

# VEKTLEGGING AV ALDER VED NEDBEMANNING

*Interesseavveining og utvelgelse  
etter arbeidsmiljøloven § 15-7,  
med særlig vekt på alder som utvelgelseskriterium og  
forholdet til reglene om aldersdiskriminering*



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 627  
Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 17667 ord

24.04.2012

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Presiseringer	3
1.4	Videre fremstilling	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDENE</u></b>	<b><u>5</u></b>
2.1	Innledning	5
2.2	Lovregler	5
2.2.1	Aml. § 15-7	5
2.2.2	Arbeidsmiljølovens kap. 13	6
2.3	Forarbeider	6
2.4	Rådsdirektiv 2000/78/EF	7
2.5	Norsk rettspraksis	8
2.6	Rettspraksis fra EU domstolen	9
2.7	Spesielle metodehensyn	11
<b><u>3</u></b>	<b><u>NEDBEMANNINGSPROSESSEN</u></b>	<b><u>13</u></b>
3.1	Rettslig utgangspunkt, § 15-7 første og andre ledd	13
3.1.1	Generelt om saklighetskravet	14
3.1.2	Saklig behov for å nedbemanne	17

<b>3.2</b>	<b>Interesseavveiningen</b>	<b>18</b>
<b>3.3</b>	<b>Utvelgelsesprosessen</b>	<b>20</b>
3.3.1	Utvelgelseskriteriene	21
3.3.1.1	Ansiennitet	21
3.3.1.2	Kompetanse	24
3.3.1.3	Særlige sosiale eller personlige hensyn	24
3.3.1.4	Spesielt om alder	25
3.3.2	Utvelgelseskrets	27
<b>3.4</b>	<b>Annet passende arbeid i virksomheten</b>	<b>28</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>DET GENERELLE FORBUDET MOT ALDERSDISKRIMINERING</u></b>	<b><u>30</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Aml. § 13-1: Rettslig utgangspunkt i norsk rett</b>	<b>30</b>
4.1.1	Direkte og indirekte diskriminering	31
4.1.2	Forholdet til de andre diskrimineringslovene	33
<b>4.2</b>	<b>Den generelle unntaksbestemmelse, aml. § 13-3 første ledd</b>	<b>34</b>
<b>4.3</b>	<b>Unntak for diskriminering på grunn av alder, aml. § 13-3 andre ledd</b>	<b>35</b>
4.3.1	”Legitimt formål innenfor rammene av nasjonal rett”	36
4.3.2	”Saklig eller legitimt formål”	37
4.3.3	Forholdsmessighetsvurderingen	38
<b>4.4</b>	<b>Rådsdirektiv 2000/78/EF</b>	<b>41</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>I HVILKEN GRAD KAN ALDER VEKTLLEGGES I OPPSIGELSESSAKER BEGRUNNET I VIRKSOMHETENS FORHOLD?</u></b>	<b><u>44</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Ved interesseavveiningen</b>	<b>44</b>
<b>5.2</b>	<b>Ved utvelgelsesprosessen</b>	<b>50</b>
5.2.1	Der de med høy alder beholder jobben	51
5.2.2	Der de med høy alder blir sagt opp: SAS-dommen	52
5.2.3	Andre tenkte situasjoner med utgangspunkt i SAS-dommen	57
5.2.4	Utfordringer for yngre arbeidstakere når det legges vekt på høy alder	62

<b><u>6</u></b>	<b><u>VIRKNINGER AV ALDERSDISKRIMINERING VED NEDBEMANNING</u></b>	<b><u>65</u></b>
6.1.1	Spesielt om bevisbyrde	65
6.1.2	Virkninger av diskriminering	65
6.1.3	Virkninger av usaklig oppsigelse	66
<b><u>7</u></b>	<b><u>KONKLUSJON</u></b>	<b><u>68</u></b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>69</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Tema og problemstilling

Denne avhandlingen omhandler noen utvalgte problemstillinger knyttet til arbeidsgivers juridiske spillerom under nedbemanningsprosesser. For at en arbeidsgiver skal kunne si opp noen av sine arbeidstakere i en slik prosess må oppsigelsen være ”saklig begrunnet i virksomhetens forhold”, jf. § 15-7. Dette forutsetter for det første at virksomheten har et nødvendig behov for å redusere antall ansatte. Spørsmålet blir for det andre hvem som skal sies opp. Dette må avgjøres gjennom en saklig interesseavveining mellom virksomhetens behov og den enkelte arbeidstakers ulempe i hvert enkelt tilfelle, og en saklig utvelgelse av flere arbeidstakere. Temaet for oppgaven er hvordan alder skal vektlegges ved disse to vurderingene og hvordan dette må ses i sammenheng med reglene om aldersdiskriminering.

Reglene om aldersdiskriminering er hjemlet i arbeidsmiljølovens kapittel 13. Når det kommer til diskriminering er det to overordnede hensyn som gjør seg gjeldende. Hensynet til arbeidsgivers styringsrett må avveies mot arbeidstakerens og samfunnets behov for å hindre diskriminering i arbeidslivet.<sup>1</sup> Dersom det foreligger ulovlig aldersdiskriminering tilsier dette at oppsigelsen ikke er saklig. Arbeidsgivers styringsrett ved spørsmålet om nedbemanning er dermed både styrt av saklighetskravet i § 15-7, men også av reglene om aldersdiskriminering. Problemstillingen i avhandlingen blir hvordan alder kan vektlegges i en nedbemanningsprosess uten at dette enten er usaklig eller at det foreligger ulovlig aldersdiskriminering. Dette innebærer både å se på hvordan høy og lav alder kan, og bør, vektlegges i nedbemanningsprosessen, uten at resultatet blir en usaklig oppsigelse.

---

<sup>1</sup> Benson (2008) s. 87

## 1.2 Avgrensninger

Avhandlingen tar utgangspunkt i arbeidsmiljølovens bestemmelser. Både sjømannsloven og tjenestemannsloven har lignende bestemmelser som kan være relevante innenfor deres områder, men disse er ikke del av det rettslige grunnlag for denne oppgaven.

Videre gjelder avhandlingen nedbemanning der noen medarbeidere må sies opp mens andre blir beholdt. Nedleggelse av en hel virksomhet faller derfor utenfor. Problemstillingen er også kun rettet mot oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold.

Det er flere andre lover som regulerer diskriminering, også i arbeidslivet. Disse er henvist til i § 13-1 fjerde til sjetten ledd. Vern mot diskriminering på grunn av kjønn, religion, livssyn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk og funksjonshemming reguleres av likestillingsloven, diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Det er bare arbeidsmiljøloven som har regler om aldersdiskriminering, og dermed vil det kun redegjøres for denne lovs kapittel 13 i denne oppgaven.

I forhold til bestemmelsen om usaklig oppsigelse i § 15-7 har bestemmelsens fjerde ledd blitt endret til en ny bestemmelse, § 15-13a.<sup>2</sup> Dette er en spesialregel om når det er tillatt å bringe et arbeidsforhold til opphør på grunn av alder. Arbeidsgiver har rett til dette når arbeidstaker har fylt 70 år. Lavere aldersgrense er likevel tillatt dersom det følger av annet gyldig rettsgrunnlag. I tillegg må aldersgrensen, i samsvar med § 13-3 andre ledd, være saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende.<sup>3</sup> Bestemmelsen er i tråd med rammedirektivet.<sup>4</sup>

§ 15-13a vil ikke vies stor plass i denne oppgaven. Rettspraksis vedrørende aldersdiskriminering er likevel stort sett basert på spørsmålet om aldersgrenser. Da

---

<sup>2</sup> Endret ved lov 19. juni 2009 nr.39

<sup>3</sup> Aml (2005) § 15-13a første ledd andre punktum

<sup>4</sup> Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s. 63

utgangspunktet for tolkningen er hva som er tillatt etter § 13-3 andre ledd vil derfor rettspraksis knyttet til § 15-13a, både fra EU-domstolen og Høyesterett, ha betydning for tolkningen av aldersdiskriminering i nedbemanningsprosesser.<sup>5</sup>

### 1.3 Presiseringer

Både begrepet ”forskjellsbehandling” og ”diskriminering” benyttes i oppgaven. Av forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov<sup>6</sup> påpeker at selv om ordlyden noen steder er endret fra ”forskjellsbehandling” til ”diskriminering” innebærer dette ikke noen realitetsendring. I denne oppgave brukes *diskriminering* der begrepets rettslige innhold og definisjon behandles. Handlingene som vurderes er derimot karakterisert som *forskjellsbehandling*.

### 1.4 Videre fremstilling

Avhandlingen består av seks hovedpunkter. I punkt 2 vil de relevante rettskildene som er benyttet i oppgaven bli presentert. De spesielle metodiske spørsmål som oppstår i forbindelse med EU-direktivets betydning for norsk rett vil også behandles, se punkt 2.7. Videre tar avhandlingen utgangspunkt i nedbemanningsprosessen og reglene om saklig grunn til oppsigelse i § 15-7, jf. punkt 3. Her vil det bli redegjort for de ulike vurderingene bedriften må foreta dersom den ønsker å si opp noen av sine arbeidstakere. I punkt 4 vil reglene om aldersdiskriminering bli presentert. Det vil redegjøres for både kapittel 13 i arbeidsmiljøloven og Rådskdirektiv 2000/78/EF. Sentralt står unntak for diskriminering på grunn av alder i § 13-3 andre ledd, og hvordan denne bestemmelsen skal tolkes i lys av norsk rettspraksis, rammedirektivet og EU-domstolens praksis.

Punkt 5 omhandler avhandlingens mest sentrale problemstilling, om i hvilken grad hensynet til arbeidstakerens alder skal og kan vektlegges i oppsigelsessaker begrunnet i virksomhetens forhold. I punkt 5.1 belyses spørsmålet om hvordan aldershensyn *skal*

---

<sup>5</sup> Se punkt 2.5 og 2.6

<sup>6</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 325

vektlegges i interesseavveiningene. Det vil her bli gitt eksempler på at Høyesterett og lagmannsretten har konkludert med at oppsigelsene ikke var saklige ved at aldershensynet ikke var tilstrekkelig vektlagt. Videre vil spørsmålet rundt vektlegging av alder i utvelgelsesprosessen drøftes i punkt 5.2. Problemstillingen blir hvordan arbeidstakerens høye og lave alder *kan* vektlegges, og hvordan disse vurderingene forholder seg til reglene om aldersdiskriminering. I punkt 5.2.3 og 5.2.4 vil jeg forsøke å vurdere andre tenkte situasjoner som kan tilsi at vurderingene rundt alder og diskriminering blir annerledes enn den rettspraksis som foreløpig foreligger.

Til slutt vil også virkningene av aldersdiskriminering ved nedbemanning behandles i punkt 6, og avhandlingen avsluttes med en kort oppsummering og konklusjon i punkt 7.



## 2 Rettskildene

### 2.1 Innledning

Utgangspunktet for denne avhandlingen er hovedsakelig norsk rett. Av den grunn er det først og fremst den alminnelige rettskildelæren som legges til grunn. Sentralt står dermed lovregler, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori i norsk rett.<sup>7</sup> Siden de norske reglene om aldersdiskriminering er ment å implementere Rådskonklusjon 2000/78/EF, vil innholdet av dette og rettspraksis fra EU-domstolen (tidligere EF-domstolen) også presenteres. Nedenfor vil det bli gitt en oversikt over rettskildelæren og gjeldende rett tilknyttet avhandlingen, i tillegg til en kortfattet presentasjon av de sentrale kildene som er benyttet. Spesielle metodiske spørsmål i forbindelse med EU-direktivet vil også bli redegjort for i punkt 2.7.

### 2.2 Lovregler

#### 2.2.1 Aml. § 15-7

Vern mot usaklig oppsigelse er hjemlet i § 15-7. Bestemmelsens første ledd fastslår at en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er ”saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiver eller arbeidstakers forhold”. Videre presiserer andre ledd oppsigelsesadgangen ved driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak. Dette vil det blir redegjort for i punkt 3. Da arbeidsmiljøloven av 2005<sup>8</sup> trådte i kraft<sup>9</sup>, ble reglene om vern mot usaklig oppsigelse i arbeidsmiljøloven av 1977<sup>10</sup> § 60 videreført som § 15-7 uten endringer.<sup>11</sup> Praksis før lovens ikrafttredelse er dermed fortsatt relevant, se punkt 2.4. Reglene om virkninger av usaklig oppsigelse i § 15-12 vil også presenteres i punkt 6.1.3.

---

<sup>7</sup> Eckhoff (2001) s.23

<sup>8</sup> Lov 17. Juni 2005 nr.62

<sup>9</sup> 1. januar 2006

<sup>10</sup> Lov 4.feb 1977 nr.4, heretter kalt aml. (1977)

<sup>11</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.335

## 2.2.2 Arbeidsmiljølovens kap. 13

Forbud mot aldersdiskriminering ble i kapittel XA og XB innført i gjeldende arbeidsmiljølov, aml. (1977).<sup>12</sup> Reglene trådte i kraft 1. mai 2004 for å gjennomføre rammedirektivet i norsk rett.

Arbeidsmiljølov av 2005 trådte i kraft 1. januar 2006. Lovens kapittel 13 viderefører stort sett kapittel XA i aml. (1977) om likebehandling i arbeidslivet.<sup>13</sup> Reglene gir vern mot diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering eller alder.

§ 13-1 angir hovedregelen om at aldersdiskriminering er forbudt. Videre følger anvendelsesområdet for bestemmelsen i § 13-2 og hvilke unntak som kan påberopes i § 13-3. Disse bestemmelsene vil det bli redegjort nærmere for i punkt 4. I tillegg vil reglene om bevisbyrde i § 13-8 og virkningene av brudd på diskrimineringsforbudet i § 13-9 presenteres, se punkt 6.1.1 og 6.1.2.

## 2.3 Forarbeider

Det er flere forarbeider som benyttes i oppgaven, og her vil de mest sentrale bli presentert. Da oppgaven hovedsakelig tar utgangspunkt i arbeidsmiljøloven, vil forarbeidene for det meste være knyttet til dagens lov, og også aml. (1977).

For det første er *Ot.prp.nr.49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)* relevant. Dette er det sentrale forarbeidet til arbeidsmiljøloven av 2005, og omhandler både reglene om aldersdiskriminering i kap.13 og bestemmelsen om vern mot usaklig oppsigelse i § 15-7.

---

<sup>12</sup> Ved lov av 26. mars 2004 nr. 15

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s.193

Ettersom § 15-7 ble videreført uten endringer blir utgangspunktet den tilsvarende bestemmelse i tidligere lov. *Ot.prp.nr.41 (1975-1976) om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø* er forarbeidet til § 60 i aml.(1977) og vil derfor være av spesiell interesse.

Da reglene om aldersdiskriminering ble innført i gjeldende arbeidsmiljølov, aml. (1977), var det for å gjennomføre rådsdirektiv 2000/78/EF i norsk rett. Det foreligger flere forarbeider til innføringen av direktivet. Avhandlingen vil ta utgangspunkt i *Ot.prp.nr.104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4.februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv (likebehandling i arbeidslivet) m.m.* Her kom departementet med forslag om at det skulle innføres et eget kapittel om likebehandling i arbeidslivet.

## 2.4 Rådsdirektiv 2000/78/EF

Reglene om aldersdiskriminering i norsk rett bygger på Rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv.<sup>14</sup> Sammen med Rådsdirektiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisitet<sup>15</sup> inngår dette rammedirektivet i EUs ikke-diskrimineringspakke.

Rammedirektivet ble vedtatt etter inngåelsen av EØS-avtalen og er hjemlet i EF-traktaten artikkel 13 om likebehandling uavhengig av kjønn, rase, etnisk opprinnelse, religion, tro, handikap, alder eller seksuell legning. EFTA-landene ble aldri enige om å innlemme direktivet i EØS-avtalen, selv om dette var et ønske fra norske myndigheter. Norge erklærte likevel at lovgivning tilsvarende direktivet ville bli vurdert.<sup>16</sup> Det ble utarbeidet en innstilling om hvilke endringer som var nødvendige for å gjennomføre rammedirektivet i norsk lovgivning.<sup>17</sup>, og denne ble fulgt opp i *Ot.prp.nr.104 (2002-2003)*.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Heretter kalt rammedirektivet eller direktivet

<sup>15</sup> Også kalt EUs etnisitetsdirektiv, gjennomført gjennom diskrimineringsloven

<sup>16</sup> Hellum (2008), s.122. Se også *Ot.prp.nr.104 (2002-2003)* s.14

<sup>17</sup> NOU 2003:2 s.8

Gjennom St.prp.nr 11 (2003-2004) ble det bestemt at norsk lovgivning skulle endres slik at den var i samsvar med rammedirektivet. Regjeringen ønsket å være en del av det europeiske samarbeidet, skaffe seg kunnskap om- og være med på utviklingen av diskrimineringsvernet på lik linje med EU.<sup>19</sup> Dette var et tydelig uttrykk for politisk forpliktelse, men viste likevel at Norge ikke var *rettslig* forpliktet til å gjennomføre direktivet. Konsekvensene av at rammedirektivet ikke er en del av EØS-avtalen er at forrangsbestemmelsen i EØS-loven<sup>20</sup> ikke kommer til anvendelse. EFTAs overvåkingsorgan og EFTA-domstolen har heller ikke kompetanse til å håndheve reglene.<sup>21</sup> Betydningen av rammedirektivet i norsk rett vil bli redegjort for i punkt 2.7.

## 2.5 Norsk rettspraksis

Denne avhandlingen omhandler flere norske rettsavgjørelser. De fleste avgjørelsene omtales i forbindelse med problemstillingen de belyser. Nedenfor følger likevel en presentasjon av de to norske rettsavgjørelsene som har størst betydning vedrørende nedbemanning og aldersdiskriminering.

Rt-1986-879, *Hillesland-dommen*, er den grunnleggende dommen om hvilke utvelgelseskriterier som er relevante i nedbemanningsprosessen. Dommen gjaldt fire oppsagte arbeidstakere som gikk til sak mot sin arbeidsgiver, Kåre Hillesland A/S, og hevdet at oppsigelsene ikke var saklige. De anførte både at hensynene som var vektlagt ikke var saklige, men også at andre arbeidstakere burde vært oppsagt istedenfor dem. Problemstillingen var hvilke hensyn arbeidsgiver kunne legge vekt på i oppsigelsesprosessen. Dommen belyser interesseavveiningen mellom virksomhetens behov og ulempene oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker. Den har også betydning for hvilke hensyn som er relevant å legge vekt på i utvelgelsesprosessen, når valget av hvem

---

<sup>18</sup> Se punkt 2.3

<sup>19</sup> St.prp nr.11 (2003-2004) s.2 og 3

<sup>20</sup> Jf. Lov av 27. Nov 1992 nr 109, EØS-loven, § 2

<sup>21</sup> Hellum (2008) s.122

som skal sies opp står mellom flere arbeidstakere. Denne dommen omtales mange steder, men spesielt i punkt 5 om i hvilken grad alder kan vektlegges i slike saker.

