

LOVLIGHETEN AV GENERELLE ALDERSGRENSER

Forholdet til de nye likebehandlingsreglene
i arbeidsmiljøloven kap. X A

Kandidatnr: 211

Veileder: Sverre F. Langfeldt

Leveringsfrist: 13.05.2005

Til sammen 17 469 ord

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | PROBLEMSTILLING | 2 |
| 1.2 | DISPOSISJON OG AVGRENSNING | 2 |
| 1.3 | RETTSKILDER | 3 |
| 1.3.1 | RETTSKILDELÆREN I EU OG EØS-RETTE | 5 |
| 1.3.2 | EU-RETTENS KILDER | 7 |
| 1.3.3 | DIREKTIVETS MANGLENDE HJEMMEL I EØS-AVTALEN | 8 |
| 1.3.4 | ULIK TRINNHØYDE PÅ DISKRIMINERINGSGRUNNENE | 12 |
| <u>2</u> | <u>RETTSTILSTANDEN FØR LIKEBEHANDLINGSREGLENE I AML KAP. X A</u> | <u>12</u> |
| 2.1 | ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT | 12 |
| 2.1.1 | SAKLIGHETSKRAVET | 13 |
| 2.2 | ARBEIDSMILJØLOVEN § 60 NR. 3 | 14 |
| 2.3 | SÆRSKILTE, LAVERE ALDERSGRENSER I FORHOLD TIL SPEIELL LOVGIVNING | 16 |
| 2.4 | SÆRSKILTE, LAVERE ALDERSGRENSER I HENHOLD TIL AVTALEBASERTE ORDNINGER | 19 |
| <u>3</u> | <u>RETTSTILSTANDEN ETTER LIKEBEHANDLINGSREGLENE I AML KAP.XA</u> | <u>22</u> |
| 3.1 | ARBEIDSMILJØLOVEN KAP. X A | 22 |
| 3.1.1 | KAPITTEL X'S ANVENDELSESOMRÅDE I FORHOLD TIL ARBEIDSMILJØLOVEN | 23 |
| 3.2 | INNLEDNING | 23 |
| 3.2.1 | DISKRIMINERINGSFORBUDETS UTGANGSPUNKT | 24 |
| 3.2.2 | VERNET FOR ALDERSDISKRIMINERING | 26 |
| 3.2.3 | DISKRIMINERINGSFORBUDET | 27 |
| 3.3 | DIREKTE FORSKJELLSBEHANDLING | 28 |
| 3.3.1 | ARBEIDSGIVERS OMPLASSERINGSPLIKT | 30 |
| 3.3.2 | FORTRINNSRETT TIL STILLING | 32 |
| 3.3.3 | MASSEOPPSIGELSE OG ANSIENNITET | 33 |
| 3.4 | INDIREKTE FORSKJELLSBEHANDLING | 34 |
| 3.5 | UNNTAK FRA FORBUDET MOT FORSKJELLSBEHANDLING | 36 |

| | | |
|-------------|---|-----------|
| 3.6 | VIRKNINGER AV ULOVLIG FORSKJELLSBEHANDLING | 37 |
| 3.7 | EU-DIREKTIVET | 37 |
| 3.7.1 | BAKGRUNN | 37 |
| 3.7.2 | UNNTAKSREGLENE I DIREKTIVET | 40 |
| 3.7.3 | EF-DOMMER | 43 |
| 3.8 | FORARBEIDENE TIL AML KAP. X A | 45 |
| 3.8.1 | SVERIGE OG DANMARKS IMPLEMENTERING AV DIREKTIVET | 48 |
| 3.8.2 | FELLES HÅNDHEVINGSORGAN FOR DISKRIMINERINGSGRUNNENE? | 50 |
| 4 | ANALYSE OG KONKLUSJON | 51 |
| 4.1 | GENERELLE ALDERSGRENSER I SPESIALLOVGIVNINGEN ELLER I HENHOLD TIL AVTALE | 52 |
| 4.2 | GENERELL ALDERSGRENSE VED FYLTE 70 ÅR | 54 |
| 4.3 | KONKLUSJON | 54 |
| 5 | LITTERATURLISTE | 56 |
| 5.1 | BØKER | 56 |
| 5.2 | TIDSSKRIFTER | 57 |
| 5.3 | NORSKE LOVER | 57 |
| 5.4 | SVENSKE LOVER | 57 |
| 5.5 | DANSKE LOVER | 57 |
| 5.6 | NORSKE DOMMER | 57 |
| 5.7 | EF-DOMMER | 58 |
| 5.8 | NORSKE FORARBEIDER | 58 |
| 5.9 | DANSKE FORARBEIDER | 58 |
| 5.10 | KONVENSJONER | 58 |
| 5.11 | EU-DIREKTIVER | 59 |
| 5.12 | SAK FRA USA | 59 |
| 5.13 | NYHETER | 59 |

1 Innledning

Aldersdiskriminering kan forekomme i ansettelsesfasen, under og ved opphør av arbeidsforholdet. Oppgaven vil omhandle bruk av generelle aldersgrenser ved ansettelse og oppsigelse i forhold til likebehandlingsreglene i aml kap. X A.

I en europeisk undersøkelse med 16 000 EU-borgere påpekes det at det først og fremst er alder som fører til diskriminering i arbeidslivet, framfor hudfarge, religion eller funksjonshemming.¹

En vanlig oppfatning er at de eldre blir hengende etter ved innføring av ny teknologi, og at ansatte over 60 år deltar mindre i opplæring og medarbeidersamtaler. Dette kan innebære at de eldre kvalifikasjoner reduseres i forhold til de yngre og at dette kan gi grunn til saklig forskjellsbehandling og oppsigelse av de eldre ved eventuelle innskrenkninger.²

Skillet mellom pensjonsalder og aldersgrenser for opphør av arbeidsforhold er ikke klart. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)³ viser til en undersøkelse gjort av FAFO i 2000 som viste at mange arbeidstakere som går av med avtalefestet pensjon (AFP) egentlig hadde ønsket å jobbe videre. Hver fjerde førtidspensjonist ville jobbe videre, men ble presset ut av arbeidslivet på grunn av ny teknologi, nedbemanning og omstilling.

Etter arbeidsmiljøloven (aml)⁴ § 60 nr. 3 (1) er oppsigelse før fylte 70 år som alene skyldes at arbeidstakeren ikke har nådd pensjonsalder etter folketrygdloven, ikke saklig. Av dette følger at oppnådd 70 års alder i seg selv kan være saklig grunn til oppsigelse.⁵ Det kan også være fastsatt lavere aldersgrenser for fratreden i spesiell lovgivning og

¹ NRK, NRK-nyheter, 11.07.03.

² Fougner, 2003, s. 83.

³ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003), s. 29.

⁴ Lov av 4. februar 1977 nr. 4.

⁵ NOU 1972:21, s. 7 og Ot.prp. nr. 17 (1972-1973), s. 6.

etter avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Når det gjelder aldersgrenser nedad er hovedregelen etter aml § 34 at barn under 15 år ikke skal arbeide.

I mars 2004 vedtok Stortinget nye likebehandlingsregler i aml's kap. X. Disse bygger på EF's rådsdirektiv 2000/78 EF og skal sikre likebehandling i alle stadier av arbeidsforholdet. De nye reglene innebærer økt vekt på arbeidsmiljø og et inkluderende arbeidsliv. Reglene gjelder fra utlysning av stilling til opphør.

Implementeringen av direktivet ledet ikke til noen endring av den nevnte bestemmelse i aml § 60 nr.3. Departementet forutsatte ved lovforberedelsen at bestemmelsen ikke var i strid med direktivet. Aml § 60 nr. 3 er også foreslått videreført i proposisjonen til ny lov.⁶

1.1 Problemstilling

Spørsmålet som reises i oppgaven er om generelle aldersgrenser for ansettelse og oppsigelse er lovlige etter norsk rett. I den forbindelse vil det sentrale være å undersøke om aldersgrenser vil være i strid med likebehandlingsreglene i aml kap. XA. Det må undersøkes om gjeldende forståelse av aml § 60 nr. 3 vil medføre motstrid med spesialbestemmelsen om forbud mot diskriminering i lovens kap. XA. Det kan også oppstå spørsmål om det er samsvar mellom fastsatte aldersgrenser i henhold til spesiallov eller avtale og likebehandlingsreglene.

Ulik behandling på grunn av alder kan være berettiget hvis den har et saklig formål og hvis midlene til å oppfylle dette formålet er hensiktsmessige og nødvendige, jfr. aml § 54 D nr. 3. I denne sammenheng vil unntaksbestemmelsens rekkevidde være avgjørende for når diskriminering kan tillates. Det vil derfor være sentralt i oppgaven å avklare rekkevidden av unntaket.

1.2 Disposisjon og avgrensning

Jeg vil i kapittel 2 behandle lovligheten av generelle aldersgrenser i forhold til ansettelser og oppsigelser før de nye likebehandlingsreglene i aml kap. X A ble vedtatt. Deretter vil jeg i kapittel 3 ta stilling til likebehandlingsreglene og om disse medfører en

⁶ NOU 2004:5, s. 312-313 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 195.

endring i gjeldende rett. Spørsmålet blir dermed om bruk av generelle aldersgrenser er lovlig etter de nye likebehandlingsreglene.

For å belyse lovligheten av generelle aldersgrenser ved ansettelse og oppsigelse vil jeg under kapittel 2 ta utgangspunkt i aml og spesiallovgivningen for bestemte yrkesgrupper. Jeg vil her tolke bestemmelsene med støtte i rettspraksis og forarbeider.

Under kapittel 3 vil jeg behandle de nye bestemmelsene om likebehandling som får betydning i oppgaven. Disse er aml §§ 54 B, 54 C og 54 D nr. 3. Jeg vil med dette behandle diskrimineringsforbudets materielle innhold. Det innebærer blant annet direkte og indirekte diskriminering. Kapittel X A's formålsbestemmelse (§ 54 A) vil få betydning ved tolkningen og anvendelsen av de øvrige bestemmelsene. Jeg vil avgrense oppgaven fra å gjelde bestemmelsene om trakassering (§ 54 C) og positiv særbehandling (§54 E).. Oppgaven vil heller ikke ta for seg lovligheten av en fastsatt pensjonsalder. Dette er også uttrykkelig utelatt i direktivet (direktiv 2000/78 EF) jfr. pkt. 14 i direktivets fortale. Direktivet berører ikke nasjonale bestemmelser vedrørende fastsettelse av pensjonsalder og forarbeidene uttrykker at spørsmålet om en generell pensjonsalder trolig ikke reguleres av direktivet. Forarbeidene påpeker også at det usikkert hva direktivet krever i forhold til bruk av aldersgrenser for øvrig.⁷ Oppgavens målsetning blir dermed å klargjøre dette.

1.3 Rettskilder

Aml kap. X A's likebehandlingsregler er gjenstand for analyse i oppgaven. De nasjonale rettskildene som er relevante her er loven med forarbeider og etterarbeider, og rettpraksis. Forarbeidene er NOU 2004:5 og NOU 2003:2. I februar 2005 forelå ny odelstingsproposisjon⁸ og denne vil inngå som kap. X A's etterarbeider. Etterarbeidene uttrykker hvordan forholdet mellom bestemmelsene om aldersgrenser og likebehandling skal tolkes og forstås.

Når det gjelder rettspraksis vil jeg hovedsakelig anvende lagmannsrettsdommer da det foreligger få høyesterettsdommer på området. Rettskildemessig har disse en lavere vekt

⁷ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003), s. 30.

⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005).

enn Høyesteretts avgjørelser. Vekten vil imidlertid øke dersom lagmannsrettsdommene peker i samme retning.

EU-direktiv 2000/78 EF vil i tillegg være av betydning ved tolkningen. Ved tolkning av direktivet vil også praksis fra EF-domstolen spille inn. Formålsbetraktninger og reelle hensyn vil også være relevant.

Jeg vil også si litt om EU-rettens rettskildemessige betydning generelt.

Andre lands rett på diskriminering kan også være en kilde ved tolkningen av de nye likebehandlingsreglene. Deres direktivtolkning vil kunne ha vekt som rettskildefaktor i den grad det ikke finnes veiledning i aml, forarbeider, rettspraksis eller direktivet. Her vil jeg undersøke hvordan Sverige og Danmark anser forholdet mellom nasjonal rett og likebehandlingsreglene. Disse landene ligger nær Norge både med hensyn til samfunnsutviklingen og arbeidsretten. I de nordiske landene er også reguleringsmåtene innenfor arbeidsretten prinsipielt de samme.⁹ Her er lovgivning og tariffavtaler de viktigste reguleringsformene og arbeidslivets parter har stor innvirkning på arbeidslivsreguleringene. Primært er mange forhold tariffregulert, men arbeidslivets parter har også stor innvirkning på lovgivningsprosessen. Dette omtales ofte som ”den nordiske modellen” i motsetning til den kontinentale rettstradisjonen der partene har mindre innflytelse på reguleringene og lovgivning har større betydning som reguleringsform.¹⁰ I andre europeiske land er dermed flere sider av ansettelsesforholdet lovregulert.¹¹ De nordiske landene har også i stor grad den samme lovgivningsprosess ved at det utarbeides omfattende forarbeider som tillegges stor vekt ved tolkning av loven.¹²

⁹ NOU 2004:5, s. 44.

¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 40.

¹¹ Vigerust, 1998, s. 70 og 111.

¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 3.2.2, s. 40.

1.3.1 Rettskildelæren i EU og EØS-retten

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale som er gjort til norsk lov ved EØS-loven.¹³ Jeg vil her redegjøre for det terminologiske skillet mellom EU og EF. Begrepet EU ble introdusert i Traktaten om den Europeiske Union (TEU), også kalt Maastrichtavtalen av 1992. Under denne overbygningen er det tre samarbeidsområder, og et av disse er det tradisjonelle EF-samarbeidet. Dette er nærmere regulert i Traktaten om opprettelse av det Europeiske Fellesskap (EFT), også kalt Romatraktaten eller EF-traktaten. Dette innebærer den opprinnelige delen av EU. Som hovedregel er det også kun her EF-domstolen har kompetanse, og den er derfor fortsatt kalt EF-domstolen. I forhold til Norge har det betydning at det bare er EF-delen av EU-retten som delvis er overtatt gjennom EØS. Det er dermed bare EF-retten som er direkte relevant for EØS.¹⁴

EU-retten karakteriseres av at den er overnasjonal. Den vil også endres etter hvert som integrasjonsprosessen går fremover, og dette vil være en naturlig konsekvens av at nye medlemsstater tilsluttes. EU-retten vil også endres idet den ikke har noen nedarvet tradisjon å bygge på og ved at den stadig må defineres på nytt. På den annen side er EU-retten et omfattende system utviklet gjennom 50 år som griper inn i nasjonal rett på mange områder.¹⁵ Rammene rundt EU-retten vil dermed endres raskere enn rammene rundt den nasjonale rett.

En annen side av EU-retten er at den er autonom. Det innebærer at den er et uavhengig rettssystem som ikke utleder rett fra medlemsstatenes rettssystem, men bare fra sitt eget traktatgrunnlag. Dette har medført at EU-retten har sin egen tolkningslære. Ved uløste rettsspørsmål kan veiledning finnes i nasjonal rett eller folkerett, men EU-retten kan alltid etablere de løsninger som den finner mest anvendelig.¹⁶ Denne tolkningslære skiller seg både fra tradisjonelle prinsipper for tolkning av folkerettslige traktater og fra nasjonal rettskildelære i medlemsstatene. Veiledning for tolkning av traktater finnes i Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969.¹⁷ Norge er ikke tilsluttet denne traktaten,

¹³ Lov av 27. november 1992 nr.109.

¹⁴ Sejersted, 2004, s. 22-23.

¹⁵ Sejersted, 2004, s. 41-42.

¹⁶ Sejersted, 2004, s. 42.

¹⁷ Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

men er den gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett.¹⁸ Sedvanerett dannes når en fast praksis følges av et betydelig antall stater og har foregått over en viss tid.¹⁹ Når det gjelder nasjonal tolkningslære er domstolene i stor grad forpliktet til å følge Høyesteretts tolkningslære. EU-retten har også en dynamisk karakter. Bestemmelsene må tolkes i lys av EF-rettens utviklingstrinn.²⁰

Formålet med avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) er grunnleggende forskjellig fra formålet med opprettelsen av Den Europeiske Union (EU). Formålet med opprettelsen av Det Europeiske Fellesskap (EF) er kommet til uttrykk i Romatraktatens fortale og art. 2. Her står målsetningen om integrasjon og overnasjonalitet sentralt.

Formålet med EØS-avtalen fremgår av avtalens art. 1 nr. 1. Formålet er å fremme en balansert styrkning av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene. Det forutsetter like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler.

Rettslig sett innebærer EØS-avtalen en tett integrasjon med EU. Gjennom EØS-avtalen har Norge forpliktet seg til å gjennomføre en stor del av EU-retten i norsk rett. Tilpasningen innebærer også at Norge må følge EF-domstolens rettspraksis og kravene til nasjonal forvaltning av reglene.²¹

I EØS-avtalen ligger ikke integrasjonshensynet til grunn i like stor grad som i Romatraktaten. Mens felles regler i EØS-avtalen er en målsetning i seg selv, er de i Romatraktaten et virkemiddel.

Hensynet til rettshomogenitet søkes ivaretatt gjennom EØS-avtalens art. 6. For å oppnå rettshomogenitet må bestemmelser i EØS-avtalen tolkes i samsvar med EF-domstolens tolkning av de fellesskapsrettslige bestemmelser som EØS-avtalens bestemmelser er ment å tilsvare. Det er dermed et krav om at rettspraksis må ha tilknytning til

¹⁸ Ruud, 1998, s. 48.

