

ALDERSDISKRIMINERING VED NEDBEMANNINGSPROSESSER

**Om, og i hvilken grad aldersdiskrimineringsreglene
i arbeidsmiljøloven kapittel 13 får betydning
ved bruk av fratredelsesavtaler**

Kandidatnummer: 710

Leveringsfrist: 25.04.2008

Til sammen 17.673 ord

24.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Bakgrunn.....	1
1.2	Oppgavens problemstilling	4
1.3	Avgrensinger	4
1.4	Definisjoner	4
1.5	Den videre fremstilling.....	5
<u>2</u>	<u>REGELVERKET.....</u>	<u>6</u>
2.1	Innledning	6
2.2	Internasjonalt diskrimineringsvern	6
2.3	Norsk diskrimineringsvern.....	8
2.3.1	Oversikt over lovverket	8
2.3.2	Utviklingen av aldersdiskrimineringsvernet	9
2.4	Arbeidsmiljøloven kapittel 13.....	11
2.4.1	Aml. § 13-1 – Forbud mot diskriminering.....	11
2.4.2	Aml. § 13-2 – Hva kapitlet omfatter.....	14
2.4.3	Aml. § 13-3 – Unntak fra forbudet mot diskriminering.....	15
2.4.4	Aml. § 13-8 – Bevisbyrde.....	17
2.4.5	Aml. § 13-9 – Virkningene av brudd på diskrimineringsforbudet.....	17
2.5	Arbeidsmiljøloven § 15-7 – oppsigelse ved nedbemanning.....	18

3	<u>NEDBEMANNING I ARBEIDSLIVET</u>	<u>21</u>
3.1	Innledning	21
3.2	Årsaker til nedbemanning	21
3.3	Den praktiske gjennomføring av nedbemanningen.....	22
3.4	Hvem er overtallig?	23
3.4.1	Utvelgeskrets.....	24
3.4.2	Frivillig fratredelse	25
3.4.3	Utvelgeskriterier.....	25
3.5	Tiltak overfor de overtallige ved opphør av arbeidsforholdet	28
3.5.1	Oppsigelse	28
3.5.2	Fristilling	28
3.5.3	Fratredelsesavtale	29
3.6	Hvorfor velges frivillige ordninger fremfor oppsigelse?	33
4	<u>OM, OG I HVILKEN GRAD FÅR ALDERSDISKRIMINERINGSREGLENE</u>	
	<u>BETYDNING VED BRUK AV FRATREDELSESAFTALE VED NEDBEMANNING?</u>	<u>34</u>
4.1	Innledning	34
4.2	Proessen frem til avtaleinngåelse.....	35
4.2.1	Utvelgesprosessen	36
4.2.2	”Press” ved avtaleinngåelsen.....	48
4.2.3	Virkningen av en aldersdiskriminerende prosess.....	52
4.3	Fratredelsesavtalens innhold	53
4.3.1	Kommer arbeidsmiljøloven til anvendelse etter at fratredelsesavtale er inngått?.....	53
4.3.2	Hvilken betydning får ufravikelighetsprinsippet ved bruk av fratredelsesavtaler?.....	55
4.3.3	Tolkning av fratredelsesavtalers innhold	58
4.3.4	Revisjon av fratredelsesavtaler	62

4.4	Konklusjon	64
4.5	Avsluttende bemerkninger.....	65
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>67</u>

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

I løpet av de siste årene har det blitt gjennomført en rekke tiltak for å ta vare på seniorenene i norsk arbeidsliv. Hovedmålet med disse tiltakene har vært å få flere til å stå lenger i arbeid og dermed øke den reelle pensjonsalderen.¹

Det første tiltak som ble gjennomført var etableringen av Senter for seniorpolitikk i 1969. Dette har utviklet seg til å bli en organisasjon som blir styrt av partene i arbeidslivet, og som finansieres av Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Hovedoppgaven for senteret er å samle og spre informasjon, påvirke holdninger og gi råd. Senteret bidro også til å starte Nasjonalt krafttak for seniorpolitikk, som er et samarbeid mellom regjeringen, partene i arbeidslivet, Aetat, Arbeidstilsynet og Rikstrygdeverket.² Videre har Statens seniorråd blitt opprettet. Rådet skal være et rådgivende organ for sentrale styresmakter med hovedfokus på spørsmål knyttet til eldres levekår og livskvalitet.³

Høsten 2001 inngikk partene i arbeidslivet og myndighetene en intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv, også kalt IA-avtalen. Avtalen ble fornyet i 2005, og skal gjelde ut 2009. IA-avtalen har blant annet som mål å hindre ”utstøting” fra arbeidslivet, jfr. avtalens pkt. 4 (2006-2009). I denne sammenheng presiseres at det er særlig ønskelig å øke den gjennomsnittelige avgangsalderen, fokusere mer på seniorennes situasjon, samt motvirke diskriminering i arbeidslivet generelt. Den enkelte arbeidsgiver/virksomhet kan selv velge å slutte seg til avtalen.⁴

¹ St.meld.nr.6(2006-2007)Om seniorpolitikk s. 5

² St.meld.nr.6(2006-2007)Om seniorpolitikk s. 89

³ St.meld.nr.6(2006-2007)Om seniorpolitikk s. 91

⁴ Gjone/Aagaard(2002)s. 151

Kompetansereformen "Livslang læring" kan også nevnes. Den gir voksne mulighet til tilrettelagt grunnskole og videregående opplæring, samt bedre muligheter for videreutdanning.⁵ Det er også gjort tiltak i arbeidsmarkedspolitikken i form av ulike stønadsordninger til eldre arbeidstakere som har vansker med å få jobb.

Arbeidsmiljøloven har med tiden også fått bestemmelser som skal bidra til å ivareta eldre arbeidstakere. Loven har nå regler med krav om tilrettelegging, medvirkning og utvikling i arbeidsforholdet, tilbud om ekstra ferieuke for ansatte over 60 år, samt bedre muligheter for redusert arbeidstid.⁶ I forhold til oppgavens tema er det imidlertid innføringen av forbudet mot aldersdiskriminering i aml. kap. 13 i 2004, som er det mest sentrale tiltak.

Etter lovgivers syn var det gode grunner for å innføre et aldersdiskrimineringsforbud i arbeidsmiljøloven. I forarbeidene vises det særlig til flere undersøkelser som viste klare tegn til aldersdiskriminering i arbeidslivet. Blant annet kom det frem at 1/3 av yrkesaktive nordmenn tror at arbeidstakere svært ofte eller ofte blir diskriminert på grunn av alder. Om lag 13 % av yrkesaktive over 60 år har selv opplevd dette. En annen undersøkelse viste at hver fjerde førtidspensjonist egentlig ønsket å jobbe videre, men ble presset ut av arbeidslivet på grunn av ny teknologi, nedbemanning og omstilling. Undersøkelsen konkluderte med at svært mange følte at arbeidsgiveren ikke lenger hadde behov for deres arbeidskraft eller kompetanse.⁷

Med tanke på at mange eldre arbeidstakere har lang arbeidserfaring, stor faglig kompetanse, er stabile og lojale arbeidstakere og ofte har god kunnskap om både bransjens og arbeidsplassens historie og tidligere utfordringer, kan det spørres hvorfor slike arbeidstakere ikke tas bedre vare på av enkelte arbeidsgivere. Svaret ligger nok i holdninger som har utviklet seg over tid. Mange arbeidsgivere har en oppfatning om at det er viktig å slippe til yngre arbeidstakere, samt å spare disse ved nedbemanning. I tillegg

⁵ St.meld.nr.6(2006-2007)Om seniorpolitikk s. 95

⁶ St.meld.nr.6(2006-2007)Om seniorpolitikk s. 13-14

⁷ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 28-29

kan arbeidsgiver mene at yngre arbeidstakere vil ha større arbeidskapasitet og fleksibilitet, samtidig som de kan tilføre virksomheten nye impulser, energi og kunnskap.

Formålet med innføringen av aldersdiskrimineringsreglene var derfor i første rekke å skape en bevisstgjøring av eldre arbeidstakers kompetanse, og på denne måten øke og sikre disse deltakelse i arbeidslivet.⁸ Aldersdiskrimineringsreglene kan således bidra til å sikre trygge ansettelsesforhold og et inkluderende arbeidsliv. For den enkelte vil det å være i arbeid bidra til at man føler seg som en del av fellesskapet. Arbeid har også en egenverdi i form av inntekt, sosial tilhørighet og mulighet til å realisere egne evner og muligheter. At flest mulig mennesker er i arbeid har også en verdi for hele samfunnet, ettersom arbeid sikrer økte skatteinntekter og reduserer helse- og velferdsutgifter.⁹

Et aldersdiskrimineringsforbud kan videre føre til et økt fokus på ”likebehandling i arbeidslivet”, som er et av arbeidsmiljølovens hovedmål. Forarbeidene uttaler at lovformuleringen gir uttrykk for et verdisyn om at man ikke på usaklig grunnlag skal holdes utenfor eller hindres fremgang i arbeidslivet¹⁰.

Prinsippet om likebehandling har også en stadig mer sentral plass i internasjonal arbeidsrett. Ved å vedta lovregler som verner arbeidstakere mot diskriminering følger også Norge denne utviklingen. Arbeidslivslovutvalget har uttalt at Norge bør ha et diskrimineringsvern som er minst på høyde med EU.¹¹ Aml. kap. 13 bygger således på Rådskdirektiv 2000/78/EF, som har som formål å gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstatene ved å fastlegge en generell ramme for bekjempelse av diskriminering i arbeidslivet, jfr. art 1.

⁸ Benson(2008)s. 326

⁹ Benson(2008)s. 87

¹⁰ Ot.prp.nr.49(2004-2005)s. 72

¹¹ NOU2004:5 s. 277

1.2 Oppgavens problemstilling

På grunnlag av aldersdiskrimineringsforbudet som ble innført i 2004, vil jeg behandle eldre arbeidstakers stilling ved nedbemanning i en virksomhet. Ved slike nedbemanninger ser vi at frivillige fratredelsesavtaler benyttes i stadig økende omfang. Arbeidsmiljøloven har i utgangspunktet ingen regler for denne type avtaler.

På denne bakgrunn vil jeg undersøke om, og i hvilken grad aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kapittel 13 kan få betydning ved bruk av slike fratredelsesavtaler.

Sentralt i vurderingen vil være om aldersdiskrimineringsreglene får betydning for prosessen frem til inngåelse av fratredelsesavtale, herunder utvelgelsen av hvem som skal få slikt tilbud og omstendigheter for øvrig rundt avtaleinngåelsen. Deretter vil jeg vurdere arbeidstakers situasjon etter inngåelse av fratredelsesavtale. Vurderingen vil særlig knytte seg til hvorvidt arbeidstaker da har fraskrevet seg retten til å gjøre gjeldende aldersdiskriminering etter aml. kap. 13. Til slutt vil jeg vurdere om fratredelsesavtaler kan ha et aldersdiskriminerende innhold, samt hva som kan bli følgen av dette.

1.3 Avgrensinger

Oppgaven tar for seg nedbemanning ved private virksomheter. Nedbemanning i offentlig sektor vil således ikke bli behandlet. Videre avgrenses det mot tariffavtalte bestemmelser. Det avgrenses også mot aldersdiskriminering på grunn av ung alder. I forhold til oppsigelsesreglene vil jeg bare ta for meg oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold.

1.4 Definisjoner

Med ”fratredelsesavtale” menes en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker hvor arbeidstaker fratrer arbeidet frivillig mot en kompensasjon fra arbeidsgiver.¹²

Kompensasjonen består vanligvis av et sluttvederlag eller en førtidspensjonsordning, men kan også inneholde andre rettigheter. Se nærmere under pkt. 3.5.3.

¹² Benson(2008)s. 351

1.5 Den videre fremstilling

Jeg vil først behandle regelverket som gjelder aldersdiskrimineringsforbudet, både i et internasjonalt og nasjonalt perspektiv. I denne sammenheng vil jeg også ta for meg oppsigelsesreglene ved nedbemanning.

Deretter vil jeg si litt generelt om nedbemanning i arbeidslivet, herunder årsaker til nedbemanning, hva som er vanlig fremgangsmåte, samt hvilke tiltak som kan iverksettes overfor de overtallige arbeidstakerne.

Til slutt vil jeg vurdere om, og i hvilken grad aldersdiskrimineringsreglene får betydning ved bruk av fratredelsesavtale ved nedbemanning.

2 Regelverket

2.1 Innledning

Retten til likebehandling har en sentral plass i både internasjonal og nasjonal rett. I løpet av de siste 50 årene har prinsippet om ikke-diskriminering i arbeidslivet blitt tillagt stadig større betydning, samtidig som et økende antall diskrimineringsgrunnlag har utviklet seg og blitt lovfestet.

Likebehandlingsreglene gir i utgangspunktet ikke de vernede arbeidstakere/arbeidssøkere bedre rettigheter enn ”vanlige” arbeidstakere. Regelverket gir kun et vern mot å bli behandlet dårligere enn andre på grunn av omstendigheter man ikke kan noe for.¹³

Jeg vil i det følgende ta for meg regelverket i tilknytning til aldersdiskriminering. Ettersom problemstillingen for oppgaven er aldersdiskriminering i forhold til nedbemanning, vil jeg også behandle reglene for opphør av arbeidsforhold ved oppsigelse. Det vil først og fremst si aml. § 15-7 om vern mot usaklig oppsigelse.

2.2 Internasjonalt diskrimineringsvern

Den internasjonale arbeidsrett består av forskjellige omfattende regelsett, som er vedtatt både ved globalt samarbeid (FN og ILO og i mindre grad WHO, UNESCO WTO) og ved regionalt samarbeid (Europarådet, EU og EØS).¹⁴

Reguleringer for å motvirke diskriminering har en sentral plass i internasjonal arbeidsrett. Prinsippet om likebehandling og ikke-diskriminering er nedfelt i en rekke internasjonale konvensjoner som Norge har ratifisert.¹⁵ For det første ble ikke-diskrimineringsprinsippet fastslått allerede i 1948 i FNs menneskerettserklæring. FN-konvensjonene om ”sivile og politiske rettigheter” (SP) og ”økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter”(ØSK)

¹³ Storeng/Beck/Due Lund(2006)s. 32

¹⁴ Nielsen/Rehof(1998)s. 31

¹⁵ NOU2003:2 s. 25

inneholder også flere ikke-diskrimineringsbestemmelser. For det andre forbyr Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 14 mange former for diskriminering. For det tredje har en av FN-særorganisasjoner, ILO (The International Labour Organization) forpliktet Norge med flere diskrimineringskonvensjoner. Av størst betydning i denne sammenheng er ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i arbeidsforhold.

Diskrimineringsvern har stadig blitt en viktigere og sentral del av EU-retten. Vern mot diskriminering på en rekke grunnlag er nedfelt i EF-traktaten art. 13. Mange av våre nasjonale diskrimineringsbestemmelser har hatt sitt utgangspunkt i ulike EU-direktiver. I forhold til aldersdiskriminering er det særlig Rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv som er av sentral betydning. Arbeidsmiljølovens bestemmelser om diskriminering er hovedsaklig en gjennomføring av dette direktivet. Rådsdirektivet er hjemlet i EF-traktaten art. 13, som ble vedtatt etter inngåelsen av EØS-avtalen. Selv om direktivet formelt sett ikke ble ansett som en del av EØS-avtalen, gikk regjeringen inn for at norsk lovgivning skulle endres i tråd med direktivet, jfr. St.prp.nr. 11 (2003-2004).

Direktivets formål er å gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstatene ved å fastlegge en generell ramme for bekjempelse av diskriminering i arbeidslivet på grunn av religion eller livssyn, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering, jfr art. 1. Vernet mot diskriminering omfatter enhver, og gjelder både i privat og offentlig sektor. Hele det individuelle arbeidsforholdet omfattes av direktivets likebehandlingsprinsipp. Direktivet gjelder ikke bare forhold på selve arbeidsplassen, men også andre områder med tilknytning til arbeidet. F.eks vilkår for å etablere seg som selvstendig næringsdrivende og utøve slik virksomhet, vilkår for yrkesutdanning og vilkår for omskolering mv.¹⁶ Art. 4 gir imidlertid statene mulighet til å bestemme at visse former for ulik behandling ikke skal anses som forskjellsbehandling. Hensynet til arbeidstakernes eller publikums sikkerhet vil kunne begrunne slike begrensinger.¹⁷

¹⁶ NOU2003:2 s. 12

¹⁷ NOU2003:2 s. 12

2.3 Norsk diskrimineringsvern

2.3.1 Oversikt over lovverket

Av Grunnloven § 110 følger at staten skal legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske skal kunne skaffe seg utkomme av sitt arbeid. Bestemmelsen gir i utgangspunktet ingen juridisk rett til å få og ha arbeid, men anses å være et pålegg til statsmyndighetene om å føre en aktiv sysselsettingspolitikk hvis det er nødvendig for å unngå arbeidsløshet.¹⁸ Grunnlovsbestemmelsen innebærer blant annet at staten bør påse at det arbeidsrettslige regelverket sikrer at ingen arbeidsdyktige mennesker holdes utenfor arbeidslivet mot sin vilje.

Norge har flere lover som gir vern mot diskriminering i arbeidslivet. Arbeidstakeres diskrimineringsvern er hovedsaklig regulert i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven og diskrimineringsloven.

Arbeidsmiljøloven kapittel 13 setter forbud mot diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder. Likestillingsloven skal gi vern mot diskriminering på grunn av kjønn, mens diskrimineringsloven forbyr diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn.

Lovene har til felles at hovedregelen er at forbudet mot direkte diskriminering er absolutt, mens indirekte forskjellsbehandling etter omstendighetene kan være tillatt.

