

Mastergradsoppgave

JUS399

LOVLIGHETEN AV BEDRIFTSFASTSATTE ALDERSGRENSER

Kandidatnr: 175051

Veileder: Melanie Regine Hack

Antall ord

14 820

01.06.2011

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema og rettslig problemstilling	1
1.2	Problemstillingen i en bredere kontekst	2
1.3	Begrepsavklaringer og viktige distinksjoner	4
1.3.1	Innledning	4
1.3.2	Arbeidstaker, arbeidsgiver og oppsigelse	4
1.3.3	Diskriminering, forskjellsbehandling og likebehandlingsprinsippet	4
1.3.4	Alder og aldersdiskriminering	5
1.3.5	Aldersgrense, pensjonsalder og særaldersgrense	6
1.4	Avgrensning av tema	7
1.5	Den nærmere fremstillingen	7
2	ADGANGEN TIL OPPSIGELSE PÅ GRUNN AV ALDER ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 15-13 a	8
2.1	Presentasjon av bestemmelsen og historisk bakgrunn	8
2.2	Hovedforskjellene mellom bedriftsfastsatte aldersgrenser og aldersgrenser etter andre grunnlag	10
3	RETTLIG UTGANGSPUNKT: ALDERSDISKRIMINERING ER FORBUDT	11
3.1	Aldersdiskrimineringsvernets historiske bakgrunn	11
3.2	EU-rettens betydning for norsk rett	12
3.3	Aldersdiskrimineringsforbudet etter Rådsdirektiv 2000/78/EF og arbeidsmiljøloven	15
3.3.1	Formål og anvendelsesområde.....	15
3.3.2	Nærmere om aldersdiskrimineringsforbudet og avgrensning av dets anvendelsesområde	17
4	UNNTAK FRA FORBUDET MOT ALDERSDISKRIMINERING	19

4.1 Presentasjon av unntaksadgangen etter Rådskonferansedirektiv 2000/78/EF og arbeidsmiljøloven.....	19
4.2 Nærmere om unntaksadgangen etter Rådskonferansedirektiv 2000/78/EF artikkel 6 nr. 1 og arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd	21
4.3 EU-domstolens tolkning av vilkårene i artikkel 6 nr. 1	24
4.3.1 "objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål"	24
4.3.2 "hensigtsmessige og nødvendige"	26
4.3.3 Forholdsmessighet i snever forstand	29
4.3.4 Oppsummering.....	30
5 LOVLIGHETEN AV BEDRIFTSFASTSATTE ALDERSGRENSER ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 13-3 ANDRE LEDD	31
5.1 Innledning.....	31
5.2 Bedriftsfastsatte aldersgrenser må være begrunnet i et "saklig formål"	32
5.3 Bedriftsfastsatte aldersgrenser må være "nødvendig"	39
5.4 Bedriftsfastsatte aldersgrenser kan ikke være "uforholdsmessig inngripende"	43
5.5 Særskilt om Gjensidige-saken.....	47
5.5.1 Sakens problemstilling og domstolens vurderinger	47
5.5.2 Kommentarer til lagmannsrettens vurderinger	48
6 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	50
7 REGISTRE.....	52
7.1 Litteraturliste	52
7.2 Lovregister.....	55
7.3 Endringslover	56
7.4 Internasjonale konvensjoner, traktater og direktiv.....	56
7.5 Register over forarbeid.....	57
7.6 Forslag til uttalelser fra generaladvokat.....	58
7.7 Domsregister	58
7.7.1 Tingretten.....	58
7.7.2 Lagmannsretten.....	59
7.7.3 Høyesterett	59
7.7.4 EU-domstolen	59

7.8	Nettsider.....	60
------------	-----------------------	-----------

1 INNLEDNING

1.1 Avhandlingens tema og rettslig problemstilling

Etter at reglene om aldersdiskriminering kom inn i arbeidsmiljøloven¹ 1. mai 2004, har det blitt reist spørsmål om bedrifter kan opprettholde, samt fastsatte, lavere aldersgrenser enn den alminnelige 70-årsgrensen. Problemstillingen har blitt behandlet av Borgarting lagmannsrett, som konkluderte med at en bedriftsfastsatt aldersgrense på 67 år tilknyttet bedriftens pensjonsordning, ikke var i strid med arbeidsmiljølovens aldersdiskrimineringsvern.² Avgjørelsen er imidlertid anket til Høyesterett, og den 15. juni skal Høyesterett for første gang ta stilling til problemstillingen etter at forbudet mot aldersdiskriminering ble innført i arbeidsmiljøloven. Temaet som skal analyseres nærmere i avhandlingen er problemstillingen Høyesterett nå skal ta stilling til.

Adgangen for arbeidsgiver til å si opp arbeidstakere på grunn av alder er arbeidsmiljøloven § 15-13 a. I utgangspunktet er arbeidstakere beskyttet av stillingsvernet etter § 15-7 første ledd frem til fylte 70 år.³ Arbeidsgivere har imidlertid adgang til ensidig å fastsette lavere aldersgrenser enn 70 år i tilknytning til bedriftspensjonsordninger, som innebærer en plikt for arbeidstakere til å fratrukke stillingen uten oppsigelse, etter § 15-13 a.⁴ Slike aldersgrenser er utbredt i norske bedrifter, og aldersgrensen tilsvarer ofte pensjonsalderen på 67 år og begrunnes i hensynet til forutberegnelighet.

Bedriftsfastsatte aldersgrenser er imidlertid begrenset av at aldersgrensen ikke er i strid med diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kapittel 13 som gjennomfører EUs

¹ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 17. juni 2005 nr. 63, jf. lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

² LB-2010-99486 (Gjensidige-saken).

³ Dersom annet ikke fremgår, vil paragrafhenvisninger gjelde arbeidsmiljølovens regler.

⁴ Jf. Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 55.

Direktiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet.⁵ Det må derfor tas stilling til hvilken betydning EU-retten har for tolkning av aldersdiskrimineringsvernet etter norsk rett.

Bedriftsfastsatte aldersgrenser medfører at arbeidstakerne fratras sin grunnleggende rett til å fortsette i stillingen frem til fylte 70 år, uavhengig av store individuelle variasjoner av alderens virkninger for den enkeltes arbeidsevne, selv om en er i stand til, og ønsker å arbeide til fylte 70 år eller lengre. Temaet må dermed ses i lys av menneskerettslige hensyn, som retten til å arbeide. Temaet må også ses i sammenheng med en bredere problemstilling, nemlig konsekvensene av de demografiske endringene.⁶

Både i europeisk og norsk sammenheng er forbudet mot aldersdiskriminering relativt nytt.⁷ Ettersom det er en utbredt praksis for bedriftsfastsatte aldersgrenser er det behov for en avklaring, både for arbeidstakere og arbeidsgivere, av aldersdiskrimineringsforbudets begrensninger for bedriftsfastsatte aldersgrenser.

Problemstillingen for avhandlingen er dermed om bedriftsfastsatte aldersgrenser er lovlig etter gjennomføringen av forbudet mot aldersdiskriminering.

1.2 Problemstillingen i en bredere kontekst

Levealderen har økt og det forventes en fortsatt økning i gjennomsnittsalderen de neste 50 årene.⁸ De demografiske endringene vil gjenspeile seg i arbeidslivet ettersom arbeidsstyrken reduseres og antallet pensjonister øker⁹ En konsekvens av dette vil være økt belastning av helsetjenester og eldreomsorg, i tillegg til at det vil påvirke

⁵ Rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv mot diskriminering (rammedirektivet).

⁶ Nærmere om dette i kapittel 1.2.

⁷ Gjennomføringsfristen av rammedirektivets regler om aldersdiskriminering var 2. desember 2006, se rammedirektivets artikkel 18.

⁸ I 2010 var forventet levealder 83 år for nyfødte jenter og omtrent 79 år for gutter. For tjue år siden var tallene henholdsvis 79 og 73 år, se <http://www.ssb.no/befolkning/>.

⁹ <http://www.ssb.no/emner/02/03/folkfram/>.

finansieringen av alderspensjon og trygdeytelser.¹⁰ Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er det derfor uheldig at arbeidsdyktige personer trer ut av arbeidslivet. Regjeringen har igangsatt flere virkemidler, herunder Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen)¹¹ og pensjonsreformen,¹² for å motivere eldre til å være lengre i arbeid, slik at den gjennomsnittlige avgangsalderen øker.¹³ IA-avtalen har fokus på at arbeidsgiver skal inkludere senioren i arbeidslivet og pensjonsreformen bygger på prinsippet om at det skal lønne seg å stå i arbeid.¹⁴ Bedriftsfastsatte aldersgrenser virker dermed mot regjeringens mål om at eldre skal stå lengre i arbeid.

De demografiske endringene taler for at holdningen til eldre må endres og et sterkt vern mot aldersdiskriminering kan bidra til å løse de samfunnsøkonomiske utfordringene beskrevet overfor.¹⁵ Det kan derfor spørres om hvorfor bedrifter kan tvinge arbeidsdyktige arbeidstakere ut av arbeidsmarkedet, når dette er samfunnsmessig uheldig og formålet i dagens arbeidsmarked synes å være at eldre skal stå lengst mulig i arbeid.

De beskrevne utfordringene er ikke særegne for Norge. Også innenfor EU er det fokus på den demografiske utviklingen. Rammedirektivets fortale punkt 8 og 25 understreker at aldersdiskrimineringsforbudet er en forutsetning for at EUs mål om sysselsetting nås, herunder å øke Eldres deltakelse i arbeidslivet. Et illustrerende eksempel på bekjempelse av utfordringene er situasjonen i England hvor det fra 6. april 2011 ikke lenger er tillatt å si opp en arbeidstaker fordi vedkommende har fylt 65 år.¹⁶

¹⁰ Ugreninov.

¹¹ Inngått mellom Regjeringen og arbeidsgiverorganisasjonene ved NHO, KS, Spekter, HSH og staten som arbeidsgiver, og arbeidstakerorganisasjonene ved LO, Unio, YS og Akademikerne i 2001, fornyet i 2005 og 2009.

¹² Pensjonsreformen trådte i kraft i sin helhet 1. januar 2011.

¹³ I følge Statistisk Sentralbyrå synker sysselsettingen av eldre gradvis etter fylte 54 år.

¹⁴ Jf. Ot.prp. nr. 37 (2008-2009) s.12.

¹⁵ Tilsvarende Cotter s. 333 og O'Conneide (2010) s. 8.

¹⁶ The Department for Business, Innovation and Skills, Phasing out the default retirement age: Government response to consultation Impact assessment, 2010.

1.3 Begrepsavklaringer og viktige distinksjoner

1.3.1 Innledning

Bedriftsfastsatte aldersgrenser har virkning overfor arbeidstakere i et arbeidsforhold med arbeidsgiver og reiser spørsmål om dette er aldersdiskriminering. Dette har tilknytning til flere rettslige begreper, som det er hensiktsmessig å avklare.

1.3.2 Arbeidstaker, arbeidsgiver og oppsigelse

Arbeidstaker defineres i § 1-8 første ledd som *”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”*. Etter ordlyden må det foreligge et ansettelsesforhold. I henhold til forarbeidene regnes ikke selvstendig næringsdrivende, konsulenter og oppdragstakere som arbeidstakere.¹⁷

Arbeidsgiver er definert i § 1-8 andre ledd som *”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”*.

Oppsigelse innebærer at arbeidstakeren må fratre stillingen innen en oppsigelsesfrist på en måned, dersom ikke lenger tid er avtalt.¹⁸ Etter § 15-7 må oppsigelsen være *”saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold”* for å være rettmessig.

1.3.3 Diskriminering, forskjellsbehandling og likebehandlingsprinsippet

I de forskjellige diskrimineringslovene brukes begrepene forskjellsbehandling og diskriminering om hverandre i tilknytning til hvilke handlinger som ikke er tillatt. Det er derfor ikke alltid like klart om begrepene har tilsvarende betydning.¹⁹ Som eksempel bruker arbeidsmiljøloven § 13-1 *”diskriminering”*, mens likestillingsloven § 3 bruker *”forskjellsbehandling”*.

Begrepet diskriminering ble inntatt i arbeidsmiljøloven fordi det skal brukes om forskjellsbehandlingen som er ulovlig. Begrepet forskjellsbehandling brukes i

¹⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73.

¹⁸ § 15-3, jf. § 1-9.

¹⁹ Strand s. 144-145.

arbeidsmiljøloven som et mer nøytralt begrep ettersom både lovlig og ulovlig forskjellsbehandling omfattes.²⁰ Lovlig forskjellsbehandling vil følgelig ikke anses som diskriminering. Diskriminering og forskjellsbehandling vil brukes med en slik betydning i avhandlingen.

Likebehandlingsprinsippet innebærer at like tilfeller ikke skal behandles forskjellig med mindre det er objektivt begrunnet.²¹ Likebehandlingsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet er dermed to sider av samme sak, som tar sikte på å forhindre ulovlig forskjellsbehandling. Retten til ikke-diskriminering og likebehandling er hjemlet i både lov, samt ulovfestede nasjonale og internasjonale rettsprinsipper, som i folkeretterrettslig sammenheng anses som jus cogens - et ulovfestet internasjonalt rettsprinsipp.²² Norge har forpliktet seg til å sikre diskrimineringsvernet gjennom flere internasjonale konvensjoner.²³ Diskrimineringsvernet er en konsekvens av den enkeltes rett til verdighet og integritet, og anses som et rettslig uttrykk for grunnleggende verdier i det norske samfunn.²⁴

1.3.4 Alder og aldersdiskriminering

Begrepet alder relaterer seg ikke til en begrenset gruppe personer og skiller seg fra andre diskrimineringsgrunnlag ved at gruppen ikke har noen kjennetegn, som kjønn eller rase. En kan dermed bli utsatt for aldersdiskriminering uavhengig av alder.²⁵

Aldersdiskriminering kan være både direkte og indirekte. Etter arbeidsmiljølovens forarbeider er direkte aldersdiskriminering når en person på grunn av alder ”*behandles*

²⁰ Se § 13-3, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 34.

²¹ Neergaard/Nielsen s. 187-188.

²² Hellum/Ketscher s. 18.

²³ FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, jf. lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30 § 2. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke.

²⁴ Ketscher s. 41.

²⁵ Tilsvarende O’Cinneide (2005) s. 13.

dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon”.²⁶ Formålet er at individer sikres formell likhet.

Med indirekte aldersdiskriminering menes etter arbeidsmiljølovens forarbeider ”*enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlatelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre*”²⁷ på grunn av alder. Fokuset retter seg mot hvordan konkrete bestemmelser, betingelser og praksis faktisk virker.²⁸

For både indirekte og direkte diskriminering er det tre vilkår som må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen er lovlig. For det første må det påvises årsakssammenheng mellom alder som diskrimineringsgrunnlag og behandlingen vedkommende har blitt utsatt for. Behandlingen må innebære at man havner i en dårligere stilling sammenlignet med andre i en tilsvarende situasjon. Til slutt kan ikke den direkte eller indirekte forskjellsbehandlingen være lovlig.²⁹

1.3.5 Aldersgrense, pensjonsalder og særaldersgrense

Med aldersgrense menes bestemmelser som innebærer at man plikter å fratse stillingen på grunn av at man har oppnådd en viss alder, uavhengig av om man ønsker det eller ikke.³⁰ Aldersgrenser kan være hjemlet i lov, tariffavtale, individuelle arbeidsavtaler, arbeidsreglement eller bedriftspensjonsordning.³¹

Pensjonsalder referer til alderen når man oppnår rett til pensjonsytelser og har rett til å gå av med pensjon.³² Selv om arbeidstakeren kan sies opp ved en oppnådd alder, kan arbeidstakeren på annet rettsgrunnlag ha rett til å fratse stillingen på et tidligere tidspunkt, med rett til pensjon. Pensjonsalderen innebærer imidlertid ingen plikt for

²⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

²⁷ *ibid.*

²⁸ Strand s. 142.

²⁹ Nærmere om vilkårene i kapittel 3.3.2.

³⁰ Johnsen, note 1 til § 15-13 a.

³¹ Se § 15-13 a, Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85.

³² Evju (2010) s. 623.

arbeidstakeren til å gå av. Det er derfor meget viktig å skille begrepene aldersgrense og pensjonsalder.

Med særaldersgrenser menes aldersgrenser hvor arbeidstakeren er pliktig til å fratre stillingen før den alminnelige avgangsalderen på 70 år.³³ Begrepet omtales oftest om aldersgrenser tilknyttet spesielle yrkesgrupper hvor hensynet til arbeidstakerens helse, samt arbeidets art og risiko gjør seg gjeldende. Begrepet vil brukes i denne betydning i den nærmere fremstillingen. Særaldersgrenser kan innebære en rett, men også en plikt til å gå av med alderspensjon ved oppnåelse av den særskilte alderen, og finnes både i offentlig og privat sektor.³⁴

1.4 Avgrensning av tema

På bedriftsnivå kan aldersgrenser være fastsatt i tariffavtale, individuelle avtale, arbeidsreglement og bedriftspensjonsordning. Hovedfokuset i avhandlingen er å redegjøre for lovligheten av aldersgrenser tilknyttet en bedriftspensjonsordning fastsatt ensidig av arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven. Når det i avhandlingen vises til bedriftsfastsatte eller bedriftsinterne aldersgrenser er det slike aldersgrenser det siktes til, i motsetning til aldersgrenser i tariffavtaler, individuelle avtaler og arbeidsreglement.