¹⁹ Ruud, 1998, s. 51.

²⁰ Sejersted, 2004, s. 41-43.

²¹ Sejersted, 2004, s. 21.

bestemmelser som innholdsmessige er identiske. EFTA-domstolen har i Sveinbjörndóttir-dommen²² fremhevet forholdet mellom homogenitetsmålsetningen og EØS-avtalens manglende overnasjonalitet. Her var et direktiv feilaktig innført. EFTA-domstolen kom til lignende resultat som EF-domstolens tidligere hadde fastslått uten å uttrykkelig vise til EF-domstolens praksis. Det ble uttalt at EØS-avtalen og EF-traktaten er ulike rettssystemer, men at EØS-avtalen innebærer en mindre påtvingende integrasjon enn EF-traktaten. På den annen side ble det framhevet at avtalen er mer vidtgående enn det som er vanlig for andre folkerettslige avtaler. Domstolen vektla homogenitetsmålsetningen med henvisning til individers og økonomiske foretaks rett til likebehandling i hele EØS og med støtte i lojalitetsplikten i EØS-avtalen art. 3. EFTA-domstolen valgte å etablere et ulovfestet prinsipp som bygget på EØS-rettens egne kilder. Dommen kan sees som utslag av at EØS-avtalens homogenitetsmålsetning må balanseres opp mot avtalens manglende overnasjonalitet.

1.3.2 EU-rettens kilder

Direktiver og forordninger er de to former for lovgivning i EF-retten. I oppgaven er direktiv 2000/78 EF gjenstand for tolkning. Direktiver er en del av sekundærlovgivningen i EF-retten og er hjemlet i EF-traktatens art. 249. Direktiver er bindende for medlemsstatene med hensyn til målsetninger, men overlater til nasjonale myndigheter å bestemme metode for gjennomføringen. Kravene kan ofte være så generelle at statene gis en skjønnsmessig margin for hvordan de nærmere regler bør være. Andre ganger er kravene så klare at de må skrives ordrett inn i nasjonal rett. Direktivene får i utgangspunktet ikke virkning i nasjonal rett før de er gjennomført. Gjennom EF-domstolens rettspraksis har det fremkommet ulovfestede krav om hvordan direktivet skal gjennomføres. Direktivet må gjennomføres på en slik måte at det fremstår klart for borgerne hvilke rettigheter og plikter det medfører.²³

EF-domstolens rettspraksis har stor innvirkning på EU-retten. I følge EF-domstolen har den etter EF-traktatens art. 220 enerett på autoritativ tolkning av EU-retten. Det innebærer at andre EU-institusjoner og nasjonale myndigheter og domstoler har plikt til

²² Sak E-9/97.

²³ Sejersted, 2004, s. 48-49.

å legge EF-domstolens tolkninger til grunn. EF-domstolens praksis må også forstås på bakgrunn av EU-rettens dynamiske karakter.

Forarbeider spiller mindre rolle i EU-retten enn i norsk rettskildelære. Det finnes en del forarbeider i forbindelse med senere traktater og sekundærlovgivning. Disse har imidlertid beskjedne betydning for tolkningen av den endelige teksten.

EU-retten har i motsetning til norsk rett et tolkningsinstrument som ikke finnes i norsk rett. Dette er bruken av fortaler eller preambler. Her formuleres formålet med de senere bestemmelser. Rettigheter og plikter kan ikke utledes direkte av fortalene, men fortalene har betydning ved tolkningen av lovteksten.²⁴

1.3.3 Direktivets manglende hjemmel i EØS-avtalen

De direktiver og forordninger som er en del av norsk rett har vært gjennom tre etapper. De er vedtatt i EU, inntatt i EØS-avtalen og gjennomført i nasjonal rett.²⁵

Det som skaper vanskelige rettskildemessige spørsmål i oppgaven er imidlertid relasjonen mellom aml kap. X A 's regler og direktivets manglende hjemmel i EØS-avtalen. Direktivet inngår i EU's ikke-diskrimineringspakke som er hjemlet i Amsterdamtraktaten art. 13. Art. 13 gir hjemmel for at det enstemmig kan vedtas tiltak mot diskriminering på grunnlag av kjønn, rase eller etnisk opprinnelse, religion eller tro, handikap, alder eller seksuell legning. Direktiv 2000/78 EF er vedtatt etter Amsterdamtraktaten art. 13, men denne er ikke en del av EØS-avtalen.

Det er ingen bestemmelse som tilsvarende Amsterdamtraktaten art. 13 i EØS-avtalen. EØS-avtalens del V kap. 1 om sosialpolitikk innenfor de fire friheter omfatter blant annet arbeidsmiljørett, arbeidsrett og likestilling mellom kvinner og menn. Rettsakter som vedtas innenfor disse områder skal innlemmes i EØS-avtalens vedlegg XVIII. Eidsvåg²⁶ stiller spørsmål ved om direktivene faller utenfor EØS-avtalens kapittel om sosialpolitikk idet de tar sikte på å verne andre grupper mot forskjellsbehandling. Da

²⁴ Sejersted, 2004, s. 53-55.

²⁵ Sejersted, 2004, s. 171.

²⁶ Eidsvåg, 2002, s. 512.

EØS-avtalen ble inngått bestod EF-retten bare av bindende rettsregler mot diskriminering på grunnlag av kjønn og nasjonalitet. Diskriminering på grunnlag av rase, funksjonshemming, alder, religion eller seksuell orientering ble ikke uttrykkelig unntatt fra den sosialpolitiske reguleringen etter EØS-avtalen. Ved inngåelsen av avtalen uttrykte derimot EFTA-statene tilslutning til prinsippene i EF's sosiale charter fra 1989. Forutsetningen for EØS-avtalen er også at denne skal være dynamisk. Etter at EØS-avtalen ble vedtatt er også flere rettsakter om nye arbeidsrettslige emner inntatt i EØS-avtalens vedlegg XVIII. Diskrimineringsforbud for rase, alder, seksuell orientering, religion eller funksjonshemming bygger på samme verdigrunnlag som forbudet mot kjønnsdiskriminering. Disse prinsippene er uttrykk for en naturlig videreutvikling og ikke en motsetning til de første prinsippene. I følge Eidsvåg blir konklusjonen dermed at de nye direktivene faller innenfor EØS-avtalens kapittel om sosialpolitikk. Dette bygges også for en stor del på formålsbetraktninger. Formålet er å verne nye grupper mot diskriminering.

Direktivene må imidlertid også ligge innenfor det saklige virkeområdet til en av bestemmelsene i kapittelet om sosialpolitikk. Bestemmelsen som får anvendelse her er art. 68 som gjelder rettsakter ”på arbeidsrettens område”. Direktivene vil både falle innenfor og utenfor området for EØS-avtalens art. 102. Arbeidsrettens område vil omfatte art. 3 (1) a og c: vilkår for adgang til lønnet arbeid og ansettelses- og arbeidsvilkår. Utenfor faller vilkår for adgang til selvstendig erverv jfr. art. 3(1) a. Lønnsforhold og medlemskap i arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjon (art. 3 (1) c og d) vil i følge Eidsvåg sannsynligvis falle utenfor art. 68. Selv om direktivene dels vil falle utenfor og dels vil falle innenfor EØS-avtalens art. 102, vil Norge kunne velge at direktivene implementeres i sin helhet.²⁷

Når det gjelder direktivets rettskildemessige vekt vil det her kunne oppstå spørsmål om hvilken forpliktelse Norge har overfor EU-landene til å overholde direktivet, og hvilken virkning direktivet får innad i norsk rett. Da likebehandlingsdirektivet ikke har direkte hjemmel i EØS-avtalen vil en ikke kunne anvende forrangsbestemmelsen jfr. EØS-loven § 2 ved motstrid med annen norsk lovgivning. I Finangerdommen²⁸ ble det uttrykt

²⁷ Eidsvåg, 2002, s. 511-514.

²⁸ Rt.2000.1811.

et prinsipp om direktivkonform tolkning og homogenitet. Saken gjaldt motstrid mellom et direktiv som var implementert i norsk rett og nasjonal lovgivning.

Det er imidlertid liten sannsynlighet for at motstridsspørsmålet vil oppstå i forhold til aldersdiskriminering da adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering angir en vid skjønnsmargin. Det vil derfor være enkelt å tolke bort en eventuell motstrid.

Det at Norge har valgt å implementere direktivet i norsk rett taler for at lovgiver ønsker at direktivteksten skal ha rettskildemessig vekt som norsk lov. Hvilke konsekvenser implementeringen av direktivet får for Norges forpliktelser i forhold til EU og EØS er ikke så sikkert. EU-kommisjonen har imidlertid merket direktivet som EØS-relevant, og dette kan tale for at direktivet skal ha vekt. EØS-avtalens art. 6 vil være et naturlig utgangspunkt for spørsmålet om hvilken betydning EF-domstolens praksis skal tillegges ved tolkningen av EØS-avtalens regler. I vårt tilfelle er det imidlertid ikke tale om regler som har hjemmel EØS-avtalen. Art. 6 uttrykker plikten til homogen tolkning av EF-traktatens og EØS-avtalens regler. Oppstår motstrid mellom aml og annen norsk lovgivning vil Høyesterett kunne komme til et annet tolkningsresultat enn det som følger av EF-rettens direktivpraksis. Dette kan begrunnes i at Høyesterett i Finangerdommen ikke anså seg forpliktet til å følge EU-direktiver som var implementert i norsk rett ved motstrid med bilansvarsloven. Høyesterett kan dermed komme til at lovgiver må foreta de eventuelle endringer i aml som er nødvendige for at et tolkningsresultat etter norsk rett skal stemme overens med praksis fra EF-domstolen. Det kan også innvendes at demokratihensynet ikke er ivaretatt ved at Norge innfører et direktiv som det i utgangspunktet ikke er bundet av og ikke har deltatt i utarbeidelsen av. Norge vil dermed kunne bli underlagt EU's overnasjonale regelsystem. Norge vil dermed på bestemte områder tape sin medbestemmelsesrett og suverenitet.

På den annen side taler igjen prinsippet om homogen og direktivkonform tolkning for at aml's regler, som bygger på et EU-direktiv, skal tolkes i samsvar med praksis fra EF-retten.

Arbeidslivets parter har også gradvis fått en sterkere stilling i EU-samarbeidet gjennom den sosiale dialog. Denne ble lansert i 1985 for å bringe sosiale aspekter sterkere inn i

det indre marked, og har vært et viktig middel i den sterke utviklingen av EU's arbeidslivspolitik de senere år.²⁹

Det kan heretter konkluderes med at direktivet vil være en viktig rettskilde ved tolkningen av aml kap. X A.

Direktivene setter som hovedregel minimumsrettigheter i forhold til arbeidstakeres rettigheter. Det vil gjennomgående være i strid med direktivet dersom statene fastsetter dårligere rettigheter for arbeidstakerne enn direktivet.³⁰

Likebehandlingsprinsippet har også en sentral plass i internasjonal arbeidsrett. Gjennom presumsjonsprinsippet vil likebehandlingsprinsippet få innvirkning på Høyesteretts avgjørelser. Presumsjonsprinsippet tilsier at norsk lov tolkes i samsvar med folkeretten så langt det er mulig. I dette ligger en forutsetning om at norsk rett formodes å være i overensstemmelse med folkeretten.³¹ ILO-konvensjoner (Den internasjonale arbeidsorganisasjon) nr. 100 og 111 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (1966) og FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, Den europeiske menneskerettskonvensjon og Den europeiske sosialpakt³² har også betydning for Norge. Konvensjonene trekker opp grenser for norsk lovgivning og praksis på arbeidslivsområdet.³³ Det er særlig FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av de inkorporerte konvensjoner som har betydning for arbeidsretten.³⁴ FN's rasediskriminerings-konvensjon og kvinnediskrimineringskonvensjon har også viktige bestemmelser om likebehandling. Etter menneskerettsloven § 1 er lovens formål å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Det innebærer at menneskeretts- konvensjoner som ikke er gjennomført i norsk rett også skal ha vekt som rettskilder.³⁵ Norge er dessuten folkerettslig forpliktet til å sikre at nasjonal lovgivning er i samsvar med de konvensjonene som Norge har

²⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 3.2.1, s. 40.

³⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 39.

³¹ Ruud, 1998, s. 38.

³² 18. oktober 1961.

³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 37.

³⁴ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) pkt. 3.2.1, s. 39.

³⁵ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) pkt. 3.2.1, s. 39.

ratifisert. Norsk og internasjonal rett betraktes som to adskilte rettssystemer ved at folkerettslige forpliktelser Norge er bundet av ikke automatisk blir norsk rett. Det kreves en gjennomføring i norsk rett.³⁶

I 1994 fikk Grunnloven (Grl) en ny § 110 c som uttrykker at Norge skal respektere og sikre menneskerettighetene.

1.3.4 Ulik trinnhøyde på diskrimineringsgrunnene

I felleseuropeisk teori³⁷ påstås at direktivene er hierarkisk oppbygget slik at vernet for rase og etnisitet rangeres høyere enn kjønnsdiskriminering, mens de øvrige formene for diskriminering rangeres nederst.

Det ser ut som diskriminering på grunn av rase erstatter kjønn til å være den diskrimineringsgrunnen som mottar størst vern mot diskriminering innen EU og alder med minst vern.³⁸ Dette kan ha betydning for tolkningen av reglene.

2 Rettstilstanden før likebehandlingsreglene i aml kap. X A

2.1 Arbeidsgivers styringsrett

Arbeidsgivers styringsrett er i rettspraksis formulert som retten til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått". Dette er kommet til uttrykk i Nøkk-dommen³⁹ og Kårstø dommen⁴⁰. Evju⁴¹ uttrykker den som at arbeidsgiver i utgangspunktet har en ensidig rett til å treffe bestemmelser som angår arbeidsforholdet og virksomheten. Styringsretten er både materielt og prosessuelt begrenset. Arbeidsgiveren står dermed ikke fritt med hensyn til hvilke beslutninger han skal treffe, og hva de vil innebære i forhold til arbeidsgiveren. Arbeidsgiver står heller ikke fritt i forhold til fremgangsmåten for

³⁶ Ot.prp. nr.49 (2004-2005), s. 38.

³⁷ Schiek, 2002, European Law journal, s. 300-301.

³⁸ Meenan, 2003, s. 10.

³⁹ Rt.2000.602.

⁴⁰ Rt.2001.418.

⁴¹ Aarvaag Stokke, 2003, s. 15.

beslutningene. Han kan for eksempel ikke uten videre gjøre endringer i den ansattes arbeidsoppgaver som går utover arbeidsavtalen. Den personelle kompetansen er derimot ikke begrenset. Kompetansen til å treffe beslutninger ligger i siste instans hos arbeidsgiver. Rettslig sett er styringsretten begrenset og arbeidsgiver må holde seg innenfor rammevilkår som lov, tariffavtaler og arbeidsavtaler fastsetter. Evju uttrykker dette som at arbeidsgivers styringsrett bare er en restkompetanse.⁴² Videre begrenses styringsretten også av mer allmenne saklighetsnormer. Det stilles visse krav til saksbehandlingen, og det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen som ikke må være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn. Dette ble uttalt i Nøkk- og Kårstø-dommen.

2.1.1 Saklighetskravet

Oppsigelsessaker kan deles i to hovedgrupper: Oppsigelser som skyldes arbeidstakerens forhold og oppsigelser som skyldes virksomhetens behov. I en omstillingsprosess vil oppsigelsen som regel begrunnes i virksomhetens behov for rasjonalisering, selv om individuelle forhold knyttet til den enkelte arbeidstaker kan spille inn ved utvelgelsesprosessen.⁴³ Når det gjelder arbeidsgivers adgang til endringer ved omstillinger på arbeidsplassen, kreves det et saklig grunnlag for endringen og eventuell forskjellsbehandling av arbeidstakere kan ikke bygge på utenforliggende hensyn. En saklig forskjellsbehandling kan i denne sammenheng begrunnes med ulikheter i arbeidstakeres kvalifikasjoner.⁴⁴

I prinsippet gjelder oppsigelsesvernet alle arbeidstakere. Da det stilles strengere krav til ledere, kan imidlertid disse sies å ha et svakere oppsigelsesvern.⁴⁵

I Rt.1982.1704 uttalte Høyesterett at

”det stilles andre og strengere krav til den daglige leder av en bedrift når det gjelder hans lojalitet overfor bedriftsledelsen enn til arbeidstakere i mer underordnede stillinger.”

⁴² Aarvaag Stokke, 2003, s. 19-21.

⁴³ Fougner, 2003, s. 192.

⁴⁴ Fougner, 2003, s. 83.

⁴⁵ Fougner, 2003, s. 192.

Dette standpunkt er også tatt i Rt.1999.1998. I vurderingen av om person skulle fratregge måtte det få vesentlig betydning om arbeidstakeren hadde ledende stilling i bedriften.

