



ARBEIDSRETTE

Permittering - utvelgelse. Ansiennitet. Prosess – bevisbedømmelse.

Saken gjaldt om det ved utvelgelse til permittering var saklig i henhold til Hovedavtalen LO-NHO § 7-1 nr. 3, å permittere tre arbeidstakere med lengre ansiennitet enn andre arbeidstakere som ikke ble permittert. Partene var enige om at det var grunnlag for permittering. Partene var også enige om utvalgskrets og om kriteriene for utvelgelsen, men uenige om betydningen av ansiennitet. Det var få skriftlige, tidsnære bevis som kunne dokumenterte at utvelgelsen ble gjort på forsvarlig grunnlag. Spørsmålet var om de fremlagte bevisene, både i form av skriftlig dokumentasjon og parts- og vitneforklaringer, samlet ga Arbeidsretten et tilstrekkelig grunnlag for å prøve om utvelgelsen var saklig. Bevisførselen viste at uenigheten mellom partene ikke først og fremst gjaldt det faktiske grunnlaget for arbeidsgivers beslutning, men den vurdering og avveining som ble gjort på dette grunnlaget. Retten kom til at utvelgelsen hadde skjedd i henhold til vilkårene partene var blitt enige om og at det var tilstrekkelig sannsynliggjort at bedriften hadde foretatt en forsvarlig avveining av forholdet mellom ansiennitet og kompetanse, i lys av situasjonen den var i på permitteringstidspunktet. Retten fant det vanskelig å overprøve bedriftens vurdering av hva som var hensiktsmessig måte å organisere virksomheten på. Utvelgelsen til permittering ble ikke ansett å være tariffstridig. I en samlet vurdering ble det også vektlagt at det ble skaffet annen sysselsetting som medførte at permitteringsperiodene ble relativt korte, og at også andre ansatte ble permittert etter hvert som prosjekter ble avsluttet. Merknader om bevisbedømmelse. Dissens 5-2.

Dom 5. juni 2024 i

sak nr. 23/59, AR-2024-15

Landsorganisasjonen i Norge (advokat Edvard Bakke) mot Næringslivets Hovedorganisasjon og Aker Solutions Subsea AS (advokat Karoline Findalen Myhre).

Dommere: Hanne Inger Bjurstrøm, Eli Mette Jarbo, Knut H. Kallerud, Tor-Arne Solbakken, Bent Ove Hanasand, Jan Olav Andersen, Tore Ulleberg

- (1) Spørsmålet i saken er om det ved permittering av tre arbeidstakere ved Aker Solutions Subsea AS avd. Moss var saklig grunn til å fravike ansiennitet.
- (2) **Sakens tariffrettslige ramme**
- (3) Partene er bundet av Industriooverenskomsten mellom Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og Norsk Industri på den ene siden og Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Fellesforbundet på den andre siden.

Hovedavtalen inngår som del I i overenskomsten. Hovedavtalen § 7-1 om permittering 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 ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn.
4. Ved vurdering av hvem som skal permitteres, skal det legges vekt på de spesielle oppgaver arbeidsutvalget har i bedriften»

- (4) Tvisten gjelder bestemmelsen i § 7-1 nr. 3 om at ansiennitet kan fravikes når det foreligger saklig grunn.
- (5) **Nærmere om tvisten**
- (6) Aker Solutions Subsea AS avd. Moss (Subsea Moss) produserer avanserte styringskabler (umbilicals) til olje- og gassfelt. Kablene hentes med skip og legges ut på havbunnen. Bedriften består av flere avdelinger. I avdelingene Fabrikken, Terminering/testing og Load Out blir produktene bearbeidet og levert. I 2021 hadde bedriften ca. 111 ansatte, hvorav 69 operatører. Det produseres på bestilling, ikke for lager.
- (7) I *Fabrikken* tvinnes elementene som skal inn i kabelen sammen og kabelen lages. Deretter legges det et plastlag på kablene og de spoles på karuseller. Produksjonslinjene kan være opp til 100 meter. Det jobbes 3 eller 5 skift. På skiftet er det 6 operatører og 1 bas. I permitteringsperioden ble det jobbet 3 skift. Operatørene har kompetanse blant annen innen sveising og oppsett og kjøring av maskiner. På *Terminering/testing* settes det kontakter på kablene og kablene testes og settes under trykk. Det jobbes 2 skift med to operatører per skift, og en bas på dagtid. Operatørene har spesialkompetanse innen høytrykkstesting. På *Load out* gjøres kablene klare til transport (sea fastening) og kabelsnellene løftes om bord på skip. Det jobbes 2 skift med 5 operatører og en bas på hvert skift.
- (8) Sommeren 2021 ble det iverksatt permitteringer i Subsea Moss etter at lave oljepriser førte til ordremangel. Totalt 38 arbeidstakere ble permittert. Permitteringene ble første gang drøftet med Verkstedklubben i møte 16. februar 2021. I protokollen fra møtet fremkommer blant annet:
 - «Bakgrunnen for møtet er at virksomheten vurderer permitteringer.
 - Ledelsen redegjorde for grunnen til at permitteringer vurderes.

Manufacturing Moss har ingen aktivitet i fabrikk i en periode fra april 2021. Bedriften har flere prospekter som vi venter svar på, og presenterte to scenario på beste belastning og dårligste belastning.

Det gjøres vurderinger på om det er behov for ressurser på andre lokasjoner, bl a Tranby, Ågotnes og Egersund.

Partene drøftet omfanget av permitteringene, og dette vil bli styrt av utfallet av pågående prospekter.

Kretsen for permitteringen vil være Subsea Manufacturing Moss og støttefunksjoner.

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.

Bedriften informerte at andre tiltak er vurdert, herunder kompetansehevende tiltak, uten at dette avhjelper situasjonen. Arbeidsgiver har gjort det som med rimelighet kan forventes for å unngå permitteringer.

Kriteriene for utvelgelse ble drøftet, og det ble enighet om at bortfall av arbeid gjelder for permitteringen sammen med kompetanse, ansiennitet og sosiale forhold. VK mener ansiennitet skal være den sterkeste kriterien. Bedriften mener alle kriterier er likeverdige.