Avhandlingen avgrenses dermed mot aldersgrenser fastsatt i andre grunnlag, herunder lov, tariffavtale, individuell avtale og arbeidsreglement. Videre avgrenses det mot aldersgrenser begrunnet i hensynet til helse og sikkerhet.

1.5 Den nærmere fremstillingen

I kapittel 2 vil § 15-13 a, som hjemler adgangen for bedrifter til å fastsette aldersgrenser, være tema. Etersom bedriftsfastsatte aldersgrenser begrenses av aldersdiskrimineringsvernet, vil aldersdiskrimineringsforbudet presenteres i kapittel 3.

³³ Jf. § 15-13 a første ledd. Etter lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn m.fl. 21. desember 1956 nr. 1 (aldersgrenseloven) § 2 første ledd er det en pliktig aldersgrense ved fylte 70 år.

³⁴ Særaldersgrenser kan være fastsatt i lov, som aldersgrenseloven § 2, og tariffavtale, se LG-2009-41184. Eksempelvis er aldersgrensen 60 år for polititjenestemenn og 65 år for flygeldere, se St.meld. nr. 6 (2006-2007) s. 42.

Det redegjøres for unntaksadgangen for forskjellsbehandling på grunn av alder i kapittel 4, og her vil også relevant praksis fra EU-domstolen presenteres.

I kapittel 5 vil det redegjøres for lovligheten av bedriftsfastsatte aldersgrenser. Det vil også foretas en nærmere redegjørelse av Gjensidige-saken hvor lovligheten av en bedriftsfastsatt aldersgrense var tema.³⁵ Avsluttende bemerkninger til problematikken rundt bedriftsfastsatte aldersgrenser i forbindelse med aldersdiskrimineringsvernet er tema i kapittel 6.

2 ADGANGEN TIL OPPSIGELSE PÅ GRUNN AV ALDER ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 15-13 a

2.1 Presentasjon av bestemmelsen og historisk bakgrunn

Før nåværende § 15-13 a var det ikke lovregulert når bedriftsfastsatte aldersgrenser lavere enn 70 år var lovlig. Tre lagmannsrettsdommer³⁶ stod sentralt etter tidligere rettstilstand, hvor det ble særlig vektlagt at aldersgrensen var allment kjent, konsekvent håndhevet og at den var knyttet til en pensjonsordning.³⁷ I lagmannsrettsdommene fremgikk aldersgrensen henholdsvis av bedriftens vedtekter, bedriftsintern pensjonsordning og tariffavtale. Ettersom aldersgrensen ble ansett lovlig i de tre dommene ble det heller ikke stilt krav til at aldersgrensen hadde et konkret avtalebasert grunnlag i form av tariffavtale eller individuell avtale. Det var tilstrekkelig at virksomheten praktiserte aldersgrensen.³⁸

I arbeidsmiljølovens forarbeider og juridisk litteratur etter gjennomføringen av aldersdiskrimineringsvernet fremgår det at det bør utvises tilbakeholdenhet med å legge avgjørende vekt på holdbarheten til tidligere rettspraksis.³⁹

³⁵ LB-2010-99479.

³⁶ Rg. 1968 s. 371, NAD. 1986 s.207 og LB. 1995 s. 1486.

³⁷ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 195, Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 57.

³⁸ *ibid.*

³⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 59 og McClimans, note 7 til § 13-3 andre ledd.

Etter § 15-13 a første ledd første setning følger det at *”[a]rbeidsforholdet kan bringes til opphør når arbeidstaker fyller 70 år.”* Ordlyden *”kan”* innebærer ikke en plikt for arbeidstakeren til å fratrukke stillingen, men gir arbeidsgiveren en rett til å si opp arbeidstakeren ved fylte 70 år. Dette er dermed en saklig begrunnelse for oppsigelse etter § 15-7 første ledd. Regelen er formelt sett ingen aldersgrense, men en regel om opphør av oppsigelsesvern.

70-årsgrensen i § 15-13 a bygger på prinsippet om at en oppsigelse før fylte 70 år ikke har saklig grunn dersom den alene er begrunnet med at arbeidstakeren har oppnådd folketrygdens pensjonsalder. Dette ble for første gang inntatt i arbeidsmiljølovgivningen i 1972, fordi folketrygdlovens pensjonsalder ble endret fra 70 til 67 år. Man ville presisere at grensen for saklig oppsigelse på grunn av alder fortsatt skulle være 70 år. Arbeidstakere som var i stand til, og ønsket å fortsette i arbeid, fikk dermed et sterkere oppsigelsesvern.⁴⁰

Etter § 15-13 a første ledd andre setning kan *”[l]avere aldersgrense [enn 70 år] følge av annet grunnlag når grensen er saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende, jf. § 13-3 andre ledd.”*

Etter forarbeidene er det fortsatt adgang til å ha bestemmelser om aldersgrenser fastsatt i medhold av annet gyldig rettsgrunnlag som lov, arbeidsavtale, tariffavtale,⁴¹ arbeidsreglement⁴² eller bedriftspensjonsordning, i tråd med gjeldende rett og innenfor rammen av aldersdiskrimineringsvernet i arbeidsmiljøloven kapittel 13.⁴³

Siden aldersgrenser kan fastsettes i tilknytning til pensjonsordninger, er det ikke krav til at det må foreligge en gjensidig avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, eller representanter på arbeidstakersiden. Ordningen kan derfor være fastsatt ensidig av

⁴⁰ NOU 1972: 21 s. 14.

⁴¹ Avtale mellom *”en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold”*, jf. lov om arbeidstvister 5. mai 1927 nr. 1 § 1 nr. 8.

⁴² Beror på et avtalegrunnlag mellom arbeidsgiver og representanter på arbeidstakersiden, jf. § 14-17 første og andre ledd.

⁴³ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85. Arbeidsgiver må imidlertid skriftlig varsle arbeidstakeren minst seks måneder i forveien før arbeidsforholdet kan opphøre på grunn av aldersgrensen, jf. § 15-13 a andre ledd.

arbeidsgiver som følge av arbeidsgivers styringsrett. Slike aldersgrenser kan fremgå av bedriftens vedtekter, personalhåndbok⁴⁴ eller være en praksis i bedriften. Ettersom de ulike grunnlagene for aldersgrenser kan ha betydning for lovligheten av disse, blir spørsmålet hva som skiller aldersgrenser fastsatt ensidig av arbeidsgiver i bedriftspensjonsordninger fra de øvrige grunnlagene.⁴⁵ Dette er tema i det følgende.

2.2 Hovedforskjellene mellom bedriftsfastsatte aldersgrenser og aldersgrenser etter andre grunnlag

Forskjellen mellom aldersgrenser tilknyttet pensjonsordninger fastsatt ensidig av arbeidsgiveren og aldersgrenser basert på andre grunnlag, er hensynene bak aldersgrensen. Bedriftsfastsatte aldersgrenser er ofte begrunnet i bedriftsinterne formål og hensynet til forutberegnelighet for arbeidsgiveren.⁴⁶

Særaldersgrenser skiller seg fra bedriftsfastsatte aldersgrenser ettersom de er begrunnet i hensynet til arbeidstakerens helse, arbeidets art og sikkerhet.⁴⁷ I tillegg ivaretas sikkerheten for andre som kan stå i fare dersom feil utøves av den ansatte.⁴⁸ Vilkårene for unntaksadgangen for forskjellsbehandling på grunn av alder vil lettere være oppfylt for særaldersgrenser med en konkret helse- eller sikkerhetsmessig begrunnelse enn for generelle bedriftsfastsatte aldersgrenser.⁴⁹

Et annet forhold av betydning for lovligheten av aldersgrenser er selve grunnlaget aldersgrensen fremgår av. Det kan i alminnelighet antas at arbeidstakerens interesser i større grad blir ivaretatt ved avtalebaserte aldersgrenser, både når aldersgrensen er begrunnet i helsemessige og/eller sikkerhetsmessige hensyn, eller hvor andre hensyn gjør seg gjeldende. Aldersgrensen har da grunnlag i en gjensidig avtale fremforhandlet mellom arbeidsgiver og arbeidstakerne, eller representanter på arbeidstakers side, og er et resultat av en avveining av begge parters interesser. Det er større fare for at ordninger

⁴⁴ Dette var tilfellet i Gjensidige-saken.

⁴⁵ Tilsvarende Jakhelln (2006) s. 438.

⁴⁶ Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO).

⁴⁷ Se kapittel 1.3.4.

⁴⁸ Se Rt. 2010 s. 202 premiss 68.

⁴⁹ Tilsvarende Hotvedt/Syse s. 145.

fastsatt ensidig av arbeidsgiver er utformet med for stor vekt på hensynet til bedriftens interesser slik at hensynet til arbeidstakeren, prinsippet om ikke-diskriminering og proporsjonalitetsprinsippet ikke ivaretas i tilstrekkelig grad.⁵⁰ Det er dermed mer betenkelig å akseptere bedriftsfastsatte aldersgrenser, og dette tilsier en streng tolkning av unntaksadgangen for forskjellsbehandling på grunn av alder.

Ettersom lovligheten av bedriftsfastsatte aldersgrenser beror på at de ikke strider med aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kapittel 13 er dette tema i det følgende.

3 RETTSLIG UTGANGSPUNKT: ALDERSDISKRIMINERING ER FORBUDT

3.1 Aldersdiskrimineringsvernets historiske bakgrunn

Reglene om aldersdiskriminering ble inntatt i arbeidsmiljøloven 1977 med virkning fra 1. mai 2004, og er videreført i arbeidsmiljøloven kapittel 13.

Aldersdiskrimineringsreglene gjennomfører EUs Rådskonklusjon 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (heretter rammedirektivet). Rammedirektivet er en del av EUs ikke-diskrimineringspakke, som også inkluderer Rådskonklusjon 2000/43/EF om vern mot etnisk diskriminering,⁵¹ samt EUs handlingsplan for å bekjempe diskriminering.⁵² Rammedirektivet er hjemlet i den tidligere EF-traktaten artikkel 13, som gir EU kompetanse til å vedta sekundærlovgivning for å bekjempe diskriminering på grunn av kjønn, etnisk opprinnelse, religion, tro, handikap, alder, eller seksuell legning.⁵³

EØS-avtalen har ikke en parallell bestemmelse til EF-traktatens artikkel 13. EFTA-landene er dermed ikke rettslig forpliktet til å inkorporere rammedirektivet i sin lovgivning. Norge valgte likevel å slutte seg til EUs ikke-diskrimineringspakke og

⁵⁰ Tilsvarende Jakhelln (1986) s. 49 og 51, NOU 2009: 14 s. 197.

⁵¹ Gjennomført i lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. 3. juni 2005 nr. 33 diskrimineringsloven, se Ot.prp. nr. 33 (2004-2005).

⁵² Council Decision 2000/750/EC.

⁵³ Se rammedirektivets fortale.

gjennomførte rammedirektivet i norsk rett på grunn av en hensiktsmessighetsvurdering.⁵⁴ Det må derfor vurderes hvilken rettskildemessig vekt rammedirektivet og EU-domstolens rettspraksis har i tolkningen av aldersdiskrimineringsvernet etter arbeidsmiljøloven kapittel 13.

3.2 EU-rettens betydning for norsk rett

Ettersom EØS-avtalen ikke forplikter Norge til å inkorporere rammedirektivet som norsk lov kommer ikke EØS-loven § 2 om forrang til anvendelse.⁵⁵

Presumsjonsprinsippet, som etter alminnelig norsk rettskildelære innebærer at norsk rett presumeres å være i samsvar med folkerettslige prinsipper,⁵⁶ gjør seg heller ikke gjeldende.

Ettersom Norge har gjennomført rammedirektivet, er Norge politisk bundet av EU-retten på området for aldersdiskriminering. Norske myndigheter står imidlertid i utgangspunktet friere til å vurdere hvor langt vernet mot aldersdiskriminering skal strekke seg.⁵⁷ Det er i utgangspunktet norske rettskilder som er avgjørende for vurderingen av om bedriftsinterne aldersgrenser er lovlige, og ved motstrid mellom norsk rett og rammedirektivet, vil norsk lovgivning gå foran som *lex specialis*.

Spørsmålet er imidlertid om det har vært lovgivers intensjon at EU-retten skal få tilsvarende anvendelse på området om aldersdiskriminering, som i de tilfeller hvor Norge er rettslig forpliktet. I forarbeidene fremgår det at *”målsettingen bør være at Norge skal ha et vern på dette området som er minst på høyde med EU”*⁵⁸ og at *”norsk rett på dette området bør være fullt på høyde med det øvrige Europa”*.⁵⁹ Dette taler for at lovgiver har hatt en intensjon om at den norske lovgivningen om aldersdiskriminering skal være tilsvarende EU-retten på området.

⁵⁴ Se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 14.

⁵⁵ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. 27. november 1992 nr. 109.

⁵⁶ Se Rt. 2000 s. 1811.

⁵⁷ Tilsvarende Strand s. 139.

⁵⁸ NOU 2003: 2 s. 14.

⁵⁹ Innst. O. nr. 52 (2003-2004) s. 2.

I Kystlinkdommen var spørsmålet om 62-årsgrensen i sjømannslovslov 30. mai 1975 nr. 18 § 19 nr.1 sjettede led var i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i § 33, som også gjennomfører rammedirektivet.⁶⁰ Høyesterett uttaler at ”[d]omstolen må som utgangspunkt vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen”.⁶¹ Synspunktet i Kystlinkdommen fikk tilslutning av Høyesterett i kjennelse inntatt i Rt. 2010 s. 944,⁶² og i nylige avsagte avgjørelse HR-2011-910-A.⁶³

Arbeidsmiljølovens kapittel 13 må således tolkes i henhold til EUs rammedirektiv og EU-domstolens rettspraksis.

Hva gjelder spørsmålet om forbudet mot aldersdiskriminering skal ha et sterkere vern enn det som følger av rammedirektivet er usikkert. Det eneste som tyder på dette er uttalelsen i St.prp. nr. 11 (2003-2004) kapittel 2 om at målsetningen er et vern ”*minst på høyde med*” EU-retten. Dette har ikke blitt gjentatt i senere forarbeider. Retningen innenfor EU-retten har imidlertid gått i retning av et sterkere vern utover rammedirektivet. I Mangold-saken uttaler EU-domstolen at aldersdiskrimineringsforbudet er et ”*almindeligt fællesskabsretligt princip*”, og la til grunn at aldersdiskrimineringsforbudet gjelder uavhengig av direktivet og dets gjennomføring.⁶⁴

Dette har blitt betydelig kritisert. Først og fremst fordi prinsippet ikke hadde et forankringssted i EU-retten, men ble konstruert på bakgrunn av forskjellige internasjonale konvensjoner og i medlemsstatenes forfatningsmessige tradisjon, uten å vise til de konkrete grunnlagene. I tillegg fikk prinsippet direkte anvendelse i forholdet mellom private til tross for at rammedirektivet er en forpliktelse for staten. Videre at

⁶⁰ Jf. Ot.prp. nr. 85 (2005-2006) s. 6

⁶¹ Rt. 2010 s. 202 premiss 55-56.

⁶² Rt. 2010 s. 944 premiss 9.

⁶³ HR-2011-910-A premiss 72.

⁶⁴ Sak C-144/04 premiss 74-45.

EU-domstolen griper dypt inn i arbeidsmarkeds- og sosialpolitikkenes område, som medlemsstaten er nærmest til å vurdere.⁶⁵

Rettskildebildet i EU-retten har imidlertid endret seg etter Mangold-saken. Med Lisboa-traktaten fikk Charter for grunnleggende rettigheter samme rettskildemessige vekt som traktatene, og etter Charteret artikkel 21 nr. 1 er ”*forskelsbehandling på grund af ... alder ... forbudt*”.⁶⁶ Aldersdiskrimineringsforbudet er dermed eksplisitt forankret i EUs primærrett, og har forrang og direkte virkning for medlemsstatene.⁶⁷ Rammedirektivet som sekundærrett konkretiserer prinsippet i EU Charteret, samt at EU-domstolen konkretiserer rammedirektivet og dermed Charteret artikkel 21 nr. 1. Dette ble bekreftet av EU-domstolen i Küçükdeveci hvor det igjen presiseres at aldersdiskrimineringsforbudet er et alminnelig fellekapsrettslig prinsipp, samt at det henvises til Charteret om grunnleggende rettigheter.⁶⁸

Ettersom Høyesterett har uttalt at arbeidsmiljøloven skal tolkes i samsvar med rammedirektivet og EU-rettens praksis, kan det argumenteres for at det fellekapsrettslige prinsippet implisitt gjør seg gjeldende i Norge, og at aldersdiskrimineringsvernet rekker lengre enn rammedirektivet. Dette faller imidlertid utenfor avhandlingens problemstilling, og vil derfor ikke vurderes nærmere i det følgende.

I det følgende redegjøres det for aldersdiskrimineringsforbudet etter rammedirektivet og arbeidsmiljøloven samlet ettersom arbeidsmiljølovens kapittel 13 skal tolkes i lys av EU-retten.

⁶⁵ Jf. Herzog/Gerken s. 2.