Kjernen i prinsippet om saklig utvelgelse ved oppsigelser er at utvelgelseskriteriene bygger på en kombinasjon av ansiennitet og kvalifikasjoner. Utgangspunktet er at eldre arbeidstakere med lang ansiennitet skal ha et fortrinn framfor yngre arbeidstakere på ellers like vilkår.⁴⁶

2.2 Arbeidsmiljøloven § 60 nr. 3

Aml § 60 nr. 3 bestemmer at oppsigelse med fratreden før fylte 70 år som alene skyldes at arbeidstaker ikke har oppnådd pensjonsalder etter folketrygdloven ikke skal anses å ha saklig grunn. Av dette kan utledes at oppnådd 70 års alder i seg selv er saklig grunn til oppsigelse.⁴⁷ Hvis det ikke er avtalt en lavere pensjonsalder enn 70 år eller en lavere pensjonsalder er lovbestemt, kan en arbeidstaker ikke lovlig sies opp før fylte 70 år alene på grunnlag av oppnåelse av denne alder.⁴⁸ Alder mellom 67 og 70 år kan dermed ikke i seg selv objektivt sett begrunne oppsigelse eller avskjed. På den annen side vil arbeidstakers økonomiske forhold, herunder pensjon, være en del av den interesseavveining som må foretas i avveiningen mellom virksomhetens behov og de ulemper som oppsigelse medfører for den ansatte, jfr. aml § 60 nr. 2, 1.ledd.⁴⁹

Selv om arbeidstakeren er aldri så frisk og sprek vil 70-årsgrensen kunne medføre at fylte 70 år er saklig grunn til oppsigelse.⁵⁰ Dette ble uttrykt i en lagmannsrettsdom gjengitt i RG.1956.146. Oppnådd 71 års alder var saklig oppsigelsesgrunn etter arbeidervernloven § 33 post 3 a (tilsvarer dagens aml § 60 nr. 3) for en bakermester som bestyrte et bakeri. Den gjeldende tariffavtalen inneholdt en bestemmelse om fastsettelse av lønn etter nedsatt arbeidsevne på grunn av alderdom, sykdom eller vanførhet. I følge lagmannsretten kunne det ikke antas at tariffbestemmelsen innskrenket adgangen til oppsigelse. Oppsigelsen ble her begrunnet i bakerens alder. Retten la til grunn at det her var foretatt en grundig vurdering. Da bakeren ble sagt opp hadde han også passert den

⁴⁶ Fougner, 2003, s. 260.

⁴⁷ NOU 1972:21, s. 7 og Ot.prp. nr. 17 (1972-1973) s. 6.

⁴⁸ Dege, 1997, s. 347.

⁴⁹ Dege, 1997, s. 351.

⁵⁰ Dege, 1997, s. 347.

alder som er vanlig aldersgrense for fratreden både i offentlige og private arbeidsforhold. Selv om bakeren var frisk i forhold til sin alder og utstyrt med god fysisk og psykisk helse var hans høye alder saklig oppsigelsesgrunn. Bakerens høye alder fikk særlig vekt som oppsigelsesgrunn fordi bedriftens forhold på denne tid var vanskelige. Bedriftens ønske om å legge ledelsen i hendene på en yngre og mer handlekraftig mann måtte her respekteres. Tingretten hadde også uttalt at det neppe kan forlanges at arbeidsgiveren skal kunne påvise senilitet eller påpeke så grove feil at de ville ført til oppsigelse av en yngre mann.

I forarbeidene⁵¹ ble det ansett som nærliggende at pensjonsalderen etter folketrygden også ville bli den alminnelige aldersgrensen i arbeidslivet. Pensjonsalderkomiteen mente imidlertid at sterke hensyn talte for at arbeidstakerne ikke automatisk skulle settes ut av arbeid ved pensjonsalderen på 67 år. Det ble påpekt at det er store individuelle variasjoner når det gjelder aldringens virkninger for den enkeltes arbeidsevne, og at en stor del av de eldre er i stand til og ønsker å arbeide fram til fylte 70 år og muligens lengre. Arbeidstakeren skulle dermed ha vern fram til fylte 70 år eller inntil annen gjeldende aldersgrense var nådd. Komiteen pekte også på at det i praksis ville være en stor del arbeidstakere som hadde behov for en viss nedtrapping før de gikk av med pensjon.

Aml § 60 nr. 3 utelukker ikke at oppsigelse før fylte 70 år kan være saklig av andre grunner enn oppnådd pensjonsalder etter folketrygdloven⁵². En bedrift er ikke avskåret fra å praktisere en generell, lavere aldersgrense slik at arbeidsforholdet opphører når en bestemt alder er nådd. En slik aldersgrense kan for eksempel gjelde for spesielle kategorier av arbeidstakere, uten at den knyttes sammen med rett til pensjon.⁵³ Her vil det ha betydning om aldersgrensen er generell og konsekvent håndhevet, og om arbeidstakeren er kjent med ordningen.⁵⁴ Disse momentene er også kommet til uttrykk i rettspraksis. I en lagmannsrettsdom fra 1998⁵⁵ ble det lagt vekt på at det

⁵¹ NOU 1972:21, s. 8-9.

⁵² NOU 1972:21 s. 7, 14 og 15 og Ot.prp. nr. 17 (1972-1973) s. 4-6.

⁵³ Evju, 1988, s. 289.

⁵⁴ Fougner, Aml. Kommentirutgave, 2003, s. 656 og Evju, 1988, s. 289.

⁵⁵ Borgarting lagmannsretts dom av 2. november 1998.

arbeidsforholdet skulle opphøre ved fylte 70 år. Arbeidstaker hadde gått ut av stilling som salgsdirektør og var i ferd med å etablere hjemmekontor. Disse forhold talte etter lagmannsrettens mening for at arbeidsforholdet skulle opphøre ved årsskifte. Oppfatningen blant de ansatte var også at vedkommende skulle slutte ved fylte 70 år. Retten kom til at det ikke forelå noen avtale om at arbeidstaker skulle fortsette etter fylte 70 år og arbeidsforholdet dermed måtte opphøre.

For grupper som i utgangspunktet faller innenfor arbeidsmiljøloven kan det også være spesiallovgivning om 70 år som aldersgrense. Regelen medfører imidlertid at oppsigelse før fylte 70 år kan være saklig av andre grunner enn alder. I så fall må oppsigelsen begrunnes ut i fra det generelle saklighetskrav i aml § 60 nr. 1. Utgangspunktet for saklighetsvurderingen er her en individuell prøvelse av oppsigelsen overfor arbeidstakeren.⁵⁶ Aml § 60 nr. 3 tar sikte på å verne arbeidstakerne mot oppsigelse som alene skyldes at arbeidstakeren har nådd pensjonsalderen etter folketrygdloven.

2.3 Særskilte, lavere aldersgrenser i forhold til spesiell lovgivning

For enkelte grupper arbeidstakere er det egne regler utenfor aml, for eksempel innen sjøfart, fangst og fiske, og for embetsmenn eller offentlige tjenestemenn.⁵⁷ For disse kan det være fastsatt særlige bestemmelser om pensjonsalder eller aldersgrense og her vil ofte forhold knyttet til vedkommende yrke eller stilling ligge til grunn for dette.⁵⁸ Det kan for eksempel fastsettes lavere aldersgrenser for stillinger hvor arbeidet stiller bestemte krav til fysiske eller psykiske egenskaper som normalt svekkes før fylte 70 år. I disse tilfeller må det legges til grunn at det er saklig grunnlag etter aml § 60 nr. 1 for fratreden ved nådd pensjonsalder.⁵⁹

Lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn m.fl.⁶⁰ (aldersgrenseloven) fastsetter en plikt til å fratre stillingen ved en bestemt aldersgrense. Etter denne vil det være fastsatt en høyeste aldersgrense for rett til å tjenestegjøre i en stilling som er innlemmet i Statens Pensjonskasse. For militært befall er aldersgrensene fastsatt i lov om

⁵⁶ Jakhelln, 1986, s. 24.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 17 (1972-1973).

⁵⁸ Ot.prp. nr. 17 (1972-1973) kap. IV, s. 5.

⁵⁹ Dege, 1997, s. 348.

⁶⁰ Lov av 21. desember 1956 nr.1.

aldersgrenser for yrkesbefal i Forsvaret.⁶¹ Eksempel på aldersgrenser er her 52 år for fenrik og 60 år for alt øvrig befal, jfr. § 2. Etter aldersgrenseloven er den alminnelige aldersgrensen for arbeidstakere i staten 70 år. Med hjemmel i aldersgrenseloven § 2 kan stortinget fastsette en særlig aldersgrense lavere enn den alminnelige for stillinger der spesielle forhold tilsier det. De lavere aldersgrenser kan være 68, 65, 63 og 60 år jfr. aldersgrenseloven § 2 b). De lavere aldersgrensene kan fastsettes med hjemmel i aldersgrenseloven § 2 litra a og b.

Skogsarbeidere har for eksempel en pensjonsalder på 63 år, jfr. lov av 3.12.1951 nr. 2 § 11, og lov om pensjonsordning for sykepleiere av 22.6.1962 nr.12 § 6 har 65 år som pensjonsalder for underordnede sykepleiere. Eksempler på andre yrkesgrupper hvor stortinget har fastsatt slike særaldersgrenser er for polititjenestemenn, fengselstjenestemenn, stillinger i brannvesenet, tjenestemenn i Norges statsbaner, tjenestemenn i Televerket m.fl. For disse stillinger kreves en viss fysisk ferdighet.⁶² Noen yrkesgrupper er dermed bundet av særaldersgrenser som medfører en rett og en plikt til å fratruke ved en bestemt alder. Bestemmelser om pliktmessig avgangsalder finnes både i offentlig og privat sektor.

Det er hovedsakelig to forskjellige vilkår som gjør det berettiget å ha særaldersgrenser.⁶³ Det første krav er at tjenesten medfører uvanlig fysisk eller psykisk belastning på tjenestemennene slik at de normalt ikke klarer å skjøtte sitt arbeid forsvarlig til fylte 70 år. Herunder må det spørres om arbeidstakeren normalt kan greie å gjøre annet arbeid etter aldersgrensen. Dette vil imidlertid sjeldent bli besvart med nei. I dag vil selv manuelt arbeid i liten grad slite arbeidstakeren helt ut.

Det andre vilkåret er at tjenesten stiller spesielle krav til fysiske eller psykiske egenskaper som normalt blir sterkere svekket før fylte 70 år enn en forsvarlig utføring av tjenesten tillater. Denne bestemmelsen er satt der først og fremst av hensyn til tjenesten, men også av hensyn til tjenestemannen. Vedkommende skal slippe den belastning det er å ikke lenger holde mål.⁶⁴

⁶¹ Lov av 8.juni 1973.

⁶² NOU 1978:43, s. 7.

⁶³ Debes, 1989, s. 197.

⁶⁴ Debes, 1989, s. 197-198.

I følge Fredman vil det for å verne den allmenne sikkerhet for eksempel være nødvendig med aldersgrenser for piloter. Etter amerikansk rett må imidlertid disse aldersgrensene være objektivt begrunnet og proporsjonale. I stedet for at piloter automatisk pensjoneres ved 55 år kan det være tilstrekkelig å teste dem to ganger i året opp til 60 eller 65 år. Denne testingen vil være individuell og klare bevis på tap av kvalifikasjonskrav må fremkomme. I USA tillater loven aldersdiskriminering der alder er et "bona fide" kvalifikasjonskrav som er nødvendig for utøvelsen av et bestemt yrke.

I en sak (Western Airlines v Criswell No 83-1545) avviste retten at en påtvunget pensjonsaldergrense for fly ingeniører på 60 år var "reasonably necessary" av hensyn til flyselskapets sikkerhet. Flyselskapet argumenterte med at kvalifikasjonskravet var "reasonably necessary" for sikkerheten til flyselskapet på grunnlag av at de fysiologiske og psykologiske ferdighetene til personer over 60 år plutselig kunne senkes. Dette kunne skje uten at det ble oppdaget i tide av den medisinske vitenskap. The Supreme Court påpekte at standarden som rettferdiggjorde aldersdiskriminering var høy. Det ble imidlertid vist til at arbeidsgiver måtte vise til mer enn at det var sannsynlig at identifisering av ukvalifiserte arbeidstakere ikke kunne skje på individuelt grunnlag. I stedet måtte arbeidsgiver bevise at høyere alder medførte konsekvenser for sikkerheten. Retten uttalte at det på individuelt grunnlag måtte bevises at det var umulig å ha eldre arbeidstakere. Dette eksempelet viser at det selv i saker som angår offentlig sikkerhet ble stilt høye krav for fastsettelse av aldersgrenser.⁶⁵

Aldersgrenseloven § 2, 4.ledd bestemmer at arbeidstakere som går inn under loven plikter å fratrukke seg ved første månedsskifte etter at aldersgrensen for stillingen er nådd. Det er imidlertid en adgang for tjenestemannen til å fortsette i stillingen ved at tilsetningsmyndigheten treffer bestemmelse om det jfr. aldersgrenseloven § 3. En forutsetning for dette er at tjenestemannen fremdeles fyller kravene til stillingen.

⁶⁵ Fredman, 2003, s. 57.

2.4 Særskilte, lavere aldersgrenser i henhold til avtalebaserte ordninger

Aml § 60 nr. 3 er heller ikke til hinder for oppsigelser ved oppnådd pensjonsalder etter bedriftspensjonsordning, arbeidsavtale eller arbeidsreglement.⁶⁶ Dette innebærer at arbeidsforholdet bringes til opphør når den aktuelle alder er nådd selv om dette ikke har noen sammenheng med rett til pensjon. Her vil imidlertid oppnådd aldersgrense ikke uten videre gi saklig grunn til oppsigelse, og det må skje en selvstendig vurdering av saklighetsspørsmålet.⁶⁷ I følge forarbeidene⁶⁸ må behov for oppsigelsesvern ved oppnådd pensjonsalder som er lavere enn 70 år tas opp til forhandling av de berørte parter. Poenget er her at det fortsatt kan inngås avtaler om opphør av arbeidsforhold ved pensjonsalder så lenge det er enighet mellom partene om dette.⁶⁹

Spørsmålet blir så om det ut i fra dette følger at det kan praktiseres en generell aldersgrense som er lavere enn den som følger av folketrygdloven. Pensjonsalderen i folketrygden ble i 1972 satt ned fra 70 til 67 år. Aldersgrensen etter aml skulle fortsatt være 70 år selv om pensjonsalderen etter folketrygdloven ble satt ned til 67.⁷⁰ Det ble imidlertid påpekt at de forslag til endringer i arbeidervernloven alene tok sikte på å verne arbeidstakere mot oppsigelse som skyldes at arbeidstakeren har oppnådd pensjonsalder etter lov om folketrygd, og ikke oppsigelser ved nådd pensjonsalder etter annen lov, bedriftspensjonsordning, arbeidsavtale eller arbeidsreglement. Pensjonsalders og Aldersgrenseutvalget viste også til at arbeid av flere grunner er viktig for den enkelte arbeidstaker, ikke bare når det gjelder økonomien, men også når det gjelder status, anerkjennelse og følelsen av å ha nytteverdi for samfunnet. Fortsettelse i arbeidet vil også ha stor betydning for å forebygge fysiske og psykiske lidelser. Det ble også vektlagt at mange eldre vil være arbeidsdyktige ut over vanlig pensjonsalder. Utvalget la imidlertid vekt på at det optimale for arbeidstakere mellom 67 og 70 år var en løsning hvor de var tilknyttet sitt arbeid i bedriften.⁷¹ Et utvalg som ble oppnevnt for å vurdere forholdet mellom nådd pensjonsalder og vern mot oppsigelse i 1971 uttrykte at det forelå sterke hensyn for at arbeidstakere ikke automatisk blir satt ut av sitt arbeid

⁶⁶ Ot.prp. nr. 17 (1972-1973) kap. IV, s. 5.

⁶⁷ Evju, 1988, s. 289.

⁶⁸ Ot.prp. nr.17 (1972-1973) s. 5.

⁶⁹ Jakhelln, 1986, s. 21.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 17 (1972-1973), s. 6.

ved nådd pensjonsalder 67 år. Et hensyn som kan tale mot et lovbestemt vern mot oppsigelse ved nådd pensjonsalder er at det kan oppstå behov for å skifte ut eldre arbeidstakere med yngre. I disse tilfellene vil det imidlertid kunne være saklige grunner for oppsigelse.

Ut fra forarbeidene kan det konkluderes med at det er adgang til å fastsette særskilte aldersgrenser. Denne forutsetningen er ikke kommet til uttrykk i § 60 nr. 3, men må gjelde i forhold til saklighetskravet i § 60 nr. 1. NOU fra 1972 viser til gjeldende rettspraksis om fastsettelse av lavere aldersgrenser.⁷² I RG.1961.593 fant retten at oppnåelse av pensjonsalder for folketrygd eller oppnåelse av lavere generelle aldersgrenser fastsatt ut fra en forsvarlig, faglig vurdering må betraktes som saklig grunn til oppsigelse i forhold til arbeidervernloven § 43 (jfr. aml § 60 nr. 3).⁷³ En slik generell aldersgrense kan imidlertid ikke praktiseres uten reservasjoner. En oppnådd aldersgrense vil ikke uten videre gi saklig grunn til oppsigelse. Her må det foretas en konkret saklighetsvurdering. I denne vurderingen vil det også være grunn til å legge vekt på om aldersgrensen er knyttet sammen med en pensjonsordning. Selv om det kan være saklige grunner til en oppsigelse bør det være en forutsetning at en rett til pensjon oppnås. Dette vil være særlig aktuelt dersom aldersgrensen er satt lavere enn 67 år, og det vil kunne forhindre en omgåelse av aml § 60 nr.3.⁷⁴ Et annet moment er om arbeidsgiver har forsøkt å tilby annet passende arbeid når forholdene innen bedriften ligger til rette for det.⁷⁵ I Rt.1962.888 ble det uttalt at bedriften burde ha fremsatt tilbud om annet passende arbeid før den i forbindelse med rasjonalisering gikk til oppsigelse.⁷⁶ Ved vurderingen av om en oppsigelse vil være saklig på grunn av den ansattes alder vil det tas utgangspunkt i det arbeidet den ansatte gjør i sin stilling. Hvis det må ventes at den ansatte med tiden ikke vil være i stand til å fylle stillingen vil dette være saklig oppsigelsesgrunn. Arbeidsgiver vil således ikke være forpliktet til å vente til det gir seg konkrete utslag av at arbeidstaker ikke er i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter arbeidsavtalen. Det må heller ikke foreligge noe mislighold fra den ansattes side for at

⁷¹ Ot.prp. nr. 17 (1972-1973), s. 4.

