



# **Opphør av arbeidsforhold grunnet alder**

*av Kai Sølve Urke*

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap  
ved Universitetet i Tromsø  
Det juridiske fakultet  
Våren 2011*

# Innholdsfortegnelse

<b>1 Innledning</b>	<b>3</b>
1.1 Tema og aktualitet	3
1.2 Avgrensning og definisjoner	4
1.3 Metodespørsmål	6
1.3.1 Avgjørelser av EU-domstolen, herunder om de norske reglene må tolkes og anvendes i samsvar med praksis fra EU-domstolen	6
1.3.2 Bruk av underrettspraksis	9
1.4 Den historiske utviklingen	10
1.4.1 Lovfesting av vernet mot usaklig oppsigelse og adgangen til oppsigelse ved oppnådd pensjonsalder	10
1.4.2 Innføring av et forbud mot oppsigelse på grunn av pensjonsalder	11
1.4.3 Innføringen av alder som diskrimineringsgrunnlag	13
<b>2 Generelt om 70-årsregelen</b>	<b>13</b>
2.1 Innledning	13
2.2 Kort om de grunnleggende hensyn bak 70-årsregelen	14
2.3 Nærmere om rammedirektivet og forbudet mot aldersdiskriminering	15
<b>3 Er 70-årsregelen i strid med forbudet mot aldersdiskriminering?</b>	<b>16</b>
3.1 Generelt om disponering, terskel og etterprøvelse av vilkårene i rammedirektivets artikkel 6 nr.1	16
3.2 Ivaretar 70-års regelen et legitimt formål?	19
3.3 Er 70-årsregelen egnet og nødvendig for å oppnå de legitime formål?	22
3.3.1 Kort om vurderingens to sider; krav til egnethet og minst inngripende måte	22
3.3.2 Er 70-årsregelen egnet og nødvendig for å sikre en verdig avgang?	24
3.3.3 Er 70-årsregelen egnet og nødvendig for å sikre færre prosesser?	28
3.3.4 Er 70-årsregelen egnet og nødvendig for å sikre god bemanningsplanlegging?	29
3.3.5 Den endelig avveiing- er 70-årsregelen et egnet og nødvendig virkemiddel?	30
3.4 Er 70-årsregelen proporsjonal?	30
3.4.1 Generelt om kravet til proporsjonalitet	30
3.4.2 De motstridende hensyn bak 70-årsregelen	32
3.4.3 Den endelige avveiing – er 70-årsregelen et proporsjonalt virkemiddel?	35
<b>4 Konklusjon</b>	<b>37</b>
<b>5 Unntak fra lovens grense på 70 år</b>	<b>37</b>
5.1 Innledning	37
5.2 Om de materielle vilkår for unntak i arbeidsmiljøloven § 15-13a første ledd samt forholdet til rettspraksis	38
5.3 Kravet til saklig formål i aml. § 15-13a	39
5.3.1 Innledning	39
5.3.2 Underrettspraksis om kravet til saklighet	40
5.4 Kravet til nødvendighet i aml. § 15-13a	44
5.4.1 Innledning	44
5.4.2 Underrettspraksis om kravet til nødvendighet	45
5.5 Kravet til proporsjonalitet i aml. § 15-13a	49
5.5.1 Innledning	49
5.5.2 Underrettspraksis om kravet til proporsjonalitet	49
5.6 Sammenfatning av rettspraksis	51
<b>6 Veien videre</b>	<b>53</b>
<b>7 Kilderegister</b>	<b>58</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og aktualitet

Denne avhandlingen tar sikte på å undersøke i hvilken grad alder alene kan begrunne opphør av arbeidsforhold etter norsk og internasjonal rett. Den norske arbeidsmiljøloven har helt siden lovfesting av stillingsvernet i 1936 åpnet for at arbeidsgiver kan si opp arbeidsforhold når arbeidstaker har nådd en viss alder. Når temaet likevel er aktuelt som aldri før 75 år senere, skyldes dette inkorporering av alder som diskrimineringsgrunnlag i norsk rett. I likhet med andre subjektive kjennetegn som kjønn og etnisitet er nemlig alder et trekk ved mennesker som kan gi grunnlag for usaklig forskjellsbehandling, ofte kalt diskriminering.<sup>1</sup> Retten til ikke å bli diskriminert er en menneskerett loven må verne. Enten en forskjellsbehandling skyldes bevisste eller ubevisste negative holdninger mot mennesker av en viss alder, er det derfor allmenn rettslig konsensus om at forskjellsbehandling på grunn av alder kun bør skje der visse vilkår er oppfylt.

Avhandlingen har som målsetting å bidra til å trekke opp disse grensene, samt å redegjøre for hvordan arbeidsmiljølovens regler om opphør av arbeidsforhold grunnet alder står seg mot forbudet mot aldersdiskriminering både i intern- og i internasjonal rett.<sup>2</sup> Som vi skal se i det videre byr dette på en rekke interessante problemstillinger. For er det i det hele tatt lovlig å sette en aldersgrense for opphør av arbeidsforhold? Hvilke formål bør en slik aldersgrense kunne bygge på og fins det andre egnede alternativer? Ved hvilken alder bør en aldersgrense i så fall settes? Dette er blant temaene i det videre og avhandlingens overordnede problemstilling lyder:

*I hvilke tilfeller kan alder alene begrunne opphør av arbeidsforhold etter arbeidsmiljøloven og hvordan står disse reglene seg mot de internasjonale reglene Norge er bundet av?*

Da vernet mot aldersdiskriminering er forholdsvis nytt, også internasjonalt, har avhandlingens tema aldri blitt behandlet av Høyesterett. Dette, kombinert med en sterk

---

<sup>1</sup> Jf NOU 2009:14. *Et helhetlig diskrimineringsvern* s.39.

<sup>2</sup> Se punkt 3 om forholdet mellom arbeidsmiljølovens aldersgrense og EU-rettens regler om aldersdiskriminering. Hvorvidt sistnevnte i det hele tatt kan binde Norge drøftes i punkt 1.3.1.

tilknytning til internasjonale regler, har gjort valg av innfallsvinkel utfordrende. Jeg har som utgangspunkt valgt å dele avhandlingen i to. Den første delen vil ta for seg forholdet mellom arbeidsmiljølovens<sup>3</sup> generelle aldersgrense og internasjonal rett, mens den andre delen vil ta for seg forholdet mellom bedriftsinterne aldersgrenser og arbeidsmiljølovens regler om aldersdiskriminering.

## 1.2 Avgrensning og definisjoner

Innenfor det problemstillingen omfatter vil det bli gjort flere avgrensninger. For det første vil jeg avgrense mot de prosessuelle bestemmelsene i aml. § 15-13a andre- til fjerde ledd, da fokus vil være på de materielle sidene ved aldersgrenser. For det andre vil jeg avgrense mot alder som moment ved omstilling og nedbemanning, selv om også dette temaet reiser interessante diskrimineringsrettslige spørsmål.<sup>4</sup> Alderssvekkelse kan etter omstendighetene også gi saklig grunn for oppsigelse dersom vedkommende ikke lenger oppfyller de krav en med rimelighet kan sette til stillingen.<sup>5</sup> Også en slik oppsigelse vil falle utenfor avhandlingens tema. Når det gjelder forholdet til internasjonal rett vil jeg kun behandle forholdet mellom arbeidsmiljølovens generelle aldersgrense<sup>6</sup> og EU-retten. EU-retten anses nemlig å gå lengre i å beskytte mot aldersdiskriminering enn andre relevante internasjonale konvensjoner, slik som for eksempel SP<sup>7</sup> artikkel 26 og EMK<sup>8</sup> artikkel 14.<sup>9</sup> Til sist vil jeg avgrense mot ung alder som oppsigelsesgrunn, selv om diskrimineringsvernet også omfatter usaklig forskjellsbehandling på grunn av ung alder.

Som problemstillingen antyder vil oppgaven ta for seg rettstilstanden for de arbeidsforhold som knytter seg til arbeidsmiljøloven. Etter aml. § 1-2 første ledd gjelder loven for *"virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven."* En kan følgelig slå fast at arbeidsmiljøloven gjelder svært mange

---

<sup>3</sup> Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 17.juni 2005 nr 62, heretter kalt arbeidsmiljøloven eller bare aml.

<sup>4</sup> Eksempelvis Borgarting lagmannsretts dom 17. august 2010 (LB-2009-165616).

<sup>5</sup> Jf NOU 2004:5 *Arbeidslivslovutvalget* s.311.

<sup>6</sup> Jeg vil dermed ikke behandle forholdet mellom unntaksadgangen i § 15-13a første ledd andre punktum og internasjonal rett.

<sup>7</sup> FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966.

<sup>8</sup> Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller 4. november 1950.

<sup>9</sup> Jf Rt. 2010 s.202 premissene 72-76.

arbeidsforhold. Reglene i andre lover som regulerer opphør av arbeidsforhold grunnet alder, herunder sjømannsloven<sup>10</sup>, tjenestemannsloven<sup>11</sup> og lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn<sup>12</sup>, vil kun bli anvendt for å belyse reglene i arbeidsmiljøloven.

Videre er det innledningsvis for det første hensiktsmessig å skille mellom begrepene "pensjonsalder" og "aldersgrense". Pensjonsalder er den alder der man etter lov eller bedriftspensjonsordning har krav på pensjon.<sup>13</sup> En aldersgrense er på sin side en bestemmelse i lov eller annet rettslig grunnlag som gir arbeidsgiver anledning til å si opp et ansettelsesforhold utelukkende på grunn av alder. Skillet viser seg blant annet relevant ved forholdet til EU-reglene. EU-domstolen har nemlig slått fast at statene står fritt til å fastsette den pensjonsalder de vil, men at de ikke står fritt til å fastsette virkningene av oppnådd pensjonsalder i form av aldersgrenser.<sup>14</sup>

For det andre må det presiseres at jeg vil bruke "bedriftsinterne aldersgrenser" som en generell benevnelse for særaldersgrenser etter aml. § 15-13a første ledd andre setning. At slike særaldersgrenser i det videre hovedsakelig omtales som bedriftsinterne, selv om de i enkelte tilfeller også skulle omfatte mer enn en bedrift, skyldes at dette er et godt innarbeidet begrep.<sup>15</sup>

I det videre vil jeg først ta for meg noen metodespørsmål i punkt 1.3, før jeg behandler den historiske utviklingen som ligger bak spørsmålene avhandlingen reiser i punkt 1.4. Jeg vil så gå over til å behandle arbeidsmiljølovens generelle aldersgrense i punkt 2, for så å ta for meg forholdet mellom lovens aldersgrense og internasjonal rett i punktene 3 og 4. I punkt 5, som på mange måter kan ses på som avhandlingens annen hoveddel, vil jeg ta for meg adgangen til å fastsette bedriftsinterne aldersgrenser som er *lavere* enn lovens alminnelige grense. Til sist vil jeg foreta noen rettspolitiske vurderinger i punkt 6.

---

<sup>10</sup> Lov 30. mai 1975 nr .18 (sjml.).

<sup>11</sup> Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

<sup>12</sup> Lov 21. desember 1956 nr. 1 om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn m.fl.

<sup>13</sup> Se også Stig Åkenes Johansen i Henning Jakhelln m.fl. :Arbeidsrett.no Kommentar til aml. § 15-13 a, heretter Arbeidsrett.no, note 1.

<sup>14</sup> Se Geir Kruge i Diskriminering på grunn av alder-særlig om aldersgrenser. Status og kommentar. Tidsskrift for arbeidsrett nr. 04 2007, heretter Kruge, s. 246.

<sup>15</sup> Dette kan også forsvares siden vilkårene for å fastsette aldersgrenser må være de samme uansett hjemmelsgrunnlag, se punkt 5.2.

### 1.3 Metodespørsmål

Avhandlingen vil ta utgangspunkt i alminnelig rettsdogmatisk rettskildelære. Dette innebærer at jeg vil se hen til de kildene for juridisk argumentasjon som tradisjonelt er regnet for å være relevante i en fremstilling av gjeldende rett, herunder lov, forarbeider, rettspraksis, andre myndigheters praksis, privates praksis, juridisk teori og reelle hensyn.<sup>16</sup> Som en følge av avhandlingens særtrekk finner jeg det likevel hensiktsmessig å særskilt kommentere anvendelsen av to rettskilder, nemlig forholdet til avgjørelser av EU-domstolen samt bruken av underrettspraksis.

#### 1.3.1 *Avgjørelser av EU-domstolen, herunder om de norske reglene må tolkes og anvendes i samsvar med praksis fra EU-domstolen*

EU-domstolen og dens kompetanse er hjemlet i Lisboa-traktatens<sup>17</sup> sjette del om "institutionelle og finansielle bestemmelser." Det følger av artikkel 234 b) at "Domstolen har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål... om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner." Videre følger det at medlemslandenes domstoler har en rett, og i enkelte tilfeller plikt, til å bringe tolkingsspørsmål inn for EU-domstolen. Tolkingssuttalelser etter artikkel 234 løser ikke formelt den aktuelle konflikten. Domstolen uttaler seg om hvordan EU-retten er å forstå på et konkret punkt og så er det opp til nasjonalstaten å foreta en avveining mot det tolkingresultatet nasjonale rettskilder tilsier.<sup>18</sup> En annen sak er imidlertid at EU-domstolen ofte er så detaljert i tolkingen at subsumsjonen i nasjonale domstoler gir seg selv.<sup>19</sup> Det er slike prejudisielle avgjørelser som i det videre vil bli benevnt som praksis fra EU-domstolen.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Jf Torstein Eckhoff, Rettskildelære 5. Utgave 2001, heretter Eckhoff, s. 23.

<sup>17</sup> Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab undertegnet i Lisboa 13. desember 2007.

<sup>18</sup> Fredrik Sejersted m.fl. EØS-rett, 2. Utgave 2005, heretter Sejersted, s.214.

<sup>19</sup> Sejersted s.135.

<sup>20</sup> For oversiktens skyld kan nevnes at daværende EF-domstol skiftet navn til EU-domstolen med ikrafttredelse av Lisboa-traktaten 1. desember 2009. Dette medfører at avgjørelsene som vises til i det videre egentlig er avgjørelser av EF-domstolen hjemlet i Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF-traktaten) artikkel 234 b), uten at dette har betydning for det materielle innholdet.

Tolkningsuttalelser fra EU-domstolen er bindende for de nasjonale domstolene og har derfor svært stor rettskildemessig vekt.<sup>21</sup> Sammen med ønsket om ensartede regler i hele EØS, har dette medført at EU-domstolen innenfor de områdene som går under EØS-avtalen er en prejudikatdomstol i norsk rett.<sup>22</sup> Med prejudikatdomstol menes at dens uttalelser og avgjørelser må tillegges vesentlig vekt.<sup>23</sup>

Direktivet som er bakgrunn for de norske reglene om aldersdiskriminering, Rådsdirektiv 2000/78/EF heretter kalt "rammedirektivet", faller imidlertid som utgangspunkt *utenfor* EØS-samarbeidet.<sup>24</sup> Rammedirektivet er nemlig hjemlet i en bestemmelse i den daværende EF-traktaten, artikkel 13, som ikke har noen parallell bestemmelse i EØS-avtalen.<sup>25</sup> Norge var dermed ikke forpliktet til å gjennomføre rammedirektivet i norsk rett. På tross av dette implementerte man direktivets bestemmelser ved lov 26. Mars 2004 nr.15.<sup>26</sup>

At rammedirektivet ble gjennomført i norsk rett til tross for at Norge ikke var forpliktet til dette, har medført en lengre diskusjon rundt hvorvidt norske regler må anvendes i tråd med direktivets praksis fra EU-domstolen. Inntil nylig har spørsmålet vært uavklart. Utgangspunktet er nemlig at Norge står rettslig fritt til å fravike de avgjørelsene fra EU-domstolen som ikke omfattes av homogenitetsmåling i EØS-avtalen<sup>27</sup>, da vi ikke er medlem av EU. Ved gjennomføringen av rammedirektivet uttalte i tillegg departementet at "*en innføring av et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder ikke skal røkke ved dagens rettstilstand.*"<sup>28</sup> Ser en uttalelsen isolert taler den for at lovgiverviljen var at Norge *ikke* skulle bli rettslig bundet av direktivets framtidige praksis.

---

<sup>21</sup> Sejersted s. 135.

<sup>22</sup> Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt 2. Utgave 2004, heretter Nygaard, s. 47 og Sejersted s. 202.

<sup>23</sup> Jf Nygaard s. 54. Se også tilsvarende om EFTA-domstolen i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) på side 1820.

<sup>24</sup> Jf Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 14 og NOU 2009:14 s.52.

<sup>25</sup> Jf Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 14.

<sup>26</sup> Jf Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 29 og s. 41, samt NOU 2009:14 s.52.

<sup>27</sup> Jf Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), gjennomført med lov nr. 109 27. Nov. 1992, særlig artikkel 1, artikkel 6 og fortalens punkt 16.

<sup>28</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.30.

Uttalelsen er imidlertid moderert ved senere lovendringer. Lovgiver har for det første senere erklært at det er *politisk* ønskelig at norsk lovgivning er i overenstemmelse med direktivet.<sup>29</sup> Departementet synes også i forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005 å forutsette at domstolen må se hen til rammedirektivet for å fastsette "*betingelser for unntak i arbeidsmiljøloven § 54 D nr. 3.*"<sup>30</sup> At praksis fra EU-domstolen er relevant ved anvendelse av intern norsk rett er også hevdet i Ot.prp.nr.104 (2002-2003) på side 41, og av Stein Evju.<sup>31</sup> På motsatt side konkluderte imidlertid Diskrimineringslovutvalget, nedsatt for å utrede en samlet diskrimineringslov, med at Norge *ikke* var forpliktet til å følge EU-praksis på direktivets område.<sup>32</sup> Sistnevnte konklusjon er begrunnet i det synet at Norge nok *politisk* er bundet av praksisen, men at vi *rettslig* står fritt til å avvike fra den.<sup>33</sup> Med andre ord at direktivets praksis er en relevant rettskilde, men verken tungtveiende eller rettslig avgjørende.

Høyesterett tok nylig stilling til spørsmålet i dommen om Nye Kystlink AS, inntatt i Rt. 2010 s.202. Nye Kystlink AS drev passasjertrafikk med skip og hadde en bedriftsintern aldersgrense for fratredelse på 62 år for de ansatte. Denne var samsvarende med sjømannsloven § 19 nr.1 sjettede ledd. Spørsmålet i saken var så hvorvidt sjml. § 19 nr.1 sjettede ledd var i samsvar med diskrimineringsforbudet i sjml. § 33, jf. 33B og rammedirektivet artikkel 6 nr. 1. Høyesteretts flertall besvarte begge spørsmålene bekreftende. Om forholdet til EU-praksis tilknyttet rådsdirektiv 2000/78/EF uttalte førstvoterende dommer Tønder i premiss 56: "*Domstolene må som utgangspunkt vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen.*"<sup>34</sup> Denne rettsforståelsen ble delt av annenvoterende dommer Bårdsen og femtevoterende dommer Tjomsland.<sup>35</sup> Dommer Bårdsen er sågar enda klarere på at Norge er rettslig bundet av praksisen når han uttaler at "*forbudet mot aldersdiskriminering i sjømannsloven § 33 og § 33 B må tolkes og*

---

<sup>29</sup> Jf St.prp.nr.11 (2003-2004) s.2 og Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s.59.

<sup>30</sup> Jf Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.196-197. En slik tolkning av uttalelsen er også lagt til grunn av flertallet i Rt. 2010 s.202 premiss 55.

<sup>31</sup> Jf Stein Evju, Aldersdiskriminering, likebehandling og pensjonsalder inntatt i Arbeidsrett Vol 3 nr. 3 2006, heretter Evju, s.137.

<sup>32</sup> NOU 2009:14 s.198.