Rt-2011-609, *SAS-dommen*, er den nye sentrale avgjørelsen om nedbemanning og aldersdiskriminering. Den blir grundig omtalt senere i oppgaven, spesielt i punkt 5.2.2. Saken omhandlet ti oppsagte piloter som gikk til sak mot sin arbeidsgiver SAS Norge. Alle pilotene som ble sagt opp var over 60 år. For å verne de yngre pilotene ble de eldste arbeidstakerne sagt opp, til tross for at de hadde høyere ansiennitet. Det var enighet mellom SAS Norge og de tillitsvalgte om at de eldste pilotene skulle sies opp, da disse blant annet hadde rett på betydelige pensjonsytelser. De oppsagte pilotene anførte at oppsigelsene var usaklige både fordi det var lagt vekt på sosiale hensyn, og fordi det forelå ulovlig aldersdiskriminering, jf. § 13-3 andre ledd. Det sentrale spørsmålet knyttet seg derfor til hvorvidt avtalen SAS og fagforeningen inngikk om å legge vekt på sosiale hensyn hadde et saklig formål og om forholdsmessighetskravet var oppfylt.

## 2.6 Rettspraksis fra EU domstolen

Noen avgjørelser fra EU-domstolen er spesielt relevante for tolkningen av aldersdiskrimineringsreglene. Som tidligere nevnt gjelder flere av disse avgjørelsene oppsigelser på grunn av oppnådd aldersgrense, tilsvarende § 15-13a i norsk rett. Problemstillingen er litt annerledes her enn ved spørsmålet om aldersdiskriminering i utvelgelsesprosessen ved nedbemanning. Likevel har praksis fra EU-domstolene betydning for hvordan reglene om aldersdiskriminering i kap.13 skal tolkes. Nedenunder presenteres noen av de viktigste avgjørelsene som særlig omtales under punkt 4.3.2 og punkt 5.

I *Palacios de la Villa-dommen*<sup>22</sup> var problemstillingen om det var lovlig etter rammedirektivet å ha en spansk lov som gjennom tariffavtaler, ga adgang til å fastsette tvungen pensjonering i en alder av 65 år. Dommen inneholder sentrale uttalelser om

---

<sup>22</sup> Sak C-411/05: Félix Palacios de la Villa mot Cortefiel Servicios SA

vurderingen av saklig formål, forholdsmessighet og hvilken betydning arbeidstakerens rett på gode pensjonsytelser kan ha.

Videre er *Age Concern-dommen*<sup>23</sup> relevant. Saken gjaldt en britisk lovregel som ga arbeidsgiver mulighet til å avslutte arbeidsforholdet grunnet pensjonering når arbeidstakeren hadde fylt 65 år. Spørsmålet var om denne lovregelen var lovlig etter rammedirektivet. Avgjørelsen inneholdt mange av de samme uttalelsene som de la Villa-dommen og redegjør blant annet for hvilke formål som er legitime eller saklige å legge vekt på.

*Petersen-dommen*<sup>24</sup> gjaldt en tysk tannlege som mente at tysk lovgivning var i strid med aldersdiskrimineringsreglene ettersom loven inneholdt en bestemmelse om at hennes tannlegeautorisasjon gikk ut ved fylte 68 år. Problemstillingen var også her hvilke saklige formål som kan legitimere forskjellsbehandling på grunn av alder.

*Rosenblatt-dommen*<sup>25</sup> omhandlet en tysk arbeidstaker i et rengjøringsbyrå hvor arbeidsforholdet opphørte på grunn av aldersgrense på 65 år, fastsatt i tariffavtale. Også her var spørsmålet om den tyske lovregelen som åpnet for å fastsette en slik aldersgrense i tariffavtale, var lovlig. Avgjørelsen behandlet blant annet spørsmålet om hvilken betydning fremforhandlede kollektive avtaler kan ha og hvordan arbeidstakerens muligheter for pensjonsytelser kan vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen.

---

<sup>23</sup> Sak C-388/07: The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) mot Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform

<sup>24</sup> Sak C-341/08: Domnica Petersen mot Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe

<sup>25</sup> Sak C-45/09: Gisela Rosenblatt mot Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH

## 2.7 Spesielle metodehensyn

Reglene om aldersdiskriminering bygger altså på Rådsdirektiv 2000/78/EF. Som påpekt i punkt 2.4 er ikke rammedirektivet hjemlet i EØS-avtalen og Norge er dermed ikke rettslig forpliktet til å gjennomføre det. Inntil de siste årene har det derfor vært spørsmål om hvordan EU-reglene skal anvendes i norsk rett. Rt-2010-202, Kystlink-dommen, var den første dommen som omhandlet problemstillingen. Spørsmålet var om sjømannslovens bestemmelse om opphør av arbeidsforhold grunnet alder på 62 år<sup>26</sup>, kunne stå seg i forhold til lovens bestemmelser om forbud mot aldersdiskriminering.<sup>27</sup> Høyesterett tok stilling til hvorvidt sjømannslovens bestemmelser skulle tolkes i lys av rammedirektivet og EU-domstolens praksis.

3 av 5 dommere mente at de norske reglene måtte vurderes i forhold til direktivets bestemmelser, til tross for at norske lovforarbeider<sup>28</sup> ga uttrykk for forskjellige syn. Ved innføring av aldersdiskrimineringsreglene ble det uttalt at reglene ”ikke skal rokke ved dagens rettstilstand”.<sup>29</sup> I forarbeidene til nåværende arbeidsmiljølov ble det derimot uttalt at det måtte være opp til domstolene å ”foreta en konkret vurdering” om en aldersgrense er i samsvar med unntaksbestemmelsene for når aldersdiskriminering er tillatt.<sup>30</sup> Førstvoterende la vekt på sistnevnte uttalelse og påpekte at ”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>31</sup> Sjømannsloven og arbeidsmiljøloven har tilsvarende bestemmelser, og Kystlink-dommen vil dermed ha

---

<sup>26</sup> Se lov 30.mai 1975 nr.18 (sjml.) - § 19 nr.1 sjettede ledd

<sup>27</sup> Sjml. § 33

<sup>28</sup> Høyesterett tok utgangspunkt i arbeidsmiljølovens forarbeider, da disse inneholder grundige drøftelser om rammedirektivets betydning

<sup>29</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.30

<sup>30</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 196 og 197

<sup>31</sup> Rt-2010-202, avsnitt 56

relevans for tvister etter arbeidsmiljøloven. Dommen innebar dissens, men i senere avgjørelser<sup>32</sup> har Høyesterett slått fast flertallets vurdering.

Rt-2012-219, CHC Helikopter Service-saken, gjaldt aldersgrenser for helikopterpiloter. Problemstillingen var om arbeidsgiver med hjemmel i tariffavtale kunne kreve at pilotene måtte fratrukke sin stilling når de har fylt 60 år, eller om det var ulovlig aldersdiskriminering. Da saken skulle opp i Høyesterett, forelå det en lignende sak til behandling i EU-domstolen, Prigge-dommen.<sup>33</sup> Helikopterpilotene fremsatte derfor begjæring om stansing. Forberedende dommer uttalte at spørsmålet som skulle behandles av EU-domstolen ville ”kunne ha sentral betydning for avgjørelsen av herværende sak”.<sup>34</sup> Høyesterett valgte derfor å stanse behandlingen av saken inntil det forelå en avgjørelse fra EU-domstolen.

I realitetsbehandlingen gjentok Høyesterett utgangspunktet fra Kystlink-dommen. Med utgangspunkt i de samme rettskildene som EU-domstolen har, må domstolen foreta en selvstendig vurdering av hvorvidt en norsk regel kan sies å være omfattet av unntaksbestemmelsen etter § 13-3 andre ledd.<sup>35</sup> Det ble også uttalt at det ikke lenger nødvendigvis er slik at lovgivers ønske om at rammedirektivet ”ikke skal rokke ved dagens rettstilstand”<sup>36</sup>, kan legges til grunn.<sup>37</sup> Det ble videre lagt avgjørende vekt på at Prigge-dommen hadde slått fast at sikkerhetshensyn ikke lenger kunne anses for å være et saklig formål.<sup>38</sup> Aldersgrensen kunne derfor ikke sies å være lovlig på dette grunnlag. Både stansingen av saken og at Høyesterett automatisk la resultatet i Prigge-dommen til grunn, illustrerer hvor stor betydning EU-domstolens tolkning av rammedirektivet har for norsk rett.

---

<sup>32</sup> Eksempelvis Rt-2011-609, SAS-dommen og Rt-2011-964, Gjensidige-dommen

<sup>33</sup> C-447/09

<sup>34</sup> Rt-2010-944, avsnitt 11

<sup>35</sup> Rt-2012-219, avsnitt 46

<sup>36</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.30

<sup>37</sup> Rt-2012-219, avsnitt 46

<sup>38</sup> Ibid, avsnitt 55



### 3 Nedbemanningprosessen

#### 3.1 Rettslig utgangspunkt, § 15-7 første og andre ledd

Nedbemanning innebærer at en eller flere arbeidsforhold opphører. I noen tilfeller skjer nedbemanningen som følge av frivillige avtaler eller førtidspensjon, men ofte har arbeidsgiver ingen andre alternativet enn å gå til oppsigelser. Etter § 15-7 første ledd kan en arbeidstaker ikke sies opp uten at det er

”saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiveres eller arbeidstakers forhold”.

Dette er den sentrale bestemmelsen om oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven, der det overordnede saklighetskravet kommer til uttrykk. Hensynet bak saklighetskravet er arbeidstakers vern mot de problemer og ulemper en oppsigelse vil kunne medføre. Terskelen for arbeidsgiver til å si opp sine ansatte er høy, og det må derfor påvises tungtveiende grunner for at oppsigelsene er gyldige.<sup>39</sup> Det generelle saklighetskravet i § 15-7 første ledd blir presisert i § 15-7 andre ledd:

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

Denne bestemmelsen kommer til anvendelse ved ”driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak”. Dette er også de vanligste grunnene til at det foretas oppsigelser som er begrunnet i virksomhetens forhold.<sup>40</sup> Likevel gjelder bestemmelsen også der

---

<sup>39</sup> Ot.prp.nr.41 (1975-76) s.72

<sup>40</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s.250

virksomheten har andre grunner til oppsigelse.<sup>41</sup> Spigerverk-dommen, hvor distriktsinteresser ble ansett som saklig<sup>42</sup>, er et eksempel på dette. Dommen omtales under punkt 3.1.2.

Avhandlingens tema er oppsigelser som følge av nedbemanning, og ikke endringsoppsigelser eller andre endringer arbeidsgiver gjør i kraft av sin styringsrett. Styringsretten kommer imidlertid inn i forbindelse med beslutningen om å nedbemanne, beslutningen om hva som er hensiktsmessige utvelgelseskretser og hvilke utvelgelseskriterier som skal benyttes. I alle disse situasjonene er imidlertid styringsretten begrenset av saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7.

### 3.1.1 Generelt om saklighetskravet

Dersom en arbeidsgiver ønsker å nedbemanne, restrukturere eller foreta omstillinger på arbeidsplassen, må altså oppsigelsen være ”saklig begrunnet i virksomhetens forhold”. Saklighetskravet må være oppfylt på oppsigelsestidspunktet, og det er arbeidsgiver som innehar bevisbyrden for at dette er tilfelle.<sup>43</sup>

Saklighetskravet er en rettslig standard som har utviklet seg gjennom rettspraksis. Det påpekes i forarbeidene til aml. (1977) at domstolene fram til da hadde lagt større vekt på rimelighetsvurderinger knyttet til den oppsagte. Det presiseres derfor at arbeidsgiver må ha tilstrekkelig tungtveiende argumenter for at saklighetskravet skal være oppfylt.<sup>44</sup> Ved nedbemanningssituasjoner har dette kommet til uttrykk ved interesseavveiningen som må foretas etter § 15-7 andre ledd. Den sosiale utviklingen ellers i samfunnet vil også påvirke saklighetskravet.<sup>45</sup> Dette samsvarer med formålet i dagens arbeidsmiljølov, om å sikre et

---

<sup>41</sup> Storeng (2011) s.495

<sup>42</sup> Rt-1989-508, s. 514

<sup>43</sup> Storeng (2011) s.576

<sup>44</sup> Ot.prp.nr.41 (1975-76) s.72

<sup>45</sup> Ibid, s.72

arbeidsmiljø ”med en velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet”, jf. § 1-1 første ledd bokstav a.

Saklighetsvurderingen etter § 15-7 innebærer flere vurderingselementer. Arbeidsgiver må for det første ha et saklig behov for å si opp arbeidstakere. Videre må det foretas en interesseavveining mellom virksomhetens behov og arbeidstakers ulemper.

Saklighetskravet innebærer også at valget av *hvem* som skal sies opp, den såkalte utvelgelsesprosessen, må være saklig. Dette blir et spørsmål om utvelgelsen av ansatte er foretatt innen en saklig utvelgelseskrets og om utvelgelseskriteriene som det legges vekt på er saklige. Oppsigelsen er heller ikke saklig dersom arbeidsgiver har annet passende arbeid å tilby arbeidstakeren. Alle disse vurderingene inngår i en helhetsvurdering av om det foreligger oppsigelse som er saklig begrunnet i virksomhetens forhold.<sup>46</sup> Vurderingene vil bli redegjort for i punktene nedenfor.

Nationalteateret-dommen, inntatt i Rt-1984-1058, illustrerer vurderingen av domstolenes rett til å prøve om det foreligger saklig grunn til oppsigelse. Saken gjaldt 8 skuespillere som ble sagt opp, men som mente at oppsigelsene var ugyldige. Førstvoterende uttalte at

”domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren.”<sup>47</sup>

Dette betyr at arbeidsgivers vurdering fullt ut kan overprøves.<sup>48</sup> Førstvoterende presiserer likevel utfordringene domstolen har ved å skulle legge vekt på arbeidsgivers egne skjønnsvurderinger av virksomhetens behov. At domstolene i stor grad vektlegger

---

<sup>46</sup> Storeng (2011) s.494

<sup>47</sup> Rt-1984-1058, s.1067

<sup>48</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s 249

arbeidsgivers vurderinger er derfor ikke nødvendigvis et spørsmål om det foreligger begrensninger i domstolenes prøvingsrett, men et praktisk resultat av domstolenes faktiske muligheter til å overprøve arbeidsgivers skjønn. Det presiseres at en slik prøvingsrett også skal gjelde ved vurdering etter § 60 nr.2, som tilsvarer nåværende bestemmelse i § 15-7 andre ledd.<sup>49</sup>

Kravet til saklig grunn tilsier at oppsigelsen ikke må være basert på utenforliggende eller usaklige hensyn. Arbeidsgiver bør ha en saklig og grundig prosess som bygger på et korrekt faktisk grunnlag<sup>50</sup> og som kan dokumenteres i ettertid.<sup>51</sup> Dette sikrer en forsvarlig saksbehandling.<sup>52</sup> Av den grunn er det viktig at arbeidsgiver har et godt samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte slik at vurderingene har vært gjenstand for kontradiksjon mellom partene. Dette innebærer blant annet informasjon og drøfting<sup>53</sup> om behovet for nedbemanning, utvelgelseskriterier og hvem som må sies opp.<sup>54</sup> Rt-1992-776 er et eksempel på at det vektlegges om det har blitt foretatt drøftelser med de tillitsvalgte, herunder valg av utvelgelseskrets, forut for oppsigelsen.<sup>55</sup> Dersom arbeidsgiver har fulgt fremgangsmåten hjemlet i lov og avtaler, slik at de ansatte har fått mulighet til å uttale seg, vil også domstolene være tilbakeholdne med å overprøve virksomhetens bedriftsøkonomiske vurderinger, se punkt 3.1.2.<sup>56</sup>

---

<sup>49</sup> Rt-1984-1058 s 1067 og 1068

<sup>50</sup> Ibid, s. 1067

<sup>51</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s.249

<sup>52</sup> Ibid, s. 284

<sup>53</sup> Se blant annet § 4-2 tredje ledd, § 8-2 og § 15-1

<sup>54</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s.285-287

<sup>55</sup> Rt-1992-776, s. 781. Omtales også under punkt 3.3.2.

<sup>56</sup> Jakhelln (2007) s.445

### 3.1.2 Saklig behov for å nedbemanne

For at en oppsigelse skal være ”saklig begrunnet i virksomhetens forhold”, må arbeidsgiver i nedbemanningssituasjoner kunne sannsynliggjøre at han har et *nødvendig* behov for å si opp en eller flere arbeidstakere. Dette innebærer at alternative løsninger til oppsigelse bør ha vært vurdert. Eksempelvis kan arbeidsgiver permittere arbeidstakere eller si opp avtaler om innleie av arbeidskraft, for å redusere sine kostnader i en periode.<sup>57</sup> Det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å treffe avgjørelser om nedbemanning i virksomheten, og det er derfor arbeidsgiver som må sannsynliggjøre det nødvendige behovet for dette. Ofte vil arbeidsgiver begrunne sitt nødvendige behov i hensynet til bedriftsøkonomien, enten for å sikre videre drift, eller der arbeidsgiver anser det som fornuftig ut i fra et langsiktig perspektiv.<sup>58</sup>

Et eksempel på vurderingen av bedriftens behov er Spigerverk-dommen, Rt-1989-508. Saken gjaldt den statseide bedriften Christiania Spigerverk A/S som måtte avslutte drift av én av to fabrikker. Hele virksomheten ble flyttet fra Oslo til Mo i Rana, og oppsigelsene var begrunnet i distriktsinteresser. De oppsagte arbeidstakerne hevdet at oppsigelsene ikke var saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Høyesterett slo fast at det ikke følger av ordlyden i § 15-7 at nedbemanningen *må* være begrunnet i bedriftsøkonomiske hensyn for å være saklig. Det uttales på side 514 at ”en bedrift ut fra et bredere vurderingsgrunnlag vil kunne anse det for riktig å velge en annen løsning enn den som bedriftsøkonomisk er mest lønnsom”. Høyesterett påpekte at det må kreves klare holdepunkter i loven for at et hensyn som distriktsinteresser, i hvert fall ved store bedrifter, ikke skal kunne anses å være saklig. Bedriftens behov veide her tungt, selv om begrunnelsen for oppsigelsen ikke var bedriftsøkonomiske.

Domstolen er ofte tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers bedriftsøkonomiske vurderinger.<sup>59</sup> Spigerverk-dommen presentert ovenfor er et godt eksempel på dette.