⁷² NOU 1972:21, s. 7. og 15.

⁷³ NOU 1972:21, kap. III, s. 7.

⁷⁴ Evju, 1988, s. 290.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 17 (1972-1973) s. 2.

⁷⁶ NOU 1972:21, kap. III, s. 7.

oppsigelsen skal være saklig. Faren for en negativ utvikling må imidlertid ha konkretisert seg i noen grad, og en generell fare for svekket innsatsevne på grunn av alder vil neppe være saklig grunn for oppsigelse.⁷⁷ Dette kom også til uttrykk i RG.1956.146 hvor retten uttalte at det ikke kan kreves at det finnes så grove feil at det ville ført til oppsigelse av en yngre mann.

Etter aml er det først ved fylte 70 år at arbeidstaker kan sies opp på grunnlag av denne alder. Det er dermed arbeidsgiveren som har tvilsrisikoen for at det er inngått avtale om fratreden ved fylte 67 år. I RG.1968.371 ble en arbeidstaker sagt opp fordi denne hadde nådd en aldersgrense som gjaldt for bedriften. Arbeidstakeren anførte her at den enkelte arbeidstaker ved spørsmål om oppsigelse har krav på å få vurdert sitt eget arbeidsforhold, og at oppsigelse alene på det grunnlag av at han var 68 år var usaklig. Arbeidstakeren ble ved ansettelsen ikke gjort uttrykkelig oppmerksom på at aldersgrensen ved virksomheten var 68 år. Han ble imidlertid kjent med bedriftens pensjonsalder kort tid etter ansettelsen og foretok seg ingenting. Retten la dermed til grunn at bedriftens pensjonsordning på 68 år var blitt en del av arbeidsavtalen. Pensjonsordningen ble også konsekvent praktisert av virksomheten. Retten uttalte også at det kunne ikke kreves at en bedrift foretok en individuell prøvelse av den enkelte arbeidstakers forhold ved håndhevelse av en gjeldende aldersgrense. I følge lagmannsretten var poenget med en slik aldersgrense nettopp å unngå individuell prøving.

Selv om det er fastsatt i en kollektiv pensjonsavtale at pensjonsalderen er 67 år, er ikke dette automatisk bindende for spørsmålet om fratreden etter arbeidsmiljøloven. Det innebærer at arbeidstaker oppnår pensjon fra den private pensjonsavtale ved fylte 67 år, og ikke at det er en plikt til å fratre. Det er opp til arbeidsgiveren å klargjøre dette og det vil være tilstrekkelig å henvise til gjeldende pensjonsalder til enhver tid. Hvis dette ikke er gjort vil utgangspunktet være rett til fratreden ved fylte 70 år.

Utgangspunktet bør være at arbeidstaker var kjent med pensjonsalderen ved tiltredelse, men det finnes eksempler på at dette ikke alltid har vært avgjørende.⁷⁸

⁷⁷ Jakhelln, 1986, s. 28.

⁷⁸ Dege, 1997, s. 350.

I RG.1961.593 hadde arbeidstakerne plikt til å fratre etter pensjonsvedtektene, men her kunne fratredelsen gjennom avtale utsettes et år av gangen inntil fylte 70 år.

Pensjonsordningen var kommet til ved forhandlinger og uttrykkelig vedtatt av arbeidstakerne som likevel hadde krav på å få prøvet oppsigelsens saklighet. Retten fant at aldersgrensen ikke var vilkårlig valgt, men fastsatt ut fra et saklig og forsvarlig skjønn. Det var i følge lagmannsretten ikke påkrevd med noen individuell prøvelse av om arbeidstakerne var uskikket til å fortsette i arbeidet. Når det gjaldt vurderingen av sakligheten ble det lagt vekt på at bedriften og arbeidstakerne hadde vært gjennom langvarige forhandlinger om pensjonsordningen og kommet til enighet om at denne ikke skulle være høyere enn 65 år. Aldersgrense fastsatt ut i fra en objektiv og saklig vurdering i vedkommende yrke eller bransje var saklig grunn til oppsigelse.⁷⁹

Et hensyn som taler for at bedrifter skal praktisere generelle aldersgrenser er at det for en trofast arbeidstaker gjennom mange år kan oppleves som et tillitsbrudd å bli utsatt for individuell prøving av om vedkommende er god nok for stillingen. For bedriften vil også en eventuell rettssak lett kunne gi dårlig inntrykk utad. Personlige sympatier og antipatier vil her kunne spille inn. Det kan derfor være grunn til å fritta arbeidsgiver for de vanskelige konkrete prøvelser av den enkelte arbeidstakers evne til å utføre arbeidet. Dette er også kommet til uttrykk i rettspraksis.⁸⁰

3 Rettstilstanden etter likebehandlingsreglene i aml kap.XA

3.1 Arbeidsmiljøloven kap. X A

Her vil jeg tolke aml kap. X A's relevante bestemmelser i lys av forarbeider og etterarbeider. Jeg vil her også trekke inn direktivet (2000/78 EF) og praksis om diskriminering fra EF-domstolen som tolkningsfaktor. Til støtte for tolkningen vil andre lands løsninger gi veiledning, herunder Sverige og Danmark.

⁷⁹ Jakhelln, 1986, s. 19-20.

⁸⁰ RG.1961.593 og RG.1968.371.

Aml § 54 A nr. 1 er formålsbestemmelsen i likebehandlingskapittelet. Formålet er å sikre likebehandling i arbeidslivet. Etter aml § 54 B nr.1 kan ikke en arbeidsgiver forskjellsbehandle på grunn av kjønn, religion, livssyn, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder. Når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av kjønn er det i § 54 B nr. 2 vist til at likestillingsloven skal få anvendelse.

Eksempler på andre lovregler i norsk rett som skal motvirke diskriminering er likestillingsloven § 3 og straffeloven §§ 135 a og 349 a.

3.1.1 Kapittel X's anvendelsesområde i forhold til arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljølovens regler gjelder i utgangspunktet kun arbeidstakere jfr. aml § 2. Kap. X A gjelder imidlertid også selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere jfr. § 54 A. Forarbeidene uttrykker at det ikke kan oppstilles noen god grunn til å behandle selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere forskjellig fra arbeidstakere når det gjelder forbud mot forskjellsbehandling.⁸¹ Dette innebærer at aml § 60 nr. 3 ikke får anvendelse for disse, og at oppgaven avgrenses fra disse gruppene.

Kap. X A har et videre anvendelsesområde enn aml's øvrige bestemmelser. Dette tyder på at lovgiver har ønsket å gi likebehandlingsreglene et utstrakt anvendelsesområde.

Av aml § 54 B nr. 2 følger at kapittelet gjelder alle sider ved arbeidsforholdet, fra utlysning av stilling til opphør. Aml's tidligere likebehandlingsregler gjaldt derimot kun ved ansettelse. Direktivets regler om forbud mot forskjellsbehandling gir dermed et mer helhetlig vern for arbeidsforholdet enn aml's regler gjorde før vedtakelsen av kap. X A.

3.2 Innledning

Jeg vil her gi en generell introduksjon av likebehandlingsprinsippet.

Forskjellsbehandling og diskriminering er motpolene til likebehandling. Begrepene vil bli anvendt om hverandre.

⁸¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.1.5.3, s. 25.

Likebehandlingsprinsippet har fått en sentral plass i internasjonal arbeidsrett etter at det ble introdusert i ILO-konvensjon nr. 111 i 1959, og har senere kommet til uttrykk i FN-konvensjoner og EU-direktiver.⁸²

Begrepsbruken i ILO-konvensjon nr. 111 har hatt sterk innvirkning på nasjonal lovgivning. Den pålegger traktatpartene å hindre diskriminering i arbeidslivet. Her blir diskriminering uttrykt som en enhver distinksjon, eksklusjon eller preferanse som forhindrer likebehandling i arbeidslivet. Virkemidler som relaterer til bestemte former for diskriminering har i ettertid referert til denne definisjonen. Diskriminering vil dermed skje når en person ikke gis samme fordeler, muligheter og behandling som andre. En annen konsekvens av dette er at diskriminering ikke er begrenset til diskriminering med hensikt, men også omfatter enhver handling eller unnlattelse som faktisk leder til forskjellsbehandling. En arbeidsgiver vil for eksempel i en utlysningstekst som bare etterspør arbeidssøkere som innehar en ny teknologisk utdannelse kunne utestenge eldre arbeidssøkere. Arbeidsgiver trenger her ikke ha til hensikt å diskriminere. Ulovlig diskriminering kan dermed skje gjennom handling og passivitet.⁸³

ILO-rekommendasjon nr. 162 fra 1980 regulerer også eldre arbeidstakeres stilling og de hindre de møter ved ansettelse og under arbeid fordi de er eldre. Her påpekes også at det må sikres at problemer for ansatte ikke må flyttes fra en gruppe til en annen. Dette har ofte vært tilfelle hvor eldre arbeidstakere presses ut av arbeidslivet for å slippe de yngre til. Rekommandasjonen uttrykker også at pensjonering bør være på frivillig basis.⁸⁴

3.2.1 Diskrimineringsforbudets utgangspunkt

Diskrimineringsforbudet innebærer at like tilfeller skal behandles likt. Utgangspunktet for diskrimineringsforbudet er å vurdere hva som skal anses som like tilfeller og hva som faller utenfor. Det må da konstateres at en bestemt gruppe behandles dårligere enn det som følger av den aktuelle normen. Regler om ikke-diskriminering bygger alltid på

⁸² NOU 2003:2, s. 14.

⁸³ Nyström, 2002, s. 209.

⁸⁴ Blanpain, 1990, s. 11.

en sammenligning mellom referanse gruppen og den beskyttede gruppen.⁸⁵

Referansegruppen kan for eksempel være arbeidstakere under 70 år som sammenlignes med den beskyttede gruppen av arbeidstakere over 70 år.

Diskrimineringsforbud er enkle å praktisere på de områdene der det finnes bestemte normer for hvordan referansegruppen skal behandles. Det blir imidlertid mer komplisert på de områdene der det ikke finnes tydelige normer. Det gjelder for eksempel i forhold til prinsippene om avtalefrihet. Avtaler inngås frivillig og det er intet krav om at valgene er motivert ut fra saklige prinsipper. Samtidig kan det oppstå praksis som gjør at visse grupper utestenges fra viktige avtaleforhold. Arbeidsgivers frihet til å ansette hvem han vil er uttrykk for avtalefrihet. Ansettelser ligger i utgangspunktet innenfor avtalefriheten. Før aml's nye likebehandlingsregler trådte i kraft var det slik at arbeidsgiver i det private næringsliv stod fritt til å ansette hvem han ønsket. Dette var et utslag av styringsretten. Den tidligere aml § 55 A medførte imidlertid visse begrensninger i avtalefriheten. Denne uttrykte et forbud mot at arbeidssøker måtte opplyse om politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål, og om de var medlem av lønnstakerorganisasjoner. Annet ledd oppstilte et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning eller funksjonshemming.⁸⁶ For det offentlige har det også vært et krav om forsvarlig saksbehandling som er et grunnleggende forvaltningsrettslig krav.⁸⁷

I dag setter likebehandlingsreglene skranker for arbeidsgivers styringsrett. Arbeidsgivere kan ikke velge å la være å kalle inn eldre kvalifiserte søkere til intervju. Likebehandlingsprinsippet innebærer dermed at det må kunne oppstilles visse normer for hvordan ansettelse skal skje slik at den beskyttede gruppen behandles på samme måten som referansegruppen. Spørsmål oppstår når en ikke kan skille ut noe mønster ved utvelgelsesprosessen ved ansettelse, for eksempel hvis det ikke kan påvises hvorfor en yngre person blir ansatt i forhold til en eldre. Dette er forsøkt løst ved at lovgiver har oppstilt visse normer for hvordan arbeidsgiver skal gå frem i ansettelsesprosessen.

⁸⁵ Christensen, 2000, s. 36.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003), s 25.

⁸⁷ Forvaltningsloven av 10.februar 1967 og Fougner, Aml. Kommentirutgave, 2003, s. 632.

Et diskrimineringsforbud oppstiller ingen selvstendige normer for hvordan en bestemt gruppe skal behandles, men det henviser på den ene eller andre måten til de regler som gjelder for referansegruppen. Per Norberg kaller dette diskrimineringsrettens relativitetsproblem ved at diskrimineringsretten mangler et fast utgangspunkt. Anna Christensen omtaler dette ved at diskrimineringsforbudene alltid relaterer til en uavhengig referansenorm. Nordberg uttrykker hvordan den beskyttede gruppen skal defineres og hvordan spørsmålet om hva som er det relevante sammenligningsgrunnlag i EU beror på den nasjonale lovgivnings utforming. Denne får også betydning for skillet mellom direkte og indirekte diskriminering.⁸⁸

3.2.2 Vernet for aldersdiskriminering

Forarbeidene til likestillingsloven⁸⁹ omtaler kravet til sammenligningsperson. Praxis fra likestillingsombudet og klagenemda uttrykker at det ikke kan utledes noe krav om sammenligningsperson av motsatt kjønn i alle tilfeller. Et ubetinget krav om sammenligningsperson av motsatt kjønn ville svekket lovens gjennomslagskraft. I bedrifter hvor det ikke finnes mannlige arbeidstakere i sammenlignbare stillinger vil for eksempel kvinners arbeidsvilkår kunne svekkes. I forhold til alder må dette for eksempel innebære at det ikke kan utledes noe krav om en yngre sammenligningsperson.

I norsk rett anses forskjellsbehandling knyttet til graviditet vanligvis som indirekte diskriminering.⁹⁰ I EU-retten blir graviditetsdiskriminering derimot betegnet som direkte forskjellsbehandling. Det kan derfor tolkes som det er et sterkere forbud mot graviditetsdiskriminering i EF-retten enn etter den norske likestillingsloven. Norge har etter EØS-avtalen plikt til å gjennomføre et absolutt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet, men det er et svakere vern i norsk rett fordi forbudet er betinget av en rimelighetsvurdering. I denne vurderingen legges det blant annet vekt på de ulemper likebehandling kan medføre for den som forskjellsbehandler. EF-domstolen har hittil ikke foretatt tilsvarende vurderinger i forhold til graviditetsdiskriminering, uavhengig

⁸⁸ Numhauser-Henning, 2000, s. 19-20.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt. 6.1.7, s. 29.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001), s. 29.

av hvilke kostnader og andre forhold som måtte ligge til grunn for forskjellsbehandlingen.⁹¹ Hvis dette har en overføringsverdi for aldersdiskriminering kan det rettferdiggjøre et svakere vern for aldersdiskriminering i norsk rett enn det som gjelder i EU-retten.

3.2.3 Diskrimineringsforbudet

Her vil jeg gjøre rede for det nærmere innholdet i diskrimineringsreglene.

Aml § 54 B uttrykker et generelt forbud mot diskriminering på grunn av alder i arbeidslivet. Denne bestemmelsen viderefører den tidligere aml § 55 A i tillegg til at den tar sikte på å gjennomføre direktiv 2000/78 EF i norsk rett.⁹² Alder er dermed innført som ny diskrimineringsgrunn som følge av direktiv 2000/78 EF. Det kan imidlertid gjøres unntak fra dette forbudet jfr. aml § 54 D nr. 3. Det er unntaksbestemmelsens materielle innhold som er interessant i forhold til diskriminering. Forskjellsbehandling på grunn av alder er lov hvis det har et saklig formål, og midlene som er valgt for å oppnå dette formålet er hensiktsmessige og nødvendige. Forbudet mot aldersdiskriminering er nytt i EU-rettslig sammenheng og det foreligger foreløpig ingen rettspraksis om aldersdiskriminering fra EF-domstolen. Det vil gi en viss veiledning å se på rettspraksis fra EF-domstolen om de andre diskrimineringsgrunnene. Det foreligger her en rekke avgjørelser om likestilling mellom kjønnene.

Kravet til saklig grunn innebærer en rekke omstendigheter det vil være vanskelig å dekke fullstendig. Det understrekes at spørsmålet om det foreligger aldersdiskriminering må avhenge av en konkret og skjønnsmessig vurdering. EF-domstolen har i saker om kjønnsdiskriminering lagt vekt på direktivets formål som er å fremme likebehandling mellom kjønnene og at det skal mye til for å tillate forskjellsbehandling. I følge forarbeidene bør det utvises forsiktighet med å akseptere begrunnelser som bygger på at en person vil være uegnet bare på bakgrunn av vedkommendes alder. Begrunnelsene må bygge på konkrete forhold knyttet til den enkelte arbeidstaker.⁹³

⁹¹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001), s. 32.

⁹² Ot.prp. nr.104 (2002-2003) s. 27-28.

⁹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 15.2.1, s. 193.

Utgangspunktet er at direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av alder er forbudt. Dette er hjemlet i aml § 54 B nr. 1. Her er også de øvrige diskrimineringsgrunnene ramset opp. Trakassering er også ansett som en form for diskriminering jfr. aml § 54 C og likestillingsloven § 8 a. Aml § 12 oppstiller også et forbud mot trakassering av arbeidstakere. Trakassering vil ikke bli videre behandlet her.

Jeg vil nå ta for meg direkte og indirekte forskjellsbehandling.

3.3 Direkte forskjellsbehandling

Definisjonen av direkte diskriminering følger av aml § 54 C nr. 1:

”en person av de grunner som er nevnt i § 54 B nr 1 behandles dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon”.

