



ARBEIDSRETTEN

Permittering. Ansiennitet.

Saken gjaldt permittering av arbeidstaker med mer enn 23 års ansiennitet i virksomheten. Hovedavtalen LO–NHO § 7-1 nr. 3 bestemmer at ved permittering kan ansienniteten fravikes dersom det foreligger saklig grunn. Arbeidsrettens flertall kom under tvil til at permitteringen ikke var tariffstridig. I protokoll fra forhandlinger mellom de lokale partene om gjennomføringen av permitteringen, var det enighet om at permitteringen skulle være rullerende, og at utvelgelsen så langt det var mulig skulle legge til grunn ansiennitet, hensynet til gjennomføring av prosjekter og sosiale forhold. Arbeidstakeren som ble permittert var knyttet til prosjektavdelingen i virksomheten, og ble permittert i stedet for ansatte på både prosjekt- og serviceavdelingen med kortere ansiennitet. Det var ingen uttrykkelig regulering av utvelgesekretsen. Ut fra det som var bevist om drøftelsene mellom partene, var det saklig grunn til å fokusere på prosjektavdelingen ved iverksettelsen av permitteringen. Etter en konkret vurdering av parts- og vitneforklaringer og dokumentasjonen i saken, kom flertallet til at arbeidsgiver hadde gjort en forsvarlig avveining mellom den ansattes tjenestetid og hensynet til kunder og gjennomføring av prosjekter. Dissens 5–2.

**Dom 21. mars 2023 i
sak nr. 27/2022, AR-2023-7,
Landsorganisasjonen i Norge (advokat Yvonne Pedersen) mot Næringslivets
Hovedorganisasjon og Fjeldseth AS (advokat Kurt Weltzien).**

Dommere: Sundet, Jarbo, Koslung, Solbakken, Schweigaard, Rasmussen og Hanasand

- (1) Saken gjelder spørsmål om permittering av en arbeidstaker strider mot Hovedavtalen LO–NHO § 7-1 nr. 3, og om et eventuelt etterbetalingskrav må avkortes.
- (2) Partene er bundet av Hovedavtalen LO–NHO som i § 7-1 har bestemmelser om permittering. Bestemmelsen lyder:

«1. Permittering kan foretas når saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften.

2. Permittering iht. nr. 1 kan ikke finne sted utover 6 måneder med mindre partene er enige om at det fortsatt foreligger saklig grunn.
3. Ved permittering kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn. Denne bestemmelsen er ikke til hinder for bruk av rullerende permittering.
4. Ved vurdering av hvem som skal permitteres, skal det legges vekt på de spesielle oppgaver arbeidsutvalget har i bedriften.»

- (3) Saken gjelder permitteringer som i 2021 ble gjennomført i elektrikerbedriften Fjeldseth AS i Trondheim. Bedriften er tilsluttet NELFO og tilbyr tjenester i privatmarkedet og bedriftsmarkedet. Virksomheten har i tillegg en produksjonsavdeling («fabrikken»), som blant annet lager tynnplateprodukter.
- (4) Virksomheten har om lag 130 ansatte. De ansatte elektrikerne er lærlinger, montører, teknikere og baser. Teknikere er elektrikere med fagskole og tildeles ofte mer teknisk krevende oppgaver. Baser leder arbeidslaget og styrer arbeidsfordelingen på de enkelte oppdragene og prosjektene.
- (5) Elektrikerarbeidet er organisert i en serviceavdeling og en prosjektavdeling. På permitteringstidspunktet var det 10 baser, 6 teknikere og 25 montører i prosjektavdelingen og 28 montører i serviceavdelingen.
- (6) Serviceavdelingen utfører store og små oppdrag for privatkunder og næringslivskunder. Den enkelte montør tildeles en servicebil som brukes for å utføre oppdragene. Prosjektavdelingen har i hovedsak oppdrag hos næringslivskunder. Disse oppdragene varierer i art og omfang, men vil typisk gjelde installering av elektrisk infrastruktur i nybygg eller oppussing av eksisterende bygg. Oppdragene kan tidsmessig strekke seg over uker eller måneder. Prosjektene har flere faser: I prosjekteringsfasen avklares prosjektet og oppgavene som skal utføres og arbeidet planlegges. I denne fasen avklarer man størrelsen på arbeidslaget som skal settes på oppdraget. I hovedfasen utføres det mest omfattende arbeidet av teknikere og montører under ledelse av baser. I den avsluttende fasen blir arbeidslaget nedskalert etter hvert som oppgaver fullføres, og det resterende arbeidslaget står for ferdigstillingen av prosjektet.
- (7) Vinteren 2021 var det på grunn av redusert oppdragsmengde nødvendig med permitteringer. Behovet for permitteringer ble meddelt i møte 2. februar 2021. Permitteringene ble deretter drøftet mellom bedriften og de tillitsvalgte 5. februar 2021. I protokollen fra dette møtet heter det:

«Bakgrunnen for møtet er at bedriften vurderer permitteringer.
Bedriften redegjorde for grunnen til at permitteringer vurderes.

Forhandlingsmøte er en videreføring av drøftingsmøte om bemanningssituasjonen i Fjeldseth AS 02.02.2021.

Viser til bemanningssituasjonen

Febr	Mars	April	Mai	Juni
14	17	21	23	25

Fjeldseth AS har et ønske om å permittere etter hvert som ansatte blir ledige, uten rullering.