Tillitsvalgte bemerket:

Verkstedklubben er innforstått med mangel på arbeid, men for å kunne være bedre rustet til kommende prosjekter/jobber etterspør Verkstedklubben hvilke tiltak bedriften har gjort for å forhindre begrensning antall permitteringer.

-Arbeid ved andre lokasjoner i selskapet, hvor det er innleid og mangel på arbeidskraft.

-Kompetansehevende tiltak som BIOs midler.

Verkstedklubben anfører at det permitteres i de avdelingene som har arbeids bortfall og videre at ansiennitet legges til grunn for utvelgelse. Ved avvik fra ansiennitet begrunnes dette med kompetanse/sosiale forhold i senere drøftelser i hht Hovedavtalen.»

- (9) Avdelingsleder A hadde ansvaret for å planlegge og styre permitteringsprosessen, herunder å legge en plan for hvor mange som kunne sysselsettes gjennom permitteringsperioden. I følge hans forklaring ble det planlagt med tverrfaglige team for å kunne ivareta de oppgavene man hadde og for raskt å kunne starte opp igjen produksjonen når situasjonen bedret seg. I samarbeid med supervisorer fra avdelingene ble teamene satt sammen med operatører fra de ulike avdelingene. Det ble tatt utgangspunkt i ansattelister som også inkluderte opplysninger om kompetanse og ansiennitet. Det ble i tillegg arbeidet med å få på plass ikke-fakturerbare oppgaver (for eksempel vedlikeholdsoppgaver) for å redusere permitteringsbehovet. For disse oppgavene ble kun ansiennitet vektlagt.
- (10) Saken gjelder tre ansatte som fikk varsel om permittering i mai og juni 2021. B jobbet på Load Out. Han fikk permitteringsvarsel 27. mai og skulle permitteres fra 14. juni. Han hadde ansiennitet fra 1. september 2008. Ansiennitetsavviket sammenlignet med andre operatører som ikke ble permittert var ca. 3,5 år i forhold til andre i egen avdeling og 8 år i forhold til personer som ble overført fra annen avdeling. C jobbet på Terminering. Han fikk permitteringsvarsel 2. juni og skulle permitteres fra 21. juni. Han hadde ansettelse fra 1. november 2001.

Ansiennitetsavviket var ca. 11,5 år. D var i riggteamet i fabrikken. Han fikk også permitteringsvarsel 2. juni og skulle permitteres fra 21. juni. Han hadde vært ansatt fra 23. juni 2006. For ham var ansiennitetsavviket ca. 10 år. Alle tre fikk reviderte permitteringsvarsler i juni, på bakgrunn av at de først skulle ta ut ferie- og avspaseringsdager.

(11) Permitteringsvarslene var likelydende. Brevet til B lød som følger:

«Permitteringsvarsel

Aker Solutions bekrefter med dette at [B] har vært ansatt siden 01.09.2008. [B] er ansatt i Aker Solutions som operatør og har jobbet i en 100 prosent stilling (37,5 timer) til dags dato med ordinære arbeidstider.

Som følge av manglende prosjekter i Aker Solutions Moss, har bedriften problemer med å opprettholde sysselsettingen for alle våre ansatte.

Som følge av dette varsles du herved om at du vil bli permittert fra og med 14. juni 2021 i 100% stilling.

Bedriften har lønnsplikt i 10 arbeidsdager etter at permittering er iverksatt (arbeidsgiverperiode) og siste dag med lønnsplikt fra bedriften blir 28. juni 2021.

Det er på nåværende tidspunkt vanskelig å fastsette varighet på permitteringen.

Bedriften har jevnlig kontakt med de tillitsvalgte for å drøfte sysselsettingssituasjonen i henhold til avtaleverket.

Permitteringssituasjonen er innrapportert til NAV.

Du vil bli holdt oppdatert på eventuelle endringer i situasjonen. Du vil bli varslet pr. telefon så snart en endring i permitteringssituasjonen tilsier at denne kan avsluttes. Vi vil da be deg være disponibel for arbeid snarest, og senest innen 1 dag. Endringen vil også bli bekreftet skriftlig/via mail i etterkant.

...»

- (12) B var permittert fra 16. august til 26. september 2021. C ble permittert fra 2. til 6. august 2021 og var tilbake på jobb 9. august. D ble ikke permittert og var tilbake på jobb 9. august, etter ferie og avspasering. Etter det opplyste ble B forsøkt kontaktet for tilbakekall, men det ble ikke oppnådd kontakt med ham. D ble forespurt om å avbryte ferien og komme tilbake, men ønsket ikke det.
- (13) Oversikt over permitteringsprosessen og hvem som var utvalgt for permittering ble etter det opplyste lagt frem for de tillitsvalgte på et møte 21. mai 2021. Det er ikke skrevet referat eller protokoll fra dette møtet. Permitteringene ble også drøftet på et møte 1. juni 2021. Heller ikke fra dette møtet ble det laget referat.
- (14) Utover sommeren og høsten ble det iverksatt ytterligere permitteringer etterhvert som aktiviteten i de ulike avdelingene gikk ned.
- (15) Som det fremgår av protokollen fra det nevnte møtet 16. februar 2021, var bedriften og Verkstedklubben enige om kriteriene for utvelgelse til permittering, men uenige

om betydningen av ansiennitet. Etter permitteringen av B, C og D ble det ført lokale tvisteforhandlinger. Av protokoll fra møte 30. juni 2021 følger blant annet:

«Verkstedklubben krever forhandlinger etter hovedavtalens § 2.3 angående fravik av ansiennitet i forbindelse med permitteringer på lokasjon Aker Solutions Moss. Viser til drøftelsesmøter og protokoll av 16/02/2021.