Grensedragningen og konsekvensene av skillet mellom direkte og indirekte diskriminering kan imidlertid være ulik i henhold til de forskjellige lovene.¹⁹

Videre bestemmer aml. § 1-2 at arbeidsmiljøloven kun gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker. Loven regulerer i utgangspunktet forholdet mellom arbeidstaker

¹⁸ Andenæs(2000)s. 434

¹⁹ Storeng/Beck/Due Lund(2006)s. 151

og arbeidsgiver, og får således kun anvendelse på et avgrenset samfunnsområde.²⁰

Likestillingsloven gjelder imidlertid på alle områder, unntatt indre forhold i trossamfunn, jfr. likestillingsloven § 2 første ledd. Diskrimineringsloven får også anvendelse på alle områder, med unntak av familieliv og personlige forhold, jfr. diskrimineringsloven § 3 første ledd.

På bakgrunn av diskrimineringsombudsloven av 10. juni 2005 nr. 40 ble det etablert et felles likestillings- og diskrimineringsombud, samt en klagenemd for likestilling og diskriminering. Dette ble gjort for å sikre en effektiv håndhevelse av alle diskrimineringsforbudene.²¹

2.3.2 Utviklingen av aldersdiskrimineringsvernet

Alder som diskrimineringsgrunnlag ble innført i arbeidsmiljøloven (1977) ved lov av 26. mars 2004 nr. 15. Det nye kapittelet XA trådte i kraft fra 1. mai 2004 som følge av gjennomføringen av Rådsdirektiv 2000/78/EF. Før dette tidspunktet var det altså ingen klar bestemmelse som forbød diskriminering på grunn av alder i norsk arbeidsliv. Man kan imidlertid spørre om det likevel fantes bestemmelser eller praksis som vernet arbeidstakere med høy alder før lovfestingen i 2004.

Grunnloven § 110 omhandler retten til arbeid for alle arbeidsdyktige mennesker, herunder eldre arbeidstakere. Bestemmelsen er så vidt formulert at det neppe kan utledes materielle rettigheter og plikter av den. Den er i første rekke vedtatt for å sende et signal om at rett til arbeid er en prioritert politisk målsetning.

Aml. (1977) § 55 A gjaldt frem til lovendringen i 2004. Bestemmelsens annet ledd forbød diskriminering på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming. Alder var altså ikke nevnt.

²⁰ Jakhelln(2006)s. 65

²¹ Storeng/Beck/Due Lund(2006)s. 151

Avgjørende i denne sammenheng er hvorvidt bestemmelsen ble ansett å være uttømmende. Ot.prp.nr. 67 (1996-1997) gjaldt bl.a forslaget om å innta etnisk diskriminering i aml. § 55 A. I denne anledning uttrykker lovgiver forståelse for de vanskeligheter som forskjellsbehandling på grunn av alder kan skape, men uttaler videre: ”*Departementet har ut fra en helhetsvurdering kommet til det standpunkt at det ikke er ønskelig å begrense arbeidsgivers styringsrett i denne omgang, men vil forsøke å holde seg orientert om eventuelle årsaker til uheldig arbeidsmiljø for arbeidstakere,*” jfr. s. 47. Dette taler for at aml. § 55 A ikke omfattet andre diskrimineringsgrunnlag enn de som uttrykkelig var nevnt.

Rettspraksis viser imidlertid at alder har hatt betydning i saklighetsvurderingen ved oppsigelse av arbeidsforhold. Allerede i 1966 fastslo Høyesterett viktigheten av å verne eldre arbeidstakere mot oppsigelse, jfr. Rt. 1966 s. 393. I denne forbindelse ble det vist til forarbeidene til arbeidervernloven, Ot.prp.nr. 8 (1956) s. 53 som uttaler: ”*Departementet antar for øvrig at det i praksis blir vist en viss toleranse overfor eldre veltjente arbeidere. Det er også forskjell i dyktighet og yteevne når det gjelder yngre arbeidere. Det ville være urimelig å ikke vise like stor toleranse overfor eldre. Departementet antar for så vidt at dette er et moment som kan komme med i vurderingen av om en oppsigelse er saklig begrunnet eller ikke.*”

Samme utgangspunkt er også fulgt i mange senere dommer som bl.a fastslår at det ved utvelgelsen av overtallige ikke må skje usaklig forskjellsbehandling, samt at det må tas hensyn til alder og særlig lang ansettelsestid. Dette innebærer altså at eldre arbeidstakere har hatt et vern også i lang tid før 2004, ihvertfall i forhold til oppsigelse. Hvorvidt eldre arbeidstakere har hatt et liknende vern i forhold til andre sider av ansettelsesforholdet er imidlertid mer usikkert.

2.4 Arbeidsmiljøloven kapittel 13

Likebehandlingskapittelet XA, som ble innført i arbeidsmiljøloven (1977) i 2004, er i all hovedsak videreført i arbeidsmiljøloven av 2005. Arbeidsmiljøloven kap. 13 regulerer forbudet mot diskriminering av arbeidssøker og arbeidstaker. Loven omfatter i utgangspunktet alle arbeidstakere, både ansatte i det private næringsliv, organisasjonslivet, og offentlige ansatte i stat og kommune.²²

2.4.1 Aml. § 13-1 – Forbud mot diskriminering

Aldersdiskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 oppstiller forbud mot direkte og indirekte diskriminering, forbud mot trakasering og forbud mot instruks om å diskriminere. Første ledd forbyr diskriminering på grunnlag av politisk syn, medlemsskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming og alder, mens tredje ledd innebærer et forbud mot diskriminering for arbeidstakere som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt. I en del tilfeller kan også flere ulike diskrimineringsgrunnlag være aktuelle samtidig. F.eks at en eldre kvinne blir forskjellsbehandlet både på grunn av alder og kjønn.

Jeg vil i det følgende ta for meg betydningen av de ulike begrepene i bestemmelsen.

”Diskriminering”

Begrepet er ikke definert i aml. kap. 13. I aml. (1977) § 55 A annet ledd annet punktum ble imidlertid forskjellsbehandling definert som *”enhver handling som uten saklig grunn direkte eller indirekte stiller personer ulikt på grunn av rase, hudfarge, etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming”*. Det er forutsatt at begrepet ”diskriminering” skal ha samme innhold som ”forskjellsbehandling” hadde i arbeidsmiljøloven av 1977.²³

²² Storeng/Beck/Due Lund(2006)s. 38

²³ Ot.prp.nr.49(2004-2005)s. 325.

”Direkte diskriminering”

I arbeidsforhold innebærer direkte diskriminering at *”en person av grunner som nevnt i § 13-1 første ledd, behandles dårligere enn en annen person blir, er blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon”*, jfr. Ot.prp.nr. 104(2002-2003) s. 35. Hensikten med forbudet er å sikre formell likhet mellom individene.²⁴

Det er forutsatt at begrepet ”dårligere” ikke skal tolkes snevert.²⁵ Det er altså ikke nødvendig med en kvalifisert dårligere behandling. For å komme i strid med aldersdiskrimineringsforbudet er det således tilstrekkelig at en person rammes dårligere enn andre personer på grunn av sin alder. Både handlinger og unnlaterelser faller inn under begrepet ”behandles”.²⁶ At arbeidsgiver unnlater å kalle inn en eldre arbeidssøker til intervju på grunn av vedkommendes alder, vil derfor kunne være aldersdiskriminerende.

Det er ikke et krav at arbeidsgiver har hatt til hensikt å diskriminere eller har vært klar over at handlingen sannsynligvis vil anses som diskriminering. Direkte diskriminering kan videre forekomme selv om motivet er skjult, dvs. uavhengig av om den som diskriminerer åpent innrømmer motivet eller tier om det. Det vil derfor være direkte diskriminering dersom en arbeidsgiver siler søkere på grunnlag av alder når søknadene mottas, selv om det ikke er uttrykt spesielle krav i stillingsannonser.²⁷

Vurderingen av om det foreligger direkte diskriminering forutsetter en sammenlikning hvor det tas utgangspunkt i relativt likeartede situasjoner. Dersom det kan bevises at en arbeidstaker har blitt behandlet dårligere enn andre ville blitt i en tilsvarende situasjon, og dette ikke er saklig begrunnet, vil den dårlige behandlingen kunne være i strid med diskrimineringsforbudet. Hvorvidt det foreligger eller ville foreligget en ”tilsvarende situasjon” må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.²⁸

²⁴ Jakhelln(2006)s. 71

²⁵ Ot.prp.nr.49(2004-2005)s. 325

²⁶ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 35

²⁷ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 35

²⁸ Ot.prp.nr.104(2003-2004)s. 35

Eksempler på direkte aldersdiskriminering kan være at en arbeidstaker ikke blir forfremmet fordi vedkommende er ”for gammel”, holdes utenfor ved omstillingsprosesser eller ”skjermes” når virksomheten skal innføre ny teknologi og nye arbeidsmetoder.

”Indirekte diskriminering”

Ved indirekte diskriminering rettes fokus mot hvordan nøytrale bestemmelser, betingelser og praksiser faktisk virker.²⁹ Det foreligger indirekte diskriminering dersom ”*en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlatelse faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre*”, jfr. Ot.prp.nr. 104 (2002-2003) s. 36.

Den indirekte diskriminering kjennetegnes ved at det tilsynelatende ikke er noe galt ved den handling eller lignende som er foretatt. Handlingen, bestemmelsen, betingelsen e.l. er derfor formelt sett nøytral, men får i praksis en uforholdsmessig stor negativ eller uønsket virkning for visse grupper uten at dette har en saklig begrunnelse.³⁰ Formelt sett trenger altså ikke arbeidsgiver å ha gjort noe galt. Det må foretas en konkret og skjønnsmessig vurdering.

”På grunn av”

Det kreves årsakssammenheng mellom ett av diskrimineringsgrunnlagene og den dårlige behandlingen. Oppregningen av diskrimineringsgrunnlagene i aml. §13-1 anses å være uttømmende.³¹ Det må derfor skilles mellom dårligere behandling som kan knyttes til ett av diskrimineringsgrunnlagene, og dårligere behandling som er knyttet til andre forhold.

Dersom en eldre arbeidstaker blir overtallig ved en nedbanning, og dette skyldes at vedkommende f.eks ikke er godt nok kvalifisert eller har kort ansettelsestid, vil det normalt ikke være årsakssammenheng mellom alderen og utvelgelsen. Arbeidstakeren kan i så fall ikke påberope seg aldersdiskrimineringsreglene.

²⁹ Jakhelln(2006)s. 72

³⁰ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 36

³¹ Arbeidsrett.no,pkt.4 til §13-1

Arbeidsgiver kan på grunnlag av styringsretten foreta en rekke handlinger og unnlater, oppstille retningslinjer, rutiner mv. som fører til at enkelte arbeidstakere kommer i en dårligere posisjon. Forbudet mot diskriminering på bestemte grunnlag kan derfor ses som en viss innskrenkning av styringsretten ettersom arbeidsgiver ikke kan stille noen dårligere i henhold til grunnlagene som er nevnt i aml. § 13-1.³²

”Alder”

Alder som diskrimineringsgrunnlag var en nyskaping i norsk rett ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven (1977) kap. XA og XB i 2004.

Forbudet gjelder diskriminering på grunn av en ”bestemt alder”, og verner både unge og eldre personer.³³ *Enhver* alder er omfattet av vernet. I enkelte bransjer, f.eks innen visse deler av IT-bransjen, kan 40 år regnes som ”gammelt” og danne grunnlag for aldersdiskriminering. I andre tilfeller kan det tenkes at en person i 30-årene diskrimineres på grunn av sin ”lave” alder.³⁴

Et eksempel på aldersdiskriminering kan være alderskrav i stillingsannonser. I januar 2008 utlyste Utenriksdepartementet ledige aspirantkursstillinger med henvisning om at de fleste søkere skulle være mellom 25 og 32 år. Ligestillings- og diskrimineringsombudet kom her til at en slik formulering var en ulovlig omgåelse av aldersdiskrimineringsforbudet.³⁵

2.4.2 Aml. § 13-2 – Hva kapitlet omfatter

Arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud gjelder alle sider ved arbeidsforholdet. Bestemmelsen nevner utlysning av stilling, ansettelse, omplassering, forfremmelse, opplæring, lønns- og arbeidsvilkår og opphør, men den er ikke uttømmende.³⁶

³² Arbeidsrett.no,pkt.4 til §13-1

³³ NOU2003:2 s. 38

³⁴ Arbeidsrett.no,pkt.9 til §13-1

³⁵ www.seniorpolitikk.no

³⁶ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 24

Man kan også spørre hvilke personer som er vernet av diskrimineringsforbudet. Arbeidsmiljøloven omfattet i utgangspunktet bare forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. For å gjennomføre rammedirektivet som verner en videre personkrets, var det derfor nødvendig å utvide anvendelsesområdet for reglene i kap. 13. Aml. § 13-2 annet ledd bestemmer derfor at arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere også er vernet av diskrimineringsforbudet.³⁷

2.4.3 Aml. § 13-3 – Unntak fra forbudet mot diskriminering

Arbeidsmiljøloven § 13-3 fastslår at det på visse vilkår er adgang til å diskriminere arbeidstakere. Utgangspunktet i bestemmelsens første ledd er at forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende og er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, ikke vil anses som diskriminerende. Vilkårene er kumulative, og må derfor alle være oppfylt for at forskjellsbehandling skal være tillatt.³⁸ I forbindelse med unntakets generelle og skjønnspregede utforming, har lovgiver uttalt at unntaksadgangen skal tolkes svært restriktivt, for ikke å føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet.³⁹

Aml. § 13-3 annet ledd gir imidlertid grunnlag for en noe videre adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder. Her stilles det ikke krav om at diskrimineringen må være nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke for å omfattes av unntaket. Forskjellsbehandling på grunn av alder vil derfor ikke være lovstridig så lenge den er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den/de som forskjellsbehandles.

At diskrimineringen må ha et saklig formål innebærer at begrunnelsen for forskjellsbehandlingen må være sann, relevant og akseptabel i hver enkelt situasjon. Vurderingen er objektiv og konkret.⁴⁰ Hva kan så være et saklig formål? For det første kan

³⁷ NOU2003:2 s. 35

³⁸ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 40

³⁹ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 40

⁴⁰ www.ldo.no

det anses saklig å fastsette minimumskrav til alder ved ansettelse.⁴¹ Det er f.eks alderskrav for å bli dommer, jfr. domstolloven § 54. For det andre kan det være saklig å fastsette en lavere aldersgrense enn 70 år dersom arbeidet stiller særlige krav til fysiske eller psykiske egenskaper. Dette er blant annet tilfelle i Forsvaret, Politiet og fengselsvesenet.⁴² I enkelte tilfeller kan det også være saklig å legge vekt på en bestemt alder dersom dette er nødvendig for utførelsen av arbeidet. F.eks vil det normalt være saklig å søke etter en ung person til jobben som politispaner dersom arbeidsoppgaven går ut på å infiltrere et ungt kriminelt miljø.⁴³

Tiltaket som velges av arbeidsgiveren må heller ikke være uforholdsmessig inngripende i forhold til arbeidstakeren. Dette innebærer at de ulemper forskjellsbehandlingen får for den som diskrimineres, må avveies i forhold til de fordeler forskjellsbehandlingen er ment å fremme.⁴⁴

Lovgiver uttaler imidlertid at det må foreligge tungtveiende grunner for å tillate slik forskjellsbehandling. I forarbeidene presiseres blant annet at det må *”utvises svært stor forsiktighet med å akseptere begrunnelser som bygger på at en person vil være uegnet eller arbeidsprestasjonen dårligere alene som følge av vedkommendes alder, uten at dette er begrunnet i konkrete forhold knyttet til de enkelte arbeidstakere eller typen arbeid det dreier seg om”*.⁴⁵

Et eksempel i denne sammenheng gir Kristiansand kommunes utlysning av brannmannstillinger i mars 2008. I stillingsannonseren ble det opplyst at søkere måtte være mellom 20 og 26 år. Begrunnelsen for dette var å sikre aldersvariasjon, og samtidig oppfylle de strenge kravene til en brannmanns fysiske styrke og utholdenhet. Likestillings- og diskrimineringsombudet uttalte i denne sammenheng at de helsemessige krav som stilles må vurderes konkret, og ikke ut fra alder. Ombudet konkluderte med at

⁴¹ Ot.prp.nr.49(2004-2005)s. 194

⁴² Benson(2008)s. 100

⁴³ www.seniorpolitikk.no

⁴⁴ www.ldo.no

⁴⁵ Ot.prp.nr.49(2004-2005)s. 194

aldersbegrensningen på 26 år uansett var for snever, og dermed i strid med aldersdiskrimineringsreglene.⁴⁶ Dette eksempelet viser at unntaksadgangen også er snever når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av sikkerhetsmessige hensyn.

2.4.4 Aml. § 13-8 – Bevisbyrde

Den store hovedregelen i sivile saker er at bevisbyrden ligger på saksøker. Dersom det oppstår tvist om hvorvidt en arbeidstaker har blitt utsatt for diskriminering, bestemmer imidlertid aml. § 13-8 at bevisbyrden skal være delt. ”Delt bevisbyrde” innebærer at dersom arbeidstaker eller arbeidssøker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at forskjellsbehandling har funnet sted, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted forskjellsbehandling i strid med kap. 13. Noe av bakgrunnen for en slik regel er at det er arbeidsgiver som har foretatt den aktuelle handling m.v., og som derfor er den som vet hva som faktisk har skjedd og hvilke grunner som var avgjørende.⁴⁷

2.4.5 Aml. § 13-9 – Virkningene av brudd på diskrimineringsforbudet

EU-direktivet art. 17 forplikter medlemsstatene til å fastsette sanksjoner som skal være effektive og avskrekkende, samt stå i et rimelig forhold til overtredelsen. Aml. § 13-9 bestemmer at arbeidsgiver må betale oppreisning eller erstatning etter alminnelige erstatningsregler. En aldersdiskriminerende avtale eller avtalevilkår kan også føre til ugyldighet. Jeg vil komme tilbake til disse virkningene i oppgavens kapittel 4.