<sup>33</sup> NOU 2009:14 s.198. Lignende syn deles av lagmannsretten i LB-2009-165616.

<sup>34</sup> Min understrekning.

<sup>35</sup> Som sammen med dommer Tønder utgjorde et flertall på dette spørsmålet.



*anvendes i tråd med direktiv 2000/78/EF, slik dette er forstått i EF-domstolens praksis.*<sup>36</sup>

Slik Høyesteretts flertall er å forstå må norske domstoler kunne vurdere om en lovfestet aldersgrense er forenlig med forbudet mot aldersdiskriminering og unntaksvilkårene i artikkel 6 nr. 1 i rammedirektivet.<sup>37</sup> I denne vurderingen vil EU-domstolens rettspraksis ikke bare være rettslig relevant, men også en tungtveiende rettskilde. At dette også skal gjelde i forhold til arbeidsmiljøloven og bedriftsinterne aldersgrenser bekreftes av forberedende dommer Tjomsland i en kjennelse inntatt i Rt. 2010 s. 944.<sup>38</sup> Spørsmålet i saken er om en bedriftsintern aldersgrense for piloter i CHC begrunnet i luftfartsikkerhet er i samsvar med forbudet mot aldersdiskriminering i aml. § 13-3 annet ledd.<sup>39</sup> Saken er stanset for behandling i Høyesterett i påvente av en prejudisiell avgjørelse fra EU-domstolen i sak C-447/09, som omhandler luftfartssikkerhet som begrunnelse for en særaldersgrense på 60 år for piloter i Lufthansa.<sup>40</sup>

Som et resultat av Høyesteretts dom i saken om Nye Kystlink må en legge til grunn at de norske reglene *må* tolkes og anvendes i tråd med slik unntaksvilkårene i rammedirektivet er forstått av EU-domstolen, og at EU-domstolens praksis er en *tungtveiende* rettskilde for praktiseringen av arbeidsmiljølovens diskrimineringsregler. De argumenter som en kan utlede av praksis fra EU-domstolen tilknyttet direktiv 2000/78 EF vil dermed bli tillagt vesentlig vekt ved avgjørelsen av de rettslige spørsmål avhandlingen reiser.<sup>41</sup>

### 1.3.2 *Bruk av underrettspraksis*

Som en følge av at spørsmålet om lovligheten av bedriftsinterne aldersgrenser aldri har vært oppe til behandling i Høyesterett, er det hensiktsmessig å se hen til tingretts- og

---

<sup>36</sup> Premiss 82, min understrekning.

<sup>37</sup> Jf Nye Kystlink premiss 55 til 71. Dette er også forutsatt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven, se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.196/197. For motsatt syn se mindretallets votum i Nye Kystlink, premiss 95.

<sup>38</sup> Premiss 9.

<sup>39</sup> Saken behandler anke over den såkalte CHC-dommen som behandles nedenfor i punkt 5.

<sup>40</sup> Anmodning inngitt 18. november 2009.

<sup>41</sup> Jeg kan i den anledning påpeke at jeg i punkt 3.1 vil behandle den betydelige skjønnsmargin som foreligger på området, se side 18.

lagmannsrettspraksis. Underrettspraksis har imidlertid svært begrenset rettskildemessig vekt målt opp mot Høyesterettspraksis, og særlig der praksisen ikke er entydig.<sup>42</sup> Den underrettspraksis som foreligger rundt lovligheten av bedriftsinterne aldersgrenser er lite omfattende, med kun fire dommer som i tillegg er til dels sprikende. Relevansen til den enkelte underrettsdom vil da som utgangspunkt begrense seg til å være et eksempel på mer eller mindre fornuftige betraktninger om rettskildedefaktorene og gjeldende rett.<sup>43</sup> Siden underrettspraksis er såvidt oversiktlig, vil jeg i punkt 5 foreta en kommentert gjennomgang av rettsanvendelsen i den ene tingrettsdommen og de tre lagmannsrettsdommene som foreligger om spørsmålet.

#### 1.4 Den historiske utviklingen

##### 1.4.1 *Lovfesting av vernet mot usaklig oppsigelse og adgangen til oppsigelse ved oppnådd pensjonsalder*

Å bringe arbeidsforhold til opphør er historisk sett en viktig del av arbeidsgivers styringsrett.<sup>44</sup> At denne adgangen ikke kan gjelde ubegrenset er i dag selvsagt. Dette har imidlertid ikke alltid vært tilfelle. Før arbeidervernloven 1936<sup>45</sup> var det nemlig ikke lovfestet noen begrensning på adgangen til å si opp arbeidstaker. Så sent som i 1935 uttalte Høyesterett at arbeidsgiver etter norsk rett kunne si opp arbeidstaker "*efter eget skjønn og god tykke ... uten at behøve at angi eller paavise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet - og uten at være underkastet domstolenes kritikk.*"<sup>46</sup> Arbeidsgiver stod med andre ord helt fritt til å forskjellsbehandle på grunn av alder ved oppsigelse.

Den første generelle lovfesting av stillingsvernet kom med arbeidervernloven 1936 § 33 tredje ledd punkt a). Etter bestemmelsen kunne en arbeidstaker "*som efter sitt fylte 21*" hadde "*minst 3 års sammenhengende ansettelse ved samme bedrift*" kreve erstatning hvis vedkommende ble sagt opp fra stillingen uten at oppsigelsen hadde "*saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold, men skyldes helt*

---

<sup>42</sup> Jf Eckhoff s.162.

<sup>43</sup> Jf Carl August Fleischer Rettskilder og juridisk metode Ad Notam Gyldendal 1998, heretter Fleischer, s. 191.

<sup>44</sup> Jf bla. Rt. 2009 s.1465 premiss 35.

<sup>45</sup> Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern.

<sup>46</sup> Rt. 1935 s. 467 på side 47.

*utenforliggende grunner...*” Vernet kom imidlertid ikke til anvendelse hvis bedriften hadde *”innført pensjonsordning for sine arbeidere”* og oppsigelsen fant sted da retten til pensjon var inntrådt, jf. arbeidervernloven 1936 § 33 tredje ledd punkt d). Oppsigelse på grunn av oppnådd pensjonsalder var altså å anse som saklig. Arbeidsgiver stod etter bestemmelsen fortsatt ganske fritt ved fastsettelsen av en aldersgrense for opphør, men loven krevde nå at aldersgrensen var sammenfallende med en pensjonsordning.

Ved innføringen av arbeidervernloven 1956<sup>47</sup> kom en styrking av oppsigelsesvernet på en rekke punkter. Regelen i arbeidervernloven 1936 om at oppsigelse på grunn av oppnådd pensjonsalder var å anse som saklig ble likevel videreført i arbeidervernloven 1956 § 43 punkt 2 tredje ledd. Loven krevde imidlertid nå at pensjonsordningen var *”av størrelse minst som pensjonen i den offentlige alderstrygd...”*<sup>48</sup>

#### *1.4.2 Innføring av et forbud mot oppsigelse på grunn av pensjonsalder*

Ikke før ved en lovendring i 1972<sup>49</sup> ble det lovfestet et forbud mot oppsigelse på grunn av oppnådd pensjonsalder. Endringen kom i forbindelse med at den alminnelige pensjonsalderen i folketrygdloven ble endret fra 70 år til 67 år.<sup>50</sup> Ved endringen ble det innført et nytt tredje ledd i arbeidervernloven 1956 § 43 punkt 1 som lød:

*”Oppsigelse med fratreden før fylte 70 år som alene skyldes at arbeideren har nådd pensjonsalder etter lov av 17. Juni 1966 nr.12 om folketrygd, skal ikke anses å ha saklig grunn....”*

Forbudet ble begrunnet med *”de uheldige virkninger det ville få om den alminnelige pensjonsalder (67 år) også skulle bli vanlig aldersgrense i arbeidslivet”*.<sup>51</sup> Et slikt resultat var nemlig *”lite ønskelig for mange arbeidsføre arbeidstakere,”* og ville *”innebære at*

---

<sup>47</sup> Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern.

<sup>48</sup> Tilfredsstilte ikke aldersgrensen dette kravet prøvde retten oppsigelsens alminnelige saklighet, se RG. 1961 s.593.

<sup>49</sup> Endringslov 15. desember 1972 nr.78 til arbeidervernloven 1956.

<sup>50</sup> NOU 1972:21 *Oppsigelse ved nådd pensjonsalder etter lov om folketrygd* s.5.

<sup>51</sup> Ot.prp.nr.17 (1972-1973) s. 4.

*arbeidslivet unødvendig mister arbeidskraft og den sum av innsikt og erfaring som de enkelte har opparbeidet gjennom årrekker.”*<sup>52</sup>

Ordlyden omfattet imidlertid kun oppsigelser som ble hjemlet i at folketrygdlovens aldersgrense på 67 år var oppfylt, og forarbeidene understreket at bestemmelsen ikke grep inn i ”*oppsigelser ved nådd pensjonsalder etter annen lov, bedriftspensjonsordning, arbeidsavtale eller arbeidsreglement.*”<sup>53</sup> Bestemmelsen bygde videre på forutsetningen om at oppnådd 70-årsalder var saklig oppsigelsesgrunn, noe som kan regnes som innføringen av en generell lovfestet aldersgrense, 70-årsregelen, i norsk rett.<sup>54</sup> Der pensjonsalder og aldersgrense for fratredelse tidligere var sammenfallende, skilte de nå med andre ord lag.

At oppnådd pensjonsalder etter folketrygdloven ikke var saklig grunn til oppsigelse, ble videreført i arbeidsmiljøloven 1977<sup>55</sup> § 60 tredje ledd som innholdsmessig hovedsakelig tilsvarte arbeidervernloven 1956 § 43 punkt 1 tredje ledd.<sup>56</sup> Også i arbeidsmiljøloven 1977 ble det presisert at dette gjaldt oppsigelser som ”*alene*” skyldtes at arbeidstakeren hadde nådd pensjonsalderen etter folketrygdloven. I de tilfeller aldersgrensen fulgte av annet rettsgrunnlag, for eksempel tariffavtale, måtte det foretas en individuell rimelighetsvurdering av om oppsigelsen var saklig.<sup>57</sup> Relevante momenter i rimelighetsvurderingen var hvordan aldersgrensen var fastsatt, om vedkommende var blitt kjent med aldersgrensen da han tiltrådte, hvor konsekvent den var håndhevet og om det til avtalen var knyttet en pensjonsordning for de ansatte.<sup>58</sup> Underrettspraksis la særlig stor vekt på hvorvidt det var innført en pensjonsordning i bedriften.<sup>59</sup> Det forelå imidlertid ikke Høyesterettspraksis på området, og rettspraksis var ikke entydig. I andre saker vurderte nemlig retten aldersgrensen dels i kombinasjon med, eller kun på grunnlag av, avtalerettslige prinsipper.<sup>60</sup>

---

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Ot.prp.nr.17 (1972-1973) s.5.

<sup>54</sup> Jf Ot.prp.nr.17 (1972-1973) s.6, samt Jan Fougner og Lars Holo, Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave 2006, heretter Fougner/Holo, s.809.

<sup>55</sup> Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

<sup>56</sup> Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 73.

<sup>57</sup> Jf LB-1995-1486 og NOU 2004:5 side 311.

<sup>58</sup> Jf LB-1995-1486.

<sup>59</sup> Fougner/Holo s. 809.

<sup>60</sup> Jf NOU 2004:5 s.311. Et eksempel på dette er NAD-1987-199.

### 1.4.3 Innføringen av alder som diskrimineringsgrunnlag

I 2004 fikk reglene en ny dimensjon med innføringen av alder som diskrimineringsgrunnlag i arbeidsmiljøloven 1977 kapittel XA.<sup>61</sup> I tillegg til å tilfredsstillte de tidligere krav som norsk rett stilte, kunne bedriftsfastsatte aldersgrenser nå regnes som aldersdiskriminerende. De bedriftsinterne aldersgrensene måtte nå ha et "saklig formål", og de måtte være "hensiktsmessig" og "nødvendig", jf. arbeidsmiljøloven 1977 § 54D nr. 4. Der arbeidsgivers begrunnelse for aldersgrensen før kun var et moment i en alminnelig konkret saklighetsvurdering<sup>62</sup>, gjaldt det altså nå et absolutt krav til "saklig" grunn. De to øvrige vilkårene medførte at bedriftsinterne aldersgrenser måtte tilfredsstillte krav til nødvendighet, egnethet og proporsjonalitet.<sup>63</sup>

I 2005 ble arbeidsmiljøloven 1977 avløst av nåværende arbeidsmiljølov som innholdsmessig videreførte reglene i arbeidsmiljøloven 1977.<sup>64</sup> Forbudet mot aldersdiskriminering følger nå av aml. § 13-1 første ledd og vilkårene for unntak følger av § 13-3 (2). I 2009 ble aml. § 15-7 fjerde ledd, som et ledd i revidering av 70-års regelen, opphevet og erstattet med någjeldende aml. § 15-13a der første ledd lyder:

*"Arbeidsforholdet kan bringes til opphør når arbeidstaker fyller 70 år. Lavere aldersgrense kan følge av annet grunnlag når grensen er saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende, jf. § 13-3 andre ledd."*

## 2 Generelt om 70-årsregelen<sup>65</sup>

### 2.1 Innledning

Der det etter tidligere lovgivning kun fremgikk indirekte, følger det nå direkte av aml. § 15-13a første ledd første setning at et arbeidsforhold kan bringes til opphør ved fylte 70 år. At arbeidsforholdet "kan" bringes til opphør, medfører at det verken for arbeidsgiver

---

<sup>61</sup> Endringslov 26. mars 2004 nr.15.

<sup>62</sup> Jf NOU 2004:5 s. 311.

<sup>63</sup> Jf Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.41. Se også nedenfor punkt 5.2.

<sup>64</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.326 og s.335.

<sup>65</sup> aml. § 15-13 a første ledd første setning vil i det videre hovedsakelig bli omtalt som "70-årsregelen".

eller arbeidstaker følger noen forpliktelse til å si opp arbeidskontrakten. Bestemmelsen medfører kun en rett for arbeidsgiver til å si opp arbeidsforholdet utelukkende på grunn av alder.

En av de grunnleggende forutsetningene bak bestemmelsen er at et arbeidsforhold før eller siden må komme til opphør. Kun i et fåtall yrker vil det være naturlig å jobbe til livets siste slutt, og det naturlige utgangspunkt er at partene på et visst punkt avslutter arbeidsforholdet. Lovgiver har gjort den vurdering at det naturlige tidspunktet for opphør er når arbeidstaker fyller 70 år og at avslutningen bør kunne skje ensidig fra arbeidsgivers side. Bak denne vurderingen er det en rekke hensyn som gjør seg gjeldende. Innledningsvis vil jeg kort ta for meg de grunnleggende hensyn som fra lovgivers side ligger bak 70-årsregelen, før jeg tar for meg forholdet til EU-retten.

## 2.2 Kort om de grunnleggende hensyn bak 70-årsregelen

For det første skal 70-årsregelen sikre arbeidstaker en verdig avgang.<sup>66</sup> Ved å innføre en absolutt grense i loven skal arbeidstaker skjermes fra å ende opp som utilstrekkelig på grunn av alder, og arbeidsgiver skal skjermes fra de ubehagelige samtale og vurderingene dette ville ført til. Hadde man fjernet lovens aldersgrense ville en oppsigelse måtte blitt vurdert etter det alminnelige saklighetskravet. Der alderssvekkelse hadde ført til mangelfulle arbeidsprestasjoner, og det ikke var mulig å tilrettelegge stillingen, hadde arbeidsgiver måtte ført bevis for at arbeidstaker utførte et arbeid som var markert under hva som kunne forventes.<sup>67</sup> En slik belastning skal 70-årsregelen beskytte arbeidstaker og arbeidsgiver mot.

For det andre skal regelen virke prosessdempende.<sup>68</sup> Det faktum at man svekkes med alderen kan oppleves som sårt for mange. Det er derfor ikke usannsynlig at en oppsigelse begrunnet i mangelfulle arbeidsprestasjoner grunnet alderssvekkelse i mange tilfeller ville blitt tatt inn for rettssystemet. Sjansen er med andre ord stor for at

---

<sup>66</sup> Jf Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.196 og NOU 2004:5 s. 312.

<sup>67</sup> Jf RG 1996 s.1664 (Eidsivating lagmannsrett).

<sup>68</sup> Jf Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 196 og NOU 2004:5 s. 312.

oppsagte Peder Ås på 71 år ville ønsket å bevise for arbeidsgiver at han enda hadde mange gode år igjen som arbeidstaker.

For det tredje skal regelen sikre god bemanningsplanlegging.<sup>69</sup> 70-årsregelen skal gi arbeidsgiver forutberegnelighet for når arbeidsforhold kan avsluttes og mulighet til å foreta nyansettelser i samsvar med langsiktige bemanningsstrategier.

Lovgiver har ved gjentatte revideringer av arbeidsmiljøloven siden 1972 funnet at disse hensynene bak 70-årsregelen i tilstrekkelig grad taler for at den bør videreføres.

Hvorvidt dette rettslig kan forsvares vil jeg komme tilbake til nedenfor.<sup>70</sup>

### 2.3 Nærmere om rammedirektivet og forbudet mot aldersdiskriminering

I forbindelse med vedtakelsen av arbeidsmiljøloven 2005 ble det diskutert i forarbeidene hvorvidt lovens aldersgrense på 70 år var i samsvar med rammedirektivet.<sup>71</sup> Rammedirektivet hadde blitt gjennomført som nytt kapittel XA og XB ved endringslov til arbeidsmiljøloven 1977<sup>72</sup>, og med ny § 54B første ledd ble alder inkorporert som diskrimineringsgrunnlag i arbeidsmiljøloven. Et av spørsmålene som ble diskutert var hvilke konsekvenser gjennomføring av rammedirektivet, og et forbud mot aldersdiskriminering, skulle få for 70-årsregelen. Før jeg vurderer forholdet mellom 70-årsregelen og rammedirektivet finner jeg det hensiktsmessig å si noe nærmere om rammedirektivet og forbudet mot aldersdiskriminering.

Rammedirektivets fulle navn er Rådskdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Som navnet antyder har det som formål å "*fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv*", blant annet

---

<sup>69</sup> Jf Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s.196.

<sup>70</sup> Se punkt 3.4.2, hvor jeg vil belyse en rekke *andre* positive sider ved regelen samt hensyn som taler mot den.

<sup>71</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.193. Lovgiver konkluderte med at 70-årsregelen kunne opprettholdes, jf. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.196 og vektla særlig at alle etter 70 år var sikret "*et visst innkomme*."

<sup>72</sup> Lov 26. mars 2004 nr. 15.

på grunn av alder, jf. artikkel 1.<sup>73</sup> Med vedtakelsen av rammedirektivet kom alder inn som diskrimineringsgrunnlag i europeisk rett.<sup>74</sup> Som det fremgår av punkt 1.3.1 ble rammedirektivet implementert i norsk rett på tross av at vi ikke var forpliktet til det etter EØS-avtalen. Siden alder heller ikke var særskilt nevnt i noen av de øvrige internasjonale konvensjonene Norge var tilknyttet på tidspunktet<sup>75</sup>, medførte lovendringen at et nytt diskrimineringsgrunnlag fikk innpass i norsk rett.<sup>76</sup>

Rammedirektivet forbyr både direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av alder, jf. artikkel 2 nr.1. Forbudet mot aldersdiskriminering gjelder imidlertid ikke ubetinget. Statene kan nemlig etter artikkel 6 nr. 1 bestemme at ulik behandling grunnet alder ikke skal være rettsstridig forskjellsbehandling dersom tre kriterier er oppfylt.<sup>77</sup> Behandlingen må være *"objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret ..."* Midlene som brukes for å oppnå formålet må videre være *"hensigtsmæssige og nødvendige"*. Til sist følger det av praksis fra EU-domstolen at midlene ikke må være uforholdsmessig inngripende.<sup>78</sup> Hjemlene for unntak i artikkel 6 nr. 1 finner vi igjen i aml. § 13-3 annet ledd.<sup>79</sup>

### **3 Er 70-årsregelen i strid med forbudet mot aldersdiskriminering?**

#### **3.1 Generelt om disponering, terskel og etterprøvelse av vilkårene i rammedirektivets artikkel 6 nr.1**

Jeg har i punkt 1.3.1 for det første slått fast at norske regler må tolkes og anvendes i tråd med unntaksvilkårene i rammedirektivet slik disse er forstått av EU-domstolen, og for

---

<sup>73</sup> Jf Rammedirektivet i dansk versjon som vil bli brukt gjennom hele teksten.