Bedriftens begrunnelse for utvelgelsen av permitterte er:

Liten mulighet til å omrokere ressursene fordi det i permitteringsperioden vil være færre ressurser tilgjengelig, fordrer det at disse ressurser må ha en bred kompetanse så de kan utføre flere av operasjonene i produksjon. Dette for å sikre driftskritiske oppgaver i denne perioden ved eventuell utfordret hendelser som sykdom eller annet.

Verkstedklubbens kommentarer:

Viser til tidligere drøftelsesmøter, og protokoll datert 16.02.2021. Det kommer her fram at det er enighet om at bortfall av arbeid skal være grunnlaget for permitteringen.

Verkstedklubben mener videre at ved utvelgelse skal ansiennitet legges til grunn, og at denne kan fravikes dersom det foreligger saklig grunn.

I videre drøftelser gjennomført ila mai, er lister fremlagt på de permitterte. Her har verkstedklubben påpekt avvik av ansiennitet (opptil 10 år), hvor bedriften hevder at det ut ifra en totalvurdering og et fremtidig behov for kompetanse er grunnlaget for permitteringen. Det hevdes at dette må telle mere enn den spesifikke jobben som det permitteres fra.

Klubben er av den oppfatning at bestemmelser om saklig grunn for å avvike ansiennitet vil være på rent driftskritiske oppgaver, slik at man får utført de oppgavene som skal gjøres. Man kan dermed ikke fravike ansiennitet for å forsikre seg mot et fremtidig behov.»

(16) Det ble forhandlet mellom Norsk Industri og Fellesforbundet 19. november 2021. Av protokollen fremgår blant annet:

«Fellesforbundet krevde på vegne av klubben ved bedriften forhandlingsmøte etter HA 2-3 angående fravik av ansiennitet i forbindelse med permitteringer på lokasjon Aker Solutions Moss.

Det vises for øvrig til drøftelsesmøter og protokoll av 16. februar 2021.

Fellesforbundets kommentarer:

Det vises til tidligere drøftelsesmøter og protokoll datert 16. februar 2021.

Fellesforbundet er enig i permittering kan foretas når saklig grunn gjør det nødvendig (HA 7-1.1).

FF er også enig i at ansiennitet kan fravikes ved permittering, når det foreligger saklig grunn for det (HA 7-1.3).

I nevnte situasjon hvor bedriften fravek ansiennitet, påpekes det at ansatte med lang ansiennitet ble tatt vekk fra sine faste arbeidsoppgaver, for så å erstattes med medarbeidere med opptil 10 år kortere ansiennitet, som normalt arbeider på andre lokasjoner.

Begrunnelsen fra bedriften, var at dette ble gjort for å sikre driftssikker kompetanse og evt. *eventuelle fremtidige behov* for kritisk kompetanse.

Bedriften og Norsk Industri mener fremtidig behov forsvaret avvik fra ansiennitetsprinsippet.

Fellesforbundet mener dette er en omgåelse av ansiennitetsprinsippet, og at bedriften dekker seg bak uttrykket "kritisk kompetanse" i en helt vanlig arbeidsoperasjon, som verken krever denne kompetansen, og som det hvis det skulle vært behov for arbeidskraft, kunne tatt inn permitterte arbeidere med nødvendig kompetanse. Eventuelt med kort tids opplæring ville ha dekket dette behovet bedriften hevder.

Norsk Industris syn:

Ansiennitet kan fravikes ved saklig grunn, jfr. HA § 7-1 nr. 3. I den aktuelle situasjonen ble ansiennitet til dels fraveket ved utvelgelsen slik at bedriften kunne beholde driftskritisk

kompetanse. Klubben er ikke enig i bedriftens vurdering av hva som er driftskritisk kompetanse. Norsk Industri støtter bedriftens vurdering.

Det er ikke korrekt at bedriften/Norsk Industri mener at "fremtidig behov forsvaret avvik fra ansiennitetsprinsippet". Bedriften har sett hen til hva som var behovene etter sommerferien - en tidshorisont på maks én måned frem i tid.»

(17) LO sendte krav om forhandlinger til NHO 16. februar 2022. I brevet ba LO om å få fremlagt lister over de ansattes real- og formalkompetanse og oversikt over eventuelle sosiale forhold, i forkant av forhandlingsmøtet. Videre ble det bedt om bedriftens vurdering av utvelgelseskriteriene, og underlagsdokumentasjon for vurderingene, i form av tidsnære, skriftlige bevis.

(18) Forhandlingsmøtet ble holdt 18. august 2022. Det ble ikke skrevet protokoll fra møtet. Den etterspurte dokumentasjonen ble ikke fremlagt i forkant av eller i forbindelse med møtet.

(19) Stevning kom inn til Arbeidsretten 30. juni 2023. Tilsvar ble inngitt 4. september 2023. Under saksforberedelsene ble partene oppfordret til å gjennomføre et nytt forhandlingsmøte. Dette møtet ble holdt 30. november 2023. Følgende fremgår av protokollen:

«Det er avholdt to forhandlingsmøter mellom partene. Den 18.8.2022 ble det avholdt forhandlingsmøte på Teams etter krav fra LO i brev av 16.2.2022 i henhold til Hovedavtalen § 2-3. Bakgrunnen for forhandlingsmøtet var uenighetsprotokoll av 19.11.2021 mellom Norsk Industri og Fellesforbundet, samt uenighetsprotokoll av 16.2.2021 mellom Aker Solutions og Verkstedklubben i Fellesforbundet avdeling Moss.

Det ble deretter avholdt et fysisk forhandlingsmøte 30.11.2023 mellom LO og NHO etter planmøte med Arbeidsretten i sak 23/59.

I møtet 30.11.2023 drøftet partene saken på grunnlag av stevning og tilsvar i sak 23/59 for Arbeidsretten.

NHOs merknad:

NHO opprettholder de anførsler som fremkommer av protokoll av 19.11.2021 samt NHOs tilsvar til Arbeidsretten i sak 23/59. Det fastholdes at det ikke er grunnlag for etterbetaling.

LOs merknad:

I LOs krav om forhandlinger av 16.2.2022, bilag 8 til stevningen, var det spesifisert at utvelgelsen av [D], [B] og [C] var tariffstridig.