---

<sup>57</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s.251

<sup>58</sup> Storeng (2011) s.494

<sup>59</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s.249

Høyesterett uttalte blant annet at ”det ligger i sakens natur at en bedrift normalt ikke vil nedlegge eller flytte en virksomhet uten at dette anses å være økonomisk fordelaktig for bedriften i et kortere eller lengre perspektiv”.<sup>60</sup> Dette viser at Høyesterett i stor grad forholder seg til virksomhetens egne vurderinger om hva som er best for bedriften.<sup>61</sup> Forutsetningen er at det kan dokumenteres at beslutningene har hatt tilstrekkelig bredde og er forsvarlige, jf. Nationalteateret-dommen.<sup>62</sup>

### 3.2 Interesseavveiningen

Presiseringen i § 15-7 andre ledd andre punktum viser at bedriftens behov for rasjonalisering, ikke uten videre er avgjørende ved saklighetsvurderingen. Til tross for at arbeidsgiver har et saklig behov for å gå til oppsigelse, må det foretas en konkret avveining mellom behovet virksomheten har, og de ulemper den enkelte arbeidstaker påføres ved oppsigelse. Ordlyden henviser til en vurdering av virksomhetens behov opp mot ”den enkelte arbeidstaker”. I Rt-2008-749 uttalte det at “det skal prinsipielt sett foretas en selvstendig vurdering i forhold til den enkelte arbeidstaker”.<sup>63</sup> Dette betegnes ofte som et prinsipp om individuell saklighet.<sup>64</sup>

Det følger videre av forarbeidene til aml. (1977) at ”ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp”. Forut for forrige arbeidsmiljølov fulgte det av rettspraksis at bedriftens økonomiske behov i stor grad ble vektlagt fremfor ulempene det medførte for arbeidstaker å bli oppsagt. Departementet ønsket at det i den nye loven skulle tas større hensyn til de vanskelighetene arbeidstakere og deres familier utsettes for ved oppsigelse. Formulereringen i aml. (1977), som er videreført i §15-7 andre ledd var derfor ment å sikre

---

<sup>60</sup> Rt-1989-508 s.514

<sup>61</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s. 249

<sup>62</sup> Rt-1984-1058 s.1067

<sup>63</sup> Rt-2008-749, avsnitt 34

<sup>64</sup> Arbeidsrett.no, note 10 til § 15-7

at hensynet til arbeidstakeren ble tillagt større vekt.<sup>65</sup>

Det er likevel ikke slik at hensynet til den ansatte alltid blir vektlagt. Det påpekes blant annet i forarbeidene at rasjonalisering og driftsinnskrenkning fortsatt kan være oppsigelsesgrunn, ”der hvor dette fremstår som nødvendige forutsetninger for forsvarlig drift”.<sup>66</sup> Høyesterett har i tillegg presisert, i blant andre Hillesland-dommen, at der virksomhetens behov for å nedbemanne anses som høyst nødvendig for å unngå konkurs, vil dette hensynet veie tyngre enn arbeidstakers ulemper, til tross for at oppsigelsene vil ramme hardt.<sup>67</sup> Videre uttalte Høyesterett i Rt-2008-749<sup>68</sup> at ”det skal meget til for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende når det rasjonaliseringstiltak som det er spørsmål om å gjennomføre, som i vår sak, har store dimensjoner og omfatter en rekke ansatte”.<sup>69</sup>

Ved en oppsigelse som i utgangspunktet er saklig fordi virksomheten ønsker å få redusert sine driftskostnader, vil likevel arbeidstakerens behov kunne veie tyngre i interesseavveiningen der virksomheten *kun* ønsker å spare penger. På den andre siden vil altså avveiningen lettere gå i virksomhetens favør der konkurs er det eneste alternativet.<sup>70</sup>

For virksomheten, kan for eksempel ønske om å hindre underskudd, - øke det totale overskuddet,- eller unngå konkurs, være relevante behov i avveiningen.<sup>71</sup> Behovet for omstilling kan også være begrunnet i ønske om å sikre en konkurransedyktig drift, eller et behov for nyskaping og kreativitet i virksomheten.<sup>72</sup> Ulempene for arbeidstaker er først og

---

<sup>65</sup> Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s.72

<sup>66</sup> Ibid, s.19

<sup>67</sup> Rt-1986-879 s.886

<sup>68</sup> Se nærmere om dommen i punkt 3.3.1.3

<sup>69</sup> Rt-2008-749, avsnitt 41.

<sup>70</sup> Storeng (2011) s.498

<sup>71</sup> Ibid, s.497

<sup>72</sup> Arbeidsrettsboka (2008) s.326

fremst at inntektsgrunnlaget opphører. Dette er ikke i seg selv tilstrekkelig til at interesseavveiningen tipper i arbeidstakers favør. Andre momenter som inngår i vurderingen er arbeidstakerens alder og ansiennitet, og hvilke andre sosiale ulemper det vil medføre for arbeidstaker å stå uten arbeid. Et viktig spørsmål er om arbeidstakeren innen rimelig tid har muligheter til å skaffe seg annet arbeid, gjerne innenfor samme bransje.<sup>73</sup>

Vurderingen av ulempene for arbeidstaker må ses i sammenheng med kravet til arbeidsgiver om å tilby annet passende arbeid i virksomheten. I Rt-2008-749, som omtales nærmere i punkt 3.4, påpeker Høyesterett at dersom arbeidsgiver har tilbudt arbeidstakeren annet passende arbeid, vil interesseavveiningen være av mindre betydning. Spesielt gjelder dette der det tilbudte arbeidet ligner arbeidstakerens opprinnelige arbeid, slik at det er uklart om arbeidsgiver istedenfor å gå til oppsigelse kunne omplassert arbeidstakeren i kraft av sin alminnelige styringsrett.<sup>74</sup> Dersom arbeidstakeren får tilbud om annet arbeid i virksomheten, men takker nei til dette, skal det svært mye til for at problemer på arbeidsmarkedet blir vektlagt.<sup>75</sup>

### 3.3 Utvelgelsesprosessen

Utvelgelsesprosessen må være saklig. Dette innebærer at det må foretas en saklig utvelgelse mellom flere arbeidstakere som risikerer å bli sagt opp. Dette kravet følger ikke direkte av ordlyden i § 15-7, men av det overordnede kravet til saklighet på arbeidsrettens område og av rettspraksis. Høyesterett uttaler i Rt-1986-879 at ved avgjørelsen av hvem som skal sies opp vil kravet til saklighet ”selvsagt gjelde også her”. Dette innebærer at både kriteriene som utvelgelsen baserer seg på og utvelgelseskretsen må være saklig.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Storeng (2011) s.498

<sup>74</sup> Rt-2008-749, avsnitt 40

<sup>75</sup> Storeng (2011) s. 498.

<sup>76</sup> Ibid, s.494



### 3.3.1 Utvelgelseskriteriene

Utvelgelseskriteriene følger av lovforarbeidene og rettspraksis, og er også ofte regulert i tariffavtalene. De fleste tariffavtaler inneholder bestemmelser om betydning av ansiennitet ved nedbemanningsprosesser. Det er likevel ikke slik at ansiennitet til en hver tid er utslagsgivende, da dette etter tariffavtalene, ofte kan fravikes ved saklig grunn.<sup>77</sup>

Høyesterett har i den sentrale dommen Rt-1986-879 angitt utgangspunktet for hvilke utvelgelseskriterier som kan tas i betraktning:

”Det kan her være flere hensyn som må tillegges vekt, således kvalifikasjoner, alder, ansiennitet og også klare sosiale eller menneskelige hensyn. Det er som jeg har nevnt ikke grunnlag for å hevde at ansienniteten uten videre skal være avgjørende”<sup>78</sup>

Der bedriften og de tillitsvalgte er enige om utvelgelseskriteriene, skal det mer til før domstolene setter bedriftens vurderinger til side.<sup>79</sup> I SAS-dommen hadde ledelsen blant annet blitt enige med fagforeningene, som representerte 95% av pilotene, om at sosiale hensyn skulle vektlegges. Dette la Høyesterett stor vekt på.<sup>80</sup> Bedriften har også større frihet med tanke på hvilke kriterier som vektlegges dersom den er i en svært vanskelig økonomisk situasjon, forutsatt at kriteriene og vurderingene er saklige.<sup>81</sup>

#### 3.3.1.1 Ansiennitet

Det er lang tradisjon i norsk arbeidsliv for å legge vekt på ansiennitet og å anse dette som et saklig utvelgelseskriterium. Det innebærer at utvelgelsen skjer ved at den som sist ble ansatt er den som må gå først. Et spørsmål som ofte problematiseres i rettspraksis er om

---

<sup>77</sup> Se f.eks Hovedavtalen LO-NHO § 9-12

<sup>78</sup> Rt-1986-879 s.887

<sup>79</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s.307

<sup>80</sup> Rt-2011-609, avsnitt 61-65

<sup>81</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s.307

arbeidsgiver har en ubetinget plikt til å legge vekt på ansiennitet, og om det kan sies å foreligge et alminnelig ansiennitetsprinsipp.<sup>82</sup> Da § 15-7 ikke har noen nærmere beskrivelse av hvilke utvelgelseskriterier som skal legges til grunn, kan ikke et ansiennitetsprinsipp sies å følge av loven. Rettspraksis gir likevel uttrykk for at det ikke foreligger et alminnelig ansiennitetsprinsipp, men at arbeidstakerens ansiennitet inngår i en større helhetsvurdering der også andre hensyn må vektlegges. I Hillesland-dommen uttaler førstvoterende:

”Selv om jeg må gå ut fra at et ansiennitetsprinsipp i vid utstrekning følges ved driftsinnskrenkninger, er det nemlig på det rene at også andre hensyn teller med”<sup>83</sup>

SAS-dommen har samme utgangspunkt:

”At man i en konkret situasjon velger å basere utvelgelsen på andre kriterier enn ansiennitet, kan ikke i seg selv føre til at oppsigelsene er usaklig begrunnet, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7”<sup>84</sup>

Når ansiennitet vurderes, er det gjerne snakk om arbeidstakere som har vært ansatt i spesielt lang tid, men det kan også være store forskjeller mellom de ansattes ansiennitetstid. Rettspraksis gir henvisning til at ansiennitetsforskjellene må være relativt betydelige for at de skal kunne vektlegges. I Hillesland-dommen påpeker Høyesterett at ingen av de oppsagte arbeidstakerne hadde vært ansatt spesielt lenge, og ”at det heller ikke er noen betydelige forskjeller i ansettelsestid mellom dem”.<sup>85</sup> Det er anslått i juridisk teori at en forskjell på 10 – 15 år må foreligge for at det skal utgjøre en betydelig forskjell.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Storeng (2011) s.500

<sup>83</sup> Rt-1986-879, s.886

<sup>84</sup> Rt-2011-609, avsnitt 62

<sup>85</sup> Rt-1986-879, s. 886

<sup>86</sup> Storeng (2011) s.501

Selv om det ikke kan sies å foreligge et generelt ansiennitetsprinsipp har mange tariffavtaler bestemmelser om nettopp ansiennitet. Et eksempel er Hovedavtalen LO-NHO § 9-12 første ledd. Her står det at ansiennitet ved oppsigelse grunnet innskrenkning eller omlegginger kan fravikes når det foreligger saklig grunn. Det innebærer at der to ansatte står likt med tanke på kvalifikasjoner eller andre saklige kriterier, vil den med kortest ansiennitet bli oppsagt. Likevel er det ikke slik at enhver forskjell i kvalifikasjoner gjør at ansiennitet fravikes. Det må være snakk om kompetanseforskjeller som er relevante for den spesifikke stillingen, og som gjør at de to ansatte ikke lenger i det vesentlige står likt.<sup>87</sup>

Med ansiennitet menes i utgangspunktet den ansattes sammenhengende tjenestetid. Dette inkluderer også den tiden den ansatte eventuelt har vært i lovmessige permisjoner eller hatt lovlig sykefravær. Om slikt fravær skulle avbrutt opptjeningstiden, ville det vært klart usaklig, og i flere tilfeller også i strid med diskrimineringsreglene.<sup>88</sup> Tariffavtalene kan imidlertid ha andre bestemmelser om ansiennitetsberegning. Rettspraksis viser at domstolene har vært tilbakeholdne med å overprøve slike avtaler og Rt-2001-71 er et eksempel på dette. Saken omhandlet en protokoll mellom rederi og tillitsvalgte som dannet grunnlaget for beregning av ansiennitet. Høyesterett slo fast utgangspunktet om at domstolene skal kontrollere sakligheten ved oppsigelsen, også der oppsigelsen er et resultat av ansiennitetsavtaler. Likevel ble det uttalt at retten bør vise ”stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til mellom forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet”.<sup>89</sup> Høyesterett presiserte også at avtaler om beregning av ansiennitet som utvelgelseskriterium i den totale, skjønnsmessige saklighetsvurderingen er akseptabelt. Begrunnelsen var at slike avtaler klargjør prosessen ved innskrenkninger, noe som både er i arbeidsgivers og arbeidstakers interesse.<sup>90</sup> Dommen er også vist til i Rt-2011-609<sup>91</sup>, noe som illustrerer at samme vurdering fortsatt er gjeldende.

---

<sup>87</sup> Storeng (2011) s. 503

<sup>88</sup> Ibid, s.502

<sup>89</sup> Rt-2001-71, s.82

<sup>90</sup> Ibid, s.82

<sup>91</sup> Rt-2011-609, avsnitt 93

### 3.3.1.2 Kompetanse

Kvalifikasjoner hos arbeidstaker anses som et saklig kriterium. Ved nedbemanningsprosessen vil det som regel være i virksomhetens interesse å beholde de mest egnede og best kvalifiserte arbeidstakerne. Dette kommer til uttrykk i Hilleslanddommen:

”Det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov (...). Bedriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov”.<sup>92</sup>

Kravet er at kompetansen er relevant for vedkommende stilling. Kompetansekriteriet kan både gjelde reell og formell kompetanse. Yrkeserfaring ved lang tjenestetid kan derfor være like relevant som en fersk universitetsutdannelse. Hvorvidt det er saklig å legge vekt på kompetanse eller ikke beror på behovet arbeidsgiveren faktisk har for spesiell kompetanse.<sup>93</sup>

Ved vurderingen av arbeidstakers kvalifikasjoner kan også personlig skikkethet eller personlige egenskaper vektlegges. En del av vurderingen kan omfatte arbeidstakers holdninger - om han har vært lojal og positiv. Arbeidstakers innsats, eksempelvis gjennom tillitsverv er et annet moment som kan inngå i vurderingen.<sup>94</sup>

### 3.3.1.3 Særlige sosiale eller personlige hensyn

Det uttales i Hilleslanddommen at ”klare sosiale eller menneskelige hensyn” må tillegges vekt i utvelgelsesprosessen. Så sent som i Rt-2011-609 konstaterer Høyesterett også at hensynet til den enkelte arbeidstaker ”utvilsomt” er et relevant kriterium i

---

<sup>92</sup> Rt-1986-879, s.886 og 887

<sup>93</sup> Storeng (2011) s.505

<sup>94</sup> Arbeidsrett.no, note 5 til § 15-7, ”hensynet til virksomhetens fortsatte drift”

saklighetsvurderingen. Dommen henviser til forarbeidene til tidligere aml. (1977), der det uttales at hensynet til arbeidstaker skal gis større gjennomslagskraft, og til rettspraksis ved Hillesland-dommen. Høyesterett presiserer i tillegg at sosiale hensyn er relevant både der arbeidsgiver unnlater å gå til oppsigelse, og ved nedbemanningsprosesser og utvelgelse mellom flere ansatte.<sup>95</sup>

Muligheten til å skaffe seg annet arbeid er et sosialt hensyn som er spesielt relevant. Videre kan arbeidstakers økonomiske situasjon, familiesituasjon eller eventuelt fremtredende forsørgeransvar være hensyn som bør vektlegges. For at arbeidstakers økonomiske situasjon skal tillegges vekt, er det likevel et krav om at dennes økonomi vil bli betydelig hardere rammet enn hva en annen arbeidstakers økonomi vil bli.<sup>96</sup> Ettersom hensynet til arbeidstaker er viktig i utvelgesprosessen, vil sosiale hensyn også kunne tillegges betydning der det ikke er definert som utvelgelseskriterium på forhånd. Det vil her være av betydning om de tillitsvalgte har vært med på prosessen. Hvor mye sosiale hensyn skal vektlegges, vil også avhenge av virksomhetens behov for å unngå at visse arbeidstakere sies opp<sup>97</sup>. At disse momentene vektlegges er Rt-2011-609 et godt eksempel på, se punkt 5.2.2.

#### 3.3.1.4 Spesielt om alder

Rt-1986-879 er den grunnleggende dommen som viser at alder er et relevant kriterium. Saken omhandlet fire oppsagte arbeidstakere som gikk til sak mot tidligere arbeidsgiver, Kåre Hillesland A/S. Det var enighet mellom partene om at virksomheten hadde et nødvendig behov for å si opp fire arbeidstakere. Striden gjaldt hvilke arbeidstakere som burde vært oppsagt. De oppsagte arbeidstakerne hevdet blant annet at sosiale eller menneskelige hensyn ikke var saklige kriterier det kunne legges vekt på når bedriften måtte velge hvilke arbeidstakere som skulle sies opp. Høyesterett var ikke enig i dette. Da slike

---

<sup>95</sup> Rt-2011-609, avsnitt 64

<sup>96</sup> Arbeidsrett.no, note 5 til § 15-7, ”alder, forsørgelse, sosiale forhold”

<sup>97</sup> Storeng (2011) s.511

hensyn er relevante i interesseavveiningen, mente retten at for å få sammenheng i reglene måtte dette også gjelde ved utvelgelsesprosessen. Høyesterett presiserte derfor at ulemper arbeidstakeren vil oppleve, herunder vektlegging av dennes alder og også klare sosiale eller menneskelige hensyn, må tillegges vekt i utvelgelsesprosessen.<sup>98</sup> Hillesland-dommen vil bli nærmere omtalt i punkt 5.2.1.

Sammenlignet med yngre arbeidstakere, vil ofte en eldre arbeidstaker ha større vanskeligheter med å skaffe seg annet arbeid, og også å omstille seg til nye arbeidsoppgaver. En arbeidstaker med høy alder vil for eksempel ikke nødvendigvis innha ny formell kompetanse på sitt arbeidsområde. Dette taler for at det bør tas særlig hensyn til eldre arbeidstakere i en utvelgelsesprosess. Det er likevel viktig å merke seg at høy alder kan tilsi mer erfaring. Arbeidstakerens reelle kompetanse kan være like verdifull som den kompetansen en yngre arbeidstaker kanskje nylig har opparbeidet seg fra universitetet.<sup>99</sup> Dette kan bety at en eldre arbeidstaker ikke nødvendigvis vil ha vanskeligheter med å skaffe seg ny jobb. Vurderingen rundt dette vil avhenge av hvilket fagfelt arbeidstakeren jobber med og i hvilken grad ny teknologi og ny kompetanse er avgjørende for utøvelsen av arbeidsoppgavene.