Klubben bemerket:

Klubben ønsker permittering etter ansiennitet 100 % med rullerende permitteringer (10 uker). Klubben har også fått inn 9 frivillige som de først vil permittere før det går etter ansiennitet. Klubben mener at lærlinger kan plasseres i servicebil sammen med servicemontør, slik at det blir ledig kapasitet på prosjekt slik at montør slipper å bli permittert. Serviceteknikere anses som en stilling som en vanlig montør ikke kan ta over, så disse blir ikke permittert.

Klubben ønsker ukentlige telefonsamtaler/teamsmøter mellom daglig leder og klubbleder samt referat på epost etter møtet.

Fysisk møte hver 14 dag.

Tilbakemelding fra permittering skal varsles 48 timer før oppmøte i bedrift.

Partene drøftet omfanget av permitteringer, varslingsfristens lengde og kriteriene for utvelgelse.

Partene var enige om at det foreligger saklig grunn for permittering idet de ansatte ikke kan sysselsettes på en for bedriften forsvarlig måte, jf Hovedavtalen § 7-1. Det var videre enighet om at arbeidsgiver har gjort det som med rimelighet kan forventes for å unngå permitteringer.

Partene kom til enighet om at det er behov for permittering i slikt omfang til og med uke 25, med rullering etter 12 uker.

Partene holder tett kontakt jfr. Klubbens bemerkninger.

Liste med navn er utarbeidet.

Listen er gjennomgått, enighet om alle, unntatt en montør.

Partene var enige om at følgende kriterier legges til grunn ved utvelgelsen; så godt det lar seg gjøre.

Ansiennitet

De som blir ledige fortløpende

Sosiale forhold

Plan for permitteringer

Det sendes epost til de det gjelder etter at de er kontaktet pr. telefon. STA holder infomøte med de det gjelder vedrørende prinsipper ved permittering. STA avklarer også info fra NAV.»

- (8) Partene ble i møtet enige om hvilke ansatte som skulle permitteres, bortsett fra utvelgelsen av én ansatt, A, som hadde ansiennitet på 23 år og 5 måneder. Fire montører i prosjektavdelingen ble permittert fra uke 8.
- (9) Nytt møte om permitteringer ble gjennomført 17. mars 2021. De tillitsvalgte mente bedriften ikke hadde grunnlag for å fravike ansienniteten for tre av de ansatte som

skulle permitteres. I tilknytning til dette møtet ble A kontaktet på telefon og blant annet tilbudt arbeid i serviceavdelingen, noe han avsto.

(10) I protokollen heter det:

«Ledelsen informerte om at det jobbes hardt for å skaffe arbeid. Har skaffet en del jobber, men vi har nå kommet til det at vi ser oss nødt til å permittere ytterligere. Ledelsen vil i kommende periode måtte fravike ansiennitet som prinsipp (ref Permitteringsmøte 05.02.2021). Ledelsen ser seg nødt til å permittere fire personer, der tre har høy ansiennitet her i firma.

Klubbstyret sier seg uenig i ledelsen sin mening om at ansiennitet bør fravikes, selv om ansiennitet skal følges så langt det lar seg gjøre. Klubbstyret mener at ansienniteten til de tre som blir permittert er for høy til at disse skal permitteres nå. Klubbstyret foreslo også å sette enkelte av disse i servicebil, men dette var uaktuelt.»

(11) Permitteringsvarsel ble sendt ut 18. mars 2021, blant annet til A. Etter en periode med hel og deretter delvis sykemelding høsten 2020, var han tilbake i full stilling. Før permitteringen arbeidet han på prosjektet K. Lund-bygget. Dette ble ferdigstilt i januar 2021, og han ble da overført til prosjektet Campus 360, hvor virksomheten utførte installasjonsarbeid under byggingen av studentboliger, lesesaler og en butikk. Etter en kort sykemelding, hadde A noe ledighet, før han arbeidet videre på Campus 360 frem til han ble permittert fra 2. april 2021 (uke 14) til og med 9. juli (uke 27). Permitteringen ble avbrutt i ukene 16–18 da han ble gjeninntatt i arbeid på prosjektet Herman Krags vei. Permitteringen varte i til sammen 11 uker.

(12) I uenighetsprotokoll 24. mars 2021 fra forhandlingsmøte mellom virksomheten og klubben heter det:

«Klubben mener bedriften har brutt reglene for ansiennitet i henhold til Hovedavtalens § 7-1 punkt 3. Bedriften har ikke saklig grunn for å fravike ansiennitet. Bedriften har sendt permitteringsvarsel til A. A som har 24 års ansiennitet i bedriften og B som har 10 år ansiennitet i bedriften noe som er betydelig lengre ansiennitet enn flere av de som ikke er permittert. Klubben krever at permitteringsvarselet til A og B trekkes tilbake umiddelbart.

Bedriftens syn:

Vi er i en situasjon som medfører at mange i vår bedrift kan og vil bli permittert i løpet av 2021. Vi har et ønske om at permitteringen skal gjennomføres så smidig som mulig etter følgende prinsipp:

- Hensyn til ansiennitet
- Sosiale forhold
- Bedriftens ve og vel, med dette mener vi å sikre at våre kunder ikke rammes på kort og lang sikt.

Vi gjør hele tiden forsøk på å benytte personer fra Prosjekt i Serviceavdelingen vår, vi prøver hele tiden å leie ut de som blir ledige til andre firma og jobber desperat med å skaffe arbeid med hurtig oppstart. I dette konkrete tilfellet har vi tilbudt A jobb på Serviceavdelingen vår noe han takket nei til. ...