Dette fastholdes av LO, idet det ikke er godtgjort at det foreligger saklig grunn til å fravike ansienniteten ved utvelgelse til permittering. Etterbetalingskravet fastholdes også.

LO viser for øvrig til og fastholder anførsler i lokale og sentrale protokoller.»

(20) Hovedforhandling ble avholdt 23.-25. april 2024. Tre partsrepresentanter og 12 vitner avga forklaring. Ett av vitnene avga forklaring som fjernavhør (telefon), jf. arbeidstvistloven § 51 første ledd siste setning og tvisteloven § 21-10. Det ble lagt frem slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken. Dom er avsagt etter fristen i arbeidstvistloven § 56 andre ledd på grunn av reisefravær blant dommerne.

(21) **Partenes påstandsgrunnlag og påstander**

(22) *Landsorganisasjonen i Norge* har i korte trekk anført:

(23) Hovedavtalen § 7-1 nr. 3 angir at det kreves saklig grunn for å fravike ansiennitet ved utvelgelse for permittering. I dette ligger at det må tas utgangspunkt i ansiennitet, jf. AR-2009-8 *Securitas* avsnitt 34.

(24) Utvelgelsen må skje på grunnlag av en totalbedømmelse hvor ansiennitet og ansiennitetsforskjeller må veies mot de kriterier arbeidsgiver påberoper seg for å fravike ansiennitet. Vekten av disse kriteriene vil variere etter virksomhetens behov. Terskelen for å fravike ansiennitet ved utvelgelse til permittering er lavere enn ved utvelgelse til oppsigelse, men det stilles strengere krav til begrunnelsen for å fravike ansiennitet når ansiennitetsforskjellen er stor, jf. AR-2009-34 *Jøtul* avsnitt 37.

(25) Frykt for oppsigelser i permitteringsperioden kan ikke begrunne ansiennitetsfravik. Det er heller ikke adgang til å vektlegge virksomhetens fremtidige behov ved utvelgelsen.

(26) Alle de tre permitterte hadde lang ansiennitet i virksomheten, og ansiennitetsfravikene i forhold til andre ansatte som ikke ble permittert, var store.

(27) Saksbehandlingen var tilfeldig, ufullstendig og uforsvarlig. Fravik av ansiennitet krever at det er gjennomført en forsvarlig saksbehandling. Spørsmålet om saksbehandlingen er forsvarlig må bedømmes ut fra forholdene slik de var da beslutningen om permitteringen ble tatt og da det ble gitt permitteringsvarsler, jf. AR 2009-8 *Securitas* avsnitt 38.

(28) En forsvarlig saksbehandling er en forutsetning for at domstolen skal kunne foreta full etterprøving av utvelgelsen. Det er tilnærmet umulig å se for seg at domstolen kan etterprøve utvelgelsen uten tidsnære, skriftlige bevis, jf. AR-2009-8 *Securitas*. Parts- og vitneforklaringer avgitt 3 år og 10 måneder etter utvelgelsen kan ikke reparere den mangelfulle saksbehandlingen.

(29) Arbeidsrettens henvisning til HR-2022-390-A *Widerøe* i AR-2023-7 *Fjeldseth* og AR-2024-8 *Avinor* er ikke treffende. For det første kan Høyesteretts avgjørelse oppfattes å være i motstrid til avgjørelsen i HR-2019-424-A *Skanska* og Arbeidsrettens tidligere praksis når det gjelder krav til notoritet og tidsnær dokumentasjon. For det andre fordi Arbeidsretten ikke i tilstrekkelig grad hensyntar alminnelige bevisvurderingsprinsipper og heller ikke hensyntar forskjellen på

gjennomføring av hovedforhandlinger for Arbeidsretten og for de ordinære domstoler, nemlig at parter og vitner følger forhandlingene i Arbeidsretten fra oppstart. AR-2023-7 og 2024-8 må uansett forstås på bakgrunn av de særegne omstendighetene som forelå; *Fjeldseth* gjaldt rullerende permittering mens *Avinor* sto i en helt ekstraordinær situasjon på grunn av koronapandemien.

- (30) Det var normal produksjon ved Subsea Moss frem til permitteringene, og det var normal, men noe redusert produksjon da permitteringene ble iverksatt. De ansatte som ble permittert hadde kompetanse til å gjøre jobben frem til permitteringen og også etter iverksettelsen. Dette støttes av at virksomheten ønsket å tilbakekalle noen av de permitterte etter veldig kort tid. Bedriften har ikke ført bevis for at det var nødvendig med en annen sammensetning av arbeidsstokken, med virkning for utvelgelsen til permittering.
- (31) Lister over hvem som var valgt ut til permittering ble først fremlagt 21. mai 2021. Permitteringsvarslene ble gitt 27. mai og 2. juni. Kompetansematrisen ble ikke fremlagt for de tillitsvalgte eller for den enkelte arbeidstaker i forbindelse med permitteringene. Kompetansematrisen var dessuten ufullstendig og inneholdt feil.
- (32) Etter forklaringene bygget utvelgelsen på møter og gjennomganger mellom avdelingsleder og supervisorene, etter sigende på grunnlag av ansiennitet og kompetanse. Ingenting er nedfelt skriftlig, og er dermed umulig å etterprøve. Det som er fremkommet om vurderingen av de enkelte arbeidstakerne er ikke riktig.
- (33) B kunne både lese tegninger og rigge. Uansett hadde arbeidsgiver ikke tidligere tatt opp med ham at han ikke kunne lese tegninger. Det må tas hensyn til at B ble permittert, samtidig som ansatte med kortere ansiennitet ble overført fra en annen avdeling og satt til arbeid som B kunne ha gjort.
- (34) Når det gjaldt C, var manglende sveisesertifikater ikke tilstrekkelig grunn til å permittere ham. Sveising var kun en mindre del av det arbeidet som skulle gjøres. Uansett ville C kunnet ta opp igjen tidligere sveisekompetanse i løpet av kort tid.
- (35) D kunne styre de aktuelle maskinene. Han hadde også de nødvendige sertifikatene og erfaring med sea fastening fra Load out. D ble permittert, samtidig som ansatte med kortere ansiennitet ikke ble permittert, men overført til en annen avdeling for å utføre arbeid som også D kunne ha gjort.