Hensynet til alder som et saklig kriterium i utvelgelsesprosessen må ses i sammenheng med reglene om forskjellsbehandling på grunn av alder. Som det skal redegjøres for i punkt 4 er utgangspunktet at hverken direkte eller indirekte diskriminering, på bakgrunn av både høy og lav alder, er tillatt etter kapittel 13 i arbeidsmiljøloven. Det oppstilles likevel ikke et absolutt forbud mot slik forskjellsbehandling. Etter § 13-3 andre ledd kan det gjøres unntak fra forbudet dersom forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål”, og den ikke fremstår som ”uforholdsmessig inngripende” overfor arbeidstakeren eller arbeidstakerne som forskjellsbehandles.

---

<sup>98</sup> Rt-1986-879, s. 887

<sup>99</sup> Storeng (2011) s.505

Den overordnede problemstillingen blir derfor hvilken betydning arbeidstakerens alder kan få for utvelgelsesprosessen og om utvelgelsen blir usaklig fordi det foreligger ulovlig forskjellsbehandling. Det avgjørende spørsmålet blir om unntaksbestemmelsen i § 13-3 er oppfylt. Da vil det være lovlig å legge vekt på et utvelgelseskriterium som enten direkte eller indirekte er knyttet til alder, slik at utvelgelsesprosessen likevel kan sies å være saklig. Spørsmålene rundt vektlegging av både høy og lav alder i utvelgelsesprosessen og forholdet til reglene om aldersdiskriminering, vil redegjøres for i punkt 5.2 flg.

### 3.3.2 Utvelgelseskrets

Utvelgelsen av de ansatte som skal sies opp må være saklig. Dette følger både av saklighetskravet i § 15-7, og av det alminnelige saklighetskravet som gjelder på arbeidsrettens område. Når det skal avgjøres hvilken utvelgelseskrets som skal gjelde, er utgangspunktet at virksomheten må ses under ett, slik at hele virksomheten omfattes. I rettspraksis er det likevel åpnet opp for at utvelgelseskretsen etter en konkret helhetsvurdering kan være noe snevrere, dersom dette er saklig begrunnet.

Et eksempel på at Høyesterett har godkjent en begrenset utvelgelseskrets er Rt-1992-776, Sparebanken Nord-dommen. Tvisten gjaldt Sparebanken Nord, som i en vanskelig økonomisk situasjon hadde måttet foreta nødvendige innskrenkninger der de ansatte ved den nedlagte filial ble sagt opp. De oppsagte arbeidstakerne hevdet at det forelå usaklig oppsigelse, da de ikke hadde blitt tilbudt annet passende arbeid ved andre filialer eller avdelingskontor som ble beholdt. Sparebanken Nord fikk medhold i at det var saklig at utvelgelseskretsen var begrenset slik at hver bankfilial ble vurdert hver for seg.

Konsekvensene av dette var at ansiennitetsreglene for virksomheten samlet sett ble fraveket. Høyesterett begrunnet den begrensede utvelgelseskretsen med selvstendigheten filialen hadde. Arbeidstakernes ansettelsesforhold var knyttet til den enkelte filial, og Høyesterett anså det da som naturlig at de ansatte i den konkrete filialen ble oppsagt da filialen ble nedlagt. Også Sparebanken Nords omfattende økonomiske problemer ble

vektlagt, i tillegg til at nedbemanningsordningen og utvelgelseskriteriene på forhånd var diskutert med de tillitsvalgte.<sup>100</sup>

Utgangspunktet for vurderingen var ikke ”virksomhet” etter § 15-7 annet ledd, men en konkret saklighetsvurdering av om Sparebanken Nord hadde ”annet passende arbeid” å tilby de oppsagte arbeidstakerne. Ettersom Høyesterett ikke tolket virksomhetsbegrepet, kan det ikke sies at denne dommen gir uttrykk for et generelt prinsipp om at hver avdeling eller filial kan vurderes for seg<sup>101</sup>

### 3.4 Annet passende arbeid i virksomheten

Bestemmelsen i § 15-7 andre ledd første punktum gir arbeidstakeren rett til å få tilbud om annet passende arbeid i virksomheten før en eventuell oppsigelse meddeles. Dersom passende arbeid finnes og arbeidstakeren ikke får tilbud om dette, er oppsigelsen ikke saklig begrunnet. Vurderingen av om det finnes passende arbeid må som hovedregel avgrenses til arbeidsgivers egen virksomhet. Utgangspunktet er at virksomhetsbegrepet defineres som ”den juridiske enhet som arbeidstaker er tilknyttet”. Det vil si den enhet som har felles ledelse, også der virksomheten har flere avdelinger.<sup>102</sup>

Det følger av forarbeidene til tilsvarende bestemmelse i aml. (1977) at arbeidsgiver ikke har plikt til å opprette en ny stilling for å kunne tilby arbeidstakeren arbeid. Meningen med bestemmelsen er at arbeidsgiver kun har plikt til å foreta omplassering dersom ”det er en passende ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov”. Det beror på en helhetsvurdering av hva som skal anses å være ”passende arbeid”. Her vil også arbeidstakerens egen mening ha betydning.<sup>103</sup> I tillegg til at det må foreligge et ”passende arbeid” må arbeidstakeren være skikket for stillingen. Dette innebærer at arbeidstakeren må ha kvalifikasjoner og

---

<sup>100</sup> Rt-1992-776 s. 781 og 782

<sup>101</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s. 315

<sup>102</sup> Storeng (2011) s.522

<sup>103</sup> Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s.72



egenskaper som objektivt sett tilsier at han kan utføre arbeidet på en rimelig god måte. Det er altså ikke nødvendig at arbeidstakeren er *bedre* kvalifisert enn andre aktuelle kandidater.<sup>104</sup>

Rekkevidden av arbeidsgivers plikt illustreres ved Rt-2008-749. Arbeidstaker hevdet at det forelå usaklig oppsigelse, da han hadde en psykisk lidelse som gjorde at det foreslåtte arbeidet ikke passet for han. Høyesterett slo fast at arbeidsgiver har oppfylt sin plikt så lenge det er snakk om et ”passende” alternativt arbeid. Det ble videre uttalt at loven ikke legger opp til at arbeidstakeren selv kan velge mellom ledige og alternative arbeidsoppgaver som personen er kvalifisert for.<sup>105</sup> Høyesterett påpekte også at det heller ikke er rom for en stor interesseavveining i de tilfeller hvor arbeidstakeren har avslått tilbudet om annet passende arbeid.<sup>106</sup> Dommen viser at en oppsigelse sjelden anses som usaklig dersom arbeidsgiver har kommet med tilbud om passende arbeid som arbeidstakeren har takket nei til.

---

<sup>104</sup> Storeng (2011) s. 517

<sup>105</sup> Rt-2008-749, avsnitt 36

<sup>106</sup> Ibid, avsnitt 40

## 4 Det generelle forbudet mot aldersdiskriminering

### 4.1 Aml. § 13-1: Rettslig utgangspunkt i norsk rett

Arbeidsmiljølovens kapittel 13 viderefører stort sett reglene i aml. (1977) kapittel XA om likebehandling i arbeidslivet<sup>107</sup>, og gjennomfører rammedirektivet i norsk rett.<sup>108</sup> En del av formålet med å innføre et forbud mot aldersdiskriminering var å ”sikre en lik adgang og mulighet til sysselsetting uavhengig av alder”<sup>109</sup>, forutsatt at dette var forsvarlig. Videre var det også et særlig fokus på å ”øke eldre arbeidstakeres deltakelse i arbeidslivet”.<sup>110</sup> § 54 A i aml. (1977) hadde også en særskilt bestemmelse om at formålet til kapitlet var likebehandling. Denne bestemmelsen ble ikke direkte viderørt i den nye loven, men heller inntatt i lovens generelle formålsparagraf, § 1-1 bokstav b.<sup>111</sup> Det ble påpekt at meningen var å gi uttrykk for et verdisyn hvor arbeidstakere ikke skal holdes utenfor eller hindres fremgang i arbeidslivet basert på usaklige hensyn.<sup>112</sup>

Det følger av hovedregelen i aml. § 13-1 første ledd at

”Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering eller alder er forbudt”.

§ 13-1 andre ledd presiserer at begrepet ”diskriminering” også omfatter trakassering og instruks om å diskriminere personer på grunnlag av de nevnte diskrimineringsgrunnlag i § 13-1 første ledd. I likhet med rammedirektivet har heller ikke arbeidsmiljøloven definert begrepet ”alder”. Det antas at rammedirektivets forbud mot aldersdiskriminering omfatter

---

<sup>107</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s.193.

<sup>108</sup> Se punkt 2.4 og 5.1

<sup>109</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.29

<sup>110</sup> Ibid

<sup>111</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.325.

<sup>112</sup> Ibid, s.72

både diskriminering på grunn av høy og lav alder og dette legges også til grunn i norsk rett.<sup>113</sup> Det avgjørende er hvorvidt alder er et kriterium for forskjellsbehandling, uansett hvilken alder det er snakk om.<sup>114</sup>

Vernet mot diskriminering i kapittel 13 gjelder for ”alle sider ved arbeidsforholdet”, jf. § 13-2. Bestemmelsen ramser videre opp typiske deler av arbeidsforholdet som omfattes. Ordlyden ”herunder” tilsier at denne listen ikke er uttømmende. Det følger av § 13-2 første ledd bokstav d at reglene gjelder for ”opphør”, som da inkluderer nedbemanningsprosesser.

#### 4.1.1 Direkte og indirekte diskriminering

Aml. (1977) § 54C nr.1 og 2. hadde definisjoner på direkte og indirekte diskriminering. Disse er ikke videreført i § 13-1. Departementet mente at definisjonene var lite klargjørende, men fastholdt at begrepene skulle ha samme innhold som tidligere.<sup>115</sup>

Forarbeidene til aml. (1977), som gjennomførte rammedirektivet, er derfor relevante for en presisering av gjeldende rett.<sup>116</sup>

Det foreligger direkte diskriminering når ”en person av grunner nevnt i § 13-1 behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon”.<sup>117</sup> Den norske definisjonen er i overensstemmelse med rammedirektivet.<sup>118</sup> En person kan ”behandles” dårligere både ved handlinger og unnlatelser. Hvis for eksempel en arbeidstaker blir forskjellsbehandlet på grunn av sin alder, til tross for sine kvalifikasjoner og erfaring, vil dette være direkte forskjellsbehandling.<sup>119</sup>

---

<sup>113</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.29

<sup>114</sup> Storeng (2011) s. 280

<sup>115</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.325

<sup>116</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003)

<sup>117</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.325

<sup>118</sup> Rådsdirektiv 2000/78/EF, artikkel 2 nr.2 bokstav a

<sup>119</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 35

Det foreligger direkte diskriminering, både når en person faktisk blir eller har blitt behandlet dårlige, men også dersom det kan sannsynliggjøres at en annen ville ha blitt behandlet bedre. Grunnen til at også hypotetiske situasjoner omfattes, er for å gjøre den bevismessige situasjonen enklere for den personen som hevder å være diskriminert.<sup>120</sup> Sammenligningen vil måtte foretas med en person i en tilsvarende situasjon, som for eksempel der personene har samme kvalifikasjoner, erfaring eller lignende. Vurderingen av om det foreligger en "tilsvarende situasjon" må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.<sup>121</sup>

Det oppstilles et krav om direkte årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnen og den dårlige behandlingen, jf. uttrykket "på grunn av" i § 13-1 første ledd. Det er derimot ikke et krav om at hensikten med handlingen må være diskriminerende eller at motivet for handlingen eller unnlatsen har kommet klart fram. Direkte diskriminering kan altså foreligge selv om motivet er skjult. Dersom en arbeidsgiver velger ut arbeidssøkere til intervju basert på spesifikke kriterier, eksempelvis alder, uten at dette følger direkte av en eventuell stillingsutlysning vil dette kunne være direkte forskjellsbehandling.<sup>122</sup>

Videre foreligger det indirekte diskriminering ved "enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre av grunner nevnt i § 13-1".<sup>123</sup> Denne definisjonen samsvarer også med rammedirektivet.<sup>124</sup> Likevel er den norske definisjonen enda tydeligere, ved at den påpeker at også handlinger og unnlattelser indirekte kan diskriminere. Det som kjennetegner indirekte diskriminering er at en handling i utgangspunktet ikke fremstår som diskriminerende, men at den på et usaklig grunnlag likevel gir uforholdsmessige negative eller uønskede virkninger for bestemte personer. Dette kan både

---

<sup>120</sup> Se punkt 6.1.1 om bevisbyrde

<sup>121</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.35

<sup>122</sup> Ibid

<sup>123</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.325

<sup>124</sup> Rådskdirektiv 2000/78/EF, artikkel 2 nr. 2 bokstav b

gjelde objektivt konstaterbare virkninger, men også tilfeller der en person etter sin subjektive oppfatning har blitt indirekte diskriminert.<sup>125</sup>

Et eksempel på indirekte diskriminering er SAS-dommen, Rt-2011-609. Her ble de eldste arbeidstakerne sagt opp fordi de var pensjonsberettiget og dermed sikret mulighet til forsørgelse etter oppsigelsen. Formålet med å si opp de eldste var ikke å forskjellsbehandle på grunn av alder. SAS-ledelsen ønsket derimot å verne de yngre pilotene, som sto i fare for å ikke få ny jobb grunnet det dårlige arbeidsmarkedet på oppsigelsestidspunktet. Høyesterett avgjorde ikke om det forelå direkte eller indirekte diskriminering, men førstvoterende uttalte at ”kriteriet likevel er så nært knyttet til alder, at det etter mitt syn ikke er tvilsomt at ordningen innebærer aldersdiskriminering”.<sup>126</sup> Det er nærliggende å anta at slik forskjellsbehandling kan karakteriseres som indirekte diskriminering.

Det er, som ved direkte diskriminering, tilstrekkelig for å hevde seg indirekte diskriminert at en arbeidstaker kan sannsynliggjøre at han er behandlet dårligere enn hva en hypotetiske tredjeperson ville blitt i en tilsvarende situasjon. Hvorvidt det foreligger en ”tilsvarende situasjon”, må igjen vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

#### 4.1.2 Forholdet til de andre diskrimineringslovene

Den tidligere tilsvarende bestemmelse i aml. (1977) § 54B nr.1 inneholdt også vern mot diskriminering på grunn av kjønn, religion, livssyn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk og funksjonshemming. Disse diskrimineringsgrunnlagene reguleres nå av likestillingsloven, diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, og er henvist til i § 13-1 fjerde til sjetten ledd.

De tre lovene har som felles hensikt å sikre like muligheter i samfunnet. Dette inkluderer da også arbeidslivet. Av den grunn inneholder de alle generelle forbud mot både direkte og

---

<sup>125</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.36

<sup>126</sup> Rt-2011-609, avsnitt 75

indirekte diskriminering på grunn av de særskilte diskrimineringsgrunnlag som er nevnt i lovene. Felles for lovene er også at de tillater saklig forskjellsbehandling i visse tilfeller.<sup>127</sup>

Den store forskjellen mellom lovene er at alder kun står som et særskilt diskrimineringsgrunnlag i arbeidsmiljøloven, slik at reglene bare kommer til anvendelse i arbeidsforhold, jf. lovens § 1-2 første ledd. De andre diskrimineringslovene har derimot et mer generelt anvendelsesområde<sup>128</sup>. Lovens begrensede virkeområde gjør dermed at aldersdiskriminering har et svakere vern enn de andre diskrimineringsgrunnlagene.

#### 4.2 Den generelle unntaksbestemmelse, aml. § 13-3 første ledd

For å belyse unntaksadgangen til forskjellsbehandling på grunn av alder, er det hensiktsmessig å først presentere den generelle unntaksbestemmelse i § 13-3 første ledd.

Det rettslige innholdet i § 13-3 første ledd samsvarer med rammedirektivets artikkel 4. Bestemmelsen er en videreføring av § 54D i aml. (1977), selv om ordlyden er noe endret.<sup>129</sup> Det anses ikke for å være diskriminering dersom forskjellsbehandlingen har et saklig formålet som ikke er uforholdsmessige inngripende for den eller de som forskjellsbehandles. Forskjellsbehandlingen må videre være nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke. Bestemmelsen viser at kravet om likebehandling ikke er absolutt. Ved innføring av reglene uttalte departementet likevel at unntaksadgangen skal tolkes svært restriktivt, slik at ikke diskrimineringsforbudet uthules.<sup>130</sup> Dette er også presisert i forarbeidene til § 13-3.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> Storeng (2011) s. 277-279.

<sup>128</sup> Jf. likestillingsloven § 2, diskrimineringsloven § 3 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 2.

<sup>129</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 326

<sup>130</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.40

<sup>131</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 327

§ 13-3 første ledd gjelder for alle typer diskriminering, herunder direkte og indirekte diskriminering samt trakassering, og for alle diskrimineringsgrunnlag. Hvor langt adgangen til forskjellsbehandlingen rekker avhenger av om diskrimineringen er direkte eller indirekte, og hvilket diskrimineringsgrunnlag forskjellsbehandlingen gjelder.<sup>132</sup>

#### 4.3 Unntak for diskriminering på grunn av alder, aml. § 13-3 andre ledd

Unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering er noe enklere enn det generelle unntaket som beskrevet ovenfor. Arbeidsmiljøloven § 13-3 annet ledd sier at forskjellsbehandling på grunn av alder likevel er tillatt når det er

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

For øvrig gjelder samme unntak for alle tilfeller av indirekte diskriminering, uavhengig av hvilket diskrimineringsforbud som gjør seg gjeldende, samt all diskriminering grunnet midlertidig- eller deltidsansettelse. Forskjellen mellom § 13-3 første og andre ledd er at kravet om at forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”, ikke gjelder ved aldersdiskriminering. Det er likevel et krav om saklighet og proporsjonalitet mellom midler og mål, jf. uttrykket ”nødvendig for å oppnå”. Forskjellsbehandlingen må altså være saklig, nødvendig og forholdsmessig. Disse kravene kalles ”proporsjonalitetstesten”, og er utviklet av EU-domstolen.<sup>133</sup>

Ved innføringen av direktivet ble det i forarbeidene presisert at det må utvises svært stor forsiktighet med å akseptere aldersdiskriminering der dette isolert begrunner avgjørelsen om eksempelvis opphør av arbeidsforholdet. Det samme gjelder der alderen i seg selv er det eneste som anføres for at arbeidstakeren presterer dårligere enn andre. I så fall må aldersdiskrimineringen være basert på konkrete forhold ved den spesielle arbeidstakeren

---

<sup>132</sup> Hellum (2008) s. 132

<sup>133</sup> Ibid s.124

eller arbeidets karakter. Likevel, ved at det stilles krav til at forskjellsbehandlingen er ”nødvendig”, vil arbeidsgivers adgang til å kunne vektlegge alder uansett være begrenset.<sup>134</sup>

Det må foretas en konkret og skjønsmessig vurdering av hvor langt unntaket rekker. Departementet ønsket ikke å følge opp rammedirektivet ved å gi eksempler på hva som kan legitimere forskjellsbehandling på grunn av alder, da de mente dette kunne skape mer forvirring enn klargjøring. Den nærmere avgrensningen av unntaksbestemmelsen vil derfor baseres på rettspraksis.<sup>135</sup>

§ 13-3 andre ledd gjennomfører artikkel 6 i rammedirektivet. Bestemmelsen åpner for at medlemsstatene kan tillate forskjellsbehandling på grunn av alder dersom den er objektivt og rimelig begrunnet i saklige formål innenfor rammene for nasjonal rett. Midlene som er valgt må videre være hensiktsmessige og nødvendige. Det er naturlig å presentere reglene ut fra direktivets ordlyd. EU-domstolens avgjørelser<sup>136</sup> er spesielt relevante for å forstå rekkevidden av bestemmelsen, og det er også dette Høyesterett tar utgangspunkt i.