Vil også legge til at bedriften fikk mulighet til utleie av montører til skipsverft på Fosen, forespørsel om noen ville stille seg til rådighet for dette ble sendt samtlige ansatte. Dette ble ikke besvart.»

- (13) Bedriften fastholdt permitteringsvarselet til A.
- (14) Tvisteforhandlinger mellom EL og IT Forbundet og NELFO ble gjennomført 11. mars, 15. april og 6. mai 2021. I protokollen heter det:

«Partene på bedriften er enige i at det foreligger saklig grunn til å iverksette permitteringer. De tillitsvalgte bemerket at de ønsker permitteringer etter ansiennitet 100 %.

...

EL og IT Forbundet sitt syn

Montøren har 24 års ansiennitet og jobber til daglig i prosjektavdelingen i bedriften. Det er 15 stk med lavere ansiennitet enn nevnte montør som jobber i samme avdeling og som fortsatt er i arbeid.

Montøren har i en periode vært sykemeldt. Han ble 100 % friskmeldt tidligere i år, men har fortsatt utfordringer med helsa. Dette gjør at han ikke kan jobbe alene på service og av den grunn takket han nei da han fikk tilbud om å jobbe på service. Han klarer fint å jobbe på prosjekt sammen med andre, så lenge han får hjelp til tunge løft.

EL og IT Forbundet vil videre bemerke at arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge arbeid for de med nedsatt arbeidsevne iht arbeidsmiljøloven § 4-6.

Ansiennitetsprinsippet skal følges når det ikke foreligger spesielle grunner til å fravike denne. Bedriften har ikke fremlagt noen saklig grunn for å fravike ansiennitet i denne saken.

...

Nelfo sitt syn:

Bedriften vil i snitt ha permitteringer gjennom hele 2021 med snitt på 15 permitterte hele tiden. Etter det opplyste angir protokollen fra bedriften følgende kriterier:

Ansiennitet

Bedriftens ve og vel, det vil si sikre at de ikke mister kunder som igjen medfører ytterligere krise

Sosiale hensyn for den enkelte medarbeider som skal ut i permittering.

Arbeidstaker i denne saken har på grunn av sin skulder vært sykemeldt lenge. Han er imidlertid nå friskmeldt av lege uten noen forbehold, og skal kunne jobb 100 % stilling. Montøren har likevel erklært at han ikke klarer å utføre arbeid som forutsatt i arbeidsavtalen, men at han til enhver tid har behov for hjelp og bistand fra kolleger (til løft og andre arbeidsoperasjoner).

I den krevende situasjonen bedriften befinner seg er det avhengig av fullt fungerende arbeidstakere. Dette er etter vårt syn et gyldig kriterium, jf. dom inntatt i ARD 1990 s. 169 hvor Arbeidsretten slo fast at også økonomiske hensyn – kostnader knyttet til bruk av den enkelte arbeidstaker – kan tillegges vekt ved utvelgelsen.

I lys av arbeidstakers ansiennitet tilbød bedriften vedkommende stilling i en annen avdeling for å unngå permittering. Dette avsto arbeidstaker. Ut fra dette så hadde ikke bedriften annen utvei enn å permittere vedkommende, da bedriften ikke hadde annet arbeid å sette vedkommende til.»

- (15) Tvisteforhandlinger mellom LO og NHO ble gjennomført 16. februar 2022 uten at partene kom til enighet.
- (16) LO, med EL og IT Forbundet, tok ut stevning for Arbeidsretten 24. juni 2022. NHO innga tilsvaer 22. august 2022. Hovedforhandling ble gjennomført 14.–15. februar 2023. Én partsrepresentant og syv vitner avga forklaring. Det ble fremlagt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

(17) **Partenes påstandsgrunnlag og påstander**

- (18) *Landsorganisasjonen i Norge*, med EL og IT Forbundet, har i korte trekk anført:
- (19) Ansiennitet er etter Hovedavtalen § 7-1 nr. 3 utgangspunktet ved utvelgelse ved permittering. Dette utgangspunktet kan fravikes dersom det er saklig grunn til det, jf. ARD-2016-151 (Nokas).
- (20) Utvelgelseskretsen ved permittering er hele virksomheten. Kretsen kan begrenses dersom det er saklig grunn til det. De momenter som er relevante når utvelgelseskretsen begrenses ved oppsigelse er relevante for permitteringer. Bevisførselen viser at Fjeldseth AS ikke hadde saklig grunn til å begrense kretsen til prosjektavdelingen. Virksomheten har ingen praksis for å begrense utvelgelseskrets. Spørsmålet om utvelgelseskrets ble ikke drøftet i møtet mellom virksomheten og tillitsvalgte. Det man drøftet i møtet var om man skulle unnta konkrete ansatte som hadde stilling som baser og serviceteknikere på serviceavdelingen. Man diskuterte ikke unntak for montørene på serviceavdelingen eller for andre ansatte. Virksomheten var i tillegg ikke i en prekær økonomisk situasjon. En krets som er begrenset til montørene på prosjektavdelingen er en vesentlig svekkelse av ansiennitet som utvelgelseskriterium. Utvelgelsen har derfor bygget på en for snever krets.
- (21) Paragraf 7-1 nr. 3 er ikke til hinder for rullerende permittering, men det betyr ikke at arbeidsgiver kan se helt bort fra ansiennitet ved utvelgelse. I dette tilfellet var partene enige om å gjennomføre permittering som skulle rullere etter 12 uker. Utvelgelsen skulle skje på grunnlag av ansiennitet, løpende ledighet og sosiale forhold. Kriteriene er i protokollen fra møtet 5. februar 2021 angitt i prioritert rekkefølge, hvor ansiennitet hadde førsteprioritet. Oppregningen harmonerer derfor med ansiennitetsregelen i Hovedavtalen.
- (22) De tillitsvalgte ga i drøftelsesmøtene klart uttrykk for at utvelgelse kun skulle bygge på ansiennitet, men signerte likevel protokollen 5. februar 2021 fordi de opplevde at de ikke hadde noe valg når det uansett var saklig grunn for permittering. Permitteringen er tariffstridig fordi utvelgelsen ikke har bygget på kriteriene man var blitt enige om, og det ble heller ikke gjennomført rullerende permittering. Virksomheten har ikke klargjort når ansiennitetsforskjeller skulle tillegges størst vekt.