Direkte diskriminering bygger på prinsippet om at like tilfeller behandles likt. Om arbeidsgivers beslutning motiveres av alder foreligger direkte diskriminering. Det kan for eksempel være en stillingsannonse som angir at arbeidsgiveren bare søker arbeidstakere under en bestemt alder eller oppstiller vilkår som ikke har betydning for arbeidet. Dette bygger imidlertid ikke på en håndfast standard; så lenge en part behandles likt som en annen i lignende situasjon er det ikke direkte diskriminering, uavhengig av om de behandles like dårlig eller like bra. Prinsippet er dermed relativt. For det andre må det finnes en å sammenlignes med. For aldersdiskriminering er dette vanskelig fordi alder er en prosess framfor en bestemt kvalitet.⁹⁴ En person på 70 år kan for eksempel ha bedre fysisk og psykisk helse enn en person på 50 år. I medisinen tales det derfor ofte om biologisk og ikke numerisk alder.

Aldringsprosessen er på denne måten individuell og personer i samme aldersgruppe vil ha stor spredning i biologisk alder. For diskrimineringsgrunnene rase og kjønn er de bestemte kvalitetene i større grad identifiserbare enn for alder.

⁹⁴ Fredman, 2003, s. 55.

I følge Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) må ikke direkte diskriminering tolkes snevert, og det stilles ikke krav om at arbeidssøker eller arbeidstaker stilles kvalifisert dårligere enn den det sammenlignes med. Det er for eksempel nok å konstatere at en eldre arbeidstaker blir stilt dårligere enn en yngre på grunn av sin alder. Graden av hvor mye dårligere han er stilt er her ikke avgjørende.

Begrepet ”behandles” innebærer både handlinger og unnlater. En unnlattelse kan innebære diskriminering i for eksempel en ansettelsesprosess. Unnlattelse av å kalle inn en bestemt arbeidstaker til intervju fordi personen er for gammel, vil kunne utgjøre direkte forskjellsbehandling.

En påstand om direkte diskriminering må ta utgangspunkt i en sammenligning av relativt lignende situasjoner. Dette kommer til uttrykk i kravet ”tilsvarende situasjon”. Dette tar sikte på sammenlignbare arbeidssøkere som har like kvalifikasjoner i form av utdanning og erfaring.⁹⁵

Eksempel på direkte diskriminering fra rettspraksis er: Tele Danmark-saken.⁹⁶ Her ble det uttrykt at oppsigelse på grunn av graviditet er direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Arbeidsgiver kan heller ikke nekte å ansette en gravid kvinne med begrunnelse i det økonomiske tap arbeidsgiver lider ved å ansette en gravid kvinne. Her kan det trekkes paralleller til nektelse av å ansette en eldre arbeidstaker fordi det vil koste arbeidsgiver mer, blant annet ved at arbeidstakeren vil gå av med pensjon tidligere enn en yngre arbeidstaker. For kjønnsdiskriminering er det imidlertid slik at direkte forskjellsbehandling er ulovlig, for alder kan det gjøres unntak fra forbudet mot direkte diskriminering. Tele Danmark-saken vil dermed være av begrenset rettskildemessig verdi. EF-domstolen har også uttalt at reglene gjelder uansett om en virksomhet er stor eller liten, eller arbeidet er tidsbegrenset eller varig. Oppsigelsesvernet er absolutt og oppsigelsesmulighetene er uttømmende regulert.

Direkte diskriminering kan anvendes selv om det ikke finnes en sammenligningsperson. Det er tilstrekkelig med en formell analyse for å oppdage forbudt diskriminering. Dette

⁹⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

⁹⁶ C-109/00.

innebærer at handlingen i seg selv er diskriminerende. Direkte diskriminering foreligger for eksempel hvis en person over 65 år ikke blir innkalt til intervju på grunn av sin alder. En yngre sammenligningsperson er her ikke nødvendig.

Når det gjelder indirekte diskriminering er den formelle behandlingen lik.

Diskrimineringen foregår her fordi det samme formelle kravet er vanskeligere å tilfredsstille for en gruppe enn for en annen.⁹⁷ Personer over 65 år vil for eksempel kunne være fysisk svakere enn yngre. Lik behandling vil i mange tilfeller gi ulike virkninger for eldre arbeidstakere. En bedrift som må si opp flere av sine ansatte på grunn av driftsinnskrenkninger vil for eksempel kunne velge å si opp de arbeidstakerne med minst datautdannelse. Dette vil i større grad kunne ramme eldre enn yngre arbeidstakere.

3.3.1 Arbeidsgivers omplasseringsplikt

Jeg vil her si litt om arbeidsgivers omplasseringsplikt ved oppsigelse som skyldes driftsinnskrenkninger, rasjonaliseringstiltak eller forhold ved virksomheten. Det må her foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper en oppsigelse påfører den enkelte arbeidstaker. Dette følger av aml § 60 nr.2. Alder og lang tjenestetid vil være blant de momenter som inngår i avveiningen.

Når det gjelder kriterier for utvelgelse av overtallige ansatte kan disse bygge på et ansiennitets- og kvalifikasjonsprinsipp. Arbeidsgiver som er ubundet av tariffavtale står rettslig sett fritt til å velge etter andre kriterier enn etter ansiennitet. Her må imidlertid kriteriene være saklige, forsvarlige og det må tas hensyn til eldre arbeidstakere.

Hillesland-dommen⁹⁸ gjaldt oppsigelse av fire kvinnelige arbeidstakere. Her var ansiennitetsprinsippet fraveket og det var spørsmål om hvilke andre hensyn som kunne tas ved utvelgelse av arbeidstakere som bedriften ville beholde. Ved siden av ansettelsestid kunne det legges vekt på alder og sosiale forhold. Det skal særlig tas hensyn til eldre arbeidstakere og spesielt i kombinasjon med lang ansiennitet. Med eldre arbeidstakere menes ofte arbeidstakere over 55 år. Det skjerpede stillingsvern for

⁹⁷ Numhauser-Henning, 2000, s. 76.

⁹⁸ Rt.1986.789.

kombinasjonen lang ansiennitet og høy alder skal i alle tilfeller tillegges vekt og medfører et sterkere stillingsvern enn ellers. Dette gjelder imidlertid bare utvelgelse på ellers like vilkår. Det kan dermed stilles spørsmål ved om det allerede eksisterer et særskilt vern for eldre og om dette vernet i seg selv innebærer diskriminering i forhold til yngre arbeidstakere. De nye reglene kan eventuelt tolkes slik at det eksisterende særskilte oppsigelsesvernet for eldre svekkes når det gjelder kombinasjonen alder og ansiennitet. Det pålegger arbeidsgiveren en særlig plikt til å vurdere om det finnes annet passende arbeid for arbeidstaker i virksomheten. For eldre arbeidstakere kan avveiningen av kvalifikasjonene og egnethet mot andre vurderingskriterier være spesielt problematisk. Den teknologiske utviklingen og samfunnsutviklingen kan medføre at eldre arbeidstakere ikke nødvendigvis har de kvalifikasjoner og egenskaper som anses som nødvendig for virksomhetens videre drift. En bedrift kan heller ikke si opp en arbeidstaker under henvisning til at virksomheten kan få tilsatt en bedre kvalifisert arbeidstaker i samme stilling. Ved en bedriftsintern vurdering av kvalifikasjoner eller egnethet mellom arbeidstakere vil det ut fra en konkret vurdering kunne være saklig grunnlag for å beholde en yngre arbeidstaker på grunn av kvalifikasjoner eller personlig egnethet, på bekostning av en arbeidstaker med lang ansiennitet eller høy alder. Det vil her være de samme begrunnelser som for unntaket fra ikke-diskrimineringsforbudet. Arbeidsgiver kan også vektlegge behov for å sikre en forsvarlig alders- og kjønns sammensetning på sikt. Det vil for eksempel i enkelte tilfeller være berettiget å prioritere yngre arbeidstakere, for eksempel i en bedrift der 90 prosent av de ansatte er over 50 år. Her vil det være behov for å lære opp yngre arbeidskraft før flertallet av de eldre pensjoneres på samme tid. En klar forutsetning vil imidlertid være at omplassering av den eldre arbeidstakeren er blitt vurdert. Her vil bedriftens valgmulighet blant annet avhenge av den økonomiske situasjonen. Det vil også ha betydning hvor nødvendig den yngre arbeidstakers kompetanse er for den videre drift av selskapet.

For eventuell omplassering ved oppsigelse på ledernivå, vil ledernes individuelle kvalifikasjoner i mange tilfelle ha stor betydning for bedriften. Særlig for ledere vil kvalifikasjonsprinsippet veie tyngre enn ellers, og det gjelder spesielt for øverste leder i virksomheten.⁹⁹

⁹⁹ Fougner, 2003, s. 207, 261-262, 264-265.

Vurdering av hva som er tilfredsstillende utførelse av arbeidet kan imidlertid være vanskelig i praksis, spesielt for lederstillinger. Her stilles det krav om en rekke egenskaper. Aldringsprosessen kan også utvikle seg forskjellig fra person til person.¹⁰⁰

I denne sammenheng kan det også stilles spørsmål ved om arbeidsgiver har en enda større plikt til å tilby annet passende arbeid ved oppnåelse av en avtalt aldersgrense ved at arbeidstaker kan påberope seg de nye likebehandlingsreglene?

3.3.2 Fortrinnsrett til stilling

Når det gjelder fortrinnsrett til stilling vil arbeidstaker som er sagt opp på grunn av arbeidsmangel ha fortrinnsrett til ny stilling i ett år regnet fra oppsigelsestidens utløp. Forutsetningen er at arbeidstakeren har vært ansatt minst 12 måneder i løpet av de to foregående år. Dette følger av aml § 67. Det vil være de samme regler for utvelgelse av fortrinnsberettigede som ved oppsigelse grunnet i driftsinnskrenkninger jfr. aml § 67 nr. 4.

Hvordan vil så fortrinnsrett til stilling stille seg for en arbeidstaker som har avsluttet et arbeidsforhold etter avtale om fratreden ved oppnådd aldersgrense? I følge Dege¹⁰¹ gjelder ikke fortrinnsretten dersom det er innført aldersgrenser som er allment akseptert i bedriften. Fortrinnsretten vil ikke få anvendelse når arbeidstakeren har passert denne aldersgrense. Dege er også tvilende til om en arbeidstaker som sies opp noen år før en slik aldersgrense er nådd og kun har noen få år igjen å arbeide, kan påberope seg fortrinnsretten. Dette vil imidlertid bero på hvilken stilling som er ledig. Dege påpeker at bruk av en saklighetsnorm her ville gjort dette enklere. En slik saklighetsnorm kan imidlertid sies å være innebygd i likebehandlingsreglene ved at arbeidsgiver må påvise at forskjellsbehandlingen har et saklig formål og at midlene som er valgt er hensiktsmessige og nødvendige. Dette tyder på at det stilles strengere krav til at arbeidsgiver ikke skal imøtegå fortrinnsretten for eldre personer som nærmer eller har passert en aldersgrense.

¹⁰⁰ Evju, 1988, s. 290.

¹⁰¹ Dege, 1995, s. 431.

3.3.3 Masseoppsigelse og ansiennitet

En arbeidsgiver sa opp 200 arbeidstakere under henvisning til at verkstedet var i store økonomiske vanskeligheter.¹⁰² En av de oppsagte hadde 40 års ansiennitet i bedriften mens en yngre arbeidstaker med kortere ansiennitet fortsatte ved bedriften.

Lagmannsretten fant at bedriften var i en vanskelig økonomisk situasjon, og at det var berettiget å ta driftsøkonomiske hensyn ved vurderingen av hvilke arbeidstakere som skulle sies opp. Det ville imidlertid kunne stille seg annerledes ved rasjonaliseringstiltak for å øke et bedriftsmessig overskudd. Idet et stort antall personer ble sagt opp samtidig måtte det også kunne tas hensyn til konsekvensene i forhold til andre ansatte. Flertallet la også til grunn at arbeidstakeren hadde måttet gjennomgå en vesentlig opplæring for å kunne overta annet arbeid i virksomheten, og kunne ikke uten videre erstatte dennes oppgaver i virksomheten. Her måtte den oppsagtes alder og lange ansiennitet veies opp mot virksomhetens behov for å overleve. I en situasjon med masseoppsigelser er en bedrift særlig sårbar og flere omflyttinger med opplæringsperioder vil kunne avgjøre om bedriften overlever i konkurransen. I følge retten var det i en slik situasjon berettiget å vurdere alderssammensetningen blant de ansatte som ble beholdt etter nedskjæringen. Lagmannsretten påpekte også nødvendigheten av å sikre seg kvalifisert personale til de forskjellige typer arbeidsoppgaver i fremtiden.

Mindretallet innvendte imidlertid at den oppsagtes alder og ansiennitet ikke var gitt tilstrekkelig vekt. De pekte på at han var 58 år, hadde tjent virksomheten i 40 år og åpenbart ville hatt store problemer med å skaffe seg annet varig arbeid. Mindretallet fant dermed at det i avveiningen av bedriftens behov mot de ulemper som oppsigelsen hadde påført A, ikke var tatt tilstrekkelig hensyn til A's spesielle forhold. Dette måtte medføre at oppsigelsen var usaklig.

I denne dommen fant flertallet at arbeidsgiver ikke hadde plikt til å omplassere arbeidstakeren da det her forelå saklige grunner for dette. Det kan stilles spørsmål ved om flertallets argument i dag ville blitt godtatt i forhold til de nye likebehandlingsreglene. Utgangspunktet ved masseoppsigelser er at ansatte sies opp på ellers like vilkår. Men er det slik at ansatte over 60 år i større grad sies opp enn de yngre arbeidstakere vil dette kunne være uttrykk for aldersdiskriminering. I dommen ble det

¹⁰² NAD.1984-1985-312.

imidlertid pekt på nødvendigheten av å sikre seg kvalifisert personale for de forskjellige typer arbeidsoppgaver for fremtiden. Det var et saklig formål å vektlegge alderssammensetningen i bedriften og yngre arbeidskraft var nødvendig for utøvelsen av yrket. Vilkårene etter unntaksbestemmelsen i § 54 D ville dermed trolig ha vært oppfylt, i dag til tross for at det resultat Høyesterett ville kommet til i dag er mer åpent.

Det kan også stilles spørsmål om hvordan dommen (omtalt i pkt. 2.2) om bakeren som ble sagt opp på grunn av sin alder ville stilt seg i dag.¹⁰³ Til tross for at bakeren var i god fysisk og psykisk form ble bedriftens ønske om en yngre og mer handlekraftig arbeidstaker vektlagt. Som i den foregående dommen ble bedriftens vanskelige forhold tillagt størst vekt i avveiningen, og må sies å være i samsvar med likebehandlingsreglene. Tingretten uttalte imidlertid at det ikke kreves at arbeidsgiveren må påpeke så grove feil at de ville ført til oppsigelse av en yngre mann. Denne uttalelsen er uttrykk for direkte diskriminering, og ikke i samsvar med diskrimineringsforbudet.

Det vil imidlertid kunne tenkes tilfeller der en arbeidstaker er for ung eller for gammel til å stå i arbeidslivet. Det kan da være på grunn av fysisk eller psykisk umodenhet eller svekkelse. Likebehandlingsregelen vil da ikke gjelde ubegrenset. Alder begrenser rettighetene i arbeidslivet. Fysisk egnethet til å ha førerkort må for eksempel dokumenteres ved oppnåelse av en viss alder. Personer under 18 år er ikke ansett tilstrekkelig modne til å ha førerkort. Det er legitime og saklige grunner til skrankene i likebehandlingsreglene.

3.4 Indirekte forskjellsbehandling

Indirekte diskriminering er definert i aml § 54 C nr. 2:

"når enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre av grunner nevnt i § 54 B nr. 1".

Indirekte diskriminering kan være at det angis objektive vilkår for et arbeid som i praksis innebærer at den eldre fremstilles med dårligere vilkår enn den yngre. Det kan

¹⁰³ RG.1956.146.

for eksempel være at det blir stilt krav om spesiell forkunnskap innen data for å bli tilbudt videreutdanning. Et slikt vilkår vil utelukke en del eldre som ikke er i besittelse av denne forkunnskapen, og de kan på denne måten bli nedvurdert og nedprioritert i arbeidslivet. Indirekte diskriminering kjennetegnes ved at det tilsynelatende ikke er noe galt med den handling som blir foretatt. Handlingen vil være nøytral, men får uforholdsmessig store negative virkninger for enkelte grupper på usaklig grunnlag.¹⁰⁴ Indirekte diskriminering vil forekomme når to grupper formelt sett får lik behandling, men de formelle kriteriene virker slik at de favoriserer en gruppe fremfor en annen. Et krav om fullført militærtjeneste for en stilling vil medføre at få kvinner kan søke på stillingen, og et slikt krav vil dermed kunne innebære indirekte diskriminering.¹⁰⁵

Det er ikke noe krav om at den som handler skal ha som motiv å diskriminere. Det stilles intet krav om at hensikten med handlingen må komme klart fram.¹⁰⁶ Det avgjørende er om det føres en praksis som faktisk medfører at eldre arbeidstakere stilles dårligere enn andre aldersgrupper. Direkte forskjellsbehandling kan dermed forekomme selv om motivet er skjult. Selv om en arbeidsgiver ikke gir åpent uttrykk for at han ikke ønsker ansatte over 60 år, kan han diskriminere direkte ved konsekvent å sile ut søkere fra denne gruppen. For eksempel ved å unnlate å gi eldre samme kurstilbud som yngre som på lengre sikt kan medføre at disse blir overflødige.