⁴⁶ www.seniorpolitikk.no

⁴⁷ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 49

2.5 Arbeidsmiljøloven § 15-7 – oppsigelse ved nedbemanning

I forhold til aldersdiskriminering ved nedbemanning er det særlig aml. § 15-7 om vern mot usaklig oppsigelse som får betydning. Bestemmelsen innebærer at arbeidstaker ikke kan sies opp uten at dette er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. I denne sammenheng vil jeg kun ta for meg oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold ettersom det er dette som vil være sentralt ved nedbemanning.

Saklighetskravet i aml. § 15-7 kan karakteriseres som en rettslig standard, jfr. bl.a. Rt. 1984 s. 1058 (Veslemøy Haslund-dommen).⁴⁸ Det vil si at innholdet i rimelighetskravet vil endre seg i tråd med den alminnelige samfunnsutvikling. Med tiden har bl.a rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte kommet sterkere inn i bildet.⁴⁹

For at en oppsigelse skal anses som saklig må den vurderes i forhold til både virksomhetens og arbeidstakerens situasjon, samtidig som de øvrige vilkår i § 15-7 må oppfylles. Jeg vil i det følgende ta for meg hva som må til for at en oppsigelse er saklig ved nedbemanning.

Virksomhetens forhold

I forbindelse med en nedbemanning må det være forhold ved virksomheten som gjør det saklig å foreta nedbemanning. Som oftest vil det være økonomiske forhold som gjør det nødvendig å si opp ansatte, men oppsigelse kan også begrunnes i andre forhold. I Rt. 1989 s. 508 (Spigerverk-dommen) kom Høyesterett til at statsbedriften Christiania Spigerverk AS, kunne nedlegge avdelingen i Nydalen, Oslo, for å flytte driften til Mo i Rana. Her ble distriktspolitiske hensyn godtatt som saklig grunn til nedbemanning. Dommen er også et eksempel på at domstolene generelt er varsomme med å overprøve grunnlaget for nedbemanningen.⁵⁰

⁴⁸ Arbeidsrett.no, pkt.78 til kap.15

⁴⁹ Jakhelln(2006)s. 428

⁵⁰ Fougner/m.fl.(2003)s. 201

Nødvendig tiltak

For at en oppsigelse skal være saklig begrunnet, må arbeidsgiver ha vurdert om det er muligheter for mindre inngripende tiltak enn oppsigelse. Så lenge en virksomhet kan vise til å ha foretatt grundige vurderinger i forhold til slike alternative tiltak, men likevel kommer til at oppsigelse er den nødvendige løsning, vil dette normalt være tilstrekkelig for å oppfylle saklighetskravet.⁵¹

LB 2005 s. 86961 gir et eksempel i denne sammenheng. Her ble en 59 år gammel mann med ansiennitet fra 1970 oppsagt fra stillingen som teknisk sjef på grunn av rasjonalisering og driftsinnskrenkninger. Selv om bedriftens økonomiske situasjon var vanskelig, ble oppsigelsen kjent ugyldig ettersom bedriften i for liten grad hadde vurdert alternative rasjonaliseringstiltak. På bakgrunn av den lange ansienniteten og relativt høye alder uttalte flertallet at bedriften hadde et særlig ansvar og aktsomhetsplikt overfor arbeidstakeren.

Parallelt med at oppsigelser vurderes bør arbeidsgiver ofte iverksette andre tiltak for å avhjelpe virksomhetens situasjon. Det vil da kunne være mulig å få med de ansatte. I 2004 gikk de kabinansatte i SAS med på lønnskutt, lønnsfrys, kutt i forsikringer og pensjoner, samt merarbeid, for å unngå oppsigelser.⁵²

Annet passende arbeid

Aml. § 15-7 annet ledd første punktum bestemmer at oppsigelsen ikke vil være saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren. Arbeidsgivers plikt omfatter i utgangspunktet tilbud om ledige arbeidsoppgaver eller udekkede arbeidsbehov i virksomheten, samt arbeidsoppgaver som blir ledige om kort tid. Det foreligger imidlertid ikke noen plikt til å opprette en ny stilling som det ikke er behov for.⁵³

⁵¹ Fougner/m.fl.(2003)s. 199

⁵² Benson(2008)s. 329

⁵³ Benson(2008)s. 330

Interesseavveining mellom arbeidstaker og virksomheten

Aml. § 15-7 annet ledd annet punktum bestemmer videre at det i saklighetsvurderingen skal foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker. I Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 72 er det uttalt at regelen er ment å understreke at *”ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveininger må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp”*.

På den ene siden vil hensynet til arbeidstakerens behov for arbeid og lønn veie tungt. Vurderingen går særlig ut på hvorvidt det å si opp den aktuelle arbeidstakeren vil føre til at vedkommende rammes uforholdsmessig hardt sammenliknet med en oppsigelse av andre ansatte.⁵⁴ Av rettspraksis følger at høy alder, lang ansettelsestid, klare menneskelige og sosiale hensyn, samt arbeidstakerens økonomiske situasjon og muligheter til å skaffe seg nytt arbeid, vil kunne være momenter i arbeidstakerens favør. I Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) ble arbeidstakerens alder og utsikter på arbeidsmarkedet, samt sosiale forhold som forsørgelsebyrde, tillagt vekt.

Disse momentene må imidlertid vurderes i forhold til virksomhetens behov for en forsvarlig, rasjonell og konkurransedyktig drift.⁵⁵ Står virksomheten ovenfor en alvorlig krise som nødvendiggjør en omfattende nedbemanning for å hindre nedleggelse, vil hensynet til arbeidstakernes interesser normalt tillegges mindre vekt. Gjennomføres derimot nedbemanningen for å øke inntjeningsvevnen, vil imidlertid hensynet til arbeidstakerne normalt veie tyngre.⁵⁶

⁵⁴ Benson(2008)s. 331

⁵⁵ Benson(2008)s. 332

⁵⁶ Jakhelln(2006)s. 442

3 Nedbemanning i arbeidslivet

3.1 Innledning

En nedbemanning innebærer at arbeidsstokken må reduseres. Dette er normalt en stor og inngripende forandring for hele virksomheten, og berører de fleste arbeidstakerne. Det er derfor viktig at nedbemanningsprosessen foregår på en saklig, rettferdig og grundig måte.

Nedbemanningsreglene i arbeidsmiljøloven skal bidra til å sikre en forsvarlig saksbehandling. I denne sammenheng er samarbeid og kommunikasjon mellom partene en grunnleggende faktor. For å redusere usikkerheten blant de ansatte er det videre viktig med god og tilstrekkelig informasjon. Slike faktorer vil også redusere risikoen for at det oppstår konflikter.⁵⁷

Jeg vil i det følgende nevne ulike årsaker som kan nødvendiggjøre en nedbemanning. Deretter vil jeg ta for meg den praktiske gjennomføringen av en nedbemanning, herunder hvordan overtallige velges ut. Til slutt vil jeg behandle hvilke tiltak som kan iverksettes overfor de overtallige i forbindelse med deres opphør av arbeidsforholdet.

3.2 Årsaker til nedbemanning

Årsakene til at en virksomhet ser seg nødt til å nedbemanne kan være mange, og ofte vil det være flere samvirkende årsaker. I mange tilfeller vil økonomiske forhold være den utløsende faktor. Økonomiske vansker kan blant annet oppstå som følge av økte driftskostnader, synkende etterspørsel, overproduksjon i markedet og ugunstige valutakurser.

Mange bransjer opplever også økende konkurranse. Det er derfor viktig for virksomhetene å være konkurransedyktige, både i forhold til norske og utenlandske aktører. Dette har blant annet ført til at flere selskaper slår seg sammen til ett selskap. Normalt vil dette føre til

⁵⁷ Benson(2008)s. 335

overflødige ansatte. Ved sammenslåingen av Statoil og Hydro ble f.eks omlag 2 500 av de ansatte ansett som overflødige.⁵⁸

Mange bedrifter finner det også nødvendig å foreta omorganiseringer innad for å kunne oppnå en mer effektiv og konkurransedyktig drift. Blant annet har Posten de senere årene omorgansiert driften ved å legge ned mange lokale postkontor. Dette har ført til et stort antall overtallige.

Vi har dessuten sett tilfeller på at norske bedrifter flytter produksjonen sin til utlandet. Hensikten er ofte å redusere driftskostnader knyttet til blant annet arbeidskraft og produksjonsforhold. Et eksempel på dette er da Freia i 2006-2007 flagget ut deler av sin produksjon til Litauen. Dette resulterte i at 120 ansatte, dvs over halvparten av arbeidstakerne, mistet jobben.⁵⁹

Innføring av ny teknologi vil ofte gjøre en virksomhet mer effektiv og konkurransedyktig. Siden 1800-tallet har f.eks maskiner i stor grad tatt over for menneskelig arbeidskraft. Et eksempel fra nyere tid er utviklingen av banknæringen. Internett har ført til at de fleste banktjenester kan utføres av den enkelte selv på nett, istedenfor å oppsøke bankens kundefilial. Ny teknologi kan således føre til at behovet for arbeidskraft reduseres.

3.3 Den praktiske gjennomføring av nedbemanningen

Innledningsvis må ledelsen vurdere virksomhetens behov for nedbemanning. Det må i første rekke tas stilling til hvorvidt andre og mindre inngripende tiltak kan redusere nedbemanningsbehovet.⁶⁰ Deretter må virksomhetens kompetansebehov, samt omfanget og fremgansmåten ved nedbemanningsprosessen vurderes. Arbeidsgiver bør videre kunne dokumentere virksomhetens nedbemanningsbehov.⁶¹

⁵⁸ www.aftenbladet.no,27.12.07

⁵⁹ www.dn.no,08.12.05

⁶⁰ Benson(2008)s. 334

⁶¹ Benson(2008)s. 334

Etter dette må saken behandles av kompetent selskapsorgan. Det vil normalt være styret som fatter vedtak om nedbemanning. I selskaper med bedriftsforsamling, vil det være denne som beslutter nedbemanning.⁶²

Før nedbemanningen iverksettes, bestemmer aml. kap. 8 og aml. § 15-2 at ledelsen har plikt til å informere og drøfte nedbemanningen med de tillitsvalgte, herunder hvordan nedbemanningen skal gjennomføres og omfanget av denne.

Videre må det vurderes hvorvidt de berørte arbeidstakere kan omplasseres til annet arbeid. Før ledelsen tar den endelige beslutning om hvem som må gå, er den forpliktet til å drøfte spørsmålet med den enkelte arbeidstaker det gjelder, jfr aml. § 15-1. Hensikten er å få frem all individuell informasjon om arbeidstakeren som kan ha betydning for avgjørelsen. Til slutt må ledelsen ta stilling til hvem som er overtallig, samt hvilken måte fratredelse skal skje på.

3.4 Hvem er overtallig?

Arbeidsmiljøloven har i utgangspunktet ingen bestemmelser for utvelgelse av de overtallige. De eneste begrensinger som arbeidsgiver må forholde seg til, er at oppsigelser må være saklig begrunnet og at utvelgelsen ikke må være i strid med aml. kap 13.⁶³

Rettspraksis gir heller ingen klare retningslinjer. Rt. 2001 s. 418 (Kårstødommen) slår imidlertid fast at arbeidsgivers styringsrett begrenses av mer allmenne saklighetsnormer. Dette innebærer at det må foreligge et forsvarlig grunnlag for utvelgelsen, hvor det ikke må tas utenforliggende hensyn.

⁶² Fougner/m.fl.(2003)s. 230

⁶³ Benson(2008)s. 342

Svaret på hvem som er overtallig vil i stor grad bero på arbeidsgivers valg av utvelgelseskrets og hvilke utvelgelseskriterier som legges til grunn, samt hvorvidt arbeidsgiver tilbyr mulighet for frivillig fratredelse.

3.4.1 Utvelgelseskrets

Det første som må avgjøres er hvilken utvelgelseskrets som legges til grunn ved nedbemanningen. "Utvelgelseskrets" innebærer hvilke arbeidstakere som skal konkurrere mot hverandre for å unngå opphør av arbeidsforholdet.⁶⁴

Dersom et selskap driver virksomhet i flere land, eller er landsdekkende med f.eks kontorer i de største byene, er det gode grunner som taler for en regional nedbemanning. Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-Norge) støtter et slikt syn. Høyesterett fastslo her at utvelgelseskretsen kunne begrenses til hver enkelt bankfilial. Generelt vil en slik ordning være mest praktisk ettersom man unngår for store omrokinger innad i selskapet, samtidig som færre arbeidstakere må flytte på seg.⁶⁵

I enkelte tilfeller kan det også være gode grunner til å begrense utvelgelseskretsen til den enkelte avdeling. I RG 2004 s. 222 (Bergen Lufthavn) uttalte retten at arbeidsgiveren, Braathens, kunne vurdere billettavdelingen og trafikkavdelingen hver for seg på den enkelte lufthavn. Rettspraksis har imidlertid vist at det ikke alltid vil være riktig å foreta en slik begrensning. På bakgrunn av dette har det blitt uttalt i juridisk teori at *"dersom de enkelte avdelinger har klart ulike arbeidsoppgaver, må det være adgang til å begrense utvelgelseskretsen til avdelinger"*.⁶⁶

Det kan til slutt nevnes at utvelgelsen i enkelte tilfeller dessuten kan begrense seg til de enkelte faggrupper. F.eks vil en avisredaksjon bestå av både journalister, fotografer,

⁶⁴ Benson(2008)s. 342

⁶⁵ Benson(2008)s. 342

⁶⁶ Benson(2008)s. 344

trykkere, administrasjon osv. Utvelgelsen vil da kunne hindre at arbeidsgiver tvinges til å kvitte seg med ansatte i en faggruppe som det er et stort behov for.⁶⁷

3.4.2 Frivillig fratredelse

Dersom arbeidsgiver tilbyr frivillige fratredelsesavtaler til samtlige ansatte, og det nødvendige antallet arbeidstakere takker ja, vil arbeidsgiver i utgangspunktet slippe å avgjøre hvem som er overtallig.

For arbeidsgiver er ulempen ved en slik ordning at man mister styringen på hvem som velger å slutte. De arbeidstakere som ofte vil takke ja, er i mange tilfeller attraktive arbeidstakere som lett får ny jobb. En virksomhet som velger denne løsningen vil da kunne oppleve å se at viktig kompetanse forsvinner fra virksomheten.

3.4.3 Utvelgelseskriterier

I andre tilfeller må arbeidsgiver selv avgjøre hvem av arbeidstakerne som er overtallige. I norsk arbeidsliv er det da vanlig at man legger bestemte kriterier til grunn for å få en ryddig, forutsigbar og rettferdig prosess. De kriterier som normalt benyttes følger i stor grad av rettspraksis. Historisk har hensynet til ansiennitet stått sterkt, men etterhvert har også andre hensyn blitt tillagt avgjørende vekt, bl.a faglige kvalifikasjoner, personlig egnethet, alderssammensetning og sosiale og menneskelige hensyn. I praksis vil utvelgelsen ofte være basert på en helhetsvurdering der flere kriterier inngår.

Jeg vil i det følgende ta for meg de ulike kriterier.

Ansiennitet

Ansiennitetsprinsippet innebærer at arbeidstakers ansettelsestid er avgjørende ved utvelgelsen. Det vil si at arbeidstaker med kortest tjenestetid må fratre først. Det er særlig

⁶⁷ Benson(2008)s. 344

rimelighetshensyn som taler for at den som har vært lengst i virksomheten bør stå sterkere enn andre. Samtidig vil disse arbeidstakerne normalt også være godt kvalifisert.⁶⁸

Ansiennitet beregnes vanligvis fra tiltredelsestidspunktet. I utgangspunktet er den sammenhengende tjenestetiden avgjørende, men korte avbrudd vil normalt ikke bryte ansienniteten. Arbeid i ulike stillinger/avdelinger legges normalt sammen, forutsatt at det dreier seg om samme virksomhet.⁶⁹

Til tross for at prinsippet har lange tradisjoner, er utgangspunktet at arbeidsgiver ikke har noen plikt til å følge ansiennitetsprinsippet ved en nedbemanning. Skal en slik plikt foreligge må denne i utgangspunktet ha et særskilt grunnlag, f.eks en tariffavtale.⁷⁰ Det er imidlertid uttalt i teorien at selv om virksomheten ikke har en ubetinget plikt til å følge ansiennitetsprinsippet, må det likevel påvises saklige grunner dersom prinsippet skal fravikes.⁷¹ En saklig grunn kan f.eks være kvalifikasjoner.

Kvalifikasjoner

At ansiennitetsprinsippet må vike dersom virksomheten har behov for å beholde arbeidstakere med klart bedre kvalifikasjoner ble bl.a. slått fast i Rt. 1986 s. 879 (Hillesland). Her uttalte Høyesterett at *”det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov”*. Virksomhetens behov for bestemte kvalifikasjoner vil nok særlig veie tungt i tilfeller hvor virksomheten er i en vanskelig økonomisk situasjon der det er fare for full nedleggelse.

Kvalifikasjonsprinsippet innebærer at det er de best kvalifiserte arbeidstakerne som beholdes ved en utvelgelse. Kvalifikasjoner som vektlegges vil f.eks kunne være formell kompetanse, relevant yrkeserfaring, personlig dyktighet, fleksibilitet, egnethet og

⁶⁸ Benson(2008)s. 344

⁶⁹ Fougner/m.fl.(2003)s. 263

⁷⁰ Fanebust(2001)s. 175

⁷¹ Fanebust(2001)s. 179

anvendelighet i stillingen.⁷² Ved å vektlegge kvalifikasjoner beholder virksomheten viktig kompetanse for å kunne utvikle seg i fremtiden, samtidig som det anses å være rimelig at de klart best kvalifiserte arbeidstakerne får beholde jobben.⁷³

Alders- og kjønnsammensetning

I enkelte tilfeller kan også hensynet til alder og kjønn få betydning for utvelgelsen. Særlig dersom virksomheten står ovenfor en omfattende reduksjon av arbeidsstokken. I NAD 1984 s. 312 (Fredrikstad Mekaniske Verksted) fant retten det berettiget at arbeidsgiver i tillegg til andre hensyn også hadde vektlagt aldersammensetningen blant arbeidstakerne. Virksomheten hadde store økonomiske vansker, samtidig som bedriften over tid hadde redusert bemanningen fra 2000 til noen få hundre.

