fravikelse er viktig".

- (66) Det kan spørres om disse protokollene skal anses som uttrykk for lokale tariffavtaler, jf. arbeidstvistloven § 1 bokstav e. Spørsmålet har ikke vært fullt ut prosedert, og det er ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet her. Det er under enhver omstendighet klart at en slik enighet som utgangspunkt må ligge innenfor det spillerommet Skanska er gitt etter arbeidsmiljøloven og Hovedavtalen. Men enigheten vil være et tungtveiende moment ved selve saklighetsbedømmelsen, se HR-2017-561-A avsnitt 72, Posten II-dommen, for bedømmelsen under arbeidsmiljøloven, samt ARD-2006-286 avsnittene 73 og 74, Schøyens Bilcentraler-dommen, og AR-2018-18 avsnitt 53, NRK-dommen, for bedømmelsen under Hovedavtalen.
- (67) I dette tilfellet var det oppnådd enighet lokalt om at Skanska kunne vektlegge kompetanse og faglig dyktighet i totalbedømmelsen. Men det er etter min mening ikke helt avklart hvor stor vekt disse hensynene konkret skal gis, blant annet fordi den hovedtillitsvalgte tok det forbeholdet som jeg nevnte. Så langt den rakk, må imidlertid enigheten få stor vekt i saklighetsvurderingen.
- (68) *Lagmannsrettens anvendelse av saklighetsnormen*
- (69) Jeg går så over til å se på om lagmannsrettens tolkning og anvendelse av saklighetsnormen i Hovedavtalen § 8-2 første ledd er i samsvar med den forståelse av normen som jeg har gitt uttrykk for.
- (70) Lagmannsretten legger innledningsvis korrekt til grunn 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".
- (71) Deretter går lagmannsretten inn på den *vekt* som Skanska kunne legge på arbeidstakernes varierende kompetanse. I den forbindelse har lagmannsretten enkelte uttalelser som går ut på at det normalt kreves en "klar forskjell" i dyktighet og erfaring før ansiennitetsprinsippet kan fravikes. Lagmannsretten omtaler også ansiennitetsprinsippet som en "hovedregel" som det kan gjøres "unntak" fra ved saklig grunn. Og i sin avsluttende bedømmelse uttrykker lagmannsretten at Skanska ikke har vist at ansatte med kortere ansiennitet enn anketoppartene "har så vidt mye bedre kompetanse at dette oppveier ansiennitetsavviket, eventuelt at andre tungtveiende grunner begrunner fravik".
- (72) Disse formuleringene indikerer etter min mening at lagmannsretten har lagt større vekt på ansiennitetsprinsippet enn det jeg mener at § 8-2 første ledd gir grunnlag for. Jeg utelukker ikke at vesentlige kompetanseskjeller i visse tilfelle må kreves for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen. Men dette forutsetter typisk relativt betydelige ansiennitetsforskjeller i den oppsagtes favør, noe dommen ikke gir nærmere opplysninger om. Det forhold at Skanska ikke var i noen "dramatisk eller prekær" økonomisk situasjon, kan etter min mening ikke begrunne anvendelsen av en slik terskel som lagmannsretten her har anvendt.
- (73) Så langt er jeg derfor enig med Skanska og NHO i at lagmannsrettens rettsanvendelse er uriktig.

- (74) *Skanskas saksbehandling*
- (75) Lagmannsretten fant i tillegg alvorlige feil i Skanskas saksbehandling som ledet frem til oppsigelsene.
- (76) Det er ikke tvilsomt at arbeidsgiver må gjennomføre en forsvarlig, og for domstolene etterprøvbar, saksbehandling som grunnlag for utvelgelse til oppsigelse ved nedbemanning. Resultatet kan, i mangel av en slik forsvarlig saksbehandling, bli at oppsigelsene kjennes ugyldige. For bedømmelsen etter arbeidsmiljøloven § 15-7 viser jeg til Rt-2015-1332 avsnitt 36, Gresvig-dommen, Rt-1984-1058 på side 1067, Haslund-dommen, og til LG-2018-7314, Bravida-dommen.
- (77) For bedømmelsen etter Hovedavtalen § 8-2 viser jeg til ARD-2009-48 avsnitt 42, Securitas-dommen. Arbeidsretten kom der til at bedriften, ved utvelgelse til permittering, "ikke hadde et tilstrekkelig grunnlag for å kunne foreta en forsvarlig avveining av de relevante hensyn". Hovedinntrykket var at saken var "for dårlig opplyst", og Arbeidsretten kom til at "det ikke er mulig å foreta en full etterprøving av om utvelgelsen var saklig". Permitteringen ble derfor kjent tariffstridig. Det kan ikke være tvilsomt at det samme må gjelde ved oppsigelser.
- (78) I vår sak uttalte lagmannsretten følgende om Skanskas saksbehandling:
- "Den første runden med informasjonsinnhenting ble igangsatt før kriteriene for utvelgelsen var endelig avklart med hovedtillitsvalgt. Da listene ble sendt ut, ble det først og fremst bedt om innspill knyttet til arbeidstakere som ble vurdert som faglig svake og/eller lite anvendelige. Det kom også inn tilbakemeldinger på arbeidstakere som lederne anså som lite arbeidsvillige og brysomme. Lagmannsretten må da legge til grunn at man ble sittende igjen med et utvalg av arbeidstakere som noen ledere på de ulike anleggene mente at det var formålstjenlig å vurdere for oppsigelse. Senere ble disse listene revidert i flere runder, slik at enkelte ble tatt ut, for eksempel fordi de fremkom ulike syn hos lederne på vedkommende. Det er derimot ikke godtgjort at andre arbeidstakere ble tatt inn på listene for ny vurdering. Resultatet blir da at bare et lite mindretall av fagarbeiderne ble gjenstand for en reell vurdering. Det forhold at alle ansatte var med på listene med alder, ansiennitet og eventuelle fagbrev, endrer ikke på dette."**
- (79) Da det bare er anket over rettsanvendelsen, er Høyesterett bundet av det faktum lagmannsretten her har bygget på. Når lagmannsretten kom til at Skanska, som grunnlag for å fravike ansiennitetsrekkefølgen, gjorde en reell vurdering av "bare et lite mindretall" innenfor utvelgelseskretsen, vil vurderingen være for smal og ufullstendig å bygge oppsigelsene på. Domstolens etterprøving av sakligheten vil da ikke kunne skje på betryggende måte.
- (80) Lagmannsretten pekte i fortsettelsen på at arbeidstakernes realkompetanse i og for seg kunne vektlegges i nedbemanningen, men at dette blir "[m]er problematisk" når Skanska benyttet så skjønnsmessige underkriterier som kreativitet, selvstendighet og omdømme. Da kreves, etter lagmannsrettens syn, "at dette kan belegges med solid dokumentasjon", særlig hvis vedkommende ikke tidligere har blitt konfrontert med arbeidsgiverens misnøye.
- (81) Dette er jeg enig i, og da kanskje særlig ved oppsigelse av fagarbeidere. Dess mer skjønnsmessige og subjektive kriteriene da er, dess bedre dokumentasjon må etter min mening kreves.