- (23) Saksbehandlingen har vært uforsvarlig. Hvis arbeidsgiver skal fravike ansienniteten, må dette bygge på en forsvarlig vurdering og avveining av momenter. Når saksbehandlingen samlet sett fremstår som mangelfull slik at det ikke kan sannsynliggjøres et faktisk grunnlag for permitteringen, tilsier det at permitteringen ikke har tilstrekkelig saklig grunn, jf. ARD-2009-48 (Securitas).
- (24) Det er nedlagt slik påstand:
- «1. Permitteringen av A er tariffstridig og ugyldig.
2. Fjeldseth AS foretar etterbetaling iht. påstandens pkt. 1.»**
- (25) *Næringslivets Hovedorganisasjon og Fjeldseth AS* har i korte trekk anført:
- (26) Ved permittering kan ansiennitet fravikes hvis det foreligger saklig grunn. Ved rullerende permittering gjelder ikke ansiennitetsregelen i § 7-1 nr. 3 første punktum. I slike tilfeller skal belastningen ved permittering fordeles blant de ansatte, også blant dem med lang ansiennitet. Hovedavtalen har ikke regler om hvordan en rullerende permittering skal gjennomføres eller hvordan byrden skal fordeles blant de ansatte. På dette punktet har de lokale partene avtalefrihet.
- (27) Partene avtalte i protokollen av 5. februar 2021 rullerende permittering med 12 ukers intervall. Det gir en kortere periode for alle ansatte i stedet for at enkelte ansatte risikerer å være permittert inntil et helt år.
- (28) Ansiennitet har mindre vekt som moment ved permittering enn ved oppsigelse, jf. ARD-1997-201 (Windy Boats). Ansiennitet har enda mindre vekt hvis det er avtalt rullerende permittering. Stueland, Hovedavtalen med kommentarer (2020) side 321 legger til grunn at det knapt er rom for ansiennitetsvurderinger ved rullerende permitteringer.
- (29) Spørsmålet om permitteringen har saklig grunn må avgjøres ut fra forholdene på permitteringstidspunktet, jf. ARD-2009-48 (Securitas). På permitteringstidspunktet var forutsetningen at permitteringene skulle rullere. Den etterfølgende utviklingen er ikke relevant. Bemanningsplanen for 2021 viser sysselsettingen slik den faktisk ble etter permitteringstidspunktet, og ikke slik den var på permitteringstidspunktet. Da man iverksatte permitteringene var det stor usikkerhet. Bedriften la til rette for utleie av ansatte til oppdrag på Svalbard og i Fosen. Det ble sendt ut generelle tilbud om arbeid til alle ansatte og konkrete tilbud til A.

- (30) Utgangspunktet er at ansiennitetsvurderingen skal bygge på virksomheten som utvelgeskrets, jf. ARD-2016-151 (Nokas). I drøftelsene så partene på bemanningsplanen for prosjektavdelingen. Det betyr at man begrenset utvelgeskretsen til denne avdelingen, i samsvar med tidligere praksis i virksomheten. Det var i tillegg enighet om å benytte frivillige permitteringer for ansatte i serviceavdelingen, og at man skulle skjerme lærlinger, teknikere og baser.
- (31) Bedriften har anvendt kriteriene som er nedfelt i protokollen fra 5. februar 2021. Protokollen uttrykker ikke noe prioritetsforhold mellom kriteriene. Kriteriene har heller ikke blitt endret underveis, selv om de er omtalt på ulike måter i protokoller og referater fra møtene 5. februar, 24. mars og 6. mai 2021. Realiteten er den samme: Utvelgelsen skal skje på grunnlag av ansiennitet, hensynet til kunder/ferdigstillelse av prosjekter og sosiale hensyn.
- (32) Saksbehandlingen har vært forsvarlig og basert på saklige hensyn. Hovedavtalen har få uttrykkelige krav til saksbehandlingen ved permitteringer. Det kreves ikke en skriftlig prosess eller individuelle drøftelsesmøter med den som skal permitteres. Saksbehandlingen må tilpasses situasjonen. Bevisførselen viser at det har vært flere konferanser mellom bedriften og de tillitsvalgte. Partene har drøftet permitteringene, og det har vært diskusjoner om hvem som skulle permitteres.
- (33) Dersom permitteringen er tariffstridig og ugyldig, erkjennes det at bedriften har erstatningsansvar. I utgangspunktet aksepteres saksøkers beregning av tapet, men kravet må avkortes fordi bedriften ved flere anledninger har tilbudt arbeid i permitteringsperioden.
- (34) Det er nedlagt slik påstand:
- «De saksøkte frifinnes.»**
- (35) **Arbeidsrettens merknader**
- (36) Partene er enige om at det var grunnlag for permitteringer i 2021 i Fjeldseth AS. Spørsmålet er om utvelgelsen ved permitteringen i mars 2021 er i strid med Hovedavtalen § 7-1 nr. 3.
- (37) Hovedavtalen § 7-1 nr. 3 presiserer at arbeidsgiver ved valget av hvilke arbeidstakere som skal permitteres, kan fravike ansienniteten dersom det er saklig grunn til det. Vilkåret om saklig grunn for utvelgelse er en skjønnsmessig regel. I