At alder og kjønn vektlegges vil da kunne bidra til å sikre en forsvarlig fremtidig alders- og kjønnsammensetning i virksomheten, samtidig som særskilt kompetanse og erfaring beholdes.⁷⁴ I enkelte bransjer kan dessuten sammensetningen av arbeidstakernes kjønn og alder være viktigere enn andre. F.eks vil en teatergruppe normalt være avhengig av å ha skuespillere av begge kjønn i alle aldre for å gjøre et teaterstykke troverdig.

Sosiale og menneskelige hensyn

Til slutt kan det nevnes at også sosiale og menneskelig hensyn kan vektlegges ved utvelgelsen av de overtallige. Eksempler på slike hensyn kan være sykdom eller yrkesskade, vanskelig familiær eller sosial situasjon, særlig forsørgelsesbyrde, store vansker med å skaffe seg nytt arbeid, manglende mobilitet og vanskelige gjeldsforhold.⁷⁵ Normalt skal det ganske mye til for at en arbeidstaker kan legge slike hensyn til grunn. Årsaken til dette er hovedsaklig at det er arbeids- og velferdsetatens oppgave å ivareta

⁷² Fougner/m.fl.(2003)s. 261

⁷³ Benson(2008)s. 345

⁷⁴ Benson(2008)s. 346

⁷⁵ Benson(2008)s. 347

arbeidstakeres økonomiske og sosiale vansker. Arbeidsgiver kan i utgangspunktet ikke pålegges et slikt ansvar.⁷⁶

I Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) ble flere av de overnevnte hensyn vektlagt. En av de ansatte fikk her fortsette fordi vedkommende, som var aleneforsørger til et barn på 10 år, ikke hadde noen spesielle kvalifikasjoner og derfor ville få store problemer dersom hun ble sagt opp. En annen ansatt fikk fortsette på grunn av sin høye alder. Arbeidstakeren var 64 år på oppsigelsestidspunktet, og bedriften la vekt på at han ville ha større vansker enn de øvrige med å få nytt arbeid. I tillegg var han bedre kvalifisert.

3.5 Tiltak overfor de overtallige ved opphør av arbeidsforholdet

I forhold til de overtallige arbeidstakerne må arbeidsgiver velge hvilken måte arbeidsforholdet skal opphøre på. I norsk arbeidsliv er det lange tradisjoner for å benytte seg av oppsigelse. Det har imidlertid blitt stadig vanligere å anvende fratredelsesavtaler ved nedbemanninger. Jeg vil i det følgende ta for meg hvilke tiltak arbeidsgiver kan benytte.

3.5.1 Oppsigelse

En oppsigelse vil i denne sammenheng innebære at arbeidsgiver erklærer at arbeidsavtalen bringes til opphør. Ved bruk av oppsigelse vil arbeidsgiver være bundet av regler i arbeidsmiljøloven, herunder bestemmelser i kap. 15 om oppsigelsesvern, samt regler om fremgangsmåte ved oppsigelse, formkrav, oppsigelsesfrister og virkninger ved brudd på overnevnte bestemmelser.

3.5.2 Fristilling

Det har også forekommet at omstillings- og nedbemanningsprosesser har blitt gjennomført gjennom "fristilling". Fristilling innebærer normalt at de ansatte "fristilles" fra sine funksjoner slik at det stort sett bare er retten til lønn som blir igjen under

⁷⁶ Benson(2008)s. 346

nedbemanningprosessen. Stillingene i den nye organisasjonen utlyses, og arbeidstakerne må søke aktuelle stillinger. For mange vil dette innebære at de må søke på sine egne stillinger. Arbeidstakere som ikke får stilling i den nye organisasjonen anses som overtallige, og vil vanligvis motta en oppsigelse.⁷⁷ Fristilling vil ikke bli behandlet nærmere.

3.5.3 Fratredelsesavtale

En fratredelsesavtale er en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker hvor arbeidstaker fratrer arbeidet frivillig mot en kompensasjon fra arbeidsgiver.⁷⁸ Arbeidsforholdet vil da opphøre fra den dato som avtales. Inngåelse av en fratredelsesavtale forutsetter normalt at arbeidstakeren frasier seg retten til å bestride avslutningen av arbeidsforholdet ved å gå til søksmål.⁷⁹

Ettersom norsk lov ikke har bestemmelser om fratredelsesavtaler, har begrepets innhold blitt til gjennom praksis. Fratredelsesavtaler kan være av både aktiv og passiv art, og ofte vil den ordning som tilbys være en blanding av begge deler. Dersom avtalen har som målsetning å hjelpe arbeidstakeren til ny stilling, vil den normalt anses som aktiv. Etterlønn, gavepensjon og gjenstander, f.eks en hjemme-pc, vil i utgangspunktet anses å være en passiv fratredelsesavtale.⁸⁰

Jeg vil nedenfor omtale de vanligste ordningene som kan inngå i en fratredelsesavtale.

Sluttvederlagsordning

En slik ordning består normalt av et pengebeløp, gjerne beregnet som en etterlønn i et visst antall måneder. I sluttavtalen skal det fremgå hvordan utbetalingen skal skje, om denne skal

⁷⁷ Fouger/m.fl.(2003)s. 272

⁷⁸ Benson(2008)s. 351

⁷⁹ Benson(2008)s. 351

⁸⁰ Skarning(2005)s. 13

skje periodevis eller som en engangsutbetaling.⁸¹ Sluttvederlagets størrelse er normalt avhengig av arbeidstakerens lønn, alder og ansiennitet i virksomheten. Jo lengre ansiennitet, og høyere alder og lønn, desto større vil sluttvederlaget kunne bli.

Størrelsen på et sluttvederlag vil videre kunne avhenge av virksomhetens størrelse og økonomiske situasjon. Store konserner som nedbemanner vil ofte ha mulighet til å tilby langt høyere summer som sluttvederlag. Da Norsk Hydro nedla produksjonen av magnesium i Porsgrunn i 2002 var sluttvederlaget for ansatte over 40 år, med mer enn 12 års ansiennitet, fastsatt til hele to årslønninger.⁸²

Førtidspensjon

En førtidspensjonsordning innebærer normalt at personer som har oppnådd en viss alder tilbys mulighet til å fratrukke seg med pensjon før vanlig pensjonsalder.⁸³ I praksis vil det være et grunnleggende skille mellom arbeidsgivere som er tilknyttet ordninger med Avtalefestet Pensjon (AFP), og arbeidsgivere som ikke har slik tilknytning.

Avtalefestet pensjon er en førtidspensjonsordning som er avtalt mellom partene i arbeidslivet som del av en tariffavtale. Dersom arbeidsgiveren er tilsluttet en slik avtale, innebærer ordningen at staten vil yte vesentlige bidrag til finansieringen. Retten til AFP inntreffer fra fylte 62 år. I utgangspunktet vil ytelsene utgjøre den alderspensjonen man ville fått i folketrygden dersom man hadde jobbet til 67 år. En viktig side av AFP er at regelverket sikrer at man ved å ta ut AFP ikke taper noe i pensjon fra fylte 67 år. Til tross for at AFP i utgangspunktet er en rett, og ikke en plikt til å fratrukke seg, forekommer det i praksis ofte at arbeidstaker og arbeidsgiver i en nedbemanningssituasjon oppnår enighet om at en arbeidstaker som er 62 år eller eldre, fratrukker seg med AFP.⁸⁴

⁸¹ Skarning(2005)s. 39

⁸² Dagens næringsliv, 13.04.02 og Informasjonsskriv fra Norsk Hydro

⁸³ Fouger/m.fl.(2003)s. 311

⁸⁴ Fouger/m.fl.(2003)s. 313

Arbeidsgiver kan imidlertid ha etablert andre førtidspensjonsordninger, enten generelt eller for enkelte grupper, f.eks ledere. For enkelte yrkesgrupper finnes dessuten mulighet for en lavere pensjonsalder enn 67 år innen alminnelige tjenestepensjonsordninger som følger reglene i foretakspensjonsloven eller innskuddspensjonsloven.⁸⁵

Det kan også være slik at arbeidsgiver først etablerer førtidspensjonsordninger i anledning nedbemanningssituasjonen. En slik avtale vil innebære at arbeidstakeren blir fritatt for arbeidsplikt, men likevel opprettholder en viss rett til økonomiske ytelser fra arbeidsgiveren.⁸⁶ Det vanlige er at ytelsene løper frem til den alminnelige pensjonsalderen på 67 år. Arbeidstakeren vil normalt ikke være forhindret fra å ta annet inntektsgivende arbeid i tiden det mottas førtidspensjon.⁸⁷ Ved nedleggelsen av magnesiumfabrikken til Norsk Hydro laget selskapet en særskilt ordning for ansatte i alderen 58-61 år som ble kalt ”driftsfinansiert pensjon”. Ordningen gikk ut på at de som måtte slutte i denne aldersgruppen, fikk 70 % av lønnen frem til de fylte 67 år med full pensjonsopptjening i perioden.⁸⁸

Alternative/kombinerte ordninger

I praksis tilbys også fratredelsesavtaler som innebærer alternative ordninger, eller ordninger som kombineres med sluttvederlaget eller førtidspensjonen.

For det første gis det ofte tilbud om bistand til å finne nytt arbeid, også kalt outplacement. Bedriften hjelper da arbeidstakeren med å skaffe nytt arbeid utenfor bedriften, f.eks bistand til å sette opp CV, søke andre stillinger, forberedelser til jobbintervju osv.⁸⁹ Da DnB og Gjensidige NOR fusjonerte i 2003 ble de overtallige bl.a tilbudt å være tilknyttet et karriereendringssenter i tre måneder for å få hjelp til å søke ny jobb.⁹⁰ I mange tilfeller inngår også arbeidsgiver samarbeid med lokale institusjoner som driver med

⁸⁵ Fouger/m.fl.(2003)s. 322

⁸⁶ Fouger/m.fl.(2003)s. 323

⁸⁷ Fouger/m.fl.(2003)s. 324

⁸⁸ Dagens næringsliv,13.04.02

⁸⁹ Skarning(2005)s. 13

⁹⁰ www.aftenposten.no,12.05.04

arbeidsformidling og annen rådgivning. Ved nedleggelsen av Norske Skog Union i Skien i 2005 ble det innledet et nært samarbeid med AETAT og NAVIGA. Norske Skog inngikk dessuten samarbeid med andre bedrifter i Grenlandsregionen.⁹¹ Dette resulterte i at alle overtallige som ønsket ny jobb fikk dette.

Man har også sett eksempler på at det i stedet for oppsigelse opprettes en såkalt jobb-bank. Dette er et midlertidig prosjekt hvor de som takker ja leies ut til andre virksomheter, samtidig som tidligere arbeidsgiver garanterer lønn ut prosjektperioden. Når denne perioden er over, må den ansatte finne annet arbeid selv.⁹² Dette var et av tiltakene som ble tilbudt de omlag 1300 overtallige ansatte i flyselskapet Braathens, da SAS overtok selskapet i 2002. Tilbudet om jobb-bank innebar at man ble lånt ut etter behov, og dermed var sikret et arbeidsforhold ut 2003.⁹³

Videre kan et tiltak være at det gis hjelp til opplæring og videreutdanning, f.eks i form av et stipend. Ved nedleggelsen av Union ble de overtallige tilbudt et tilskudd på inntil 1,5 G.⁹⁴

Utgangspunktet for en saklig oppsigelse er at arbeidsgiver har plikt til å tilby annet arbeid i virksomheten dersom dette er mulig. Ansatte som blir tilbudt stilling i andre enheter må i mange tilfeller flytte eller pendle til sitt nye arbeidssted. I slike tilfeller tilbys det ofte kompensasjon for utgifter knyttet til dette. Da Norsk Hydro nedla produksjonen av magnesium i 2002 ble det utarbeidet en mobilitetspakke som etter en individuell vurdering skulle gis til ansatte som endret arbeidssted. Pakkens størrelse var på inntil 6 måneders lønn.⁹⁵

⁹¹ Informasjonsskriv fra Norske Skog

⁹² Skarning(2005)s. 13

⁹³ Skarning(2005)s. 33

⁹⁴ Informasjonsskriv fra Norske Skog

⁹⁵ Informasjonsskriv fra Norsk Hydro

3.6 Hvorfor velges frivillige ordninger fremfor oppsigelse?

Fratredelsesavtaler vil ofte føre til større utgifter for virksomheten enn oppsigelser. En oppsigelse vil vanligvis ikke påføre bedriften ekstra kostnader, unntatt i tilfeller hvor det oppstår tvist og rettssaker. Ved fratredelsesavtaler betaler virksomheten ut penger uten å få en arbeidstytelse tilbake. Særlig i tilfeller hvor nedbemanning skjer på grunn av bedriftens vanskelige økonomiske situasjon kan man spørre hvorfor slike frivillige, og ofte kostbare ordninger, velges fremfor oppsigelse.

Utgangspunktet er at arbeidsgiver vil stå friere i forhold til lov- og avtaleverk dersom fratredelsesavtale velges. Ved å benytte fratredelsesavtale vil arbeidsgiver ikke være bundet av arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler, og nedbemanningen kan derfor gå raskere og mer effektivt. Den tiden de ansatte utsettes for usikkerhet vil således reduseres. Dette vil også kunne virke konfliktdempende.

Det er også viktig for virksomheten å ha et godt forhold til sine ansatte. For de arbeidstakere som anses som overtallige vil det ofte være enklere å akseptere et frivillig tilbud fremfor en oppsigelse. Etersom fratredelsesavtaler kan være svært gunstige økonomisk, vil dessuten endel av de som inngår den ikke anse det som en ulempe eller byrde å måtte fratre på denne måten. Virksomhetens fremgangsmåte ovenfor de overtallige vil også følges av arbeidstakerne som får fortsette. Dersom virksomheten behandler de overtallige på en så god som mulig måte, vil arbeidsgiver ofte møte større forståelse og samarbeidsvilje fra de øvrige ansatte.

Til slutt kan det nevnes at det ofte er viktig for en virksomhet å ha et godt omdømme i forhold til samfunnet. F.eks vil en omfattende nedbemanning ved en hjørnestensbedrift ha stor betydning for hele lokalsamfunnet, ettersom det kan være vanskelig å finne mange nye arbeidsplasser. I slike situasjoner vil bedriften ofte utsettes for negativ omtale både fra media og politisk hold. For å komme i et bedre lys kan det derfor være fordelaktig at virksomheten gjør sitt ytterste for å få til gode sluttordninger for de overtallige.

4 Om, og i hvilken grad får aldersdiskrimineringsreglene betydning ved bruk av fratredelsesavtale ved nedbemanning?

4.1 Innledning

Ved nedbemanning er arbeidsmiljølovens utgangspunkt at arbeidsgiver må følge oppsigelsesreglene når arbeidsforholdet til overtallige arbeidstakere skal avsluttes. Ofte vil det være slik at arbeidsgiver gjennomfører nedbemanningsprosessen i henhold til oppsigelsesreglene, selv om planen er å tilby fratredelsesavtale. Dersom arbeidstaker skulle takke nei, vil arbeidsgiver således kunne ha mulighet til å si opp arbeidstakeren. I forhold til saklighetskravet i aml. § 15-7 følger det av rettspraksis at høy alder, lang ansettelsestid, samt arbeidstakerens muligheter til å skaffe seg nytt arbeid, ofte vil være momenter i saklighetsvurderingen knyttet til den enkelte arbeidstaker. Oppsigelse ene og alene på grunn av høy alder vil således vanligvis anses å være usaklig etter aml. § 15-7.

I endel tilfeller er det imidlertid slik at arbeidsgiver ikke følger oppsigelsesreglene fullt ut under nedbemanningsprosessen, eller at vilkårene for oppsigelse ikke alltid foreligger. For å likevel gjennomføre nedbemanningen kan da arbeidsgiver tilby fratredelsesavtaler. Selv om dette vil kunne bidra til en raskere og mindre konfliktfylt prosess, vil en slik fremgangsmåte også kunne skape grunnlag for at arbeidsmiljølovens regler omgås. Omgåelsen vil i så fall innebære at arbeidstakerens arbeidsforhold opphører uten at lovens regler om dette er fulgt. I forhold til aldersdiskriminering er det derfor denne situasjonen som er av størst interesse for den videre drøftelse.

Jeg vil først ta for meg hvorvidt prosessen frem til inngåelse av fratredelsesavtale kan være i strid med aldersdiskrimineringsforbudet. Det omfatter spørsmålet om arbeidsgivers utvelgelse av hvem som skal tilbys fratredelsesavtale kan være aldersdiskriminerende, samt spørsmålet om ”press” ved avtaleinngåelsen kan være i strid med aml. kap. 13 og avtalelovens bestemmelser.

Deretter vil jeg behandle arbeidstakers situasjon etter å ha inngått en fratredelsesavtale. Problemstillingen vil være om arbeidstaker da har fraskrevet seg retten til å gjøre gjeldende aldersdiskriminering som fant sted under arbeidsforholdet eller ved arbeidsgivers oppfyllelse av fratredelsesavtalen.

Videre vil jeg vurdere hvorvidt en fratredelsesavtale kan inneholde klausuler som er i strid med aldersdiskrimineringsforbudet. Jeg vil til slutt ta for meg hva som kan bli konsekvensen av et aldersdiskriminerende innhold i en fratredelsesavtale.