⁶⁶ Se den Europæiske Unions Tidende (TEU) artikkel 6.

⁶⁷ Tilsvarende Neergaard/Nielsen, s. 188.

⁶⁸ Sak C-555/07 premiss 21-23, 27 og 50. Det er imidlertid en forutsetning at det konkrete tilfellet faller inn under EU-rettens anvendelsesområde, jf. premiss 23.

3.3 Aldersdiskrimineringsforbudet etter Rådskonrektiv 2000/78/EF og arbeidsmiljøloven

3.3.1 Formål og anvendelsesområde

Formålet etter rammedirektivet artikkel 1 er å gjennomføre likebehandling i medlemsstatene ved å fastlegge en generell ramme for bekjempelse av diskriminering i arbeidslivet på grunnlag av religion eller tro, funksjonsnedsettelse, alder eller seksuell orientering. Rammedirektivet avgrenses mot diskrimineringsgrunnlagene etnisitet og kjønn.⁶⁹

Etter rammedirektivets fortale synes direktivet å bygge på to hovedhensyn, herunder menneskerettslige hensyn som uttrykkes i punkt 1-6, mens samfunnsmessige og økonomiske hensyn dominerer de øvrige punktene i fortalen.⁷⁰ Fortalens punkt 8 og 25 understreker forbudet mot aldersdiskriminering og knytter det til retningslinjene, som særlig understreker behovet for å øke eldre arbeidstakers deltakelse i arbeidslivet. Aldersdiskrimineringsforbudet skal følgelig sikre lik mulighet og adgang til sysselsetting uavhengig av alder.⁷¹

Etter rammedirektivet artikkel 1 innebærer likhetsprinsippet at *”ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling”* på grunn av alder. Etter artikkel 2 nr. 2 bokstav a foreligger direkte aldersdiskriminering hvis en person *”behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet”* på grunn av alder. Med indirekte aldersdiskriminering menes etter artikkel 2 nr. 2 bokstav b *”hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer ... som tilhører en bestemt aldersgruppe ... særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer”*.

⁶⁹ Rådskonrektiv 2000/43/EF og Rådskonrektiv 76/207/EØF.

⁷⁰ Tilsvarende Sargeant s.55.

⁷¹ Tilsvarende Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 52.

Etter arbeidsmiljøloven § 13-1 er ”[d]irekte og indirekte diskriminering på grunn av ... alder ... forbudt”. Også diskrimineringsgrunnlagene politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner og seksuell orientering beskyttes.⁷²

Aldersdiskrimineringsforbudets formål etter arbeidsmiljølovens er likebehandling i arbeidslivet og et inkluderende arbeidsliv.⁷³ En viktig forutsetning for et inkluderende arbeidsliv er at arbeidstakere ikke blir utsatt for diskriminering i det løpende arbeidsforholdet. Man skal dermed ikke holdes utenfor arbeidslivet eller hindres fremgang.⁷⁴

Definisjonene av direkte og indirekte diskriminering i arbeidsmiljøloven 1977 ble ikke videreført i arbeidsmiljøloven 2005 da de var lite egnet til å klargjøre, men forarbeidene konstaterer likevel at begrepene har samme innhold som tidligere.⁷⁵ Med direkte diskriminering menes at ”en person [på grunn av alder] behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon”,⁷⁶ mens indirekte diskriminering defineres som ”enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre” på grunn av alder.⁷⁷

I tillegg til direkte og indirekte diskriminering verner rammedirektivet og arbeidsmiljøloven også mot trakassering og instruks om å diskriminere.⁷⁸

Aldersdiskrimineringsvernet etter rammedirektivet og arbeidsmiljøloven omfatter alle personer og gjelder både i den offentlige og private sektoren.⁷⁹ Videre gjelder aldersdiskrimineringsforbudet hele arbeidsforholdets faser, fra utlysning av stilling til

⁷² Arbeidsmiljølovens beskyttede diskrimineringsgrunnlag er videre enn rammedirektivet, men følger av andre internasjonale konvensjoner, se note 21. Arbeidsmiljøloven avgrenses mot den øvrige diskrimineringslovgivningen i norsk rett, jf. § 13-1 nr. 4-6.

⁷³ Jf. henholdsvis § 1 bokstav b og e.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 59 (2004-2005) s. 71-72.

⁷⁵ *ibid.* s. 325.

⁷⁶ *ibid.*

⁷⁷ *ibid.*

⁷⁸ Artikkel 2 nr. 3 og § 13-1 nr. 2.

⁷⁹ Artikkel 6 nr. 1.

opphør av arbeidsforholdet.⁸⁰ Oppramsingen av tilfeller som faller inn under arbeidsmiljølovens aldersdiskrimineringsforbud etter § 13-2 bokstav a-d er dermed ingen uttømmende liste, jf. ordlyden ”herunder”. I Norge regnes arbeidsliv tradisjonelt som forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og partene i arbeidslivet.⁸¹ For aldersdiskrimineringsvernet er imidlertid vernet personkrets utvidet i henhold til rammedirektivet. Også selvstendige næringsdrivende, og personer under yrkesutdanning eller omskolering omfattes.⁸² Det gjelder også for medlemskap og deltakelse i arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjoner, samt yrkesorganisasjoner.⁸³ Vernet gjelder tilsvarende for arbeidstakere som arbeider deltid og som er midlertidig ansatt.⁸⁴

3.3.2 Nærmere om aldersdiskrimineringsforbudet og avgrensning av dets anvendelsesområde

Rammedirektivet og arbeidsmiljøloven definerer ikke begrepet alder. Etter rammedirektivet artikkel 3 omfattes ”*alle personer*” og i arbeidsmiljøloves forarbeider fremgår det at både lav og høy alder vernes.⁸⁵ Det er dermed enhver som omfattes av aldersdiskrimineringsvernet.

Etter artikkel 10 og § 13-8 er bevisbyrden delt. Arbeidstakeren må skape en formodning om at han ble utsatt for aldersdiskriminering, mens arbeidsgiveren må bevise at det ikke foreligger aldersdiskriminering.

Hvorvidt bedriftsfastsatte aldersgrenser er aldersdiskriminering vil følgelig bero på om vilkårene for direkte aldersdiskriminering er oppfylt. Vurderingen tar utgangspunkt i definisjonen i arbeidsmiljøloven og dens forarbeider, men vilkårene tolkes tilsvarende som rammedirektivet. For det første må man ”*behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon*”.⁸⁶ Etter forarbeidene skal ikke begrepet

⁸⁰ Jf. henholdsvis artikkel 3 og § 13-2.

⁸¹ Se kapittel 1.3.1.

⁸² Artikkel 6 nr. 1 bokstav a-b.

⁸³ *ibid.* bokstav d, § 13-2 andre og tredje ledd.

⁸⁴ § 13-1 nr. 3. Gjennomfører Rådsdirektiv 97/81/EF og Rådsdirektiv 99/70/EF, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁸⁵ Se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 29.

⁸⁶ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

”*behandles*” tolkes snevert.⁸⁷ Det er ikke et vilkår at man stilles kvalifisert dårligere enn den man sammenlignes med. Det er tilstrekkelig at man stilles dårligere. Det er heller ikke et krav til aktiv handling, både handlinger og unnlaterer vil derfor omfattes.⁸⁸

Ordlyden ”*enn andre blir, har blitt eller ville blitt*” innebærer en sammenligning med andre personer. Det er tilstrekkelig å sammenligne med hvordan en hypotetisk tredjeperson ville blitt behandlet. Sammenligningsgrunnlaget må ta utgangspunkt i ”*en tilsvarende situasjon*”. Dette beror på en konkret vurdering ut fra en sammenligning av vedkommendes situasjon med en annens situasjon.

Neste vilkår er årsakssammenheng mellom alder som diskrimineringsgrunnlag og den dårligere behandlingen, jf. ordlyden ”*på grunn av*” i § 13-1 og ”*med hensyn til*” i artikkel 1. Det stilles ikke krav til diskriminerende hensikt fra den som diskriminerer - det avgjørende er virkningen av handlingen.⁸⁹

Bedriftsfastsatte aldersgrenser innebærer at man får et svakere vern enn tidligere mot opphør av arbeidsforholdet, og man stilles i en dårligere situasjon sammenlignet med andre arbeidstakerne som ikke har oppnådd den bestemte alderen. Bedriftsfastsatte aldersgrenser er dermed direkte aldersdiskriminering, og er i utgangspunktet i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i § 13-1 og artikkel 2 nr. 2 bokstav a.⁹⁰

Anvendelsesområdet for aldersdiskrimineringsforbudet er imidlertid avgrenset. Aldersgrenser for utbetalinger fra offentlige ordninger for sosial sikring og sosial beskyttelse eller lignende ordninger unntas etter artikkel 6 nr. 2. Alder som kriterium for en rett og ikke en plikt til pensjon, som AFP-ordningen, er dermed tillatt. Etter fortalens punkt 14 omfattes ikke fastsettelse av pensjonsalder og dermed ikke folketrygdens fleksible pensjonsalder på 62 til 67 år. EU-domstolen har imidlertid slått fast at dette ikke hindrer at rammedirektivet omfatter nasjonale bestemmelser om aldersgrenser.⁹¹

⁸⁷ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

⁸⁸ *ibid.*

⁸⁹ *ibid.*

⁹⁰ Se blant annet sak C-411/05 premiss 50.

⁹¹ *ibid.* premiss 44.

Som Stein Evju har skrevet er distinksjonen *”utvilsomt vesentlig”*.⁹² Bedriftsfastsatte aldersgrenser må dermed oppfylle vilkårene i unntaksadgangen for direkte aldersdiskriminering for å være lovlig. I den nærmere fremstillingen vil det redegjøres for unntaksadgangen til forskjellsbehandling på grunn av alder etter rammedirektivet og arbeidsmiljøloven.

4 UNNTAK FRA FORBUDET MOT ALDERSDISKRIMINERING

4.1 Presentasjon av unntaksadgangen etter Rådsdirektiv 2000/78/EF og arbeidsmiljøloven

I rammedirektivets fortale er behovet for lovlig forskjellsbehandling på grunn av alder særskilt omtalt. Det fremgår at forskjellsbehandling på grunn av alder kan være berettiget under visse omstendigheter og at det er behov for særskilte unntaksbestemmelser som kan variere etter de ulike situasjoner i medlemsstatene.

Rammedirektivet har tre unntaksbestemmelser som tillater forskjellsbehandling på grunn av alder. Artikkel 2 nr. 2 bokstav b i) angir et generelt unntak for indirekte diskriminering. Etter artikkel 4 nr. 1, jf. fortalens punkt 23, kan medlemsstatene bestemme at ulik behandling begrunnet i genuine yrkesmessige kvalifikasjonskrav ikke skal anses som direkte eller indirekte diskriminering. Begge unntakene begrenses av en proporsjonalitetsvurdering.

En særskilt unntaksbestemmelse om alder kommer til uttrykk i artikkel 6 nr. 1, hvor det fremgår at forskjellsbehandling på grunn av alder er lovlig hvis:

”den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds og erhvervsuddannelsespolitiske formål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige”.

⁹² Evju (2007) s. 2.

Artikkel 6 nr. 1 åpner opp for en generell unntaksadgang for både direkte og indirekte diskriminering. Etersom bedriftsfastsatte aldersgrenser er direkte aldersdiskriminering, kommer ikke artikkel 2 nr. 1 til anvendelse.⁹³ Artikkel 6 nr. 1 åpner for en videre unntaksadgang enn artikkel 4 nr. 1 siden sistnevnte begrenses til yrkesmessige kvalifikasjonskrav. Det er dermed avgjørende for bedriftsinterne aldersgrenser at vilkårene etter artikkel 6 nr. 1 er oppfylt. Det er derfor bare denne unntaksadgangen som vurderes nærmere i det følgende.

Arbeidsmiljøloven har en annen utforming av diskrimineringsunntakene enn rammedirektivet. Det følger av § 13-3 første ledd at forskjellsbehandling er lovlig dersom den:

”har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke.”.

Unntaksadgangen etter arbeidsmiljøloven gjelder både direkte og indirekte forskjellsbehandling, men er begrenset til å gjelde utøvelse av ”arbeid eller yrke”. Etter forarbeidene gjennomfører § 13-3 første ledd rammedirektivet artikkel 4 nr. 1. I § 13-3 andre ledd er det imidlertid et generelt unntak for forskjellsbehandling på grunn av alder dersom den er:

”nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles”.

Bestemmelsen åpner opp for en videre unntaksadgang for aldersdiskriminering enn de øvrige diskrimineringsgrunnlagene i arbeidsmiljøloven ettersom det ikke stilles krav til at forskjellsbehandlingen er nødvendig for ”utøvelse av arbeid eller yrke” som § 13-3 første ledd. Etter forarbeidene ville et absolutt aldersdiskrimineringsforbud føre til uheldige og utilsiktede konsekvenser i en del tilfeller uten at dette utdypes nærmere.⁹⁴ Bestemmelsen gjennomfører og er ment å være avgrenset i samsvar med artikkel 6 nr. 1.⁹⁵ Det kommer også direkte til uttrykk i § 15-13 a at bedriftsfastsatte aldersgrenser må

⁹³ Jf. kapittel 3.3.2.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 41.

⁹⁵ *ibid.*

oppfylle § 13-3 andre ledd for å være lovlig. Vilkårene i § 13-3 andre ledd må følgelig tolkes i ses i lys av artikkel 6 nr. 1.

4.2 Nærmere om unntaksadgangen etter Rådskonferansen 2000/78/EF artikkel 6 nr. 1 og arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd

Ordlyden i § 13-3 andre ledd har en annen formulering enn rammedirektivet artikkel 6 nr. 1. Arbeidsmiljøloven stiller krav til at formålet må være *"saklig"*, mens formålet etter rammedirektivet må være *"legitimt"*. Arbeidsmiljøloven stiller heller ikke krav til at det saklige formålet må være *"objektivt og rimelig"*. Det ligger imidlertid allerede i saklighetskravet at usaklige hensyn ikke oppfyller lovens krav, og dette innebærer implisitt at forskjellsbehandlingen må være rimelig og objektivt.

Etter artikkel 6 nr. 1 og fortalens punkt 25 kan *"bl.a. legitime beskæftigelses-, arbeidsmarkeds og erhvervsuddannelsespolitiske formål"* være *"legitime formål"*. Det følger henholdsvis av ordlyden *"bl.a."* i artikkel 6 nr. 1 og *"især under hensyn til"* i fortalens punkt 25 at opprømsingene ikke er uttømmende. Artikkel 6 nr. 1 bokstav a-c angir også en ikke uttømmende opprømsing av eksempler som kan begrunne forskjellsbehandling, som for eksempel fastsettelse av særlige vilkår for adgang til arbeid og utdanning for unge og eldre. Arbeidsmiljøloven gir, i motsetning til rammedirektivet, ingen opprømsing av hvilke formål som kan anses som saklige eller hvilke tiltak som kan begrunne forskjellsbehandling. Dette var et bevisst valg fra lovgivers side ettersom spørsmålet om aldersdiskriminering er en konkret og skjønnsmessig vurdering og en eksemplifisering i lovteksten kan være mer forvirrende enn veiledende.⁹⁶

Videre inneholder ikke § 13-3 andre ledd krav til at forskjellsbehandlingen må være *"hensigtsmæssige"*. Det kan imidlertid innfortolkes i ordlyden *"nødvendig"* i § 13-3 andre ledd at dette kravet omfattes. Det er også forutsatt i forarbeidene at unntaksadgangen *"er ment avgrenset i tråd med direktivets artikkel 6"* slik at innholdet i vilkårene for lovlig forskjellsbehandling skal forstås tilsvarende artikkel 6.⁹⁷ Etter

⁹⁶ *ibid.* s. 41-42.

⁹⁷ *ibid.*

§ 13-3 andre ledd er det et vilkår at forskjellsbehandlingen er ”ikke uforholdsmessig inngripende”. Artikkel 6 nr. 1 oppstiller ikke et slikt vilkår, men dette kommer likevel til uttrykk i EU-domstolens praksis.⁹⁸

Unntaksadgangen beror på en proporsjonalitetsvurdering.⁹⁹ Dette er lagt til grunn av EU-domstolen i Mangold-saken.¹⁰⁰ EU-domstolen tok for første gang stilling til aldersdiskrimineringsforbudet i artikkel 6 nr. 1 i denne saken. Selv om saken ikke gjaldt aldersgrenser i forbindelse med opphør av arbeidsforhold, er den viktig ettersom den konkretiserer innholdet i artikkel 6 nr. 1. Spørsmålet i saken var om en tysk lovbestemmelse, som ga arbeidsgivere adgang til å avtale midlertidig ansettelse uten begrensninger med personer som var fylt 52 år, var i strid med rammedirektivet.

I vurderingen om aldersgrensen var ”hensigtsmæssige og nødvendige” etter artikkel 6 nr. 1 presiserer EU-domstolen at medlemsstatene har en vid skjønnsmargin ved valget av hvilke tiltak som kan oppfylle formålet på området for sosial- og sysselsettingspolitikken.¹⁰¹ Dette tyder på at EU-domstolen har en begrenset adgang til å overprøve de nasjonale virkemidlene medlemsstatene tar i bruk.¹⁰²

Alder var imidlertid det eneste kriterium for midlertidig ansettelse.¹⁰³ Lovgivningen gikk dermed utover hva som var ”hensigtsmæssige og nødvendige”. Dette knytter domstolen til proporsjonalitetsprinsippet, og uttaler at prinsippet innebærer at:

*”enhver undtagelse til en individuell rettighed i videst mulig omfang både skal tilgodese de krav, der følger af ligebehandlingsprincippet, og det tilsigtede mål”.*¹⁰⁴

⁹⁸ Se kapittel 4.3.3.