Ruth Nilsen har uttrykt at det eksisterer en objektivitetsnorm som viser til de juridiske prinsippene for ikke-diskriminering, proporsjonalitet, effektivitet og rettssikkerhet. EU-medlemsstatene må tolke og styrke sin lovgivning slik at den er i samsvar med denne norm. Av nordisk arbeidsrett følger at nordiske arbeidsgivere er forpliktet til å følge en generell standard for objektivitet overfor sine ansatte. Numhauser-Henning stiller imidlertid spørsmål ved om det finnes en slik generell objektivitetsplikt for arbeidsgivere.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.3.5.4, s. 36.

¹⁰⁵ Numhauser-Henning, 2001, s. 74.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

¹⁰⁷ Numhauser-Henning, 2001, s. 272-273.

Martinez Sala (1998) antyder at likebehandlingsprinsippet kan anses som et prinsipp med et eget innhold, og at det ikke lenger er nødvendig å underlegge det et annet mål.¹⁰⁸ Dette er imidlertid i forhold til fri bevegelse og lik beskyttelse på tvers av landegrensene.

3.5 Unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling

Saklig begrunnet forskjellsbehandling vil ikke anses som indirekte forskjellsbehandling jfr. § 54 C nr. 2:

”med mindre formålet er saklig og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige.”

Om det aktuelle formål er saklig og om midlene er proporsjonale i forhold til målet vil bero på en konkret vurdering. Det generelle unntaket relaterer seg kun til indirekte forskjellsbehandling. I følge forarbeidene er dette et bevisst skille og det er med hensikt at forbudet mot forskjellsbehandling ikke er snevret inn ved et generelt unntak for direkte diskriminering. Begrepet indirekte diskriminering er heller ikke forbeholdt situasjoner som er objektivt konstaterbare, men omfatter også en persons subjektive oppfatning om at vedkommende er blitt utsatt for indirekte diskriminering.¹⁰⁹

Det er imidlertid et unntak for både direkte og indirekte diskriminering i aml § 54 D:

”Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, rammes ikke av forbudet i § 54 B nr.1.”

For alder er det også en særskilt unntaksadgang i § 54 D nr.3 som synes å gå enda lengre enn unntaksbestemmelsen i nr. 1:

”forskjellsbehandling på grunn av alder er tillatt dersom den har et saklig formål og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige.”

¹⁰⁸ Numhauser-Henning, 2001, s. 118-119.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.3.5.4, s. 36.

Unntaksbestemmelsen er generell og skjønnsmessig, og det nærmere innhold må i stor grad presiseres i forhold til konkrete saker. I følge departementet skal unntaksadgangen tolkes svært restriktivt for å unngå at diskrimineringsforbudet uthules. Departementet uttrykker også at forskjellsbehandling i utgangspunktet ikke vil være lov i forhold til § 54 D nr. 1 i de tilfeller der begrunnelsen for forskjellsbehandlingen er at arbeidsgiver oppnår økonomisk vinning ved å forskjellsbehandle. Ordlyden tilsier at det må være forhold ved selve utførelsen som gjør forskjellsbehandling nødvendig.¹¹⁰

3.6 Virkninger av ulovlig forskjellsbehandling

Hvis arbeidstaker påberoper at det har forekommet ulovlig forskjellsbehandling er det arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at ulovlig forskjellsbehandling ikke har funnet sted. Forutsetningen er at arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har forekommet forskjellsbehandling. Dette er uttrykt i aml § 54 I. Arbeidsgiver bør dermed kunne legge frem bevis for at han ikke har forskjellsbehandlet ulovlig. Bestemmelsen oppfordrer arbeidsgiver til å ha dokumentasjon for sine avgjørelser.

Hvis det viser seg at det er forekommet aldersdiskriminering i ansettelsesprosessen vil ikke den diskriminerte ha krav på stillingen, men kan kreve erstatning etter alminnelige regler.¹¹¹ Etter aml § 54 J nr. 1 og 2 kan den diskriminerte kreve erstatning for økonomisk tap etter alminnelige erstatningsrettslige regler og oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Hvis det viser seg at en person er usaklig oppsagt vil oppsigelsen kjennes ugyldig dersom arbeidstakeren krever dette.¹¹²

3.7 EU-direktivet

3.7.1 Bakgrunn

Fram til EU-direktiv 2000/78 EF ble vedtatt ble lovgivningen på diskriminering ble kritisert for å være utdatert, fragmentert og inkonsistent. Det var liten sammenheng i reglene for de ulike diskrimineringsgrunnene og etterspurt at reglene ble mer

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.4.5.1, s. 40.

¹¹¹ Dege, 1997, s. 56.

¹¹² Jakhelln, 2004, s. 402.

brukervennlige. En mangel ved det nåværende rammeverk er at det eksisterer en stor mengde lover.¹¹³

Forskjellsbehandling av eldre har blitt et økende problem og aldersdirektivet (2000/78 EF) er et tiltak for å bekjempe dette problemet.¹¹⁴

Direktiv 2000/78 EF regulerer forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder og likebehandlingsreglene bygger på dette. Det gjelder aldersdiskriminering både på grunn av høy og lav alder.¹¹⁵ Direktivets kilder er direktivets bestemmelser, fortale og EF-domstolens praksis på diskriminering generelt. Når det gjelder behandling forut for vedtakelsen av direktivet i kommisjonen gir dette liten veiledning. EU-rettslig juridisk teori vil kunne gi innspill på hvordan direktivet skal tolkes. Juridisk teori vil i denne sammenheng kun vil bli av veiledende art, og EF-domstolen ikke vil være forpliktet til å følge det som blir uttrykt i teorien.

Direktivets fortale er en relevant tolkningsfaktor ved tolkning av direktivet. Ifølge dette skal det fastsettes en allmenn ramme for bekjempelse av diskriminering i arbeidslivet.¹¹⁶ I pkt. 6 fremheves betydningen av å bekjempe alle former for forskjellsbehandling. Pkt. 8, siste setning, uttrykker at det bør legges særlig vekt på støtte til eldre arbeidstakere for å øke deres deltakelse i arbeidsstyrken. Dette kan tale for at retten til likebehandling er det klare utgangspunkt ved tolkning av direktivet, og at det ikke er vid adgang til å gjøre unntak fra forbudet mot diskriminering. Ved tolkning av direktivet vil dette være et moment som kan innskrenke unntaksadgangen fra forbudet mot diskriminering på grunn av alder. I følge pkt. 9 er arbeid og erverv blant annet avgjørende for å sikre like muligheter for alle. Pkt.11 påpeker dessuten viktigheten av opprettholdelsen av likebehandlingsreglene i forhold til religion eller tro, handikap, alder eller seksuell orientering for å oppfylle målene EF-traktaten. Her legges det blant annet særlig vekt på et høyt nivå i arbeidsliv og et høyt sosialt beskyttelsesnivå.

¹¹³ Hepple, 2000, s. 5 og 10.

¹¹⁴ Numhauser-Henning, 2001, s. 49.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.2.4.3.

¹¹⁶ Direktiv 2000/78 EF art. 1 og Nyström, 2002, s. 198.

Fortalens pkt. 15 lar det være opp de nasjonale myndigheter å vurdere om det foreligger direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Oppfyllelsen av direktivet vil dermed kunne variere mellom de ulike landene som har forpliktet seg til direktivet.

Pkt. 18 påpeker at direktivet ikke må føre til at de væpnede styrker og politiet, fengselsvesenet og redningstjenesten skal være forpliktet til ansettelse av en person som ikke oppfyller de nødvendige krav for å kunne utføre samtlige oppgaver som kan bli pålagt. Det vil her for eksempel for disse yrkene være bestemte krav til fysiske og psykiske ferdigheter.

Pkt. 25 uttrykker at forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av alder er en avgjørende forutsetning for at de mål som er fastsatt i retningslinjene for arbeid kan nås. Ulik behandling på grunn av alder kan likevel være berettiget under visse omstendigheter. Det kreves i så fall særlige bestemmelser som kan variere alt etter situasjonen i medlemslandene. Det må her skilles mellom forskjellbehandling som er berettiget, under hensyn til legitime arbeids-, arbeidsmarkeds- og utdanningspolitiske mål og forskjellsbehandling som skal forbys.

Formålet med direktivet er å bekjempe diskriminering i arbeidslivet jfr. art. 1. Med arbeidslivet menes etter art. 3 både offentlig og privat sektor. Direktivets vern mot forskjellsbehandling regulerer også en videre krets personer enn arbeidsmiljøloven. Etter art. 3 a) omfatter arbeidslivet: Vilkår for ansettelse, selvstendig næringsdrivende, yrkesmessig beskjeftigelse, herunder utvelgelseskriterier og ansettelsesvilkår. Direktivet gjelder uansett bransje og uansett nivå i ervervshierarkiet, herunder adgang til forfremmelse. Etter art. 3 b) gjelder direktivet adgang til alle typer og alle nivåer yrkesmessig veiledning, utdanning, videreutdanning og omskolering. Etter c) får direktivet anvendelse for ansettelse og arbeidsvilkår, herunder avskjedigelse og lønn og ifølge d) gjelder det for medlemskap i og deltakelse i arbeidstaker eller arbeidsgiverorganisasjon. Art. 3 inneholder også en negativ avgrensning av hva direktivet ikke regulerer i pkt. 2, 3 og 4. Direktivet omfatter heller ikke forskjellbehandling på grunn av nasjonalitet og berører ikke bestemmelser om tredjelandsborgere. Det omfatter heller ikke offentlige sosiale ytelser, offentlig sosial

støtte, helsestell, velferdstiltak og lignende¹¹⁷. Medlemsstatene kan også bestemme at direktivet om alder og funksjonshemming ikke får anvendelse på tjeneste i væpnede styrker.

I følge EF-domstolen er det et krav at fortrinnsretten i forhold til ansettelse og forfremmelse ikke må være automatisk og vurderes konkret i hvert tilfelle. Dette er kommet til uttrykk i Kalanke mod Freie Hansestadt Bremen¹¹⁸, Marschall mod Land Nordrhein-Wetsfalen¹¹⁹, Badeck¹²⁰, og Abrahamsson¹²¹. Disse prinsippene vil sannsynligvis få anvendelse for eldre arbeidstakere.¹²²

3.7.2 Unntaksreglene i direktivet

Direktiv 2000/78 EF art. 2 angir forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder. Aldersgrenser som ikke kan legitimeres i objektive og saklige begrunnelser utgjør direkte forskjellsbehandling. Indirekte diskriminering er når en tilsynelatende nøytral faktor leder til at en bestemt aldersgruppe særbehandles.

Unntak fra forbudet finnes i art. 2 nr. 2 og art. 6 nr.1 og 2. Forbudet mot aldersdiskriminering omfatter direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av alder. I motsetning til de øvrige diskrimineringsgrunnene gir aldersdirektivet adgang til unntak fra både direkte og indirekte forskjellsbehandling. Hovedregel for de øvrige diskrimineringsgrunnene er at direkte forskjellsbehandling er ulovlig og ikke kan legitimeres. Det er dermed samme hovedregel som etter norsk rett.

Art. 4 er den generelle unntaksbestemmelsen fra hovedregelen om likebehandling i art. 2. Medlemsstatene kan bestemme at ulik behandling som har grunnlag i en av diskrimineringsgrunnene ikke utgjør forskjellsbehandling dersom den pågjeldende

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.1.2, s. 23.

¹¹⁸ C-450/93.

¹¹⁹ C-409/95.

¹²⁰ C-158/97.

¹²¹ C-407/98.

¹²² Dansk Udkast af 23.september 2004: Forslag til lov om ændring af lov om forbud mot forskjellsbehandling på arbeidsmarkedet m.v, indsættelse af alder og handicap som kriterier i loven.

egenskap på grunn av karakteren til bestemte ervervsaktiviteter utgjør et regulært avgjørende ervervmessig krav. Forutsetningen er her at målet er legitimt og at kravet står i rimelig forhold til dette.

Art. 6 er den spesielle unntaksbestemmelsen som gjelder berettiget ulik behandling på grunn av alder. Ulik behandling på grunn av alder utgjør ikke forskjellsbehandling hvis den er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål innenfor rammene av den nasjonale rett. Etter art. 6 vil det som nevnt overfor kunne gjøres unntak fra diskrimineringsforbudet når det gjelder direkte diskriminering. På denne måten skiller direktiv 2000/78 EF seg fra de øvrige direktivene om likebehandling.

Visse typer av direkte særbehandling på grunn av alder skal ikke utgjøre direkte forskjellsbehandling forutsatt at de er objektivt motivert for å oppnå et visst mål og nødvendige for å oppnå dette målet. Art. 6 inneholder en liste med eksempler på legitime formål der særbehandling på grunn av alder godtas. Det er for eksempel tillatt å oppstille en viss minimumsalder for tilgang til alderspensjon og det er tillatt å oppstille ulike aldersgrenser avhengig av arbeidskravene i ulike yrker. Bruk av disse aldersgrensene vil ikke betraktes som ulovlig diskriminering av de som har oppnådd den påkrevde alder. Lovfastsatte, lavere aldersgrenser jfr. pkt. 2.3 begrunnet i bestemte krav til fysiske eller psykiske egenskaper, vil dermed falle inn under unntaksregelen om legitime formål. Det er også alltid tillatt å oppstille aldersgrenser som er nødvendige for å oppnå legitime arbeidsmarkedspolitiske mål. Hvis det for eksempel er lav andel av personer mellom 25 og 30 år i enkelte næringer vil det være et legitimt mål å øke mengde ansatte i denne aldersgruppen. Dette vil rettferdiggjøre bruk av lavere aldersgrenser for opphør av arbeidsforhold. Oppregningen er ikke uttømmende.¹²³

Norsk rettspraksis har også vist at det er et saklig formål å vektlegge alderssammensetningen i bedriften og med dette prioritere yngre arbeidstakere framfor eldre. Dette ble uttrykt i lagmannsrettsdommen omtalt i kap.3.3.3 om masseoppsigelse. I lagmannsrettsdommen¹²⁴ vist til i kap. 2.2 ble bedriftens ønske om å legge ledelsen i

¹²³ Numhauser-Henning, 2000, s. 63.

¹²⁴ RG.1956.146

hendene på en yngre og mer handlekraftig mann respektert. Her hadde bakeren passert den alder som var vanlig aldersgrense både i offentlige og private tjenesteforhold.

I følge Lindström og Brun kan et berettiget sysselsettingspolitisk mål oppnås gjennom en avveining mellom interessene til ulike aldersgrupper i å stå i stillingen. Det kan være eldre arbeidstakere over 67 år som har økonomisk sikkerhet i form av pensjon veid opp mot yngre personer uten tilsvarende trygghet og deres interesse i å komme inn på arbeidsmarkedet. Her vil den pensjonsberettigedes økonomiske trygghet være en objektiv og akseptert grunn for ulik behandling.¹²⁵

Unntakskriteriene er de samme som EF-domstolen har anvendt i spørsmål som angår direktivene 76/207/EØF og 75/117/EØF om likebehandling av menn og kvinner. EF-domstolens tolkning av disse direktivene vil derfor ha relevans som rettskilde ved anvendelsen av art. 6 i alderdirektivet.¹²⁶ I Danfoss-saken¹²⁷ avviste EF-domstolen at kvinners arbeidsytelse var dårlig fordi de var kvinner. På bakgrunn av denne dommen bør begrunnelser som for eksempel tillegger personer over 60 år negative egenskaper fordi de er tilknyttet denne aldersgruppen unngås. Påstander om at personer i denne aldersgruppen er mindre effektive og lærevillige fordi de er eldre vil etter dette være uholdbare. 70-årsgrensen i aml § 60 nr. 3 kan sies å bygge på at arbeidstakeres egenskaper svekkes ved fylte 70 år. Personer over 70 år tillegges her negative egenskaper fordi de er i denne aldersgruppen. Avveiningen av hensynene bak regelen tyder på at det er lagt avgjørende vekt på at en arbeidstakers arbeidsevne gjennomsnittlig vil svekkes etter fylte 70 år.

For at forskjellsbehandling skal godtas må også det mål som søkes oppnådd med forskjellsbehandlingen være legitimt innenfor nasjonale gjeldende rettsregler. Formålet med dette vilkåret er å sette fokus på arbeidsgivers reelle motiver. Disse vil ofte være skjult når det er tale om en persons kjønn, religion, alder eller seksuelle orientering.¹²⁸ I art. 6 er dette uttrykt som at ulik behandling må kunne begrunnes i legitime

¹²⁵ Lindström og Brun, 2003, s. 705.

¹²⁶ NOU 2003:2, kap. 11, s. 47 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.4.5.3, s. 41.

¹²⁷ C-109/88 nr. 20.

¹²⁸ NOU 2003:2, kap. 11, s. 47.

syssetnings-, arbeidsmarkeds- og yrkesopplæringspolitiske formål. Det er først og fremst nasjonale målsetninger av denne typen som kan gjøre forskjellsbehandling lovlig. Men det påpekes også at arbeidsgivers egne mål kan være legitime. Det er også et krav om at midlene til å oppfylle en av disse formål skal være hensiktsmessige og nødvendige. Det innebærer for det første et krav om at det må foreligge en direkte årsakssammenheng mellom begrunnelsen som anføres og målet som skal oppnås. Arbeidsgiver må dessuten vise at slik årsakssammenheng foreligger. For det andre medfører hensiktsmessig- og nødvendighetskravet et vilkår om proporsjonalitet. De midler som anvendes må stå i forhold til det resultat som oppnås. Her må en undersøke om målet kan nås med bruk av ikke-diskriminerende midler. Arbeidsgivers adgang til å legge vekt på en persons alder vil på denne måten innskrenkes. Art. 6 oppramser også eksempler på tilfeller hvor forskjellsbehandling kan tillates, for eksempel ved ansettelse hvor det kan fastsettes minimumskrav til alder, arbeidserfaring og ansiennitet.