<sup>74</sup> Jf Evju s.137.

<sup>75</sup> Jf Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 16.

<sup>76</sup> Dette hadde tidligere blitt vurdert, men ikke gjennomført; se Ot.prp.nr.67 (1996-1997) s.47.

<sup>77</sup> Rammedirektivet inneholder i tillegg to andre unntak fra som kan gi grunnlag for aldersdiskriminering; artikkel 2 nr.2 b) og artikkel 4. nr. 1. Førstnevnte gjelder imidlertid kun indirekte diskriminering, mens sistnevnte blir lite påberopt i aldersdiskrimineringssaker, jf. Cathrine Barnard EC Employment Law Oxford University Press Third Edition, heretter Barnard, side 416. Jeg vil ikke gå nærmere inn på disse.

<sup>78</sup> Jf. EU-domstolens dom 22.november 2005 i sak C-144/04 Werner Mangold-Rüdiger Helm (Mangold). Premiss 65. Se nærmere om vilkårene i punkt 3.1.

<sup>79</sup> NOU 2003:2 *Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet* s.66.



det andre at norske domstoler må kunne overprøve de vurderingene som ligger bak lovfastsatte aldersgrenser. Spørsmålet blir da om 70-årsregelen i aml. § 15-13a første ledd er i samsvar med rammedirektivet og dets praksis? At *"arbeidsforholdet kan bringes til opphør når arbeidstaker fyller 70 år"* behandler enkelte arbeidstakere dårligere enn andre på grunn av alder. Lovens aldersgrense på 70 år er dermed som utgangspunkt å regne som direkte forskjellsbehandling etter artikkel 2 nr.2 a).<sup>80</sup> Spørsmålet blir om vilkårene for berettiget forskjellsbehandling i rammedirektivets artikkel 6 nr.1, den særskilte unntaksbestemmelsen for alder, er oppfylt.<sup>81</sup>

For at direktivets unntaksbestemmelse i artikkel 6 nr. 1 skal komme til anvendelse er det tre vilkår som må være oppfylt. Lovens aldersgrense må være begrunnet i et legitimt formål, den må være et egnet og nødvendig virkemiddel for å oppnå dette formålet og den må tilfredsstillende krav til proporsjonalitet.<sup>82</sup> Selv om de samme materielle vilkårene blir behandlet, disponerer imidlertid den senere EU-praksis, samt flertallet i Nye Kystlink-dommen, vilkåret om nødvendighet til en viss grad sammen med vilkåret om proporsjonalitet.<sup>83</sup> Dommer Bårdsen skiller seg her ut i Nye Kystlink-dommen ved at han deler vilkårene klarere fra hverandre.<sup>84</sup> Jeg finner det mest ryddig og oversiktlig å følge en, i all hovedsak, tilsvarende disposisjon som dommer Bårdsen. En tredeling vil virke klargjørende, og er i all hovedsak sammenfallende med hvordan det diskrimineringsrettslige saklighetskravet er forstått i både en lang rekke europeiske konvensjoner<sup>85</sup> og i arbeidsmiljøloven kapittel 13.<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> Jf også Evju s.159. Sml. EU-domstolens dom 16. oktober 2007 i sak C-411/05 Felix Palacios de la Villa-Cortefiel Servicios SA (de la Villa) premiss 51.

<sup>81</sup> Tilsvarende spørsmål for aldersgrensen i sjømannsloven er behandlet av Høyesterett i Nye Kystlink-dommen, se premissene 66 og 71.

<sup>82</sup> Sistnevnte følger ikke direkte av ordlyden i artikkel 6 nr. 1 men er innfortolket i praksis fra EU-domstolen, se punkt 3.4.1.

<sup>83</sup> Se spesielt EU-domstolens dom 12. oktober 2010 i sak C-45/09 Gisela Rosenblatt-Oellerking Gebäudereinigungsges (Rosenblatt) premissene 70-73 og Nye Kystlink-dommen premissene 69-70. Se også Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.41.

<sup>84</sup> Se mindretallvotumet i Nye Kystlink-dommen, premissene 85 og 91.

<sup>85</sup> Se NOU 2009:14 s.40. Dette er også pekt på av dommer Bårdsen i Nye Kystlink-dommen premiss 85.

<sup>86</sup> Se NOU 2009:14 s.192 og punkt 5.2.

Praksis fra EU-domstolen presiserer at det er medlemsstatene som har bevisbyrden for at den anførte begrunnelsen er i samsvar med direktivet og at det stilles "høje krav".<sup>87</sup> For å muliggjøre en etterprøvelse av lovligheten, stiller EU-domstolen videre et klarhetskrav til lovgivers begrunnelse for hvorfor en øvre aldersgrense er en hensiktsmessig, nødvendig og proporsjonal metode for å fremme de legitime hensyn.<sup>88</sup> Om dette uttaler EU-domstolen i Age Concern premiss 51 at "generelle utsagn om en bestemt foranstaltnings egnethet til at indgå i beskæftgelses- arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitik" ... hverken (er) tilstrækkelige til at godtgøre, at denne foranstaltning kan berettige, at det nævnte princip fraviges, eller til at støtte den konklusjon, at der var rimelig grund til at antage, at de valgte midler er egnede til at opfylde dette formål."<sup>89</sup> De norske forarbeidene tilfredsstiller dette klarhetskravet.<sup>90</sup>

Selv om det stilles "høje krav" til bevis for at den anførte begrunnelsen er i samsvar med direktivet, gir EU-domstolen medlemsstatene "en vid skønsmargin ved valget af, hvilke foranstaltninger der kan opfylde deres socialpolitiske mål" såfremt "gennemførelsen af prinsippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder (ikke) gøres illusorisk."<sup>91</sup>

Dette må forstås slik at når det hensynet man fremmer med aldersdiskrimineringen er legitimt etter direktivet, er det i stor grad opp til medlemsstatene *med hvilke midler* en velger å fremme hensynet.<sup>92</sup> Mer nøyaktig og konkret kan en si at hvis de hensyn som begrunner 70-årsregelen er legitime etter direktivet, er det i stor grad opp til lovgivers skønsmargin å vurdere hvorvidt 70-årsregelen er nødvendig, hensiktsmessig og proposjonal. Sistnevnte kriterier er med andre ord mindre strenge.

---

<sup>87</sup> Jf EU-domstolens dom 5. mars 2009 i sak C-388/07 The Queen, på vegne av The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing, Age Concern England, Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform (Age Concern) premiss 67. Nærmere om dommen i punkt 3.2.

<sup>88</sup> Jf. de la Villa premiss 57.

<sup>89</sup> Min understrekning.

<sup>90</sup> Se særlig Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s. 59 og følgende.

<sup>91</sup> Age Concern premiss 51.

<sup>92</sup> At man velger å forfølge det legitime hensynet er naturligvis i stor grad opp til nasjonal politikk.

Slik er regelen også forstått i Høyesterettspraksis<sup>93</sup>, som sågar presiserer at skjønnsmarginen må være *større* for Norge siden vi ikke var rettslig forpliktet til å implementere rammedirektivet.<sup>94</sup> Førstvoterende uttaler i Nye Kystlink-dommen at *"den omstendighet at det her er tale om et direktiv som Norge ikke var folkerettslig forpliktet til å inkorporere, men hvor dette berodde på en hensiktsmessighetsvurdering fra lovgivers side, tilsier etter mitt syn at det i tvilstilfelle...bør vises en særlig tilbakeholdenhet med å sette til side den vurdering som lovgiver ved samme anledning gjorde..."*<sup>95</sup>

Det skal altså mye til før de midlene Norge iverksetter for å ivareta legitime hensyn kan ses på som i strid med rammedirektivet. En forutsetning er imidlertid at vernet mot aldersdiskriminering ikke blir illusorisk.

I det videre vil det vurderes om 70-årsregelen er i samsvar med unntaksvilkårene i rammedirektivets artikkel 6 nr. 1 slik disse er forstått av EU-domstolen.

### 3.2 Ivaretar 70-års regelen et legitimt formål?

Det følger for det første av artikkel 6 nr.1 at forskjellsbehandling grunnet alder kan godtas hvis den er *"objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål inden for rammene af den nationale ret."* Ordlyden *"legitimt formål"* er vid og gir liten veiledning. Artikkelen inneholder imidlertid en ikke-uttømmende liste, jf. ordet "bl.a.", som gir antydning om hvilken type hensyn som er relevante. Eksempler på legitime formål er *"legitime beskæftigelses-, arbeidsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål..."* Eksemplene som er brukt tyder på at det kun er hensyn av arbeidslivspolitisk art som er saklige etter direktivet. Disse hensynene er av allmenn interesse og synes avgrenset mot for eksempel hensynet til den enkelte bedrift.

Hvilke hensyn som kan anses legitime etter rammedirektivet er nærmere presisert i EU-domstolens avgjørelse Age Concern. Spørsmålet i nasjonal rett var om en aldersgrense på 65 år for opphør av arbeidsforhold i britisk rett, samt en unntaksbestemmelse der en lavere aldersgrense kunne godtas hvis den var et *"proportionate mean"* for å nå et

---

<sup>93</sup> Nye Kystlink-dommen premiss 68.

<sup>94</sup> Nye Kystlink-dommen premiss 70.

<sup>95</sup> Ibid., min understrekning.

“legitimate aim”, var i samsvar med rammedirektivets forbud mot aldersdiskriminering.<sup>96</sup> Den britiske domstolen hadde utsatt saken, og bedt EU-domstolen om en prejudisiell avgjørelse vedrørende blant annet direktivets anvendelsesområde, om rammedirektivet krevde at nasjonal rett listet opp de legitime hensyn og om forholdet mellom artikkel 6 og artikkel 2.<sup>97</sup>

I premiss 46 i saken uttaler EU-domstolen at legitime hensyn etter artikkel 6 nr.1 er *“socialpolitiske formål såsom beskæftigelses-, arbeidsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål. Disse legitime formål er af almen interesse og adskiller sig herved fra rent individuelle begrundelser, der er særegne for arbejdsgivere...”*<sup>98</sup> Skillet mellom hva som er sosialpolitiske formål og hva som er rene arbeidsgiverhensyn blir da avgjørende for om et hensyn er legitimt etter rammedirektivet.

Sosialpolitiske formål kan i sin snevreste form beskrives som *“tiltak som fremmes for å forebygge og avhjelpe menneskelig nød.”*<sup>99</sup> Begrepet sosialpolitikk er imidlertid gradvis blitt avløst av velferdspolitik, og en må anta at det er i sistnevnte betydning EU-domstolen har brukt termen. Med *“socialpolitiske formål”* må en da forstå formål som skal bidra til allmenn velferd, altså det beste for samfunnet generelt. Det er også slik begrepet brukes i øvrig praksis fra EU-domstolen, der eksempler på formål som er ansett legitime er å få yngre inn på arbeidsmarkedet<sup>100</sup> og å bekjempe høy arbeidsløshet generelt.<sup>101</sup>

---

<sup>96</sup> Employment Equality (Age) Regulations 2006, SI nr. 1031/2006 Section 30 (2), jf Section 3 (1) i.f. , trådte i kraft 1. oktober 2006. Verdt å merke seg er at begge unntaksbestemmelsene er svært lik aml. § 15-13 a første ledd, jf. § 13-3 andre ledd.

<sup>97</sup> De spørsmålene den britiske domstolen stilte EU-domstolen foranlediget med andre ord ikke en vurdering av om 65-årsgrensen tilfredsstilte rammedirektivets krav.

<sup>98</sup> Min understrekning.

<sup>99</sup> Jf definisjonen av sosialpolitikk i Store Norske Leksikon, tilgjengelig på: [www.snl.no/sosialpolitikk](http://www.snl.no/sosialpolitikk)

<sup>100</sup> EU-domstolens dom 12. januar 2010 i sak C-341/08 Dominica Petersen – Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen - Lippe (Petersen) premiss 70, EU-domstolens dom 18. november 2010 i de forenede sakene C-250/09 og C-268/09 Vasil Ivanov Georgiev – Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv (Georgiev) premiss 51 og Rosenblatt premiss 43.

<sup>101</sup> de la Villa premiss 60.

Som motstykket til sosialpolitiske formål som er legitime nevner EU-domstolen de *"rent individuelle begrunnelser, der er særegne for arbejdsgivere"*<sup>102</sup>, for eksempel omkostnings- eller konkurransemessige hensyn. I motsetning til hva som er til det beste for samfunnet generelt, er dette hensyn som er til det beste for den enkelte virksomhet. Et eksempel som kan tenkes anført er ønsket om å fremstå utad som en bedrift med unge arbeidstakere. Et slikt image-hensyn lå bak da Thai Airways i januar 2010 tilbød sluttpakker til kvinnelige flyvertinner over 45 år.<sup>103</sup> Hadde tilsvarende begrunnelse blitt brukt for å legitimere en aldersgrense, ville grensen vært i strid med rammedirektivet. Et annet eksempel er økonomiske hensyn, for eksempel at arbeidstakere over 60 år har mer ferie, jf. ferieloven § 5 andre ledd.<sup>104</sup>

Det kreves videre at forskjellsbehandlingen er *"objektivt og rimelig"* begrunnet i de legitime formålene. Dette innebærer for det første at det må rettfærdiggjøres at man ved en aldersgrense behandler eldre som en gruppe, se NOU 2003:2 s. 47 og Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 41. At aldersgrenser for opphør av arbeidsforhold som tilfredsstiller de øvrige vilkårene er *"objektivt"* begrunnet, og at man derfor kan rettfærdiggjøre en *"gruppetilnærming"*, er verken tvilsomt etter norsk intern rett<sup>105</sup>, eller etter EU-retten.<sup>106</sup> For det andre har EU-domstolen slått fast at det er *"utænkeligt, at en ulige behandling kan være begrundet i et legitimt formål forfulgt ved foranstaltninger, der er hensigtsmæssige og nødvendige, uden at denne begrundelse er rimelig."*<sup>107</sup> Jeg vil dermed ikke gå nærmere inn på disse vilkårene.

Spørsmålet i det videre blir da om 70-årsregelen i aml. §15-13a første ledd er begrunnet i *"sosialpolitiske formål"* av *"allmenn interesse"*.

Som det følger av punkt 2.2 er lovgivers begrunnelse for videreføringen av 70-årsregelen hensynet til en verdig avgang, adgang til bemanningsplanlegging og å unngå

---

<sup>102</sup> Age Concern premiss 46.

<sup>103</sup> <http://www.aftenposten.no/reise/nyheter/article3449958.ece>

<sup>104</sup> Lov om ferie 29. april 1988 nr. 21, heretter ferieloven.

<sup>105</sup> Jf Ot.prp.nr.54(2008-2009) s. 60 og Nye Kystlink-dommen premiss 65. Se også LB-2010-99479.

<sup>106</sup> Jf de la Villa-dommen premiss 77.

<sup>107</sup> Jf Age Concern premiss 65.

prosesser.<sup>108</sup> Dette er sosialpolitiske hensyn av allmenn interesse som lar seg skille fra individuelle arbeidsgiverhensyn. At hensynet til bemanningsplanlegging er et legitimt formål etter rammedirektivet følger også av praksis fra EU-domstolen.<sup>109</sup>

En kan dermed konkludere med at 70-års regelen ivaretar legitime formål i samsvar med rammedirektivets artikkel 6 nr.1.

### 3.3 Er 70-årsregelen egnet og nødvendig for å oppnå de legitime formål?

#### 3.3.1 *Kort om vurderingens to sider; krav til egnethet og minst inngripende måte*

Det følger videre av rammedirektivet at midlene som iverksettes for å nå det legitime målet må være *"hensigtsmæssige og nødvendige."* I dette ligger det to ting. For det første taler ordlyden *"hensigtsmæssig"* for at det må foreligge en rimelig årsakssammenheng mellom de midler som tas i bruk og de legitime mål som skal oppnås.<sup>110</sup> EU-domstolen presiserer i Georgiev-dommen at det er en forutsetning for at en aldersgrense skal være i samsvar med rammedirektivet at den *"reelt oppfyller hensynet om at nå målet på en sammenhengende og systematisk måte..."*<sup>111</sup> I andre nylig avsatte dommer fra EU-domstolen er kravet om hensiktsmessighet formulert som at virkemiddelet må være *"egnet"* til å gjennomføre det legitime formålet.<sup>112</sup> Hvis for eksempel en aldersgrense er satt for å få yngre inn i tannlegeyrket, er den da ikke *"hensigtsmæssig"* i direktivets forstand hvis det uansett er pasienter nok til alle, jf. EU-domstolens avgjørelse i *Petersen-dommen*.<sup>113</sup>

For det andre taler ordlyden *"nødvendig"* for at det ikke må være noen *andre* egnede virkemidler for å oppnå formålet, der forskjellsbehandling ikke oppstår eller oppstår i

---

<sup>108</sup> Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 196.

<sup>109</sup> EU-domstolens dom 19. januar 2010 i sak C-555/07 Seda Küçükdeveci-Swedex GmbH & Co. KG (Küçükdeveci) premiss 35 og 36.

<sup>110</sup> Slik er vilkåret også forstått i Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.41.

<sup>111</sup> Georgiev premiss 56.

<sup>112</sup> Jf EU-domstolens dom 18. juni 2009 i sak C-88/08 David Hütter-Technische Universität Graz (Hütter) premiss 48 og 49, Küçükdeveci premiss 40 og Age Concern premiss 51.

<sup>113</sup> Jf Petersen premiss 71.

*mindre* grad.<sup>114</sup> Slik er begrepet forstått i Georgiev-dommen, som gjaldt en aldersgrense på 68 år for universitetsprofessorer. Grensen var satt for å få yngre ansatte inn i professorstillingene, da disse stillingene var av et begrenset antall. I nødvendighetsvurderingen tillat den nasjonale rett å prøve hvorvidt *“den i hovedsagen omhandlede lovgivning sonderer mellom lektorer og universitetsprofessorer på den ene side og de øvrige undervisere på universitetet på den anden side derved, at de sidstnevnte ikke automatisk pensioneres, således som Vasil Ivanov Georgiev har hævdet.”*<sup>115</sup> Hvis aldersgrensen ikke sondret mellom yrkesgruppene var det et alternativt virkemiddel der forskjellsbehandling oppstod i mindre grad, og grensen kunne da ikke være nødvendig. I Rosenbladt-dommen er kravet om nødvendighet formulert som at det må undersøkes om det *“findes...mindre indgripende foranstaltninger”* som gjør at *“den i hovedsagen omhandlede foranstaltning går du over det, der er nødvendigt for at nå de forfulgte formål...”*<sup>116</sup>

Som det fremgår av punkt 3.1 er det etter den foreliggende praksis fra EU-domstolen viet statene en stor grad av skjønn ved avgjørelsen av hvilke midler som er *“hensigtsmæssig og nødvendig”* å sette i kraft. Dette medfører imidlertid ikke at lovgiver står helt fritt. Midler som underminerer eller gjør vernet mot aldersdiskriminering illusorisk anses å være i strid med rammedirektivet.<sup>117</sup>

Jeg vil i det videre for det første vurdere hvorvidt fastsetting av en aldersgrense i det hele tatt er *“egnet”* til å ivareta formålene om verdige avgang, færre prosesser og god bemanningsplanlegging og for det andre hvorvidt det foreligger *andre* egnede midler til å oppnå formålene enn 70-årsregelen, der forskjellsbehandling skjer i *mindre* grad. Til sist vil jeg veie de vurderingene som gjøres opp mot den betydelige skjønnsmargin lovgiver er gitt, og foreta en endelig vurdering av om 70-årsregelen kan regnes som *“egnet”* og *“nødvendig”* i rammedirektivets forstand.