⁹⁹ Etter EUs likebehandlingsrett gjelder et generelt proporsjonalitetsprinsipp, som er utviklet gjennom EU-domstolens praksis om indirekte diskriminering på grunn av kjønn, se Bilka-saken (C-170/84), se NOU 2002: 12 s. 328.

¹⁰⁰ Sak C-144/04.

¹⁰¹ *ibid.* premiss 63.

¹⁰² Tilsvarende i forslag til avgjørelse generaladvokat Trstenjak fremsatt 28. april 2010 sak C-45/09 premiss 86.

¹⁰³ Sak C-144/04 premiss 59.

¹⁰⁴ *ibid.* premiss 64-65.

EU-domstolen ikke overlot det dermed ikke til den tyske domstolen selv å vurdere hvilke arbeidsmarkedspolitiske virkemidler som skulle anvendes for å oppnå formålet selv om medlemsstatene har en vid skjønnsmargin. At den berørte arbeidstakeren ble ansatt før utløpet av fristen for gjennomføringen av rammedirektivet endret ikke resultatet ettersom aldersdiskrimineringsforbudet ble ansett som et alminnelig fellesskapsrettslig prinsipp.¹⁰⁵ Aldersdiskrimineringsforbudet har et like sterkt vern som de øvrige diskrimineringsrunnlagene og det skal foretas en streng tolkning av proporsjonalitetsprinsippet.¹⁰⁶

At § 13-3 andre ledd beror på en proporsjonalitetsvurdering uttrykkes i forarbeidene, hvor det fremgår at det stilles *”krav om saklighet og proporsjonalitet mellom midler og mål”*.¹⁰⁷ I henhold til Mangold-saken skal dermed proporsjonalitetsprinsippet i § 13-3 andre ledd tolkes strengt.

Selv om proporsjonalitetsvurderingen i artikkel 6 nr. 1 og § 13-3 andre ledd er forskjellig utformet, er kjernen i vurderingen at handlingen ikke må gå videre enn hva som er nødvendig for å nå formålet med handlingen og at det ikke må være misforhold mellom formålet med handlingen og midlene som velges for å realisere formålet. Selve proporsjonalitetsprinsippet (også benevnt som forholdsmessighetsprinsippet i Norge) innebærer en treleddet vurdering av virkemiddelets egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet (forholdsmessighet) i snever forstand.¹⁰⁸

Ettersom § 13-3 andre ledd skal tolkes i lys av artikkel 6 nr. 1, vil det i den nærmere fremstillingen redegjøres for hva som ligger i vilkårene i artikkel 6 nr. 1 og EU-domstolens tolkning av vilkårene. Spørsmålet om bedriftsinterne aldersgrenser er lovlig etter artikkel 6 nr. 1 har ikke vært til behandling for EU-domstolen. I tillegg til Mangold-saken foreligger det imidlertid andre relevante avgjørelser fra EU-domstolen som konkretiserer vilkårene, og som vil ha betydning for lovligheten av bedriftsfastsatte

¹⁰⁵ *ibid.* premiss 74-45. Se nærmere om dette i punkt 3.2.

¹⁰⁶ Slik også Nielsen s. 254.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327

¹⁰⁸ Lilli s. 519 og Mathisen s. 80-92.

aldersgrenser etter § 13-3 andre ledd, herunder Palacios-saken,¹⁰⁹ Age Concern,¹¹⁰ og Rosenblatt.¹¹¹

4.3 EU-domstolens tolkning av vilkårene i artikkel 6 nr. 1

4.3.1 *"objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål"*

Etter artikkel 6 nr. 1 må formålet være *"legitimt inden for rammerne af den nationale ret"*. Vilket innebærer at formålet må være i samsvar med gjeldende rettslige normer og regler. Sett i sammenheng med fortalens punkt 25 medfører ikke nødvendigvis tillatt forskjellsbehandling i et medlemsland at tilsvarende forskjellsbehandling er tillatt i andre medlemsland. Dette taler for at den faktiske situasjonen i landet er avgjørende og det legges opp til at medlemsstatene selv skal foreta en konkret saklighetsvurdering av nasjonale arbeidsmarkeds- og sysselsettingshensyn.

En viktig avgjørelse fra EU-domstolen av om aldersgrenser er *"objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål"* er Palacios-saken, hvor spørsmålet var om en aldersgrense i tariffavtale for tekstilindustrien var i tråd med artikkel 6 nr. 1. Etter spansk lovgivning var det adgang til å tariffeste at arbeidstakere skulle gå av med pensjon ved fylte 65 år, med eneste begrensning at arbeidstakeren oppnådde retten til pensjon etter loven.

EU-domstolen presiserer at lovbestemmelsen ikke må angi hvilke formål som begrunner aldersgrensen, men ved mangel av slik presisering er det vesentlig at andre elementer gjør det mulig å identifisere formålet. Dette er nødvendig med å føre rettslig kontroll med lovligheten av aldersgrensen og om aldersgrensen er *"hensigtsmæssige og nødvendige"* for å oppfylle formålet.¹¹²

EU-domstolen uttaler at medlemsstatene og arbeidsmarkedets parter har en vid skjønnsmargin hva gjelder valg av formål man ønsker å forfølge på området for

¹⁰⁹ Sak C-411/05.

¹¹⁰ Sak C-388/07.

¹¹¹ Sak C-45/09.

¹¹² Sak C-411/05 premiss 53-57.

sosialpolitikk og sysselsetting, og hvilke midler som skal oppfylle disse formålene.¹¹³ EU-domstolen legger til grunn at sysselsettingspolitikk, situasjonen på arbeidsmarkedet og et høyt sysselsettingsnivå er et ”*legitimt formål*”. Å bekjempe arbeidsledighet ved å lette adgangen for yngre arbeidssøkende til arbeidsmarkedet ved å fastsette aldersgrenser ble derfor ansett legitimt.¹¹⁴ Aldersgrenser som er begrunnet i at yngre arbeidstakere får forrang fremfor eldre når arbeidsmarkeds- og sysselsettingspolitiske hensyn tilsier det, kan dermed være ”*objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål*” etter artikkel 6 nr.1.

EU-domstolens avgjørelse i Age Concern-saken presiserer ytterligere hva som er et ”*legitimt formål*” etter artikkel 6 nr. 1. Spørsmålet i saken var om en nasjonal bestemmelse, som ga arbeidsgivere hjemmel til å bringe arbeidsforhold til opphør når arbeidstakere fylte 65 år med den begrunnelse at de hadde oppnådd pensjonsalderen, stred med rammedirektivets aldersdiskrimineringsforbud.

EU-domstolen presiserer at det bare er sosialpolitiske formål som kan anses som legitime, herunder sysselsettings-, arbeidsmarkeds-, og utdanningspolitiske mål.¹¹⁵ Videre uttaler domstolen at disse formålene er av allmenn interesse og adskiller seg fra rent individuelle begrunnelser, som er særegne for arbeidsgiver, som kostnadsreduksjon og bedring av konkurranseevne. EU-domstolen uttaler imidlertid at arbeidsgivere har en viss fleksibilitet hva gjelder aldersgrensens begrunnelse.¹¹⁶

Dette viser at allmenne sosialpolitiske hensyn kan kombineres med arbeidsgiverhensyn, men det må avgrenses mot formål som alene er begrunnet i bedriftens eget behov. Rene arbeidsgiverhensyn er følgelig ikke tilstrekkelig til å begrunne en bedriftsfastsatt aldersgrense.¹¹⁷ EU-domstolen konkretiserer og avgrenser dermed hva som er et ”*legitimt formål*”.

¹¹³ *ibid.* premiss 68.

¹¹⁴ *ibid.* premiss 64-66.

¹¹⁵ Sak C-388/07 premiss 46 og 52.

¹¹⁶ *ibid.*

¹¹⁷ Tilsvarende Evju (2009) s. 3.

Til slutt nevnes EU-domstolens avgjørelse i Rosenbladt-saken. Saken gjaldt en deltidsansatt som måtte fratre stillingen ved fylte 65 år uten oppsigelse i henhold til en tariffavtale for ansatte i renholdssektoren. Etter nasjonal lov var det tillatt å inngå avtale om fratreden fra arbeidsforholdet når en arbeidstaker oppnådde pensjonsalderen. EU-domstolen presiserer at både lovbestemmelsen og den konkrete tariffavtalen måtte oppfylle vilkårene i artikkel 6 nr. 1.¹¹⁸

I forslag til avgjørelse for EU-domstolen fra generaladvokat Trstenjak fremgår det at de anførte formål om at tariffavtalen var begrunnet i virksomhetens ansettelses- og personalplanlegging, samt en avbalansert arbeidsstruktur i virksomheten isolert syntes å være individuelle vurderinger. Deretter uttaler Generaladvokat Trstenjak at det er opp til den nasjonale domstol å vurdere om dette er sosialpolitiske formål.¹¹⁹

I EU-domstolens avgjørelse uttales det imidlertid at fordeling av arbeid mellom generasjoner er et legitimt formål og at *”[d]et følger heraf, at formål som de af den forelæggende ret nævnte er legitime« i denne bestemmelsens forstand”*.¹²⁰ Hvorvidt de enkelte formål isolert sett er av allmenn sosialpolitisk art tar ikke EU-domstolen stilling til, og det synes usikkert om de enkelte formålene på eget grunnlag er *”legitime”* etter artikkel 6 nr.1.

4.3.2 *”hensigtsmæssige og nødvendige”*

Vilkåret om at aldersgrensen må være *”hensigtsmæssige”* innebærer at aldersgrensen må være egnet til å oppfylle formålet den tar sikte på å oppnå.¹²¹ Dette innebærer at det må påvises en direkte årsakssammenheng mellom formålet og aldersgrensen. Vilkåret *”nødvendige”* innebærer at det ikke kan være alternative virkemidler som er mindre inngripende enn den fastsatte aldersgrensen, og som like effektivt kan oppnå formålet med aldersgrensen.¹²²

¹¹⁸ Sak C-45/09 premiss 52-53.

¹¹⁹ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Trstenjak fremsatt 28. april 2010 premiss 117.

¹²⁰ Sak C-45/09 premiss 59-62.

¹²¹ Neergaard/Nielsen s.180.

¹²² Lilli s. 519.

EU-domstolens avgjørelse i Palacios-saken gjaldt en aldersgrense fastsatt i tariffavtale. EU-domstolen henviser til fortalens punkt 25, og uttaler at myndighetene ved deres skjønnsmargin kan treffe tiltak om å forlenge eller forkorte arbeidstakeres yrkesaktive arbeidsliv, og at tiltaket kan variere alt etter situasjonen i medlemsstatene, med hensyn til blant annet politiske, økonomiske, sosiale, demografiske og/eller budsjettmessige overveielser, samt arbeidsmarkedets konkrete situasjon. Videre uttaler EU-domstolen at det er opp til medlemsstatenes myndighet og arbeidslivets parter å finne en rimelig balanse mellom de foreliggende hensyn, og at det ikke er urimelig at de vurderer at en aldersgrense er ”*hensigtsmæssige og nødvendige*” for å nå det legitime formålet innenfor rammene av den nasjonale retts sysselsettingspolitikk.¹²³ Dette ble også lagt til grunn i Rosenblatt-saken.¹²⁴

I begge sakene vektlegger EU-domstolen at arbeidsmarkedets parter ved tariffavtaler har en betydelig fleksibilitet ettersom man ikke bare kan ta hensyn til den totale situasjonen i arbeidsmarkedet, men også de konkrete forhold ved de aktuelle stillingene.¹²⁵

EU-domstolen overprøver ikke om formålet kan oppnås med andre mindre inngripende midler verken i Palacios eller Rosenblatt. Dette tyder derfor på at EU-domstolen vektlegger medlemsstatenes skjønnsmargin og at ordningen med aldersgrenser ved oppnådd pensjonsalder er et resultat av arbeidslivets parter grunnleggende rett til å inngå tariffavtaler, hvor interesser på begge sider ivaretas og balansen gjenspeiles i den endelige avtalen.¹²⁶ Dette er kritisert i juridisk teori ettersom EU-domstolen synes å ha gått bort fra den strenge tolkningen av proporsjonalitetsprinsippet som ble lagt til grunn i Mangold-saken, og heller gått over til et rasjonalitetskrav.¹²⁷

Etter det ovennevnte har myndighetene og arbeidslivets parter en vid skjønnsmargin hva gjelder fastsettelse av virkemiddel som er ”*hensigtsmæssige og nødvendige*” for å oppnå formålet innenfor medlemsstatenes sosial- og sysselsettingspolitikk etter artikkel 6 nr.1,

¹²³ Sak C-411/05 premiss 69, 71-72.

¹²⁴ C-45/09 premiss 44 og 51.

¹²⁵ Sak C-411/05 premiss 74, C-45/09 premiss 49, 67.

¹²⁶ Se sak 45/09 premiss 68.

¹²⁷ Temming s. 3 og Connolly s. 239.

og herunder fastsettelse av aldersgrenser. Dette må ses i sammenheng med at medlemslandene er nærmest til å vurdere de politiske hensyn og de komplekse spørsmål som gjør seg gjeldende, som spørsmål om aldersgrenser ved oppnådd pensjonsalder.

Age Concern er også en viktig avgjørelse i presiseringen av vilkåret ”*hensigtsmæssige og nødvendige*.” EU-domstolen uttaler at selv om medlemsstatene har en vid skjønnsmargin, så er den begrenset av at aldersgrensen må være ”*nødvendige og hensigtsmæssige*”. Videre presiserer EU-domstolen at skjønnsmarginen ikke kan være så vid at den gjør forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av alder illusorisk.¹²⁸ Deretter uttaler EU-domstolen at generelle betraktninger om en bestemts ordnings egnethet i forhold til å fremme sysselsettings-, arbeidspolitiske-, og utdanningspolitiske formål ikke er tilstrekkelig til at formålet kan rettfærdiggjøre aldersdiskriminering eller at det er rimelig grunn til å anta at de valgte midlene er egnet til å oppnå det anførte formålet.¹²⁹

Det viser dermed at det er ikke tilstrekkelig at arbeidsmarkedets parter påberoper seg arbeidsmarkedets situasjon i alminnelighet eller lovgivers overveielser.¹³⁰ EU-domstolens uttalelser gir uttrykk for at formålet må være sant for å være legitimt, og det må foretas en objektiv og konkret vurdering av den konkrete situasjonen i medlemsstaten.¹³¹ EU-domstolen tok ikke direkte stilling til om en slik aldersgrense kan rettfærdiggjøres etter artikkel 6 nr. 1, men henviste spørsmålet tilbake til den nasjonale rett.¹³² Dette viser at det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre om aldersgrenser oppfyller vilkårene. Selv om EU-domstolen legger vurderingen av de konkrete forhold til den nasjonale domstol oppstilles strenge krav til formål og proporsjonalitet. Det er dermed en realitet i aldersdiskrimineringsforbudet også når det gjelder aldersgrenser.¹³³

¹²⁸ Sak C-388/07 premiss 51.

¹²⁹ *ibid.*

¹³⁰ Tilsvarende forslag til avgjørelse generaladvokat Trstenjak fremsatt 28. april 2010 i sak C-45/09 premiss 132.

¹³¹ Dette henspiller seg også på vilkåret ”*objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål*” etter artikkel 6 nr.1.

¹³² Sak C-388/07 premiss 45, 47-52.

¹³³ Tilsvarende Evju (nr. 2 2009).

4.3.3 Forholdsmessighet i snever forstand

Selv om det ikke kommer direkte til uttrykk i artikkel 6 nr. 1 at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering, er dette lagt til grunn av EU-domstolen. I Rosenblatt-saken uttaler EU-domstolen at vurderingen av hvorvidt aldersgrensen utgjør et urimelig vidtgående inngrep, skal det *”tages hensyn til så vel det tab, den kan medføre for de berørte personer, som de fordele, som samfundet og de mennesker, der indgår i det, får”*.¹³⁴ Det må dermed foretas en konkret vurdering av hvordan aldersgrensen virker overfor den som forskjellsbehandles. Deretter må de uheldige virkningene avveies mot fordelene ved det saklige formålet som aldersgrensen skal oppnå.