3.7.3 EF-dommer

Definisjonen av indirekte diskriminering bygger på samme prinsipp om forholdsmessighet som er uttrykt i Bilka-Kaufhaus-saken¹²⁹. Her var det spørsmål om et varehus' utelukkelse av pensjonsordning for deltidsansatte var forskjellsbehandling jfr. EØF-traktaten art. 119.¹³⁰ Forskjellsbehandling ble påstått da utelukkelsen rammet et større antall kvinnelige enn mannlige arbeidstakere. Varehuset Bilka hadde lagt til grunn for sin personalpolitikk at de av økonomiske årsaker ønsket å gjøre deltidsansettelse mindre attraktivt. Retten uttrykte at hvis en betydelig mindre prosentdel av kvinner enn menn arbeider på full tid vil utelukkelsen av deltidsansatte fra bedriftens pensjonsordning være i strid med art. 119 og utgjøre forskjellsbehandling. Det vil ikke utgjøre overtredelse av art. 119 hvis bedriften kan godtgjøre at pensjonsordningen kan begrunnes i andre objektive faktorer enn forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Det ble også tatt stilling til om varehuset i dette konkrete tilfellet kunne angi begrunnelser som var objektive. Domstolen uttalte at hvis den nasjonale rett finner at de midler varehuset hadde anvendt er i overensstemmelse med virksomhetens behov, er egnet til å oppnå det formål de forfølger og dermed er nødvendige, er den

¹²⁹ C-170/84.

¹³⁰ Numhauser-Henning, 2001, s. 149.

omstendighet at pensjonsordningen rammer flere kvinnelige enn mannlige arbeidstakere, ikke nok til å konstatere overtredelse av art. 119. Kravene om at middelet skal være egnet og nødvendig uttrykker antagelig et krav om proporsjonalitet mellom mål og middel. Middelet ikke skal være uforholdsmessig inngripende i forhold til målet. Bilka-formelen medfører at forskjellsbehandlingen ikke er i strid med diskrimineringsforbudet hvis arbeidsgiver kan vise til at den er saklig begrunnet i virksomhetsrelaterte forhold.¹³¹

Når det gjelder alderdiskriminering kan ulike pensjonsordninger ved å ansette eldre være et parallelt eksempel til at kvinner som jobber deltid får dårligere pensjonsrettigheter enn menn. Dette vil gjelde både ved ansettelser og opphør av arbeidsforhold. De ekstrakostnader ved pensjonsordning som arbeidsgiver får ved å ansette en eldre person vil gjøre at denne gruppen stilles i et ufordelaktig lys, og at yngre arbeidstakere ofte foretrekkes. Det innebærer indirekte forskjellsbehandling på grunn alder. Som påpekt over har departementet påpekt at forskjellsbehandling ikke kan begrunnes i at arbeidsgiver oppnår økonomisk vinning ved å forskjellsbehandle. Det må være forhold ved selve utførelsen som gjør forskjellsbehandling nødvendig. Selv om indirekte forskjellsbehandling foreligger vil den kunne være saklig begrunnet hvis det på en arbeidsplass er behov for en bredere alderssammensetning. Arbeidsgiver vil her ikke kunne forskjellsbehandle på grunnlag av at pensjonsordningene blir mer kostbare ved å ansette eldre eller operere med pensjonsordninger som gir eldre dårligere rettigheter. Det kan være tilfelle hvis det kreves opparbeidet arbeidstid på for eksempel 20 år for å oppnå rettigheter til en bestemt pensjonsordning, og arbeidstid under 20 år vil gi en særlig ufordelaktig pensjon. Dette vil kunne få uforholdsmessig uheldige virkninger for en arbeidstaker som blir ansatt som 60 åring, og dermed innebære indirekte diskriminering på grunn av alder.

Av Tele-Danmark og Melgar-dommene¹³² fremgår det også at faste og midlertidige arbeidsavtaler ikke skal bedømmes ulikt verken når det gjelder oppsigelse eller adgang til ansettelse. Dette innebærer at arbeidsgiver for eksempel ikke skal kunne fastsette bestemte aldersgrenser for ansettelse til midlertidig stilling.

¹³¹ Vigerust, 1998, s. 186-187.

¹³² C-109/00 og C-438/99.

EF-domstolen avsa 7. desember 2000 dom om forskjellsbehandling mellom kvinner og menn. I den tyske juristutdanningen er det konkurranse om praksisplasser for arbeide som dommer eller høyere offentlig funksjonær. I utvelgelsesprosessen ble søkere med avtjent førstegangstjeneste gitt prioritet. En kvinnelig søker hevdet at dette var i strid med forbudet mot forskjellsbehandling jfr. direktiv 76/207/EØF.

Domstolen viste til at direkte forskjellsbehandling kun forelå når rettsvirkningen var direkte avhengig av personens kjønn. I saken var avtjent førstegangstjeneste kun et av flere forhold som skulle tas i betraktning ved vurderingen av om en søker skulle gis fortrinn og i slike tilfeller stod man ikke overfor direkte forskjellsbehandling. Det ble deretter stilt spørsmål ved om det forelå indirekte forskjellsbehandling. Her uttalte domstolen at det ikke var nødvendig å undersøke de faktiske virkningene av reglene siden de:

”i sig selv udgør indirekte forskjellsbehandling, når kvinder i kraft af gældende nationale retsregler ikke har værnepligt og derfor ikke kan drage fordel af den fortrinnsstilling til ansøgere, der er omhandlet i ovennævnte bestemmelser i JAO vedrørende særlig urimelighed”.

Domstolen drøfter så om de tyske reglene kan betraktes som tiltak med sikte på å fremme like muligheter og vektlegger at de er begrunnet i et ønske om å kompensere for den forsinkelsen i studiene som førstegangstjenesten medfører. Det ble også understreket at reglene hadde objektiv karakter og ikke kan betraktes som uforholdsmessige siden søkere som prioriteres i medhold av regelen allerede har fått utsatt studiene med 12 måneder. Dette er også den lengste tid søkere uten avtjent førstegangstjeneste risikerer å måtte vente. Domstolen fant at de tyske reglene ikke medførte direkte forskjellsbehandling, men indirekte forskjellsbehandling.

3.8 Forarbeidene til aml kap. X A

De nasjonale rettskildene vi har til å tolke aml kap. X A er forarbeider.¹³³ Forarbeidene til kap. X A gir veiledning om tolkningen av likebehandlingsreglene.

¹³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), Ot.prp. nr.104 (2002-2003) og NOU 2004:5, NOU 2003:2.

I februar 2005 kom det ny odelstingsproposisjon.¹³⁴ Denne tar stilling til noen av problemstillingene oppgaven reiser: Forholdet mellom direktivet samt forbudet mot diskriminering i aml § 54 B og lovligheten av 70-årsgrensen i aml § 60 nr. 3. Det andre spørsmålet er forholdet mellom forbudet mot aldersdiskriminering og bestemmelser om pliktmessig fratreden for arbeidstaker ved en bestemt alder.

Arbeidslivslovutvalget foreslår at 70-årsgrensen i aml § 60 nr. 3 foreløpig videreføres og at det ikke kan trekkes noen endelig konklusjon før forbudet mot aldersdiskriminering er endelig utredet. Departementet anfører videre argumenter i begge retninger når det gjelder spørsmålet om 70 års aldersgrense for saklig oppsigelse i aml § 60 nr.3 kan opprettholdes. Hensynet til likebehandling taler blant annet for at arbeidstakere over 70 år må behandles på lik linje med andre arbeidstakere. Det innebærer at de behandles som enkeltindivider og ikke som del av en gruppe. På den annen side kan det anføres at fjerning av 70 års grensen kan få negative konsekvenser ved at flere arbeidsforhold blir avsluttet på en måte som oppleves som uverdigg for arbeidstaker eller som medfører at partene kommer i konflikt. Ved å ta bort grensen på 70 år vil det alltid måtte vurderes om arbeidstakers alder alene gir saklig grunn til oppsigelse. Det er også fordelaktig for arbeidsgiver med forutsigbarhet i forhold til når arbeidsforholdet skal opphøre. Det kan også argumenteres med at opphevelse av 70-årsgrensen kan ha effekt på målsetninger om å få flere eldre til å bli lengre i arbeidslivet. Det er imidlertid uklart om flere vil bli lenger i arbeidslivet ved opphevelse av 70-årsgrensen da hovedproblemet i dag ofte er at flere arbeidstakere pensjonerer seg tidligere enn ved folketrygdens alminnelige pensjonsalder på 67 år.

Departementet vurderer 70 år som en rimelig aldersgrense for når et arbeidsforhold kan avslutte. Det anses som saklig å opprettholde en bestemmelse som angir fratreden ved en alder som er høyere enn pensjonsalderen etter folketrygdloven. Det vektlegges dessuten at alle som har fylt 70 år er sikret et viss inntekt. Det vises også til at flere parter i arbeidslivet har innrettet seg på denne aldersgrensen som saklig grunn til oppsigelse. Departementet uttrykker dermed at bestemmelsen om aldersgrense på 70 år for saklig oppsigelse bør opprettholdes. Den kan videreføres i forhold til unntaksadgangen i aml § 54 D nr.3.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005).

Departementet legger også til grunn at bestemmelser om aldersgrenser i andre lover og avtaler som medfører en valgtrett til å gå av når avtalt avgangsalder er nådd, ikke er i strid med forbudet mot aldersdiskriminering. Etter direktivets art. 6 nr. 2 anses ikke aldersgrenser for adgang til ervervstilknyttede sosiale støtteordninger som aldersdiskriminering i strid med direktivet. Det innebærer at pensjonsordninger som gir en rett, men ikke en plikt til pensjon fra en bestemt alder vil kunne opprettholdes, som for eksempel AFP-ordningen. Det vil også kunne fastsettes en generell pensjonsalder i medhold av nasjonal rett slik som pensjonsalderen etter folketrygdloven på 67 år uten at det rammes av forbudet mot aldersdiskriminering. Punkt 14 i fortalen til direktivet uttrykker at diskrimineringsforbudet ikke rammer nasjonale bestemmelser om fastsettelse av pensjonsalder.

Det kan her spørres om det å ha et diskrimineringsforbud som ikke gjelder fastsettelse av pensjonsalder gjør diskrimineringsforbudet illusorisk. Pensjonsalder og opphør av arbeidsforhold henger nært sammen. Hvis det er slik at en arbeidsgiver kan innføre en pensjonsaldersgrense som i praksis medfører at de ansatte føler seg forpliktet til å avslutte sitt arbeid kan dette i realiteten være uttrykk for en form for fordekt diskriminering. Dette vil innebære en omgåelse av loven og undergrave forbudet mot diskriminering.

Når det gjelder forholdet mellom aldersgrenser i lov eller avtale som fastsetter en plikt til å fratre ved en bestemt alder og forbudet mot aldersdiskriminering, må det bero på en konkret vurdering om slike aldersgrenser kan opprettholdes. Det må her tas stilling til aml § 54 B og unntaksbestemmelsen i § 54 D nr. 3. Ved vurderingen vil det være et moment at aldersgrenser som er fastsatt ut fra hensynet til sikkerhet og utøvelse av yrke eller nasjonale mål for sysselsettingspolitikken for øvrig, ligger innenfor saklighetskravet. Departementet uttrykker at en aldersgrense som innebærer plikt til å fratre kan opprettholdes i den grad den er saklig begrunnet og hensiktsmessig for å ivareta nødvendige helse- og sikkerhetsmessige hensyn i henhold til unntaksbestemmelsen i § 54 D nr. 3. Det vises her til uttalelser i direktivets fortale der hensynet til arbeidets art er understreket. Direktivets fortale punkt 18 uttrykker også at gjennomføringen av direktivet i nasjonal rett ikke skal medføre at forsvaret, politiet, fengselsvesenet eller redningstjenester skal være forpliktet til opprettholde

ansettelsesforhold med arbeidstakere som ikke oppfyller de nødvendige krav som stilles for utførelse av arbeidet.

3.8.1 Sverige og Danmarks implementering av direktivet

Sverige og Danmark velges her som subsidiær rettskildefaktor for tolkningen av likebehandlingsreglene.

Spørsmålet om aldersdiskriminering har også oppstått i Sverige. ”Lagen om anställningsskydd”¹³⁵ uttrykker at en arbeidstaker har rett til å arbeide til utgangen av den måned da han fyller 67 år. Dette innebærer at arbeidstakere kan velge om de ønsker å arbeide frem til de fyller 67 år. Ansatte som har fylt 67 år har dermed et begrenset oppsigelsesvern, og spørsmålet blir altså om dette er i samsvar med likebehandlingsdirektivets forbud mot aldersdiskriminering. Tanken er at personer over 67 år ikke taper økonomisk på å sies opp. I dag kan en arbeidsgiver skjule sine motiver for en oppsigelse bak oppnådd 67 års alder. Misnøye med arbeidsinnsatsen til en person kan ligge til grunn for en oppsigelse. Lindström og Bruun uttrykker at vern mot usaklig oppsigelse bør oppstilles der alder ikke alene kan være utgjøre grunn for oppsigelse. Det kan også innføres en regel hvor arbeidsgiveren må angi begrunnelsene for å si opp en person som er 67 år eller eldre. Det er dermed påkrevet med lovendringer for å unngå konflikt med EU-direktivet.¹³⁶

Danmark inngår som et av de land som har implementert reglene i nasjonal lovgivning. Når det gjelder Danmarks implementering av likebehandlingsdirektivet vises til lovutkast av 23. september 2004 (forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v, innsættelse af alder og handicap som kriterier i loven). Fra statens side ønskes en tilskyndelse til å bli på arbeidsmarkedet så lenge som mulig. Det innebærer at alle skal gis mulighet til å arbeide så lenge som mulig, også etter fylte 65 år. De eneste tilfeller der aldersgrenser for pliktmessig fratreden før 65 år kan godtas er særlige tilfeller hvor det kan stilles visse fysiske krav. I forhold til aldersgrenser på 65 år er det tatt initiativ til senere tilbaketrekning fra arbeidslivet. Utkastet påpeker imidlertid at det i gjeldende dansk rett er legitimt å si opp

¹³⁵ (1982:80)

¹³⁶ Lindström & Brun, 2003, s. 696, 704 og 708.

arbeidstakere når de når pensjonsalder. Dette fremkommer også i en rekke overenskomster. Utkastet legger dermed til grunn at loven ikke skal være til hinder for individuelle og kollektive avtaler om pliktmessig fratreden ved 65 år. På lengre sikt vil det også være grunn til å vurdere fastsettelse av aldersgrense for arbeidsforholdets slutt. I følge utkastet vil dette kunne tillates ut i fra hensynet til en verdig avslutning av et langt arbeidsliv. I utkastet vurderes forholdet til Arbejdsretslovens¹³⁷ § 4. Denne gjelder dommeres avgang ved fylte 70 år. Bestemmelsen skulle sikre at det ikke kunne reises tvil ved formannskapets habilitet. Det skulle videre oppfylle kravene om upartiskhet og uavhengighet i EMK art. 6. Dette kravet innebærer at regjeringen ikke må si opp eller vilkårlig forflytte domstolens medlemmer. Etter lovutkastet er dermed arbejdsretslovens § 4 begrunnet i et legitimt formål innefor rammene av den nasjonale rett, og vil ikke være i strid med direktivet.

I lovforslag av 11.november 2004 ble det uttalt at loven var mangelfull i forhold til bestemmelsene om arbeidsløshetsforsikring. Her var det tale om diskriminering av folk før fylte 18 år og etter 65 år.¹³⁸ Her ble det imidlertid uttalt at direktivet gir adgang til ulik behandling på grunn av alder hvis aldersgrensen er begrunnet i et legitimt formål og at direktivet ikke omfatter spørsmålet om arbeidsløshetsforsikring. Det fremkommer klart av direktivets art. 3 at utbetalinger av en hver art. fra offentlige eller lignende ordninger ikke omfattes av direktivet.

Folketingets arbeidsmarkedsudvalg stilte 2.desember 2004 spørsmål om lovforslaget medførte at vilkår i ansettelsesforhold om pliktmessig fratreden før det fylte 65 år ville være ugyldig. Beskæftigelsesministeren uttalte at lovforslagets nye § 5a om forbud mot forskjellsbehandling ikke var til hinder for avtaler om pliktmessig fratreden ved 65 år. Avtaler om pliktmessig fratreden ved 65 år berøres ikke av lovforslaget. Den någjeldende lov innebærer at individuelle avtalebestemmelser om pliktmessig fratreden før 65 år vil være ugyldige.

¹³⁷ Lov av 12.3.1997 nr. 183.

¹³⁸ 1.utkast til Betænkning afgivet av Folketingets arbeidsmarkedsudvalg den 10. desember 2004 over forslag til ændring af lov om forbud mod forskjellsbehandling på arbejdsmarkedet.

Når det gjelder aldersgrenser i kollektive overenskomster kan disse opprettholdes hvis de er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål innenfor dansk rett.

Etter danske forarbeider kan det også innsettes en generell unntaksbestemmelse i forhold til unges adgang til arbeid. Det må anses som et legitimt formål innenfor rammene av danske arbeidsmarkedspolitikken å beskytte yngre arbeidstakere. I art. 6 angis også som eksempel på et legitimt formål å fastsette aldersgrenser for å beskytte yngre arbeidstakere.