Arbeidsmiljølovens regler får anvendelse i forhold til ”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker”, jfr. aml. § 1-2. Videre bestemmer aml. § 1-9 at loven ikke kan fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker. Aml. § 13-1 første ledd, jfr. § 13-2 første ledd bokstav d, innebærer at aldersdiskriminering er forbudt ved arbeidsforholdets opphør. Det vil si at en arbeidstaker, hverken direkte eller indirekte, må behandles dårligere enn andre ville blitt i en tilsvarende situasjon. Det kreves videre at det er årsakssammenheng mellom den dårlige behandlingen og alder. Aml. § 13-3 annet ledd åpner imidlertid for at forskjellsbehandling likevel kan være lovlig. Dette forutsetter at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, samtidig som den ikke er uforholdsmessig inngripende.

4.2 Prosessen frem til avtaleinngåelse

I forhold til arbeidsmiljølovens virkeområde i aml. § 1-2 første ledd, er det ikke tvil om at en ansatt anses som ”arbeidstaker” i tiden frem til inngåelse av fratredelsesavtale. Lovens bestemmelser kommer således til anvendelse under prosessen frem til avtaleinngåelse.

Arbeidsmiljøloven er imidlertid kun preseptorisk for ”avtaler” til arbeidstakers ugunst. Ettersom partene under prosessen ikke har inngått en fratredelsesavtale enda, vil det ikke foreligge en ”avtale”. Ufravikelighetsbestemmelsen i aml. § 1-9 gir således ikke hjemmel for at loven er preseptorisk i forhold til prosessen. Aml. § 13-2 første ledd bestemmer imidlertid at aml. kap. 13 gjelder alle sider ved arbeidsforholdet, herunder opphør. Dette

innebærer at det likevel vil være i strid med arbeidsmiljøloven dersom arbeidsgiver gjennomfører prosessen på en aldersdiskriminerende måte.

Den prosess arbeidsgiver og arbeidstaker gjennomgår fra nedbemanning besluttes til en eventuell fratredelsesavtale inngås, vil være preget av viktige avgjørelser i forhold til de ansatte. Dersom arbeidsgiver ønsker å gjennomføre nedbemanningen ved bruk av fratredelsesavtaler, vil utvelgelsen av hvem som skal få et slikt tilbud være sentral. Vurderingen i det følgende er således om denne utvelgelsen kan være aldersdiskriminerende etter aml. § 13-1 første ledd.

4.2.1 Utvelgelsesprosessen

I utgangspunktet står arbeidsgiver fritt til å avgjøre hvem av arbeidstakerne som skal velges ut. Arbeidsgivers utvelgelse kan imidlertid ikke være i strid med aldersdiskrimineringsreglene i aml. kap. 13. Det kan også utledes av Rt. 2001 s. 418 (Kårstødommen) at arbeidsgivers frihet er begrenset av allmenne saklighetsnormer. Utvelgelsen vil normalt bero på en helhetsvurdering. Vurderingen er objektiv og må baseres på konkrete omstendigheter.

Når arbeidsgiver har valgt å benytte seg av fratredelsesavtaler, kan tilbud om dette fremsettes på flere måter. For det første kan arbeidsgiver tilby alle ansatte fratredelsesavtale. I så fall vil det være nærliggende å anta at samtlige da blir behandlet likt, og sjansen for aldersdiskriminering ved utvelgelsen vil således være liten.

For det andre kan arbeidsgiver velge ut de arbeidstakere som skal få tilbudet. Normalt vil arbeidsgiver da foreta en helhetsvurdering basert på bestemte kriterier. Jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i de ulike kriterier, og vurdere hvorvidt disse kan virke på en aldersdiskriminerende måte.

Utvelgelse på bakgrunn av ansiennitet

Spørsmålet er om utvelgelse på bakgrunn av ansiennitet kan være aldersdiskriminerende etter aml. kap. 13.

I tilfeller hvor ansiennitet blir lagt til grunn som det avgjørende kriteriet i forhold til hvem som får tilbud om fratredelsesavtale, vil eldre arbeidstakere med lang ansettelsestid i utgangspunktet ha et godt vern mot å bli valgt ut. Sannsynligheten for aldersdiskriminering vil i slike tilfeller derfor være liten.

Eldre arbeidstakere med kort ansettelsestid vil på den andre siden ikke være vernet av ansiennitet. Hvis utvelgelsen beror på ansiennitet, vil arbeidsgiver da kunne tilby den eldre arbeidstakeren fratredelsesavtale.

For at en slik utvelgelse skal være direkte eller indirekte aldersdiskriminerende etter aml. § 13-1 første ledd, kreves for det første at arbeidstakeren blir dårligere behandlet enn andre i tilsvarende situasjon. Den mest naturlige forståelsen av "tilsvarende situasjon" vil etter min mening være en sammenlikning i forhold til hva som er en tilsvarende situasjon ved nedbemanning generelt. I norsk arbeidsrett er det lange tradisjoner for å vektlegge ansiennitet ved utvelgelse. Det er derfor vanlig at arbeidstakere med kort ansiennitet er mest utsatt ved nedbemanning. Arbeidstakeren vil således ikke bli dårligere behandlet enn det som er vanlig i tilsvarende situasjoner.

I tillegg krever aml. § 13-1 første ledd årsakssammenheng mellom utvelgelsen og alder. Ettersom arbeidstakeren velges ut fordi vedkommende har for kort ansettelsestid, og ikke på grunn av sin høye alder, vil heller ikke dette vilkåret være oppfylt.

Utvelgelse på bakgrunn av ansiennitet vil således ikke gi en eldre arbeidstaker grunnlag til å påberope seg aldersdiskrimineringsvernet etter aml. kap 13. Det kan imidlertid tenkes at den eldre arbeidstakeren kan være vernet av andre kriterier.

Utvelgelse på bakgrunn av kvalifikasjoner

Vurderingen i det følgende er hvorvidt det kan være aldersdiskriminerende etter aml. kap. 13 å anvende kvalifikasjonskriteriet i forhold til hvem som skal tilbys fratredelsesavtale.

Når man står ovenfor vurderingen av hvem som er best kvalifisert, må det tas utgangspunkt i hvilke kvalifikasjoner virksomheten har behov for. Selv om en eldre arbeidstaker ofte vil ha opparbeidet seg lang erfaring og kompetanse gjennom et langt arbeidsliv, vil dette likevel ikke være en garanti for at man anses å være best kvalifisert dersom man tar virksomhetens behov i betraktning. Jeg vil i det videre ta for meg hvordan kvalifikasjonsvurderingen forholder seg til aldersdiskrimineringsreglene.

For det første bærer kvalifikasjonsvurderingen preg av skjønn. Både i forhold til hvilke kvalifikasjoner virksomheten har behov for, men også i forhold til sammenlikningen av hvilke arbeidstakere som faktisk er best kvalifisert. F.eks kan en eldre arbeidstakers lange arbeidserfaring måtte vurderes i forhold til en yngre arbeidstakers mer oppdaterte teoretiske kunnskap. Kvalifikasjoner kan således være så mangt, herunder regnes bl.a. formell kompetanse, relevant yrkeserfaring, personlig dyktighet, egnethet, fleksibilitet og anvendelighet i stillingen.

Den skjønnspregede vurderingen gir arbeidsgiver en viss mulighet til å vektlegge de kvalifikasjoner han finner fordelaktig. Dersom en arbeidsgiver ønsker å kvitte seg med de eldre ansatte, vil vedkommende således kunne vektlegge kvalifikasjoner som eldre arbeidstakere ofte ikke har, og begrunne dette med at virksomheten har behov for nettopp disse kvalifikasjonene. På denne måten kan grunnlaget for å velge ut hvilke arbeidstakere som skal tilbys fratredelsesavtale fremstå som "saklig".

Et eksempel i denne sammenheng er at arbeidsgiver velger å legge vekt på bedriftens behov for effektive, anvendelige og fleksible arbeidstakere. Mange eldre kan ha vanskeligheter med å omstille seg til ny teknologi og nye arbeidsoppgaver, særlig dersom de har hatt samme type arbeid i hele sitt yrkesaktive liv. Yngre arbeidstakere vil ofte ha

lettere for å innrette seg i forhold til endringer i arbeidsoppgaver og arbeidsforholdet generelt.

Dersom arbeidsgiver legger vekt på slike kvalifikasjoner, uten at dette er reelt eller saklig begrunnet, vil spørsmålet være hvorvidt en slik "omgåelse" kan være i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 første ledd.

For at en slik "omgåelse" skal rammes av aldersdiskrimineringsforbudet, må det for det første foreligge "direkte eller indirekte diskriminering". Vilkåret innebærer at de eldre arbeidstakerne må bli dårligere behandlet enn det som er vanlig i tilsvarende situasjoner. Dersom arbeidsgiver bevisst baserer utvelgelsen på kvalifikasjoner som mange eldre ansatte ikke har, med den hensikt å kunne velge ut disse, vil de eldre arbeidstakerne utvilsomt få en dårligere behandling enn det som er vanlig i liknende tilfeller. Det vil således være grunnlag for å stadfeste at direkte diskriminering foreligger.

Videre krever aml. § 13-1 første ledd at det er årsakssammenheng mellom den dårlige behandlingen og alder. Dersom arbeidsgiver har som mål å bli kvitt de eldre arbeidstakerne, og velger ut kvalifikasjoner på bakgrunn av dette, vil den dårlige behandlingen ha sin årsak i arbeidstakernes alder.

Vilkårene for direkte aldersdiskriminering er dermed oppfylt. Det kan imidlertid spørres om unntaket i aml. § 13-3 annet ledd kan komme til anvendelse. For at forskjellsbehandling på grunn av alder skal være lovlig, må den ha et saklig formål og ikke være uforholdsmessig inngripende. Jeg kan ikke se at arbeidsgivers fremgangsmåte under noen omstendigheter kan ha et saklig formål. Av denne grunn finner jeg det heller ikke nødvendig å vurdere hvorvidt forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende.

På bakgrunn av overnevnte kan det konkluderes med at arbeidsgivers forsøk på å kvitte seg med eldre arbeidstakere ved å vektlegge bestemte kvalifikasjoner som ikke har reell eller saklig begrunnelse, vil være i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i aml. kap. 13.

En annen problemstilling som knytter seg til kvalifikasjonsvurderingen er tilfellet der en eldre arbeidstaker anses å være dårligere kvalifisert, men at dette skyldes at arbeidsgiver ikke har gitt nødvendig opplæring. Man kan f.eks tenke seg en situasjon hvor en eldre arbeidstaker ikke får opplæring når virksomheten innfører ny teknologi. Vurderingen i det følgende er om prosessen som fører frem til tilbud om fratredelsesavtale kan være aldersdiskriminerende, når slik avtale blir tilbudt på bakgrunn av svakere kvalifikasjoner som følge av arbeidsgivers manglende opplæring.

For at en slik fremgangsmåte skal være aldersdiskriminerende etter aml. § 13-1 første ledd må det for det første foreligge ”direkte eller indirekte diskriminering”. Det første spørsmålet er således om arbeidstakeren som ikke får tilstrekkelig opplæring, blir behandlet dårligere enn det som er vanlig i tilsvarende situasjoner. Aml. § 4-2 annet ledd bokstav a og e bestemmer at arbeidsgiver skal legge til rette for at arbeidstaker gis mulighet for faglig og personlig utvikling, samt at det skal gis tilstrekkelig informasjon og opplæring slik at arbeidstaker er i stand til å utføre sitt arbeid når det skjer endringer som berører vedkommendes arbeidssituasjon. Det er altså lovens utgangspunkt at alle arbeidstakere skal gis nødvendig opplæring. Dersom arbeidsgiver unnlater dette, vil arbeidstakeren derfor bli dårligere behandlet enn det som er vanlig i tilsvarende situasjoner. Av forarbeidene til aml. § 13-1 første ledd følger at forskjellsbehandlingen også kan bestå i en unnlattelse.⁹⁶ Slik jeg ser det, vil arbeidsgivers unnlattelse føre til at de arbeidstakere som ikke får opplæring utsettes for direkte diskriminering.

For at unnlattelsen skal være aldersdiskriminerende etter aml. § 13-1 første ledd må det være årsakssammenheng mellom arbeidsgivers unnlattelse og arbeidstakers alder. Dersom arbeidsgiver unnlater å gi opplæring til samtlige ansatte, vil det i utgangspunktet ikke foreligge årsakssammenheng. Det er kun når unnlattelsen er begrunnet i den ansattes høye alder at kravet til årsakssammenheng er oppfylt. I slike tilfeller vil unnlatt opplæring være direkte aldersdiskriminerende etter aml. § 13-1 første ledd.

⁹⁶ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 35

Det må i denne sammenheng vurderes hvorvidt unntaket i aml. § 13-3 annet ledd kan komme til anvendelse. Unnlatelse av å gi opplæring kan være lovlig dersom unnlatelsen har et saklig formål, og ikke er uforholdsmessig inngripende.

Det første spørsmålet er derfor om unnlatelsen kan tenkes å ha et saklig formål. Et moment i forhold til denne vurderingen er hva slags, og hvor omfattende opplæring det er snakk om. Må den eldre arbeidstakeren gjennom inngående og langvarig opplæring som innebærer jobbfravær over et lengre tidsrom, vil unnlatelsen enklere tenkes å ha et saklig formål, sammenliknet med situasjonen hvor opplæringen tar kort tid, og kan gjøres i arbeidstiden mens arbeidstakeren utfører sine øvrige arbeidsoppgaver.

Et annet moment i saklighetsvurderingen kan være arbeidstakerens resterende tid som yrkesaktiv. Dersom arbeidstakeren uansett kommer til å gå av med pensjon om kort tid, vil vedkommende ofte ha et mindre behov for opplæring, enn hvor arbeidstakeren har mange år igjen av sitt yrkesaktive liv. Arbeidsgiver vil også kunne ha den oppfatning at det vil være lite effektivt og rasjonelt å gi opplæring til arbeidstaker som om kort tid går av med pensjon. En slik oppfatning kan nok særlig tenkes dersom virksomheten står overfor en svært vanskelig økonomisk situasjon, som gjør det nødvendig å gjennomføre kostnadsreducerende tiltak for å hindre f.eks nedbemanning. Dersom virksomheten i tillegg er av en viss størrelse, vil det ofte være mange eldre arbeidstakere med opplæringsbehov. I slike tilfeller vil utgiftene til opplæring kunne bli ekstra store.

Dersom overnevnte momenter finner sted samtidig, kan arbeidsgivers unnlatte opplæring tenkes å ha et saklig formål.

Den andre vurderingen er om unnlatelsen er uforholdsmessig inngripende overfor den eldre arbeidstakeren. Vurderingen vil være om de ulemper den unnlatte opplæringen påfører den eldre arbeidstakeren, kan veie opp for de fordeler unnlatelsen kan ha for arbeidsgiver.

For en arbeidstaker som har endel år igjen som yrkesaktiv, vil manglende opplæring normalt være en stor ulempe. Man vil da kunne anses å være dårligere kvalifisert sammenliknet med andre ansatte, samtidig som man kan få problemer med å få seg ny jobb. I slike tilfeller kan jeg ikke se at arbeidsgivers ønske om effektivitet og hensiktsmessig bruk av ressurser kan veie opp for de ulemper arbeidstakeren utsettes for.

Dersom arbeidstakeren om kort tid går av med pensjon, kan unnlatt opplæring tenkes å være av mindre betydning for arbeidstakeren ettersom vedkommende i liten grad vil få bruk for sine nye kunnskaper. Dersom ulempen ikke er så stor for arbeidstakeren, vil denne lettere tenkes å stå i forholdsmessighet til arbeidsgivers ønske om hensiktsmessig ressursbruk.

Forarbeidene til aml. § 13-3 annet ledd uttaler at det skal tungtveiende grunner til for å tillate forskjellsbehandling.⁹⁷ Under normale omstendigheter kan jeg derfor ikke se at arbeidsgivers unnlattelse vil oppfylle vilkårene i unntaksbestemmelsen. Likevel kan det foreligge helt spesielle omstendigheter som tilsammen kan tenkes å gjøre arbeidsgivers unnlattelse lovlig. Etter mitt syn kan vilkårene være oppfylt dersom virksomheten er i en svært vanskelig økonomisk situasjon, har mange eldre ansatte med opplæringsbehov som om kort tid går av med pensjon, samtidig som det dreier seg om omfattende og kostbar opplæring.

Det kan således konkluderes med at unnlatt opplæring av eldre arbeidstakere som hovedregel vil være direkte aldersdiskriminerende. Det er kun i helt spesielle tilfeller at slik forskjellsbehandling kan være lovlig. En eldre arbeidstaker som på grunn av manglende opplæring anses å være dårligere kvalifisert ved utvelgelsen, kan således påberope seg aldersdiskrimineringsreglene i aml. § 13-1 første ledd.

⁹⁷ Ot.prp.nr.49(2004-2005)s. 194

Utvelgelse på bakgrunn av alderssammensetning

Problemstillingen i det følgende er hvorvidt det kan være aldersdiskriminerende å anvende alderssammensetning som kriterie. I denne forbindelse vil det være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i den situasjon at virksomheten har overvekt av eldre arbeidstakere.

Vurderingen vil således være om arbeidsgivers utvelgelse av disse arbeidstakerne kan være i strid med aldersdiskrimineringsreglene i aml. kap. 13.

I praksis vil alderssammensetningskriteriet i stor grad utgjøre et moment i en større helhetsvurdering. I slike tilfeller vil det ofte være vanskelig å vite hva som er det avgjørende kriteriet bak utvelgelsen. Forutsetningen for den videre drøftelse er derfor at alderssammensetningen er det avgjørende utvelgelseskriteriet i helhetsvurderingen. Drøftelsen vil også omfatte det tilfelle at utvelgelsen foretas på bakgrunn av alderssammensetning som eneste kriterie.