---

<sup>114</sup> Jf NOU 2009:14 s. 192.

<sup>115</sup> Georgiev premiss 56.

<sup>116</sup> Jf Rosenbladt premiss 72 og 73.

<sup>117</sup> Jf Age Concern premiss 51. Dissensen i Nye Kystlink-dommen skyldtes for øvrig hovedsakelig kravet om nødvendighet.

### 3.3.2 Er 70-årsregelen egnet og nødvendig for å sikre en verdig avgang?

Det første spørsmålet en må stille seg er hvorvidt fastsetting av en aldersgrense er "egnet" til å gi en mer verdig avgang for seniorarbeidstakere.<sup>118</sup> Dette vil være tilfellet hvis en med rimelig grunn kan anta at mange arbeidsforhold uten en fastsatt aldersgrense ville fått en uverdlig slutt. Et eksempel på dette kan være at et ellers plettfritt ansettelsesforhold blir avsluttet på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner, som igjen skyldes alderssvekkelse. Relevant ved vurderingen blir med andre ord hvilken innvirkning alderdom kan sies å ha på arbeidsprestasjonene.

Vi har ikke forskning som tyder på at man får lavere arbeidsprestasjon over 70 år.<sup>119</sup> Grunnen til dette er imidlertid at det er svært få som fortsetter i arbeid etter fylte 70 år og at det av den grunn er svært lite forskning på alderens påvirkning på arbeidsprestasjon etter fylte 70 år.<sup>120</sup> Mye tyder imidlertid på at alderen før eller siden vil svekke arbeidsprestasjonen til de fleste. Alderens påvirkning på arbeidsprestasjonen varierer i tillegg svært mye fra person til person og fra yrke til yrke.<sup>121</sup> Selv om alderdomssvekkelse for noen ikke vil påvirke arbeidsprestasjonen negativt, vil man uten en aldersgrense risikere enkelttilfellene der dette skjer.

For at den påvirkning alder har på arbeidsprestasjonen skal føre til en uverdlig avgang, må den videre gi grunnlag for oppsigelse på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner. For at mangelfulle arbeidsprestasjoner skal gi saklig grunn til oppsigelse kreves imidlertid at arbeidsprestasjonen er markert under hva som med rimelig grunn kan forventes.<sup>122</sup> Dette er en høy terskel og det er usikkert hvor mange arbeidstakere som vil

---

<sup>118</sup> Se tilsvarende formulering av det rettslige spørsmålet i Hütter premiss 49 og Küçükdeveci premiss 40.

<sup>119</sup> Derimot har man en god del forskning som tyder på at alder før den tid i svært liten grad innvirker på aldersprestasjonen: se St.meld.nr.6 (2006-2007) s.9 og Per Erik Solem, For gammel? Kunnskapsstatus om aldring, arbeid og pensjonering, NOVA-rapport 4/01, heretter Solem, side 85. Tilsvarende ble også lagt til grunn i en nylig utgitt rapport fra British Department for Business Innovation & Skills: "Phasing out the default retirement age: Government response to consultation Impact Assessment" januar 2011, heretter Impact assessment, side 20.

<sup>120</sup> Jf. Impact assessment side 20.

<sup>121</sup> Jf Solem s.18.

<sup>122</sup> Jf. RG 1996 s.1664 (Eidsivating lagmannsrett).



stå i jobb såvidt lenge til at alderssvækkelse alene vil føre til en arbeidsprestasjon ”klart under gjennomsnittet.”<sup>123</sup>

Man kan imidlertid ikke kun se på de oppsigelser som ville vært saklige. Oppfatninger og misforståelser blant arbeidsgivere om eldres arbeidsevne kan virke inn på situasjonen. En ugrunnet oppfatning om at alderdom tidlig, og i mange tilfeller, gir dårligere arbeidsprestasjoner kan virke som en selvforsterkende profeti og gi grunnlag for mange *usaklige* oppsigelser.<sup>124</sup> Selv om de urimelige belastningene dette medfører kan avbøtes med ugyldighets- og erstatningspåstand etter de alminnelige oppsigelsesreglene, vil avgangen fra arbeidslivet for de fleste likevel føles uverdigg.

De betydelige variasjonene på både individ- og yrkesnivå tyder på at man helt uten en aldersgrense risikerer tilfeller der alderssvækkelse for en arbeidstaker påvirker arbeidsprestasjonene tilstrekkelig til at arbeidsforholdet blir bragt til opphør. Ved å sette en aldersgrense vil man bidra til å minske risikoen for dette. En kan derfor argumentere med tyngde for at aldersgrenser *er* egnet til å sikre seniorer i arbeidslivet en verdigg avgang.

En må for det andre undersøke hvorvidt det foreligger andre egnede midler til å oppnå verdigg avgang, der forskjellsbehandling skjer i mindre grad enn ved 70-årsregelen. Et alternativ kan være å beholde aldersgrensen i arbeidsmiljøloven, men å heve grensen fra 70 år.<sup>125</sup> Den gjeldende 70-årsgrensen kom inn i loven i 1972 som bakgrunn av at grensen for alderspensjon ble senket til 67 år. Siden 1972 har det imidlertid skjedd en betydelig utvikling i eldres helsetilbud, levestandard<sup>126</sup> og intellektuelle kapasitet.<sup>127</sup> Dagens 70-åring har derfor både bedre fysiske og psykiske forutsetninger for å stå i jobb enn gårdagens. Enkelte går så langt som å sammenligne dagens 65-åring med

---

<sup>123</sup> Jf. Nils H. Storeng m.fl. Arbeidslivets spilleregler 2006, heretter Storeng m.fl., s.250.

<sup>124</sup> Dette er også antatt i Impact assessment s. 19.

<sup>125</sup> Se mindretallet i Nye Kystlink-dommen premiss 91, som uttaler seg tilsvarende om 62-årsgrensen i sjømannsloven.

<sup>126</sup> Dette er omtalt i St.meld.nr. 6 (2006-2007) s. 107.

<sup>127</sup> [http://www.svd.se/nyheter/inrikes/70-aringar-har-blivit-mer-intellektuella\\_5575237.svd](http://www.svd.se/nyheter/inrikes/70-aringar-har-blivit-mer-intellektuella_5575237.svd)

gårsdagens 50-åringer både fysisk og mentalt.<sup>128</sup> Når yrkeslivet i tillegg aldri har vært mer tilpasset seniorennes behov, er det mye som taler for at grensen kunne vært oppjustert. Setter en for eksempel grensen til 75 år vil man i mindre grad forskjellsbehandle, samtidig som man i stor grad ivaretar hensynet til en verdig avgang.

Et annet alternativ er helt ut å fjerne den generelle aldersgrensen i arbeidsmiljøloven<sup>129</sup> mot at man ved særlovgivning og tariffavtaler<sup>130</sup> kan fastsette aldersgrenser der dette trengs. En slik løsning bygger på erkjennelsen om at behovet for aldersgrenser varierer stort fra yrke til yrke, men at det i noen yrker er tvingende nødvendig. Ved at aldersgrensene tar hensyn til særlige kjennetegn ved den enkelte stilling vil utbredelsen av disse begrenses til de konkrete områdene der de av tungtveiende hensyn kan forsvares.<sup>131</sup> Storbritannia, som nettopp har vedtatt å fjerne en generell aldersgrense på 65 år med effekt fra 6. april 2011, har etter endringen en slik regel.<sup>132</sup> En slik endring vil i tillegg være i samsvar med europeisk "soft law"<sup>133</sup>, samt en av grunntankene bak rammedirektivet nemlig å "*støtte...ældre arbeidstagere for at øge deres deltagelse i arbejdsstyrken*", jf. fortalens punkt 8.<sup>134</sup>

Et tredje alternativ er å lovfeste en adgang til å foreta regelmessige tester av fysisk helse, intellektuell kapasitet og arbeidsevne som vilkår for fortsatt ansettelse. Enkelte slike tiltak kan i dag gjennomføres i kraft av styringsretten eller som kontrolltiltak jf. aml. § 9-1 første ledd. Adgangen til å foreta helsekontroll er imidlertid på sin side meget begrenset, jf. aml. § 9-4 første ledd. En oppsigelse som følge av testresultatene må uansett i alle tilfeller tilfredsstillende det alminnelige saklighetskravet. Hele 74 % av de spurte i en undersøkelse foretatt av Synovate for Senter for seniorpolitikk mente at

---

<sup>128</sup> Åsmund Lunde, «Voksne i arbeid - Fra avvikling til utvikling» Tiden forlag (2000) s. 44 og NOU 2004: 5 s.312.

<sup>129</sup> Som gjelder svært mange arbeidsforhold av ulik art, jf. aml. § 1-2 første ledd.

<sup>130</sup> Gjennom en lovhemmel jf. forholdet til aml. § 1-9.

<sup>131</sup> Om dette momentet se de la Villa premiss 74 og Rosenbladt premiss 49.

<sup>132</sup> Jf uttalelse fra britiske Department for Business Innovation & Skills: Phasing out the default retirement age: Government response to consultation January 2011, heretter Government response, side 15.

<sup>133</sup> Barnard s.391.

<sup>134</sup> Som igjen viser til Retningslinjer for beskjeftigelse vedtatt av Det Europeiske Råd i Helsinki den 10. og 11. desember 1999.

jevnlige tester var en bedre løsning enn faste aldersgrenser.<sup>135</sup> Muligheten av å innføre en tilsvarende ordning ble også anført i tyske domstoler i saken som foranlediget Petersen-dommen.<sup>136</sup> På den annen side vil en jevnlig helsesjekk kunne oppfattes som inngripende av de ansatte, og det å miste jobben etter en slik test vil nok i stor grad føles som en uverdigg avgang fra yrkeslivet.

Et fjerde alternativ er å fjerne den generelle aldersgrensen i arbeidsmiljøloven, men samtidig med å gi større adgang til å gi bedriftsinterne aldersgrenser, lovfeste en omplasseringsplikt for de ansatte som passerer aldersgrensen.<sup>137</sup> En slik regel vil erkjenne at arbeidstaker over en viss alder ikke er egnet til å utføre et yrke, men at vedkommende likevel kan gjøre nytte for seg andre plasser i bedriften. En arbeidstaker som ikke lenger kan gjøre nytte for seg som pilot, kunne for eksempel fått valget mellom å slutte eller å jobbe enda noen år som innsjekkingsmedarbeider. Arbeidsgivers plikt til å finne annet arbeid ble sett på som relevant for reglene om aldersgrenser allerede ved innføringen av 70-årsregelen i 1972.<sup>138</sup> En slik regel vil ha mange fellestrekk med omplasseringsplikten ved sykdom, og kan ledsages av en tilsvarende fortrinnsrett en viss tid etter oppsigelsen hvis ingen stilling kan tilbys senior-arbeidstakeren. En omplasseringsplikt for senior-arbeidstakere vil både hindre at alderen fører til dårligere arbeidsprestasjon i de yrker der det er fare for dette, samtidig som den vil skape en "rundere" avslutning på yrkeslivet som godt ivaretar hensynet til verdigg avgang.

Et femte alternativ er å lovfeste en generell adgang til å pålegge arbeidstaker å gå gradvis ned i stillingsprosent etter å ha fylt en viss alder. En stor del av påvirkningen alder kan sies å ha på arbeidsprestasjon skyldes den fysiske påvirkningen alderen har. Ved å "trappe ned" etter å ha fylt en viss alder kan en legge til rette for å minske slitasjen for arbeidstaker, samtidig som man sikrer en verdigg avgang.

---

<sup>135</sup> Norsk seniorpolitisk barometer: yrkesaktiv befolkning august 2010, tilgjengelig på: <http://www.seniorpolitikk.no/var/uploaded/SSP-dokumenter/Y-2010%20NSPB.pdf>

<sup>136</sup> Jf Petersen-dommen premiss 23.

<sup>137</sup> Se St.meld.nr.12 (2004-2005) s.148.

<sup>138</sup> Jf NOU 1972:21 s. 7.

Et sjette alternativ er å iverksette seniorpolitiske tiltak<sup>139</sup> på bedriftsnivå av samme art som retten til redusert arbeidstid<sup>140</sup>, en ukes ekstra ferie for arbeidstakere over 60 år<sup>141</sup>, ”seniordager” med rett til tjenestefri med lønn<sup>142</sup> og tilrettelegging av de psykiske og fysiske arbeidsforholdene. Ved å tilpasse arbeidsforholdene legger en til rette for å minske den innvirkning dårligere fysikk har på arbeidsprestasjonene, og en bidrar da til en mer verdig avgang for seniorarbeidstakerne.

En rekke av de forutgående alternativene er egnede midler til å oppnå en verdig avgang der forskjellsbehandling skjer i mindre grad enn ved 70-årsregelen. En kan derfor argumentere med tyngde for at 70-årsregelen som utgangspunkt *ikke* er nødvendig i rammedirektivets forstand for å ivareta hensynet til en verdig avgang.

### 3.3.3 Er 70-årsregelen egnet og nødvendig for å sikre færre prosesser?

Det neste spørsmålet en må stille seg er hvorvidt en aldersgrense er egnet til å gi færre tvister. Dette vil være tilfelle hvis en uten en aldersgrense har rimelig grunn til å anta at det ville vært flere oppsigelsestvister for domstolene. Slike oppsigelsestvister vil i de fleste tilfeller representere en vesentlig påkjenning for de involverte parter, samt være samfunnsmessig kostbart, og er noe arbeidsmiljøloven bør bidra til å unngå.

Som det fremgår av punkt 3.3.2. risikerer man uten en aldersgrense at alderssvekkelse fører til dårligere arbeidsprestasjon for enkelte. Bli nedgangen i arbeidsprestasjon tilstrekkelig stor vil den kunne gi grunnlag for oppsigelse av arbeidsforholdet. Som tidligere påpekt er det stor sjanse for at en arbeidstaker som blir sagt opp grunnet mangelfulle arbeidsprestasjoner som følge av alderssvekkelse vil bestride sakligheten av denne etter arbeidsmiljøloven § 15-7. En oppsigelse på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner vil nemlig for mange føles som en skamlett på et ellers

---

<sup>139</sup> Økt fokus på seniorpolitiske tiltak blir nevnt som et alternativ til en bedriftsintern aldersgrense i Stavanger Tingretts dom inntatt i TSTAV-2005-75777, se punkt 5.4.2.

<sup>140</sup> Jf aml. §10-2 (4).

<sup>141</sup> Jf ferieloven § 5 andre ledd.

<sup>142</sup> Jf Statens personalhåndbok punkt 7.5.9, tilgjengelig på <http://www.sph.dep.no/Statens-Personalhandbok/7-Hovedtariffavtalen-i-staten-1-mai-2008---30-april-2010/75Diverse/759--Seniorpolitiske-tiltak/#7.5.9%20Seniorpolitiske%20tiltak>

problemfritt yrkesliv, og ønsket om å renavaske seg vil føles sterkt for mange. En regel som medfører at arbeidsgiver må vente med å si opp eldre arbeidstakere til de ikke gjør en tilstrekkelig arbeidsinnsats, kan gjennom dette skape flere tvister.

Foreligger det så andre egnede midler til å oppnå færre tvister, der forskjellsbehandling skjer i mindre grad enn ved 70-årsregelen? Flere av de aktuelle alternativene som nevnt

i punkt 3.3.2. vil gi færre tvister, samtidig som de forskjellsbehandler i mindre grad.

Enten dette gjøres ved en omplasseringsplikt, differensierte aldersgrenser, ved å heve 70-årsgrensen eller ved å minimere alderens innvirkning på arbeidsprestasjonen, har en grunn til å tro at tilfellene der arbeidsgiver må gå til oppsigelse på grunn av manglende arbeidsprestasjoner vil minkes. Gjennom dette vil en også oppnå færre tvister. Da det finnes virkemidler som i mindre grad forskjellsbehandler samtidig som de ivaretar hensynet til færre tvister, kan en argumentere med tyngde for at 70-årsregelen som utgangspunkt *ikke* er nødvendig i direktivets forstand for å ivareta hensynet til færre tvister.

#### *3.3.4 Er 70-årsregelen egnet og nødvendig for å sikre god bemanningsplanlegging?*

Det neste spørsmålet en må stille seg er hvorvidt en aldersgrense er egnet til å sikre god bemanningsplanlegging. En aldersgrense medfører at arbeidsgivere som har behov for det kan innrette seg på at arbeidsforhold opphører ved en viss alder. Gjennom dette kan arbeidsgiver foreta ansettelse i tråd med den langsiktige bemanningssituasjonen på arbeidsplassen. Uten en aldersgrense kan den ansatte i teorien stå svært lenge i stilling for så å bestemme sluttidspunkt selv, noe som gjør det vanskelig å drive langsiktig bemanningsplanlegging og hensiktsmessige nyansettelser. Selv om de fleste arbeidstakerne slutter *før* 70 år, bidrar en aldersgrense til en viss grad av forutberegnelighet. En kan derfor argumentere for at fastsetting av en aldersgrense er egnet til å sikre god bemanningsplanlegging.

Til sist må en spørre seg hvorvidt det foreligger andre egnede midler til å sikre god bemanningsplanlegging, der forskjellsbehandling skjer i mindre grad enn ved 70-årsregelen. I motsetning til formålene om verdig avgang og færre tvister, er formålet om god bemanningsplanlegging noe man kun oppnår hvis arbeidsgiver har en konkret

grense å forholde seg til. Innføring av en omplasseringsplikt, økning i seniorpolitiske tiltak og obligatoriske helsekontroller vil da ikke være egnet til å sikre god bemanningsplanlegging. Dette betyr likevel ikke at det ikke er andre egnede virkemidler for å nå formålet enn 70-årsregelen. Både en høyere aldersgrense, differensierte aldersgrenser etter type yrke og adgangen til å pålegge arbeidstaker å gå ned i stillingsprosent vil hjelpe arbeidsgiver med bemanningsplanleggingen, samtidig som virkemidlene forskjellsbehandler i mindre grad enn 70-årsregelen. Et ytterligere alternativ ble pekt på i Rosenblatt-dommen<sup>143</sup>; arbeidsgiver kan rett og slett ha en åpen dialog med arbeidstaker om sluttidspunktet. En kan derfor argumentere med tyngde for at 70-årsregelen som utgangspunkt *ikke* er nødvendig i direktivets forstand for å ivareta hensynet til en god bemanningsplanlegging.

### 3.3.5 Den endelig avveining- er 70-årsregelen et egnet og nødvendig virkemiddel?

Slik det følger av det forutgående, er 70-årsregelen "egnet" til å gjennomføre de legitime hensyn lovgiver har vist til. Det fins imidlertid *andre* egnede virkemidler for å oppnå de samme hensynene, som forskjellsbehandler i *mindre* grad enn 70-årsregelen. Sistnevnte taler for at regelen *ikke* er nødvendig og dermed i strid med forbudet mot aldersdiskriminering. På den annen side er nasjonalstatene ilagt en betydelig skjønnsmargin ved valg av virkemidler, en skjønnsmargin som i følge Høyesterett er enda større for Norge.<sup>144</sup> At man skal være "*særlig tilbakeholden*" med å tilsidesette lovgivers bevisste valg gjør at den endelige avgjørelsen er belagt med atskillig tvil. Jeg er likevel, i lys av den betydelige skjønnsmarginen lovgiver er ilagt, kommet til at 70-årsregelen *kan* regnes som nødvendig og hensiktsmessig i rammedirektivets forstand.