3.8.2 Felles håndhevingsorgan for diskrimineringsgrunnene?

Arbeidslivslovutvalget¹³⁹ anbefaler en helhetlig regulering av diskrimineringsvernet i Norge, uavhengig av diskrimineringsgrunn. I en og samme sak kan det foreligge flere diskrimineringsgrunnlag og for å unngå en rekke rettslige spørsmål bør vernet knyttet til de enkelte diskrimineringsgrunnene være likt. Begrepet forskjellsbehandling bygger på likestillingslovens begrepsbruk. Det vil da være relevant å trekke inn rettspraksis om likestilling av menn og kvinner.

Aldersdirektivet er begrenset til diskriminering innenfor arbeidsliv, yrkesmessig øvelse og medlemskap i arbeidsgiverorganisasjoner og arbeidstakerorganisasjoner.

Sosialstønad er etter art. 9 utelatt. Aldersdirektivets smale virkeområde står i kontrast til rasedirektivet som dekker flere områder enn arbeidsmarkedet. Dette dekker også sosial- og helsestøtte, utdanning og tilgang til offentlige tjenester (Direktiv 2000/43/EC art. 3).

Aldersdirektivets begrensninger til ansettelse og yrkestrening innebærer at mange områder under aldersdiskriminering vil forbli ubehandlet hvis medlemsstatene ikke går lengre enn direktivet. Fredman¹⁴⁰ uttrykker at lovgivningen for aldersdiskriminering er ineffektiv hvis den er begrenset til ansettelse. Selv om målet først og fremst er å sette søkelyset på aldersdiskriminering ved ansettelse vil ikke lovgivningen være virkningsfull hvis den ikke også dekker andre områder som helsehjelp, utdanning, sosial støtte og pensjon. Mangel på relevant etterutdanning, ulemper ved pensjonsforhold og sosiale forhold er like alvorlige hindringer for eldre mennesker i arbeidslivet som eksplisitte fordommer som kommer til uttrykk gjennom aldersgrenser. Det smale

¹³⁹ NOU 2003:2, s.15.

¹⁴⁰ Fredman, 2003, s. 36-37.

anvendelsesområdet gjør at det kan bli opp til de individuelle parter at endring skal skje. Det vil medføre at domstolene må komme med rettslige løsninger på hver av de individuelle konflikter, fremfor å komme med generelle løsninger for et helhetlig vern. Problemet her er at det er arbeidsgiveren som blir ansvarlig for det skal skje endringer, i stedet for at myndighetene lager felles handlingsplaner som kan løse problemene.

I NOU 2003:2¹⁴¹ argumenteres det også for en helhetlig regulering av diskrimineringsvernet uavhengig av diskrimineringsgrunn. Arbeidslivslovutvalget mener her at en spredt lovgivning på diskrimineringsområdet er uheldig, og spesielt når det gjelder diskriminering i arbeidslivet. En spredt lovgivning på diskrimineringsområdet vil i følge utvalget være lite brukervennlig og kan være prosesskapende. I en og samme sak kan det foreligge flere diskrimineringsgrunnlag. Det er dermed et poeng at vernet knyttet til de enkelte diskrimineringsgrunnlag er det samme for de ulike lovene. I Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) foreslås det å etablere et nytt felles ombud og en nemnd for å håndheve loven. Ombudet og nemnda skal håndheve diskrimineringsloven, likestillingsloven og de nye likebehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven og diskrimineringsforbudene i boliglovene. Ombudet skal også ha gi støtte og veiledning knyttet til de ulike lovgrunnlag. Det anses som fordelaktig å samle statlig ikke-diskriminerings- og likestillingsarbeid i et organ fordi de ulike diskrimineringsgrunnene og metoder for å bekjempe disse har fellestrekk uavhengig av diskrimineringsgrunnlaget. Et felles håndhevingsorgan vil ligge til rette for helhetstenkning og kompetanseoverføring. Det vil på denne måten utvikles et sterkt fagmiljø på feltet diskriminering og likestilling.¹⁴²

4 Analyse og konklusjon

Etter de nye reglene i aml kap. X A vil bruk av generelle aldersgrenser ved ansettelse og oppsigelse i utgangspunktet utgjøre ulovlig diskriminering. Forbudet er ikke absolutt da

¹⁴¹ NOU 2003:2, pkt. 4.3, s. 15.

¹⁴² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) pkt. 7.4, s. 51.

saklige hensyn kan legitimere forskjellsbehandling på grunn av alder. Implementeringen av aldersdirektivet i Norge ledet imidlertid ikke til endring av aml § 60 nr.3. I henhold til tolkningen av denne bestemmelsen, kan oppnådd 70 års alder være saklig grunn til oppsigelse. Det kan dermed stilles spørsmål om vernet mot aldersdiskriminering i realiteten er blitt sterkere.

I EU-retten er alder som diskrimineringsgrunn gitt lavest trinnhøyde blant diskrimineringsgrunnene. Det synes også å være et svakere vern mot graviditetsdiskriminering i norsk rett enn i EU-retten. Hvis dette har overføringsverdi for aldersdiskriminering, kan det hevdes at det gis et svakere vern mot aldersdiskriminering i norsk rett enn i EU-retten.

Norsk rettspraksis er ikke entydig i forhold til hva som er grunnlaget for vurderingene av arbeidstakers plikt til fratreden. Domstolene har dels lagt til grunn en prøvelse av oppsigelsens gyldighet på grunnlag av saklighetsnormen i aml § 60, og dels i kombinasjon med eller alene som følge av avtalerettslige prinsipper.¹⁴³

Sammenhengen mellom aml § 60 nr. 3 og § 60 nr. 1 innebærer at det ved saklighetsvurderingen må stilles høye krav til de forhold som har medført at en særskilt aldersgrense er blitt fastsatt for de ansatte ved en bedrift eller en bestemt yrkesgruppe. Ellers ville en særskilt fastsatt aldersgrense kunne medført utskiftning av eldre til fordel for yngre arbeidstakere uten at oppsigelsene har grunnlag i individuelle vurderinger av den enkeltes evne til å gjøre arbeidet. Dette ville i så fall gjøre oppsigelsesvernet etter § 60 nr. 3 illusorisk.¹⁴⁴

4.1 Generelle aldersgrenser i spesiallovgivningen eller i henhold til avtale

Objektive aldersgrenser medfører at arbeidstakerne stilles likt og slik at usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet fra arbeidsgivers side i større grad unngås.

Utgangspunktet for saklighetsvurderingen tilsier at aldersgrensen bør tilpasses de krav

¹⁴³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 15.2.2, s. 195.

¹⁴⁴ Jakhelln, 1986, s. 24.

som følger av arbeidets art. Dette følger for eksempel av tjenestemannslovgivningen og har sammenheng med kjernen i saklighetskravet i aml § 60 nr. 1.

En generell aldersgrense vil også måtte angis ut fra en skjønnsmessig vurdering. Den vil være avhengig av arbeidets organisering, tempo og teknologisk utvikling.¹⁴⁵

Viktige hensyn ligger til grunn for aldersgrenser i spesiallovgivningen. For personer mellom 15 og 70 år regnes de egenskapene som har betydning for arbeidsdyktighet i utgangspunktet som stabile. Det er to vilkår som berettiger særaldersgrenser: Uvanlig fysisk og psykisk belastning på tjenestemannen eller at tjenesten krever spesielle fysiske eller psykiske egenskaper. Argumenter mot fastsatte aldersgrenser vil være at det er store individuelle forskjeller i aldringens forløp. Aldersgrensene ivaretar ikke hensynet til at mennesker aldres i ulikt tempo. Det kan også anføres at aldersgrensene er historiske. De har grunnlag i en tid da alderssammensetningen i befolkningen og forholdene i arbeidslivet var forskjellig fra i dag.

I 1968¹⁴⁶ ble en arbeidstaker oppsagt fordi denne hadde nådd en aldersgrense som gjaldt for bedriften. Retten viste til at poenget med en slik aldersgrense nettopp var å unngå en individuell prøving. Når det gjelder forholdet til likebehandlingsreglene fremkommer det i dommen at aldersgrensen har virket på samme måten overfor alle, og dermed ikke var usaklig. Hvis det legges til grunn at det kan foretas diskriminering av personer som er i en bestemt aldersgruppe på grunnlag av at alle i denne gruppen behandles likt, vil det i praksis medføre en omgåelse av diskrimineringsvernet. I den konkrete saklighetsvurderingen som ble foretatt er dette et argument som i dag trolig ikke ville holdt mål i forhold til aml's ikke-diskrimineringsforbud.

En hovedregel med fastsatte aldersgrenser kan gi mekaniske og urimelige løsninger. EF-domstolen har også uttalt at dette bør unngås.¹⁴⁷ Bestemte aldersgrenser kan derfor bare i en viss grad innskrenke adgangen til et individuelt oppsigelsesvern. Når det

¹⁴⁵ Jakhelln, 1986, s. 29-31.

¹⁴⁶ RG.1968.371.

¹⁴⁷ C-158/97, C-407/98.

gjelder vurderingen av særskilt fastsatte aldersgrenser vil spørsmålet om en oppsigelse er saklig kunne prøves av retten.¹⁴⁸

Aldersgrenseloven § 3 gir adgang for en tjenestemann til å fortsette i stillingen ved at tilsetningsmyndigheten treffer bestemmelse om det. En forutsetning for dette er at tjenestemannen fremdeles fyller kravene til stillingen. Det synes rimelig at alle arbeidstakere skal få beholde retten til vurdering av tjenestedyktighet i stillinger med særaldersgrenser. Et slikt syn er i samsvar med de nye likebehandlingsreglene i aml kap. X A og synes å være en forsterkning av vernet mot aldersdiskriminering i norsk rett.

4.2 Generell aldersgrense ved fylte 70 år

Betydningen av hensynet til en forsvarlig utførelse av tjenesten og til å unngå den ydmykelsen og nedverdigheten det er å måtte forsvare at kravene til stillingen er oppfylt vil øke med økende alder. For å beskytte både tjenestemannen og tjenesten kan det derfor anses som saklig og legitimt å praktisere en høy objektiv aldersgrense. Alle forhold tatt i betraktning, synes en numerisk alder på 70 år å være en passende generell aldersgrense. Dette er i tråd med tolkningen av aml § 60 nr.3 i norsk rett og synes også å være saklig grunn til opphør av arbeidsforhold i samsvar med de nye reglene. 70 års aldersgrense betraktes dermed som lovlig diskriminering.

4.3 Konklusjon

Et allment aldersdiskrimineringsforbud synes å være implementert i norsk rett som overordnet prinsipp for generelle aldersgrenser i særlovgivningen eller i avtalebaserte ordninger.

Arbeidstakere over en viss numerisk alder har så stor sannsynlighet for å være uegnet for arbeidslivet at en helhetsvurdering tilsier at det er best for både arbeidsgiver og arbeidstaker at generelle aldersgrenser tillates. Det synes å være godt grunnlag for å mene at denne generelle aldersgrense bør være 70 år. Likebehandlingsreglene bør dermed gjelde for arbeidstakere under 70 år og gjeldende forståelse av aml § 60 nr. 3 innebærer ikke motstrid med disse reglene. Unntaksadgangen fra ikke-diskrimineringsforbudet i spesiallovgivningen må imidlertid ikke utvannes slik at

¹⁴⁸ Rt.1984.1058.

arbeidstakeren taper rett til individuell tilpasning og prøving av arbeidet. Hvis de nye likebehandlingsreglene skal få et reelt innhold må hovedregelen om forbud mot aldersdiskriminering stå fast. I forhold til praktisering av generelle aldersgrenser etter spesiallov eller avtale bør unntaksreglene derfor ikke være for vide og skjønnsmessige. Aldersgrenser bør i samsvar med rettspraksis og likebehandlingsreglene fastsettes ut i fra en streng saklighetsvurdering. I tillegg bør det åpnes for en rett for arbeidstaker til individuell prøving etter oppnåelse av den fastsatte alder.

5 Litteraturliste

5.1 BØKER

Aarvaag Stokke, Torgeir, *Det kollektive arbeidslivet: Organisasjoner, tariffavtaler, lønnsoppgjør og inntektspolitikk*, Torgeir Aarvaag Stokke, Stein Evju og Hans Otto Frøland, 2003.

Blanpain, Roger, *Equality of treatment in employment*, International encyclopedia of comparative law, Volume XV, Labour Law, 1990.

Debes, Jan, *I statens tjeneste*, Norsk tjenestemannsrett, 1989.

Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett*, bind I, Ytre rammevilkår og arbeidsavtalen, Kap. 63, Fortrinnsrett til ny stilling, 1995.

Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett*, bind III, Oppsigelse og avskjed – Den spesielle del, Kap. 20 Aldersgrense og pensjonsalder, 1997.

Evju, Stein, *Arbeidsrettslige emner*, Stein Evju og Henning Jakhelln m.fl. 3.opplag, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 5/1988.

Fougner, Jan, *Arbeidsmiljøloven. Kommentirutgave*, Jan Fougner, Lars Holo og Odd Friberg, 8. utgave, 2003.

Fougner, Jan, *Omstilling og nedbemanning*, Fougner, Jan, Eli Aasheim, Johan Kr.Øydegard, Marit B. Frogner, Espen Bergh og Tron Sundet, 2003.

Fredman, Sandra, *Age as an equality issue*, Sandra Fredman and Sarah Spencer, Oxford and Portland Oregon, 2003.

Hepple, Bob QC, *Equality: A new framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation*. Bob Hepple, Mary Coussey, Tufyal Choudhury, Oxford-Portland Oregon, 2000.

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 3. utgave. 2004.

Jakhelln, Henning, *Åremålskontrakter, særskilte aldersgrenser og rettetstillinger*, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 5/1986.

Lindström, Hanna & Brun, Niklas, *Åldersdiskriminering, pensionspolitik och lagen om anställningsskydd*, Juridisk tidsskrift vid Stockholms universitet, årgang 15 2003-04 nr. 3.

Numhauser-Henning (ed), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, antologi utgiven av Ann Numhauser-Henning, Juristförlaget i Lund, 2000. Christensen, Anna, i *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, 2000.

Numhauser-Henning, Ann, *Legal perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Kluwer law international, 2001.

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, Norstedts juridik AB, 3.opplagan, 2002.

Ruud, Morten, *Innføring i folkerett*, Morten Ruud og Geir Ulfstein, 1998.

Sejersted, Fredrik, *EØS-rett*, Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad, 2004.

Vigerust, Elisabeth, *Arbeid, barn og likestilling, Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*, 1998.

5.2 TIDSSKRIFTER

Eidsvåg, Tine, *Vern mot diskriminering av funksjonshemmede arbeidstakere i et EØS-perspektiv*. I: Festskrift til Nils Nygaard, "Nybrott og odling", 2002.

Meenan, Helen, *Age Equality after the Employment Directive*. I: Maastricht journal of european and comparative law, volume 10, 2003.

Schiek, Dagmar, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?* I: European Law Journal, June 2002, Vol. 8, No. 2.

5.3 NORSKE LOVER

Lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn m.fl. (Aldersgrenseloven) av 21. desember 1956 nr.1

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (Arbeidsmiljøloven) av 4. februar 1977 nr. 4

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

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven) av 10. februar 1967

Lov om likestilling mellom kjønnene (Likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr. 45

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

Lov om aldersgrenser for yrkesbefal i forsvaret av 8. juni 1973 nr. 36

Lov om pensjonstrygd for skogsarbeidere (Skogsarbeiderpensjonsloven) av 3. desember 1951 nr. 2

Lov om pensjonsordning for sykepleiere (Sykepleierpensjonsloven) av 22. juni 1962 nr. 12

Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr.10.

5.4 SVENSKE LOVER

Lag om anställningsskydd (1982:80)

5.5 DANSKE LOVER

Arbejdsretloven 12.3.1997 nr. 183

5.6 NORSKE DOMMER

Rt.1956.146

Rt.1982.1704

Rt.1984.1058

Rt.1986.789

Rt.1962.888

Rt.1999.1998

Rt.2000.1811

Rt.2000.602

Rt.2001.418

RG.1956.146

RG.1961.593

RG.1962.888

RG.1968.371

Borgarting lagmannsretts dom av 2.november 1998

NAD.1984-1985-312

5.7 EF-DOMMER

C-109/00

C-438/99

C-407/98

C-158/97

C-409/95

C-450/93

C-109/88

C-170/84

E-9/97

5.8 NORSKE FORARBEIDER

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

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001)

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

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005)

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

NOU 1972:21

NOU 1978:43

NOU 2003:2

NOU 2004:5

5.9 DANSKE FORARBEIDER

Dansk Udkast af 23.september 2004: *Forslag til lov om ændring af lov om forbud mot forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v, indsættelse af alder og handicap som kriterier i loven.*

1.utkast til Betænkning afgivet av Folketingets arbejdsmarkedsudvalg den 10. desember 2004 over forslag til *ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet.*

5.10 KONVENSJONER

Wien-konvensjon om traktatretten av 23. mai 1969.

Den europeiske sosialpakt av 18.oktober 1961.

ILO (International Labour Organisation) -konvensjon nr. 100 av 1951 og ILO-konvensjon nr. 111 av 1958.

ILO-rekommendasjon nr. 162 av 1980.

FN-konvensjonen om sivile og politiske av 16. desember 1966.

FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966.

Traktaten om den Europeiske Union (TEU) / Maastrichtavtalen av 17.februar 1992.

Traktaten om opprettelse av det europeiske fellesskap (EFT) / Romatraktaten/EF-traktaten av 25. mars 1957.

Amsterdamtraktaten av 1. mai 1999.

5.11 EU-DIREKTIVER

Direktiv 2000/78 EF

Direktiv 2000/43 EC

Direktiv 76/207/EØF

Direktiv 75/117/EØF

5.12 SAK FRA USA

Western Airlines v Criswell no 83-1545

5.13 NYHETER

NRK. NRK-nyheter. 11.07.03. NRK.