ARD-2009-48 (Securitas) avsnitt 34 er saklighetskravet – som da var inntatt i § 8-1 nr. 3 – oppsummert slik:

«Av Hovedavtalen § 8-1 nr. 3 følger at ansiennitet danner utgangspunktet ved utvelgelse av arbeidstakere for permittering. Dette innebærer at tjenestetiden er et moment som skal tas i betraktning ved vurderingen av hvem som skal permitteres. 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. § 8-1 nr. 3 oppstiller ikke noe krav om at ansiennitetsrekkefølgen skal følges ubetinget. Ansiennitet kan fravikes når det foreligger *saklig grunn*.»

(38) ARD-1997-201 (Windy Boats) presiserer at det er tale om konkrete vurderinger, jf. dommens side 207:

«Ved vurdering av om saklig grunn foreligger, vil faglige kvalifikasjoner, sosiale og andre hensyn, såvel som ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller, være momenter av betydning. Arbeidsretten finner det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på det generelle innholdet av kravet til saklig grunn. Hvorvidt en fravikelse av ansiennitetsrekkefølgen er berettiget, må avgjøres konkret.»

(39) Arbeidsrettens formulering av saklighetsnormen i ARD-2009-48 (Securitas) avsnitt 34 synes å ha tjent som utgangspunkt for LO og NHOs presisering av den likelydende bestemmelsen i Hovedavtalen § 8-2 om ansiennitet ved oppsigelse, jf. HR-2019-424-A (Skanska) avsnitt 42. I protokoll datert 15. og 31. oktober 2018 mellom LO og NHO heter det:

«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*.»

(40) I HR-2019-424-A (Skanska) – som gjaldt gyldigheten av oppsigelser – viser Høyesterett til denne protokollen og at utvelgelse skal bygge på en «totalbedømmelse». Høyesterett oppsummerte ansiennitetsregelen for oppsigelser slik i avsnitt 61–62:

«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 Nokasdommen 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.

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.»

- (41) Dette er utgangspunktet også for utvelgelse ved permitteringer, men saklighetskravet har ikke helt samme innhold ved permitteringer. Permittering er i motsetning til oppsigelse et midlertidig tiltak som forutsetter at arbeidstakerne vil bli gjeninntatt i arbeid. Saklighetskravet i Hovedavtalen § 7-1 nr. 3 må forstås på denne bakgrunnen, jf. ARD-1997-201 (Windy Boats) på side 207 og ARD-2016-151 (Nokas) avsnitt 73. Det er tale om konkrete vurderinger på bakgrunn av situasjonen for virksomheten, drøftelsene mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte og omstendighetene for øvrig. Det er i korte trekk spørsmål om utvelgelsen bygger på et forsvarlig skjønn, jf. ARD-2003-88 (Industriverktøy) på side 100 om den tilsvarende bestemmelsen i Hovedavtalen mellom NITO og NHO. Men også ved permitteringer må det skje en totalbedømmelse.
- (42) NHO har anført at ansienniteten har liten eller ingen betydning når partene avtaler rullerende permittering, slik det ble gjort i Fjeldseth AS. Rullerende permittering innebærer at belastningen ved permitteringen skal fordeles på de ansatte. Hovedavtalen § 7-1 nr. 3 andre punktum presiserer at saklighetskravet i første punktum ikke er til hinder for bruk av rullerende permittering.
- (43) Den foreliggende saken gir ikke grunnlag for en generell avklaring av saklighetskravet ved permitteringer. Enigheten om bruk av rullerende permittering betyr at det er av særlig betydning hva de lokale partene bestemmer om gjennomføringen. Selv om permitteringen skulle være rullerende, måtte gjennomføringen bygge på en utvelgelse. Dette har partene regulert i protokollen av 5. februar 2021 hvor det fremgår uttrykkelig at ansiennitet er et relevant moment. Protokollen gir derfor ikke grunnlag for å se bort fra ansiennitet.
- (44) Forutsetningen da protokollen ble opprettet var at byrden med permitteringen skulle fordeles på de ansatte i perioden februar–juni 2021. Samtidig må det være rom for å legge vekt på hvordan arbeidet skal organiseres. I dette tilfellet tilsier det at behovet for å slutføre prosjekter vil kunne vektlegges i vurderingen. Også dette er regulert i protokollen, jf. rettens merknader nedenfor om utvelgelseskriteriene i protokollen.
- (45) Permitteringen gjelder en ansatt med ansiennitet fra 1. november 1997, det vil si med en ansiennitet på 23 år og 5 måneder på permitteringstidspunktet. Det var bare

1 av 25 montører på prosjektavdelingen som hadde lengre ansiennitet. På serviceavdelingen hadde 6 av 28 montører samme eller lengre ansiennitet. Ansienniteten ble fraveket blant annet ved at ansatte helt ned til 1 års ansiennitet ikke ble permittert. I alminnelighet skal det mye til for å fravike ansienniteten i en slik situasjon, med mindre det kan vises til tungtveiende grunner. Spørsmålet i den foreliggende saken er imidlertid om utvelgelsen er i strid med Hovedavtalen § 7-1 nr. 3 sammenholdt med protokollen av 5. februar 2021 og forutsetningene for den.