#### 4.3.1 ”Legitimt formål innenfor rammene av nasjonal rett”

Det legitime formålet må ligge innenfor rammene av nasjonal rett. I de norske forarbeidene blir det uttalt at målet ”må være i samsvar med gjeldende rettslige normer og regler”.<sup>137</sup> Det følger både av Palacios de la Villa-dommen<sup>138</sup> og av Age-Concerndommen<sup>139</sup> at direktivet ved denne formuleringen ikke oppstiller et krav om at formålet må fremstilles i detalj. Det er tilstrekkelig å vise til nasjonale regler som mer generelt åpner for

---

<sup>134</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.41

<sup>135</sup> Ibid, s.41

<sup>136</sup> Presentert i punkt 2.6

<sup>137</sup> NOU 2003:2 s.47

<sup>138</sup> C-411/05, avsnitt 56

<sup>139</sup> C-388/07, avsnitt 42-44



forskjellsbehandling på grunn av alder. Dette la Høyesterett vekt på i SAS-dommen. I saken ble det lagt vekt på sosiale hensyn i utvelgesprosessen. Da dette hensynet anses for å være lovlig etter § 15-7 konkluderte Høyesterett med at det forelå norsk hjemmel som åpnet for forskjellsbehandling på grunn av alder.<sup>140</sup>

#### 4.3.2 "Saklig eller legitimt formål"

I rammedirektivets formulering om at forskjellsbehandlingen må være "objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål", ligger kravet til saklighet. Det følger av Age Concern-dommen, at dette må være sosialpolitiske formål.<sup>141</sup> Begrunnelsen for dette er at slike formål er av allmenn interesse, ikke kun en arbeidsgivers individuelle interesse i å for eksempel begrense sine kostnader eller øke sin konkurransedyktighet.<sup>142</sup> Artikkel 6 lister opp eksempler på formål av en slik sosialpolitisk karakter. Dette kan være sysselsettings-, arbeidsmarkeds- eller yrkesutdanningspolitiske mål. Ordlyden "bl.a" i artikkel 6, tolkes dit hen at listen ikke er uttømmende. Andre sosialpolitiske formål kan dermed også være aktuelle. Hensynet til en verdig avgang ble blant annet akseptert som et saklig formål i Rosenblatt-dommen.<sup>143</sup>

Om andre sosiale hensyn vil kunne være saklige blir opp til de norske domstolene å vurdere. I både Palacios de la Villa-dommen<sup>144</sup>, Age Concern-dommen<sup>145</sup> og Rosenblatt-dommen<sup>146</sup> påpekes det at de nasjonale domstoler har en vid skjønnsmargin til å bestemme hva som skal sies å være saklig innenfor sosialpolitisk formål. Som et eksempel

---

<sup>140</sup> Rt-2011-609, avsnitt 79

<sup>141</sup> C-388/07, avsnitt 52

<sup>142</sup> C-388/07, avsnitt 46

<sup>143</sup> C-45/09, avsnitt 43 og 45

<sup>144</sup> C-411/05, avsnitt 68

<sup>145</sup> C-388/07, avsnitt 51

<sup>146</sup> C-45/09, avsnitt 41

konkluderte Høyesterett i SAS-dommen<sup>147</sup> med at sosiale hensyn, herunder den enkelte arbeidstakers forsørgelsesmuligheter etter en eventuell oppsigelse, er et saklig formål, se punkt 5.2.2. Det ble i denne forbindelse vist til Petersen-avgjørelsen fra EU-domstolen<sup>148</sup>. Denne dommen presiserte at hensynet til å fremme unge arbeidstakeres muligheter for å kunne sysselsette seg kan være et sysselsettingsmål og dermed et sosialpolitisk formål etter artikkel 6.<sup>149</sup> Det er likevel påpekt i Age Concern-dommen at statene ikke kan tolke ”saklig” så vidt at aldersdiskrimineringsvernet uthules og gjøres illusorisk.<sup>150</sup>

#### 4.3.3 Forholdsmessighetsvurderingen

Til tross for at formålet er saklig eller legitimt, følger det av artikkel 6 at midlene som er valgt for å oppfylle et slikt formål må være ”hensiktsmessige og nødvendige”. Etter den norske unntaksbestemmelsen i § 13-3 andre ledd må det saklige formålet være ”nødvendig” og ikke ”uforholdsmessig inngripende”.

Departementet uttalte seg om forholdsmessighetskravet i forarbeidene til innføringen av aldersdiskrimineringsreglene. Ved at det oppstilles et krav om at forskjellsbehandlingen må være nødvendig og hensiktsmessig, vil arbeidsgiver måtte påvise en direkte årsakssammenheng mellom hvorfor han ønsker å forskjellsbehandle og hvilke mål som således oppnås. Proporsjonalitetskravet innebærer også at de benyttede midler må stå i forhold til det resultat som oppnås. Som i andre proporsjonalitetsvurderinger er det da viktig å se på om det finnes andre muligheter som kan benyttes slik at diskriminering unngås.<sup>151</sup>

---

<sup>147</sup> Rt-2011-609, avsnitt 86

<sup>148</sup> C-341/08

<sup>149</sup> Ibid, avsnitt 68

<sup>150</sup> C-388/07, avsnitt 51

<sup>151</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.41

Medlemstatene har også en vid skjønnsmargin når det kommer til hvilke midler som er hensiktsmessige og nødvendige for å fremme dette formålet.<sup>152</sup> Dette begrunnes i Palacios de la Villa-dommen med at det er medlemsstatene som er nærmest til å foreta en slik vurdering, ut i fra blant annet politiske, økonomiske eller sosiale vurderinger i det konkrete arbeidsmarkedet.<sup>153</sup> Dommen presiserer at det er opp til myndighetene i medlemsstatene å finne en rimelig balanse mellom de ulike hensynene.<sup>154</sup>

I Rt-2011-609, SAS-dommen, ble det uttalt at forholdsmessighetsvurderingen vil bli noe annerledes ved spørsmålet om et utvelgelseskriterium i utvelgelsesprosessen er aldersdiskriminerende. Problemstillingen skiller seg fra spørsmålet om aldersgrenser ved at det i slike situasjoner blir en vurdering av hvilke ansatte som skal sies opp, ikke en vurdering av en generell aldersgrense. Vurderingstema blir da hva som er alternativet til å si opp arbeidstakerne som allerede er utvalgt.<sup>155</sup>

Viktige momenter som kommer inn her er blant annet de økonomiske konsekvensene for de oppsagte arbeidstakerne. De oppsagte arbeidstakernes muligheter på betydelige pensjonsytelser har etter EU-domstolens praksis blitt tillagt stor vekt i forholdsmessighetsvurderingen, jf. både Rosenblatt-dommen<sup>156</sup> og Palacois de la Villa-dommen.<sup>157</sup> Videre vil andre konsekvenser etter en eventuell oppsigelse være et moment av betydning. I SAS-dommen ble det lagt stor vekt på det dårlige arbeidsmarkedet på oppsigelsestidspunktet og hvilke yrkesmessige konsekvenser dette ville få for de yngre pilotene.<sup>158</sup> Rosenblatt-dommen gir også føringer på at dersom den valgte løsningen i

---

<sup>152</sup> C-388/07, avsnitt 52 og C-C-411/05, avsnitt 68

<sup>153</sup> C-411/05, avsnitt 69

<sup>154</sup> Ibid, avsnitt 71

<sup>155</sup> Rt-2011-609, avsnitt 90

<sup>156</sup> Sak C-45/09, avsnitt 48

<sup>157</sup> Sak C-411/05, avsnitt 73

<sup>158</sup> Rt-2011-609, avsnitt 100

utvelgelsesprosessen følger av avtale mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte, vil dette kunne være et moment i vurderingen.<sup>159</sup>

I tillegg er det et viktig moment om utvelgelseskriteriet som er brukt kan sies å være objektivt, jf. Danfoss-dommen.<sup>160</sup> Denne avgjørelsen gjaldt ikke rammedirektivet, men spørsmål om fortolkningen av likelønnsdirektivet.<sup>161</sup> Bedriften Danfoss lønnet arbeidstakere med fleksibilitet, faglig utdanning og ansiennitet høyere enn sine kollegaer. Problemstillingen var om lønssystemet medførte forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, og dermed var i strid med dansk lovgivning som gjennomførte likelønnsdirektivet. Dommen illustrerer betydningen av hvorvidt formålet med forskjellsbehandlingen baserer seg på objektive kriterier. EU-domstolen konkluderte med at kriterier som ikke omfatter arbeidets kvalitet, men heller muligheten for utførelsen av arbeidet, er greit.<sup>162</sup> I SAS-dommen ble det lagt betydelig vekt på disse momentene, se punkt 5.2.2.

---

<sup>159</sup> Sak C-45/09, avsnitt 49

<sup>160</sup> Sak C-109/88: Handels- og Kontorfunktionærernes forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening (for Danfoss), avsnitt 22

<sup>161</sup> Rådsdirektiv 75/117 av 10 februar 1975

<sup>162</sup> Sak C-109/88, avsnitt 25

#### 4.4 Rådskonrektiv 2000/78/EF

Rådskonrektiv 2000/78/EF<sup>163</sup> inngår som nevnt i EUs ikke-diskrimineringspakke og er hjemlet i EF-traktaten artikkel 13. Som det følger av punkt 4.1 - 4.3, gjennomfører arbeidsmiljølovens kapittel 13 rammedirektivet i norsk rett.

Av formålet til rammedirektivet følger det et ønske om å ”fastlegge en generell ramme for bekjempelsen av forskjellsbehandling ved beskjeftigelse og erverv på grunnlag av religion, tro, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering”.<sup>164</sup> Hensikten er å gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstatene, jf. artikkel 1. Av den grunn skal diskriminering forbys, slik at man unngår at usaklige hensyn vektlegges. Dette vil bidra til at det legges avgjørende vekt på kvalifikasjoner og prestasjoner i arbeidslivet.<sup>165</sup> Det følger av artikkel 8 at direktivet er et minimumsdirektiv. Så lenge minstekravene som direktivet fastsetter blir oppfylt, er medlemsstatene ikke forhindrede fra å innføre mer fordelaktige regler for å fremme likebehandling. Anvendelsesområdet til direktivet er angitt i artikkel 3 og gjelder for enhver person, både i den offentlige og private sektor. Artikkel 3 nr.1 bokstav a – d viser at rammedirektivet gjelder fra rekruttering til arbeidsforholdets opphør, slik at hele det individuelle arbeidsforholdet omfattes.

I artikkel 2 nr. 1 defineres diskriminering slik at både direkte og indirekte forskjellsbehandling rammes.<sup>166</sup> Etter artikkel 2 nr.2 bokstav a foreligger det direkte forskjellsbehandling dersom en person på grunn av diskrimineringsgrunnlagene i artikkel 1 behandles dårligere enn hva annen person har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon. Videre er det indirekte forskjellsbehandling dersom en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse eller praksis på bakgrunn av diskrimineringsgrunnlagene oppstilt i artikkel 1 stiller en person særlig ufordelaktig i forhold til andre personer, jf. artikkel 2.nr.2

---

<sup>163</sup> Fortsatt forkortet til rammedirektivet eller direktivet.

<sup>164</sup> Diskriminering på grunn av etnisitet eller rase og kjønn omfattes ikke av direktivet, men er regulert i andre rådskonrektiver, Rådskonrektiv 2000/43/EF og Rådskonrektiv 76/207/EØF

<sup>165</sup> Hellum (2008) s.123

<sup>166</sup> Det er også forbud mot trakassering og instruks om å diskriminere, jf. art. 2 nr.3 og 4

bokstav b. Resultatet er dermed avgjørende for om det foreligger diskriminering. En bestemmelse kan være tilsynelatende nøytral, men så lenge den stiller en person i en bestemt aldersgruppe ”særlig ufordelaktig” vil det i utgangspunktet foreligge indirekte aldersdiskriminering.<sup>167</sup>

I forhold til disse utgangspunktene om forbud mot diskriminering, oppstiller direktivet likevel flere unntak. Det første generelle unntaket følger av artikkel 2 nr.2 bokstav b punkt i. Indirekte forskjellsbehandling er tillatt dersom den er objektivt begrunnet i et legitimt formål, hvor midlene til å oppfylle formålet er hensiktsmessige og nødvendige.

For det andre følger det av artikkel 4 at medlemsstatene kan bestemme at yrkesmessige krav kan legitimere forskjellsbehandling. Dette forutsetter at formålet er legitimt og at kravet står ”i rimelig forhold hertil”.<sup>168</sup> Unntaksadgangen er ment for de tilfeller der det er avgjørende at en arbeidstaker har en bestemt egenskap for å kunne utføre det arbeidet han eller hun skal gjøre.<sup>169</sup> For eksempel kan det være legitimt å stille krav til en skuespillers alder i forbindelse med en spesifikk rolle.<sup>170</sup>

Videre har rammedirektivet et spesifikt unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling når det gjelder alder, jf. artikkel 6. Medlemsstatene kan bestemme at ulik behandling på grunn av alder, til tross for forbudet i artikkel 2 nr.2, ikke er forskjellsbehandling dersom den er

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

---

<sup>167</sup> Hellum (2008) s.124

<sup>168</sup> Jf. ordlyden i artikkel 4

<sup>169</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.38

<sup>170</sup> Hellum (2008) s.125

Artikkel 6 er ganske likt utformet som artikkel 2 nr.2 bokstav b, men har også krav til at forskjellsbehandlingen må være ”rimelig” begrunnet i et legitimt formål. I Age Concern-dommen presiserte EU-domstolen at denne forskjellen i ordlyden er uten særlig betydning. Dette forklares med at det er utenkelig at forskjellsbehandlingen kan begrunnes i et legitimt formål, som er hensiktsmessig og nødvendig, uten at denne begrunnelsen også er rimelig.<sup>171</sup>

Forskjellsbehandling på grunn av alder er også omtalt i direktivets fortale, punkt 25. Her presiseres det at forskjellsbehandling på grunn av alder kan være berettiget under visse omstendigheter, alt ettersom hvordan situasjonen i medlemsstaten er. Høyesterett har i Kystlink-dommen påpekt at direktivet med dette ”åpner for en noe videre adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder enn det som ellers gjelder der forskjellsbehandlingen er gjort ut fra de grunner som er oppregnet i artikkel 1”.<sup>172</sup>

Ved bokstavene a til c oppstiller artikkel 6 nr.1 eksempler på ulik behandling som kan legitimere forskjellsbehandling på grunn av alder. Dette kan blant annet være fastsettelse av særlige vilkår for adgangen til arbeid og utdanning for unge, eldre og personer med forsørgerplikt slik at disse kan integreres og beskyttes. Det kan også gjelde fastsettelse av minimumsbetingelser i forbindelse med alder, arbeidserfaring eller ansiennitet for adgangen til ansettelse eller for å oppnå visse fordeler i forbindelse med ansettelse. Det følger av ordlyden ”bl.a.” at listen ikke er uttømmende og at også andre former for ulik behandling kan rettferdiggjøre forskjellsbehandling etter bestemmelsen.

---

<sup>171</sup> Sak C-388/07 avsnitt 65

<sup>172</sup> Rt-2010-202, avsnitt 62

## 5 I hvilken grad kan alder vektlegges i oppsigelsessaker begrunnet i virksomhetens forhold?

### 5.1 Ved interesseavveiningen

Som presentert i punkt 3.2 følger det av § 15-7 andre ledd andre punktum, at det ikke er tilstrekkelig at virksomheten har et nødvendig behov for å si opp arbeidstakere. Hensynet til virksomhetens og arbeidsgivers behov for å redusere sine utgifter må vurderes opp mot den konkrete arbeidstakerens ulempe av å bli sagt opp og det må foretas en avveining mellom disse hensynene. Dette punktet omhandler spørsmålet om i hvilken grad hensynet til arbeidstakerens alder kommer inn i en slik avveining.

I motsetning til utvelgelsesprosessen, vil ikke aldersdiskrimineringsreglene få betydning her. Ettersom det ikke foretas noen utvelgelse, vil ingen arbeidstaker kunne hevde og ha blitt diskriminert ved at det er lagt vekt på den andre arbeidstakerens alder. Spørsmålet blir heller hvordan aldershensyn *kan spille inn* i avveiningen. Problemstillingen knytter seg til i hvilken grad arbeidsgiver *skal* vektlegge arbeidstakerens alder, slik at hensynet til denne veier tyngre enn virksomhetens behov for å nedbemanne.

Det presiseres ikke i ordlyd eller forarbeidene til § 15-7 hvilken betydning arbeidstakerens alder skal ha ved interesseavveiningen. Forarbeidene til tilsvarende bestemmelse i aml. (1977) presiserer dog at meningen med ordlyden var at hensynet til arbeidstakeren skulle få større betydning enn hva som hadde vært tilfelle før.<sup>173</sup> Videre gir rettspraksis veiledning. Hillesland-dommen, Rt-1986-879, slår fast at ”det er på det rene” at sosiale eller menneskelige hensyn, herunder alder, vil kunne ha betydning.<sup>174</sup> Ved vurderingen av de ulemper arbeidstakeren blir påført ved en oppsigelse, vil det overordnede spørsmålet i interesseavveiningen være om arbeidstakeren innen rimelig tid har muligheter til å skaffe seg annet arbeid, fortrinnsvis innenfor samme bransje.<sup>175</sup> Her vil arbeidstakerens alder

---

<sup>173</sup> Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s.72

<sup>174</sup> Rt-1986-879, s. 887

<sup>175</sup> Storeng (2011) s.498



kunne ha betydning for hvilke utfordringer han eller hun senere vil kunne møte på arbeidsmarkedet.