I Palacios-saken kom EU-domstolen til at aldersgrensen ikke var uforholdsmessig ettersom opphøret av arbeidsforholdet ikke bare berodde på alderen, som i Mangold, men at det også var et krav til opparbeidet pensjon. Domstolen presiserer at pensjonens nivå ikke var urimelig i saken. Hva som ligger i urimelig vurderer domstolen imidlertid ikke. Kravet i den nasjonale bestemmelsen var at man skulle ha oppfylt retten til pensjon.¹³⁵ Dette taler for at det ikke var krav til opparbeidelse av fulle pensjonsrettigheter på fratredelsestidspunktet i denne saken.¹³⁶

EU-domstolen kom til at aldersgrensen i Rosenblatt-saken ikke var uforholdsmessig selv om rengjøringsbransjen var særpreget av lavtlønnede deltidsjobber, som medførte at utbetalingene fra den lovbestemte alderspensjonsordningen ikke gjorde det mulig for arbeidstakerne å dekke sine nødvendige behov. Det ble vektlagt at arbeidstakerne stod fritt til å fortsette sine yrkesaktive liv ved å søke andre jobber, og at man i denne prosessen var vernet mot aldersdiskriminering ettersom alder i utgangspunktet ikke kan vektlegges i ansettelse av nye arbeidstakere.¹³⁷

I forholdsmessighetsvurderingen i både Palacios-saken og Rosenblatt-saken vektlegger EU-domstolen at aldersgrensen var fastsatt i tariffavtale som innebar at

¹³⁴ Sak C-45/09 premiss 73.

¹³⁵ Sak C-411/05 premiss 73.

¹³⁶ Tilsvarende Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s. 53-54.

¹³⁷ Sak C-45/09 premiss 74-76.

arbeidsmarkedets hadde en betydelig fleksibilitet ettersom også stillingenes kjennetegn kunne vektlegges.¹³⁸

4.3.4 Oppsummering

På bakgrunn av redegjørelsen i kapittel 4 kan det trekkes noen retningslinjer fra EU-domstolen i tolkningen av artikkel 6 nr. 1. For det første må formålet den fastsatte aldersgrensen skal oppfylle identifiseres. For det andre har medlemsstatene og arbeidslivets parter en vid skjønnsmargin både i forhold til valg av formål som søkes oppnådd innenfor arbeidsmarkeds- og sysselsettingspolitikken, samt hvilke virkemidler som kan oppnå formålet. Skjønnsmarginen er imidlertid avgrenset ettersom formålet må relatere seg til den konkrete og reelle situasjonen i landet. For det tredje må formålet være av allmenn sosialpolitisk art, men det åpnet opp for en kombinasjon med foretaksspesifikke hensyn. Rene individuelle begrunnelser faller utenfor. For det fjerde er det ubestridt at å forhindre arbeidsledighet ved at yngre får fortrinn på arbeidsmarkedet fremfor eldre, hvor sysselsettings- og arbeidsmarkedssituasjonen tilsier det, er et ”*legitimt* formål” etter artikkel 6 nr. 1.

Skjønnsmarginen kan imidlertid ikke være så vid at den gjør aldersdiskrimineringsvernet illusorisk. Det må derfor foretas en konkret og streng vurdering av proporsjonalitetsprinsippet.

I forholdsmessighetsvurderingen har EU-domstolen vektlagt at aldersgrenser kombinert med en rett til pensjon taler for at aldersgrensen er forholdsmessig. Det er også tillagt vekt at aldersgrensen er fastsatt i tariffavtale.¹³⁹

I det følgende vil det redegjøres for lovligheten av bedriftsfastsatte aldersgrenser etter arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd. Retningslinjene som er trukket opp av EU-domstolen er særdeles relevant ettersom § 13-3 andre ledd må tolkes i lys av artikkel 6 nr. 1.

¹³⁸ *ibid.* og sak C-411/05 premiss 74.

¹³⁹ Tilsvarende Connolly s. 239.

5 LOVLIGHETEN AV BEDRIFTSFASTSATTE ALDERSGRENSER ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 13-3 ANDRE LEDD

5.1 Innledning

Etter § 13-3 andre ledd må en bedriftsfastsatt aldersgrense være ”*nødvendig for å oppnå et saklig formål og [ikke være] uforholdsmessig inngripende*” overfor de som berøres av aldersgrensen.

Etter forarbeidene er partene i arbeidslivet ansvarlig for at sine bedriftsfastsatte aldersgrenser er innefor rammene av aldersdiskrimineringsforbudet rammedirektivet og arbeidsmiljøloven.¹⁴⁰ Dersom det oppstår tvist om en aldersgrense er i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven skal saken prøves rettslig og domstolen skal foreta en konkret vurdering av om aldersgrensen oppfyller vilkårene i § 13-3 andre ledd.¹⁴¹

I etterkant av uttalelsene i Ot.prp. nr. 54 (2008-2009), hvor bedriftsfastsatte aldersgrenser ble vurdert i henhold til aldersdiskrimineringsvernet etter kapittel 13, har Arbeidsdepartementet uttalt at § 13-3 andre ledd bare gjelder for lavere aldersgrenser enn 67 år, og at lovgiver har vurdert at bedriftsfastsatte aldersgrenser mellom 67 og 70 år er i tråd med aldersdiskrimineringsvernet i kapittel 13.¹⁴² Ettersom dette uttalelsen ikke fremgår av forarbeidene er det tvilsomt om den har rettskildemessig vekt.¹⁴³ Det kommer ikke direkte til uttrykk i § 15-13 a at bedriftsfastsatte aldersgrenser mellom 67 og 70 år er lovlig. Videre er det ingen entydige uttalelser i forarbeidene om at bedriftsfastsatte aldersgrenser mellom 67 og 70 år er i tråd med § 13-3 andre ledd. Uavhengig av om det skulle være tilfellet, skal ikke lovgivers vilje legges uprøvd til grunn ettersom Norge skal ha et vern på høyde med rammedirektivet og EU-domstolens praksis på området for aldersdiskriminering.¹⁴⁴ Domstolene må dermed ta stilling til om bedriftsfastsatte aldersgrenser er i tråd unntaksadgangen for forskjellsbehandling på grunn av alder i § 13-3 andre ledd.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 197.

¹⁴¹ *ibid.* s. 196.

¹⁴² Brev fra Arbeidsdepartementet til NHO og LO.

¹⁴³ Slik også i LB-2010-99486 (Gjensidige-saken).

¹⁴⁴ Se kapittel 3.2

Ettersom lovligheten av en bedriftsfastsatt aldersgrense beror på den konkrete aldersgrensen i en bedrift, vil den nærmere fremstillingen ta utgangspunkt i de anførte kriteriene fremstilt i forarbeidene og rettspraksis, og vurdere de opp mot vilkårene i § 13-3 andre ledd. EU-domstolens avgjørelser vil som nevnt være en relevant rettskildefaktor i tolkningen av vilkårene.

5.2 Bedriftsfastsatte aldersgrenser må være begrunnet i et ”saklig formål”

Det første spørsmålet er om bedriftsfastsatte aldersgrenser er begrunnet i et ”saklig formål”, jf. § 13-3 andre ledd. I juridisk teori uttrykkes dette som at begrunnelsen ”*må være sann og relevant eller akseptabel i sammenhengen*”.¹⁴⁵ Dette samsvarer med EU-domstolens tolkning ettersom den konkrete situasjonen i medlemslandet er avgjørende for hva som kan være et ”saklig formål”.

Etter rammedirektivets artikkel 6 nr. 1 oppstilles det krav om at formålet må være innenfor ”*rammerne af den nationale ret*”. Dette gjør seg gjeldende for tolkningen av arbeidsmiljøloven og innebærer at formålet må være i samsvar med gjeldende rettslige normer og regler. Kriteriet retter dermed søkelyset på arbeidsgiverens virkelige motiver slik at skjulte bakenforliggende hensyn avdekkes. I motsetning til rettstilstanden før aldersdiskrimineringsforbudet ble inntatt i arbeidsmiljøloven stilles det formelle krav til aldersgrensens formål. Aldersgrensen skal være objektivt begrunnet, og innebærer at arbeidsgivers subjektive oppfatninger ikke nødvendigvis er avgjørende.¹⁴⁶

Forarbeidene presiserer at det ikke vil være i strid med aldersdiskrimineringsforbudet å åpne for bedriftsinterne ordninger under visse forutsetninger når de er begrunnet i hensynet til helse eller sikkerhet, eller legitime sysselsettings- eller arbeidsmarkedshensyn.¹⁴⁷ Dette er i tråd med ordlyden i artikkel 6 nr. 1.

Ettersom avhandlingen avgrenser seg mot aldersgrenser begrunnet i hensynet til helse og sikkerhet, er det avgjørende at det foreligger sysselsettings- eller arbeidsmarkedshensyn som kan begrunne bedriftsfastsatte aldersgrenser for at de har et ”saklig formål” etter § 13-3 andre ledd.

¹⁴⁵ McClimans, note 3 til § 13-3.

¹⁴⁶ Tilvarende NOU 2003: 2 s. 47.

¹⁴⁷ *ibid.* s. 63.

Forarbeidene presiserer at praksisen med bedriftsfastsatte aldersgrenser har ”*fundament i et generelt arbeidslivspolitisk formål ved at det skaper et dynamisk regelverk*”.¹⁴⁸ Hva som ligger i ”*generelt arbeidslivspolitiske formål*” er imidlertid sparsomt behandlet i forarbeidene.¹⁴⁹ Etter forarbeidene synes det imidlertid at bedriftsfastsatte aldersgrenser kan være begrunnet i et formål om å øke sysselsettingen av yngre arbeidsledige i tider med høy arbeidsledighet. Etter EU-retten er dette ansett som et sosialpolitisk formål.¹⁵⁰

Hvorvidt dette kan anføres som et ”*saklig formål*” beror etter EU-domstolens avgjørelser om formålet er reelt og det er den konkrete og faktiske situasjonen på arbeidsmarkedet er avgjørende for vurderingen av om formålet er ”*saklig*” i henhold til § 13-3 andre ledd.

Spørsmålet er følgelig om formålet i arbeidsmarkedssituasjonen i Norge er å frigjøre plass til yngre arbeidstakere som følge av arbeidsledighet slik at dette er ”*saklig*” etter § 13-3 andre ledd, og dermed kan begrunne bedriftsfastsatte aldersgrenser. I første kvartal av 2011 var arbeidsledigheten i Norge ifølge Statistisk sentralbyrå 3,1 prosent av arbeidsstyrken. På den ene siden kan det anføres at reduksjon av arbeidsledighet alltid vil være et nasjonalpolitisk formål. På den annen side har Norge en lav arbeidsledighet og høy sysselsetting i forhold til andre land, og situasjonen på arbeidsmarkedet i Norge synes å være og skaffe til veie mest mulig arbeidskraft. I St.meld. nr.1 (2007-2008) uttaler regjeringen at:

*”[m]er enn halvparten av alle 62-åringene er trygdede eller tidligpensjonister og så mange som tre av fire mottar en pensjons- eller trygdeytelse året før de fyller 67 år Skal det være mulig å videreføre dagens velferdsordninger, må overgangen til helserelaterte trygdeytelser reduseres og flere stå lenger i arbeid”.*¹⁵¹

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 61.

¹⁴⁹ Tilsvarende Evju, (2009) s. 4.

¹⁵⁰ Se sak C-411/05 premiss 65.

¹⁵¹ Tilsvarende Lie/Solstad s. 56.

Formålet i dagens arbeidsmarked er derfor at eldre skal være yrkesaktive lengst mulig. Også de politiske virkemidlene som er tatt i bruk fra Regjeringens side, som IA-avtalen og pensjonsreformen, underbygger dette.¹⁵² Situasjonen i dagens arbeidsmarked og sysselsettingspolitikk gir dermed ikke grunnlag for at bedriftsfastsatte aldersgrenser kan begrunnes i hensynet til å redusere arbeidsledighet ved at yngre får lettere adgang til arbeidsmarkedet.

Spørsmålet blir da om det er et ”*saklig formål*” etter § 13-3 andre ledd at bedriftsfastsatte aldersgrenser kan begrunnes på bakgrunn av en fremtidig tankegang om å forhindre arbeidsledighet. En slik forståelse er lagt til grunn i forarbeidene hvor det uttales at bedriftsfastsatte aldersgrenser ikke vil stride med aldersdiskrimineringsforbudet selv om det er konjunktursvingninger og sysselsettingssituasjonen endrer seg.¹⁵³

Departementet finner støtte for en slik forståelse i EU-domstolens avgjørelse i Palacios-saken.¹⁵⁴ I Palacios-saken anførte den nasjonale domstolen at utviklingen på arbeidsmarkedet fra 2001 hadde vært særdeles positiv.¹⁵⁵ Selv om det ble tillagt de nasjonale myndigheter å avveie de ulike hensyn som gjorde seg gjeldene, måtte formålet aldersgrensen tok sikte på å oppnå være ”*opstillet inden for rammerne af den nationale beskæftigelsespolitik, og som består i at fremme fuld beskæftigelse ved at lette adgangen til arbeidsmarkedet*”.¹⁵⁶ Dette taler for at adgangen til å fastsette aldersgrenser må være begrunnet ut fra nasjonalstatens behov i sysselsettings- og arbeidsmarkedspolitiske hensyn.

Dersom bedriftsfastsatte aldersgrenser kan begrunnes i et formål om å redusere arbeidsledighet, vil dette hensynet være motstridende med de sysselsettings- og arbeidsmarkedspolitiske formål som gjør seg gjeldende i Norge ettersom formålet er at eldre skal stå lengst mulig i arbeid. Å åpne for en slik adgang ville derfor stride mot retningslinjene etter EU-domstolen.

¹⁵² Se kapittel 1.2.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 61.

¹⁵⁴ *ibid.* s. 62.

¹⁵⁵ Sak C-411/05 premiss 36.

¹⁵⁶ *ibid.* premiss 69, 72.

Nye studier viser at en forsørgelse av sysselsetting av eldre arbeidstakere har en positiv virkning på økonomisk vekst og dermed en positiv virkning av ansettelse av yngre arbeidstakere.¹⁵⁷ Hvorvidt argumentet om at eldre generelt sett hindrer yngre å få plass på arbeidsmarkedet er dermed diskutabelt i seg selv.

Ettersom formålet i dagens og fremtidens arbeidsmarkedsbehov er at eldre står lengst mulig i arbeid kan ikke et generelt hensyn om å fremme sysselsetting blant yngre for å redusere arbeidsledighet begrunne en bedriftsfastsatt aldersgrense. Formålet er følgelig ikke ”saklig” og strider dermed med § 13-3 andre ledd.

Ettersom generelle arbeidsmarkeds- og sysselsettingshensyn ikke kan anses som et ”saklig formål” kan det også spørres om selve adgangen for bedrifter til å fastsette aldersgrenser etter 15-13 a er lovlig i henhold til § 13-3 andre ledd. Det er ikke avgjørende at lovgiver har vurdert at adgangen til å fastsette aldersgrenser er lovlig.¹⁵⁸ Ettersom dette faller utenfor avhandlingens problemstilling redegjøres det ikke nærmere om dette.

I norsk rett er det avsagt to dommer om bedriftsfastsatte aldersgrenser, herunder Stavanger tingretts avgjørelse i Statoil-dommen der spørsmålet var om en bedriftsfastsatt aldersgrense med hjemmel i en etablert praksis, som var sammenfallende med pensjonsalderen i bedriftens pensjonsordning, var lovlig i henhold til aldersdiskrimineringsforbudet.¹⁵⁹ Ettersom aldersgrensen var begrunnet i at alder kan begrense en arbeidstakers fysiske og psykiske egnethet og ikke objektive begrunnelser konkluderer tingretten med at det ikke forelå konkrete forhold ”i arbeidets art eller operasjonelle hensyn” som tilsa forskjellsbehandling på grunn av alder.¹⁶⁰ Dommen er imidlertid kritisert i forarbeidene fordi tingretten synes å legge til grunn at bare hensynet til helse og sikkerhet kan anses som saklige formål.¹⁶¹ Ettersom tingrettens avgjørelse er kritisert og det er en tingrettsdom er det usikkert hvilken rettskildemessig vekt den har.

¹⁵⁷ O’Cinneide (2005) s. 43 og 45.

¹⁵⁸ Se kapittel 3.2.

¹⁵⁹ TSTAV-2005-75777. Dommen ble anket, men ble hevet ettersom saken ble løst utenrettslig, jf. Kruge s. 244.

¹⁶⁰ *ibid.*

¹⁶¹ Se Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 57 og 60.

I den andre saken, omtalt som Gjensidige-saken, kom Borgarting lagmannsrett til at en bedriftsfastsatt aldersgrense tilknyttet bedriftens pensjonsordning på 67 år var lovlig i henhold til § 13-3 andre ledd.¹⁶² I den videre fremstillingen vil det tas utgangspunkt i de formål som ble anført i dommene og vurdere om disse oppfyller vilkåret til ”*saklig formål*” etter § 13-3 andre ledd. Hensynet til å sikre gjennomstrømning av arbeidstakere, verdig avgang, oppbygging av kompetanse, samt forutberegnelighet og personalplanlegging har blitt anført som begrunnelser for bedriftsfastsatte aldersgrenser.

I Statoil-saken anførte arbeidsgiver at aldersgrensen var begrunnet i hensynet til likebehandling av arbeidstakere og hensynet til en verdig avgang.¹⁶³ Dette baserer seg på at det oppleves vanskeligere for arbeidsgiver og mer uverdig for arbeidstaker å bli sagt opp etter en individuell vurdering hvor for eksempel alderssvekkelse begrunner oppsigelsen, enn ved en henvisning til en allment akseptert aldersgrense.¹⁶⁴

Spørsmålet er om hensynet til lik behandling og en verdig avgang er et ”*saklig formål*” etter § 13-3 andre ledd. Det følger av forarbeidene at 70-årsregelen delvis er basert på hensynet til verdig adgang.¹⁶⁵ Hensynet er dermed allerede ivaretatt og kan ikke begrunne lavere aldersgrenser. Dette er lagt til grunn i Statoil-saken og kommer implisitt til uttrykk i forarbeidene til en ny samlet diskrimineringslov.¹⁶⁶ Hensynet til likebehandling er også ivaretatt gjennom 70-årsregelen. Hensynet til verdig avgang og likebehandling følger ikke ”*saklig formål*” som kan begrunne bedriftsfastsatte aldersgrenser etter § 13-3 andre ledd.