## 3.4 Er 70-årsregelen proporsjonal?

### 3.4.1 Generelt om kravet til proporsjonalitet

For det tredje krever praksis fra EU-domstolen at det må foretas en vurdering av de motstridende hensyn, en proporsjonalitetsvurdering. I motsetning til vilkårene om

---

<sup>143</sup> Premiss 72.

<sup>144</sup> Jf Nye Kystlink-dommen premiss 70.

legitimt formål samt egnethet og nødvendighet, følger ikke dette vilkåret av ordlyden i artikkel 6 nr. 1.<sup>145</sup> Allerede i den første avgjørelsen om reglene om aldersdiskriminering<sup>146</sup>, Mangold-dommen, uttalte imidlertid EU-domstolen at reglene måtte suppleres av det alminnelige *"proportionalitetsprincippet"* i EU-retten.<sup>147</sup> Dette er siden opprettholdt, og i senere avgjørelser fra EU-domstolen er kravet om proporsjonalitet formulert som at en aldersgrense ikke må *"gøre et overdrevent indgreb i de berørte arbeidstageres legitime interesser."*<sup>148</sup> Med dette menes nærmere at *"Med henblik på at undersøge, om den i hovedsagen omhandlede foranstaltning... udgør et urimeligt vidtgående indgreb i interesserne for de arbeidstagere, der fylder (et visst antall år)... skal denne foranstaltning ses på baggrund af den sammenhæng, som den indgår i, og der skal tages hensyn til såvel det tab, den kan medføre for de berørte personer, som de fordele, som samfundet og de mennesker, der indgår i det, får."*<sup>149</sup>

Det avgjørende blir hvorvidt de hensyn som taler for 70-årsregelen veier tyngre enn de hensyn som taler mot den. Spørsmålet blir altså hvorvidt 70-årsregelen er et overdrevent inngrep i arbeidstakernes interesser.

Proporsjonaliteten av en øvre aldersgrense ble vurdert av EU-domstolen i Rosenblatt-dommen. Spørsmålet i saken var om en tariffastsatt aldersgrense på 65 år for renholdspersonell var i samsvar med rammedirektivets forbud mot aldersdiskriminering. Den tyske arbeidsretten hadde stanset saken og forelagt en rekke spørsmål for EU-domstolen til prejudisiell avgjørelse. EU-domstolen kom til at grensen både var egnet og nødvendig for å ivareta et legitimt formål samt proposjonal.<sup>150</sup>

I premiss 47 uttaler EU-domstolen på tilsynelatende generelt grunnlag: *"Tilladelsen af bestemmelser om automatisk ophør af ansættelseskontrakter som følge af den omstændighed, at arbeidstageren har nået pensionsalderen, kan principielt ikke anses for at gøre et overdrevent indgreb i de berørte arbeidstageres legitime interesser."*

---

<sup>145</sup> Se motsatt Evju s. 152.

<sup>146</sup> Jf. Evju s. 138.

<sup>147</sup> Jf Mangold premiss 65 og Evju s.152. Slik er regelen også forstått i Høyesterett, se Nye Kystlink premiss 70 og 91.

<sup>148</sup> Jf Rosenblatt-dommen premiss 47 og Georgiev-dommen premiss 54.

<sup>149</sup> Rosenblatt-dommen premiss 73.

<sup>150</sup> Rosenblatt-dommen premiss 75.

Og videre i premiss 48: *"Forskrifter som de i hovedsagen omhandlede hviler nemlig ikke blot på en bestemt alder, men tager likeledes hensyn til, at de pågældende i løbet af deres arbejdsliv optjener ret til en økonomisk kompensation ved hjælp af en erstatningsindkomst i form af en pension."*

Umiddelbart taler dette for at øvre aldersgrenser i lov som tar hensyn til pensjonsrettigheter *ikke* skal anses uforholdsmessige i rammedirektivets forstand. Utgangspunktet modereres imidlertid av EU-domstolen i premiss 52, der domstolen uttaler:

*"En sådan konklusjon er dog ikke ensbetydende med, at sådanne bestemmelser... er undtaget fra enhver effektiv retslig kontrol i relation til bestemmelserne i direktiv 2000/78 og likebehandlingsprincippet. En sådan kontrol skal afpasses efter de særlige kendetegn ved den bestemmelse, der er genstand for kontrollen."*

70-årsregelen må med andre ord vurderes etter sine *"særlige kendetegn"* og uttalelsen om at aldersgrenser som tar hensyn til pensjonsrettigheter er proporsjonale etter EF-retten kan ikke være mer enn et generelt utgangspunkt for vurderingen. På denne bakgrunn vil jeg i det videre ta for meg de motstridende hensyn bak 70-årsregelen, for så å foreta en endelig vurdering av hvorvidt regelen er et forholdsmessig virkemiddel.

### 3.4.2 De motstridende hensyn bak 70-årsregelen

Som ovennevnte har vist, er 70-årsregelen et egnet virkemiddel til å sikre både verdig avgang, færre prosesser og god bemanningsplanlegging. I tillegg til momentene som lovgiver har anført har regelen imidlertid en rekke andre positive sider. Spørsmålet blir hvorvidt disse fordelene i rimelig grad svarer til de ulempene grensen medfører for arbeidstakerne.

For det første slipper arbeidsgiver, ved at loven inneholder en absolutt aldersgrense, å ta alle de individuelle vurderingene en rettstilstand uten 70-årsregelen ville medført.<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> Jf NOU 2009:14 s.175.



Slike vurderinger og prosesser kan være svært tidkrevende, spesielt i store bedrifter med en rekke ansatte. Som et resultat av at konfliktens natur gjerne ville skapt prosesser, måtte arbeidsgiver videre vært nøye med å dokumentere de møter og samtaler som hadde vært om arbeidstakers arbeidsprestasjoner, noe som både er tid- og kostnadskrevende.

For det andre gir 70-årsregelen mulighet for utskifting av arbeidskraft, noe som i enkelte tilfeller kan ha en positiv effekt på firmaet. Å få inn nye tanker og ideer, spesielt på lederplass, er eksempler på dette.<sup>152</sup>

For det tredje er det svært få som fortsetter i jobb til de er 70 år og trolig enda færre som opplever å bli direkte berørt av 70-årsregelen.<sup>153</sup> Selv om andelen sysselsatte i aldersgruppen 70-74 år blir stadig flere<sup>154</sup>, er andelen yrkesaktive fortsatt så lav som 6-7 %.<sup>155</sup>

For det fjerde er det ingenting i veien for at arbeidstaker fortsetter i stillingen etter at 70-årsgrensen er passert, men da med den forskjell at vernet mot usaklig oppsigelse bortfaller.<sup>156</sup> Arbeidsforholdet vil da i sin helhet være regulert av arbeidsgivers styringsrett i den forstand at arbeidsgiver ensidig kan velge når arbeidsforholdet skal opphøre. At det er arbeidsgiver, i kraft av styringsretten, som fatter de avgjørende beslutningene for arbeidsforholdet, er et grunnleggende prinsipp i norsk arbeidsrett. En vid styringsrett bidrar til et effektivt og konkurransedyktig næringsliv. At den generelle aldersgrensen i arbeidsmiljøloven både ivaretar legitime hensyn, samt er sammenfallende med et krav om pensjon, taler for at arbeidsgiver bør kunne gis en videre styringsrett ved opphør av arbeidsforhold *etter* passerte 70 år, enn *før*.

At grensen på 70 år for opphør av arbeidsforhold har eksistert siden 1972, gjør i tillegg at den er godt innarbeidet. Dette må tillegges vekt i proporsjonalitetsvurderingen, jf. premiss 43 i Rosenblatt-dommen. Her uttaler EU-domstolen at den tyske regelen

---

<sup>152</sup> Berørt i NOU 1972:21 s.13.

<sup>153</sup> Jf Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s.62.

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Jf. Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s.61.

<sup>156</sup> Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s.86.

*"afspejler en politisk og social konsensus, der har gjort sig gældende i mange år i Tyskland."*

På den annen side representerer 70-årsregelen for det første en stigmatisering.<sup>157</sup> I det øyeblikket arbeidstakeren fyller en viss alder, mister vedkommende det oppsigelsesvernet kollegaene nyter godt av og blir representant for en gruppe arbeidstakere. Et trekk med arbeidsretten som juridisk disiplin er fokuset på enkeltindividet, og dette gjelder spesielt reglene om opphør av arbeidsforhold der det gjelder et individuelt saklighetskrav.<sup>158</sup> Det avgjørende er da ikke om en oppsigelsesgrunn, for eksempel rasjonalisering, generelt er saklig, men om de foreliggende forholdene gjør det rimelig og naturlig at arbeidsforholdet til den enkelte arbeidstaker opphører.<sup>159</sup>

Uten en individuell saklighetsprøving får en videre ikke fanget opp de tungtveiende sosiale hensyn som hos enkelte kan foreligge.<sup>160</sup> Selv om arbeidstakerens økonomiske interesser er ivaretatt, kan nemlig mange føle seg tvunget ut av arbeidslivet og inn i en hverdag som pensjonist. Tapet av sosialt felleskap og følelsen av enda å kunne bidra kan føre til det man ved innføringen av arbeidsmiljølovens aldersgrense kalte *"pensjonssjokk"*.<sup>161</sup> Også enkelte av arbeidstakerne som får fortsette i stillingen etter å ha passert aldersgrensen vil kunne oppleve psykiske belastninger. Siden disse mangler stillingsvern kan de for eksempel føle at de må prestere på topp hele tiden for ikke å bli sagt opp. Dette er i dårlig samsvar med arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse om *"å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon"*, samt *"å bidra til et inkluderende arbeidsliv"*, (jf. aml. § 1-1 a) og e). Å ikke ta hensyn til individuell saklighet er lite i tråd med den øvrige rettsutviklingen, som øker fokuset på arbeidsrettens sosiale innslag.<sup>162</sup> En kan derfor anføre med tyngde at eldre bør ha de samme rettighetene som andre arbeidstakere.<sup>163</sup>

---

<sup>157</sup> Se NOU 2009:14 s.37.

<sup>158</sup> Bla. presisert av Høyesterett i Rt. 1989 s.508 på side 513.

<sup>159</sup> Jf Rt. 2009 s. 685 premiss 52.

<sup>160</sup> Regelens fleksibilitet er også pekt på som et moment i praksis fra EU-domstolen, se *de la Villa-dommen* premiss 74 og *Rosenbladt-dommen* premiss 49. Sml. Evju s. 161.

<sup>161</sup> Jf NOU 1972:21 s.13.

<sup>162</sup> Se eksempelvis Høyesteretts uttalelse i Rt. 2009 s.685, premiss 75.

<sup>163</sup> Slik også NOU 2004:5 s.312.

### 3.4.3 Den endelige avveining – er 70-årsregelen et proporsjonalt virkemiddel?

Det gjenstår nå å spørre hvorvidt de forutgående vurderinger gjør at 70-årsregelen er uproporsjonal i rammedirektivets forstand. Som det fremgår av punkt 3.1 er praksis fra EU-domstolen, samt Høyesterett, klar på at lovgiver her har en betydelig skjønnsmargin. Det skal derfor atskillig til før en kan konkludere med at 70-årsregelen er uproporsjonal i rammedirektivets forstand.

Ovennevnte har vist at 70-årsregelen har en rekke fordeler. Spesielt at 70-årsregelen åpner for at arbeidstakerne kan få fortsette i arbeidet<sup>164</sup>, samt tar hensyn til arbeidstakernes økonomiske interesser ved at de er sikret pensjon<sup>165</sup>, er tungtveiende argumenter for at grensen ikke representerer et overdrevent inngrep i arbeidstakernes interesser. Begge disse momentene var avgjørende for at 65-årsgrensen for renholdspersonell i Rosenblatt-dommen ble funnet å være proporsjonal.<sup>166</sup> Tilsvarende begrunnelse ble gitt av engelske "High Court of Justice" som fant den tidligere gjeldende generelle 65-årsgrensen i britisk lovgivning proporsjonal.<sup>167</sup>

På den annen side kan aldersgrensen få negative psykiske og sosiale konsekvenser både for de arbeidstakerne som blir oppsagt og for de som får fortsette i sin stilling. Dette er et tungtveiende argument mot at regelen er forholdsmessig, da negative sosiale konsekvenser er noe arbeidsmiljøloven i stor grad bør bidra til å unngå. For det annet kan en anføre at vekten av de hensyn den norske lovgiver påberoper seg ikke veier like tungt i en proporsjonalitetsvurdering som de hensyn EU-praksis behandler. En gjennomgang av EU-praksis viser nemlig at det bærende hensynet for aldersgrenser i utenlandsk rett synes å være å legge til rette for en hensiktsmessig arbeidsfordeling mellom generasjonene, med andre ord å få yngre arbeidstakere i jobb.<sup>168</sup> I Norge, med generelt lav arbeidsledighet, er ikke 70-årsregelen nødvendig for å få yngre i jobb, og

---

<sup>164</sup> Om dette momentet se Rosenblatt-dommen note 75 og Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 30.

<sup>165</sup> Om dette momentet se de la Villa-dommen note 73 og Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 62.

<sup>166</sup> Premiss 75.

<sup>167</sup> Case No: CO/5485/06, Before Mr Justice Blake, High Court of Justice: Queen`s Bench Division premiss 113, avsagt 25.09 2009.

<sup>168</sup> Jf Petersen-dommen premiss 70, Rosenblatt-dommen premiss 60 og Georgiev-dommen premiss 51.

den hovedsakelige begrunnelsen bak aldersgrensen synes å være hensynet til en verdig avgang. En kan til et visst punkt argumentere for at dette hensynet ikke står seg like tungt i en proporsjonalitetsvurdering som formålet om å få yngre i jobb.

Det samme kan anføres mot den eneste norske aldersgrensen som er vurdert av Høyesterett i Nye Kystlink-dommen. Spørsmålet i saken var hvorvidt grensen på 62 år for opphør av arbeidsforhold som følger av sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd kunne opprettholdes etter rammedirektivet. Grensen gjaldt følgelig kun sjømenn og var begrunnet i hensynet til de konkrete yrkesutøvernes helse og sikkerhet.<sup>169</sup> Grensen ble under dissens funnet å være proporsjonal.<sup>170</sup> I likhet med ovennevnte kan en, til et visst punkt, argumentere for at hensynet til verdig avgang ikke står seg like tungt i en proporsjonalitetsvurdering som hensynet til liv og helse.

På bakgrunn av de negative konsekvensene 70-årsregelen har, herunder det sosiale tapet den vil påføre enkelte arbeidstakere, har både Nils H. Storeng m.fl.<sup>171</sup> og Geir Kruge<sup>172</sup> sagt seg skeptisk til lovligheten av 70-årsregelen, mens Stein Evju har konkludert med at grensen er uproporsjonal og derfor i strid med rammedirektivet.<sup>173</sup> Internasjonalt har videre Catherine Barnard<sup>174</sup> uttalt seg svært skeptisk til aldersgrenser som baserer seg på "*general assertions*", eller generelle påstander, og som ikke er bevist tilstrekkelig begrunnet "*on a case by case basis*", mens Ruth Nielsen<sup>175</sup> mener forskjellsbehandling grunnet alder kun bør godtas "*in very exceptional circumstances*."

Avgjørende for min vurdering blir imidlertid den svært omfattende skjønnsmarginen nasjonalstaten har ved fastsettelse av virkemidler etter rammedirektivet. På tross av at 70-årsregelen har negative psykiske og sosiale konsekvenser for enkelte arbeidstakere, har lovgiver ved gjentatte lovrevideringer siden 1972 vurdert aldersgrensen som et

---

<sup>169</sup> Ot.prp.nr.85 (2005-2006) s. 13.

<sup>170</sup> Jf Nye Kystlink premiss 70.

<sup>171</sup> Storeng m.fl. side 300.

<sup>172</sup> Kruge s. 238.

<sup>173</sup> Evju s.16, Se også NOU 2009:14 s. 196 note 16.

<sup>174</sup> Barnard side 416.

<sup>175</sup> Ruth Nielsen, European Labour Law DJØF Publishing 1. Edition 2000 s. 303.

proporsjonalt virkemiddel til å oppnå sosialpolitiske formål.<sup>176</sup> I lys av den særlige tilbakeholdenhet en må vise med å tilsidesette den avveining av de kryssende hensyn lovgiver har foretatt, er det min vurdering, dog under atskillig tvil, at 70-årsregelen som utgangspunkt *er* et proporsjonalt virkemiddel i rammedirektivets forstand.

#### **4 Konklusjon**

Som en følge av at 70-årsregelen både er et egnet og nødvendig virkemiddel for å ivareta legitime formål samt proporsjonal, er regelen *ikke* i strid med forbudet mot aldersdiskriminering slik dette er forstått i praksis fra EU-domstolen.

#### **5 Unntak fra lovens grense på 70 år**

##### **5.1 Innledning**

Jeg går nå over til annen hoveddel av avhandlingen, hvor jeg vil behandle adgangen til å fastsette bedriftsinterne aldersgrenser etter arbeidsmiljøloven. Det følger av § 15-13a første ledd andre setning at *"Lavere aldersgrense kan følge av annet grunnlag når grensen er saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende, jf. § 13-3 andre ledd."* Med *"lavere aldersgrense"* menes lavere enn lovens grense på 70 år. Bestemmelsen forutsetter med andre ord at det i enkelte yrker eller på enkelte arbeidsplasser undertiden kan være behov for å bringe arbeidsforhold til opphør *før* fylte 70 år. Der 70-årsregelen er et resultat av generelle avveininger og gjelder mange slags yrker, gir de enkelte *"bedriftsinterne"* aldersgrensene bedre uttrykk for konkrete avveininger med utgangspunkt i de enkelte yrker. I lys av at bedriftsinterne aldersgrenser for opphør av arbeidsforhold behandler enkelte personer dårligere enn andre på grunn av alder, er de imidlertid som utgangspunkt å regne som direkte diskriminerende jf. aml. § 13-1 første ledd. Tema i det videre er i hvilken grad loven gir adgang til unntak fra dette utgangspunktet.

---

<sup>176</sup> Sml. Nye Kystlink premiss 70 om *"lovgivers bevisste valg..."*

Jeg vil i det videre innledningsvis si noe generelt om vilkårene for å fastsette bedriftsinterne aldersgrenser etter arbeidsmiljøloven og om forholdet til rettspraksis. Jeg vil så ta for meg hvordan en tingrettsdom og tre lagmannsrettsdommer, den underrettspraksis som til nå foreligger, behandler vilkårene.<sup>177</sup> I den anledning vil jeg vurdere i hvilken grad dommene er basert på fornuftige avveininger av rettskildefaktorene og gjeldende rett, samt om de, på tross av sin begrensede rettskildemessige vekt, er egnet til å skissere opp noen holdepunkter for når bedriftsinterne aldersgrenser kan aksepteres, se punkt 1.3.2.<sup>178</sup>

## 5.2 Om de materielle vilkår for unntak i arbeidsmiljøloven § 15-13a første ledd samt forholdet til rettspraksis

For at den særskilt fastsatte aldersgrensen skal være gyldig må den være *"saklig begrunnet"* og *"ikke uforholdsmessig inngripende"*, jf. aml. § 15-13a første ledd andre setning. I tillegg viser bestemmelsen til aml. § 13-3 annet ledd<sup>179</sup>, hvor tilsvarende formulering er at aldersgrensen må være *"nødvendig for å oppnå et saklig formål."*<sup>180</sup> Forskjellen i ordlyden gjør at en kan spørre seg hvorvidt det gjelder et krav om at grensen må være nødvendig også etter aml. § 15-13a. Dette må i følge forarbeidene besvares bekreftende<sup>181</sup>, og slik er bestemmelsen også forstått i lagmannsrettspraksis.<sup>182</sup> En særskilt fastsatt aldersgrense må etter dette være *"nødvendig"* for å oppnå et *"saklig formål"* samt *"ikke uforholdsmessig inngripende"*. Det følger av § 15-13a første ledd andre setning at en lavere aldersgrense kan hjemles i *"annet grunnlag..."* Dette medfører at loven ikke stiller noen nærmere krav til

---

<sup>177</sup> Det foreligger ikke Høyesterettspraksis om forholdet, se nedenfor.