- (36) B, C og D skal stilles økonomisk som om den tariffstridige permitteringen ikke hadde skjedd. Det innebærer at de har krav på erstatning for tapt lønn i permitteringsperioden og rett til å få tilbakeført ferie og avspasering som ble pålagt tatt ut i forbindelse med permitteringen. Etterbetalingskravet for B skal ikke avkortes. Han var ikke faktisk tilbakekalt.
- (37) Det er nedlagt slik påstand:
- «1. Utvelgelse av [B], [C] og [D] til permittering var i strid med Hovedavtalen § 7-1 nr. 3.
 - 2. Aker Solutions Subsea AS avd Moss plikter å foreta etterbetaling som følge av tariffstridig permittering og for øvrig stille de som om varsel om permittering ikke var gitt/permittering ikke foretatt»
- (38) *Næringslivets Hovedorganisasjon og Aker Solutions Subsea AS* har i korte trekk anført:
- (39) Ved permittering kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn. Om det foreligger saklig grunn må avgjøres etter en totalbedømmelse av om den konkrete utvelgelsen bygger på et forsvarlig skjønn. Relevante momenter i vurderingen er situasjonen for virksomheten, om det er drøftet med tillitsvalgte, saksbehandlingen, hvordan permitteringene er blitt gjennomført og hvilket grunnlag arbeidsgiver har bygget på ved utvelgelsen.
- (40) Kravene til saksbehandlingen må tilpasses at det gjelder permittering og ikke nedbemanning. Det er ikke krav om skriftlig nedtegnet begrunnelse for ansiennitetsfravik. Avgjørelsen må kunne bygge på det som kan utledes av parts- og vitneforklaringer, særlig når disse ikke står i motstrid til tidsnære bevis som protokoller, møtereferater mv. Dette er i tråd med langvarig praksis fra Arbeidsretten, jf. for eksempel ARD-1997-201 *Windy Boats*. I den konkrete situasjonen som forelå må det også vektlegges at det fortsatt var tiltak i samfunnet på grunn av koronapandemien. Blant annet ble de fleste møter gjennomført digitalt, med den betydningen det kunne ha for den konkrete saksbehandlingen.
- (41) Ved utvelgelse til permittering vil det ofte være saklig å legge særlig vekt på kompetanse. Arbeidsgiver må ha stor handlefrihet for å kunne sikre forsvarlig drift i en tidsavgrenset periode.
- (42) Vurderingen av en ansatts egnethet er i stor grad et arbeidsfaglig spørsmål som ligger til arbeidsgiver. Domstolene bør være varsomme med å overprøve

vurderinger som faller inn under arbeidsgivers foretaksledelse. Det er situasjonen på permitteringstidspunktet som er avgjørende, jf. AR-2009-8 *Securitas* avsnitt 38.

- (43) Ledelsen orienterte om mangelen på nye prosjekter og situasjonen for bedriften i et informasjonsmøte med de tillitsvalgte 2. februar 2021. Kriteriene for utvelgelse ble fastsatt sammen med de tillitsvalgte i drøftelsesmøte 16. februar 2021. Det var enighet om behovet for permitteringer og om utvalgskretsen. Når det gjaldt utvelgelseskriterier var det enighet om at bortfall av arbeid skulle gjelde, sammen med kompetanse, ansiennitet og sosiale forhold. Partene var uenige om vekten av ansiennitet.
- (44) Gjennom vinteren og våren 2021 ble det gjennomført en rekke allmøter og møter med de tillitsvalgte, hvor det ble orientert om situasjonen og om hva som ble gjort for å skaffe nye oppdrag og alternativ sysselsetting. Den konkrete utvelgelsen ble drøftet og besluttet i møter mellom avdelingsleder og supervisorene, som kjente den enkeltes formelle og reelle kompetanse best. Det ble tatt utgangspunkt i ansiennitetslister, men rett kompetanse ble vurdert som viktigst. Permitteringene ble iverksatt gradvis, etter hvert som aktiviteten i de ulike avdelingene opphørte.
- (45) Verkstedklubben fikk presentert oversikt over hvem som skulle permitteres 21. mai, før det ble sendt ut permitteringsvarsler til de berørte. For B og C ble permitteringen tatt opp i individuelle møter. B, C og D ble tatt inn igjen til annet arbeid, samtidig som andre arbeidstakere ble permittert.
- (46) Både for B, C og D ble ansiennitet fraveket fordi de ikke hadde rett kompetanse i forhold til bedriftens behov i den situasjonen som forelå. Behovet for å fullføre gjenstående prosjekter og å være i stand til å vinne fremtidige tilbud var sentralt for bedriften. Færre ressurser på hver avdeling gjorde det nødvendig at den enkelte hadde bredest mulig kompetanse. I en permitteringssituasjon er det ikke tid til eller hensiktsmessig å iverksette opplæring eller omplassering, eller å kalle tilbake eventuelle permitterte med relevant kompetanse hvis behovet oppstår.
- (47) Utvelgelsen var forankret i et forsvarlig, faktisk fundament og basert på saklige hensyn. Bevisførselen viser at det er mulig for retten å foreta en tilstrekkelig etterprøving av om utvelgelsen var saklig.
- (48) Hvis Arbeidsretten skulle komme til at permitteringene var tariffstridige, foreligger det uansett ingen etterbetalingsplikt. C og D hadde ikke lønnstap, og Bs krav må avkortes fordi han ikke takket ja til tilbudt, tilgjengelig arbeid.

(49) Brukte feriedager og avspaseringstimer kan ikke etterbetales.

(50) Det er nedlagt slik påstand:

«De saksøkte frifinnes.»