Det kan også spørres om hensynet til verdig avgang i det hele tatt er et ”*saklig formål*” som kan begrunne en aldersgrense etter § 13-3 andre ledd. I juridisk teori er det uttrykt tvil om dette.¹⁶⁷ Ved at aldersgrenser forhindrer at arbeidsdyktige personer, som ønsker å fortsette i stillingen, kan bedriftsfastsatte aldersgrenser anses som mer uverdig og

¹⁶² LG-2010-99486

¹⁶³ Dette ble også anført i Gjensidige-saken. Se om dette i kapittel 5.5.

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 61.

¹⁶⁵ *ibid.* s. 60-61 og 63.

¹⁶⁶ NOU 2009: 14 s. 196.

¹⁶⁷ Se Evju (2009) s. 4.

ydmykende enn en individuell vurdering av den enkelte. I tillegg til å bli fratatt sitt arbeid, blir arbeidstakerne fratatt et gode, som ofte er av betydning for den enkeltes livskvalitet.

I 2009 var bare 17 % i aldersgruppen 67-69 år og 7 % i aldersgruppen 70-74 år sysselsatt.¹⁶⁸ Ettersom et fåtall mennesker ønsker å arbeide etter pensjonsalderen, er det usikkert i hvor mange tilfeller arbeidsgiver faktisk vil være i en situasjon hvor arbeidstaker må sies opp på grunn av at man ikke lenger utfører arbeidet tilfredsstillende. Arbeidstakere kan også av ulike årsaker være uegnet til å utføre jobben sin tilfredsstillende før fylte pensjonsalder, mens andre kan utføre arbeidet tilfredsstillende langt utover fylte 70 år. Gjennom hele arbeidslivet blir arbeidstakere individuelt vurdert, og en avgjørelse om arbeidstakeren skal sies opp vil være ubehagelig uavhengig av om vedkommende er 30 eller 67 år. Det kan dermed føles mer uverdigg for den enkelte arbeidstaker å ikke bli vurdert på like linje med arbeidstakere som ikke har oppnådd aldersgrensen.¹⁶⁹

Et annet formål som er blitt anført som begrunnelse for bedriftsfastsatte aldersgrenser er oppbygging av ny kompetanse i bedriften. Spørsmålet er om dette er et ”*saklig formål*” etter § 13-3 andre ledd. I Statoil-saken anførte arbeidsgiveren at bedriften var pliktig til å sikre en arbeidsplass med best mulig kompetanse som var oppdatert i forhold til de intellektuelle krav og øvrige krav som må stilles for arbeidsutførelsen.¹⁷⁰ Arbeidsgiver anførte at det ”*er en kjent risiko for at disse egenskapene reduseres i den fasen av livet som er mellom 67 og 70 år*”. Tingretten konkluderte med at dette ikke var et ”*saklig formål*” etter § 13-3 andre ledd. Selv om det er tvil om hvilken rettskildemessig vekt dommen har, er likevel tingrettens vurdering på dette punkt etter mitt syn i tråd med ikke-diskrimineringsprinsippet og EU-domstolens vurderinger.

I Danfoss-saken avviste EU-domstolen en begrunnelse som bygget på at kvinners arbeidsytelse var dårlig kun fordi de er kvinner.¹⁷¹ Unntakskriteriene for forskjellsbehandling på grunn av alder er tilsvarende for likebehandling av menn og

¹⁶⁸ Rønning s. 78-79.

¹⁶⁹ Tilsvarende Lunde.

¹⁷⁰ TSTAV-2005-75777.

¹⁷¹ Sak C-109/88 nr. 20.

kvinner og må få overføringsverdi.¹⁷² Begrunnelser som bygger på at en persons arbeidsytelser er dårligere alene på grunn av vedkommendes alder, uten at begrunnelsen knytter seg til konkrete forhold til den enkelte arbeidstaker eller typen arbeid det dreier seg om, kan ikke anses som begrunnet i et ”*saklig formål*” etter § 13-3 andre ledd. Anførselen i Statoil-saken bygger nettopp på en oppfatning at eldre svekkes intellektuelt og at de ikke kan tilpasse seg utviklingen på grunn av deres alder. Det er slike forhold aldersdiskrimineringsvernet tar sikte på å forhindre. I tillegg vil også bedriftsfastsatte aldersgrenser begrunnet i et slikt hensyn stride med formålet om et inkluderende arbeidsliv i § 1-1 bokstav e, samt IA-avtalen dersom bedriften er en IA-bedrift. Dette kan dermed ikke anses som et ”*saklig formål*” etter § 13-3 andre ledd.

I Gjensidige-saken ble hensynet om å sikre gjennomstrømning av arbeidstakere og en god rekruttering og avansement for nye og yngre ansatte anført som begrunnelse for den bedriftsfastsatte aldersgrensen. Spørsmålet er om dette er et ”*saklig formål*” som kan begrunne bedriftsfastsatte aldersgrenser etter § 13-3 andre ledd. Dette beror på om hensynet er et allment politisk formål eller om det er en individuell vurdering. Hensynet har sammenheng med uttalelsene i forarbeidene om at et generelt sysselsettingshensyn gjør seg gjeldende. Etersom formålet i dagens sysselsettingspolitikk er at eldre skal stå lengst mulig i arbeid taler dette for at hensynet er en individuell begrunnelse.

I tingrettens avgjørelse i Gjensidige-saken uttales det at selv om aldersgrensen kom noen yngre til gode, bar den ikke nevneverdig preg av å være samfunnsnyttig så lenge det ikke var dokumentert et samfunnsbehov for aldersgrenser. Tingretten gir videre uttrykk for at svært mange bedrifter kan påberope det samme hensynet og dette kan medføre en uthuling av 70-årsgrensen. Selv om tingrettens dom ikke er rettskraftig¹⁷³ synes dette å være i tråd med EU-retten ettersom det ikke er tilstrekkelig at arbeidsmarkedets parter påberoper seg arbeidsmarkedets situasjon i alminnelighet eller lovgivers overveielser om at formålet er en objektiv begrunnelse.¹⁷⁴

¹⁷² Direktiv 2006/54/EF. Tilsvarende Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 41.

¹⁷³ I ankebehandlingen tok ikke Borgarting lagmannsrett stilling til hensynet, se nærmere om dommen i kapittel 5.5.

¹⁷⁴ Tilsvarende i forslag til avgjørelse generaladvokat Trstenjak fremsatt 28. april 2010 sak C-45/09 premiss 132.

Hensynet om å sikre gjennomstrømning av arbeidstakere, rekruttering og avansement for nye og yngre ansatte baserer seg dermed på individuelle vurderinger av bedriftens behov fremfor sosialpolitiske formål med allmenn interesse. Dette er følgelig ikke et ”*saklig formål*” som kan begrunne bedriftsfastsatte aldersgrenser etter § 13-3 andre ledd.

Til slutt nevnes hensynet til forutberegnelighet og personalplanlegging, og spørsmålet er om dette er et ”*saklig formål*” som kan begrunne bedriftsfastsatte aldersgrenser etter § 13-3 andre ledd. Ettersom arbeidsgivere har en rett til å si opp arbeidstakere ved fylte 70 år, er allerede hensynet ivaretatt, og kan ikke anses som et ”*saklig formål*”.

På bakgrunn av redegjørelsen av de forskjellige formålene som har blitt anført som begrunnelse for bedriftsfastsatte aldersgrenser, er det vanskelig å se hvilke formål som er ”*saklig*” etter retningslinjene i EU-domstolen. 70-årsgrensen er begrunnet i nasjonalpolitiske sysselsettings- og arbeidsmarkeds hensyn, og ivaretar også hensynet til forutberegnelighet for arbeidsgiveren. Flere av de påberopte hensynene som anføres er etter min mening allerede ivaretatt gjennom 70-årsgrensen. Dersom hensynene også kan begrunne lavere aldersgrenser vil dette medføre en uthuling av 70-årsgrensen. Videre er det vanskelig å kombinere arbeidsgiverhensyn med allmenne sosialpolitiske hensyn ettersom arbeids- og sysselsettingspolitiske hensyn taler for at eldre skal arbeide lengre.¹⁷⁵ Etter redegjørelsen overfor er konklusjonen at ikke foreligger et ”*saklig formål*” som kan begrunne en bedriftsfastsatt aldersgrense etter § 13-3 andre ledd. Bedriftsfastsatte aldersgrenser er følgelig i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i § 13-1 og dermed ikke lovlig.

5.3 Bedriftsfastsatte aldersgrenser må være ”*nødvendig*”

Etter § 13-3 andre ledd må bedriftsfastsatte aldersgrenser være ”*nødvendig*” for å oppnå et ”*saklig formål*”. Etter rammedirektivet artikkel 6 nr. 1 stilles det som vilkår at forskjellsbehandling på grunn av alder må være ”*hensigtsmæssige og nødvendige*”. Som nevnt i kapittel 4.2 innebærer ikke dette en realitetsforskjell. Vilkåret ”*nødvendige*” innebærer for det første at bedriftsfastsatte aldersgrenser må være et egnet virkemiddel

¹⁷⁵ Se kapittel 5.2.

for å oppnå formålet. Videre må det innfortolkes et krav om at ikke andre virkemidler kan oppnå formålet på en ikke-diskriminerende måte.¹⁷⁶ Ettersom vurderingen er toleddet må begge vilkårene være oppfylt for at aldersgrensen er ”nødvendig” etter § 13-3 andre ledd.

Formålet om å sikre gjennomstrømning av arbeidstakere, fremme rekruttering og avansement for nye og yngre ansatte har blitt godtatt som et ”saklig formål” innenfor EU-retten og norsk rett. Det forutsettes dermed at formålet er ”saklig”, og spørsmålet er om bedriftsfastsatte aldersgrenser er egnet til å sikre gjennomstrømning av arbeidstakere og på denne måten sikre god rekruttering og avansement for nye og yngre ansatte. Vilket innebærer at adgangen til å fastsette aldersgrenser har en direkte årsakssammenheng med at arbeidsledigheten reduseres og letter adgangen for yngre arbeidstakere til å komme inn på arbeidsmarkedet. Det må derfor vurderes om eldre arbeidstakerne faktisk forhindrer at yngre ikke får inntreden på arbeidsmarkedet. I henhold til bevisregelen i § 13-8 har arbeidsgiver bevisbyrden for at en slik årsakssammenheng faktisk foreligger.

EU-domstolen har lagt til grunn at aldersgrenser kan være egnet til å sikre at yngre arbeidstakere kommer seg inn på arbeidsmarkedet, og at det beror på den konkrete stilling om vilkåret er oppfylt. Dette var tema for EU-domstolen i Petersen-saken.¹⁷⁷ Saken gjaldt en lovbestemt aldersgrense på 68 år for tannleger i det offentlige. EU-domstolen uttaler at når antallet offentlige tannleger på det gjeldende arbeidsmarkedet ikke oversteg pasientenes behov, var det mulig for unge tannleger å inntre på arbeidsmarkedet uavhengig av om tannleger på 68 år var sysselsatt. Aldersgrensen var imidlertid bare ”hensigtsmæssige” etter rammedirektivet artikkel 6 nr. 1 dersom det var et overskytende antall tannleger i forhold til pasienter, eller når det var en latent risiko for at det kunne bli et problem. EU-domstolen overlot det til den nasjonale rett å overprøve situasjonen på arbeidsmarkedet.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Tilsvarende i NOU 2009: 14 s. 192.

¹⁷⁷ Sak C-341/08.

¹⁷⁸ *ibid.* premiss 73-74.

Også innenfor norsk rett har gjennomstrømming av yngre ansatte blitt tillagt vekt i vurderingen av om en aldersgrense er ”nødvendig” etter § 13-3 andre ledd. Dette var tilfellet i en sak for Gulating lagmannsrett hvor spørsmålet var om helikopterpiloter i henhold til tariffavtale var pliktig til å fratre ved en særaldersgrense på 60 år.¹⁷⁹ Arbeidsgiversiden anførte at det var lagt opp til et karrieresystem med et begrenset antall kapteinstillinger, og de nye som kom inn i selskapet fikk bare tilgang til stillingene når de eldste gikk av. Lagmannsretten la til grunn at aldersgrensen var ”nødvendig” ettersom aldersgrensen ga tilgang til godt lønnede stillinger, samt hurtig avansement for yngre ansatte, og at aldersgrensen var en del av en helhet i tariffavtalen. Lagmannsretten vektlegger at aldersgrensen var fastsatt i en tariffavtale, og at dette var en ”vesentlig forskjell” fra Statoil-saken ettersom saken gjaldt en aldersgrense i bedriftens praksis og ikke en aldersgrense i tariffavtale. Det ble fremhevet at tariffavtalen var et produkt og en avveining av en rekke elementer og hensyn hvor balansen kunne forrykkes om aldersgrensen ble fraveket. Ettersom bedriftsinterne aldersgrenser nettopp fraviker aldersgrenser fastsatt i tariffavtaler på dette punkt, vil ikke dette hensynet gjøre seg gjeldende for vurderingen av om bedriftsfastsatte aldersgrenser er egnet til å sikre gjennomstrømming av ansatte.¹⁸⁰

I de fleste stillinger hvor det er fastsatt bedriftsinterne aldersgrenser er det ofte at gjennomstrømming og opprykk i stillinger ikke beror på at noen må fratre for at andre skal få tilgang, som i de to ovennevnte dommene, men at dette beror på kompetanse og prestasjoner. Hvor dette er tilfellet vil ikke eldre arbeidstakere forhindre at yngre rykker opp, og aldersgrensen er dermed ikke egnet til å sikre gjennomstrømming av yngre arbeidstakere. I slike tilfeller vil følgelig ikke bedriftsfastsatte aldersgrenser være ”nødvendig” etter § 13-3 andre ledd.

Vilkåret ”nødvendige” etter § 13-3 andre ledd innebærer også en vurdering av om formålet kan oppnås med mindre inngripende virkemidler som er like effektive og ikke bryter med diskrimineringsprinsippet. Det ble konkludert i kapittel 5.2 at det ikke foreligger ”saklig formål” som kan begrunne bedriftsfastsatte aldersgrenser. Det forutsettes imidlertid at formålene oppfyller vilkåret og at bedriftsfastsatte aldersgrenser

¹⁷⁹ LG-2009-41184.

¹⁸⁰ Se kapittel 2.2.

er egnet til å oppfylle formålet. Spørsmålet blir da i det følgende om det er andre alternative virkemidler enn bedriftsfastsatte aldersgrenser, som kan oppnå de samme formålene og at aldersgrensen dermed ikke er ”nødvendig” etter § 13-3 andre ledd. Utenom Statoil-dommen har ikke vilkåret blitt selvstendig vurdert i de nevnte avgjørelsene fra EU-domstolen eller norske domstoler. EU-domstolen har vurdert om aldersgrenser i tariffavtaler er ”hensigtsmæssige og nødvendige” etter artikkel 6 nr. 1 som en samlet vurdering, og har tillagt vekt at det var tale om en tariffavtale.¹⁸¹ Dette synes også å være tendensen etter norsk rettspraksis, se LG-2009-41184 ovenfor. Ettersom bedriftsfastsatte aldersgrenser er fastsatt ensidig av arbeidsgiver kan ikke de samme hensynene som ved tariffavtale gjøre seg gjeldende for bedriftsfastsatte aldersgrenser. For at aldersdiskrimineringsvernet ikke skal bli illusorisk er det viktig at domstolen overprøver om det faktisk foreligger alternativer virkemidler.

I Statoil-dommen uttaler tingretten at Statoils påståtte behov for å avslutte arbeidsforholdet på grunn av høy alder kan effektivt løses med andre virkemidler, og viser til aktiv seniorpolitikk og tilrettelegging av arbeidsforholdene. Som nevnt er rettskildeværdien av dommen usikker. Tingretten fremhever likevel et viktig poeng. Dette virkemiddelet ivaretar aldersdiskrimineringsforbudets formål om å inkludere og sikre likebehandling av eldre i arbeidslivet, samt at målene i IA-avtalen fremmes.¹⁸² Det foreligger dermed et alternativt virkemiddel.

Hva gjelder hensynet til forutberegnelighet, god personalplanlegging og sikring av gjennomstrømming, kan en fleksibel overgang til pensjon istedenfor en absolutt aldersgrense være et effektivt virkemiddel for å nå disse formålene.¹⁸³ På denne måten kan arbeidstakerne velge om de vil gå av, samt at de som fortsatt ønsker å arbeide får stå i stillingen. Et annet virkemiddel i samme retning er å klarlegge med den enkelte arbeidstaker om vedkommende ønsker å fortsette i stillingen. Ettersom det er et fåtall arbeidstakere som ønsker å fortsette i stillingen etter oppnådd pensjonsalder, vil det ikke være vanskelig for arbeidsgivere å få oversikt over hvem dette må klarlegges med, for å sikre forutberegnelighet og en god personalplanlegging. Dette taler dermed for at

¹⁸¹ Se kapittel 4.3.3.