Dersom utvelgelse på grunnlag av alderssammensetning skal kunne komme i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 første ledd, må det for det første foreligge ”direkte eller indirekte diskriminering.” Spørsmålet blir da om utvelgelsen av de eldre arbeidstakerne innebærer at disse blir dårligere behandlet enn det som er vanlig i tilsvarende situasjoner. I utgangspunktet gjør ikke arbeidsgiver noe galt ved å basere utvelgelsen på alderssammensetningskriteriet dersom vedkommende mener å ha saklig grunnlag for det. Av forarbeidene til aml. § 13-1 første ledd følger imidlertid at dersom praksisen får en uforholdsmessig stor negativ eller uønsket virkning for visse grupper arbeidstakere, kan indirekte diskriminering foreligge.⁹⁸ I en situasjon hvor virksomheten har overvekt av eldre arbeidstakere, vil en utvelgelse basert på alderssammensetning særlig ramme denne delen av arbeidsstokken. Videre uttaler forarbeidene at det ikke er et krav om at arbeidsgiver har hatt til hensikt å diskriminere, eller har vært klar over at praksisen sannsynligvis vil anses som diskriminering.⁹⁹ Disse momenter taler for at utvelgelse på

⁹⁸ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 36

⁹⁹ Ot.prp.nr.104(2002-2003)s. 35

bakgrunn av alderssammensetning i virksomheter med overvekt av eldre arbeidstakere vil kunne være indirekte diskriminering.

Videre krever aml. § 13-1 første ledd at det må være årsakssammenheng mellom utvelgelsen og alder. De eldre arbeidstakerne blir i utgangspunktet valgt ut fordi de har ”feil” alder i forhold til alderssammensetningen ellers i virksomheten. Ettersom alderen er det avgjørende moment bak utvelgelsen, vil også kravet til årsakssammenheng være oppfylt.

Av dette følger at utvelgelse på bakgrunn av alderssammensetningkriteriet kan være indirekte aldersdiskriminering etter aml. § 13-1 første ledd når virksomheten har overvekt av eldre arbeidstakere.

Det må imidlertid vurderes hvorvidt unntaket i aml. § 13-3 annet ledd kan komme til anvendelse. Dersom utvelgelse basert på alderssammensetning er nødvendig for å oppnå et saklig formål, samtidig som den ikke er uforholdsmessig inngripende, vil den likevel være tillatt.

Det må først vurderes om utvelgelsen av de eldre arbeidstakerne kan ha et saklig formål. For de fleste virksomheter vil det være en fordel å ha en jevn og forsvarlig alderssammensetning. Dette vil normalt styrke virksomhetens muligheter til å utvikle seg, samtidig som det sikrer konkurransedyktighet både nå og i fremtiden. Vektlegging av alderssammensetning vil således bidra til å sikre trygge arbeidsplasser.

Dersom en virksomhet har overvekt av eldre arbeidstakere, kan det oppstå mangel på erfaring og kompetanse når disse går av med pensjon i løpet av et kort tidsrom. Dette gjør seg nok særlig gjeldende i virksomheter med få ansatte. Slike virksomheter vil ofte være mer avhengig av hver enkelt ansatt, og vil således være mer sårbare i forhold til store utskiftninger på arbeidstakersiden.

Viktigheten av en forsvarlig alderssammensetning kan også variere i forhold til hvilken bransje det er snakk om. For det første vil en forsvarlig alderssammensetning kunne være særlig sentralt i en bransje som utvikler seg raskt, f.eks i forhold til teknologi. TOSLO 2004 s. 4856 gjaldt en slik bransje. Her var gjennomsnittsalderen noe høy, og retten fant det derfor ikke urimelig at virksomheten la noe vekt på alderssammensetningen. For det andre kan en bestemt alderssammensetning være nødvendig for en god utførelse av arbeidet. Man kan f.eks tenke seg en teatergruppe som er avhengig av skuespillere i alle aldre for at en oppsetning skal fremstå troverdig.

Overnevnte momenter taler etter min mening for at utvelgelse på bakgrunn av alderssammensetningskriteriet i visse tilfeller kan ha et saklig formål.

For at forskjellsbehandlingen skal være lovlig må dessuten utvelgelsen ikke være uforholdsmessig inngripende. De fordeler det vil være for arbeidsgiver å ha en god aldersvariasjon må således veies i forhold til ulempen det er for de eldre arbeidstakerne å bli valgt ut.

Arbeidsgivers tilbud om fratredelsesavtale til de eldre arbeidstakerne vil innebære at disse normal vil føle seg uønsket og overflødige. En slik utvelgelse vil også kunne føre til at disse arbeidstakerne føler et særlig ”press” til å takke ja av hensyn til sine yngre arbeidskollegaer og bedriftens fremtid. Dersom man velger å fratre, kan den eldre arbeidstakeren også få problemer med å skaffe seg nytt arbeid.

Slike ulemper må her veies opp mot de fordeler aldersvariasjon kan ha. Det kan tenkes å være forholdsmessighet mellom ulemper og fordeler dersom alderssammensetningen er av særlig stor betydning, f.eks at det dreier seg om en liten bedrift med overvekt av eldre arbeidstakere, som driver i en konkurranseutsatt bransje i stadig utvikling. Det må i alle tilfeller foretas en konkret vurdering av både arbeidstakers og arbeidsgivers situasjon, hvor det også må tas hensyn til at det kreves tungtveiende grunner for å tillate forskjellsbehandling på grunn av alder.

Det kan således konkluderes med at utvelgelse på bakgrunn av alderssammensetning i utgangspunktet vil være i strid med aldersdiskrimineringsforbudet når virksomheten har overvekt av eldre arbeidstakere. Det kan imidlertid tenkes at unntaket i aml. § 13-3 annet ledd kan komme til anvendelse under særlige omstendigheter.

Utvelgelse på bakgrunn av alder

Det er ikke så uvanlig at arbeidsgiver tilbyr alle ansatte over en viss alder mulighet til å inngå fratredelsesavtale, typisk vil dette være en førtidspensjonsordning. Ved sammenslåingen av StatoilHydro ble f.eks alle ansatte over 58 år gitt et slikt tilbud.

Problemstillingen i det følgende er om det i henhold til aml. § 13-1 første ledd kan være aldersdiskriminerende å kun tilby alle over en bestemt alder fratredelsesavtale. Det må her forutsettes at de øvrige ansatte ikke blir berørt av andre ordninger.

For at en slik praksis skal være i strid med aml. § 13-1 første ledd må det foreligge ”direkte eller indirekte diskriminering”. Vurderingen er således om arbeidstakerne som får tilbud om å fratre ved fratredelsesavtale blir dårligere behandlet enn det som er vanlig i tilsvarende situasjoner. Hensynet til likebehandling tilsier at arbeidsgiver bør vurdere hele arbeidsstokken under ett når utvelgelse skal foretas. Dette er nok også mest vanlig i praksis. Det at det kun er de eldre som får tilbud om fratredelsesavtale, innebærer i realiteten at det er denne gruppen ansatte arbeidsgiver ikke ønsker å beholde. På denne måten kan de eldre arbeidstakerne anses å bli dårligere behandlet enn andre i tilsvarende situasjon. Av forarbeidene til aml. § 13-1 første ledd kan det utledes at begrepet ”dårligere” ikke skal tolkes snevert.¹⁰⁰ Det vil si at det ikke er nødvendig med en kvalifisert dårligere behandling for å rammes av aldersdiskrimineringsforbudet. Av denne grunn mener jeg det er grunnlag for å hevde at praksisen innebærer direkte diskriminering.

Videre må kravet til årsakssammenheng være oppfylt. Ettersom arbeidstakerens alder er utgangspunktet for utvelgelsen, kan jeg ikke se annet enn at vilkåret er oppfylt.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.49(2004-2005)s. 325

Før direkte aldersdiskriminering kan konstateres, må det imidlertid vurderes om unntaket i aml. § 13-3 annet ledd kan komme til anvendelse. Spørsmålet er således om det å velge ut alle over en bestemt alder kan ha et saklig formål. Arbeidsgivers hensikt med en slik utvelgelse er ofte å kunne beholde og spare de yngre arbeidstakerne ved nedbemanningen, samtidig som de eldre arbeidstakerne får et gunstig pensjonstilbud. I utgangspunktet kan jeg vanskelig se at det vil være saklig å spare de yngre på denne måten. Det kan imidlertid tenkes at nedbemanningen skjer i en tid med høy arbeidsløshet. Som følge av dette vil det kunne være vanskelig å få ny jobb. Dette kan skape særlige problemer for yngre arbeidstakere som ofte er avhengig av stabil inntekt på grunn av stor forsørgelsesbyrde, gjeld m.v. En eldre arbeidstaker som mottar et gunstig førtidspensjonstilbud vil på den andre siden i stor grad være økonomisk sikret. I et slikt tilfelle kan det tenkes at det vil være saklig å spare de yngre arbeidstakerne.

Det må imidlertid vurderes om det er forholdsmessighet mellom de ulemper utvelgelsen påfører den eldre arbeidstakeren og fordelene som oppnås. Selv om et førtidspensjonstilbud kan sikre arbeidstakeren økonomisk, vil det likevel kunne medføre ulemper. Dersom arbeidstakeren takker ja, vil det kunne være vanskelig å få nytt arbeid, særlig i en tid med høy arbeidsløshet. Aksept av et førtidspensjonstilbud vil således kunne føre til at arbeidstakeren faller ut av arbeidslivet, til tross for at vedkommende ønsker å være yrkesaktiv. En slik ulempe kan etter mitt syn tvilsomt veie opp for den fordelene det kan være å spare yngre arbeidstakere.

Ettersom det kreves tungtveiende grunner for å tillate forskjellsbehandling på grunn av alder, kan jeg vanskelig se at vilkårene for lovlig forskjellsbehandling er oppfylt. Det kan således konkluderes med at utvelgelse som kun baserer seg på tilbud til alle over en bestemt alder, kan være aldersdiskriminerende etter aml. § 13-1 første ledd.

I praksis ser vi imidlertid at denne fremgangsmåten stadig benyttes uten at arbeidstakerne påberoper seg aldersdiskrimineringsreglene. Ofte vil nok årsaken til dette være at fratredelsesavtalen har et så gunstig innhold at arbeidstakeren ikke ser noen ulemper ved å

akseptere den. I StatoilHydro ble f.eks arbeidstakerne tilbudt førtidspensjon med 70 prosent lønn. I media ble ordningene omtalt som ”gullpakker”, og mange av selskapenes seniorer mente ordningen var for god til å si nei til.¹⁰¹ Her var det faktisk også slik at mange av de yngre arbeidstakerne følte seg dårlig behandlet ettersom de ikke fikk et like gunstig tilbud.

Det må således tas i betraktning at selv om en praksis er aldersdiskriminerende teoretisk sett, vil realiteten likevel kunne være slik at arbeidstakerne ikke oppfatter praksisen som aldersdiskriminerende, og dermed ikke finner grunn til å påberope reglene i aml. kap. 13.

4.2.2 ”Press” ved avtaleinngåelsen

Selv om det er frivillig å inngå en fratredelsesavtale, viser undersøkelser at det er mange eldre arbeidstakere som føler seg ”presset” til å akseptere en fratredelsesavtale i en nedbemanningssituasjon. Et slikt press kan ha mange former. Jeg vil i det følgende ta for meg hvordan regelverket forholder seg til et slikt press.

For det første kan man tenke seg press som oppstår som følge av ”forventninger” fra andre. Mange eldre arbeidstakere føler f.eks at arbeidskollegaer og samfunnet forventer at man skal bidra til at yngre arbeidstakere spares ved nedbemanning, ettersom man nærmer seg pensjonalden og har et langt arbeidsliv bak seg. Dette er nok særlig aktuelt i tider med høy arbeidsløshet der mange unge og nyutdannede kan ha vansker med å få ny jobb. Forskjell i yngre og eldre livssituasjon kan dessuten forsterke et slikt press. F.eks vil yngre arbeidstakere ofte ha en mer anstrengt økonomi enn eldre arbeidstakere, og på denne måten være mer avhengig av en jobb å gå til.

Selv om mange eldre i en slik situasjon kan føle seg dårlig behandlet på grunn av dette presset, kan jeg ikke se at arbeidstaker kan påberope seg et vern etter loven. Arbeidsmiljøloven gjelder i hovedsak kun forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

¹⁰¹ www.aftenbladet.no, 27.12.07

Så lenge presset kommer fra andre enn arbeidsgiver kan arbeidsmiljøloven ikke anvendes. Jeg kan heller ikke se at det er grunnlag for å vurdere avtalerettslige bestemmelser i forhold til denne type press.

For det andre kan det tenkes at det er arbeidsgiver eller andre i ledelsen som utøver press for at arbeidstaker skal akseptere fratredelsesavtalen. Et slikt press vil f.eks kunne være muntlige uttalelser om at man er gammel, at det er på tide å gi seg, at det ikke er en fremtid for gamle folk i bedriften osv. En annen form for press kan være at arbeidstakeren blir informert om at han kommer til å bli degradert, hvis ikke tilbudet om fratredelsesavtale aksepteres. En tredje måte å utøve press på er at arbeidsgiveren gir arbeidstakeren kort betenkningstid i forhold til aksept av avtalen.

Spørsmålet i denne sammenheng er hvilke lovbestemmelser arbeidstakeren i en slik situasjon kan påberope seg. For det første må et slikt press fra arbeidsgiver vurderes i forhold til aml. kap. 13.

For at et slikt press skal være i strid med aldersdiskrimineringsreglene må det foreligge ”direkte eller indirekte diskriminering”. Vurderingen er om det press arbeidsgiveren utsetter den eldre arbeidstakeren for, gjør at vedkommende behandles dårligere enn andre i tilsvarende situasjon. Forutsetningen for bruk av fratredelsesavtaler er at disse skal være frivillige å inngå. Dersom arbeidsgiver benytter seg av pressmidler overfor arbeidstakeren vil ikke dette være i samsvar med vanlig praksis. Dette taler for at arbeidstakeren blir behandlet dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon, og direkte diskriminering kan således foreligge.

Aml. § 13-1 første ledd krever videre at det må foreligge årsakssammenheng mellom presset og alder. Så lenge presset utøves på grunn av arbeidstakerens høye alder, vil kravet til årsakssammenheng være oppfylt.

Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å vurdere om unntaket i aml. § 13-3 annet ledd kan gjøre seg gjeldende. Det kan derfor konkluderes med at dersom arbeidsgiver på ulike måter presser den eldre arbeidstakeren til å inngå en fratredelsesavtale, kan dette være i strid med aldersdiskrimineringsforbudet.

Den fremgangsmåten arbeidsgiver benytter for å presse arbeidstakeren til å inngå fratredelsesavtale, kan også vurderes i forhold til avtalelovens ugyldighetsregler. Problemstillingen er således i hvilken grad fratredelsesavtaler som blir inngått under slikt press kan anses som ugyldige.

Etter avtaleloven § 33 kan en avtale anses som ugyldig hvis det ville være i strid med redelighet og god tro å gjøre den gjeldende. Avtl. § 36 regulerer først og fremst innholdsmangler, men bestemmelsen kan også få betydning i forhold til tilblivelsesmangler. Dersom fratredelsesavtalen anses ”urimelig” som følge av ”forholdene ved avtalens inngåelse”, vil den kunne revideres. Dette innebærer at enkeltvilkår eller avtalen i sin helhet kan settes til side, samt at avtalen kan suppleres med andre vilkår. Rettspraksis gir eksempler på at begge disse bestemmelsene kan gi grunnlag for å sette en fratredelsesavtale til side i særlige situasjoner.

I RG 2000 s.719 inngikk arbeidstaker og arbeidsgiver opphørsavtale samtidig som arbeidstakeren mottok oppsigelse. På grunnlag av avtl. § 33 kom lagmannsretten til at avtalen ikke var bindende, ettersom avtaleforhandlingene foregikk i former som ikke var i samsvar med intensjonene bak arbeidsmiljølovens regler. Retten vektla blant annet at arbeidsgiver bevisst ikke hadde fulgt oppsigelsesreglene, arbeidstakeren hadde ikke fått betenkningstid eller fått anledning til å benytte seg av rådgiver under forhandlingene. I tillegg advarte arbeidsgiver, som hadde mange nære kontakter i det lokale næringsliv, om at han ville skape store vansker for arbeidstakerens videre arbeidsliv dersom han ikke aksepterte avtalen. I det hele ga arbeidsgiveren uttrykk for at arbeidstakeren i realiteten

ikke hadde noe valg i forhold til avtaleinngåelsen. Også avtalens innhold tilsa at vilkårene i avtl. § 33 var oppfylt.

RG 2003 s. 283 gir et eksempel på at en fratredelsesavtale ble ansett ugyldig med hjemmel i avtl. § 36. Saken gjaldt en arbeidstaker som inngikk avtale med arbeidsgiver om å si opp selv mot å få fem måneders lønn. Lagmannsretten la vekt på at arbeidsgiver ikke hadde saklig grunnlag for å be arbeidstaker si opp sin egen stilling, samt at arbeidstaker ikke hadde fått tid til å tenke seg om eller rådføre seg med andre før han aksepterte avtalen. Retten mente at dette var tilstrekkelig til å kjenne avtalen ugyldig.

I forhold til press mot arbeidstaker kan også avtl. § 29 om tvang nevnes. Bestemmelsen innebærer at en avtale kan anses ugyldig fordi man på en rettsstridig måte har blitt tvunget til å inngå den. Det er antatt at ”rettsstridig” i denne sammenheng betyr ”utilbørlig”. Hvorvidt avtaleinngåelsen er utilbørlig vil bero på to faktorer. For det første hvilket tvangsmiddel en benytter seg av. For det andre vil vurderingen avhenge av hva man tvinger seg til.¹⁰²

Hvorvidt et press til å inngå fratredelsesavtale kan anses som utilbørlig, og således rammes av avtalelovens bestemmelse er usikkert. Det er imidlertid uttalt i teorien at *”selv om både krav og tvangsmiddel er rettmessig, kan det også tenkes at det press som legges på løftegiveren, blir så kraftig at tvangen må anses som rettsstridig av den grunn”*.¹⁰³ Avtaleloven § 29 kan i alle tilfeller antas å trekke opp yttergrensene for hvor stort press arbeidstakeren kan utsettes for.