- (46) Protokollen presiserer at utvelgelsen «så langt det lar seg gjøre» skal baseres på ansiennitet, avgang/fristillelse fra prosjekt og sosiale forhold. Partene er uenige om kriteriene er angitt i prioritert rekkefølge. Vitneforklaringene gir ikke grunnlag for å si at kriteriene er oppført i prioritert rekkefølge. Utformingen av protokollen gir heller ikke holdepunkter for en rangering. En slik prioritering kan heller ikke utledes av sammenhengen med Hovedavtalen § 7-1 nr. 3. Arbeidsretten legger derfor til grunn at ansiennitet er et kriterium som skal anvendes så langt det lar seg gjøre, men det må avveies mot de andre kriteriene. Partene har særlig nevnt «de som blir ledig fortløpende», som tilsier at man har hatt for øye behovet for å ha nødvendig personell på prosjektene. I protokollen fra møtet 24. mars 2021 er kriteriet om «ledig fortløpende» formulert som «bedriftens ve og vel, med dette mener vi å sikre at våre kunder ikke rammes på kort og lang sikt». Denne omformuleringen er ikke som sådan bestridt i senere tvisteprotokoller. Uenigheten i de senere tvistemøtene gjelder om det er lagt for stor vekt på dette på bekostning av As lange ansiennitet. Det må derfor legges til grunn at partene var enige om at hensynet til gjennomføring av prosjekter var relevant.
- (47) Et særtrekk ved saken er at det er lite dokumentasjon som klarlegger arbeidsgivers vurderinger og om vurderingene er gjort på et tilstrekkelig faktisk grunnlag. Saksbehandlingen fremstår derfor umiddelbart som uryddig og uoversiktlig. Vitneforklaringene har kastet en del lys over diskusjonen mellom partene, og møtet 5. februar 2021 er her sentralt. Spørsmålet om det var grunnlag for å fravike ansienniteten må avgjøres ut fra det som er sannsynliggjort om forholdene og vurderingene på permitteringstidspunktet.
- (48) Mangelen på formell dokumentasjon for arbeidsgivers vurderinger betyr at avgjørelsen til dels må bygge på det som kan utledes av parts- og vitneforklaringer, sml. HR-2022-390-A avsnitt 53–59 om krav til arbeidsgivers saksbehandling ved

vurderingen av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 4-6. Høyesterett peker der på at «parts- og vitneforklaringer [kan] ha større eller mindre beviskraft holdt opp mot det som måtte foreligge – eller mangle – av dokumentasjon av arbeidsgivers saksbehandling under oppsigelsesprosessen» (avsnitt 59). Et tilsvarende utgangspunkt gjelder for vurderingen i denne saken.

- (49) Et annet særtrekk ved saken er at det i protokollen fra tvisteforhandlingene mellom NELFO og EL og IT Forbundet er merknader som gir grunn til å tro at As sykdom og funksjonsevne har blitt vektlagt ved utvelgelsen. I protokollen fra tvisteforhandlingene mellom NELFO og EL og IT Forbundet i mars, april og mai 2021 heter det:

«Arbeidstaker i denne saken har på grunn av sin skulder vært sykemeldt lenge. Han er imidlertid nå friskmeldt av lege uten noen forbehold, og skal kunne jobb 100 % stilling. Montøren har likevel erklært at han ikke klarer å utføre arbeid som forutsatt i arbeidsavtalen, men at han til enhver tid har behov for hjelp og bistand fra kolleger (til løft og andre arbeidsoperasjoner).

I den krevende situasjonen bedriften befinner seg er det avhengig av fullt fungerende arbeidstakere.»

- (50) Etter vitneforklaringene må det legges til grunn at beskrivelsen i protokollen bygger på samtaler mellom tidligere administrerende direktør i Fjeldseth AS og forhandlingsdirektør i NELFO. Administrerende direktør deltok ikke i tvisteforhandlingene i mars–mai 2021. Selv om det er vist til at arbeidstakeren har vært sykemeldt, er det ingen holdepunkter i parts- og vitneforklaringene som tilsier at dette har vært avgjørende ved utvelgelsen. Det er enighet om at det er visse begrensninger i hvilke arbeidsoppgaver A kunne utføre. Hvorvidt dette har hatt betydning for vurderingen, må ses i sammenheng med det som er bevist om saklighetsvurderingen, jf. rettens merknader nedenfor.
- (51) Arbeidsretten har i spørsmålet om arbeidsgiver har gjort en forsvarlig vurdering av om det var saklig grunn til å fravike ansienniteten, delt seg i et flertall og et mindretall.
- (52) Arbeidsrettens flertall, dommerne *Sundet, Jarbo, Koslung, Schweigaard* og *Hanasand*, har under tvil kommet til at permitteringen ikke var tariffstridig og vil bemerke:
- (53) Protokollen fra møtet 5. februar 2021 viser at partene var enige om at det var grunnlag for permitteringer og omfanget av permitteringen, og at det skulle være

en rullerende permittering med 12 ukers mellomrom. Partene var også enige om at behovet oppstod på grunn av mindre aktivitet i prosjektavdelingen.