<sup>178</sup> Noter at dommene det vises til enten er upubliserte eller ikke gitt nærmere sidetall i Lovdata. Ved sitering vil det derfor kun bli vist til den enkelte dom og ikke hvor sitatet nærmere står.

<sup>179</sup> Når det gjelder forholdet til aml. § 13-3 *første* ledd inneholder denne andre og strengere vilkår for unntak enn § 13-3 *andre* ledd. Selv om første ledd i teorien også gjelder for aldersdiskriminering er det liten grunn til å tro at denne vil bli anført ved aldersdiskriminering, sml. Barnard side 416. Jeg vil derfor ikke behandle dette nærmere. Av øvrig interesse, se Evju s.154 som diskuterer hvorvidt en på dette punktet må tolke aml. § 13-3 første ledd innskrenkende.

<sup>180</sup> Min understrekning.

<sup>181</sup> Jf Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.41 og Ot.prp.nr.54 (2008-2009) side 85.

<sup>182</sup> Jf. LB-2009-165616 og LB-2010-99479.

grunnlagets art<sup>183</sup> og at de materielle vilkårene for unntak er de samme for de ulike hjemmelsgrunnlagene. En lavere aldersgrense kan derfor både følge av "lov, arbeidsavtale<sup>184</sup>, tariffavtale, arbeidsreglement, bedriftspensjonsordning eller andre gyldige grunnlag".<sup>185</sup> Lagmannsrettspraksis krever imidlertid at aldersgrensen både er allment kjent i bedriften og konsekvent håndhevd.<sup>186</sup> Arbeidsgiver er derfor, som eksempel, avskåret fra å påberope seg en aldersgrense hjemlet i et styrende dokument for bedriften som de ansatte ikke har hatt tilgang til.

Det er begrenset med norsk rettspraksis som behandler spørsmålet om hvilke særaldersgrenser som kan godtas etter aml. § 15-13a første ledd andre setning. Spørsmålet har enda ikke vært oppe til behandling i Høyesterett, og den underrettspraksis som foreligger gir ingen entydige svar. Som en følge av at vilkårene i § 15-13a første ledd andre setning har sin bakgrunn i rammedirektivet og innføringen av forbudet mot aldersdiskriminering, vil ikke norsk rettspraksis *før* gjennomføringen av rammedirektivet ha særlig relevans for spørsmålet.<sup>187</sup> Nedenfor følger derfor en gjennomgang av hvordan fire underrettsdommer, den underrettspraksisen som foreligger *etter* gjennomføringen av direktivet, behandler vilkårene om saklig formål, nødvendighet og proporsjonalitet. Av disse fire dommene er to anket til Høyesterett.<sup>188</sup>

### 5.3 Kravet til saklig formål i aml. § 15-13a

#### 5.3.1 *Innledning*

En aldersgrense kan ikke settes for å gjennomføre ethvert formål. Begrunnelsen for å sette en aldersgrense må være "saklig." Ordlyden "saklig" er vid og gir liten veiledning. Hva som er saklig er imidlertid spesifisert i forarbeidene, der departementet uttalte at aldersgrenser basert på "helsemessige og/eller sikkerhetsmessige

---

<sup>183</sup> I motsetning til dette krever sjømannsloven at aldersgrensen fravikes i tariffavtale, jf sjml. § 19 nr 1 sjette ledd i.f.

<sup>184</sup> Dette er ikke problematisk i forhold til det faktum at aml. er preceptorisk, jf. aml. § 1-9. En aldersgrense nedfelt i en arbeidsavtale som tilfredsstillende vilkårene loven setter vil nemlig ikke "fravike" arbeidsmiljøloven i § 1-9s forstand.

<sup>185</sup> Jf Ot.prp.nr.17 (1972-1973) side 6 og Ot.prp.nr.54 (2008-2009) side 85.

<sup>186</sup> Jf bla. RG-1968-371, side 372 og LB-1995-1486.

<sup>187</sup> Slik også Kruge s.240.

<sup>188</sup> LG-2009-41184 (CHC-dommen) og LB-2010-99479 (Gjensidige-dommen).

*forsvarlighetsvurderinger relatert til yrkesutførelse*” med stor grad av sannsynlighet ikke ville rammes av forbudet mot aldersdiskriminering, mens aldersgrenser som ikke hadde sin bakgrunn i slike forsvarlighetsvurderinger var mer tvilsomme.<sup>189</sup> Dette opprettholdt departementet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven.<sup>190</sup> Noe uttømmende oppregning av hvilke hensyn som skulle være saklige kan en imidlertid ikke tolke ut fra uttalelsene.

Som det følger av punkt 1.3.1. vil den fortolkning EU-domstolen har lagt til grunn ha relevans ved fastsettingen av hvilke aldersgrenser som kan anses saklig begrunnet etter aml. § 15-13a første ledd andre setning.<sup>191</sup> Avgjørende for om et formål er saklig etter arbeidsmiljøloven blir da om det kan regnes som et sosialpolitisk formål i motsetning til et rent arbeidsgiverhensyn.<sup>192</sup>

Ved å sette et slikt krav til saklig grunn begrenser lovgiver utbredelsen av aldersgrenser til der partene har et beskyttelsesverdig behov for det, samtidig som man setter fokus på arbeidsgiverens virkelige motiver.<sup>193</sup> I det videre vil jeg ta for meg hvordan underrettspraksis har behandlet kravet om saklig grunn og skillet mellom sosialpolitiske hensyn og arbeidsgiverhensyn.

### *5.3.2 Underrettspraksis om kravet til saklighet*

#### TSTAV-2005-75777 (Statoil-dommen)

A arbeidet som landmåler for Statoil. Arbeidsoppgavene var hovedsakelig sjøbunnskartlegging, noe som er avgjørende for konstruksjonsarbeidene på sjøbunnen. Da A fylte 67 år krevde imidlertid Statoil at arbeidsforholdet skulle opphøre, under henvisning til aldersgrensen for landansatte i Statoil. Aldersgrensen var fastsatt i en intern bedriftspensjonsordning, og var ifølge Statoil satt til 67 år for å sikre at de intellektuelle krav til stillingen var oppfylt, samt hensynet til en verdig avgang for

---

<sup>189</sup> Jf. Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.30.

<sup>190</sup> Jf.Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 196.

<sup>191</sup> Jf. også Nye Kystlink-dommen premiss 67.

<sup>192</sup> Age Concern premiss 46. Se også Rt. 2010 s. 944.

<sup>193</sup> Jf NOU 2003:2 s. 47.



arbeidstakerne. Kravet om fratreden ble bestridt av A som hevdet at aldersgrensen var ulovlig og dermed ønsket å fortsette i stillingen.

Etter en konstatering av at særaldersgrensen ville vært saklig *før* implementering av rammedirektivet, går tingretten over til å vurdere hvorvidt aldersgrensen kan opprettholdes *etter* implementeringen. Ved vurderingen av om grensen har et saklig formål uttaler tingretten:

*“Retten påpeker særlig at de saklige hensyn, slik disse er fortolket både i forarbeidene til direktivet og til arbeidsmiljøloven av 1977 § 54D, jfr. arbeidsmiljøloven av 2005 § 13-3, først og fremst må knyttes opp til objektive kriterier, herunder arbeidets art og måten arbeidet skal utføres på. Det er ikke fra Statoils side, utover helt generelle henvisninger til at alder kan begrense en arbeidstakers fysiske og psykiske egnethet, tilkjennegitt noen objektiv grunn utover alderen som sådan til at arbeidstakere over 67 år ikke kan utføre landbasert arbeid. Det er med andre ord ikke anført noen konkrete forhold i arbeidets art eller operasjonelle hensyn som kan begrunne bruddet på likebehandling for den landbaserte arbeidsstyrken til Statoil.”<sup>194</sup>*

Som følge av dette kom retten til at særaldersgrensen ikke var saklig begrunnet, og at arbeidsforholdet måtte bestå. Saken ble etter dette løst utenrettslig og den ble derfor ikke behandlet i videre instanser. Selv om dommen som tingrettsavgjørelse har svært begrenset rettskildemessig vekt, se punkt 1.3.2, er analysene i dommen grundige og rettsanvendelsen har etter mitt syn mye for seg.<sup>195</sup>

#### RG-2006-1648 (Widerøe-dommen)

A arbeidet som flykaptein i Widerøe. Da A fylte 60 år krevde Widerøe at arbeidsforholdet skulle opphøre under henvisning til aldersgrensen for piloter i Widerøe. Aldersgrensen var fastsatt i en tariffavtale, og var ifølge Widerøe satt til 60 år av hensyn til flysikkerheten. A hevdet at aldersgrensen var ulovlig og at han dermed hadde rett til å stå i stillingen. Lagmannsretten kom til at hensynet til flysikkerheten var

---

<sup>194</sup> Min understrekning.

<sup>195</sup> Slik også Kruge s.242.

et saklig hensyn. Dette er i samsvar med den argumentasjonen tingretten la seg på i Statoil-dommen; hensynet til det konkrete arbeidets art. Lagmannsretten foretar for øvrig en svært kort og til dels mangelfull prøving av spørsmålet om diskriminering<sup>196</sup> som skal nærmere kommenteres i punkt 5.4.2.

#### LG-2009-41184 (CHC-dommen)

A og en rekke kolleger jobbet som helikopterpiloter i CHC Norway. De hadde alle fylt 60 år, eller nærmet seg 60 år, og CHC krevde følgelig at arbeidsforholdene skulle opphøre under henvisning til den tariffastsatte aldersgrensen for helikopterpiloter i CHC. Dette bestred helikopterpilotene. Aldersgrensen var, i likhet med Widerøe-dommen, satt til 60 år av hensyn til flysikkerheten. Lagmannsretten kom også her til at flysikkerheten var en saklig grunn for aldersgrenser etter arbeidsmiljøloven.

#### LB-2010-99479 (Gjensidige-dommen)

Den siste lagmannsrettsdommen som foreligger om bedriftsinterne aldersgrenser er Gjensidige-dommen fra 2010. A hadde jobbet nesten 30 år som kunderådgiver ved Gjensidige Forsikrings lokalkontor i Drammen. Under henvisning til en intern aldersgrense ble A så sagt opp fra sin stilling med fratreden fra fylte 67 år. Aldersgrensen var i følge Gjensidige satt av hensyn til gjennomstrømming av ansatte, sikre god rekruttering og muligheter for avansement for nye og yngre ansatte, samt hensynet til en verdig avgang for arbeidstakerne. At dette var saklige hensyn ble bestridt av A som anførte at aldersgrensen var ulovlig og at arbeidsforholdet måtte bestå.

Etter å ha slått fast at aldersgrensen er i samsvar med lagmannsrettspraksis *før* implementering av forbudet mot aldersdiskriminering, går retten over til å foreta en selvstendig tolkning av den bedriftsfastsatte grensen opp mot vilkårene i arbeidsmiljøloven § 13-3 annet ledd.<sup>197</sup> Nærmest lakonisk, og uten noen videre begrunnelse, uttaler lagmannsretten: *"Etter lagmannsrettens syn er ordningen med den bedriftsfastsatte aldersgrensen på 67 år i Gjensidige objektivt og saklig begrunnet, og den*

---

<sup>196</sup> Se tilsvarende syn Kruge s.244.

<sup>197</sup> Sml. tilsvarende uttalelse av tingretten i Statoil-dommen.

*tjener et legitimt formål... Et automatisk opphør av arbeidsforholdet innebærer også at arbeidstaker får en verdig avgang.”*

Lagmannsretten kom altså, i motsetning til tingretten, til at aldersgrensen på 67 år var saklig begrunnet. Det er vanskelig å se at resultatet bygger på riktig rettslig forståelse. Slik det følger av punkt 1.3.1 er praksis fra EU-domstolen en relevant kilde ved fastsettelsen av norsk rett. Dette bekreftes også av lagmannsretten, som viser til en rekke dommer fra EU-domstolen. Lagmannsretten måtte med andre ord se hen til praksis fra EU-domstolen, og skillet mellom allmenne sosialpolitiske hensyn og arbeidsgiverhensyn, ved fastsettelsen av hvilke hensyn som var saklige etter aml. § 15-13a.<sup>198</sup>

Det fremstår da som noe av et paradoks å se på hensynene lagmannsretten vurderte som saklige i Gjensidige-dommen. Hensynet til gjennomstrømming av ansatte er et hensyn uten allmenn interesse, men som tvert imot, med EU-domstolens ord, er ”særegent” for arbeidsgiver. Hensynet til god rekruttering og muligheten for avansement for nye og yngre ansatte kan tenkes å ha allmenn interesse, men da helst i et arbeidsmarked preget av mangel på arbeidsplasser.<sup>199</sup> I slike tilfeller vil nemlig en tidlig avgang for eldre arbeidstakere skape arbeidsplasser for de yngre. Det er slik hensynet blir brukt i Rosenblatt-dommen, der EU-domstolen uttaler: *“Denne konsensus hviler først og fremmest på en idé om arbeidsdeling mellom generationerne. Ophøret af de nævnte arbejdstageres ansættelseskontrakter kommer direkte de unge arbejdstagere til gode, idet det letter deres indtræden på arbejdsmarkedet, hvilket er blevet vanskeliggjort af den vedvarende arbejdsløshed.”*<sup>200</sup>

Det er altså en grunnleggende forskjell i bruken av rekrutteringshensynet. Mens Gjensidige virker å anføre hensynene til god rekruttering og avansement for yngre arbeidstakere utelukkende av konkurransehensyn, anførte den tyske regjeringen hensynene på grunn av de rådende sosiale forhold. Med en stigende arbeidsledighet på over 8 % i Tyskland på tidspunktet for avgjørelsen<sup>201</sup>, hadde regjeringen ansett det som

---

<sup>198</sup> Age Concern premiss 46.

<sup>199</sup> Se særlig Petersen-dommen premiss 70.

<sup>200</sup> Premiss 43. Se for øvrig punkt 3.2 og note 100.

<sup>201</sup> <http://www.adressa.no/nyheter/utenriks/article1236646.ece>

en hensiktsmessig løsning å godta særaldersgrenser. Denne vurderingen står seg ganske annerledes enn det økonomiske motivet Gjensidige virker å ha.

Det eneste hensynet Gjensidige viser til som i dette konkrete tilfellet kan anses å være av allmenn interesse, er hensynet til en verdig avgang.<sup>202</sup> Dette hensynet må imidlertid anses tilstrekkelig ivaretatt ved 70-årsregelen, se nedenfor punkt 5.4.2.<sup>203</sup>

I lys av den klare praksisen fra EU-domstolen på hvilke hensyn som er saklige, er det vanskelig å se at de hensyn Gjensidige-dommen viser til kan forsvares etter arbeidsmiljøloven. Etter min mening er den vurdering som tingretten i saken foretar av de aktuelle hensynene mer hensiktsmessig fra en juridisk synsvinkel.<sup>204</sup> Alt i alt fremstår lagmannsrettens rettsanvendelse som unyansert og lite grundig, og den er egnet til å uthule det diskrimineringsvernet arbeidsmiljøloven kapittel 13 gir.<sup>205</sup>

## 5.4 Kravet til nødvendighet i aml. § 15-13a

### 5.4.1 *Innledning*

Det følger av aml. § 15-13a første ledd andre setning, jf. aml. § 13-3 annet ledd at den lavere særaldersgrensen må være "*nødvendig*" for å ivareta det saklige hensynet. I forarbeidene er dette presisert som at det for det første må foreligge en rimelig årsakssammenheng mellom de midler som tas i bruk og de legitime mål som skal oppnås.<sup>206</sup> For det andre følger det av kravet til nødvendighet at det ikke må være noen *andre* egnede virkemidler for å oppnå formålet, der forskjellsbehandling ikke oppstår eller oppstår i *mindre* grad.<sup>207</sup> Slik er regelen også forstått av Henning Jakhelln.<sup>208</sup>

---

<sup>202</sup> Et av hovedhensynene bak 70-årsregelen, se punkt 2.2.

<sup>203</sup> Slik også Olaf Prahl-Larsen, Aldersgrenser i arbeidslivet, tidsskriftet Magma nr. 1 2011, heretter Prahl-Larsen, tilgjengelig på <http://www.sivilokonomene.no/?nid=210704>. Da jeg anvender teksten på internett vil jeg ikke vise til sidetall ved sitering.

<sup>204</sup> TOSLO-2009-143503.

<sup>205</sup> Dette synet deles av Prahl-Larsen.

<sup>206</sup> Jf. Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.41, sml. rammedirektivets krav om egnethet.

<sup>207</sup> Jf NOU 2009:14 s. 192.

<sup>208</sup> Jf Henning Jakhelln Oversikt over arbeidsretten DAMM Forlag 4. utgave s. 195.

Et krav om at aldersgrensen må være nødvendig for å oppnå det legitime formålet, sikrer for det første at en aldersgrense i det hele tatt er egnet til å gjennomføre formålet. Tenker en seg for eksempel at lovgiver setter en aldersgrense for jurister på 65 år for å få yngre inn på arbeidsmarkedet, kan dette i utgangspunktet være et saklig formål. Grensen er imidlertid ikke nødvendig for å gjennomføre formålet hvis det uansett er tilstrekkelige juriststillinger til at yngre jurister får jobb.<sup>209</sup>

For det annet sikrer kravet om nødvendighet at aldersgrensen følger med på samfunnsutviklingen. Spesielt relevant er dette for aldersgrenser som skal sikre allmenn helse og sikkerhet. Utviklingen av nye maskiner og teknikker som senker faregraden i ulike yrker kan nemlig være betydelig. Har en bedrift satt en 60 års-grense for å sikre hurtig reaksjonstid hvis en ulykke skulle være ute og ny teknologi kommer til, kan en da fort tenke seg at grensen bør heves.

For det tredje sikrer et krav om nødvendighet at alternative metoder blir vurdert, da en må anvende det alternativet som forskjellsbehandler i minst grad.

#### 5.4.2 Underrettspraksis om kravet til nødvendighet

Ovenfor i punkt 5.3.2 ble det foretatt en gjennomgang av underrettspraksis tilknyttet saklighetskravet i arbeidsmiljøloven. Nedenfor følger en gjennomgang av hvordan de samme underrettsdommene behandler kravet om at aldersgrensen må være nødvendig for å oppnå det saklige formålet.

##### Statoil-dommen<sup>210</sup>

Tingretten kom til at særaldersgrensen på 67 år for de landansatte i Statoil ikke var saklig begrunnet i lovens forstand. Om nødvendigheten av grensen uttalte retten...*at virksomhetens påståtte behov for å bringe til opphør ansettelsesforhold på grunn av høy alder kan løses effektivt med helt andre virkemidler. Det vises for eksempel til aktiv seniorpolitikk og tilrettelegging av arbeidsforholdene. Bedriften har selv ved vedtak i sine*

---

<sup>209</sup> Sml Petersen-dommen premiss 71.

<sup>210</sup> TSTAV-2005-75777.

*interne organer og ved den avtale som er inngått om et inkluderende arbeidsliv, forpliktet seg å tilrettelegge arbeidsvilkårene for sine seniorarbeidstakere. Det følger også av arbeidsmiljøloven § 13 nr 2 at dersom arbeidstakeren blir hemmet i sitt yrke på grunn av sykdom eller slitasje skal arbeidsgiveren så langt mulig iverksette de nødvendige tiltak for at arbeidstakeren skal kunne beholde et passende arbeid.”*

Selv om dommen har svært begrenset rettskildemessig vekt, fremstår nødvendighetsdrøftelsen som gjennomtenkt og juridisk holdbar, samt som et praktisk eksempel på hvordan en med andre midler kan unngå aldersdiskriminering.