(51) **Arbeidsrettens merknader**

(52) Arbeidsretten har i avgjørelsen delt seg i et flertall og et mindretall. Flertallet, dommerne *Bjurstrøm, Jarbo, Kallerud, Hanasand* og *Ulleberg* er kommet til at NHO og Aker Solutions Subsea AS må frifinnes, og vil bemerke:

(53) Partene er enige om at det var grunnlag for permitteringer i Subsea Moss i 2021. Spørsmålet i saken er om utvelgelsen ved permitteringene av tre arbeidstakere var saklig i henhold til Hovedavtalen § 7-1 nr. 3.

(54) Etter Hovedavtalen § 7-1 nr. 3 kan arbeidsgiver ved valget av hvilke arbeidstakere som skal permitteres fravike ansiennitet hvis det er saklig grunn til det. Vilkåret om saklig grunn for utvelgelse er en skjønnsmessig regel, jf. AR-2023-7 *Fjeldseth* avsnitt 37.

(55) Det beror på en konkret vurdering om det er grunnlag for å fravike ansiennitet, jf. AR-2024-8 *Avinor* avsnitt 33. Det er flere momenter som vil ha betydning i den sammenhengen, jf. ARD 1997-201 *Windy Boats* på 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.»

(56) Permittering er et midlertidig tiltak som forutsetter at arbeidstakerne skal tilbake i arbeid, og saklighetskravet må forstås i lys av dette. Ansiennitet skal tas i betraktning, men hvilken vekt ansiennitet skal ha vil bero på en totalbedømmelse av alle relevante momenter. Vurderingene må gjøres konkret på bakgrunn av situasjonen for bedriften. I saklighetskravet ligger også at utvelgelsen må bygge på et forsvarlig skjønn. Arbeidsgivers saksbehandling, herunder hvordan permitteringen gjennomføres og hvilket grunnlag arbeidsgiver bygger utvelgelsen på, er viktige elementer i saklighetsvurderingen.

(57) Saksøker har anført at arbeidsgivers saksbehandling var tilfeldig, ufullstendig og uforsvarlig. Det er særlig pekt på at det er mangel på tidsnære, skriftlige bevis og at det er tilnærmet umulig for domstolen å etterprøve utvelgelsen uten slike bevis.

Saksøker har i denne sammenheng vist til at spørsmålet om saksbehandlingen er forsvarlig må bedømmes ut fra forholdene slik de var da beslutningen om permitteringen ble tatt og da det ble gitt permitteringsvarsler.

- (58) I protokollen fra drøftingsmøtet 16. februar 2021 var partene enige om at det forelå saklig grunn for permittering fra våren 2021 på grunn av oppdragsmangel. Partene var også enige om utvalgskretsen. Når det gjaldt kriterier for den konkrete utvelgelsen av ansatte for permittering var de enige om at bortfall av arbeid, kompetanse, ansiennitet og sosiale forhold var relevante kriterier. Verkstedklubben (Fellesforbundet) mente at ansiennitet skulle veie tyngst, mens bedriftens syn var at alle kriterier skulle være likeverdige.
- (59) Utover denne protokollen er det lite skriftlig dokumentasjon knyttet til den videre prosessen og arbeidsgivers vurderinger frem til permitteringsvarslene ble gitt i mai 2021. Parts- og vitneforklaringer og fremlagte presentasjoner fra møter mv. gir likevel inntrykk av at det var mye aktivitet fra arbeidsgivers side utover våren 2021, både når det gjaldt spørsmålet om permittering og forsøk på å skaffe alternativ sysselsetting.
- (60) Det er lagt frem en møteoversikt som er hentet fra kalenderen til leder for Subsea Moss, E. I følge den, ble det avholdt en rekke møter utover våren 2021, både innad i ledergruppa og med de tillitsvalgte, hvor oppdrags situasjonen, sysselsettingsbehov og permittering har vært tema. Det er gjennomgående ikke noen skriftlige referater fra disse møtene, men det foreligger noen presentasjoner som har vært brukt i møtene, herunder med oversikter over pågående og mulige fremtidige prosjekter. Det er også lagt frem lister som viser oversikter over ansatte, ansiennitet, kompetanse, permitteringer mv., som ifølge forklaringene ble brukt i vurderingene av utvelgelsen til permittering. Det er klart at det ikke foreligger noe skriftlig dokumentasjon om de avveiningene som ble gjort ved den konkrete utvelgelsen. Det er dermed ikke mange holdepunkter i skriftlige, tidsnære bevis som dokumenterer at utvelgelsen ble gjort på forsvarlig grunnlag.
- (61) Når det gjelder bevisvurderingen er saksøker av den oppfatning at Arbeidsrettens henvisning til HR-2022-390-A *Widerøe* i AR-2023-7 *Fjeldseth* og AR-2024-8 *Avinor* ikke er treffende. Det anføres at Arbeidsretten, i lys av domstolens prosessordning, må prøve bevisene og vektlegge dem i samsvar med alminnelige bevisvurderingsprinsipper.

(62) I AR-2024-8 *Avinor* avsnitt 36 uttaler retten følgende:

«Mangelfulle eller knappe nedtegnelser om ansiennitet og de vurderinger som er gjort ved utvelgelsen, kan skape tvil om utvelgelsen. Som påpekt i AR-2023-7 *Fjeldseth* avsnitt 47 og 48 er dette et spørsmål om bevisvurdering. Spørsmålet om det var saklig grunn til å fravike ansienniteten må avgjøres ut fra det som er sannsynliggjort om forholdene og vurderingene på permitteringstidspunktet. Dersom dokumentasjon er knapp om de vurderinger som er gjort, må avgjørelsen bygge på det som kan utledes av parts- og vitneforklaringer. Som påpekt i HR-2022-390-A avsnitt 53-59 kan parts- og vitneforklaringer ha større eller mindre beviskraft holdt opp mot det som foreligger eller mangler av dokumentasjon for arbeidsgivers saksbehandling under oppsigelsesprosessen. Et tilsvarende utgangspunkt for bevisbedømmelsen gjelder også i denne saken.»