Det kan være vanskeligere for en eldre arbeidstaker å skaffe seg nytt arbeid enn for én som er yngre. Ofte vil ansiennitet og alder henge sammen her. Det vil fort bli vanskeligere for en arbeidstaker som har jobbet i en bedrift i mange år å skaffe seg ny jobb, sammenlignet med en yngre arbeidstaker som kanskje også har opparbeidet seg kontakter hos andre aktuelle arbeidsgivere. På den måten vil spesielt høy alder kunne medføre at ulempene denne konkrete arbeidstakeren opplever ved å miste jobben relativt sett er større enn virksomhetens økonomiske behov for å nedbemanne. Dette var en av grunnene til at Høyesterett presiserte i Hillesland-dommen at sosiale eller menneskelige hensyn, og de vansker en eldre arbeidstaker vil kunne ha med å få nytt arbeid, vil kunne ha betydning for interesseavveiningen.<sup>176</sup> En eldre arbeidstaker vil likevel kunne ha opparbeidet seg erfaring og kompetanse på det konkrete arbeidsområde. Dette vil kunne medføre at arbeidstakerens ulemper ved å bli sagt opp ikke er like store, da han eller hun kan være lukrativ for andre arbeidsgivere, og relativt raskt få seg nytt arbeid.

Et eksempel på at Høyesterett har tillagt arbeidstakerens situasjon størst vekt i interesseavveiningen er Rt-1966-393. Dommen omhandlet en arbeidstaker på 48 år som hadde arbeidet i samme virksomhet i 28 år. I forbindelse med rasjonaliseringstiltak i bedriften ble han sagt opp. Det ble anført at det ikke forelå en oppsigelse som var begrunnet i virksomhetens forhold. I vurderingen av om det forelå usaklig oppsigelse la førstvoterende, med tilslutning fra to dommere, vekt på arbeidstakerens alder, og det faktum at han med 28 år hadde den lengste ansiennitetstiden i bedriften. Det ble videre tatt med i vurderingen at han ikke var frisk på oppsigelsestidspunktet, og at han i tillegg hadde forsørgelsesansvaret for kone og 2 barn. Tatt alle disse omstendighetene i betraktning, konkluderte førstvoterende med at bedriften ”hadde en sterk oppfordring til å gjøre sitt ytterste for å søke å unngå en oppsigelse overfor denne funksjonær som i så mange år

---

<sup>176</sup> Rt-1986-879, s.888

hadde virket i bedriftens tjeneste og som hadde en så sterk tilknytning til bedriften”.<sup>177</sup> Det ble påpekt at bedriften hverken hadde tilbudt han en annen stilling, eller andre arbeidsoppgaver. Høyesterett la også vekt på at spørsmålet ikke hadde vært drøftet med arbeidstaker, til tross for at en slik drøftelsesplikt ikke forelå etter gjeldende lovgivning. Førstvoterende la til grunn at det ville vært sannsynlig å komme fram til en bedre løsning dersom bedriften hadde kommunisert med arbeidstaker og overveid mulighetene for alternativt arbeid. Det ble påpekt at dette heller ikke ville påført bedriften betydelige utgifter. Etter en samlet vurdering ble konklusjonen at oppsigelsen ikke var saklig begrunnet i virksomhetens forhold.

Et annet eksempel er Rt-1972-1330. Etter en brann i en bedrift ble det nødvendig med en reduksjon av ansatte. En arbeidstaker på 45 år med lang tjenestetid i bedriften var en av dem som ble sagt opp. Han gikk til sak og anførte at oppsigelsen ikke var saklig. Annenvoterende, med oppslutning fra to andre dommere, la vekt på at arbeidstakeren var en høyt betrodd funksjonær, og at han ”på grunn av lang tjeneste og kvalifikasjoner stod i en stilling som påla bedriften å ta særlig hensyn til ham”.<sup>178</sup> Som flertallet i Rt-1966-393 la betydelig vekt på, ble det ansett som sannsynlig at partene kunne kommet fram til en bedre løsning dersom spørsmålet om oppsigelse var drøftet med arbeidstakeren på forhånd. En slik løsning ville ta ”rimelig hensyn til Pettersen uten å medføre vesentlige ulemper for bedriften”.<sup>179</sup> Flertallet la avgjørende vekt på dette, til tross for at styret i bedriften hadde tatt med i vurderingen at arbeidstakeren ikke ville ha vanskeligheter med å skaffe seg annet arbeid.<sup>180</sup>

Rt-1967-91 er eksempel på at resultatet av interesseavveiningen kan bli motsatt. Saken gjaldt en bedrift som sto ovenfor en kritisk, økonomisk situasjon. Etter gjennomførte rasjonaliseringstiltak var stillingen til en 66 år gammel mann overflødig. Høyesterett anså

---

<sup>177</sup> Rt-1966-393, s. 396

<sup>178</sup> Rt-1972-1330, s. 1334

<sup>179</sup> Ibid

<sup>180</sup> Rt-1972-1330, s. 1332

det som saklig at mannen, som hadde jobbet i bedriften i 41 år, ble sagt opp. Argumentene var blant annet at arbeidstakeren var frisk, og at han ikke hadde forsørgeransvar overfor familien da hans kone hadde en godt betalt stilling. Videre var virksomheten i en så kritisk økonomisk situasjon at enhver innsparing ville være viktig for bedriften.<sup>181</sup> Det var heller ikke i denne saken foretatt drøftelse med arbeidstaker på forhånd. Da det ikke var grunn til å anta at slike drøftelser ville føre til et annet resultat, la ikke Høyesterett ingen vekt på dette.<sup>182</sup> Dommen illustrerer at hensynet til alder ikke nødvendigvis vektlegges like tungt der forsørgelsesbyrden eller andre sosiale forhold *ikke* tilsier at bedriften bør ta særlig hensyn til arbeidstakeren.

De nevnte dommene ble avsagt før aml. (1977), og begge avgjørelsene innebar dissens 3-2. Ved innføringen av aml. (1977) presiserte forarbeidene at ulempene for arbeidstaker skulle tillegges større vekt i interesseavveiningen.<sup>183</sup> Momentene i dommene kan dermed være relevante også i forhold til dagens rettskildebilde. På grunn av lite høyesterettspraksis, vil dommer fra lagmannsretten kunne tillegges større vekt enn hva som ville vært tilfelle på andre rettsområder med mer omfattende praksis.

En nyere dom fra Agder lagmannsrett, LA-2010-46455, er et godt eksempel på at de samme momentene fortsatt tillegges betydelig vekt. Saken omhandlet en kvinnelig arbeidstaker som ble sagt opp. Tvisten gjaldt en endringsoppsigelse i forbindelse med at arbeidsstedet ble flyttet og spørsmålet var om denne var usaklig. Kvinnen var 62 år da hun ble sagt opp. I forbindelse med interesseavveiningen ble kvinnens alder nevnt og de utfordringer hennes alder kunne medføre på arbeidsmarkedet. Også andre sosiale hensyn ble vektlagt, som hennes familie- og bostedsituasjon, hvor hun blant annet hadde omsorgen for en voksen funksjonshemmet datter. Retten påpekte at det forelå ”sterke rimelighetshensyn knyttet til den endringsoppsagtes personlige forhold i vid forstand”.<sup>184</sup>

---

<sup>181</sup> Rt-1967-91 s. 93

<sup>182</sup> Ibid, s.94

<sup>183</sup> Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 72

<sup>184</sup> LA-2010-46455, side 10 av 13 ved utskrift fra lovdata

Det ble dermed konkludert med at ”det forelå konkrete omstendigheter som tilsa en grundig interesseavveining i dette tilfellet”.<sup>185</sup> For dårlig saksbehandling gjorde endringsoppsigelsen usaklig.

Resultatet ble motsatt i en dom fra samme lagmannsrett året etter, jf. LA-2011-11296. Dommen gjaldt en kvinne som ble oppsagt på grunn av omstillinger i en bedrift, som over flere år hadde hatt økonomiske problemer. Det ble uttalt at alderen, utdannelsen og bakgrunnen til arbeidstakeren gjorde henne ”godt rustet til å møte arbeidsmarkedet”, og det ble også lagt vekt på at hun kort tid etter nedbemanningen fikk seg ny jobb. Etter en bred vurdering, der det også ble vektlagt at hun hadde fått tilbud om flere alternative stillinger i bedriften, konkluderte retten med at oppsigelsen av arbeidstakeren *ikke* var usaklig.<sup>186</sup>

Rt-2008-789<sup>187</sup> omhandlet i utgangspunktet rekkevidden av arbeidsgivers plikt til å tilby ”annet passende arbeid i virksomheten”, jf. § 15-7 andre ledd første punktum. Saken gjaldt en arbeidstaker som hevdet at det måtte ses bort fra arbeidsgivers tilbud om annet passende arbeid. Han begrunnet dette i at hans psykiske helse tilsa at han ikke kunne akseptere tilbudet. Denne anførselen ble avvist. I tillegg uttalte førstvoterende at det er klart mindre rom for en interesseavveining der arbeidstakeren har fått tilbud om annet passende arbeid og avslått dette.<sup>188</sup> Denne dommen kan tas til inntekt for at en arbeidstaker ikke kan anføre at han, på grunn av sin høye alder, har en særskilt mulighet til å takke nei til annet passende arbeid i virksomheten og samtidig hevde at interesseavveiningen bør tippe i hans favør. De vanskelighetene arbeidstakeren, på grunn av sin høye alder, da vil ha med å skaffe seg nytt arbeid, vil ikke bli vektlagt på samme måte.

Dommene viser at interesseavveiningen består av en helhetsvurdering av hvilke ulemper arbeidstaker påføres etter en eventuell oppsigelse. Spesielt illustrerer dommene at

---

<sup>185</sup> Ibid

<sup>186</sup> LA-2011-11296, side 6 av 8 ved utskrift fra lovdata

<sup>187</sup> Presentert i punkt 3.4

<sup>188</sup> Rt-2008-789, avsnitt 40

arbeidstakers høye alder kan medføre at interesseavveiningen bør være grundigere utført. Videre viser dommene at interesseavveiningen lettere tipper i arbeidstakerens favør der virksomheten ikke har drøftet muligheten for annet passende arbeid med arbeidstakeren. Spesielt gjelder dette der arbeidsgiver har en særskilt oppfordring om å vektlegge arbeidstakerens alder. Ofte kan arbeidstakerens alder, i kombinasjon med lang ansiennitet og andre sosiale forhold, herunder arbeidstakerens forsørgelsesbyrde få betydning. Som påpekt i punkt 3.2 vil disse hensynene avveies mot bedriftens interesser, spesielt i forhold til hvilken økonomisk situasjon bedriften er i. Rt-1967-91 er et eksempel på at virksomhetens behov veide tyngst, til tross for at arbeidstakeren var 66 år gammel. Likevel, arbeidstakerens ulemper *vil* kunne resultere i at domstolene konkluderer med at virksomhetens behov og interesser ikke er tungtveiende nok.

## 5.2 Ved utvelgelsesprosessen

Når valget av hvem som skal sies opp står mellom flere arbeidstakere må det foretas en saklig vurdering av *hvem* som skal sies opp. I Rt-1986-879 uttaler Høyesterett at ved avgjørelsen av hvem som skal sies opp, vil kravet til saklighet ” selvsagt gjelde også her”.<sup>189</sup> I punktene 5.2.1 – 5.2.4 blir spørsmålet hvilken betydning arbeidstakerens alder har for den saklige utvelgelsen av arbeidstakere som risikerer å bli sagt opp. Som presentert i punkt 3.3.1.4 blir problemstillingen i hvilken grad arbeidsgiver har rett til å legge vekt på alder i utvelgelsesprosessen uten at dette kan sies å være ulovlig forskjellsbehandling på grunn av alder.

Spørsmålet rundt vektleggingen av alder kan oppstå både i forhold til eldre og yngre arbeidstakere. Hillesland-dommen presenteres i punkt 5.2.1 og er et godt eksempel på at det er saklig å beholde arbeidstakere med høy alder. Etter innføringen av aldersdiskrimineringsreglene vil problemstillingen likevel kunne bli om det da er de yngre arbeidstakere som blir forskjellsbehandlet på grunn av alder, se punkt 5.2.4.

Virksomheten kan ha et ønske om å beholde de yngre arbeidstakerne i bedriften og dermed gå til oppsigelse av de eldre. Dette kan være begrunnet med at bedriften har et behov for å beholde yngre arbeidstakere med ny kompetanse, en kompetanse bedriften kan nyttiggjøre seg av i mange år fremover. Det kan også være at virksomheten ser at det er verre for de yngre arbeidstakerne å bli sagt opp enn de eldre, for eksempel på grunn av arbeidsmarkedet. Rt-2011-609, SAS-dommen, er et eksempel på dette. Denne dommen vil bli presentert nedenfor, jf. punkt 5.2.2. SAS-dommen er basert på konkrete-, og også en del spesielle omstendigheter. I punkt 5.2.3 redegjøres det derfor for hvilke tenkte situasjoner som til tross for SAS-dommen kan tilsi at det saklig og forholdsmessig å beholde de eldre arbeidstakerne likevel.

---

<sup>189</sup> Rt-1986-879, s. 886

### 5.2.1 Der de med høy alder beholder jobben

I Rt-1986-879, Hillesland-dommen, var det overordnede spørsmålet om det forelå usaklig oppsigelse, ettersom arbeidsgiver hadde lagt avgjørende vekt på noe annet enn høyest ansiennitet. Høyesterett aksepterte som sagt at også andre hensyn ble vektlagt i den saklige helhetsvurderingen, herunder arbeidstakernes alder.

De oppsagte arbeidstakerne mente at det var seks andre arbeidstakere som heller burde vært oppsagt. Blant disse seks var en arbeidstaker på 64 år. Bedriften la vekt på at denne arbeidstakeren på grunn av sin alder ville ha større problemer enn de andre med å skaffe seg ny jobb. Kvalifikasjonene til mannen ble også vektlagt. Høyesterett anså disse hensynene som saklige i utvelgesprosessen. I likhet med interesseavveiningen, viser altså denne dommen at muligheten til å skaffe seg nytt arbeid også kommer inn ved utvelgesprosessen. Dette fordi det er en del av vurderingen av hvilke ulemper oppsigelsen vil påføre arbeidstaker, hvor da ”klare sosiale eller menneskelige hensyn” må tillegges vekt.<sup>190</sup>

Forbudet mot aldersdiskriminering ble innført i norsk rett i 2004. Dommer før den tid vil dermed ikke ha problematisert vektlegging av alder opp mot disse reglene. Da dette forbudet ble innført, var formålet blant annet likebehandling av arbeidstakere, men også å ”øke eldre arbeidstakeres deltagelse i arbeidslivet”.<sup>191</sup> Hillesland-dommen<sup>192</sup> gir føringer på at det bør tas hensyn til eldre arbeidstakere, og at disse kan skånes i utvelgesprosessen. Denne betraktningmåten vil da kunne sies å være i samsvar med diskrimineringsreglenes formål.

---

<sup>190</sup> Rt-1986-879 side 887

<sup>191</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 29

<sup>192</sup> Rt-1986-879, s.887 og 888

### 5.2.2 Der de med høy alder blir sagt opp: SAS-dommen

Det nyeste eksempelet på en nedbemanningsprosess hvor de eldste arbeidstakerne ble sagt opp er Rt-2011-609, også omtalt som SAS-dommen. Det var enighet mellom partene om at SAS hadde et behov for nedbemanning og at flere arbeidstakere måtte sies opp. Saken gjaldt ti SAS-piloter som alle hadde fylt 60 år på oppsigelsestidspunktet. Spørsmålet for Høyesterett var om disse oppsigelsene var saklige, og herunder om oppsigelsene var i strid med aldersdiskrimineringsreglene. Problemstillingen knyttet seg til hvorvidt det var usaklig å si opp de eldste pilotene fremfor kollegaene med lavere ansiennitet, og om det var diskriminerende at de ble utvalgt som overtallige istedenfor de yngre pilotene.

SAS og fagforeningene hadde tidligere inngått tariffavtale om at et ansiennitetsprinsipp skulle gjelde ved nedbemanning. I den aktuelle nedbemanningsprosessen var det likevel enighet mellom partene om å gjøre unntak fra dette prinsippet. Partene ble enige om at pilotene som hadde nådd pensjonsalder skulle sies opp før piloter med lavere ansiennitet.

Høyesterett uttalte først at en oppsigelse ikke i seg selv er usaklig kun fordi det er lagt vekt på andre hensyn enn ansiennitet. Utvelgelsen av piloter var basert på sosiale hensyn, og slike hensyn anses som saklige etter § 15-7. Det ble vist til forarbeidene til aml. (1977) og rettspraksis, herunder Hillesland-dommen. De oppsagte pilotene hadde anført at sosiale hensyn kun kan være et saklig hensyn å legge vekt på når arbeidstakere skal vernes, ikke som et hensyn som kan begrunne at enkelte arbeidstakere nedprioriteres i utvelgelsesprosessen. Dette var Høyesterett uenig i. Førstvoterende presiserte at sosiale hensyn også er relevante i en utvelgelsesprosess, der arbeidsgiver ved beslutningen om hvem som skal sies opp må velge mellom flere arbeidstakere.<sup>193</sup>

Det avgjørende spørsmålet var om utvelgelsen likevel var usaklige på grunn av ulovlig aldersdiskriminering. Det ble påpekt at avtalen om at pilotene over 60 år skulle sies opp innebar et utvelgelseskriterium som hadde et annet formål enn at det skulle forskjellsbehandles på grunn av alder. Til tross for dette var kriteriet så nært knyttet til

---

<sup>193</sup> Rt-2011-609, avsnitt 62-65



alder at Høyesterett konstaterte at avtalen innebar aldersdiskriminering.<sup>194</sup> Høyesteretts videre drøftelse var knyttet til om det kan gjøres unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering. Spørsmålet var om ”forskjellsbehandlingen er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål etter nasjonal rett”, og om midlene til å oppfylle det aktuelle formålet er ”hensiktsmessige og nødvendige”, jf. rammedirektivets artikkel 6

Ordlyden i artikkel 6 punkt 1 bokstav a er annerledes enn § 13-3 andre ledd i arbeidsmiljøloven. Ut ifra den norske hjemmelen er vurderingstemaet om forskjellsbehandlingen har et ”saklig formål” og om den ikke er ”uforholdsmessige inngripende” overfor arbeidstakerne som sies opp. Vurderingene er likevel like, selv om de tar utgangspunkt i litt ulik ordlyd. Dette kommer til uttrykk i dommen ved at Høyesterett først tok utgangspunkt i ordlyden i artikkel 6, for så å vurdere det innenfor den norske unntaksbestemmelsen i § 13-3 andre ledd.<sup>195</sup>

#### Legitimt formål etter nasjonale rett

Høyesterett viser til forarbeidene til innføringen av aldersdiskrimineringsreglene, der det uttales at målet må ”være i samsvar med gjeldende rettslige normer og regler”<sup>196</sup> for at forskjellsbehandling skal være legitimt innenfor den nasjonale rett. I nedbemanningsprosessen til SAS var det lagt vekt på sosiale hensyn, og det var vektleggingen av dette hensynet som gjorde at det forelå forskjellsbehandling på grunn av alder. Da dette hensynet er lovlig å legge vekt på etter § 15-7, slo Høyesterett fast at det forelå nasjonal hjemmel.<sup>197</sup>

Det kan dog nevnes at det ikke følger direkte av ordlyden i § 15-7 at sosiale hensyn er relevante. For å begrunne hvorfor kriteriet likevel var legitimt viste Høyesterett til Age Concern-dommen, hvor det uttales at det, etter direktivet, ikke er krav om at det legitime

---

<sup>194</sup> Rt-2011-609, avsnitt 75

<sup>195</sup> Ibid, avsnitt 78 og 80

<sup>196</sup> NOU 2003:2 s.47

<sup>197</sup> Rt-2011-609, avsnitt 79

formålet innenfor nasjonal rett må konkretiseres i detalj.<sup>198</sup> Av den grunn er det legitimt å legge vekt på en vid forståelse av ”hjemmel”, slik at § 15-7 er tilstrekkelig slik den er forstått og praktisert gjennom forarbeider og rettspraksis.