### Widerøe-dommen<sup>211</sup>

Lagmannsretten kom til at særaldersgrensen på 60 år for pilotene i Widerøe var saklig begrunnet i hensynet til flysikkerheten. Når det gjelder vilkåret om nødvendighet foretar imidlertid ikke lagmannsretten noen reell nærmere drøftelse. Lagmannsretten bemerker kun kort at *“kollektivavtalens bestemmelse om fratreden fra stillingen ved oppnådd aldersgrense uten oppsigelse, ikke er i strid med ... diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven...”* Dette til tross for at retten så viser til at den forskriftsbestemte aldersgrensen for flysertifikat før avtalen ble inngått var hevet fra 60 år til 65 år.

Lagmannsrettens rettsanvendelse konsentrerer seg rundt en prejudisiell prøving av tariffavtalens gyldighet, uten at det foretas noen nærmere diskusjon av forholdet til diskrimineringsreglene.<sup>212</sup> Det er i den anledning vanskelig å se hvordan en grense på 60 år kan være nødvendig for å ivareta flysikkerheten i Widerøe når den forskriftsfastsatte aldersgrensen allerede var hevet til 65 år.<sup>213</sup> Rettsanvendelsen i Widerøe-dommen er derfor, etter min mening, mangelfull opp mot unntaksbestemmelsen i aml. §13-3 annet ledd og dens praksis.<sup>214</sup>

### CHC-dommen<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup> RG-2006-1648.

<sup>212</sup> Se Kruge s.243.

<sup>213</sup> Dette synet deles av Kruge s.244 og lagmannsretten i CHC-dommen, se nedenfor.

<sup>214</sup> Se tilsvarende Kruge s.244.

<sup>215</sup> LG-2009-41184.

Også i CHC-dommen kom lagmannsretten til at en særaldersgrense på 60 år for piloter, nå i CHC, var saklig begrunnet i hensynet til flysikkerheten. Når det gjelder kravet til nødvendighet tok lagmannsretten utgangspunkt i at bevisførselen ikke hadde *"sannsynliggjort... noen målbar og avgjørende større risiko for at det kan skje ulykker under helikoptertransport som følge av menneskelig svikt når en av besetningsmedlemmene er over 60 år."* Lagmannsretten viste så til et sakkyndig vitne som konkluderte med at det statistisk sett, også på verdensbasis, *ikke* var påvist noen hyppigere ulykkesfrekvens på grunn av menneskelig svikt blant piloter over 60 år. Ei heller var noe slikt hevdet av selskapet. Som en følge av dette var *"sikkerhetsaspektet alene ikke tilstrekkelig til å kunne opprettholde en fratredelsesgrense på 60 år uten å komme i konflikt med forbudet mot aldersdiskriminering."*

Når lagmannsretten på tross av dette kom til at aldersgrensen på 60 år kunne godtas, var dette fordi avtalen generelt var *"gunstig sett fra arbeidstakernes side"*, samt at gjennomstrømmingen av piloter la forholdene til rette for at nyansatte raskt kunne *"avansere til kapteiner og således komme opp på et gunstig lønnsnivå."* Nødvendigheten av sistnevnte hensyn ble imidlertid ikke prøvd av lagmannsretten, og det virker som de bruker dette hensynet mer som en støtte snarere enn en begrunnelse for resultatet.

Som støtte for sitt resultat viser lagmannsretten også til en avgjørelse fra nederlandsk høyesterett, dom av 8. oktober 2004 (Vissers). Spørsmålet i saken var om Vissers pliktet å fratre som pilot ved fylte 56 år i henhold til en tariffastsatt aldersgrensen. Dette besvarte retten bekreftende. Aldersgrensen var satt av KLM med i all hovedsak det formål å sikre avansement for yngre ansatte.<sup>216</sup> Retten kom til at dette var et saklig formål, som ikke kunne gjennomføres med andre virkemidler.<sup>217</sup> Ved vurderingen la nederlandsk høyesterett videre vekt på måten aldersgrensen var fastsatt på, den brede aksept aldersgrensen hadde blant pilotene samt at hver pilot i løpet av yrkeslivet erfarte både fordelene og ulempene ved aldersgrensen. Etter lagmannsrettens syn var faktum i saken direkte overførbart til CHC-dommen.

---

<sup>216</sup> Nicky ten Bokum m.fl. Age discrimination law in Europe, august 2009, heretter ten Bokum, s. 250, delvis tilgjengelig på Google Books: <http://books.google.com/books?id=EIAANLhMI-oC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>

<sup>217</sup> Jf. ten Bokum s.250.

Den vurdering nederlandsk høyesterett foretok kom imidlertid etter å ha vurdert de konkrete forholdene i nederlandsk flybransje samt om alternative tiltak i KLM kunne sikre avansement for yngre ansatte.<sup>218</sup> Lagmannsretten foretar på sin side ingen reell nødvendighetsvurdering i CHC-dommen, annet enn å behandle forholdet til flysikkerheten. Det er da vanskelig å se hvordan lagmannsretten kan konkludere med at en lavere aldersgrense enn den som følger av sertifikatreglene er nødvendig for å sikre avansement for yngre ansatte i CHC.

#### Gjensidige-dommen<sup>219</sup>

Lagmannsretten kom i Gjensidige-dommen til at de anførte hensynene til gjennomstrømming av ansatte, god rekruttering, muligheter for avansement for nye og yngre ansatte, samt hensynet til en verdig avgang var saklige formål etter aml. § 15-13 a, jf § 13-3 annet ledd. Lagmannsretten foretar imidlertid ikke noen nærmere vurdering av hvorvidt aldersgrensen er *nødvendig* for å oppnå hensynene.

Spesielt påfallende er dette når lagmannsretten viser til at den bedriftsinterne aldersgrensen hos Gjensidige innebærer at arbeidstaker får en verdig avgang. Dette hensynet må imidlertid anses tilstrekkelig ivaretatt ved arbeidsmiljølovens 70-årsregel.<sup>220</sup> Det er nemlig svært få forhold ved yrket som kundebehandler som taler for at en tre år lavere grense enn arbeidsmiljøloven skulle være "nødvendig" i lovens forstand for å sikre en verdig avgang. Ei heller overprøvde retten hvorvidt de konkrete rekrutteringsforholdene hos Gjensidige tilsa at en aldersgrense var nødvendig for å sikre avansement for yngre ansatte.<sup>221</sup> Saken er anket og det gjenstår å se om Høyesterett foretar en grundigere nødvendighetsvurdering enn lagmannsretten.

---

<sup>218</sup> Jf. ten Bokum s.250.

<sup>219</sup> LB-2010-99479.

<sup>220</sup> Slik også Prahl-Larsen.

<sup>221</sup> Jf Prahl-Larsen.



## 5.5 Kravet til proporsjonalitet i aml. § 15-13a

### 5.5.1 *Innledning*

I følge forarbeidene medførte innføringen av et krav om proporsjonalitet at de bedriftsinterne aldersgrensene nå måtte *”stå i forhold til det resultat som oppnås.”*<sup>222</sup> Med dette menes for det første at de konkrete ulempene aldersgrensen har for arbeidstaker må stå i samsvar med det formål aldersgrensen skal gjennomføre og de fordelene aldersgrensen gir den enkelte arbeidsgiver.<sup>223</sup> For det andre viser kravet til en totalvurdering, der særlig behovet for *”menneskerettslig beskyttelse for enkeltindividet blir vurdert opp mot behovet for å forskjellsbehandle.”*<sup>224</sup>

Der man tidligere i hovedsak vektla arbeidstakers *økonomiske* interesser, skal man altså nå i tillegg vektlegge egeninteressen i å unngå diskriminering, samt det potensielle stigma en forskjellsbehandling medfører.<sup>225</sup> At aldersgrenser er forskjellsbehandling i arbeidsforhold gjør videre at den menneskelige betydningen av å ha et arbeid blir relevant, og at det derfor *”skal...generelt mye til for at forskjellsbehandlingen kan anses som forholdsmessig.”*<sup>226</sup> Sistnevnte understøttes av Stein Evju som ikke engang finner 70-årsgrensen forholdsmessig, jf. ovenfor.<sup>227</sup>

### 5.5.2 *Underrettspraksis om kravet til proporsjonalitet*

#### Statoil-dommen<sup>228</sup>

Tingretten kom til at særaldersgrensen på 67 år for de landansatte i Statoil verken var saklig begrunnet eller nødvendig i lovens forstand. Om proporsjonaliteten av grensen uttalte retten: *”De hensyn virksomheten har anført må dessuten veies mot at*

---

<sup>222</sup> Jf. Ot.prp.Nr.104 (2002-2003) s.41.

<sup>223</sup> Jf. NOU 2009:14 s. 192.

<sup>224</sup> Ibid.

<sup>225</sup> Jf LB-1995-1486 og NOU 2004:5 s. 311. De psykiske ulempene aldersgrensen medførte ble tidligere i svært liten grad prøvd, annet enn at avgang etter aldersgrensen måtte være forutberegnelig for arbeidstakeren.

<sup>226</sup> Jf. NOU 2009:14 s. 192/193.

<sup>227</sup> Evju s.161.

<sup>228</sup> TSTAV-2005-75777.

*arbeidstakerne ved en slik tvungen aldersgrense mister sitt lovbestemte adgang og frihet til å velge å arbeide frem til fylte 70 år. Under enhver omstendighet dreier det seg om et meget lite antall personer som ønsker å arbeide utover oppnådd pensjonsalder ...”* Retten kunne etter dette ikke se at de fordelene Statoil hadde ved aldersgrensen var større enn de ulempene grensen påførte arbeidstakerne, og de synes særlig å vektlegge at det var snakk om svært få personer som ønsket å arbeide videre.

Retten kom følgelig til at aldersgrensen var i strid med arbeidsmiljøloven. På tross av at dommen har svært liten rettskildemessig vekt inneholder den fornuftige avveininger av rettskildefaktorene. Den er dermed, på flere punkter, godt egnet til å eksemplifisere grensene for tillatelig forskjellsbehandling på grunn av alder etter arbeidsmiljøloven.

#### Widerøe-dommen<sup>229</sup>

Lagmannsretten kom til at en 60-års aldersgrense for piloter i Widerøe både var saklig begrunnet og nødvendig. Om proporsjonaliteten uttalte retten at den tilknyttede pensjonsordningen innebar at arbeidstakernes *”økonomiske interesser etter fratredelse ved oppnådd aldersgrense”* var *”godt ivaretatt”*, og at aldersgrensen derfor, *”etter en samlet vurdering...alt i alt”* ikke fremstod som diskriminerende. Den øvrige vurderingen var imidlertid knyttet opp mot rimeligheten av tariffavtalen som helhet, og retten uttalte sågar at *”det vil være opp til avtalepartene etter forhandlinger hvorvidt aldersgrensen skal opprettholdes i fremtidige kollektivavtaler.”* Som vi skal se nedenfor er det vanskelig å se at en slik argumentasjon er korrekt.

#### (CHC-dommen)<sup>230</sup>

I likhet med Widerøe-dommen kom lagmannsretten i CHC-dommen til at en 60-års aldersgrense for piloter både var saklig begrunnet og nødvendig. Ved proporsjonalitetsvurderingen uttalte så retten at det kun gjenstod 5 år frem til pilotene på grunn av sertifikatreglene uansett måtte slutte å fly, og at det derfor *”som ledd i en totalitet av rettigheter og plikter i et tarifforhold”* var *”saklig i forhold til*

---

<sup>229</sup> RG-2006-1648.

<sup>230</sup> LG-2009-41184.

*arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud å avtalefeste at tjenestetiden skal avsluttes noe tidligere enn det absolutte sluttidspunkt.*"<sup>231</sup> Videre uttalte retten at tariffavtalen hadde "hatt samme innhold i 40 år" og at avtalen totalt sett var gunstig sett fra arbeidstakernes side. I likhet med Widerøe-dommen vektlegger altså retten i stor grad at aldersgrensen følger av en tariffavtale. Som vi skal se i punkt 5.6 er det all grunn til å stille spørsmålsteget ved en slik rettanvendelse.

### Gjensidige-dommen<sup>232</sup>

Lagmannsretten kom til at en 67-års aldersgrense for de ansatte i Gjensidige både var saklig begrunnet og nødvendig. Om proporsjonaliteten av aldersgrensen uttalte lagmannsretten at "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." Lagmannsretten konkluderte så med at aldersgrensen ikke kunne anses uforholdsmessig. Foruten å vurdere hvordan aldersgrensen ivaretar de økonomiske interessene til arbeidstakerne, foretar imidlertid ikke lagmannsretten noen nærmere proporsjonalitetsvurdering. Verken de psykiske- eller de sosiale ulempene regelen påfører arbeidstakerne er vurdert. Dommen er derfor i liten grad egnet til å trekke opp grensene for tillatelig forskjellsbehandling etter arbeidsmiljøloven.<sup>233</sup>

## 5.6 Sammenfatning av rettspraksis

Er så disse fire dommene, på tross av sin begrensede rettskildemessige vekt, egnet til å skissere opp noen holdepunkter for når bedriftsinterne aldersgrenser kan godtas etter aml. § 15-13a første ledd andre setning? Slik vi har sett er dommene langt fra entydige i sin behandling av spørsmålet om hva som kan regnes som aldersdiskriminerende. Spesielt påfallende er dette når en sammenligner Statoil-dommen og Gjensidige-dommen, som begge, med motsatt resultat, behandler 67-årige interne aldersgrenser i hovedsakelig intellektuelle yrker.

---

<sup>231</sup> Min understrekning.

<sup>232</sup> LB-2010-99479.

<sup>233</sup> Se tilsvarende syn i Prahl-Larsen.

Der disse to dommene er motstridende, er imidlertid likheten større mellom rettsanvendelsen i Widerøe-dommen og CHC-dommen, som begge behandler tariffastsatte aldersgrenser på 60 år i luftfarten. For det første preges rettsanvendelsen i begge dommene i stor grad av at aldersgrensen er hjemlet i en tariffavtale.<sup>234</sup> Et utslag av dette er når lagmannsretten i CHC-dommen uttaler ”at diskrimineringsforbudet (ikke)...*kan gis den rekkevidde at en arbeidstaker, som har nytt fordeler av den inngåtte tariffavtalen slik det er redegjort for ovenfor, etter avtalt fratredelsestid skal kunne hevde ytterligere rettigheter. Tariffavtalen vil nødvendigvis være et produkt og avveining av en rekke elementer og hensyn. Et fremstøt som i den konkrete saken vil forrykke balansen i avtalen, og vil kunne få utilsiktede konsekvenser, særlig for yngre arbeidstakere i selskapet som har basert seg på en karrierestige med hurtig avansement og en gunstig pensjonsordning.*”<sup>235</sup> Retten viser så, som støtte for sitt syn, til den tilbakeholdenhet som etter rettspraksis er med å tilsidesette tariffavtaler.

Lagmannsretten ser her på aldersgrensen nærmest som en del av en tariffmessig kjøpslåing. Da kan en fort tape av synet at aldersgrenser som utgangspunktet er direkte aldersdiskriminerende, og at de må tilfredsstille visse vilkår for i det hele tatt å kunne tas inn i tariffavtalene. Slik både Widerøe-dommen og CHC-dommen anvender disse vilkårene, virker det nesten som at det er *andre krav* til unntak fra diskrimineringsforbudet for aldersgrenser fastsatt i tariffavtaler; nemlig at det kun kreves et legitimt formål. Dette er naturligvis ikke riktig. At tariffavtale som hjemmelsgrunnlag har særtrekk som må spille inn på vurderingen av om forskjellsbehandlingen i prinsippet kan berettiges i en totalavveining, er en ting. Dette er også lagt til grunn i EU-retten.<sup>236</sup> Noe helt annet er å hevde at diskrimineringsvernet på en urimelig måte gir arbeidstaker såkalte ”*ytterligere rettigheter*”, slik CHC-dommen formulerer det. Hvis denne uttalelsen er representativ for gjeldende rett er det vanskelig å se at en aldersgrense i en tariffavtale *noen gang* skal kunne angripes.<sup>237</sup>

En annen likhet mellom dommene er at de i stor grad vektlegger at aldersgrensene har vært uendret i flere år. At det er relevant i proporsjonalitetsvurderingen hvorvidt

---

<sup>234</sup> Se punkt 5.4.2 og Kruge s. 243.

<sup>235</sup> Mine understreknings.

<sup>236</sup> de la Villa premiss 74.

<sup>237</sup> Sml. Prah-Larsen.

aldersgrensen er godt innarbeidet i bedriften, er i samsvar med praksis fra EU-domstolen.<sup>238</sup> Dette gjelder imidlertid kun til et visst punkt. Hvordan partene har praktisert ordningen *før* aldersdiskriminering ble forbudt, kan nemlig vanskelig ses å være av avgjørende betydning for hvordan aldersgrensen *nå* skal tolkes, etter implementering av alder som diskrimineringsgrunnlag.<sup>239</sup>

En tredje likhet mellom dommene, som også går igjen i Gjensidige-dommen, er at det virker som at så lenge en aldersgrense dekker arbeidstakers økonomiske interesser, vil den tilfredsstillende kravet til proporsjonalitet.<sup>240</sup> Dette er et for snevert syn på hvilke konsekvenser en aldersgrense har for arbeidstakerne. Den skepsis Stein Evju har frontet til forholdsmessigheten av generelle aldersgrenser står fortsatt, etter mitt syn, som velbegrunnet.<sup>241</sup>

## 6 Veien videre

Som det fremgår av punkt 3.3.2. er det en rekke egnede alternativer til 70-årsregelen som vil forskjellsbehandle i mindre grad, men med den svært omfattende skjønnsmarginen lovgiver er ilagt er det mye som tyder på at regelen likevel må anses i samsvar med rammedirektivet. Selv om 70-årsregelen må anses tillatelig etter rammedirektivet, er det likevel etter min mening gode grunner for å stille spørsmålene om vi i det hele tatt bør ha en generell øvre aldersgrense i arbeidsmiljøloven og om grensen i så fall bør oppjusteres.

Slik ovennevnte, og særlig punkt 3.3.2., har vist, varierer alderens påvirkning på arbeidsprestasjonen fra yrke til yrke. Når arbeidsmiljølovens aldersgrense da gjelder svært mange og svært ulike yrker, kan en spørre seg om det i det hele tatt bør være en øvre generell aldersgrense i arbeidsmiljøloven. Selv om dårligere fysikk i enkelte tilfeller kan kompenseres med økt erfaring, er det nemlig all grunn til å tro at alder påvirker arbeidsprestasjonen tidligere for hovedsakelig fysiske yrker, enn for hovedsakelig

---

<sup>238</sup> Jf. Rosenbladt premiss 43, se punkt 3.4.2

<sup>239</sup> Se tilsvarende syn i Kruge s.244.

<sup>240</sup> Se motsetningsvis tingretten i Statoil-dommen.