- (54) Diskusjonen i møtet 5. februar 2021 er belyst gjennom vitneforklaringer og et notat som tillitsvalgt C gjorde under møtet. Notatet gir stikkordsmessige beskrivelser av hovedpunktene i diskusjonen slik han oppfattet dem, og har til dels blitt bekreftet av parts- og vitneforklaringene. Møtet var et heldagsmøte, og forklaringene og det interne referatet viser at det var krevende og omfattende diskusjoner. Partene diskuterte innretningen på permitteringene og utvelgelsen. De tillitsvalgte ønsket rullerende permittering på 6 uker utelukkende basert på ansiennitet. Dette ble avvist av arbeidsgiver. Partene ble enige om rullerende permittering over 12 uker. Permittinger ble gjennomført i perioden fra uke 8 til uke 27. A ble permittert fra uke 14.
- (55) Protokollen nevner i korte trekk ansiennitet, hensynet til prosjekter og sosiale hensyn som kriterier når permitteringene skulle gjennomføres.
- (56) Beslutningen om permittering ble truffet av leder for prosjektavdelingen, D. D har forklart at han drøftet omdisponering av montører med prosjektledere og baser, samt med E, som var leder av prosjektavdelingen frem til 2020. Flertallet legger til grunn at drøftelsen har bygget på prosjektene og de enkeltes roller, ferdigheter og arbeidsoppgaver i disse. Dette tyder på at virksomheten har hatt et forsvarlig grunnlag for en vurdering av hensynet til prosjektene.
- (57) Dokumentasjonen og vitneforklaringene viser at sosiale hensyn ble tillagt avgjørende vekt i ett tilfelle og var drøftet med de tillitsvalgte. Det var på tidspunktet for permitteringene ikke anført at det for A var tilsvarende særlige sosiale hensyn som skulle vært trukket inn i vurderingen. Flertallet kan på denne bakgrunn ikke se at det er sannsynliggjort at beslutningen har bygget på et uriktig faktisk grunnlag for dette kriteriet.
- (58) LO har anført at utvelgelsen er usaklig fordi den ikke tok utgangspunkt i hele virksomheten, det vil si at utvelgelsen skulle skjedd blant montører i både service- og prosjektavdelingen. Protokollen sier ikke noe om utvelgelseskretsen. Partene er uenige om tidligere permitteringsprosesser har bygget på en begrenset krets.
- (59) Flertallet legger til grunn at diskusjonen om utvelgelse i møtet 5. februar 2021 tok utgangspunkt i bemanningsplanen for prosjektavdelingen. Lærlinger, teknikere og baser ble ikke vurdert som aktuelle for permittinger. I Cs notat fra møtet, fremgår

det at arbeidsgiver skal ha opplyst at serviceavdelingen ikke var «fredet» mot permitteringer. Han har notert at diskusjonen om utvelgelse også gjaldt to ansatte på serviceavdelingen. Selv om protokollen ikke sier noe konkret om utvelgelseskrets, var det i den situasjonen som hadde oppstått saklig at utvelgelsen fokuserte på prosjektavdelingen. Permitteringene kom som følge av svikt i oppdragsmengden, og det var etter vitneforklaringene viktig å opprettholde aktivitet og omsetning på serviceavdelingen for å sikre inntekter og flere oppdrag.

- (60) Partene har rettet en del oppmerksomhet mot et tilbud A skal ha mottatt da arbeidsgiver og tillitsvalgte 17. mars 2020 hadde forhandlingsmøte om permitteringene. Partene er uenige om når og hvordan tilbudet ble formidlet og hva som ble uttalt i samtalen mellom arbeidsgiver og A. Etter flertallets vurdering er detaljene i tilbudet ikke av vesentlig betydning. Det sentrale er at prosessen følger opp prinsippene fra møtet 5. februar 2021 om at permitteringene skulle skje med utgangspunkt i prosjektavdelingen samtidig som man skulle opprettholde aktiviteten i serviceavdelingen. Til dette kommer at det ble oppfordret til frivillige permitteringer, noe som kunne frigjøre stillinger som kunne være relevante for A.
- (61) Spørsmålet er etter dette om virksomheten har gjort en forsvarlig avveining av på den ene siden As lange tjenestetid og på den andre siden hensynet til kunder og gjennomføring av prosjekter.
- (62) Hensynet til gjennomføring og fullføring av prosjekter åpner for en vurdering av arbeidstakernes egnethet og kompetanse, sml. ARD-2009-211 (Jøtul) avsnitt 36. Et særlig spørsmål i saken er om A i stedet for permittering skulle vært overført til prosjektet Campus 360 fra uke 14. A arbeidet på prosjektet i ukene 6–7 og 12–13. På bakgrunn av forklaringene må det legges til grunn at arbeidsgiver vurderte om det var arbeidsoppgaver som var egnet for ham i dette prosjektet. Prosjektet var imidlertid i slutfasen. Etter vitneforklaringene er det usikkerhet om i hvilken utstrekning det fantes passende arbeidsoppgaver for A. Muligheten for å sysselsette A på Campus 360 er vurdert opp mot andre ansattes tilknytning og funksjoner i dette prosjektet. Basene på prosjektet deltok i denne vurderingen. Flertallet mener det da er sannsynliggjort at arbeidsgiver har vurdert ansienniteten opp mot hensynet til gjennomføring av prosjektet.
- (63) Som nevnt foran er det i protokollen fra tvisteforhandlingene i april-mai 2021 merknader som kunne tilsi at arbeidsgiver har lagt vekt på arbeidstakers