¹⁸² Se § 1-1 bokstav b og d.

¹⁸³ Tilsvarende Hack s. 3 og O’Cinneide (2005) s. 42.

bedriftsfastsatte aldersgrenser ikke er ”nødvendig” ettersom forutberegnelighet, personalplanlegging og gjennomstrømming kan oppnås like effektivt ved fleksible ordninger.

I tillegg er det også adgang for arbeidsgiver å fastsette aldersgrenser i tariffavtaler og individuelle avtaler etter § 15-13 a, under forutsetning av at de oppfyller vilkårene i § 13-3 andre ledd. Dersom det er et behov for arbeidsgiver å ha en lavere aldersgrense enn den alminnelige 70-årsgrensen, bør aldersgrenser av hensynet til arbeidstakerne og ikke-diskrimineringsprinsippet reguleres i tariffavtaler eller individuell avtale.

Ettersom det er flere alternative virkemidler arbeidsgiver kan ta i bruk for å oppnå de samme formålene som en bedriftsfastsatt aldersgrense, er ikke vilkåret ”nødvendig” etter § 13-3 andre ledd oppfylt.

5.4 Bedriftsfastsatte aldersgrenser kan ikke være ”uforholdsmessig inngripende”

Som redegjort for i kapittel 5.1 er ikke bedriftsfastsatte aldersgrenser begrunnet i et ”saklig formål”. Det forutsettes i den videre fremstillingen at generelle sysselsetningshensyn oppfyller vilkårene ”saklig formål” og at bedriftsfastsatte aldersgrenser er ”nødvendig” for å oppfylle formålet, jf. § 13-3 andre ledd.

Spørsmålet er om bedriftsfastsatte aldersgrenser er ”uforholdsmessig inngripende”, jf. § 13-3 andre ledd. I denne vurderingen skal virkningen av aldersgrensen overfor den som forskjellsbehandles avveies mot formålet aldersgrensen skal oppnå.

I forarbeidene er det lagt til grunn at økonomisk trygghet taler for at en bedriftsfastsatt aldersgrense ikke er ”uforholdsmessig inngripende.” Dette synspunktet er i tråd med EU-domstolens vurderinger og er lagt til grunn av norske domstoler.¹⁸⁴ Arbeidstakere i Norge er sikret et økonomisk sikkerhetsnett med den alminnelige pensjonsalderen på 67 år.¹⁸⁵ I tillegg er de fleste bedriftsinterne aldersgrenser tilknyttet egne

¹⁸⁴ Se kapittel 4.3.3 og blant annet HR-2011-910-A og Rt. 2010-202.

¹⁸⁵ Jf. folketryktdloven § 20-15.

pensjonsordninger.¹⁸⁶ Det økonomiske aspektet taler dermed for at bedriftsfastsatte aldersgrenser ikke er ”*uforholdsmessig inngripende*” etter § 13-3 andre ledd.

Imidlertid er utbetalinger i form av pensjon og inntekt forskjellig. I Kystlinkdommen anførte arbeidstakeren at utbetaling av pensjon ikke kunne rettferdiggjøre oppsigelsesadgangen, da den førte til en drastisk reduksjon av vedkommendes inntekt.¹⁸⁷ Høyesterett tok imidlertid ikke anførselen til følge.

EU-domstolen har vektlagt at den økonomiske kompensasjonen ikke er på et urimelig nivå, men det er imidlertid usikkert hva som ligger i dette.¹⁸⁸ Det antas imidlertid ikke å være et krav fra EU-domstolen at man har opparbeidet seg full pensjon på fratredelsestidspunktet. Et moment som må vektlegges i forbindelse med det økonomiske aspektet er hvor god pensjonsordningen i bedriften er. Dette må særlig ses i sammenheng med konsekvensene av pensjonsreformen. Arbeidstakere har nå mulighet til å tjene pensjonspoeng frem til fylte 75 år, og det er lagt opp til at flere må arbeide lengre for å oppnå full pensjonsopptjening. Konsekvensen av bedriftsfastsatte aldersgrenser er at arbeidstakere ufrivillig fratras muligheten til å tjene alderspoeng frem til fylte 70 år, og dette kan innskrenke den enkeltes mulighet til full pensjonsopptjening. Dette medfører et økonomisk tap og kan føre til at den økonomiske kompensasjonen er på et urimelig nivå. Dette kan dermed medføre at bedriftsfastsatte aldersgrenser er ”*uforholdsmessig inngripende*” etter § 13-3 andre ledd.

EU-domstolen har imidlertid fremhevet at arbeidstakerne kan ta annet arbeid. Dette har fått tilslutning av Høyesterett i HR-2011-910-A. Det argumenteres med at arbeidstakerne er beskyttet av aldersdiskrimineringsvernet ved søknad av nytt arbeid.¹⁸⁹ Dette argumentet synes ikke godt gjennomtenkt. For det første innebærer en aldersgrense at arbeidstakeren faktisk blir tvunget til å fratse stillingen. For det andre er det et klart trekk i Norge og øvrige land at eldre som blir yrkespassive sjelden kommer inn på arbeidsmarkedet igjen.¹⁹⁰ Momentet kan derfor ikke vektlegges i

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 62.

¹⁸⁷ Kystlinkdommen premiss 18.

¹⁸⁸ Sak C-411/05 premiss 73.

¹⁸⁹ Se HR-2011-910-A premiss 98, sak C-45/09 premiss 75-76.

¹⁹⁰ St.meld. nr. 6 (2006-2007) s. 46.

forholdsmessighetsvurderingen, og følgelig ikke tale for at en bedriftsfastsatt aldersgrense er forholdsmessig etter § 13-3 andre ledd.

I tillegg har retten til å stå i arbeid ofte en større verdi enn den rent økonomiske siden. Bedriftsfastsatte aldersgrenser innebærer at man mister et sosialt gode som er en del av den enkelte livskvalitet. Ettersom levealderen øker innebærer dette at pensjonstiden statistisk sett er like lang om man arbeider et par år mer enn tidligere. Man har også bedre forutsetninger til å stå lengre i arbeid i dag enn tidligere fordi helsen er bedre. Adgangen til å være yrkesaktiv bør dermed være parallell med utviklingen i levealder og helse, og ikke være begrenset av bedriftsfastsatte aldersgrenser. I tillegg til å være inngripende for den enkelte har bedriftsfastsatte aldersgrenser samfunnsmessige uheldige konsekvenser sett i lys av de demografiske endringene. Bedriftsfastsatte aldersgrenser har også en signaleffekt mot pensjonsreformen og IA-avtalen, og kan føre til at motivasjonsfaktoren svekkes ved at man føler seg uønsket dersom bedriften har en aldersgrense. Dette taler dermed for at bedriftsfastsatte aldersgrenser er ”*uforholdsmessig inngripende*” etter § 13-3 andre ledd.

Hensynet til de demografiske endringene, politiske virkemidler og at det enkelte individ kan krenkes ved bedriftsfastsatte aldersgrenser erkjennes i forarbeidene. Forarbeidene legger imidlertid større vekt på at dersom avgangsalderen ikke omfatter flere grupper eller settes lavere enn det som er nødvendig for å nå formålet, kan dette likevel tale for at bedriftsfastsatte aldersgrenser ikke er ”*uforholdsmessig inngripende*” etter § 13-3 andre ledd.¹⁹¹ Dette begrunnes med at dersom aldersgrensen er 67 år vil mange gå av på et tidligere tidspunkt, og at flere av de som fortsatt står i jobb og som blir berørt, ønsker å fratru stillingen.¹⁹² Dette synspunktet er vanskelig å forstå.¹⁹³ Selv om EU-domstolens avgjørelser kan tas til inntekt for at det åpnes for en gruppetilnærming vektlegges det ikke hvor mange som rammes. Aldersdiskrimineringsvernet står like sterkt uavhengig av om det er få eller mange som rammes. Forarbeidenes uttalelse synes ikke å være i tråd med ikke-diskrimineringsprinsippet, eller EU-domstolens retningslinjer, og kan derfor ikke tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen av bedriftsfastsatte

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 62-63.

¹⁹² *ibid.* s. 61.

¹⁹³ Tilsvarende Evju (2009) s. 4.

aldersgrenser. I tillegg innebærer pensjonsreformen at det er sannsynlig at flere arbeidstakere ønsker å arbeide utover pensjonsalderen på 67 år.

Et annet moment som taler for at bedriftsfastsatte aldersgrenser er ”*uforholdsmessig inngripende*” er at aldersgrensen ikke er fremforhandlet gjennom en avtale. I HR-2011-910-A viser Høyesterett til EU-domstolens avgjørelse i Rosenblatt og vektla i forholdsmessighetsvurderingen at løsningen med å si opp de ansatte som var fylt 60 år var fremforhandlet gjennom en kollektiv avtale med organisasjoner som representerte mer enn 95 % av pilotene.

Etter det ovennevnte er det bare det økonomiske aspektet som kan tale for at bedriftsfastsatte aldersgrenser ikke er ”*uforholdsmessig inngripende*” etter § 13-3 andre ledd. Dette innebærer først og fremst at lavere aldersgrense enn 67 år ikke kan anses forholdsmessig. I tillegg til at vedkommende ikke lenger kan stå i stillingen, har ikke arbeidstakeren ubetinget rett til alderspensjon. Slike aldersgrenser er dermed ikke lovlig etter § 13-3 andre ledd.

Hva gjelder aldersgrenser mellom 67 og 70 år vil selve pensjonsordningen og hvor god ordningen er, være vektige momenter. Aldersdiskrimineringsvernet er imidlertid satt til beskyttelse av arbeidstakerens interesser, og dette taler for at det ikke er tilstrekkelig at arbeidstakerne får en god økonomisk kompensasjon.¹⁹⁴ Det er overvekt av momenter som taler for at bedriftsfastsatte aldersgrenser er ”*uforholdsmessig inngripende*” etter § 13-3 andre ledd, herunder retten til å stå i arbeid, de demografiske endringene og samfunnsøkonomiske hensyn. Det må foreligge sterke arbeidsmarkeds- og sysselsettingspolitiske formål eller andre tungtveiende grunner for at bedrifter kan fastsette en aldersgrense lavere enn 70-årsgrensen. Dagens arbeidsmarkedssituasjon gjør det derfor vanskelig å hevde at en bedriftsfastsatt aldersgrense ikke er ”*uforholdsmessig inngripende*”. Konklusjonen er dermed at bedriftsfastsatte aldersgrenser ikke oppfyller vilkårene i § 13-3 andre ledd, og følgelig er i strid med aldersdiskrimineringsforbudet etter § 13-1.

¹⁹⁴ Tilsvarende Lie/Solstad s. 52 flg.

Som i Rosenblatt-saken kan aldersgrenser gå spesielt hardt utover de som arbeider deltid ettersom pensjonsutbetalinger varierer ut fra opptjening av pensjonspoeng. Ettersom flere kvinner enn menn jobber deltid kan kvinner rammes hardere enn menn. Aldersgrensen kan dermed føre til at spørsmålet om kjønnsdiskriminering kommer på agendaen. Det kan også tenkes at det kan bli spørsmål om en avtale om aldersgrense kan revideres etter avtaleloven § 36 om denne er urimelig.¹⁹⁵ Det synes imidlertid vanskelig å tenke seg tilfeller hvor aldersgrensen settes til side etter avtaleloven § 36, og ikke omfattes av diskrimineringsvernet. Dette vurderes imidlertid ikke nærmere.

5.5 Særskilt om Gjensidige-saken

5.5.1 Sakens problemstilling og domstolenes vurderinger

Spørsmålet i saken var om en intern aldersgrense på 67 år i Gjensidige var i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i § 13-1.

Gjensidige anførte at aldersgrensen var begrunnet i arbeidsmarkeds- og sysselsettingshensyn og at den var nødvendig for å sikre gjennomstrømming av ansatte, god rekruttering og mulighet for avansement for nye og yngre ansatte. Oslo tingrett la til grunn at aldersgrensen var i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i § 13-1 og oppsigelsen var ugyldig.¹⁹⁶ Det avgjørende for tingrettens vurdering var at det ikke forelå saklige formål som gjorde det "nødvendig" med en bedriftsintern aldersgrense etter § 13-3 andre ledd.

Dommen ble imidlertid anket av Gjensidige til Borgarting lagmannsrett.

Den 13. desember 2010 avsa Borgarting lagmannsrett avgjørelse i saken.¹⁹⁷ For det første la lagmannsretten til grunn at Gjensidiges praktisering av aldersgrensen oppfylte rettsoppfatningen på området før gjennomføringen av aldersdiskrimineringsforbudet. Deretter vurderer lagmannsretten om innføringen av aldersdiskrimineringsforbudet endret rettstilstanden. Etter en gjennomgang av forarbeidene kom lagmannsretten til at lovgiver hadde vurdert at aldersgrenser tilknyttet pensjonsordninger oppfylte vilkårene i § 13-3 andre ledd og at de var lovlig. Aldersdiskrimineringsreglene var dermed bare tenkt på aldersgrenser lavere enn 67 år.

¹⁹⁵ Tilsvarende Johnsen, note 6 til § 15-13 a.

¹⁹⁶ TOSLO-2009-143503.

¹⁹⁷ LB-2010-99486.

Lagmannsretten legger imidlertid ikke dette opprøvd til grunn. Lagmannsretten presiserer at den enkelte bedrift ikke var pliktig til for eksempel å bevise at aldersgrensen hadde en konkret sysselsettingsvirkning. I vurderingen av § 13-3 andre ledd legger lagmannsretten til grunn at ordningen med den bedriftsfastsatte aldersgrensen var objektivt og saklig begrunnet, samt at den tjente et legitimt formål. Dette begrunner lagmannsretten med at:

”[o]rdningen er fast, har vært allment kjent og er praktisert konsekvent gjennom lang tid. Den er således forutsigbar. Videre korresponderer den med aldersgrensen for pensjon etter folketrygden. Den ivaretar de ansatte på en god måte ved at den er kombinert med en tjenstepensjonsordning, som er sett på som en av de beste pensjonsordningene i markedet. Aldersgrensen kan således ikke anses uforholdsmessig. Et automatisk opphør av arbeidsforholdet innebærer også at arbeidstaker får en verdig avgang.”¹⁹⁸

Lagmannsretten påpeker at EU-domstolens praksis ikke fører til en annen konklusjon. At aldersgrensen i Rosenbladt berodde på en tariffavtale finner ikke lagmannsretten avgjørende, og viser til at avgjørelsen styrker lovgivers forståelse av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og forholdet til direktivet. Lagmannsretten konkluderer dermed med at Gjensidiges aldersgrense ikke er i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i § 13-1.

5.5.2 Kommentarer til lagmannsrettens vurderinger

Selv om lagmannsretten kommer til at domstolen selv må vurdere om § 13-3 andre ledd er oppfylt, er ikke overprøvingen overbevisende. Først og fremst legger lagmannsretten til grunn at ordningen i Gjensidige er objektivt og saklig begrunnet, og tjener et legitimt formål uten at formålene identifiseres. Det er dermed usikkert hvilke formål det er tale om. Det vurderes ikke om formålene er av sosialpolitisk art og oppfyller vilkåret ”*saklig formål*” etter § 13-3 andre ledd. Lagmannsretten tar heller ikke stilling til om aldersgrensen er egnet eller om det er andre mindre inngripende virkemidler som kan oppfylle formålet, altså om aldersgrensen er ”*nødvendig*” etter § 13-3 andre ledd. Etter lagmannsrettens vurdering synes det å være tilstrekkelig at aldersgrensen var allment kjent, praktisert konsekvent og at den var kombinert med en pensjonsordning.

¹⁹⁸ LB-2010-99486.

Lagmannsretten overprøver ikke om de eldre arbeidstakerne mellom 67-70 år hindrer Gjensidiges rekrutteringsbehov av yngre ansatte, som var et av formålene aldersgrensen var begrunnet i. Av dommen fremgår det at det er under 9 personer hvert år som fyller 67 år i Gjensidige, som er et konsern med omtrent 2000 arbeidstakere. Det fremstår derfor lite sannsynlig at dette er tilfellet.

Lagmannsretten henviser videre til at arbeidstakerne får en verdig avgang uten å presisere hva som ligger i dette. Det virker som at lagmannsretten mener det er mer verdig å gå av ved 67 år enn ved den alminnelige 70-årsgrensen. Ettersom hensynet til arbeidstakeren allerede er ivaretatt av 70-årsregelen, samt at levealderen øker og pensjonsreformen begunstiger de som står lengre i jobb, burde dette standpunktet derfor blitt utdypet nærmere.¹⁹⁹

Vektlegging av et økonomisk sikkerhetsnett i forholdsmessighetsvurderingen er imidlertid i tråd med EU-domstolens vurderinger, ettersom en oppsigelse er mindre inngripende dersom man har et økonomisk sikkerhetsnett. Likevel synes det noe enkelt at arbeidsgiverens interesser skal gå foran arbeidstakeren på grunn av at arbeidstakeren får en økonomisk kompensasjon. Dette innebærer at en god økonomi svekker arbeidstakerens stillingsvern.