¹⁰² Hov(2002)s. 245

¹⁰³ Hov(2002)s. 246

4.2.3 Virkningen av en aldersdiskriminerende prosess

Dersom en arbeidstaker blir utsatt for aldersdiskriminering under prosessen frem til avtaleinngåelse, vil vedkommende kunne påberope seg reglene i aml. kap. 13.

For det første bestemmer aml. § 13-9 første ledd at arbeidsgiver kan dømmes til å måtte betale oppreisning ved overtredelse av diskrimineringsforbudet. Oppreisning kan gis selv om den diskriminerte ikke har lidt et økonomisk tap, og anses således som en slags kompensasjon for den krenkelsen som er påført. Det foreligger dermed et objektivt erstatningsansvar for ikke-økonomisk tap.

For det andre fastslår bestemmelsens annet ledd at arbeidsgiver kan bli erstatningsansvarlig etter alminnelige ulovfestede erstatningsregler dersom arbeidstaker utsettes for aldersdiskriminering under prosessen frem til avtaleinngåelse.

4.3 Fratredelsesavtalens innhold

En arbeidsavtale regulerer arbeidsgivers og arbeidstakers rettigheter og plikter i et ansettelsesforhold. Partenes avtalefrihet begrenses imidlertid av aml. § 1-9 som oppstiller krav om ufravikelighet i forhold til arbeidstakers rettigheter. Dette medfører at vilkår i avtalen som er i strid med lovens preseptoriske bestemmelser må settes til side i den grad arbeidstaker påberoper seg arbeidsmiljølovens regler, jfr tvisteloven § 11-2.

En fratredelsesavtale innebærer at partene enes om at arbeidstakers ansettelsesforhold skal avsluttes. Avtalen vil som oftest regulere arbeidstakerens rettigheter og plikter etter at arbeidsforholdet er opphørt. Fratredelsesavtalen kan også inneholde klausuler hvor arbeidstakeren fraskriver seg rettigheter, herunder retten til å gå til søksmål mot arbeidsgiver for forhold som angikk arbeidsforholdet. En slik klausul vil etter sin ordlyd medføre at arbeidstaker fraskriver seg retten til å gjøre gjeldende at vedkommende ble aldersdiskriminert under ansettelsesperioden.

En fratredelsesavtale kan også inneholde klausuler som gir den tidligere arbeidstakeren rett til f.eks bistand for å finne ny jobb. Slike klausuler kan tenkes å være aldersdiskriminerte dersom retten til slike goder kun gjelder for ansatte under en bestemt alder.

Problemstillingen er om, og i hvilken grad, arbeidstaker kan fraskrive seg retten til å gjøre gjeldende aldersdiskriminering etter aml. kap. 13, det gjelder enten diskrimineringen finner sted under ansettelsesforholdet eller ved arbeidsgivers oppfyllelse av fratredelsesavtalen.

4.3.1 Kommer arbeidsmiljøloven til anvendelse etter at fratredelsesavtale er inngått?

Aml. § 1-2 første ledd bestemmer at loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker. Den alminnelige språklige forståelse av bestemmelsens ordlyd taler for at arbeidstaker må være i et ansettelsesforhold, jfr. ”sysselsetter arbeidstaker”, for å omfattes av loven. Hvordan stiller dette seg til situasjonen der det er inngått en fratredelsesavtale? Det må her skilles mellom to tilfeller.

For det første har vi situasjonen der en arbeidstaker fortsatt står i stillingen en viss tid etter å ha inngått fratredelsesavtale. I så fall vil arbeidstakeren anses å være sysselsatt helt frem til fratreden. Arbeidsmiljøloven vil således komme til anvendelse i tiden etter avtaleinngåelsen.

For det andre kan det i visse tilfeller være slik at arbeidstaker slutter samme dag som fratredelsesavtalen inngås. Ut fra naturlig språklig forståelse vil da vedkommende ikke anses å være "arbeidstaker" lenger. Spørsmålet er derfor om den tidligere arbeidstakeren vil være omfattet av arbeidsmiljøloven etter å ha fratrudd.

Aml. § 1-2 første ledd gir rom for unntak dersom dette er uttrykkelig fastsatt i loven. Aml. § 13-2 første ledd bestemmer at bestemmelsene i kapitlet gjelder "alle sider av arbeidsforholdet, herunder opphør". Spørsmålet er således hva lovgiver mener med dette. EF-direktivet, som var bakgrunnen for innføringen av aldersdiskrimineringsforbudet, hadde som formål å bekjempe diskriminering i "arbeidslivet", jfr art. 1. I forarbeidene til aml. § 13-2 uttales det at "arbeidslivet" er et vesentlig videre begrep enn anvendelsesområdet for arbeidsmiljøloven. Lovgiver mente derfor at arbeidsmiljøloven måtte endres, og dette resulterte i bestemmelsen om at aldersdiskrimineringsreglene gjelder "alle sider ved arbeidsforholdet".¹⁰⁴ Det kan således antas at kap. 13 har et noe videre anvendelsesområde enn det som er hovedregelen etter aml. § 1-2.

Det er også slik at selv om arbeidstaker ikke utfører arbeid for arbeidsgiveren lenger, vil partene fortsatt være i et avtaleforhold. Fratredelsesavtalens innhold vil også regulere arbeidsforholdets opphør.

Overnevnte momenter taler for at en arbeidstaker som slutter samme dag som fratredelsesavtalen inngås, fortsatt vil være omfattet av arbeidsmiljølovens diskrimineringsbestemmelser.

¹⁰⁴ NOU2003:2 s. 45

4.3.2 Hvilken betydning får ufravikelighetsprinsippet ved bruk av fratredelsesavtaler?

Ufravikelighetsbestemmelsen i aml. § 1-9 innebærer at man ikke kan avtale dårligere løsninger for arbeidstaker enn det som følger av loven. Hvorvidt en avtale er en dårligere eller bedre løsning for arbeidstaker må avgjøres konkret. Det må foretas en objektiv vurdering av hva som er i strid med lovens intensjon.¹⁰⁵ Bestemmelsen om ufravikelighet skal i første rekke verne arbeidstakere mot fysiske og psykiske skadevirkninger, jfr. aml. § 1-1 bokstav a. Det å oppstille visse minstekrav til arbeidsforholdet og arbeidsmiljøet i virksomheten vil bidra til å nå en slik målsetning.¹⁰⁶

Et grunnleggende spørsmål vil i første rekke være hva slags avtaler som omfattes av ufravikelighetbestemmelsen. ”Avtale” i aml. § 1-9 kan i utgangspunktet tolkes på to måter. For det første kan ”avtale” ut fra naturlig språklig forståelse anses å omfatte alle typer avtaler. For det andre kan ”avtale” tolkes til kun å gjelde forhåndsavtaler. I arbeidsrettslig sammenheng vil en forhåndsavtale innebære en avtale som regulerer de rettigheter og plikter som arbeidstakeren har under arbeidsforholdet, f.eks ansettelsesavtalen. En avtale som kun regulerer rettigheter og plikter etter at arbeidsforholdet har opphørt vil således ikke anses å være en forhåndsavtale.

I kontraktsrettslige lover blir ugunstbestemmelser ofte tolket til kun å omfatte forhåndsavtaler. Ufravikelighetsbestemmelsen i blant annet i avhendingsloven, håndverkertjenesteloven, bustadoppføringsloven og husleieloven blir tolket slik.

Etter hva jeg kan se gir lovens forarbeider ingen veiledning i forhold til hvilke avtaler som omfattes av aml. §1-9. Høyesterett har heller ikke behandlet spørsmålet. Det finnes imidlertid rettspraksis som avgjør hvorvidt aml. § 1-9 kommer til anvendelse i forhold til avtaler som inngås etter at oppsigelse foreligger.

¹⁰⁵ Arbeidsrett.no,pkt. 2 til §1-9

¹⁰⁶ Arbeidsrett.no,pkt. 2 til §1-9

Rt. 2006 s. 1525 gjaldt nedbemanning i et oljeselskap hvor en arbeidstaker ble oppsagt. Etter at arbeidstakeren gikk til søksmål inngikk partene en minnelig ordning. Høyesterett uttalte i denne sammenheng at ufravikelighetsbestemmelsen ikke er til hinder for at slike avtaler kan inngås etter at sak er reist, selv om de avviker fra lovens ellers ufravikelige bestemmelser. Et rettsforlik vil etter førstvoterendes syn således falle utenfor virkeområdet til ufravikelighetsbestemmelsen. Det bør imidlertid nevnes at avgjørelsen bygger på noe spesielle omstendigheter ettersom avtalen ble inngått under betryggende forhold med bistand fra dommer og advokater m.v.

ARD 1981 s. 160 gir også et eksempel. Her ble en kokk oppsagt som følge av ordrenektelse. Retten uttalte på prinsipielt grunnlag at det ikke vil være i strid med ufravikelighetsprinsippet at partene avtaler en ordning som avviker fra lovens, etter at avskjed eller oppsigelse er gitt.

Selv om overnevnte dommer gjelder tilfellet der oppsigelse er gitt før en fratredelsesavtale inngås, vil de likevel ha aktualitet i denne sammenheng. Årsaken til dette er at inngåelse av en fratredelsesavtale kan anses eller formuleres som en oppsigelse fra arbeidstaker. Dette er blant annet lagt til grunn i teorien. Fougner m.fl uttaler f.eks at *”selv om arbeidsmiljøloven har regler som innskrenker partenes avtalefrihet, vil utgangspunktet om avtalefrihet i forhold til fratredelsesavtaler måtte anses som et utslag av arbeidstakers rett til selv å si opp sin stilling eller akseptere en oppsigelse fra arbeidsgiver. Arbeidsmiljøloven oppstiller heller ikke krav til arbeidstakers egen oppsigelse..”*¹⁰⁷

Overnevnte dommer kan videre tale for at ufravikelighetsbestemmelsen i § 1-9 kun gjelder forhåndsavtaler. Dette syn er også i samsvar med juridisk teori. Friberg, Fougner og Holo¹⁰⁸, samt Fanebust,¹⁰⁹ slår fast at det er forhåndsavtaler til arbeidstakers ugunst som er forbudt etter aml. § 1-9. Jakhelln er også av den oppfatning at arbeidsmiljøloven kun setter forbud mot forhåndsavtaler som gir svakere vern enn det som følger av loven. Videre

¹⁰⁷ Fougner/m.fl.(2003)s. 289

¹⁰⁸ Friberg/Fougner/Holo(2003)s.111

¹⁰⁹ Fanebust(2002)s. 42

uttaler han at ”er det inngått avtale i forbindelse med fratredelsen vil avtalen langt på vei være bindende for arbeidstakeren”.¹¹⁰

Overnevnte taler for at lovens ufravikelige bestemmelser kun gjelder forhåndsavtaler. En avtale som ikke anses som en forhåndsavtale vil således lovlig kunne ha et innhold som avviker fra arbeidsmiljøloven. Avtalen vil f.eks kunne ha et aldersdiskriminerende innhold.

En fratredelsesavtale vil hovedsaklig regulere arbeidstakerens rettigheter og plikter etter at arbeidsforholdet har opphørt. Spørsmålet er imidlertid om fratredelsesavtalen likevel kan ha vilkår som også gjelder under arbeidsforholdet, og således inneholde elementer av en forhåndsavtale. I så fall kan slike elementer eller avtalevilkår bli satt til side dersom de er i strid med reglene i arbeidsmiljøloven. Det må her skilles mellom ulike situasjoner.

En fratredelsesavtale kan for det første innebære at arbeidstaker slutter umiddelbart etter avtaleinngåelsen. I så fall vil ikke avtalen være å anse som en forhåndsavtale, ettersom den ikke gir rettigheter og plikter under arbeidsforholdet. I et slikt tilfelle kan derfor fratredelsesavtalens innhold lovlig være aldersdiskriminerende etter aml. kap. 13.

Dersom arbeidstakeren står i stillingen en viss tid etter at fratredelsesavtalen er inngått, vil situasjonen imidlertid kunne være annerledes. Da kan det tenkes at avtalen har et innhold som også får betydning for arbeidstakerens resterende arbeidsperiode, og dermed ha elementer av forhåndsavtale. Jeg vil i det følgende ta for meg de ulike typer fratredelsesavtaler, og vurdere hvorvidt disse kan inneholde elementer av en forhåndsavtale som kan være i strid med aldersdiskrimineringsforbudet.

En førtidspensjonsordning vil normalt innebære at arbeidstakeren får vanlig lønn frem til fratreden, og at pensjonsutbetalingen først starter etter dette tidspunkt. Hovedinnholdet i avtalen vil således regulere rettigheter og plikter som oppstår etter at arbeidsforholdet har opphørt. Pensjonsordningen kan imidlertid ha visse vilkår som også får betydning under det

¹¹⁰ Arbeidsrett.no,pkt. 2 til §1-9

resterende arbeidsforhold. Slike vilkår kan typisk være om arbeidstakeren har rett til å gå til søksmål og hvorvidt det foreligger arbeidsplikt i denne perioden. Ufravikelighetsbestemmelsen vil i slike tilfeller kunne føre til at disse vilkårene anses som ugyldige, dersom de er i strid med arbeidsmiljølovens aldersdiskrimineringsforbud.

For fratredelsesavtaler som innebærer et sluttvederlag, enten utbetalt periodemessig eller som en engangssum, vil utgangspunktet være det samme. Fratredelsesavtaler kan dessuten gi rett til f.eks hjelp til jobbsøking, økonomisk veiledning, stønad til videreutdanning m.v. Dersom disse rettighetene anses å gjelde i det tidsrommet arbeidstakeren fortsatt er i arbeid, vil ufravikelighetsprinsippet kunne påberopes dersom vilkårene er i strid med aldersdiskrimineringsreglene.

Såkalte ”fallskjerm-avtaler” kan nevnes i denne sammenheng. Særlig i topplederstillinger er det vanlig at ansettelsesavtalen har en klausul som innebærer at arbeidstakeren er sikret et bestemt, og ofte stort, beløp ved umiddelbar fratreden. På denne måten kan fratredelsesordningen anses å være en forhåndsavtale. Ettersom slike fallskjermavtaler normalt innebærer at arbeidstakeren går på dagen, uten at oppsigelsesreglene følges, vil dette i prinsippet kunne være i strid med ufravikelighetsprinsippet i aml. § 1-9.

4.3.3 Tolkning av fratredelsesavtalers innhold

For å finne ut hvilket innhold en fratredelsesavtale har, må den tolkes. Tolkningsproblemer vil nok ikke så ofte oppstå i forhold til fratredelsesavtaler ettersom avtalene i mange tilfeller er nøye gjennomgått av begge parter og tillitsvalgte eller rådgivere. Likevel kan man tenke seg tilfeller der uenigheter oppstår i ettertid. F.eks dersom avtalen regulerer ytelser som skal skje over lang tid. En førtidspensjonsordning vil eksempelvis kunne strekke seg over mange år.

Jeg har ovenfor kommet til at ufravikelighetsbestemmelsen i stor grad ikke gjelder innholdet i fratredelsesavtaler. Det er likevel interessant for oppgaven å vurdere hvorvidt en

fratredelsesavtale kan ha et aldersdiskriminerende innhold. I det følgende må det således forutsettes at arbeidsmiljølovens regler, herunder aml. kap. 13, er preseptoriske i forhold til fratredelsesavtaler.

Dersom innholdet i en fratredelsesavtale byr på tvil, vil arbeidsmiljølovens regler kunne gi veiledning. Rettspraksis viser mange eksempler på at Høyesterett har lagt vekt på bakgrunnsretten når de ikke har funnet tilstrekkelig veiledning ved tolkning av den aktuelle avtale. I tilfeller hvor det er tvil om et avtalevilkår kan tolkes til å være aldersdiskriminerende, vil således regler og hensyn i aml. kap. 13 komme til anvendelse.

Et avtalevilkår som kan tenkes å inngå i en fratredelsesavtale, kan være at arbeidstakere under en viss alder har en bestemt rett. F.eks at alle ansatte under 60 år har rett til utdanningsstipend. Vurderingen i denne sammenheng er om et slikt avtalevilkår kan være aldersdiskriminerende etter aml. § 13-1 første ledd.

Det må først avgjøres om avtalevilkåret kan være diskriminerende på en direkte eller indirekte måte, jfr. aml. § 13-1 første ledd. Spørsmålet er således om avtalevilkåret vil føre til at de eldre arbeidstakerne blir dårligere behandlet enn det som er vanlig i tilsvarende situasjoner. Det at de eldre arbeidstakerne ikke får samme rett som de yngre ansatte, samtidig som et slikt avtalevilkår ikke anses å være vanlig i fratredelsesavtaler, kan tale for at de eldre arbeidstakerne blir dårligere behandlet enn det som er vanlig i liknende tilfeller. Et slikt avtalevilkår kan dermed sies å ha et innhold som er direkte diskriminerende.

Videre krever aml. § 13-1 første ledd at det må være årsakssammenheng mellom innholdet i avtalevilkåret og alder. Arbeidstakerens alder vil her være selve forutsetningen for å kunne kreve retten. Vilkåret vil derfor være oppfylt.

Før det kan slås fast at avtalevilkåret har et aldersdiskriminerende innhold, må det vurderes hvorvidt unntaket i aml. § 13-3 annet ledd kan komme til anvendelse.

Det første spørsmålet er om et slikt avtalevilkår i fratredelsesavtalen kan ha et saklig formål. Det kan tenkes at en eldre arbeidstaker på grunn av sin høye alder uansett ikke vil ha behov for rettigheten som fratredelsesavtalen gir. F.eks vil en eldre arbeidstaker sjelden ønske å etterutdanne seg etter å ha fylt 60 år, og vil således ikke ha bruk for et stipend. Likevel kan det tenkes unntak, og forarbeidene krever dessuten at det skal forligge tungtveiende grunner for at forskjellsbehandling skal være tillatt.¹¹¹ Av denne grunn kan jeg heller ikke se at det vil være forholdsmessighet mellom ulempene avtalevilkåret kan få for de eldre ansatte og de eventuelle fordeler klausulen vil ha for arbeidsgiver.