(63) Slik flertallet ser det, må tilsvarende generelle utgangspunkter også legges til grunn i saken her. Permitteringsprosesser bør i størst mulig grad skriftliggjøres for å sikre tilstrekkelig notoritet, og det er uheldig at det foreligger minimalt med skriftlig dokumentasjon for prosessen ved Subsea Moss. Det kan imidlertid ikke legges til grunn at det gjelder et absolutt skriftlighetskrav. Spørsmålet blir om de framlagte bevisene, både i form av skriftlig dokumentasjon og parts- og vitneforklaringer, samlet kan gi retten et tilstrekkelig grunnlag for å prøve om utvelgelsen var saklig, ut fra det som er sannsynliggjort om forholdene og vurderingene på permitteringstidspunktet, jf. AR-2023-7 avsnitt 47 *Fjeldseth*.

(64) Saksøker har anført at retten ved vurderingen av bevisverdien av forklaringene, må legge vekt på at vitnene har fulgt forhandlingene og ikke avgitt forklaring enkeltvis. Etter alminnelige bevisregler skal vitner som utgangspunkt avhøres enkeltvis, med mindre partene samtykker til at de følger forhandlingene og retten finner det ubetenkelig, jf. tvisteloven § 24-6 første ledd. Etter tvisteloven § 24-6 andre ledd skal vitner som i vesentlig grad bistår eller har bistått en part i det forhold saken gjelder, i alminnelighet tillates å følge hele forhandlingene, hvis parten begjærer det, jf. tvisteloven § 24-6 andre ledd. Arbeidsrettens praksis med at vitner følger forhandlingene må ses på bakgrunn av disse utgangspunktene. Arbeidsretten skal imidlertid sørge for at saken blir fullt opplyst, jf. arbeidstvistloven § 48 første ledd. Utgangspunktet om at vitner gis rett til å følge forhandlingene i saken vil fravikes der tviste- og bevistemået tilsier det. Slik saken lå an fant ikke retten det betenkelig at parter og vitner fikk følge forhandlingene, og LO fremsatte heller ikke krav om at vitnene skulle avhøres enkeltvis. Tilstedeværelsen har ikke hatt særlig betydning for rettens vurdering av forklaringene i saken.

(65) Som pekt på foran, viser protokollen av 16. februar 2021 at partene var enige om at bortfall av arbeid, kompetanse, sosiale forhold og ansiennitet skulle være relevante

momenter ved utvelgelsen. Bevisførselen viser i korte trekk at det springende punktet mellom partene ikke var det faktiske grunnlaget for arbeidsgivers beslutning, men den vurdering og avveining som ble gjort på dette grunnlaget. Partene var uenige om hvordan ansiennitet skulle vektes. Verkstedklubben hadde blant annet følgende merknad i protokollen:

«Verkstedklubben anfører at det permitteres i de avdelingene som har arbeids bortfall og videre at ansiennitet legges til grunn for utvelgelse. Ved avvik fra ansiennitet begrunnes dette med kompetanse/sosiale forhold i senere drøftelser i hht Hovedavtalen.»

- (66) I AR-2009-34 *Jøtul* er det lagt til grunn at det må stilles strengere krav til begrunnelsen for å fravike ansiennitet når ansiennitetsforskjellen er stor, jf. AR-2009-34 *Jøtul* avsnitt 37. Alle de tre arbeidstakerne som saken gjelder har lang ansiennitet i bedriften og avviket i ansiennitet i forhold til andre arbeidstakere som i første omgang ikke ble permittert var stort, jf. avsnitt 10 foran. Flertallet vil i denne sammenheng likevel vise til at det var mange arbeidstakere i virksomheten med lang ansiennitet og at mange etter hvert ble permittert.
- (67) Avdelingsleder A, har forklart at de konkrete utvelgelsene ble drøftet mellom ham og supervisorene i de enkelte avdelingene. Det forelå lister med opplysninger om den enkeltes ansiennitet og kompetanse. Supervisorene forklarte at de hadde god kjennskap til de enkelte arbeidstakerne, herunder deres formelle kompetanse og realkompetanse. Ansiennitet ble vektlagt, men kompetanse fikk større vekt av hensyn til bedriftens mulighet til å fullføre pågående prosjekter og å være i stand til å starte opp nye prosjekter når disse kom inn, jf. avsnitt 9 foran. Bedriften la opp til å organisere arbeidet i tverrfaglige team, for å sikre bredest mulig kompetanse hos dem som i første omgang ikke ble permittert. E fremholdt i sin forklaring at poenget med utvelgelsen var å beholde operatører som kunne utføre flere arbeidsoperasjoner. Alle som ikke ble permittert hadde tverrfaglig kompetanse og kunne utføre nesten alle arbeidsoppgaver. På Load Out hadde alle lang ansiennitet. De som ble beholdt var baser som kunne styre arbeidsprosessene.
- (68) Denne måten å organisere arbeidet på i Subsea Moss resulterte i at arbeidstakere ble flyttet mellom avdelingene og at i hvert fall B og D fikk permitteringsvarsel, mens deres oppgaver ble overtatt av operatører med kortere ansiennitet fra andre avdelinger. Saksøker har anført at denne organiseringen ikke var nødvendig fordi driften fortsatte som normalt i permitteringsperioden. Det er lagt til grunn i Arbeidsrettens praksis at «[h]ensynet til gjennomføring og fullføring av prosjekter

åpner for vurdering av arbeidstakernes egnethet og kompetanse...», jf. AR 2023-7 *Fjeldseth* avsnitt 62. Flertallet finner det vanskelig å overprøve bedriftens vurdering av hva som ville være den mest hensiktsmessige måten å organisere driften på, selv om det i ettertid kan ha vist seg at situasjonen ble annerledes enn slik det så ut på tidspunktet da beslutningen ble tatt.