Lagmannsretten finner støtte for dette synspunktet i EU-domstoles avgjørelse i Rosenblatt-saken, og fant det ikke avgjørende at aldersgrensen fremgikk av tariffavtale. Det vises til at aldersgrensen var blitt praktisert i årtier, var vidt utbredt og avspeilte en politisk og sosial konsensus. Denne uttalelsen henspiller seg imidlertid etter mitt syn på vurderingen om lovbestemmelsen som ga bedrifter hjemmel til å tariffeste aldersgrenser var begrunnet i et legitimt formål.²⁰⁰ I tillegg vektlegger EU-domstolen, både i vurderingen av lovligheten av lovbestemmelsen og aldersgrensen i tariffavtalen, at aldersgrensen ble fastsatt etter forhandlinger mellom arbeidslivets parter, at aldersgrensen berodde på en balansering av ulike interesser, at avtaleadgangen var fleksibel og at den kan sies opp av begge parter.²⁰¹ Ettersom bedriftsfastsatte

¹⁹⁹ Tilsvarende Prahl-Larsen.

²⁰⁰ Sak C-45/09 premiss 44.

²⁰¹ *ibid.* premiss 49 og 67.

aldersgrenser ikke ivaretar disse hensynene, burde forskjellen mellom bedriftsfastsatte aldersgrenser og tariffavtaler ha blitt vurdert nærmere.

Dersom resultatet i dommen blir stående etter Høyesteretts ankebehandling, er det uklart i hvilke tilfeller aldersdiskrimineringsvernet har realitet for personer mellom 67 og 70 år, hvor bedriften har en allmenn kjent og konsekvent praktisert aldersgrense tilknyttet en god pensjonsordning. Konsekvensen av dommen er at den tidligere rettsoppfatningen er tilstrekkelig for at bedriftsfastsatte aldersgrenser er lovlig, og at aldersdiskrimineringsvernet ikke får realitet når man har en god pensjonsordning, selv om § 15-13 a eksplisitt henviser til § 13-3 andre ledd. Dette medfører at aldersdiskrimineringsvernet blir illusorisk for personer mellom 67-70 år i disse tilfellene.

Lagmannsrettens avgjørelse går i motsatt retning av Age Concern, som nettopp presiserer at skjønnsmarginen ikke skal bli så vid at vernet blir illusorisk. Ettersom lagmannsretten ikke foretar en selvstendig og inngående prøving av vilkåret ”nødvendig” i § 13-3 andre ledd utelates den sentrale vurderingen av proporsjonalitetsvurderingen. Konsekvensen er at både aldersdiskrimineringsvernet og den alminnelige 70-årsregelen blir uthulet. Dette innebærer implisitt at det skapes et hierarki hvor aldersdiskriminering kommer lavest på rangstigen. Dette synes ikke å være i tråd med EU-retten hvor vernet er forankret i EU Charteret og anses som et fellesskapsrettslig prinsipp.

6 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Avhandlingen har tatt sikte på å belyse om bedriftsfastsatte aldersgrenser er lovlig etter gjennomføringen av forbudet mot aldersdiskriminering. Regjeringen har uttalt at:

*”de har ein visjon om eit meir inkluderande arbeidsliv, der ingen skal måtte gå lenge arbeidslause, og der alle som har helse til det, skal kunne delta i arbeid. Ingen skal diskriminerast, verken på grunn av alder eller anna”.*²⁰²

²⁰² St.meld. nr. 6 (2006-2007) s. 6.

Etter at aldersdiskrimineringsvernet ble gjennomført, og virkemidler som er tatt i bruk for å forhindre den demografiske utviklingen og forbedre situasjonen på arbeidsmarkedet, skulle man tro at den enkelte arbeidstaker fikk et sterkere vern mot bedriftsfastsatte aldersgrenser enn tidligere. Situasjonen etter dagens rettstilstand er imidlertid at arbeidstakere som har helse til å arbeide kan tvinges ut av arbeidsmarkedet som følge av en bedriftsfastsatt aldersgrense, og dette ble senest bekreftet i lagmannsrettens dom i Gjensidige-saken.

Som redegjort for i kapittel 5 oppfyller ikke bedriftsfastsatte aldersgrenser etter mitt syn vilkårene i § 13-3 andre ledd. Dette må særlig ses i sammenheng med at formålet i dagens sysselsettings- og arbeidsmarkedssituasjon er at flest mulig skal stå lengst mulig i arbeid. Dersom bedriftsfastsatte aldersgrenser kan begrunnes i de samme hensyn er formålene motstridende. I tillegg er retten til arbeid en grunnleggende rettighet for det enkelte individ. En økonomisk kompensasjon kan dermed ikke være tilstrekkelig for at aldersdiskrimineringsforbudet skal vike for en bedriftsfastsatt aldersgrense.

Det er nå opp til Høyesterett å vurdere om aldersdiskrimineringsvernet skal forstås slik som lagmannsretten har lagt til grunn i Gjensidige-saken, eller om Høyesterett fragår lagmannsrettens vurdering ved å sette aldersdiskrimineringsvernet etter arbeidsmiljøloven kapittel 13 på dagsorden og tolker aldersdiskrimineringsvernet i samsvar med EU-retten. I denne sammenheng er det også interessant om Høyesterett tolker aldersdiskrimineringsvernet i lys av innføringen av pensjonsformen, spesielt med hensyn til forholdsmessighetsvurderingen og de økonomiske konsekvenser en lavere aldersgrense enn 70 år kan få for arbeidstakeren.

7 REGISTRE

7.1 Litteraturliste

- Blaker Strand, Vibeke Blaker, ”Vernet mot direkte og indirekte diskriminering”, *Lov og rett*, nr. 3 2007, s. 131-153
- Connolly Connolly, Michael, “Forced Retirement, Age Discrimination and the Heyday Case, Case C-388/07 R (The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England)) v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform”, *Industrial Law Journal*, Vol. 38 No. 2, 2009, s. 233-241
- Cotter Cotter, Anne-Marie Mooney, *Just a number: an international legal analysis on age discrimination*, England 2008
- The Department for Business Innovation and Skills Phasing out the default retirement age: Government response to consultation Impact assessment, januar 2010, <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/p/11-536-phasing-out-default-retirement-age-government-response.pdf> [siteret 15.05.11]
- Evju (2007) Evju, Stein, ”Aldersdiskriminering, pensjonsalder og aldersgrense – EF-domstolens dom 16. oktober 2007, sak C-411/05 Palacios de la Villa – Cortefiel Servicios SA”, *Nytt i privatretten*, nr. 4 2007, s. 2-3
- Evju (2009) Evju, Stein, ”Proposisjonen om «70-årsregelen» i arbeidsmiljøloven § 15-7”, *Nytt i privatretten* nr. 2, 2009

- Evju (nr. 2 2009) Evju, Stein, ”EF-domstolens dom 5. mars 2009, sak C-388/07 The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) –Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform”, *Nytt i privatretten*, nr. 2 2009. S. 2-4
- Evju (2010) Evju, Stein, ”Aldersdiskriminering, likebehandling og pensjonsalder Om Mangold, Chacón Navas – og arbeidsmiljøloven kap. 13”, *Arbeidsrett utvalgte artikler 2001-2010*, s. 604-629
- Hack Hack, Melanie Regine, ”Aldersdiskriminering – grønt lys for tvungen pensjonering? Automatisk opphør av arbeidsforhold ved nådd aldersgrense er ikke nødvendigvis utillatelig – EU-domstolens dom 12. oktober 2010 i sak C-45/09 Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH”, *Nytt i privatretten*, nr. 4, 2010 s. 2-4
- Hellum/Ketscher Hellum, Anne og Ketscher, ”Introduksjon til diskriminerings- og likestillingsretten” i *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.) (Oslo 2008) s. 17-30
- Herzog/Gerken Herzog, Roman og Gerken, Lüder, “Stop the European Court of Justice”, *Centrum für Europäische Politik*, 2008, http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Pressemappe/CEP_in_den_Medien/Herzog-EuGH-Webseite_eng.pdf (16.05.11)
- Hotvedt/Syse Hotvedt, Marianne Jentum og Syse, Aslak, ”Vernet mot aldersdiskriminering på grunn av funksjonshemming og alder” i *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.) (Oslo 2008), s. 112-149
- Jakhelln (1986) Jakhelln, ”Åremålskontrakter, særskilte aldersgrenser og rettsstillinger”, *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. 5 1986

- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, 2. opplag (Oslo 2007)
- Johnsen Johnsen, Stig Åkenes, arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven § 15-13 a note 1 og 6, arbeidsrett.no, <http://www2.arbeidsrett.no/page/mainpage.jsp> [sitert 21.05.11]
- Ketscher Ketscher, Kirsten, ”Diskrimineringsforbud – nogle generelle overvejelser” i *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.) (Oslo 2008), s. 33-57
- Lie/Solstad Lie, Ragnar og Solstad, Åsulv, ”Tvungen pensjonering av arbeidstakere”, *Kritisk juss*, 2008 (34) nr. 1 s. 52-57
- Lilli Lilli, Marco, ”Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett”, *Lov og Rett*, 1999 s. 515-536
- Lunde Lunde, *Uverdigg med aldersgrenser*, (<http://www.seniorpolitikk.no/api/print?render=article&article=/nyhet/arbeidsliv/uverdigg-med-aldersgrenser>) [sitert 11.05.11]
- Mathisen Mathisen, Gjermund, ”Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter”, *Jussens Venner vol. 42*, 2007, s. 80-92
- McClimans McClimans, Else Leona, kommentarer til arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd note 3 og § 13-3 andre ledd note 7, arbeidsrett.no, <http://www2.arbeidsrett.no/page/mainpage.jsp> [sitert 24.03.11]
- Nielsen Nielsen, Ruth, ”Prinsippet om forbud mod forskelsbehandling pga. alder som et almindeligt EU-retligt princip”, *Ugeskrift for Retsvæsen*, 2006 s. 259-266
- Neergaard/Nielsen Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, *EU ret*, 5. utgave, (København 2009)

- O’Cinneide (2005) O’Cinneide, Colm, *Age discrimination and European law*, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D.3 (2005)
- O’Cinneide (2010) O’Cinneide, Colm, *Age discrimination and the European Court of Justice: EU Equality Law Comes of Age*, 2010, <http://www.era-comm.eu/oldoku/Discriminationonthegroundsofage.htm> [sitert 10.05.11]
- Prahl-Larsen Prahl-Larsen, ”Aldersgrenser i arbeidslivet”, *Magma Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, nr. 1 2011 <http://www.econa.no/aldersgrenser-i-arbeidslivet> [sitert 13.05.11]
- Rønning Rønning, Elisabeth ”Sysselsetting, arbeidsmiljøforhold og trygdebruk”, *Seniorer i Norge 2010* http://www.ssb.no/emner/00/02/sa_seniorer/sa120/kap6.pdf [sitert 20.04.11]
- Sargeant Sargeant, Malcolm, *Age Discrimination in Employment*, 2007
- Strand Vibeke Blaker Strand, ”Vern mot direkte og indirekte diskriminering”, *Lov og rett*, nr. 3 2007 s. 131-153
- Temming Temming, Felipe, “The Palacios Case: Turning Point in Age Discrimination Law?”, *European law reporter*, nr. 11 2007, s. 382-392
- Ugreninov Ugreninov, Elisabet, ”Dessertgenerasjonen; lever lenger og jobber kortere”, 2005, <http://www.ssb.no/samfunnsspeilet/utg/200505/02/index.html> [sitert 07.04.11]

7.2 Lovregister

- Aldersgrenseloven Lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn m.fl. 21. desember 1956 nr. 1
- Arbeidstvistloven Lov om arbeidstvister 5. mai 1927 nr. 1 § 1 nr. 8

Arbeidsmiljøloven	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 17. juni 2005 nr. 63
Diskrimineringsloven	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. 3. juni 2005 nr. 33
EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. 27. november 1992 nr. 109.
Folketrygdloven	Lov om folketrygd 28. februar 1997 nr. 19
Menneskerettighetsloven	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30
Sjømannsloven	Sjømannslov 30. mai 1975 nr. 18.

7.3 Endringslover

Lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

7.4 Internasjonale konvensjoner, traktater og direktiv

Council Decision 2000/750/EC	Council Decision 2000/750/EC 27. november 2000 establishing a Community action programme to combat discrimination (2001 to 2006)
Direktiv 2006/54/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse
EMK	Den Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter 4. november 1950
EU Charteret for grunnleggende rettigheter	EU Charteret for grunnleggende rettigheter 2000/C 364/01 18. desember 2000

Rådsdirektiv 76/207/EØF	Rådsdirektiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår
Rådsdirektiv 97/81/EF	Rådsdirektiv 97/81/EF av 15. desember 1997 om rammeavtalen om deltidsarbeid inngått mellom UNICE, CEEP og EFF
Rådsdirektiv 99/70/EF	Rådsdirektiv 1999/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP
Rådsdirektiv 2000/43/EF	Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gjennomførelse af princippet om likebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse
Rådsdirektiv 2000/78/EF	Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigele og erverv
TEU-traktaten	Konsolidert utgave av den Europæiske Unions Tidende C 83 30. mars 2010
SP	FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966 ILO-konvensjon nr. 111 (1985) om diskriminering i sysselsetting og yrke.
ØSK	FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter 16. desember 1966

7.5 Register over forarbeid

Innst. O. nr. 52 (2003-2004)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
NOU 1972: 21	
NOU 2002: 12	Rettslig vern mot etnisk diskriminering

NOU 2003: 2	Skjerpet vern mot diskriminering I arbeidslivet
NOU 2009: 14	Et helhetlig diskrimineringsvern
Ot.prp. nr. 67 (1996-1997)	Om lov om endringer i lov av 4 februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v
Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
Ot.prp. nr. 33 (2004-2005)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 85 (2005-2006)	Om lov om endringer i sjømannslov 30. mai 1975 nr. 18
Ot.prp. nr. 54 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)
Ot.prp. nr. 37 (2008-2009)	Om lov om endringer i folketrygdloven (ny alderspensjon)
St.meld. nr. 6 (2006-2007)	Om seniorpolitikk Seniorane – ein viktig ressurs i norsk arbeidsliv
St.prp. nr. 11 (2003-2004)	Om samtykke til godkjenning av ei avgjerd i EØS-komiteen om innlemming i EØS-avtala av fellesskapshandlingsprogrammet ommotkjemping av diskriminering (2001-2006)

7.6 Forslag til uttalelser fra generaladvokat

Forslag til avgjørelse generaladvokat Mazák fremsatt den 15. februar 2007 sak C-411/05

Forslag til avgjørelse generaladvokat Trstenjak fremsatt 28. april 2010 sak C-45/09

7.7 Domsregister

7.7.1 Tingretten

TOSLO-2009-143503 Oslo tingrett 16. april 2010 (ikke rettskraftig)

(Gjensidige-saken)

TSTAV-2005-75777

Stavanger tingrett 12. mai 2006

(Statoil-saken)

7.7.2 Lagmannsretten

Rg. 1968 s. 371

Agder lagmannsrett 20. januar 1968

NAD. 1986 s.207

Agder lagmannsrett 13. januar 1986

LB. 1995 s. 1486

Borgarting lagmannsrett 25. mars 1996

LG-2009-41184

Gulating lagmannsrett 6. november 2009 (ikke rettskraftig)

LB-2010-99486

(Gjensidige-saken)

Borgarting lagmannsrett 13. desember 2010 (ikke rettskraftig)

7.7.3 Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811.

Rt. 2010 s. 202 (Kystlinkdommen)

HR-2011-910-A

7.7.4 EU-domstolen

Sak C-170/84

Bilka - Kaufhaus GmbH mod Karin Weber von Hartz, Saml. 1986 s. 01607

Sak C-144/04

Werner Mangold mod Rüdiger Helm, Saml. 2005 s. I-09981 (Mangold)

Sak C-41/05

Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA, Saml. 2007 s. I-08531 (Palacios)

Sak C-388/07

The Queen, The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) mod Secretary of State for Business, 2009 s. I-01569 (Age Concern)

Sak C-555/07

Seda Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG, (ennå ikke i Sml.), (Küçükdeveci)

Sak C-341/08 *Domnica Petersen mod Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* (ennå ikke i Sml.) (Petersen)

Sak C-45/09 *Gisela Rosenblatt mod Oellerking Gebäudereinigungsges.mbH* (ennå ikke i Sml.), (Rosenblatt)

Forente saker

7.8 Nettsider

Brev fra Arbeidsdepartementet

til NHO og LO http://www.nho.no/getfile.php/bilder/RootNY/filer_og_vedlegg1/Arbeidsdepartementets%20svar.pdf [sitert 01.03.11]

NHO http://www.nho.no/getfile.php/filer%20og%20vedlegg/Adgangen_til_%E5_opprettholde_bedriftsansatte_aldersgrenser.PDF.

Statistisk sentralbyrå <http://www.ssb.no/aku/> [sitert 15.05.11]

<http://www.ssb.no/befolkning/> [sitert 12.05.11]

<http://www.ssb.no/emner/02/03/folkfram/> [sitert 10.05.11]

<http://www.ssb.no/emner/08/05/10/oa/200506/folkfram05.pdf> [sitert 26.05.11]

A

B

C

D

E

F

G