#### Saklig eller legitimt formål

Det neste spørsmålet var om formålet med forskjellsbehandlingen var ”legitimt” eller ”saklig”. Da SAS og fagforeningene inngikk tariffavtale om hva som skulle legges vekt på i nedbemanningsprosessen foretok de en bred vurdering av hvilke arbeidstakere en oppsigelse ville gi minst konsekvenser for. Dette la Høyesterett vekt på. Tariffavtalen som var inngått innebar at pilotene som hadde oppnådd pensjonsalder var de som skulle sies opp. Høyesterett konstaterte relativt fort at det er legitimt å legge vekt på sosialpolitiske formål som arbeidstakerens forsørgelsesmuligheter etter en oppsigelse.<sup>199</sup> Dette er også legitime formål etter EU-domstolens praksis, eksempelvis *Petersen-avgjørelsen*.<sup>200</sup>

#### Krav om forholdsmessighet

Ved vurderingen av hva kravet til forholdsmessig innebærer, tok Høyesterett utgangspunkt i forarbeidene til innføringen av aldersdiskrimineringsreglene.<sup>201</sup> Her står det at forskjellsbehandlingen må være nødvendig og hensiktsmessig, noe som også følger direkte av ordlyden i artikkel 6 i rammedirektivet. Det uttales videre at ”de midler som tas i bruk må stå i forhold til det resultat som oppnås”, og at andre alternativer som ikke er i strid med diskrimineringsreglene også må vurderes.<sup>202</sup> En slik forståelse av rammedirektivet samsvarer med EU-domstolens praksis. Domstolen uttalte i *Palacois de la Villa-dommen* at det er opp til myndighetene i medlemsstatene å finne en rimelig balanse mellom de ulike hensynene.<sup>203</sup>

---

<sup>198</sup> Sak C-388/07 avsnitt 42-44

<sup>199</sup> Rt-2011-609, avsnitt 86

<sup>200</sup> Sak C-341/08 avsnitt 67 og 68

<sup>201</sup> Rt-2011-609, avsnitt 88

<sup>202</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.41

<sup>203</sup> Sak C-411/05, avsnitt 71

EU-domstolens praksis har dreid seg mye om bedriftsfastsatte aldersgrenser, og om hvorvidt disse er lovlige i henhold til direktivet. Ettersom det i utvelgelsesprosessen blir en avveining mellom ulike arbeidstakere, påpekte Høyesterett at forholdsmessighetsvurderingen vil måtte bli noe annerledes ved nedbemanningsprosesser. Vurderingen måtte i denne konkrete saken ta for seg alternativet til å si opp SAS-pilotene som allerede hadde oppnådd pensjonsalder og med det sikret en pensjon. Det ble presisert at retten ikke skal vurdere hva som kunne vært en optimal løsning, men om den valgte måten var forholdsmessig.<sup>204</sup>

Avtalen om å si opp flyselskapets eldste piloter ble fremforhandlet av SAS og de to største fagforeningene for piloter, som representerte 95% av pilotene. Høyesterett viste til *Rosenblatt*-avgjørelsen<sup>205</sup> fra EU-domstolen som gir uttrykk for at det kan tillegges en viss vekt at avtalen er av kollektiv karakter.<sup>206</sup> Videre henviste Høyesterett til Rt-2001-71. Denne dommen angir utgangspunktet om at domstolene skal vise tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte. Det ble likevel påpekt at dette ikke kan vektlegges like sterkt når problemstillingen knytter seg til om avtalen er i strid med aldersdiskrimineringsreglene.<sup>207</sup>

Høyesterett la vekt på flere momenter i forholdsmessighetsvurderingen. Blant annet ble det vektlagt at utvelgeskriteriet var objektivt siden det var knyttet direkte opp mot den alderspensjonen de eldre pilotene ville få.<sup>208</sup> Utvelgelsen var ikke basert på prestasjonene til de eldste pilotene. Dermed var heller ikke utvelgelsen stigmatiserende overfor dem. Det ble henvist til *Danfoss*-dommen.<sup>209</sup> Domstolen tillot her at bedriften Danfoss hadde et

---

<sup>204</sup> Rt-2011-609, avsnitt 91

<sup>205</sup> Sak C-45/09 avsnitt 49

<sup>206</sup> Rt-2011-609, avsnitt 92

<sup>207</sup> Ibid, avsnitt 93

<sup>208</sup> Ibid, avsnitt 94

<sup>209</sup> C-109/88

lønnssystem som medførte at de kvinnelige arbeidstakerne ble dårligere lønnet. Begrunnelsen for dette var at lønnstilleggene var basert på arbeidstakernes tilpasningsevne til utførelsen av arbeidet og ikke i forhold til arbeidets kvalitet.<sup>210</sup>

Videre hadde SAS-pilotene en ”meget gunstig pensjonsordning”.<sup>211</sup> Høyesterett uttalte også at de eldste flygerne hadde rett til ”betydelige pensjonsytelser”.<sup>212</sup> På den måten var deres mulighet til forsørgelse ivaretatt. Det følger av EU-domstolens rettspraksis at slike argumenter ved forholdsmessighetsvurderingen kan vektlegges i høy grad. Høyesterett viste her til avgjørelsene i *Rosenblatt-saken*<sup>213</sup> og *Palacios de la Villa-dommen*.<sup>214</sup> Synspunktet har også kommet til uttrykk i norsk rett ved forarbeidene til den nye bestemmelsen om aldersgrenser i § 15-13a.<sup>215</sup> Det ble videre påpekt at de eldste pilotene kunne ta annet arbeid uten at deres rett til å motta pensjon ble avkortet, noe som EU-domstolens praksis har lagt vekt på i blant annet *Rosenblatt-saken*.<sup>216</sup>

De oppsagte pilotene anførte at verdien av å ha arbeid er mer enn bare den økonomiske inntekten. Den øvre aldersgrense for flygere er på 65 år. Høyesterett argumenterte derfor med at pilotene uansett ville ha kort tid igjen å fly. I tillegg økte den øvre grensen for å fly fra 60 til 65 år så sent som i 2005. Av den grunn hadde pilotene i kort tid forventet å fly lenger enn til 60 år.<sup>217</sup>

Ledelsen i SAS og fagforeningene ønsket å beskytte de yngre pilotene i nedbemanningsprosessen. Dette var begrunnet i det dårlige arbeidsmarkedet på

---

<sup>210</sup> Ibid, avsnitt 25

<sup>211</sup> Rt-2011-609, avsnitt 95

<sup>212</sup> Ibid, avsnitt 98

<sup>213</sup> Sak C-45/09, avsnitt 48

<sup>214</sup> Sak C-411/05, avsnitt 73

<sup>215</sup> Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s.62

<sup>216</sup> Sak C-45/09, avsnitt 48

<sup>217</sup> Rt-2011-609, avsnitt 99

oppsigelsestidspunktet. De yngre pilotene ville ha vanskeligheter med å skaffe seg nytt arbeid, og dette kunne i verste fall medføre at de fikk problemer med å opprettholde sine flysertifikater. Dette innebar at de yngre pilotene ikke bare sto i fare for å miste jobben sin, men også å miste retten til å utøve sitt yrke som pilot. Oppsigelsene ville derfor få store konsekvenser for de yngre arbeidstakerne, både yrkesmessig og økonomisk.<sup>218</sup>

Høyesterett var totalt sett enig i vurderingene SAS og fagforeningene hadde tatt i utvelgelsesprosessen. Konklusjonen var dermed at tariffavtalen som ble inngått mellom SAS-ledelsen og fagforeningene ikke var i strid med aldersdiskrimineringsreglene, både i forhold til arbeidsmiljølovens regler og hvordan disse skal tolkes på bakgrunn av rammedirektivet og EU-domstolens praksis.<sup>219</sup>

### 5.2.3 Andre tenkte situasjoner med utgangspunkt i SAS-dommen

Vurderingene i SAS-dommen baserte seg på en konkret helhetsvurdering av hvordan situasjonen var for ledelsen i SAS på oppsigelsestidspunktet. Dommen viser at det blant annet forelå en del spesielle omstendigheter som tilsa at det var saklig, nødvendig og forholdsmessig å si opp de eldste arbeidstakerne. Det foreligger lite rettspraksis rundt dette spørsmålet om aldersdiskriminering i nedbemanningsprosesser. I dette punkt blir derfor problemstillingen hvilke momenter som etter min vurdering kan tilsi at det *er* aldersdiskriminerende at de eldste arbeidstakerne blir oppsagt. Dette innebærer tenkte eksempler på omstendigheter som kan medføre at det, etter en helhetsvurdering, ikke er saklig, nødvendig og forholdsmessig å verne de yngre arbeidstakerne i utvelgelsesprosessen.

I SAS-dommen var noe av grunnen til at de eldste pilotene ble sagt opp at disse var pensjonsberettiget og at deres forsørgelsesmuligheter dermed var sikret etter oppsigelse. Dersom utvelgelseskriteriet er basert på andre formål kan saken stille seg annerledes. Age

---

<sup>218</sup> Ibid, avsnitt 100

<sup>219</sup> Ibid, avsnitt 105

Concern-dommen angir likevel det overordnede utgangspunkt om at formålet må være av sosialpolitisk karakter.<sup>220</sup>

I Rt-2012-219, CHC Helikopter Service-saken<sup>221</sup>, ble det problematisert om hensynet til en verdig avgang for arbeidstakeren kunne anses å være et saklig formål, og i den konkrete saken legitimere lavere aldersgrense, jf. § 15-13a. I Rosenblatt-dommen ble et slikt hensyn ansett som et legitimt formål.<sup>222</sup> Samme synspunkt kom også fram i en ny dom fra EU-domstolen i juli 2011.<sup>223</sup>

Bakgrunnen for innføring av aldersdiskrimineringsreglene var blant annet ”å øke eldre arbeidstakers deltakelse i arbeidslivet.”<sup>224</sup> Et av formålene med pensjonsreformen som ble innført i Norge i 2010<sup>225</sup>, er også å få flere arbeidstakere til å jobbe lenger.<sup>226</sup> Det kan spørres om lovgiver har ønsket at hensynet til en verdig avgang kan være et legitimt formål, tatt i betraktning norske myndigheters sosialpolitiske mål om å beholde arbeidstakere lenger i arbeidslivet. Et slikt argument var anført i SAS-dommen, men da i forbindelse med IA-avtalen.<sup>227</sup> Denne avtalen er også et eksempel på politiske tiltak som skal medføre at eldre arbeidstakere skal stå lenger i arbeid. Høyesterett påpekte at denne avtalen *ikke* medførte at formålet var usaklig.<sup>228</sup> Dette kan bety at heller ikke hensynet til pensjonsreformen vil tilsi at hensynet til en verdig avgang for arbeidstakeren er usaklig. Age Concern-dommen påpeker likevel at det tillegges medlemsstatene en vid

---

<sup>220</sup> C-388/07, avsnitt 52

<sup>221</sup> Presentert i punkt 2.7

<sup>222</sup> C-45/09, avsnitt 43 og 45

<sup>223</sup> De forente saker C-159/10 og C-160/10, Fuchs og Köhler

<sup>224</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 29

<sup>225</sup> Lov om endringer i folketrygdloven (ny alderspensjon) av 5. juni 2009 nr. 32

<sup>226</sup> Ot.prp. nr. 37 (2008-2009) s. 78

<sup>227</sup> Intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv

<sup>228</sup> Rt-2011-609, avsnitt 86

skjønnsmargin i å fastsette hva som skal være sosialpolitiske formål.<sup>229</sup> Ettersom pensjonsreformen er relativt ny er det fortsatt usikkert hvilken betydning denne vil få for saklighetsvurderingen. I Rt-2012-212 ble det heller ikke tatt konkret stilling til problemstillingen, da Høyesterett uansett slo fast at formålet var ”uforholdsmessig inngripende”. Rettstilstanden i Norge på dette punkt er derfor uavklart.

SAS-dommen viser at det ofte er forholdsmessighetsvurderingen som blir utslagsgivende for om det foreligger aldersdiskriminering ved nedbemanningsprosesser der utvelgelseskriteriet er nært knyttet opp til alder. Problemstillingen blir hva som eventuelt er alternativet til å si opp de eldste arbeidstakerne. Nedenfor vil andre situasjoner som kan tenkes å endre forholdsmessighetsvurderingen bli presentert. Det foreligger lite rettspraksis rundt spørsmålet om aldersdiskriminering ved vektlegging av alder i nedbemanningsprosesser. Av den grunn tas det for det meste utgangspunkt i de samme momenter som Høyesterett la vekt på i SAS-dommen. Ettersom det må foretas en helhetsvurdering av de konkrete omstendigheter i saken, vil vektleggingen av hvert enkelt moment naturligvis avhenge av hvilke andre momenter som skal tillegges vekt.

#### Arbeidstakerens økonomiske situasjon

I SAS-dommen ble det lagt stor vekt på pensjonsordningene til pilotene. Det ble fremhevet at ordningene var ”meget gunstige”.<sup>230</sup> At gode pensjonsordninger kan veie tungt i forholdsmessighetsvurderingen har også kommet til uttrykk i norsk rett, gjennom forarbeidene til § 15-13a om når arbeidsforhold kan bringes til opphør på bakgrunn av alder.<sup>231</sup>

Det kan spørres om hvor god pensjonsordningen må være for at dette momentet kan være avgjørende eller av stor betydning. Det foreligger en god del rettspraksis vedrørende aldersgrenser og om hvorvidt disse strider mot aldersdiskrimineringsreglene. Når det

---

<sup>229</sup> C-388/07, avsnitt 52

<sup>230</sup> Rt-2011-609, avsnitt 95

<sup>231</sup> Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s.62

gjelder vektleggingen av pensjonsordninger, kan Rt-2011-964, Gjensidige-dommen, være illustrerende. Også her la Høyesterett betydelig vekt på at ”aldersgrensen er kombinert med en meget god tjenestepensjon”.<sup>232</sup> Det kan være vanskelig å tolke nøyaktig hva som ligger i begrepet ”meget god” -eller ”meget gunstig”- pensjonsordning. Men det viser at dersom bedrifter kun har ”gode” eller ”tilfredsstillende” ordninger, vil dette kunne tilsi at oppsigelsene ikke er forholdsmessige.

En arbeidstaker vil i tillegg ofte ha andre motiver for å beholde jobben sin enn kun de økonomiske. Det å få fortsette i sitt arbeid kan også ha mye å si for arbeidstakerens sosiale og velferdsmessige trygghet. I både SAS-dommen og annen praksis fra EU-domstolen, sånn som Rosenbladt<sup>233</sup> og Palacios de la Villa-dommen<sup>234</sup>, har det økonomiske aspektet vært betydelig vektlagt i forholdsmessighetsvurderingen uten at andre sosiale forhold har fått nevneverdig oppmerksomhet.

Rt-2012-219 viser likevel at det finnes motargumenter mot at gode pensjonsordninger skal vektlegges i så stor grad. Også denne dommen omhandler aldersgrenser, men Høyesteretts uttalelser kan også være relevant ved nedbemanningsprosesser. Det uttales at deltakelse i arbeidslivet kan dekke flere behov enn de økonomiske.<sup>235</sup> For arbeidstakeren kan det være viktig at han eller hun føler seg nyttig på jobb, og at de kan få vist sine ferdigheter. Dette er sosiale behov som for mange er like viktige som de økonomiske. På bakgrunn av disse uttalelsene kan det hevdes at ikke alle pensjonsordninger tilsier at oppsigelse av eldre arbeidstakere er forholdsmessig.

### Berettigede forventninger

Aldersgrensen for å virke som pilot ble hevet fra 60 til 65 år i 2005. De eldste SAS-pilotene ble sagt opp høsten 2008. Av den grunn la Høyesterett vekt på at arbeidstakerne kun i et

---

<sup>232</sup> Rt-2011-964, avsnitt 67

<sup>233</sup> Sak C-45/09, avsnitt 48

<sup>234</sup> Sak C-411/05, avsnitt 73

<sup>235</sup> Rt-2012-219, avsnitt 70



kortere tidsperspektiv hadde vært innstilt på å jobbe lenger enn fylte 60 år. Dette viser imidlertid at berettigede forventningene *kan* ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen. Hvis en arbeidstaker i hele sitt yrkesaktive liv hos én arbeidsgiver har hatt forventninger om å jobbe til han eller hun er 70 år, vil det kunne ha betydning dersom en arbeidsgiver går til oppsigelse med den begrunnelse at arbeidstakeren tross alt har muligheter på en god pensjonsordning. Dette vil da kunne stride mot arbeidstakerens berettigede forventninger om å føle seg nyttig og være en del av et sosialt arbeidsmiljø. Hvor mye vekt dette momentet vil ha, avhenger nok i stor grad av hva som er alternativet til å si opp den eldre arbeidstakeren.