<sup>241</sup> Jf. Evju s. 161.

intellektuelle yrker.<sup>242</sup> En aldersgrense som omfatter såvidt ulike yrkeskategorier kan da fort virke uhensiktsmessig, noe som også ble uthevet som en av regelens største svakheter allerede i 1972.<sup>243</sup>

For det andre risikerer man en statisk løsning ved å ha lovfestet en generell grense. Å revidere lov er en omfattende prosess som krever politisk enighet. Ved å sette en uskjønnsom regel, som i tillegg kan være vanskelig å revidere, kan man gjøre det vanskelig å følge med på den sosiale utviklingen. At det er viktig at stillingsvernsreglene følger den sosiale utviklingen, ble fremhevet som et vesentlig poeng allerede i forarbeidene til arbeidsmiljøloven 1977.<sup>244</sup> Spesielt viktig er det at reglene som regulerer seniorers arbeidssituasjon er tilpasset de til enhver tid gjeldende forhold. Som en følge av de store barnekullene som ble født etter andre verdenskrig, reduserte fødselsrater på 1970- og 1980-tallet samt en betraktelig økning i levealder, kommer nemlig andelen innbyggere over 60 år til å øke betraktelig de neste 25 årene.<sup>245</sup> En kan spørre seg om en statisk regel som gir anledning til å si opp folk ved fylte 70 år er den riktige måten å møte en slik "seniorbølge" på.

På den annen side medfører en generell øvre aldersgrense klarhet og forutberegnelighet, og grensen er i tillegg egnet til å sikre en verdig avgang for arbeidstakerne. En rettstilstand der hver yrkesgruppe har sin aldersgrense kan i tillegg fort bli uoversiktlig, særlig med et arbeidsliv i sterk utvikling der det stadig dukker opp nye yrkesgrupper. Etter min mening er det da mer hensiktsmessig, særlig retts teknisk, å sette den generelle grensen tilstrekkelig høyt til at den bør *kunne* dekke alle, for så å sette lavere aldersgrenser der dette trengs.

Det er altså etter min mening mer hensiktsmessig å spørre *hvor høyt* arbeidsmiljølovens aldersgrense skal settes enn å spørre *om* ordningen med en generell aldersgrense bør opprettholdes.

---

<sup>242</sup> Jf St.meld. nr. 6 (2006-2007) s.9 og Solem s. 85/86.

<sup>243</sup> Jf NOU 1972: 21 s. 9; komiteens mindretall Strand og Ottesen.

<sup>244</sup> Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s.72.

<sup>245</sup> St.meld.nr.6 (2006-2007) s.7.

Slik vi så i punkt 3.3.2. har både den fysiske og den psykiske helsetilstanden til eldre endret seg kraftig siden ikrafttredelsen av 70-årsregelen i 1972. Yrkeslivet har heller aldri vært mer tilpasset de Eldres behov med senere yrkesstart, lettere fysisk arbeid, kortere arbeidsdager, adgang til redusert arbeidstid<sup>246</sup> og en ukes ekstra ferie for arbeidstakere over 60 år, jf. ferieloven § 5 andre ledd.<sup>247</sup> I Norge går den rettslige utviklingen mot å legge til rette for at eldre kan stå lengre i jobb. Stadig flere har økt satsingen på inkluderende arbeidsliv ved å undertegne intensjonsavtalen om et inkluderende arbeidsliv, IA-avtalen. Etter ikrafttredelse av den nye pensjonsreformen i januar 2011 kan man kombinere uttak av alderspensjon og arbeid uten avkortning av pensjonen, samtidig som man kan opptjene pensjonsgivende inntekt helt til man fyller 75 år.<sup>248</sup> Gjennomsnittlig levealder har også økt betraktelig. Mens den i 1970 var 74 år<sup>249</sup> var den i 2010 79 år.<sup>250</sup> En økning av gjennomsnittlig levealder med hele 5 år tyder på at stadig flere er i stand til å jobbe. Som en følge av dette har Regjeringen flere ganger vurdert å oppjustere 70-årsgrensen.<sup>251</sup> Dette er foreløpig ikke blitt gjort.

På den annen side har Norge en forholdsvis høy grense sammenlignet med andre land.<sup>252</sup> Til sammenligning er aldersgrensen i Sverige 67 år, aldersgrensen i Finland 68 år, aldersgrensen i Danmark er nettopp hevet fra 65 til 70 år, mens man i Storbritannia nylig vedtok å fjerne aldersgrensen som til nå hadde vært 65 år.<sup>253</sup> En kan med andre ord si at Norge har en av Europas høyeste lovfestede aldersgrenser.

I lys av den kunnskap en har om alderens påvirkning på arbeidskapasiteten, samt den betydelige levestandsutvikling som har vært siden 1972, er det likevel mye som taler for at lovens grense på 70 år bør oppjusteres. Det er nemlig vanskelig å se at en aldersgrense på 70 år, som har stått uendret siden 1972, bør opprettholdes i 2011.

---

<sup>246</sup> Jf aml. §10-2 (4).

<sup>247</sup> Om dette se Fakta om seniorer i arbeidslivet 2008 utarbeidet av NOVA og NIVI Analyse for Senter for Seniorpolitikk s.10.

<sup>248</sup> Jf. Ot.prp.nr. 37 (2008-2009) s. 9 og Innst.O.nr.67 (2008-2009) punkt 7.1.

<sup>249</sup> St.meld.nr. 6 (2006-2007) s. 107.

<sup>250</sup> <http://www.ssb.no/norge/helse/> Beregnet som gjennomsnitt av tallene for menn og kvinner.

<sup>251</sup> St.meld.nr. 6 (2006-2007) s. 107 og Innst.O.nr. 84 (2008-2009) punkt 1.7.2.

<sup>252</sup> Jf. Innst.O.nr. 84 (2008-2009) punkt 1.7.2.

<sup>253</sup> Jf Government response side 15.

Til det er kunnskapen om alderens innvirkning på arbeidsprestasjon, den generelle bedringen av Eldres fysiske og psykiske tilstand, den generelle velstandsutviklingen og tilpassingen av arbeidslivet kommet for langt. Mye taler for at en økning av arbeidsmiljølovens aldersgrense er et hensiktsmessig neste steg på veien.

Vel så spennende er utbredelsen av bedriftsinterne aldersgrenser etter arbeidsmiljøloven og hvilke hensyn disse bør kunne ivareta. I skrivende stund skal to saker opp for Høyesterett om temaet. I Gjensidige-dommen gjenstår det å se om Høyesterett behandler spørsmålet om saklig grunn mer inngående enn lagmannsretten har gjort. Det er vanskelig å se at de økonomiske hensynene Gjensidige har valgt kan legitimere en grense som er lavere enn 70-årsgrensen og at grensen skal kunne opprettholdes av Høyesterett. Saken følges med stor interesse av mange. Svært mange arbeidsgivere har nemlig 67 år som aldersgrense for sine ansatte. Noen nøyaktige tall på hvor mange foreligger ikke, men Finansnæringens Arbeidsgiverforening anførte i Gjensidige-dommen at et "betydelig flertall" av dets medlemmer hadde en slik 67 års grense. NHO har bekreftet at dette også er tilfelle for mange av deres medlemsbedrifter.<sup>254</sup> Bedriftsfastsatte aldersgrenser berører også flere og flere, da en stadig større andel av arbeidstakerne blir mellom 50 år og eldre. Demografiske studier utført i EU-området har konkludert med at det innen 2025 vil være dobbelt så mange arbeidstakere på 50 år eller eldre som det er arbeidstakere på 25 år eller yngre.<sup>255</sup> For mange av disse vil resultatet i Gjensidige-dommen kunne få avgjørende betydning.

I CHC-dommen kommer resultatet an på avgjørelsen i EU-domstolens sak C-447/09 (Lufthansa). Det blir spesielt interessant å se om Høyesterett legger like stor vekt på at grensen fulgte av en tariffavtale som lagmannsretten, se punkt 5.6. Det har jeg vanskelig for å tro, da vilkårene for at en aldersgrense ikke skal være aldersdiskriminerende må være de samme uansett hjemmelsgrunnlag.

---

<sup>254</sup> Utredning om arbeidsmiljølovens 70-årsregel 30.01.2009 tilgjengelig på: <http://www.nho.no/getfile.php/bilder/RootNY/Kompetanse/vedlegg%203%2070%20%E5rsregelen.pdf>

<sup>255</sup> Juhani E Ilmarinen, Aging Workers inntatt i Occupational and Environmental Medicine (OEM) Volume 58, Issue 8, august 2001 s. 546.



Når det gjelder lovutviklingen på området blir det spennende å se om utkastet til ny enhetlig diskrimineringslov blir vedtatt. Av særlig interesse for adgangen til å sette særskilt fastsatte aldersgrenser er forslaget § 5 andre ledd som lyder: *"Generelle aldersgrenser i...landsomfattende tariffavtale, som er begrunnet i saklige formål, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering etter § 4."*<sup>256</sup> Å sette *"landsomfattende tariffavtale"* i en særstilling ved fastsetting av særaldersgrenser i yrkeslivet har mye for seg. På bakgrunn av den likevekt partene som utgangspunkt har mellom seg, samt den gode oversikten partene har over det konkrete arbeidets art, må man anta at slike grenser gir et hensiktsmessig uttrykk for hva rimelig avgangsalder for yrket må antas å være.<sup>257</sup> Tilsvarende momenter er også pekt på i Widerøe-dommen.<sup>258</sup>

På den annen side risikerer man ved tarifffastsatte grenser at like yrker på samme arbeidsplass får ulike aldersgrenser, alt etter hvilke tariffavtaler de er tilknyttet.<sup>259</sup> Tariffavtalens aldersgrense vil også kunne gjøres gjeldende også mot uorganiserte arbeidstakere, og dermed binde flere enn de som *"ønsker å bli bundet."*<sup>260</sup> På bakgrunn av den øvrige rettslige utviklingen kan en i tillegg spørre seg om en *utvidelse* av adgangen til å fastsette særaldersgrenser er en fornuftig vei å gå.

Da aldersdiskriminering er nytt både i europeisk- og norsk målestokk, kan en forvente seg en rekke juridiske problemstillinger om temaet framover. Flere vil nok også følge Storbritannias eksempel ved helt ut å vurdere sine generelle lovfestede aldersgrenser. Hvilken rettslig utvikling Norge legger opp til gjenstår å se.

Antall ord i besvarelsen: 17962.

---

<sup>256</sup> Jf NOU 2009:24 s. 327.

<sup>257</sup> Jf NOU 2009:14 s.197. Da det etter Lov om arbeidstvister 05. mai 1927 nr.1, heretter arbeidstvistloven, § 1 nr. 3 er beskjedne krav til hva som kan regnes som en "fagforening" på arbeidstakersiden, har en ikke noen tilsvarende garanti for likevekt ved de tariffavtalene som *ikke* er *"landsomfattende"*. Aldersgrensene i disse bør derfor, etter min mening, kunne prøves på vanlig måte.

<sup>258</sup> Lagmannsrettens votum er imidlertid kritisert av Geir Kruge; se Kruge s. 244.

<sup>259</sup> Jeg legger til grunn at det ulovfestede ufravikelighetsprinsippet i tariffretten *ikke* er til hinder for at arbeidsgiver inngår avvikende tariffavtaler på arbeidsplassen, jf. Storeng m.fl. s. 482.

<sup>260</sup> Jf. ARD-1983-301 på side 318 og Storeng m.fl. s. 480.

## 7 Kilderegister

### Lover og konvensjonstekster

Arbeidsmiljøloven. Lov 17. juni 2005 nr. 62

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), gjennomført ved Lov nr. 109 27. november 1992

Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller av 4. november 1950

Employment Equality (Age) Regulations 2006, SI nr. 1031/2006 Section 30 (2), jf Section 3 (1) i.f. , trådte i kraft 1.oktober 2006. (Storbritannia)

FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966

Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab undertegnet i Lisboa 13. desember 2007

Lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn m.fl. 21. desember nr. 1. 1956

Lov om arbeidervern 19.juni 1936 nr.8

Lov om arbeidervern 7. desember 1956 nr.2

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. 4. februar 1977 nr. 4

Lov om arbeidstvister 05. mai 1927 nr.1

Lov om endringer i lov av 7. desember 1956 om arbeidervern... 15.desember 1972 nr. 78

Lov om endringer i lov 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (likebehandling i arbeidslivet m.m.) 26.mars 2004 nr.15

Lov om ferie 29. april 1988 nr. 21

Lov om statens tjenestemenn m.m. 4. mars nr. 3 1983

Rådskolektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv . (Rammedirektivet)

Sjømannsloven. Lov 30. mai 1975 nr. 18

Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, undertegnet i Roma 25. mars 1957 (EF-traktaten)

## Forarbeider

British Department for Business Innovation & Skills: "Phasing out the default retirement age: Government response to consultation" januar 2011 (Storbritannia)

British Department for Business Innovation & Skills: "Phasing out the default retirement age: Government response to consultation: Impact Assessment" januar 2011 (Storbritannia)

Innst.O.nr.67 (2008-2009)

Innst.O.nr.84 (2008-2009)

NOU 1972:21 *Oppsigelse ved nådd pensjonsalder etter lov om folketrygd*

NOU 2003:2 *Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet*

NOU 2004:5 *Arbeidslivslovutvalget*

NOU 2009:14 *Et helhetlig diskrimineringsvern*

Ot.prp.nr.17 (1972-1973)

Ot.prp.nr.41 (1975-1976)

Ot.prp.nr.67 (1996-1997)

Ot.prp.nr.104 (2002-2003)

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)

Ot.prp.nr. 85 (2005-2006)

Ot.prp.nr.44 (2007-2008)

Ot.prp.nr.37 (2008-2009)

Ot.prp.nr.54 (2008-2009)

Retningslinjer for beskjeftigelse vedtatt av Det Europeiske Råd i Helsinki 10. og 11. desember 1999 (EU)

St.meld.nr.6 (2006-2007)

St.meld.nr.12 (2004-2005)

St.prp.nr.11 (2003-2004)

### Avgjørelser fra EU-domstolen

EU-domstolens dom 22.november 2005 i sak C-144/04 Werner Mangold-Rüdiger Helm (Mangold)

EU-domstolens dom 16. oktober 2007 i sak C-411/05 Felix Palacios de la Villa-Cortefiel Servicos SA (de la Villa)

EU-domstolens dom 5. mars 2009 i sak C-388/07 The Queen, på vegne av The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing, Age Concern England,- Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform (Age Concern)

EU-domstolens dom 18. juni 2009 i sak C-88/08 David Hütter-Technische Universität Graz (Hütter)

EU-domstolens dom 12. januar 2010 i sak C-341/08 Dominica Petersen – Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen - Lippe (Petersen)

EU-domstolens dom 19. januar 2010 i sak C-555/07 Seda Küçükdeveci-Swedex GmbH & Co. KG (Küçükdeveci)

EU-domstolens dom 12. oktober 2010 i sak C-45/09 Gisela Rosenblatt-Oellerking Gebäudereinigungsges (Rosenblatt)

EU-domstolens dom 18. november 2010 i de forenede sakene C-250/09 og C-268/09 Vasil Ivanov Georgiev – Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv (Georgiev)

### Saker som verserer ved EU-domstolen

Sag C-447/09: Anmodning om prejudisiell avgjørelse inngitt av Bundesarbeitsgericht (Tyskland) 18. november 2009 — Reinhard Prigge, Michael Fromm og Volker Lambach mot Deutsche Lufthansa AG

### Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 1935 s.467

Rt. 1989 s. 508

Rt. 2000 s.1811 (Finanger I)

Rt. 2009 s.685

Rt. 2009 s.1465

Rt. 2010 s.202 (Nye Kystlink)

Rt.2010 s.944 (Forberedende dommer Tjomsland)

#### Avgjørelser fra arbeidsretten

Arbeidsrettens dom 30. november 1983 (ARD-1983-301)

#### Avgjørelser fra tingrett og lagmannsrett

Agders lagmannsretts dom 20. januar 1968 (RG. 1968 s.371)

Borgarting lagmannsretts dom 25. mars 1996 (LB-1995-1486)

Borgarting lagmannsretts dom 17. august 2010 (LB-2009-165616)

Borgarting lagmannsretts dom 13. desember 2010 (LB-2010-99479)  
(Gjensidigedommen)

Eidsivating lagmannsretts dom 27. februar 1961 (RG. 1961 s.593)

Eidsivating lagmannsretts dom 19. januar 1996 (RG. 1996 s.1664)

Gulating lagmannsretts dom 6. november 2009 (LG-2009-41184) (CHC-dommen)

Hålogaland lagmannsretts dom 13. juli 2006 (RG. 2006 s. 1648) (Widerøedommen)

Oslo byretts dom 29. januar 1987 (NAD-1987-199)

Oslo tingretts dom 16. april 2010 (TOSLO-2009-143503)

Stavanger tingretts dom 12. mai 2006 (TSTAV-2005-75777) (Statoildommen)

#### Avgjørelser fra utenlansk rett

Case No: CO/5485/06, Before Mr Justice Blake, High Court of Justice: Queen`s Bench Division premiss 113, avsagt 25.09 2009 (Storbritannia)

Dom fra nederlandsk høyesterett avsagt 8. oktober 2004 (Vissers-dommen)

#### Litteratur

Barnard, Cathrine EC Employment Law Oxford University Press Third Edition

Eckhoff, Torstein Rettskildelære 5. utgave 2001

Evju, Stein Aldersdiskriminering, likebehandling og pensjonsalder. Arbeidsrett vol 3 nr.3 2006

Fleischer, Carl August Rettskilder og juridisk metode Ad Notam Gyldendal 1998

Fougner, Jan og Lars Holo Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave 2006

Ilmarinen, Juhani E Aging Workers inntatt i Occupational and Environmental Medicine (OEM) Volume 58, Issue 8 August 2001

Jakhelln, Henning Oversikt over arbeidsretten DAMM Forlag 4. utgave

Kruege, Geir Diskriminering på grunn av alder – særlig om aldersgrenser. Status og kommentarer. Tidsskrift for arbeidsrett nr. 04 2007

Lunde, Åsmund Voksne i arbeid- Fra avvikling til utvikling Tiden forlag 2000

Nielsen, Ruth European Labour Law DJØF Publishing 1. Edition 2000

NOVA og NIVI Analyse for Senter for Seniorpolitikk, Fakta om seniorer i arbeidslivet 2008

Nygaard, Nils Rettsgrunnlag og standpunkt 2. utgave 2004

Prahl, Larsen Aldersgrenser i arbeidslivet Tidsskriftet Magma nr.1 2011

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad EØS-rett 2. utgave 2005

Solem, Per Erik For gammel? Kunnskapsstatus om aldring, arbeid og pensjonering, NOVA-rapport 4/01

Storeng, Nils H. , Tom H. Beck og Arve Due Lund, Arbeidslivets spilleregler Universitetsforlaget 2006

Synovate for Senter for Seniorpolitikk: Norsk seniorpolitisk barometer: yrkesaktiv befolkning august 2010

ten Bokum, Nicky og Paul Bartelings, Age discrimination law in Europe, August 2009

Åkenes, Stig i Henning Jakhelln m.fl. Arbeidsrett.no Kommentar til arbeidsmiljøloven § 15-13a, mai 2010

#### Internetthenvvisninger

<http://www.adressa.no/nyheter/utenriks/article1236646.ece>

<http://www.aftenposten.no/reise/nyheter/article3449958.ece>

<http://books.google.com/books?id=EIAANLhMI-oC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>

<http://www.nho.no/getfile.php/bilder/RootNY/Kompetanse/vedlegg%203%2070%20%E5rsregelen.pdf>

<http://www.seniorpolitikk.no/var/uploaded/SSP-dokumenter/Y-2010%20NSPB.pdf>

<http://www.sivilokonomene.no/?nid=210704>

[www.snl.no/sosialpolitikk](http://www.snl.no/sosialpolitikk)

<http://www.sph.dep.no/Statens-Personalhandbok/7-Hovedtariffavtalen-i-staten-1-mai-2008---30-april-2010/75Diverse/759--Seniorpolitiske-tiltak/#7.5.9%20Seniorpolitiske%20tiltak>

<http://www.ssb.no/norge/helse/>

[http://www.svd.se/nyheter/inrikes/70-aringar-har-blivit-mer-intellektuella\\_5575237.svd](http://www.svd.se/nyheter/inrikes/70-aringar-har-blivit-mer-intellektuella_5575237.svd)