- (69) Videre er det anført at vurderingen av de tre arbeidstakernes kompetanse ble gjort på feilaktig grunnlag. Forklaringene fra A og supervisorene tyder etter flertallets mening på at vurderingene av kompetansen ble gjort på et tilstrekkelig faktisk grunnlag, selv om listene hvor kompetansen fremgikk inneholdt enkelte feil. Supervisorene og ledelsen hadde god kunnskap om de enkelte arbeidstakerne.
- (70) Parts- og vitneforklaringene gir inntrykk av at det var en omfattende prosess gjennom vinteren og våren 2021, og at det ble gjort en grundig vurdering av bemanningsbehovet ut i fra det man i den aktuelle tidsperioden visste om oppdragsmengden de kommende månedene. Den omfattende møtevirksomheten med møter i ledergruppa, møter med de tillitsvalgte og allmøter støtter opp under dette. Opplysninger i tvisteprotokollen datert 30. juni 2021, jf. avsnitt 15, tyder også på at det ble gjennomført drøftinger med de tillitsvalgte i perioden etter at listen over personer utvalgt til permittering ble fremlagt i mai 2021.
- (71) Flertallet finner ikke grunn til å betvile forklaringene fra ledelsen og andre sentrale personer. Det er heller ikke grunn til å betvile forklaringene fra saksøkers part og vitner. Begge sider har forklart at partsamarbeidet i bedriften fungerte godt, og at det ikke var tradisjon for skriftlighet. Som tidligere nevnt var det ikke uenighet om de faktiske forholdene. Uenigheten har handlet om den konkrete avveiningen av ansiennitetens betydning i forhold til de øvrige elementene som skulle vektlegges ved utvelgelsen. Det var imidlertid uheldig at manglende skriftlighet fra bedriftens side kan ha bidratt til at de berørte arbeidstakerne ikke i tilstrekkelig grad fikk forklart de avveiningene som lå til grunn for utvelgelsen.
- (72) I en samlet vurdering må, etter flertallets syn, også det arbeidet som ble gjort for å skaffe alternativ sysselsetting, vektlegges. Dette bidro til å redusere behovet for permitteringer og til at de permitterte kunne komme raskere tilbake. Tillitsvalgt i bedriften viste i sin forklaring til at bedriften gjorde mye bra med hensyn til å skaffe alternative arbeidsoppgaver. Slik flertallet har forstått det, ble det igangsatt vedlikeholdsoppgaver, og for disse oppgavene ble de permitterte tatt inn igjen på

grunnlag av ansiennitet. Dette førte til at permittering ikke ble aktuelt for D og at permitteringsperiodene ble forholdsvis korte for B og C. Samtidig som B, C og D ble tatt inn igjen, ble andre operatører permittert etter hvert som prosjekter ble avsluttet og arbeid bortfalt. Det var nye permitteringsrunder sommeren og høsten 2021.

- (73) Flertallet legger etter dette til grunn at permitteringen har skjedd i henhold til enigheten om vilkårene for permittering som fremkommer i protokollen av 16. februar 2021. Ansiennitet har vært vurdert i forhold til kompetansebehov. Til tross for at ansiennitetsfraviket for de tre arbeidstakerne som denne saken gjelder var stort, mener flertallet at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at bedriften har gjort en forsvarlig avveining av forholdet mellom arbeidstakernes ansiennitet og øvrige momenter, i lys av den situasjonen bedriften var i på permitteringstidspunktet.
- (74) På denne bakgrunnen var utvelgelsen, etter flertallets syn, ikke i strid med Hovedavtalen § 7-1 nr. 3.
- (75) Med det resultatet som flertallet har kommet til er det ikke nødvendig å ta stilling til punkt 2 i saksøkers påstand.
- (76) Arbeidsrettens mindretall, dommerne *Solbakken* og *Andersen*, har kommet til at permitteringen var tariffstridig, og vil bemerke:
- (77) Tvisten gjelder bestemmelsen i Hovedavtalen § 7-1 nr. 3 om at ansiennitet kan fravikes når det foreligger saklig grunn:
- «3. Ved permittering kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn.»
- (78) Bestemmelsen er klar på at det er ansienniteten som er utgangspunktet, men at den kan fravikes når det foreligger saklig grunn. I denne saken er det ikke framkommet hverken tidsnære skriftlige bevis, eller parts- og vitneforklaringer som kan underbygge at ansiennitet har vært utgangspunktet. Det ble tvert i mot hevdet en helt motsatt forståelse fra saksøkte ved de lokale drøftingene 16. februar 2021:
- «Bedriften mener alle kriterier er likeverdige.»
- (79) Spørsmålet om det ved utvelgelsen er saklig grunn til å fravike ansienniteten må vurderes konkret. Denne vurderingen må også se på ansiennitetsforskjeller mellom de ansatte, jf. ARD-1997-201 *Windy Boats*, AR-2009-8 *Securitas* og AR-2009-34 *Jøtul*. Det stilles strenge krav til begrunnelsen for å fravike ansiennitet når ansiennitetsforskjellen er stor, jf. AR-2009-34 *Jøtul* avsnitt 37. Som det framgår av

avsnitt 10 foran var ansiennitetsforskjellene mellom de som ble permittert og de som ikke ble permittert betydelige.

- (80) Det er heller ikke ført bevis for at de permitterte arbeidstakerne ikke kunne utføre de oppgavene som var igjen i virksomheten.
- (81) Mindretallet vil også påpeke at AR-2024-8 *Avinor* er et lite relevant referansegrunnlag. Den må ses i lys av den situasjonen Avinor kom i når flytrafikken, og derved inntektsgrunnlaget nærmest ble nullstilt over natta. Situasjonen ved Subsea Moss var en helt annen.
- (82) Mindretallet har derfor kommet til at permitteringen var tariffstridig og at saksøker må få medhold i påstanden punkt 1.
- (83) Når det gjelder påstanden punkt 2 viser mindretallet til en enstemmig merknad fra Arbeidsretten i AR-2023-7 *Fjeldseth* avsnitt 69:

«Virkingen 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.»

- (84) Dette sammenfaller med vår sak, og saksøker må derfor gis medhold også i påstanden punkt 2.
- (85) Dommen er avsagt med slik dissens som fremgår foran.

SLUTNING

De saksøkte frifinnes.