funksjonsevne. Dette skaper tvil om forholdet til tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 4-6 og om det er lagt vekt på usaklige hensyn. Etter flertallets vurdering har det som uttales i tvisteprotokollen ikke støtte i det som er forklart i retten, og det er ikke noe i protokollen fra møtet 5. februar 2021 som tilsier at dette har vært avgjørende. Arbeidsgiver var kjent med at A kunne ha problemer med å utføre enkelte arbeidsoppgaver, og dette ble trukket inn i vurderingen om de hadde passende arbeidsoppgaver for ham i prosjektavdelingen, hvor det er saklig å legge vekt på at prosjektet Campus 360 var i en avsluttende fase. Det er ikke holdepunkter for at arbeidsgiver ville nektet nødvendig tilrettelegging for A på serviceavdelingen.

- (64) Det som skaper tvil ved vurderingen, er at permitteringen gjelder en arbeidstaker med meget lang ansettelsestid. Når flertallet likevel har kommet til at det var saklig grunn til å fravike ansienniteten i dette tilfellet, skyldes det at flertallet tolker protokollen slik at partene etter en gjennomgang av ansiennitetslisten mente den rullerende permitteringen som utgangspunkt skulle gjennomføres i prosjektavdelingen, og at man skulle sikre at serviceavdelingen hadde inntekter og skaffet nye oppdrag. Syv ansatte i prosjektavdelingen ble ikke permittert. En av disse ble opprinnelig holdt utenfor den første permitteringsrunden på grunn av sosiale forhold, men ble permittert i 3 uker i andre permitteringsrunde. Ansiennitetsforskjellen for de øvrige var mellom 7 og 18 år. Når disse ikke ble permittert, er det begrunnet med deres arbeidsoppgaver og funksjoner på de prosjektene de jobbet på.
- (65) På denne bakgrunn var utvelgelsen ikke i strid med Hovedavtalen § 7-1 nr. 3.
- (66) Arbeidsrettens mindretall, dommerne *Solbakken* og *Rasmussen*, har kommet til at permitteringen var tariffstridig, og vil bemerke:
- (67) Spørsmålet om det ved utvelgelsen er saklig grunn til å fravike ansienniteten må vurderes konkret. Denne vurderingen må se på As ansiennitet isolert sett og ansiennitetsforskjeller sammenlignet med andre montører, jf. ARD-1997-201 (*Windy Boats*), ARD-2009-48 (*Securitas*) og ARD-2009-211 (*Jøtul*). Det stilles strenge krav til begrunnelsen for å fravike ansiennitet når ansiennitetsforskjellen er stor, jf. ARD-2009-211 (*Jøtul*) avsnitt 37.
- (68) I dette tilfellet har arbeidsgiver permittert en ansatt med lang ansiennitet, og en av dem med lengst ansiennitet i virksomheten, samtidig som mange med vesentlig

kortere ansiennitet enten ikke ble permittert eller hadde kortere permitteringsperioder. Det må foreligge klare og tungtveiende grunner for å permittere i slike tilfeller. Etter bevisførselen må det legges til grunn at saksbehandlingen har vært uklar og uoversiktlig, og det fremgår ikke at det er gjort en konkret og individuell vurdering av om det var grunnlag for å permittere A. Det er for eksempel ikke påvist vesentlige utfordringer ved å sysselsette ham på prosjektet Campus 360. Merknadene i protokollen fra tvisteforhandlingene i april–mai 2021 tilsier at utvelgelsen også har lagt vekt på As sykdom og at det var noen arbeidsoppgaver han ikke kunne utføre. Dersom det skal legges vekt på slike forhold, bør saksbehandlingen legges opp slik at man får avklart forholdet til arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, og den ansatte bør involveres i prosessen. Den mangelfulle saksbehandlingen skaper tvil om arbeidsgiver hadde et tilstrekkelig grunnlag for en slik vurdering. Det er derfor ikke sannsynliggjort at arbeidsgiver har gjort en forsvarlig vurdering av om det var grunnlag for å fravike ansienniteten i dette tilfellet, jf. avsnitt 43 foran.

- (69) Vurderingen av om A skulle permitteres har vært begrenset til ansatte på prosjektavdelingen, uten at det i møtet 5. februar 2021 ble protokollert at utvelgelseskretsen skulle begrenses. På bakgrunn av vitneforklaringene må det legges til grunn at partene i dette møtet ikke drøftet begrensning av utvelgelseskretsen. Utvelgelsen skulle derfor hatt virksomheten som utvelgelseskrets.
- (70) Foranlediget av NHOs anførsler, vil den samlede rett bemerke:
- (71) Virkningen av at permitteringen er tariffstridig, er at den er ugyldig, jf. arbeidstvistloven § 6. Arbeidsgiver har da lønnsplikt for de ukene A var permittert. NHO har anført at betalingskravet må avkortes fordi A avslo tilbud om annet arbeid i perioden. Dette kan ikke føre frem. En arbeidsgiver kan ikke velte risikoen for en tariffstridig permittering over på arbeidstakeren som av ulike grunner avslår tilbud i permitteringsperioden når arbeidsgiver ikke trekker tilbake en tariffstridig permittering.
- (72) På denne bakgrunn må de saksøkte frifinnes.
- (73) Dommen er avsagt med slik dissens som fremgår foran.

AR-2023-7

SLUTNING

De saksøkte frifinnes.