### Arbeidsmarkedet

SAS-dommen viser at bransjen arbeidstakeren jobber i, kan ha mye å si for hvor fort han eller hun har mulighet til å skaffe seg ny jobb etter oppsigelse. Arbeidsmarkedet for piloter var på nedbemanningstidspunktet dårlig, blant annet på grunn av en finanskrisen det var vanskelig å forutsi rekkevidden av. For de yngre pilotene kunne dette bety at de ville gå lenge uten jobb, og da uten å fly. Dette kunne videre få betydning for pilotenes mulighet til å opprettholde sine flysertifikater.<sup>236</sup> Annerledes vil det stille seg dersom det er snakk om arbeidstakere i et yrke hvor muligheten til yrkesutøvelse ikke påvirkes av at du står uten arbeid i en periode. Da kan det være mer forholdsmessig at de yngre arbeidstakerne sies opp, siden det ofte kan være vanskelig å få ny jobb om man nærmer seg pensjonsalder, jf. Hillesland-dommen.

Det kan være verdt å nevne at pilotutdanningen er en profesjonsutdannelse. Kompetansen til en pilot er derfor nokså spesialisert, noe som igjen medfører et relativt smalt spekter av relevante arbeidsoppgaver. Dette har betydning for mulighetene til å skaffe ny jobb, og gjør en arbeidsledig pilot spesielt avhengig av et bestemt arbeidsmarked. En arbeidsledig statsviter har tilsynelatende en mye bredere utdanningsbakgrunn og vil derfor kunne oppleve større tilgang på relevant arbeid. Av den grunn vil det kunne hevdes at det ikke ville vært like uforholdsmessig å si opp den yngre statsviteren.

---

<sup>236</sup> Rt-2011-609, avsnitt 100

### Drøfting med de tillitsvalgte

Det var enighet mellom SAS-ledelsen og fagforeningene som representerte 95 % av pilotene at de eldste pilotene skulle sies opp. Avgjørelsen var altså grundig drøftet med de tillitsvalgte. Dette uttalte Høyesterett at de la ”en viss vekt på”.<sup>237</sup> I Rosenblatt-dommen ble det lagt vekt på at avtaler, som har kommet i stand etter drøfting med de tillitsvalgte, representerer egnede og fleksible løsninger med hensyn til det aktuelle arbeidsmarkedet og de stillingene avtalen gjelder for.<sup>238</sup> Dersom de tillitsvalgte *ikke* har vært involvert i prosessen, er avgjørelsen om oppsigelse mer basert på hva den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker har inngått individuelle avtaler om. Rosenblatt-dommen vil derfor kunne tas til inntekt for at en manglende drøfting vil innebære at vektleggingen av utvelgelseskriteriet ikke er forholdsmessig.

#### 5.2.4 utfordringer for yngre arbeidstakere når det legges vekt på høy alder

At arbeidstakere med høy alder skal vernes i nedbemanningsprosessen har lenge vært et vektlagt hensyn i norsk rett. I Hillesland-dommen ble det lagt vekt på en arbeidstakers høye alder og de problemer han ville få med å skaffe seg nytt arbeid. Etter at aldersdiskrimineringsreglene ble innført har en ny problemstilling dukket opp. Dersom man, i tråd med Hillesland-dommen, til enhver tid skal verne de eldre arbeidstakerne, blir spørsmålet om dette tilsier at de yngre arbeidstakerne blir forskjellsbehandlet på grunn av alder. SAS-dommen viser at dersom de eldste arbeidstakerne har mulighet til å ta ut alderspensjon, og sikre sine muligheter til forsørgelse, vil dette kunne tilsi at det er saklig å si opp disse før de yngre. Denne dommen belyser endring i rettstilstanden, nemlig at det ikke nødvendigvis alltid vil være slik at arbeidstakere med høy alder blir skånet i utvelgelsesprosessen.

---

<sup>237</sup> Rt-2011-609, avsnitt 92

<sup>238</sup> C-45/09, avsnitt 49

Forbudet mot aldersdiskriminering gjelder både for lav og høy alder. Dette er forutsatt blant annet i forarbeidene.<sup>239</sup> Ved å legge vekt på en arbeidstakers høye alder og verne denne i utvelgelsesprosessen, vil dette være forskjellsbehandling på grunn av alder, enten direkte eller indirekte. Eksempelvis kan en arbeidstaker på 40 år godt ha klart lengre ansiennitet og større forsørgelsesbyrde enn en arbeidstaker på f.eks 55 år. Spørsmålet er da om det foreligger ulovlig aldersdiskriminering dersom den eldste arbeidstakeren vernes i utvelgelsesprosessen, kun på grunn av sin alder.

At det å legge vekt på arbeidstakerens alder, herunder dennes mulighet til forsørgelse etter en eventuell oppsigelse, kan være et saklig formål er allerede konstatert. Alder er en del av sosiale hensyn, som det er tillatt å legge vekt på i utvelgelsesprosessen. I tillegg har formålet sosialpolitisk karakter, noe som rammedirektivet og EU-domstolens rettspraksis anser som ”saklig formål”. Problemstillingen i dette punkt blir hvilke andre situasjoner enn SAS-dommen som kan tilsi at det er ”uforholdsmessig” inngripende å si opp de yngre arbeidstakerne. Da vil utvelgelsen være i strid med aldersdiskrimineringsreglene og oppsigelsen vil ikke være saklig, jf. § 15-7.

Et moment som kan tilsi at forskjellsbehandlingen ikke er forholdsmessig kan være den yngre arbeidstakerens problemer med å få ny jobb. Dette vil i de fleste tilfelle medføre at denne utsettes for en vanskelig økonomisk situasjon. De eldre arbeidstakerne er oftere gjeldsfri og har mindre økonomiske risiko enn de yngre. En yngre arbeidstaker vil kanskje være i etableringsfasen og ha store økonomiske forpliktelser, som nedbetaling av bolig-og studielån. Det å stå uten jobb vil da kunne påvirke denne i større grad.

Videre kan det tenkes at enkelte av arbeidstakerne levere i familieforhold der kun én i husholdningen har arbeidsinntekt. Det kan også være situasjoner der arbeidstakeren er aleneforelder med ansvar for flere barn, i tillegg til banklånsforpliktelser. Tyngden av dette argumentet vil måtte ses i sammenheng med om de eldre arbeidstakerne, som står i fare for å bli sagt opp, har mulighet til å ta ut pensjon. Har de eldre arbeidstakerne mulighet til

---

<sup>239</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.29

dette, vil for eksempel arbeidsmarkedet være et moment som vektlegges betydelig. Dette er SAS-dommen et godt eksempel på.

Som ved spørsmålet om andre tenkte situasjoner der de eldste arbeidstakerne bør vernes, kan et moment overfor de yngre også være hvilken yrke arbeidstakeren har, og hvilke konsekvenser det å stå uten jobb vil medføre. Dersom den yngre arbeidstakeren risikerer å miste sitt yrkesgrunnlag ved å ikke ha jobb, vil dette tilsi at det er uforholdsmessig å si opp denne til fordel for en eldre arbeidstaker som kan ta ut pensjon. Dette bekrefter også SAS-dommen.<sup>240</sup>

Det påpekes i Rt-2012-219 at hensynet til rask gjennomstrømming *kan* være legitimt, ved at oppsigelse av eldre arbeidstakere kan være nødvendig og hensiktsmessig for å få yngre arbeidstakere inn i arbeidslivet. Førstvoterende uttaler at et slikt hensyn kan være et sosial- eller arbeidsmarkedspolitiske tiltak. En slik argumentasjon kan derimot ikke anføres på generelt grunnlag. Det uttales at for at et slikt hensyn skal kunne gjøres gjeldende må det foreligge et ”spesielt behov for tilstedeværelse av flere generasjoner på arbeidsplassen eller lignende”.<sup>241</sup> Denne uttalens tilsier at det skal mye til for at et slik argument skal kunne medføre at det er forholdsmessig å si opp de eldste arbeidstakerne.

---

<sup>240</sup> Rt-2011-609, avsnitt 100

<sup>241</sup> Rt-2012-219, avsnitt 72

## 6 Virkninger av aldersdiskriminering ved nedbemanning

### 6.1.1 Spesielt om bevisbyrde

Det følger av § 13-8 at ved tvister om brudd på diskrimineringsreglene er utgangspunktet delt bevisbyrde. Dersom arbeidstakeren kan vise til opplysninger som ”gir grunn til å tro” at diskriminering har forkommet, vil det være opp til arbeidsgiver å bevise at dette *ikke* er tilfelle. Arbeidstaker må altså etablere en presumsjon om at det har skjedd forskjellsbehandling.<sup>242</sup> Det følger av forarbeidene at det her ikke er krav om sannsynlighetsovervekt.<sup>243</sup> For arbeidsgiver gjelder derimot det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt, slik at det må bevises at det er mer enn 50 % sannsynlighet for at diskrimineringsforbudet ikke er overtrådt.<sup>244</sup> Lovgivers ønske er at sanksjonene skal ha avskrekkende virkning, slik at diskrimineringsvernet effektiviseres.<sup>245</sup>

### 6.1.2 Virkninger av diskriminering

Når det konstateres brudd på diskrimineringsforbudet, har arbeidstakeren krav på oppreisning, jf. § 13-9 1.ledd. Dette gjelder uavhengig av skyld, slik at arbeidsgiver er objektivt ansvarlig for alle typer diskriminering.<sup>246</sup> Det følger av lovens ordlyd at retten fastsetter oppreisningens til det beløp den ”finner rimelig under hensyn til partens forhold og omstendighetene for øvrig”. Oppreisningsbeløpet fastsettes etter en helhetsvurdering og skal tilsvare en kompensasjon for krenkelsen den diskriminerte er påført, i form av erstatning for den belastning eller skade arbeidstakeren har opplevd av ikke-økonomisk

---

<sup>242</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s.105

<sup>243</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.328

<sup>244</sup> Ibid, s.329

<sup>245</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 52

<sup>246</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.329

karakter.<sup>247</sup> Det følger av forarbeidene at erstatningen som utbetales for ikke-økonomisk tap ved oppsigelse eller avskjed kan være veiledende for utmålingen.<sup>248</sup>

Arbeidstakeren kan også kreve erstatning dersom han er påført et økonomisk tap. Etter § 13-9 andre ledd kan dette ”kreves etter de alminnelige regler”, altså de alminnelige ulovfestede erstatningsreglene. Dette medfører at det, i motsetning til ved oppreisningsspørsmålet, kreves at arbeidsgiver har utvist skyld.<sup>249</sup> Arbeidsgiver må enten, forsettlig eller uaktsomt, ha brutt aldersdiskrimineringsreglene for at denne skal bli erstatningsansvarlig.<sup>250</sup> Det følger også av § 13-9 tredje ledd at eksempelvis tariffavtaler som er i strid med diskrimineringsreglene også er ugyldige. Dette samsvarer med rammedirektivets artikkel 10.

### 6.1.3 Virkninger av usaklig oppsigelse

Dersom det foreligger brudd på aldersdiskrimineringsreglene, er oppsigelsen usaklig. Dette fremkommer ikke eksplisitt i loven, men er en logisk konsekvens av lovens bestemmelser. Høyesterett har også uttalt dette i SAS-dommen. Førstvoterende påpeker at dersom det foreligger ulovlig aldersdiskriminering er utvelgelsen usaklig.<sup>251</sup> Det følger blant annet av Hillesland-dommen at et saklighetskrav også gjelder ved utvelgelsen.<sup>252</sup> Det vil dermed si at oppsigelsen ikke er ”saklig begrunnet i virksomhetens forhold” dersom aldersdiskrimineringsreglene medfører at utvelgelsesprosessen er usaklig.

---

<sup>247</sup> Omstilling og nedbemanning (2011) s. 104

<sup>248</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.52 og 53

<sup>249</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.51 og 52

<sup>250</sup> Storeng (2011) s.312

<sup>251</sup> Rt-2011-609, avsnitt 65

<sup>252</sup> Rt-1986-879 s.886

Dersom oppsigelsen er i strid med § 15-7, skal den kjennes ugyldig etter § 15-12 første ledd. Arbeidstakeren kan da som hovedregel kreve å få stillingen tilbake.<sup>253</sup> Han eller hun kan også kreve erstatning etter bestemmelsens andre ledd. Erstatningsbeløpet fastsettes til ”det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig”. Det medfører at også ikke-økonomisk tap kan kreves erstattet. Det følger likevel av rettspraksis at oppsigelsestilfellet ”må skille seg fra normaltillfelle” for at dette tapet skal erstattes.<sup>254</sup> I motsetning til § 13-9 andre ledd er det ikke et krav om skyld hos arbeidsgiver. Erstatningsbeløpet fastsettes etter en helhetsvurdering av omstendighetene i saken.<sup>255</sup> Hvorvidt arbeidstakeren har lidt et økonomisk tap vil avhenge av retten til å stå i stilling, jf. § 15-11. Dersom han eller hun har stått i stillingen under hele oppsigelsessaken, vil det ikke foreligge noe økonomisk i tap i form av tapte lønnsinntekter.

---

<sup>253</sup> Omstilling og nedbemanning s.481

<sup>254</sup> Storeng (2011) s.586

<sup>255</sup> Ibid, s. 585

## **7 Konklusjon**

Denne avhandlingen har tatt for seg hvordan høy og lav alder kan, og bør, vektlegges i nedbemanningsprosesser, uten at resultatet blir en usaklig oppsigelse etter arbeidsmiljølovens § 15-7. Den viser at det anses som saklig at alder vektlegges ved den interesseavveining og utvelgelse som må foretas etter arbeidsmiljølovens § 15-7.

Ved interesseavveiningen som må gjennomføres etter bestemmelsens andre ledd andre punktum, vil arbeidstakerens alder kunne medføre at bedriften må ta særlig hensyn til dennes behov for å beholde jobben. Dette skjer da på bekostning av virksomhetens behov for å redusere sine utgifter. I denne avveiningen vil ikke reglene om aldersdiskriminering ha betydning, ettersom det ikke blir snakk om diskriminering overfor noen andre.

Ved utvelgelsesprosessen vil derimot reglene om aldersdiskriminering spille en viktig rolle. En utvelgelse basert på alder vil være usaklig, med mindre unntaksbestemmelsen i § 13-3 andre ledd kommer til anvendelse. Dette viser at arbeidsgivers styringsrett ved spørsmålet om nedbemanning, både er styrt av saklighetskravet i § 15-7, og av reglene om aldersdiskriminering.



## 8 Litteraturliste

### Lover

Aml. (1977)	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4. februar 1977 nr. 4
Arbeidsmiljøloven av 2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62
Sjømannsloven	Sjømannslov av 30. mai 1975 nr. 18
Likestillingsloven	Lov om likestilling mellom kjønnene av 9. juni 1978 nr. 45
Diskrimineringsloven	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. av 3. juni 2005 nr. 33
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne av 20. juni 2008 nr. 42
Endringslover	Lov 26 mars 2004 nr. 15 om endringer i lov 4. Februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.  Lov om endringer i folketrygdloven (ny alderspensjon) av 5. juni 2009 nr. 32  Lov 19. juni 2009 nr. 39 om endringer i arbeidsmiljøloven

## **Forarbeider:**

Ot.prp.nr.41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stilingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 54 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)
NOU 2003: 2	Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet
Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
Ot.prp. nr. 37 (2008-2009)	Om lov om endringer i folketrygdloven (ny alderspensjon)

## **EU-direktiv**

Rammedirektivet	Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (dansk oversettelse)
EUs etnisitetsdirektiv	Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gjennomførelse af princippet om likebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (dansk oversettelse)

Likelønnsdirektivet

Rådets direktiv 75/117/EØF, af 10 februar 1975 om inbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige lønn til mænd og kvinder (dansk oversættelse)

## **Rettspraksis fra norske domstoler:**

### **Høyesterett:**

	Rt-1966-393
	Rt-1967-91
	Rt-1972-1330
Nationalteateret-dommen	Rt-1984-1058
Hillesland-dommen	Rt-1986-879
Spigerverk-dommen	Rt-1989-508
Sparebanken Nord-dommen	Rt-1992-776
	Rt-2001-71
	Rt-2008-749
Kystlink-dommen	Rt-2010-202
Kjennelse om stansing av CHC-Helikopter Service	Rt-2010-944
SAS-dommen	Rt-2011-609

Gjensidige-dommen Rt-2011-964

CHC-Helikopter Service Rt-2012-219

**Fra Agder lagmannsrett:**

LA-2010-46455

LA-2011-11296

**Rettspraksis fra EU-domstolen**

Danfoss-dommen Sak C-109/88: Handels- og Kontorfunktionærernes forbund i Danmark mod Dansk Arbejdsgiverforening (for Danfoss), dom af 17. oktober 1989

Palacios de la Villa-dommen Sag C-411/05 Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA, dom af 16. oktober 2007

Age Concern-dommen Sag C-388/07 The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) mod Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, dom af 5. mars 2009

Petersen-dommen Sak C-341/08: Domnica Petersen mod Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, dom af 12. januar 2010

Rosenblatt-dommen	Sag C-45/09 Gisela Rosenblatt mod Oellerking Gebäudereinigungsges, dom af 12. oktober 2010
De forente saker C-159/10 og C-160/10	Gerhard Fuchs og Peter Köhler mod Land Hessen, dom af 21. juli 2011
Prigge-dommen	Sag C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm og Volker Lambach mod Deutsche Lufthansa AG, dom af 13. september 2011

### **Litteratur:**

Omstilling og nedbemanning (2011)	Jan Fougner ... [et al.], <i>Omstilling og nedbemanning</i> , 2.utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2011
Storeng (2011)	Storeng / Beck / Due Lund, <i>Arbeidslivets spilleregler</i> , 2. Utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2011
Benson (2008)	Thomas Benson, <i>Arbeidsrettsboka</i> , Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, Bergen, 2008
Jakhelln (2006)	Henning Jakhelln, <i>Oversikt over arbeidsretten</i> , 4.utgave, Damn, Oslo, 2007

Hellum (2008)

Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.),  
*Diskriminering og likestillingsrett*,  
Universitetsforlaget, Oslo, 2008

Eckhoff (2001)

Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5.utgave ved  
Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, Oslo,  
2001

## **Avtaler**

IA-avtalen

Intensjonsavtale om et mer inkluderende  
arbeidsliv 1. mars 2010 – 31. desember 2013,  
av 24. februar 2010

## **Nettsteder**

[www.arbeidsrett.no](http://www.arbeidsrett.no)

Henning Jakhelln mfl. (red): arbeidsrett.no  
(nettversjonen), Stig Åkenes Johnsen, note 5 og 10 til  
§ 15-7. (Per 24.april 2012)

[www.lovdata.no](http://www.lovdata.no)

Norsk rettspraksis er hentet herifra

[www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)

Forarbeidene er hentet herifra

<http://eur-lex.europa.eu/>

EU-direktiv og rettspraksis fra EU-domstolen er  
hentet fra nettsidene til Eur-lex.