- (82) Skanska har anført at det var en feil av lagmannsretten å bygge på disse saksbehandlingsfeilene uten også å ta stilling til om de har hatt betydning for resultatet. Dette er jeg ikke enig i. I en situasjon som den lagmannsretten beskriver, hvor *fundamentet* for domstolskontrollen svikter, kan domstolene ikke på forsvarlig måte gjennomføre en individuell, konkret totalbedømmelse av sakligheten på arbeidsgiverens vegne. Det vil da ikke uten videre være klart at utfallet ville blitt det samme etter en bredere vurdering, se Gresvig-dommen avsnitt 36.
- (83) *Oppsummering*
- (84) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsretten har krevd mer for at Skanska kunne fravike ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 8-2 første ledd enn hva regelen gir grunnlag for. Det er, etter omstendighetene, saklig å fravike ansiennitetsrekkefølgen ved utvelgelse til oppsigelse uten at forskjellene i kompetanse og dyktighet er vesentlige.
- (85) Denne feilen får imidlertid ikke betydning her, fordi Skanskas saksbehandling – basert på lagmannsrettens bevisbedømmelse – var så vidt mangelfull at oppsigelsene av den grunn må settes til side som usaklige.
- (86) Anken blir derfor å forkaste.
- (87) *Sakskostnader*
- (88) Ankemotpartene har vunnet saken, og de har i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på dekning av sine sakskostnader for Høyesterett. Jeg finner ikke grunn til å gjøre unntak fra denne hovedregelen. Ankemotpartene har fremlagt oppgave på til sammen 627 000 kroner, hvorav 600 000 kroner er salær til prosessfullmektigen og resten dekning av utgifter. Jeg mener oppgaven må tas til følge. Sakskostnadsansvaret må også pålegges NHO, jf. § 20-1 tredje ledd.
- (89) Også LO har fremsatt krav om dekning av sakskostnader og har i samsvar med den samme hovedregelen i utgangspunktet krav på det. Jeg finner imidlertid for LOs del grunn til å anvende unntaksregelen i § 20-2 tredje ledd, fordi tungtveiende grunner tilsier det. Jeg peker i den forbindelse på at det fra Skanskas og NHOs side har vært god grunn til å få anken prøvd, fordi den har reist uavklarte spørsmål knyttet til forståelsen av Hovedavtalen § 8-2. Det er i de uavklarte rettsspørsmålene LO har engasjert seg, uten å ha fått medhold i det vesentlige i sitt syn på tolkningen av bestemmelsen. Jeg peker også på at det overfor LO ikke gjør seg gjeldende slike velferdsmessige grunner som kunne tilsi at unntaksregelen ikke burde anvendes.

(90) Jeg stemmer etter dette for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Skanska Norge AS og Næringslivets Hovedorganisasjon, en for begge og begge for en, 627 000 – sekshundreogtjuesjatusen – kroner til Inge Kristian Einset, Richard Mark Bell, Jim Aune, Kolbjørn Dolmseth, Bent Åge Andersen og Egil Grongstad i fellesskap innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
3. Sakskostnader til Landsorganisasjonen i Norge tilkjennes ikke.

(91) Dommer **Ringnes:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(92) Dommer **Møse:** Likeså.

(93) Dommer **Normann:** Likeså.

(94) Dommer **Matningsdal:** Likeså.

(95) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Skanska Norge AS og Næringslivets Hovedorganisasjon, en for begge og begge for en, 627 000 – sekshundreogtjuesjatusen – kroner til Inge Kristian Einset, Richard Mark Bell, Jim Aune, Kolbjørn Dolmseth, Bent Åge Andersen og Egil Grongstad i fellesskap innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
3. Sakskostnader til Landsorganisasjonen i Norge tilkjennes ikke.

Dokumentet er i samsvar med originalen:
Anders B. Dønås