Det kan konkluderes med at en fratredelsesavtale som inneholder et avtalevilkår som gir en rett til alle ansatte under en bestemt alder, kan være direkte aldersdiskriminerende etter aml. § 13-1 første ledd.

En fratredelsesavtale vil vanligvis inneholde en klausul om at arbeidstakeren frasier seg sin rett til å gå til søksmål. En slik klausul kan formuleres på ulike måter, og innholdet må derfor tolkes i henhold til den enkelte klausuls ordlyd. Normalt vil imidlertid en slik klausul innebære at arbeidstakeren fraskriver seg sine rettigheter til å bestride at avtalens innhold og prosessen frem til avtaleinngåelse ikke er i tråd med arbeidsmiljøloven. F.eks vil klausulen kunne innebære at arbeidstakeren ikke kan påberope seg aldersdiskrimineringsreglene etter å ha fratrudd.

Et spørsmål i denne sammenheng kan være om en slik klausul kan være i strid med aml. kap. 13. Ettersom et slikt avtalevilkår er svært vanlig i fratredelsesavtaler, vil en arbeidstaker sjelden bli behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon. Det er derfor vanskelig å se at direkte eller indirekte diskriminering foreligger. Videre vil en slik klausul vanligvis ikke ha sammenheng med alder. Kravet til årsakssammenheng vil dermed heller ikke være oppfylt. På denne bakgrunn kan det konkluderes med at et avtalevilkår som innebærer at arbeidstaker frasier seg retten til å gå til søksmål, normalt ikke vil være i strid med aldersdiskrimineringsforbudet.

¹¹¹ Ot.prp.nr.49(2004-2005)s. 194

Selv om jeg har avgrenset oppgaven mot aldersdiskriminering ved ung alder, vil jeg kort nevne at det i praksis ofte er yngre arbeidstakere som kan tenkes å påberope seg aldersdiskrimineringsreglene i forhold til innholdet i en fratredelsesavtale. Årsaken til dette er at vederlaget som tilbys arbeidstakeren ofte vil øke parallellt med arbeidstakerens alder, ansiennitet og lønn. Eldre arbeidstakere vil i mange tilfeller derfor få et mye høyere vederlag enn sine yngre arbeidskollegaer, og disse vil dermed kunne føle seg forskjellsbehandlet.

Det kan til slutt spørres hva som vil være virkningen av at en fratredelsesavtale har et aldersdiskriminerende innhold. Aml. § 13-9 fastslår at bestemmelser i ulike typer avtaler, f.eks tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglement, vedtekter mv, som er i strid med bestemmelsene i kap. 13, er ugyldige. Spørsmålet er om bestemmelsen også omfatter fratredelsesavtaler. I forarbeidene uttales det at *”bestemmelsen gjelder også utenfor relasjonen arbeidsgiver og arbeidstaker. Utgangspunktet er at alle typer avtaler som ligger innenfor direktivets virkeområde kan føre til ugyldighet eller må endres dersom de inneholder diskriminerende bestemmelser.”*¹¹² Direktivet som det vises til gjelder diskriminering i ”arbeidslivet”. Slik jeg ser det vil en fratredelsesavtale angå arbeidslivet. Dette taler for at bestemmelsen også får anvendelse for fratredelsesavtaler.

Et aldersdiskriminerende avtalevilkår i en fratredelsesavtale vil således kunne medføre ugyldighet, men ikke for avtalen som sådan. En forutsetning for stadfestelse av ugyldighet er imidlertid at sak med slik påstand bringes inn for domstolen.

¹¹² NOU2003:2 s. 58

4.3.4 Revisjon av fratredelsesavtaler

Utgangspunktet i norsk rett er at avtaler, også de som viser seg å være dårligere enn man hadde håpet, er bindende. Likevel kan et urimelig innhold i en fratredelsesavtale gi grunnlag for å anvende avtaleloven § 36. Dersom vilkårene i § 36 er oppfylt, vil retten kunne sette til side avtalen i sin helhet, sette til side enkelte avtalevilkår eller endre innholdet.

Ved urimelighetsvurderingen av en fratredelsesavtale vil det være det samlede resultat av avtalen som er vesentlig. Vurderingen er derfor om det samlede resultat innebærer slike tap eller ulemper for den ene part, at det av denne grunn vil virke urimelig at den annen gjør avtalen gjeldende.¹¹³ Et ugunstig vilkår må således veies opp mot gunstige vilkår.

For en eldre arbeidstaker kan en fratredelsesavtale kunne ha flere ulemper. F.eks kan vedkommende miste fortrinnsretten etter aml. § 14-9, ofte vil man meldes ut av virksomhetens forsikrings- og pensjonsordninger og det kan også oppstå andre ugunstige økonomiske virkninger, f.eks i forhold til skatt og opptjening av feriepenger. En fratredelsesavtale vil også kunne ha vilkår som i seg selv er aldersdiskriminerende, f.eks at alle under en bestemt alder får tilbud om stipend til videreutdanning. Slike vilkår må derfor veies opp mot fratredelsesavtalens gunstige vilkår. Ofte vil fratredelsesavtalens økonomiske vilkår være svært gunstige. Dette innebærer at det normalt vil være vanskelig for arbeidstaker å hevde at det samlede resultat av fratredelsesavtalen er urimelig.

Avtl. § 36 bestemmer imidlertid at det ved siden av avtalens innhold, også skal tas hensyn til blant annet ”partenes stilling”. I forhold til fratredelsesavtaler vil det normalt være arbeidsgiver som er den profesjonelle part. Arbeidstaker vil da kunne stå i en underlegen stilling. Dersom fratredelsesavtalen vurderes som urimelig på grunn av et aldersdiskriminerende innhold, vil dette momentet kunne tale for lemping etter avtl. § 36.

¹¹³ Woxholth(2003)s. 377

Generelt skal det svært mye til før en avtale settes til side på bakgrunn av avtl. § 36. I forhold til fratredelsesavtaler kan jeg ikke se at rettspraksis har kjent en slik avtale ugyldig på grunn av avtalens innhold. Spørsmålet har imidlertid vært oppe for domstolen.

Rt. 2000 s. 610 gjaldt en fratredelsesavtale mellom arbeidsgiver, en bank, og arbeidstakeren, banksjefen, som sikret vedkommende bestemte pensjonsrettigheter. Banken avvirket sin virksomhet, og meddelte arbeidstakeren at pensjonsavtalen ikke ville bli oppfylt. Høyesterett kom enstemmig til at verken avtl. § 36 eller læren om bristende forutsetninger var grunnlag for ugyldighet, og at avtalen således var bindende. At banken hadde dårlig økonomi, og at dette kunne ha sammenheng med banksjefens arbeid, var i seg selv ikke avgjørende. I juridisk teori er det uttalt at det nok var av betydning for dommens utfall at ugyldighet ville være til arbeidstakers ugunst.¹¹⁴

LB 2004 s. 174 er et eksempel på en annen situasjon. Saken gjaldt hvorvidt en fratredelsesavtale var urimelig og kunne settes til side etter avtalel. § 36, med den begrunnelse at arbeidstakeren var usaklig forskjellsbehandlet i forhold til andre ansatte som få dager senere mottok tilbud om sluttpakke fra selskapet. Dette tilbudet var etter arbeidstakerens oppfatning mye gunstigere økonomisk. Lagmannsretten kom til at det ikke var grunnlag for å anse fratredelseavtalen som så urimelig at den kunne settes til side etter avtl. § 36. Det ble blant annet lagt avgjørende vekt på at avtalen sikret arbeidstakeren en betydelig økonomisk kompensasjon, og at den derfor i seg selv ikke ble ansett urimelig hensett til arbeidstakerens stilling, lønnsvilkår og ansettelsestid i selskapet. Arbeidstakeren hadde også vist i lang tid at han måtte slutte i selskapet.

¹¹⁴ Fougner/m.fl.(2003)s. 40

4.4 Konklusjon

I forhold til prosessen frem til avtaleinngåelse vil flere faktorer kunne komme i strid med aldersdiskrimineringsforbudet i aml. kap. 13. Det er særlig utvelgelsen av hvem som skal få tilbud om fratredelsesavtale som er sentral. For det første skaper den skjønnspregede kvalifikasjonsvurderingen rom for skjult aldersdiskriminering. Diskrimineringen skjer ved at arbeidsgiver vektlegger kvalifikasjoner som eldre arbeidstakere ofte ikke har, med den hensikt å kunne velge ut disse. For det andre vil vektlegging av alderssammensetningskriteriet føre til at eldre arbeidstakere utsettes for indirekte aldersdiskriminering, dersom virksomheten har overvekt av eldre ansatte. For det tredje kan direkte aldersdiskriminering forekomme dersom tilbud om fratredelsesavtale kun rettes mot arbeidstakere over en bestemt alder. Til slutt kan nevnes at ansiennitetskriteriet normalt ikke skaper problemer i forhold til aldersdiskriminering av eldre arbeidstakere.

Videre kan det konkluderes med at press fra arbeidsgiver om å inngå en fratredelsesavtale i visse tilfeller kan være i strid med aldersdiskrimineringsforbudet. Avtalerettslige regler kan også få betydning for omstendigheter rundt inngåelsen av fratredelsesavtaler. I enkelte tilfeller kan således fratredelsesavtalen settes til side på grunn av ugyldighet.

I forhold til fratredelsesavtalens innhold kan det slås fast at ufravikelighetsprinsippet i arbeidsmiljøloven kun gjelder forhåndsavtaler. En fratredelsesavtale vil i stor grad regulerer partenes rettigheter og plikter etter arbeidstakers fratreden, og vil i så fall ikke anses som en forhåndsavtale. Fratredelsesavtalen kan da lovlig ha et innhold som er i strid aldersdiskrimineringsreglene i aml. kap.13. En inngåelse av fratredelsesavtale vil dermed innebære at arbeidstakeren i stor grad fraskriver seg sin rett til å gjøre gjeldende aldersdiskriminering.

I tilfeller hvor innholdet i fratredelsesavtalen har rettigheter og plikter som får betydning under arbeidsforholdet, kan avtalen likevel sies å ha elementer av en forhåndsavtale. Dersom slike avtalevilkår har et aldersdiskriminerende innhold etter aml. § 13-1 første ledd, vil disse kunne settes til side som ugyldige.

En fratredelsesavtale med et aldersdiskriminerende innhold kan tenkes revidert på grunnlag av avtaleloven § 36. Rettspraksis gir imidlertid ingen eksempler på at dette har skjedd i praksis.

4.5 Avsluttende bemerkninger

Sentrale målsetninger bak aldersdiskrimineringsreglene er å sikre eldre arbeidstakere deltakelse i arbeidslivet og fremme likebehandling. Av drøftelsen ovenfor ser vi at lovverket gir arbeidsgiver stor frihet ved bruk av fratredelsesavtaler. Det faktum at aldersdiskrimineringsreglene i stor grad lovlig kan fravikes i slike avtaler, innebærer at bruk av fratredelsesavtaler fører til uthuling av aldersdiskrimineringsforbudet. I denne sammenheng vil reglene således ikke virke etter sin hensikt.

Hovedårsaken til at reglene ikke virker etter sin hensikt ved bruk av fratredelsesavtale, er at arbeidsmiljøloven kun er preseptorisk for forhåndsavtaler. Det kan imidlertid også tenkes flere grunner.

For det første kan arbeidstakeren føle at den økonomiske kompensasjonen vedkommende normalt får som følge av fratredelsesavtalen, "veier opp" for den ulempen det er å bli aldersdiskriminert. Arbeidstakeren finner således ikke grunn til å klandre arbeidsgiveren sin.

For det andre vil nok endel eldre arbeidstakere se det som en stor fordel å kunne avslutte arbeidslivet ved å inngå en fratredelsesavtale. I dagens samfunn blir ønsket om mer fritid satt høyt av mange, og en fratredelsesavtale kan gi arbeidstakeren mulighet til dette, samtidig som man er sikret økonomisk. Mange eldre har idag også bedre økonomi enn før, slik at man kanskje ikke er like avhengig av en arbeidsinntekt. Den eldre arbeidstakeren vil således ikke føle seg aldersdiskriminert, selv om fratredelsesavtalen i realiteten bryter med aldersdiskrimineringsforbudet.

For det tredje har vi kun hatt et aldersdiskrimineringsforbud i fire år. Selv om aldersdiskriminering stadig har blitt omtalt i media, er det likevel ikke sikkert at arbeidstakere og arbeidsgivere har tilstrekkelig kunnskap om reglens innhold og omfang. Dette kan nok føre til at mange arbeidstakere ikke er klar over at de utsettes for aldersdiskriminering, og derfor ikke påberoper seg reglene. Videre er det nok endel tilfeller hvor heller ikke arbeidsgiver er klar over at arbeidstakeren utsettes for aldersdiskriminering.

Det kan imidlertid spørres hvorvidt endringer i regelverket kan bidra til at aldersdiskriminering ved bruk av fratredelsesavtaler kan reduseres.

Et forslag kan være å utvide virkeområdet for aml. § 1-9 til også å omfatte andre avtaler enn forhåndsavtaler. En slik løsning vil imidlertid ikke være så praktisk, ettersom partenes avtalefrihet da vil kunne bli så begrenset at de hindres i å inngå en fratredelsesavtale som er ønskelig fra begge sider.

En bedre løsning vil kunne være regler i lov- eller avtaleverk som setter krav til fratredelsesavtalens innhold. En del andre land har etterhvert fått slike regler. F.eks kan reglene bestemme hvilke momenter avtalen må inneholde, samt hvordan vederlaget skal beregnes ut fra alder, ansiennitet, årslønn osv. En slik løsning bør være mulig i Norge også. Enten ved at reglene innføres i arbeidsmiljøloven, eller at de eventuelt tas inn i tariffavtale.

Det må også vurderes hvordan aldersdiskriminering ved utvelgelsen av de som tilbys fratredelsesavtale kan forhindres. En løsning kan være at de ulovfestede kriteriene for utvelgelse innføres i lov- eller avtaleverk. Dette ville gitt klarere retningslinjer for utvelgelse enn det som følger av gjeldende rettstilstand, samtidig som det skaper forutsigbarhet og trygghet for både arbeidsgiver og arbeidstakere.

5 Litteraturliste

Juridisk litteratur:

- Andenæs (2000): "Statforfatningen i Norge", 8. utg., 2000, Johs. Andenæs
- Benson(2008): "Arbeidsrettsboka", 2008, Thomas Benson
- Fanebust(2001): "Oppsigelse i arbeidsforhold", 4.utg., 2001, Arne Fanebust
- Fanebust(2002): "Innføring i arbeidsrett", 2.utg., 2002, Arne Fanebust
- Fougner/m.fl.(2003): "Omstilling og nedbemanning", 2003, Fougner, Aasheim, Øydegard, Frogner, Bergh og Sundet
- Friberg/Fougner/Holo(2003): "Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave", 8. utg., 2003, Odd Friberg, Jan Fougner og Lars Holo
- Gjone/Aagaard(2002): "Bedriftens personalhåndbok – Rett og plikt i arbeidsforhold", 6.utg. 2002, Tor Gjone og Erik C. Aagaard
- Hov(2002): "Avtaleslutning og ugyldighet – Kontraktsrett I", 3.utg., 2002, Jo Hov
- Jakhelln(2006): "Oversikt over arbeidsretten", 4.utg., 2006, Henning Jakhelln
- Nielsen/Rehof(1998): "International Arbejdsret", 1.utg., 1998, Henrik Karl Nielsen og Lars Adam Rehof
- Skarning(2005): "Nedbemanning og sluttpakker – En praktisk håndbok", 2005, Nicolay Skarning
- Storeng,Beck,Due Lund(2006): "Arbeidslivets spilleregler", 2006, Nils H. Storeng, Tom H. Beck, Arve Due Lund
- Woxholth(2003): "Avtalerett", 5.utg., 2003, Geir Woxholth

Forarbeider:

- Ot.prp.nr. 8 (1956): Om lov om arbeidervern
- Ot.prp.nr. 41 (1975-1976): Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
- Ot.prp.nr 67 (1996-1997): Om lov om endringer i lov av 4. feb. 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- Ot.prp.nr. 104 (2002-2003): Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
- St.prp.nr.11 (2003-2004): Om samtykke til godkjenning av ei avgjerd i EØS-komiteen om innlemming i EØS-avtala av fellesskapshandlingsprogrammet om motkjemping av diskriminering (2001-2006)
- NOU 2003:2: Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet
- NOU 2004:5: Arbeidslivslovutvalget
- Ot.prp.nr. 49 (2004-2005): Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
- St.meld.nr. 6 (2006-2007): Om seniorpolitikk

Rettspraksis:Norsk Retstidende

- Rt. 1966 s. 393
- Rt. 1984 s. 1058
- Rt. 1986 s. 879
- Rt. 1989 s. 508
- Rt. 1992 s. 776
- Rt. 2000 s. 610
- Rt. 2001 s. 418
- Rt. 2006 s. 1525

Rettens Gang

RG 2000 s.719

RG 2003 s. 283

RG 2004 s.222

Underrettspraksis

LB 2004 s. 174

LB 2005 s. 86961

ARD 1981 s. 160

NAD 1984 s. 312

TOSLO 2004 s. 4856

Hjemmesider:

www.arbeidsrett.no

www.seniorpolitikk.no

www.aftenbladet.no

www.dn.no

www.ldo.no

www.aftenposten.no

Diverse:

IA-avtalen (2006-2009)

Informasjonsskriv fra Norsk Hydro

Informasjonsskriv fra Norske Skog